

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة

نيابة العمادة لما بعد التدرج  
والبحث العلمي والعلاقات الخارجية

كلية الشريعة والاقتصاد  
قسم الفقه والأصول

نظرية السبب دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية

تخصص : فقه وأصول

تحت إشراف  
أ . د مصطفى باجو

إعداد الطالب  
الضيف كيفاجي

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د محمد بوركاب	أستاذ التعليم العالي	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة	رئيسا
أ.د مصطفى باجو	أستاذ التعليم العالي	جامعة غرداية	مشرفا ومقررا
أ.د مراد كاملي	أستاذ التعليم العالي	جامعة جيجل	عضوا
د. عبد المجيد بوكرب	أستاذ محاضر	جامعة الحاج لخضر باتنة	عضوا
د. بلقاسم حديد	أستاذ محاضر	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة	عضوا
د. خالد ملاوي	أستاذ محاضر	جامعة أدرار	عضوا

السنة الجامعية 2015 - 2016

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جامعة الأمير عبد الله الثاني للعلوم الإسلامية

## شكر وتقدير

الحمد لله على توفيقه وامتنانه ، والشكر له على جميل فضله وعظيم إحسانه ، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أنّ محمدا عبده ورسوله الدّاعي إلى الحق والهادي إلى صراط مستقيم وعلى آله الأطهار وصحابه الأبرار.

وبعد :

اعترافا بالفضل لأهله أتقدم أولا بالشكر الجزيل للمشرف على هذه الرسالة الأستاذ الدكتور مصطفى باجو ، الذي تفضل بقبول الإشراف على هذه الرسالة ، حيث أفادني بعلمه وتوجيهاته ، وملاحظاته القيمة السديدة ، ومنحني من وقته وجهده ما كان لي عوناً على إتمام هذه الرسالة وإخراجها على وجهها هذا ، فجزاه الله عني خير الجزاء ، ومنتعه الله بالصحة والعافية ونفع المسلمين بعلمه.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من ساعدني من بعيد أو قريب على إتمام هذه البحث ، فجزاهم الله عني جميعاً خير الجزاء.

والله أسأل أن يوفقنا جميعاً إلى خدمة دينه على الوجه الذي يرضيه عنا.

## إهداء

إلى الذين يسعون لفعل الخير دون أن ينتظروا جزاء أو شكورا.  
إلى الذين يرمقون اليوم الذي تصبح فيه شريعة الله مصدر الحكم والتشريع ، في إدارة الدولة والمجتمع وهداية الناس أجمعين.

إلى الذين ضحوا بأرواحهم الطاهرة ، من أجل أن تحيا الأمة في كنف العدل والحرية والعدالة والكرامة ، وأخصّ بالذكر منهم روح والدي رحمه الله الذي كان من الرعيل الأول الذين حملوا السلاح في وجه الاحتلال الفرنسي. وروح شيخنا الجليل الشيخ محمد الغزالي رحمه الله ، الذي فتح أعيننا على طريق الحق ونور العلم ، وروح أخي المهندس عبد القادر حشاني رحمه الله الذي اغتالته يد الغدر والخيانة وهو في عزّ شبابه وقوة عطائه.

إلى الوالدة الكريمة عرفانا بجميلها ووفاء ببعض حقها ، وهو شيء بسيط لا أزعج أنّه أدى حقها ولا وفى بدينها.

إلى رفيقة الدّرب التي أنست وحشتي وشحذت عزيمتي وشدّت من أزري ، والتي تحملت معي ألوان التعب وصنوف المعاناة.

إلى هؤلاء جميعا أهدي هذا العمل المتواضع.

## المختصرات

د د ن ..... دون دار النشر

د م ن ..... دون مكان النشر

د س ن ..... دون سنة النشر

د ر ط ..... دون رقم الطبعة

ص ..... صفحة

ج ..... جزء

ت ..... المتوفى

P ..... page

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

## مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء وإمام المرسلين سيدنا محمد - صلى الله عليه وسلم - الذي جعله الله سببا في هداية الناس إلى نور الإيمان وطريق الإسلام وعدالة القرآن وجنة الرضوان، وعلى آله الأطهار وصحابته الأخيار، وعلى كل من سار سيرهم واهتدى بهديهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد :

إنّ نظرية السبب من النظريات التي شغلت الفكر الإنساني قديما وحديثا، ذلك أنّها وثيقة الصلة بكثير من فروع المعرفة الإنسانية، ومن ثمة فإنّ دراستها تُعد ضرورة علمية لا بد منها، لما لها من تأثير في أمهات المسائل العقديّة والسلوكية والفقهية، كالتوحيد والمعجزة والحرية والمسؤولية، والقصد والإرادة، وأثر ذلك كله في صحة وبطلان لتصرفات القولية والفعالية.

ولما كان نطاق البحث محصورا في المجال الفقهي والقانوني، فسأحصر كلامي في حدود

هاذين المجالين.

عرّف علماء الأصول السبب : بأنّه الوصف الظاهر المنضبط الذي دلّ السّمع على كونه معرّفا للحكم الشرعي. كجعل دلوك الشمس سببا لوجوب الصلاة. وقيل هو ما يوجد الحكم عنده لا به ، سواء أكان مناسبا للحكم أو لم يكن كذلك. وقيل : هو الموجب لذاته ، ولكن يجعل الشارع إياه موجبا ، وهو اختيار الغزالي. وقيل : هو الموجب لذاته ، وهو قول المعتزلة<sup>(1)</sup>.

كما عرّفوا العلة : بأنّها المعرّف للحكم ، أي جعلت علما على الحكم إن وجد المعنى وجد الحكم. قال الغزالي : إنّها الموجب للحكم ، على معنى أنّ الشارع جعلها موجبة لذاتها. وقال المعتزلة بناء على قاعدتهم في التحسين والتقيح العقليين : إنّها الموجبة للحكم بذاتها لا يجعل الله تعالى. وقال الإمام الرازي : إنّها الموجبة بالعادة. وذهب الآمدي وابن الحاجب - وهي نزعة القائلين بأنّ الله تعالى يعلل أفعاله بالأغراض - إلى أنّ العلة هي : الباعث على التشريع. بمعنى أنّه

<sup>1</sup> - سيف الدين علي بن محمد الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، تحقيق الدكتور سيد الجميلي ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية 1986م - 1406هـ ، ج 1 ص 172. بدر الدين بن محمد بهادر بن عبد الله الزركشي ، البحر المحيط ، مراجعة الدكتور عمر سليمان الأشقر ، دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، الغردقة ، الكويت ، الطبعة الثانية 1413 هـ - 1992م ، ج 1 ، ص 123.

لا بد أن يكون الوصف مشتملا على مصلحة مقصودة للشارع من تشريع الحكم. ومنهم من عبّر عنها بأنّها التي يعلم الله صلاح المتعبدين في التعبد بالحكم لأجلها<sup>(1)</sup>.

ومن خلال هذه التعاريف المختلفة ، يمكن أن نعرّف السّبب : بأنّه الواقعة المولدة للالتزام ، أو الدّافع إليه ؛ ويشمل ذلك جميع التصرفات القولية والفعلية ، وكل واقعة ينشأ عنها حق أو التزام في نظر الشّارع الحكيم.

وبناء على هذا التعريف ، يجد الباحث نفسه في ميدان الفقه وأصوله ، أمام جملة من الأسئلة الأساسية التي تحتاج إلى بيان وتوضيح ، في هذا الموضوع الهام وهي :

ما مفهوم السّبب ؟ وهل السّبب هو العلة أم أنّ هناك فرقا بينهما ؟ هل السّبب هو الواقعة المولدة للالتزام ؟ أو هو الباعث على الالتزام ؟ أو هو الحكم الأصلي للعقد ؟ أو أنّ السّبب يجمع هذه المعاني جميعا ؟

وما المعايير التي يعتد بها في الحكم على السّبب ؟ هل يجب أن يذكر صراحة في متن التصرف ؟ أم يعتد به حتى لو ذكر ضمنا ؟ أي هل يؤخذ بنية العاقد وقصده وما انطوت عليه نفسه ولا يكتفي بما ورد في متن التصرف وصيغته ؟ أم يجب الوقوف عند ظواهر النصوص والعبارات الواردة في متن التصرف ، ولا يتجاوز ذلك إلى التّيات والمقاصد ؟

لاشك أنّ الإجابة على هذه الأسئلة وغيرها من الأسئلة الفرعية الأخرى ، تشكل قاعدة معرفية لبناء نظرية للسّبب في الفقه الإسلامي.

وإذا انتقلنا إلى القانون الوضعي، نجد أنّ مفهوم السّبب أثار كثيرا من التساؤلات والمشكلات القانونية، واختلف الدارسون حوله، سواء على مستوى الفقه أو التشريع.

والسّبب باعتباره عنصرا في الالتزام الذي مصدره العقد يتصل اتصالا وثيقا بالإرادة ، فالسّبب والإرادة أمران متلازمان ، فإذا وجدت الإرادة وجد السّبب ، وإذا انعدمت الإرادة انعدم السّبب معها ؛ إلا أنّ هذا الارتباط بينهما لا ينفى كونهما أمرين مستقلين ، إذ السّبب هو الغرض الذي انصرفت إليه الإرادة ، وليس هو الإرادة ذاتها<sup>(2)</sup>.

وتاريخ نظرية السّبب يؤكد حقيقة تلازم السّبب والإرادة ، ففي القانون الروماني حيث كانت الشكلية هي الأصل في تكوين العقود، كان دور الإرادة ضعيفا في إنشاء الالتزامات وترتيب

<sup>1</sup> - الأمدي ، الإحكام في أصول الحكم ، ج 3 ، ص 240 . الزركشي ، البحر المحيط ، ج 1 ، ص 140.

<sup>2</sup> - الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، طبعة 1998 ، (د ر ط) ، ج 1 ص 451 - 452.

الآثار، ومن ثم نحصر مفهوم السبب في السبب الإنشائي فقط. وفي القانون الكنسي الذي تبني مبدأ الرضاية في العقود ونبت الشكلية، ازدادت أهمية الإرادة في تكوين العقد وتحديد أحكامه، وأصبح مفهوم السبب يتجلى في الباعث الدافع إلى التعاقد الذي يشترط فيه المشروعية.

وفي القانون الفرنسي القديم كرس "جون دوما" (Jean Domat) النزعة الموضوعية للسبب وعرفه بأنه الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه بالتزامه. وقد تأثر واضعو التقنين المدني الفرنسي بتصور "دوما" للسبب، وظهر اتجاه فقهي مناصر للنزعة الموضوعية للسبب، وعلى رأسه "كابيتان" (Henri Capitant) وعرف أنصار هذا الاتجاه بالسببيين. غير أن هذا الاتجاه تعرض للنقد الشديد من أعداء السبب، وعلى رأسهم "بلانيول" (Marcel Planiol)، حيث ادّعى أن ركني التراضي والمحل كفيلا بتحقيق وظيفة السبب، ولا فائدة من أن يكون السبب ركنا في العقد، وأصبح السبب بمعنى الباعث الدافع إلى التعاقد، الذي تنحصر وظيفته في حماية ومراقبة احترام الإرادة للنظام العام والآداب.

إنّ هذا الاختلاف بين النزعة الموضوعية والنزعة الذاتية عقّد مفهوم السبب، كما ألبس غموضا واختلافا حول السبب هل هو ركن في العقد أم ركن في الالتزام؟

فالفقيهان الفرنسيان "جاك فلور" و"جاك ليك أويير" عرفا السبب: بأنه الهدف الذي يتبغي الشخص الحصول عليه من جراء التعاقد، غير أنّ العقد لا يكون دائما نتيجة لسبب واحد، بل هناك أسباب قريبة، وأسباب بعيدة. ولكن المشكلة التي اعترضت هذا التعريف، هل نتوقف عند السبب القريب الذي هو عبارة عن الهدف المباشر، أم يجب الأخذ بعين الاعتبار الأسباب البعيدة المتعلقة بالرضى أيضا<sup>(1)</sup>.

أما الفقيه "جان كربونيه" (Jean Carbonier) فقد اعتبر أنّ القانون المدني الفرنسي لم يعرف السبب، وذلك للاختلاف الكبير في الفقه حول هذا الموضوع، فوجود السبب يتعلّق بالسبب المجرد والموضوعي، وهذا هو سبب الالتزام، بينما صفة الجواز تتعلّق بالسبب الذاتي وهذا هو سبب العقد<sup>(2)</sup>.

أما الفقه المصري، فرغم أنّ القانون المدني لم يعرف السبب، ومع ذلك فقد اتسم بالتمييز بين سبب الالتزام وسبب العقد؛ فسبب الالتزام هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه

<sup>1</sup> - Jacques Flour et Jean Luc Aubert, les obligations, L'acte juridique, 8 éd, 1998, Armend colin, page 178.

<sup>2</sup> - Jean Carbonnier, droit civil, Tome IV, les obligations, 17 éd, décembre 1993, page 224.

من رواء التزامه، أما سبب العقد فهو الباعث الدافع الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد ، وهذا الباعث يختلف من شخص لآخر ، ويتغير في النوع الواحد من العقود<sup>(1)</sup>.  
أما القانون المدني الأردني والبناني<sup>(2)</sup> فقد نصّا صراحة ، على التمييز بين سبب العقد وسبب الالتزام ، وعلى الاعتداد بهما معا ، فمعنى السبب في هذين القانونين مزدوج باعتراف المشرع نفسه بذلك.

فنصت المادة 194 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه "يتميز بين سبب الموجب وسبب العقد". وأجمعت كلمة فقهاء على أنّ سبب الالتزام يتسم بالطابع المجرد ، وهو يختلف باختلاف العقود ، وهو عبارة عن الالتزام المقابل في العقود المتبادلة ، والقيام بالأداء في العقود العينية ، ونية التبرع في العقود المجانية.

واختلف الرأي في تحديد المعنى الذي تبناه القانون المدني الجزائري للسبب ؛ فذهب الدكتور علي علي سليمان إلى أن القانون تبني القول بفكرة ازدواجية السبب. أي أن يكون للالتزام سبب بالمعنى التقليدي ، وللعقد سبب بالمعنى الحديث وهو الباعث الدافع على التعاقد<sup>(3)</sup>. وقد أيد هذا الرأي كل من الدكتور العربي بلحاج<sup>(4)</sup> ، والدكتور علي فيلاي<sup>(5)</sup>. ويرى الدكتور محمد صبري السعدي أنّ القانون المدني الجزائري يأخذ بالنظرية الحديثة في السبب ، والتي مفادها أنّ السبب بمعنى الباعث الدافع إلى التعاقد. كما يأخذ أيضا إلى جوار ذلك بالسبب القصدي إذ لا يتصور أن يتحمل المتعاقد الالتزام دون سبب<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup> - عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، طبعة 1974، ص 348. عبد

الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت 1982، ج 1 ص 467.

<sup>2</sup> - ويسميه المشرع اللبناني : قانون الموجبات والعقود.

<sup>3</sup> - الدكتور علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر. طبعة سنة 1993 ، ص 75.

<sup>4</sup> - الدكتور العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر. طبعة 1999 ، ص 166.

<sup>5</sup> - الدكتور علي فيلاي ، الالتزامات النظرية العامة للعقد ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، وحدة الرعاية ، الجزائر ، طبعة 2010 ، ص 202 - 203.

<sup>6</sup> - الدكتور محمد صبري السعدي : شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، الطبعة الأولى 1993 ، ج 1 ص 237.

وإذا كان الأصل في المدرسة اللاتينية هو الاعتداد بالسبب واعتباره ركنا في العقد أو في الالتزام على حسب اختلاف وجهات النظر ، فإنّ الأمر في المدرسة الجرمانية عكس ذلك ، فالأصل في هذه الأخيرة هو الاعتداد بالتصرف المجرد على نطاق غير محدود سواء في مجال الحقوق الشخصية أو في مجال الحقوق العينية، ولا تأخذ بالتصرف المسبب إلا استثناء؛ وهذا ما اعتنقه القانون الألماني ، فما مفهوم التصرف المجرد ؟ وما مفهوم السبب في القانون الألماني؟ ووفق أي معيار يحكم على صحة التصرف أو بطلانه ، وكيف يسترد المدين حقه إذا تبين أنّ السبب غير مشروع ؟

ومن خلال هذا العرض الموجز لنظرية السبب ، يتبين حجم اختلاف الفقهاء حول مفهوم السبب ، وهذا ما يدفع إلى البحث في المراحل المختلفة التي مرت بها نظرية السبب ، للوقوف على مدى تطورها على المستوى الفقهي أو التشريعي ، وذلك للجواب على سؤال جوهري يتمثل في تحديد المعنى الذي استقر عليه مفهوم السبب ، والمعايير التي يعتد بها للحكم على صحة التصرفات أو بطلانها، وكذا مجالات النشاط الإنساني التي يغطيها ، وكيف انعكس ذلك كله على مستوى التشريع في البلدان المختلفة.

## أهمية الموضوع

والموضوع بهذا التوسع والشمول والعمق ، ذو أهمية بالغة سواء على مستوى التصور والاعتقاد ، أو على مستوى العمل والسلوك ، أو على مستوى القول والتصرف؛ فالاعتقاد الصحيح ، يدفع إلى العمل النافع المفيد ، الذي يعبر عنه بقول سليم ، أو تصرف مستقيم.

فأهمية دراسة نظرية السبب في القانون الوضعي تبدو في الموائمة بين الحفاظ على مبادئ المجتمع الأساسية وقيمه العليا ، أي حماية النظام العام والآداب من جهة ، ومن جهة أخرى حماية حرية الأفراد في القيام بما يرغبون من التصرفات وما يبرمونه من العقود ، أي احترام مبدأ سلطان الإرادة ؛ وذلك حتى لا تكوت حرية الأفراد أداة في أيديهم يهدمون به المعاني والقيم التي يسعى المجتمع للحفاظ عليها.

وهذه الغاية يحرص عليها الفقه الإسلامي أيضا ولا يختلف عن الشرائع الوضعيّة في توفير عناصر هذه الحماية، بل إنه جعل نتيجة العمل غالبا هو معيار فساد التصرف وليس نيّة العاقد فحسب، وذلك باعتماد مبدأ سدّ الذرائع أصلا من الأصول الفقهية في الحكم على صحة التصرفات أو بطلانها.

كما تبدو أهمية دراسة السبب على مستوى الفقه الإسلامي أيضا ، وذلك من خلال معرفة أنّ السبب مصدر التكاليف والالتزامات، سواء في باب العبادات أو المعاملات المالية أو العقوبات الشرعية، كما أنّ العلاقة السببية بين الخطأ والضرر هي التي تولد المسؤولية المدنية ، سواء كانت مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية ، فضلا عن المسؤولية الجزائية.

بل إنّ نظرية التعسف في استعمال الحق ، والتعسف في استعمال السلطة ، إنّما هي تطبيق لفكرة الباعث؛ والباعث ما هو إلا معنى من المعاني التي تشملها نظرية السبب<sup>(1)</sup>.

### الصعوبات التي واجهتها

أولى هذه الصعوبات ، تتمثل في ظروفِي الصّحية ، حيث إنني اعتمد على غيري في توفير ما أحتاج إليه من المصادر والمراجع ، مما صعب عليّ مهمة البحث نوعا ما ؛ إذ لا يتيسر لي توفير ما أعتمد عليه بسهولة ويسر ، بل يأخذ مني وقتا طويلا ، وفي أحيان كثيرة يتعذر عليّ الحصول على ما أرغب فيه إلا بعد جهد ووقت طويلين، أو لا أحصل عليه إطلاقا.

وأما الصعوبة الثانية فتتمثل في كثرة مصادر ومراجع البحث، سواء في الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي ، مما صعب عليّ المهمة نوعا ما، فقد وجدت نفسي في مواجهة كم هائل من المصادر الأساسية التي كتبت في أزمنة مختلفة وأماكن متعددة ، مما انعكس طردا على المنهجية المتبعة في تحرير مثل هذه المواضيع، كما أنّ مصطلحات هذه المصادر تختلف من كاتب لآخر ، ولا شك أنّ هذا أمر يحتاج إلى جهد ووقت كبيرين ، مما جعلني أغرق في بحر لحي من المفاهيم ولم أنج منه إلا بكد وجهد كبيرين.

غير أنّ المشكلة التي واجهتني هي اختلاف المصطلحات ، ففي كتب أصول الفقه هناك من يرى أنّ السبب هو العلة أي لهما معنى واحد ، وهناك من يرى أنّ بينهما اختلافًا. وترتب على ذلك اختلاف في تقسيم السبب ، فعلى أي معيار يمكن أن يقسم السبب ؟ وقد تباينت الآراء في ذلك لتصل إلى أكثر من عشرين معيارا.

وفي القانون هناك من يستعمل مصطلح السبب الفني ، ويقصد به السبب في العقد أو النظرية الحديثة ، ويستعمل السبب المصلحي ويقصد به السبب في الالتزام ، كما فعل الدكتور عبد الحي حجازي ، وتابعه في ذلك الدكتور وحيد الدين سوار وأسقطه على الفقه الإسلامي. كما نجد

<sup>1</sup> - الدكتور فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، مؤسسة الرسالة ، بيروت، لبنان ، الطبعة الثالثة 1401هـ - 1981م ، ص 207.

فقهاء آخرين استعملوا مصطلح النظرية الحديثة والنظرية التقليدية ، وآخرين استعملوا السبب الدافع والسبب المباشر. كما أنّ بعض التقنيات لا يتضح بشكل جيد من نصوصها التمييز بين سبب العقد وسبب الالتزام ، كما لا يتضح أيضا هل تتبنى النظرية التقليدية أم النظرية الحديثة. ولما كان البحث دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، فقد وجدت صعوبة بالغة في فرز المصطلحات وبيان مصاديقها ، ذلك أنّ علماء الأصول بحثوا السبب ضمن مباحث الحكم الوضعي ، الذي هو قسيم الحكم التكليفي ، وهذا البحث لا صلة له بنظرية سبب الالتزام في القانون ؛ ذلك أنّ مبحث السبب في أصول الفقه ، لا يتصل بموضوع الالتزام أو العقد فحسب ، بل هو فكرة فلسفية منطقية ، تتصل بمنهجية التشريع وغاياته ، وتبحث في الأسباب ومسبباتها، وما يشترط لهذه السببية من شروط وما يقف في طريقها من موانع ، تحول دون وقوع المسببات بناء على الأسباب<sup>(1)</sup> ، وقد انعكس ذلك كله في بحوث الفقهاء والأصوليين.

### الدراسات السابقة

اهتم الفقهاء المسلمون بدراسة السبب باعتباره قسما من أقسام الحكم الوضعي ، تأسيسا وتأصيلا ، وبسطوا مباحثه دراسة وتوجيها ، واستوفوها شرحا وتوضيحا ، في كتب أصول الفقه المختلفة، ولا يكاد يخلو كتاب من كتب الأصول لا يتعرض لمبحث السبب ، سواء كان ذلك باختصار أو بإسهاب.

وقد ظهر في العصر الحديث فريق من الباحثين - أغلبيهم من رجال القانون ، ممن اهتموا بالدراسة المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - وجدوا أنّ السبب هو من أركان العقد في القانون المدني ، أو هو من أركان الالتزام على رأي فريق آخر ، ومن ثمة فقد تساءل هؤلاء الفقهاء هل يعتبر الفقه الإسلامي السبب ركنا في العقد أم في الالتزام ، وللإجابة على هذا التساؤل فقد درسوا الموضوع دراسة مقارنة ، قصد بيان أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما.

وقد تباينت الآراء في هذه الدراسات فبعضهم اعتبر أنّ السبب في القانون الوضعي هو نفسه حسب تعريف الفقه الإسلامي، وهي مطابقة لا تؤيدها حقائق التاريخ ، ولا يسندها دليل علمي ، وأبرز من قال بذلك :

<sup>1</sup> - جمال الدين محمود ، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية، القاهرة ، الطبعة الأولى 1969 ، ص 214.

أ - الدكتور عبد الله الجليلي في كتابه : "الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام والآداب". ومما يؤخذ على المؤلف أنه جعل الفقه الإسلامي أساسا لشرح المادة 132 من القانون المدني العراقي المتعلقة بالسبب. والذي نسجله في هذا السياق أنّ القانون المدني العراقي وإن كان قد تأثر بالفقه الإسلامي في الكتاب الثاني المخصص للعقود المسماة ، فإنّ تأثيره يقل في الكتاب الأول المخصص للنظرية العامة للالتزام ، وفي الكتابين الثالث والرابع المخصصين للحقوق العينية. ولما كانت المادة 132 واردة في الكتاب الأول ، ومقتبسة من القانون المدني المصري ذي الأصل اللاتيني ، فإنّ الاستناد إلى الفقه الإسلامي في شرحها وإلباس قول الفقهاء والأصوليين عليها هو مسلك غير سديد<sup>(1)</sup>.

ب - الدكتور صبحي الحمصاني في كتابه "النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية". حيث ذكر أنّ علماء أصول الفقه الإسلامي لم يفتهم بحث نظرية السبب في أصول الفقه بصورة علمية ، كما بحثها الفقهاء بصورة عملية في علم الفروع ، وفي أبواب العقود المختلفة<sup>(2)</sup>.

ج - الدكتور محمد يوسف موسى في كتابه : "الأموال ونظرية العقد". الذي قال : "على أنّه إن فات هؤلاء الفقهاء بحث "السبب" باعتباره نظرية علمية في الفقه ، لم يفتهم بحثه في علم أصول الفقه ؛ وكانوا بحاجة لهذا البحث ما دام السبب الصحيح يعتبر شرطا لا بد منه في العقد والالتزام"<sup>(3)</sup>.

وهذه مبالغة من الدكتور صبحي الحمصاني والدكتور محمد يوسف موسى ، ذلك أنّه مما لا شك فيه لدى كل باحث ، أنّ هناك فرقاً كبيراً بين فكرة السبب في القانون الوضعي ، وفكرة السبب في أصول الفقه ، فالسبب في أصول الفقه هو أحد أنواع الحكم الوضعي ، وهو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخييراً أو وضعاً؛ فالموضوع يتعلق بإرادة الشارع والكشف عنها بمعرفة علاماتها التي تؤدي إليها ومن بينها السبب، أما السبب في القانون الوضعي

<sup>1</sup> - الدكتور حسن الذنون ، محاضرات في نظرية العقد في القانون المدني العراقي ، (د د ن)، ص 4.

<sup>2</sup> - الدكتور صبحي الحمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، مطبعة الكشاف، (د ر ط)، بيروت، لبنان ، ج 2 ص 89.

<sup>3</sup> - محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد، دار الكتاب العربي، القاهرة، الطبعة الأولى 1953م، ص 388.

فهو يتعلق بالتصرف القانوني الذي هو إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني ، وذلك مما يتعلق بإرادة المخاطب بأحكام القانون وليس بإرادة الشارع<sup>(1)</sup>.

كما أنّ السبب في أصول الفقه يشمل العبادات والمعاملات والعقوبات وغيرها من التصرفات القولية أو الفعلية التي يقوم بها المكلفون ، بينما نظرية السبب في القانون الوضعي هي فكرة تتعلق بالالتزامات الإرادية فقط.

وهناك فريق آخر من الباحثين ، التزم بالمحافظة على أصالة واستقلالية كل مدرسة فقهية ، وكان همه هو بيان ما يقوله الفقه الإسلامي دون أن يسقطه على القانون الوضعي ، أو يسقط ما يقوله القانون الوضعي على الفقه الإسلامي ، أي دون أن يفتعل تشابها بينهما لا تؤيده الحقائق العلمية.

وعلى هدى هذه المنهجية وجدنا مجموعة من الباحثين تناولوا السبب ، بعضهم أفرده ببحث مستقل ، وبعضهم خصّه بمبحث أو فصل ضمن كتاب معين، ومن هؤلاء الباحثين الذين تناولوا موضوع السبب بهذه المنهجية.

الدكتور عبد الرزاق السنهوري في كتابه : "مصادر الحق في الفقه الإسلامي".

والشيخ مصطفى الزرقا في كتابه : "نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي".

والدكتور شفيق شحاتة في كتابه : "النظرية العامة للالتزامات في الفقه الإسلامي".

والدكتور وحيد الدين سوار في رسالته : "التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي".

والدكتور جمال الدين محمود في رسالته : "سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي".

حليمة آيت حمودي في كتابها : "نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي".

وهناك باحثون آخرون تناولوا موضوع السبب ولكن من خلال دراستهم لأوضاع قانونية معينة ، كما فعل الدكتور محمد زكي عبد البر ، حيث تعرض للسبب في رسالته "نظرية تحمل التبعة". وكذلك فعل الدكتور حسن علي الذنون في رسالته "النظرية العامة للفسخ". والدكتور صلاح الدين الناهي في رسالته "الامتناع المشروع عن الوفاء". ولقد أجمعت هذه الرسائل الثلاث، على عدم وجود نظرية للسبب في الفقه الإسلامي ، كما هي في الفقه اللاتيني. وكذلك رسالة الدكتور فواز صالح "الدفع بعدم التنفيذ في القانون المقارن الفرنسي والسوري"<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - جمال الدين محمود ، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي ، ص 134.

<sup>2</sup> - رسالة فواز صالح، هي رسالة التي أعدها للحصول على درجة الدكتوراه في القانون الخاص من جامعة تولوز 1 ، بفرنسا سنة 2000.

وقد استفدت من هذه الدراسات ، غير أنّ ملاحظاتي عليها تتمثل في أنّ بعضها اقتصر في بحثه على مذهب فقهي واحد كما هو الحال عند شفيق شحاتة الذي اقتصر على المذهب الحنفي فقط، كما أنّ بعض هذه الدراسات اقتصرت على الجانب القانوني وإشارتها للفقهاء الإسلامي قليلة، أو اقتصرت في دراستها على مقارنة جزئية من جزئيات البحث فقط ، ومعظم هذا الدراسات من المشرق العربي وهي خالية من المقارنة مع القانون المدني الجزائري.

### أسباب اختيار الموضوع

هناك أسباب عدة دفعتني لاختيار موضوع "السبب" ليكون رسالة للدكتوراه وهي : سبب مباشر : وهو أنني حين اطلعت أول مرة على موضوع "السبب" في باب الحكم وأقسامه ، عرفت أنّ السبب هو ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته. كالبلوغ سبب للتكليف الشرعي، والزوال سبب لوجوب الصلاة، وشهود الشهر سبب لوجوب صيام رمضان، والنّصاب سبب لوجوب الزكاة، والسّرقة سبب لوجوب قطع يد السّارق، والزنى سبب لوجوب جلد الزاني.

وكانت هذه هي فكري البسيطة على موضع "السبب" غير أنّه عند مطالعة كتاب "الموافقات" للإمام الشاطبي ، وجدته قد خصص لموضوع "السبب" أربع عشرة مسألة شرحها على امتداد خمس وسبعين صفحة. وأثناء مناقشته وتحليله للموضوع ، وجدته وهو يشرح السبب يناقش قضايا فقهية وأصولية ومسائل في العقيدة وأخرى في السلوك والتصوف ، فأدركت أنّ موضوع السبب أوسع بكثير مما كنت أتصور ، وأشمل بكثير مما كنت أعتقد ، وأعمق بكثير مما كنت أظنّ. ومن هنا نشأت رغبتني في طلب المزيد في معرفة موضوع السبب ، لأنّ الشاطبي كما هو معروف يقدم عصارة المواضيع ونهاياتها<sup>(1)</sup>. فعقدت العزم على أن أدرس موضوع السبب بجميع أبعاده ، ولما كنت لم أسجل بعد رسالة الدكتوراه ، فقلت لم لا يكون موضوع السبب هو موضوع الرسالة الذي أتقدم بها لنيل درجة الدكتوراه ، لأنّ المطالعة عن طريق البحث هي أفضل وسيلة لاستيعاب المسائل وإدراك أبعادها ، وخاصة إذا كان الموضوع بهذا السعة والتشعب والعمق والشمول، وذلك الذي وقع فتقدمت للمجلس العلمي للجامعة بمشروع البحث ، وتمت الموافقة عليه وتسجيله.

<sup>1</sup> - ويتضح هذا جيدا من خلال الشرط الذي وضعه لمن يطالع كتاب الموافقات حيث قال : "لا يسمح للناظر في هذا الكتاب أن ينظر فيه نظر مفيد أو مستفيد ، حتى يكون ريان من علم الشريعة أصولها وفروعها ، منقولها ومعقولها ، غير مُخْلِذ إلى التقليد والتعصب للمذهب". الموافقات ، تحقيق عبد الله دراز ، دار الفكر العربي (د س ن)، ج 1 ص 87.

ومما حفزني على ذلك أيضا أنني تذكرت قولاً لأحد علماء الأزهر<sup>(1)</sup> يقول : " لا يؤلف أحد كتاباً إلا في أحد أقسام سبعة ، ولا يمكن التأليف في غيرها ، وهي : إما أن يؤلف في شيء لم يسبق إليه يخترعه ، أو شيء ناقص يتمه ، أو شيء مستغلق يشرحه ، أو طويل يختصره دون أن يخل بشيء من معانيه ، أو شيء مختلط يرتبه ، أو شيء أخطأ فيه مصنفه يبينه ، أو شيء مفرق يجمعه".

فقلت في نفسي إن هذه القاعدة التي ذكرها هذا العالم الأزهرى ، تحتفظ بقيمتها ، وهي تدعوني إلى أن أسير على نهجها ، وأحاول في رسالتي هذه أن أجمع ما تفقر من معاني السبب ، وأبرز شيئاً من بقية الأقسام الأخرى إن تيسر لي ذلك.

سبب ذاتي : ميلي للدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي من جهة والقوانين الوضعية من جهة أخرى ، وذلك لأنّ المقارنات عادة ما توضح المسائل بشكل جيد ، وقد قيل : وبضدها تتميز الأشياء، كما أن المقارنة تبين ميزات كل أمر من الأمور ، وتبرز حسنات وسيئات كل قول أو رأي. ومن خلال المقارنة تبرز بوضوح قوة مزية الفقه الإسلامي وفضل ما فيه من سبق وإحاطة وشمول ومنطقيّة ودقة ، كما تجيب خصوصاً على تساؤلات بعض القانونيين ومن ليس لهم ثقافة إسلامية واسعة ، وتزيل شكوكهم في صلاحية الشريعة الإسلامية للتطبيق في العصر الحاضر.

### المنهج المتبع في دراسة الموضوع

سلكت في هذا البحث المنهج التحليلي الاستنتاجي ، وذلك بعرض نصوص وآراء الفقهاء على اختلاف مذاهبهم ، وطبقاتهم ، ثم القيام بتحليلها، ومناقشتها، وتحقيقها؛ بالاستناد إلى مصادر التشريع الإسلامي المختلفة، وعلى ضوء قواعد أصول الفقه والقواعد الفقهية العامة ؛ لأصل في النهاية إلى النتيجة التي يمكن استخلاصها من مجموع النصوص والجزئيات التي استقرأتها، كما اتبعت أيضاً منهج المقارنة بين المذاهب المختلفة والآراء المتعددة سواء بين أقوال وآراء فقهاء الفقه الإسلامي ، أو بين آراء وأقوال فقهاء القانون الوضعي ، أو بين هؤلاء وأولئك.

على أنّ منهجية المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي تقوم على إبراز طابع كل منهما وبيان أوجه الاتفاق أو الاختلاف بينهما، دون تقريب بينهما بطريقة مفتعلة أو مصطنعة، أو ننسب لأحدهما ما ليس فيه.

<sup>1</sup> - هو شمس الدين البابلي الأزهرى المتوفى سنة 1077 هـ. ذكره محمد أمين بن فضل الله، خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر، طبعة القاهرة سنة 1284هـ، ج 4 ص 41.

## خطة البحث

وقد قسمت موضوع البحث إلى أربعة أبواب ، وكانت خطة البحث كالآتي :

### المقدمة

الباب الأول : مفهوم نظرية السبب في الفكر الفقهي والأصولي وأدلتها

الفصل الأول : تعريف السبب والعلة وأقسام السبب لدى الفقهاء والأصوليين

الفصل الثاني : أدلة نظرية السبب من المصادر التشريعية المختلفة

الباب الثاني : معايير نظرية السبب في الفكر الفقهي والأصولي

الفصل الأول : معايير نظرية السبب في الفقه الحنفي والشافعي

الفصل الثاني : معايير نظرية السبب في الفقه المالكي والحنبلي والإباضي

الباب الثالث : نظرية السبب في القانون الوضعي

الفصل الأول : التطور التاريخي لنظرية السبب في المدرسة اللاتينية

الفصل الثاني : نظرية السبب في الفقه والقانون الألمانيين

الباب الرابع : مقارنة بين نظرية السبب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ومجال تطبيقها

الفصل الأول : مقارنة بين نظرية السبب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

الفصل الثاني : تطبيق نظرية السبب على بعض العقود

### الخاتمة

### الأهداف المتوخاة من البحث

والبحث بهذا الشكل يحاول الوفاء بالأهداف الآتية :

- 1 - بيان أن السبب قيد على الإرادة يحدّ من سلطاتها، التي تسعى لإنشاء تصرفات معينة ظاهرها الجواز ، ولكن هدفها المساس بالمصلحة العامة وهدم مقاصد الشريعة الإسلامية.
- 2 - بيان وظيفة السبب المتمثلة في حماية الفرد والمجتمع، فحماية الفرد تتمثل في ضمان مصلحة المتعاقدين ومجالها عقود المعاوضات، وهذا يؤدي إلى تحقيق العدل بين المتعاقدين وضمان استقرار التعامل. وحماية المجتمع تتمثل في تحقيق المصلحة العامة، ويكون مجالها أوسع حيث تشمل جميع عقود المعاوضات والتبرعات وسائر التصرفات القانونية، وهذا يحتم على المشرع التدخل لتصويب غايات المتعاقدين بحيث لا تخل غاية أحدهما أو كلاهما بمصلحة عامة.
- 3 - دعوة المسلم كي يُكَيِّف كل ما يقوم به من قول أو فعل ، وفق المشروعية الإسلامية فلا يقصد بعمله شيئاً غير مشروع ، ولا يتخذ من شيء ظاهره الجواز كي يصل لشيء لا يجوز،

بل عليه أن يقصد بكل عمل يقوم به وجه الله تعالى ويسعى لكي يكون عبدا لله اختيارا ، كما هو عبد لله اضطرارا ، على حد تعبير الشاطبي.

4 - المقارنة العلمية الهادئة بين ما قاله الفقهاء المسلمون ، وما قاله فقهاء القانون الوضعي، لندرك عناصر القوة وعلامات التميز في الفقه الإسلامي وقوة التأصيل وسلامة المنهج، ليعرف المسلمون ويوقن المؤمنون أنّ في شريعتهم الخير والنجاة في الدنيا والآخرة، ولكن أنّى يفقهون ؟ هذه هي إشكالية الموضوع وطريقة البحث وخطته والصعوبات التي واجهتها والأهداف المتوخاة ، وإني لأرجو من الله تعالى أن أكون قد حققت ما كنت أرمي إليه ، وساهمت بجزء بسيط في إثراء المكتبة الإسلامية بمثل هذه الدراسة المقارنة ، ذلك أنني بذلت جهدي في جمع مفردات هذا البحث وترتيبه، ولم أتوان في تسديده وتهذيبه، ومع ذلك فإنّ المدقق سيجد عثرة أو زلل ، وسيعثر على خطأ أو خلط، فلا يستغرب ذلك ، فإنّه مما لا ينجو منه أحد ولا يستنكفه بشر.

روى البويطي عن الشافعي أنّه قال : إنّني صنّفت هذه الكتب فلم آل فيها الصواب ، فلا بد أن يوجد فيها ما يخالف كتاب الله وسنّة رسوله صلى الله عليه وسلم ، قال الله تعالى : ﴿وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا﴾<sup>(1)</sup>. فما وجدتم فيه مما يخالف كتاب الله وسنّة رسوله ، فإني راجع عنه إلى كتاب الله وسنّة رسوله.

وقال المزني قرأت كتاب الرسالة على الشافعي ثمانين مرة ، فما من مرة إلا وكان يقف على خطأ ، فقال الشافعي : هيه ، أبي الله أن يكون كتاب صحيحا غير كتابه<sup>(2)</sup>.

وقال القاضي الفاضل - وليس العماد الأصبهاني<sup>(3)</sup> - : "إني رأيت أنّه لا يكتب إنسان كتابا في يومه؛ إلا قال في عده: لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يستحسن، ولو قدّم

<sup>1</sup> - سورة النساء ، آية رقم : 81.

<sup>2</sup> - علاء الدين عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري ، كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي ، وعلى هامشه أصول الفقه للبزدوي ، مطبعة شركة الصحافة العثمانية ، طبعة 1308 هـ ( د ر ط ) ، ج 1 ص 4.

<sup>3</sup> - أبو عبد الله عماد الدين محمد بن صفى الدين الأصبهاني، مؤرخ وأديب، لترك مؤلفات عديدة منها : "خريدة القصر وجريدة العصر" و "الفتح القسي القدسي". ولد سنة 519 هـ، بأصبهان، وتعلم ببغداد عاصمة العراق، وعمل في "ديوان الإنشاء" زمن السلطان نور الدين محمود، وبعد وفاته التحق بصلاح الدين الأيوبي وكان من مستشاريه ومعاونيه، استوطن دمشق وتوفي بها سنة 597 هـ. شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي، سير أعلام النبلاء ، مؤسسة الرسالة ، بيروت، طبعة 1422 هـ - 2001م، ج 15 ص 214.

هذا لكان أفضل، ولو تُركَ هذا لكان أجمل. هذا مِنْ أعظمِ العِبَرِ، وهو دليلٌ على استيلاءِ النَّقْصِ على جُمْلَةِ البَشَرِ<sup>(1)</sup>.

<sup>1</sup> - كثير من الكتب والرسائل العلمية في العصر الحديث تنسب هذه المقولة للعماد الأصبهاني، ولكن التحقيق العلمي يبين أنها للأديب الكبير عبد الرحيم بن علي بن السعيد البيساني، المعروف بالقاضي الفاضل، المولود سنة 529هـ بغزة في فلسطين، والمتوفى في القاهرة سنة 596هـ.

ومصدر هذا الخطأ ومنشأه أن الدكتور أحمد فريد الرفاعي (ت 1376 هـ - 1955م)، عندما نشر الطبعة الثانية سنة 1936 من كتاب "معجم الأدباء"، لياقوت الحموي (574 - 626 هـ)، وضع هذه الكلمة خطأ في أوّل كلّ جزء من الأجزاء العشرين منسوبة للعماد الأصبهاني، وتداولها النَّاسُ عنه بعد ذلك بهذه النسبة الخاطئة.

والصَّواب نسبتها للقاضي الفاضل، لأنها لا توجد في أي كتاب من كتب العماد الأصفهاني المتداولة بين الناس اليوم، كما أنّ عدداً من الكتاب والعلماء عاشوا قبل أحمد الرفاعي كما يظهر ذلك من تاريخ وفاتهم، نسبوا هذه الكلمة في مؤلفاتهم للقاضي الفاضل وليس للعماد الأصفهاني، ومن هؤلاء:

قطب الدّين محمد بن أحمد النهروانيّ الحنفيّ (ت 988 هـ - 1580م)، في كتابه: "الإعلام بأعلام بيت الله الحرام". المكتبة التجارية، مكة المكرمة، الطبعة الأولى 1996، ص 456.

حاجي خليفة (ت 1067هـ)، في كتابه: «كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون»، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ج 1 ص 18.

محمد بن محمد الحسيني الزبيديّ (1145 - 1205هـ)، في كتابه "إنحاف السادة المتقين بشرح إحياء علوم الدين"، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت لبنان، طبعة 1414هـ - 1994م، ج 1 ص 3.

ومن نسب هذه الكلمة للقاضي الفاضل من الكتاب المعاصرين، الشيخ مشهور بن حسن بن سلمان، في كتابه "إعلام العابد في حكم تكرار الجماعة في المسجد الواحد"، دار المنار، الخرج، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، ص 7.

وسبب هذه المقولة أنّ عبد الرحيم البيساني المشهور بالقاضي الفاضل كتب بهذه الكلمة إلى العماد الأصبهاني، معتذراً عن كلام استدركه عليه فقال له: «إنه وقع لي شيء، وما أدري أوقع لك أم لا، وما أنا أخبرك به، وذلك أي ما رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً في يومه، إلا قال في غده: لو عُيِّرَ هذا لكان أحسن، ولو زيد لكان يستحسن، ولو قُدِّمَ هذا لكان أفضل، ولو تُركَ هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقض على جملة البشر».

والقاضي الفاضل هو الأديب المعاصر للعماد الأصبهاني، وكان بينهما مودة وتفاهم ومراسلات ومحاورات، وكان كل واحد منهما يعرف قدر صاحبه وعلمه وفضله، كما جاء ذلك في كتب التراجم المعروفة. وكان إذا انقطع القاضي الفاضل، عن ديوان السلطان صلاح الدين الأيوبي، ناب عنه العماد الأصبهاني في النظر إليه، وألقى إليه السلطان مقاليد، وركن إليه بأسراره.

وقد أفرد العماد الأصبهاني، للقاضي الفاضل، ترجمة وافية، في كتابه: «خريدة القصر وجريدة العصر»، مطبعة دار الكتب والوثائق القومية، القاهرة، طبعة 1426 هـ - 2005، ج 15 ص 35. وأثنى عليه، ومدحه بقصائد قلّند.

ويعتبر من أشهر كتاب اللغة العربية وأحد عظماء الوزراء الأكفاء في تاريخ الإسلام، حيث كان من وزراء السلطان «صلاح الدين الأيوبي» رحمه الله، ومن مقربيه، وكان السلطان صلاح الدين، يقول: «لا تظنوا أنني ملكت البلاد بسيفكم، بل بقلم الفاضل».

## الباب الأول

### مفهوم نظرية السبب في الفكر الفقهي والأصولي وأدلتها

في هذا الباب سيتم تعريف السبب والعلّة باعتبارهما المفهومين المركزيان اللذان تقوم عليهما نظرية السبب في الفقه الإسلامي ، مع تقديم الأدلة المختلفة من المصادر الشرعية المختلفة على صحتها ، ويكون ذلك في فصلين اثنين.

الفصل الأول : تعريف السبب والعلّة وأقسام السبب لدى الفقهاء والأصوليين

الفصل الثاني : أدلة نظرية السبب من المصادر التشريعية المختلفة

## الفصل الأول

### تعريف السبب والعلّة وأقسام السبب لدى الفقهاء والأصوليين

على الرغم من اتفاق السبب والعلّة في مسائل كثيرة ، لدرجة أنّ بعض الأصوليين يعتبروهما بمعنى واحد، إلا أنّ علماء الأصول اعتادوا في بحوثهم البدء بمبحث السبب<sup>(1)</sup> ، وذلك لتقدم وجود السبب على العلّة من حيث الواقع ؛ وسيتم اعتماد هذه المنهجية في عرض مباحث هذا الفصل، حيث أبدأ ببيان مفهوم السبب، ثم أنتقل لبيان مفهوم العلّة، وتكميلاً لفوائد البحث فسيتم عرض أقسام السبب التي أوردها الأصوليون باعتباريات مختلفة، وقبل ذلك كله لا بد من تعريف السبب والعلّة من حيث اللغة ، فيخلص لدينا المباحث الأربعة الآتية.

المبحث الأول : تعريف السبب والعلّة لغة

المبحث الثاني : تعريف السبب لدى الأصوليين

المبحث الثالث : تعريف العلّة لدى الأصوليين

المبحث الثالث : أقسام السبب

<sup>1</sup> - خالف الحنابلة بقية العلماء في هذه الجزئية المنهجية ، حيث يقدمون العلّة على السبب. انظر ، عبد القادر بن أحمد بن مصطفى بن بدران الدمشقي (1280 - 1346هـ)، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد ، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية 1401 هـ 1981 م ، ج 1 ص 159. ابن قدامة المقدسي ، روضة الناظر وحنة المناظر، ص 56.

## المبحث الأول

### تعريف السبب والعلّة في اللّغة

سيقسم هذا المبحث إلى مطلبين اثنين ، الأول لبيان معنى السبب ، والثاني لبيان معنى العلة.

#### المطلب الأول : تعريف السبب في اللّغة

السبب لغة : عبارة عما يتوصل به إلى مقصود ما ، قال ابن منظور : "السبب كل شيء يتوصل به إلى غيره"<sup>(1)</sup>. وقال الفيروز آبادي : "السبب ما يتوصل به إلى غيره". وقال عبد العزيز البخاري<sup>(2)</sup> : "السبب في اللّغة ما يتوصل به إلى المقصود من علم أو قدرة أو آلة"<sup>(3)</sup>. وتتبع المفردات الداخلة تحت هذا المعنى نجد منها ما يلي<sup>(4)</sup> :

1 - الطريق ، ومنه قوله تعالى في قصة ذي القرنين : {فَاتَّبَعَ سَبَبًا} <sup>(5)</sup> ، أي سلك طريقا ومنازل<sup>(6)</sup>. قال الزمخشري : "وما لي إليه سبب : طريق"<sup>(7)</sup> ، فإنّ المكان المقصود وإن كان الوصول إليه إنما هو بالسّير لا بالطريق ، إلا أنّه لا بد من الطريق للوصول إليه ، ولذلك سمي سببا.

2 - الباب : ومنه قوله تعالى في قصة فرعون : {وَقَالَ فِرْعَوْنُ يَا هَامَانُ ابْنِ لِي صَرْحًا لَّعَلِّي أَبْلُغُ الْأَسْبَابَ \* أَسْبَابَ السَّمَاوَاتِ فَأَطَّلِعَ إِلَىٰ إِلَهِ مُوسَىٰ} <sup>(8)</sup>. أي أبوابها في قول بعض العلماء ،

<sup>1</sup> - محمد بن مكرم بن علي بن أحمد بن منظور الأنصاري ، لسان العرب ، تنسيق وتعليق علي شيري ، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 1408 هـ - 1988 م ، مادة سبب ، ج 6 ص 139.

<sup>2</sup> - علاء الدين عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري ، فقيه حنفي من أهل بخارى ، تفقه على عمه الفقيه الأصولي الإمام محمد المايعري ، (ت 730 هـ - 1330 م). وله تصانيف منها : شرح أصول البيروني المسمى بكشف الأسرار. وشرح المنتخب الحسامي للأخسيكتي. خير الدين الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الخامسة 1980، ج 4 ص 13.

<sup>3</sup> - علاء الدين عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري ، كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البيروني ، وعلى هامشه أصول الفقه للبيروني ، مطبعة شركة الصحافة العثمانية ، طبعة 1308 هـ ، ج 4 ص 169.

<sup>4</sup> - حافظ الدين النسفي ، كشف الأسرار شرح المصنف على المنار ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1406 هـ - 1986 م ، ج 2 ص 410. ابن منظور ، لسان العرب ، مادة سبب ، ج 6 ص 139.

<sup>5</sup> - سورة الكهف آية رقم : 84.

<sup>6</sup> - محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن الكريم ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية 1952، ج 11 ص 48.

<sup>7</sup> - جار الله محمد بن عمر الزمخشري ، أساس البلاغة ، تحقيق محمد باسل عيون السود ، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، الطبعة الأولى 1998م - 1419 هـ ، مادة سبب ، ص 200.

<sup>8</sup> - سورة غافر الآيتين رقم : 36 - 37.

منهم حافظ الدين النسفي<sup>(1)</sup> ، وقتادة والزهري والسدي والأخفش. وقال أبو صالح : أسباب السموات طرقها ؛ فتكون الآية حينها شاهدا للمعنى الأول<sup>(2)</sup>.

وقيل يحتمل الأمرين ، الباب والطريق، ومنه قول زهير بن أبي سلمى<sup>(3)</sup> :

وَمَنْ هَابَ أَسْبَابَ الْمَنَائَا يَنْلُنُهُ      وَإِنْ يْرِقُ أَسْبَابَ السَّمَاءِ بِسَلْمٍ<sup>(4)</sup>

فإن الأسباب هنا بمعنى الأبواب ، وقيل إنها بمعنى الطرائق. وإنما سمي الباب سببا ، لأنه يتمكن من التوصل به إلى المقصود<sup>(5)</sup>.

3 - الحبل : قال الزمخشري : "وانقطع السبب ، أي الحبل"<sup>(6)</sup>. وقال الفيروزآبادي : "السبب :

الحبل". وهو القول نفسه الذي ذكره ابن منظور في لسان العرب<sup>(7)</sup>. ومن ذلك قول الله تعالى :

{فَلْيَمْدُدْ بِسَبَبٍ إِلَى السَّمَاءِ}<sup>(8)</sup>. أي بجبل إلى سقف البيت<sup>(9)</sup>.

وإنما سمي الحبل سببا ، لأنه يتمكن التوصل به إلى المقصود ، فنزح الماء وإن كان يحصل بالاستقاء ، إلا أنه لا بد من الحبل للوصول إليه ، ولذلك سمي سببا.

4 - الشفيع : ومنه قول الشاعر<sup>(10)</sup> :

ما أنت بالسبب الضعيف وإنما      نُجِّحُ الْأُمُورَ بِقُوَّةِ الْأَسْبَابِ

<sup>1</sup> - النسفي ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 410.

<sup>2</sup> - القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن الكريم ، ج 15 ص 314.

<sup>3</sup> - هو زهير بن أبي سلمى ربيعة بن رباح المزني من مضر ، حكيم الشعراء في الجاهلية ، ويذهب بعض الأدباء إلى أنه أفضل شعراء العرب قاطبة ، قال ابن الأعرابي : كان لزهير في الشعر ما لم يكن لغيره ، كان أبوه شاعرا ، وخاله شاعرا ، وأخته سلمى والخنساء شاعرتين ، وابناه كعب وبجير شاعرين ، ولد في "مزينة" بنواحي المدينة المنورة وكان يقيم في الحاجر من ديار نجد ، قيل كان ينظم القصيدة في شهر ، وينقحها ويهدبها في سنة ، فكانت قصائده تسمى "الحوليات". له ديوان شعر مطبوع ، توفي سنة 13 ق هـ - 609 م. خير الدين الزركلي ، الأعلام ، ج 3 ص 52.

<sup>4</sup> - ويروى الشطر الثاني : ولو رام أسباب السماء بسلم.

<sup>5</sup> - الحسين بن أحمد بن الحسين النوزوني ، شرح المعلقات السبع ، دار الآفاق ، الجزائر (د س ن) ، ص 62.

<sup>6</sup> - الزمخشري ، أساس البلاغة ، مادة سبب ، ص 200.

<sup>7</sup> - ابن منظور ، لسان العرب ، مادة سبب ، ج 6 ص 139.

<sup>8</sup> - سورة الحج آية رقم : 15.

<sup>9</sup> - القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن الكريم ، ج 12 ص 22.

<sup>10</sup> - ذكرهما الجرجاني في دلائل الإعجاز ولم ينسبهما لقاتل معين ، وقال محقق الكتاب هما لأبي الحسن علي بن الحسن بن أبي الطيب البخارزي. وقيل هما للزبير بن بكار يقولهما للفتح بن خاقان. الجرجاني ، دلائل الإعجاز ، تحقيق محمد رضوان الداية وفايز الداية ، مكتبة سعد الدين دمشق ، سوريا، الطبعة الثانية 1407 هـ - 1987 م ، ص 332.

فاليوم حاجتُنا إليك وإِنَّمَا يُدْعَى الطَّبِيبُ لِسَاعَةِ الأَوْصَابِ

وجاء في لسان العرب : " جعلت فلانا لي سببا إلى فلان في حاجتي وودجاً ، أي وُصِّلَة وذريعة"<sup>(1)</sup>.

5 - الوصلة والمودة ، ومن ذلك قوله تعالى : { وَتَقَطَّعَتْ بِهِمُ الأَسْبَابُ }<sup>(2)</sup>. قال ابن منظور "أي الوُصْلُ وَالْمَوَدَّاتُ"<sup>(3)</sup>. وقال الزمخشري : "وانقطع بينهم السبب والأسباب : الوُصْلُ". واعتبر هذا المعنى من المجاز<sup>(4)</sup>. وقال القرطبي : "قوله تعالى : { وَتَقَطَّعَتْ بِهِمُ الأَسْبَابُ } . أي الوُصْلَات التي كانوا يتواصلون بها في الدنيا من رحم وغيره"<sup>(5)</sup>.

6 - الحياة : قال الفيروزآبادي : " يقال : قطع الله به السبب : الحياة".

وإنما سمي ذلك كله لأنّه يتوصل به إلى المقصود.

وخلاصة ما تقدم ، فإنَّ السبب يطلق على كل ما يتوصل به إلى مقصود ما، ولهذا قال القرطبي : "وأصل السبب الحبل فاستعير لكل ما يتوصل به إلى شيء"<sup>(6)</sup>.

ومن هذا التحقيق اللغوي ، يتبين خطأ تعريف ابن قدامة للسبب حيث قال : "السبب وهو في اللغة عبارة عما حصل الحكم عنده لا به"<sup>(7)</sup>. وهو في هذا متابع لأبي حامد الغزالي الذي قال : "وحده ما يحصل الشيء عنده لا به"<sup>(8)</sup>. وهذا ليس تعريفاً للسبب من حيث اللغة ، وإِنَّمَا ذلك حكمه من حيث التأثير في مسببه وعدم التأثير فيه.

1 - ابن منظور ، لسان العرب ، مادة سبب ، ج 6 ص 139.

2 - سورة البقرة آية رقم : 165.

3 - ابن منظور ، لسان العرب ، مادة سبب ، ج 6 ص 139.

4 - الزمخشري ، أساس البلاغة ، مادة سبب ، ص 200.

5 - القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن الكريم ، ج 2 ص 206.

6 - القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن الكريم ، ج 11 ص 48.

7 - موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، روضة الناظر وحنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، الدار السلفية ، حسين داي، الجزائر ، الطبعة الأولى 1991 ، ص 56.

8 - الغزالي ، المستصفي من علم الأصول ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الثانية (د س ن)، ج 1 ص 94.

## المطلب الثاني : تعريف العلة في اللغة

لفظ العلة في اللغة تقوم على ثلاثة حروف أصول ، وهي العين واللام المشددة ، ويقال أصل الكلمة **علّ** وإنما زيدت اللام توكيدا ، ومعناه التوقع لمرجو أو مخوف ، وفيه طمع وإشفاق<sup>(1)</sup>.

ويرى الجرجاني أنّ "العلّة لغة : عبارة عن معنى يحلّ بالمحلّ فيتغير به حال المحلّ بلا اختيار، ومنه يسمى المرض علّة لأنّه بحلوله يتغير حال الشّخص من القوة إلى الضّعف"<sup>(2)</sup>.

وبالنّظر في "لسان العرب"<sup>(3)</sup> يمكن أن نرصد لكلمة العلة المعاني الآتية :

- 1 - العلة بمعنى المرض ، قال ابن منظور : "عَلَّ يَعِلُّ واعتلّ أي مرض ، فهو عليل".
- 2 - العلة بمعنى الحدث ، قال ابن منظور : "والعلّة الحدث يشغل صاحبه عن حاجته ، كأنّ تلك العلة صارت شغلا ثانيا منعه عن شغله الأول".
- 3 - العلة بمعنى العذر ، قال ابن منظور : "وفي حديث عاصم بن ثابت : ما علّتي وأنا جلد نابل ؟ أي ما عذري في ترك الجهاد وعندى أهبة القتال، فوضع العلة موضع العذر. وفي المثل لا تُعَدِّمْ خَرْقَاءُ عِلَّةً ، يقال هذا لكلّ مُعْتَلٍّ ومتعذر وهو يقدر".
- 4 - العلة بمعنى الشربة الثانية ، وهي مأخوذة من : "العَلُّ والعَلْلُ : وهي الشربة الثانية. وقيل : الشُّرْبُ بعد الشُّرْبِ تَبَاعَا. يقال عَلَّلْتُ بعد نَهَلٍ".

<sup>1</sup> - محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، تحقيق محمود خاطر ، مكتبة لبنان ، بيروت ، 1415 هـ - 1995 م ، ج 1 ص 189.

<sup>2</sup> - علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني ، التعريفات ، تحقيق إبراهيم الأبياري ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان، الطبعة الأولى 1405 هـ، ص 201.

<sup>3</sup> - ابن منظور ، لسان العرب ، مادة علل ، ج 9 ص 365 - 367.

## المبحث الثاني

### تعريف السبب لدى الأصوليين

المتبع لتعاريف علماء أصول الفقه للسبب ، يجدهم فريقين ، فريق يرى أنّ السبب يشمل العلة ، وفريق آخر يرى أنّ السبب لا يشمل العلة. وهذا ما أشار إليه أبو حامد الغزالي حيث قال : "واعلم أنّ اسم السبب مشترك في اصطلاح الفقهاء"<sup>(1)</sup>. وقال أيضا : "قال الفقهاء الأوقات أسباب ؛ ولذلك يتكرر الوجوب بتكررها ، ولا يبعد تسمية السبب علة"<sup>(2)</sup> ، وسأوضح رأي الفريقين في مطلبين اثنين.

#### المطلب الأول : الفريق الذي يرى أنّ السبب يشمل العلة

ذهب جمهور الأصوليين<sup>(3)</sup> إلى أنّ السبب يشمل العلة ، ويطلق كل منهما على الآخر مجازا<sup>(4)</sup> ، ولا فرق عندهم بين أن يكون هذا السبب مناسبا لتشريع الحكم مناسبة ظاهرة ، أو غير مناسب له مناسبة ظاهرة ، فيسمى عندها علة ، كما يسمى سببا. وفي هذا المطلب سأذكر جملة من تعاريف العلماء للسبب ، من القدامى والمحدثين لتوضيح هذا المعنى وتأكيداه.

أ - تعريف الآمدي<sup>(5)</sup> : يعرف الآمدي السبب بأنه : "كل وصف ظاهر منضبط دلّ الدليل السّمعي على كونه معرّفا لحكم شرعي"<sup>(6)</sup>.

1 - الغزالي ، المستصفي ، ج 1 ص 94.

2 - الغزالي ، المستصفي ، ج 2 ص 289.

3 - جلال الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد المحلّي ، البدر الطالع في حل جمع الجوامع ، شرح وتحقيق أبو الفداء مرتضى علي بن محمد المحمدي الداغستاني ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الأولى 1426 هـ - 2005 م ، ج 1 ص 102 - 103.

الغزالي ، المستصفي ، ج 1 ص 93. محمد أبو زهرة ، أصول الفقه ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ص 53.

4 - الشيخ محمد الخضري ، أصول الفقه ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة السابعة ، 1985 م - 1405 هـ ، ص 57.

5 - هو أبو الحسن علي بن أبي علي بن سالم التغلبي الآمدي ، أصولي ، ولد بآمد (بلدة بديار بكر) سنة 551 هـ الموافق 1156 م. تعلم ببغداد والشام وتفقه على مذهب أحمد بن حنبل ، ثم صار شافعيًا. ارتحل إلى القاهرة فدرّس فيها واشتهر. اشتغل بعلم الخلاف وتفنن في علم النظر ، ويقال إنه حفظ الوسيط لأبي حامد الغزالي ، ويذكر عن ابن عبد السلام أنه قال: ما علمت قواعد البحث إلا من السيف الآمدي. توفي بدمشق سنة 631 هـ الموافق 1233 م. له نحو عشرين مصنفا. منها الأحكام في أصول الأحكام. ومختصره منتهى السؤل. أبكار الأفكار في علم الكلام. ولباب اللباب. ودقائق الحقائق. خير الدين الزركلي ، الأعلام ، ج 4 ص 332.

6 - سيف الدين علي بن محمد الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، تحقيق الدكتور سيد الجميلي ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، الطبعة الثانية 1986 م - 1406 هـ ، ج 1 ص 172.

فقوله : "وصف" أي معنى، وذلك احترازاً من الذات ، فإنّها لا تكون أسباباً. و"الظاهر" : المعلوم غير الخفي. و"المنضبط" : هو المحدد الذي لا يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال ، احترازاً من المضطرب ، الذي يمتع ترتب الحكم عليه. و"الدليل السمعي" : هو الكتاب والسنة وما يرجع إليهما. و"المعرف للحكم الشرعي" : أي علامة عليه من غير أن يكون له تأثير فيه<sup>(1)</sup>.

والإطلاق الوارد في تعريف الآمدي ، يشمل ما كان بين الحكم والوصف مناسبة ظاهرة ، وما لم يكن بينهما مناسبة ظاهرة؛ فما كان بينهما مناسبة ظاهرة يسمى علّة كما يسمى سبباً، أما ما لم يكن بينهما مناسبة ظاهرة فيسمى سبباً فقط ، ولا يسمى علّة.

وهذه بعض الأمثلة التي تزيد التعريف بيانا<sup>(2)</sup> :

مثال السبب المناسب للحكم : القتل العمد العدوان ، فإنّ الشارع جعله سبباً لوجوب القصاص ، قال الله تعالى : {وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ} <sup>(3)</sup>. وهو مناسب لهذا الحكم مناسبة ظاهرة ، لما يؤدي إليه من حفظ الأنفس وصيانة الدماء<sup>(4)</sup> ، فيسمى القتل العمد العدوان علّة ، كما يسمى سبباً.

ومثاله أيضاً السفر ، فإنّ الشارع جعله سبباً لجواز الفطر في رمضان ، لقول الله تعالى : {فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ} <sup>(5)</sup>. وهو مناسب لهذا الحكم مناسبة ظاهرة باعتبار ما يقتضيه من المشقة ، التي يناسبها ويلائمها الترخيص والتخفيف ، فيسمى علّة ، كما يسمى سبباً.

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي ، أصول الفقه الإسلامي ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، دمشق ، الطبعة الأولى 1986 - 1406 هـ ، ج 1 ص 94. عبد العزيز بن عبد الرحمن بن علي الربيعة، السبب عند الأصوليين، مكتبة فهد الوطنية ، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية 1997م - 1417هـ، ج 1 ص 166.

<sup>2</sup> - الغزالي ، المستصفي ، ج 1 ص 93. وهبة الزحيلي، أصول الفقه، ج 1 ص 94. عبد العزيز بن علي الربيعة، السبب عند الأصوليين، ج 1 ص 167.

<sup>3</sup> - سورة البقرة، آية رقم : 178.

<sup>4</sup> - الاتجاه العام لدى الغرب والمنظمات الحقوقية والدولية اليوم هو إلغاء عقوبة الإعدام ، ومما يؤكد هذا التوجه هو صدور البروتوكول الاختياري الثاني عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 15 ديسمبر 1989 والذي دخل حيز التنفيذ ابتداء من 11 جويلية 1991، وهدفه إلغاء عقوبة الإعدام. ومما يؤسف له أن الدول العربية والإسلامية اليوم تسير في نفس الركب. وهذه نظرة قائمة على الرأفة بالجاني دون الجحني عليه. وكذب هؤلاء ، وصدق الله الذي قال : {وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ} . [سورة البقرة : آية رقم 178]. وقال العرب قديماً : القتل أنفى للقتل.

<sup>5</sup> - سورة البقرة ، آية رقم : 183.

ومثال السبب غير المناسب للحكم مناسبة ظاهرة ، زوال الشمس عن كبد السماء ، فقد جعله الشارع سببا لوجوب الصلاة ، قال الله تعالى : { أقم الصلاة لدلوك<sup>(1)</sup> الشمس إلى غسق الليل<sup>(2)</sup> } . وعقولنا لا تدرك مناسبة ظاهرة بين زوال الشمس ووجوب صلاة الظهر ؛ ولهذا يقال لدلوك الشمس : إنه سبب ، ولا يقال : إنه علة . وهذا عند فقهاء الحنفية الذين يشترطون ظهور المناسبة في العلة . ومثاله أيضا شهود شهر رمضان ، فقد جعله الشارع سببا لوجوب الصيام ، قال الله تعالى : { فمن شهد منكم الشهر فليصمه<sup>(3)</sup> } . وقال صلى الله عليه وسلم : " صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته"<sup>(4)</sup> . والعقل لا يدرك مناسبة ظاهرة بين شهود الشهر ، ووجوب الصيام . ولهذا يقال إن شهود الشهر سبب ، ولا يقال : إنه علة ، وذلك عند من يشترط ظهور المناسبة في العلة .

وأشهر الحج سبب لوجوب الحج على المستطيع ، قال الله تعالى : { الحج أشهر معلومات فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج<sup>(5)</sup> } ، والعقل لا يدرك مناسبة معلومة ولا حكمة مفهومة في ربط الحج بهذه الأشهر ، غير اعتبار الشارع لها . وهذا يسمى سببا وعلة عند الجمهور ، ولا يسمى علة عند الحنفية ، لأن العلة في رأيهم محصورة فيما بينه وبين الحكم مناسبة ظاهرة<sup>(6)</sup> .

**ب - تعريف أبي حامد الغزالي :** يعرف السبب بقوله : " ونعني بالأسباب ها هنا ، أنها هي التي أضاف (الشارع) الأحكام إليها"<sup>(7)</sup> . والأوصاف التي أضاف الشارع الأحكام إليها ، تشمل السبب والعلة . ويدل على أن الغزالي أراد بتعريفه للسبب ما يشمل العلة وغيرها ، هي الأمثلة التي ضربها لتوضيح التعريف .

1 - اختلف العلماء في تفسير دلوك على قولين : أحدهما أنه زوال الشمس عن كبد السماء . والثاني أن دلوك هو الغروب . وقال ابن عطية دلوك هو الميل . فأول دلوك الزوال ، وآخره الغروب . ومن وقت الزوال إلى الغروب يسمى دلوكا ، لأن الشمس في حالة ميل . فذكر الله تعالى الصلوات التي تكون في حالة دلوك وعنده ؛ فيدخل في ذلك الظهر والعصر والمغرب ، وذهب قوم إلى أن صلاة الظهر يتمادى وقتها من الزوال إلى الغروب ، لأن الله سبحانه علق وجوبها على دلوك ، وهذا دلوك كله ، قاله الأوزاعي وأبو حنيفة ، وأشار إليه مالك والشافعي في حالة الضرورة . تفسير القرطبي ، ج 10 ص 303 - 304 .

2 - سورة الإسراء ، آية رقم : 78 .

3 - سورة البقرة ، آية رقم : 184 .

4 - رواه مسلم عن ابن عمر ، كتاب الصيام ، باب وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال . صحيح مسلم بشرح النووي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية 1987 - 1407 ، ج 7 ص 189 . ورواه أحمد والنسائي ، من رواية حسين بن الحارث الجدلي عن عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب . ابن حجر العسقلاني ، تلخيص الحبير ، تحقيق حسن بن عباس بن قطب ، مؤسسة قرطبة ، الطبعة الأولى 1995 ، ج 2 ص 186 .

5 - سورة البقرة ، آية رقم : 196 .

6 - وهبة الزحيلي ، أصول الفقه الإسلامي ، ج 1 ص 95 .

7 - الغزالي ، المستصفى ، ج 1 ص 93 .

فقد مثل بما ليس فيه مناسبة ظاهرة ، كدلوك الشمس لإقامة الصلاة ، وشهود الشهر لصيام رمضان ، وبوجود البيت سبب للحج. وبما فيه مناسبة ظاهرة، كالزني لوجوب الحد ، والسرقه لوجوب القطع<sup>(1)</sup>.

ومما يؤكد أنّ الغزالي يرى أنّ السبب أعم من العلة ، وأنّه يشمل ما له مناسبة ظاهرة وما ليس له مناسبة ظاهرة ، هو مقارنة تعريفه للعلة بتعريفه للسبب ، فهو يقول في تعريف العلة : "ونعني بالعلة في الشرعيات مناط الحكم ، أي ما أضاف الشرع الحكم إليه ، وناطه به، ونصبه علامة عليه"<sup>(2)</sup>. وقال أيضا: "العلة الشرعية علامة وأمارة لا توجب الحكم بذاتها ، إنما معنى كونها علة نصب الشارع إياها علامة ، وذلك وضع من الشارع"<sup>(3)</sup>.

فقد عرّف كلا من السبب والعلة ، بأنه ما أضاف الشرع الحكم إليه ، وهذا يشمل ما كان بين الحكم والوصف مناسبة ظاهرة ، وما لم يكن بينهما مناسبة ظاهرة.

**ج - تعريف الإمام السبكي وجلال الدين المحلي.** أما الإمام السبكي في كتابه "جمع الجوامع" ، وشارحه جلال الدين المحلي ، فقد قالوا في تعريف السبب : "ما يضاف الحكم إليه لتعلق الحكم به ، من حيث إنّه مُعرّف للحكم أو غير مُعرّف له"<sup>(4)</sup>.

ثمّ وضع جلال الدين المحلي ، اشتمال السبب على ما بينه وبين الحكم مناسبة ، وما ليس بينه وبين الحكم مناسبة فقال : "على أنّ المعبر عنه هنا بالسبب هو المعبر عنه في القياس بالعلة ، كالزني لوجوب الجلد ، والزوال لوجوب الظهر ، والإسكار لحرمة الخمر"<sup>(5)</sup>.

ثمّ بيّن أنّ العلة ما يكون بينها وبين الحكم مناسبة ، فقال : "ومن قال : لا يسمى الزوال ونحوه من السبب الوقي علة ، نظر إلى اشتراط المناسبة في العلة، وسيأتي أنّها لا تشتط فيها بناء على أنّها بمعنى المُعرّف"<sup>(6)</sup>.

وهكذا يتضح أنّ الإمامين السبكي والمحلي لا يفرقان بين السبب والعلة ، فهما عندهما مترادفان ، فكل سبب علة ، وكل علة سبب. وهذا ما نبه عليه الشيخ عبد الوهاب خلاف حيث قال : "ومما ينبغي

1 - الغزالي ، المستصفي ، ج 1 ص 93.

2 - الغزالي ، المستصفي ، ج 2 ص 230.

3 - الغزالي ، المستصفي ، ج 2 ص 280.

4 - جلال الدين المحلي ، البدر الطالع في حل جمع الجوامع ، ج 1 ص 102.

5 - جلال الدين المحلي ، المرجع السابق ، ج 1 ص 102.

6 - جلال الدين المحلي ، المرجع السابق ، ج 1 ص 103.

التنبيه له أنّ بعض الأصوليين جعل العلة والسبب مترادفين ومعناها واحداً، ولكن أكثرهم على غير هذا<sup>(1)</sup>.

وذكر الدكتور عبد العزيز بن علي الربيعة<sup>(2)</sup> أن كلا من الدكتور جمال الدين محمود في كتابه "سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي"، والدكتور وهبة الزحيلي في كتابه "الوسيط في أصول الفقه"، قد أشارا إلى التنبيه نفسه.

**د - تعريف القرافي<sup>(3)</sup> :** عرّف السبب بأنّه : "ما يلزم من وجوده الوجود، ومن عدمه العدم لذاته"<sup>(4)</sup>. وهو التعريف نفسه الذي ذكره محمد علي بن حسين<sup>(5)</sup>، وابن بدران<sup>(6)</sup> والشيخ عبد الوهاب خلاف، وزاد عليه فقال : "هو ما جعله الشارع علامة على مسببه وربط وجود المسبب بوجوده وعدمه بعدمه، فيلزم من وجود المسبب وجود السبب ومن عدمه عدمه"<sup>(7)</sup>. وذكره الدكتور وهبة الزحيلي، وقال إنّه تعريف السبب بالخاصة<sup>(8)</sup>.

وتعريف القرافي للسبب، اشتمل على قيود ثلاثة<sup>(9)</sup>.

- 1 - الشيخ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مؤسسة الزهراء للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى 1990، ص 67.
- 2 - عبد العزيز بن علي الربيعة، السبب عند الأصوليين، ج 1 ص 177 - 178.
- 3 - أحمد بن أبي العلاء شهاب الدين القرافي الصنهاجي، الأصولي الفقيه، أخذ عن ابن الحاجب، والعز بن عبد السلام، والفاكحاني، توفي سنة 684 هـ. له مؤلفات نفيسة منها: الفروق. شرح تنقيح الفصول. الذخيرة في الفقه. ابن فرحون المالكي، الديباج المذهب في أعيان المذهب، تحقيق محمد الأحمد، دار إحياء التراث، القاهرة (د س ن)، ج 1 ص 236.
- 4 - شهاب الدين أبو العباس المشهور بالقرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق، دار المعرفة، بيروت (د س ن)، ج 1 ص 61.
- 5 - محمد علي بن حسين، تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقهية، دار المعرفة، بيروت، مطبوع على هامش الفروق، ج 1 ص 60.
- 6 - عبد القادر بن بدران الدمشقي، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج 1 ص 160.
- 7 - الشيخ عبد الوهاب خلاف، أصول الفقه، ص 117.
- 8 - ومعنى الخاصة : هو الماهية العرضية. وبيان ذلك أن الماهية قسمان : ذاتية وعرضية. فالذاتية هي التي يؤتى في تعريفها بالحد، لبيان حقيقة الشيء ومسماه، مثل الإنسان حيوان ناطق. والعرضية : هي التي يؤتى في تعريفها بالرسم لتمييز الشيء عن غيره، مثل الإنسان حيوان كاتب أو ضاحك، فهذا تعريف بعرضيات الشيء الخاصة به، ذلك أن الضحك والكتابة خاصة بالإنسان. فتعريف السبب بالخاصة : معناه بيان ماهية السبب العرضية، وهو تعريف بالرسم. وتعريفه بقولنا : "وصف ظاهر منضبط...". معناه بيان مفهومه، وهو تعريف بالحد. والحد عند الأصوليين : هو ما يميز الشيء عن غيره، بأن يكون جامعاً لجميع مشتكلات الشيء المعرف، ومانعاً من دخول غيره فيه. جلال الدين المحلي، البدر الطالع في حلّ جمع الجوامع، ج 1 ص 119. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج 1 ص 94.
- 9 - القرافي، الفروق، ج 1 ص 62. محمد علي بن حسين، تهذيب الفروق، ج 1 ص 60. عبد العزيز بن علي الربيعة، السبب عند الأصوليين، ج 1 ص 170.

القيد الأول قوله : "ما يلزم من وجوده الوجود". يخرج به الشرط ، إذ لا يلزم من وجوده وجود شيء ولا عدمه ، وإنما يؤثر عدمه في العدم.

والقيد الثاني قوله : "من عدمه العدم". يخرج به المانع ، فإنه لا يلزم من عدمه وجود ولا عدم ، وإنما يؤثر وجوده في العدم.

والقيد الثالث قوله : "لذاته". أي لذات السبب. فيخرج به ما لو قارن السبب فقدان شرط كالتصايب قبل تمام الحول. أو وجود مانع كالتصايب مع وجود الدين ، فإنه في هذه الحال لا يلزم من وجود السبب وجود المسبب، لا لذاته بل لأمر خارج عنه ، وهو انتفاء الشرط أو وجود المانع.

وكذلك يخرج به ما لو خلف السبب سبب آخر ، فإنه لا يلزم من عدمه المسبب ، لكن لا لذات السبب ، بل لأمر آخر خارج عن ذاته ، وهو وجود سبب آخر. وذلك كالزني للبكر ، فإنه لا يلزم من عدمه عدم المسبب وهو الجلد ، لجواز ثبوته بالقذف. وكالردّة ، فإنه لا يلزم من عدمها عدم المسبب وهو القتل ، لجواز ثبوته بجناية القتل عمدا عدوانا.

فالسبب في هذه الحالة لم يلزم من عدمه العدم ، لكن لا لذاته بل لأمر آخر ، وهو كون سبب آخر خلفه.

**هـ - تعريف الشاطبي :** عرّف السبب بأنه : "ما وضع شرعا لحكم (وضعي أو تكليفي) لحكمة يقتضيها ذلك الحكم. كما كان حصول النّصاب سببا في وجوب الزكاة. والزّوال سببا في وجوب الصلّاة. والسّرقة سببا في وجوب القطع. والعقود أسبابا في إباحة الانتفاع أو انتقال الأملاك وما أشبه ذلك"<sup>(1)</sup>.  
وعرّف العلة فقال : "وأما العلة فالمراد بها الحِكم والمصالح التي تعلقت بها الأوامر أو الإباحة ، والمفاسد التي تعلقت بها النواهي ؛ فالمشقة علة في إباحة القصر والفطر في السفر. والسفر هو السبب الموضوع سببا للإباحة. فعلى الجملة العلة هي المصلحة نفسها أو المفسدة ، لا مظنتها ؛ كانت ظاهرة أو غير ظاهرة ، منضبطة أو غير منضبطة"<sup>(2)</sup>.

ويتضح من تعريف الشاطبي للسبب والعلة ، أنه يفرق بينهما ، فهما عنده متباينان ، فكل سبب ليس بعلة ، وكل علة ليست بسبب. إذ يشترط في السبب أن يكون وصفا ظاهرا منضبطا ، بخلاف العلة

<sup>1</sup> - أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللحمي الغرناطي الشاطبي ، الموافقات ، تحقيق عبد الله دراز ، دار الفكر العربي ( د س ن ) ، ج 1 ص 265.

<sup>2</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 265.

فإنه لا يشترط لها هذان الوصفان<sup>(1)</sup> ، بل هي المصلحة الشرعية التي تعلق بها الأوامر ، والمفاسد التي تعلق بها النواهي ، فالعلة هي المصلحة أو المفسدة التي راعاها الشارع في الطلب فعلا أو كفا<sup>(2)</sup>.

وعلى الرغم من تفريق الشاطبي بين العلة والسبب ، إلا أنه بيّن من جهة أخرى ، أنّ لفظ السبب قد يطلق على العلة من أجل ما بينهما من اتصال فيقول : "على أنّه قد يطلق هنا لفظ السبب على نفس العلة لارتباط ما بينهما، ولا مشاحة في الاصطلاح"<sup>(3)</sup>.

وهذه الملاحظة الأخيرة التي ذكرها ، تدل على أنّ السبب عنده ، يشمل العلة عند من قال بأنّه الوصف الظاهر المنضبط الذي يكون مظنة للحكمة ، أو هو بمعناها<sup>(4)</sup>. ومما يؤكّد ذلك أيضا الأمثلة التي ذكرها لتوضيح تعريف السبب ، حيث يوجد منها ما فيه مناسبة ظاهرة، كالنصاب لوجوب الزكاة ، والسرقعة في وجوب القطع ، والعقود في إباحة الانتفاع أو انتقال الأملاك ، ومنها ما ليس فيه مناسبة ظاهرة ، كالزوال لوجوب الصلاة.

ومما تقدم يتبين أن السبب ، هو الوصف الذي جعل الشارع وجوده علامة على وجود الحكم ، وعدمه علامة على عدمه لذاته. سواء أكان مناسبا لتشريع الحكم مناسبة ظاهرة أم لم يكن كذلك. فإن كان مناسبا للحكم مناسبة ظاهرة سمي علة كما يسمى سببا، وإن لم يكن مناسبا للحكم مناسبة ظاهرة سمي سببا فقط ولم يسم علة.

وهذا ما أكدّه الشيخ عبد الوهاب خلاف - فبعد أن ذكر ، أنّ رأي بعض الأصوليين هو أنّ السبب والعلة بمعنى واحد - قال : "ولكن أكثرهم على غير هذا ، فعندهم كل من العلة والسبب علامة على الحكم، كل منهما بني الحكم عليه وربط به وجودا وعدما، وكل منهما للشارع حكمة في ربط الحكم به وبنائه عليه. ولكن إذا كانت المناسبة في هذا الربط مما تدركه عقولنا سمي الوصف علة ، وسمي أيضا السبب؛ وإن كانت مما لا تدركه عقولنا سمي السبب فقط ، ولا يسمى العلة. فالسفر لقصر الصلاة الرباعية علة وسبب. وأما غروب الشمس لإيجاب فريضة المغرب ، وزوالها لإيجاب فريضة الظهر ، وشهود رمضان لإيجاب صومه، فكل من هذه سبب لا علة. فكل علة سبب ، وليس كل سبب علة"<sup>(5)</sup>.

1 - عبد الله دراز ، تعليقاته على الموافقات ، ج 1 ص 265 ، هامش رقم 01.

2 - الشيخ محمد الخضري ، أصول الفقه ، ص 57.

3 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 265.

4 - الشيخ محمد الخضري ، أصول الفقه ، ص 57.

5 - الشيخ عبد الوهاب خلاف ، أصول الفقه ، ص 67 - 68.

## المطلب الثاني : الفريق الذي يرى أن السبب لا يشمل العلة

ذهب فقهاء الحنفية إلى أن السبب لا يشمل العلة ، فإذا لم تكن المناسبة ظاهرة بين السبب الحكم سمي سببا ، ولا يسمى علة. أما إذا كان بينه وبين الحكم مناسبة ظاهرة يسمى علة ، ولا يسمى سببا. وقد ركز الحنفية على أن السبب عبارة عما يكون طريقا إلى الشيء ، من سلوكه وصل إليه ، فناله في طريقه ذلك ، لا بالطريق الذي سلكه؛ أي أن السبب هو وصف ظاهر منضبط ، ولكن ليس بينه وبين الحكم مناسبة ظاهرة.

قال النسفي : "وهو في الشريعة عبارة عما يكون طريقا إلى الشيء من سلوكه وصل إليه فناله في طريقه ذلك ، لا بالطريق ، كمن سلك طريقا إلى مكة كان وصوله إليها بمشيئه في ذلك الطريق لا بالطريق"<sup>(1)</sup>.

وقال السرخسي<sup>(2)</sup> - بعد أن ذكر تعريف السبب لغة - : "وفي الأحكام السبب : عبارة عما يكون طريقا للوصول إلى الحكم المطلوب من غير أن يكون الوصول به ، ولكنه طريق الوصول إليه ، بمنزلة طريق الوصول إلى مكة ؛ فإن الوصول إليها يكون بمشي الماشي وفي ذلك الطريق لا بالطريق ، ولكن يتوصل إليها من ذلك الطريق عند قصد الوصول إليها. وكذلك الحبل ؛ فإنه طريق للوصول إلى قعر البئر ، أو إلى الماء الذي في البئر ، ولكن لا بالحبل ، بل بنزول التازل ، أو استقاء التازح بالحبل"<sup>(3)</sup>.

وإذا كان السبب عند الحنفية باعتباره طريقا للحكم عنصرا أساسيا في تعريفهم ، فإنهم لم يكتفوا بذلك ؛ بل من تتبع أقوالهم في السبب ، يتبين له أنه يقوم على العناصر الأساسية الآتية : أنه طريق للحكم ، وأنه لا يضاف إليه وجوب الحكم ولا وجوده ، وأنه لا يعقل تأثيره في الحكم ، وأنه لا بد أن تتخلل بينه وبين الحكم علة يضاف الحكم إليها ، وأن تلك العلة غير مضافة إلى السبب<sup>(4)</sup>. وإليك النصوص التي تؤكد ذلك :

<sup>1</sup> - حافظ الدين النسفي ، كشف الأسرار شرح المصنف على المنار ، ج 2 ص 411.

<sup>2</sup> - هو محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر شمس الأئمة ، قاض من كبار فقهاء الحنفية ، مجتهد من أهل سرخس في خراسان. من مؤلفاته : المبسوط ، ثلاثون جزءا أملاه وهو سجين بالجلب في أوزجند بفرغانة. وله شرح الجامع الكبير للإمام محمد بن أبي الحسن الشيباني. وشرح السير الكبير. وأصول الفقه. وشرح مختصر الطحاوي. وكان سبب سجنه كلمة نصح بها الخاقان ، ولما أطلق سراحه سكن فرغانة إلى أن توفي. وكانت وفاته سنة 483 هـ. خير الدين الزركلي ، الأعلام ، ج 5 ص 315.

<sup>3</sup> - أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، أصول السرخسي ، تحقيق أبو الوفاء الأفعاني ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، طبعة 1973 ، ج 2 ص 301.

<sup>4</sup> - عبد العزيز بن علي الربيع ، السبب عند الأصوليين ، ج 1 ص 282.

فالسرخسي يعرف السبب الحقيقي<sup>(1)</sup> بأنه : "ما يكون طريقا للوصول إلى الحكم ، ولكن لا يضاف الحكم إليه وجوبا به ولا وجودا عنده ، بل تتخلل بين السبب والحكم العلة التي يضاف الحكم إليها ، وتلك العلة غير مضافة إلى السبب"<sup>(2)</sup>.

وقد تابع النسفي البزدوي<sup>(3)</sup> في تعريف السبب فقال : "هو ما يكون طريقا إلى الحكم من غير أن يضاف إليه وجوب ولا وجود ، ولا يعقل فيه معاني العلل ، ولكن يتخلل بينه وبين الحكم علة لا تضاف إلى السبب"<sup>(4)</sup>.

فقولهم : "ما يكون طريقا إلى الحكم". أي أنّ السبب الحقيقي هو ما يكون طريقا للوصول إلى الحكم ، أي مفضيا إليه في الجملة؛ وبهذا القيد أخرج العلامة فإنها دالة على الحكم وليست مفضية إليه<sup>(5)</sup>. وقولهم : "من غير أن يضاف إليه وجوبا به". قيد أخرج به العلة ، فإنّ وجوب الحكم يضاف إليها. وقولهم : "ولا وجودا عنده". قيد أخرج به الشرط ، فإن وجود الحكم يضاف إلى الشرط ثبوتا عنده ، وهو احتراز عن العلة أيضا ، فإن الحكم يضاف إليها ثبوتا بها.

وقولهم : "ولا يعقل فيه معاني العلل". بأي وجه من الوجوه ، بحيث لا يكون له تأثير في وجود الحكم أصلا ، لا بواسطة ولا بغير واسطة، إذ لو كان كذلك لم يكن سببا حقيقيا ، بل سبب له شبهة العلة، أو سبب فيه معنى العلة ؛ لأن كلا منهما طريق إلى الحكم من غير أن يضاف إليه وجوب الحكم ولا وجوده ، ولكنهما لا يخلوان عن معنى العلة.

قولهم : "ويتخلل بينه وبين الحكم علة لا تضاف إلى السبب". أي أنه يتخلل بين السبب والحكم العلة التي يضاف الحكم إليها ، وتلك العلة غير مضافة إلى السبب ، إذ لو كانت مضافة إلى السبب ، والحكم مضاف إليها ، لكان السبب علة العلة ، لا سببا حقيقيا<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup> - قسم الحنفية السبب باعتبار ما يطلق عليه اسم السبب إلى أربعة أقسام : سبب حقيقي ، ويسميه بعضهم السبب المحض. وسبب في معنى العلة، ويسميه بعضهم سبب في حكم العلة. وسبب مجازي. وسبب له شبهة العلة. وذهب بعضهم كالبحاري وابن ملك وملاحيون إلى أن القسمة ثلاثية : سبب حقيقي ، وسبب في معنى العلة، وسبب مجازي. أصول السرخسي ، ج 2 ص 304. حافظ شيخ أحمد المعروف بملاحيون بن أبي سعيد بن عبيد الله الحنفي ، شرح نور الأنوار على المنار ، دار الكتب العلمية بيروت ، الطبعة الأولى 1986 - 1406 ، ج 2 ص 422.

<sup>2</sup> - أصول السرخسي ، ج 2 ص 306 - 307.

<sup>3</sup> - توفي فخر الدين البزدوي 483 هـ. وتوفي عبد الله بن أحمد المعروف بحافظ الدين النسفي 710 هـ.

<sup>4</sup> - النسفي ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 411.

<sup>5</sup> - ملاحيون بن أبي سعيد بن عبيد الله الحنفي ، شرح نور الأنوار على المنار ، ج 2 ص 411.

<sup>6</sup> - النسفي ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 412.

وعرّفه من المعاصرين الشيخ محمد الخضري بقوله : ما يفضي إلى الحكم من غير تأثير فيه، ويتوسط بينه وبين الحكم علّة ، هي فعل اختياري غير مضافة إلى السبب. ومثال ذلك لو دلّ إنسان سارقا على مكان المال فسرقه ، فالعلّة هي فعل السارق ، والسبب هو الدلالة ، وفعل السارق لا يضاف إلى الدلالة ، لأنّه فعل مختار<sup>(1)</sup>.

وهذا النوع من السبب هو الذي يسميه الحنفية السبب الحقيقي ، أو السبب المحض. حكمه ألا يضاف أثر الفعل إليه ، بل يضاف إلى العلّة التي تتوسط بينه وبين الحكم<sup>(2)</sup>. وقد ذكر فقهاء الحنفية<sup>(3)</sup> أمثلة كثيرة بيّنوا بها مفهوم السبب الحقيقي ، ويكفي ذكر بعض الأمثلة حتى يكون التعريف واضحا.

**المثال الأول :** لو دلّ شخص شخصا آخر على مال الغير ليسرقه ، أو ليقطع على صاحبه الطريق، أو ليقته ، فوقع ذلك. فلا يضمن شيئا ؛ لأنّ الدلالة سبب محض ، إذ هي طريق للوصول إلى الهدف المقصود ؛ وقد تخلل بينها وبين حصول المقصود علّة ، هي فعل السرقة أو القتل أو قطع الطريق ، وهذه العلّة غير مضافة إلى السبب وهو الدلالة. والفعل الذي قام به المدلول حاصل باختياره ، وعليه فلا يضاف أثر الفعل إلى الدلالة ، بل إلى العلّة التي تتوسط بينه وبين الدلالة فلا يضمن الدالّ حينئذ شيئا مما وقع<sup>(4)</sup>. ويستثنى من ذلك لو دلّ المودّع نفسه السارق على الوديعة فسرقها ، فإنّه يضمن لإخلاله بواجب حفظ الوديعة<sup>(5)</sup>.

**المثال الثاني :** لو فتح شخص باب الاصطبل فنذت الدّابة ، أو فتح باب القفص فطار الطير ، لم يجب الضّمان عليه ؛ لأنّ فتح الباب سبب وقد تخلل بينه وبين ما وقع علّة ، وهي قوّة الدّابة في نفسها على الحركة ، وقوّة الطير على الطيران ، وهو غير مضاف إلى السبب الأول. ومن ثمة فلا يضاف ما ينتج

1 - الشيخ الخضري ، أصول الفقه ، ص 329.

2 - جلال الدين أبو محمد عمر بن محمد بن عمر الخبازي ، المغني في أصول الفقه ، تحقيق الدكتور محمد مظهر بقا، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي ، مكة المكرمة ، المملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولى 1403 هـ ، ص 338.

3 - أصول السرخسي ، ج 2 ص 307 - 311. النسفي ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 412 - 415. ملاجيون ، شرح نور الأنوار على المنار ، ج 2 ص 411 - 412. الشيخ الخضري ، أصول الفقه الإسلامي ، ص 329 - 330.

4 - أصول السرخسي ، ج 2 ص 307. ملاجيون ، نور الأنوار ، ج 2 ص 411. النسفي ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 412.

5 - الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، تنسيق ومراجعة الدكتور عبد الستار أبو غدة وتصحيح وتعليق مصطفى أحمد الزرقا ابن المؤلف ، دار القلم ، دمشق ، سورية ، الطبعة الرابعة 1417 هـ - 1996م ، ص 448.

عن الند أو الطيران من الضمان إلى فتح الباب ، لأنه سبب ، وعليه فلا يجب الضمان على من فتح الباب، ولكن من فعل هذا يستحق التعزير بما يراه الحاكم ردعا لفعله<sup>(1)</sup>.

ويرى الشافعي أنه إن طار الطير أو ندت الدابة، عقب فتح الباب ضمن ، وإلا فلا شيء عليه. ويرى الإمام مالك أنّ على من فتح الباب الضمان ، سواء طار الطير أو خرجت الدابة ، عقب فتح الباب أو بعد ذلك ، هيّجه على الطيران والخروج أم لم يهيجه<sup>(2)</sup>. وهذا هو الرأي الصائب والمعقول ، لأنّ الأمور بمعانيها ومقاصدها ، وليس بالوقوف عند المعنى اللغوي لكلمة سبب أو علة.

**المثال الثالث :** لو حفر رجل بئرا في الطريق العام ، بلا إذن من ولي الأمر ، فألقى شخص في تلك البئر مالا لآخر يفسد بالإلقاء ، ضمن الذي ألقى المال، لأنّه العلة المؤثرة ، ولم يتخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار ، دون حافر البئر ، لأنّه وإن كان فعله مفضيا وموصلا إلى التلف ، إلا أن التلف لم يحصل بفعله ، بل تخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار ، وهو مباشرة الإلقاء بلا واسطة ، فكان الضمان عليه<sup>(3)</sup>.

**المثال الرابع :** لو أعار شخص لآخر شيئا ، فتلف الشيء المُعار باستعمال المُستعير ، ثم ظهر الاستحقاق ، فضمن المُستعير قيمته ، فإنّه لا يرجع على المُعير بقيمة الاستحقاق. لأنّ الإعارة سبب محض للضمان ، وليست بعلة ؛ والعلة هلاك الشيء المعار في يد المستعير. وقد تخللت العلة بين السبب وبين الحكم ، وهو الاستعمال المفضي إلى التلف ، وذلك غير مضاف إلى السبب ، فيضاف ما يستحق إلى العلة لا إلى السبب<sup>(4)</sup>.

**المثال الخامس :** لو دفع شخص إلى صبي سكيناً أو سلاحاً ليمسكه ، فوجأ به نفسه ، فإنّه لا يجب على الدافع تعويض ؛ إذ الدّفع إلى الصبي سبب محض ، وقد تخلل بينه وبين التلف علة ، وهي قتل الصبي نفسه، وهي ليست مضافة إلى السبب الأول ، لأنّ الدافع طلب من الصبي إمساك السلاح لا استعماله، وهذه العلة حصلت باختياره ، ودفع السلاح إليه غير موضوع للتلف ، بل هو سبب له ، لأنّه لولا مناولته إياه لما أهلك نفسه، ومن ثمّ فلا يضاف ما ينتج عن القتل إلى الدفع ، فلا يضمن الدافع

<sup>1</sup> - أصول السرخسي ، ج 2 ص 307.

<sup>2</sup> - أبو عبد الله محمد بن إبراهيم البقوري ، ترتيب الفروق واختصارها ، دار ابن حزم ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 2005 م - 1425 هـ ، ص 332. القراني ، الفروق ، الفرق 217 ، ج 4 ص 27 - 28. محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة السادسة 1403 هـ - 1983 م ، ج 2 ص 316.

<sup>3</sup> - الشيخ مصطفى أحمد الزرقا : المدخل الفقهي العام ، دار الفكر ، دمشق ، الطبعة التاسعة 1968 م ، ج 2 ص 1047. الشيخ أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص 447.

<sup>4</sup> - النسفي ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 413. أصول السرخسي ، ج 2 ص 307.

شيئا<sup>(1)</sup>. وخالف في ذلك الشيخ محمد الخضري<sup>(2)</sup> واعتبر هذا المثال من باب السبب الذي في معنى العلة ، وهو يشبه مثال سوق الدابة ، ومن ثم فيجب على الدافع الضمان.

**المثال السادس :** من سعى إلى سلطان ظالم في حق أحد بغير حق ، حتى غرّمه مالا ، لا يضمن شيئا ، لأنّ السعي بالناس عند أئمة الجور سبب محض، ولكن المتأخرين استحسّوا الفتوى بالضمان ، لفساد الزمان بالسعي الباطل ، وزجرا للسعاة المفسدين<sup>(3)</sup>.

إن هذه الأمثلة المختلفة التي سبق ذكرها ، مخرجة على القاعدتين الفقهيّتين وهما : "يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الأمر ، ما لم يكن مجبرا"<sup>(4)</sup>. وقاعدة : "إذا اجتمع المباشر والمتسبب ، يضاف الحكم إلى المباشر"<sup>(5)</sup>. أي أنّ إذا اجتمع المباشر للفعل بالذات ، والمتسبب له ، فإنّ الحكم يضاف إلى المباشر ، لأنّ الفاعل هو العلة المؤثرة ، والأصل أن تضاف الأحكام إلى عللها المؤثرة ، لا إلى أسبابها الموصلة، لأنّ تلك أقرب وأقوى. إذ المتسبب هو الذي تخلل بين فعله والأثر المترتب عليه - من تلف أو غيره - فعل فاعل مختار ، والمباشر هو الذي يحصل الأثر بفعله من غير أن يتخلل بينهما فعل فاعل مختار ، فكان أقرب لإضافة الحكم إليه من المتسبب<sup>(6)</sup>.

غير أنّ الذي لاحظته في هذه الأمثلة أن المباشرين للسبب ، بعضهم عاقل وله إرادة واختيار ، وبعضهم غير عاقل ولا يملك إرادة واختيارا.

ففي المثال الأول : وهو دلالة الشخص على مال الغير ليسرقه ، أو ليقطع على صاحبه الطريق ، أو ليقنتله ، فالمباشر يمكن أن يتحمل المسؤولية ويضمن ، لأنّ ما وقع حصل باختياره. وكذلك في مثال من ألقي مال الغير في البئر ، ومن سعى إلى سلطان ظالم، وفي مثال الإعارة.

أما بالنسبة إلى فتح باب قفص الطير ، أو اصطبل الخيل ، وكذلك دفع السلاح أو السكين إلى الصبي ، فإنّ هؤلاء لا يملكون إرادة واختيارا ، ومن ثمة فإنّ تحميل المسؤولية للمتسبب هو الصواب، لأنّ فتح الباب أو دفع السلاح ليس سببا مجردا ، بل هو في معنى المباشرة ، وذلك لعجز الصبي عن إدراك خطورة استعمال السلاح أو السكين.

1 - أصول السرخسي ، ج 2 ص 309. النسفي ، كشف الأسرار، ج 2 ص 414.

2 - الشيخ الخضري ، أصول الفقه ، ص 330.

3 - ملاجيون ، نور الأنوار ، ج 2 ص 412. الشيخ الخضري ، أصول الفقه ، ص 330.

4 - أما إذا كان الأمر مُجبرا ، أي مكرها للفاعل على الفعل ، فحينئذ ينسب ما يمكن نسبته من حكم الفعل إلى الأمر لا إلى الفاعل ، لأنّ الفاعل بالإكراه صار كالآلة في يد المُكْرِه، كما إذا كان الأمر سلطانا ، فإن أمره إكراه.

5 - الشيخ أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص 448.

6 - الشيخ أحمد الزرقا ، المرجع السابق ، ص 447.

كما أنّ في طبع الحيوان غريزة الحركة والطيران ، حتى إذا ارتكب جناية فلا يسأل عنها، قال صلى الله عليه وسلم : "جرح العجماء جُبار"<sup>(1)</sup>. ويكون جرح البهيمة جبارا ، إذا لم يكن معها قائد ولا سائق ولا راكب ، فإن كان معها واحد من هؤلاء فهو الضّامن ، لأنّ الجناية حينئذ ليست للعجماء وإنما لصاحبها الذي فرط في حراستها فوطعت النَّاس أو أتلفت مالهم؛ وهذا ما تبناه قانون المعاملات المدنية الإماراتي<sup>(2)</sup> ، حيث نص في المادة 314 منه على أنّ "جناية العجماء جبار ، ولكن فعلها الضّار مضمون على ذي اليد عليها ، مالكا كان أو غير مالك ، إذا قصر أو تعدى".

### المبحث الثالث

#### تعريف العلة لدى الأصوليين<sup>(3)</sup>

اختلف علماء أصول الفقه في تعريف العلة اختلافا كبيرا ، وقبل ذكر التعاريف المختلفة للعلّة لدى العلماء ، أبين أولا سبب اختلافهم في تعريفها ، فيخلص لنا مطلبين لهذا المبحث.

#### المطلب الأول : سبب اختلاف العلماء في تعريف العلة

اختلف علماء أصول الفقه في تعريف العلة ، وقد نشأ هذا الاختلاف كما يقول الغزالي في المستصفى<sup>(4)</sup> عن أمرين ، الأول : اختلافهم في المآخذ الشرعية ، أهو العلل العقلية، أم علة المرض الذي يظهر المرض عندها. ثانيهما : اختلافهم في المذاهب الكلامية في مسألة أفعال الله وأحكامه هل هي معللة بالحكم والأغراض أو غير معللة. فمن اعترف بالتعليل هناك لم يتحرج في تعريفها بأنها المؤثر في الحكم يجعل

<sup>1</sup> - أخرجه مالك في الموطأ ، كتاب العقول ، باب جامع العقل. والبحاري في كتاب الزكاة ، باب في الركاز الخمس. وفي كتاب الديات ، باب المعدن جبار. ومسلم في كتاب الحدود. وأخرجه كذلك النسائي وأبو داود وابن ماجه والترمذي. قال البغوي : "هذا حديث متفق على صحته ، أخرجه محمد عن عبد الله بن يوسف عن مالك ، وأخرجه عن عبد الله بن يوسف عن الليث. وأخرجه مسلم عن يحيى بن يحيى وغيره ، عن الليث ، عن ابن شهاب". الحسين بن مسعود البغوي ، شرح السنة ، تحقيق شعيب الأرنؤوط ومحمد زهير الشاويش ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية 1983 ، باب الركاز والمعدن، ج 6 ص 57.

<sup>2</sup> - قانون المعاملات المدنية الإماراتي هو القانون رقم 5 لسنة 1985.

<sup>3</sup> - ذكر الشوكاني أنّ للعلّة أسماء تختلف باختلاف الاصطلاحات، فيقال لها : السبب ، والأمانة ، والداعي ، والمستدعي ، والباعث ، والحامل ، والمناط ، والدليل ، والمقتضي ، والموجب ، والمؤثر ، والإشارة. محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ، دار المعرفة ، بيروت (در ط)، ص 181. وذكر ذلك أيضا ابن بدران في كتابه "المدخل إلى مذهب أحمد" ص 312. وذكر ذلك أيضا عبد الله الزركشي ، البحر المحيط ، ج 5 ص 115.

<sup>4</sup> - الغزالي ، المستصفى ، ج 2 ص 341.

الله تعالى أو أنه الداعي إلى شرعه. ومن نفى التعليل في أحكام الله وأفعاله اضطر هنا للتعليل لأجل القياس، وعرفها بما لا يتناقى مع مذهبه هناك ، فعرفها بأنه المعرف للحكم ، أو ما جعله الشارع أمارة عليه<sup>(1)</sup>.

والعلة محل البحث عند الفقهاء والأصوليين هي العلة الجعلية ، لا العلة الفلسفية؛ والعلة الجعلية هي التي جعلها الله تعالى بمشيئته ، ولا يلزمه منها شيء ؛ ومن هنا فإنهم يقولون برعاية المصالح من الله تعالى تفضلا وإحسانا ، لا وجوبا وضرورة. أما العلة الفلسفية فتعني أن الشرائع شرعها الله تعالى لعلل أوجبت عليه أن يشرعها ، فهذا معنى أنكره علماء السنة على المعتزلة والفلاسفة<sup>(2)</sup>.

والعلة عند الأصوليين تطلق على معنيين<sup>(3)</sup> :

**المعنى الأول :** المعنى المناسب لتشريع الحكم. كضياع الأموال الناجمة عن السرقة ، فإنه معنى مناسب لتحريم السرقة وإقامة الحد على السارق ، حتى تتحقق مصلحة حفظ الأموال. وكالمشقة الناجمة عن السفر، فإنها معنى يناسب ترخيص الشارع بقصر الصلاة والفطر للصائم المسافر ، حتى تتحقق بذلك مصلحة وهي التخفيف في التكاليف الشرعية. وكشغل الرحم فإنه معنى يناسب إيجاب العدة ، حتى تتحقق مصلحة عدم اختلاط الأنساب. وكاختلاط الأنساب المترتب على الزنى فإنه معنى يناسب تحريم الزنى وإقامة الحدود. وكتشويش الفكر وتشتت الذهن الناجمة عن الغضب ، فإنه معنى مناسب لمنع القاضي من القضاء ، حتى تتحقق مصلحة حفظ حقوق المتنازعين. وكالضرر الناجم عن الشريك الجديد، فإنه معنى مناسب لإعطاء الشريك القديم ، حق أخذ نصيب شريكه إذا باع نصيبه بالشفعة.

**المعنى الثاني :** الوصف الظاهر المنضبط الذي يكون مَظِنَّة<sup>(4)</sup> للمعنى المناسب لتشريع الحكم. وهو في المثال الأول السرقة فإنها مَظِنَّة لضياع الأموال. وفي المثال الثاني السفر فإنه مَظِنَّة لوجود المشقة. وفي المثال الثالث الوطء فإنه مَظِنَّة لشغل الرحم. وفي المثال الرابع الزنى فإنه مَظِنَّة لاختلاط الأنساب. وفي المثال الخامس الغضب فإنه مَظِنَّة لتشويش الفكر وعدم استيفاء حجج الخصمين. وفي المثال السادس الشركة في العقار فإنها مَظِنَّة للضرر المتوقع من الشريك الجديد.

<sup>1</sup> - مصطفى شليبي ، أصول الفقه الإسلامي ، دار النهضة العربية ، بيروت ، طبعة سنة 1986 - 1406 هـ ، ص 221.

<sup>2</sup> - أحمد الريسوني ، نظرية المقاصد عند الشاطبي ، دار الأمان الرباط ، الطبعة الأولى 1991 ، ص 219.

<sup>3</sup> - وهبة الزحيلي ، أصول الفقه الإسلامي ، ج 1 ص 646. عبد العزيز بن عبد الرحمن بن علي الربيعة ، السبب عند الأصوليين ، ج 1 ص 144.

<sup>4</sup> - قال الزركشي في البحر المحيط ج 5 ص 120 : للمظنة دالتان : دلالة على المعنى ودلالة على الحكم الشرعي؛ فإذا أضيفت إلى المعنى الوجودي سُمِّيت مظنة ، وإذا أضيفت إلى الحكم الشرعي سُمِّيت علة له ، ومن عكس ذلك فقد غلط. فالسفر مثلا يدل على المشقة ويدل على الرخصة ، فإذا أضفته إلى المشقة قلت هو مظنة ، وإذا أضفته إلى الرخصة قلت هو علة له، فالسفر مظنة المشقة وعلة الرخصة.

والعلة في الحقيقة هي المعنى المناسب لتشريع الحكم ، وهو ضياع الأموال ، والمشقة وشغل الرحم ، واختلاط الأنساب ، وتشوش الذهن ، والضرر المتوقع. ولكن لما كان المعنى المناسب خفياً كشغل الرحم ، أو مضطرباً كالمشقة والتشويش ، أو محتملاً كالضرر المتوقع ؛ لم يعلق الشارع الحكم بكل منهم ، وإنما أناطه بوصف ظاهر منضبط يكون مَظِنَّةً لوجود المعنى المناسب ، دفعا للحرص والمشقة.

وقد أطلق الأصوليون على المعنى المناسب اسم الحكمة ، مع أنه العلة في الحقيقة، ماعدا الشاطبي الذي أطلق عليه اسم العلة<sup>(1)</sup>. كما أطلقوا على الوصف الظاهر المنضبط للمعنى المناسب لتشريع الحكم اسم العلة ، لأنه هو الوصف الذي ارتبطت به الأحكام وجوداً وعدماً.

وقد اختلف الأصوليون في مسألتين ، كان لهما أثر كبير ، في تعريف معنى العلة وتحديد معناها. المسألة الأولى : المناسبة. حيث ذهب كثير من الأصوليين إلى أنه يجب أن يشترط في الوصف الظاهر المنضبط الذي يكون مَظِنَّةً للمعنى المناسب لتشريع الحكم ، ظهور مناسبه للحكم ، وذلك بأن يظهر كونه مَظِنَّةً لوجود المصلحة أو تكميلها ، ودرء المفسدة أو تقليلها. ولم يشترط بعضهم في الوصف الظاهر المنضبط ظهور مناسبه للحكم. المسألة الثانية : اختلافهم في حكم تعليل أفعال الله تعالى ومنها أحكامه<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني : تعريف العلماء للعلة

ذكر الشوكاني في إرشاد الفحول أن علماء الأصول اختلفوا في تعريف العلة على أقوال عدة ، وإليك بعضاً من هذه التعاريف المختلفة ذات الصلة بموضوع البحث<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 265.

<sup>2</sup> - وقد اختلف علماء الكلام في هذه المسألة على مذاهب ثلاثة : مذهب الأشاعرة والفلاسفة قالوا بمنع التعليل، غير أن الأشاعرة منعو التعليل بمعنى استحالته أو عدم وجوبه. والفلاسفة منعوا التعليل بمعنى أنه تعالى فاعل غير مختار في أفعاله ، والغرض إنما يكون في فعل الفاعل المختار، وهذا مذهب بيّن الفساد. الثاني مذهب المعتزلة وقد قالوا بوجوب تعليل أفعاله تعالى ، وأنه لا يصدر عنه فعل إلا لغرض من أجله فعل ذلك الفعل. الثالث مذهب الماتريدية وقالوا : إن أفعاله كلها معللة بالمصالح ظهر لنا بعضها وخفي علينا البعض الآخر ، لكن لا على سبيل الوجوب كما تقول المعتزلة. محمد مصطفى شلبي ، تعليل الأحكام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، لبنان ، ص 97. وذكر تاج الدين السبكي أن "المشتهر عن المتكلمين أن أحكام الله تعالى لا تعلل ، واشتهر عن الفقهاء التعليل". علي بن عبد الكافي السبكي وولده تاج الدين عبد الوهاب السبكي، الإجماع في شرح المنهاج ، مكتبة الكليات الأزهرية ، القاهرة، الطبعة الأولى ، 1981 م - 1401 هـ ، ج 1 ص 312.

<sup>3</sup> - الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 181.

## التعريف الأول : تعريف جمهور الأصوليين للعلّة

العلّة هي : "الوصف المعرّف للحكم". فالوصف هو المعنى القائم بالغير. والمعرّف للحكم أي الذي جعل علامة وأمارة عليه ، من غير تأثير فيه ، ولا باعث عليه<sup>(1)</sup>. فمعنى كون الإسكار مثلاً علّة : أي علامة على حرمة المسكر ، وهذا مذهب الرازي والبيضاوي والسبكي وجمهور أهل السنّة<sup>(2)</sup>. وهذا الإطلاق الوارد في التعريف يشمل الوصف المناسب للحكم مناسبة ظاهرة، كالإسكار؛ والوصف الذي لم تظهر مناسبته للحكم ، كالزوال لوجوب صلاة الظهر.

## التعريف الثاني : تعريف الأمدي وابن الحاجب

عرّف الأمدي العلة بأنّها الباعث على التشريع، فقال : "العلّة في الأصل بمعنى الباعث ، أي مشتملة على حكمة صالحة أن تكون مقصودة للشارع من شرع الحكم"<sup>(3)</sup>. وهو تعريف ابن الحاجب نفسه<sup>(4)</sup>. وقد اعترض الأمدي على من قال بأنّ العلة أمارة مجردة ، إذ لا يمكن التعليل بها لوجهين ، "الأول: أنه لا فائدة من الأمانة ، سوى تعريف الحكم ، والحكم في الأصل معروف بالخطاب لا بالعلّة المستنبطة. الثاني: أنّ علّة الأصل مستنبطة من حكم الأصل ، ومتفرعة عنه ، فلو كانت معرفة لحكم الأصل ، لكان متوقفاً عليها ، ومتفرعاً عنها ، وهو دور ممتنع"<sup>(5)</sup>.

وقد قد تباينت آراء العلماء تجاه رأي الأمدي ، فبعضهم فسّر عبارته ، وبعضهم ردّ عليه. فمن فسّر عبارته قال : المراد بالباعث ما يدفع المكلف على الامتثال ، فهو باعث بالنسبة للمكلف لا بالنسبة إلى الله تعالى. وتفسير الباعث بهذا المعنى يجعل التعريف مقبولاً لا اعتراض عليه ، إذ لو لم يفسر بذلك لاحتمال أن يكون المراد منه ، الحامل للشارع على شرع الحكم وهو ما يعرف بالعرض فيكون باطلاً، إذ أن الله سبحانه لا يبعثه على شرع الحكم شيء، سوى إرادته<sup>(6)</sup>. إلا أن أغلب الفقهاء قد ردوا على الأمدي رأيه ، واعتبروا قوله هذا ضعيفاً لاستحالاته في حق الله تعالى، لأنه قول بالعرض وهذا لا يجوز في حق الله تعالى<sup>(7)</sup>.

1 - السبكي ، الإجماع شرح المنهاج ، ج 1 ص 47. وج 3 ص 44.

2 - جلال الدين المحلي ، البدر الطالع في حل جمع الجوامع ، ج 2 ص 194.

3 - الأمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، ج 1 ص 172. ج 3 ص 224. و262.

4 - الشوكاني ، إرشاد الفحول ص 181. السبكي ، الإجماع شرح المنهاج ، ج 3 ص 44.

5 - الأمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، ج 3 ص 224.

6 - عبد العزيز بن علي الربيعة ، السبب عند الأصوليين ، ج 1 ص 150.

7 - السبكي ، الإجماع في شرح المنهاج ، ج 3 ص 44.

وقد ردّ السبكي على الآمدي ، وفسر عبارته في نص واحد فقال : "ونحن معاشر الشافعية إنما نفسر العلة بالمعريف ولا نفسرها بالباعث أبدا ، ونشدد النكير على من يفسرها بذلك ، لأنّ الرب تعالى لا يبعثه شيء على شيء، ومن عبّر من الفقهاء عنها بالباعث ، أراد أنها باعثة للمكلف على الامتثال"<sup>(1)</sup>.

ويبدو أن الذين فسروا عبارة الآمدي ، كانوا أكثر فهما لرأيه ، من الذين ردوا عليه وحملوه القول بالعرض. والدليل على ذلك هو ما أورده في شرح معنى المناسب حيث عرفه بقوله : "عبارة عن وصف ظاهر منضبط يلزم من ترتيب الحكم على وفقه حصول ما يصلح أن يكون مقصودا من شرع ذلك الحكم"<sup>(2)</sup>.

ثم شرح المعنى المقصود من شرع الحكم فقال : "المقصود من شرع الحكم إما جلب مصلحة ، أو دفع مضرة ، أو مجموع الأمرين ؛ بالنسبة إلى العبد ، لتعالي الرب تعالى عن الضرر والانتفاع ، وربما كان ذلك مقصودا للعبد لأنه ملائم له ، وموافق لنفسه"<sup>(3)</sup>.

وهو ما أكده أيضا الشيخ مصطفى شلي ، حيث قال - بعد أن ذكر تعريف الآمدي وابن الحاجب للعلة بأنها الباعث والداعي لشرع الحكم - : "وفسرا الباعث بما يترتب على شرع الحكم عنده ، جلب مصلحة أو دفع مفسدة قصده الشارع ؛ وإذا كان هذا معنى كونها باعثة ، فلا وجه للتشويش عليهم بأنهم قالوا بمؤثر في الأحكام غير الله ، وبأن هناك قوة تدفعه على شرع الأحكام سبحانه جلا علاه"<sup>(4)</sup>.

### التعريف الثالث : تعريف المعتزلة للعلة

العلة هي : "الوصف المؤثر في الحكم بذاته"<sup>(5)</sup>. فهي وصف ذاتي يؤثر في معلوله بعد أن يخلق الله فيها قوة التأثير، وهذا القول مبني على مذهبهم في التحسين والتقبيح العقلين. ومفاده أنّ العقل يدرك حسن الفعل وقبحه ، وأنّ الشرع يرد على وفق ما أدركه العقل؛ فإن أدرك حسنا لازما في فعل العبد حكم بإيجابه ، وإن أدرك حسنا غير لازم حكم بنده ، وإن أدرك قبحا لازما حكم بتحريمه ، وإن أدرك قبحا غير لازم حكم بكراهيته ، وإن تخير حكم بالإباحة"<sup>(6)</sup>.

1 - جلال الدين المحلي ، البدر الطالع في حلّ جمع الجوامع ، ج 2 ص 194.

2 - الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، ج 3 ص 294.

3 - الآمدي ، المرجع السابق ، ج 3 ص 296.

4 - محمد مصطفى شلي ، تعليل الأحكام ، ص 117.

5 - الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 181. السبكي ، الإجماع في شرح المنهاج ، ج 3 ص 44.

6 - الدكتور عبد الله البشير محمد ، المصطلحات الأصولية في مباحث الأحكام وعلاقتها بالفكر الأصولي ، دار البحوث والدراسات الإسلامية وإحياء التراث ، دبي ، الإمارات العربية المتحدة ، الطبعة الأولى 1424هـ - 2003م ، ص 184.

وقد اعترض على هذا التعريف بأنّ العلة أمر حادث ، والحكم قديم ، فيستحيل تعليل القديم بالحادث<sup>(1)</sup> ، فمثلا الزنى حادث وإيجاب الحد قديم ، والحادث لا يؤثر في القديم ، لأن تأثيره فيه يستدعي تأخر وجوده عنه ، أو مقارنته له .

وقد ردّ المعتزلة على هذا الاعتراض من نواح عدّة :

أولا : قالوا : لا يفيد الاحتجاج علينا بقديم الحكم ، لأننا نقول بحدوث الحكم. والدليل على حدوثه أن الحكم يوصف به ، ويكون صفة للعبد ، ومعللا به ، أي يعلل الحكم بالحادث ، كقولنا حلت بالتكاح فالتكاح علة في الحلّ ، وحرمت بالطلاق ، فالطلاق علة التحريم<sup>(2)</sup> .

ثانيا : المراد بالحكم الذي تؤثر فيه العلة هو الحادث ، وهو أثر من حكم الله القديم ، فمثلا إيجاب الله قديم ، والوجوب حادث، وليست العلة مؤثرة في الإيجاب القديم ، بل في الوجوب الحادث. فإيجاب الصلاة أمر قديم ، ولكن وجوبها أمر حادث مرتب على دلوك الشمس.

ثالثا : العلة مؤثرة في الأحكام بالنسبة إلينا لا بالنسبة لله تعالى؛ وبيان ذلك أن الله تعالى هو الموجب للأحكام ، ولكن لما كان ذلك غيبا عن العباد وهم عاجزون عن إدراكه ، شرع العلة موجبات للأحكام حتى يتسنى للمكلف القيام بالأعمال المطلوبة ، ونسب الوجوب إليها فيما بين العباد ، وهذا معنى كونها مؤثرة<sup>(3)</sup> .

وبهذه الردود يبدو أن تعريف المعتزلة للعلة يبقى قويا ، لأنّ الردّ عليهم بفكرة حدوث الأحكام لم يهدم أساس الفكرة ، وعليه فلا يبقى أمام من يريد ردّ مذهبهم إلا أن يدخل عليهم من باب فكرتهم في الحسن والقبح العقليين ، وقد اكتفيت بهذا التنبيه لأنّ الرد المسهب عليهم يخرج بنا عن نطاق البحث.

#### التعريف الرابع : تعريف أبي حامد الغزالي للعلة

ذكر السبكي أنّ أبا حامد الغزالي عرّف العلة : "بأنّها الموجب لا لذاته بل يجعل الشارع إياه موجبا للأحكام"<sup>(4)</sup> . وذكر ذلك أيضا الشوكاني<sup>(5)</sup> . وجلال الدين المحلي<sup>(6)</sup> . وتابعهما من المعاصرين ، الدكتور

1 - السبكي ، الإبهاج شرح المنهاج ، ج 3 ص 44 .

2 - السبكي ، الإبهاج شرح المنهاج ، ج 1 ص 44 - 45 .

3 - عبد العزيز بن علي الربيعة ، السبب عند الأصوليين ، ج 1 ص 149 .

4 - السبكي ، الإبهاج شرح المنهاج ، ج 3 ص 44 .

5 - الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 181 .

6 - جلال الدين المحلي ، البدر الطالع في حل جمع الجوامع ، ج 2 ص 194 .

عبد العزيز بن عبد الرحمن بن علي الربيعه ، وقد أحال في الهامش على كل من الشوكاني في "إرشاد الفحول" ، والإسنوي في "شرح المنهاج" ، وصدر الشريعة في "التوضيح"<sup>(1)</sup>.

ويمكن أن نتساءل عن مدى صحة هذه النسبة للغزالي ، فبالرجوع إلى كتبه الأصولية وخاصة كتابه "المستصفى" هو آخر كتبه الذي يعبر عن آرائه الأصولية ، نجد أنه لم يتقيد في إطلاق الألفاظ كغيره من العلماء الآخرين، بل نراه يطلق على العلة ، المعرف والأمانة ، ومرة أخرى يطلق عليها الباعث للشارع على شرع الحكم ، وتارة يعرفها بالموجب لا بذاته بل بجعل الله تعالى ، وإليك النصوص من أقواله الدالة على ذلك:

فمن النصوص الدالة على أنه عرف العلة بالمعرف والأمانة، قوله في حصر مجاري الاجتهاد في العلل: "اعلم أنا نعني بالعلة في الشرعيات مناط الحكم ، أي ما أضاف الشرع الحكم إليه ، وناطه به ، ونصبه علامة عليه"<sup>(2)</sup>.

وحين شرح العلة باعتبارها الركن الرابع في القياس ، بين أنه يجوز أن تكون العلة حكما شرعيا ، أو وصفا محسوسا عارضا أو لازما ، أو من أفعال المكلفين ، أو وصفا مجردا أو مركبا من أوصاف ، أو مناسبا أو غير مناسب ؛ ثم قال : "وأما الفقهيّات فمعنى العلة فيها العلامة ، وسائر الأقسام التي ذكرناها يجوز أن ينصبها الشارع علامة"<sup>(3)</sup>.

وقال أيضا في جواز تعليل الحكم بعلة: "والصحيح عندنا جوازه ، لأنّ العلة الشرعية علامة ، ولا يمتنع نصب علامتين على شيء واحد ، وإنما يمتنع ذلك في العلل العقلية"<sup>(4)</sup>.

وعندما ردّ على القاضي - وهو يتحدث على النصّ باعتباره أحد مسالك العلة ، بأن اللام ليست للتعليل ، كما في قوله تعالى : { أقيم الصلاة لِذُلُوكِ الشَّمْسِ }<sup>(5)</sup> ، بل للتوقيت ؛ لأنّ الدلوك لا يصلح أن يكون علة - قال : "وهذا فيه نظر إذ الزوال والغروب لا يبعد أن ينصبه الشرع علامة للوجوب ، ولا معنى لعلة الشرع إلا العلامة المنصوبة. وقد قال الفقهاء الأوقات أسباب ؛ ولذلك يتكرر الوجوب بتكررها ، ولا يبعد تسمية السبب علة"<sup>(6)</sup>.

1 - عبد العزيز بن علي الربيعه ، السبب عند الأصوليين ، ج 1 ص 151.

2 - الغزالي ، المستصفى ، ج 2 ص 230.

3 - الغزالي ، المستصفى ، ج 2 ص 336.

4 - الغزالي ، المستصفى ، ج 2 ص 342.

5 - سورة الإسراء ، آية رقم : 78.

6 - الغزالي ، المستصفى ، ج 2 ص 288 - 289.

ومن النصوص الدالة على أنه عرّف العلة بالموجب لا بذاته بل يجعل الله تعالى ، قوله عند بيانه أن الأدلة لا تكون إلا شرعية ، ولا مجال للنظر العقلي فيها : "العلّة الشرعية علامة وأمانة لا توجب الحكم بذاتها ، إنما معنى كونها علّة نصب الشارع إياها علامة ، وذلك وضع من الشارع ، ولا فرق بين وضع الحكم وبين وضع العلامة ونصبها أمانة على الحكم ، فالشدة التي جعلت أمانة التحريم يجوز أن يجعلها الشرع أمانة الحلّ ، فليس إيجابها لذاتها"<sup>(1)</sup>.

وقال أيضا : "فله تعالى في الزاني حكمان : أحدهما وجوب الحد عليه، والثاني نصب الزنى سببا للوجوب في حقه. لأنّ الزنى لا يوجب الرجم لذاته وعينه ؛ بخلاف العلل العقلية ، وإنما صار موجبا يجعل الشرع إياه موجبا"<sup>(2)</sup>.

ومن النصوص الدالة على أنه عرف العلة بالباعث ، قوله وهو يشرح مسألة إضافة حكم الأصل إلى النص أو العلة - بعدما ذكر أن الحنفية يضيفون الحكم للنص ، والشافعية يضيفونه للعلة - : "وهو نزاع لا تحقيق تحته ، فإننا لا نعني بالعلّة إلا باعث الشرع على الحكم، فإنه لو ذكر جميع المسكرات بأسمائها فقال : لا تشربوا الخمر والنبذ وكذا وكذا ، ونص على جميع مجاري الحكم ، لكان استيعابه مجاري الحكم لا يمنعنا من أن نظن أن الباعث له على التحريم الإسكار، فنقول : الحكم مضاف إلى الخمر والنبذ بالنص ، ولكن الإضافة إليه معلل بالشدة ، بمعنى أن باعث الشرع على التحريم هو الشدة"<sup>(3)</sup>.

وقال في أثناء حديثه عن العلة القاصرة - بعدما ذكر أن أبا حنيفة حكم بطلانها ، هي صحيحة عند الشافعية<sup>(4)</sup> ، لأنّ التعدية فرع الصحة - "فإن قيل كما أن البيع يراد للملك ، والنكاح للحلّ ، فإذا تخلفت فائدتهما قيل إنهما باطلان؛ فكذلك العلة تتراد لإثبات الحكم بها في غير محلّ النصّ ، فإذا لم يثبت بها حكم كانت باطلة لخلوها عن الفائدة". ثم أجاب بجوابين : الأول تسليم عدم الفائدة مع صحة العلة. والثاني يمنع عدم الفائدة ، بل لها فائدتان : الأولى : "معرفة باعث الشرع ومصلحة الحكم استمالة للقلوب إلى الطمأنينة والقبول بالطبع والمصارعة إلى التصديق ، فإنّ النفوس إلى قبول الأحكام المعقولة الجارية على

1 - الغزالي ، المستصفي ، ج 2 ص 280.

2 - الغزالي ، المستصفي ، ج 1 ص 93 - 94.

3 - الغزالي ، المستصفي ، ج 2 ص 346 - 347.

4 - هذا خلاف لا محل له ، لأنّ هناك اتفاقا على أنه لا تعليل بالقاصرة في باب القياس ، ولا مانع منه في غير باب القياس. فالخلاف لفظي ، لأنّ التعليل هو القياس باصطلاح الحنفية ، وهو أعم من القياس باصطلاح الشافعية ، فلم يتوارد النفي والإثبات على شيء واحد. محمد مصطفى شليبي ، أصول الفقه الإسلامي ، ص 236. وهبة الزحيلي ، أصول الفقه الإسلامي ، ج 1 ص 657.

ذوق المصالح أميل منها إلى قهر التحكم ومرارة التعبد ، ومثل هذا الغرض استحب الوعظ وذكر محاسن الشريعة ولطائف معانيها وكون المصلحة مطابقة للنص ، وعلى قدر حذقه يزيد لها حسنا وتأكيذا<sup>(1)</sup>.  
وقد ذكر الدكتور وهبة الزحيلي في كتابه أصول الفقه<sup>(2)</sup> أنه رجع إلى كتابي الغزالي في الأصول "المنحول" "المستصفي" وتبين له أنّ الغزالي مع الجمهور القائلين بأن العلة معرّف للحكم ، وليست مؤثرة بتأثير الله تعالى. ولكن هذه النقول التي نقلتها من كتاب "المستصفي" تؤكد عدم دقة ملاحظة الدكتور وهبة الزحيلي ، بل هو كما اتضح لم يتقيد بلفظ معين ، وتبنى ألفاظا ثلاثة للدلالة على العلة.

### التعريف الخامس : تعريف الحنابلة للعلة

خالف الحنابلة جمهور الفقهاء في اصطلاح العلة فقالوا<sup>(3)</sup> : "العلة في اللغة : عبارة عما اقتضى تغييرا، ومنه سميت علة المريض علة ؛ لأنها اقتضت تغيير الحال في حقه، ومنه العلة العقلية وهي عبارة عما يوجب الحكم لذاته ، كالكسر مع الانكسار ، والتسويد مع السواد".  
ثم استعار فقهاء الحنابلة لفظ العلة ، واستعملوه في معان ثلاثة<sup>(4)</sup> :

**المعنى الأول :** ما يوجب الحكم الشرعي لا محالة. وهذا الموجب للحكم ، هو المجموع المركب من مقتضى الحكم ، وشرطه ، ومحلّه ، وأهله ، تشبيهاً بأجزاء العلة العقلية.

وبعبارة أخرى قالوا : "هو مجموع ما يستلزم الحكم ، بحيث إذا وجد ، وجد الحكم ، ولا يتخلف عنه؛ فيدخل في لفظ العلة على هذا الاصطلاح ، جبر العلة ، وشروطها ، وعدم المانع"<sup>(5)</sup>.

ومثال ذلك : وجوب الصلاة فهذا حكم شرعي ، ومقتضيه أمر الشارع بالصلاة ، وشرطه أهلية المصلي لتوجه الخطاب إليه ، بأن يكون بالغاً عاقلاً ، ومحلّه الصلاة ، وأهلية المصلي ، فالعلة هنا المجموع المركب من هذه الأمور ، والأهل والمحل ركنان من أركانها ، وبالجملة فهذه الأشياء الأربعة ، تسمى علة.  
ومثاله أيضاً البيع فهو علة لحكم شرعي ، وهو الملك. فالملك حكم شرعي ، ومقتضيه كون الحاجة داعية إليه ، وشرطه شروط صحة البيع المذكورة في كتب الفقه<sup>(6)</sup> ، ومحلّه العين المبيعة، وأهليته كون العاقد صحيح العبارة والتصرف.

1 - الغزالي ، المستصفي ، ج 2 ص 345.

2 - وهبة الزحيلي ، أصول الفقه الإسلامي ، ج 1 ص 646 ، هامش رقم 02.

3 - ابن قدامة ، روضة الناظر ، ص 56.

4 - ابن بدران الدمشقي ، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد ، ص 159. ابن قدامة ، روضة الناظر ، ص 56.

5 - عبد الحليم ابن تيمية ، مجموع فتاوى ، مكتبة المعارف ، الرباط ، المغرب ( د س ط ) ، ج 21 ص 356.

6 - اختلف الفقهاء في شروط البيع على مذهبين : مذهب الحنفية ومذهب الجمهور.

**المعنى الثاني :** المقتضي للحكم ، وإن تخلف الحكم لفوات شرط ، أو وجود مانع<sup>(1)</sup>.

ومثاله أن اليمين المقتضي لوجوب الكفارة ، يسمى علة. وإن كان وجوب الكفارة إنما يتحقق بمجموع أمرين : الحلف الذي هو اليمين ، والحنت فيها. لكن الحنت شرط في الوجوب ، والحلف هو السبب المقتضي له ، فقالوا هو علة. فإذا حلف الإنسان على فعل شيء أو تركه ، قيل قد وجدت منه علة وجوب الكفارة ، وإن كان الوجوب لا يوجد إلا عندما يحنت ، وأما السبب فيعتقد بمجرد الحلف<sup>(2)</sup>.

ومثال ما فات شرطه ملك التصاب ، فإنه علة لوجوب الزكاة ، وإن تخلف الوجوب لفوات شرطه، وهو خروج المال عن ملكه قبل تمام الحول.

ومثال ما وجد فيه مانع يمنع الحكم ، القتل العمد العدوان ، فإنه علة لوجوب القصاص ، وإن تخلف الوجوب لوجود مانع ، كأن يكون القتال أبا للمقتول. لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : " لا يُقتل والدٌ بولده"<sup>(3)</sup>. قال الجصاص : "وهذا خبر

---

فشروط البيع على مذهب الحنفية أربعة أقسام وهي : شروط الانعقاد ، وشروط الصحة ، وشروط النفاذ ، وشروط اللزوم. وجملتها ثلاثة وعشرون شرطاً. علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية 1402هـ - 1982م ، ج 5 ص 135 - 155.

أما شروط البيع على مذهب الجمهور فهي شروط بعضها في الصيغة ، وبعضها في العاقد ، وبعضها في المعقود عليه. وهي عند المالكية والحنابلة أحد عشر شرطاً. ابن جزى ، القوانين الفقهية ، ص 16. ولدى الشافعية اثنان وعشرون شرطاً. محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت (د ر ط)، ج 2 ص 5 - 16.

<sup>1</sup> - ابن تيمية ، مجموع فتاوى ، ج 21 ص 356. ابن بدران ، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد ، ص 159. ابن قدامة ، روضة الناظر، ص 56.

<sup>2</sup> - ابن بدران ، المدخل إلى مذهب أحمد ، ص 159.

<sup>3</sup> - هناك طريقتان في قبول الأحاديث وردها ؛ طريقة الدراسة الحديثية التي تهتم بدراسة السند والمتن ، وما يتعلق بهما من واتصال وانقطاع وشذوذ وعلّة واضطراب وغيرها من القواعد المعروفة في علم مصطلح الحديث. وطريقة تلقي الأمة للحديث بالقبول. قال ابن القيم وهو يعلق على حديث معاذ بن جبل - حين بعثه النبي صلى الله عليه وسلم إلى اليمن وسأله بما يقضي ؛ قال بكتاب الله. قال فإن لم يكن فبسنة رسول الله. فإن لم يكن اجتهد رأيي ولا آلو - وقد حكم بعض العلماء بضعفه : "على أن أهل العلم قد نقلوه واحتجوا به ، فوقفنا بذلك على صحته عندهم، كما وقفنا على صحة قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا وصية لوارث". وقوله في البحر : "هو الطهور ماؤه والحلّ ميتته". وقوله : "إذا اختلف المتبايعان في الثمن والسلعة قائمة تحالفا وتراداً البيع". وقوله : "الدّية على العاقلة". وإن كانت هذه الأحاديث لا تثبت من جهة الإسناد ، ولكن لما نقلها الكافة عن الكافة عنوا بصحتها عندهم عن طلب الإسناد لها ، فكذلك حديث معاذ لما احتجوا به جميعاً عنوا عن طلب الإسناد له". أحمد الريسوني ، نظرية التقريب والتغليب وتطبيقها في العلوم الإسلامية ، دار الكلمة للنشر والتوزيع ، مصر ، الطبعة الأولى 1997 ، ص 78. ابن القيم ، إعلام الموقعين ، راجعه وقدم له وعلق عليه ، طه عبد الرؤوف سعد، مطبعة دار الجليل ، بيروت ، لبنان ( د س ن).

مستفيض مشهور ، وقد حكم به عمر بن الخطاب بحضرة الصحابة من غير خلاف واحد منهم ، فكان بمنزلة قوله : " لا وصية لوارث " ونحوه ، في لزوم الحكم به ، وكان في حيز المستفيض المتواتر"<sup>(1)</sup>.

**المعنى الثالث : حكمة الحكم :** وهي المعنى المناسب الذي ينشأ عنه الحكم ، أي المقتضي لتشريعته. كمشقة السفر للقصر والفطر ، وبيان المناسبة أن حصول المشقة على المسافر معنى مناسب لتخفيف الصلاة عنه بالقصر ، وتخفيف مشقة الصوم عنه بإباحة الفطر.

وكون القاتل أبا ، علة لمنع وجوب القصاص ، وبيان المناسبة أن الأب لما كان هو سبب وجود الولد ، فهذا معنى مناسب لسقوط القصاص ، لأنه لما كان الأب سبب وجود الولد ، لم تقتض الحكمة أن يكون الولد سبب إعدامه وهلاكه لمحض حقه.

وكانقهار مالك النصاب بالدين مانع لوجوب الزكاة عليه ، وبيان المناسبة أن انقهار مالك النصاب بالدين عليه معنى مناسب لإسقاط وجوب الزكاة عنه"<sup>(2)</sup>.

وقد رجح ابن قدامة المعنى الثاني للعلّة ، فقال بعد أن ذكر المعاني الثلاث للعلّة بهذا الترتيب : " والأوسط أولى"<sup>(3)</sup>.

#### **التعريف السادس : تعريف الشاطبي للعلّة**

يرى الشاطبي أن العلة هي المصلحة التي راعاها الشارع في طلب الفعل أو الإذن فيه ، أو المفسدة التي راعاها في طلب الكف عن الفعل. فيقول : "وأما العلة فالمراد بها الحكم والمصالح التي تعلق بها الأوامر أو الإباحة ، والمفاسد التي تعلق بها النواهي ؛ فالمشقة علة في إباحة القصر والفطر في السفر. والسفر هو السبب الموضوع سببا للإباحة. فعلى الجملة العلة هي المصلحة نفسها أو المفسدة ، لا مظنتها؛ كانت ظاهرة أو غير ظاهرة ، منضبطة أو غير منضبطة. وكذلك نقول في قوله عليه الصلاة والسلام : " لا يقضي القاضي وهو غضبان"<sup>(4)</sup>. فالغضب سبب ، وتشويش خاطر عن استيفاء الحجج هو العلة"<sup>(1)</sup>.

ج 1 ص 202. ابن تيمية ، مجموع فتاوى ، ج 18 ، 41. الضيف كيفاجي، وقفات مع الحركة السلفية ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الجزائر ، الطبعة الأولى 2004 ، ص 112.

<sup>1</sup> - الجصاص ، أحكام القرآن ، دار الكتاب العربي ، بيروت (د ر ط) ، ج 1 ص 144.

<sup>2</sup> - ابن تيمية ، مجموع فتاوى ، ج 21 ص 356. ابن قدامة ، روضة الناظر ، ص 56. ابن بدران ، المدخل إلى مذهب أحمد ، ص 159.

<sup>3</sup> - ابن قدامة ، روضة الناظر ، ص 56.

<sup>4</sup> - قال ابن حجر في تلخيص الحبير ، ج 4 ص 189 : "متفق عليه من حديث أبي بكر. ورواه ابن ماجه في كتاب الأحكام ، باب لا يحكم الحاكم وهو غضبان ، حديث رقم : 2316. بلفظ : " لا يقضي القاضي بين اثنين وهو غضبان". وذكره ابن الديبع بلفظ : " لا يحكم بين اثنين وهو غضبان". وقال أخرجه الخمسة. البخاري في كتاب الأحكام ، باب هل يقضي القاضي

وهذا المعنى الذي أطلق عليه اسم العلة ، هو ما يعرف عند العلماء بأنه الحكمة ، التي هي المعنى المناسب لتشريع الحكم.

### المبحث الرابع : أقسام السبب

ينقسم السبب إلى أقسام عدّة باعتبارات مختلفة ، أوصلها بعضهم إلى تسعة عشر قسماً<sup>(2)</sup> وآخرون إلى أقل من ذلك<sup>(3)</sup> ، غير أن هذه الأقسام بعضها نظري بحت لا تترتب عنها أي نتائج عملية ، وبعضها الآخر تترتب عنها نتائج مختلفة، وبعد دراسة مستفيضة لهذه الأقسام وتمحيصها، رأيت أنه من المفيد الاقتصار على توضيح الأقسام التسعة في المطالب الآتية.

### المطلب الأول : أقسام السبب باعتبار ما يطلق عليه اسم السبب

اختلف علماء الأصول في تقسيم السبب ، باعتبار ما يطلق عليه اسم السبب ، بين الحنفية من جهة، والحنابلة والغزالي من جهة ثانية، وسأوضح ذلك في فرعين.

### الفرع الأول : أقسام السبب عند الحنفية

ذهب بعض علماء الحنفية كاليزدوي والدبوسي<sup>(4)</sup> والسرخسي والنسفي ، إلى أن السبب ينقسم باعتبار ما يطلق عليه اسم السبب إلى أقسام أربعة ، سبب حقيقي ويسميه بعضهم السبب المحض<sup>(5)</sup> . وسبب في معنى العلة ، وسبب مجازي ، وسبب له شبهة العلة<sup>(6)</sup> . وذهب علماء آخرون كعبد العزيز

---

أو يفتي وهو غضبان. ومسلم في الأفضية، باب كراهة قضاء القاضي وهو غضبان. وأبو داود في الأفضية ، باب القاضي يقضي وهو غضبان. والترمذي في الأحكام ، باب ما جاء لا يقضي القاضي وهو غضبان. والنسائي في آداب القضاء. وابن ماجه في الأحكام. عبد الرحمن بن علي بن الدبيع الشيباني، تيسير الوصول إلى جامع الأصول من أحاديث الرسول، تحقيق حامد عبد الله المحلاوي، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ج 4 ص 65.

<sup>1</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 265.

<sup>2</sup> - كما هو واضح من كتاب الموافقات للشاطبي ، ج 1 ص 187 وما بعدها. وكما فعل الدكتور عبد العزيز بن عبد الرحمن بن علي الربيع في كتابه السبب عند الأصوليين ، ج 1 ص 279 وما بعدها، مستوحياً ذلك من الشاطبي والقرايبي والعز بن عبد السلام وغيرهم من الفقهاء والأصوليين.

<sup>3</sup> - وهبة الزحيلي ، أصول الفقه الإسلامي، ج 1 ص 97. عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه ، ص 117. الشيخ محمد أبو زهرة ، أصول الفقه ، ص 50.

<sup>4</sup> - أبو زيد عبيد الله بن عمر بن عيسى الدبوسي، تقويم الأدلة في أصول الفقه ، تقديم وتحقيق الشيخ خليل محي الدين الميس ، دار الكتب العلمية ، بيروت الطبعة الأولى 1421 هـ - 2001 م ، ص 374.

<sup>5</sup> - أصول السرخسي ، ج 2 ص 304.

<sup>6</sup> - جلال الدين أبو محمد عمر بن محمد بن عمر الخبازي ، المغني في أصول الفقه ، ص 337.

البخاري وابن ملك ومن تابعهما ، إلى أنّ السَّبب ينقسم إلى أقسام ثلاثة : سبب حقيقي ، وسبب في معنى العلة ، وسبب مجازي ، وهو ما سيتم توضيحه في البندين الآتيين.

### البند الأول : رأي مَنْ قال إنَّ السَّبب أقسام أربعة

القسم الأول : السَّبب الحقيقي : عزَّفه السرخسي فقال : "هو ما يكون طريقا للوصول إلى الحكم ولكن لا يضاف الحكم إليه وجوبا به ولا وجودا عنده ، بل تتخلل بين السَّبب والحكم العلة ، التي يضاف الحكم إليها ، وتلك العلة غير مضافة إلى السَّبب"<sup>(1)</sup>.

وعزَّفه النسفي فقال : "السَّبب الحقيقي ما يكون طريقا للوصول إلى الحكم ، ولكن لا يضاف إليه الحكم وجوبا به. بخلاف العلة ، فإنَّ الحكم مضاف إليها وجوبا بها ، ولا وجود عنده، بخلاف الشرط فإنَّ وجود الحكم يضاف إليه. ولا يعقل فيه معاني العلل من التأثير وغير ذلك ، ولكن يتخلل بين السَّبب والحكم العلة التي يضاف الحكم إليها ، وتلك العلة غير مضافة إلى السَّبب"<sup>(2)</sup>.

ويتبين من خلال تعريف السَّبب الحقيقي أنه يقوم على العناصر الأساسية الآتية : أنه طريق للحكم ، وأنه لا يضاف إليه وجوب الحكم ولا وجوده وضعا ، وأنه لا يعقل تأثيره في الحكم ، وأنه لا بد أن تتخلل بينه وبين الحكم علة يضاف الحكم إليها ، وأن تلك العلة غير مضافة إلى السَّبب"<sup>(3)</sup>.

وحكم هذا القسم من السَّبب : ألا يضاف أثر الفعل إليه ، بل يضاف إلى العلة التي تتوسط بينه وبين الحكم ، وتتوسط العلة قطع الإضافة إلى السَّبب"<sup>(4)</sup>.

ومثال ذلك : لو دُلَّ شخص على مال غيره ليسرقه ، أو ليقطع على صاحبه الطريق ، أو ليقته ، فوقع ذلك ، فلا يضمن شيئا. لأنَّ الدلالة سبب محض ، إذ هي طريق للوصول إلى الهدف المقصود ؛ وقد تخلل بينها وبين حصول المقصود علة ، هي فعل السرقة أو القتل أو قطع الطريق ، وهذه العلة غير مضافة إلى السَّبب وهو الدلالة. والفعل الذي قام به المدلول حاصل باختياره ، وعليه فلا يضاف أثر الفعل إلى الدلالة ، بل إلى العلة التي تتوسط بينه وبين الدلالة فلا يضمن الدال حينئذ شيئا مما وقع"<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - أصول السرخسي ، ج 2 ص 306 - 307.

<sup>2</sup> - النسفي ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 411.

<sup>3</sup> - عبد العزيز بن علي الربيع ، السَّبب عند الأصوليين ، ج 1 ص 282.

<sup>4</sup> - جلال الدين عمر بن محمد الخبازي ، المغني في أصول الفقه ، ص 338.

<sup>5</sup> - أصول السرخسي ، ج 2 ص 307. ملاحيون ، نور الأنوار ، ج 2 ص 411. النسفي ، كشف الأسرار ، ج 2 ص

**القسم الثاني : السبب في معنى العلة :** وهو ما تضاف إليه العلة المتخللة بينه وبين الحكم ، من غير أن يكون ذلك السبب موضوعا لحكم تلك العلة.

ولهذا يقول ملاحيون مع النسفي : " (فإن أضيفت العلة المتخللة) بين السبب والحكم (إليه) أي إلى السبب (صار للسبب حكم العلة) كسوق الدابة وقودها"<sup>(1)</sup>.

ويلاحظ أن هذا السبب له حيثان ، فمن حيث إنه لم يوجب الحكم إلا بواسطة علة كان سببا ، ومن حيث إن العلة الموجبة للحكم حدثت به أضيف أثر الفعل إليه<sup>(2)</sup>.

وحكم هذا السبب : أن يعطى حكم العلة ، فيضاف الحكم إليه من أجل أن العلة أضيفت إلى السبب ، بل إن السبب من أجل إضافة العلة إليه صار علة العلة ، والحكم يضاف إلى علة العلة ، إذا لم تكن العلة صالحة لإضافته إليها. وذهب الشافعية إلى أن له حكم العلة من كل وجه، فيضاف أثر الفعل إليه ، لأنه لما أضيفت العلة إليه كان بمنزلتها ولهذا سمي علة العلة.

ومن أمثلة هذا القسم : إذا ساق إنسان دابة ، فوطئت شيئا فأتلفته أو عدت على إنسان فقتلته ، فالسوق سبب ، لتلف ما يتلف ، أو قتل من قتل ، وقد تخلل بين السوق وبين التلف ما هو علة له ، وهو فعل الدابة ، لكن فعل الدابة مضاف إلى السوق والقود ، لأنها لا اختيار لها في فعلها خاصة إذا كان أحد سائقا أو قائدا لها. فعلة التلف أو القتل وطء الدابة<sup>(3)</sup> ، لكن السوق سبب "في معنى العلة من حيث إن الإتلاف مضاف إليه ؛ فيقال : أتلفه بقود الدابة أو سوقها"<sup>(4)</sup>.

وبناء على هذا فإن السبب يعطى حكم العلة فيما يرجع إلى بدل محل التلف ، وهو التعويض أو الدية. وأما فيما يرجع إلى جزاء المباشرة ، فلا يكون مضافا إليه ، فلا يلزم السائق أو القائد الأحكام المترتبة عن المباشرة ، فلا يقتص منه ، ولا يحرم من الميراث ، لأنّ القصاص والحرمات عقاب المباشرة ، وهو لم يباشر التلف أو القتل<sup>(5)</sup>.

ومن ذلك أيضا الشهادة على القاتل حتى استحق القصاص بهذه الشهادة ، فهذه الشهادة سبب في معنى العلة ، لأنها لم توضع للقصاص ، ولم تؤثر فيه ، وبما أنها مؤدية إلى القتل بواسطة إيجاب القضاء على القاضي الحكم بها ؛ وبما أن قضاء القاضي بعد الشهادة يكون عن اختيار منه ، فإذا رجع الشهود عن

<sup>1</sup> - النسفي ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 415.

<sup>2</sup> - عبد الحكيم عبد الرحمن أسعد السعدي ، مباحث العلة في القياس عند الأصوليين ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت لبنان ، الطبعة الثانية 1421 - 2000 ، ص 147.

<sup>3</sup> - النسفي ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 416.

<sup>4</sup> - أصول السرخسي ، ج 2 ص 311.

<sup>5</sup> - النسفي ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 417. عبد العزيز بن علي الربيعة ، السبب عند الأصوليين ، ج 1 ص 292.

شهادتهم ضمنوا الدية لأنها بدل المحل ، ولا يقتص منهم ، ولا يوجب الكفارة عليهم ، ولا يثبت حرمان الميراث في حقهم<sup>(1)</sup>.

ومثاله أيضا إذا وضع شخص حجرا في الطريق ، أو ترك هدم الحائط المائل بعد الإنذار الشرعي ، أو أدخل دابته زرع إنسان حتى أكلت الزرع ، فكل من وضع الحجر في الطريق ، وترك هدم الحائط المائل بعد الإنذار الشرعي ، وإدخال الدابة زرع الإنسان حتى أكلت زرعه ، كل أولئك أسباب في معنى العلة ، فيضاف إليها من جهة ما هو من قبيل بدل المحل ، وذلك يوجب ضمان المتلف ، ولا يكون شيء من هذا موجبا لحرمان الميراث ولا الكفارة ، لأن هذا جزء مباشرة الفعل ، وهم لم يباشروا الفعل وهو التلّف<sup>(2)</sup>.

**القسم الثالث : السبب المجازي :** وهو ما أفضى إلى الحكم في المأل ، لا في الحال. وقد عرفه الشيخ الخضري فقال : "إنه الأقوال المعلقة على شرط من طلاق وإعتاق ونذر ، إذا كان المعلق عليه مما لا يريد المتكلم أن يكون"<sup>(3)</sup>. وذلك مثل : إن دخلت الدار فأنت طالق ، وإن خالفتك فعبيدي حر ، وإن ضربت عبيدي فلله علي أن أصوم شهرا ، وكذلك يطلق مجازا على اليمين بالله ، فإنه سبب للكفارة مجازا. فهذه التعليقات واليمين كلها أسباب مجازية ، لعدم إفضائها إلى الجزاء إلا عند وجود الشرط ، ولأنها ليست موضوعة لتفضي إلى وقوع ما علق عليها ، بل المراد منها المنع ، لأن اليمين شرعت للبر ، والكفارة إنما تكون عند الحنث ، فليست اليمين سببا لها حقيقة بل مجازا ؛ ولكن لهذه الأمور نوع إفضاء في الجملة متى حصل المعلق عليه ، أو حنث الخالف في يمينه ، ولهذا سميت أسبابا مجازية<sup>(4)</sup>.

وقد بين السرخسي سبب تسميتها أسبابا مجازية فقال : "فأما الذي يسمى سببا مجازا ، فنحو اليمين بالله تعالى : يسمى سببا للكفارة مجازا باعتبار الصورة ، وهو ليس بسبب معنى ؛ فإن أدني حد السبب أن يكون طريقا للوصول إلى المقصود ، والكفارة باليمين إنما تجب بعد الحنث ، وهي مانعة من الحنث ، موجبة لضده وهو البر. فعرفنا أنه ليس بسبب للكفارة معنى قبل الحنث ، ولكن يسمى سببا مجازا؛ لأنه طريق الوصول إلى وجوب الكفارة ، بعد زوال المانع وهو البر.

وكذلك التدر المعلق بالشرط الذي لا يريد كونه سببا لوجوب المنذور صورة لا معنى ، لأنه يقصد به منع ما يجب المنذور عند وجوده ، وهو إيجاد الشرط ، وإنما يكون سببا بعد زوال المانع حقيقة. وكذلك

<sup>1</sup> - أصول السرخسي ، ج 2 ص 311. الشيخ الخضري ، أصول الفقه ، ص 329. النسفي ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 416.

<sup>2</sup> - أصول السرخسي ، ج 2 ص 311.

<sup>3</sup> - الشيخ الخضري ، أصول الفقه ، ص 330.

<sup>4</sup> - النسفي ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 417. الخضري ، أصول الفقه ، ص 330

الطلاق والعتاق المعلق بالشرط ، فإن التعليق سبب صورة لا معنى ، لأنه بالتعليق يمنع نفسه مما يقع الطلاق والعتاق عند وجوده"<sup>(1)</sup>.

ويرى الحنفية في هذا النوع من السبب أن له شبهة الحقيقة ، وبناء على ذلك لم يجزوا تعجيل الكفارة بعد اليمين وقبل الحنث ، ولم يجزوا تعجيل النذر قبل تحقق شرطه. ومن جهة أخرى أجازوا تعليق الطلاق بالنكاح كأن يقول لامرأة أجنبية : إن تزوجتك فأنت طالق ، فإن حصل الزواج ، وقع الطلاق ، لأن هذا ليس طلاقاً ولا سبباً في الطلاق ، فلا يشترط لانعقاده ما يشترط للطلاق وهو ملك النكاح؛ وإنما هذا تصرف يمين ، فيعتبر للحال كون المتصرف من أهل اليمين، وخالف في ذلك زفر<sup>(2)</sup> الذي ذهب إلى أن السبب هنا مجازي محض لا شبهة للحقيقة فيه<sup>(3)</sup>.

أما الشافعي فإنه يرى أن هذا القسم من السبب ليس سبباً مجازياً ، بل هو سبب بمعنى العلة ، لأنه الموجب بالمآل ، ومن هنا لم يقل إنه العلة نفسها ؛ وعليه لم يجوز تعليق الطلاق قبل النكاح ، وجعله باطلاً ، لعدم وجود الملك عند وجود العلة ، لأنه لا بد للعلة من محل ، ولا محل قبل الملك<sup>(4)</sup>.  
كما أنه أجاز تعليق التكفير بالمآل قبل الحنث ، لجواز التعجيل قبل وجود الشرط ، مادام السبب موجوداً ، كالزكاة فإنه جوز أداءها قبل الحول إذا وجد النصاب<sup>(5)</sup>.

**القسم الرابع : السبب الذي له شبهة العلة :** وقد عرّفه الفناري فقال : ما أضيف الحكم إليه ثبوتاً عنده على صحة التراخي<sup>(6)</sup>.

وعرّفه السرخسي : بأنه ما أضيف الحكم إليه وجوداً عنده ، لا ثبوتاً به<sup>(7)</sup>.  
وحكمه : أن يضاف إليه الحكم الذي هو أثر الفعل بالتعدي لا مطلقاً.  
ومثاله : لو حفر أحد بئراً في الطريق العام بغير إذن ولي الأمر ، فسقطت فيه دابة وتلفت ، ضمن قيمتها. ذلك أن حفر البئر سبب لتلف الدابة ، لأن هذا الحفر أوجد سبيلاً لسقوط الدابة في البئر وتلفها؛

1 - أصول السرخسي ، ج 2 ص 304.

2 - زفر : أبو الهذيل زفر بن الهذيل البصري ، صاحب أبي حنيفة ، ولد سنة 110 هـ وتوفي سنة 158 هـ ، وكان جامعاً بين العلم والعبادة ، وهو صاحب حديث ثم غلب عليه الرأي.

3 - الدبوسي ، تقويم الأدلة في أصول الفقه ، ص 374. النسفي ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 420.

4 - النسفي ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 419.

5 - عبد الحكيم عبد الرحمن أسعد السعدي ، مباحث العلة في القياس عند الأصوليين ، ص 144.

6 - شمس الدين محمد بن حمزة بن محمد الفناري ، فصول البدائع في أصول الشرائع ، مطبعة الشيخ يحيى أفندي ، (د ر ط ، د م ن) ، ج 1 ص 240.

7 - أصول السرخسي ، ج 2 ص 312.

وليس علة للسقوط ، لأن علة السقوط هي ثقل الدابة ، وسببه سير الدابة نحو البئر ، فأما الحفر فهو إيجاد شرط الوقوع ، فيكون حفر البئر قد هيا سببا لسقوط الدابة فيه ، ولكن مع ذلك فيه شبهة العلة ، من حيث إن الحكم يضاف إليه ، ولذلك لم يكن موجبا للحرمان من الميراث فيما إذا سقط فيه مورث الحافر ، ولم يكن موجبا للكفارة ولا القصاص ، لأن ذلك جزاء المباشرة ولم توجد<sup>(1)</sup>.

إن وجوب الضمان على التسبب مشروط فيه التعدي ، فإذا لم يوجد فلا ضمان ، كما لو حفر أحد بئرا في أرضه ، أو في الطريق العام بإذن السلطات المختصة وطبقا للشروط الفنية ، وسقطت فيه دابة وتلفت ، لا يلزمه الضمان.

فحفر البئر سبب للقتل من حيث إيجاد شرط الوقوع ، والعلة ثقل المشي في نفسه ، والمشى سبب محض. والحكم في هذا المثال لا يصح إضافته إلى العلة ، لأن الثقل أمر طبيعي ، كما لا يصح إضافته إلى المشي ، لأنه مباح لا تعدي فيه ، فأضيف إلى الحفر لشبهه بالعلة ، حيث إن الحكم يضاف إليه وجودا عنده ، إذ أن العلة لا تعمل إلا به ، وقد وجد فيه التعدي<sup>(2)</sup>.

وتجدر الإشارة أن هذا القسم من السبب ، قد اعترض عليه بأنه من أقسام الشرط ، الذي يكون في حكم العلة ، وأجاب أصحابه بأنه لا امتناع من أن يكون الواحد شرطا باعتبار رفع المانع ، وسببا باعتبار الإفضاء إلى المقصود ؛ كما في كون الشيء الواحد علة باعتبار التأثير ، وسببا باعتبار كونه طريقا للحكم<sup>(3)</sup>.

### البند الثاني : رأي من قال إن السبب ثلاثة أقسام

ذهب عبد العزيز البخاري وابن ملك ومن تابعهم ، إلى أن السبب ينقسم باعتبار ما يطلق عليه اسم السبب إلى أقسام ثلاثة : سبب حقيقي ، وسبب في معنى العلة ، وسبب مجازي.

فأما السبب الحقيقي والذي في معنى العلة ، فيطلق عندهم على ما يطلق عليه عند من قالوا إن القسمة رابعة. وأما السبب المجازي فيشمل نوعين ، السبب المجازي والذي له شبهة العلة.

ويوجهون رأيهم بأن ما أفضى إلى الحكم ، إما أن يكون في الحال أو في المال ؛ فإن كان في الحال ، فإما أن يكون له تأثير أو لا ؛ فإن كان له تأثير ، فالسبب في معنى العلة ، وإن لم يكن له تأثير فالسبب الحقيقي ، وإن كان الإفضاء في المال فالسبب المجازي.

1 - عبد العزيز بن علي الربيع ، السبب عند الأصوليين ، ج 1 ص 304.

2 - أصول السرخسي ، ج 2 ص 312. عبد العزيز بن علي الربيع ، السبب عند الأصوليين ، ج 1 ص 304.

3 - عبد الحكيم عبد الرحمن أسعد السعدي ، مباحث العلة في القياس عند الأصوليين ، ص 151.

وأما مَنْ قال إن السَّبب أربعة أقسام فيوجه قوله ، بأنَّ إفضاء السَّبب إما أن يكون في الحال أو في المآل ؛ فإن كان في الحال ، فلا يخلو إما أن تضاف العلة المتخللة إليه أو لا ؛ فإن لم تضاف إليه فالسَّبب الحقيقي . وإن أضيفت إليه فإما ثبوتاً به ولكن لم يوضع له ، أو ثبوتاً عنده بلا تراخ ، فالسَّبب في معنى العلة . وإما ثبوتاً عنده مع التراخي ، أو به غير موضوع لمتخلل لم يوضع للحكم ، فالسَّبب الذي له شبهة العلة ، وإن كان في المآل فالسَّبب المجازي<sup>(1)</sup> .

أما مورد القسمة ، فذهب البعض إلى أن موردها ، ليس باعتبار حقيقة السَّبب ، بل باعتبار المعنى العام الذي يطلق على السَّبب ، فيشمل اسم السَّبب والعلة والشرط ، وهذه علل سميت أسباباً بطريق المجاز ، لإفضائها إلى الأحكام . قال الفنازي : "والصحيح أن المورد ما يطلق عليه اسم السَّبب كتقسيم المشترك ، فلا يلتزم معنى مشترك بينهما"<sup>(2)</sup> .

وقد ذهب بعض المتأخرين إلى أن مورد القسمة ، هو ما يطلق عليه اسم السَّبب حقيقة ، وبهذا يكون السَّبب عندهم قسمين فقط ؛ السَّبب الحقيقي والسَّبب الذي في معنى العلة . وأما السَّبب المجازي فيخرجونه عن هذه القسمة ، ويذكرونه على سبيل الزيادة للعلم به باعتبار أنه يطلق عليه اسم السَّبب ، لا على أنه داخل في هذه القسمة ؛ ويكتفون بذكره عن السَّبب الذي له شبهة العلة ، لما يرونه من أنهما شيء واحد ، ومن هؤلاء صدر الشريعة ، والتفتازاني ، والكمال بن الهمام ، والرهاوي<sup>(3)</sup> .

وكذلك فعل الشيخ الخضري من المعاصرين فقال : قد علم أن السَّبب ما يفضي إلى الحكم بدون تأثير فيه ، ويجب أن تتوسط العلة بينه وبين الحكم ، وهو نوعان :

الأول : سبب تضاف إليه العلة كما إذا ساق إنسان دابة فعدت ، فوطئت إنساناً فقتلته . فإن علة القتل هي وطء الدابة ، والسَّبب هو السوق ... فيقال لهذا السَّبب ، سبب في معنى العلة ويعطى حكمها . الثاني : سبب لا تضاف إليه العلة ، لكون العلة فعل مختار ، كما إذا دلَّ إنسان سارقاً على مكان المال فسرقه ، فالعلة هي فعل السارق ، والسَّبب هو الدلالة ، وفعل السارق لا يضاف إلى الدلالة لأنه فعل مختار ، ومثل هذا السَّبب هو السَّبب الحقيقي .

ثم قال : "وقد يطلق السَّبب إطلاقاً مجازياً على الأقوال المتعلقة على شرط ، من طلاق وإعتاق ونذر ، إذا كان المعلق عليه مما لا يريد المتكلم أن يكون"<sup>(4)</sup> .

1 - شمس الدين محمد الفنازي ، فصول البدايع في أصول الشرائع ، ج 1 ص 240 .

2 - شمس الدين محمد الفنازي ، فصول البدايع في أصول الشرائع ، ج 1 ص 240 .

3 - عبد العزيز بن علي الربيعة ، السبب عند الأصوليين ، ج 1 ص 312 - 313 .

4 - الشيخ الخضري ، أصول الفقه ، ص 329 - 330 .

## الفرع الثاني : أقسام السبب عند الغزالي والحنابلة

ذهب الحنابلة والغزالي إلى أنّ لفظ السبب يطلق على معان أربعة وهي<sup>(1)</sup> :

**المعنى الأول :** ما يطلق في مقابلة المباشرة. ومثاله : إذا حفر إنسان بئرا فسقط فيها آخرا وهلك ، فالسقوط مباشرة ، وهو علّة الهلاك ، ويسمى الساقط في البئر صاحب علّة ، والحفر مقابل للمباشرة ، وهو سبب للهلاك ، ويسمى الحافر صاحب السبب . وإنما كان الساقط في البئر هو صاحب العلّة ، لأن الهلاك بالسقوط لكن عند وجود البئر ، وكان الحافر صاحب السبب ، لأن الهلاك حصل عند وجود الحفر لا به . وهذا القسم من السبب هو أقرب الأقسام إلى المعنى الأصيل ، الذي وضع له المعنى لغة ، حسب رأي الغزالي ولذلك قال : " وهو أقربها إلى المستعار منه"<sup>(2)</sup> . وهو ما يسمى عند الحنفية بالسبب الحقيقي أو المحض .

**المعنى الثاني :** علّة العلّة . كالرمي فإنّه سبب للقتل ، لأنه علّة الإصابة ، والإصابة علّة للقتل ، فالرمي إذن علّة لعلّة القتل ، فسموه سببا للقتل . ووجه إطلاق السبب عليه ، أنه لما حصل القتل لا بالرمي ، بل بالواسطة وهي الإصابة أشبه ما لا يحصل الحكم إلا عنده ، وهذا النوع هو ما يسميه الحنفية بالسبب في معنى العلّة .

**المعنى الثالث :** العلّة الشرعية بدون شرطها . كاليمين دون الحنث ، فإنها سبب في وجوب الكفارة ، لكنه لا بد من الحنث في وجوب الكفارة ، فيطلق السبب على اليمين دون الحنث . ومثله ملك النصاب دون حولان الحول ، فإن ملك النصاب سبب في وجوب الزكاة ، لكنه لا بد من حولان الحول في وجوبها ، فيطلق السبب على ملك النصاب ، دون حولان الحول . وهذا النوع من السبب يسميه الحنفية بالسبب المجازي .

**المعنى الرابع :** العلّة الشرعية الكاملة . وهي المجموع المركب من مقتضى الحكم والشرط وانتفاء الموانع ووجود المحل ، وعلى هذا يكون السبب بمعنى العلّة . وتسمية العلّة سببا من باب الاستعارة ، كالقتل يكون علّة للقصاص<sup>(3)</sup> . وقد قال الغزالي : " وهذا أبعد الوجوه عن وضع اللسان ، فإن السبب في الوضع عبارة عما يحصل الحكم عنده لا به " .

ووجه إطلاق السبب على العلّة الشرعية ، أنّها وإن كانت توجب الحكم ، إلا أن إيجابها للحكم ليس لذاتها ، بل بإيجاب الله تعالى ، فهي إذن في معنى العلامة المظهرة للحكم ، فشابهت بذلك السبب الذي

1 - الغزالي ، المستصفي ، ج 1 ص 94 . ابن قدامة ، روضة الناظر ، ص 56 .

2 - الغزالي ، المستصفي ، ج 1 ص 94 .

3 - عبد الحكيم عبد الرحمن أسعد السعدي ، مباحث العلّة في القياس عند الأصوليين ، ص 138 .

يظهر الحكم عنده لا به. ومن ثم يقول الغزالي: "ولكن هذا يحسن في العلل الشرعية، لأنها لا توجب الحكم لذاتها بل بإيجاب الله تعالى، ولنصبه هذه الأسباب علامات لإظهار الحكم، فالعلل الشرعية في معنى العلامات المظهرة فشابت ما يحصل الحكم عنده"<sup>(1)</sup>.

ويقول ابن قدامة: "وإنما سميت سببا وهي موجبة، لأنها لم تكن موجبة لعينها، بل يجعل الشارع لها موجبة، فأشبهت ما يحصل الحكم عنده لا به"<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني: أقسام السبب باعتبار الواضع له

وينقسم السبب باعتبار الواضع له إلى قسمين: سبب من وضع الشارع، وسبب من وضع المكلف<sup>(3)</sup>

الأول: سبب من وضع الشارع. وهو ما قدره الشارع في أصل شرعه، وقدر له مسببا معيننا فليس لأحد فيه زيادة ولا نقص. كعقد البيع والهبة والوصية والصدقة في نقل الأملاك، وكرؤية هلال رمضان لوجوب الصوم، وهلال شوال لوجوب الفطر، وهلال ذي الحجة لتحديد يوم عرفة، وغير ذلك من الأسباب والمسببات.

وحكم هذا النوع من الأسباب أن يلتزم بما قدره الشارع، فليس لأحد فيه زيادة أو نقصان، سواء في السبب أم في المسبب؛ لأنّ الشارع الحكيم حدد السبب وحدد المسبب الذي يترتب عليه. ولهذا يقول القراني: "الأسباب الموضوعة في أصل الشرع، استقل صاحب الشرع بمسبباتها"<sup>(4)</sup>.

الثاني: سبب من وضع المكلف. وهو موكول لإرادة المكلف ورغبته، فإن شاء جعله سببا وإن شاء لم يجعله سببا، وحصر ذلك في التعليق. كقول القائل لزوجه إن دخلت الدار فأنت طالق، أو إن طلعت الشمس فقد أبرأت زيدا من الدين. فالله تعالى لم يجعل دخول الدار، سببا للطلاق، ولا طلوع الشمس سببا للإبراء من الدين، ولكن المكلف هو الذي جعل دخول الدار سببا للطلاق، وطلوع الشمس سببا للإبراء من الدين.

ومن هنا يتضح أن هذا القسم من الأسباب موكول لإختيار المكلف، فإن شاء جعله سببا وإن شاء لم يجعله. بل وله الخيرة أيضا في المسبب فإن شاء جعله طلاقا أو إبراء أو عتقا، قليلا أو كثيرا، قريب الزمن أو بعيدة. فللمكلف أن يزيد أو ينقص في هذا السبب، ولكنه مع ذلك يلتزم بما التزم به، وفي هذا

1 - الغزالي، المستصفي، ج 1 ص 94.

2 - ابن قدامة، روضة الناظر، ص 57.

3 - القراني، الفروق، ج 1 ص 71.

4 - القراني، الفروق، ج 1 ص 74. عبد العزيز بن علي الربيع، السبب عند الأصوليين، ج 1 ص 323.

يقول القرافي : "والتعليق موكولة لخيرة المكلف ، ومقتضى التفويض لخيرة المكلف ، له أن يجعل فيها الانعطاف فلا يلزم من التزام الانعطاف ، حيث خير المكلف أن يلزمه الحجر عليه. فلو قال له بعثك من شهر لم يتقدم الملك شهرا ، وكذلك بقية الأسباب كما تقدم تقريره في القواعد، ولا يلزم من مخالفة اللفظ حيث الحجر أن لا يجري اللفظ على ظاهره ، ويعمل بمقتضاه ، حيث عدم المعارض"<sup>(1)</sup>.

وتبدو فائدة هذا التقسيم من خلال انحلال السبب - سواء كان هذا السبب عقدا أم غيره - هل يكون له أثر رجعي أم لا ؟ وهو الذي عبر عنه فقهاء المالكية بعبارة الانعطاف<sup>(2)</sup>.

فالسبب الذي من وضع الشارع لا انعطاف فيه ، أما السبب الذي من وضع المكلف ففيه انعطاف. وهذا المعنى واضح من خلال قول القرافي : "الأسباب الموضوعية في أصل الشرع ، استقل صاحب الشرع بمسبباتها ، ولم يجعل فيها انعطافات ، بل كل سبب يترتب عليه مسببه بعده"<sup>(3)</sup>.

ومثال ذلك أن العيب إذا وجد في السلعة ، فيكون ذلك موجبا للرد، ولكن هل الرد يكون من يوم انعقاد العقد ، أم من يوم اكتشاف العيب ؟ للفقهاء قولان<sup>(4)</sup>.

أما القول الأول وهو أن الرد يكون من يوم اكتشاف العيب ، فلا إشكال في ذلك. وإنما الإشكال يطرح على القول الثاني ، الذي مفاده بأن الرد يكون من أصله أي يوم انعقاد العقد، فلو أن المبيع الواجب الرد أنتج غلّة ، فعلى القول الأول تكون الغلّة للمشتري، أما على القول الثاني فإن الغلّة تكون للبائع.

### المطلب الثالث : أقسام السبب باعتبار قدرة المكلف على القيام به

ينقسم السبب من حيث قدرة المكلف على القيام به من عدمه إلى قسمين : أحدهما خارج عن مقدور المكلف ، والثاني داخل تحت مقدور المكلف.

1 - القرافي ، الفروق ، ج 1 ص 74.

2 - ويعبر عنه فقهاء الحنفية بعبارة "الاستناد"، أي رجعية الأثر. أما إذا كان الحكم ليس له أثر رجعي ، فيعبر عنه بمصطلح "الاقتصار" ، بمعنى أنّ الحكم مقتصر على الحال وليس منسحبا على الماضي. أما في لغة القانون الوضعي فيعبر على انسحاب القانون أو الأحكام على الماضي ، بمصطلح الأثر الرجعي ، فيقال هذا القانون أو الحكم له أثر رجعي ، وذاك ليس له أثر رجعي.

ومما نلاحظه أن الفقه الإسلامي الغني بلغته ومصطلحاته التي تجلت فيها عبقرية فقهاءه ، له مصطلحان أحدهما لانسحاب الأحكام على الماضي وهو مصطلح "الانعطاف" الذي قال به المالكية، أو مصطلح "الاستناد" الذي قال به الحنفية، وقد تبني القانون المدني السوري مصطلح الاستناد للدلالة على الأثر الرجعي. والثاني : لعدم انسحاب الأحكام على الماضي وهو "الاقتصار"، أما القانون الوضعي فليس له مصطلح لعدم الأثر الرجعي. مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج 1 ص 528.

3 - القرافي ، الفروق ، ج 1 ص 74. عبد العزيز بن علي الربيعة ، السبب عند الأصوليين، ج 1 ص 323.

4 - أبو عبد الله محمد بن إبراهيم البقوري ، ترتيب الفروق واختصارها ، ص 173.

القسم الأول : ما هو داخل تحت مقدور المكلف مأمورا به أو منهيًا عنه أو مأذونا فيه. ومثاله القتل العمد العدوان سبب في وجوب القصاص ، والزنى وشرب الخمر والسَّرقة والقذف أسباب في حصول العقاب. والزواج سبب في حِلِّية الاستمتاع وثبوت المهر والنَّسب ، والتَّوارث بين الزوجين ، وتحريم المصاهرة. والسَّفَر سبب في الفطر والقصر. والبيع والشراء والهبة والوصية والصَّدقة سبب في نقل الملك، وغير ذلك من الأفعال التي يقوم بها المكلف<sup>(1)</sup>.

إن هذه الأسباب في مقدور المكلف ، ومن ثم فهي تخضع لخطاب التكليف ، فعلا أو تركا أو تحييرا. ومثال اقتضاء الفعل عن طريق الجزم ، النِّكاح لمن خشي الوقوع في الزنى ، فإنَّه سبب في ترتب جميع آثار الزواج ، وفعله مطلوب على سبيل الجزم في هذه الحالة، فيصبح واجبا على المكلف القيام به. ومثال اقتضاء التَّرك على سبيل الجزم ، القتل العمد العدوان ، فإنَّه سبب لوجوب القصاص ، ومطلوب تركه ، فيصبح محرم على المكلف القيام به. ومثال التَّحْيِير عقود المعاوضات ، فإنَّها أسباب في نقل الأملاك وترتيب الآثار المختلفة عليها، والمكلف مخير في الفعل وعدمه فهي مباحة. وكذلك السَّفَر ، فإنه سبب في إباحة الفطر والقصر ، وهو مخير فيه فيكون مباحا.

ويترتب على هذا أن الأسباب المقدورة للمكلف تتعلق بجهتين : جهة كونها مطلوبة الفعل أو التَّرك أو مأذونا فيها ، فهي في هذه الحالة تدخل تحت خطاب التكليف ، لاقتضاءها للمصالح أو المفاسد جلبا أو دفعا. وجهة كونها أسبابا في ترتب شيء آخر عليها ، فتعتبر في هذه الحالة ، من قبيل الحكم الوضعي<sup>(2)</sup>.

القسم الثاني : ما هو خارج عن مقدور المكلف. ومثاله الاضطراب سبب في إباحة الميتة ، والسَّلَس سبب في إسقاط وجوب الوضوء لكل صلاة مع وجود الخارج، وزوال الشمس أو غروبها أو طلوع الفجر سبب في إيجاب تلك الصلوات، والقرباة سبب في استحقاق الإرث وإيجاب النفقة وثبوت الولاية<sup>(3)</sup> ، فتتحقق هذه الأحكام دون أن يكون للمكلف يد فيها.

<sup>1</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 188. محمد علي بن حسين ، تهذيب الفروق ، ج 1 ص 175. الشيخ الحضري ، أصول الفقه ص 57. جمال الدين محمود، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة القاهرة، الطبعة الأولى 1969م، ص 130. عبد العزيز بن علي الربيعة، السبب عند الأصوليين، ج 1 ص 326.

<sup>2</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 188. محمد علي بن حسين ، تهذيب الفروق ، ج 1 ص 176. الشيخ الحضري ، أصول الفقه ، ص 57. عبد العزيز بن علي الربيعة ، السبب عند الأصوليين ، ج 1 ص 328.

<sup>3</sup> - الشاطبي، الموافقات، ج 1 ص 187. محمد علي بن حسين، تهذيب الفروق، ج 1 ص 175. جمال الدين محمود، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي، ص 130. عبد العزيز بن علي الربيعة، السبب عند الأصوليين، ج 1 ص 325.

إن هذه الأسباب خارجة عن مقدور المكلف ، ومن ثم فلا يتعلق بها خطاب التكليف ، لأنه لا تكليف بما لا يطاق<sup>(1)</sup> ، لقول الله تعالى : { لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا ... رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ }<sup>(2)</sup>.

وإنما تدخل في خطاب الوضع ، حيث اعتبرها الشارع أسبابا ورتب عليها آثارا ، دون أن يطلب من المكلف فعلها أو تركها أو خيره في الفعل أو الترك ، فزوال الشمس ليس مطلوبا فعلة ولا تركه ، والاضطرار ليس مطلوبا تحصيله ولا منعه ، وهكذا بقية الأسباب.

#### المطلب الرابع : أقسام السبب من حيث اشتراط علم المكلف به

ينقسم السبب من حيث اشتراط علم المكلف به وعدمه إلى قسمين ، سبب يشترط فيه علم المكلف به ، وسبب لا يشترط فيه علم المكلف به.

**القسم الأول :** الأسباب التي يشترط علم المكلف بها ، وهي الأحكام التكليفية.

إن الأصل في الأحكام التكليفية هو علم المكلف ، وقدرته على الفعل ، وأنه من كسبه. قال القرافي : "يشترط في خطاب التكليف علم المكلف وقدرته على ذلك الفعل وكونه من كسبه"<sup>(3)</sup>.

وسرّ اشتراط العلم في الحكم التكليفي ، أن مقتضى التكليف الطاعة والامتثال ، وذلك لا يتحقق إلا بقصد الامتثال ، وشرط القصد العلم بالمقصود. وسرّ اشتراط القدرة على الفعل المكلف به ، لأنّ الشريعة الإسلامية لا تكلف إلا بمقدور للإنسان في استطاعته أن يفعله أو يتركه ، قال الله تعالى : { لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا }<sup>(4)</sup>. أما سرّ اشتراط أن يكون من كسب المكلف ، فلأنه يستحيل التكليف والجزاء بفعل الغير.

وفي هذا السياق قد يقول قائل : إن الأحكام التكليفية قسيمة الأحكام الوضعية ، فما وجه إدخالها في أقسام السبب الذي هو من الأحكام الوضعية ؟

وقد أجاب على هذا السؤال القرافي بما يشفي ويكفي فقال : "اعلم إن خطاب الوضع قد يجتمع مع خطاب التكليف ، وقد ينفرد كل واحد منهما بنفسه.

أما اجتماعهما فكالزني فإنه حرام ، ومن هذا الوجه فهو خطاب تكليف ، وسبب للحد ومن هذا الوجه فهو خطاب وضع. والسّرقة من جهة أنها محرمة فهي خطاب تكليف ، ومن جهة أنها سبب للقطع

1 - الأمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، ج 1 ص 179.

2 - سورة البقرة ، آية رقم : 285.

3 - القرافي ، الفروق ، ج 1 ص 161.

4 - سورة البقرة ، آية رقم : 285.

فهي خطاب وضع، وكذلك بقية الجنايات محرمة ، وهي أسباب العقوبات. والبيع فهو مباح أو مندوب أو واجب أو حرام على قدر ما يعرض له في صورته ، فمن هذا الوجه فهو خطاب تكليف ، ومن جهة أنه سبب انتقال الملك فهو خطاب وضع ، وبقية العقود تتخرج على هذا المنوال.

أما انفراد خطاب الوضع ، فكالزوال ورؤية الهلال ودوران الحول ونحوها ، فإنها من خطاب الوضع ، وليس فيها أمر ولا نهي ولا إذن.

وأما انفراد خطاب التكليف دون خطاب الوضع ، فكأداء الواجبات واجتناب المحرمات كإيقاع الصلاة وترك المنكرات ، فهذه من خطاب التكليف ولم يجعلها صاحب الشرع سببا لفعل آخر نؤمر به أو نهى عنه ، بل وقف الحال على أدائها وترتيبها على أسبابها.

وإن كان صاحب الشرع قد جعلها سببا لبراءة الدّمة وترتيب الثواب ودرء العقاب ، غير أن هذه ليست أفعالا للمكلف ، ونحن لا نعني بكون الشيء سببا إلا كونه وضع سببا لفعل من فعل المكلف<sup>(1)</sup>.

**القسم الثاني : الأسباب التي لا يشترط علم المكلف بها ، وهي الأحكام الوضعية.**

اتفق جميع الفقهاء على أن الأحكام الوضعية لا يشترط فيها ، علم المكلف وقدرته على الفعل. قال القرافي : "يشترط في خطاب التكليف علم المكلف وقدرته على ذلك الفعل وكونه من كسبه ، بخلاف خطاب الوضع ، لا يشترط ذلك فيه"<sup>(2)</sup>.

ومثاله الإتلاف فإنه سبب لوجوب الضّمان ، وإن لم يعلم المتلف بما أتلفه ، لكونه نائما أو غافلا أو مجنونا ، فلو اتلف النائم حال نومه شيئا ، فإنه يضمن وإن لم يعلم ذلك. ومثل ما لو رمى الصائد صيدا في ظلمة أو من وراء حائل فقتل إنسانا ، فإنه يضمن وإن لم يعلم. وتطلق المرأة حال الغياب ، وإن لم تعلم بأن زوجها طلقها. والقراية سبب في استحقاق الإرث ، وإن لم يعلم بها الوارث. وكل من الإتلاف والنسب سبب للضّمان والإرث ، كما أن الطّلاق سبب للفرقة بين الزوجين ، ففي كل هذه الأمثلة ترتبت الأحكام الشرعية دون اشتراط علم المكلف بها.

أما السرّ في عدم اشتراط علم المكلف في الحكم الوضعي ، ولا قدرته ، ولا كونه من كسبه ، فلأنه قد يكون السبب مقدورا للمكلف ، وقد يكون غير مقدور له؛ كما أن الغرض من الحكم الوضعي ليس التكليف به ، وإنما بيان وجه الارتباط بين شيئين<sup>(3)</sup> فقط ، ومن ثم لم يشترط فيه شيء من ذلك.

1 - القرافي ، الفروق ، ج 1 ص 163 - 164.

2 - القرافي ، الفروق ، ج 1 ص 161.

3 - هذان الشّيان قد يكونان السبب مع المسبب ، أو الشرط مع المشروط ، أو المانع مع الممنوع.

ومع أن هذا هو الأصل الذي قرره الفقهاء في الحكم الوضعي ، إلا أن هناك قاعدتين استثنيتا من هذا الحكم العام ، فاشترط فيهما العلم والقدرة ، وهما :

**القاعدة الأولى : الأسباب التي هي جنایات<sup>(1)</sup> أسباب للعقوبات.** كالقتل العمد العدوان فإنه سبب للقصاص ، والزنى وشرب الخمر فإنهما سببان للحدّ؛ فإن العقوبات المقررة على هذه الأسباب لا بد فيها من علم المكلف وقدرته ، ومن ثم فلا قصاص على المخطئ في القتل لعدم علمه، ولا حدّ على من وطئ امرأة ظنّها امرأته ، لعدم العلم بأنها أجنبية، ولا حدّ على من شرب خمرا ، حسبها خلافاً لعدم العلم، ولا حدّ على من أكرهت على الزنى لعدم القدرة على الامتناع، وهكذا فإن جميع أسباب العقوبات ، لا بد فيها من علم المكلف وقصدته وقدرته على ما كلف به.

هذا ما قرره القراني وغيره<sup>(2)</sup> حيث يقول : "استثنى صاحب الشرع من عدم اشتراط العلم والقدرة في خطاب الوضع قاعدتين : القاعدة الأولى : الأسباب التي هي أسباب للعقوبات وهي جنایات كالقتل الموجب للقصاص يشترط فيه القدرة والعلم والقصد، فلذلك لا قصاص في القتل الخطأ"<sup>(3)</sup>. ثم يبين علّة استثناء هذه القاعدة فيقول : "والسرّ في استثناء هذه القاعدة من خطاب الوضع أن رحمة صاحب الشرع تأتي عقوبة من لم يقصد الفساد ، ولا يسعى فيه بإرادته وقدرته ، بل قلبه مشتمل على العقّة والطاعة والإنابة ، فمثل هذا لا يعاقبه صاحب الشرع رحمة ولطفا"<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - إن مصطلح الجنایات في الفقه الإسلامي يشمل جرائم القصاص والحدود والتعازير. وهذا يختلف عن مصطلح الجنایات في القانون الجنائي الوضعي ، ذلك أن هذا الأخير يقسم الجرائم حسب درجة خطورتها إلى جنایات وهي أشدها ، ثم تليها الجنح ، ثم المخالفات. وقد أخذ بهذا التقسيم كثير من الدول منها : الجزائر مصر سوريا لبنان النمسا فلندا بلجيكا فرنسا. ومعيار التصنيف هو العقوبة المقررة لكل صنف من الأصناف الثلاثة. فنجد مثلا قانون العقوبات الجزائري ينص في المادة 5 منه على أن العقوبات الأصلية في المواد الجنائية هي الإعدام ، السجن المؤبد ، السجن المؤقت لمدة تتراوح بين 5 و 20 سنة. والعقوبات الأصلية في مواد الجنح : الحبس لمدة تتجاوز شهرين إلى خمس سنوات ، ماعدا الحالات التي يقرر فيها القانون حدودا أخرى. الغرامة التي تتجاوز 20000 دج. أما العقوبات الأصلية في مواد المخالفات فهي : الحبس من يوم واحد إلى شهرين ، والغرامة من 2000 إلى 20000 دج. الدكتور أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري العام ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، الطبعة الثالثة 2006 ، ص 28. الدكتور عبود السراج ، قانون العقوبات القسم العام ، مطبوعات جامعة دمشق ، الطبعة السادسة ، 1992 ، ص 151.

<sup>2</sup> - ابن النجار الفتوحی ، شرح الكوكب المنير المسمى المختصر المتكر في أصول فقه الحنابلة ، تحقيق محمد حامد الفقي ، مطبعة السنة المحمدية ، القاهرة ، الطبعة الأولى 1372هـ ، ص 135.

<sup>3</sup> - القراني ، الفروق ، ج 1 ص 162.

<sup>4</sup> - القراني ، الفروق ، ج 1 ص 162.

ويتضح من خلال قول القرافي ، أن الله تعالى شرع العقوبات ردعا وزجرا ، والردع والزجر إنما يتحققان مع علم الفاعل وقدرته على ذلك ، أما حين ينتفي العلم أو القدرة أو ينتفيان معا ، فإن انتهاك حرمة الشرع لا تتحقق ، ومن ثم فتنتفي العقوبة بانتفاء سببها.

**القاعدة الثانية : أسباب انتقال الأملاك.** كالبيع والهبة والوصية ، وغيرها مما هو سبب في انتقال الأملاك ، فإنه لا بد فيها من علم المكلف وقدرته. وبناء على هذا فمن تلفظ بلفظ ناقل للملك وهو لا يعلم مقتضاه لكونه أعجميا ، أو أكره على التلفظ بذلك ، فتلفظ به بغير اختياره وقدرته الناشئة عن رغبته الطبيعية ، فإنه لا يلزم بمقتضاه<sup>(1)</sup>.

وهذا ما قرره القرافي حيث قال : "القاعدة الثانية التي استثنت من خطاب الوضع ، فاشتراط فيها العلم والقدرة ، قاعدة انتقال الأملاك كالبيع والهبة والوصية والصدقة والوقف والإجارة والقراض والمساقاة والجماعة ، وغير ذلك مما هو سبب في انتقال الأملاك. فمن باع وهو لا يعلم أن هذا اللفظ أو هذا التصرف يوجب انتقال الملك لكونه أعجميا لا يلزمه بيع ... ومن أكره على البيع فباع بغير اختياره وقدرته الناشئة عن داعيته الطبيعية لا يلزمه البيع"<sup>(2)</sup>.

والسرّ في استثناء هذه القاعدة باشتراط العلم والقدرة ، أن الشارع الحكيم قد اشترط الرضا في انتقال الأملاك ، فقال الله تعالى : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ }<sup>(3)</sup> ، وقال صلى الله عليه وسلم : "لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه"<sup>(4)</sup> ، وقاعدة التراضي في العقود قاعدة مستقرة في الفقه الإسلامي والأدلة عليها كثيرة<sup>(5)</sup>.

والحكمة من ذلك أن "الرضا لا يحصل إلا مع الشعور والإرادة والمكنة من التصرف"<sup>(6)</sup> ، وأن الشرع لا يتعدى قانون العدل في الخلق والرفق بهم ، والرضا لا يترتب عليه من الأحكام ، إلا مع العلم والقصد والقدرة<sup>(7)</sup>.

1 - عبد العزيز بن علي الربيعة ، السبب عند الأصوليين ، ج 1 ص 139.

2 - القرافي ، الفروق ، ج 1 ص 162. الفتوحى ، شرح الكوكب المنير ، ص 135.

3 - سورة النساء ، آية رقم : 29.

4 - رواه الديلمي. وهو أبو منصور شهر دار بن شيرويه الديلمي ، يتصل نسبه إلى الصحابي الضحاك بن فيروز الديلمي ، له مسند كتاب الفردوس ، توفي سنة 558 هـ.

5 - إن القانون الوضعي لم يعرف قاعدة التراضي إلا في العصر الحديث ، وكان القانون الروماني الغالب فيه الشكلية وكانت الرضائية فيه استثناء. أما الفقه الإسلامي فقد نص من أول يوم على مبدأ الرضائية ، كما واضح من الأدلة المذكورة في المتن.

6 - القرافي ، الفروق ، ج 1 ص 163.

7 - الفتوحى ، شرح الكوكب المنير ، ص 136. عبد العزيز بن علي الربيعة ، السبب عند الأصوليين ، ج 1 ص 140.

وإذا كان أغلب الفقهاء قد استثنوا هاتين القاعدتين من الحكم العام لخطاب الوضع ، وقرروا اشتراط العلم والقدرة فيهما ، فإن ابن الشاط - وأيده في ذلك الشيخ محمد علي بن حسين - يتفق مع بقية الفقهاء في استثناء هاتين القاعدتين من الحكم العام لخطاب الوضع ، ولكنه يختلف معهم في الأسباب ، ويرى أن سبب الاستثناء يعود إلى ازدواج خطاب التكليف وخطاب الوضع في هاتين القاعدتين ، ومن ثم جاء اشتراط العلم والقصد القدرة ، من جهة خطاب التكليف لا من جهة خطاب الوضع.

فقال : "قلت ليس ذلك باستثناء من خطاب الوضع ، ولكنه ازدوج في هذه الأمور خطاب التكليف والوضع ، فلحقهما اشتراط العقل وما معه من جهة خطاب التكليف ، لا من جهة خطاب الوضع ، فإنه يرتفع التكليف مع عدم تلك الأوصاف ، فيرتفع خطاب الوضع المترتب عليه"<sup>(1)</sup>.

وأرى رجحان ما ذهب إليه كل من ابن الشاط ومحمد علي بن حسين ، من أن سبب وجوب اشتراط العلم والقصد والقدرة في الجنائيات وانتقال الأملاك ، يرجع إلى ازدواج خطاب التكليف وخطاب الوضع فيهما ، وغلبة خطاب التكليف على خطاب الوضع.

بل إن القرابي نفسه نجده بعدما ذكر أن هاتين القاعدتين مستثنان من الحكم العام لخطاب الوضع، قرر أن خطاب التكليف وخطاب الوضع قد يجتمعان ، وقد ينفرد كل واحد بنفسه، والأمثلة التي ذكرها على اجتماع خطاب التكليف وخطاب الوضع هي ، الجنائيات باعتبارها أسبابا للعقوبات ، والعقود باعتبارها أسبابا في انتقال الأملاك<sup>(2)</sup>.

### المطلب الخامس : أقسام السبب باعتبار مناسبته للحكم المترتب عليه

ينقسم السبب إلى قسمين ، باعتبار مناسبته للحكم المترتب عليه مناسبة ظاهرة ، وعدم مناسبته له مناسبة ظاهرة<sup>(3)</sup>.

**القسم الأول :** سبب مناسبته للحكم مناسبة ظاهرة ، وهو ما يترتب على شرع الحكم عنده تحقيق مصلحة أو دفع مفسدة يدركها العقل.

<sup>1</sup> - سراج الدين أبو القاسم قاسم بن عبد الله المعروف بابن الشاط ، إدرار الشروق على أنواء الفروق ، ج 1 ص 162. محمد علي بن حسين ، تهذيب الفروق ، ج 1 ص 179.

<sup>2</sup> - القرابي ، الفروق ، ج 1 ص 163.

<sup>3</sup> - أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان (د س ن) ، ج 2 ص 84.

ويعرف الآمدي هذا القسم بأنه : "ما يستلزم حكمة باعثة للشرع على شرع الحكم المسبب"<sup>(1)</sup>. وهذا القسم هو الأكثر وروداً في الشريعة كما نص على ذلك العز بن عبد السلام<sup>(2)</sup> ، وذلك كتخصيص المعاملات والمناكحات دفعاً للضرورات والحاجات"<sup>(3)</sup>، حيث إن "الضرورات مناسبة لإباحة المحظورات جلباً لمصالحها ، والجنايات مناسبة لإيجاب العقوبات درءاً لمفاسدها ، والنجاسات مناسبة لوجود"<sup>(4)</sup> اجتنابها"<sup>(5)</sup>. ومن أمثلة ذلك : القتل العمد العدوان بالنسبة لوجوب القصاص ، فإنه سبب مناسب لهذا الحكم مناسبة ظاهرة ، حيث يترتب على وجوب القصاص ، تحقيق مصلحة حقن الدماء وإشاعة الأمن بين الناس، ودفع مفسدة سفك الدماء وانتشار الرعب في المجتمع"<sup>(6)</sup>.

ومن ذلك أيضاً ، السرقة بالنسبة لوجوب قطع اليد ، فهي سبب مناسب لوجوب قطع اليد مناسبة ظاهرة ، لأنه يترتب على وجوب قطع اليد تحقيق مصلحة حفظ الأموال من الضياع. وقد ذكر العز بن عبد السلام عدداً من الأمثلة على هذا القسم فقال : "ومثال ما يناسب أحكامه : وجوب غسل النجاسة ، ووجوب عقاب الجناة ، زجراً لهم عن الجنايات. ووجوب اشتراط العدالة في الولاية لتحملهم عدالتهم على إقامة مصالح الولايات. وكذلك إيجاب الغنائم للغانمين ، فإن القتال يناسب إيجابها لهم ، لأنهم حصلوها بقتالهم وتسببوا إليها برماحهم وسهامهم. وكذلك جعل الأسلاب للقاتلين لقوة تسببهم إلى تحصيلها ترغيباً لهم في المخاطرة بقتل المشركين. وكذلك إيجاب الفداء لسيد المرسلين وخاتم النبيين لما نصره الله به من الرعب في قلوب الكافرين ، وقد جعله الشافعي رحمه الله على أحد قوليه بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم لأجناد المسلمين ، لأنهم قاموا مقامه في إرعاب الكافرين. وكذلك إيجاب الأسلاب للمثخنين دون الذابحين بعد الإثخان ، كما وقع في قصة ابني عفراء وابن مسعود رضي الله عنهم، فإنهما أثخنا أبا جهل ، وذبحه ابن مسعود بعد ذلك ، لأنّ السلب إنما استحقه القاتل ، لأنه كفى مؤنثه

1 - الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، ج 1 ص 172

2 - أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي المعروف بالعز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، (د س ن)، ج 2 ص 84.

3 - العز بن عبد السلام ، المرجع السابق، ج 2 ص 85.

4 - وقد ذكر الدكتور عبد العزيز بن علي الربيعية في كتابه ، السبب عند الأصوليين ج 1 ص 336 هامش رقم 13، تعليقا على عبارة "الوجود" فقال : وهي إما مصحفة عن (لوجوب اجتنابها). وإما أنها غير مصحفة ، ومعنى الوجود التحصيل والتحقيق ، والمعنى أن النجاسات مناسبة لتحصيل وتحقيق اجتنابها والكف عنها.

5 - العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام ، ج 2 ص 3.

6 - جمال الدين محمود ، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي، ص 127.

ودفع شره عن المسلمين ، وذلك مختص بالمتخنين دون الذابحين بعد الإثخان. وكذلك تخصيص قبول الروايات والشهادات بالمعدلين ، لاختصاصهم بظهور صدقهم والثقة بأقوالهم بين كافة المسلمين"<sup>(1)</sup>.

**القسم الثاني :** سبب ليس مناسباً للحكم مناسبة ظاهرة ، وهو ما لا يدرك العقل ما يترتب على شرع الحكم عنده ، من تحقيق مصلحة أو دفع مفسدة.

وحقيقة هذا القسم من الأسباب أن العقل البشري يعجز عن إدراك المصلحة المراد تحقيقها أو المفسدة المراد دفعها ، ولا يعني ذلك أنه لا توجد مصلحة يراد تحصيلها أو مفسدة يراد اجتنابها ، كما قد يخيل للبعض ، إذ الشارع الحكيم ينزه حكمه عن العبث؛ ذلك أن تشريعه رحمة للعباد ، والرحمة تقتضي أن يكون في هذا التشريع حكمة ، وإن لم تدركها عقولنا على الوجه الأكمل ، قال الله تعالى : { وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ }<sup>(2)</sup>. قال العضد الإيجي : "وظاهر الآية التعميم ، أي يفهم منه مراعاة مصالحهم فيما شرع لهم من الأحكام كلها ، إذ لو أرسل بحكم لا مصلحة لهم فيه لكان إرسالاً لغير رحمة ، لأنه تكليف بلا فائدة ، فخالف ظاهر العموم"<sup>(3)</sup>.

وذلك كزوال الشمس بالنسبة لوجوب صلاة الظهر، ورؤية الهلال بالنسبة لوجوب الصوم والفطر، فإن العقل لا يدرك حكمة واضحة بين الزوال الشمس ووجوب الصلاة، وكذلك بين رؤية الهلال ووجوب الصيام أو الفطر.

وقد ذكر العز بن عبد السلام عدداً من الأمثلة على هذا القسم فقال : "مثال ما لا يناسب أحكامه وجوب غسل الأطراف في الوضوء ، بالمسّ واللمس وخروج الخارج من السبيلين ، فإن كل واحد من هذه الأسباب لا تعقل مناسبة كغسل الأطراف ، إذ كيف يعفي عن محل النجاسة ويجب غسل ما لم تصبه النجاسة"<sup>(4)</sup>.

وقال في مكان آخر من الكتاب نفسه : "ولا مناسبة بين طهارة الأحداث وأسبابها ، إذ كيف يناسب خروج المني من الفرج أو إيلاج أحد الفرجين في الآخر ، أو خروج الحيض والنفاس لغسل جميع أعضاء البدن، ولا مناسبة بين المسّ واللمس وخروج الخارج بين إحدى السبيلين ، لإيجاب تطهير الأربعة

1 - العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، ج 2 ص 84 - 85.

2 - سورة الأنبياء ، آية رقم : 106.

3 - شرح مختصر ابن الحاجب، ج 2 ص 238، نقلاً عن أصول الفقه للدكتور وهبة الزحيلي ، ج 2 ص 762، هامش رقم 2.

4 - العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام ، ج 2 ص 84.

مع العفو عن نجاسة محل الخروج، ولا للمسح على العمائم والعصائب والجباير والخفاف، وكذلك لا مناسبة لأسباب الحدث الأصغر والأكبر لإيجاب مسح الوجه واليدين بالتراب"<sup>(1)</sup>.

وهذه الأمثلة تندرج في باب العبادات ، وهذا هو الشأن الغالب في هذا القسم من الأسباب، وهو الذي عرّفه الأمدى بأنه "ما لا يستلزم في تعريفه للحكم حكمة باعثة عليه"<sup>(2)</sup> ، وهو ما اصطلاح عليه العلماء بالتعبد ، وعبر عنه العز بن عبد السلام بقوله : "ذلك تعبد من رب الأرباب ، ومالك الرقاب ، الذي يفعل ما يشاء ، ويحكم ما يريد"<sup>(3)</sup>.

إن تقسيم السبب ، باعتبار مناسبته للحكم المترتب عليه مناسبة ظاهرة ، وعدم مناسبته له مناسبة ظاهرة ، مبني على مسألة تعليل أحكام الشريعة ، والتقسيم من حيث هو لا غبار عليه ، ولكن النقاش يرد على مسألتين : الأولى تتعلق بأصل التعليل ، بمعنى هل أحكام الشريعة معللة أم لا ؟ والمسألة الثانية تنبني على رأي القائلين بالتعليل ، وهي بيان حجم التعليل في أحكام الشريعة.

**أما بخصوص المسألة الأولى : فيجب أن نفرق بين تعليل الأفعال وتعليل الأحكام.**

ففيما يخص تعليل الأفعال فقد اختلف علماء الكلام في هذه المسألة على مذاهب ثلاثة ، الأول: مذهب الأشاعرة والفلاسفة القائلين بمنع التعليل ، غير أن الأشاعرة منعوا التعليل بمعنى استحالته أو عدم وجوبه، والفلاسفة منعوا التعليل ، بمعنى أنه تعالى فاعل غير مختار في أفعاله ، والغرض إنما يكون في فعل الفاعل المختار، وهذا مذهب بيّن الفساد. الثاني : مذهب المعتزلة القائلين بوجوب تعليل أفعاله تعالى ، وأنه لا يصدر عنه فعل إلا لغرض من أجله فعل ذلك الفعل. الثالث : مذهب القائلين : إن أفعاله كلها معللة بالمصالح ظهر لنا بعضها وخفي علينا البعض الآخر، لكن لا على سبيل الوجوب كما تقول المعتزلة<sup>(4)</sup>.

وفيما يخص تعليل الأحكام فقد ذكر تاج الدين السبكي أن "المشتهر عن المتكلمين أن أحكام الله تعالى لا تعلق ، واشتهر عن الفقهاء التعليل"<sup>(5)</sup>.

وقد لخص ابن النجار الحنبلي الآراء المختلفة في هذه المسألة فقال : "وفعله تعالى وأمره، لا لعلّة ولا لحكمة ، في قول اختاره الكثير من أصحابنا ، وبعض المالكية والشافعية واختاره الظاهرية والأشعرية والجهمية. والقول الثاني أنهما لعلّة وحكمة ، واختاره الطوفي والشيخ تقي الدين وابن القيم وابن قاضي

1 - العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام ، ج 2 ص 3 - 4.

2 - الأمدى ، الإحكام في أصول الأحكام ، ج 1 ص 172.

3 - العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام ، ج 2 ص 4.

4 - محمد مصطفى شلي ، تعليل الأحكام ، ص 97.

5 - تاج الدين السبكي ، الإبهاج في شرح المنهاج ، ج 1 ص 312.

الجيل ، وحكاه عن إجماع السلف. وهو مذهب الشيعة والمعتزلة ... قال الشيخ تقي الدين : لأهل السنة في تعليل أفعال الله وأحكامه قولان ، والأكثر على التعليل<sup>(1)</sup>.

وقد جزم الشاطبي أنّ هذه المسألة مسلّم بها<sup>(2)</sup> ، فقال : "ولتقدم قبل الشروع في المطلوب مقدمة كلامية مسلّمة في هذا الموضوع ، وهي أن وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معا"<sup>(3)</sup>. وقال أيضا : "المعلوم من الشريعة أنّها شرعت لمصالح العباد ، فالتكليف كله إما لدرء مفسدة ، أو ل جلب مصلحة ، أو لهما معا"<sup>(4)</sup>.

والذي يترجح من خلال النظر في أدلة الفريقين أن التعليل هو الأصل كما قال بذلك الماتريدية ، سواء تعليل الأفعال أو تعليل الأحكام ، وكما جزم بذلك الشاطبي واعتبرها مسألة مسلّم بها.

أما فيما يخص المسألة الثانية المتعلقة بحجم التعليل ، فقد فرق جمهور الفقهاء بين العبادات والمعاملات ، وقرروا أن الأصل في العبادات التبعيد وعدم التعليل ، أما المعاملات فالأصل فيها التعليل والالتفات إلى المصالح. قال الشاطبي : "الأصل في العبادات بالنسبة للمكلف التبعيد ، دون الالتفات إلى المعاني ، وأصل العادات الالتفات إلى المعاني"<sup>(5)</sup>. وكثيرا ما ينسب الشاطبي هذا الأصل إلى الإمام مالك<sup>(6)</sup>. وجعله المقري (شيخ الشاطبي) من أصول الشافعي ، فقال : "نصوص الزكاة في بيان الواجب غير معللة عند مالك ومحمد (أي محمد بن إدريس الشافعي) ، لأنّ الأصل في العبادات ملازمة أعيانها كما مر ، فالواجب أعيانها. وقال النعمان (أي أبو حنيفة النعمان) : معللة بالمالية الصالحة لإقامة حق الفقير"<sup>(7)</sup>.

غير أن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا السياق ، هل فعلا أن ما قرره جمهور الفقهاء من أن الأصل في العبادات التبعيد ، والأصل في المعاملات التعليل ، مسلّم به ، أم أن الأمر يحتاج إلى نقاش وإعادة النظر ؟

1 - ابن النجار الحنبلي ، شرح الكوكب المنير ، ج 1 ص 312.

2 - رغم تقرير الشاطبي أن المسألة مسلّم بها ، ومع ذلك فقد أشار إلى أنه وقع الخلاف فيها في علم الكلام ، فقال : "وزعم الرازي أن أحكام الله ليست معللة البتة ، كما أن أفعاله كذلك". ومن المنكرين للتعليل أيضا ابن حزم الظاهري. الموافقات ، ج 2 ص 6.

3 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 6.

4 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 199.

5 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 300.

6 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 304.

7 - أبو عبد الله محمد بن أحمد المقري ، قواعد الفقه ، تحقيق محمد الدردابي ، طبعة دار الأمان الرباط ، 2012 ، ص 215 ، القاعدة رقم 296. انظر أيضا أحمد الريسوني ، نظرية المقاصد عند الشاطبي ، ص 189.

والذي يترجح لدي أنه إذا كان الشق الثاني من القاعدة لا غبار عليه ، فإن الشق الأول منها غير مسلم به ، ويمكن التأكيد أن الأصل في العبادات أيضا التعليل ، وأن عدم التعليل استثناء ، وهو قليل ونادر جدا ، والدليل على ذلك ما يلي :

1 - كل العبادات معللة في أصل شرعها وفرضيتها ، وتعليلاتها منصوصة لا مستنبطة ولا مظنونة<sup>(1)</sup> :  
ففي الصلاة يقول الله تعالى : { وَأَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي }<sup>(2)</sup> . ويقول : { وَأَقِمِ الصَّلَاةَ إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ }<sup>(3)</sup> . وفي الصيام يقول : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ }<sup>(4)</sup> . وفي الحج يقول : { وَأَذِّنْ فِي النَّاسِ بِالْحَجِّ يَأْتُوكَ رِجَالًا وَعَلَى كُلِّ ضَامِرٍ يَأْتِينَ مِنْ كُلِّ فَجٍّ عَمِيقٍ \* لِيَشْهَدُوا مَنَافِعَ لَهُمْ وَيَذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ فِي أَيَّامٍ مَعْلُومَاتٍ عَلَى مَا رَزَقَهُمْ مِنْ بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا الْبَائِسَ الْفَقِيرَ }<sup>(5)</sup> . وفي الزكاة يقول : { خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَاتِكَ سَكَنٌ لَهُمْ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ }<sup>(6)</sup> .

2 - ذهب أبو حنيفة إلى أن : "الأصل التعليل حتى يتعذر"<sup>(7)</sup> . دون تفريق بين العبادات والمعاملات ، وهو ما ذهب إليه المقري من المالكية حيث قال : "الأصل في الأحكام المعقولة لا التعبد ، لأنه أقرب إلى القبول ، وأبعد عن الحرج"<sup>(8)</sup> .

وهو الرأي الذي تبناه ابن القيم ودافع عنه حيث قال : "ليس في الشريعة شيء يخالف القياس ، ولا في المنقول عن الصحابة الذي لا يعلم لهم فيه مخالف ، وأن القياس الصحيح دائر مع أوامرها ونواهيها وجودا وعدما ، كما أن المعقول الصحيح دائر مع أخبارها وجودا وعدما ، فلم يخبر الله ورسوله بما يناقض

1 - الدكتور أحمد الريسوني ، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي ، ص 190 .

2 - سورة طه ، آية رقم : 13 .

3 - سورة العنكبوت ، آية رقم : 45 .

4 - سورة البقرة ، آية رقم : 182 .

5 - سورة الحج ، الآيتان رقم : 25 - 26 .

6 - سورة التوبة ، آية رقم : 104 .

7 - المقري ، قواعد الفقه ، ص 114 ، القاعدة رقم : 73 .

8 - المقري ، قواعد الفقه ، ص 113 ، القاعدة رقم : 72 .

صريح العقل ، ولم يشرع ما يناقض الميزان والعدل"<sup>(1)</sup>. ثم ذكر بعد ذلك أكثر من خمسين مثالا تأكيدا على صحة رأيه<sup>(2)</sup> من جهة ، ويرد بها من جهة أخرى على من يخالفه.

3 - الحِجْمُ والمعاني الواردة في الأحكام الشرعية العبادية والتعبدية<sup>(3)</sup> ، مثل عدد الصلوات وعدد الركعات في كل صلاة ، والجهر والإسرار فيها ، وجعل الصيام شهرا في رمضان ، وكونه يتبدئ من طلوع الفجر وينتهي عند الغروب ، وبعض تفاصيل الحج ، وأحكام الكفارات ومقاديرها ، والعقوبات المقدرة ... إن هذه التحديدات والهيئات والمقادير ، قد يبدو أن التعبد فيها واضح ، والتعليل فيها متعذر ، ولكن هذا الظاهر غير دقيق ، ذلك أن مصلحة تنظيم التكاليف الشرعية وضبطها وتحديدها وتقنينها وتسهيل السير عليها ، معاني مناسبة ومعقولة.

قال الشاطبي : "وأما العاديات ، وكثير من العبادات أيضا ، فلها معنى مفهوم ، وهو ضبط وجوه المصالح ؛ إذ لو ترك والنظر لانتشر ولم ينضبط ، وتعذر الرجوع إلى أصل شرعي ، والضبط أقرب إلى الانقياد ما وجد إليه سبيل؛ فجعل الشارع للحدود مقادير معلومة ، وأسبابا معلومة لا تُتعدى ، كالثمانين في القذف ، والمائة وتغريب العام في الزنى على غير إحصان ، خص قطع اليد بالكوع ، وفي النصب المعين ، وجعل مغيب الحشفة حدا في أحكام كثيرة، وكذلك الأشهر والقروء في العِدَد ، والنصاب والحول في الزكوات، وما لا ينضبط رد إلى أمانات المكلفين ، وهو المعبر عنه بالسرائر"<sup>(4)</sup>.

وهو ما ذهب إليه من المعاصرين الدكتور أحمد الريسوني حيث يقول : "فإذا سلمنا بالحِجْم العامة في الطهارة والصلاة ، فلا بد من وضع تفصيلات يسير الناس عليها ، تساعدهم على التزام الحد اللازم والمحافظة عليه. وإذا سلمنا بالحكمة العامة في الزكاة ، فلا بد من تحديد الأنصبة وتقدير المقادير ، حتى يعرف كل واحد حقه أو واجبه. وإذا سلمنا بحكمة الصيام ، فينبغي رسم حدوده ومقداره وبدايته ونهايته بكيفية تلائم عموم الناس. وإذا سلمنا بحكمة الحج أو حِجْمِهِ ، فلا بد لتحقيق هذه الحكم من جعل الحج في وقت معلوم ... ولا بد له من مراسيم محدودة ينتظم بها الناس وينضبطن بها ، حتى لا يبقى الحجيج هملا، يموج بعضهم في بعض ، وينازع بعضهم بعضا. وإذا سلمنا بمبدأ زجر المعتدين والمفرطين ومعاقبتهم ، فلا بد من تفصيل ذلك وبيانه ، حتى يكون الناس على بينة من أمرهم"<sup>(5)</sup>.

1 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 2 ص 71.

2 - يلاحظ الباحث المدقق لهذه الأمثلة التي ذكرها ابن القيم أن في بعض تعليقاته ضعفا ما، كما في تعليقه بين صلاة الليل وكونها جهرية وصلاة النهار وكونها سرية.

3 - الأحكام التعبدية هي التي لا تدرك حكمتها وإن كانت في مجال المعاملات.

4 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 308 - 309.

5 - أحمد الريسوني ، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي ، ص 198.

4 - ومع أني أميل إلى الرأي القائل بأن الأصل في الشريعة هو التعليل ، وعدم التعليل هو الاستثناء ، فإن حجم هذا الاستثناء مع وجوده قليل جدا ، إن لم يكن نادرا ، وهو ما ذكره الجويني ، حيث ذهب إلى أن ما ليس له معنى معقول من الأحكام الشرعية "يندر تصويره جدا"<sup>(1)</sup>.

وهو ما أقر به ابن القيم أيضا ، رغم أنه أصّر على تعليل كل شيء ، ومع ذلك فقد ذهب إلى أنه قد لا يتحقق هذا التعليل في كل الجزئيات والتفاصيل ، وخاصة في باب العبادات فقال : "وبالجملة فللشارع في أحكام العبادات أسرار لا تهتدي العقول إلى إدراكها على وجه التفصيل ، وإن أدركتها في الجملة"<sup>(2)</sup>.

وهو ما قرره الشاطبي أيضا حيث يقول : "وقد علم أن العبادات وضعت لمصالح العباد في الدنيا أو في الآخرة على الجملة ، وإن لم يعلم ذلك على التفصيل"<sup>(3)</sup>.

وهو ما نص عليه المقرئ أيضا حيث قال : "والحق أن ما لا يعقل معناه تلزم صورته وصفته"<sup>(4)</sup>.

5 - للشريعة الإسلامية حكم ومقاصد ، وهي عدل كلها ورحمة كلها ، ولكن قد يدرك الناس في زمن معين بعض هذه الحكم وقد لا يدركونها ، وذلك راجع لمستوى ثقافة العصر ، وثقافة الفقيه ، ومن ثم فقد كانت بعض المسائل في العهود السابقة يخيل للبعض أنها ليست لها مناسبة معقولة ، ولا تماشى مع العقل الإنساني ، ولم يدرك لها الفقهاء حكمة ومقصدا ، فأدخلوها في باب التعبد ؛ ولكن اليوم وبفضل التقدم العلمي الذي تشهده البشرية استطعنا أن نطلع على كثير من أسرار الكون والحياة وشؤونهما. ولقد كشف لنا الإعجاز العلمي في القرآن والسنة كثيرا من هذه الحقائق، والإعجاز العلمي تشعبت فروعها ومجالاته على فروع المعرفة الإنسانية المختلفة ، ومن هذه المحالات الإعجاز التشريعي.

ومن أمثلة ذلك ، الفرق بين بول الغلام الرضيع وبول الجارية ، حيث وردت أحاديث في التفرقة بينهما ، وهي :

فعن أم قيس بنت محصن : "أما أتت بابل لها صغير لم يأكل الطعام إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجلسه رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجره ، فبال على ثوبه فدعا بماء فنضحه ولم يغسله"<sup>(5)</sup>.

1 - الجويني ، البرهان ، ج 2 ص 926.

2 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 2 ص 107.

3 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 201.

4 - المقرئ ، قواعد الفقه ، ص 114 ، القاعدة رقم : 73.

5 - رواه البخاري في صحيحه ، كتاب الوضوء ، باب بول الصبيان ، حديث رقم : 223. وأخرجه مسلم ، حديث ، رقم : 287.

وعن عائشة رضي الله عنها قالت : "كان النبي صلى الله عليه وسلم يؤتى بالصبيان فيدعو لهم، فأتي بصبي فبال على ثوبه فدعا بماء فأتبعه إياه ولم يغسله"<sup>(1)</sup>.

وعن أبي السمر قال : كنت أخدم النبي صلى الله عليه وسلم فكان إذا أراد أن يغتسل قال : "ولني قفاك"، فأوليه قفائي فأستره به، فأتي بحسن أو حسين رضي الله عنهما فبال على صدره فجتت أغسله، فقال: "يغسل من بول الجارية ويرش من بول الغلام"<sup>(2)</sup>.

وعن علي رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "بول الغلام ينضح عليه، وبول الجارية يغسل". قال قتادة : هذا ما لم يطعما فإذا طعما غسل بولهما"<sup>(3)</sup>.

وعن أم قالت : كان حسين بن علي رضي الله عنه في حجر رسول الله صلى الله عليه وسلم فبال عليه، فقلت : ألبس ثوباً وأعطني إزارك حتى أغسله، قال: "إنما يغسل من بول الأنثى وينضح من بول الذكر"<sup>(4)</sup>.

وعن أم كرز الخزاعية قالت : "أتي النبي صلى الله عليه وسلم بغلام فبال عليه فأمر به فنضح، وأتي بجارية فبال عليه فأمر به فغسل"<sup>(5)</sup>.

وقد اختلف العلماء في حكم بول الغلام الرضيع وبول الجارية على أقوال ثلاثة ، الأول : أنه يكفي النضح في بول الصبي، ولا يكفي في بول الجارية، بل لا بد من غسله كسائر النجاسات. الثاني : أنه يكفي النضح فيهما. الثالث : لا يكفي النضح فيهما ، بل لا بد من الغسل. والصحيح في هذه المسألة هو القول بالتمييز بين بول الغلام وبول الجارية، فيغسل بول الجارية ويرش بول الغلام، وهذا هو الذي جاءت به الأحاديث، قال ابن شهاب: «فمضت السنة أن يرش بول الصبي ويغسل بول الجارية»<sup>(6)</sup>.

### التمييز بين بول الغلام الرضيع وبول الأنثى الرضية في ضوء الاكتشافات العلمية الحديثة:

كشفت الأبحاث العلمية الحديثة - والتي أجريت في هذا المجال - عن وجود فرق بين بول الغلام الرضيع وبين بول الأنثى الرضية ، وأكدت ما ورد في السنة النبوية الشريفة من أن التطهر من بول الغلام

- 1 - أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الدعوات ، باب الدعاء للصبيان بالبركة ، حديث رقم 6355.
- 2 - أخرجه أبو داود في سننه ج 1 ص 156 ، رقم: 376. وصححه الألباني في صحيح أبي داود ج 1 ص 75 ، رقم : 362.
- 3 - أخرجه أحمد في مسنده ج 1 ص 76 ، رقم : 563. وصحح إسناده شعيب الأرنؤوط في تعليقه على المسند.
- 4 - أخرجه أبو داود في سننه ج 1 ص 155 ، رقم: 375، وابن ماجه في سننه ج 1 ص 174. رقم: 522، وصححه الألباني في صحيح الجامع برقم : 2383.
- 5 - أخرجه أحمد في مسنده ج 6 ص 440. رقم: 27517. وقال شعيب في تعليقه على المسند: صحيح لغيره.
- 6 - أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، (د س ن)، ج 1 ص 327.

يكتفى فيه بالرش، بينما يتحتم الغسل من بول الأنثى<sup>(1)</sup>، وليس في هذا الحكم تمييز للذكر على حساب الأنثى؛ فأحكام الشريعة أحكام إلهية، والتاس كلهم عباد الله وخلقه.

<sup>1</sup> - ومن تلك الأبحاث البحث الذي أجراه أصيل محمد علي وأحمد محمد صالح من جامعة دهوك بالعراق، وملخص هذا البحث على النحو التالي:

تمت دراسة نسبة تواجد البكتيريا في بول الأطفال الرضع وحديثي الولادة، حيث تم جمع عينات البول بشكل عشوائي من الأطفال الرضع الذين بلغت أعدادهم 73 طفلاً (35 أنثى و38 ذكراً)، وصنفوا إلى أربع فئات عمرية؛ دون شهر ومن شهر إلى شهرين ثم إلى ثلاثة ثم أكثر من ثلاثة مع تزايد احتمال تناول أطعمة، وجمعت العينات ونقلت مباشرة لتفحص معملياً واستمر العمل لعدة أشهر مع مراعاة أقصى ما يمكن من درجات التعقيم وتجنب التلوث، واستخدمت طريقة د. هانز كريستيان جرام التي اكتشفها عام 1884م في صبغ البكتيريا حيث تكون البنفسجية موجبة الجرام والحمراء سالبة.

واختبرت جميع العينات باختبار حقل مجهري لعدّ البكتيريا بتكبير موحد هو 100 مرة، ووجد أن جميعها سالبة الجرام، وصنفت البكتيريا على أنها بكتيريا القولون *Escherichia Coli*.

وقد كانت النتائج على النحو التالي:

أولاً: الفئة العمرية حتى 30 يوماً، كانت نسبة تواجد البكتيريا في بول الرضع الإناث 95.44% أكثر من الرضع الذكور؛ حيث بلغ عدد البكتيريا في الحقل المجهري لبول الرضع الإناث 41.9، بينما بلغ العدد 2 في نفس الحقل للرضع الذكور.

ثانياً: الفئة العمرية (من شهر إلى شهرين)، كانت نسبة تواجد البكتيريا في بول الرضع الإناث 91.48% أكثر من الرضع الذكور؛ حيث بلغ عدد البكتيريا في الحقل المجهري لبول الرضع الإناث 24.1، بينما بلغ العدد 2.25 في حالة الرضع الذكور.

ثالثاً: الفئة العمرية (من شهرين إلى ثلاثة شهور)، كانت نسبة تواجد البكتيريا في بول الرضع الإناث 93.69% أكثر من الرضع الذكور؛ حيث بلغ عدد البكتيريا في الحقل المجهري لبول الرضع الإناث 24.1 بينما بلغ العدد 1.6 في حالة الرضع الذكور.

رابعاً: في الفئة العمرية أكثر من ثلاثة شهور، كانت نسبة البكتيريا في بول الرضع الإناث 69% أكثر من الرضع الذكور؛ حيث بلغ عدد البكتيريا في الحقل المجهري لبول الرضع الإناث 13.9، بينما بلغ العدد 6.8 في حالة الرضع الذكور.

ومن المقارنة بين نفس الجنس من الأطفال نلاحظ بأن معدل عدد البكتيريا لدى الأنثى يتناقص بتقدم العمر، حيث كان المعدل في الفئة العمرية التي تقل عن الشهر 41.9، أما الفئة العمرية التي تزيد على الثلاثة أشهر نلاحظ انخفاض المعدل إلى 13.9، على عكس ما تم ملاحظته لدى الذكور؛ حيث كان معدل البكتيريا لدى الفئة العمرية التي تقل عن شهرين أقل بكثير من الفئة العمرية التي تجاوزت الثلاثة أشهر (6.8)، ونستدل من هذا بأن معدل البكتيريا في الأنثى يكون لديها مرتفعاً منذ الأيام الأولى في عمرها بغض النظر عن تقدم العمر وبغض النظر عما إذا كانت قد بدأت بأخذ الطعام أم لا، أما الذكر فإن تواجد البكتيريا يكون أقل بكثير في الأيام الأولى من عمره، وتبدأ هذه النسبة بالتزايد تدريجياً مع مرور الزمن، وخاصة عندما يتجاوز الشهر الثالث من عمره، حيث تزداد احتمالية البدء بتناول الطعام.

وفي بحث آخر أثبت الدكتور صلاح الدين بدر من خلاله أن هناك فرقاً بين بول الغلام الرضيع وبول الأنثى، وملخص هذا البحث على النحو التالي:

أثبت العلم اليوم أن البول يحتوي على عدد كبير من البكتيريا الممرضة، والتي يسبب انتقالها كثيراً من الأمراض الخطيرة، ومن هذه البكتيريا:

بكتريا القولون (إيشريشيا كولاي)، والبكتريا العنقودية، والدفتيريا، والبكتريا السبحية، وفطر الكانديدا، وغيرها. ولذلك وجب غسل وتطهير الجسم والملابس من هذا البول حتى لا تحدث إصابة بأحد هذه البكتريا الممرضة. وأثبت العلم أن بول الطفل الحديث الولادة معقم، ولا يوجد به أي نوع من أنواع البكتريا، ولكنه بعد ذلك يحمل البكتريا، وغالباً ما يكون التلوث بالبكتريا من الجهاز الهضمي.

وأكد الدكتور صلاح الدين في بحثه أن بول الغلام الرضيع الذي يقتصر في غذائه على لبن الأم (اللبن الطبيعي) لا يحتوي على أي نوع من أنواع البكتريا، بينما يحتوي بول الأنثى الرضعية على بعض أنواع البكتريا، وأرجع ذلك إلى الاختلاف في الجنس، فمجرى البول في الأنثى أقصر من مجرى البول في الذكر، بجانب إفرازات غدة البروستاتا لدى الذكر والتي لها تأثير قاتل للجراثيم، ولذلك لا يحتوي بول الغلام الرضيع - الذي لم يأكل الطعام - على بكتريا ضارة. ونتيجة للفارق التشريحي للجهاز البولي للأنثى والذكر فإن الأنثى أكثر عرضة للتلوث البكتيري بالمقارنة مع الذكر، فمن السهل انتقال البكتريا إلى المثانة في الأنثى، وخصوصاً تلك البكتريا التي تنتقل من نهاية الجهاز الهضمي وتتعلق بمجرى البول، وغالباً ما تكون تلك البكتريا بكتريا القولون.

وبالنظر إلى قوله صلى الله عليه وسلم ، يتبين أن بول الأنثى يحتوي على بكتريا تسبب العدوى ومن ثم وجب غسله؛ وذلك للوضع التشريحي لجهازها البولي، وصغر مجرى البول في الأنثى مقارنة بالجهاز البولي عند الذكر.

وقد كشف العلم اليوم أن تغذية الطفل بغير لبن الأم وذلك بالألبان الصناعية أو بأي مكونات غذائية أخرى صناعية كانت أم طبيعية يكون سبباً في تلوث البول؛ حيث إن لبن الأم يمنع تواجد بكتريا القولون في بوله، فهناك بعض السكريات في لبن الأم تمنع من التصاق بكتريا القولون بالخلايا الطلائية في الجهاز البولي؛ مما يؤدي إلى عدم تلوث البول ببكتريا القولون، وبالتالي يكون بوله معقماً.

### وجه الإعجاز:

جاء التفريق بين بول الغلام الرضيع - الذي لم يأكل الطعام - وبين بول الأنثى في السنّة المطهرة، فبول الغلام يكتفى فيه بالرش، بينما يتحتم الغسل من بول الأنثى، وليس في هذا الحكم تمييز للذكر على حساب الأنثى؛ فأحكام الشريعة أحكام إلهية، وليس لله تعالى مصلحة في ذلك التفريق.

وإنما التفريق هنا - وفي غيره من مواطن التفريق بين الجنسين - تفريق قائم على فروق في أصل خلقة الذكر والأنثى؛ وذلك ليقوم كل واحد منهما بما أوكل إليه من أعمال وتكاليف في هذه الحياة الدنيا، فكل ميسر لما خلق له، وسبحان الله تعالى ﴿الَّذِي أَعْطَى كُلَّ شَيْءٍ حَلْقَهُ ثُمَّ هَدَى﴾ [سورة طه، آية رقم : 50]

وقد كشفت الأبحاث العلمية الحديثة عن المطابقة التامة بين أحكام الشريعة وبين ما كشف عنه العلم الحديث من فروق بين الذكر والأنثى، ومن تلك الفروق التطهر من بول الغلام الرضيع بالرش، والتطهر من بول الأنثى بالغسل.

ولم يكن عند النبي محمد صلى الله عليه وسلم ، معامل ومختبرات يستطيع من خلالها الكشف عن هذا الفرق بين بول الغلام الرضيع والأنثى الرضعية، وبالتالي فإن العقل السليم يجزم بأن هذا الإخبار من هذا النبي الأمي صلى الله عليه وسلم ، ما هو إلا وحي تلقاه من الخالق العليم؛ ليمثله المؤمنون، وتقوم به الحجة على من كان له عقل رشيد، ويبقى ذلك شاهداً على صلاحية هذه الأحكام لكل زمان ومكان. انظر : أصيل محمد علي وأحمد محمد صالح ، تمييز بول الغلام الرضيع من دلائل النبوة الخاتمة.

<http://www.nooran.org/con8/Research/438.htm>

[http://www.55a.net/firas/arabic/?page=show\\_det&id=986&select\\_page=2](http://www.55a.net/firas/arabic/?page=show_det&id=986&select_page=2)

والدكتور صلاح الدين جمال الدين بدر ، الإعجاز في التفريق بين بول الجارية وبول الغلام.

<http://www.nooran.org/con8/Research/15.htm>

## المطلب السادس : أقسام السبب باعتبار المشروعية وعدمها

ينقسم السبب من حيث المشروعية وعدمها إلى قسمين ، سبب مشروع وسبب غير مشروع<sup>(1)</sup>.

**القسم الأول : السبب المشروع :** وهو ما يؤدي إلى المصلحة أصلاً ، وإن ترتبت عنه مفسدة تبعاً. قال الشاطبي : "الأسباب المشروعة أسباب للمصالح لا للمفاسد"<sup>(2)</sup>. وقال الدكتور محمد سلام مذكور : "الأسباب المشروعة أسباب للمصالح ، وإن اتصل بها مفسدة من المفاسد"<sup>(3)</sup>.

ومثال ذلك<sup>(4)</sup> : الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، والجهاد في سبيل الله ، ودفع المحارب ، فإنها أسباب مشروعة ، لأنها تؤدي إلى مصلحة إقامة الدين ، وإظهار شعائر الإسلام ، وإعلاء كلمة الله ، وإخماد الباطل على أي وجه كان، ومع ذلك فقد تؤدي بطريق التبع إلى مفسدة إتلاف المال أو النفس أو النيل من العرض ، أو وقوع القتل والقتال.

وكذلك المطالبة بالزكاة فإنها سبب مشروع ، لأنها تؤدي إلى مصلحة مساعدة المحتاجين ، وإقامة التكافل والتعاون بين المؤمنين ، والمساهمة في القضاء على الفقر بين المسلمين ، وإقامة ركن من أركان الدين؛ ومع ذلك فقد تؤدي بطريق التبع إلى مفسدة القتال ، كما فعل أبو بكر الصديق وأجمع على ذلك الصحابة رضي الله عنهم ، حين قاتل من امتنع عن أداء الزكاة.

وكذلك إقامة الحدود على الجناة والقصاص من المعتدين ، فإن ذلك سبب مشروع ، لأنه يؤدي إلى مصلحة زجر المعتدين والمجرمين المحتملين ، وجبر المضروبين ، وإن أدى ذلك بطريق التبع إلى إتلاف النفوس وإهراق الدماء.

وكذلك إقرار حكم الحاكم وعدم نقض حكمه ولو كان خطأ ، إلا إذا خالف نصاً أو إجماعاً<sup>(5)</sup> ، سبب مشروع لمصلحة فصل الخصومات ، وإنهاء المنازعات ، واستقرار المعاملات ، وإن أدى إلى مفسدة الحكم بما ليس مشروعاً ، أو التحيز لأحد المتخاصمين ، والرشوة للقضاة والمحامين ، وغيرها من المفاسد التي تنشأ بطريق التبع لا بطريق الأصالة ، وبحكم الواقع لا بنص التشريع.

<sup>1</sup> - وما يجب التنبيه إليه أن هناك فرقا بين السبب المشروع والسبب الشرعي ، فالسبب المشروع : هو ما يقره الشرع ويسبغه. أما السبب الشرعي : فهو ما يترتب عليه حكم في نظر الشرع ، ولو كان ممنوعاً كالجرائم ، فتسمى شرعية بهذا الاعتبار. ومن هنا نستطيع فهم قول الفقهاء أن للجريمة أركان ثلاثة وهي ، الركن الشرعي ، والمادي ، والمعنوي.

<sup>2</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 237.

<sup>3</sup> - محمد سلام مذكور ، مباحث الحكم عند الأصوليين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ( د س ن ) ، ص 139.

<sup>4</sup> - الشيخ الخضري ، أصول الفقه ، ص 59. الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 237. جمال الدين محمود ، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي ، ص 131.

<sup>5</sup> - عبد الله دراز ، تعليقه على الموافقات ، ج 1 ص 237.

إن هذه المفاسد التي تنشأ بالتبع عن الأسباب المشروعة ، يمكن علاجها عن طريق سنّ القواعد التنظيمية والإجرائية، التي يمكن أن يشرعها ولي الأمر في كل حين. فنجد مثلا التنظيمات القضائية المعاصرة عاجلت المفاسد التي تنشأ عن قاعدة عدم نقض حكم الحاكم ، بجعل التقاضي على درجتين ، حيث يقبل الحكم القضائي - رغم حيازته حجية الأمر المقضي - الطعن فيه بالمعارضة أو الاستئناف في مدد محددة، حتى إذا انتهت تلك المدد ولم يطعن المحكوم عليه، حاز الحكم القضائي قوة الأمر المقضي ، الذي يصبح غير قابل للطعن فيه بالطرق العادية، ومع ذلك يبقى قابلا للطعن فيه بالطرق غير العادية<sup>(1)</sup> ، وبفضل هذه الإجراءات يمكن أن نقضي على هذه المفاسد أو نقلل منها.

**القسم الثاني : السبب الممنوع :** وهو ما يؤدي إلى المفسدة أصلا، وإن ترتبت عنه مصلحة تبعا. قال الشاطبي : "الأسباب الممنوعة أسباب للمفاسد لا للمصالح"<sup>(2)</sup>. وقال الدكتور محمد سلام مذكور : "الأسباب الممنوعة من شأنها أن تكون أسبابا لمفسدة من المفاسد ، وإن اتصل بها شيء من المصالح"<sup>(3)</sup>. ومن أمثلة ذلك : الأنكحة الفاسدة ، فإنها أسباب ممنوعة ، لأنها تؤدي إلى مفاسد ، وإن أدت بطريق التبعية إلى مصالح إلحاق الولد وثبوت الميراث ، وحرمة المصاهرة.

وقد بين عبد الله دراز وجه المصلحة المترتبة عن الأسباب الممنوعة ، التي أشار إليها الشاطبي في قوله: " الأنكحة الفاسدة ممنوعة ، وإن أدت إلى إلحاق الولد ، وثبوت الميراث ، وغير ذلك من الأحكام ، وهي مصالح"<sup>(4)</sup> ، بأن المراد بالمصالح هي ما يعتد به الشارع فيبني عليه الحكم الشرعي المترتب على الصحيح من نوعه ، فإلحاق الولد في النكاح الفاسد مصلحة ، لأنه يعتد بها الشارع فيبني عليها الحكم الشرعي المترتب على النكاح الصحيح من ميراث الولد الملحق ، وغير ذلك من الأحكام الأخرى كالولايات وحقوق الأولاد على آبائهم ، وحقوق آبائهم عليهم<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - طبقا للمواد 348 - 379 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ، فإن طرق الطعن غير العادية هي : النقض ، واعتراض الغير خارج عن الخصومة ، والتماس إعادة النظر.

<sup>2</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 237. الخضري ، أصول الفقه ، ص 59.

<sup>3</sup> - محمد سلام مذكور ، مباحث الحكم عند الأصوليين ، ص 139.

<sup>4</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 237 - 238.

<sup>5</sup> - عبد الله دراز ، تعليقه على الموافقات ، ج 1 ص 238 ، هامش رقم 1.

ومثاله أيضا الغضب<sup>(1)</sup> : فإنه سب ممنوع ، لكونه يؤدي إلى مفسدة تلحق المغصوب منه بعدم استقرار ملك المالكين وخروجه من أيديهم بطرق غير مشروعة ، وإن أدى الغضب بطريق التبعية إلى مصلحة الملك عند تغيير المغصوب في يد الغاصب<sup>(2)</sup> ، أو غيره من وجوه الفوت<sup>(3)</sup> .

وقد انتقد الدكتور جمال الدين محمود هذا التقسيم ولم ير له فائدة فقال : "وهذا التقسيم في الواقع لا يتعلق به فائدة كبيرة ، ذلك أن السب في تعريفه بأنه "كل وصف ظاهر منضبط دلّ الدليل السمعي على كونه معرّفا لحكم شرعي" ، لا يدخل فيه السب الممنوع ، فالنكاح الفاسد بذاته ليس سببا وإنما النكاح هو السب الشرعي الذي دلّ الدليل السمعي على أنه معرف لحلّ المعاشرة الزوجية ، أما الفساد في النكاح فهو وصف يعتري السب ، وثبوت النسب ليس مترتبا على هذا النكاح فحسب ، وإنما ألحق النكاح الفاسد بالنكاح في ثبوت النسب احتياطا للولد ، وليس بالنكاح الفاسد بالذات ، فهو ليس سببا. فالسب الممنوع لا يصح أن يقال عنه إنه سب ، لأنه بذاته ليس سببا لشيء ، فهو لم يشرع أصلا ، ولا يصح أن يكون سببا لما هو مشروع ، وإذا ترتب عليه شيء فهو لأمر آخر خلاف ذاته ، باعتباره نكاحا فاسدا"<sup>(4)</sup> .

إن هذا النقد الذي ذكره الدكتور جمال الدين محمود غير دقيق ، لأنّ هناك أسبابا ممنوعة كالزنى والغضب والسرقة والقتل العمد العدوان ، وكل منها وصف ظاهر منضبط ، دلّ الدليل السمعي على كونه معرّفا لحكم شرعي. حيث جعل الشارع الزنى سببا للحدّ ، والسرقة سببا للقطع ، والغضب سببا للضمان

<sup>1</sup> - اختلف الفقهاء في ضابط الغضب الذي يتحقق به على رأيين : فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أن الغضب يتحقق بإثبات اليد العادية ، وإزالة اليد المحققة. وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الغضب يتحقق بمجرد الاستيلاء ، أي إثبات اليد على مال الغير بغير إذنه ، ولا يشترط إزالة يد المالك ، وإنما يكفي الحيلولة بين المال وصاحبه ، ويظهر أثر الفرق بين الرأيين في غضب العقار وفي زوائد المغصوب وفي منفعه. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر ، دمشق ، سورية ، الطبعة الثانية 1405 هـ - 1985 م ، ج 5 ص 710.

<sup>2</sup> - إذا تغيرت ذات المغصوب بفعل الغاصب ، كما لو غضب شاة فذبحها وشواها ، أو حنطة فطحنها دقيقا ، أو حديدا فاتخذه سيفا ، فإنه يزول ملك المغصوب منه عن المغصوب ويملكه الغاصب ، ويضمن بدله ، المثل في المثلي والقيمة في القيمي ، لكن لا يحل له الانتفاع به حتى يؤدي بدله استحسانا؛ لأنه في إباحة الانتفاع قبل أداء البدل فتح باب الغضب ، فيحرم الانتفاع به قبل إرضاء المالك بأداء البدل أو إبرائه حسما لمادة الفساد. ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج 2 ص 320. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 5 ص 727.

<sup>3</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 238.

<sup>4</sup> - جمال الدين محمود ، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي ، ج 1 ص 131 - 132.

والتعزير ، والقتل العمد العدوان سببا للقصاص ، وهذه كلها أسباب ممنوعة وغير مشروعة وقد نهي الشارع عنها نهيًا جازمًا ، ومع ذلك فإنه ينطبق عليها تعريف السبب الشرعي<sup>(1)</sup>.

أما أنها ليس لها فائدة فهذا أيضا غير دقيق ، حيث تكمن فائدة هذا التقسيم فيما قاله الشاطبي : "فالذي يجب أن يعلم أنّ هذه المفاصد الناشئة عن الأسباب المشروعة ، والمصالح الناشئة عن الأسباب الممنوعة ليست بناشئة عنها في الحقيقة ، وإنما هي ناشئة عن أسباب آخر مناسبة لها"<sup>(2)</sup>. وقد ذكر هذا المعنى أيضا الشيخ الخضري<sup>(3)</sup>.

ويبدو من خلال قول الشاطبي والخضري أن فائدة هذا التقسيم تكمن في أن هذا السبب المناسب ، الذي تنشأ عنه المفاصد بالتبع ، هو ما يمكن أن نسميه بالواقعة المادية ، التي تحدد مصدر الحق ودليله في مثل هذه الحالات.

ذلك أن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا السياق ، هو ما مصدر ثبوت النسب والمهر وغيرها من الأحكام الشرعية التي ترتبت في النكاح الفاسد ؟ وما مصدر تسليط المشتري على الانتفاع بالبيع الفاسد الذي فات بالقبض ؟ وما مصدر تملك المغصوب إذا تغير في يد الغاصب ؟

إن الذي نلاحظه في هذه الأمثلة أنها تصرفات غير شرعية ، ومع ذلك فقد رتب الشارع عليها أحكاما شرعية ، تمثلت في ثبوت النسب والمهر في النكاح الفاسد ، وانتفاع المشتري بالبيع الفاسد ، وتملك الغاصب للعين المغصوبة ، وكان من المفروض أن لا يبنني عليها أي حكم ، طبقا للمنطق الفطري السليم الذي يقرر القاعدة التي تقول ما بني على باطل فهو باطل ؛ وهذه الوقائع رغم أنها باطلة ، ومع ذلك وجدنا الشارع الحكيم رتب عليها أحكاما شرعية ، مما يعطي دليلا على أن مصدر الحق قد يكون ما يترتب على التصرفات غير الشرعية.

ومما يجب التنبيه إليه أن الشيء الجامع بين هذه الأمثلة ، هي أنها جميعا وقائع مادية؛ وهذا يؤكد صحة ما ذهب إليه بعض الفقهاء المعاصرين من أن مصدر الحق في الفقه الإسلامي ، قد يكون تصرفا شرعيا كالبيع والهبة والوصية والإيجار والعارية ؛ وقد يكون مصدره وقائع مادية كالنكاح الفاسد<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - عبد العزيز بن علي الربيعة ، السبب عند الأصوليين ، ج 1 ص 354 - 355.

<sup>2</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 238.

<sup>3</sup> - الخضري ، أصول الفقه ، ص 59.

<sup>4</sup> - مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ، دار القلم ، سورية ، دمشق ، الطبعة الأولى 1420 - 1999 ، ص 103.

قال الشاطبي : "وأما قسم الممنوع ، فإن ثبوت تلك الأحكام ، إنما نشأ من الحكم بالتصحيح لذلك التّكاح بعد الوقوع ، لا من جهة كونه فاسدا ، حسبما هو مبين في موضعه. والبيوع الفاسدة من هذا النوع؛ لأنّ ليد القابضة حكم الضّمان شرعا ، فصار القابض كالمالك للسلعة ، بسبب الضّمان لا بسبب العقد.... والغصب من هذا النحو أيضا ؛ فإن على اليد العادية حكم الضّمان شرعا"<sup>(1)</sup>.

### المطلب السابع : أقسام السّبب المشروع من حيث العلم بوقوع الحكمة

ينقسم السّبب من حيث العلم أو الظن بوقوع الحكمة وعدمها إلى قسمين.

القسم الأول : أن يعلم أو يظن وقوع الحكمة به ، فلا إشكال في مشروعية هذا السّبب<sup>(2)</sup>.

القسم الثاني : أن لا يعلم أو لا يظن وقوع الحكمة به ، فهو على ضربين.

الأول : أن لا يعلم ولا يظن وقوع الحكمة به ، لعدم قبول المحل لتلك الحكمة. الثاني أن لا يعلم ولا يظن وقوع الحكمة به لأمر خارجي ، مع قبول المحل.

الضرب الأول : إذا كان عدم العلم بوقوع الحكمة أو الظن بها راجعا إلى عدم قبول المحل، ارتفعت المشروعية أصلا ، فلا أثر للسّبب شرعا بالنسبة إلى ذلك المحل ؛ مثل الزجر بالنسبة لغير العاقل إذا ارتكب جناية. والعقد على بيع الخمر والخنزير ، والطلاق المنجز بالنسبة للمرأة الأجنبية ، والعبادات وإطلاق التصرفات بالنسبة لغير العاقل وما أشبه ذلك، والدليل على ذلك أمران :

الدليل الأول : أن أصل السّبب فرض أنه لحكمة ، بناء على قاعدة أن الأحكام شرعت لجلب المصالح ، فلو ساغ شرع السّبب مع فقدان الحكمة جملة ، لم يكن مشروعاً وقد فرضناه مشروعاً.

الدليل الثاني : لو ساغ شرع السّبب مع فقدان الحكمة جملة ، لاستلزم ذلك أن تكون الحدود وضعت لغير قصد الزجر ، والعبادات لغير قصد الخضوع لله ، وكذلك سائر الأحكام ، وذلك باطل باتفاق القائلين بتعليل الأحكام.

الضرب الثاني : إن كان عدم العلم أو الظن بوقوع الحكمة ، راجعا لأمر خارجي مع قبول المحل ، فهل يؤثر ذلك الأمر الخارجي في شرعية السّبب ، أم يجري السّبب على أصل مشروعيته ؟

<sup>1</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 240.

<sup>2</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 250. الخضري ، أصول الفقه ، ص 59. عبد العزيز بن علي الربيعة ، السّبب عند الأصوليين ، ج 1 ص 358.

اختلف الأصوليون في ذلك، فذهب جمهورهم إلى أن السبب يبقى مشروعاً، قال الشيخ محمد الخضري: "الجمهور على اعتبار قابلية المحل للحكمة في مشروعية السبب، لا لوجودها فعلاً"<sup>(1)</sup>. وذهب بعض الأصوليين إلى اشتراط وجود الحكمة لبقاء السبب مشروعاً، ولكل فريق أدلة على ما ذهب إليه.

استدل الجمهور القائلون ببقاء السبب على المشروعية بما يأتي<sup>(2)</sup>:

1 - القاعدة الكلية لا تقدر فيها قضايا الأعيان، ولا نواذر التخلف<sup>(3)</sup>. فإذا كان المحل قابلاً في ذاته للحكمة، فتخلفها في فرد معين لأمر خارجي لا يمنع من بقاء السبب على أصل المشروعية وترتيب الحكم عليه. فالسفر بالوسائل الحديثة كالطائرات أو السيارات الفخمة، لا يجد معها المسافر مشقة، ومع ذلك يبقى السفر في حقه سبباً مشروعاً يطرد معه حكم السفر من قصر وفطر. والعقوبات مشروعة للازدجار، مع العلم أنه هناك من يعاقب فلا يزدجر عما عوقب عليه. والقرض أجزى للرفق بالمحتاج، مع أنه جائز أيضاً مع عدم الحاجة. والطهارة شرعت للنظافة على الجملة، مع أن بعضها على خلاف النظافة كالتيتم. فكل هذا غير قاذح في أصل المشروعية؛ لأنّ الأمر الكلي إذا ثبت فتخلف بعض الجزئيات عن مقتضى الكلي لا يخرجها عن كونه كلياً، ولأنّ الغالب الأكثرية معتبر في الشريعة اعتبار العام القطعي؛ لأنّ المتخلفات لا ينتظم منها كلي يعارض هذا الكلي الثابت<sup>(4)</sup>.

2 - إن الحكمة إما تعتبر بمحلها وكونه قابلاً لها فقط، وإما أن تعتبر بوجودها فيه، فإن اعتبرت بقبول المحل لها فقط، فهو المدعى، وهو المطلوب إثباته.

وإن اعتبرت بوجودها في المحل فعلاً، لزم أن يعتبر في المنع فقداً مطلقاً لمانع ولغير مانع، كالسفر بالوسائل المريحة، فإنّه لا مشقة في هذا السفر، أو هو مظنة لعدم وجود المشقة؛ فكان القصر والفطر في هذه الحال ممتنعين، وهو خلاف ما أجمع عليه الفقهاء. وكذلك إبدال الدينار بمثله مع أنه لا فائدة في هذا العقد، وذلك فهو جارٍ على أصل المشروعية، مع أن الحكمة غير موجودة<sup>(5)</sup>.

3 - إن اعتبار وجود الحكمة في المحل عيناً لا ينضبط، لأنّ تلك الحكمة لا توجد إلا ثانياً عن وقوع السبب؛ فنحن قبل وقوع السبب، جاهلون بوقوعها أو عدم وقوعها، فكلم من شخص طلق زوجته على إثر إيقاع النكاح، وكم من نكاح فسخ إذ ذاك لطارئ طراً ومانع منع؛ وإذا لم تعلم وقوع الحكمة فلا

1 - الشيخ محمد الخضري، أصول الفقه، ص 59.

2 - الشاطبي، الموافقات، ج 1 ص 251. الشيخ محمد الخضري، أصول الفقه، ص 60. عبد العزيز بن علي الربيع، السبب عند الأصوليين، ج 1 ص 359.

3 - الشاطبي، الموافقات، ج 1 ص 251.

4 - الشاطبي، الموافقات، ج 2 ص 52 - 53.

5 - الشاطبي، الموافقات، ج 1 ص 251.

يصح توقف مشروعية السبب على وجود الحكمة ، لأنّ الحكمة لا توجد إلا بعد وقوع السبب ، وقد فرضنا وقوع السبب بعد وجود الحكمة ، وهو دور محال ، فإذا لا بد من الانتقال إلى اعتبار مظنة قبول المحل لها على الجملة ، كافياً<sup>(1)</sup> (2).

استدل المانعون من بقاء السبب مشروعاً عند عدم العلم أو الظن بوقوع الحكمة بما يلي:

1 - إن قبول المحل للحكمة ، إما أن يعتبر شرعاً بكونه قابلاً في الذهن خاصة ، وإن فرض غير قابل في الخارج ، وإما بكونه توجد حكمته في الخارج. الأول غير صحيح ، لأنّ الأسباب المشروعة ، إنما شرعت لمصالح العباد، فما ليس فيه مصلحة ، ولا هو مظنة مصلحة موجودة في الخارج ، مساو لما لا يقبل المصلحة ، لا في الذهن ولا في الخارج من حيث المقصد الشرعي، وإذا استويا امتنعاً أو جازاً ، لكن جوازهما يؤدي إلى ما اتفق على منعه ، فلا بد من القول بمنعهما مطلقاً ، وهو المطلوب<sup>(3)</sup>.

2 - إن إعمال السبب هنا عبث ، والعبث لا يشرع؛ ذلك أن قصد الشارع من شرع الحكم تحقيق المصالح ودفع المفاسد ، وإذا كنا لا نعلم أو نظن بوقوع المصلحة ، كان إعمال السبب والحالة هذه نقضاً لقصد الشارع في شرع الحكم ، وذلك عبث ، وتأكيداً لهذا المعنى يقول الشاطبي : "إنا لو أعملنا السبب هنا، مع العلم بأن المصلحة لا تنشأ عن ذلك السبب ولا توجد به ، لكان ذلك نقضاً لقصد الشارع في شرع الحكم ، لأن التسبب هنا يصير عبثاً ، والعبث لا يشرع ، بناء على القول بالمصالح ، فلا فرق بين هذا وبين القسم الأول"<sup>(4)</sup>.

3 - وقد ردّ المانعون على أدلة الجمهور فقالوا : إنّ جواز ما أجزى من تلك المسائل ، إنما هو باعتبار وجود الحكمة ؛ فإنّ انتفاء المشقة بالنسبة إلى المسافر في وسائل السفر المريحة غير متحقق ، بل الظن بوجودها غالب، غير أنّ المشقة تختلف باختلاف الناس ولا تنضب ، فنصب الشارع السفر الذي هو السبب وفيه مظنة المشقة ، موضع المشقة نفسها وهي الحكمة ، ضبطاً للقوانين الشرعية ، كما جعل البلوغ مظنة العقل ، ثم أناط التكليف به ، لأن العقل غير منضبط في نفسه.

1 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 252. الحضري ، أصول الفقه ، ص 60.

2 - اعتبر الشيخ عبد الله دراز الدليل الثالث الذي ذكره الشاطبي ، داخلاً في الدليل الثاني ، فقال : "لكن يبقى الكلام في تحديد المعنى الذي أفاده هذا الدليل الثالث ، وبالتأمل فيه نجد دليلاً ثانياً ، على عدم صحة اعتبار الحكمة بوجودها في المحل". تعليقات عبد الله دراز على الموافقات ، ج 1 ص 253. الهامش رقم 1.

3 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 253. الحضري ، أصول الفقه ، ص 60. عبد العزيز بن علي الربيع ، السبب عند الأصوليين ، ج 1 ص 362.

4 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 254.

ويبدو أن أدلة الفريقين قوية ، ومن ثم يصعب الترجيح بين أحد الرأيين ، وهذا ما ذهب إليه الشاطبي، حيث قال بعدما استعرض أدلة الفريقين : "هذا محتمل والخلف سائغ"<sup>(1)</sup>. وهو الرأي نفسه الذي تبناه الشيخ الخضري حيث قال : "والنتيجة أن المسألة مجال للاجتهاد ، إلا أن الجمهور على اعتبار قابلية المحل للحكمة في مشروعية السبب ، لا لوجودها فعلا"<sup>(2)</sup>.

وقد رجح الدكتور عبد العزيز بن علي الربيعة بين الرأيين<sup>(3)</sup> ، بتقسيمه المسألة إلى قسمين؛ القسم الأول : أن يتوهم وقوع الحكمة به ، بأن تقع الحكمة به نادرا ، وهذا لا يؤثر في بقاء السبب مشروعاً، ومن ثم فقد وقع الإجماع على إباحة الرخص للملك المرفه في السفر ، مع انتفاء المشقة، وإباحة زواج العقيم، مع انتفاء الحكمة وهي التناسل. القسم الثاني : أن يعلم عدم وقوع الحكمة به ، وذلك كنزواج المشرقية بالمغربي إذا علم عدم تلاقيهما ، فهل يثبت نسب الولد الذي جاء من هذا الزواج ؟ ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم ثبوت النسب ، لأنّ السبب وهو عقد الزواج علم خلوه من الحكمة ، وذهب أبو حنيفة إلى أن النسب يثبت بهذا الزواج.

ويبدو أن هذا الترجيح فيه نوع من التكلف ، لأنّ الأحكام الفقهية تبنى على الغالب لا على النادر إذ النادر لا حكم له، وحتى الأمثلة التي أوردها لا تنهض كدليل على ما ذهب إليه ، فمن قال إن الحكمة من تشريع الزواج هي التناسل فقط ، وإنما شرع الزواج لجملة من المقاصد أقرها الشارع ، وأي مقصد منها توفر فالزواج صحيح. ومن هذه المقاصد التناسل لقوله صلى الله عليه وسلم : "تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة"<sup>(4)</sup>. والسكن لقوله تعالى : { وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ }<sup>(5)</sup>. والقيام على المصالح كما في حديث جابر بن عبد الله في زواجه بالمرأة الثيب للقيام على مصالح إخوانه.

قال الشاطبي : "ما يعلم أو يظن أن السبب شرع لأجله ، فتسبب المتسبب فيه صحيح. ... لأننا فرضنا أن الشارع قصد بالنكاح مثلا التناسل أولا ؛ ثم يتبعه اتخاذ السكن ، ومصاهرة أهل المرأة لشرفهم ، أو دينهم أو نحو ذلك. أو الخدمة أو القيام على مصالحه ، أو التمتع بما أحل الله من النساء أو التحمل

<sup>1</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 254.

<sup>2</sup> - الشيخ محمد الخضري ، أصول الفقه ، ص 61.

<sup>3</sup> - عبد العزيز بن عبد الرحمن بن علي الربيعة ، السبب عند الأصوليين ، ج 1 ص 364 - 365.

<sup>4</sup> - أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب النكاح، باب من تزوج الولود، حديث رقم : 2050، ج 1 ص 625. وأخرجه النسائي،

كتاب النكاح، باب كراهية تزوج العقيم، حديث رقم : 3227، ج 6 ص 65. وأخرجه ابن حبان في صحيحه ، كتاب

النكاح، باب ذكر الزجر عن تزويج من لا تلد، حديث رقم : 2056، ج 9 ص 364.

<sup>5</sup> - سورة الروم ، آية رقم : 20.

بمال المرأة أو الرغبة في جمالها ، أو الغبطة بدينها. أو التّعفف عما حرم الله. فصار إذا ما قصده هذا المتسبب مقصود الشارع على الجملة ، وهذا كاف. وقد تبين في كتاب المقاصد أن القصد المطابق لقصد الشارع هو الصحيح ، فلا سبيل إلى القول بفساد هذا التسبب<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثامن : أقسام السبب من حيث تقدم مسببه عليه وعدم تقدمه عليه

ينقسم السبب من حيث زمن ثبوت المسبب ، إلى ما يتقدم مسببه عن السبب ، وإلى ما يتأخر أو يقارن مسببه عن السبب. قال القرافي : "اعلم أن أزمنة ثبوت الأحكام أربعة أقسام : ما يتقدم ، وما يتأخر، وما يقارن ، وما يختلف فيه"<sup>(2)</sup>.

وقال العز بن عبد السلام : "للأسباب مع أحكامها أحوال أحدها : ما تقترن أحكامه بأسبابه كالأفعال. الثانية : ما يتقدم أحكامه على أسبابه. الثالثة : ما يختلف في وقت ترتيب أحكامه على أسبابه، وهو منقسم إلى ما يتعجل أحكامه ، وإلى ما يتأخر عنه بعض أحكامه"<sup>(3)</sup>.

وقد اتفق الفقهاء في حكمهم على القسم الذي يقارن ويتأخر مسببه عن السبب، واختلفوا في القسم الذي يتقدم مسببه عن السبب، وسيتم توضيح هذه الأقسام الثلاثة وترجيح الصواب منها<sup>(4)</sup>.

**القسم الأول :** وجوب مقارنة المسبب للسبب<sup>(5)</sup>. وهو مذهب الجمهور وقول كثير من فقهاء الحنفية<sup>(6)</sup> ، بل قال عبد العزيز البخاري إنه مذهب المحققين منهم<sup>(7)</sup> ، واستدلوا على ذلك بما يلي :  
أ - لو جاز تخلف المسبب عن السبب بعدم مقارنته ، لما صح الاستدلال بثبوت السبب على ثبوت المسبب ، وحينئذ يبطل غرض الشارع من وضع الأسباب للمسببات.

1 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 244.

2 - القرافي ، الفروق ، ج 3 ص 222.

3 - العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام ، ج 2 ص 81.

4 - وهناك قسم رابع وهو ما اختلف في وقت وقوع مسببه ، هل يقع مع آخر حرف منه ، كما ذهب إلى ذلك أبو الحسن الأشعري والحدائق من أصحاب الشافعي ، أو عقيب آخر حرف منه من غير تحلل زمان ، كما ذهب إلى ذلك بعض أصحاب الشافعي وجماعة من الفقهاء، ويتحقق ذلك في الأسباب القولية، كالبيع والإبراء وتحريم الوطاء والأمر والنهي والأقارير والشهادات وأحكام الحكام. وهذا القسم لا أراه يؤول إلى طائل كما علق على ذلك ابن الشاطبي. إدرار الشروق ، ج 3 ص 224. القرافي، الفروق ، ج 3 ص 224. العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام ، ج 2 ص 82.

5 - القرافي ، الفروق ، ج 3 ص 222. محمد علي بن حسين ، تهذيب الفروق ، ج 3 ص 236. البقوري ، ترتيب الفروق واختصارها ، ص 162. العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام ، ج 2 ص 81.

6 - صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المحبوبي البخاري الحنفي ، تنقيح الأصول ، مطبعة دار الكتب العربية (د س ط)، ج 1 ص 131 - 132.

7 - عبد العزيز بن علي الربيعة ، السبب عند الأصوليين ، ج 1 ص 404.

ب - إنه لو لم يقارن المسبب السبب ، لزم أحد أمرين : إما خلو السبب عن المسبب ، وإما وجود المسبب بلا سبب ، وكلاهما فاسد.

ج - شبهوا السبب الشرعي بالسبب العقلي ، فقالوا : إذا كان السبب العقلي يجب مقارنة مسببه له ، فكذلك السبب الشرعي يجب مقارنة مسببه له ، إذ لا فرق بين المسألتين. قال القراني : "إن العلل العقلية لا توجب معلولها ، إلا حالة وجودها ، وإذا عدت لا يوجد معلولها، كالعلم مع العملية ، والإرادة مع المرادية من العقليات، والنار مع الإحراق ، والماء مع الإرواء من العاديات. فكذلك هذه الأسباب الشرعية ، إذا عدم آخر جزء منها عدت جملة، فلا ينبغي أن توجب حينئذ حكما ، بل تقدر مسببات هذه الأسباب مع آخر حروفها ؛ حتى يتحقق المسبب حالة وجود سببه ، لا حالة عدمه؛ لأن وجود آخر حرف هو الوجود الممكن في الصيغ ؛ لأنها مصادر سيالة يستحيل وجودها بجملتها ، فيكتفى بوجود آخر حرف منها ، لأن القدر الممكن فيها ، فيحصل به الشبه بين العقليات والشرعيات"<sup>(1)</sup>.

ويتمثل هذا القسم في الأسباب الفعلية<sup>(2)</sup> ، مثل شرب الخمر والزنى والسرقة وقطع الطريق ، فهذه كلها أسباب فعلية تامة ، يترتب على القيام بها اقتران العقاب الخاص بكل فعل منها ، أي حدودها التي حدّها الشارع. فجلد الشارب مسبب مقارن وجوبا لسببه وهو شرب الخمر، وجلد الزاني مسبب مقارن وجوبا لسببه وهو الزنى، وقطع يد السارق مسبب مقارن وجوبا لسببه وهو السرقة، ووجوب القصاص مسبب مقارن وجوبا لسببه وهو القتل العمد العدوان.

وفي مجال المعاملات المالية ، فإنّ حيازة المباح بالاستيلاء على الحشيش والحطب والمعادن والمياه والصيد ، والسلب في الجهاد ، كلها أسباب فعلية تقترن أحكامها بها. ومنها أيضا التعاليق اللغوية ، أي ما يعلق عليه الطلاق أو العتاق ، كالأكل والشرب ودخول الدار أو الخروج منها أو مجيء فلان ، فإنّ أحكامه تترتب عليه مقرونة به.

**القسم الثاني :** ما يتأخر مسببه عن السبب<sup>(3)</sup>. وهو قول بعض مشايخ الحنفية ، وإن وقع بينهما الخلاف هل يتأخر المسبب عن سببه وجوبا أو جوازا<sup>(4)</sup> ، وهو أيضا قول بعض متكلمي المعتزلة<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - القراني ، الفروق ، ج 3 ص 219. محمد علي بن حسين ، تهذيب الفروق ، ج 3 ص 235.

<sup>2</sup> - البقوري ، ترتيب الفروق واختصارها ، ص 162.

<sup>3</sup> - القراني ، الفروق ، ج 3 ص 222 . محمد علي بن حسين ، تهذيب الفروق ، ج 3 ص 235.

<sup>4</sup> - سعد الدين بن عمر التفتازاني، التلويح إلى كشف حقائق التنقيح ، مطبعة دار الكتب العربية، بيروت، (د س ن)، ج 2 ص 132.

<sup>5</sup> - عبد العزيز بن علي الربيعة ، السبب عند الأصوليين ، ج 1 ص 408.

قال القرافي : "إنه قول غير أبي إسحاق الإسفرائيني من العلماء"<sup>(1)</sup>. واستدلوا على ذلك بأنّ السبب الشرعي لا يوجب مسببه إلا بعد وجوده ، فبالضرورة يكون ثبوت المسبب عقيبه ، فيلزم تقدم السبب زمانا. قال ابن القيم : "إذا كان للحكم سبب وشرط فله ثلاثة أحوال : ... الثاني : أن يتأخر عنهما فمعتبر صحيح"<sup>(2)</sup>.

وقال القرافي : "ينبغي ألا يكون تقدير مسببات هذه الأسباب عقيب آخر حرف ، وإن عدت جملة الصيغة ، لأنّ السبب إنما يتحقق عادة حينئذ"<sup>(3)</sup>.

ويتمثل هذا القسم من السبب فيما كان سببا فعليا غير تام. وذلك كبيع الخيار يتأخر فيه نقل الملك عن العقد إلى الإمضاء على القول الصحيح، وكالطلاق الرجعي مع البينونة ، فإنها تتأخر إلى خروج المطلقة من العدة، وكالوصية فإنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، حيث يتأخر نقل الملك في الموصى به إلى ما بعد الموت، وكالسلم والبيع إلى أجل ، يتأخر عنه توجه المطالبة إلى انتهاء الأجل. وأضاف العز بن عبد السلام كلا من الهبة والرهن ، حيث رأى أن انعقادها وصحتها يتم مع آخر حرف من قولك وهبت ، ورهنت ، غير أن اللزوم يتراخى إلى أن يتم القبض<sup>(4)</sup>.

هذا ما ذكره القرافي ومن تابعه من الفقهاء ، غير أن قاسم بن عبد الله المعروف بابن الشاط ، لم ير أنّ هذه الأمثلة صحيحة لما يتأخر فيه المسبب عن السبب ، مستندا إلى أن هذه الأسباب لم تتم بعد ، فلم تترتب عليها مسبباتها<sup>(5)</sup> ، فقال : "قلت جميع ما ذكره أسباب لم تتم ، فلم تترتب عليها مسبباتها حتى تمت واستوفت شروطها ، فلم يأت بمثال صحيح لما يتأخر عن سببه"<sup>(6)</sup>.

**القسم الثالث :** ما يتقدم مسببه عن السبب. ذهب القرافي والعز بن عبد السلام ومحمد علي بن حسين وغيرهم ، إلى أن المسبب قد يتقدم عن سببه.

1 - القرافي ، الفروق ، ج 3 ص 219. محمد علي بن حسين ، تهذيب الفروق ، ج 3 ص 235.

2 - ابن قيم الجوزية ، بدائع الفوائد ، تحقيق علي بن محمد العمران ، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع ، مطبوعات مجمع الفقه الإسلامي جدة، المملكة العربية السعودية، تاريخ الطبعة 1424 هـ ، ص 6.

3 - القرافي ، الفروق ، ج 3 ص 219. محمد علي بن حسين ، تهذيب الفروق ، ج 3 ص 235.

4 - العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام ، ج 2 ص 83.

5 - عبد العزيز بن علي الربيعة ، السبب عند الأصوليين ، ج 1 ص 390.

6 - ابن الشاط ، إدرار الشروق على أنواء الفروق ، ج 3 ص 224.

ولم ير ابن الشاط ، والبقوري<sup>(1)</sup> ، وابن القيم ، والتفتازاني ، أنّ المسبب يتقدم عن سببه بل حكوا أن الإجماع قد انعقد ، على عدم جواز تقدم المسبب عن سببه<sup>(2)</sup>.

بل إن القراني نفسه في مواضع أخرى من كتابه الفروق ، نجده يصرح بعدم جواز تقدم المسبب عن سببه، وحكى في بعضها الإجماع على ذلك. فقال : "إنّ الحكم كما يجب تأخره عن سببه ، يجب تأخره عن شرطه ، ومن فرق بينهما فقد خالف الإجماع"<sup>(3)</sup>.

وقال في موضع آخر : "الحكم إن كان له سبب بغير شرط ، فتقدم عليه ، لا يعتبر. أو كان له سببان أو أسباب فتقدم على جميعها ، لم يعتبر ، أو على بعضها دون بعض ، اعتبر بناء على السبب الخاص ، ولا يضر فقدان بقية الأسباب ، فإن شاء السبب أن يستقل بثبوت مسببه دون غيره من الأسباب. مثال الأول الزوال سبب وجوب الظهر ، فإذا صليت قبل الزوال لم يعتبر ظهرا. ومثال الثاني الجلد له ثلاثة أسباب : الزنى والقذف والشرب ، فمن جلد قبل ملاسته شيء من هذه الثلاثة ، لم يعتبر ذلك حدا ولا زاجرا. فهذان قسمان ما أعلم فيهما خلاف"<sup>(4)</sup>. وقال في موضع ثالث : "إن تقدم المسبب على سببه لا يعتبر ، كالصلاة قبل الزوال"<sup>(5)</sup>.

وذكر في موضع رابع أن الحكم إذا كان له سبب وشرط ، فله أحوال ثلاثة ، وذكر منها أن يتقدم المسبب على سببه وشرطه ، فلا يعتبر إجماعا. ومثّل لذلك بمسائل منها : كفارة اليمين لها سبب وشرط، فالسبب هو اليمين ، والشرط هو الحنث ، فإن قدمت عليهما لم يعتبر ذلك إجماعا. ومنها : وجوب الزكاة له سبب وهو ملك النصاب ، وشرط وهو دوران الحول ، فإن أخرج الزكاة قبل ملك النصاب لا تجزئ إجماعا<sup>(6)</sup>.

1 - هو أبو عبد الله محمد بن إبراهيم البقوري ، نسبة إلى بلدة بالأندلس. عالم بالحديث والأصول ، وصفه جمهور العلماء في وقته بالفقيه والعلامة ، والمحدث والأصولي ، وكان مشهورا بالصلاح والورع والفضل. نشأ بفاس ، سمع الحديث من القاضي الشريف محمد الأندلسي ، وزار مصر في طريقه إلى الحج. من مؤلفاته: إكمال الإكمال للقاضي عياض على صحيح مسلم. ترتيب الفروق واختصارها. توفي بمراكش سنة 707 هـ - 1307 م. الزركلي ، الأعلام ، ج 5 ص 297.

2 - ابن الشاط ، إدرار الشروق ، ج 1 ص 72. البقوري ، ترتيب الفروق واختصارها ، ص 162. ابن قيم الجوزية ، بدائع الفوائد ، ص 6. التفتازاني ، التلويح إلى كشف حقائق التنقيح ، ج 2 ص 132. محمد علي بن حسين ، تهذيب الفروق ، ج 1 ص 198.

3 - القراني ، الفروق ، ج 1 ص 72.

4 - القراني ، الفروق ، ج 1 ص 196.

5 - القراني ، الفروق ، ج 1 ص 82.

6 - القراني ، الفروق ، ج 1 ص 197.

أما الأمثلة التي ذكرها القرافي ومن أيده في تقدم المسبب عن السبب فهي<sup>(1)</sup> :

أ - إذا تلف المبيع قبل قبضه ، بأفة سماوية أو بفعل البائع ، فإن عقد البيع يفسخ<sup>(2)</sup> . فالمسبب في هذا المثال هو انفساخ العقد ، وقد تقدم على سببه ، وهو التلف؛ وهنا يجب تقدير الانفساخ في المبيع قبل تلفه ، ليكون المحل قابلاً للانفساخ ، لأنّ المعدوم الصرف لا يقبل انقلابه لملك البائع<sup>(3)</sup> . قال العز بن عبد السلام : "إذا تلف المبيع قبل القبض فإنّ البيع يفسخ بالتلف قبيل التلف ، لتعذر اقترانه به ووقوعه بعده ، لأنّ الانفساخ انقلاب الملكين إلى باذليهما ولا يتصور انقلاب الملكين بعد تلف المبيع ، لأنه خرج عن أن يكون مملوكاً ، فيتعين انقلابه إلى ملك البائع قبيل تلفه"<sup>(4)</sup> .

لم ير ابن الشاط الحجة إلى تقدير انقلاب المبيع إلى ملك البائع فقال : "انقلاب المبيع إلى ملك البائع لا حاجة إليه ، لأنّ الداعي إلى ادعاء الحاجة إلى انقلابه إلى ملكه ، إنما هو كون ضمانه منه ، وكون ضمانه منه لا يستلزم كونه على ملكه ، للزوم الضمان بدون الملك كما في المتعدي ، وإنما كان ضمانه من البائع وإن لم يكن على ملكه ، لأنه بقي عليه حق التوفية"<sup>(5)</sup> .

ب - القتل الخطأ بالنسبة لوجوب الدية. ذلك أنه يترتب على القتل الخطأ مسيبان؛ أحدهما : يقترب بالسبب وهو وجوب الكفارة. والثاني : يتقدم على السبب وهو وجوب الدية. فإنها تجب بالزهوق ، وهو سبب استحقاقها ، من جهة أنها موروثه ، والإرث إنما يكون فيما يملكه المرء قبل موته ، فيجب أن يقدر ملكه لها حال حياته في حال تقبل الملك ، والميت لا يقبله<sup>(6)</sup> . قال ابن القيم : "المقتول خطأ تورث عنه ديته ، المستحقة بعد موته ، تنزيلاً لحياته المعدومة وقت ثبوت الدية ، منزلة الحياة الموجودة، ليثبت له الملك"<sup>(7)</sup> .

لم ير البقوري وابن الشاط الحجة إلى تقدير ملك الميت للدية قبل الموت حتى تورث عنه، قال البقوري : "وكونها تورث عنه ، ليس لأنّ ملكه قد تقدم لها ، بل لأنّ الشرع جعل لها حكم المال المملوك

1 - أعرضت صفحا عن مناقشة الأمثلة المتعلقة ببيع العبد وعتقه ، التي ذكرها القرافي ومن أيده ، لعدم وجود العبيد اليوم ، والأمثلة الأخرى كافية لتحقيق المقصود.

2 - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 4 ص 407 . الحافظ أبو الفرج زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن البغدادي الحنبلي ، القواعد في الفقه الإسلامي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ( د س ن ) ، ص 77 .

3 - القرافي ، الفروق ، ج 3 ص 222 . محمد علي بن حسين ، تهذيب الفروق ، ج 3 ص 235 .

4 - العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام ، ج 2 ص 81 .

5 - ابن الشاط ، إدرار الشقوق على أنواع الفروق ، ج 3 ص 223 .

6 - القرافي ، الفروق ، ج 3 ص 223 . العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام ، ج 2 ص 81 - 82 .

7 - ابن قيم الجوزية ، بدائع الفوائد ، ج 3 ص 1250 .

للميت ، ففضى للورثة بأخذها على أنصبتهم في الوراثة"<sup>(1)</sup>. قال ابن الشاط : إن السبب هو إنفاذ المقاتل الذي يؤول إلى الزهوق ، وليس الزهوق ، فلا ضرورة لتقديمها ، كما لا ضرورة لتقديم الكفارة"<sup>(2)</sup>.

وعند الحنابلة رأيان : رأي يرى أن الدية تحدث على ملك المورث ، لأن سببها وجد في حياته ، وهذا الرأي يتفق مع ما ذهب إليه القرابي ومن تابعه. ورأي آخر يرى أن دية المقتول ، تحدث على ملك الوارث ، لأنها تجب بعد الموت. وهما الرأيان نفسيهما في القصاص، هل هو واجب للورثة ابتداء ، أو موروث عن الميت"<sup>(3)</sup> ؟

ج - إسقاط الخيار قبل التبايع، فالمسبب هو الإسقاط ، تقدم على السبب وهو البيع، فإن ثبوت الخيار حكم مسبب عن البيع ، فإسقاطه مترتب على ثبوته الذي لا يتم إلا بالبيع.  
قال المخالفون : لا يلزم تقدم المسبب عن سببه ، إذ أن المتبايعين قد عقدا العقد على ألا خيار بينهما ، فالخيار إذن لم يثبت ثم سقط بعد ثبوته ، وقبل سببه ، بل أسقطاه قبل العقد. قال ابن القيم : "بل تبايعا على عدم ثبوته ، وكأنه حق لهما رضي بإسقاطه ، وعدم انعقاده ، وتجرد السبب عن اقتضائه"<sup>(4)</sup>.

د - إسقاط الشفعة قبل البيع. فالمسبب هو إسقاط الحق في المطالبة بالشفعة ، تقدم على السبب وهو البيع، ذلك أن حق المطالبة بالشفعة حكم مسبب عن البيع ، فإسقاط هذا الحق مترتب على إتمام البيع"<sup>(5)</sup>.

قال المخالفون لا يلزم تقدم المسبب عن سببه ، إذ هو إسقاط لحق كان بمعرض الثبوت، فلو أن الشفعة ثبتت ثم سقطت قبل البيع لاستلزم تقدم المسبب عن سببه ، ولكن صاحبها رضي بإسقاطها ، وأن لا يكون البيع سببا لأخذه بها ، فالحق له ، وقد أسقطه"<sup>(6)</sup>.

قال ابن القيم تأييدا لمن أجاز إسقاط الشفعة وإسقاط الخيار قبل التبايع : "وقد دلّ النص على سقوط الخيار ، والشفعة قبل البيع ، وصار هذا كما لو أذن له في إتلاف ماله ، وأسقط الضمان عنه قبل الإتلاف ، فإنه لا يضمنه اتفاقا ؛ فهذا موجب النص والقياس"<sup>(7)</sup>.

1 - البقوري ، ترتيب الفروق واختصارها ، ص 162.

2 - ابن الشاط ، إدرار الشقوق على أنواع الفروق ، ج 3 ص 224.

3 - عبد الرحمن بن رجب الحنبلي ، القواعد في الفقه الإسلامي ، ص 255.

4 - ابن قيم الجوزية ، بدائع الفوائد ، ص 7.

5 - نفس المرجع والصفحة.

6 - نفس المرجع والصفحة.

7 - نفس المرجع والصفحة.

ومما يجب تسجيله أن الأمثلة التي ذكرها القرافي ومن أيده ليست حاسمة في الموضوع بل هي محل نقاش بين الفقهاء مما يضعف القول بتقدم المسبب عن سببه، فهذه ليست أسبابا كاملة بل هي من باب من جرى له سبب يقتضى المطالبة بالملك ، فالشفعة منزلة وسطى بين الحق والرخصة، كما أن هناك فريقا كبيرا من الفقهاء ، يقول إن ملك الورثة للذية يثبت بطريق الخلافة ، لا بطريق الوراثة ، ومن ثم فلا حاجة لتقدير ملك الميت للذية حتى تورث عنه<sup>(1)</sup>.

### المطلب التاسع : أقسام السبب من حيث كونه فعلا أو قولاً

ينقسم السبب باعتبار كونه فعلا أو قولاً إلى قسمين<sup>(2)</sup> :

**القسم الأول : السبب الفعلي :** ومثال ذلك الاحتطاب والاحتشاش<sup>(3)</sup> والاصطياد ، ، وشرب الخمر، والزنى وقطع الطريق. القسم الثاني : السبب القولي ، كالبيع والهبة والقرض والصدقة ، والإيجار والعارية ، والوديعة ، والقراض.

وتبدو أهمية الفرق بين القسمين من وجوه عدة وهي :

**الوجه الأول :** الأسباب الفعلية تصح وترتب عنها نتائجها من الناس جميعا ، سواء أكانوا يتمتعون بالأهلية الكاملة أم لا ، فتصح من كامل الأهلية وناقصها<sup>(4)</sup> ، أما الأسباب القولية فلا تصح إلا لمن كان كامل الأهلية<sup>(5)</sup>. ذلك أن الأسباب الفعلية لا تقع إلا نافعة مفيدة غالبا ، ومن ثم جعلها الشرع معتبرة حتى في حق ناقص الأهلية ؛ ولم يجعل لنقص أهليته أثرا في تلك الأسباب تحصيلا لمصلحتها. أما الأسباب القولية فمن حيث إنها موضع المماكسة ، فإن ناقص الأهلية قد يقع في الغبن وتضيع مصلحته لضعف عقله ، ومن ثم لم يعتبرها الشرع منه لعدم تعيين مصلحته<sup>(6)</sup>.

1 - عبد العزيز بن علي الربيعة ، السبب عند الأصوليين ، ج 1 ص 410.

2 - القرافي ، الفروق ، الفرق 35 ، ج 1 ص 203. محمد علي بن حسين ، تهذيب الفروق ، ج 1 ص 204. ابن قيم الجوزية، بدائع الفوائد ، ج 3 ص 1252.

3 - الحشيش : يابس الكلا. واحدته حشيشة. والفعل الاحتشاش، وحش الحشيش يَحْشُهُ حَشًّا واحْتَشَّهُ جمعه. وحَشَّشْت الحشيش قطعته. واحْتَشَّشْتُهُ طلبته وجمعه. ابن منظور، لسان العرب، مادة حشش، ج 3 ص 187.

4 - وهذا ما تبناه القانون المدني الجزائري في المادة 809 ، حيث جاء فيها : "يجوز لغير المميز أن يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية". ويعتبر غير المميز من كان معتمدا أو مجنونا أو عمره أقل من 13 سنة. طبقا للمادة 42 من القانون المدني.

5 - ابن قيم الجوزية، بدائع الفوائد، ج 3 ص 1252. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 5 ص 503.

6 - محمد علي بن حسين ، تهذيب الفروق ، ج 1 ص 205.

قال القرافي : " الأسباب الفعلية تصح من السّفية المحجور عليه ، دون القولية . فلو صاد مَلَكَ الصيد ، أو اَحْتَشَّ مَلَكَ الحشيش ، أو احتطب ملك الحطب ، أو استقى ماء ملكه ، وترتب له الملك على هذه الأسباب؛ بخلاف ما لو اشترى أو قَبِلَ الهبة ، أو الصّدقة أو قارض ، أو غير ذلك من الأسباب القولية ، لا يترتب له عليها ملك ، بسبب أن الأسباب الفعلية غالبها خير محض من غير خسارة ولا غبن ولا ضرر ، فلا أثر لسفاهه فيها ، فجعلها الشرع معتبرة في حقه ، تحصيلا للمصالح بتلك الأسباب ، فإنها لا تقع إلا نافعة مفيدة غالبا . وأما القولية فإنها موضع المماكسة والمغابنة ، ولا بد فيها من آخر ينازعه ، ويجاذبه إلى الغبن ، وضعف عقله في ذلك ، يخشى منه ضياع مصلحته عليه ، فلم يعتبرها الشرع منه ، لعدم تعيين مصلحتها ، بخلاف الفعلية"<sup>(1)</sup> .

**الوجه الثاني :** الأسباب القولية إذا صدرت يمكن إلغاؤها بالفسخ أو الإقالة . فلو أبرم عقد بيع أو إيجار أو كفالة أو صلح ، أو غيرها من العقود الملزمة للطرفين ، يمكن إلغاء هذه العقود بالإقالة . وكذلك العقود الملزمة لطرف واحد كالرهن والكفالة ، يمكن للدائن المرتهن أو المكفول له فسخ الرهن أو الكفالة . أو كان العقد غير ملزم أصلا لكلا الطرفين كالإيداع والإعارة والوكالة ، فلكل واحد من الطرفين حق إلغاء العقد وفسخه متى أراد . ما عدا عقد الزواج رغم أنه عقد ملزم للجانبين ، فإنه لا يقبل الفسخ بطريق الإقالة ، فهو يقبل الإنهاء بطرق شرعية محددة وهي الطلاق والخلع والتفريق القضائي والفسخ عند وجود أسبابه الشرعية؛ والدليل على أن الزواج يقبل الإنهاء ولا يقبل الإلغاء ، أن حرمة المصاهرة الثابتة بالتكاح لا ترتفع بالطلاق أو التفريق ، فأما الزوجة تبقى محرمة على زوج ابنتها أبدا ولو طلقها<sup>(2)</sup> .

أما الأسباب الفعلية إذا وقعت فلا يمكن إلغاء ما وقع ، إذ لا يمكن أن يقال لمن سرق إنه لم يسرق ، ولا لمن قتل إنه لم يقتل ، ولا لمن أتلف المال إنه لم يُتلفه ، وقد وجدت منه هذه الأفعال<sup>(3)</sup> .

**الوجه الثالث :** الملك بالأسباب الفعلية ضعيف على قول الإمام مالك ، فهو يزول بمجرد زوال ذلك الفعل ، أما الملك بالأسباب القولية فهو قوي ، لا يزول إلا بسبب ناقل .

ويترتب على هذا الفرق مسألة عنوانها : هل الملك التام يقبل الإسقاط أم لا ؟ وهي مسألة اختلف فيها الفقهاء على رأيين ، رأي لجمهور الفقهاء ، ورأي للمالكية .

<sup>1</sup> - القرافي ، الفروق ، الفرق 35 ، ج 1 ص 204 .

<sup>2</sup> - مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج 1 ص 577 - 578 .

<sup>3</sup> - ابن قيم الجوزية ، بدائع الفوائد ، ج 3 ص 1252 - 1253 .

**رأي جمهور الفقهاء :** ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والحنابلة والشافعية<sup>(1)</sup> وسحنون وابن الشاط والبقوري من المالكية<sup>(2)</sup>، إلى أن الملك الثابت للإنسان لا يزول بتركه أو الإعراض عنه ، فلو أسقط ملكيته أو أعرض عنها ، فإنها تبقى ملكا له. كما لو صاد إنسان حيوانا ثم أطلقه ، فإنه يبقى على ملكيته ، فإن صاده آخر فإن للأول استرداده منه ، وكما لو أحيا أرضا ثم تركها وأتى آخر فأحياها فإن للأول استردادها منه. قال الغزالي : "لا يزول الملك بانفلات الصيد عن يده ، أو عن شبكته ولا بإطلاقه إياه. ولو قصد تحريره ففيه وجهان ، أحدهما أن ملكه قائم. والثاني أنه يزول لأن للصيد منعة واستقلالاً"<sup>(3)</sup>.

واستدلوا على ذلك بما يلي :

أ – إن القرآن الكريم منع السوائب وأمثالها ، التي كانت عند العرب في الجاهلية بقول الله تعالى :  
 ﴿ مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَحِيرَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامٍ وَلَكِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ وَأَكْثَرُهُمْ لَا يَعْقِلُونَ ﴾<sup>(4)</sup>.

ب – قوله صلى الله عليه وسلم : "من أحيا أرضا ميتة فهي له ، وليس لعرق ظالم حق"<sup>(5)</sup>. وعن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "من أعمر أرضا ليست لأحد ، فهو أحق". قال عروة : قضى به عمر رضي الله عنه في خلافته<sup>(6)</sup>.

فقد بين الحديث أنّ الشخص إذا عمد لأرض لا يعلم تقدم ملك عليها لأحد ، فيحييها بالسقي أو الزرع أو الغرس أو البناء فتصير بذلك ملكه ، سواء كانت فيما قرب من العمران أم بعد ، وسواء أذن له الإمام في ذلك أم لم يأذن ، وهذا قول الجمهور ، وعن أبي حنيفة لا بد من إذن الإمام مطلقاً<sup>(7)</sup>. ويتبين

1 – محمد بن أحمد بن حمزة الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، مطبعة الحلبي ، بيروت (د س ن) ، ج 8 ص 126. أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، المهذب ، مطبعة الحلبي ، بيروت (د س ن) ، ج 1 ص 264. موفق الدين ابن قدامة ، المغني ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، 1403 هـ – 1983 م ، ج 6 ص 148.

2 – القراني ، الفروق ، ج 4 ص 18. ابن الشاط ، إدرار الشروق على أنواء الفروق ، ج 4 ص 18. البقوري ، ترتيب الفروق واختصارها ، ص 341.

3 – أبو حامد الغزالي ، الوسيط في المذهب ، تحقيق وتعليق محمد تامر ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة ، بيروت ، الطبعة الأولى 1417 هـ – 1997 م ، ج 7 ص 120.

4 – سورة المائدة ، آية رقم : 105.

5 – أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب الخراج والإمارة والفيء ، عن يحيى بن عروة عن أبيه. ومالك في الموطأ ، كتاب الأفضية ، باب القضاء في عمارة الموات.

6 – أخرجه البخاري في كتاب المزارعة ، باب من أحيا أرضا مواتا. حديث رقم 2335.

7 – ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، ج 5 ص 18. البغوي ، شرح السنة ، ج 8 ص 271.

من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الملك لمن أحيى الأرض ، والأصل استمرار الملك واستصحابه وعدم إبطاله<sup>(1)</sup>.

ج - قياس الملك بالإحياء على الملك الحاصل بالبيع والهبة وغيرها من الأسباب القولية ، فكما لا يجوز إسقاط الملكية الناتجة عن أحد هذه الأسباب ، فكذلك لا يجوز إسقاط الملك الثابت عن طريق الإحياء.

د - قياس الملك بالإحياء على الملك الحاصل بالالتقاط ، فمن ملك لقطعة ثم ضاعت منه، فإن عودها إلى حال الالتقاط لا يسقط ملكية واجدها<sup>(2)</sup>.

**رأي المالكية :** فرّق فقهاء المالكية بين الأسباب الفعلية والأسباب القولية ؛ فما هو ثابت بسبب فعلي كما في الصيد ، والإحياء ، فإن الملك يزول بزوال هذه الأسباب ، فيزول ملك الصيد بانفلاته وتوحشه ، ويزول ملك الأرض المحيية إذا عادت مواتا. أما الثابت بالسبب القولي كالبيع والهبة، فإن ملكه لا يزول عنه إلا بسبب ناقل للملك. قال الدسوقي : "وأما إذا اندرست ، فإن كانت عن ملك كإرث أو هبة أو شراء فالاختصاص باق ولو طال زمن الاندراست اتفاقا. وإن كانت لإحياء فهل الاختصاص باق أو لا ؟ قولان ؛ فالأول : يقول إنّ اندراسها لا يخرجها عن ملك محيئها ، ولا يجوز لغيره أن يحيئها ، وهي للأول إن أعمرها غيره ولو طال زمن اندراسها ، وهو قول سحنون. والثاني : يقول إن اندراسها يخرجها عن ملك محيئها ، ويجوز لغيره إحيائها ، وهو قول ابن القاسم. وعلى الثاني درج المصنف ولكنه مقيد بما إذا طال زمن الاندراست كما في التوضيح عن ابن رشد"<sup>(3)</sup>.

وردّ المالكية على أدلة الجمهور بما يلي :

أ - بالنسبة للآية ، ذهبوا إلى أنها بيان لما كان عليه العرب في الجاهلية ، من اعتقاد أن الله شرع لهم التسيب، فأكذبهم الله تعالى في ادعائهم. فالآية تتحدث عن تشريع نسبوه إلى الله تعالى ، فنفى الله تعالى نسبة هذا التشريع إليه وأبطل ما ترتب عليه. أخرج ابن جرير وغيره عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: "سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لأكنتم بن الجون : يا أكنتم عرضت علي النار فرأيت فيه عمرو بن لحي بن قمعة بن خندف يجر قصبه في النار، فما رأيت رجلا أشبهه برجل منك به ، ولا به منك. فقال أكنتم : أحشى أن يضربني شبهه يا رسول الله ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا ، إنك

<sup>1</sup> - القراني ، الفروق ، ج 4 ص 18.

<sup>2</sup> - القراني ، الفروق ، ج 4 ص 18.

<sup>3</sup> - محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، تحقيق محمد عليش ، دار الفكر ، بيروت (د س ن) ، ج 4 ص 66.

مؤمن وهو كافر. إنّه أول من غير دين إبراهيم عليه الصلاة والسلام ، وبحر البحيرة وسيب السائبة وحى الحامي. وفي خبر آخر عن ابن عباس رضي الله عنه ، ووصل الوصيلة<sup>(1)</sup>.

أما الذي أحيا أرضاً ثم تركها ، فإنّ فعله هذا ليس من قبيل التسيب ، لأنّه فعل ذلك لا عن اعتقاد كما كان يفعل العرب في الجاهلية ، وإنما ترك الأرض إما عجزاً عن استغلالها ، أو لعدم الحاجة إليها، أو لأي سبب آخر من الأسباب التي تقعه عن استغلال الأرض وإحيائها.

ب - أما بالنسبة للحديث فقال القراني : إن الحديث دليل لنا ، بسبب القاعدة التي تقول : إن ترتيب الحكم على الوصف يدل على علّة ذلك الوصف لذلك الحكم ، وقد رتب الملك على وصف الإحياء ، فيكون الإحياء سببه وعلّته ، والحكم ينتفي لانتهاء علته وسببه ، فيبطل الملك بهذا الحديث لهاتين القاعدتين<sup>(2)</sup>.

ج - أما بالنسبة لقياس الملك بالإحياء على الملك الحاصل بالبيع فقال القراني : إن الإحياء سبب فعلي ثمّلك به المباحات من الأرض ، وأسباب تملك المباحات الفعلية ضعيفة لورودها على غير ملك سابق. بخلاف أسباب الملك القولية ، لا يبطل الملك ببطلان أصواتها وانقطاعها ، لأنها ترد على مملوك غالباً. فلما تأصل الملك قبلها قويت إفادتها للملك لاجتماع إفادتها مع إفادة ما قبلها. وكذلك إذا ورد البيع على الإحياء لم ينتقض الملك بعد ذلك لتظاهر الأسباب. فلهذا المعنى قلنا : إذا تملك الصيد بالاصطياد ، ثم توحش ، بطل الملك فيه. والسّمك إذا انفلت في النهر يبطل ملكه. والماء إذا حيز ثم اختلط بالنهر ، أو الطير والنحل أبين من ذلك كله ، إذا انفلت وتوحش بطل الملك فيه نظراً لهذه العلة<sup>(3)</sup>.

د - أما بالنسبة للدليل الرابع فقال القراني : إن تملك الملتقط ورد على ما تقدم فيه الملك وتقرر، فكان تأثير السّبب فيه أقوى. ويؤكد أنه الأسباب القولية ونحوها ترفع ملك الغير ، كالبيع ونحوه ، فهي في غاية القوة. وأما الفعل بمجردده ، فليس له قوة رفع ملك الغير ، بل يبطل ذلك الفعل كمن بنى في ملك غيره فلذلك ذهب أثره بذهابه<sup>(4)</sup>.

ومن خلال النظر في أدلة الطرفين ، فإنّ ما ذهب إليه المالكية هو الراجح، وذلك للأسباب الآتية :

<sup>1</sup> - أبو الفضل شهاب الدين السيد محمود الألوسي ، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت، لبنان ( د س ن ) ، ج 7 ص 43 - 44.

<sup>2</sup> - القراني ، الفروق ، الفرق 218 ، ج 4 ص 18. البقوري ، ترتيب الفروق واختصارها ، ص 340.

<sup>3</sup> - القراني ، الفروق ، ج 4 ص 19.

<sup>4</sup> - القراني ، الفروق ، ج 4 ص 20.

أ - إن إحياء الأرض شرع لغاية أساسية وهي عمارة الأرض واستغلالها والإفادة من خيراتها ، ومن ثم فإن كل أرض خراب غير مستغلة ، تكون ملكا لكل من يبادر لإحيائها بالسقي أو الزرع أو الغرس أو البناء، وهذا ظاهر من قوله صلى الله عليه وسلم : "من أحيا أرضا ميتة فهي له"، حيث جعل الإحياء سببا في ملكية الأرض ، فإذا زال السبب زال ما ترتب عليه من حقوق<sup>(1)</sup>.

ب - إن ترك الأرض التي تخلى عنها أصحابها وأصبحت مواتا ، ومنع الآخرين من إحيائها وتملكها، بحجة أنها ملك لمن أحياها أولا ، فيه تعطيل لمنفعة الأرض، ولهذا السبب ورد عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "من أحيا أرضا ميتة فهي له ، وليس لمحتجر<sup>(2)</sup> حق بعد ثلاث سنين"<sup>(3)</sup>. ومن ثم فإن المحتجر يسقط حقه في أولوية ملكية الأرض بعد ثلاث سنين من وضع يده عليها إذا لم يقيم بالإحياء؛ "لأن الغرض هو إحياء الموات لتحقيق المصلحة العامة في الاستفادة بالأرض ، وثلاث سنوات محك كاف لإبراز قدرة واضع اليد على هذا الإحياء ، فإن لم تتبين هذه القدرة ، عادت الأرض التي لم يكن لها مالك للجماعة لا يحتجزها فرد منها"<sup>(4)</sup>، وقال أبو يوسف تعليقا على حديث عمر : بأنه يؤخذ منه أن من تحجر حقا بعد ثلاث سنين ولم يعمل به فلا حق له<sup>(5)</sup>. ورأى فقهاء آخرون أن المدة متروكة للإمام يحددها طبقا لما يراه مناسبا<sup>(6)</sup>، وممن قال بذلك من المعاصرين الدكتور عبد الله المصلح<sup>(7)</sup>.

غير أن المحذور الذي قد يترتب على قول المالكية ، وهو استغلال رأيهم لتبرير مصادرة أراضي الناس بحجة عدم إحيائها؛ ولكي لا يستغل رأيهم بشكل غير شرعي ، يجب أن يحدد بشكل دقيق معيار إحياء الأرض ، ذلك أن معيار الإحياء يختلف بحسب القدرة المادية التي يمتلكها كل إنسان.

فهكتار الأرض بيد شخص ما ، قد ينتج قنطارا واحدا من القمح ، وهو في يد شخص ثان قد ينتج عشرين قنطارا من القمح ، في حين هو في يد شخص آخر قد ينتج ستين قنطارا. فالشخص الأول في هذا

1 - عبد الله بن عبد العزيز المصلح ، قيود الملكية الخاصة ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1408 هـ - 1988 م ، ص 141.

2 - التحجير : هو وضع علامات على قطعة الأرض المراد حيازتها، والشروع في عملية الإحياء بنقل الأرض من الحالة المجردة إلى حالة الخصب وصلاحية الإنتاج. ابن قدامة ، المغني ، ج 6 ص 153.

3 - أبو يوسف ، الخراج ، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت لبنان ، طبعة 1979 ، ص 101.

4 - سيد قطب ، العدالة الاجتماعية في الإسلام ، دار الشروق ، بيروت ، لبنان ، الطبعة السابعة 1401 هـ ، ص 125.

5 - أبو يوسف ، الخراج ، ص 101.

6 - موفق الدين بن قدامة المقدسي ، المغني ، ج 6 ص 154.

7 - عبد الله بن عبد العزيز المصلح ، قيود الملكية الخاصة ، ص 255.

المثال تعتبر الأرض التي في حوزته في حكم الأرض الموات، إذ هو عاجز عن استغلالها واستخراج خيراتها ، ومن ثم فالأولى أن تعطى لمن هو أقدر على تفجير طاقاتها ، وتكثير منتوجها ، تحقيقاً للمصلحة العامة . وهذه هي المبررات التي ساقها من كان يوماً ما يؤمن ويؤيد ما سمي " بالثورة الزراعية"<sup>(1)</sup> في الجزائر ، حيث رفع شعار "الأرض لمن يخدمها"<sup>(2)</sup> ، لا لمن يملكها، وجاء من أيد هذا الشعار بالحديث الشريف "من أحميا أرضاً ميتة فهي له" ، ومن ثم صودرت أملاك الناس بحجة أن الدولة تملك من القدرة المادية والبشرية والتقنية ما لا يملكه الأفراد ، وعليه فإن الأراضي التي هي في حوزة الأفراد تعتبر في حكم الموات ، والأفضل للمصلحة العامة أن تكون هذه الأراضي في ملكية الدولة ، حتى يمكن استغلالها بشكل أفضل وتدر من خيراتها الشيء الكثير . والنتيجة كانت خراب للأرض لمدة عقدين من الزمان ، ثم حدث التراجع عن الثورة الزراعية<sup>(3)</sup> ، ولكن الكارثة وقعت على الفلاحة في الجزائر والتي لا تزال ندفع فاتورتها إلى اليوم .

وبما أن البحث دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، فإنني أشير إلى مسألتين تنبهان إلى أوجه الاتفاق بين الفقه الإسلامي والقانون المدني في هذا الموضوع ، وهما:

**المسألة الأولى :** وهي مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي ، في مسألة الملك التام هل يقبل الإسقاط أم لا ؟ حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الملك الثابت للإنسان لا يزول بتركه أو الإعراض عنه، فلو أسقط ملكيته أو أعرض عنها ، فإنها تبقى ملكاً له . أما المالكية فقد فرقوا بين الأسباب الفعلية والأسباب القولية ؛ فما هو ثابت بسبب فعلي كما في الصيد ، والإحياء ، فإن الملك يزول بزوال هذه الأسباب ، فيزول ملك الصيد بانفلاته وتوحشه ، ويزول ملك الأرض الحياة إذا عادت مواتاً . أما الثابت بالسبب القولي كالبيع والهبة ، فإن ملكه لا يزول عنه إلا بسبب ناقل للملك .

أما فقهاء القانون المدني فهم يرون أن من خصائص الملكية<sup>(4)</sup> أنها حق دائم<sup>(1)</sup> ، فهي تبقى ما دام الشيء المملوك باقياً ، ولا تزول إلا بزوال هذا الشيء . ويترب على خاصية دوام الملكية معان ثلاثة : وهي

<sup>1</sup> - صدر قانون الثورة الزراعية بالأمر 71 - 73 المؤرخ في 20 رمضان 1391 الموافق 8 نوفمبر 1971، المنشور في العدد 97 السنة الثامنة ، من الجريدة الرسمية .

<sup>2</sup> - شعار "الأرض لمن يخدمها" هو المادة الأولى من قانون الثورة الزراعية، وقد اعتبره ميثاق الثورة الزراعية مبدأ أساسياً تقوم عليه الثورة الزراعية . واعتبر كل شخص لا يخدم أرضه شخصياً متغيباً عنها وتطبيقاً لهذا المبدأ تؤم أرضه، الجريدة الرسمية رقم 97 لسنة 1971 ص 1626، 1629 . كما نصت المادة 692 من القانون المدني على أن "الأرض ملك لمن يخدمها"

<sup>3</sup> - ألغى الأمر 71 - 73 المتعلق بالثورة الزراعية ، بالمادة 75 من القانون 90 - 25، المؤرخ في أول جمادى الأولى 1411 الموافق 18 نوفمبر 1990، المتضمن التوجيه العقاري، المعدل والمتمم بالأمر 95 - 26 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995 .

<sup>4</sup> - للملكية في الفقه القانوني ثلاث خصائص رئيسية وهي : أنها حق جامع (total)، و أنها حق مانع (exclusif) ، وأنها حق دائم (perpétuel) .

أن الملكية بطبيعتها غير مؤقتة ، وأنها لا تقتزن بأجل واقف أو فاسخ<sup>(2)</sup>، وأنها لا تزول بعدم الاستعمال. حيث لم يرد بشأنها نص يقضي بزوالها بعدم الاستعمال ، وذلك أمر طبيعي ، إذ حق الملكية حق دائم يبقى ما بقي الشيء المملوك ، والمالك حر في أن يستعمل ملكه أو ألا يستعمله ، مهما طال مدة عدم الاستعمال فإن حق الملكية باق لا يزول<sup>(3)</sup>.

ويتأكد هذا المعنى عند مقارنة حق الملكية بالحقوق الأخرى ، حيث نجد أن حق الملكية هو الذي لا يزول بعدم الاستعمال ، أما الحقوق الأخرى فإنها تنقضي بعدم الاستعمال، فالحقوق الشخصية تنقضي بالتقادم المسقط<sup>(4)</sup> ؛ وتنقضي بانقضائها الحقوق العينية التبعية التي تضمنها ، وكذلك تزول الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية.

فحق الانتفاع والاستعمال والسكنى تزول جميعا بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة ، كما هو صريح المادتين 854 و 857 من القانون المدني الجزائري ، والمادتين 995 و 998 من القانون المدني المصري ، وثلاثون سنة في القانون المدني الفرنسي طبقا للمادتين 5/617 و 625. وحق الحكر<sup>(5)</sup> ينتهي بعدم استعماله مدة خمس عشرة سنة ، إلا إذا كان موقوفا ، فإن المدة تكون ثلاثا وثلاثين سنة طبقا للمادة 1011 من القانون المدني المصري.

---

Marcel PLANIOL, La propriété, Traité élémentaire de droit civil, avec la collaboration de G. Ripert, 11e éd, LGDJ 1928, t 1 p 752.

- 1 - والدوام هو بالنسبة إلى الشيء المملوك ، لا بالنسبة إلى شخص المالك.
- 2 - يكون الأجل واقفا إذا أضيف إلى حلوله نفاذ العقد. أي أن العقد موجود ومستكمل لأركانه وشروطه، ولكن نفاذه أضيف إلى أجل، فلا يمكن المطالبة بتنفيذه في الحال، فإذا حلّ الأجل أمكن مطالبة المدين بتنفيذ التزامه. ويكون الأجل فاسخا إذا أضيف إليه انقضاء العقد. مثال ذلك عقد الإيجار ينقضي عند انتهاء مدته ويزول حق المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام ، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، طبعة 1983، ص 310.
- 3 - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، طبعة 1998 ، ج 8 ص 534 - 536.
- 4 - والقاعدة العامة أن تنقضي هذه الحقوق بمضي خمس عشرة سنة ، حيث تنص المادة 308 من القانون المدني الجزائري على أنه : "يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة ، فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون". والمدة نفسها منصوص عليها في المادة 374 من القانون المدني المصري.
- 5 - حق الحكر : هو حق قرار مرتب على الأرض الموقوفة بإجارة مديدة ، تعقد بإذن القاضي ، يدفع فيها المحتكر لجانب الوقف مبلغا معجلا ، يقارب قيمة الأرض ، ويرتب مبلغا آخر ضئيل يستوفى سنويا لجهة الوقف من المحتكر. على أن يكون للمستحكر حق الغرس والبناء وسائر وجوه الانتفاع. وهذا الحق قابل للبيع والشراء وينتقل إلى الورثة بالموت. والغرض من ترتيب هذا الحق هو أن يستفاد من الأرض الموقوفة المعطلة عندما لا يكون الوقف متمكنا من استثمارها. مصطفى أحمد الزرقاء ، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ، ص 52.

وتنتهي حقوق الارتفاق بعدم استعمالها مدة عشر سنوات في القانون المدني الجزائري ، وخمس عشرة سنة في القانون المدني المصري ، فإن كان الارتفاق مقررا لمصلحة عين موقوفة، كانت المدة ثلاثا وثلاثين سنة، طبقا للمادة 879 من القانون الجزائري ، والمادة 1027 من القانون المصري. أما في القانون المدني الفرنسي فتنتهي حقوق الارتفاق بمضي ثلاثين سنة من عدم الاستعمال ، طبقا للمادة 706. وإذا كان حق الملكية دائما لا يزول ولا يسقط بالتقادم المسقط ، فإن هذا لا يمنع من كسبه بالتقادم المكسب؛ فإذا وضع شخص يده على مال مملوك لغيره ، وانقضت مدة التقادم الطويلة أو القصيرة بحسب الأحوال ، فإن ملكية المال تزول عن المالك وتنتقل إلى واضع اليد. ولكن هذا لا يعني كما هو ظاهر أن الملكية زالت بالتقادم ، ذلك أن زوال الملكية عن المالك الأصلي لم يأت عن طريق فقدة الملكية بالتقادم المسقط ، بل أتى عن طريق التقادم المكسب ، ففقد المالك الأصلي حق ملكيته لأن غيره قد كسب هذا الحق<sup>(1)</sup>.

ولا يختلف المنقول عن العقار ، فكلاهما لا يزول بالتقادم المسقط، وكلاهما يكسب بالتقادم المكسب، غير أن المنقول يختص بحكم خاص ينفرد به عن العقار ، نصت عليه المادة 1/871 من القانون المدني المصري ، حيث جاء فيها : "يصبح المنقول لا مالك له ، إذا تخلى عنه مالكة بقصد النزول عن ملكيته".

فالتخلي عن المنقول (abandon) يزول ملكيته ، ويصبح المنقول لا مالك له إلى أن يتملكه شخص آخر عن طريق الاستيلاء. أما العقار فلم يرد بشأنه نص كهذا ، ومن ثم فالتخلي عن العقار (délaissement) ، كما إذا تخلى الحائز للعقار المرهون عن العقار ، أو تخلى من يثقل عقاره حق عيني للتخلص من هذا الحق ، لا يفقد المالك ملكيته ، بل يبقى العقار على ملكه إلى أن يكسب الملكية أحد غيره بطريق من طرق كسب الملكية<sup>(2)</sup>.

---

فحق الحكر هو حق تملك البقاء والقرار في الأرض المحكرة ، أي أنه حق مباشر على الأرض ، فهو حق عيني أصلي. ويملك المحتكر ما يحدثه فيها من بناء أو غراس ، وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترنا بحق الحكر. يخول صاحبه الانتفاع بالعين الموقوفة بالبناء عليها أو الغراس فيها لمدة غير معينة مادام يدفع أجر المثل ولا ينقضي بموت المحتكر. وقد نص عليه القانون المدني المصري ضمن الحقوق العينية الأصلية في المادة 999 ، واعتبره حقا مؤقتا لا تتجاوز مدته ستين سنة ، ولا يرد إلا على الأعيان الموقوفة وذلك لمصلحة أو ضرورة. ولم ينص القانون المدني الجزائري على هذا الحق ضمن الحقوق العينية. محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، طبعة 1985، ص 31.

<sup>1</sup> - السنهوري ، الوسيط ، ج 8 ص 537 - 538.

<sup>2</sup> - السنهوري ، الوسيط ، ج 8 ص 538.

ورغم خاصية دوام الملكية ، ومع ذلك فقد نص القانون المدني المصري والجزائري<sup>(1)</sup> على الاستيلاء باعتباره سببا من أسباب كسب الملكية ، والاستيلاء يفترض أن الشيء الذي تكسب ملكيته ليس له مالك وقت الاستيلاء عليه، وذلك بأن يكون ليس له مالك منذ البداية ، أو أن يكون له مالك ولكن تخلى عن ملكيته.

وقد فرق القانون المدني المصري بين العقار والمنقول، بالنسبة للاستيلاء باعتباره سببا من أسباب كسب الملكية ، فقرر أن الاستيلاء يرد على المنقول ، ولا يرد على العقار.

<sup>1</sup> - اعتبر القانون المدني الجزائري الاستيلاء طريقا من طرق اكتساب الملكية ، لكنه لم يذكر له أية تفصيلا ، والمادة 773 التي خصصها له ، تكرر عليه بالنقض ، لأن نصها يجعل كل مال ليس له مالك ملكا للدولة. والاستيلاء لا يرد إلا على مال لا مالك له ، فإذا قررت المادة 773 أن المال الذي لا مالك له ملكا للدولة ، أصبح الاستيلاء غير ذي موضوع. وهذا يذكرنا بما حدث في القانون المدني الفرنسي ، حيث كان مشروع القانون لما صدر سنة 1804 ، لا يقر الاستيلاء كسب من أسباب اكتساب الملكية. ويجعل كل الأشياء التي ليس لها مالك أصلا ، أو التي أصبحت لا مالك لها لتخلي أصحابها عنها ، تكون ملكا للدولة. غير أن هذا النص حذف من المشروع بناء على ملاحظة محكمة استئناف باريس ، التي ذكرت إلى أن بعض الصناعات (industrie des chiffonniers) تقوم على التقاط المخلفات والمنقولات التي يتخلى عنها أصحابها ، فتحولها إلى ورق أو إلى أشياء أخرى ذات فائدة.

وقد استبدل بالنص المحذوف نص المادة 713 ونصها :

Article 713 : « Les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à la commune sur le territoire de laquelle ils sont situés. Toutefois, la propriété est transférée de plein droit à l'Etat si la commune renonce à exercer ses droits ».

وتكمل المادة 713 المادة 539 ونصها :

Article 539 : « Les biens des personnes qui décèdent sans héritiers ou dont les successions sont abandonnées appartiennent à l'Etat. »

وقد استقر الفقه الفرنسي على تفسير المادتين 539 و 713 من القانون المدني الفرنسي ، بقصرهما على العقار دون المنقول ، فالعقار الذي لا مالك له هو وحده الذي يكون ملكا للدولة فلا يجوز تملكه بالاستيلاء. أما المنقول فيجوز ألا يكون له مالك ، ومن ثم يجوز تملكه بالاستيلاء. السنهوري ، الوسيط ، ج 9 ص 13.

وقد جمع القانون المدني الجزائري نص المادتين 539 و 713 من القانون المدني الفرنسي ، في المادة 773 منه، حيث جاء فيها : "تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك ، وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون من غير وارث ، أو الذين تحمل تركتهم". ومن ثم فلا يمكن القول إن حكم المادة 773 مقصور على العقار دون المنقول كما في الفقه الفرنسي، بل تشمل العقار والمنقول، طبقا للمواد 48 - 54 من القانون 90 - 30 المؤرخ في أول ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية. غير أن المنقولات التي تؤول للدولة طبقا للمادة 49 هي المنقولات بحكم القانون، وهي القسائم والفوائد والأرباح ، والأسهم ، والمبالغ النقدية المودعة ، وجميع الأرصدة النقدية، والسندات المودعة، وكل الأرصدة المودعة في شكل سندات في البنوك والمؤسسات.

وذكر تطبيقات مختلفة للمنقول الذي يرد عليه الاستيلاء ، وميّز بين المنقول الذي لا مالك له منذ البداية ، وبين المنقول الذي كان له مالك ثم تخلى عنه مالكة .

فالمنقول الذي ليس له مالك منذ البداية ، والذي يجوز الاستيلاء عليه ، فهذا يشمل ما يسمى بالشيء المشترك ، كالشمس والهواء والبحر ، وأضاف القانون المدني الفرنسي في المادة 715 والمصري في المادة 873 صيد البر والبحر ، وأضاف المصري في المادة 2/871 الحيوانات غير الأليفة .

أما المنقول الذي تخلى المالك عن ملكيته فقد قرره المادة 1/871 من القانون المدني المصري ، والتي جاء فيها : "يصبح المنقول لا مالك له ، إذا تخلى عنه مالكة بقصد النزول عن ملكيته" . وهذا النص يبين أن هناك عنصريين يجب توافرها في التخلي الذي يُفقد المالك ملكية المنقول ، عنصر مادي : وهو ترك المنقول يخرج عن حيازة المالك ، وعنصر معنوي وهو نية النزول عن ملكية المنقول . ومثال ذلك أن يلقي شخص في سهلة المهملات أوراقا أو أشياء أصبحت غير ذات نفع بالنسبة له ، قاصدا بذلك النزول عن ملكيتها ، أو أن يجوز شخص حيوانا غير أليف فيتملكه بالاستيلاء ، ثم يطلقه متخليا عن ملكيته ، ومثل ذلك أيضا أن يحفر شخص خندقا في أرضه ، ويلقي بالأتربة التي استخرجها على قارعة الطريق<sup>(1)</sup> .

وذكر القانون المدني المصري في المواد 872 – 873 ، تطبيقات مختلفة للمنقول الذي كان له مالك ثم تخلى عنه مالكة فأصبح لا مالك له ، وهي : الأشياء المتروكة ، والكنز ، والأشياء الضائعة أو اللقطة ، والأشياء الأثرية ، والتركة التي لا وارث لها .

ومما سبق عرضه ، يتضح وجه الاتفاق والاختلاف بين ما قاله القانون المدني والفقهاء الإسلامي . يتفق القانون المدني المصري مع جمهور فقهاء الفقه الإسلامي ، في أن الملكية حق دائم لا تزول بعدم الاستعمال .

أما بالنسبة للمنقول الذي تخلى عنه صاحبه فأصبح لا مالك له ، فهنا يتفق القانون المدني مع ما قاله فقهاء المالكية ، من أن ما هو ثابت بسبب فعلي ، فإنه يزول بزوال هذا السبب ، ومثاله زوال ملك الصيد بانفلاته وتوحشه .

أما بالنسبة للعقار فإن المستقر عليه اليوم في القانون المدني أن الاستيلاء لا يرد على العقار ، وإنما يرد على المنقول وحده ، فإن هذا يختلف عما قاله فقهاء المالكية من أن العقار يمكن أن تسقط ملكيته بعدم الاستعمال ، ومن ثم فقد يتملكه شخص آخر عن طريق الإحياء .

أما لو نظرنا في المادة 3/874 من القانون المدني المصري – والتي تم إلغاؤها بالقانون 100 لسنة 1964 الخاص بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها – فإننا نجد أنها تتفق مع

<sup>1</sup> – السنهوري ، الوسيط ، ج 9 ص 14 .

ما قاله فقهاء المالكية ، حيث كانت تنص على أنه : "إذا زرع مصري أرضا غير مزروعة أو غرسها أو بنى فيها تملك في الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبني ولو بغير ترخيص من الدولة. ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك".

وهذه المادة تنص على وجوب توفر شروط ثلاثة لتملك العقار عن طريق الاستيلاء ، وهي: الشرط الأول أن تكون الأرض غير مزروعة. وقد يحتج شخص بالفقرة الأولى من المادة 874 والتي اعتبرت الأرض غير المزروعة ملكا للدولة ، فنقول إن ملكية الدولة ضعيفة ، ومن هنا جاء جواز الاستيلاء عليها. الشرط الثاني : أن يكون الشخص الذي يستولى على الأرض مصري الجنسية ، وذلك كي لا يتملك أجنبي أرضا مصرية بهذا الطريق السهل. الشرط الثالث : أن يكون الاستيلاء مصحوبا بالتعمير ، وهذا هو المقصد الأساسي من إباحة الاستيلاء على الأراضي غير المزروعة. وهو تحفيز أصحاب القدرة على إحياء الأرض الموات ، فإذا علم الناس أن من أحيا أرضا ميتة فهي له بادروا إلى ذلك؛ والإحياء يكون بالتعمير وذلك بأن يزرع المستولي الأرض أو يغرس فيها أشجارا أو يقيم عليها بناء، ولا يلزم كي يقوم المستولي بالاستيلاء ، أن يحصل على ترخيص من الدولة، فإذا توافرت الشروط الثلاثة ملك المستولي الأرض التي أحياها في الحال<sup>(1)</sup>. وفي الأخير يمكن القول إن هذه المادة عبارة عن تقنين تشريعي ، لما قاله فقهاء المالكية ، وهو أن الإحياء سبب ضعيف للملك يزول بزوال مسببه ، ومن ثم فإن الأرض تبقى في حيازة المالك ما دام محيا لها، فإذا تخلى عنها وأصبحت مواتا فقدت ملكيته لها.

**المسألة الثانية :** وهي تتعلق بتقسيم الأسباب إلى أسباب قولية وأسباب فعلية ، وهذا التقسيم يؤدي لتقرير حقيقة مفادها أن مصادر الحقوق شخصية كانت أو عينية ، بل الحقوق جميعا في الفقه الإسلامي كما هي في القانون الوضعي ، ترجع إلى مصدرين اثنين هما : التصرف القانوني<sup>(2)</sup> (Acte juridique) والواقعة القانونية (Le fait juridique)<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - السنهوري ، الوسيط ، ج 9 ص 61 - 63.

<sup>2</sup> - التصرف القانوني هو إرادة محضة تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين ، سواء كانت صادرة من جانبين ، أو صادرة من جانب واحد ؛ وعلى هذا يندرج العقد والإرادة المنفردة تحت التصرف القانوني، مثل البيع والوصية. والواقعة القانونية هي عمل مادي يقع باختيار الإنسان أو بغير اختياره ويرتب القانون عليه أثرا معينا، ويدخل فيها الواقعة الطبيعية كالجوار والقرابة والميلاد والوفاة. والواقعة المادية التي تصدر عن الإنسان سواء أكان ما يقوم به عمديا أم غير عمدي، وسواء أكان فعلا ضارا أو نافعا. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، الطبعة الأولى 1993 ، ج 1 ص 32. السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع (د ر ط) ، ج 1 ص 66.

<sup>3</sup> - صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج 1 ص 32. السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 1 ص 69.

فبالنسبة لمصادر الالتزام ، فقد استقر الاستقراء والنظر الفقهي على حصر مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي في خمسة مصادر كلية<sup>(1)</sup> هي : العقد ، والإرادة المنفردة ، والفعل الضار ، والفعل النافع أو الإثراء بلا سبب ، والشرع<sup>(2)</sup>.

والمراد من مصادر الالتزام ، أي السبب المباشر ، لا المصدر الأمر في إيجاب الالتزام إذ تكون عندئذ جميع المصادر مردها إلى الشرع أو إلى القانون ، لأنه هو الأمر بالالتزام عند وجود تلك الأسباب المباشرة. أما بالنسبة لمصادر الحقوق العينية فهي<sup>(3)</sup> : العقد ، والوصية ، والاستيلاء أو وضع اليد، والميراث ، والشفعة ، والالتصاق ، والحيازة<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - مصطفى أحمد الزرقاء ، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ، ص 99، و113. السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج 1 ص 40 وما بعدها.

<sup>2</sup> - حصر القانون المدني الفرنسي مصادر الالتزام في خمسة وهي : العقد ، وشبه العقد ، والجنحة ، وشبه الجنحة ، والقانون. وهذا التقسيم منتقد من طرف شرح القانون المدني المتأخرين ، إذ لا يوجد شبه عقد ، وشبه جنحة. فهذا مبني على إرادة وهمية ، ثم على إرادة مفروضة ، فيخلط بينه وبين العقد ، ومع أن شبه العقد هو عمل مادي أي واقعة قانونية ، لا دخل للإرادة فيه. ومصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري هي : العقد ، والإرادة المنفردة ، العمل المستحق للتعويض ، وشبه العقود ، والقانون. وهذا تأثر جزئي بالقانون المدني الفرنسي ، إذ لم يأخذ المشرع الجزائري بالتقسيم الفرنسي فيما يتعلق بالجنحة وشبه الجنحة.

وقد تضمن مصدر شبه العقود ، الإثراء بلا سبب ودفع غير المستحق والفضالة ، وهذا التقسيم مهجور إذ توصل الفقه الحديث إلى فكرة الإثراء بلا سبب ، بدلا عن فكرة شبه العقد ، إذ أن دفع غير المستحق والفضالة هما أهم تطبيقين لمبدأ الإثراء بلا سبب ، ذلك أنّ دفع غير المستحق يؤدي إلى الإثراء بلا سبب ، إذا لم يؤد من دفع له غير المستحق مقدار ما أثرى به ، وكذلك الحال في الفضالة إذا لم يؤد رب العمل مقدار ما عاد عليه من ثراء إلى الفضولي. محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، ج 1 ص 31.

وكان يجدر بالمشرع الجزائري حين عدل القانون المدني في سنة 2005 ، وفصل نصوص الإرادة المنفردة عن العقد ، وجعل الإرادة المنفردة مصدرا مستقلا من مصادر الالتزام ، أن يلغي شبه العقود وينص على مبدأ الإثراء بلا سبب كمصدر مستقل من مصادر الالتزام ، ويكون دفع غير المستحق والفضالة ، تطبيقين لهذا المصدر ، كما فعل القانون المدني المصري في المواد 179 - 197. وإذا لم يحصل هذا في الماضي ، فإني أدعو إلى ضرورة تعديل هذا التقسيم ، حتى يتماشى القانون المدني الجزائري مع التطور الذي وصل إليه الفقه الحديث.

<sup>3</sup> - السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج 1 ص 63 - 64. مصطفى أحمد الزرقاء ، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ، ص 104. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 5 ص 502.

<sup>4</sup> - لا يقر جمهور فقهاء الفقه الإسلامي التقادم سببا لكسب الحقوق أو إسقاطها ، لأنّ ذلك ينافي مبادئ العدالة والأخلاق. وإنما يعتبرونه مجرد مانع من سماع الدعوى بالحق الذي مضى عليه زمن معين ، توفيراً لوقت القضاء ، وتجنباً لما يثار من مشكلات الإثبات ، وللشك في الحق الذي تقادم عليه الزمن دون مطالبة. ولذلك لو أقر الخصم بالحق أهدم مرور الزمن لزوال الشك وظهور الحق بإقراره ، فتسمع حينئذ الدعوى. أما أصل الحق فيجب الاعتراف به لصاحبه وإيفاؤه له ديانة ، فمن وضع يده على مال

وهذه المصادر يمكن أن ترجع إلى مصدرين : وهما الأسباب القولية والتي يمكن أن نصطلح علي تسميتها بالتصرف الشرعي ، والأسباب الفعلية والتي يمكن أن نصطلح على تسميتها بالواقعة الشرعية ، في مقابل التصرف القانوني ، والواقعة القانونية<sup>(1)</sup>.

وبناء على ذلك يعتبر تصرفا شرعيا (قانونيا) : العقد والإرادة المنفردة ، سواء بالنسبة إلى الحقوق الشخصية أو الحقوق العينية. حيث إنّ من مصادر الحقوق العينية : العقد والوصية بالنسبة إلى أسباب الملك ، والإذن والعقد والوصية بالنسبة إلى حقوق الارتفاق. والعقد بالنسبة إلى الحقوق العينية التبعية. فلا يعدو التصرف القانوني إذن أن يكون عقدا أو إرادة منفردة<sup>(2)</sup>.

كما يعتبر واقعة شرعية (قانونية) : حيث إن من مصادر الحقوق الشخصية الجناية على النفس والسرقة وقطع الطريق والإكراه والتغريب والغصب ، وهذه تسمى الفعل الضار. ودفع غير المستحق ، والإثراء بلا سبب، وهذه تسمى الفعل النافع. والقراية ، وهذه مصدرها المباشر الشريعة.

ومن مصادر الحقوق العينية ، الميراث ووضع اليد على الشيء المباح (الاستيلاء) والشفعة والالتصاق والحيازة بالنسبة إلى أسباب الملك، والقَدَمُ والجوار بالنسبة إلى حقوق الارتفاق، واستحداث زيادة متصلة بالعين المغصوبة بالنسبة إلى الحقوق العينية التبعية.

وكل هذه الوقائع أعمال مادية بعضها اختياري وبعضها غير اختياري ، يرتب الشرع أو القانون عليها إنشاء حق شخصي أو كسب حق عيني.

---

مملوكا لغيره لا يملكه شرعا بأي حال من الأحوال. وهذا أثر من آثار التفريق في الفقه الإسلامي بين حكم القضاء وحكم الديانة. أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، ص 146. أحمد محمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، الطبعة الرابعة 1996 ، دار القلم ، دمشق ، سورية ، ص 483. مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج 1 ص 243.

وخالف في ذلك الإمام مالك بقية الفقهاء ، ورأى إسقاط الملكية بالحيازة ، كما رأى تملك الشيء بالحيازة، غير أنه لم يحدد مدة الحيازة وترك تحديدها للحاكم. ويمكن أن نستأنس في تحديدها بالحديث المرسل الذي رواه سعيد بن المسيب مرفوعا إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، عن زيد بن أسلم : "من حاز شيئا عشر سنين ، فهو له". وعن ربيعة أنه قال : إذا كان الرجل حاضرا وماله في يد غيره ، فمضت عليه عشر سنين ، وهو على ذلك كان المال للذي هو في يديه لحيازته إياه عشر سنين. سحنون بن سعيد التنوخي، المدونة الكبرى، دار صادر، بيروت، لبنان، (د س ن)، ج 5 ص 191 - 192. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 5 ص 502.

<sup>1</sup> - منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية ، دار تاراس للطباعة والنشر، أربيل ، كردستان العراق، الطبعة الأولى 2006، ص 14 - 15.

<sup>2</sup> - مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ، ص 104. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج 1 ص 69. الوسيط ، ج 9 ص 6.

ويمكن تطبيق هذا الحصر على مصادر الحقوق الأخرى بجميع أنواعها ، لا الالتزامات أو الحقوق العينية فقط ، ويكون ذلك كما يلي<sup>(1)</sup> :

1- حقوق الأسرة : إن بعض مصادر حقوق الأسرة وقائع طبيعية كالنفقة والولاية. وبعضها مصدره أعمال مادية ، كثبوت النسب ، وتأكد تمام المهر بالخلوة الصحيحة بين الزوجين بعد العقد. وبعضها مصدره التصرفات شرعية ، وحيدة الطرف كالطلاق ، أو متعددة الطرف كعقد الزواج.

2- الحقوق العامة : وهي الروابط التي ينظمها القانون العام.

فبعضها يرجع إلى الواقعة الطبيعية كحق من توفرت فيه شروط الانتخاب أو الترشح، وبعضها يرجع إلى الأعمال المادية كالحقوق والالتزامات التي تنشأ بين الدول في حالة الحرب، وبعضها يرجع إلى التصرفات القانونية من جانب واحد كنقل الموظف وعمل السلطة التشريعية في سن القوانين، وبعضها ينشأ عن أعمال قانونية صادرة من جانبين ، كالعقود التي تبرمها الجهات الإدارية مع الأفراد.

وفي ختام هذا المبحث أؤكد ما سبق أن قرره الفقيه عبد الرزاق السنهوري من أن الفقه الإسلامي أكثر مطاوعة للتقسيم الثنائي لمصدر الحقوق من الفقه الفرنسي ، وذلك لسببين<sup>(2)</sup> :

السبب الأول : أن الفقه الإسلامي لا يحجب وحدة التصرف بالقدر الذي يحجبه الفقه الفرنسي. فهو من ناحية لا يفصل بين العقد والإرادة المنفردة فصلا حادا كما فعل الفقه الفرنسي، بل كثيرا ما يقع الخلاف فيما إذا كان تصرفا معيناً يتم بالإيجاب والقبول، أو يتم بالإيجاب وحده ، ويبقى التصرف موصوفا بأنه عقد في الحالتين. ثم هو من ناحية أخرى يجعل العقد مصدرا للالتزام ، ثم يجعله ينقل الملكية بذاته ، ولا يقتصر على إنشاء التزام بنقلها ، كما فعل الفقه الفرنسي.

السبب الثاني : الوقائع القانونية في الفقه الإسلامي متناثرة بين مصادر الحقوق الشخصية ومصادر الحقوق العينية ، إلا أن الفقه الإسلامي لم ييؤب هذه الوقائع تبويبا يعزل بعضها عن بعض كما فعل الفقه الفرنسي ، ومن ثم فلا تستعصي هذه الوقائع على تبويب شامل يردها جميعا إلى الواقعة القانونية ، كما أنه لا يوجد في الفقه الإسلامي تبويب آخر يتعارض مع هذا التبويب.

والخلاصة من كل ما تقدم في هذا المطلب أن هناك تقاربا بين الفقه الإسلامي والفقه القانوني الوضعي ، فيما يخص حصر مصادر الحقوق ، وردها جميعا إلى مصدرين اثنين هما : التصرف الشرعي أو التصرف القانوني ، والواقعة الشرعية أو الواقعة القانونية.

<sup>1</sup> - مصطفى أحمد الزرقاء ، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ، ص 104.

<sup>2</sup> - السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج 1 ص 68.

## الفصل الثاني

### أدلة نظرية السبب من المصادر التشريعية المختلفة

من خلال النظر في التعاريف المختلفة للسبب ، التي سبق ذكرها في الفصل السابق ، يتبين أن الفقهاء المسلمين قد تحدثوا عن السبب - باعتباره الوصف الذي جعل الشارع وجوده علامة على وجود الحكم ، وعدمه علامة على عدمه لذاته ، سواء أكان الوصف مناسباً لتشريع الحكم مناسبة ظاهرة أم لم يكن كذلك - الذي نضطلع على تسميته بالسبب مصدر التكليف والالتزام، ويقترّب هذا المعنى مع ما هو معروف عند رجال القانون الوضعي بالسبب المنشئ للالتزام.

وبالإضافة إلى هذا المعنى هناك معنيان آخران ذكرهما الفقهاء ، لهما أثر في صحة التصرفات وبطلانها، وهما : السبب الذي يعني الحكم الأصلي للتصرف ، والسبب الذي يعني الدافع الباعث على الالتزام؛ وهذه المفاهيم الثلاثة للسبب تغطي جميع التصرفات التي تصدر من المكلفين ، سواء في مجال العبادات أو المعاملات.

وفي هذا الفصل سيتم تقديم الأدلة الدالة على هذه المفاهيم ، التي تشكل بدورها العناصر الأساسية لنظرية السبب في الفقه الإسلامي ، ويكون ذلك في مباحث ثلاثة.

المبحث الأول : السبب هو مصدر التكليف والالتزام

المبحث الثاني : السبب هو الحكم الأصلي للتصرف

المبحث الثالث : السبب هو الباعث على الالتزام

## المبحث الأول : السبب مصدر التكليف والالتزام

إذا كان الله تعالى أجرى حكمه في هذه الدنيا على الأسباب الظاهرة والعلامات البيّنة ، وجعلها مصدر التكليف والالتزامات ، فما الأدلة الدالة على ذلك ؟ وم تعرف هذه الأسباب ؟ هل المعبر في الأحكام صور الأسباب أو معانيها ؟ وما أسباب التكليف الشرعية ؟ هذا ما سأوضحه في المطالب الآتية.

### المطلب الأول : السبب هو المصدر<sup>(1)</sup> المنشئ للالتزام

عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : "عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ"<sup>(2)</sup>. يتبين من نص الحديث أنّ النبي صلى الله عليه وسلم رتب التزاما في ذمة المستعير ، برّد العين المعارة بعينها عند قيامها، وبرّد قيمتها عند التلف<sup>(3)</sup> ؛ وذلك لأنّه مال لغيره أخذه لمنفعة نفسه، فكان مضمونا كالغصب<sup>(4)</sup> ، ومصدر هذا الالتزام هو عقد العارية ، وهذا يدل على أنّ سبب الالتزام في الحديث ورد بمعنى المصدر المنشئ للالتزام.

ومما يؤكد هذا المعنى ما نصت عليه المادة 97 من مجلة الأحكام العدلية<sup>(5)</sup> - وغيرها من المصادر الفقهية الأخرى التي تولت شرح هذه القواعد<sup>(1)</sup> - : "لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي".

1 - استقر فقهاء القانون الوضعي على أن هناك خمسة مصادر للالتزام وقد نص عليها القانون المدني الجزائري وهي : أولا : القانون. ثانيا : العقد. ثالثا : الإرادة المنفردة. رابعا : الفعل المستحق للتعويض. ويشمل : المسؤولية عن الأفعال الشخصية. والمسؤولية عن فعل الغير. والمسؤولية الناشئة عن الأشياء. خامسا : شبه العقود ، ويشمل الإثراء بلا سبب. والدفع غير المستحق. والفضالة. وهذه المصادر الخمسة يمكن أن نرجعها إلى مصدرين أساسيين ، وهما التصرف القانوني والواقعة القانونية. وقد أضاف الدكتور سمير عبد السيد تناغو، مصدرين آخرين من مصادر الالتزام. وهما الحكم القضائي الذي ذكره في كتابه : الالتزام القضائي الذي نشره سنة 1964. والقرار الإداري الذي ذكره في كتابه : القرار الإداري الذي نشره سنة 1972. وهذا اكتشاف خطير كما اعترف به هو نفسه ، لأن مصادر الالتزام مستقرة منذ عهد القانون الروماني ولم يضيف الفقه القانوني الحديث سوى الإرادة المنفردة كمصدر مستقل للالتزام.

2 - رواه أبو داود في كتاب البيوع ، باب تضمين العارية. والتزمذي في باب ما جاء في أن العارية مؤداة. وابن ماجه في باب العارية من كتاب الصدقات. وأحمد في مسنده. والدارمي والبيهقي. الحسين بن مسعود البغوي ، شرح السنة ، ج 8 ص 226.

3 - البغوي ، شرح السنة ، ج 8 ص 226.

4 - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 5 ص 67.

5 - ظهرت مجلة الأحكام العدلية في 26 شعبان سنة 1293 هـ الموافق 1876م ، أيام الدولة العثمانية ، حيث تم تقنين قسم المعاملات من فقه المذهب الحنفي الذي عليه العمل في الدولة ، ورتبت مباحثها في 1851 مادة، واشتملت على ستة عشر كتابا أولها كتاب البيوع وآخرها كتاب القضاء. وقد تم افتتاح المجلة بذكر طائفة من القواعد الفقهية التي تعتبر كل واحدة منها أصلا

والسبب في هذه القاعدة يعني المصدر المنشئ لكسب المال ، فإذا أخذ شخص مالا على أنه دائن به ، وتبين أنه غير دائن لمن أخذ منه المال ، وجب عليه ردّ ما أخذ.

وكذلك ما نصت عليه المادة 98 من مجلة الأحكام العدلية التي اشتملت على القاعدة الفقهية التي تقول : "تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات". وأصل هذه القاعدة ما ورد في لحم أهدته بريرة للنبي صلى الله عليه وسلم ، فقيل له : إنه تصدق به عليها ، فقال : "هو عليها صدقة ولنا هدية"<sup>(2)</sup>. فأقام تبدل سبب الملك ، من التصدق إلى الإهداء - فيما هو محظور عليه - مقام تبدل العين<sup>(3)</sup>.

وتطبيقا لهذه القاعدة فرّع الفقهاء الفروع الآتية ، فقالوا : لو اشترى شخص من آخر عينا، ثم باعها من غيره ، ثم اشتراها من ذلك الغير ، ثم اطلع على عيب قدسّم فيها كان عند البائع الأول ، فليس له أن يردّها عليه ، لأن هذا الملك غير مستفاد من جانبه. ومنها أيضا لو وهب شخص لغيره عينا موهوبة له ، ثم عادت إليه هذه العين بسبب جديد كالبيع أو الصدقة ، فأراد الواهب أن يرجع في هبته ، لا يملك ذلك. ومنها أيضا لو باع شخص عقارا، وكان للعقار شفيح، فسلم الشفيح ولم يأخذ العقار المشفوع فيه من المشتري ، ثم تقايل البائع مع المشتري ، فللشفيح أن يأخذ العقار من البائع بالشفعة ، حيث كان عود العقار إليه بسبب جديد وهو الإقالة<sup>(4)</sup> ، لأنها بيع جديد في حق ثالث<sup>(1)</sup>.

---

فقهيا تدور عليه أحكام كثيرة ، أوردت منها تسعة وتسعين قاعدة أولها قاعدة "الأمر بمقاصدها" ، وآخرها قاعدة "من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه". مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج 1 ص 198.

وبعد مرور قرن من الزمان على ظهور مجلة الأحكام العدلية العثمانية ، وبالتحديد في سنة 1981م قامت لجنة من خبراء جامعة الدول العربية مشكلة من رشيد الصباغ من تونس ، والدكتور الصديق محمد الأمين الضير من السودان ، والأستاذ مصطفى أحمد الزرقا من سوريا ، والدكتور إدريس العبدلاوي من المغرب ، والأستاذ حسين محي الدين من العراق ، بإنجاز مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد ، المؤصل على أساس الفقه الإسلامي ، وتم صياغته في 433 مادة ، وفي سنة 1984م أقرت اللجنة العامة لتوحيد التشريعات لجامعة الدول العربية المشروع. (مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل لنظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ، ص 297). وللأسف الشديد لحد هذه الساعة لم يتم تنفيذ هذا المشروع ، ورغم مرور أكثر من خمسين سنة على الاستقلال العسكري للدول العربية ، لا يزال نابليون بونابرت بتقنيته المدني الصادر سنة 1804م هو الحاكم بأمره ، للتقنيات المدنية في أغلب الدول العربية ، فأين هم الرجال الذين يخوضون معركة الاستقلال التشريعي ويرفعون رايتها ويرجعون الحكم لمحمد صلى الله عليه وسلم ووحيه ، ومتى يأتي اليوم الذي يتحقق فيه الاستقلال التشريعي كما تحقق الاستقلال العسكري ؟ !

<sup>1</sup> - أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، القاعدة رقم 97 ، ص 465.

<sup>2</sup> - رواه البخاري في كتاب الزكاة ، باب إذا تحولت الصدقة. حديث رقم 1495. ورواه مسلم في كتاب الزكاة ، وأبو داود والنسائي وابن ماجه.

<sup>3</sup> - أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، القاعدة رقم 97 ، ص 467.

<sup>4</sup> - هناك رأيان في ماهية الإقالة ، في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني ، فرأي يعتبرها فساخا للبيع القائم، ورأي آخر يعتبرها إنشاء لبيع جديد. ابن رجب الحنبلي ، القواعد في الفقه الإسلامي ، ص 366.

ومنها أيضا لو قبل الفقير الزكاة ثم وهبها أو وهب جزءا منها ، لغني ، حلّ له ذلك المال<sup>(2)</sup>. ومنها لو اكتسب شخص مالا من حرام ، ثم اشترى به من عند شخص آخر طعاما ، كان ذلك المال حلالا على البائع. منها أيضا لو تصدق شخص على قريبه ، ثم مات المتصدق عليه ، فعادت إليه الصدقة بالوراثة، مَلَكَهَا ، وما ضاع ثوابه عليه. قال ابن حجر : يجوز للفقير الذي أعطي صدقة ، أن يتصرف فيها بالبيع والهدية وغير ذلك<sup>(3)</sup>.

فكل من العارية والبيع والهبة والشفعة والصدقة في الأمثلة السابقة ، علامات على الحكم، وأسباب مقتضية لمسبباتها ، وهي مصادر منشئة للالتزامات في ذمة طرفيها. وقد ذكر الشيخ مصطفى الزرقا أنه لا يوجد في الفقه الإسلامي من معنى لسبب الالتزام ، سوى المصدر المولد له أو الحادثة المولدة للالتزام ، وهي تشمل جميع التصرفات القولية والفعلية ، وكل ما ينشأ عنه من حق في نظر الشارع<sup>(4)</sup>.

وقد علّل الفقهاء السرّ في جعل الأسباب الظاهرة مصدرا للالتزام - رغم أن الله تعالى يعلم ما في السماء وما في الأرض ، ويعلم أحوال عباده ما ظهر منها وما بطن ، ولا يخفى عليه شيء من ذلك كله - بأن حكمته تعالى اقتضت أن لا يجري أحكام الدنيا على علمه ، بل أجراها على أسباب جعلها علامة دالة عليها ، كما أجرى حكمه على المنافقين وفق ما يظهر من حالهم من النطق بالشهادتين ، وإن لم يطابق قولهم اعتقادهم. وقد قال الرسول عليه الصلاة والسلام تأكيداً لهذا المعنى : "إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضُكُمْ أَنْ يَكُونَ الْخَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَأَقْضِي لَهُ بِنَحْوِ مَا أَسْمَعُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِحَقِّ أَخِيهِ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ"<sup>(5)</sup>.

وقال الغزالي : "اعلم أنه لما عسر على الخلق معرفة خطاب الله تعالى في كل حال ، لاسيما بعد انقطاع الوحي أظهر الله سبحانه خطابه لخالقه بأمر محسوسة ، نصبها أسباباً لأحكامه وجعلها موجبة ومقتضية للأحكام ، على مثال ما اقتضاء العلة الحسية معلولها"<sup>(6)</sup>.

وقال السرخسي : وتظهر فائدة نصب الأسباب علامات على الأحكام في التيسير على العباد ليستطيعوا الوصول إلى معرفة الواجبات بمعرفة الأسباب الظاهرة<sup>(7)</sup>. وحتى لا تتعطل الوقائع عن الأحكام

1 - أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص 467 - 468.

2 - عزت عبيد الدعاس ، القواعد الفقهية ، دار الترمذي للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، الطبعة الثالثة 1989 ، ص 91.

3 - ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، ج 5 ص 205.

4 - مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ، ص 64.

5 - رواه البخاري ومسلم وأحمد والترمذي والنسائي وأبو داود وابن ماجه ، عن أم سلمة.

6 - أبو حامد الغزالي ، المستصفى ، ج 1 ص 93.

7 - أصول السرخسي ، ج 1 ص 100. و ج 2 ص 302.

الشرعية ، وذلك لعسر وقوف المكلفين على خطاب الشارع ، في كل واقعة من الوقائع ، ولا سيما بعد انقطاع الوحي ، ولهذا اقتضت حكمة الله تعالى إظهار خطابه للعباد بهذه الأمور المحسوسة، وجعلها مقتضية لأحكامها لا بذاتها بل يجعل الله لها كذلك<sup>(1)</sup>.

قال ابن القيم : "أن يكون الطريق مشروعة وما يفضى إليه مشروع ، وهذه هي الأسباب التي نصبها الشارع مفضية إلى مسبباتها كالبيع والإجارة والمساقاة والمزارعة والوكالة ، بل الأسباب محل حكم الله ورسوله وهي في اقتضاءها لمسبباتها شرعا على وزان الأسباب الحسية في اقتضاءها لمسبباتها قدرا ؛ فهذا شرع الرب تعالى وذلك قدره ، وهما خلقه وأمره ، والله له الخلق والأمر ، ولا تبديل لخلق الله ولا تغيير لحكمه ، فكما لا يخالف سبحانه بالأسباب القدرية أحكامها بل يجريها على أسبابها وما خلقت له ، فهكذا الأسباب الشرعية لا يخرجها عن سببها وما شرعت له ، بل هذه سنته شرعا وأمرا ، وتلك سنته قضاء وقدرا"<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني : طرق معرفة السبب

ذكر علماء الأصول طريقين يستطيع المكلف أن يعرف بهما السبب وهما :

**الطريق الأول : إضافة الحكم إلى السبب :** قال البزدوي<sup>(3)</sup> : "وإنما يعرف السبب بنسبة الحكم إليه"<sup>(4)</sup>. وقال الشارح: "أي بإضافة الحكم إليه كقولك صلاة الظهر ، وصوم الشهر ، وحج البيت ، وحدّ الشرب ، وكفارة القتل"<sup>(5)</sup>. وقال الكاساني : "وإضافة الأحكام إلى الأسباب الظاهرة أصل في الشريعة"<sup>(6)</sup>. وقال الغزالي : "ونعني بالأسباب ها هنا ، أنها هي التي أضاف الأحكام إليها"<sup>(7)</sup>. وعلل ذلك السرخسي فقال : "وذلك لأن إضافة الشيء إلى الشيء في الحقيقة تدل على أنه حادث به، كما يقال : كسب

1 - علي بن محمد الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، ج 1 ص 173.

2 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 336.

3 - فخر الإسلام أبو الحسن علي بن محمد بن الحسين البزدوي ، فقيه ما رواء النهر ، صاحب الطريقة على مذهب أبي حنيفة ، ولد في حدود سنة 400 هـ ، وتوفي يوم الخميس خامس رجب سنة 482 هـ ، ودفن بسمرقند. له كتاب المبسوط ، وشرح الجامع الكبير ، وكتاب أصول الفقه. الزركلي، الأعلام، ج 5 ص 148.

4 - فخر الإسلام أبو الحسن علي بن محمد بن الحسين البزدوي ، أصول الفقه ، مطبوع على هامش كتاب كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري ، ج 2 ص 343.

5 - عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 343.

6 - الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج 7 ص 277.

7 - الغزالي ، المستصفى ، ج 1 ص 93.

فلان، أي حدث له باكتسابه"<sup>(1)</sup>. كما علل البيزدي ذلك أيضا فقال : "لأنّ الأصل في إضافة الشيء إلى الشيء أن يكون سببا له حادثا به"<sup>(2)</sup>.

ومما يؤكد أن السبب يعرف بإضافة الحكم إليه ، "أن الأصل في إضافة الشيء إلى الشيء ، أن يكون الشيء المضاف إليه ، سببا للمضاف ، وأن يكون الشيء المضاف ، حادثا بالمضاف إليه. فإذا قلت مثلا كسب فلان ، أي حدث بفعله واختياره ، لأنّ الإضافة لما كانت موضوعة للتمييز ، كان الأصل فيها الإضافة إلى أحص الأشياء به ، ليحصل التمييز ؛ وأخص الأشياء بالحكم سببه ، لأنه ثابت به ، فكانت الإضافة إليه أصلا"<sup>(3)</sup>.

وقد اعترض بعض العلماء بقولهم : إن إضافة الحكم إلى الشيء لا تدل على سببية ذلك الشيء له، بدليل أن الإضافة تكون إلى الشرط ؛ كما في قولنا : صدقة الفطر ، وحجّة الإسلام؛ فإن الفطر شرط الصدقة ، وسببها الرأس الذي له عليه الولاية والنفقة. وأما الحج فشرطه الإسلام ، وسببه بيت الله الحرام<sup>(4)</sup>. وأجيب عن ذلك بأن إضافة الحكم إلى الشرط مجاز ، على معنى أن وجوده يكون على وجود الشرط ولكن المعبر هو الحقيقة ، حتى يقوم دليل المجاز<sup>(5)</sup>. وقال عبد العزيز البخاري : "وأما الشرط فإنما يضاف إليه ، لأنه يوجد عنده ، فكانت الإضافة إليه مجازا ، والمعبر هو الحقيقة حتى يقوم دليل المجاز"<sup>(6)</sup>.

وعليه فإن الصلاة والصوم إذا أضيفتا إلى الوقت ، فقد تكون الإضافة بمعنى السببية ، وذلك بأن يكون كل واحد منهما واجبا بما أضيف إليه. وقد تكون بمعنى الشرطية ، أي أن الوجوب يثبت عنده. وقد تكون بمعنى الظرفية ، باعتبار أن وجود الواجب يحصل في هذا الوقت. ولكن ترجح معنى السببية ، على معنى الشرطية والظرفية ، لأن مطلق إضافة الحادث إلى شيء يدل على حدوثه به ، كقولك عبد الله، وكفارة القتل ، وكسب فلان وتركته ، والشيء المضاف هو الصلاة أو الصوم أي وجوبهما إلى الوقت ، فكان الوجوب ، حادثا بالوقت ، فكان الوقت سببا له<sup>(7)</sup>.

1 - أصول السرخسي ، ج 1 ص 101.

2 - علي بن محمد بن الحسين البيزدي ، أصول الفقه ، ج 2 ص 343.

3 - عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 343. النسفي ، كشف الأسرار ، ج 1 ص 475.

4 - عبد العزيز بن علي الربيع ، السبب عند الأصوليين ، ج 1 ص 220.

5 - أصول السرخسي ، ج 1 ص 101. النسفي ، كشف الأسرار ، ج 1 ص 481.

6 - عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 343.

7 - عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 343. وقد أورد عبد العزيز البخاري اعتراض الشيخ أبا المعين المكحولي النسفي (418 - 508 هـ) حيث اعتبر أن الإضافة إنما وضعها أهل اللغة للتعريف ، وليس لمعرفة الحدوث ، ولم تدل الإضافة على حدوث المضاف بالمضاف إليه ، بل دلت على حدوث غير المضاف بالمضاف إليه. ومن ثم فلا يجعل حدوث الصوم أو

**الطريق الثاني : تعلق الحكم بالسبب :** بأن لا يوجد بدونه ، ويتكرر بتكرره<sup>(1)</sup> . وذلك كقوله تعالى : { أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ إِلَى غَسَقِ اللَّيْلِ }<sup>(2)</sup> . وقوله تعالى : { فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ }<sup>(3)</sup> . وقوله صلى الله عليه وسلم : " صُومُوا لِرُؤُوسِهِ وَأَفْطِرُوا لِرُؤُوسِهِ " . قال الغزالي : " وهذا ظاهر فيما يتكرر من العبادات كالصلاة والصوم والزكاة ، فإن ما يتكرر الوجوب بتكرره ، فجدير بأن يسمى سببا"<sup>(4)</sup> . فإن الصلاة لا توجد بدون دلوك الشمس ، وتتكرر بتكرره ، والصيام لا يوجد بدون رؤية هلال رمضان ، ويتكرر بتكرره ، والفطر لا يحصل بدون رؤية هلال شوال ويتكرر بتكرره .

قال القرافي : " إنَّ الله تعالى نصب زوال الشمس سبب وجوب الظهر ، وكذلك بقية الأوقات لقوله تعالى : { أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ }<sup>(5)</sup> ، أي لأجله . وكذلك قوله تعالى : { فَسُبْحَانَ اللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ \* وَلَهُ الْحَمْدُ فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَعَشِيًّا وَحِينَ تُظْهِرُونَ }<sup>(6)</sup> . قال المفسرون : هذا خير معناه الأمر بالصلوات الخمس في هذه الأوقات ، حين تمسون المغرب والعشاء ، وحين تصبحون الصبح ، وعشيا العصر ، وحين تظهرون الظهر... فالكتاب والسنة دالان على أن نفس الوقت سبب ، فمن علم السبب بأي طرق كان لزمه حكمه... وقد جعل الحديث رؤية الهلال خارجا من شعاع الشمس هو السبب فإذا لم تحصل الرؤية لم يحصل السبب الشرعي فلا يثبت الحكم"<sup>(7)</sup> .

وإذا كان الحكم يتكرر بتكرر الشيء ، فهذا يدل على سببته لذلك الحكم ، وأنه حادث به ، وما يحدث به الشيء ، هو سبب ذلك الشيء . قال عبد العزيز البخاري : " لما تكرر الحكم بتكرر الشيء دل على أنه حادث به ، إذ هو السبب الظاهر لحديثه . والوجوب الذي نحن فيه أمر حادث ، ولا بد له من سبب يضاف إليه ، وليس هاهنا إلا الأمر أو الوقت ؛ ولا يجوز أن يضاف إلى الأمر ، لأن الأمر بالفعل لا يقتضي التكرار ولا يحتمله ، وإن تعلق بوقت أو شرط ، فإن من قال لعبده : تصدق من مالي بدرهم إذا

---

الصلاة بالوقت ، لأنَّ حدوثهما بإحداث الله تعالى عند مباشرة العبد واكتسابه إياهما . وهما متعلقان بفعل فاعل مختار ، بإضافة حدوثهما إلى الأزمنة محال .

<sup>1</sup> - عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 343 . أصول البزدوي ، ج 2 ص 343 . أصول السرخسي ، ج 1 ص 101 . النسفي ، كشف الأسرار شرح المصنف على المنار ، ج 1 ص 475 و 481 .

<sup>2</sup> - سورة الإسراء ، آية رقم : 78 .

<sup>3</sup> - سورة البقرة ، آية رقم : 184 .

<sup>4</sup> - الغزالي ، المستصفى ، ج 1 ص 93 .

<sup>5</sup> - سورة الإسراء ، آية رقم : 78 .

<sup>6</sup> - سورة الروم ، الآيتان رقم : 16 - 17 .

<sup>7</sup> - القرافي ، الفروق ، ج 2 ص 179 .

أمسيت ، أو إذا دلكت الشمس ، لا يقتضي التكرار ، كما لو قال : تصدق من مالي بدرهم مطلقا... والتكرار ثابت هاهنا فتعين أن الوقت هو السبب ، وأن أصل الوجوب مضاف إليه ، وأن تكرره بسبب تكرره ، كسائر الأحكام المتعلقة بالأسباب مثل الحدود والكفارات ، فإنها تتكرر بتكرر أسبابها"<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثالث : محل اعتبار الأحكام صور الأسباب أو معانيها

اختلف فقهاء الحنفية والشافعية في محل اعتبار الأحكام الفقهية ، هل هي صور أسباب الأحكام الشرعية ، أم معانيها ؟ فذهب الحنفية إلى أن المعبر هو صورة الأسباب ، وذهب الشافعية إلى أن المعبر هو معاني الأسباب. وترتب على هذا الاختلاف في بعض المسائل الفقهية، نوضح ذلك تباعا.

**أولا : مذهب الحنفية :** ذكر الزنجاني<sup>(2)</sup> أن الحنفية يرون أن صور الأسباب الشرعية هي المعبرة في الأحكام ، دون معانيها ؛ واستدلوا على ذلك بما يلي<sup>(3)</sup> :

1 - إن المعاني لو كانت مرعية في ربط الأحكام بها ، لبطلت فائدة نصب الأسباب ، إذ لا فائدة في نصب الأسباب ، سوى إدارة الحكم عليها ، دفعا للعسر والخرج عن الناس ، ونفيا للتخبط والالتباس ، فإن المعاني مما يختلف كمية في الزيادة والنقصان ، وكيفية في الظهور والخفاء.

2 - إن رخص السفر تعلق بصورة السفر ، دون مضمونه ؛ ولذلك فإن المملك الذي يتهدى في مهوره ويسري في سراياه وجنوده ، ثبت له من الرخص ، ما ثبت للساعي على قدمه ، نظرا إلى صورة السفر دون مضمونه ومعناه.

3 - النوم باعتباره سببا في انتقاض الوضوء ، اعتبرت صورته من غير نظر إلى نفس الحدث.

**ثانيا : مذهب الشافعية :** ذهب الشافعية إلى أنّ المعبر في الأحكام معاني الأسباب لا صورها ، إلا إذا تعذر الوقوف على معانيها ، فحينها يعتد بصورة السبب ، واستدلوا على ذلك بما يلي :

<sup>1</sup> - عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 344 - 345. والدليل نفسه ذكره السرخسي في أصوله ، ج 1 ص 101 - 102.

<sup>2</sup> - هو أبو المناقب شهاب الدين محمود بن أحمد بن محمود الزنجاني ، لغوي من فقهاء الشافعية ، من أهل زنجان قرب أذربيجان ، ولد سنة 573 هـ ، استوطن بغداد ، وولي فيها نيابة قضاء القضاة ثم عزل عنها. درّس بالمدرسة النظامية ، ثم بالمستنصرية. صنّف كتابا في تفسير القرآن ، واختصر الصحاح للجوهري في اللغة وسمى مختصره : "ترويح الأرواح في تهذيب الصحاح". وله أيضا تخرّيج الفروع على الأصول. استشهد ببغداد أيام نكبتها بالمغول سنة 656 هـ. الزركلي ، الأعلام ، ج 8 ص 38.

<sup>3</sup> - محمود بن أحمد الزنجاني أبو المناقب ، تخرّيج الفروع على الأصول ، تحقيق محمد أديب صالح ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية ، 1398 هـ - 1978 م ، ص 299.

1 - إن صور الأسباب لا تناسب الأحكام ، وإنما المناسب ما تتضمنه صور الأسباب ، ولا يمكن الاعتماد على صورة الأسباب ، إلا إذا تعذر الوقوف والإطلاع على مضمونها ، وإلا فمتى أمكن الإطلاع على مضمون السبب ، فهو المعتبر لا صورة السبب.

2 - أما ما استشهد به الحنفية في موضوع السفر ، فذلك راجع إلى تعذر الإطلاع على المشقة ، ومن ثم كانت الإحالة على صورة السفر.

3 - أما فعل النوم ، فلما تعذر الوقوف على مضمونه ، من حيث إن الخارج لطيف يمكن خروجه من غير أن يعلم ، دار الحكم على صورة السبب دون مضمونه.

**ثالثا : فائدة الخلاف بين الرأيين :** ترتب على اختلاف المذهبين حول المعتبر في الأحكام الفقهية ، صور الأسباب أو معانيها ؟ مسائل مختلفة ، منها<sup>(1)</sup> :

أ - أن المشرقي إذا تزوج بمغربية ، ثم أتت بولد لسته أشهر فصاعدا : قال الشافعي رضي الله عنه : لا ألحق الولد بهذا الشخص ، لأنّ مضمون السبب أمكن الإطلاع عليه ، إذ قد علمنا قطعاً أنّ من هو بالمشرق لا يجبل من هي بالمغرب ، فألغينا صورة السبب وعلقنا الحكم على مضمونه. وقال أبو حنيفة : يلحق به لوجود صورة السبب ، وهو الفراش.

ورد الشافعي على ذلك فقال : صورة الفراش يعتد بها في غير هذه الحالة ، لأنّه تعذر علينا الوقوف على مضمونه ، فإذا رأينا إنسانا يدخل على زوجته ويروح ويغدو إليها ، تعذر علينا العلم ، هل وطئها أو لا ، فإذا أتت بولد أدخلنا الحكم على صورة الفراش ، لتعذر الإطلاع على المضمون. أما المشرقي مع المغربية ، فقد أمكننا الوقوف على مضمون السبب ، وقد علمنا قطعاً إن الولد ليس منه فلم نعتبر صورة السبب.

ب - إذا تزوج امرأة حاضرة ، وطلقها من ساعته في مجلس العقد من غير دخول ، ثم جاءت بولد لا يثبت نسبه منه عند الشافعية ، وعند الحنفية يثبت نسبه ، إذا جاءت به لسنة من العقد.

ج - إذا نكح محرماً من محارمه كأخته أو عمته أو المطلقة ثلاثاً أو الجوسية ، ثم وطئها في هذا العقد ، فيُحدّ عند الشافعية ، ولا تصير صورة العقد الخالي عن مضمونه ، شبهة في درء الحدّ عنه. وذكر الشيرازي أن الحدّ في وطء ذات الرحم المحرم التي تزوجها مشروط باعتقاد التحريم<sup>(2)</sup>.

وذهب الحنفية إلى أنه لا يُحدّ ، بناء على أن صورة العقد ، شبهة تدرأ عنه الحد.

1 - محمود بن أحمد الزنجاني ، تخرّيج الفروع على الأصول ، ص 300.

2 - الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ص 268.

د - إذا استأجر امرأة ليزني بها ، فزني ، فإنه يحدّ عند الشافعية. ولا يحدّ عند الحنفية ، لوجود صورة السبب.

### المطلب الرابع : أسباب التكاليف<sup>(1)</sup>

اتضح من المطلب الأول أن السبب هو الواقعة المولدة للتكليف ، أي الأسباب الشرعية التي تنسب الأحكام إليها من حيث الظاهر ، وإن كان المؤثر الحقيقي في الأشياء كلها هو الله تعالى<sup>(2)</sup>. والسبب بهذا المعنى يغطي جميع النشاطات التي يأتيها المكلف سواء في مجال العبادات أو المعاملات، وفي هذا المطلب سنرى مدى انطباق هذا المفهوم عليها ، وسأكتفي ببيان سبب بعض التكاليف الشرعية التي نراها كافية في توضيح المقصود، وهي : سبب وجوب الإيمان ، وسبب وجوب العبادات ، والمعاملات المالية ، والجهاد والحزبية ، والكفارات ، وسيتم توضيح ذلك في الفروع الآتية :

### الفرع الأول : سبب وجوب الإيمان

والمقصود بسبب وجوب الإيمان ، هو وجوب التصديق والإقرار الذي هو فعل العبد ، وليس المراد بسبب وجوب الإيمان وحدانية الله تعالى ، التي هي أمر أزلي لا تتعلق بسبب من الأسباب<sup>(3)</sup>. وسبب وجوب الإيمان في الحقيقة هو إيجاب الله تعالى ، وأما سببه في الظاهر فمنسوب إلى حدث العالم، فحدث العالم بما يتضمنه من آيات دالة على حدثه ، وهو الواقعة والعلامة المنصوبة سببا لوجوب الإيمان في الظاهر. يقول السرخسي شارحا هذا المعنى : "وجوب الإيمان بالله تعالى كما هو بأسمائه وصفاته بإيجاب الله ، وسببه في الظاهر الآيات الدالة على حدث العالم لمن وجب عليه ، وهذه الآيات غير موجبة لذاتها ، لكن الله تعالى هو الموجب بأن أعطاه آلة يستدل بتلك الآلة على معرفة الواجب. كمن يقول لغيره هاك السراج ، فإن أضاء لك الطريق فاسلكه ، كان الموجب للسلوك في الطريق هو الأمر بذلك ، لا الطريق بنفسه ولا السراج. فالعقل بمنزلة السراج ، والآيات الدالة على حدث العالم بمنزلة الطريق ، والتصديق من العبد والإقرار بمنزلة السلوك في الطريق ، فهو واجب بإيجاب الله تعالى حقيقة، وسببه الظاهر الآيات الدالة على حدث العالم"<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - اخترت هذا العنوان لأنه دالّ على المقصود ، وعنوان هذا المبحث في كتب الأصول ، أسباب الشرائع. انظر السرخسي، ج 1 ص 100. والدبوسي، ص 61. والبيدوي، ج 2 ص 339. عبد العزيز البخاري ج 2 ص 339، وغيرهم من الأصوليين.  
<sup>2</sup> - ملاجيون ، شرح نور الأنوار على المنار ، ج 1 ص 473.  
<sup>3</sup> - البيدوي ، أصول الفقه ، ج 2 ص 346. أصول السرخسي ، ج 1 ص 102.  
<sup>4</sup> - أصول السرخسي ، ج 1 ص 102.

وأما الحكمة في جعل حدث العالم سببا لوجوب الإيمان ، فإنما هو تيسير على العباد ، وقطع لحجج المعاندين ، لأنه لو لم يوضع له سبب ظاهر ، ربما أنكر المعاند وجوبه ، ولم يمكن الإلزام عليه ، فوضع السبب الظاهر إلزاما للحجة عليه وقطعا لشبهته بالكلية. ولأنه لو لم يجعل حدث العالم سببا لوجوب الإيمان ، ربما احتج المعاندون يوم القيامة ، وقالوا ما ثبت لنا دليل الإيمان ، فلما وضع هذا السبب انقطعت حججهم<sup>(1)</sup>.

كما أن حدث العالم يصلح سببا لوجوبه ، لأنه يدل على الصنعة والحدوث ، وهما يدلان على الصانع والمحدث ، فيستدل بهما على أن له محدثا موصوفا بصفات الكمال ، منزها عن النقيصة والزوال ، فيكون سببا لوجوبه. وإلى ذلك أشار عمر بن الخطاب رضي الله عنه في قوله : "البعرة تدل على البعير ، وآثار المشي تدل على المسير ، فهذا الهيكل العلوي ، والمركز السفلي ، أما يدلان على الصانع الخبير"<sup>(2)</sup>. ولما كان الكون محدثا ودائما في ظاهره لا يتغير ، كان الإيمان بالله تعالى دائما بدوام سببه. قال السرخسي : "ولا نعني أن هذه الآيات توجب وحدانية الله تعالى ظاهرا أو حقيقة ، وإنما نعني أنها في الظاهر سبب لوجوب التصديق والإقرار على العبد ، ولكون هذه الآيات دائمة لا تحتل التغيير بحال ، إذ لا يتصور للمحدث أن يكون غير محدث في شيء من الأوقات ، فكان فرضية الإيمان بالله تعالى ، دائما بدوام سببه غير محتمل للنسخ والتبديل بحال"<sup>(3)</sup>. ورتب على ذلك صحة إيمان الصبي العاقل ، لأن السبب متقرر في حقه ، والخطاب بالأداء موضوع عنه بسبب الصبا.

### الفرع الثاني : سبب وجوب العبادات

وسيتم تناول العبادات بالمعنى الاصطلاحي للكلمة ، ويشمل ذلك الصلاة ، والصيام ، والزكاة ، والحج ، وزكاة الفطر ، وذلك في البنود الآتية.

### البند الأول : سبب وجوب الصلاة

السبب الحقيقي في وجوب الصلاة هو إيجاب الله تعالى ، وهو غيب عنا لا نستطيع إدراكه ، فأقيم الوقت مقامه ، كسبب ظاهر نستطيع إدراكه ، فأصبح الوقت هو سبب الوجوب في حقنا<sup>(4)</sup> ، وهو الواقعة المولدة للتكليف.

<sup>1</sup> - عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 345.

<sup>2</sup> - عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 345. وفي مراجع أخرى تنسب هذه الكلمة لبعض الأعراب ، حيث قال : البعرة تدل على البعير ، وآثار الأقدام تدل على المسير ، ، فسماء ذات أبراج ، وأرض ذات فجاج ، كيف لا تدل على اللطيف الخبير. ملاجيون ، نور الأنوار في شرح المنار ، ج 1 ص 473 - 474.

<sup>3</sup> - أصول السرخسي ، ج 1 ص 102.

<sup>4</sup> - ملاجيون ، نور الأنوار في شرح المنار ، ج 1 ص 474.

والدليل على أن سبب وجوب الصلاة هو الوقت ، قول الله تعالى : { أقيم الصلاة لدُؤكِ الشَّمْسِ إِلَى غَسَقِ اللَّيْلِ }<sup>(1)</sup> ، فقد علّق الأمر بإقامة الصلاة ، بوقت الدُّؤكِ ، وقد تبين فيما سبق أن تعلق الحكم بالشيء يدل على أنه سببه.

وما يدل على أن الوقت سبب وجوب الصلاة ، نسبتها وإضافتها إلى الوقت شرعا، فيقال : صلاة الفجر وصلاة الظهر وصلاة العصر ، وإنما يضاف الواجب إلى سببه. قال عبد العزيز البخاري : "يقال صلاة الفجر وصلاة الظهر ونحوهما ، وقد ذكرنا أنّ الأصل في إضافة الشيء إلى الشيء ، أن يكون ثابتا به، كإضافة الولد إلى الوالد. إذا الأصل في الإضافة أن تكون بأخص الأوصاف ، وأخص الأوصاف الوجوب، لأنّ معنى الثبوت بالسبب سابق على سائر وجوه الاختصاص"<sup>(2)</sup>.

ومما يدل على أن الوقت سبب الوجوب ، أنها تتكرر بتكرره ، ويطلق أداء الصلاة قبل الوقت ، ويصح بعد دخوله وإن تأخر لزوم أدائها إلى آخر الوقت. ومما يؤكد أن الوقت يصلح سببا في الظاهر لوجوب الصلاة : "أن في كل لحظة وصول نعمة من الله تعالى إلى جانب العبد ، وهو يقتضي الشكر في كل ساعة"<sup>(3)</sup>.

وقد أثار كل من السرخسي وعبد العزيز البخاري اعتراضا على كون الوقت سببا لوجوب الصلاة ، واتفقا في الإجابة عليه فقالا : "فإن قيل لا يفهم من من وجوب العبادة شيء سوى وجوب الأداء، ولا خلاف في أن وجوب الأداء بالخطاب ، فما الذي يكون واجبا بسبب الوقت ؟

قلنا الواجب بسبب الوقت ، ما هو المشروع نفلا في غير الوقت ، الذي هو سبب الوجوب. وبيان هذا في الصوم ، فإنّه مشروع نفلا في كل يوم وجد الأداء أو لم يوجد ، وفي رمضان يكون مشروعاً واجبا بسبب الوقت ، سواء وجد خطاب الأداء بوجود شرطه ، وهو التمكن من الأداء أو لم يوجد"<sup>(4)</sup>.

"ألا ترى أن من كان مغمى عليه أو نائما في وقت الصلاة ، ثم أفاق بعد مضي الوقت ، يصير مخاطبا بالأداء ، لوجوبها عليه لوجود السبب وهو الوقت. ولو كان هذا المغمى عليه أو النائم غير بالغ ، ثم بلغ بعد مضي الوقت ، ثم أفاق وانتبه ، لم يكن عليه قضاءها ؛ وقد صار مخاطبا عند الإفاقة في الموضعين بصفة واحدة ، ولكن لما انعدمت الأهلية عند وجود السبب لم يثبت الوجوب في حقه ، فلما وجدت

1 - سورة الإسراء ، آية رقم : 78.

2 - عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 347.

3 - ملاحيون ، نور الأنوار في شرح المنار ، ج 1 ص 81.

4 - عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 347 - 348. أصول السرخسي ، ج 1 ص 103.

الأهلية في الفصل الأول ، ثبت الوجوب. ومن باع بثمان مؤجل ، فالثمان يجب بنفس العقد ، والخطاب بالأداء متأخر إلى مضي الأجل فهذا مثله"<sup>(1)</sup>.

### البند الثاني : سبب وجوب صيام شهر رمضان

قال عبد العزيز البخاري : اتفق المتأخرون من مشايخنا مثل القاضي الإمام أبي زيد الدبوسي وشمس الأئمة السرخسي ، وفخر الإسلام البزدوي ، وصدر الإسلام أبي اليسر ومن تابعهم ، على أن سبب وجوب الصّوم الشهر ؛ لأنه يضاف إليه ويتكرر بتكرره ، ويصح الأداء بعد دخول الشهر ، ولا يصح قبله"<sup>(2)</sup>.

لكنهم اختلفوا بعد ذلك إلى فريقين ، فريق يمثله السرخسي حيث ذهب إلى أن السبب هو شهود الشهر في حال قيام الأهلية ، فيستوي في السببية الأيام والليالي"<sup>(3)</sup>. وفريق آخر يمثله الدبوسي والبزدوي والنسفي"<sup>(4)</sup> وأبو اليسر"<sup>(5)</sup> ، حيث ذهبوا إلى أن سبب وجوب الصوم أيام شهر رمضان دون ليليه ، أي الجزء الأول من كل يوم سبب لصوم ذلك اليوم"<sup>(6)</sup>، وقد أيد كل فريق رأيه بما يراه مناسباً.

فاستدل السرخسي على أن سبب وجوب الصوم شهود الشهر بقول الله تعالى : {فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ}<sup>(7)</sup>. قال : "معناه فليصم فيه ؛ لأنّ الوقت ظرف للصوم ، وإنما يفهم من هذا فليصم فيه الصوم الواجب بشهوده"<sup>(8)</sup>.

ثم ردّ على الفريق الآخر ، الذي اعتبر أن سبب الوجوب هو أيام الشهر دون الليالي ، فقال : "إن الشهر اسم لجزء من الزمان يشتمل على الأيام والليالي ، وإنما جعله الشرع سبباً لإظهار فضيلة هذا الوقت ، وهذه الفضيلة ثابتة لليالي والأيام جميعاً. والرواية محفوظة في أنّ من كان مفيقاً في أول ليلة من الشهر ثم حجّ قبل أن يصبح ، ومضى الشهر وهو مجنون ، ثم أفاق يلزمه القضاء ، ولو لم يتقرر السبب في حقه بما شهد

1 - أصول السرخسي ، ج 1 ص 103.

2 - عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 349.

3 - أصول السرخسي ، ج 1 ص 103.

4 - حافظ الدين النسفي ، كشف الأسرار شرح المصنف على المنار ، ج 1 ص 476.

5 - أبو اليسر : هو صدر الإسلام محمد بن محمد بن الحسين ، أخو فخر الإسلام ولد سنة 421 هـ ، وكني بأبي اليسر ليسرة تصانيفه ، كما كني أخوه فخر الإسلام بأبي العسر لدقة تصانيفه وعسرهما ، وصعوبة فهم محتواها على أكثر الناس. برع أبو اليسر في العلوم أصولاً وفروعاً ، وانتهت إليه رئاسة الحنفية فيما وراء النهر ، توفي ببخارى سنة 493 هـ.

6 - عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 349.

7 - سورة البقرة ، آية رقم : 184.

8 - أصول السرخسي ، ج 1 ص 104.

من الشهر في حالة الإفاقة ، لم يلزمه القضاء. وكذلك الجنون إذا أفاق في ليلة من الشهر ، ثم جنّ قبل أن يصبح ، ثم أفاق بعد مضي الشهر يلزمه القضاء. والدليل عليه أن نية أداء الفرض تصح بعد دخول الليلة الأولى بغروب الشمس قبل أن يصبح ؛ ومعلوم أن نية أداء الفرض قبل تقرر سبب الوجوب لا يصح ، ألا ترى أنه لو نوى قبل غروب الشمس لم تصح نيته. أيد ما قلناه قوله صلى الله عليه وسلم : "صوموا لرؤيته"<sup>(1)</sup>. فإنه نظير قوله تعالى : { أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ }<sup>(2)</sup> ... ولو أسلم في آخر يوم من رمضان قبل الزوال أو بعده لم يلزمه الصوم ، وإن أدرك جزءا من الشهر ، لأنه ليس هنا احتمال الأداء في الوقت"<sup>(3)</sup>.

أما الفريق الثاني الذي قال بأن سبب الوجوب هو أيام الشهر دون الليالي ، فقد استدلوا على أن الواجب في الشهر أشياء متغايرة ، فإن صوم كل يوم عبادة على حدة ، وليست مرتبطة بصوم يوم آخر ، وذلك لاختصاص كل يوم بتوافر شروطه وانتفاء موانعه ؛ كالصلوات في أوقاتها. بل إن التفرق في الصيام أكثر منه في الصلوات ، فإنّ التفرق في الصلوات باعتبار أنّ أداء الظهر لا يجوز في وقت الفجر، ويفوت بمجيء وقت العصر ، قبل أداء الظهر. وهذا المعنى فيما نحن فيه موجود وزيادة ؛ وهو أن بين كل يومين ، وقتا لا يصلح للصوم ، لا أداء ولا قضاء ولا نفلا ، وإذا كان كذلك كان كل يوم عبادة متعلقة بسبب على حدة ، ولأنّ الله تعالى إذ جعل وقتا سببا لعبادة ، فذلك لبيان شرف تلك العبادة في الأداء دون الإيجاب ، فعلمنا أن الأسباب هي الأيام دون الليالي<sup>(4)</sup>.

وردّوا على أدلة السرخسي ، فقال البزدوي : فإنّ معنى قوله تعالى { فَلْيَصُمْهُ } فليصم في أيامه ، والوقت متى جعل سببا كان ظرفا صالحا للأداء ، والليل لا يصلح له ، فعلم أن اليوم سببه ، بدلالة نسبته إليه وتعلقه به ، وتعليق الحكم بالشيء شرعا ، دليل على أنّه سببه. ولهذا وجب على كل صبي يبلغ في شهر رمضان، وكافر يسلم أن يصوموا بقدر ما يدركوا من الشهر ، لأنّ لكل يوم سببا لصومه ، بمنزلة كل وقت من أوقات الصلاة<sup>(5)</sup>.

1 - رواه الإمام أحمد والنسائي ، ابن حجر ، تلخيص الحبير ، ج 2 ص 186.

2 - سورة الإسراء ، آية رقم : 78.

3 - أصول السرخسي ، ج 1 ص 104. البخاري ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 349.

4 - عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 350.

5 - البزدوي ، أصول الفقه ، ج 2 ص 349.

أما شرف ليالي رمضان فقد فسروا شرفها باعتبارين ، إما باعتبار ما شرع في أيامها من صيام ، فشرفها تابع لشرف الأيام، أو باعتبار كونها أوقاتا لقيام رمضان. قالوا : وكلامنا في شرف يحصل باعتبار سببية وجوب الصوم ، وذلك بأن يكون محلا لأداء مسببه ، وذلك حاصل بأيام رمضان دون لياليه<sup>(1)</sup>.

أما لزوم القضاء في حق من جنّ أول ليلة من شهر رمضان ، ومضى الشهر وهو مجنون ، "فإنه أهل للوجوب مع الجنون ، إلا أنّ الشرع أسقط عنه عند تضاعف الواجبات دفعا للحرص ، واعتبر الحرج في الصوم باستغراق الجنون جميع الشهر ولم يوجد"<sup>(2)</sup>.

أما جواز النية في الليل ، فباعتبار أنّ الليل جعل تابعا لليوم في حق هذا الحكم ، ضرورة تعذر اقتتان النية بأول جزء من أجزاء الصوم ، الذي هو شرط ؛ فأقيمت النية في الليل مقام النية المقترنة بأول الصوم ، ولا ضرورة فيما نحن فيه<sup>(3)</sup>.

وأرى أنّ ما ذهب إليه البزدوي ومن معه هو الراجح ، وذلك لأنّ محل الصوم هو النهار دون الليل ، ولأنّ كل يوم من أيام رمضان هو عبادة مستقلة عن اليوم الآخر ، وفي تعبير القرآن الكريم بقوله تعالى : { أَيَّامًا مَعْدُودَاتٍ }<sup>(4)</sup> ما يؤكد هذا المعنى، حيث خاطب المؤمنين بوجوب الصوم ، بقوله تعالى : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ }<sup>(5)</sup>. ثم بين مقدار هذا الصوم ومحلّه ، فقال : { أَيَّامًا مَعْدُودَاتٍ } . مما يوحي أنّ السبب هو أيام رمضان دون الليالي.

### البند الثالث : سبب وجوب الزكاة

سبب وجوب الزكاة هو ملك النصاب<sup>(6)</sup> ، والدليل على ذلك أنّها تضاف إلى المال ، فيقال زكاة المال وزكاة السائمة وزكاة التجارة<sup>(1)</sup>. روى الترمذي وابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرک ، أنّ النبي

1 - عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 350.

2 - نفس المرجع والصفحة.

3 - نفس المرجع والصفحة.

4 - سورة البقرة ، آية رقم : 183.

5 - سورة البقرة ، آية رقم : 182.

6 - والنصاب هو مقدار محدد من المال من ملكه وحال عليه الحول وجبت عليه الزكاة. وهو في الثروة الحيوانية خمسة من الإبل ، وثلاثون بقرة من البقر ، وأربعون شاة من الغنم. وفي النقدين 85 غراما من الذهب. وفي الثروة الزراعية 653 غراما من الزروع والثمار.

والحكمة من النصاب أنّ الزكاة إنما هي ضريبة تؤخذ من الغني مواساة للفقير ، ومشاركة في مصلحة الإسلام والمسلمين ، فلا بد أن تؤخذ من مال يحتل المواساة ، ولا معنى لأن نأخذ من الفقير ضريبة وهو في حاجة إلى أن يُعان لا أن يُعين ، ومن ثم قال النبي صلى الله عليه وسلم "لا صدقة إلا عن ظهر غني". ومن هنا اتجه التشريع الضريبي الحديث إلى إعفاء ذوي الدخل المحدود من

صلى الله عليه وسلم قال : "أَدُّوا زَكَاةَ أَمْوَالِكُمْ". وروى البخاري في كتاب الوصايا قول النبي صلى الله عليه وسلم : "لَا صَدَقَةَ إِلَّا عَن ظَهْرِ غَنِيٍّ"<sup>(2)</sup>. والغنى ، لا يحصل بأصل المال ما لم يبلغ مقدارا معيناً وهو النصاب الشرعي ، وأحوال الناس في ذلك مختلفة ، فقدّر النصاب في حق الكل<sup>(3)</sup>.

ومما يدل أيضاً على أن ملك النصاب هو سبب وجوب الزكاة ، أنه يجوز أداء الزكاة بعد كمال النصاب قبل حلول الحول ، وجواز الأداء لا يكون قبل تقرر سبب الوجوب ، أما لو حصل الأداء قبل كمال النصاب لم يجز ، لأنه تعجيل للحكم قبل سببه<sup>(4)</sup>.

وبيانه أن الشخص لو ملك مبلغاً من المال لم يبلغ نصاباً فبادر بإخراج الزكاة ، ثم تم له ملك النصاب ، وحال عليه الحول ، فإنّ الزكاة تجب عليه ، ولا يجزئ عنه ما أداه قبل ، لعدم وجود السبب<sup>(5)</sup>.

أما إذا عجل الزكاة بعد ما وجد سببها ، وهو ملك النصاب وقبل حلول الحول ، فقد أجاز ذلك أبو حنيفة والشافعي وأحمد والحسن البصري وسعيد بن جبير والزهري والأوزاعي وإسحق وأبو عبيد. ومنع مالك وربيعة وداود تقدّم الزكاة قبل حلول الحول ، سواء قدمها قبل ملك النصاب أو بعده ، لقوله صلى الله عليه وسلم : "لا تؤدى زكاة قبل حلول الحول" ، ولأنّ الحول أحد شرطي الزكاة<sup>(6)</sup>.

وقد اعترض بعض الفقهاء بأنه لو كان ملك النصاب هو سبب وجوب الزكاة ، لوجب الأداء في الحال ، ولما تأخر إلى حلول الحول.

والجواب عن ذلك أن الزكاة تؤخذ من الأغنياء لترد على الفقراء ، "غير أنّ الغنى لا يقع على الكمال واليسر إلا بما هو نام"<sup>(7)</sup>. والمال النامي ، هو الذي يدرّ على صاحبه ربحاً وفائدة، أي دخلاً أو غلّة أو إيراداً. قال الكاساني : ونعني به - أي التّماء - كون المال معداً للاستمناء بالتجارة أو بالإسامة (رعي

---

فرض الضرائب عليهم وفقاً بهم ومراعاة لحالهم وعدم مقدرتهم على الدفع ، وهو ما سبقت إليه الشريعة الإسلامية منذ خمسة عشر قرناً من الزمان. يوسف القرضاوي، فقه الزكاة، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة السابعة 1422هـ - 2001م، ج 1 ص 185.

<sup>1</sup> - النسفي ، كشف الأسرار ، ج 1 ص 476. أصول السرخسي ، ج 1 ص 106.

<sup>2</sup> - رواه البخاري في صحيحه معلقاً ، والإمام أحمد في مسنده موصولاً.

<sup>3</sup> - عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 348. أصول السرخسي ، ج 1 ص 106.

<sup>4</sup> - ابن قدامة ، المغني ، ج 2 ص 500. أصول السرخسي ، ج 1 ص 106.

<sup>5</sup> - عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 349.

<sup>6</sup> - ابن قدامة ، المغني ، ج 2 ص 499. قال ابن رشد في بداية المجتهد ج 1 ص 274 : "وسبب الخلاف هل هي عبادة أو حق واجب للمساكين ، فمن قال عبادة وشبهها بالصلاة لم يجز إخراجها قبل الوقت. ومن شبهها بالحقوق الواجبة المؤجلة ، أجاز إخراجها قبل الأجل على جهة التطوع. وقد احتج الشافعي لرأيه بحديث علي أن النبي صلى الله عليه وسلم : "استسلف صدقة العباس قبل محلها".

<sup>7</sup> - البزدوي ، أصول الفقه ، ج 2 ص 348.

الحيون في الكلا المباح) لأن الإسامة سبب لحصول الدر (اللبن) والنسل والسمن ، والتجارة سبب لحصول الربح ، فيقام السبب مقام المسبب ، وتعلق الحكم به ، كالتفر مع المشقة ونحو ذلك<sup>(1)</sup>.

غير أن النماء لا يتم إلا بالزمان ، فأقيم الحول - وهو المدة الكاملة لاستمئاء المال ، المشمل على الفصول الأربعة - مقام النماء<sup>(2)</sup>.

كما أجاب عبد العزيز البخاري على هذه الاعتراض بعبارة واضحة فقال : "أصل الغنى وإن كان يثبت بملك التصاب ، إلا أن تكامله متوقف على النماء. والمال إذا لم يكن ناميا تفنيه الحوائج ، وإذا كان ناميا تعين النماء لدفع الحوائج ، فبقي أصل المال فاضلا عن الحاجة ، فيحصل به الغنى ، ويتيسر عليه الأداء منه، فشرط النماء لوجوب الأداء تحقيقا للغنى واليسر اللذين بنيت هذه العبادة عليهما ، ولا نماء إلا بالزمان ، فأقيم الحول مقام النماء"<sup>(3)</sup>.

#### البند الرابع : سبب وجوب الحج

سبب وجوب الحج هو البيت الحرام ، والدليل على ذلك أنه يضاف إليه شرعا ، والإضافة تدل على السببية في الأصل ، قال الله تعالى : { وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ الْعَالَمِينَ }<sup>(4)</sup>. ولأن وجوب الحج لا يتكرر ، بل لا يجب إلا مرة واحدة في العمر ، وذلك لأن السبب هو البيت غير متجدد بل هو البيت العتيق<sup>(5)</sup>.

قال أبو اليسر تعليلا لكون البيت سببا لوجوب الحج : "إن للبيت حرمة شرعا ، فيجوز أن يصير سببا لزيارته شرعا ، فإن المكان المحترم ، قد يزار تعظيما له واحترما ، إلا أن احترامه لله تعالى ، فيكون زيارته تعظيما لله عز وجل ، لا له ؛ ولأن هذا البيت لحرمة أمان للخلق ، فكان نعمة في نفسه ، فصار سببا لكونه نعمة"<sup>(6)</sup>.

وقريبا من المعنى نفسه الذي علل به أبو اليسر ، قال السرخسي : "وإنما كان البيت سببا لوجوب الحج ، لأنها عبادة هجرة وزيارة ، تعظيما لتلك البقعة"<sup>(7)</sup>.

1 - الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج 2 ص 11.

2 - البزدوي ، أصول الفقه ، ج 2 ص 348. النسفي ، كشف الأسرار ، ج 1 ص 476.

3 - عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 349.

4 - سورة آل عمران ، آية رقم : 97.

5 - أصول السرخسي ، ج 1 ص 105. النسفي ، كشف الأسرار ، ج 1 ص 478. ملاجيون ، نور الأنوار في شرح المنار ، ج 1 ص 474. البزدوي ، أصول الفقه ، ج 2 ص 352.

6 - عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 353.

7 - أصول السرخسي ، ج 1 ص 105.

أما وقت الحج الذي يبدأ من شوال إلى ذي الحجة<sup>(1)</sup> ، فهو شرط للأداء ، وليس سببا للوجوب ، لأنّ وجوب الحج لا يتكرر بتكرر الوقت<sup>(2)</sup>.

غير أن أداء الحج شرع متفرقا منقسما على أزمنة وأمكنة ، لأنّ أركان الحج بعضها مختص بوقت ومكان ، وبعضها غير مختص بذلك. فما كان منها مختصا بوقت أو مكان لا يجوز أدائه في غير وقته أو مكانه الذي اختص به ، كالوقوف بعرفة فلا يجوز في غير اليوم التاسع من ذي الحجة وبجبل عرفة. وكذلك الرمي ، فلا يجوز رمي اليوم الثاني في اليوم الأول. أما ما لم يكن مختصا بوقت محدد ، فيجوز أدائه في جميع وقت الحج، كالسعي مثلا فإنّ من سعى أو طاف في رمضان لم يصح سعيه ، لأنه تم خارج وقت الحج، أما لو سعى وطاف في شوال صح منه ذلك<sup>(3)</sup>. قال السرخسي "وهو نظير أركان الصلاة ، فإن السجود ترتب على الركوع ، فلا يعتد به قبل الركوع ... وبهذا يتبين أن الوقت ، ليس بسبب للوجوب ، ولكنّه شرط جواز الأداء، ووجوب الأداء فيه"<sup>(4)</sup>.

أما الاستطاعة فهي شرط لوجوب الأداء ، وليست سببا للوجوب ، والدليل على ذلك :  
أ - أن الحج عبادة بدنية ، فلا يصلح المال سببا لوجوبها. قال البزدوي : "ألا ترى أنّها عبادة بدنية، فلا يصلح المال سببا لها ، ولكنها عبادة هجرة وزيارة فكان البيت سببا لها"<sup>(5)</sup>. وقال السرخسي : "الاستطاعة بالمال ليس بسبب للوجوب ، فإن هذه عبادة بدنية ، وإنما كان البيت سببا لوجوبها ، لأنها عبادة هجرة وزيارة ، تعظيما لتلك البقعة ، فلا يصلح المال سببا لوجوبها ، ولا هو شرط لجواز الأداء أيضا"<sup>(6)</sup>.

ب - إن الاستطاعة تفسر بملكية الزاد والراحلة ، ولو كانت سببا للوجوب لما جاز الأداء قبل ملكها، ولكن الأداء قبل ملكها صحيح من الفقير وإن كان لا يملك شيئا ، فدليل ذلك على أن الاستطاعة

1 - اتفق العلماء على أن أشهر الحج هي شوال وذي القعدة ، واختلفوا في ذي الحجة ، هل هو بكامله من أشهر الحج أو العشر منه فقط ؟ فذهب مالك وابن حزم ، إلى أن ذي الحجة كله من أشهر الحج. وذهب أحمد والشافعي والحنفية إلى أن العشرة أيام الأولى من ذي الحج فقط هي التي من أشهر الحج. السيد سابق ، فقه السنة ، دار الكتاب العربي ، بيروت لبنان ، الطبعة الخامسة 1983 ، ج 1 ص 651.

2 - البزدوي ، أصول الفقه ، ج 2 ص 352. أصول السرخسي ، ج 1 ص 105.

3 - النسفي، كشف الأسرار، ج 1 ص 478. البخاري، كشف الأسرار، ج 1 ص 353. أصول السرخسي، ج 1 ص 105.

4 - أصول السرخسي ، ج 1 ص 105.

5 - البزدوي ، أصول الفقه ، ج 2 ص 352.

6 - أصول السرخسي ، ج 1 ص 105.

ليست بسبب<sup>(1)</sup>. قال السرخسي : "فالأداء من الفقير صحيح ، وإن كان لا يملك شيئاً، وإنما المال شرط وجوب الأداء ، فإنَّ السَّفر الذي يوصله إلى الأداء لا يتهيأ له بدون الزاد والراحلة إلا بحرج عظيم والحرج مدفوع ، فعرفنا أن المال شرط وجوب الأداء"<sup>(2)</sup>.

ج - لو كانت الاستطاعة سبباً لوجوب الحج ، لتجدد الوجوب بتجددها ولأضيف إليها ، لكن الوجوب لا يتجدد بتجددها ، ولا يضاف إليها كما لا يضاف إلى الوقت ، فدلَّ ذلك على أنها ليست بسبب للوجوب ، بل هي شرط كالوقت<sup>(3)</sup>.

وخلاصة القول فإن سبب وجوب الحج هو البيت الحرام ، وأن الوقت شرط جواز الأداء ، والاستطاعة بالمال شرط وجوب الأداء<sup>(4)</sup>. وفي هذا المعنى يقول أبو زيد الدبوسي ، في قول الله تعالى : {وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا} <sup>(5)</sup>. "ولله على النَّاسِ المستطيعين حج البيت ، حقا واجبا بسببه ، إذا جاء وقت الأداء"<sup>(6)</sup>.

#### البند الخامس : سبب وجوب زكاة الفطر

سبب وجوب زكاة الفطر رأس يمونه بولايته عليه ؛ أي يقوم المكلف بكفايته ، ويتحمل مؤونته مع ولايته عليه. والدليل على ذلك أن الزكاة تضاف إلى الرأس فيقال زكاة الرأس ، بالإضافة دليل السببية، كما أن الواجب يتضاعف بتعدد الرؤوس من الأولاد والصغار والمماليك<sup>(7)</sup>.

قال البزدوي : "سبب وجوب صدقة الفطر على كل مسلم غني ، رأس يمونه بولايته عليه"<sup>(8)</sup>. واستدل على ذلك بما رواه الدارقطني في سننه عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "أدوا عن

1 - عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 353.

2 - أصول السرخسي ، ج 1 ص 105.

3 - أصول السرخسي ، ج 1 ص 106. عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 353. النسفي ، كشف الأسرار ، ج 1 ص 478.

4 - عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 353.

5 - سورة آل عمران ، آية رقم : 97.

6 - عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 353.

7 - أصول السرخسي ، ج 1 ص 107. البزدوي ، أصول الفقه ، ج 2 ص 350. عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 350.

8 - البزدوي ، أصول الفقه ، ج 2 ص 350.

كل حر وعبد"<sup>(1)</sup>. وبما رواه البيهقي والدارقطني عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "أدوا صدقة الفطر عمن تمون"<sup>(2)</sup>.

ووجه الدلالة من الحديثين ، أن كلمة "عن" معناها انتزاع الشيء والمجازة له والانصراف عنه ، نحو عدلت عن زيد أي انصرفت عنه<sup>(3)</sup>. وهي بالاستقراء تدل على أحد أمرين<sup>(4)</sup> :

الأول : أن يكون ما دخل عليه "عن" سببا ينتزع الحكم عنه ، أي عن السبب. كما يقال أدى الزكاة عن ماله ، أي بسببها. وكما قال الله تعالى : {إِنَّكُمْ لَفِي قَوْلٍ مُخْتَلِفٍ \* يُؤَفِّكُ عَنْهُ مَنَ أَفْكَ} <sup>(5)</sup>. أي يصرف بسببه<sup>(6)</sup>. حيث جعل الضمير راجعا إلى قول مختلف ، أي يصدر إفكهم عن القول المختلف. قال الزمخشري : "ومثله قول الشاعر :

يَنْهَوْنَ عَنِ أَكْلِ وَشَرَبِ مِثْلِ الْمَهَا يَرْتَعْنَ فِي خِصْبِ<sup>(7)</sup>

أي يتناهون في السمن بسبب الأكل والشرب ، وحقيقته يصدر تناهيهم في السمن عنهما ، وكذلك يصدر إفكهم عن القول المختلف"<sup>(8)</sup>.

ومن ثم يكون معنى الحديث أدوا صدقة الفطر الواجبة الناشئة ، عن الرأس التي تمونها وتلونها. الثاني : أن يكون محلا يجب الحق عليه فيؤدى عنه ، كالدية تجب على القاتل ، وتحملها العاقلة عنه ، وهذا الوجه الثاني باطل ، لاستحالة وجوب صدقة الفطر على العبد والكافر والفقير. فالعبد لا يتصور

1 - الحافظ جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي ، نصب الراية لأحاديث الهداية ، مطبعة دار المأمون ، بيروت ، الطبعة الثانية ، سنة 1393 هـ ، ج 2 ص 412.

2 - ابن حجر ، تلخيص الحبير ، ج 2 ص 183.

3 - الزركشي ، البحر المحيط ، ج 2 ص 297.

4 - البزدوي ، أصول الفقه ، ج 2 ص 350. أصول السرخسي ، ج 1 ص 107. عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 351. النسفي ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 477.

5 - سورة الذاريات ، الآيتان رقم : 8 - 9.

6 - الشيخ محمد الطاهر بن عاشور ، التحرير والتنوير ، الدار التونسية للنشر ، تونس ، طبعة سنة 1984 ، ج 26 ص 342.

7 - يقال نهي الحمل فهو ناه ، إذا فرط في السمن. والمها جمع مهاة وهي البقرة الوحشية. فالشاعر يصف أضيافا بأنهم يصدر تناهيهم ومنهم عن الأكل والشرب وشبههم بالمها اللاتي يرتعن في الكأ. والخصب مصدر سمي به الكأ.

8 - أبو القاسم جار الله محمود بن عمر الزمخشري ، الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل ، در المعرفة ، بيروت ، لبنان (د س ن) ، ج 4 ص 14. عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي ، تفسير القرآن الكريم ، دار الفكر ، بيروت لبنان ، 1401 هـ ، (د ر ط) ، ج 13 ص 210.

منه أن يملك شيئاً ، لكونه مملوكاً ، ومن ثم استحالة تكليفه. وكذلك الكافر ، لأنها قريبة وهو ليس من أهلها. وكذلك الفقير ، لأنه ليس على الجراب خراج<sup>(1)</sup>.

فتبين إذن أن "المراد انتزاع الحكم عن سببه ، وفيه تنصيب على أن الرأس بصفة المؤونة والولاية ، هي السبب الموجب للوجوب"<sup>(2)</sup>.

ومما يدل أيضاً على أن سبب وجوب صدقة الفطر هو رأس يمونه ويولي عليه، ما جاء عن ابن عباس قال : "فَرَضَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ زَكَاةَ الْفِطْرِ طَهْرَةً لِلصَّائِمِ مِنَ اللَّغْوِ وَالرَّفَثِ، وَطَعْمَةً لِلْمَسَاكِينِ"<sup>(3)</sup>.

وهذا الحديث يشير إلى الحكمة من مشروعية صدقة الفطر ، وهي حكمة مركبة من أمرين عبادة ومؤونة<sup>(4)</sup> ، الأمر الأول : العبادة وتتعلق بالصائمين وما عسى أن يكون قد شاب صيامهم من لغو القول ورفث الكلام ، فجاءت هذه الزكاة في ختام الشهر ، بمثابة سجود السهو الذي يجبر نقصان الصوم ، كما يجبر السجود نقصان الصلاة.

الأمر الثاني : المؤونة وتتعلق بالمجتمع ، حيث فرض على أفراد مقدار من الصدقة يقدمونها للفقراء ، كي تعم الفرحة والسرور جميع الناس، ومن هنا قال النبي صلى الله عليه وسلم : "اغْنَوْهُمْ عَنِ الْمَسْأَلَةِ فِي هَذَا الْيَوْمِ"<sup>(5)</sup>.

قال الشيخ أبو الفضل الكرماني : "وقوله طَهْرَةً إشارة إلى معنى العبادة ، وقوله طَعْمَةً إشارة إلى معنى المؤونة ، فكانت الصدقة مشتملة على الوصفين ، معنى العبادة والمؤونة؛ فتعلقت برأس يمونه ويولي عليه ، لأن الولاية من باب العبادة ، والمؤونة من باب الغرامة ، ليكون الحكم على وفق السبب"<sup>(6)</sup>.

1 - الجراب جمع جرباء وأرض جرباء : هي الأرض المحلاة المقحوظة التي لا شيء فيها. ابن منظور ، لسان العرب ، مادة جرب ، ج 2 ص 228. والمقصود من هذه العبارة هو عدم وجوب صدقة الفطر على الفقير ، تشبيهاً له بالأرض المحلاة المقحوظة. فكما أن الأرض المملحة المقحوظة لا يجب فيها الخراج ، كذلك الفقير لا يجب عليه صدقة الفطر.

2 - أصول السرخسي ، ج 1 ص 107.

3 - وتكلمة الحديث : "مَنْ أَدَّاهَا قَبْلَ الصَّلَاةِ فَهِيَ زَكَاةٌ مَقْبُولَةٌ، وَمَنْ أَدَّاهَا بَعْدَ الصَّلَاةِ فَهِيَ صَدَقَةٌ مِنَ الصَّدَقَاتِ". رواه أبو داود في باب زكاة الفطر وسكت عليه هو والمنذري ، وهو بمثابة التحسين منهما. ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط البخاري ووافقه الذهبي. ورواه ابن ماجه في باب زكاة الفطر. والدارقطني وقال ليس في رواته مجروح. انظر نصب الراية للزيلعي ، ج 2 ص 411.

4 - الدكتور يوسف القرضاوي ، فقه الزكاة ، ج 2 ص 420.

5 - أخرجه البيهقي والدارقطني عن ابن عمر، وفي رواية للبيهقي "اغْنَوْهُمْ عَنِ الطَّوْفِ هَذَا الْيَوْمِ". الشوكاني ، نيل الأوطار ، شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، دار الجليل ، بيروت، لبنان، (د ر ط) ، ج 4 ص 258.

6 - عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 352.

### الفرع الثالث : سبب مشروعية الجهاد

الحرب ظاهرة اجتماعية وسنة من سنن الاجتماع البشري ، وليست أمرا طبيعيا في البشرية ، وهي ظاهرة بغیضة مذمومة لما فيها من إزهاق الأرواح وتخريب العمران<sup>(1)</sup> ، وهي من أكبر مظاهر تنازع البقاء الذي هو وصف طبيعي لجميع الكائنات الحية. والدليل على ذلك قول الله تعالى : { وَفُلْنَا اهْبِطُوا بَعْضُكُمْ لِبَعْضٍ عَدُوٌّ وَلَكُمْ فِي الْأَرْضِ مُسْتَقَرٌّ وَمَتَاعٌ إِلَىٰ حِينٍ }<sup>(2)</sup> ، وقوله أيضا: { قَالَ اهْبِطُوا بَعْضُكُمْ لِبَعْضٍ عَدُوٌّ وَلَكُمْ فِي الْأَرْضِ مُسْتَقَرٌّ وَمَتَاعٌ إِلَىٰ حِينٍ }<sup>(3)</sup> ، وقوله أيضا : { وَلَوْلَا دِفَاعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَفَسَدَتِ الْأَرْضُ وَلَكِنَّ اللَّهَ ذُو فَضْلٍ عَلَىٰ الْعَالَمِينَ }<sup>(4)</sup>.

قال ابن خلدون مؤيدا لهذا الرأي : "إنّ الحرب وأنواع المقاتلة لم تزل واقعة في الخليقة منذ برأها الله ، وأصلها إرادة انتقام بعض البشر من بعض ، وبتعصب لكل منها أهل عصبية، فإذا تذامروا لذلك وتوافقت الطائفتان ، إحداهما تطلب الانتقام والأخرى تدافع ، كانت الحرب. وهو أمر طبيعي في البشر ، لا تخلو عنه أمة ولا جيل ، وسبب هذا الانتقام في الأكثر : إما غيرة ومنافسة ، وإما عدوان ، وإما غضب لله ولدينه، وإما غضب للملك وسعي في تمهيده.

فالأول أكثر ما يجري بين القبائل المتجاورة والعشائر المتناظرة. والثاني وهو العدوان أكثر ما يكون من الأمم الوحشية الساكنين بالقفر كالعرب والترك والتركمان والأكراد وأشباههم... والثالث وهو المسمى في الشريعة بالجهاد. والرابع وهو حروب الدول مع الخارجين عليها والممانعين لطاعتها. فهذه أربعة أصناف من الحروب : الصنفان الأولان منها حروب بغية وفتنة، والصنفان الأخيران حروب جهاد وعدل"<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - ومع ذلك فإن للحرب فوائد فهي تقوى الأبدان وترقي الصناعات ، وتجعل الأمم تنمو ، وتوقظ الشعور القومي ، وتفتح المغلق وتيسر العسير. وقد قال أرسطو للإسكندر المقدوني : إن الراحة مضرّة للأمم. وقد قيل إذا أردت رقي أمة فاجعلها تخوض الحروب ؛ فذلك يفتح لها باب السعادة، والأمم النائمة على فراش الراحة الوثير معرضة للزوال. أحمد مصطفى المراغي، تفسير المراغي، مطبعة البايي الحلبي وأولاده، الطبعة الأولى 1946م، ج 26 ص 49. ولعل هذه هي الاستراتيجية التي تعمل بها الولايات المتحدة الأمريكية اليوم فهي لا تخرج من حرب حتى تدخل في أخرى. وفي ذلك تحريك للاقتصاد وتطوير للصناعة الأمريكية ، بل إن التقدم العلمي الهائل الذي عرفته البشرية اليوم ، إنما يعود في جزء كبير منه إلى الجهود الحربية والعسكرية.

<sup>2</sup> - سورة البقرة ، آية رقم : 35.

<sup>3</sup> - سورة الأعراف ، آية رقم : 23.

<sup>4</sup> - سورة البقرة ، آية رقم : 249.

<sup>5</sup> - عبد الرحمن بن خلدون ، المقدمة ، الدار التونسية للنشر ، طبعة 1984 (د ر ط) ، ج 1 ص 330.

ولما كان حُبّ الذات وصفة الأنانية متأصلين في نفوس البشر ، كان ذلك سببا لتنازع المصالح في المجتمع ، فأصبح لا بد من وجود قانون ينظم تلك المصالح ، فوجدت الشرائع وقوانين الحرب لتنظيمها والتخفيف من ويلاتها.

وقد كانت القوانين المنظمة للحرب قواعد عرفية ، وفي منتصف القرن التاسع عشر بدأت الدول في تدوينها في معاهدات أبرمتها خصيصا لذلك ، وكانت أول هذه المعاهدات تصريح باريس في 16 أبريل 1856 ، وقد تضمن بعض القواعد الخاصة بالحرب البحرية. ثم تلتها اتفاقية جنيف لمعاملة جرحى ومرضى الحرب سنة 1864 التي عدلت بمعاهدة 1906 ثم استبدلت بمعاهدة 1939. ثم تصريح سانت بطرسبورغ سنة 1868 الخاص بتحريم استعمال الرصاص المتفجر. ثم الاتفاقات الأربعة عشر التي أسفرت عن مؤتمر لاهاي سنتي 1899 و1907. ثم اتفاقية واشنطن في 6 فبراير 1922 الخاصة بحرب الغواصات وبحرب الغازات. ثم اتفاقيات جنيف الأربعة المؤرخة في 12 أوت 1949. وهي : الاتفاقية الأولى الخاصة بتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان. والثانية الخاصة بتحسين حال جرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار. والثالثة المتعلقة بمعاملة أسرى الحرب. والرابعة المتعلقة بحماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب. والبروتوكولين الإضافيين الملحقين باتفاقيات جنيف ، المؤرخين في 8 جوان 1977 ، الأول منها متعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة الدولية. والثاني منهما متعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة غير الدولية<sup>(1)</sup>.

وقد سبقت الشريعة الإسلامية القانون الدولي العام في تقنين الحرب وتنظيمها ، حيث قسّمت القتال إلى أربعة أنواع : جهاد غير المسلمين ، وقتال أهل الردة ، وقتال أهل البغي ، وقتال المحاربين أو قطاع الطرق. وهذه الأنواع الثلاثة الأخيرة تسمى حروب المصالح<sup>(2)</sup> ؛ وهي لا تعتبر بمفهوم القانون الدولي العام حروبا دولية ، لأنها نزاعات داخل الدولة ، فالمرتدون والبغاة يعتبرون في العرف الدولي ثوارا ، والثورة هي صراع وكفاح داخلي بين السلطة الحاكمة والمحكومين الخاضعين لها ، وينطبق عليهم القانون الداخلي ممثلا

<sup>1</sup> - علي صادق أبو هيف ، القانون الدولي العام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، ( د س ن )، ص 691. واليوم بين يدي المجتمع الدولي عددا كبيرا من المعاهدات الدولية المنظمة للحرب ؛ بعضها ينظم الحرب البرية ، وأخرى تنظم الحرب البحرية ، وثالثة تنظم الحرب الجوية ، ورابعة تتعلق بالجرحى والمرضى والأسرى والمدنيين في الحرب ، وخامسة تحرم بعض الأنواع من الأسلحة وهي ما يصطلح عليها بأسلحة الدمار الشامل.

<sup>2</sup> - أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي ، الأحكام السلطانية والولايات الدينية ، تحقيق الدكتور أحمد مبارك البغدادي ، دار ابن قتيبة ، الكويت ، الطبعة الأولى 1409هـ - 1989م ، ص 51.

في قانون العقوبات، وكذلك قطاع الطرق يعتبرون جناة يهددون أمن الدولة الداخلي ، فينطبق عليه قانون العقوبات أيضا<sup>(1)</sup>.

أما قتال غير المسلمين وهو الذي يصطلح عليه بالجهاد ، فهذا الذي ينطبق عليه وصف الحرب الدولية ، لأنها تكون بين دولتين ، فما السبب والدافع لمثل هذه الحروب طبقا للمفهوم الإسلامي ؟ في ذلك قولان مشهوران للعلماء ، حيث ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والحنفية والحنابلة وقول للشافعي : إلى أن سبب الجهاد هو الاعتداء وليس الكفر ، فلا يقتل شخص لمجرد مخالفته الإسلام أو كفره، وإنما يقتل لاعتدائه على الإسلام والمسلمين ، أما غير المقاتل فلا يجوز قتاله وإنما يلتزم معه جانب السلم. وذهب الشافعي في قول له وبعض أصحاب أحمد ، إلى أن سبب الجهاد هو كفر الكفار ، ورتبوا على ذلك جواز قتل غير المقاتلة ، كالراهب والشيخ الكبير والمقعد والأعمى والفلاح<sup>(2)</sup>.

واستدل كل فريق على مذهبه بما يلي :

**أولا : مذهب الجمهور :** استدل جمهور الفقهاء على مذهبهم بأدلة من القرآن والسنة والمعقول.

#### أ - من القرآن

1 - قال الله تعالى : { أُوذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتَلُونَ بِأَنَّهُمْ ظَلَمُوا وَإِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ \* الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ بِغَيْرِ حَقٍّ إِلَّا أَنْ يَقُولُوا رَبُّنَا اللَّهُ وَلَوْلَا دِفَاعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ هُدَّيْتُمْ وَبِيعَ وَصَلَوَاتٌ وَمَسَاجِدُ يُذَكَّرُ فِيهَا اسْمُ اللَّهِ كَثِيرًا وَلَيُنصِرَنَّ اللَّهُ مَنْ يَنْصُرُهُ إِنَّ اللَّهَ لَقَوِيٌّ عَزِيزٌ }<sup>(3)</sup>. فهذه الآيات أول ما نزل في الجهاد وهي تأذن للمؤمنين بقتال الكفار إذا قاتلوهم ، وعلة هذا الإذن وسببه { بِأَنَّهُمْ ظَلَمُوا }<sup>(4)</sup>. فهو تقرير للدفاع عن النفس في وجه الظلم والطغيان والوقوف أمام العدوان. والذي يؤكد ذلك سبب نزول الآية ، فقد كان المشركون بمكة يؤذون المؤمنين أذى شديدا ، وكان الصحابة يأتون رسول الله صلى الله عليه وسلم ، من بين مضروب ومشجوج يتظلمون إليه ، فيقول لهم : " اصبروا فإني لم أؤمر بالقتال " <sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي ، آثار الحرب في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ، دار الفكر ، دمشق ، سورية ، الطبعة الثالثة 1981م - 1401 هـ ، ص 59 - 60.

<sup>2</sup> - عبد الحليم ابن تيمية، قاعدة مختصرة في قتال الكفار ومهادنتهم وتحريم قتلهم لمجرد كفرهم ، تحقيق عبد العزيز بن عبد الله بن إبراهيم الزبير آل حمد، الطبعة الأولى 1425 هـ - 2004م ، ( د د ن ) ، ص 87 - 88.

<sup>3</sup> - سورة الحج ، الآيتان رقم : 37 - 38.

<sup>4</sup> - محمد الأمين الشنقيطي ، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، مكة المكرمة، الطبعة الأولى 1426 هـ ، ج 5 ص 762.

<sup>5</sup> - الطاهر بن عاشور ، التحرير والتنوير ، ج 17 ص 273. تفسير ابن كثير ، ج 10 ص 75.

قال ابن القيم<sup>(1)</sup> : "استمر الأمر بالصبر والعفو والصفح حتى قويت الشوكة واشتد الجناح ، فأذن للمؤمنين حينئذ في القتال ولم يفرضه عليهم ، فقال الله : {أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتِلُونَ بِأَنَّهُمْ ظَلِمُوا...} . وقال الراغب الأصفهاني<sup>(2)</sup> : "أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أولاً بالرفق والاقتصار على الوعظ والمجادلة الحسنة ، ثم أذن له في القتال ، ثم أمر بقتال من يأبى الحق بالحرب ، وكان ذلك أمراً بعد أمر على حسب مقتضى السياسة"<sup>(3)</sup>.

ومما يجب تأكيده أن هذه الآيات لا تتعارض مع ما تدل عليه الآيات الواردة في سورة البقرة المتعلقة بالجهاد ، وهي قول الله تعالى : {وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ} \* وَقَاتِلُوهُمْ حَيْثُ تَقْتُلُوهُمْ وَأَخْرِجُوهُمْ مِّنْ حَيْثُ أَخْرَجُوكُمْ وَالْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنَ الْقَتْلِ وَلَا تُقَاتِلُوهُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ حَتَّى يُقَاتِلُوكُمْ فِيهِ فَإِن قَاتَلُوكُمْ فَاقْتُلُوهُمْ كَذَلِكَ جَزَاءُ الْكَافِرِينَ \* فَإِنِ انْتَهَوْا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ \* وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ لِلدِّينِ لِلَّهِ فَإِنِ انْتَهَوْا فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ} <sup>(4)</sup>.

فهذه الآيات تبين وجوب القتال مع بيان سببه وغايته ، وهو ألا تكون فتنة في الدين حتى تتأصل حرية العقيدة لكل إنسان ؛ ذلك أن الآية الأولى بينت بدء القتال ، والآية الثانية وهي قول الله تعالى {وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ} بينت الغاية منه ، وهي ألا يوجد شيء من الفتنة في الدين"<sup>(5)</sup>.

قال ابن تيمية : فإباحة القتال من المسلمين مبنية على إباحة القتل من غيرهم. وقال ابن القيم : وفرض القتال على المسلمين لمن قاتلهم دون من لم يقاتلهم"<sup>(6)</sup>.

قال وهبة الزحيلي : "وهذا الموقف الدفاعي هو الذي سار عليه النبي صلى الله عليه وسلم والمسلمون من بعده ، فلم يقتل النبي صلى الله عليه وسلم كفار قريش وهوازن ، وما استباح يوماً دم أحد من غير المسلمين في غير الحرب"<sup>(7)</sup>.

1 - ابن قيم الجوزية ، زاد المعاد في هدي خير العباد ، حقق نصوصه وخرّج أحاديثه وعلق عليه شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الثانية ، 1405هـ ، ج 2 ص 81.

2 - هو الحسين بن محمد بن الفضل أبو القاسم الأصفهاني أو الأصبهاني نسبة إلى "أصبهان" ، سكن بغداد واشتهر بها ، له مؤلفات عديدة أشهرها كتابه مفردات القرآن الكريم ، توفي سنة 502 هـ.

3 - محمود شلتوت ، الإسلام والعلاقات الدولية ، مطبعة الأزهر ، القاهرة ، سنة 1951 ، ص 42.

4 - سورة البقرة ، الآيات رقم : 189 - 192.

5 - أحمد المراغي ، تفسير المراغي ، ج 2 ص 90. الشيخ رشيد رضا ، تفسير المنار ، الطبعة الثانية ، 1947 ، ج 2 ص 211.

6 - ابن قيم الجوزية ، زاد المعاد في هدي خير العباد ، ج 2 ص 58.

7 - وهبة الزحيلي ، آثار الحرب في الفقه الإسلامي ، ص 110.

وذهب الشافعي إلى أن هذه الآية منسوخة<sup>(1)</sup> بقول الله تعالى : { وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ لِلَّهِ فَإِنْ أَنْتَهَوْا فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ }<sup>(2)</sup>.

غير أن النسخ أو التخصيص يحتاج إلى دليل ولا دليل على ذلك. قال ابن تيمية : "إن دعوى النسخ تحتاج إلى دليل ، وليس في القرآن ما يناقض هذه الآية ، بل فيه ما يوافقها ، فأين الناسخ"<sup>(3)</sup>. كما أن الآية نهدت عن الاعتداء ، والاعتداء شيء محرم بنصوص الوحي وحكمة العقل ، فكيف يستساغ القول بالنسخ ، وهل الله تعالى يبيح الظلم والاعتداء ؟

ويحصل من مجموع الآيات الواردة في موضوع القتال أن سببه هو دفع العدوان ، وردّ الاعتداء ، وأي قراءة مجتزأة للآيات الجهاد ستعطي قراءة ناقصة ، وهذا ما عبر عنه الشيخ محمد عبده رحمه الله ، وهو يوفق بين الآيات المختلفة فقال : "محصل تفسير الآيات ينطبق على ما ورد من سبب نزولها ، وهو إباحة القتال للمسلمين في الإحرام بالبلد الحرام والشهر الحرام إذا بدأهم المشركون بذلك ، وأن لا يبقوا عليهم إذا نكثوا عهدهم واعتدوا في هذه المدة. وحكمها بأن لا ناسخ فيها ولا منسوخ ، فالكلام فيها متصل بعبئه ببعض في واقعة واحدة ، فلا حاجة لتمزيقه ولا لإدخال آية براءة فيه ، وقد نقل عن ابن عباس أنه قال لا نسخ فيها. ومن حمل الأمر بالقتال فيها على عمومها لو مع انتفاء الشرط ، فقد أخرجها عن أسلوبها ، وحملها ما لا تحتمل. وآية سورة آل عمران نزلت في غزوة أحد ، وكان المشركون هم المعتدين ، وآيات الأنفال نزلت في غزوة بدر الكبرى وكان المشركون هم المعتدين أيضا ، وكذلك آيات سورة براءة نزلت في ناكثي العهد من المشركين ، ولذا قال الله تعالى : { أَلَا تُقَاتِلُونَ قَوْمًا نَكَثُوا أَيْمَانَهُمْ وَهَمُّوا بِإِخْرَاجِ الرَّسُولِ وَهُمْ بَدَءُوكُمْ أَوَّلَ مَرَّةٍ }<sup>(4)</sup>. "وجملة القول في القتال أنه شرع للدفاع عن الحق وأهله ، وحماية الدعوى ونشرها"<sup>(5)</sup>.

2 - قال الله تعالى : { قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ }<sup>(6)</sup>. قال رشيد رضا : "هذه غاية الأمر بقتال أهل الكتاب ، ينتهي بها إذا كان الغلب لنا ؛ أي فاقتلوا من ذكر عند وجود ما يقتضي وجوب القتال ، كالاعتداء عليكم أو على بلادكم أو اضطهادكم وفتنتكم على دينكم ، أو تهديد

1 - محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، تصحيح محمد زهدي النجار ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، ج 4 ص 84.

2 - سورة البقرة ، آية رقم : 192.

3 - عبد الحلیم ابن تيمية ، قاعدة مختصرة في قتال الكفار ومهادنتهم وتحريم قتلهم مجرد كفرهم ، ص 101.

4 - سورة التوبة ، آية رقم : 13.

5 - رشيد رضا ، تفسير المنار ، ج 2 ص 214 - 216.

6 - سورة التوبة ، آية رقم : 29.

أمنكم وسلامتكم ، كما فعل الروم فكان سببا لغزوة تبوك ، حتى تأمنوا عدوانهم بإعطائكم الجزية في الحالين اللذين قيدت بهما<sup>(1)</sup> ، وهما إما بقبول المعاهدة أو بالانتصار عليهم.

فقد جعلت الآية غاية القتال هي الوصول إلى المعاهدة التي كانت قديما هي نظام الذمة ، ولو كان القصد منها أنهم يقاتلون لكفرهم ، وأن الكفر سبب لقتالهم ، لجعلت غاية القتل إسلامهم، ولما قبلت منهم الجزية وأقروا على دينهم<sup>(2)</sup>.

قال ابن الصلاح مقررا مذهب الجمهور : "إن الأصل هو إبقاء الكفار وتقريرهم ، لأن الله تعالى ما أراد إفناء الخلق ولا خلقهم ليقتلوا ، وإنما أبيض قتلهم لعارض ضرر وجد منهم ، إلا أن ذلك ليس جزاء على كفرهم ، فإن دار الدنيا ليست دار جزاء ، بل الجزاء في الآخرة. فإذا دخلوا في الذمة والتزموا أحكامنا انتفعنا بهم في المعاش في الدنيا وعمارتها ، فلم يبق لنا أرب في قتلهم ، وحسابهم على الله تعالى ، لأنهم إذا مكثوا من المقام في دار الإسلام ، ربما شاهدوا بدائع صنع الله في فطرته وودائع حكمته في خليقته ... وإذا كان الأمر بهذه المثابة لم يجوز لنا أي يقال: إن الأصل قتلهم"<sup>(3)</sup>.

3 - قال الله تعالى : { فَإِذَا لَقِيتُمْ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ حَتَّىٰ إِذَا أَثَخَتْهُمْ فَشُدُّوا الْوَتَاقَ فَمَا مَنَّا بَعْدُ وَإِنَّا فِدَاءٌ حَتَّىٰ تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا }<sup>(4)</sup>.

هذه الآية تبين أنه لو كان الجهاد شرع لأجل الكفر أو الشرك ، لكان حكم الأسرى هو القتل، ولكن الآية بينت أن حكمهم هو إما المن أو الفداء. وهو ما ذهب إليه مالك والشافعي والثوري والأوزاعي وأحد قولي أبي حنيفة ، ومن السلف عبد الله بن عمر وعطاء وسعيد بن جبير<sup>(5)</sup>. وهذا ما سار عليه النبي صلى الله عليه وسلم في سيرته ، فقد أسر من المشركين أسرى ، فمنهم من قتله ومنهم من أخذ منه الفدية ومنهم من أطلق سراحه ، ولو كان القتل لأجل الكفر لما كان لهؤلاء إلا السيف. أما الذين قتلهم فكان لمواجهة حالات خاصة وأوضاع وقتية ، وهي حالات فردية يمكن أن يكون لها دائما نظائر، وقد أخذوا بأعمال سابقة على الأسر لا بمجرد خروجهم للقتال ، ومثال ذلك أن يقع جاسوس أسيرا فيحاكم على الجاسوسية لا على أنه أسير ، وإنما كان الأسر مجرد وسيلة للقبض عليه<sup>(6)</sup>.

1 - رشيد رضا ، تفسير المنار ، ج 10 ص 341 - 342.

2 - محمود شلتوت ، الإسلام والعلاقات الدولية ، ص 36. وهبة الزحيلي ، آثار الحرب في الفقه الإسلامي ، ص 106.

3 - فتاوى ومسائل ابن الصلاح ، تحقيق عبد المعطي أمين قلعجي ، دار المعرفة بيروت ، الطبعة الأولى 1986 ، ص 224.

4 - سورة محمد ، آية رقم : 4.

5 - الطاهر بن عاشور ، التحرير والتنوير ، ج 26 ص 80 - 81.

6 - سيد قطب ، في ظلال القرآن ، دار الشروق ، بيروت ، لبنان ، الطبعة التاسعة ، 1400هـ ، ج 6 ص 3285.

ب - **ومن السنة** : استثنت السنة قتل أصناف من الناس على الرغم من أنهم كفار ، وهذا يدل على أن سبب الجهاد هو العدوان ، وليس الكفر ، ومن هؤلاء النساء والأطفال والشيوخ والرهبان والفلاحين ، ولو أردنا أن نعبر بالمصطلحات المستعملة اليوم في إطار القانون الدولي العام ، لقلنا إن السنة استثنت المدنيين من القتال ، وكل من لا يشارك في الحرب من قريب أو بعيد ، وهذه هي النصوص التي تؤيد ذلك :

1 - ما رواه البيهقي وأبو داود عن أنس بن مالك رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "انطلقوا باسم الله وبالله ، وعلى ملة رسول الله ، لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا صغيرا ولا امرأة ، ولا تغلوا ، وضموا غنائمكم وأحسنوا إن الله يحب المحسنين"<sup>(1)</sup>.

2 - ما رواه رباح بن ربيعة قال : خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة غزاهما ، فمر على امرأة مقتولة ، فوقف عليها ثم قال : "ما كانت هذه لتقاتل ، ثم نظر في وجوه القوم فقال لأحدهم : "إلحق بخالد بن الوليد فلا يقتلن ذرية ولا عسيفا ولا امرأة"<sup>(2)</sup>.

3 - ما رواه مالك عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال : "ستجدون قوما زعموا أنهم حبسوا أنفسهم لله فدعوهم وما حبسوا أنفسهم له ، ولا تقتلن امرأة ولا صبيا ولا كبيرا همرما"<sup>(3)</sup>.

4 - عن زيد بن وهب قال : أتانا كتاب عمر بن الخطاب وفيه : "لا تغلوا ولا تغدرا ، ولا تقتلوا وليدا ، واتقوا الله في الفلاحين"<sup>(4)</sup>.

ج - **ومن المعقول** : لو كان الكفر هو الموجب للقتل ، بل هو المبيح له ، لما ورد النهي عن قتل النساء والشيوخ والأطفال والفلاحين.

**ثانيا : مذهب الشافعي** : ذهب الشافعي إلى أن سبب الجهاد وعلته هو الكفر ، فوجب أن تطرد هذه العلة في جميع الكفار سواء أكانوا من المقاتلين أم لا<sup>(5)</sup> ، واستدل على ذلك بالقرآن والسنة.

أ - فمن القرآن : قول الله تعالى : { فَإِذَا انْسَلَخَ الْأَشْهُرُ الْحُرْمُ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ وَخُذُوهُمْ وَأَحْضُرُوهُمْ وَأَفْعُدُوا لَهُمْ كُلَّ مَرْصِدٍ فَإِنْ تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ }<sup>(1)</sup>.

1 - أخرجه أبو داود في سننه ، ج 3 ص 52.

2 - أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب الجهاد ، باب في قتل النساء ، حديث 2669. وابن ماجه ، كتاب الجهاد ، باب الغارة والبيات وقتل النساء والصبيان ، حديث 2842. والحاكم ، كتاب الجهاد ، باب لا يقتلن ذرية ولا عسيفاً.

3 - أبو بكر بن العربي ، أحكام القرآن ، تحقيق علي محمد البجاوي ، (د ر ط) ، دار المعرفة ، بيروت ، ج 1 ص 104 - 105.

4 - رواه ابن أبي شيبة ، وسعيد بن منصور ، والبيهقي ؛ مصنف ابن أبي شيبة ، ج 12 ص 383. حديث رقم 14066.

5 - ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 1 ص 385.

ب - ومن السنة : حديث أبي هريرة<sup>(2)</sup> رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :  
"أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله وأني رسول الله ، فإن فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم  
وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله". رواه البخاري ومسلم. وبحديث سمرة أن رسول الله صلى الله عليه  
وسلم قال : "اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرخهم".

وردّ جمهور الفقهاء على الشافعي بأن حديث أبي هريرة ذكر الغاية التي يباح قتال الناس إليها ، وهي  
إسلامهم ، وإذا أسلموا حرم قتالهم ؛ والمعني أني لم أوامر بالقتال إلا إلى هذه الغاية ، وليس المراد أني أمرت  
أن أقاتل كل أحد إلى هذه الغاية. فإن مما هو ثابت من سيرته صلى الله عليه وسلم أن من سالمه لم يقاتله ،  
كما ثبت بالنص والإجماع أيضا أن أهل الكتاب والمجوس إذا أدوا الجزية حرم قتالهم<sup>(3)</sup>. قال ابن تيمية :  
"وكانت سيرته صلى الله عليه وسلم أن كل من هادنه من الكفار لا يُقاتلُهُ ، وهذه كتب السير والحديث  
والتفسير والفقهاء والمغازي تنطق بهذا ، وهذا متواتر من سيرته. فهو لم يبدأ أحدا من الكفار بقتال ، ولو كان  
الله أمره أن يقتل كل كافر لكان يبتدئهم بالقتل والقتال"<sup>(4)</sup>.

كما أن المراد من "الناس" في الحديث هم مشركو العرب ، لأنهم اجتمعوا على قتال الرسول صلى الله  
عليه وسلم. أما غير المشركين من أهل الكتاب فإن حكمهم يخالف حكم ما جاء في الحديث ، فهم  
يقاتلون حتى يسلموا أو يعطوا الجزية كما هو واضح من سورة التوبة. فكلمة "الناس" وإن أفادت العموم  
فإنها مخصوصة بآية الجزية ، وبالأحاديث الأخرى التي تفيد جواز أخذ الجزية من غير العرب ، فهذا من  
العام الذي أريد به الخاص<sup>(5)</sup> ، ومما يؤكد ذلك رواية النسائي للحديث ، حيث ورد بلفظ : "أمرت أن أقاتل  
المشركين" ؛ وهذا أسلوب مألوف في لغة العرب ، فقد قال الله تعالى : { الَّذِينَ قَالَ لَهُمُ النَّاسُ إِنَّ النَّاسَ قَدْ  
جَمَعُوا لَكُمْ فَاخْشَوْهُمْ }<sup>(6)</sup> ، فلفظ "الناس" الأول يراد به نعيم بن مسعود الأشجعي ، ولفظ "الناس" الثاني  
يراد به أبو سفيان<sup>(7)</sup>.

1 - سورة التوبة ، آية رقم : 5.

2 - هو عبد الرحمن بن صخر الدوسي الملقب بأبي هريرة ، من أكثر الصحابة حفظا للحديث ورواية له ، ولي إمارة المدينة وكان  
من المفتين في الإسلام ، توفي سنة 59 هـ.

3 - وهبة الزحيلي ، آثار الحرب في الفقه الإسلامي ، ص 107.

4 - ابن تيمية ، قاعدة مختصرة في قتال الكفار ومهادنتهم وتحريم قتلهم لمجرد كفرهم ، ص 134.

5 - وهبة الزحيلي ، آثار الحرب في الفقه الإسلامي ، ص 121.

6 - سورة آل عمران ، آية رقم : 173.

7 - أحمد مصطفى المراغي ، تفسير المراغي ، ج 4 ص 134. أبو جعفر محمد بن جرير الطبري ، جامع البيان عن تأويل آي  
القرآن ، تحقيق وتعليق محمود محمد شاكر ، مكتبة ابن تيمية القاهرة، الطبعة الثانية، (د س ن)، ج 7 ص 405.

كما أن حديث سمرة ضعيف ، بالانقطاع<sup>(1)</sup> ، وبالحجاج بن أرطأة<sup>(2)</sup> الذي كان من المدلسين ، ولو سلمنا بصحة الحديث لوجب تخصيصه بأن المقصود بذلك الشيوخ المقاتلين ، كأن يكونوا من أهل الخبرة والرأي في الحرب.

ولو كان سبب القتال هو الكفر ، لم يحرم قتل النساء والشيوخ والرهبان والفلاحين وغيرهم ممن ورد استثنائهم من القتل ، كما هو واضح من الأحاديث التي سبق ذكرها في أدلة الجمهور.

### الفرع الرابع : سبب وجوب الجزية

من الطرق<sup>(3)</sup> التي تنتهي بها الحرب إبرام معاهدة سلم دائمة على أساس عقد الذمة<sup>(4)</sup> : ذلك أن الله تعالى جعل غاية القتال الالتزام بإعطاء الجزية ، ولا يتم ذلك إلا بقبول المعاهدة مع المسلمين. فقال سبحانه: { قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ }<sup>(5)</sup>.

ويترتب على انتهاء الحرب إبرام عقد الذمة ودفع غير المسلمين الجزية ، سواء أصبحت دار الحرب جزءا من دار الإسلام أو لم تصبح جزءا من دار الإسلام ، فما سبب دفع الجزية ؟ وما مسقطاتها ؟

### الحالة الأولى : إذا أصبحت دار الحرب جزءا من دار الإسلام

إذا أصبحت دار الحرب جزءا من دار الإسلام ، فإن غير المسلمين لا يجبرون على اعتناق الإسلام ، لأن القاعدة الإسلامية المحكمة هي قول الله تعالى: { لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ }<sup>(6)</sup> ، ولكنهم لا يتركون على دينهم إلا إذا أعطوا الجزية ، وقام بينهم وبين المجتمع المسلم عهد على هذا الأساس<sup>(7)</sup>. وفي هذه الحال فإن الجزية تعتبر قانونا داخليا ، ينظم العلاقة بين الدولة الإسلامية ومواطنيها

1 - الحديث المنقطع : هو أن يسقط من الإسناد رجل ، أو يذكر فيه رجل مبهم.

2 - هو قاضي البصرة في وقته وأحد أعلامها ، قال فيه ابن معين : صدوق يدلس ، مات سنة 147 هـ.

3 - في الفقه الإسلامي هناك عدة طرق تنتهي بها الحرب وهي : قبول الإسلام من طرف العدو ، أو بالصلح المؤقت أو المؤبد ، أو بالفتح ، أو بترك القتال ، أو بالتحكيم. وفي القانون الدولي العام تنتهي الحرب إما بإبرام معاهدة الصلح ، أو بفناء إحدى الدولتين في الدولة الأخرى ، أو بوقف القتال دون معاهدة صلح. وهبة الزحيلي ، آثار الحرب في الفقه الإسلامي ، ص 636. علي صادق أبو هيف ، القانون الدولي العام ، ص 803.

4 - وهبة الزحيلي ، آثار الحرب في الفقه الإسلامي ، ص 691. وقد عرّف الفقهاء عقد الذمة فقالوا : هو عقد دائم يبرمه المسلمون مع عدوهم ، إذا استسلموا والتزاموا بالقرار في ديار المسلمين ودفعوا الجزية ، في مقابل حمايتهم والدفاع عنهم.

5 - سورة التوبة ، آية رقم ، 29

6 - سورة البقرة ، آية رقم ، 255.

7 - سيد قطب ، في ظلال القرآن ، ج 3 ص 1620.

بمختلف مذاهبهم ومللهم ، وسبب دفع الجزية في مثل هذه الحال ، يتمثل في إعفاء هؤلاء من واجب الدفاع عن الدولة ، في مقابل حمايتهم والمحافظة عليهم<sup>(1)</sup>.

فالجزية إذن هي ضريبة على الأشخاص غير المسلمين القاطنين في دار الإسلام ، تؤخذ في مقابل حمايتهم والمحافظة عليهم ، وبدلاً من إعفائهم من واجب الدفاع عن كيان الدولة الإسلامية وحدودها<sup>(2)</sup>. قال الخطيب الشربيني : "ولا يجب الجهاد على الكفار ولو ذمياً لأنه يبذل الجزية لنذب عنه لا ليذب عنا"<sup>(3)</sup>. وتأكيذاً على أن الجزية ضريبة يدفعها غير المسلم لإقامته بدار الإسلام أن ابن عرفة الفقيه المالكي عرّف الجزية فقال : "مَا أُلْزِمَ الْكَافِرُ مِنْ مَالٍ لِأَمْنِهِ بِاسْتِقْرَارِهِ تَحْتَ حُكْمِ الْإِسْلَامِ وَصَوْنِهِ"<sup>(4)</sup>.

وقال القرابي : "يجب علينا بمقتضى العقد : وجوب الدّب عنهم وصيانة أنفسهم وأموالهم وترك كنائسهم وخمورهم وخنازيرهم"<sup>(5)</sup>.

قال الماوردي : "يجب على ولي الأمر أن يضع الجزية على رقاب من دخل الدّمة من أهل الكتاب ليقروا (يستقروا) بها في دار الإسلام ، ويلتزم لهم ببذلها بحقين : أحدهما الكف عنهم. والثاني الحماية لهم ، ليكونوا بالكف آمنين وبالحماية محروسين"<sup>(6)</sup>.

وبهذا يتبين أن الجزية ليست مفروضة لإذلال غير المسلمين في دار الإسلام، وإنما هي علامة من علامات الولاء والطاعة للدولة الإسلامية ، ومظهر من مظاهر العدالة الاجتماعية بين المواطنين. لأنه كما يتحمل غير المسلمين الجزية، يتحمل المسلمون أعباء مالية أخرى كالزكاة والكفارات وغيرها. وهكذا يتكافأ الفريقان في المسؤولية إذ هما مواطنان لدولة واحدة، كما تكافأ في التمتع بالحقوق وتساويا في الانتفاع بالمرافق العامة للدولة<sup>(7)</sup>. قال أبو يوسف : "ليس في مواشي أهل الدّمة من الإبل والبقر والغنم زكاة ،

1 - أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري ، الحاوي الكبير في فقه مذهب الشافعي وهو شرح مختصر المزني ، تحقيق وتعليق الشيخ علي محمد معوض ، وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 1994، ج 14 ص 297.

2 - محمد بن عبد الله الخرشبي، الخرشبي على مختصر خليل، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، (د س ن)، ج 3 ص 143.

3 - الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، ج 4 ص 227.

4 - أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع ، شرح حدود ابن عرفة. الموسومة : الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، تحقيق محمد أبو الأجناف والظاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي ، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 1993، ص 227.

5 - شهاب الدين أحمد بن إدريس القرابي ، الذخيرة ، تحقيق الدكتور محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 1994 ، ج 3 ص 457.

6 - الماوردي ، الأحكام السلطانية والولايات الدينية ، ص 182.

7 - حسن إبراهيم حسن ، تاريخ الإسلام السياسي والديني والثقافي والاجتماعي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، الطبعة السابعة 1964 ، ص 470.

والرجال والنساء في ذلك سواء. فليست الجزية ديناً<sup>(1)</sup> على الذمي يستوفى منه بالوسائل التي تستوفى بها الديون ، فمن وجبت عليه الجزية ومات أو أسلم قبل دفعها ، لم تؤخذ من تركته ولم يطالب بها ورثته<sup>(2)</sup>.  
ومما يؤكد أن الجزية لا يراد بها الإذلال ، أن عدداً من المفسرين فسروا قوله تعالى { حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ }<sup>(3)</sup>. أنه يراد بـ "يد" القدرة والتمكن أي فمن كان قادراً على دفع الجزية أخذت منه وإلا فلا. والمردا بـ "صاغرون" هو التزام أحكام الإسلام وسيادته<sup>(4)</sup>. قال الشافعي : الصَّغَارُ جريان أحكام الإسلام عليهم<sup>(5)</sup>. وقال ابن حزم : "الصَّغَارُ هو أن يجرى حكم الإسلام عليهم وأن لا يظهروا شيئاً من كفرهم ولا مما يحرم في دين الإسلام"<sup>(6)</sup>. وقال ابن قدامة : "ولا يجوز عقد الذمة إلا بشرطين ، أحدهما : أن يلتزموا إعطاء الجزية في كل حول. والثاني : التزام أحكام الإسلام ، وهو قبول ما يحكم به عليهم من أداء حق أو ترك محرم ، لقول الله تعالى : { حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ }"<sup>(7)</sup>.

كما أن الجزية ليست عقاباً على الكفر أو عدم الإيمان بالإسلام ، كما ذهب إلى ذلك بعض المستشرقين<sup>(8)</sup> الذين لم يفهموا عبارة السرخسي وغيره من الفقهاء ، على وجهها الصحيح ، حيث قال السرخسي - بعدما بين أن سبب وجوب الجزية هو الرأس باعتبار أوصاف تحقق فيه وهي أن يكون كافراً حراً له بنية صالحة للقتال<sup>(9)</sup> - : "فإن المعنى الذي كان الرأس سبباً موجباً باعتبار نصرة القتال ، وهذا لأن أهل الذمة يصيرون مناً داراً ، والقتال بنصرة الدار واجب على أهلها. ولا تصلح أبدانهم لهذه النصرة ، لميلهم إلى أهل الدار المعادية لدارنا اعتقاداً ، فأوجب عليهم في أموالهم جزية ، عقوبة لهم على كفرهم ،

<sup>1</sup> - يرى الحنابلة والشافعية أن الجزية دين وجب في الحياة فلا يسقط بالموت كسائر الديون الأخرى. أما الحنفية والمالكية والزيدية فيرون أن الجزية ليست ديناً ، بل هي عقوبة تسقط بالموت كسائر العقوبات.

<sup>2</sup> - أبو يوسف ، الخراج ، ص 69.

<sup>3</sup> - سورة التوبة ، آية رقم : 29.

<sup>4</sup> - رشيد رضا ، تفسير المنار ، ج 10 ص 342. تفسير المراغي ، ج 10 ص 95.

<sup>5</sup> - الألويسي ، روح المعاني ، ج 10 ص 79. أبو حفص عمر بن علي بن عادل الحنبلي ، اللباب في علوم الكتاب ، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود ، والشيخ علي محمد معوض ، والدكتور محمد سعد رمضان حسن ، والدكتور محمد المتولي الدسوقي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1998 ، ج 10 ص 65.

<sup>6</sup> - ابن حزم ، المحلى ، تحقيق الشيخ أحمد محمد شاکر ، دار الفكر ، ( د ر ط ) ، ج 7 ص 346.

<sup>7</sup> - موفق الدين ابن قدامة المقدسي ، المغني ، ج 10 ص 572.

<sup>8</sup> - مجيد خدوري ، الحرب والسلام في قانون الإسلام ، الدار المتحدة للنشر ، بيروت ، طبعة 1977 ، ص 196.

<sup>9</sup> - أصول السرخسي ، ج 1 ص 108.

وخلفا عن النصرة التي قامت بإصرارهم على الكفر في حقنا ، ولهذا تصرف إلى المجاهدين الذين يقومون بنصرة الدار"<sup>(1)</sup>.

ومما يؤكد أن الجزية ليست عقابا على الكفر وإنما هي إعفاء من واجب الدفاع عن دار الإسلام ، أن السرخسي نفسه قال بعدما بين سبب وجوب الجزية : "وهذه النصرة يتجدد وجوبها بتجدد الحاجة في كل وقت ، فكذلك ما كان خلفا عنها ، يتجدد وجوبها إلا أنه لا نهاية للحاجة إلى المال ، فيعتبر الوقت لتجدد الوجوب ، كما يعتبر في الزكاة"<sup>(2)</sup>.

وإذا تقرر أن الجزية ضريبة تفرض على غير المسلمين المقيمين في دولة الإسلام ، فهل كل غير مسلم تفرض عليه الجزية ؟ أم أن هناك فئة معينة فقط هم الذين تفرض عليهم الجزية ؟

اختلف الفقهاء فيمن يبرم له عقد الجزية ، فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والظاهرية والحنابلة<sup>(3)</sup> والشيعة الإمامية والزيدية ، إلى أن المعاهد يجب أن يكون من أهل الكتاب ، لقول الله تعالى : { قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ }<sup>(4)</sup>.

كما يجوز أيضا إبرام هذا العقد مع الجوس ، لأنّ لهم شبهة كتاب ، لما رواه عبد الرحمن بن عوف أنه قال : أشهد أني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : "سنوا بهم سنة أهل الكتاب"<sup>(5)</sup>. وما روي عن عمر بن الخطاب أيضا "أنه لم يأخذ الجزية من الجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذها من مجوس هَجَرَ"<sup>(6)</sup>.

1 - أصول السرخسي ، ج 1 ص 109. المبسوط ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، طبعة سنة 1406هـ، ج 10 ص 78.

2 - أصول السرخسي ، ج 1 ص 109.

3 - موفق الدين ابن قدامة المقدسي ، الكافي ، تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي ، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة ، الطبعة الأولى 1997 ، ج 5 ص 581 - 582. المغني ، ج 10 ص 568. وللعلم فإن موفق الدين ابن قدامة له أربعة كتب في الفقه الحنبلي صنفها لأربع طبقات تدريجيا ، فصنف كتاب "العمدة" للمبتدئين. ثم ألف "المقنع" لمن ارتقى عن درجتهم ولم يصل إلى درجة المتوسطين. ولذلك جعله خاليا من الدليل والتعليل. ثم صنّف للمتوسطين "الكافي" وذكر فيه كثيرا من الأدلة لتسمو نفس قارئه لدرجة الاجتهاد في المذهب ، حيث يرى الأدلة فترتفع نفسه لمناقشتها ولا يجعلها قضية مسلمة. ثم ألف "المغني" للمجتهدين وهو موسوعة في الفقه المقارن. وقد انشد ابن رجب للشيخ يحيى الصرصري :

كفى الخلق "بالكافي" وأقنع طالبا      ب "مقنع" فقه عن كتاب مُطَوَّل

وأغنى ب"مغني" الفقه من كان باحثا      و"عمدته" من يعتمد عليها يُحْصَل

4 - سورة التوبة ، آية رقم ، 29

5 - رواه مالك في الموطأ ، كتب الزكاة ، باب جزية أهل الكتاب والجوس. ورواه الشافعي والدارقطني وابن أبي شيبة.

6 - رواه أحمد وأبو داود والترمذي ، والبخاري في كتاب الجزية والموادعة ، حديث رقم 3157.

وقد رتبوا على ذلك أنه لا يجوز إبرام عقد الدّمة مع مشركي العرب ، ذلك أنّ هؤلاء لا يقبل منهم إلا الإسلام أو القتال ، لقول الله تعالى : { قُلْ لِلْمُخَلَّفِينَ مِنَ الْأَعْرَابِ سُدُّعُونَ إِلَى قَوْمِ أُولِي بَأْسٍ شَدِيدٍ تُقَاتِلُونَهُمْ أَوْ يُسْلِمُونَ }<sup>(1)</sup>.

وذهب المالكية والأوزاعي والثوري إلى أن الجزية تؤخذ من كل كافر سواء كان من العرب أو من العجم ، من أهل الكتاب أو من الجوس أو غيرهما<sup>(2)</sup> ، واستدلوا على ذلك بما رواه مسلم عن سليمان بن بريدة عن أبيه قال : "كان رسول الله إذا أمر أميرا على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيرا. ثم قال :... وإذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى ثلاث خصال "أو خلال"، فأيتهن ما أجابوك فاقبل منهم وكفّ عنهم. ثم ادعهم إلى الإسلام ، فإن أجابوك فاقبل منهم وكفّ عنهم... فإن هم أبوا فسلهم الجزية ، فإن هم أجابوك فاقبل منهم وكفّ عنهم. فإن هم أبوا فاستعن بالله وقاتلهم..."<sup>(3)</sup>.

فقوله صلى الله عليه وسلم "عدوك" عام يشمل كل كافر عربيا كان أو أعجميا. قال الشوكاني : "هذا الحديث حجة في أن قبول الجزية لا يختص بأهل الكتاب"<sup>(4)</sup>.

وقد ذكر ابن القيم سبب الخلاف بين الفقهاء في إلزام غير أهل الكتاب بالجزية فقال : "هل الجزية وضعت عاصمة للدم ؟ أو مظهرها لصغار الكفر وإذلال أهله فهي عقوبة. فمن راع فيها المعنى الأول قال: لا يلزم من عصمها لدم من خف كفره بالنسبة إلى غيره ، وهم أهل الكتاب ، أن تكون عاصمة لدم من يغلظ كفره. ومن راع فيها المعنى الثاني قال المقصود صغار الكفر وأهله وقهرهم ، وهذا أمر لا يختص أهل الكتاب بل يعم كل كافر"<sup>(5)</sup>.

### الحالة الثانية : إذا لم تصبح دار الحرب جزءا من دار الإسلام

إذا لم تصبح دار الحرب جزءا من دار الإسلام ، فإنّ الجزية تعتبر وسيلة لتنظيم علاقات الدولة الإسلامية مع غيرها من الدول الأخرى.

<sup>1</sup> - سورة الفتح ، آية رقم ، 16.

<sup>2</sup> - ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 1 ص 389. ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ص 571. صحيح مسلم بشرح النووي ، ج 12 ص 39. الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 8 ص 53. محمد بن يوسف أطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، دار الفتح ، بيروت ، الطبعة الثانية 1392 هـ - 1972 م ، ج 17 ص 570.

<sup>3</sup> - رواه مسلم ، كتاب الجهاد والسير ، باب تأمير الإمام الأمراء على البعوث ووصيته إياهم بأداب الغزو. ورواه أيضا أحمد وابن ماجه والترمذي وصححه.

<sup>4</sup> - محمد بن علي الشوكاني ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ، ج 8 ص 52.

<sup>5</sup> - ابن القيم ، الضوء المنير على التفسير ، جمع علي الحمد الصالح ، مؤسسة النور للطباعة والتجليد ، الرياض ، ج 3 ص 348.

ومما يجب التأكيد عليه ابتداءً أن الجزية لم يبتكرها الإسلام ، وقد عرفت البشرية منذ القدم كوسيلة لتنظيم العلاقات الدولية ، فقد كانت مقررة عند اليهود واليونان والرومان والبيزنطيين والفرس ، وكان أول من سنّ الجزية من الفرس كسرى أنو شروان (531 - 579 م) وهو الذي رتب أصولها وجعلها طبقات . قال رشيد رضا - بعدما نقل عن الطبري وأحمد بن داود الدينوري أن كسرى هو من نظم الجزية في بلاد فارس - : "ومن وقف على هذه النصوص يظهر له أن الجزية مأثورة من آل كسرى ، وأن الشريعة الإسلامية ليست بأول واضع لها ، وأن كسرى رفع الجزية عن الجند والمقاتلة ، وأن عمر بن الخطاب اقتدى بهذه الوضائع"<sup>(1)</sup> . قال الطبري : "وهي الوضائع التي اقتدى بها عمر بن الخطاب حين افتتح بلاد فارس"<sup>(2)</sup> .

فالمجتمع الدولي في ذلك الزمان كان يألف نظام الجزية ، ولما جاء الإسلام عمل بما كان سائدا وقتها، وقد شرعت الجزية في السنة التاسعة للهجرة<sup>(3)</sup> ، وأول من دفع الجزية من أهل الكتاب هم أهل نجران كما روى أبو عبيد ، ثم أعطاها أهل أيلة<sup>(4)</sup> وأهل أذرع في غزوة تبوك<sup>(5)</sup> .

أما سبب دفع الجزية في مثل هذه الحالة فهو بدل للحماية والدفاع ، وإن لم يصبح هؤلاء جزءاً من دار الإسلام ، بدليل جملة المعاهدات والمواثيق التي أبرمها الصحابة مع أهل الذمة أثناء الفتح الإسلامي، وهذا يدل على أن هذه هي روح الشريعة ومقصدها ، بل إنهم كانوا يردون الجزية على أصحابها إذا تعذر عليهم القيام بواجب الدفاع والحماية ، ومن ذلك :

ما كتبه خالد بن الوليد لصلوبا بن نسطونا حين فتح الفرات : "هذا كتاب من خالد بن الوليد لصلوبا بن نسطونا وقومه ، إني عاهدتكم على الجزية والمنعة فلك الذمة والمنعة وما منعناكم (أي حميناكم) فلنا الجزية ، وإلا فلا. كتب سنة اثنتي عشرة في صفر"<sup>(6)</sup> .

الحوار الذي دار بين "يزدجر" آخر ملوك الدولة الساسانية الفارسية ، والوفد الذي كان بقيادة النعمان في عهد عمر بن الخطاب في سنة أربعة عشرة للهجرة ، حيث قال النعمان ليزدجر : "وإن اتقيتمونا

<sup>1</sup> - رشيد رضا ، تفسير المنار ، ج 10 ص 345.

<sup>2</sup> - نفس المرجع والصفحة.

<sup>3</sup> - هناك اختلاف متى شرعت الجزية ، فذهب ابن القيم إلى أن الجزية شرت في السنة الثامنة للهجرة. وذهب ابن كثير في تفسيره

إلى أن آية الجزية نزلت في السنة التاسعة للهجرة. زاد المعاد ، ج 2 ص 88. تفسير ابن كثير ، ج 2 ص 347.

<sup>4</sup> - مدينة على ساحل البحر الأحمر تعرف اليوم باسم العقبة.

<sup>5</sup> - ابن القيم، زاد المعاد ، ج 2 ص 79. شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالخطاب الرُّعيني ،

مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، دار الفكر ، الطبعة الثانية 1987م ( د م ن)، ج 8 ص 58.

<sup>6</sup> - رشيد رضا ، تفسير المنار ، ج 10 ص 347.

بالجزية قبلنا ومنعناكم وإلا قاتلناكم". والحوار بالمعنى نفسه دار بين حذيفة بن محصن رسول سعد بن أبي وقاص إلى رستم قائد الجيوش الفارسية ، قبل معركة القادسية<sup>(1)</sup>.

حين علم أبو عبيدة بن الجراح أن الروم تحشد جمعها كتب إلى كل وال ممن خلفه في المدن التي صالح أهلها يأمرهم أن يردوا عليهم ما أخذوا منهم من الجزية والخراج ، وكتب إليهم أن يقولوا لهم : "إنما رددنا عليكم أموالكم لأنه قد بلغنا ما جمع لنا من الجموع ، وإنكم اشترطتم علينا أن نمنعكم ، وإننا لا نقدر على ذلك ، وقد رددنا عليكم ما أخذنا منكم ونحن لكم على الشرط وما كتبنا بيننا وبينكم إن نصرنا الله عليهم. قالوا ردكم الله علينا ونصركم عليهم ، فلو كانوا هم لم يردوا علينا شيئاً ، وأخذوا كل شيء بقي لنا حتى لا يدعوا لنا شيئاً"<sup>(2)</sup>.

ومما يجب تسجيله في هذه الحالة أن نظام الجزية ليس من النظام العام في تأصيل العلاقات الدولية بين المسلمين وغيرهم ، حيث يجوز عقد معاهدات مع غير المسلمين على أساس آخر حسبما يرى ولي الأمر الشرعي ، بل قد أجاز الفقهاء عقد هدنة لمدة مطلقة ، دون أن يكون ذلك على أساس دفع مال من غير المسلمين<sup>(3)</sup>.

#### الأشخاص الذين تسقط عنهم الجزية

وبما أن سبب وجوب الجزية هو كونها بدلا عن قتال العدو والدفاع عن الديار ، فإنها تسقط عن الأشخاص الذين ليس لهم قدرة على القتال ، أو الذين ليس من شأنهم أصلاً أن يقع منهم اعتداء ، كالصبيان والمجانين والمعتوهين والنساء والشيوخ الكبار والمرضى والرهبان<sup>(4)</sup>.

قال ابن رشد : اتفقوا على أن الجزية تجب بثلاثة أوصاف : الذكورة والبلوغ والحرية، وأنها لا تجب على النساء ولا على الصبيان ولا على العبيد. واختلفوا في أصناف من هؤلاء : المجنون والمقعد والشيخ وأهل الصوامع والفقير ، وكل هذه مسائل اجتهادية ليس فيها توقيت شرعي<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - رشيد رضا ، تفسير المنار ، ج 10 ص 347.

<sup>2</sup> - ابن قدامة ، الكافي ، ج 3 ص 354. رشيد رضا ، تفسير المنار ، ج 10 ص 348.

<sup>3</sup> - وهبة الزحيلي ، آثار الحرب في الفقه الإسلامي ، ص 694. الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند : الفتاوى الهندية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1421 هـ - 2000م ، ج 2 ص 197.

<sup>4</sup> - ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 1 ص 404. ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ص 581 - 586. القرافي ، الذخيرة ، ج 3 ص 451 - 452. الخرشبي على مختصر خليل ، ج 3 ص 144. محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناصي ، القوانين الفقهية دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ص 104.

<sup>5</sup> - ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 1 ص 404.

كما تسقط الجزية أيضا عن كل من يشارك من أهل الذمة في الحرب وينخرط في صفوف الجهاد ويلتزم بالخدمة العسكرية والدفاع عن الدولة<sup>(1)</sup> ، والدليل على ذلك :

أ - ما روي عن جابر قال سألت الشعبي عن المسلمين يغزون بأهل الكتاب ؛ فقال الشعبي أدركت الأئمة الفقيه منهم وغير الفقيه ، يغزون بأهل الذمة ، فيقسمون لهم ويضعون عنهم من جزيتهم. وعن معمر قال : سمعت قتادة سئل عن أهل العهد يغزون مع المسلمين ، قال : لهم ما صالحوا عليه ، ما جعل لهم فهو لهم<sup>(2)</sup>.

قال رشيد رضا : "أما أهل الذمة فما كان يحق للإسلام أن يجبرهم على مباشرتهم القتال في حال من الأحوال ، بل الأمر بيدهم رضوا بالقتال عن أنفسهم وأموالهم عفوا عن الجزية ، وإن أبوا أن يخاطروا بالنفس فلا أقل من أن يسأحووا بشيء من المال وهي الجزية"<sup>(3)</sup>.

ب - المعاهدات الكثيرة التي كتبها الصحابة لأهل الذمة ، منها<sup>(4)</sup> :

1 - ما كتبه سويد بن مقرن<sup>(5)</sup> أحد قواد عمر بن الخطاب لأهل دستان وسائر أهل جرجان : "هذا كتاب من سويد بن مقرن لزربان صول بن زربان وأهل دستان وسائر أهل جرجان ، إن لكم الذمة وعلينا المنعة ، على أن عليكم من الجزاء في كل سنة على قدر طاقتكم على كل حال ، ومن استعنا به منكم فله جزاؤه في معونته عوضا عن جزائه ، ولهم الأمان على أن أنفسهم وأموالهم ومللهم وشرائعهم ولا يغير شيئا من ذلك. شهد سواد بن قطبة وهند ابن عمر وسماك بن مخزومة وعتيبة بن النهاس. وكتب في سنة 18هـ.

2 - ما كتبه عتبة بن فرقد أحد عمال عمر بن الخطاب : "هذا ما أعطى عتبة بن فرقد عامل عمر بن الخطاب أمير المؤمنين أهل أذربيجان سهلها وجبلها وحواشيها وشفارها وأهل مللها كلهم ، الأمان على أنفسهم وأموالهم ومللهم وشرائعهم ، على أن يؤدوا الجزية على قدر طاقتهم. ومن حشر<sup>(6)</sup> منهم في سنة ، وضع عنه جزاء تلك السنة ، ومن أقام فله مثل ما لمن أقام من ذلك".

3 - العهد الذي كتبه سراقه بن عمرو<sup>(7)</sup> لأهل أرمينية سنة 22 هـ ، والذي اشترط فيه الاشتراك في الجهاد في مقابل إعفاؤهم من الجزية : "هذا ما أعطى سراقه بن عمرو عامل أمير المؤمنين عمر بن الخطاب

1 - وهبة الزحيلي ، آثار الحرب في الفقه الإسلامي ، ص 699.

2 - ابن حزم ، المحلى ، ج 7 ص 334.

3 - رشيد رضا ، تفسير المنار ، ج 10 ص 347.

4 - رشيد رضا ، تفسير المنار ، ج 10 ص 350

5 - هو سويد بن مقرن بن عائد المزني ، نزل الكوفة وروى عنه ابنه معاوية ومولاه أبو شعبة وهلال بن يساف وغيرهم.

6 - الحشر هنا يراد به جمع الناس وسوقهم للقتال أو مساعدة المقاتلين.

7 - هو سراقه بن عمرو بن لبنة ، صحابي كان أحد الأمراء في الفتوح ، وهو الذي صالح أهل أرمينية ، ومات بها سنة 30 هـ.

شهر براز وسكان أرمينية والأرمن من الأمان ، أعطاهم أماناً لأنفسهم وأموالهم وملتهم أن لا يضاروا ولا ينقضوا وعلى أرمينية والأبواب الطرّاء منهم والتناء<sup>(1)</sup> ، ومن حولهم فدخل معهم أن ينفروا لكل غارة ، وينفذوا لكل أمر ناب أو لم ينب رآه الوالي صلاحاً ، على أن يوضع الجزاء على من أحاب إلى ذلك ، ومن استغنى عنه منهم وقعد فعليه مثل ما على أهل أذربيجان من الجزاء ، فإن حشروا وضع ذلك عنهم. شهد عبد الرحمن بن ربيعة ، وسلمان بن ربيعة ، وبكير بن عبد الله ، وكتب مرضي بن مرقد وشهد<sup>(2)</sup>.

4 - ما فعله حبيب بن مسلم الفهري مع أهل إنطاكية الذي ولاه أبو عبيدة بن الجراح أمرها ، فلم يقاتله أهلها ، ولكنهم بادروا بطلب الأمان والصلح ، فصالحوه على أن يكونوا أعواناً للمسلمين وعيوناً ومسالخ في جبل اللكام ، وأن لا يؤخذوا بالجزية<sup>(3)</sup>.

ومن نظر في مجموع هذه المعاهدات يتبين له الربط بين الجزية والدفاع عن من يعطيها، وكيف أن خالد بن الوليد صرح في كتابه : "بأننا لا نأخذ الجزية إلا إذا منعناكم ودفعنا عنكم، وإن عجزنا عن ذلك فلا يجوز لنا أخذها". وهذه المواثيق والمعاهدات مما ارتضاها عمر بن الخطاب وجُلّ الصحابة فكان سبيلها سبيل المسائل المجمع عليها. قال الشعبي : وقد أخذ سواد العراق عُتوة ، وكذلك كل أرض إلا الحصون فجلا أهلها فدعوا إلى الصلح والذمة ، فأجابوا وتراجعوا، فصاروا ذمة وعليهم الجزاء ولهم المنعة ، وذلك هو السنّة<sup>(4)</sup>.

وقد ذكر القرافي أن ابن حزم نقل الإجماع عن ذلك ، فقال : "إن من كان في الذمة وجاء أهل الحرب إلى بلادنا يقصدونه ، وجب علينا أن نخرج لقتالهم بالكراع والسلاح ونموت دون ذلك ، صونا لمن هو في ذمة الله تعالى وذمة رسوله صلى الله عليه وسلم ، فإن تسليمه دون ذلك إهمال لعقد الذمة"<sup>(5)</sup>.

ج - الغاية من الجزية ، إن الإسلام لا يقصد من نظام الجزية سواء على المستوى الداخلي أو الدولي الحصول على الموارد المالية ، بل الدعوة إلى الإسلام والهداية إليه وإزالة العوائق المادية التي تحول دون وصول رسالة الإسلام إلى الناس كافة<sup>(6)</sup> ، وهذا ما أشار إليه السرخسي في تحديده الهدف من الجزية فقال :

1 - الطراء : جمع طارئ وهم الغرباء. والتناء : وهم المقيمون.

2 - رشيد رضا ، تفسير المنار ، ج 10 ص 351.

3 - رشيد رضا ، تفسير المنار ، ج 10 ص 351.

4 - رشيد رضا ، تفسير المنار ، ج 10 ص 348.

5 - القرافي ، الفروق ، ج 3 ص 14 الفرق 119.

6 - رشيد رضا ، تفسير المنار ، ج 10 ص 342. الألوسي ، روح المعاني ، ج 10 ص 79. فخر الدين الرازي ، التفسير الكبير ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت، الطبعة الأولى 1401 هـ - 1981م، ج 16 ص 33 - 34. سيد قطب، في ظلال القرآن ، ج 3 ص 1633.

"المقصود من الجزية ليس هو المال ؛ بل الدعاء إلى الدين بأحسن الوجوه ، لأنه بعقد الذمة يترك القتال أصلاً ، ولا يقاتل من لا يقاتل ، ثم يسكن بين المسلمين فيرى محسن الدين ويعظه واعظ فرما يسلم"<sup>(1)</sup> .  
وحتى إذا لم يدخل في الإسلام الجيل الأول من أهل الذمة ، فقد يسلم الجيل الثاني أو الثالث منهم عندما يطلعون على محاسن الإسلام وعدالته ، وهذا ما أشار إليه القرابي وهو يرد على إشكال طرحه بعض الطاعنين على أخذ الجزية ، وقد صاغ اعتراضهم فقال : "شأن التشريع درء المفسدة العظمى بإيقاع المفسدة الدنيا ، وتفويت المصلحة؛ ومفسدة الكفر تربو على مصلحة أخذ المال في الجزية من الكفر ، بل على جملة الدنيا وما فيها، ثم أجاب على اعتراضهم فقال :

والجواب على هذا السؤال هو بإبداء الفرق بين القاعدتين ، أن إقرار الكافر على الكفر ما كان القصد الأكبر بذلك أخذ المال ، بل ليقع إسلام ذلك الكافر في غير ذلك الوقت ، فهو أولى من قتله ، فإن قتله يوقعه في الهلكة الدائمة قطعاً، وبقاؤه يبقى الطمع فيه عساه أن يرجع فيسعد ، وإن هو مات على الكفر فقد يخرج من ظهره ولو بعد حين من يؤمن بالله تعالى . والسبب لإيجاد من يؤمن بالله تعالى ولو بأي وجه كان ، من أعظم المصالح وأخذ المال منه ما كان إلا لينبعث بذلك الذل إلى الإيمان ويفارق الكفر"<sup>(2)</sup> .  
وحتى يتحقق هذا الهدف فقد فرق الإسلام بين البر والتودد ، فأمرنا ببرهم والإحسان إليهم، ونهانا عن التودد إليهم وموالاتهم ، فقال الله تعالى : { لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ \* إِنَّمَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُوكُم مِّن دِيَارِكُمْ وَظَاهَرُوا عَلَىٰ إِخْرَاجِكُمْ أَنْ تَوَلَّوْهُمْ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ }<sup>(3)</sup> .  
وقال عمر بن الخطاب : "أعينوهم ولا تظلموهم"<sup>(4)</sup> . وقال القرابي : "وبالجملة فبرهم والإحسان إليهم مأمور به ، وودهم وتوليهم منهي عنه ، فهما قاعدتان إحداهما محرمة والأخرى مأمور بها"<sup>(5)</sup> .

<sup>1</sup> - السرخسي ، المبسوط ، ج 10 ص 77 .

<sup>2</sup> - البقوري ، ترتيب الفروق ، ص 218 . القرابي ، الفروق ، ج 3 ص 9 - 11 . الفرق 117 . الذخيرة ، ج 3 ص 453 - 454 .

<sup>3</sup> - سورة الممتحنة ، الآيتان رقم : 8 ، 9 .

<sup>4</sup> - البقوري ، ترتيب الفروق واختصارها ، ص 220 . وقد ورد في كتاب الفروق ج 3 ص 16 : "أهينوهم ولا تظلموهم" . ويبدو لي أن ما ورد عن البقوري أصح ، وربما ما ورد في الفروق خطأ مطبعي ليس إلا .

<sup>5</sup> - القرابي ، الفروق ، ج 3 ص 16 .

## الفرع الخامس : سبب وجوب الكفارات

الكفارة لغة : مأخوذة من الكُفِّر وهو السِتْرُ ، لأنها تغطي الذنب وتستتره<sup>(1)</sup>. قال النووي: "الكفارة من الكفر ، وهو الستر لأنها تستر الذنب وتذهب به ، هذا أصلها ؛ ثم استعملت فيما وجد فيه صورة مخالفة أو انتهاك ، وإن لم يكن فيه إثم كالقتل الخطأ وغيره"<sup>(2)</sup>.

والكفارة هي عقوبة مقررة على المعصية بقصد التكفير عن إتيانها ، وهي نوع من العبادة ، لأنها عبارة عن عتق رقبة أو إطعام مساكين أو صيام ؛ فإذا فرضت على عمل لا يعتبر معصية فهي عبادة خالصة، كالإطعام بدلا من الصوم لمن لا يطيق الصوم ، وإذا فرضت على ما يعتبر معصية ، فهي عقوبة جزائية خالصة كالكفارة في القتل الخطأ<sup>(3)</sup>.

وقد نص الفقهاء على أن الكفارة فيها معنى العبادة ومعنى العقوبة ، فهي تتضمن معنى كل منهما ؛ فتتضمن معنى العبادة لأنها تؤدي بالصوم والصدقة والعتق ونحو ذلك من العبادات، وتشتت نية الكفارة والإعتاق ، أما تضمنها معنى العقوبة ، فلأنها لم تجب ابتداء تعظيما لله تعالى كسائر العبادات ، بل وجبت جزاء للعبد على ارتكاب محظور أو مخالفة<sup>(4)</sup>.

قال القراني : "وقد اختلفوا في بعض الكفارات هل هي زواج لما فيها من مشاق تحمل الأموال وغيرها ، أو هي جوائز لأنها عبادات لا تصح إلا بنيات"<sup>(5)</sup>. قال ابن نجيم الحنفي : أما صفتها فهي عقوبة وجوبا لكونها شرعت أجزية لأفعال فيها معنى الحظر، وعبادة أداء لكونها تتأدى بالصوم والصدقة وهي قرب ، والغالب فيها معنى العبادة<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup> - ابن منظور ، لسان العرب ، مادة كفر ، ج 12 ص 122.

<sup>2</sup> - أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب ، تحقيق وتعليق محمد نجيب المطيعي ، مكتبة الإرشاد ، جدة ، المملكة العربية السعودية ، ج 6 ص 333.

<sup>3</sup> - عبد القادر عوده ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة السادسة 1405 هـ - 1985 م ، بيروت ، لبنان ، ج 1 ص 683.

<sup>4</sup> - أصول السرخسي ، ج 1 ص 109. عبد العزيز بن عبد الرحمن بن علي الربيعية، السبب عند الأصوليين، ج 1 ص 265. الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 3 ص 359.

<sup>5</sup> - القراني ، الفروق ، ج 1 ص 213. الفرق التاسع والثلاثون بين قاعدة الزواجر وقاعدة الجوائز. الشيخ محمد علي بن الحسين ، تهذيب الفروق ، ج 1 ص 211.

<sup>6</sup> - زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، دار المعرفة ، بيروت ( د س ن ) ، ج 4 ص 109.

ولما كانت الكفارات دائرة بين العبادة والعقوبة ، صار سبب وجوبها ما أضيف إليها من أمر دائر بين الحظر والإباحة<sup>(1)</sup> ، بأن يكون المضاف إليه مباحا من وجه ، محظورا من وجه آخر. فيكون معنى العبادة مضافا إلى صفة الإباحة ، ومعنى العقوبة مضافا إلى صفة الحظر، فيلائم السبب المسبب ويقابل الحظر بالعقوبة والإباحة بالعبادة.

والكفارات عقوبات مقدرة حدد الشارع أنواعها وبين مقاديرها ، ومن أجل هذا فهي لا تجب إلا فيما أوجبه الشارع بنص صريح ، وهي :

أ - القتل الخطأ : وقد ثبتت كفارة القتل الخطأ ، بقول الله تعالى : { وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامٌ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا }<sup>(2)</sup>.

والقتل الخطأ فعل دائر بين الحظر والإباحة ، فمن حيث إنه لم يقصد فعل القتل ، بل قصد صيدا أو حربيا أو أي غرض آخر ، فهو مباح؛ ومن حيث إنه مقصر<sup>(3)</sup> لكونه ترك التثبت والاحتياط ، فهو محظور ، لأنه أصاب شخصا معصوم الدم ، فصلح سببا للكفارة<sup>(4)</sup>.

ب - إفساد الإحرام : قد يعرض لقاصد الحج ما يمنعه من إتمامه أو الإتيان به على الوجه الأكمل، كمرض أو موت أو فوات وقت أو تجاوز ميقات أو غير ذلك ، ولجبر ذلك شرعت الكفارة ، ومن هذه العوارض :

قتل الصيد أو الدلالة عليه : قال الله تعالى { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَدًّا فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ }<sup>(5)</sup>، فالمُحْرَم إذا قتل الصيد أو دلّ عليه أو اصطاده فعليه الكفارة. وفعله هذا دائر بين الإباحة والحظر ، فمن حيث إنه اصطيد فهو مباح ؛ ومن حيث إنه جنابة على الإحرام فهو محظور ، فصلح بهذا الاعتبار سببا للكفارة.

<sup>1</sup> - أصول السرخسي ، ج 1 ص 109. عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 356.

<sup>2</sup> - سورة النساء ، آية رقم ، 91.

<sup>3</sup> - يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في أن علة تحميل المسؤولية في القتل الخطأ ، هي التقصير والإهمال أو عدم الاحتياط والتحرز أو عدم التبصر، وإن كان هناك خلاف بينهما في نوع الجزاء المسلط على القاتل خطأ. عبد القادر عوده ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، ج 2 ص 105.

<sup>4</sup> - أصول السرخسي ، ج 1 ص 109. عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 356.

<sup>5</sup> - سورة المائدة ، آية رقم 97.

الارتفاق باللباس والطيب والأهل بعد الإحرام ثابت بقول الله تعالى : { الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَاتٌ فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ }<sup>(1)</sup>، فالمحرم بالحج يجب عليه أن لا يأتي المباح الذي حرمه الشارع عليه وقت الإحرام ، كقربان النساء والطيب والزينة باللباس المخيط والجدال والمرء والخصام ، فإن خالف ذلك ترتب في حقه كفارة<sup>(2)</sup>. وارتفاق الحاج باللباس والطيب وغير ذلك ، فعل دائر بين الإباحة والحظر ، فمن حيث إنه حلال في ذاته فهو مباح، ومن حيث إنه جناية على الإحرام محظور ، فصلح سببا للكفارة<sup>(3)</sup>.

ج - الفطر عمدا في نهار رمضان : وقد ثبتت كفارة الفطر في رمضان بما رواه أبو هريرة قال : "بَيْنَمَا نَحْنُ جُلُوسٌ عِنْدَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِذْ جَاءَهُ رَجُلٌ، فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ هَلَكْتُ، قَالَ: مَا لَكَ؟ قَالَ: وَقَعْتُ عَلَى امْرَأَتِي وَأَنَا صَائِمٌ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: هَلْ تَجِدُ رَقَبَةً تُعْتِقُهَا؟ قَالَ: لَا. قَالَ فَهَلْ تَسْتَطِيعُ أَنْ تَصُومَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ؟ قَالَ لَا. قَالَ: فَهَلْ تَجِدُ إِطْعَامَ سِتِّينَ مِسْكِينًا؟ قَالَ: لَا. قَالَ: فَمَكَتِ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَبَيْنَا نَحْنُ عَلَى ذَلِكَ أُتِيَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِعَرَقٍ فِيهَا تَمْرٌ - وَالْعَرَقُ: الْمِكْتَلُ - قَالَ: أَيُّ السَّائِلِ؟ فَقَالَ أَنَا، قَالَ: خُذْ هَذَا فَتَصَدَّقْ بِهِ، فَقَالَ الرَّجُلُ أَعَلَى أَفْقَرٍ مِنِّي يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ فَوَ اللَّهُ مَا بَيْنَ لَابَتَيْهَا - يُرِيدُ الْحَرْتَيْنِ - أَهْلُ بَيْتِ أَفْقَرٍ مِنْ أَهْلِ بَيْتِي، فَضَحِكَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَتَّى بَدَتْ أَنْيَابُهُ، ثُمَّ قَالَ: أَطْعِمُهُ أَهْلَكَ"<sup>(4)</sup>.

إن الفطر عمدا في نهار رمضان ، فعل دائر بين الإباحة والحظر ، فمن حيث إنه يلاقي فعل نفسه الذي هو مملوك له ، فهو مباح ؛ ومن حيث إنه جناية على العبادة وهي الصوم فهو محظور ، فصلح سببا لوجوب الكفارة<sup>(5)</sup>.

د - الحنث في اليمين : فإنها سبب الكفارة لإضافتها إليها شرعا وعرفا، قال الله تعالى: { ذَلِكَ كَفَّارَةٌ لِمَتَانِكُمْ }، ويقال كفارة اليمين. وقد ثبتت كفارة اليمين بقول الله تعالى : { لَا يُؤْخَذُكُمْ اللَّهُ بِاللَّعْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤْخَذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ

<sup>1</sup> - سورة البقرة ، آية رقم 196.

<sup>2</sup> - تفسير المراغي ، ج 2 ص 99.

<sup>3</sup> - عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 356.

<sup>4</sup> - رواه البخاري في كتاب الصوم ، حديث رقم 1936. ومسلم وأبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه وأحمد بن حنبل. ابن

دقيق العيد ، أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ( د س ن ) ، ج 2 ص 213.

<sup>5</sup> - أصول السرخسي ، ج 1 ص 109. عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 356.

كَسَبَتْ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ} (1).

غير أن العلماء اختلفوا في الصفة التي أصبحت بها اليمين سببا في الكفارة. ويحلل البخاري في كتابه كشف الأسرار رأي الحنفية الذين يرون أن اليمين كانت سببا في الكفارة بصفة كونها معقودة على أمر في المستقبل، ورأي الشافعية الذين يرونها سببا في الكفارة كونها بصفة مقصودة. فيقول: "إنها سبب بصفة كونها معقودة عندنا، وشرط وجوبها فوات البر، وموجبها الأصلي وجوب البر، والكفارة وجبت خلفا عنه عند فواته ليصير باعتبارها كأنه تم على بره. وعند الشافعي رحمه الله سبب بصفة كونها مقصودة، وتجب الكفارة بها أصلا لا خلفا عن البر، وشرطها فوت الصدق من الخبر الذي عقد عليه اليمين، فتجب الكفارة في الغموس لوجود الشرط. والكفارة مؤاخذة شرعت سترا للذنب ومحو للإثم، فتتعلق بارتكاب محظور وهو هتك حرمة اسم الله جلا جلاله، كالتوبة تجب بارتكاب الذنب محوا له. ثم الهتك لا يحصل إلا عن قصد فأخرج الشرع اللغو عن السببية لعدم القصد، وبقيت الغموس والمنعقدة سببين للكفارة باعتبار صفة القصد (2)، وإليه أشير في قول الله تعالى: {لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبْتُمْ قُلُوبُكُمْ وَاللَّهُ عَفُورٌ حَلِيمٌ} (3).

هـ - الظهار: وكفارة الظهار ثابتة بقول الله تعالى: {وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا ذَلِكَمْ تُوَعِّظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ \* فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا} (4).

وقد اختلف الفقهاء في تحديد سبب الكفارة، فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة وعطاء والنخعي والأوزاعي، إلى أن السبب هو الظهار مع العود، لقول الله تعالى: {وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا} (5)، وهو نص في وجوب تعلق الكفارة بالعود؛ ولأن الكفارة وجبت في الآية بأمرين هما ظهار وعود، فلا تثبت بأحدهما. ولأن الظهار يشبه الكفارة في اليمين، فكما أن كفارة اليمين إنما تلزم بالمخالفة أو بإرادة المخالفة، كذلك الأمر في كفارة الظهار، فالسبب على هذا

1 - سورة المائدة، آية رقم، 91.

2 - عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار، ج 2 ص 357.

3 - سورة البقرة، آية رقم 223.

4 - سورة المجادلة، آية رقم، 3 - 4.

5 - سورة المجادلة، آية رقم، 3.

الرأي هو مجموع الظهار والعود ، وهو يدور بين الحظر والإباحة ، فالظهار محذور ، والعود مباح ، فلما اجتمعا صلحا سببا للكفارة<sup>(1)</sup>.

وذهب مجاهد وطاووس والشعبي والزهري وقتادة ، إلى أن سبب الكفارة مجرد الظهار، لأنّ الكفارة وجبت لقول المنكر والنور ، وهذا يحصل بمجرد الظهار. ولأنّ الظهار معنى يوجب الكفارة بنفسه لا بمعنى زائد ، تشبيها بكفارة القتل والفطر. وهو قول دائر بين الحظر والإباحة ، فمن حيث كونه طلاقا ، فهو مباح؛ ومن حيث كونه منكرا من القول وزورا فهو محذور، فصلح سببا للكفارة<sup>(2)</sup>.

ويترتب على كون الكفارات دائرة بين العبادات والعقوبة ، أنه لا يجب شيء منها على الصبي، لأن العبادات شرعت للابتلاء والصبي ليس من أهل الابتلاء، والعقوبات شرعت جزاء فعل محذور ، وفعله لا يوصف بالحظر<sup>(3)</sup>.

وكذلك لا يصلح أن يكون المباح المحض كالقتل بحق ، واليمين المنعقدة ، سببا للكفارة، أو المحذور المحض كالقتل العمد واليمين الغموس ، سببا لها.

غير أنه قد وقع خلاف بين الفقهاء في وجوب كفارة اليمين الغموس ، فذهب جمهور الفقهاء من المالكية والحنفية والحنابلة إلى أنه لا كفارة فيها ، لأنها يمين غير منعقدة ، فهي تشبه يمين اللغو. وذهب الشافعية ورواية عن أحمد وعطاء والزهري إلى وجوب الكفارة في اليمين الغموس، لأنها وجدت منه ، والمخالفة مع القصد يترتب عنها الكفارة كاليمين المستقبلة<sup>(4)</sup>.

وكذلك وقع الخلاف في القتل العمد هل فيه كفارة أم لا ، فذهب الشافعي ورواية عن أحمد والزهري، إلى أن الكفارة تجب في القتل العمد ، لأنها إذا وجبت في القتل الخطأ مع عدم الإثم ، فوجوبها في العمد وشبهه مع الإثم أولى<sup>(5)</sup>. واستندوا إلى رواية واثلة بن الأسقع أن نفرا من بني سليم قالوا يا رسول الله إن صاحبنا لنا قد أوجب القتل فقال : "اعتقوا عنه رقبة يعتق الله بكل عضو منها عضوا منه من النار"<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup> - ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ص 105. ابن قدامة المغني ، ج 8 ص 573. ابن جزى القوانين الفقهية ، ص 161.  
<sup>2</sup> - ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ص 105. ابن قدامة المغني ، ج 8 ص 573. عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 357.

<sup>3</sup> - عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 357.  
<sup>4</sup> - ابن قدامة ، المغني ، ج 11 ص 177 - 178. ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 1 ص 409 - 410. ابن جزى ، القوانين الفقهية ، ص 107.

<sup>5</sup> - الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ص 334. الخطيب الشيريني ، مغني المحتاج ، ج 4 ص 107  
<sup>6</sup> - أخرجه ابن حبان ، ج 10 ص 145. والحاكم وصححه ، ج 2 ص 212. ووافقه الذهبي.

أما جمهور الفقهاء من المالكية والحنفية والحنابلة فلا يرون كفارة في القتل العمد ، لأنّ النّص جاء خلوًا من الكفارة ، وأن الله تعالى جعل جزاء القتل العمد القصاص من القاتل وجهنم خالدا فيها ، ومفهوم هذا أنه لا كفارة في القتل العمد، كما أن القتل العمد كبيرة فلا تناظر به الكفارة ، ولأن الكفارة من العقوبات المقدرة فلا يجوز إثباتها بالقياس بل لابد من النّص عليها<sup>(1)</sup>.

### الفرع السادس : سبب شرعية المعاملات المالية

ذكر عبد العزيز البخاري<sup>(2)</sup> والبيدوي والدبوسي والسرخسي إلى أن سبب شرعية المعاملات المالية هو تعلق البقاء المقدر بتعاطيها ، أي تعلق البقاء المحكوم من الله تعالى بمباشرتها.

وحددوا ذلك في بقاء الجنس وبقاء النفس ، ويتحقق بقاء الجنس بالتناسل ، وبقاء النفس بتوفير مقدار من المال يضمن حد الكفاية لكل واحد، ومن ثم فكل تصرف يصدر من المكلف يساهم في بقاء الجنس ، أو يساهم في بقاء النفس ، يكون مشروعًا ، وإذا لم يساهم في بقاء الجنس أو النفس فلا يكون مشروعًا.

يقول السرخسي مبينا هذه المعاني : "إن الله تعالى حكم ببقاء العالم إلى قيام الساعة ، وهذا البقاء إنما يكون ببقاء الجنس وبقاء النفس؛ فبقاء الجنس بالتناسل ، والتناسل بإتيان الذكور الإناث في موضع الحرث ، والإنسان هو المقصود بذلك، فشرع لذلك التناسل طريقًا لا فساد فيه ولا ضياع ، وهو طريق الأزواج بلا شركة ، ففي التغالب فساد العالم ، وفي الشركة ضياع الولد ؛ لأنّ الأب إذا اشتبه يتعذر إيجاب مؤونة الولد عليه ، وبالأهمّات عجز عن اكتساب ذلك بأصل الجبلة ، فيضيع الولد.

وبقاء النفس إلى أجله إنما يقوم بما تقوم به المصالح للمعيشة وذلك بالمال ، وما يحتاج إليه كل واحد لكفايته لا يكون حاصلًا في يده وإنما يتمكن من تحصيله بالمال، فشرع سبب اكتساب المال ، وسبب اكتساب ما فيه كفاية لكل واحد ، وهو التجارة عن تراض ، لما في التغالب من الفساد والله لا يحب الفساد، ولأن الله تعالى جعل الدنيا دار محنة وابتلاء ، كما قال تعالى : { إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا }<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ص 40. الخطاب ، مواهب الجليل ، ج 6 ص 268. ابن نجيم ، البحر الرائق، ج 8 ص

291. ابن جزى ، القوانين الفقهية ، ص 228.

<sup>2</sup> - البخاري ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 358.

<sup>3</sup> - سورة الإنسان ، آية رقم ، 2.

والإنسان الذي هو مقصود غير مخلوق في الدنيا لنيل اللذات وقضاء الشهوات ، بل للعبادة التي هي عمل بخلاف هوى النفس. قال الله تعالى : { وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ }<sup>(1)</sup> ، فعرفنا أن ما جعل لنا في الدنيا من اقتضاء الشهوات بالأكل وغير ذلك ليس لعين اقتضاء الشهوة ، بل لحكم آخر وهو تعلق البقاء المقدور بتعاطيها. إلا أن في الناس مطيعا وعاصيا ، فالمطيع يرغب فيه لا لقضاء الشهوة بل لاتباع الأمر ، والعاصي يرغب فيه لقضاء شهوة النفس ، فيتحقق البقاء المقدور بفعل الفريقين. وللمطيع الثواب باعتبار قصده إلى الإقدام عليه ، والعاصي مستوجب للعقاب باعتباره قصده في اتباع هوى النفس الأمانة بالسوء ، تبارك الله الحكيم الخبير القدير هو مولانا فنعم المولى ونعم النصير<sup>(2)</sup>.

إن سبب شرعية المعاملات المالية الذي ذكره هؤلاء الأئمة الأعلام ، يقصدون به السبب غير المباشر المنشئ للالتزامات، وهم بهذا التحديد قد تجاوزوا السبب المباشر المولد للالتزامات إلى السبب غير المباشر ، وأعطوا لنا تفسيراً علمياً دقيقاً لمصدر كل التصرفات التي يقوم بها المكلفون ، ولا شك أن هذا الأصل العام تنبثق عنه جزئيات أخرى تحدد مفهوم السبب المباشر في كل تصرف على حدة، وذلك كالبيع والنكاح والطلاق والعتاق ، حيث إن البيع سبب للملك ، والنكاح سبب للحلّ ، والطلاق سبب للحرمة، والعتاق سبب لإزالة الملك وهكذا<sup>(3)</sup>.

إن ردّ سبب شرعية جميع المعاملات إلى مصدر واحد ، هو تعلق البقاء المقدور بتعاطيها ، وحصص ذلك في بقاء الجنس بشرعية التناسل ، وبقاء النفس بتوفير مقدار من المال يضمن حد الكفاية لكل واحد، هي نظرة تستلهم مقاصد الشريعة وغاياتها في بيان شرعية التصرفات التي تصدر عن المكلفين.

وبتحليل عبارة السرخسي السابقة يتضح أن الله أرسل الرسل من أجل تحقيق مصلحة الإنسان وسعادته في الدنيا والآخرة ، ومصلحة الإنسان تكمن في أدائه للمهمة التي من أجلها خلق ، وهي مهمة الخلافة في الأرض بتحقيق العبودية لله ، ومن هنا أشار السرخسي للعبادة باعتبارها الغاية التي من أجلها خلق الإنسان.

وبما أن الإنسان هو المكلف بأداء مهمة الخلافة في الأرض وعبودية الله تعالى ، فإن بنية الإنسان الفرد تصبح شرطاً ضرورياً للقيام بهذه المهمة ، وبقدر ما تكون بنية الإنسان الفرد أكثر قوة يكون ذلك الشرط أكثر تحقيقاً ، ويكون أداء تلك المهمة تبعاً لذلك أكثر إمكاناً. وعلى العكس من ذلك كلما كانت

1 - سورة الذاريات ، آية رقم ، 56.

2 - أصول السرخسي ، ج 1 ص 109 - 110.

3 - الغزالي ، المستصفى ، ج 1 ص 60.

بنيّة الإنسان الفرد أكثر ضعفاً ، كان القيام بمهمة الخلافة أقل إمكاناً، ومن هنا نص الفقهاء على أن حفظ النفس وبقائها من مقاصد الشريعة العامة.

والنفس الإنسانية هي مجمل الكينونة بعناصرها المختلفة ، وهي عبارة عن ذات مركبة من عناصر وقوى متعددة فهي ابتداءً تتكون من جسم وروح. والروح تشمل مجموعة من العناصر والقوى ، فهي أحاسيس وغرائز ومشاعر وذاكرة وخيال وعقل مفكر ، وحفظ النفس الذي هو مقصد من مقاصد الشريعة، يشمل حفظ هذه العناصر كلها ، سواء باعتبارها كلاً مجتمعاً ، أو باعتبارها عناصر متميزة<sup>(1)</sup>.

ومعنى هذا الحفظ هو توفير أسباب القوة للذات الإنسانية ، ودفع أسباب الضعف عنها ، ولذلك فقد جاءت أحكام شرعية كثيرة ومتنوعة غايتها حفظ النفس على هذا المعنى ، وجماع هذه الأحكام ما جاء في قول الله تعالى : { وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ }<sup>(2)</sup>. وقد أكد ذلك الطاهر بن عاشور بقوله : "وقوع فعل "تلقوا" في سياق النهي يقتضي عموم كل إلقاء باليد للتهلكة ، أي كل تسبب في الهلاك عن عمد ، فيكون منهيًا عنه محرماً ما لم يوجد مقتض لإزالة ذلك التحريم، وهو ما يكون حفظه مقدماً على حفظ النفس مع تحقق حصول حفظه بسبب الإلقاء بالنفس إلى الهلاك ، أو حفظ بعضه بسبب ذلك"<sup>(3)</sup>.

ولما كانت النفس تشتمل على عنصر مادي وهو الجسم ، وعنصر معنوي وهو الروح، فإن حفظ النفس يتجه إليهما معاً<sup>(4)</sup> ، والحفظ يكون إما بتوفير أسباب البقاء والقوة ، أو بدفع أسباب الوهن والضعف.

فالحفظ بتوفير أسباب البقاء والقوة ، يتحقق بالبقاء والسكن وكل ما يحفظ الوجود المادي للنفس ، على الوجه الذي تكون به قوية لأداء مهامها في الحياة ، وكل تقصير في ذلك يؤدي إلى خلل يبيء صاحبه بالإثم. ومن ثم فلا يجوز في الإسلام أن يعذب الإنسان نفسه بقطع أو جرح أو تجويع أو يضع حداً

<sup>1</sup> - الدكتور عبد المجيد النجار، مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية 2008 ، ص 112.

<sup>2</sup> - سورة البقرة ، آية رقم ، 194.

<sup>3</sup> - الطاهر بن عاشور ، التحرير والتنوير ، ج 2 ص 215.

<sup>4</sup> - لم يهتم الفقهاء القدامى الذين كتبوا في المقاصد إلا بالحفظ المادي للنفس ، وتكاد الأمثلة التي يذكرها تنحصر في القصاص وما شابهه، وإن وقعت الإشارة إلى الحفظ المعنوي فإن ذلك يعتبر من الحاجيات وليس من الضروريات. أما الباحثون المعاصرون الذين كتبوا في مقاصد الشريعة ، فقد ظهر الاهتمام لديهم بالجانب المعنوي لحفظ النفس مقصداً ضرورياً من مقاصد الشريعة. عبد المجيد النجار، مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، ص 122. جمال الدين عطية ، نحو تفعيل مقاصد الشريعة، طبعة سنة 2000 ، دار الفكر، دمشق، ص 143.

لحياته بالانتحار<sup>(1)</sup> ، بل اعتبر الإسلام الانتحار جريمة من أكبر الجرائم<sup>(2)</sup> ، وجعل المنتحر آيسا من رحمة الله ومأواه جهنم وبئس المصير. روى البخاري ومسلم في صحيحيهما عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " مَنْ قَتَلَ نَفْسَهُ بِحَدِيدَةٍ فَحَدِيدَتُهُ فِي يَدِهِ يَتَوَجَّأُ بِهَا فِي بَطْنِهِ فِي نَارِ جَهَنَّمَ خَالِدًا فِيهَا أَبَدًا ، وَمَنْ شَرِبَ سُمًّا فَقَتَلَ نَفْسَهُ فَهُوَ يَتَحَسَّاهُ فِي نَارِ جَهَنَّمَ خَالِدًا فِيهَا أَبَدًا ، وَمَنْ تَرَدَّى مِنْ جَبَلٍ فَقَتَلَ نَفْسَهُ فَهُوَ يَتَرَدَّى فِي نَارِ جَهَنَّمَ خَالِدًا فِيهَا أَبَدًا"<sup>(3)</sup>.

وهذا بخلاف القوانين الوضعية التي لا تحرم الانتحار ، وإنما تعاقب من يشترك أو يساهم أو يساعد بشكل مباشر أو غير مباشر على الانتحار ، وهذا هو شأن قانون العقوبات الفرنسي الذي لا يشكل الانتحار عنده موضوعا لأي تجريم قانوني ، وإنما يعاقب فقط من يحرض على الانتحار<sup>(4)</sup> ، وتضاعف العقوبة في حالة إذا ارتكب الجرم بحق القاصر الذي لم يتجاوز الخامسة عشرة من العمر ، وهذا ما نصت عليه المادة 13-223 من قانون العقوبات<sup>(5)</sup>.

وسار على هدى القانون الفرنسي القانون الأردني واللبناني والجزائري حيث نصت المادة 273 من قانون العقوبات الجزائري على أن : "كل من ساعد عمدا شخصا في الأفعال التي تساعده على الانتحار أو تسهله له أو زوده بالأسلحة أو بالآلات المعدة للانتحار ، مع علمه بأنها سوف تستعمل في هذا الغرض ، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات إذا نفذ الانتحار". ونصت المادة 553 من قانون العقوبات اللبناني على عقوبة مَنْ يساعد غيره على الانتحار بعشر سنوات سجننا إذا تم الانتحار. وبالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين في حالة الشروع في الانتحار إذا نجم عنه إيذاء أو عجز دائم. وإذا كان الشخص المساعد على الانتحار حدثا دون الخامسة عشرة من عمره أو معتوها طبقت عقوبات التحريض على

1 - كما نلاحظ ذلك عند كثير من المذاهب والفلسفات الوضعية ، التي تبيح الانتحار وتبرره.

2 - الدكتور عبد المجيد النجار ، مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة ، ص 112.

3 - صحيح البخاري ، كتاب الطب ، باب شرب السُّمِّ والدواء وما يخاف منه والخبيث ، حديث رقم 5778. ورواه مسلم في كتاب الإيمان ، باب غلظ تحريم الإنسان قتل نفسه ، حديث رقم 162.

4 - والعقوبة هي ثلاث سنوات سجن وغرامة قدرها 45 ألف أورو. وتكون العقوبة خمس سنوات سجن وغرامة قدرها 75 ألف ألف أورو ، إذا كان المجني عليه قاصر لم يتجاوز 15 سنة.

5 - **Article 223-13 :** « Le fait de provoquer au suicide d'autrui est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende lorsque la provocation a été suivie du suicide ou d'une tentative de suicide.

Les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75000 euros d'amende lorsque la victime de l'infraction définie à l'alinéa précédent est un mineur de quinze ans ».

القتل<sup>(1)</sup>. ونصت المادة 339 من قانون العقوبات الأردني على أنه : "من حمل إنساناً على الانتحار أو ساعده بطريقة من الطرق المذكورة في المادة (80) عوقب بالاعتقال المؤقت<sup>(2)</sup>. وإذا بقي الانتحار في حالة الشروع عوقب ذلك الشخص بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وتكون العقوبة حتى ثلاث سنوات إذا نجم إيذاء أو عجز دائمين".

غير أن قانون العقوبات القطري يعاقب من شرع في الانتحار إلى جاب عقوبة من يساعد أو يحرض على الانتحار حيث نصت لمادة 304 على أنه : "يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر، وبالغرامة التي لا تزيد على ثلاثة آلاف ريال ، أو بإحدى هاتين العقوبتين ، كل من شرع في الانتحار، بأن أتى فعلاً من الأفعال التي تؤدي إلى الوفاة عادة".

أما حفظ النفس بدفع أسباب الوهن والضعف عنها ، فيتحقق بدفع كل ما يؤدي إلى النيل منها بالوهن والضعف والانتهاك والهلاك ، ومن هنا جاء الأمر بالتداوي والعلاج ، فقال صلى الله عليه وسلم : "تداووا فإن الله لم يضع داء إلا وضع له دواء"<sup>(3)</sup>. كما جاء تشريع القصاص لدفع العدوان وعقابا للمعتدي بمثل ما اعتدى به، واعتبرت الشريعة الإسلامية أن عقوبة القصاص هي الكفيلة بحفظ حياة النفوس<sup>(4)</sup> ، قال الله تعالى : {وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ} <sup>(5)</sup>. كما اعتبرت أن قتل نفس واحدة هو قتل للناس جميعا ، قال الله تعالى : {مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا} <sup>(6)</sup>. كما منعت الشريعة الإسلامية أيضا كل ما يلحق ضررا بالنفس ، فحرمت الخمر والخنزير والميتة والدم والتدخين والمخدرات ، وعموما حرمت كل خبيث من الطعام والشراب ، وأحلت لهم طبيبات ذلك ، قال الله تعالى : {وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ

1 - أحمد سليم سعيان ، الحريات العامة وحقوق الإنسان ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، الطبعة الأولى 2010، ج 2 ص 34.

2 - ومدة الاعتقال المؤقت في حده الأدنى ثلاث سنوات ، والحد الأعلى خمس عشرة سنة. كما تنص على ذلك المادة 20 من قانون العقوبات.

3 - أخرجه أبو داود في كتاب الطب ، باب في الرجل يتداوى.

4 - وهذا نقيض ما تذهب إليه بعض المنظمات الحقوقية اليوم، التي ترى في عقوبة الإعدام عقوبة ماسة بالكرامة الإنسانية ، ومن ثم تدعو إلى إلغائها. وهذا ما سارت فيه بعض الدول الإسلامية ومنها الجزائر ، التي تسعى لإلغاء العقوبة ، بعدما جمدت تنفيذها منذ 1993 إلى اليوم ، وبلغت موقفها هذا بمراسلة رسمية إلى الأمم المتحدة.

5 - سورة البقرة ، آية رقم : 178.

6 - سورة المائدة ، آية رقم ، 34.

الْحَبَائِثُ<sup>(1)</sup> ، ومما لا شك فيه فإن كل خبيث من الطعام أو الشراب فهو إما مهلك للنفس أو موهن لها ، وهذا ما تؤيده البحوث العلمية المختلفة<sup>(2)</sup>.

وفي سبيل حفظ النفس رخصت الشريعة الإسلامية تناول بعض المحرمات ، مثل أكل الميتة وشرب الخمر لمن غلب على ظنه أن حياته تتوقف عليهما، وأجازت التيمم لمن خاف المرض أو زيادته باستعمال الماء ، كما أجازت أيضا الفطر لمن أجهده الصيام.

أما الحفظ المعنوي للنفس فيتحقق بترقية النفس في مدارج الكمال ، ويتم ذلك بواسطة التزكية. قال الله تعالى : {قَدْ أَفْلَحَ مَنْ زَكَّاهَا \* وَقَدْ خَابَ مَنْ دَسَّاهَا}<sup>(3)</sup> ، فالذي زكى نفسه هو الذي "اختار لها ما به كمالها ، ودفع الرذائل عنها"<sup>(4)</sup>.

كما يتحقق الحفظ المعنوي بالأمن النفسي ، ذلك أنه إذا تسرب الخوف إلى النفس الإنسانية ، فإن هذا الخوف يصبح عاملا كبيرا من عوامل اضطرابها ، "يشل جميع قواها عن أداء مهامها ، فلا مدارك التفكير تبقى على كفاءتها ، ولا إرادة الفعل تبقى على مضائها ، ولا المزاج النفسي يبقى على توازنه ، بل كل ذلك يصيبه ارتباك يفضي إلى هبوط حاد في القدرة على أداء الإنسان للمهام المطلوب منه أدائها"<sup>(5)</sup>.

وبناء على ذلك فقد جاءت الشريعة بما يوفر الأمن للنفس ويدفع عنها الخوف ، تحقيقا لمقصد حفظ النفس حفظا معنويا ، سواء فيما يتعلق بالنفس على مستوى الأفراد ، أو فيما يتعلق بالنفس على مستوى الجماعة. فعلى مستوى الأفراد جاءت بالأمن النفسي الشامل الذي يقطع أسباب الخوف ، سواء أكان خوفا على الذات من أن ينالها الأذى المادي أو المعنوي ، أم خوفا على الأهل أن يظالمهم اعتداء ، أم خوفا على المال أن يتعرض للتلف ، ومن هنا جاء قوله صلى الله عليه وسلم : "كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه"<sup>(6)</sup> ، ولا شك أن مثل هذا التحريم من شأنه أن يشيع الطمأنينة في النفس، وهو ما يكون رادعا لها عن اقتراف هذه الأسباب المخيفة"<sup>(7)</sup>.

أما فيما يتعلق بحفظ النفس على مستوى الجماعة ، فإن تشريع الحراية الوارد في قول الله تعالى : {إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ

1 - سورة الأعراف ، آية رقم ، 157.

2 - الدكتور عبد المجيد النجار ، مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة ، ص 119.

3 - سورة الشمس ، الآيتان رقم : 9 - 10.

4 - الطاهر بن عاشور ، التحرير والتنوير ، ج 30 ص 371.

5 - الدكتور عبد المجيد النجار ، مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة ، ص 123.

6 - رواه مسلم ، كتاب البر ، باب تحريم ظلم المسلم.

7 - الدكتور عبد المجيد النجار ، مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة ، ص 124.

وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ<sup>(1)</sup> ، قصد به قطع الطريق على المتأمرين على أمن الناس واطمئنانهم ، ذلك أن الخوف والترويع إذا فشيا في المجتمع ، فإنهما يشلان حركة الناس عن التعمير والبناء. ففي سبيل دفع الخوف وإشاعة الأمن في النفوس ، أقامت الشريعة الإسلامية الحرب على الأمن مقام إعلان الحرب على الدولة نفسها، وجاءت بهذه العقوبة الشديدة لتحفظ النفس حفظا معنويا بتوفير أسباب الأمن<sup>(2)</sup>.

أما فيما يتعلق ببقاء الجنس ، فإن ذلك يتحقق بالتناسل ، ولذلك اعتبر حفظ النسل مقصدا من المقاصد العامة للشريعة الإسلامية. وبناء على ذلك ورد الحث على الزواج ، وخاصة من المرأة كثيرة الإنجاب، فقال صلى الله عليه وسلم : "تزوجوا الودود الولود فإني مباح بكم الأمم يوم القيامة"<sup>(3)</sup>. كما جاء النهي عن ترك الزواج بالتبتل<sup>(4)</sup> أو الاختصاء<sup>(5)</sup> أو قطع الشهوة أو العزل أو الإجهاض<sup>(6)</sup> أو غير ذلك مما يكون سببا في تعطيل النسل بغير عذر مقبول.

وفي سبيل حفظ النسل وبقاء الجنس فإن كل الأسباب التي تساهم في التغلب على العقوبات التي تعترض التناسل تكون مشروعة ما لم تتعارض مع نص شرعي قاطع ، أو الأصول الشرعية الثابتة ، ومن ذلك ما يعرف اليوم بأطفال الأنابيب والتلقيح الاصطناعي والأم البديلة<sup>(7)</sup> أو المستأجرة وغير ذلك ، مما

1 - سورة المائدة ، آية رقم ، 35.

2 - محمد أبو زهرة ، العقوبة ، دار الفكر العربي، (د س ن، د م ن)، ص 140.

3 - أخرجه أبو داود في كتاب النكاح ، باب في تزويج الأبقار.

4 - راجع الأحاديث التي أخرجه البخاري في صحيحه ، في كتاب النكاح ، باب ما يكره من التبتل والخصاء.

5 - ثبت تحريم الاختصاء؛ بما رواه ابن مسعود قال: كنا نغزو مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وليس لنا شيء، فقلنا ألا نستخصي؟ فنهانا عن ذلك. ثم رخص لنا أن ننكح المرأة بالنوب، ثم قرأ علينا: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُحْرِمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ} [سورة المائدة : 87]. رواه البخاري، في كتاب النكاح، باب ما يكره من التبتل والخصاء ، وباب تزويج المعسر الذي معه القرآن والإسلام، حديث رقم : 5071، ورقم 5075.

كما حرم قانون العقوبات الجزائري الاختصاء أيضا، وجعل العقوبة الحبس المؤبد ، فنصت المادة 274 على أن "كل من ارتكب جناية الخصاء يعاقب بالسجن المؤبد. ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة".

6 - يجرم المشرع الجزائري الإجهاض، ويعاقب عليه بالحبس من سنة إلى خمس سنوات ، حيث تنص المادة 304 من قانون العقوبات على أن : "كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية، أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى، سواء وافقت على ذلك أو لم توافق، أو شرع في ذلك، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 10.000 دينار. وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت، فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة".

7 - أجاز قانون الأسرة الجزائري في المادة 45 مكرر منه ، اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي ، بشرط عدم استعمال الأم البديلة. وأن يكون الزواج شرعيا ، وأن يكون برضا الزوجين وأثناء حياتهما ، وأن يتم بماء الرجل وبويضة الزوجة دون غيرها.

نتج عن الثورة العلمية الهائلة في ميدان الهندسة الوراثية ، إذ هي عمليات طبية تساعد كل من له خلل في القدرة على الإنجاب سواء أكان الخلل في جانب الزوج أم في جانب الزوجة.

### المبحث الثاني : السبب هو الحكم الأصلي للتصرف<sup>(1)</sup>

يرد السبب في الفقه الإسلامي بمعنى الحكم الأصلي للعقد ، فما مفهومه وما خصائصه ؟ وما الفرق بينه وبين ما يقترب منه من مصطلحات كالباعث والموضوع والمحل والحكمة والسبب الفني في القانون الوضعي ؟ وما علاقة الحكم الأصلي بإرادة الشارع ؟ وما دوره في التزام المتعاقدين ؟ وهو ما تتكفل المطالب التالية بتوضيحه.

#### المطلب الأول : مفهوم الحكم الأصلي وخصائصه

كل تصرف يصدر من المكلف ، له حكم أصلي يرتب الشارع عليه آثارا معينة ، فما مفهوم الحكم الأصلي ؟ وما خصائصه ؟ هذا ما يتم توضيحه في الفرعين الآتيين.

#### الفرع الأول : مفهوم الحكم الأصلي

الحكم الأصلي أو المقصد الأصلي هو الغاية التوعية ، التي شرع العقد لأجلها، وهو مجموع الآثار المتولدة عن العقد<sup>(2)</sup>. فالعائد يبرم العقد رغبة منه في الحصول على الآثار المتولدة منه، فالآثار هي السبب الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد وهي الغرض الذي يريد الوصول إليه.

<sup>1</sup> - التصرف : هو كل ما صدر عن الشخص بإرادته من قول أو فعل يرتب الشرع عليه أثرا، فيشمل الأقوال الصادرة عن الشخص كالبيع والهبة والطلاق والإبراء، ويشمل الأفعال كالقتل والإتلاف. ويرتب الشرع على هذه التصرفات آثار معينة هي انتقال الملكية في البيع والهبة ، وزوال العصمة في الطلاق ، وسقوط الدين في الإبراء، والقصاص أو الدية في القتل، والضمان في الإتلاف. وبهذا يتبين أن التصرف نوعان قولي وفعلي، فالتصرف الفعلي : هو الواقعة المادية الصادرة عن الشخص كالغصب والإتلاف وقبض الدين وتسلم المبيع، أما التصرف القولي : فنوعان عقدي وغير عقدي؛ فالعقدي فهو اتفاق إرادتين كالشركة والبيع، وغير العقدي قد يكون مجرد إخبار بحق كالدعوى والإقرار ، وقد يقصد به إنشاء حق أو إنهاؤه كالوقف والطلاق والإبراء. وبناء على هذا فإن التصرف أعم من العقد والالتزام لأنه يشمل الأقوال والأفعال، ويتنظم الالتزام وغير الالتزام، وقد يكون التصرف القولي داخل في معنى العقد ولو بمعناه العام. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4 ص 83.

ويرى فريق آخر من الفقهاء أن التصرف يطلق على ما كان بالقول فقط ويرتب عليه الشارع أثرا شرعيا في المستقبل ، كالبيع والهبة والطلاق والوصية والإبراء، أما ما كان بالفعل فلا يسمى تصرفا. الشيخ محمد أبو زهرة الملكية ونظرية العقد ، ص 181. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 1 ص 66.

<sup>2</sup> - وهذا المفهوم يشبه المفهوم الذي أخذت به النظرية الإيطالية المادية في السبب. وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع ، الجزائر ، الطبعة الثانية 1979 ، ص 499.

ويتميز الحكم الأصلي للعقد بأنه ثابت لا يتغير في كل أفراد النوع الواحد من العقود ، وإنما يختلف باختلاف نوع العقد<sup>(1)</sup>.

فالحكم الأصلي في كل عقد بيع هو نقل ملكية المبيع إلى المشتري بعوض. والحكم الأصلي في كل عقد هبة هو تملك العين الموهوبة مجاناً بلا عوض. والحكم الأصلي في كل إجارة هو تملك المنفعة بعوض. والحكم الأصلي في كل إعاره هو تملك المنفعة بلا عوض. والحكم الأصلي في كل رهن هو احتباس المال لتوثيق استيفاء دين. والحكم الأصلي في كل عقد نكاح هو حل الاستمتاع المشترك بين الزوجين ، وتأسيس حياة زوجية مشتركة بينهما. والحكم الأصلي في كل عقد صلح هو سقوط أسباب النزاع القائم بين المتنازعين. والحكم الأصلي في كل عقد وكالة هو إنابة الوكيل عن الموكل في التصرف.

يقول القراني : "كل سبب لا يحصل مقصوده لا يشرع"<sup>(2)</sup>. والسبب بهذا المعنى يختلف باختلاف فئات العقود ، ويعطي القراني على ذلك أمثلة فيقول : "والمقصود من البيع ونحوه إنما هو انتفاع كل واحد من المتعاضدين بما يصير إليه ، فإذا كان عديم المنفعة أو محرماً لم يحصل منه مقصوده ، فيبطل عقده والمعاضضة عليه"<sup>(3)</sup>. ويبين الحكم الأصلي للنكاح فيقول : "النكاح سبب شرع للتناسل والمكارمة"<sup>(4)</sup>. ويقول الشاطبي : "إن الشارع قصد بالنكاح التناسل أولاً ؛ ثم يتبعه اتخاذ السكن ومصاهرة أهل المرأة لشرفهم أو دينهم أو نحو ذلك"<sup>(5)</sup>.

ويقول الغزالي : "فكل سبب منصوب لحكم إذا أفاد حكمه المقصود منه يقال إنه صح ، وإن تخلف عنه مقصوده يقال إنه بطل ، فالباطل هو الذي لا يثمر لأن السبب مطلوب منه الثمرة"<sup>(6)</sup>.

ويقول القراني : "إن القاعدة الشرعية الأكثرية أنه لا يجوز أن يجتمع العوضان لشخص واحد فإنه يؤدي إلى أكل المال بالباطل ، وإنما يأكله بالسبب الحق إذا خرج من يده ما أخذ العوض بإزائه فيرتفع الغبن والضرر على المتعاضدين ، فلذلك لا يجوز أن يكون للبائع الثمن والسلعة معا ، ولا للمؤجر الأجرة والمنفعة معا ، وكذلك بقية الصور"<sup>(7)</sup>.

1 - مصطفى أحمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، ج 1 ص 314.

2 - القراني ، الفروق ، ج 3 ص 171.

3 - القراني ، الفروق ، ج 3 ص 238.

4 - القراني ، الفروق ، ج 3 ص 171.

5 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 244.

6 - الغزالي ، المستصفي ، ج 1 ص 95.

7 - القراني ، الفروق ، ج 3 ص 2. الفرق 114.

## الفرع الثاني : خصائص الحكم الأصلي

والسبب بالمعنى السابق ذكره يتميز بالخصائص الآتية<sup>(1)</sup> : فهو أولا يحدد نوع التصرف، وثانياً يمثل وظيفة التصرف الاقتصادية كانت أو اجتماعية، وثالثاً هو ذو طابع مادي.

أما كونه يحدد نوع التصرف ، فيبدو من تحليلنا للحكم الأصلي لأحد العقود ، فإذا نظرنا إلى الحكم الأصلي لعقد الإجارة مثلاً نجد أنه يتميز عن عقدين قريبين منه ، وهما عقد البيع وعقد العارية. فالحكم الأصلي لعقد الإجارة ، وهو تمليك المنفعة بعوض ، يحدد نوعه بتمييزه أولاً عن عقد البيع ، لأن الحكم الأصلي فيه هو تمليك العين بعوض ؛ ويميزه ثانياً عن عقد العارية ، لأن الحكم الأصلي فيها هو تمليك المنافع بغير عوض. فمهمة الحكم الأصلي إذن هو تحديد نوع العقد بصورة موضوعية.

أما كونه ممثلاً لوظيفة التصرف ، فذلك لأنه ينتظم الغرض الاقتصادي أو الاجتماعي الذي يسوغ وجوده؛ فالسبب بمعنى الحكم الأصلي ، هو الغرض الذي يرمي إليه التصرف ، منظوراً إليه من الوجهة الاقتصادية كالمعاوضات ، أو الوجهة الاجتماعية كالزواج والعقود غير المالية ؛ ومحدداً من قبل الشارع لا من قبل العاقد. يقول الشاطبي : "الأسباب - من حيث هي أسباب شرعية لمسبباتها - إنما شرعت لتحصيل مسبباتها ، وهي المصالح المحتملة أو المفاسد المستدفة"<sup>(2)</sup>. ويقول أيضاً : "الأحكام الشرعية إنما شرعت لجلب المصالح أو درء المفاسد ، وهي مسبباتها"<sup>(3)</sup>. ويقول : "والمعاني هي مسببات الأحكام"<sup>(4)</sup>.

أما كونه ذو طابع مادي فذلك راجع إلى الوظيفة الاقتصادية أو الاجتماعية التي يتركز لُبّ التصرف فيها ، بعيداً عن البواعث والأغراض التي تكتنف العاقد ، ويكفي النظر إلى عقد البيع نظرة مادية منفصلة عن البواعث التي تحتلج في ضمير المتعاقدين ، لتقرير أن غرض عقد البيع هو مقصده الأصلي ، وهو نقل الملكية بعوض ما دام جوهر البيع يتركز في هذا التبادل نفسه.

## المطلب الثاني : الفرق بين الحكم الأصلي ومصطلحات ذات صلة

يقترّب من معنى الحكم الأصلي مصطلح الباعث ، والحكمة ، وموضوع العقد ، ومحل العقد ، والسبب الفني في القانون ، فما وجه الفرق بين هذه المصطلحات والحكم الأصلي ؟ هذا ما يتم توضيحه في الفروع الآتية.

<sup>1</sup> - وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص 500.

<sup>2</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 243.

<sup>3</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 195.

<sup>4</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 200.

## الفرع الأول : الفرق بين الحكم الأصلي للعقد والباعث

يتميز الحكم الأصلي للعقد عن الباعث ، بأن الباعث هو غاية شخصية للعاقِد ، فالباعث لبعض الناس مثلاً على بيع شيء من ماله قد يكون هو احتياجه إلى الثمن ، أو رغبته في الربح ، أو عدم حاجته للشيء المبيع . وقد يكون الباعث لغيره على البيع هو رغبته في تهريب المال من وجه دائن أو وارث ، فالباعث يختلف باختلاف كل شخص ، أما الحكم الأصلي للعقد فإنما يختلف باختلاف نوع العقد<sup>(1)</sup> كما سبق بيانه . فالباعث معياره شخصي ، والحكم الأصلي معياره موضوعي .

وسياًتي مزيد توضيح وشرح لمعنى الباعث في المبحث الثالث من هذا الفصل ، وقد ذكرت الفرق بين الحكم الأصلي والباعث هنا ، لما يقتضيه سياق البحث .

## الفرع الثاني : الفرق بين الحكم الأصلي والحكمة

إن علماء أصول الفقه يستعملون لفظ الحكمة لبيان المعنى المقصود من تشريع الحكم ، وما يترتب عليه من جلب نفع أو دفع ضرر ، كتحصيل مصلحة حفظ الأنساب بتحريم الزنى ، وإيجاب الحدّ على الزاني . وكدفع المشقة بتشريع القصر والفطر للمسافر ، والحفاظ على النفس الإنسانية من الاعتداء أو الإهدار بتشريع القصاص ، والحفاظ على العقل من الضياع أو الإهمال بتشريع حدّ الخمر .

ويقول ابن فرحون وهو يحدد الحكمة من نصب القضاء : "وأما حكمته ، فرفع التهارج<sup>(2)</sup> ، وردّ التوائب<sup>(3)</sup> ، وقمع المظالم ، ونصر المظلوم ، وقطع الخصومات ، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر"<sup>(4)</sup> . فالحكمة من نصب القضاء عند ابن فرحون هي : هي المقصد والغاية .

وقد صرح الطوفي بمعنى الحكمة فقال : "والحكمة غاية الحكم المطلوبة بشرعه"<sup>(5)</sup> . وقال الونشريسي : "والحكمة في الاصطلاح ، هي المقصود من إثبات الحكم أو نفيه ، وذلك كالمشقة التي شرع القصر والإفطار لأجلها"<sup>(6)</sup> .

1 - مصطفى أحمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، ج 1 ص 315 .

2 - التهارج أي أنّ الناس يقعون في اختلاط وفتنة وقتل .

3 - أي دفع وقوع التوائب من بعضهم على بعض إذا لم يكن هناك قضاء .

4 - برهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون اليعمري المالكي ، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ، تحقيق جمال مرعشلي ، دار عالم الكتب للنشر والتوزيع ، الرياض ، طبعة خاصة بموافقة دار الكتب العلمية ببيروت سنة 1423هـ ، ج 1 ص 10 .

5 - نجم الدين الطوفي ، شرح مختصر الروضة ، تحقيق عبد الله التركي ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولى 1987 ، ج 3 ص 386 .

6 - أبو العباس الونشريسي ، المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب ، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف محمد حجي ، نشر وزارة الأوقاف المغربية ، طبعة 1981 ، ج 1 ص 349 .

ويقول بدران أبو العينين بدران : "إن جمهور الفقهاء كانوا يذهبون في اجتهاداتهم إلى أن ما شرعه الله من أحكام ، لم يشرعه الله إلا للمصلحة جلب منفعة لهم ، أو دفع مضرة عنهم ، ولهذا كانت تلك المصلحة هي الغاية المقصودة من التشريع وتسمى الحكمة". ثم قال : "أما حكمة الحكم : فهي الباعث على تشريعه ، والمصلحة التي قصدها الشارع من شرعه للحكم"<sup>(1)</sup>.

وذهب عبد العزيز بن علي الربيعية إلى أن المتبع لاصطلاحات الأصوليين في الحكمة ، يجد أنهم يطلقونها بإطلاقين، ويهمنا في بحثنا هنا الإطلاق الأول وهو : "أن الحكمة هي المعنى المقصود من شرع الحكم ، وذلك هو المصلحة التي قصد الشارع بتشريع الحكم جلبها أو تكميلها ، أو المفسدة التي قصد الشارع بتشريع الحكم درأها أو تقليلها"<sup>(2)</sup>.

ويخلص مما تقدم أن الحكمة : هي الباعث على تشريع الحكم من جلب مصلحة أو دفع مفسدة، وهي الغاية العامة المقصودة من تشريع الحكم. أما الحكم الأصلي فهو ما يترتب على هذه الحكمة، وهو إما أن يكون مفسدة مستدفة أو مصلحة مجتلبة ، فحكمة المعاوضات مثلا هي دفع الحرج عن الناس ، أما مقصدها فهو إباحة المعاوضة ونقل الملكية فيها بعوض<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثالث : الفرق بين الحكم الأصلي للعقد وموضوعه وحكمه

هذه مصطلحات مترادفة يمثل كل واحد منها وجهها لحقيقة واحدة. فإذا نظرنا إلى هذه الحقيقة من وجهة نظر الشارع قبل إيجاد العقد سميت مقصدا أصليا أو حكما أصليا أي مآل العقد. وإذا نظرنا إلى هذه الحقيقة من وجهة نظر الشارع بعد وجود العقد سميت حكم العقد أي الأثر المترتب عليه. وإذا لاحظنا المرحلة المتوسطة التي تقع إبان التعاقد أي بين مرحلة إيجاده وتمامه فتسمى هذه الحقيقة موضوع العقد ، فهذه العبارات الثلاث تطلق على حقيقة واحدة مثلثة الوجوه<sup>(4)</sup>.

### الفرع الرابع : الفرق بين الحكم الأصلي للعقد ومحلّه

ويتميز الحكم الأصلي للعقد ، عن محله ؛ حيث إن المحل هو المعقود عليه الذي يثبت فيه حكم العقد وأثره ، وهو كل ما يلتزم به المدين ، كالمبيع والثلث في عقد البيع ، والموهوب في عقد الهبة ، والمرهون في عقد الرهن ، والدين المكفول في عقد الكفالة، والمتعة المشتركة بين الزوجين في عقد النكاح.

<sup>1</sup> - الشيخ بدران أبو العينين بدران، أدلة لتشريع المتعارضة ووجوه الترجيح بينها، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر ، (د س ن)، ص 242 - 243.

<sup>2</sup> - عبد العزيز بن علي الربيعية ، السبب عند الأصوليين ، ج 2 ص 17.

<sup>3</sup> - وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص 504.

<sup>4</sup> - مصطفى أحمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، ج 1 ص 316 - 317. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 4 ص 182 - 183. وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص 501 - 502.

وعلى ذلك ففي هذا العقد الأخير تكون المتعة الزوجية هي المعقود عليه، أما تحليلها أي رفع حاجز الحرمة المانعة فيها ، فهو موضوع عقد النكاح<sup>(1)</sup>. والمال المرهون في عقد الرهن هو محل العقد، وحق احتباسه لأجل استيفاء الدين هو موضوعه.

ويلاحظ أن بعض الفقهاء لا يميزون في الاستعمال بين اصطلاح محل العقد وموضوعه ، فيعبرون بالموضوع عن معنى المحل ، والفرق واضح كما بينا. فالدكتور يوسف موسى يقول : "يراد بموضوع العقد أو محله ، كما يعبر الفقهاء كثيرا ، على ما وقع عليه التعاقد، فهو الغرض من العقد والمقصود منه ، والذي به تتعلق أحكامه وآثاره ؛ ففي البيع موضوع العقد هو الشيء المبيع"<sup>(2)</sup>. ويتفق معه أيضا الدكتور صبحي المحمصاني حيث يقول : "لا بد في كل عقد من موضوع يضاف إليه ، وهذا الموضوع سمي في الاصطلاح العربي محل العقد أو المعقود عليه"<sup>(3)</sup>.

وهو ما سار عليه قانون الموجبات والعقود اللبناني<sup>(4)</sup> ، حيث وضع الفقرة الثانية من الجزء الثاني الخاص بالعناصر الأساسية للعقود وشروط صحتها ، تحت عنوان الموضوع ، وخصصها لها المواد 186 وما بعدها. حيث تنص المادة 186 : "إن الموضوع الحقيقي لكل عقد هو إنشاء الموجبات، على أن هذا الغرض لا ينال إلا إذا كان للموجبات نفسها مواضيع توافرت فيها بعض الصفات". ولو وضعنا كلمة المحل بدل كلمة الموضوع في نص المادة لبقى المعنى نفسه لا يتغير<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - ويرى فقهاء آخرون أن موضوع عقد النكاح هو ملك المتعة ، ولذا يعرفه الفقهاء بأنه عقد موضوع لملك المتعة. مصطفى أحمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، ج 1 ص 315.

<sup>2</sup> - محمد يوسف موسى ، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار الكتاب العربي، القاهرة، الطبعة الأولى 1953م، ص 305.

<sup>3</sup> - صبحي المحمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة 1983، ص 392.

<sup>4</sup> - قانون الموجبات والعقود اللبناني هو القانون المدني بالمصطلح المستعمل في باقي الدول العربية.

<sup>5</sup> - والملاحظة نفسها تنطبق على بقية المواد وهي : المادة 187 : يمكن أن يكون الموضوع (المحل) فعلا (وهذا موجب الامتناع) أو انتقالا لملك، أو إنشاء لحق عيني (وهذا موجب الأداء).

المادة 188 : عدم وجود الموضوع (المحل) يستلزم انقضاء وجود العقد. ومع ذلك يجوز أن يكون الموضوع (المحل) شيئا مستقبلا ولكن لا يجوز التنازل عن إرث غير مستحق، ولا إنشاء أي عقد على هذا الإرث أو على شيء من أشيائه ولو رضي المورث وإلا كان العمل باطلا أصلا.

المادة 189 : يجب أن يعين الموضوع (المحل) تعيينا كافيا وأن يكون ممكنا ومباحا.

المادة 190 : يجب أن يتناول التعيين ماهية الموضوع (المحل) ومقداره. على أنه يكفي أن يعين نوع الشيء وأن يتضمن العقد ما يمكن معه تعيين المقدار فيما بعد.

## الفرع الخامس : الفرق بين الحكم الأصلي والسبب الفني في القانون

بين مفهوم الحكم الأصلي في الفقه الإسلامي، والسبب الفني في الفقه اللاتيني<sup>(1)</sup> توجد أوجه شبه وأوجه خلاف.

أما أوجه الشبه ، فنجدها في خصائص هذين المفهومين ، فكل منهما موضوعي ، داخل في العقد، لا يتغير. ففي عقد البيع مثلا السبب الفني لالتزام البائع بنقل ملكية المبيع ، هو التزام المشتري بدفع الثمن. والحكم الأصلي لعقد البيع "نقل الملكية بعوض" ، فإذا ما ألقينا نظرة على هذين المفهومين نجد أنهما يشتركان في الخصائص المشار إليها ، وهذه الخصائص هي التي تكشف عن الغاية النوعية للعقد الذي يتصلان به.

أما أوجه الخلاف بينهما ، فنجدها في تلازم المفهوم الأول مع الإرادة الخاصة ، وانفكاك الثاني عنها. ففي المثال السابق يكون السبب الفني لالتزام البائع أي "الغرض المباشر الذي يرمي إلى الوصول إليه من وراء التزامه" متلازما مع إرادة البيع ، وإن كان متميزا عنها. أما الحكم الأصلي لعقد البيع ، وهو "نقل الملكية بعوض" ، منفك عن هذه الإرادة ، غير متلازم معها ، وهذا التلازم إذا أردنا البحث عنه ألقيناه متحققا بين الحكم الأصلي وإرادة الشارع لا إرادة العاقد، فالإرادة الأولى لا الإرادة الثانية، هي التي تحدد هذا المقصد، وهي التي تضعه موضع التنفيذ.

وقد سبق بيان أن السبب في الفقه الإسلامي هو مجموع الآثار المتولدة ، فإن كانت هذه الآثار جميعها سليمة ، ذات محل مشروع ، كان العقد صحيحا ؛ وإلا كان العقد باطلا. ولئن كان سبب الالتزام في الفقه الغربي يأتي جوابا لسؤال السائل لم التزم الملتزم ؟ فإن السبب في الفقه الإسلامي يأتي جوابا لمن يسأل : لم عقد العاقد العقد ؟ إنه يعقده رغبة في الحصول على الآثار المتولدة منه، فالآثار هي السبب الذي دفعه إلى التعاقد والتصرف وسيلة لها. ولئن كان العقد هو السبب الفلسفي لهذه الآثار ، لأنه مصدرها، فالآثار هي السبب النفسي لهذا العقد ، لأنها الغرض الذي تريد الإرادة الوصول إليه<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثالث : علاقة الحكم الأصلي بإرادة الشارع

تبين في المطلب الأول أن الحكم الأصلي للتصرف ، هو الغاية النوعية التي شرع العقد لأجلها، وهذه الغاية تتصل بإرادة الشارع ، وتنفصل عن إرادة العاقد ، وإذا كان الأمر كذلك فما وجه الارتباط بين السبب والمسبب ، هذا ما سيتم توضيحه في الفروع الآتية.

<sup>1</sup> - السبب الفني هو اصطلاح عبد الحي حجازي ومن أيده من فقهاء القانون الوضعي ، للتعبير على النظرية التقليدية في السبب. وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص 470 - 471.

<sup>2</sup> - وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص 503 - 504.

## الفرع الأول : تحقيق الحكم الأصلي هو من عمل الشارع لا من عمل المكلف

يقرر علماء أصول الفقه أن الأسباب إذا تعلق بها أحكام شرعية تكليفية ، فلا يلزم أن تتعلق تلك الأحكام بمسبباتها. يقول الشاطبي : "مشروعية الأسباب لا تستلزم مشروعية المسببات ، وإن صح التلازم بينها عادة"<sup>(1)</sup>. ومن أمثلة ذلك ، أن البيع فإنه سبب في حل الانتفاع بالمبيع ، ولكن الأمر بالبيع لا يستلزم الأمر بحل الانتفاع ، لأن حلية الانتفاع هو المسبب وهو حكم الله. والتكاح سبب في حلية البضع ، ولكن الأمر بالتكاح لا يستلزم بحلية البضع ، لأن الحلية المسببة هي حكم الله. والضرب في الأرض لا ابتغاء الرزق سبب في وجود الرزق ، ولكن ذلك ليس مستلزما الأمر بوجود الرزق ، لأن وجود الرزق المسبب ليس إلا حكم الله.

وقد أكد هذا المعنى أيضا الدكتور جمال الدين محمود حيث قال : "والمكلف ليس له إلا تعاطي الأسباب فحسب ، أما المسببات فهي من فعل الله تعالى وحكمه ، لا كسب فيه للمكلف ، لأنه إذا كان على المكلف تعاطي المسببات ، لم يكن ذلك في مقدوره، وكان تكليف بما لا يطاق وهو غير واقع"<sup>(2)</sup>.

ويقول محمد سلام مذكور : "الأمر بالسبب لا يستلزم الأمر بالمسبب ... معناه أن الشارع لم يقصد في التكليف بالأسباب التكليف بالمسببات ، إذ هي غير مقدورة. فالأمر بالتكاح وهو سبب في التسلسل لا يستلزم الأمر بالتسلسل ، إذ هو ليس في مقدور الأفراد ، إنما هو من فعل الله تعالى ... فالمكلف مأمور بتعاطي الأسباب وليس عليه أن تتم المقاصد ، فالمسببات من فعل الله. ولذلك قالوا : على المرء أن يسعى وليس عليه إدراك المقاصد. كما أن الآيات القرآنية تدل على ضمان الرزق نفسه ، لا التسبب فيه ، إذ لو كان المراد نفس التسبب ، لما طولب المكلف بتعاطي الأسباب لأنها مضمونة"<sup>(3)</sup>.

ويقول وهبة الزحيلي مؤكدا المعنى نفسه : "مشروعية السبب ، لا تستلزم مشروعية المسبب ، فالأمر بالتكاح لا يستلزم الأمر بحلية البضع؛ لأن المكلف مأمور بتعاطي الأسباب ، وليس عليه أن تتم المقاصد"<sup>(4)</sup>.

والدليل على أنه لا استلزام بين السبب والمسبب ما أورده الشاطبي حيث قال : "والدليل على ذلك ما ثبت في الكلام<sup>(5)</sup> من أن الذي للمكلف تعاطي الأسباب وإنما المسببات من فعل الله وحكمه لا

<sup>1</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ، ص 189.

<sup>2</sup> - جمال الدين محمود ، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي ، ص 128.

<sup>3</sup> - محمد سلام مذكور ، مباحث الحكم عند الأصوليين ، ص 141 - 142.

<sup>4</sup> - وهبة الزحيلي ، أصول الفقه الإسلامي ، ج 1 ص 97.

<sup>5</sup> - يقصد بالكلام : علم الكلام وهو علم ابتكره المسلمون للدفاع عن العقائد الدينية بإيراد الحجج العقلية لإقناع المخالفين بصحة العقائد الإسلامية ، ودفع شبه المغرضين لبيان صلاحيتها.

كسب فيه للمكلف. والقرآن والسنة دالان عليه ، فمما يدل على ذلك ما يقتضي ضمان الرزق كقوله تعالى : { وَأُمِرْ أَهْلَكَ بِالصَّلَاةِ وَاصْطَبِرْ عَلَيْهَا لَا نَسْأَلُكَ رِزْقًا نَحْنُ نَرْزُقُكَ وَالْعَاقِبَةُ لِلتَّقْوَى }<sup>(1)</sup>. وقوله : { وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا }<sup>(2)</sup>. وقوله : { وَفِي السَّمَاءِ رِزْقُكُمْ وَمَا تُوعَدُونَ }<sup>(3)</sup>. مما يدل على ضمان الرزق ، وليس المراد نفس التسبب إلى الرزق بل الرزق المتسبب إليه ... وفي الحديث : "لو توكلتم على الله حق توكله لرزقتم كما ترزق الطير"<sup>(4)</sup>. الحديث. وفيه "اعقلها وتوكل"...".

واستقراء هذا المعنى من الشريعة مقطوع به. وإذا كان كذلك دخلت الأسباب المكلف بها في مقتضى هذا العموم الذي دل عليه العقل والسمع، فصارت الأسباب هي التي تعلق بها مكاسب العباد دون المسببات. فإذا لا يتعلق التكليف وخطابه إلا بمكتسب ، فخرجت المسببات عن خطاب التكليف ؛ لأنها ليست في مقدورهم. ولو تعلق بها لكان تكليفا بما لا يطاق ، وهو غير واقع كما تبين في الأصول"<sup>(5)</sup>.

### الفرع الثاني : لا يلزم عند إبرام التصرف قصد الحكم الأصلي

إن المكلف وهو يقوم بالتصرفات المختلفة ، لا يلزمه أن يقصد الحكم الأصلي من التصرف ، لأن ذلك ليس من كسبه ولا من عمله ، بل هو من عمل الشارع ، وهو لم يقصد في التكليف بالأسباب التكليف بالمسببات ، لأن المسببات غير مقدورة للعباد، والدليل على صحة ذلك من وجهين.

الوجه الأول : ما قاله الشاطبي وتابعه في ذلك جمال الدين محمود ، من أن المسببات راجعة إلى الحاكم ، وأنه ليس من مقدور المكلف. يقول الشاطبي : "لا يلزم في تعاطي الأسباب من جهة المكلف ، الالتفات إلى المسببات ولا القصد إليها ؛ بل المقصود منه الجريان تحت الأحكام الموضوعة لا غير ، أسبابا كانت أو غير أسباب معللة كانت أو غير معللة. والدليل على ذلك ما تقدم من أن المسببات راجعة إلى الحاكم المسبب ، وأنها ليست في مقدور المكلف ، فإذا لم تكن راجعة إليه ، فمراعاته ما هو راجع لكسبه هو اللازم ، وهو السبب ، وما سواه غير لازم ، وهو المطلوب"<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup> - سورة طه ، آية رقم : 131.

<sup>2</sup> - سورة هود ، آية رقم : 6.

<sup>3</sup> - سورة الذاريات ، آية رقم : 22.

<sup>4</sup> - وتتمة الحديث "تعدو خماسا وتروح بطانا". والحديث رواه الترمذي بلفظ "لو أنكم تتوكلون" وقال حسن صحيح.

<sup>5</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ، ص 190 - 191.

<sup>6</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 193.

وقد تابع نهج الشاطبي الدكتور جمال الدين محمود فقال : "فالمسببات راجعة إلى الحاكم المسبب، وليست راجعة إلى المكلف ، فإذا لم تكن راجعة إليه ، فمراعاته لما هو راجع إلى كسبه هو اللازم ، وهو السبب ، وذلك لأن السبب غير فاعل بنفسه"<sup>(1)</sup>.

الوجه الثاني : أن النظر إلى المسبب ، قد يكون قاضيا يجعل المطلوب غير مطلوب ، بل ويجعل المباح غير مباح ، فأولى ألا يلزم القصد إلى المسبب في تعاطي السبب. ومن أمثلة ذلك الولاية الشرعية فإنها سبب مطلوب شرعا ، لكن لها مسببات كثيرة ، وقد يكون القصد إلى بعض هذه المسببات ، مانعا من التمسبب فيها ، مع كونها مطلوبا شرعا ، وذلك كالقصد إلى حظوظ نفسه ومنافعه المسببة عن الولاية، فلا تكون الولاية حينئذ مطلوبة شرعا<sup>(2)</sup>.

وقد قال صلى الله عليه وسلم لمن سأل الإمارة : "إنّا لا نولي هذا من سألناه ، ولا من حرص عليه"<sup>(3)</sup>. والولاية الشرعية كلها مطلوبة ، إما طلب وجوب ، أو طلب ندب.

وقد راعى عليه الصلاة والسلام هذا المعنى أيضا في المباح فقال : "ما جاءك من هذا المال وأنت غير مشرف ، فخذ ، وما لا ، فلا تتبعه نفسك"<sup>(4)</sup>. فشرط في قبول المال عدم إشراف النفس ، فدل على أنّ أخذه بإشراف نفس على خلاف ذلك. وتفسيره في الحديث الآخر : "من يأخذ مالا بحقه يبارك له فيه، ومن يأخذ مالا بغير حقه ، فمثله كمثل الذي يأكل ولا يشبع"<sup>(5)</sup> ، وأخذه بحقه هو أن لا ينسى حق الله فيه، وهو من آثار عدم إشراف النفس ، وأخذه بغير حقه خلاف ذلك<sup>(6)</sup>.

### الفرع الثالث : تسمية الشارع الحكيم للتصرف تستلزم إرادته لحكمه الأصلي

إن الشارع الحكيم عندما وضع الأسباب ، إنما قصد بذلك وقوع المسببات عن أسبابها خاصة ، فإذا ما أعطى الشارع لتصرف ما اسما معينا ، فهذا يعني أنّه رتب على ذلك الاسم معنى معيناً قصده ، يريد من الناس أن يلتزموا بأحكام هذا السبب المسمى ، وما يترتب عليه من آثار شرعية ، نفهم ذلك من قوله

1 - جمال الدين محمود، سبب الالتزام وشرعيته ، ص 129.

2 - عبد العزيز بن الربيع ، السبب عند الأصوليين ، ج 2 ص 193.

3 - الحديث رواه البخاري ومسلم وأحمد عن أبي بردة عن أبي موسى رضي الله عنه ، ولفظ البخاري قال أبو موسى دخلت على النبي صلى الله عليه وسلم أنا ورجلان من قومي ، فقال أحد الرجلين أمّرتنا يا رسول الله ، وقال الآخر مثله ، فقال : إنا لا نولي هذا من سألناه ولا من حرص عليه.

4 - أخرجه الشيخان والنسائي. انظر ابن الدبيع ، تيسير الوصول إلى جامع الأصول، ج 4 ص 60.

5 - الحديث رواه البخاري ومسلم ضمن حديث : "يا حكيم إن هذا المال خضر حلو ، فمن أخذه بسخاوة نفس بورك له فيه. ومن أخذه بإشراف نفس لم يبارك له فيه ، وكان كالذي يأكل ولا يشبع".

6 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 193.

تعالى وهو ينعى على المشركين تمسكهم بأسماء لم يأمر الله بها فقال : {إِنْ هِيَ إِلَّا أَسْمَاءٌ سَمِيَتْهُمَا أَنْتُمْ  
وَأَبَاؤُكُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ بِهَا مِنْ سُلْطَانٍ} (1).

وينبني على هذا أن المكلف يأتي بالسبب الذي أمر الله به وسماه في كتابه أو في سنة نبيه صلى الله عليه وسلم ، لأنه تعالى قصد من وراء تسمية هذه الأسباب ، أنه بيّن للناس أحكامها ورتب آثارها ، ولم يتركهم سُدى مهملين ، يمشون على غير هدى ، ويسيروا على غير بصيرة ، فهذا السبب المسمى يكون في غالب أمره شائعا بين الناس ومنتشرا في معاملاتهم ، فأراد الله أن يخضعه لقواعد واضحة وأحكام قاطعة ترسم الحدود التي يجب أن يتقيد المتعاملون بقيودها ، ولا يجوز لهم أن يتفقا على مخالفتها.

والناظر في القرآن والسنة يجد أن الأسباب أو التصرفات التي أعطاها الشارع اسما ونظم أحكامها وبين قواعدها ، كثيرة ومتنوعة ، سواء في باب العبادات أو المعاملات.

ففي باب العبادات نجد أن الصلاة تعني لغة الدعاء ، ولكنها أصبحت تدل على معنى شرعي جديد هو القيام بأعمال مخصوصة في أوقات مخصوصة. والصيام معناه اللغوي الإمساك ، أصبح معناه الشرعي الإمساك عن الطعام والشراب وملامسة النساء من الفجر إلى المغرب. والزكاة معناها اللغوي النماء ، فأصبح معناها الشرعي أخذ مقدار من مال الغني ليعطى للفقير والمسكين وبقية الأصناف المستحقين للزكاة. والحج معناه اللغوي القصد ، أصبح معناه الشرعي القصد إلى بيت الله الحرام ، والطواف به والسعي بين الصفا والمروة والوقوف بعرفة.

أما في باب المعاملات ، ففي عقد الزواج مثلا كان الناس يتزوجون على أنحاء يختارونها ، فلم يترك الله الناس يتعاملون مع هذا السبب على هواهم ، بل نظم أحكامه ورتب آثاره ، فشرع الخطبة والمهر والتفقة والنسب والطلاق والعدة والحضانة والميراث والوصية وغيرها من الأحكام التفصيلية الأخرى المتعلقة بعقد الزواج ، ويترب على ذلك وجوب الالتزام بأحكام هذه المسائل ولا يجوز الخروج عليها. ومع ذلك فهناك منطقة عفو وهي مساحة متروكة لإرادة المتعاقدين ، يضيفان فيها عند إبرام عقد الزواج ما يرونه من شروط في صالحهما أو في صالح أحدهما ، بشرط أن لا تتعارض هذه الإضافات والشروط مع ما نص عليه الشارع من أحكام.

وقل مثل هذا في سائر العقود الأخرى ، كالبيع والهبة والشركة والقرض والصلح والإجارة والإعارة والوكالة والوديعة والكفالة والجماعة...

<sup>1</sup> - سورة النجم ، آية رقم : 23.

والدليل على صحة ما تم ذكره ، هو ما ذهب إليه الشاطبي - وتابعه عليه الشيخ محمد الخضري ،  
وجمال الدين محمود، ومحمد سلام مذكور - من أنّ وضع الأسباب يستلزم قصد الشارع إلى المسببات ،  
واستدلوا على ذلك بأمور عدّة هي :

الأول : أن العقلاء قاطعون بأن الأسباب لم تكن أسبابا في نفسها من حيث هي موجودات فقط؛  
بل من حيث ما ينشأ عنها أمور أخرى. وإذا كان الأمر كذلك لزم من القصد إلى وضعها أسبابا ، القصد  
إلى ما ينشأ عنها من المسببات.

والثاني : أن الأحكام الشرعية إنما شرعت لجلب المصالح أو درء المفاسد ، وهي مسبباتها قطعاً. فإذا  
كنا نعلم أن الأسباب إنما شرعت لأجل المسببات ، لزم من القصد إلى الأسباب القصد إلى المسببات.  
والثالث : أن المسببات لو لم تقصد بالأسباب لم يكن وضعها على أنها أسباب ؛ لكنها فرضت  
كذلك، فهي ولا بد موضوعة على أنها أسباب ، ولا تكون أسبابا إلا لمسببات ، فوضع الأسباب قاصد  
لوقوع المسببات من جهتها<sup>(1)</sup>.

#### الفرع الرابع : قصد العاقد للحكم الأصلي تزيد وقصده الموافق لمقصد الشارع صحيح

اختلفت آراء الأصوليين حول قصد المكلف وهو يتعاطى السبب إلى فرق ثلاث ، فذهب فريق إلى  
أنّ المكلف له ترك القصد إلى المسبب ، وذهب فريق ثاني إلى أنّ للمكلف القصد إلى المسبب ، وفرّق فريق  
ثالث بين أحكام العبادات وأحكام العادات ، فقالوا : يلزم المكلف القصد إلى المسبب في تعاطي السبب  
في أحكام العادات ، ويلزمه عدم القصد إلى المسبب في تعاطي السبب في أحكام العبادات.  
أما ما ذهب إليه الفريق الأول من أن للمكلف ترك القصد إلى المسبب ، فيدل عليه ما ورد في  
القرآن الكريم ، والسنة النبوية ، وعلم الكلام.

فما ثبت في علم الكلام : "أنّ السبب غير فاعل بنفسه ، بل إنما وقع المسبب عنده لا به ، فإذا  
تسبب المكلف فالله خالق السبب ، والعبد مكتسب له"<sup>(2)</sup>.

ومما ورد في القرآن الكريم : قول الله تعالى : { وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ }<sup>(3)</sup>.

وقول الله تعالى : { اللَّهُ خَالِقُ كُلِّ شَيْءٍ وَهُوَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ وَكِيلٌ }<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 194 - 195. الشيخ الخضري ، أصول الفقه ، ص 61. جمال الدين محمود ، سبب  
الالتزام وشرعيته ، ص 130. محمد سلام مذكور ، مباحث الحكم عند الأصوليين ، ص 141.

<sup>2</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 196.

<sup>3</sup> - سورة الصافات ، آية رقم : 96.

<sup>4</sup> - سورة الزمر ، آية رقم : 62.

وقول الله تعالى : { وَمَا تَشَاءُونَ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا }<sup>(1)</sup>.

وقول الله تعالى : { وَنَفْسٍ وَمَا سَوَّاهَا \* فَأَلْهَمَهَا فُجُورَهَا وَتَقْوَاهَا }<sup>(2)</sup>.

ومما ورد في السنة النبوية ، قوله صلى الله عليه وسلم في حديث العدوى : "فَمَنْ أَعْدَى الْأَوَّلِ"<sup>(3)</sup>.

وقوله صلى الله عليه وسلم: "جفت القلم بما هو كائن فلو اجتمع الخلق على أن يعطوك شيئا لم يكتبه الله لك لم يقدروا عليه ، وعلى أن يمنعوك شيئا كتبه الله لك لم يقدروا عليه"<sup>(4)</sup>.

وقول عمر بن الخطاب في حديث الطاعون : "نَفَرٌ مِنْ قَدَرِ اللَّهِ إِلَى قَدَرِ اللَّهِ"<sup>(5)</sup>. حين قال له أبو

عبيدة بن الجراح : "أَفْرَارًا مِنْ قَدَرِ اللَّهِ!".

ومما يدل أيضا على أن المكلف له ترك القصد إلى المسبب أنه لم يرد "في الشرع دليل ناص على

طلب القصد إلى المسبب"<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup> - سورة الإنسان ، آية رقم : 30.

<sup>2</sup> - سورة الشمس ، الآيتان رقم : 7 - 8.

<sup>3</sup> - جزء من حديث رواه الشيخان وأبو داود ، ولفظه كما في صحيح مسلم، في كتاب السلام ، باب لا عدوى ولا طيرة ولا هامة : "الْأَعْدَى وَالْأَعْدَى وَلَا صَفَرَ وَلَا هَامَةً، فَقَالَ أُعْرَابِيٌّ : يَا رَسُولَ اللَّهِ فَمَا بَالُ الْإِبِلِ تَكُونُ فِي الرَّمْلِ كَأَنَّهَا الظَّبْيَاءُ ، فَيَجِيءُ الْبَعِيرُ الْأَجْرُبُ فَيَدْخُلُ فِيهَا فَيُجْرِبُهَا كُلُّهَا ؟ قَالَ فَمَنْ أَعْدَى الْأَوَّلِ".

<sup>4</sup> - بعض حديث رواه الترمذي وصححه كما رواه أحمد والطبراني في الكبير.

<sup>5</sup> - جزء من حديث طويل رقمه في صحيح البخاري : 5729 وقد رواه في كتاب الطب ، باب ما يذكر في الطاعون، فتح الباري ج 10 ص 179. ونصه : "عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا : أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ خَرَجَ إِلَى الشَّامِ حَتَّى إِذَا كَانَ بِسَرْعٍ لَقِيَهُ أَمْرَاءُ الْأَجْنَادِ ، أَبُو عُبَيْدَةَ بْنُ الْجُرَّاحِ ، وَأَصْحَابُهُ ؛ فَأَخْبَرُوهُ أَنَّ الْوَبَاءَ قَدْ وَقَعَ بِأَرْضِ الشَّامِ ، قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ : فَقَالَ عُمَرُ : ادْعُ لِي الْمُهَاجِرِينَ الْأَوَّلِينَ ، فدَعَاهُمْ فَاسْتَشَارَهُمْ ، وَأَخْبَرَهُمْ أَنَّ الْوَبَاءَ قَدْ وَقَعَ بِالشَّامِ ، فَاخْتَلَفُوا ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ : قَدْ خَرَجْتَ لِأَمْرٍ وَلَا نَرَى أَنْ تَرْجِعَ عَنْهُ ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ : مَعَكَ بَقِيَّةُ النَّاسِ وَأَصْحَابُ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، وَلَا نَرَى أَنْ تُقَدِّمَهُمْ عَلَى هَذَا الْوَبَاءِ ، فَقَالَ : ارْتَفِعُوا عَنِّي ، ثُمَّ قَالَ : ادْعُوا لِي الْأَنْصَارِ ؛ فدَعَوْهُمْ ؛ فَاسْتَشَارَهُمْ ، فَسَلَكُوا سَبِيلَ الْمُهَاجِرِينَ ، وَاخْتَلَفُوا كَاخْتِلَافِهِمْ ، فَقَالَ : ارْتَفِعُوا عَنِّي ، ثُمَّ قَالَ : ادْعُ لِي مَنْ كَانَ هَاهُنَا مِنْ مَشِيخَةِ قُرَيْشٍ مِنْ مَهَاجِرَةِ الْفَتْحِ ؛ فدَعَوْهُمْ ؛ فَلَمْ يَخْتَلِفْ مِنْهُمْ عَلَيْهِ رَجُلَانِ ، فَقَالُوا : نَرَى أَنْ تَرْجِعَ بِالنَّاسِ وَلَا تُقَدِّمَهُمْ عَلَى هَذَا الْوَبَاءِ ، فَنَادَى عُمَرُ فِي النَّاسِ : إِنِّي مُصَبِّحٌ عَلَى ظَهْرِ فَأَصْبِحُوا عَلَيْهِ ، قَالَ أَبُو عُبَيْدَةَ بْنُ الْجُرَّاحِ : أَفْرَارًا مِنْ قَدَرِ اللَّهِ ! فَقَالَ عُمَرُ : لَوْ غَيْرَكَ قَالَهَا يَا أَبَا عُبَيْدَةَ ؛ نَعَمْ ، نَفَرٌ مِنْ قَدَرِ اللَّهِ إِلَى قَدَرِ اللَّهِ ؛ أَرَأَيْتَ لَوْ كَانَ لَكَ إِبِلٌ هَبَطَتْ وَادِيًا لَهُ عُذُوتَانِ إِحْدَاهُمَا خَصْبَةٌ وَالْأُخْرَى جَدْبَةٌ ، أَلَيْسَ إِنْ رَعَيْتَ الْخَصْبَةَ رَعَيْتَهَا بِقَدَرِ اللَّهِ ، وَإِنْ رَعَيْتَ الْجَدْبَةَ رَعَيْتَهَا بِقَدَرِ اللَّهِ ، قَالَ : فَجَاءَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ وَكَانَ مُتَعَبِيًّا فِي بَعْضِ حَاجَتِهِ ، فَقَالَ : إِنَّ عِنْدِي فِي هَذَا عِلْمًا ، سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، يَقُولُ : "إِذَا سَمِعْتُمْ بِهِ بِأَرْضٍ فَلَا تُقَدِّمُوا عَلَيْهِ ، وَإِذَا وَقَعَ بِأَرْضٍ وَأَنْتُمْ بِهَا فَلَا تَخْرُجُوا فِرَارًا مِنْهُ" ، قَالَ : فَحَمِدَ اللَّهُ عُمَرَ ، ثُمَّ انْصَرَفَ".

<sup>6</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 197.

ويقول الشاطبي تصويرا لهذا الرأي : " فإذا قيل لك : لم تكتسب لمعاشك بالزراعة أو بالتجارة أو غيرها ؟ قلت لأن الشارع ندبني إلى تلك الأعمال ؛ فأنا أعمل على مقتضى ما أمرت به. كما أنه أمرني أن أصلي وأصوم وأزكي وأحج ، إلى غير ذلك من الأعمال التي كلفني بها. فإن قيل لك : إن الشارع أمر ونهى لأجل المصالح ، قلت : نعم ، وذلك إلى الله لا إليّ، فإن الذي إليّ التسبب ، وحصول المسببات ليس إليّ ، فأصرف قصدي إلى ما جعل إليّ ، وأكُلُ ما ليس لي إلى مَنْ هو له"<sup>(1)</sup>.

أما الفريق الثاني الذي رأى أن للمكلف القصد إلى المسبب ، فمثاله : "إذا قيل لك : لم تكتسب ، قلت لأقيم صلي ، وأقوم في حياة نفسي وأهلي ، أو لغير ذلك من المصالح التي توجد عن السبب"<sup>(2)</sup>.

فهذا القصد إلى المسبب إذا قارن التسبب صحيح ، والدليل عليه ما ثبت من الأدلة التي تدل على صحة القصد إلى المسبب بالسبب في أمور الدنيا والآخرة<sup>(3)</sup>. قد أوضح الشاطبي ذلك فقال : "لأنه (أي القصد إلى المسبب) التفات إلى العادات الجارية. وقد قال الله تعالى : {اللَّهُ الَّذِي سَخَّرَ لَكُمْ الْبَحْرَ لِيَتَجَرَّيَ الْفُلُكُ فِيهِ بِأَمْرِهِ وَلِيَتَّبِعُوا مِنْ فَضْلِهِ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ}<sup>(4)</sup>. وقال : {وَمِنْ آيَاتِهِ مَنَامُكُمْ بِاللَّيْلِ وَالنَّهَارِ وَابْتِغَاؤُكُمْ مِنْ فَضْلِهِ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يُسْمَعُونَ}<sup>(5)</sup>. وقال : {فَانْتَشَرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ}<sup>(6)</sup>. فمن حيث عبر بالقصد إلى الفضل عن القصد إلى السبب الذي هو الاكتساب ، وسبق مساق الامتنان من غير إنكار ، أشعر بصحة ذلك القصد. وهذا جار في أمور الآخرة كما هو جار في أمور

<sup>1</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 196.

<sup>2</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 198.

<sup>3</sup> - عبد العزيز بن علي الربيعة ، السب عند الأصوليين ، ج 2 ص 204.

<sup>4</sup> - سورة الجاثية ، آية رقم : 11.

<sup>5</sup> - سورة الروم ، آية رقم : 22.

<sup>6</sup> - سورة الجمعة ، آية رقم : 10. وقد علق الشيخ عبد الله دراز على استدلال الشاطبي بهذه الآية فقال : "كأنه قال : اقصدا فضل الله وورقه بأخذكم في الأسباب من الانتشار في الأرض مثلا ، وهو قصد إلى المسبب بالسبب. وحيث كان في مقام الامتنان فهو باق على ظاهره ، لأن الامتنان إنما يظهر فيما كان من فعله تعالى ، الذي لا شأن للغير فيه ، وإنما يكون ذلك في المسبب لا في السبب.

ولو قال : عبر بالقصد إلى الفضل الذي هو المسبب مقارنا أو مرتبا على السبب في مقام الامتنان ، فدل على أنه يصح قصد المسبب بالسبب ، لكان ظاهرا ، لأن فيه قصد المسبب بنفسه ، لا قصد السبب ، وعبر عنه بقصد المسبب مجازا. لأنه لو كان مجازا وكان المسبب ليس مقصودا حقيقة ما دل على ما ادعاه ، ولو في مقام الامتنان ، وإذا فرضنا أنه يظهر مقام الامتنان في هذه الحالة". هامش رقم 2 الموافقات ، ج 1 ص 198.

الدنيا. كقول الله تعالى : { إِنَّ الَّذِينَ يَتْلُونَ كِتَابَ اللَّهِ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَأَنْفَقُوا مِمَّا رَزَقْنَاهُمْ سِرًّا وَعَلَانِيَةً يَرْجُونَ تِجَارَةً لَنْ تَبُورَ }<sup>(1)</sup> ، وأشباه ذلك مما يؤذن بصحة القصد إلى المسبب بالسبب"<sup>(2)</sup>.

ومما يدل أيضا على أن المكلف له القصد إلى المسبب ما ثبت من وجوب الاعتماد على الله وأن الشريعة إنما شرعت لمصالح العباد ، ويوضح ذلك الشاطبي فيقول : "وأیضا فإنما محصول هذا (أي القصد إلى المسبب) أن يتغني ما يهيئ الله له بهذا السبب ، فهو راجع إلى الاعتماد على الله ، واللجأ إليه في أن يزرقه مسببا يقوم به أمره ، ويصلح به حاله ، وهذا لا نكير فيه شرعا. وذلك أن المعلوم من الشريعة أنها شرعت لمصالح العباد ، فالتكليف كله إما لدرء مفسدة ، وإما ل جلب مصلحة ، أو لهما معا ، فالداخل تحته مقتض لما وضعت له ، فلا مخالفة في ذلك لمقصد الشارع. والمحذور إنما هو أن يقصد خلاف ما قصده ، مع أن هذا القصد لا يبني عليه عمل غير مقصود للشارع ، ولا يلزم منه عقد مخالف. فالفعل موافق ، والقصد موافق ، فالمجموع موافق"<sup>(3)</sup>.

أما ما ذهب إليه الفريق الثالث وهو التفريق بين الأحكام العادية والأحكام العبادية ، فقد استدلوا على ذلك بأن الأحكام العبادية مبنية على عدم معقولية المعنى ، فيلزم المكلف عدم القصد إلى المسبب في تعاطي السبب فيها. أما الأحكام العادية فإن وجوه المصالح ظاهرة فيها ، فيلزم المكلف القصد إلى المسبب في تعاطي السبب فيها<sup>(4)</sup>. كما استدلوا أيضا على أن المعاني هي مسببات الأحكام ، ومن ثم فلا بد من التفات إلى المعاني التي شرعت لها الأحكام<sup>(5)</sup>.

وأجيب بأن المعاني التي شرعت لها الأحكام ، غير مسبباتها ، فإن المعاني هي العلل ، ويكفي المجتهد في الأحكام العادية أن ينظر إلى هذه العلل ليعدّي الحكم إلى محل هي فيه ، ليقع المسبب الذي شرع الحكم له. أما المسبب فقد يقصد وقوعه وقد لا يقصده ، والأمران بالنسبة له سواء ، فالتعدية حاصلة، سواء أقصد وقوع المسبب أو قصد عدم وقوعه ، ومن هنا لا يلزم المكلف القصد إلى وقوع المسبب في العاديات.

1 - سورة فاطر ، آية رقم : 29.

2 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 198 - 199.

3 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 199.

4 - عبد العزيز بن علي الربيع ، السبب عند الأصوليين ، ج 2 ص 208.

5 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 199.

أما الأحكام العبادية فإنّها وإن كانت مبنية على عدم معقولية المعنى ، فقد ثبت أنّها وضعت لمصالح العباد في الدنيا أو في الآخرة على الجملة وإن لم يعلم ذلك على التفصيل ، ومن هنا يصح القصد إلى وقوع مسبباتها الدنيوية والأخروية على الجملة<sup>(1)</sup>.

### الفرع الخامس : لا يمكن للعاقده رفع الحكم الأصلي للعقد بعد استكماله

إن المكلف إذا أتى بالسبب مع استيفاء أركانه وشروطه وانتفاء موانعه ، ترتب عليه المسبب دون توقف على قصد المكلف وإرادته. فالمسبب يترتب على السبب سواء أقصد المكلف ترتب المسبب على السبب ، أم لم يقصد ترتبه ، بل ويترتب المسبب على السبب ولو قصد المكلف عدم الترتب. وذلك لأنّ ترتب المسبب على السبب بحكم الشارع ووضعه ، ولا دخل للمكلف فيه ، فليس لقصد الترتب أو عدم قصده أثر في ذلك<sup>(2)</sup>.

يقول الشاطبي : "إن متعاطي السبب إذا أتى به بكمال شروطه ، وانتفاء موانعه ، ثم قصد أن لا يقع مسببه فقد قصد محالا ، وتكلف رفع ما ليس له رفعه ، ومنع ما لم يجعل له منعه"<sup>(3)</sup>.

وكذلك فإن هذا القصد مناقض لقصد الشارع ، إذ الشارع قاصد لوقوع المسببات عن أسبابها ، وكل قصد ناقض قصد الشارع فباطل ، فيكون هذا القصد باطلا. فليس في استطاعة العبد أن يتدخل في ترتب المسبب على سببه ، فيحله ، حيث هو مقصود الشارع ، والمكلف ليس في قدرته مناقضة مقصود الشارع<sup>(4)</sup>.

ويقول ابن القيم : "وترتيب الأحكام على الأسباب للشارع لا للعاقده ، فإذا أتى بالسبب لزمه حكمه شاء أم أبا ؛ لأن ذلك لا يقف على اختياره"<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 200 - 201. عبد العزيز بن علي الربيعة ، السب عند الأصوليين ، ج 2 ص 209.  
<sup>2</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 214. الشيخ الحضري ، أصول الفقه ، ص 62. عبد الوهاب خلافة ، أصول الفقه ، ص 118. محمد سلام مذكور ، مباحث الحكم عند الأصوليين ، ص 140. وهبة الزحيلي ، أصول الفقه الإسلامي ، ج 1 ص 98. جمال الدين محمود ، سبب الالتزام وشرعيته ، ص 130. عبد العزيز بن علي الربيعة ، السبب عند الأصوليين ، ج 2 ص 229.  
<sup>3</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 214.  
<sup>4</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 215. جمال الدين محمود ، سبب الالتزام وشرعيته ، ص 131. عبد العزيز بن علي الربيعة ، السبب عند الأصوليين ، ج 2 ص 231.  
<sup>5</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 124.

ويقول عبد الوهاب خلاف : "والشارع إذا وضع العقد أو التصرف سببا للحكم ، ترتب الحكم على العقد بحكم الشرع ، ولا يتوقف ترتبه على قصد المكلف ، وليس للمكلف أن يحل هذا الارتباط الذي ربطه به الشارع المسببات بأسبابها"<sup>(1)</sup>.

ويقول محمد سلام مذكور : "يرى الفقهاء أن العقود أسباب شرعية للأحكام ، على معنى أن العاقد بإرادته يكون العقد ، أما الأثر المترتب ، كنقل ملكية المبيع من حيز إلى حيز ، فهو من جعل الشارع وترتيبه وليس نتيجة حتمية لإرادة المتعاقدين. فالإنسان قد يرتب أمرا لا يشك في ترتب أثره عليه ، ولكن الأثر برغم ذلك يتخلف ... فالله تعالى جعل العقد سببا للحكم ، ولكن الربط بين السبب والمسبب ، تم بصنع الله وإرادته"<sup>(2)</sup>.

وهذه بعض الأمثلة لتوضيح المقصود : من عقد على امرأة عقدا شرعيا ، حل له الاستمتاع بها ، سواء قصد بهذا العقد استباحتها أو لم يقصد ذلك ، بل يحل له الاستمتاع بها ولو قصد عدم استباحتها بهذا العقد ، إذ أن قصده هذا يقع عبثا ، ويقع المسبب الذي أوقع سببه.

ويترتب على ذلك أيضا وجوب المهر لها والنفقة عليها ، سواء أقصد ذلك بالعقد أم لم يقصد. بل ولو قصد عدم التزامه بالمهر أو النفقة ، فهذا القصد ملغى ، ويترتب المسبب على سببه.

بل ويجب عليه المهر والنفقة ، ولو اشترط في العقد ألا يعطيها مهرا لها ولا ينفق عليها ، لأن ذلك يجب بالسبب وهو العقد. وترتب هذا المسبب وهو المهر والنفقة من فعل الشارع لا بإرادة المكلف ، وليس للمكلف أن يحل هذا الارتباط الذي ربط به الشارع المسببات بأسبابها.

ومن أوقع طلاقا رجعيا ، كان له حق مراجعة امرأته ، لو قال لا رجعة لي عليك. فيثبت له حق المراجعة ، سواء أقصد هذا الحق أم لم يقصده ، أم قصد عدم أحقيته ، بل ولو صرح بعدم الأحقية فقال لا رجعة لي عليك.

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن طلاق الهازل ونكاحه يقعان ، وتعليل ذلك : "أن الهازل قاصد القول مرید له مع علمه بمعناه وموجبه ، وقصد اللفظ المتضمن للمعنى قصدٌ لذلك المعنى لتلازمهما ، إلا أن يعارضه قصد آخر كالمُكْرَه والمُخَادِع المحتال ، فإنهما قصدا شيئا آخر غير معنى القول وموجبه ، ألا ترى أن المُكْرَه قصد دفع العذاب عن نفسه ولم يقصد السبب ابتداء ، والمُخَادِع قصد التوسل إلى غرض غير

<sup>1</sup> - عبد الوهاب خلاف ، أصول الفقه ، ص 118.

<sup>2</sup> - محمد سلام مذكور ، مباحث الحكم عند الأصوليين ، ص 142.

مشروع ، كالمُحَلَّل قصد إعادة المطلقة إلى المطلق ، وذلك مناف لقصدته موجب السبب. والهازل قصد السبب ولم يقصد حكمه ولا ما ينافي حكمه ، فترتب عليه أثره<sup>(1)</sup>.

ومن عقد بيعا مستكملا لشروطه ترتب عليه مسببه ، من انتقال ملكية العين المبيعة إلى المشتري وملكية البائع للثمن ، سواء أقصد ترتب ذلك أم لم يقصد. ومن اشترى شيئا ترتب عليه مسببه ، وهو ثبوت ملكه لذلك الشيء ، سواء أقصد ثبوت الملك أم لم يقصد ، بل يثبت له الملك وإن قصد عدم ثبوته<sup>(2)</sup>.

وكذلك الأمر في العبادات ، فإن المكلف إذا صلى أو صام أو حج كما أمر الشارع ، ترتب على ذلك مسببه من صحة العبادة وانعقادها قرينة وبراءة الذمة من التكليف ، قصد ترتب ذلك أم لم يقصد ، بل يترتب مسببه ولو قصد في نفسه أن ما أوقعه من العبادة لا يصح له أو لا ينعقد قرينة وما أشبه ذلك ، فإنّ هذا القصد لغو<sup>(3)</sup>. وكذلك السفر يترتب عليه مسببه ، من جواز قصر الصلاة للمسافر ، وإباحة الفطر في رمضان. قصد المسافر هذا المسبب أم لم يقصد ، بل يترتب ولو قصد عدم ترتبه<sup>(4)</sup>.

وكذلك الأمر في الأسباب الممنوعة ، كالغصب فإنّ سبب لردّ العين المغصوبة وحرمة الانتفاع بها ، فإذا غصب عينا ترتب على ذلك مسببه ، وهو وجوب ردّ العين وعدم حل الانتفاع بها ، ولو قصد عدم ترتب هذه المسببات ، بأن قصد تملك العين وحل الانتفاع بها ، لأنّ هذا الترتب من فعل الشارع ، ولا أثر لقصد الغاصب ، وإنما هو عبث ولغو<sup>(5)</sup>.

وفي هذا جاء قول الله تعالى : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتٍ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ }<sup>(6)</sup>. فتحليل الله تعالى للطيبات يترتب عليه مسببه من حلّ أكلها وعدم تحريم المكلف لها. وقول الله تعالى : { وَكُلُوا مِمَّا رَزَقَكُمُ اللَّهُ حَلَالًا طَيِّبًا }<sup>(7)</sup>، يفيد أنّ هذا التحريم من المكلف يعني قصد عدم ترتب المسبب لغو. وبهذا يتبين أن المسبب يترتب على سببه مع قصد المكلف عدم ترتبه<sup>(8)</sup>.

<sup>1</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 124.

<sup>2</sup> - زكي الدين شعبان ، أصول الفقه الإسلامي ، ص 251.

<sup>3</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 214.

<sup>4</sup> - الشيخ عبد الوهاب خلاف ، أصول الفقه ، ص 118.

<sup>5</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 214. عبد العزيز بن علي الربيعة ، السبب عند الأصوليين ، ج 2 ص 240.

<sup>6</sup> - سورة المائدة ، آية رقم ، 89.

<sup>7</sup> - سورة المائدة ، آية رقم ، 90.

<sup>8</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 214. الشيخ الخضري ، أصول الفقه ، ص 62. عبد العزيز بن علي الربيعة ، السبب

عند الأصوليين ، ج 2 ص 230.

وقال عبد الله دراز : فقوله تعالى : { وَكُلُوا مِمَّا رَزَقَكُمُ اللَّهُ } ، بعد ذكر التحريم ، يفيد أن التحريم السابق المنهي عنه لغو ، كآته قال : وكلوا من هذا الطيب الذي حرمتموه<sup>(1)</sup>.

وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم : "الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ"<sup>(2)</sup>. حين اشترط أهل بريرة ولاءها ، فالعتق يترتب عليه مسببه من ثبوت الولاء لمن أعتق ، فمن قصد عدم ترتب هذا المسبب على سببه ، بأن أراد أن يكون ثبوت الولاء لغير المعتق ، كان قصده لغوا ، وترتب مسبب السبب عليه.

وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم : "مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَلَيْسَ لَهُ ، وَإِنْ اشْتَرَطَ مِائَةَ شَرْطٍ ، شَرَطَ اللَّهُ أَحَقُّ وَأَوْثَقُ"<sup>(3)</sup>. ففي هذا الحديث دليل على أن الشارع قاصد وقوع المسببات عن أسبابها ، وأن ما جعله الله مسببا عن شيء ، فقصد المكلف رفع هذا المسبب لغو. والحديث الأول خاص في الولاء. أما الحديث الثاني فهو عام يشمل الولاء وغيره<sup>(4)</sup>.

### الفرع السادس : حكمة ترتب المسببات على أسبابها بحكم الشارع لا بفعل المكلف

وتبدو حكمة ترتب المسببات على أسبابها بحكم الشارع لا بفعل المكلف ، في أنه لو ترك الأمر لإرادة الأفراد واتصل الحكم الأصلي للعقد برغباتهم لأدى ذلك إلى خروج السبب عن أصله ، ووقعت مفسدات كثيرة ، وتحكم القوي في ترتيب الآثار التي تنفعه عن السبب ، وجعل إرادته هي القاعدة والمرجع ، ولو كان ذلك على حساب غيره من الناس الآخرين ، واختل التوازن الاقتصادي بين أفراد المجتمع ، وأدى ذلك إلى اختلال التوازن الاجتماعي ، ووقع المهرج والمرج والاضطراب الذي قد يؤدي إلى انفراط عقد الأمة وانفكاكها. وفي هذا المعنى يقول الشاطبي : "ولو كان قصده {المكلف} المسبب من السبب ، لكان مظنة لأخذ السبب على غير أصالته ، وعلى غير قصد التعبد فيه ، فرجما أدى إلى الإخلال به وهو لا يشعر. وربما شعر به ، ولم يفكر فيما عليه فيه. ومن هنا تنجر مفسدات كثيرة وهو أصل الغش في الأعمال العادية والعبادية ، بل هو أصل في الخصال المهلكة. أما في العاديات فظاهر ؛ فإنه لا يغش إلا استعجالا للربح الذي يأمله في تجارته ، أو للنفاق الذي ينتظره في صناعته ، أو ما أشبه ذلك"<sup>(5)</sup>.

وقد عبر عن هذا المعنى أيضا الدكتور فتحي الدبريني فقال : "مفهوم العقد عند التحقيق ... واقعة اجتماعية ، لا تعاقدًا فرديًا محضًا ، إعمالًا لسلطان الإرادة المطلق ... في الفلسفة الفردية، وهو مما لا يقره

<sup>1</sup> - تعليق عبد الله دراز على الموافقات ج 1 ص 214 ، هامش رقم 2.

<sup>2</sup> - حديث رواه مالك والبخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي.

<sup>3</sup> - حديث رواه مالك والبخاري وأبو داود والترمذي والنسائي.

<sup>4</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 215. تعليق عبد الله دراز على الموافقات في نفس الصفحة هامش رقم 4.

<sup>5</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 221.

الشرع بحال ، لسقوط المعنى الاجتماعي فيه، مما يفسح المجال للعبث والتحكم والاستغلال ، ومنافاة الصالح العام ، أو اختلال التوازن في اقتصاديات العقد ، بظرف طارئ قد لا يكون للمتعاقدين يد في إحداثه"<sup>(1)</sup>.  
 فيتبين أن المبدأ العام الذي يقوم عليه العقد في الإسلام ، مشتق من المبدأ الذي يقوم عليه مفهوم الحق ، فكلاهما قائم على أساس اجتماعي وأخلاقي وإنساني ، وتعالج الناحية الاقتصادية في العقد ، باعتباره من أهم الأدوات التشريعية في تبادل المنافع والأموال ، في ضوء ذلك كله.  
 وإذا كان للحق وظيفة اجتماعية ، كان هذا المفهوم للعقد تطبيقاً لتلك الوظيفة ، فيتطابق الحق والعقد ، مفهوماً وأثراً ودوراً. وقد انتبه لهذا المعنى الإمام ابن تيمية فقرر أن "لا بد في العقد من رضا المتعاقدين ، وموافقة الشرع"<sup>(2)</sup>. فليس العقد شريعة المتعاقدين بإطلاق في نظر الإسلام ، نفيًا للاستغلال والعبث بالمقدرات أو التحكم بسلطان الإرادة.  
 وحين نقارن هذه الحكمة الربانية ، بما أقره القانون الوضعي من اعتبار العقد شريعة المتعاقدين<sup>(3)</sup> ، ندرك عظمة هذه الشريعة الربانية. فقد اشتط فلاسفة وفقهاء القانون الوضعي حين جعلوا للإرادة الإنسانية السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي الآثار التي تترتب عليه ، بل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية. وعندهم أن النظام الاجتماعي يركز على الفرد ، فهو الغاية ولخدمته يسخر المجموع ، والفرد لا يستكمل إرادته إلا بالحرية ، بل إن مظهر الشخصية هي الإرادة الحرة المستقلة. وإذا كان رجال الفلسفة يجعلون التفكير آية الشخصية من الناحية الفلسفية ، فإن رجال القانون يجعلون الإرادة هي آية الشخصية من الناحية القانونية.

<sup>1</sup> - الدكتور فتحي الدبرني : دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، دار قتيبة للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان، الطبعة الأولى 1988، ج 1 ص 26 - 27.

<sup>2</sup> - ابن تيمية ، الفتاوى الكبرى ، ج 3 ص 80.

<sup>3</sup> - اشتملت معظم القوانين الوضعية العربية منه والغربية على هذه القاعدة ، حيث ورد النص عليها في المادة 106 من القانون المدني الجزائري ، والمادة 147 من القانون المدني المصري. والمادة 1/148 من القانون المدني السوري. والمادة 1/147 من القانون المدني الليبي. والمادة 1/146 من القانون المدني العراقي. و221 من قانون الموجبات والعقود اللبناني. والفصل 242 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية. والمادة 1/171 من القانون المدني القطري. والمادة 196 من القانون المدني الكويتي. والمادة 128 من القانون المدني البحريني.

والمادة 1134 من القانون المدني الفرنسي : "الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى من عقدوها. ولا يجوز نقضها إلا برضاهاهم أو للأسباب التي يقرها القانون". وهذا نصها الفرنسي :

**Article 1134 :** « Les conventions légalement formées tiennent lieu de la loi à ce qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise ».

وبما أن الفرد يعيش في المجتمع ، فإن جميع الروابط التي ينشئها غيره من أفراد المجتمع تخضع لإرادته ، وهذا هو القانون الطبيعي الذي يحتكم إليه. فالإرادة الحرة هي مبدأ القانون والغاية التي ينتهي إليها وتحقيق حرية الفرد هي المهمة التي يضطلع بها القانون ، وليس عليه بعد ذلك أكان النشاط الفردي الحر يتفق مع ما تقتضيه مبادئ الأخلاق أم لا ، ولا يهم إلى أي حد يتفق صالح الفرد مع صالح المجتمع ، فالفرد ومصالحه هي التي يحميها القانون لا المجتمع ومصالحه<sup>(1)</sup>.

وقد أدى هذا التطرف في تقديس الفرد وحماية مصالحه ، إلى رد فعلي معاكس تمثل في ظهور المذاهب التي تقدس الجماعة وتحمي مصالحها على حساب حرية الفرد ومصالحه. وظهرت قوانين مشبعة بروح الجماعة ، وأدى ذلك إلى استقطاب كبير وخطير في المجتمع الدولي، كانت نتائجه حروب محلية وإقليمية حيناً ودولية وعالمية حيناً آخر. ولسنا ندري ماذا يحدث في قابل الأيام لسلطان الإرادة هل ينتعش من جديد ويسود ، أو ينتكس ويضمحل ؟ مادام العقل الإنساني يسير بعيداً عن هدى الله ووجيه.

والحق في ذلك كله هو المذهب الوسط ، وهو التوازن بين مصالح الفرد ومصالح الجماعة ، وهو ما ذهب "أوغست كونت"<sup>(2)</sup> واقترح "فكرة الواجب" في تشريع الحقوق لينفي عنها معنى "الفردية في المفهوم" و"الإطلاق في التصرف" ، وهو الاتجاه الذي بدأت تسير نحوه بعض المذاهب الفكرية والمنظومات التشريعية في الوقت الحاضر.

<sup>1</sup> - السنهوري ، الوسيط ، ج 1 ص 153.

<sup>2</sup> - أوغست كونت (Auguste Comte) (ولد 19 يناير 1798 مات في 5 سبتمبر 1857) : عالم اجتماع وفيلسوف اجتماعي فرنسي ويعتبر تلميذاً لسان سيمون ، لم يتلق "كونت" تعليماً جامعياً مع أنه عاش في أسرة ميسورة متدينة شديدة التعلق بالنصرانية "الكاثوليكية". وكان من المنتظر أن يكون ابن أسرته في ذلك، متديناً شديداً التعلق بالنصرانية. لكنه فاجأ أسرته بإعلانه كفره بالنصرانية وجميع الأديان. وقد اتخذ هذه الخطوة الخطيرة في سن مبكرة من حياته، حيث لم يبلغ الرابعة عشر من عمره حين أعلن كفره.

أما عن مسيرته العلمية والعملية، فهو لم ينتظم في التعليم طويلاً ، ولكنه تولى تعليم نفسه، فدرس الرياضيات وبرع فيها، ثم درس الفلسفة وبرز فيها كثيراً، وفي أثناء دراسته اتصل بالفيلسوف الفرنسي "سان سيمون" وعمل سكرتيراً له لخمس سنين (1817-1822). ثم اختلف معه حول بعض القضايا الفكرية فتركه. اشتغل بعد ذلك بإلقاء محاضرات في "فلسفة العلوم". ثم مزج بفلسفة العلوم فلسفته الوضعية واللاهوتية، وكانت محاضراته تجتذب الكثيرين من العلماء، لكنه بعد ثلاث سنوات أصيب بلوثة عقلية وانتهيار عصبي ، ولما شفي من مرضه عاد إلى إلقاء محاضراته، ولم يطل به الأمر حتى عاوده المرض العقلي مرة أخرى، فحاول الانتحار، لكن امرأته عנית به حتى مرت الأزمة. من أهم أعماله كتاب "الفلسفة الوضعية" الذي ظهر لأول مرة في ستة أجزاء (1830-1842). موسوعة السياسة، المؤسسة العربية للدراسات والنشر ، الطبعة الثالثة 1990 ، ج 5 ص 273.

وهذا هو نهج الشريعة الإسلامية التي أقرت مصالح الفرد ومصالح الجماعة في آن واحد ، وأصّلت ذلك على نحو أوسع شمولاً وأعمق جذوراً وأنفذ أثراً. وفي هذا المعنى يقول الشاطبي : "ففي العادات<sup>(1)</sup> حق الله تعالى من جهة وجه الكسب ، ووجه الانتفاع ، لأنّ حق الغير محافظ عليه شرعاً أيضاً، ولا خيرة للعبد فيه ، فهو حق الله تعالى صريحاً في حق الغير"<sup>(2)</sup>.

ويقرر العلماء أن الحقوق نوعان : حق الله<sup>(3)</sup>، وحق العباد. وحق العبد ، فيه حق لله، كما في قاتل العمد إذا عفى عنه ولي الدم ، ضرب مائة وسجن عام. وفي القاتل غيلة لا عفو فيه. وفي الحدود إذا بلغت السلطان، فيما سوى القصاص، كالقذف والسّرقاة لا عفو فيهما. وإن عفا من له الحق لا يقبل منه، كمسقط العدة عن المرأة المطلقة ، وإن كانت براءة الرحم حقاً للمطلق. فقد أصبحت التكليف بهذا المعنى كلها حقوقاً لله. وفي هذا يقول الشاطبي: "فقد صار إذا كل تكليف حقاً لله ، فإن ما هو لله فهو لله. وما كان للعبد ، فراجع إلى الله من جهة حق الله فيه ، ومن جهة كون حق العبد من حقوق الله"<sup>(4)</sup>.

ويتبين من هذه النصوص أن التشريع الإسلامي قد ضَمَّن الحق الفردي معنى جديداً لم يكن معروفاً في الشرائع من قبل ، هو عنصر الواجب بالنسبة إلى حق الغير من الفرد أو المجتمع أو الأمة بعامّة ، بل ولم يعرف في الشرائع الوضعية الحديثة إلا منذ عهد قريب على نحو ضيق ومبهم ، فضلاً عن اعتراف الإسلام بحق الفرد وبحق المجتمع معاً على سواء ، دون تطرف بالغاء أي منهما على حساب الآخر<sup>(5)</sup>.

### الفرع السابع : براءة ذمة المكلف إذا أتى بالسبب على تمامه

إذا أتى المكلف بالسبب على تمامه ، فقد برئت ذمته ، سواء أترتب المسبب على السبب المعتاد أم لم يترتب ، بل ولو ترتب عليه نقيض المسبب ، لأن ترتب المسببات على أسبابها ، إنما هو من حكم الشارع ووضعه وحده ، وليس من فعل المكلف ، ولا يدخل تحت قدرته ، ولا يكلف به.

<sup>1</sup> - العادات : يقصد بها الحقوق والحريات.

<sup>2</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 3 ص 257.

<sup>3</sup> - حق الله : هو حق المجتمع ، وإنما نسب لله تعظيماً لشأنها ، لما يتعلق بها من النفع العام. ولهذا فقد أسند الشارع أمرها إلى ولاية الأمر ، ومن الواضح أن المصلحة فيها ليست راجعة إلى من كلف بممارستها ، من رجال السلطة العامة في الدولة ، ولا إلى فرد بعينه ، بل إلى المجتمع كله ، وهي حقوق مفروضة لا يجوز إسقاطها أو التهاون في إقامتها بأي حال من الأحوال. فتحي الدريني ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، مؤسسة الرسالة ، بيروت لبنان ، الطبعة الثالثة 1984 ، ص 175.

<sup>4</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 316.

<sup>5</sup> - الدكتور فتحي الدريني : دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر ، ج 1 ص 54.

ويترتب على هذا أنه إذا وقع خلل في المسبب ، بأن لم يأت على الوجه المتوقع عادة ، أو أتى على نقيض المتوقع فيه ، فإن الفقهاء يجعلون المكلف مسؤولاً عن نتيجة تسببه ، وينظرون إلى السبب ، هل أتى به المتسبب على تمامه أم لا ، وبذلك يفرقون بين فرضين.

الفرض الأول : إذا أتى المكلف بالسبب على تمامه ، وكان المسبب على غير المتوقع ، لم يقع عليه لوم ، ولا تلحقه مؤاخذة ، لأنه قد أتى بما طلب منه وهو السبب على تمامه وكماله ، وترتب المسبب على الوجه المرغوب فيه والمعتاد منه ليس إليه ، بل إلى الشارع وحده.

الفرض الثاني : إذا أتى المكلف بالسبب على غير تمامه ، وكان المسبب على غير المتوقع ، فإنه يؤخذ بما نتج عنه ، ولذلك فهم يضمنون الطيب والحجام والطباخ وغيرهم من الصناعات ، إذا ثبت التفريط من أحدهم ، إما لأنه غرّ من نفسه وليس بصانع ، أو انتصب لعمل لم يتهيأ له ، وإما لأنه قد فرط لعدم قيامه بالعناية التامة في مثل هذه الأعمال. أما إذا لم يفرط ، فلا ضمان عليه ، لأن وقوع المسببات على غير الوجه المعتاد في هذه الحالة قليل نادر فلا يؤخذ عليه ، بخلاف ما إذا لم يبذل الجهد المعتاد فإن الغلط في السبب كثير ، فكان لا بد من المؤاخذة<sup>(1)</sup>.

#### المطلب الرابع : دور المقصد الأصلي

إذا أبرم العقد صحيحاً فإنه يترتب على ذلك ، إلى جوار الحكم الأصلي للعقد ، مقاصد تابعة أو التزامات متقابلة على العاقدين ، فما الفرق بين الحكم الأصلي للعقد والمقاصد التابعة ؟ وما ثمرة ذلك ؟ هذا ما نتولى توضيحه في الفروع الآتية.

#### الفرع الأول : الفرق بين الحكم الأصلي للعقد والمقاصد التابعة له

الحكم الأصلي للعقد كما سبق بيانه ، هو الغرض الأساسي والغاية النوعية الذي جعل العقد طريقاً مشروعاً للوصول إليه.

أما مقاصد العقد التابعة ، فهي الالتزامات التي تنشأ من العقد لتحقيق حكمه الأصلي وتأكيدته وتثبيتته. وهي كل تكليف بفعل أو امتناع عن فعل يجب بمقتضى العقد من أحد العاقدين لمصلحة العاقد الآخر<sup>(2)</sup>. ففي عقد البيع مثلاً ، الحكم الأصلي هو نقل الملكية بعوض. أما مقاصده التابعة ، فهي إما أن تكون لمصلحة البائع ، كالتزام المشتري بدفع الثمن ، وإما أن تكون لمصلحة المشتري ، وهي كالتزام البائع بتسليم المبيع ، والتزامه بضمان الهلاك ، والاستحقاق ، والعيب ، وما إلى ذلك.

<sup>1</sup> - حسين حامد حسان ، الحكم الشرعي ، ص 74 - 75.

<sup>2</sup> - مصطفى أحمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، ج 1 ص 440.

والذي يدل على وجود هذين النوعين من الالتزامات ، فهو ما يذكره الفقهاء عند دراستهم لكل عقد ، حيث يذكرون في بداية مبحث كل عقد حكمه الأصلي والأحكام التابعة له. يقول صاحب الدر المختار شرح تنوير الأبصار في كتاب البيوع : "وحكمه أي حكم البيع ثبوت الملك". وقال ابن عابدين في حاشيته : "أي ثبوت الملك في البدلين لكل منهما (أي المتبايعين) في بدل ، وهذا حكمه الأصلي. والتابع (أي حكمه التبعية) وجوب تسليم المبيع والثلث وثبوت الشفعة لو كان المبيع عقارا"<sup>(1)</sup>.

وقال الكاساني : "وأما الأحكام التي هي من التوابع للحكم الأصلي للبيع ، فمنها وجوب تسليم المبيع والثلث ، فتسليم البدلين واجب على العاقدين"<sup>(2)</sup>.

وقال القرافي : - بعد أن بين أن "النكاح سبب شرع للتنازل والمكارمة"<sup>(3)</sup> - "وأما وجوب نصف الصداق وتبعض الطلاق وغيرهما مما يتوقف على هذا العقد ، فأمر تابع لمقصود العقد ، لا أنها مقصود العقد ، فلا شرع العقد لأجلها ، فحيث أجمعنا على شرعيته دل ذلك على بقاء حكمته وهو بقاء النكاح المشتمل على مقاصده"<sup>(4)</sup>.

### الفرع الثاني : الحكم الأصلي يتحقق بمجرد انعقاد العقد صحيحا

إن الحكم الأصلي يتحقق وينفذ بمجرد انعقاد العقد صحيحا ، فلا يحتاج إلى تنفيذ ، فبمجرد انعقاد البيع صحيحا تنتقل الملكية إلى المشتري ، وكذا بمجرد إبرام العقد صحيحا في الإجارة والنكاح والصلح ، يملك المستأجر منفعة العين المستأجرة ، وتحل العشرة الزوجية بين الزوجين ، وتمتنع الخصومة القضائية في الحقوق التي كانت محل النزاع بين المتصالحين.

ذلك أن كلا من هذه الأحكام هي الغاية الأساسية التي شرع العقد طريقا موصلا إليها ، فبمجرد انعقاد العقد صحيحا تتحقق هذه الغاية. أما الالتزامات التي ينشئها العقد فهي تكليف على شخص لمصلحة شخص آخر ، وكل تكليف يحتاج إلى تنفيذ ، لذلك لا يتحقق مقتضاها بمجرد انعقاد العقد صحيحا ، بل لابد لتحقيق مقتضاها من أن يقوم بتنفيذها العاقد الملزم بها.

<sup>1</sup> - محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، المشهور بابن عابدين ، رد المختار حاشية على الدر المختار ، المطبعة

الكبرى الأميرية، ( د س ن ، د م ن ) ، ج 4 ص 6.

<sup>2</sup> - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 5 ص 243 .

<sup>3</sup> - القرافي ، الفروق ، ج 3 ص 171.

<sup>4</sup> - القرافي ، الفروق ، ج 3 ص 171.

ومن هذه النتيجة يتميز الحكم الأصلي ، عن الالتزامات التي أنشأها العقد من بين مجموع الآثار وهي : أن ما يفهم الإنسان حصوله بمجرد سماعه بوقوع العقد صحيحا هو الحكم الأصلي لذلك العقد، وما لا يفهم حصوله بالعقد ، بل يحتاج العالم بحصوله إلى استفهام هو التزام ملقى على عاتق الطرفين. فمن سمع أن فلانا قد باع سيارته يفهم أن ملكيتها قد انتقلت للمشتري فأصبح هو مالکها ، ولكنه لا يفهم من وقوع البيع أن ثمنها قد دفع للمشتري ، وأن البائع قد سلمها إليه ؛ لأنّ وجوب دفع الثمن وتسليم المبيع هما التزامان يحتاجان إلى تنفيذ من قبل الملتزم ، ولا يتحقق مقتضاهما بمجرد العقد كما يتحقق به انتقال ملكية المبيع.

وكذا من سمع بزواج امرأة لا يفهم من مجرد وقوع العقد أن الزوج قد دفع المهر ، ومن سمع أن فلانا أودع وديعة عند آخر لا يفهم أن الوديعة امتنع طيلة مدة الإيداع عن استعمال الوديعة<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث : عبء إثبات تنفيذ التزامات العقد يقع على الملتزم بها

إن الالتزامات التي تنشأ من العقد لتحقيق حكمه الأصلي ، تقتضي أن يبادر الملتزم بها بتنفيذها حتى ولو لم يطالبه الطرف الآخر بالتنفيذ ، لأنه مطالب بحكم العقد أن يفي بالالتزامات تجاه المتعاقد الآخر. وبناء على هذا إذا اختلف المتعاقدان في تنفيذ بعض الالتزامات العقدية ، فتعتبر تلك الالتزامات غير منفذة حتى يثبت الملتزم المكلف بها أنه قد نفذها؛ فلو أنكر المشتري قبض المبيع ، كان على البائع عبء إثبات التسليم، ولو أنكر البائع قبض الثمن كان على المشتري إثبات الدفع ، وهكذا يقال في كل عقد ترتبت عليه التزامات معينة، بل ويقال ذلك في كل سبب ترتبت عليه التزامات معينة<sup>(2)</sup>. ذلك أن الإثبات في الفقه الإسلامي يقع على المدعي لقوله عليه الصلاة والسلام : "البينة على من ادعى"<sup>(3)</sup> ، فكل من ادعى حقا فعليه أن يثبت مصدره سواء أكان تصرفا شرعيا<sup>(4)</sup> كالبيع أو الإبراء ، أو كان فعلا ضارا أو نافعا، أو كان مصدره الواقعة الشرعية ، كالميراث والشفعة ووضع اليد.

<sup>1</sup> - مصطفى أحمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، ج 1 ص 441 - 442.

<sup>2</sup> - مصطفى أحمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، ج 1 ص 442.

<sup>3</sup> - هذا جزء من حديث وتامه : **عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ** رضي الله عنهما، **عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ** : "لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ ، لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ". رواه البخاري، ورواه مسلم، في كتاب الأفضية ، باب اليمين على المدعى عليه. وروى البيهقي والطبراني بإسناد صحيح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "البينة على المدعى ، واليمين على المدعى عليه".

<sup>4</sup> - انظر معنى التصرف الشرعي والواقعة الشرعية في المطلب التاسع من المبحث الثالث من الفصل الأول من الباب الأول من هذه الرسالة.

وهذا يتفق مع ما ذهب إليه القانون الوضعي في مدارسه المختلفة ، حيث نصت المادة 323 من القانون المدني الجزائري : "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه"<sup>(1)</sup>.

فالمادة تبين أن القاعدة العامة في تحديد الشخص الذي يقع عليه عبء الإثبات هو المدعي الذي يجب عليه أن يتحمل إثبات صحة ادعاءاته ، فإذا ما قدم الأدلة على وجود حق في ذمة خصمه ، حكم له القاضي بوجود هذا الحق. أما إذا أنكر الخصم وجود الحق ، فإنه يصبح مدعيا ، ويقع عليه حينئذ إثبات ما يفيد التخلص من هذا الحق. فالمدعي إذن هو الذي يحمل عبء الإثبات ، سواء أكان دائنا يدعي ثبوت الدائنية ، أم مدينا يدعي التخلص من المديونية.

والإثبات بهذا المعنى ينصب على مصدر الحق الذي يدعيه المدعي ، لأن معنى "على الدائن إثبات الالتزام" يعني إثبات مصدر الالتزام<sup>(2)</sup>.

ومثال ذلك : لو طالب شخص آخر بالوفاء بمبلغ من المال على اعتبار أنه مدين له به، فعليه أن يثبت مصدر هذا الدين ، سواء أكان عقد قرض أو عقد بيع أو عملا غير مشروع أو إثراء بلا سبب. فلو دفع المدعي عليه بأنه وفي الدين ، أو ادعى أن الدين انقضى بالمقاصة ، فإنه يصبح حينئذ مدعيا يجب عليه إثبات الوفاء أو المقاصة. ولو طالب شخص بملكية عين في حيازة آخر، فهو مدع يجب عليه أن يثبت ملكيته لهذه العين سواء أكان تصرفا كالوصية أو عقد بيع ، أو واقعة قانونية كميثاق أو شفعة. والحائز قد يدفع بأنه ملك العين بالتقادم ، فيصبح مدعيا يجب عليه إثبات هذا التقادم. ونخلص من ذلك إلى أنّ المدعي في الدعوى والمدعى عليه في الدفع ، كلاهما مدعي في دعواه ، يجب عليه أن يتحمل عبء إثبات ما يدعيه.

<sup>1</sup> - وتقبلها المادة الأولى من قانون الإثبات المصري والكويتي والإماراتي. والمادة 7 من قانون الإثبات العراقي. والمادة 211 من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري. والمادة 376 من القانون المدني الليبي. والفصل 399 و400 من قانون الالتزامات والعقود المغربي. والفصل 420 و421 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية. والمادة 362 من قانون الموجبات والعقود اللبناني ونصها : "من يدعي أنه دائن تلزمه إقامة البيئة على وجود حقه. وبعد إقامة البيئة، يجب على من يدعي سقوط الموجب أن يثبت صحة قوله". والمادة 8 من القانون المدني السويسري. والمادة 1315 من القانون المدني الفرنسي ، ونصهما :

**Article 1315 du code civil français :** « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

**Art 8 du code civil suisse :** « Chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit ».

<sup>2</sup> - عصام أنور سليم ، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ص 95.

## الفرع الرابع : الحكم الأصلي للعقد هو مصدر قوته الإلزامية

إن الحكم الأصلي للعقد هو مصدر قوته الإلزامية ، وهو المسوغ لحماية الشارع له. ففي عقد البيع مثلا ، نجد أن نقل الشارع للملكية بمجرد العقد ، هو الذي يسوغ للبائع حق مطالبة المشتري بالثمن ، وهو الذي يسوغ للمشتري حق مطالبة البائع بتسليم المبيع. وهذه المطالبات التي تؤكد الحكم الأصلي وتقويه ، والتي عبرنا عنها بالمقاصد التابعة ، تجد في الحكم الأصلي حاميا لها ، ومسوغا لإلزامها، إذ لولاها لفقدت أساسها ، وامتنع على المشتري عندها قبض المبيع ، واعتبر آنذاك غاصبا متعديا ، لا صاحب حق يحميه المشرع. وكذلك الحال في عقد النكاح ، فإن الحكم الأصلي هو حل المتعة الزوجية، وهذا الحكم هو الذي يسوغ الالتزامات التابعة ، من مطالبة الزوجة بالطاعة ، ومطالبة المرأة للرجل بالنفقة ، ولولا هذا الحكم لفقدت هذه المطالبات أساسها ، واعتبر اتصال الرجل بالمرأة سفاحا يعاقب عليه الشارع ، لا نكاحا يستظل بحمايته وسنده<sup>(1)</sup>.

## الفرع الخامس : أنواع الالتزامات التي ينشئها العقد

إن الالتزامات التي ينشئها العقد بين الطرفين نوعان<sup>(2)</sup> : النوع الأول التزامات يستلزمها العقد فيعتبر العاقد مكلفا بها دون حاجة إلى اشتراطها عليه صراحة من قبل العاقد الآخر ، وذلك كالتزام البائع بتسليم المبيع وضمن العيب ، والتزام المشتري بدفع الثمن. وكالتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة ، والتزام المستأجر بدفع بدل الإيجار ، وعدم التعدي على العين المستأجرة. فهذه الالتزامات وأمثالها في كل عقد نظمها الشرع آثارا للعقد الذي ينشئها بحسب الحاجة ، تحقيقا للتوازن الواجب رعايته بين العاقدين في الحقوق والواجبات ، وبذلك يستغني العاقدان عن ذكر هذا النوع من الالتزامات في كل عقد ، اعتمادا على ما هو مقرر في النصوص الشرعية، ومجموع هذا النوع من الالتزامات في كل عقد يسمى في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية مقتضى العقد<sup>(3)</sup>.

النوع الثاني : التزامات لا تجب على أحد العاقدين إلا إذا اشترطها صراحة العاقد الآخر في العقد. وذلك كما لو اشترط بائع السيارة أن يظل مستعملا لها مدة أسبوع بعد البيع، أو اشترط المشتري على البائع إيصال المبيع إلى بيته. أو اشترط الواهب على الموهوب له تعويضا عن الهبة. أو اشترط المؤجر دفع

1 - وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص 510.

2 - مصطفى أحمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، ج 1 ص 439.

3 - المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

الأجرة سلفاً عن مدة الإجازة كلها. فكل ذلك وأمثاله مما لم توجهه نصوص الشريعة لا يكون من مقتضى العقد ولا يترتب على العاقد إلا بالشرط<sup>(1)</sup>.

### الفرع السادس : الحكم الأصلي هو أساس التزام العاقدين

إن الحكم الأصلي للعقد ذو مظهرين : مظهر شرعي يتم عن طريق الشارع ويكون في البيع مثلاً "نقل الملكية بعوض". ومظهر عملي يتم عن طريق العاقد ، ويكون في البيع "مبادلة المال بالمال"، ويتصف هذا المظهر الأخير بأمرين.

فهو أولاً مرتبط بالمظهر الشرعي ارتباطاً ضرورياً ، وهو منه بمثابة الغاية من الوسيلة، كما يعبر عن ذلك الكاساني بقوله : "وأما الأحكام التي هي من التوابع للحكم الأصلي للبيع ، فمنها وجوب تسليم المبيع والتمن ، فتسليم البدلين واجب على العاقدين ، لأن العقد أوجب الملك في البدلين ، ومعلوم أن الملك ما ثبت لعينه ، وإنما ثبت وسيلة إلى الانتفاع بالملوك ، ولا يتهيأ الانتفاع به إلا بالتسليم ، فكان إيجاب الملك في البدلين شرعاً ، إيجاب لتسليمها ضرورة"<sup>(2)</sup>.

وهو ثانياً المقصد الحقيقي في التصرف ، ويعبر الكاساني عن ذلك فيقول : "ولأن معنى البيع لا يحصل إلا بالتسليم والقبض ، لأنه عقد مبادلة ، وهو مبادلة شيء مرغوب فيه بشيء مرغوب فيه ، وحقيقة المبادلة في التسليم والقبض ، لأنها أخذ بدل وإعطاء بدل ، وإنما قول البيع والشراء هو الإيجاب والقبول ، جعل دليلاً عليها"<sup>(3)</sup>. كما يعلل صحة العقد ، في حالة جهالة المعقود عليه ، بانعدام حكمه الأصلي في قوله : "لأن الجهالة المفضية إلى المنازعة تمنع من التسليم والتسلم ، فلا يحصل المقصود من العقد ، فكان العقد عبثاً لخلوه عن العاقبة الحميدة ، وإذا لم تكن مفضية إلى المنازعة ، يوجد التسليم والتسلم ، فيحصل المقصود"<sup>(4)</sup>.

فالحكم الأصلي في ثوبه العملي إذن هو سبب الحكم الأصلي في ثوبه النظري ، وإن شئت فسمه سبب السبب، وهذا الحكم الأصلي في مظهره هو أساس التزام المتعاقدين<sup>(5)</sup>.

فالحكم الأصلي في مظهره الشرعي ، هو أساس التزام المشتري بدفع الثمن، يقول الكاساني في هذا الصدد : "وليس للمشتري أن يمتنع من تسليم الثمن إلى البائع حتى يقبض المبيع إذا كان المبيع حاضراً. لأن

<sup>1</sup> - مصطفى أحمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، ج 1 ص 443.

<sup>2</sup> - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 5 ص 243 .

<sup>3</sup> - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 5 ص 243.

<sup>4</sup> - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 4 ص 179 - 180.

<sup>5</sup> - وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص 511.

البيع عقد معاوضة ، والمساواة في المعاوضات مطلوبة المتعاضدين عادة ، وحق المشتري في المبيع قد تعين بالتعيين في العقد ، وحق البائع في الثمن لم يتعين بالعقد ، لأن الثمن بالذمة ، فلا يتعين إلا بالقبض ، فيسلم الثمن أولا ليتعين ، فتتحقق المساواة<sup>(1)</sup>. ويقول أيضا : "ولأن المعاوضات مبناهما على المساواة عادة وحقيقة ، ولا تتحقق المساواة إلا بتقديم تسليم الثمن ، لأن المبيع متعين قبل التسليم ، والثمن لا يتعين إلا بالتسليم ، فلا بد من تسليمه أولا ، تحقيقا للمساواة"<sup>(2)</sup>.

فنقل الملكية ، وهو الحكم الأصلي في مظهره الشرعي ، هو أساس التزام المشتري بدفع الثمن ؛ لأن هذا الحكم قد جعله في مركز راجح بنقل ملكية المبيع إليه ، وهذا النقل قد منحه حقا عينيا راجحا على حق البائع الشخصي ، الذي مؤداه مطالبة المشتري بدفع الثمن وهو حق معرض للهلاك ؟ وقد يقول قائل : أو ليس المبيع أيضا معرضا للهلاك ؟ فنقول إن هلاك المبيع نادر ، لأن الفرض أنه موجود في مجلس العقد وهلاك المبيع ثانيا يفضي إلى انفساخ العقد أي إلى سقوط التزام المشتري بدفع الثمن<sup>(3)</sup>. أما هلاك الثمن فليس يفضي إلى سقوط التزام البائع بتسليم المبيع ، وإنما يؤدي إلى منحه حق حبس<sup>(4)</sup> هذا المبيع مع بقاءه ملكا للمشتري.

إن الحكم الأصلي في مظهره العملي ، هو أساس امتناع المشتري عن دفع الثمن عند هلاك المبيع. لأن أساس التزام المشتري بدفع الثمن ، هو "مبادلة المال بالمال" ، ومادامت هذه المبادلة قد تعذرت لعجز البائع عن التسليم ، فإن التزام المشتري يسقط<sup>(5)</sup>.

إن فكرة المقصد الأصلي تصلح أساسا لتحمل التبعة ، حيث تنتقل الملكية إلى المشتري بمجرد العقد، ومن ثم يصبح البائع ملزما بإعادة الثمن إلى المشتري في حالة هلاك المبيع بسبب لا يد له فيه ، لأن المقصد الأصلي من العقد وهو انتقال الملكية لم يتحقق، وهذا بخلاف القانون الذي جعل فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة هي أساس تحمل التبعة<sup>(6)</sup>.

1 - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 5 ص 237.

2 - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 5 ، ص 249.

3 - تقرر المادة 369 من القانون المدني الجزائري الحكم نفسه، بقولها : "إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه، سقط البيع واسترد المشتري الثمن. إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم المبيع". كلمة "سقط البيع" الواردة في هذه المادة غير دقيقة، والصواب انفسخ البيع.

4 - يتفق القانون المدني الجزائري مع الفقه الإسلامي في هذه الجزئية ، حيث تقضي المادة 200 من القانون المدني الجزائري بحق حبس البائع للمبيع إذا لم يستوف الثمن من المشتري.

5 - وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص 512.

6 - وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص 498.

وبيان ذلك أن القانون حمل المدين بالالتزام تبعة الهلاك في العقود الملزمة للجانبين، إذا استحال تنفيذ الالتزام بقوة قاهرة، حيث ينقضي التزام المدين لاستحالة تنفيذه، وينقضي تبعا لذلك الالتزام المقابل، نظرا لفكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين. أما في العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة بدون أجر، فإن الدائن هو الذي يتحمل تبعة الهلاك، وذلك لعدم وجود التزام مقابل في ذمته<sup>(1)</sup>.

### المبحث الثالث

#### السبب الباعث على الالتزام

إن الفقه الإسلامي باعتباره علما تقويميا لا تقريرا، يعتد بالبواعث كما يعتد بالنتائج، ومن ثم فقد اهتم بالباعث الذي يدفع المكلف إلى التصرف، كما اهتم بالنتائج المترتبة على تصرفه، ذلك أن الأحكام الشرعية لا يكفي لصحتها أن تكون موافقة لطواهر النصوص أو لمقتضى القياس، بل لا بد أن تكون موافقة لمقاصد الشارع، سواء في منطلقاتها أو في غاياتها، ذلك أن الأسباب إنما شرعت لمسبباتها. وبناء على هذا فسيتم في هذا المبحث توضيح السبب بمعنى الباعث على الالتزام، على ضوء نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية، وأقوال الفقهاء، والقواعد الفقهية الضابطة له، وذلك في المطالب الآتية.

المطلب الأول : مفهوم السبب الباعث

المطلب الثاني : السبب الباعث في القرآن الكريم

المطلب الثالث : السبب الباعث في السنة النبوية

المطلب الرابع : السبب الباعث عند الفقهاء

المطلب الخامس : القواعد الفقهية الضابطة للباعث ونتائجه

<sup>1</sup> - صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج 1 ص 388 - 389.

## المطلب الأول : مفهوم السبب الباعث

أرست الشريعة الإسلامية مبدأ الرضائية<sup>(1)</sup> في العقود استنادا لقول الله تعالى : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ }<sup>(2)</sup>.

وتأسيسا على هذا المبدأ فإن العقد يتم وينتج آثاره بمجرد اتفاق إرادتين ، دون توقف على شيء من الإجراءات أو المراسيم الشكلية، غير أن هذه الإرادة قد تنشئ تصرفا معيناً لتحقيق أغراض غير مشروعة تجاوز بها الحدود الأخلاقية أو المصلحة العامة ، ومن ثم فوقاية من تعسف الإرادة وما قد يؤول إليه طغيانها من تحقيق أغراض غير مشروعة ، وضع الفقه الإسلامي فكرة الباعث كقيد يرد على تصرف الإرادة ، أو على مبدأ الرضائية حتى لا تناقض مقاصد التشريع فيما تنشئه من تصرفات هي في ظاهرها جائزة ، ولكن بالنظر إلى ما تهدف إليه من غاية نهائية غير مباشرة تمس المصلحة العامة أو تهدف إلى هدم مقاصد الشريعة<sup>(3)</sup>.

وعلى ضوء ما تقدم فقد عرف الفقهاء الباعث بأنه : "الدافع الذي يحرك إرادة المنشئ للتصرف إلى تحقيق غرض غير مباشر"<sup>(4)</sup>.

والمقصود بذلك أن الدافع الذي حرك الإرادة لإنشاء التصرف قد تكون غايته تحقيق أغراض غير مشروعة ، فمن يشتري عنبا ليتخذه خمرا ، فاتخاذ عصير العنب خمرا باعث حمل المشتري على إنشاء عقد البيع مع البائع ، وهو دافع غير مشروع ، لأنه يرمي إلى تحقيق غرض يحرمه الشارع. والباعث كما هو واضح أمر ذاتي وليس موضوعي ، وخفي وليس ظاهرا ، وخارج عن نطاق التعاقد، لأنه ليس ركنا في التصرف داخلا في ماهيته ، ولا شرطا يتوقف عليه وجوده. وإذا كان الباعث أمرا ذاتيا لا ينضبط في نفسه<sup>(5)</sup> ، فهو متغير ، أي يختلف من شخص لآخر. فالباعث لبعض الناس مثلا على بيع شيء من ماله قد يكون هو احتياجه إلى الثمن ، أو رغبته في الربح ، أو عدم حاجته للمبيع، وقد يكون

<sup>1</sup> - لم يسلم القانون الروماني بأن التراضي وحده كاف لانعقاد العقد إلا في عدد محصور من العقود سمي العقود الرضائية ، ولم يعرف القانون الوضعي مبدأ الرضائية في العقود كمبدأ عام إلا مع بداية العصر الحديث والفقهاء الفرنسي "أنطوان لوزيل" - (ولد في 16 فيفري 1536 وتوفي في 28 أفريل 1617) - هو أول من أسس لذلك في العصر الحديث، بمقولته الشهيرة ، "تقاد الأبقار

من قرونها ويقاد الرجال بكلماتهم". (On lie les bœufs par les cornes et les hommes par la parole).

<sup>2</sup> - سورة النساء ، آية رقم : 29.

<sup>3</sup> - فتحي الدريني ، النظريات الفقهية ، منشورات جامعة دمشق، سوريا ، الطبعة الثالثة 1413هـ ، ص 228.

<sup>4</sup> - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، مؤسسة الرسالة ، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة 1981م، ص 207.

<sup>5</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 361.

الباعث لغيره على البيع هو رغبته في تهريب المال من وجه دائن أو وارث، فالباعث يختلف باختلاف كل شخص.

وعلى هذا فالباعث يمتاز بالخصائص التالية : بأنه ذاتي ، وخارج عن نطاق التعاقد ، وأنه متغير. وهذه نتيجة منطقية لكونه أمرا نفسيا ذاتيا، وإذا تعددت البواعث فالعبرة عندئذ بالباعث الرئيس<sup>(1)</sup>. ففكرة الباعث إذن هي وسيلة لإبطال التصرف الذي ظاهره الجواز - لأنه استكمل أركانه وشروطه وانتفت موانعه وتوفر محله القابل لحكمه - ويقصد به الوصول إلى أغراض وغايات محرمة. وهو بهذا المعنى ينطبق على الاحتيال على قواعد الشريعة ، التي "حقيقتها المشهورة تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي ، وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر"<sup>(2)</sup>. أي من تحليل محرم أو إسقاط واجب وكلاهما مناقض لمقاصد التشريع ، وقد بيّن الشاطبي هذه المناقضة بقوله : "فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة في الواقع"<sup>(3)</sup>.

والسبب الباعث بهذا المعنى ، قد يلتبس بمفهوم النية التي عرّفها بعضهم بأنها العزم والقصد وعرّفها آخرون بأنها الإرادة ، ومن المفيد تعريف النية لغة واصطلاحا وتوضيح حقيقتها حتى يصبح مفهوم السبب الباعث واضح لا لبس فيه ، ويتم ذلك في فرعين.

#### الفرع الأول : تعريف النية لغة

استعمل العرب النية في لغتهم ، بمعنى القصد ، وبمعنى العزم<sup>(4)</sup>.

يقولون : نوى الشيء ينويه نيّةً ونيةً بالتخفيف... وانتواه : قصده واعتقده. ونوى المنزل وانتواه كذلك. والنية بالتخفيف لغة في النية. قال ابن منظور : النية بالتشديد هي النية مخففة. ويقولون : نواك الله بالخير ، قصدك به ، وأوصلك إليه. وقال أعرابي من بني سليم لابن له سمّاه إبراهيم : نأويثُ به إبراهيم ، أي قصدت قصده ، فتبرّكت باسمه. قال الزمخشري<sup>(5)</sup> وهذا من المجاز واستدل على ذلك بقول الشاعر :

يا عمرو أحسن نواك الله بالرّشدِ      واقرا السّلامَ على الأنقاء بالثّمَدِ

1 - السنهوري ، الوسيط ، ج 1 ص 478. فتحى الدريني : نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص 208.

2 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 4 ص 201.

3 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 4 ص 201.

4 - ابن منظور ، لسان العرب ، مادة نوى ، ج 14 ص 342 - 343.

5 - الزمخشري ، أساس البلاغة ، ج 2 ص 311.

ويقولون : فلان ينوي وجه كذا ، أي يقصده من سفر أو عمل. وفي حديث عروة بن الزبير<sup>(1)</sup> في المرأة البدوية يتوفى عنها زوجها أمّا تنتوي حيث ينتوي أهلها. أي تنتقل وتتحول. وقد يريدون بالنية الشيء المقصود إليه : "والنية الوجه الذي يذهب إليه". قال النابغة الجعدي :

إِنَّكَ أَنْتِ الْمَحْزُونُ فِي أَثَرِ الْحَيِّ ، فَإِنْ تَنَوَّيْتَهُمْ تُقِمِ<sup>(2)</sup>

وقد يراد بها الشيء الذي يصاحبه القصد أو يسبقه.

وقد يراد بالنية العزم ، يقول ابن منظور : "نويت نيّة ونواةً ، أي عَزَمْتُ ، وانتويت مثله. وقال الرافعي : "حُصِّتْ النية في غالب الاستعمال بعزم القلب على أمر من الأمور"<sup>(3)</sup>.

ويذهب بعض العلماء إلى أن القصد أعلى درجة من العزم ، فالعزم قد يكون على فعل في المستقبل، وهذا العزم قد يضعف أو يحول، أما القصد فلا يكون إلا إذا كانت الإرادة جازمة مقارنة للفعل أو قريبة من المقارنة.

### الفرع الثاني : تعريف النية اصطلاحاً

أورد لها بعض العلماء أربعة تعاريف<sup>(4)</sup> ، وسأكتفي بذكر تعريفين فقط.

### التعريف الأول : تعريف النية بالعزم والقصد

ذهب جمع من العلماء إلى تعريف النية بمدلولها اللغوي وهو العزم والقصد ، ومن هؤلاء الشيرازي والنووي والقرايبي والخطابي وابن تيمية وابن القيم وإمام الحرمين وأبو حامد الغزالي. قال النووي شارحاً كلام الشيرازي : النية هي القصد إلى الشيء والعزيمة على فعله ، ومنه تقول العرب نواك الله بحفظه ، أي قصدك بحفظه<sup>(5)</sup>. وعرفها التفتازاني بأنها : "قصد الطاعة والتقرب إلى الله تعالى في إيجاد الفعل"<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup> - عروة بن الزبير بن العوام ، تابعي جليل وأحد فقهاء المدينة السبعة ، اعتزل الفتن التي وقعت بين المسلمين ، ولد بالمدينة المنورة سنة 22 هـ وتوفي بها سنة 92 هـ.

<sup>2</sup> - قال المفضل في بيت النابغة معنيان : أحدهما يقول قد نَوَّوْا فراقك فإن تنوي كما نَوَّوْا تُقِمِ فلا تطلبهم. والثاني قد نَوَّوْا السفر فإن تنو كما نَوَّوْا تُقِمِ صدور الإبل في طلبهم. ابن منظور ، لسان العرب ، ج 14 ص 343.

<sup>3</sup> - الرافعي ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، دار المعارف ، القاهرة ، ص 632.

<sup>4</sup> - عمر سليمان الأشقر ، مقاصد المكلفين فيما يتعبد به لرب العالمين ، الطبعة الثانية 1991م - 1411 هـ ، دار النفائس ، عمان ، الأردن ، ص 23 - 31.

<sup>5</sup> - النووي ، المجموع شرح المذهب ، ج 1 ص 359.

<sup>6</sup> - زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم ، الأشباه والنظائر ، تحقيق عبد الكريم فضيلي ، الطبعة الأولى 1418 هـ - 1998م ، المكتبة العصرية ، بيروت ، لبنان ، ص 42.

ويرى ابن القيم أن النية هي القصد بعينه ، إلا أن بينها وبين القصد فرقين ، أحدهما أن القصد معلق بفعل الفاعل نفسه وبفعل غيره. والنية لا تتعلق إلا بفعل نفسه. الثاني أن القصد لا يكون إلا بفعل مقدر يقصده الفاعل ، وأما النية فينوي الإنسان ما يقدر عليه وما يعجز عنه. وهو الفرق نفسه الذي ذكره ابن تيمية فقال : "النية أخص من الإرادة ، فإن إرادة الإنسان تتعلق بعمله وعمل غيره. والنية لا تكون إلا لعمله. فإنك تقول أردت من فلان كذا ، ولا تقول نويت من فلان كذا"<sup>(1)</sup>. وقال ابن القيم معلقا على حديث أبي كبشة الأعمري<sup>(2)</sup> "فالنية تتعلق بالمقدور عليه ، والمعجز عنه ، بخلاف القصد والإرادة فإنهما لا يتعلقان بالمعجز عنه ، لا من فعله لا من فعل غيره"<sup>(3)</sup>.

وقال أبو حامد الغزالي : "اعلم أن النية والإرادة والقصد عبارات متواردة على معنى واحد ، وهو حالة وصفة للقلب يكتنفها أمران علم وعمل ، العلم يقدمه لأنه أصله وشرطه ، والعمل يتبعه لأنه ثمرته وفرعه"<sup>(4)</sup>.

وعلى مذهب هؤلاء فالقصد والعزم قسمان للنية ، وقد خص إمام الحرمين العزم بالفعل المستقبل ، والقصد بالفعل الحاضر. فقال : "النية من قبيل القصد والإرادات، وتتعلق بما يجري في الحال أو في الاستقبال ، فما تعلق بالحال فهو القصد، وما يتعلق بالاستقبال فهو الذي يسمى عزمًا"<sup>(5)</sup>.

وهناك فريق آخر من العلماء يرى أن القصد والعزم ليسا قسمان للنية بل هما قسيما لها. والفرق بين الأمرين ، يتمثل في أن المراد بالقسمين هو أن النية تتكون من جزأين هما العزم والقصد. أما المراد بكونهما قسيمين فهو أن القصد والعزم والنية أقسام لكلمة أعم هي الإرادة<sup>(6)</sup>.

قال النووي : "الإرادة والقصد والعزم والنية متقاربة ، فيقام بعضها مقام بعض مجازاً"<sup>(7)</sup>.

<sup>1</sup> - ابن تيمية ، مجموع فتاوى ، ج 18 ص 252.

<sup>2</sup> - روى أحمد في مسنده والترمذي في سننه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "إنما الدنيا لأربعة نفر : عبد رزقه الله مالا وعلما، فهو يتقي في ماله ربه ، ويصل رحمه ، ويعلم لله فيه حقا ، فهذا بأفضل المنازل عند الله. وعبد رزقه الله علما ولم يرزقه مالا، فهو يقول : لو أن لي مالا لعملت فيه بعمل فلان ، فهو بنيته ، وأجرهما سواء. وعبد رزقه الله مالا ولم يرزقه علما ، يخبط في ماله بغير علم ، ولا يتقي فيه ربه ، ولا يصل فيه رحمه ، فذلك بشرّ منزلة عند الله. وعبد لم يرزقه الله مالا ولا علما فهو يقول : لو أن لي مالا لعملت فيه بعمل فلان ، فهو بنيته ، وهما في الوزر سواء".

<sup>3</sup> - ابن قيم الجوزية ، بدائع الفوائد ، ج 3 ص 189.

<sup>4</sup> - الغزالي ، إحياء علوم الدين ، ج 4 ص 312.

<sup>5</sup> - أحمد بك الحسيني، نهاية الأحكام في بيان ما للنية من الأحكام، مطبعة بولاق، مصر، الطبعة الأولى 1903، ص 7.

<sup>6</sup> - عمر سليمان الأشقر ، مقاصد المكلفين ، ص 26.

<sup>7</sup> - النووي ، المجموع شرح المذهب ، ج 1 ص 359.

## التعريف الثاني : النية هي الإرادة

قال ابن عابدين : " النية العزم ، وهو الإرادة الجازمة القاطعة. والإرادة صفة توجب تخصيص المفعول بوقت وحال دون غيرهما، أي ترجح أحد المستويين ، وتخصه بوقت وحال ، أي كيفية وحالة مخصوصة ، وبه علم أن النية ليست مطلقة الإرادة بل هي الإرادة الجازمة<sup>(1)</sup>.

وقال الجرجاني : "العزم جزم الإرادة بلا تردد"<sup>(2)</sup>.

وعرفها البيضاوي<sup>(3)</sup> فقال : " النية هي انبعاث القلب نحو ما يراه موافقا من جلب نفع أو دفع ضرر، حالا أو مآلا. والشرع خصه بالإرادة المتوجهة نحو الفعل لابتغاء رضا الله تعالى وامتنال حكمه<sup>(4)</sup>.  
وعرفها الدكتور محمد عبد الله دراز بقوله : "هي حركة تنزع بها الإرادة نحو شيء معين سواء لتحقيقه أو إحرازه"<sup>(5)</sup>.

ورأى بعضهم أن تعريف النية بالإرادة غير صحيح لأن الإرادة أعم من النية ، فهي تشمل النية وغيرها. ولأن النية لا تتعلق إلا بفعل الناوي ، أما الإرادة فهي تتعلق بفعله وبفعل غيره. والنية تتعلق بالمقدور عليه والمعجوز عنه ، أما الإرادة فلا تتعلق إلا بالمقدور عليه<sup>(6)</sup>.

وعرفها عبد الرحمن الجزيري بأنها "عزم القلب على فعل العبادة تقربا إلى الله وحده ، وإن شئت قلت: النية هي الإرادة الجازمة"<sup>(7)</sup>. أي أنه يجب على المؤمن أن يؤدي العبادة لله وحده ، فلو نطق بلسانه بدون أن يقصد الصلاة بقلبه ، فإنه لا يكون مصليا، ومعنى ذلك أن من صلى لغرض دنيوي ، كأن يمدح عند الناس ، بحيث لو لم يمدح لترك الصلاة ، فإن صلاته لا تصح. كذلك لو زكى أو حج أو تصدق ليظفر بمال أو جاه أو يحصل على شهوة من شهوات الدنيا ، فإن هذه القربات كلها تكون باطلة.

<sup>1</sup> - حاشية ابن عابدين ، ج 1 ص 304.

<sup>2</sup> - علي بن محمد الجرجاني، التعريفات ، ص 10.

<sup>3</sup> - هو الفقيه الأصولي المفسر المحدث ، القاضي ناصر الدين أبو سعيد عبد الله بن عمر بن محمد بن علي البيضاوي الشيرازي الشافعي المتوفى سنة 685. صاحب كتاب منهاج الوصول في علم الأصول. وأنوار التنزيل وأسرار التأويل.

<sup>4</sup> - جلال الدين بن عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1419 هـ - 1998 م ، ج 1 ص 71.

<sup>5</sup> - محمد عبد الله دراز ، دستور الأخلاق في القرآن الكريم ، ترجمة عبد الصبور شاهين، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، الطبعة العاشرة 1418 - 1998 ، ص 421.

<sup>6</sup> - عمر سليمان الأشقر ، مقاصد المكلفين ، ص 28.

<sup>7</sup> - عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، (د س ن) ، ج 1 ص 209.

أما الإخلاص فهو أمر زائد على النية ، لا يحصل بدونها والأحكام تجري على النية ، أما الإخلاص فأمره إلى الله تعالى .

### الفرع الثالث : حقيقة النية

هي قصد الشيء وعزم القلب عليه ، وقيل حقيقتها القصد مطلقا . ويكتنف النية أمران علم وعمل ، العلم يقدمه لأنه أصله وشرطه ، والعمل يتبعه لأنه ثمرته وفرعه... وذلك لأن كل عمل ... لا يتم إلا بثلاثة أمور علم وإرادة وقدرة ، والنية تتوسط العلم والقدرة ، فإذا جازمت المعرفة انبعثت الإرادة ، وإذا انبعثت الإرادة انتهضت القدرة ، فالنية عبارة عن الصفة المتوسطة بين العلم والقدرة وهي الإرادة وانبعثت النفس بحكم الرغبة والميل إلى ما هو موافق للغرض في الحال أو في المآل ، فالحرك الأول هو الغرض المطلوب وهو الباعث وهو المقصد المنوي<sup>(1)</sup>.

قال القرافي في بيان حقيقة النية : "وهي قصد الإنسان بقلبه ما يريد به فعله ، فهي من باب العزم والإرادات ، لا من باب العلوم والاعتقادات . والفرق بينها وبين الإرادة المطلقة ، أن الإرادة قد تتعلق بفعل الغير بخلافها . كما نريد مغفرة الله جلا جلاله ... والفرق بينها وبين العزم ، أن العزم تصميم على إيقاع الفعل ، والنية تمييز له ، فهي أخفض منه رتبة وسابقة عليه"<sup>(2)</sup>.

ومما يفسر صلة النية بالباعث ، أن الباعث يبدأ بحديث النفس ، وهي الخواطر التي تجول في نفس الإنسان وتنتهي بعمل في العالم الخارجي يحس به الناس ويلمسونه ، وهذا العمل قد يكون واقعة مادية ، وقد يكون تصرفا شرعيا ، وما بين حديث النفس والتصرف الشرعي مجال واسع لتحرك السبب الباعث ونشاطه ، قال الله تعالى : { وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ وَنَعَلْمُ مَا تُؤَسُّوسُ بِهِ نَفْسُهُ وَخَنُ أَقْرَبُ إِلَيْهِ مِنْ حَبْلِ الْوَرِيدِ }<sup>(3)</sup> . قال الطاهر بن عاشور : "والوسوسة هي ما يجول في النفس من الخواطر والتفكيرات والعزائم"<sup>(4)</sup> . وفسر الأوسلي الوسوسة بأنها الصوت الخفي وما يخطر بالبال<sup>(5)</sup> .

فالوسوسة إذن هي حديث النفس ، وهي الهواجس والخواطر التي ترد على ذهن الإنسان ، والنفس قد تحدث صاحبها بالقيام بالمعاصي ، كما قد تحدثه بالقيام بالطاعات ، وقد قسم الفقهاء حديث النفس إلى مراتب خمس :

<sup>1</sup> - الغزالي ، إحياء علوم الدين ، ج 4 ص 312 .

<sup>2</sup> - القرافي ، الذخيرة ، ج 1 ص 240 .

<sup>3</sup> - سورة ق ، آية ، رقم : 16 .

<sup>4</sup> - الطاهر بن عاشور ، التحرير والتنوير ، ج 26 ص 300 .

<sup>5</sup> - شهاب الدين محمود الأوسلي ، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني ، ج 26 ص 178 .

المرتبة الأولى : الهاجس وهو ما يلقي في النفس ، ولا يؤاخذ عليه الإنسان ، لأنه ليس من صنع يديه بل هو شيء يرد عليه ولا قدرة له على دفعه.

المرتبة الثانية : الخاطر : وهو كالهاجس ولكنه أعلى رتبة منه ، ويمكن دفعه أو صرفه ، بخلاف الهاجس ، وهو أيضا لا يؤاخذ عليه الإنسان. والدليل على عدم مؤاخذة الإنسان على الهاجس والخطا هو قول النبي صلى الله عليه وسلم : "إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به نفسها ما لم تعمل أو تتكلم"<sup>(1)</sup>.

المرتبة الثالثة : حديث النفس وهو التردد الذي يقع فيه الإنسان بين الإقدام على الفعل أو الامتناع عليه.

المرتبة الرابعة : وهي الهم وهو ترجيح قصد الفعل دون تنفيذه، وحكمه أن الهم بحسنة تكتب حسنة، والهم بسيئة تكتب حسنة، كما ورد ذلك في الحديث الشريف.

المرتبة الخامسة : القصد والجزم على فعل الشيء. وهذه بداية السبب الباعث ، وأما نهايته فهي ترجمة هذا الباعث في صورة قول أو فعل، قال الله تعالى : { وَمَا تَكُونُ فِي شَأْنٍ وَمَا تَتْلُو مِنْهُ مِنْ قُرْآنٍ وَلَا تَعْمَلُونَ مِنْ عَمَلٍ إِلَّا كُنَّا عَلَيْكُمْ شُهُودًا إِذْ تُفِيضُونَ فِيهِ وَمَا يَعْزُبُ عَنْ رَبِّكَ مِنْ مِثْقَالِ ذَرَّةٍ فِي الْأَرْضِ وَلَا فِي السَّمَاءِ وَلَا أَصْغَرَ مِنْ ذَلِكَ وَلَا أَكْبَرَ إِلَّا فِي كِتَابٍ مُبِينٍ }<sup>(2)</sup>.

فبين حديث النفس ، وهو بداية السبب الباعث ، وإتيان العمل سواء أكانت أفعالا أم أقوالا تجد نظرية السبب الباعث مجالها ؛ وذلك لأن الأعمال تتجه دائما نحو تحقيق غايات وأهداف ومقاصد ، لإشباع حاجات النفس البشرية ، سواء كان القصد تحقيق غاية تتفق مع قصد الشرع أو تناقضها<sup>(3)</sup>.

### المطلب الثاني : السبب الباعث في القرآن الكريم

وردت في القرآن الكريم آيات كثيرة يستنتج منها أن التصرف الشرعي يكون صحيحا أو باطلا ، حلالا أو حراما ، وذلك حسب نية الشخص والباعث الدافع إليه ، وفي هذا المطلب سأذكر جملة من الآيات القرآنية سواء في مجال العقيدة أو العبادات أو المعاملات تؤكد اعتماد القرآن بالباعث في صحة التصرفات وبطلانها.

<sup>1</sup> - أخرجه البخاري في كتاب العتق ، باب الخطأ والنسيان. وفي كتاب الطلاق ، باب الطلاق في إغلاق، وفي كتاب الأيمان والنذور ، باب إذا حنث ناسيا في الأيمان. وأخرجه مسلم في كتاب الأيمان ، باب تجاوز الله عن حديث النفس. وأخرجه أبو داود في كتاب الطلاق ، باب الوسوسة بالطلاق. وأخرجه الترمذي في باب ما جاء من يحدث نفسه. وأخرجه النسائي في كتاب الطلاق ، باب من طلق في نفسه. وأخرجه ابن ماجه ، في كتاب الطلاق ، باب من طلق في نفسه.

<sup>2</sup> - سورة يونس ، آية رقم : 61.

<sup>3</sup> - محمود محمد شعبان، السبب الباعث على التعاقد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مطبعة الإخلاص، امبابة، القاهرة، جمهورية مصر العربية، (د س ن) ، ص 171.

أ - الباعث في مجال العقيدة : قال الله تعالى : { وَمِنَ النَّاسِ مَن يَقُولُ آمَنَّا بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَا هُمْ بِمُؤْمِنِينَ \* يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّا أَنفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ }<sup>(1)</sup>، فهؤلاء المنافقون يقولون بألسنتهم ما ليس في قلوبهم ، يظهرون شيئا ويبطنون شيئا آخر ، فباعثهم على ما يقولون ويظهرون يختلف عن حقيقة ما نطقوا به وأعلنوه ، فهم لم يؤمنوا بالله واليوم الآخر صدقا وحقا ، ولكن أعلنوا إيمانهم بالله واليوم الآخر ليعضموا دماءهم وأموالهم.

ب - الباعث في مجال العبادة : قال الله تعالى : { وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ حُنَفَاءَ }<sup>(2)</sup>. فالعبادة مطلوب لها النية ، باعتبار أن العبادة تتعلق بالقلب ، ويراد بها دائما وجه الله تعالى وحده لا شريك له؛ ذلك أن الإخلاص هو أمر زائد على النية ، لا يحصل بدونها والأحكام تجري على النية، أما الإخلاص فأمره إلى الله تعالى. والرياء وهو نقيض الإخلاص ، هو أن يقوم المرابي بأعمال ظاهرها العبادة والتقى ، وباطنها وباعثها الرغبة في الحصول على حب الناس ورضاهم ، دون حب الله ورضاه.

وقال الله تعالى أيضا في شأن المنافقين الذين يؤدون الصلاة بمظهرها الشكلي دون نية الإخلاص والتوجه بهذه العبادة الجليلة لله تعالى : { وَلَا يَأْتُونَ الصَّلَاةَ إِلَّا وَهُمْ كُسَالَى وَلَا يُنْفِقُونَ إِلَّا وَهُمْ كَارِهِونَ }<sup>(3)</sup>. فهم أثناء قيامهم بالصلاة يتباطئون في أدائها ، وحين يؤدون النفقة الواجبة عليهم يعدون ذلك مغرما ، فهي مردودة عليهم ولا يقبلها الله منهم. لأنهم لم يقوموا بهذه العبادات بصدق وإخلاص ، وإنما فعلوا ذلك ليسلموا من ذم المؤمنين وسخطهم عليهم.

وقد ذكر القرآن الكريم أن المنافقين بنوا مسجدا وطلبوا من النبي صلى الله عليه وسلم أن يصلي في هذا المسجد ، وهذا عمل مشروع من حيث الظاهر ، بل هو من أكبر القربات التي يتقرب بها الإنسان إلى الله تعالى<sup>(4)</sup> ، ولكن هؤلاء المنافقون كانت نيتهم وباعثهم على بناء المسجد إنما هو تفريق صف المؤمنين، واتخاذهم مركزا لمحاربة المسلمين ، ولذلك اعتبره القرآن مسجدا ضارا وحكم النبي صلى الله عليه وسلم

<sup>1</sup> - سورة البقرة ، آية رقم : 7 ، 8.

<sup>2</sup> - سورة البينة ، آية رقم : 5.

<sup>3</sup> - سورة التوبة ، آية رقم : 54.

<sup>4</sup> - روى البزار واللفظ له والطبراني في الصغير وابن حبان في صحيحه عن أبي ذر رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "من بنى لله مسجدا قدر مفحص قطاة بنى الله له بيتا في الجنة". ورواه ابن خزيمة من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما ولفظه "ومن بنى مسجدا كمفحص قطاة أو أصغر بنى الله له بيتا في الجنة". ورواه ابن ماجه بإسناد صحيح . ورواه الإمام أحمد والبزار من حديث ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم إلا أنهما قالوا : "كمفحص قطاة يسعها لبيضا". ومفحص القطاة بفتح الميم والحاء المهملة هو مجثمها.

بتحريقه وهدمه<sup>(1)</sup> ، فقال الله تعالى : { الَّذِينَ اتَّخَذُوا مَسْجِدًا ضِرَارًا وَكُفْرًا وَتَفْرِيقًا بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ وَإِصَادًا لِمَنْ حَارَبَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ مِنْ قَبْلُ وَلَيَحْلِفُنَّ إِنْ أَرَدْنَا إِلَّا الْحُسْنَىٰ وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّهُمْ لَكَاذِبُونَ \* لَا تَقُمْ فِيهِ أَبَدًا لِمَسْجِدٍ أُسِّسَ عَلَى التَّقْوَىٰ مِنْ أَوَّلِ يَوْمٍ أَحَقُّ أَنْ تَقُومَ فِيهِ فِيهِ رِجَالٌ يُحِبُّونَ أَنْ يَتَطَهَّرُوا وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُطَهَّرِينَ }<sup>(2)</sup>.

ج - الباعث في مجال التعاون بين الناس : قال الله تعالى : { وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ }<sup>(3)</sup>.

د - الباعث في مجال التبرعات : قال الله تعالى : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُبْطِلُوا صَدَقَاتِكُمْ بِالْمَنِّ وَالْأَذَىٰ كَالَّذِي يُنْفِقُ مَالَهُ رِئَاءَ النَّاسِ وَلَا يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ }<sup>(4)</sup>. لم يقبل الله هذه الصدقة وعبر عن عدم قبولها بالإبطال ، كما أن المن والأذى والرياء سلوكات تكشف عن النية والباعث الذي دفع إلى هذه الصدقة. فالقاصد بنفقتة الرياء والسمعة فعله باطل وغير مثاب عليه ، لأنه لم يقصد وجه الله تعالى ، أما إذا خرجت الصدقة على الوجه المشروع وابتغاء مرضاة الله ، فإنها تكون مقبولة ويثاب صاحبها عليها<sup>(5)</sup>.

هـ - الباعث على الوصية : الوصية تصرف مشروع وهي "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"<sup>(6)</sup> ، وقد شرعت ليستدرك الإنسان ما فاتته من فعل الخير في حياته، حيث قال النبي صلى الله عليه

<sup>1</sup> - ذكرت كتب التفسير في سبب نزول هذه الآية أن اثني عشر رجلاً من بني عُثْم بن عوف وبني سالم بن عوف بنوا مسجداً بجوار مسجد قباء ، بالاتفاق مع أبي عامر الراهب الذي تنصر واتصل بهرقل ملك الروم يستنصره على النبي صلى الله عليه وسلم، وأمر قومه من أهل النفاق أن يتخذوا له معقلاً يجتمعون فيه ويقدم عليهم فيه من يقدم من عنده. فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم وهو يتجهز لتبوك ، فقالوا يا رسول الله قد بنينا مسجداً لذي الحاجة والعلّة والليللة المطيرة ، ونحب أن تأتينا فتصلي لنا فيه - ليحتجوا بصلاته عليه الصلاة والسلام فيه على تقريره وإثباته - فقال النبي صلى الله عليه وسلم : إني على جناح سفر وحال شغل ، وإذا قدمنا إن شاء الله تعالى أتيناكم فصلينا لكم فيه ، فلما انصرف النبي صلى الله عليه وسلم من تبوك أتوه وقد فرغوا منه وصلوا فيه الجمعة والسبت والأحد ، فدعا بقميصه ليلبسه ويأتيهم فنزل عليه القرآن بخبر مسجد ضرار ، فدعا النبي بعض أصحابه وقال انطلقوا إلى هذا المسجد الظالم أهله فأهدموه وأحرقوه ، فخرجوا مسرعين فأحرقوا المسجد وهدموه. تفسير ابن كثير ، ج 7 ص 280 - 282. الطاهر بن عاشور ، التحرير والتنوير ، ج 11 ص 30. تفسير القرطبي ، ج 8 ص 253.

<sup>2</sup> - سورة التوبة ، الآيتان رقم : 108 - 109.

<sup>3</sup> - سورة المائدة ، آية رقم : 3.

<sup>4</sup> - سورة البقرة ، آية رقم : 263.

<sup>5</sup> - تفسير القرطبي ، ج 3 ص 312.

<sup>6</sup> - هو نص المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري الذي عرف الوصية بهذا الشكل. غير أن القانون المصري عرفها بأنها "تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت". وجاء في المذكرة التفسيرية للقانون "وقد عدل عن لفظ "تمليك" الوارد في تعريف الحنفية إلى لفظ "تصرف" ليشمل جميع مسائل الوصية".

وسلم : "إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة على أعمالكم فضعوه حيث شئتم"<sup>(1)</sup>. ولكن هذه الوصية تكون جائزة بشرط أن لا يلحق الورثة أو الدائنين ضرر من وراء ذلك. ولهذا قال الله تعالى بعد أن ذكر أنصبه الورثة : {مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ مُّضَارًّا وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ} <sup>(2)</sup>.

وهذه الآية تشترط المقصد المشروع عند إنشاء الوصية ، فلا بد أن يكون الباعث عليها مشروعاً ، ومن هنا كانت المضارة في الوصية منهيها عنها ، وذلك بأن يقر بدين ليس واجبا عليه ، أو أن يوصي لوارث أو يزيد في الوصية على الثلث ، فهذا لا يجوز ، وإن كان الأمر متروكا للورثة فهم أصحاب الحق في ذلك ، فلهم حق الطعن في تصرفات مورثهم.

وقد ذكر ابن عطية في تفسيره "أن وجوه المضارة كثيرة لا تنحصر وكلها ممنوعة ، منها أن يقر بحق ليس عليه ، أو يوصي بأكثر من الثلث ، أو لوارثه ، أو بالثلث فرارا من وارث محتاج. ومشهور مذهب مالك وابن القاسم أن فعله لا يعد مضارة مادام في الثلث ، فإن ضارَّ الورثة في ثلثه مضى ذلك"<sup>(3)</sup>. وقد ورد عن ابن عباس أن "الإضرا في الوصية من الكبائر"<sup>(4)</sup>.

ونخلص مما سبق ذكره من الآيات القرآنية أن فعل المكلف يحكمه قصد الشخص ونيته ، وباعثه والدافع عليه ، وفي هذا المعنى يقول الشاطبي : "والعمل الواحد يُقصد به أمر فيكون عبادة"<sup>(5)</sup> ، ويقصد به شيء آخر فلا يكون كذلك ؛ بل يقصد به شيء فيكون إيمانا ، ويقصد به شيء آخر فيكون كفرا كالسجود لله أو الصنم. وأيضا فالعمل<sup>(6)</sup> إذا تعلق به القصد ، تعلق به الأحكام التكليفية. وإذا عري عن القصد لم يتعلق به شيء منها ؛ كفعل النائم والغافل والمجنون"<sup>(7)</sup>.

1 - رواه ابن ماجه في سننه. كتاب الوصايا ، باب الوصية بالثلث.

2 - سورة النساء ، آية رقم : 12.

3 - القاضي أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عطية الأندلسي ، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز ، تحقيق عبد السلام عبد الشافي محمد دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، الطبعة الأولى ، ج 2 ص 20.

4 - رواه الدارقطني في سننه.

5 - "تكون عبادة بالنية ، فإذا فقدت النية خرجت عن كونها عبادة. كالمباحات يأخذها من جهة الإذن الشرعي أو من جهة الحظ الصرف، والصلاة والعبادات يقصد بها الامتثال تكون عبادة ، والرياء والجاه فتكون معصية". تعليق عبد الله دراز، الموافقات، ج 2 ص 324، هامش رقم 1.

6 - سواء كان عبادة أو معاملة ، قولاً أو فعلاً.

7 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 324.

### المطلب الثالث : السبب الباعث في السنة النبوية

وردت مجموعة من الأحاديث تتعلق بالنية والقصد والباعث ، يدور معناها حول نظرية السبب الباعث ، وهو أن النية تؤثر في شرعية العمل ، وأن القصد الذي يقصده المكلف له اعتبار في صحة العمل وفساده، ومن هذه الأحاديث :

أ - عن يحيى بن سعيد الأنصاري ، عن محمد بن إبراهيم التيمي ، عن علقمة بن وقاص الليثي ، عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : "إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى ، فَمَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ ، فَهَاجَرْتُهُ إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ ، وَمَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ لِدُنْيَا يُصِيبُهَا أَوْ امْرَأَةٍ يَنْكِحُهَا ، فَهَاجَرْتُهُ إِلَى مَا هَاجَرَ إِلَيْهِ"<sup>(1)</sup>.

يُعدّ هذا الحديث من الأحاديث الأصول التي يدور عليها الدين ، فروي عن الشافعي أنه قال : هذا الحديث ثلث العلم ، ويدخل في سبعين بابا من الفقه<sup>(2)</sup>. وقال ابن تيمية إن : "المعنى الذي دلّ عليه هذا الحديث ، أصل عظيم من أصول الدين، بل هو أصل كل عمل"<sup>(3)</sup>. ولهذا قالوا مدار الإسلام على ثلاثة أحاديث ، حديث : "إنما الأعمال بالنيات". وحديث : "من أحدث في أمرنا ما ليس منه فهو رد". وحديث : "الحلال بين والحرام بين"<sup>(4)</sup>. وقال الحافظ أبي الحسن طاهر بن مفوز المعافري الأندلسي<sup>(5)</sup>.

عمدة الدين عندنا كلمات أربع من خير كلام البرية

اتق الشبهات وازهد ودع ما ليس يعينك واعملنّ بنية<sup>(6)</sup>

وقد ذكر العلماء أن سبب ورود هذا هذا الحديث أن رجلا كان قد هاجر من مكة إلى المدينة لأجل امرأة يجبها تدعى أم قيس ، فكانت هجرته لأجلها ، فكان يسمى مهاجر أم قيس ، ولذلك ذكر في

<sup>1</sup> - أخرجه البخاري ومسلم وأحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه والترمذي. أخرجه البخاري في كتاب بدء الوحي وهو الحديث الأول الذي افتتح به البخاري صحيحه. كما أخرجه أيضا في كتاب الإيمان ، باب ما جاء إن الأعمال بالنية والحسبة.

2 - النووي ، المجموع شرح المذهب، ج 1 ص 37. وفي شرح صحيح مسلم ، ج 7 ص 48.

3 - ابن تيمية ، فتاوى ابن تيمية ، ج 18 ص 249.

4 - ابن تيمية ، فتاوى ابن تيمية ، ج 18 ص 249.

5 - هو الإمام الحافظ الناقد المحود ، أبو الحسن طاهر بن مفوز المعافري الشاطبي ، تلميذ الإمام الفقيه المالكي ابن عبد البر ، وكان فهما ذكيا إماما في أوعية العلم وفرسان الحديث وأهل الإتقان والتحرير مع الفضل والورع والتقوى والوقار والسمت ، ولد سنة 429 هـ. الذهبي محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي ، سير أعلام النبلاء ، مؤسسة الرسالة ، طبعة 1422 هـ - 2001 م ، ج 19 ص 77.

6 - جلال الدين السيوطي ، شرح سنن النسائي، اعتنى بتقييمه ووضع فهرسه عبد الفتاح أبو غدة ، مكتبة المطبوعات الإسلامية حلب سوريا ، الطبعة الرابعة 1406 هـ - 1986 م ، ج 7 ص 242.

الحديث "أو امرأة ينكحها" ، فخص المرأة بالذكر لاقتضاء سبب الحديث لذلك<sup>(1)</sup>. ويتبين من سبب ورود الحديث دور النية في صحة الأعمال وبطلانها ، فهذا الرجل خرج في الظاهر للهجرة ، ولكنه في الحقيقة دافعه للهجرة هو الرغبة في الزواج بهذه المرأة التي أحبها، فكانت هجرته باطلة غير مستوجبة الأجر والثواب، بل استحق بهذا الباعث غير الصحيح اللوم والعقاب.

ويقاس على هذا كل من أظهر خلاف ما أبطن. كمن خرج للحج والتجارة ، ومن طلب العلم والرغبة في حصول الرئاسة، فالقياس يقتضي أنه لا ثواب لمن قصد بالحج التجارة ، أي إذا كان الباعث له على الحج التجارة ، أما إذا كان الباعث الدافع له هو الحج والتجارة جاءت بالتبع فله الأجر والثواب. وكذلك لا ثواب لمن قصد بالعلم الرئاسة وحب الجاه ، أي أن باعته على تحصيل العلم هو الرئاسة ، أما إذا كان باعته على الاجتهاد في العلم هو تحصيله ، وجاءت الرئاسة بالتبع فله الأجر والثواب ، وصدق أبو حامد الغزالي حين قال : طلبنا العلم لغير الله فأبى أن يكون إلا لله.

ب - عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْأَنْصَارِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ : كُنَّا مَعَ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي غَزَاةٍ فَقَالَ : "إِنَّ بِالْمَدِينَةِ لَرِجَالًا مَا سِرْتُمْ مَسِيرًا، وَلَا قَطَعْتُمْ وَاذِيًّا إِلَّا كَانُوا مَعَكُمْ حَبَسَهُمُ الْمَرَضُ". وَفِي رِوَايَةٍ : "إِلَّا شَرَكُوكُمْ فِي الْأَجْرِ"<sup>(2)</sup>. وَفِي رِوَايَةِ الْبُخَارِيِّ عَنْ أَنَسِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ : رَجَعْنَا مِنْ غَزْوَةِ تَبُوكَ مَعَ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَقَالَ : "إِنَّ أَقْوَامًا بِالْمَدِينَةِ خَلَفْنَا مَا سَلَكْنَا شِعْبًا ، وَلَا وَاذِيًّا إِلَّا وَهُمْ مَعَنَا فِيهِ ، حَبَسَهُمُ الْعُذْرُ"<sup>(3)</sup>.

ج - عن أبي بكره قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "إِذَا تَوَاجَعَهُ الْمُسْلِمَانِ بِسَيْفَيْهِمَا فَكِلَاهُمَا مِنْ أَهْلِ النَّارِ، قِيلَ فَهَذَا الْقَاتِلُ، فَمَا بَالُ الْمُقْتُولِ ؟ قَالَ : إِنَّهُ أَرَادَ قَتْلَ صَاحِبِهِ"<sup>(4)</sup>.

د- عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه قال : جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: الرَّجُلُ يُقَاتِلُ لِلْمَغْنَمِ، وَالرَّجُلُ يُقَاتِلُ لِلدِّكْرِ، وَالرَّجُلُ يُقَاتِلُ لِيُرَى مَكَائِهِ، وَفِي رِوَايَةِ يُقَاتِلُ شِجَاعَةً ، وَيُقَاتِلُ حَمِيَّةً، فَمَنْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ؟ قَالَ : "مَنْ قَاتَلَ لِتَكُونَ كَلِمَةُ اللَّهِ هِيَ الْعُلْيَا فَهُوَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ"<sup>(5)</sup>.

1 - ابن تيمية ، مجموع فتاوى ، ج 18 ص 253.

2 - رواه مسلم في صحيحه ، حديث رقم 1911.

3 - أخرجه البخاري في كتاب الجهاد ، باب من حبسه العذر عن الغزو، حديث رقم 2838، 2839، وطره في رقم 4423.

4 - حديث صحيح متفق عليه. رواه البخاري، في كتاب الفتن، باب إذا التقى المسلمان بسيفيهما، حديث رقم 7083.

5 - رواه البخاري في كتاب الجهاد، باب من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا. حديث رقم 2810. وفي كتاب فرض الخمس ، باب من قاتل للمغنم هل ينقص من أجره ؟ حديث رقم 3126. وقد أخرج البخاري الحديث مرتين، وذلك راجع لما فهم من الحديث، ومن المعلوم أن البخاري قد وضع فقهه في عناوين الأبواب ، وعليه فقد عنون للحديث بباين مختلفين.

هـ - عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "مَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً بِصَدَاقٍ يَنْوِي أَنْ لَا يُؤَدِّيَهُ فَهُوَ زَانٍ ، وَمَنْ أَدَانَ دَيْنًا يَنْوِي أَنْ لَا يَقْضِيَهُ فَهُوَ سَارِقٌ"<sup>(1)</sup>. فقد جعل المشتري والناكح إذا قصدا أن لا يؤديا العوض بمنزلة من استحل الفرج والمال بغير عوض ، فيكون كالزاني والسارق في المعنى وإن خالفهما في الصورة. ويؤيد ذلك ما ورد في صحيح البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "مَنْ أَخَذَ أَمْوَالَ النَّاسِ يُرِيدُ أَدَاءَهَا أَدَّى اللَّهُ عَنْهُ ، وَمَنْ أَخَذَهَا يُرِيدُ إِتْلَافَهَا أَتْلَفَهُ اللَّهُ"<sup>(2)</sup>.

### المطلب الرابع : السبب الباعث عند الفقهاء

أقام الفقهاء نظرية كاملة للسبب الباعث ، والتي يمكن تطبيقها على العبادات والمعاملات وخاصة في باب العقود ، وسأخص بالذكر فقيهين اهتم كثيرا بالباعث وهما : الإمام الغزالي وهو شافعي ، والمذهب الشافعي ذو نزعة موضوعية؛ والإمام ابن قيم الجوزية وهو حنبلي ، والمذهب الحنبلي ذو نزعة ذاتية. وعلى الرغم من اختلاف نزعتي المذهبين ، فقد اتفقا على أهمية السبب الباعث ، ونوضح رأي هذين الإمامين في فرعين اثنين.

### الفرع الأول : نظرية السبب الباعث عند الغزالي

درس الغزالي موضوع السبب بصفة عامة سواء في مجال العقيدة<sup>(3)</sup> أو في مجال الفقه ، وقد أقام نظرية متكاملة للسبب الباعث يمكن تطبيقها على العبادات والمعاملات.

يقول الغزالي : "إن كل شيء يتصور أن يشوبه غيره ، فإذا صفا عن شوبه وخلص عنه سمي خالصا... وقال الله تعالى : { نَسْقِيكُمْ مِمَّا فِي بُطُونِهِ مِنْ بَيْنِ فَرْثٍ وَدَمٍ لَبَنًا خَالِصًا سَائِغًا لِلشَّارِبِينَ }"<sup>(4)</sup>. والإخلاص أعلى مرتبة من النية ، ومحل الإخلاص والنية القلب ، والنية ترجع إلى إجابة الباعث ، فمهما كان الباعث واحدا على التجرد سمي الفعل الصادر عنه إخلاصا بالإضافة إلى المنوي ، فمن تصدق من أجل الرياء فهو مخلص ، ومن كان غرضه بعض الثواب إلى الله تعالى فهو مخلص ، ولكن العادة جرت بتخصيص اسم الإخلاص بتجريد قصد التقرب إلى الله تعالى عن جميع الشوائب.

<sup>1</sup> - رواه أحمد عن صهيب ، وابن ماجه مقتصرًا على الدين.

<sup>2</sup> - رواه البخاري ، في كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس ، باب من أخذ أموال الناس يريد أداءها أو إتلافها ، حديث رقم 2387. وأخرج الحديث أيضا ابن ماجه وأحمد.

<sup>3</sup> - سجل تاريخ الفكر الفلسفي الإسلامي حوارا علميا ثريا بين الغزالي وابن رشد حول موضوع السبب ، وقد أضفى هذا الحوار سواء من ناحية الموضوع أو من ناحية المنهج ، قيمة خاصة وبعدها عميقا على الجانب السببي في فكر الأشاعرة. انظر كتاب تهافت الفلاسفة للغزالي ، وكتاب تهافت التهافت لابن رشد.

<sup>4</sup> - سورة النحل ، آية رقم : 66.

فإذا كان الباعث بقصد الثواب ولكن امتنح بهذا الباعث باعث آخر إما الرياء أو غيره من حظوظ النفس ، مثل الصيام لينتفع بالحمية الحاصلة بالصوم مع قصد القرب ، أو يتعلم العلم للحصول على المال أو ليكتسب العزة ، أو توضأً ليتنظف أو يتبرد ، فإذا كان باعثه هو التقرب إلى الله ، وأضيف إليه خطرة من هذه الخطرات حتى صار العمل أخف عليه بسبب هذه الأمور فقد خرج عمله عن حد الإخلاص. والعمل الخالص هو الذي لا باعث عليه إلا طلب القرب من الله تعالى ، وإذا اشتركت هذه البواعث والخطرات إلى المقصد الأصلي وهو التقرب إلى الله ، فهي إما أن تكون في رتبة الموافقة أو في رتبة المشاركة أو في رتبة المعاونة ، أي أن يكون الباعث النفسي مثل الباعث الديني أو أقوى منه أو أضعف ولكل واحد حكم<sup>(1)</sup>. والآفات المشوبة للإخلاص أنواع ، فبعضها جلي وبعضها خفي ، وبعضها ضعيف مع الجلاء ، وبعضها قوي مع الخفاء. فالرياء الظاهر كالذي يحسن أداء الصلاة لكي ينظر إليه بعين الوقار والصلاح. والرياء الخفي كالذي يحسن أداء الصلاة لكي يقتدى الناس به في الخشوع وحسن العبادة ، وقد ينخدع به الناس لأنه يظهر نفسه بما لا يتصف به. والضعيف مع الجلاء هو الرياء الغامض ، وهو من يحسن صلاته في الخلوة لتحسن في الملاء ، فهذا مشغول بالخلق ويهتم بأمرهم. والقوي مع الخفاء ، هو خشوعه في الصلاة في الخلوة ، والخلوة وحدها تكون سببا في حصول الخاطر<sup>(2)</sup>.

والإرادة وهي تتحرك نحو إتيان فعل معين ، لا بد لها من قدرة تحركها ، وهذه القدرة قد يكون لها باعث واحد يحركها أو أكثر من باعث.

حالة الباعث الوحيد : وقد ضرب الغزالي مثالا واقعا يوضح به هذا المعنى ، وهي حالة هجوم حيوان مفترس على الإنسان ، فإنه يحرك لديه غريزة الخوف ، التي تقوم بدورها بتحريك باعث الهرب من هذا الحيوان ، وأن النفس البشرية لا تجد من سبيل لنجاتها إلا بتحقيق غرض واحد هو الفرار وهو ما يسمى بنية الفرار ، ولا توجد لدى الشخص نية أخرى غيرها ، وهذه النية تسمى خالصة ويسمى العمل بموجبها إخلاصا بالإضافة إلى الغرض الباعث ، ومعناه أنه خلص من مشاركة غيره مما رجته<sup>(3)</sup>.

حالة الباعث الرفيق : وهي حالة اجتماع باعثين كل واحد منهما يكفي لإنهاض القدرة التي تحرك الإرادة. وقد ضرب الغزالي مثالا لذلك كأن يتعاون رجلان على حمل شيء بمقدار من القوة ، يكفي لحمله رجل واحد. ومثاله فيما نحن فيه أن يقوم رجل بمساعدة آخر بسبب فقره وقربته ، ولولا فقره لساعده بمجرد القرابة ، ولولا قربته لساعده بمجرد الفقر. ومثاله أيضا رجل مريض نصحه الطبيب بالصوم ، ثم جاء يوم

<sup>1</sup> - الغزالي ، إحياء علوم الدين ، ج 4 ص 324.

<sup>2</sup> - الغزالي ، إحياء علوم الدين ، ج 4 ص 326.

<sup>3</sup> - الغزالي ، إحياء علوم الدين ، ج 4 ص 312. محمود محمد شعبان ، المرجع السابق ، ص 192.

عرفة ، فالصيام له باعثن أحدهما حمية يتقي بها شرّ المرض ، والباعث الآخر بسبب يوم عرفة ، فاجتمع الباعثن لديه ، فأقدم على الفعل وهو الصيام. ففي هذين المثليين اجتمع الباعثن وتم الفعل، ولما كان الباعث الثاني رفيق الأول ، سماه الغزالي مرافقة البواعث<sup>(1)</sup>.

حالة الباعث الشريك : أي أن يكون للشخص باعثن يحملانه على إتيان العمل ، ولكن وجود واحد منهما لا يكفي للقيام بالعمل ، ولكن باجتماعهما انتهزت القدرة وتحركت الإرادة للعمل. ومثاله في المحسوس أن يتعاون ضعيفان على حمل ما لا ينفرد بحمله أحدهما. ومثاله فيما نحن فيه أن يطلب رجل المساعدة من قريبه الغني فلا يمنحه هذه المساعدة ، ويقصده الأجنبي الفقير فلا يعطيه مساعدة ، ثم يقصده القريب الفقير فيعطيه ما طلب ، فيكون انبعاث داعيته بمجموع الباعثين وهما القرابة والفقر ، بحيث لولا اجتماعهما لما منح المساعدة. وكذلك الرجل يتصدق من أجل الثواب والثناء ، بحيث لا يبعثه مجرد الثواب على العطاء ، ولا يبعثه مجرد الرياء على العطاء ، ولو اجتمعا أورثا بمجموعهما تحريك القلب نحو العمل ، وقد سمى الغزالي هذه الحالة بالباعث الشريك<sup>(2)</sup>.

حالة الباعث المعين : أي أن يكون هناك باعث رئيس وآخر ثانوي معاون له ، فالباعث الرئيس يكفي بنفسه لتحريك الإرادة نحو العمل ، أما الباعث الثانوي فلا يمكنه تحريك الإرادة والقيام بالعمل ، ولكن إذا أضيف إلى الباعث الرئيس فإنه يكون له تأثير في المعاونة وتسهيل العمل. ومثاله في المحسوس معاونة الرجل الضعيف للرجل القوي في حمل أي شيء ، حيث إن الرجل الضعيف لا يقوى على حمل ذلك الشيء ، أما الرجل القوي فإنه يستطيع بمفرده أن يقوى على حمل ذلك الشيء ، ولكن بمساعدة الرجل الضعيف يسهل العمل ويؤثر في تخفيفه. ومثاله فيما نحن فيه أن يكون للإنسان ورد في الصلاة وعادة في الصدقات ، فاتفق أن حضر وقتها جماعة من الناس ، فصار الفعل أخف عليه بسبب مشاهدتهم ، وعلم من نفسه أنه لو كان منفردا لم يفتر عن عمله ، وعلم أن عمله لو لم يكن طاعة لم يكن مجرد الرياء يحمله عليه ، فسمى الغزالي هذا الباعث بالباعث المعين<sup>(3)</sup>.

والباعث سواء كان مرافقا أو شريكا أو معاوننا ، فالعمل تابع للباعث عليه فيكتسب الحكم منه ، وذلك تصديقا لقوله صلى الله عليه وسلم : "إنما الأعمال بالنيات" ، لأن الأعمال تابعة ، لا حكم لها في نفسها ، وإنما الحكم للمتبع<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - الغزالي ، إحياء علوم الدين ، ج 4 ص 313. محمود محمد شعبان ، المرجع السابق ، ص 193.

<sup>2</sup> - نفس المرجع والصفحة.

<sup>3</sup> - نفس المرجع والصفحة.

<sup>4</sup> - نفس المرجع والصفحة.

## الفرع الثاني : نظرية السبب الباعث عند ابن قيم الجوزية

ينطلق ابن القيم في تبيينه للسبب الباعث ، من نزعة ذاتية عامة اتسمت بها آراؤه الفقهية ، وقد جاءت هذه النزعة كرد فعل على بعض المذاهب الفقهية المغرقة في النزعة الموضوعية التي تمسكت بالشكليات وغرقت فيها ، وقالت باحترام التصرف بغض النظر عن باعته سواء أكان مشروعاً أم غير مشروع. وقد دفعت به هذه النزعة إلى رفع لواء الدعوة إلى الرجوع إلى الكتاب والسنة ، وإحياء المبادئ الأصلية التي قامت عليها الشريعة الإسلامية ، مجردة عما شابها من آثار الصناعة الفقهية.

وقد تمثلت نزعته الذاتية في مجال العقيدة ، في محاربه للبدع التي تأثر بها المسلمون في البيئات المختلفة التي انتشر فيها الإسلام. كما نجد صلة عميقة بين محاربة ابن القيم للبدع في المجال العقدي ، ومحاربهه للاتجاهات الشكلية في الفقه كما هو الحال عند المذهب الظاهري والشافعي ، حيث يذهبان مثلاً إلى وجوب إبرام عقد الزواج بلفظ معين، كما نجد ثمة صلة أيضاً بين نظرة ابن القيم لحرية الاختيار في المجال الفلسفي ، وبين مناداته بمبدأ سلطان الإرادة في المجال التعاقدي.

ومما يدل على اتجاهه هذا ، ما ذكره على سبيل التمثيل في كتابه إعلام الموقعين ، فقال : «وما مثل من وقف على الظواهر والألفاظ ، ولم يراع المقاصد والمعاني ، إلا كمثل رجل قيل له لا تسلم على صاحب بدعة ، فقبل يده ورجله ، ولم يسلم عليه. أو قيل له اذهب فاملاً هذه الجرة ، فذهب فاملاً ثم تركها على الحوض ، وقال : لم تقل ايتني بها. وكمن قال لوكيله : بع هذه السلعة فباعها بدرهم وهي تساوي مائة. ويلزم من وقف مع الظواهر أن يصحح هذا البيع ويلزم به المؤكل ، وإن نظر إلى المقاصد تناقض حيث ألقاها في غير موضع. وكمن أعطاه رجل ثوباً فقال : والله لا ألبسه لما له فيه من المنة ، فباعه وأعطاه ثمنه فقبله. وكمن قال : والله لا أشرب هذا الشراب ، فجعله عقيداً أو تَرَدَّ فيه خبزاً وأكله. ويلزم من وقف مع الظواهر والألفاظ أن لا يجد من فعل ذلك بالخمر. وقد أشار النبي صلى الله عليه وسلم إلى أن من الأمة من يتناول المحرم ويسميه بغير اسمه»<sup>(1)</sup>.

وقد استكمل ابن القيم ما بدأه الغزالي<sup>(2)</sup> في موضوع السبب الباعث ، وشرح رأيه بتحليل دقيق وعبارات واضحة ، وأسلوب متين ، ودافع عن رأيه بشدة وحماسة معهودتين لديه في الدفاع عن آرائه. يقول ابن القيم وهو يوضح لنا علاقة القصد والباعث بالعقد : "القصد روح العقد ومصححه ومبطله ، فاعتبار القُصود في العقود أولى من اعتبار الألفاظ ، فإن الألفاظ مقصودة لغيرها ، ومقاصد

<sup>1</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 115.

<sup>2</sup> - وللعلم فإن الغزالي عاش قبل ابن القيم بحوالي قرنين من الزمان ، حيث ولد الغزالي سنة 450 وتوفي سنة 505 هـ ، في حين ولد ابن القيم سنة 691 وتوفي سنة 751 هـ. شذرات الذهب ، ج 8 ص 434. الزركلي ، الأعلام ، ج 1 ص 189.

العقود هي التي تراد لأجلها ، فإذا ألغيت واعتبرت الألفاظ التي لا تراد لنفسها ، كان هذا إلغاء لما يجب اعتباره ، واعتبارا لما قد يسوغ إلغاؤه<sup>(1)</sup>.

وبين في موضع آخر كيف أن القصد أو الباعث يؤثر في صحة العقد فيجعله باطلا أو صحيحا حلالا أو حراما ، فيقول : "وقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصد في العقود معتبرة ، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وحلّه وحرمة ، بل أبلغ من ذلك ، وهي أنها تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد تحليلا وتحريما ، فيصير حلالا تارة وحراما تارة أخرى ، باختلاف النية والقصد ، كما يصير صحيحا تارة وفسادا تارة أخرى باختلافها"<sup>(2)</sup>.

ومن هذه النصوص يتبين أن ابن القيم من أنصار الإرادة الباطنة ، حيث يعتبرها الإرادة الحقيقية ، التي تبني عليها صحة العقود وبطلانها، كما يعتد أيضا بالسبب الباعث على التعاقد ، وقد أعطاهما وصفا واحدا هو القصد والمقصد والنية دون تفريق بينهما.

وقد أثر الاعتداد بالإرادة الباطنة فيقول : "وهذا الذي قلناه من اعتبار النيات والمقاصد في الألفاظ، وأنها لا تلزم بها أحكامها حتى يكون المتكلم بها قاصدا لها مريدا لموجباتها ، كما أنه لا بد أن يكون قاصدا للتكلم باللفظ مريدا له فلا بد من إرادتين ، إرادة التكلم باللفظ اختيارا ، وإرادة موجبه ومقتضاه ، بل إرادة المعنى أكد من إرادة اللفظ ؛ فإنه المقصود ، واللفظ وسيلة"<sup>(3)</sup>.

وقال في موضع آخر : "إذا اشتري أو استأجر مُكرِّها لم يصح ، وإن كان في الظاهر قد حصل صورة العقد ، لعدم قصده وإرادته ، فدل على أن القصد روح العقد ومصححه ومبطله"<sup>(4)</sup>.

ويبين على اعتناقه مبدأ الإرادة الباطنة ، مبدأ الباعث الذي يؤثر في صحة العقد وبطلانه ، فيقول وهو بصدد بيان الباعث غير المشروع وتأثيره على العقد : "ومن المعلوم أن العاصر إنما عصر عنبا ، ولكن لما كانت نيته إنما هي تحصيل الخمر ، لم ينفعه ظاهر عصره ، ولم يعصمه من اللعنة لباطن قصده ومراده. فعلم أن الاعتبار في العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها دون ظواهر ألفاظها وأفعالها"<sup>(5)</sup>.

ويقول أيضا : "وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات ، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات ، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالا أو حراما

<sup>1</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 94.

<sup>2</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 109.

<sup>3</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 62.

<sup>4</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 94.

<sup>5</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 95.

صحيحاً أو فاسداً ، وطاعة أو معصية ، كما أن القصد في العبادة يجعلها واجبة أو مستحبة أو محرمة أو صحيحة أو فاسدة"<sup>(1)</sup>.

فهذه النصوص المختلفة تبين أن ابن القيم ذو نزعية ذاتية يعتد بالبائع والقصد إلى مدى بعيد ، فيصح العقد ويطله بناء على الباعث له ، ومن ثم فقد حكم بطلان جميع التصرفات التي كان باعثها غير مشروع ، ومن ذلك بطلان نكاح المحلل وبيع العينة ، وبطلان بيع العنب لمن يعصرها خمراً ، وبطلان بيع السلاح لمن يجارب المسلمين أو في وقت الفتنة أو لقطاع الطرق.

ويتساءل في موضع آخر وهو بصدد بيان الاعتداد بالبائع : "هل الاعتبار بظواهر الألفاظ والعقود وإن ظهرت المقاصد والنيات بخلافها ، أم للقصد والنيات تأثير يوجب الالتفات إليها ومراعاة جانبها". ثم يجيب على هذا السؤال الذي طرحه مرجحاً الاعتداد بالبائع والقصد فيقول : "وقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصد في العقود معتبرة ، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمة؛ بل أبلغ من ذلك ، وهي أنها تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد تحليلاً وتحريماً ، فيصير حلالاً حراماً وتارة باختلاف النية والقصد ، كما يصير صحيحاً تارة وفاسداً تارة باختلافها"<sup>(2)</sup>.

ويطبق نظريته على الوقائع المادية ويبين ضرورة اعتبار الباعث فيها فيقول : "وهذا كالذبح ، فإن الحيوان يجل إذا ذبح لأجل الأكل ، ويحرم إذا ذبح لغير الله ... وكذلك عصر العنب بنية أن يكون خمراً معصية ، ملعون فاعله على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وعصره بنية أن يكون خلاً أو دبساً جائز ، وصورة الفعل واحدة"<sup>(3)</sup>.

ويطبق نظريته أيضاً على التصرفات ويرى ضرورة اعتبار الباعث فيها فيقول : "وكذلك صورة القرض وبيع الدرهم بالدرهم إلى أجل ، صورتهمما واحدة ، وهذا قرينة صحيحة ، وهذا معصية باطلة بالقصد ... وكذلك السلاح يبيعه الرجل لمن يعرف أنه يقتل به مسلماً حرام باطل لما فيه من الإعانة على الإثم والعدوان ، وإذا باعه لمن يعرف أنه يجاهد به في سبيل الله فهو طاعة وقرينة. وكذلك عقد النذر المعلق على شرط ينوي به التقرب والطاعة فيلزمه الوفاء بما نذره ، وينوي به الحلف والامتناع فيكون يمينا مكفراً"<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 95 - 96.

<sup>2</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 109.

<sup>3</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 109 - 110.

<sup>4</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 110.

ويضرب مثالا على اعتبار الباعث بالنسبة للإرادة الباطنة فيقول : "وكذلك الرجل يشتري الجارية ينيو أن تكون لموكله فتحرم على المشتري ، وينيوي أنها له فتحل له ، وصورة العقد واحدة. وإنما اختلفت النية والقصد ... وكذلك من أدى عن غيره واجبا ينيو به الرجوع ملكه ، وإن نوى به التبرع لم يرجع"<sup>(1)</sup>. ويرى ابن القيم أن نظريته في الباعث تنطبق على العقود وكذلك العبادات والعقوبات ، فيقول : "وهذه كما أنها أحكام الرب تعالى في العقود ، فهي أحكامه في العبادات والمثوبات والعقوبات"<sup>(2)</sup>.

ويورد لذلك أمثلة من العبادات منها : من وقع في الماء ولم ينيو الغسل أو دخل الحمام للتنظيف أو للتبرد ، لم يكن غسله قربة ولا عبادة بالاتفاق. ومن أمسك عن المفطرات عادة واشتغالا ، ولم ينيو القربة لم يكن صائما. ومن دار حول الكعبة يلتمس شيئا سقط منه ، ولم ينيو الطواف لم يكن طائفا. ومن أعطى الفقير هبة أو هدية ، ولم ينيو الزكاة لم تحسب زكاة. ومن جلس في المسجد ، ولم ينيو الاعتكاف لم يحصل له أجر الاعتكاف<sup>(3)</sup>.

أما الأمثلة من العقوبات فمنها : لو جامع أجنبية يظنها زوجته لم يأثم بذلك وقد يثاب بنيته، ولو جامع في ظلمة من يظنها أجنبية فبانَت زوجته ، أثم على ذلك بقصده ونيته للحرام. ولو أكل طعاما حراما يظنه حلالا لم يأثم به ، ولو أكله وهو حلال يظنه حراما أثم بنيته. ومن قتل من يظنه مسلما معصوم الدم فبان كافرا حريبا مهدر الدم ، أثم بنيته. ومن رمى صيدا فأصاب إنسانا معصوم الدم ، لم يأثم ، ولو رمى إنسانا معصوما فأخطأه وأصابا صيدا أثم. ويؤكد ذلك أن القاتل والمقتول في النار لنية كل واحد منها قتل صاحبه<sup>(4)</sup>.

### المطلب الخامس : القواعد الفقهية الصّابطة للباعث ونتائجه

تبين مما سبق أن نظرية السبب الباعث قائمة على أصولها من القرآن الكريم والسنة النبوية ، ومستوفية شروطها وتفصيلها من أقوال الفقهاء.

غير أن المكلف قد يتعسف في استعمال حقه ، فيقصد بتصرفه الإضرار بالآخرين ، وقد يبتغي تحقيق نتائج غير مشروعة ، ومن هنا وضع الفقهاء مجموعة من الضوابط الفقهية تضبط شرعية البواعث كما تضبط شرعية النتائج ، ومن بين هذه الضوابط قاعدة "الأمر بمقاصدها" التي تضبط شرعية البواعث ؛ وقاعدة "المآلات" التي تضبط شرعية النتائج.

<sup>1</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 109 - 110.

<sup>2</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 110.

<sup>3</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 110.

<sup>4</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 111.

وفي هذا المطلب سيتم توضيح هاتين القاعدتين ، في فرعين اثنين.

### الفرع الأول : قاعدة الأمور بمقاصدها<sup>(1)</sup>

ومنهجية البحث تقتضي أن نوضح معنى القاعدة، وأصلها الشرعي، وفائدتها، ومجال تطبيقها ، ويتم ذلك كله في بنود أربعة.

#### البند الأول : مفهوم قاعدة الأمور بمقاصدها

إن أعمال المكلف وتصرفاته القولية أو الفعلية ، تختلف نتائجها وأحكامها الشرعية التي تترتب عليها باختلاف مقصود الشخص وغايته وهدفه من وراء تلك الأعمال والتصرفات. فمن قتل غيره بدون مسوغ مشروع إذا كان عامدا فَلِفِعْلِهِ حَكْمٌ، وإن كان مخطئا فله حكم آخر. ومن قال لآخر خذ هذه الدنانير فإن نوى التبرع كان هبة ، وإلا كان قرضا واجب الإعادة وهكذا<sup>(2)</sup>.

فأعمال المكلف ترتبط دائما بالنية ومعتبرة بها، فالنية هي الميزان الذي توزن به الأفعال أو الأقوال ، سواء أكانت عبادات أم تصرفات ، وهي المرجع في الحكم على كل ذلك بالحلّ أو الحرمة ، وعلى بطلانها أو صحتها. يقول ابن القيم : "النية روح العمل ولبّه وقوامه، وهو تابع لها يصح بصحتها، ويفسد بفسادها، والنبي صلى الله عليه وسلم قد قال كلمتين كفتا وشفتا ، وتحتها كنوز العلم، وهما قوله : "إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى". فبين في الجملة الأولى أن العمل لا يقع إلا بالنية. ثم بين في الجملة الثانية أن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه ، وهذا يعم العبادات والمعاملات والأيمان والنذور ، وسائر العقود والأفعال. وهذا دليل على أن من نوى بالبيع عقد الربا حصل له الربا ، ولا يعصمه ذلك

1 - الأمور لغة : جمع أمر. والأمر استدعاء الفعل بالقول على وجه الاستعلاء، و هو لفظ عام للأفعال والأقوال.

ويأتي الأمر بمعنى الحال والشأن والفعل. قال الله تعالى : { وَمَا أَمْرٌ فِرْعَوْنَ بِرَشِيدٍ } . سورة هود ، آية رقم 97. أي حاله. وقال الله تعالى : { لَيْسَ لَكَ مِنَ الْأَمْرِ شَيْءٌ } . سورة آل عمران ، آية رقم 128. أي الشأن والحال. والمقصود بالأمر في القاعدة هو عمل الجوارح واللسان.

المقاصد لغة : جمع مقصد بفتح الصاد من القصد ، وهو إتيان الشيء. تقول: قصدته وقصدت له، وقصدت إليه بمعنى واحد. والمقصد: الوجهة. وقصد في الأمر قصدا توسط وطلب الأسد ولم يجاوز الحد. والقصد : النية، والإرادة ، والاعتماد، والأمر ، والاستقامة، والوجهة. عبارات تتوارد على معنى واحد، وهو التوجه إلى الشيء وإرادته. والقصد أقوى من الإرادة لأن لفظه يوحي بقوة العزم وصدق الإرادة. أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق عبد السلام محمد هارون ، دار الفكر سنة 1979 ، ج 5 ص 95. القراني ، الذخيرة ، ج 1 ص 240.

2 - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 2 ص 965. صبحي الحمصاني، فلسفة التشريع في الإسلام، مطبعة الكشاف، بيروت لبنان، الطبعة الثانية 1952، ص 256.

صورة البيع. وأن من نوى بعقد التّكاح التحليل كان محللا ، ولا يخرج منه من ذلك صورة عقد النكاح ، لأنه نوى ذلك<sup>(1)</sup>.

فكل عمل أو قول إنما هو بالمقصد الذي يريد صاحبه تحقيقه، أو بالغاية التي يريد الوصول إليها من وراء عمله. فمقياس الأعمال الحسنة أو السيئة وتقييم نتائجها ، إنما يقاس بمقدار النيات الحسنة أو السيئة، للفاعل أو القائل.

### البند الثاني : الأصل الشرعي لقاعدة الأمور بمقاصدها

الأصل الشرعي لهذه القاعدة فهو ما رواه البخاري ومسلم وغيرهما من أئمة الحديث عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : "إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى ، فَمَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ ، فَهَاجَرْتُهُ إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ ، وَمَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ لِدُنْيَا يُصِيبُهَا أَوْ امْرَأَةٍ يَنْكِحُهَا ، فَهَاجَرْتُهُ إِلَى مَا هَاجَرَ إِلَيْهِ"<sup>(2)</sup>.

### البند الثالث : فائدة قاعدة الأمور بمقاصدها

تبرز فائدة القاعدة وأهميتها في التفريق بين ما هو عادة وما هو عبادة، وفي العبادات بين ما هو واجب وغير واجب وفي العادات بين الواجب والمندوب والمباح والمكروه والحرام. والصحيح والباطل ، والعمل الواحد يقصد به شيء فيكون إيمانا ويقصد به شيء آخر فيكون كفرا.

يقول الشيخ محمد الغزالي - وهو يعلق على حديث "إنما الأعمال بالنيات" - : "إن ألاف المسافرين يقطعون المسافة بين مكة والمدينة لأغراض شتى، ولكن نية الانتصار للدين والحياة به، هي التي تفرق بين المهاجر والمسافر ، وإن كانت صورة العملين واحدة. فمن ترك مكة إلى المدينة ، فرارا بدينه من

---

1 - ابن القيم، إعلام الموقعين، ج 3 ص 111. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 35. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 43.  
2 - أخرجه البخاري، في باب كيف بدأ الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم. وفي : باب الخطأ والنسيان، من كتاب العتق. وفي باب هجرة النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه إلى المدينة ، من كتاب مناقب الأنصار. وفي باب من هاجر أو عمل خيرا لتزويج امرأة ، فله ما نوى، من كتاب النكاح. وفي : باب الطلاق في الإغلاق من كتاب الطلاق. وفي باب النية في الأيمان، من كتاب الأيمان. وفي كتاب الإكراه. وفي باب ترك الخيل. ورواه مسلم، في باب قوله صلى الله عليه وسلم إنما الأعمال بالنية، من كتاب الإمارة. وأبو داود في عما عني به الطلاق والنيات، من كتاب الطلاق. والنسائي، في باب النية في الوضوء، من كتاب الطهارة. وفي باب الكلام إذا قصد به ما يحتمل معناه، من كتاب الطلاق. وفي : باب النية في اليمين، من كتاب الأيمان. وابن ماجه، في باب النية، من كتاب الزهد. والترمذي، في باب ما جاء فيمن يقاتل رياء وللدنيا، من كتاب فضائل الجهاد.

الفتن ، وإقامة لصرح الدولة الجديدة في بلدها الجديد فهو المهاجر، وأما من رحل لشؤون أخرى فليس من المهجرة في شيء<sup>(1)</sup>.

والإمام الشاطبي يؤكد هذا المعنى بقوله : "إن الأعمال بالنيات ، والمقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والعادات، والأدلة على هذا المعنى لا تنحصر؛ ويكفيك منها ، أن المقاصد تفرق بين ما هو عادة وبين ما هو عبادة ؛ وفي العبادات بين ما هو واجب وغير واجب ؛ وفي العادات بين الواجب والمندوب ، والمباح ، والمكروه والمحرم، والصحيح والفساد ، وغير ذلك من الأحكام.

والعمل الواحد يُقصد به أمر فيكون عبادة ، ويقصد به شيء آخر فلا يكون كذلك ؛ بل يقصد به شيء فيكون إيمانا ، ويقصد به شيء آخر فيكون كفرا كالسجود لله أو الصنم.

وأیضا فالعمل<sup>(2)</sup> إذا تعلق به القصد تعلق به الأحكام التكليفية، وإذا عرى عن القصد لم يتعلق به شيء منها، كفعل النائم والغافل والمجنون<sup>(3)</sup>.

ويؤكد ابن القيم ما ذهب إليه الشاطبي فيقول : "الاعتبار في العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها، دون ظواهر ألفاظها وأفعالها"<sup>(4)</sup>. ويقول في موضع آخر : "القصد روح العقد ومصححه ومبطله، فاعتبار القُصود في العقود أولى من اعتبار الألفاظ، فإن الألفاظ مقصودة لغيرها. ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها، فإذا ألغيت، واعتبرت الألفاظ التي لا تراد لنفسها كان هذا إلغاء لما يجب اعتباره واعتبارا لما قد يسوغ إلغاؤه"<sup>(5)</sup>.

وتعلق مجلة الأحكام العدلية على القاعدة في المادة الثانية بعدما ذكرت القاعدة بقولها "يعني أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر"<sup>(6)</sup>.

ومما لاشك فيه أن العمل بالمقاصد دون المباني هو ما تقره العقول الصحيحة والفطر السليمة ، وهو مسلك أهل الحكمة والعقلاء<sup>(7)</sup>، أما الوقوف عند المباني وعدم تجاوزها فهو صنيع أهل الجمود والعجز

1 - الشيخ محمد الغزالي، خلق المسلم ، دار الشهاب للطباعة والنشر، عمار قربي، باتنة، الجزائر (د س ن) ، ص 68.

2 - سواء كان عبادة أو معاملة ، قولا أو فعلا.

3 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 323 - 324.

4 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 95.

5 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 94.

6 - مجلة الأحكام العدلية المادة الثانية ، ص 11.

7 - تأكيداً لذلك أذكر الواقعة الآتية : وهي أن أحد علماء الأزهر قد تعود أن يهمل في ملبسه كمظهر من مظاهر الرفض والسخرية من أوضاع الأزهر والوطن ، فاستدعاه يوما شيخ الأزهر وأخبره أن الملك سيزور الأزهر وعليه أن يحضر استقباله ،

والضعفاء. وفي القضاء الوضعي كالقضاء الشرعي ، يكون الحكم بلفظ القانون وروحه ، وليس بألفاظه فقط، وهذا ما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني الجزائري : "يسري القانون على جميع المسائل التي تناولها نصوصه في لفظها وفي فحواها".

### البند الرابع : مجال تطبيق قاعدة الأمور بمقاصدها

أما مجال تطبيق قاعدة الأمور بمقاصدها ، وما تفرع عنها من قواعد أخرى كقاعدة "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"، فهو جميع تصرفات المكلف من العبادات والمعاملات أقوالاً أو أفعالاً، وإليك بعض الأمثلة التطبيقية التي توضح ذلك.

من حلف لا يسلم على زيد ، فسلم على قوم هو فيهم واستثناه بالنية ، فإنه لا يحث ؛ بخلاف من حلف لا يدخل عليه فدخل على قوم هو فيهم واستثناه بقلبه ، وقصد الدخول على غيره ، فإنه يحث في الأصح. والفرق أن الدخول فعل لا يدخله الاستثناء ، ولا ينتظم أن يقول : دخلت عليكم إلا على فلان، ويصح أن يقال : سلمت عليكم إلا على فلان.

المحرم بحج أو عمرة إن صاد الصيد للمحرم، حرم على المحرم أكله، وإن صاده لغير المحرم جاز للمحرم أن يأكل منه. فعن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "صَيْدُ الْبَرِّ لَكُمْ حَلَالٌ مَا لَمْ تَصِيدُوهُ أَوْ يُصَدَّ لَكُمْ"<sup>(1)</sup>. فانظر كيف حرم النبي صلى الله عليه وسلم على المحرم الأكل مما صاده الحلال ، إذا كان قد صاده لأجله ، فقد أثر القصد في التحريم ولم يرفعه ظاهر الفعل<sup>(2)</sup>. وقال ابن تيمية : "ولما دلت السنة على أن الصيد إذا صاده الحلال للحرام وذبحه لأجله، كان حراماً على المحرم، ولو أنه اصطاده اصطياً مطلقاً، وذبحه لكان حلالاً له وللمحرم، مع أن الاصطياد والذكاة عمل حسي أثرت النية فيه بالتحليل والتحريم، عُلم بذلك أن القصد مؤثر في تحريم العين التي تباح بدون القصد، وإذا كان هذا في الأفعال الحسية ففي الأقوال والعقود أولى، يوضح ذلك أن المحرم إذا لم يعلم ولم يشعر، وإنما الحلال قصد أن يصيده لِيُضَيِّفَهُ به، أو ليهبه له أو ليبيعه إياه فإنَّ الله سبحانه حرمه عليه بنية صدرت من غيره لم يشعر بها"<sup>(3)</sup>.

---

ولكن المشكلة في الجبّة البالية التي يرتديها، فقال له الرجل: إن لدي جبة جديدة، وسأحضر بها استقبال الملك، فسعد شيخ الأزهر بهذا الوعد، وحين حضر الملك فوجئ شيخ الأزهر بالرجل يحضر بالجبة القديمة البالية وفي يده لفافة، فلما عاتبه لعدم تنفيذ وعده بالحضور بالجبة الجديدة أجابه: لقد حضرت بها، وهي معي في هذه اللفافة وأخرجها له. إن الرجل كان يدرك تماماً مقصد شيخ الأزهر ولكنه لكي يحقق هدفه لجأ إلى الوقوف على الألفاظ دون أن يقفز إلى المقصد.

1 - رواه الترمذي والدارقطني والنسائي.

2 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 98.

3 - ابن تيمية ، الفتاوى الكبرى ، ج 6 ص 85.

من التقط لقطه بقصد أخذها لنفسه كان غاصبا ، ولو التقطها بنية حفظها وتعريفها وردھا لصاحبها متى ظهر كان أمينا ؛ فلا يضمنها إذا هلكت بلا تعد منه عليها ، أو تقصير في حفظها<sup>(1)</sup>.  
ومن استدان دينا وهو ينوي ألا يسدد دينه ، فهو بمنزلة السارق. ومن تزوج امرأة بصداق ينوي أن لا يؤديه إليها فهو بمنزلة الزاني، قال ابن القيم : "فهو كالزاني والسارق في المعنى ، وإن خالفهما في الصورة"<sup>(2)</sup>.  
ويؤيد ذلك ما جاء في صحيح البخاري ، عن أبي هريرة رضي الله عنه ، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "مَنْ أَخَذَ أَمْوَالَ النَّاسِ يُرِيدُ أَدَاءَهَا أَدَّى اللَّهُ عَنْهُ ، وَمَنْ أَخَذَهَا يُرِيدُ إِتْلَافَهَا أَتْلَفَهُ اللَّهُ"<sup>(3)</sup>.  
بيع الوفاء<sup>(4)</sup> تجري فيه أحكام عقود عدّة ، أبرزها أحكام الرهن؛ لأنّ ذلك مقصود العاقدين في بيع الوفاء ، وإن أخذت صورة العقد شكل البيع، وقد نصت المادة 118 من مجلة الأحكام العدلية على ذلك فجاء فيها : "بيع الوفاء هو البيع بشرط أن المشتري متى ردّ الثمن يردّ البائع له المبيع. وهو في حكم البيع الجائز بالنظر إلى انتفاع المشتري به. وفي حكم البيع الفاسد بالنظر إلى كون كل من الطرفين مقتدرا على الفسخ. وفي حكم الرهن بالنظر إلى أن المشتري لا يقدر على بيعه للغير".

والهبة إذا اشترط فيها دفع عوض ، وذلك كمن يقول لآخر وهبتك هذا الشيء بكذا ، أو بشرط أن تعطيني كذا، أخذ العقد أحكام البيع ، لأنه أصبح في معناه ، رغم استعمال العاقد لفظ الهبة ؛ فيرد الموهوب بالعيب ، وكذا يسترد الموهوب له العوض المدفوع إذ استحق<sup>(5)</sup> الموهوب من يده ، وكذا سائر أحكام البيع<sup>(6)</sup>.

1 - مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج 2 ص 966.

2 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 98.

<sup>3</sup> - رواه البخاري ، في كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس ، باب من أخذ أموال الناس يريد أداءها أو إتلافها ، حديث رقم 2387. وأخرج الحديث أيضا ابن ماجه وأحمد.

4 - يعتبر بيع الوفاء طبقا للمادة 396 من القانون المدني الجزائري من البيوع الباطلة حيث ورد فيها : "يكون البيع باطلا إذا احتفظ البائع يوم البيع بحق استرداد الشيء المبيع في أجل معين".

5 - الاستحقاق : هو أن يدعي أحد ملكية شيء موجود في يد غيره ، ويثبتها بالبينة ويقضى له بما. فإذا كان الشيء قد وصل إلى ذي اليد بطريق البيع أو الهبة ، يتبين أن البائع أو الواهب قد باع أو وهب ما لا يملك ، فينفسخ البيع أو الهبة ويرجع المشتري على البائع بالثمن ، ويرجع الموهوب له على الواهب بالعوض.

6 - مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج 2 ص 966.

والكفالة إذا اشترط فيها عدم مطالبة الدائن للمدين المكفول ، انقلبت حوالة وأخذت أحكامها ، لأنها تصبح ديناً في معناها. وكذا الحوالة إذا اشترط فيها للدائن الحق في أن يطالب كلا من المدين المحيل والشخص المحال عليه ، انقلبت كفالة<sup>(1)</sup>.

ذلك أن الكفالة هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة ، أي أنها عقد يتضمن التزام شخص بحق واجب على غيره وأشرك نفسه معه في المسؤولية به تجاه الطالب. ولما كانت الكفالة تقوم على أساس اشتراك الكفيل وتضامنه مع المكفول عنه في المسؤولية ، لا على أساس نقل هذه المسؤولية من عهدة الأصيل إلى الكفيل ، كان للطالب المكفول له أن يطالب بحقه من يشاء من الأصيل أو الكفيل أو كليهما معاً. ولما اشترط في الكفالة عدم مطالبة المدين المكفول انقلبت حوالة ، وأخذت أحكامها<sup>(2)</sup>.

أما فيما يخص الحوالة فهي نقل مسؤولية الدين من المدين الأصلي إلى غيره، فالمدين يسمى محيلاً ، والدائن محالاً ، والشخص الثالث الذي التزم الدفع عن المدين يسمى محالاً عليه، وفي الحوالة ينحصر حق الدائن بمطالبة المحال عليه الذي يصبح هو المكلف بأداء الدين المحال به، وبهذا يتجلى في الحوالة نقل المسؤولية بالدَّين. وبهذا النقل تفرق الحوالة عن الكفالة التي تقوم على أساس ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل توثيقاً للدَّين ، فيطالب فيها الدائن كلا من الكفيل والأصيل المكفول عنه، ومن ثم إذا اشترط في الحوالة أن للدائن الحق في مطالبة كلا من المدين المحيل والشخص المحال عليه ، انقلبت كفالة<sup>(3)</sup>.

من قال لغيره: خذ هذه الدراهم، فإن نوى التبرع كان هبة، وإلا كان قرضاً واجب الإعادة ، أو أمانة وجب عليه حفظها ، وإلا كان ضامناً. فصورة الإعطاء واحدة ، ولكن المقاصد من وراء ذلك مختلفة ، فتترتب الأحكام تبعاً لتلك المقاصد والأهداف.

من أهدى إلى آخر هدية ، فإن كان الباعث له على تلك الهدية المحبة والمودة في الله عز وجل ، كان مثاباً على قصده؛ وأما إن كان قصده من وراء هديته إبطال حق أو إحقاق باطل فهذه رشوة ، وهي حرام يعاقب عليها.

ومن رأيناه أعطى إنساناً مالا ، فلا يجوز الحكم على صورة ذلك الإعطاء ، قبل معرفة القصد من ورائه ؛ فقد يكون هذا المال قرضاً ردّه ، أو زكاةً واجبة دفعها ، أو صدقةً تقرب بها الله تعالى ، أو وديعةً أرجعها ، أو ثمن وفاء سلعة أو غير ذلك ؛ وكل حالة من هذه الحالات لها حكم شرعي يخصها، وهي

1 - ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص 100.

2 - مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج 1 ص 541 - 543.

3 - مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج 1 ص 543.

تختلف تبعاً لقصده ونوع التصرف المقصود، فالعبرة في كل ذلك وأشباهه بالبائع القلبي على التصرف ونيته، وقصده من تصرفه والغاية التي يريد الوصول إليها.

العقوبات الشرعية المختلفة تقوم على القصد الجنائي ، بخلاف التعويض فيقوم على جبر الضرر ، وهذا معيار جوهري في التفريق بين العقوبة والتعويض ، فحيثما وجد القصد كانت العقوبة ، وحيثما انتفى القصد كان التعويض<sup>(1)</sup>، رغم أن صورة الفعل قد تكون واحدة. ومثال ذلك عقوبة القاتل عمداً تختلف عن عقوبة القاتل خطأ ، لاختلاف القصد ، حيث إن عقوبة القاتل عمداً هي القصاص ، في حين أن عقوبة القاتل خطأ هي الدية والكفارة ، وذلك لاختلاف القصد ، رغم أن صورة الفعل المادي الذي قام به كلا منهما واحدة ، وهي أنه أزهق روح إنسان.

الشورى : إن الشورى تعني اتخاذ القرار بعد أن تتضح جميع عناصر الواقع. ويتم ذلك بأن يأتي المتخصصون ويدي كل منهم بالمعلومات التي لديه حتى إذا اكتملت الصورة أمام صاحب القرار اتخذ قراره، وحينها يأتي القرار مطابقاً للواقع، ويكون أمام متخذ القرار بدائل عدّة ، يمكن أخذ الشورى عليها من المجموعة المسؤولة عن القرار. قال القرطبي : "والشورى مبنية على اختلاف الآراء، والمستشير ينظر في ذلك الخلاف، وينظر أقربها قولاً إلى الكتاب والسنة إن أمكنه، فإذا أرشده الله تعالى إلى ما شاء منه عزم عليه وأنفذه متوكلاً عليه، إذ هي غاية الاجتهاد المطلوب"<sup>(2)</sup>.

هذا هو مقصد الشورى، أما أن يأتي أحد بمجموعة من الناس يتخيرها ويعلم نهجها ليشاورهم في أمر يعلم هو قبل غيره رأيهم المسبق فيه، أو يشاور من يرتاح إليه ويبعد من يخالفه الرأي ، فهذه ليست الشورى بل هي صورة تشبه الشورى؛ كذلك من يشاور من لا يملك أدوات الشورى، فالجاهل بأمر لا يدخل في أهل الشورى ، كما أن البديهيّات لا شورى فيها، لأنها لا تحتمل أمرين.

الديمقراطية: فتعني حكم الشعب أي أن الشعب يحكم نفسه بنفسه ، أي أن ما يريده الشعب هو الذي يكون، ولا يتم ذلك إلا إذا نجح الشعب في اختيار ممثلين له يكون الأمر بيدهم لا بيد غيرهم، ويترتب على ذلك أن يكون من حق الشعب أن يقلل من يشاء ويعين من يشاء في أي وقت شاء، أما عملية الانتخابات والاختيار ، فإنها تمثل الآلية التي يتم بها تحقيق الهدف. فإذا حققنا شكل الآلية دون أن نحقق الآلية الهدف منها ، فإن ما يحدث هو صنع شكل آلية الديمقراطية ، وليس صنع الديمقراطية.

1 - يتفق القانون الوضعي في هذه الجزئية مع الشريعة الإسلامية.

2 - تفسير القرطبي ، المجلد الثاني ، ج 4 ، ص 252.

ولكن لماذا ترضي بعض الشعوب بالمشاركة في لعبة الأداء الشكلي للديمقراطية أو الشورى ، بل وتبتهج بها وتتفاعل معها؟ لأنها لم ترب على المنطق، ولا تعرف الفرق بين الشكل والجوهر، ولم تتعلم وتستوعب قاعدة "الأمر بمقاصدها" ، و"العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني".

وبما أن القواعد الفقهية قواعد أغلبية وليست قواعد كلية ، ومن ثم يرد عليها بعض الاستثناءات وهذه لا تقدر في حجيتها، ومن هذه المستثنيات بعض تصرفات المازل ، فإنه وإن كان غير قاصد حقيقة ما ينشئه من عقود وتصرفات ، إلا أنه يعاقب بلزوم عقود.

لأن الهزل ليس من الأعذار المسقطة للتكليف ، فنكاح المازل وصريح طلاقه ورجعته واقع بإجماع العلماء ، وهو المحفوظ عن الصحابة والتابعين ، أخذنا من الحديث الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "ثلاث جِدُّهُنَّ جِدُّ، وَهَزْلُهُنَّ جِدُّ، النَّكَاحُ، وَالطَّلَاقُ ، وَالرَّجْعَةُ". رواه أهل السنن وحسنه الترمذي. وفي مراسيل الحسن عن النبي صلى الله عليه وسلم : "من نكح لاعبا أو طلق لاعبا أو أعتق لاعبا فقد جاز". وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه أربع جائزات إذا تكلم بهن : "الطلاق والعتاق والنكاح والنذر". وقال ابن مسعود : "النكاح جِدُّه ولعبه سواء"<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني : قاعدة مآلات الأفعال

ومنهجية البحث تقتضي أن نوضح مفهوم القاعدة أولا، وأدلتها ثانيا، والقواعد الأخرى التي تبني عليها ثالثا ، ويتم ذلك كله في بنود ثلاثة.

#### البند الأول : مفهوم قاعدة مآلات الأفعال

ويُقصد بمآل الفعل: أثره العملي ونتيجته الفعلية في أرض الواقع. ويُقصد بمراعاة مآلات الأفعال: معرفة الغاية التي استهدفها الشارع من سنّ الحكم، والكشف عن وجوه هذه الغاية ، والاعتداد بما تفضي إليه الأحكام عند تطبيقها بما يوافق مقاصد التشريع.

ومعنى هذه القاعدة أنه عندما نبحث في مشروعية الأفعال والتصرفات ، يجب أن نأخذ في الاعتبار قصد المكلف من الفعل ، والمصلحة التي من أجلها شرع الفعل ، فنحكم بمشروعية هذا الفعل أو التصرف إذا كانت نتيجة هذا الفعل محققة للمصلحة التي قررها الشارع. أما إذا كان الفعل أو التصرف لا تترتب عليه المصلحة التي من أجلها شرع الفعل ، أو يترتب عليه تفويت مصلحة أكبر ، أو إحداث ضرر أشد ، فنحكم بعدم جواز الفعل أو التصرف.

1 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 123 - 124. وقد أورد آراء الفقهاء في عقود المازل واختلاف الفقهاء في نفاذها، وخلاصة ما قاله هو ما ورد في المتن.

فالتصرفات والأفعال المأذون فيها ، إذا كان الباعث عليها تحقيق أمر غير مشروع ، تمنع ولا تباح بالنظر إلى هذا الباعث، كما تمنع أيضا هذه التصرفات إذا أفضت بذاتها إلى مآل ممنوع.

قال الشاطبي : "النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا كانت الأفعال موافقة أو مخالفة. وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين ، بالإقدام أو بالإحجام ، إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل ، "فقد يكون"<sup>(1)</sup> مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب ، أو لمفسدة تدرأ ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه"<sup>(2)</sup>.

فالمجتهد عليه أن يلتزم بمراعاة مآلات أفعال المكلفين ، لأن هذه المآلات معتبرة شرعا ، بحيث يكون مآل الفعل مما يتفق مع قصد الشارع من تشريع الفعل ، بغض النظر عن قصد المكلف.

فإذا كان الفعل في أصله مشروعاً ، ولكنه يؤدي إلى مآل لا يتفق مع مقاصد الشارع ، منع المجتهد العمل ابتداءً قبل الوقوع ، حتى لا يتسبب المكلف في إحداث مفسدة، وهذا معيار مادي يلجأ إليه المجتهد لبيان مشروعية الفعل حالة وقوعه.

أما إذا كان الفعل غير مشروع في أصله ، وأدى إلى مصلحة راجحة تفوق مفسدة أصله ، تغير وصف الفعل من كونه غير مشروع إلى فعل مشروع ، التفاتاً إلى هذا المآل وإعمالاً له. ويشرح الشاطبي هذا المعنى فيقول : "وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو لمصلحة تندفع به ، ولكن له مآل على خلاف ذلك. فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية ، فربما أدى استحلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها. فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالمشروعية. وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم المشروعية ، ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد ، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية ، وهو مجال للمجتهد صعب المورد ، إلا أنه عذب المذاق ، محمود الغيب"<sup>(3)</sup> ، جار على مقاصد الشريعة"<sup>(4)</sup>.

وهكذا يوضح الشاطبي نتيجة إهمال النظر في المآلات ، من حيث إفشاء الأحكام إلى نقيض مقصودها الذي شرعت من أجله؛ فقد يؤدي القول بعدم مشروعية الفعل إلى استبعاد مصلحة تزيد على المفسدة التي منع الفعل من أجلها، وقد يؤدي القول بإطلاق مشروعية الفعل إلى جلب مفسدة أكبر من

1 - هذه زيادة من المحقق عبد الله دراز هامش رقم 2 ، وقد علل ذلك بأن هناك سقط لا يستقيم الكلام بدونه.

2 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 4 ص 194.

3 - أي محمود العاقبة ، عند الصباح يحمد القوم السرى.

4 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 4 ص 194 - 195.

المصلحة التي شرع الفعل من أجلها، وهكذا تكون الآثار المترتبة على إهمال النظر إلى المال ، على النقيض مما قصده الشارع ، ونقيض مقصد الشارع باطل ، فما يؤدي إليه باطل أيضا<sup>(1)</sup>.

قال الدريني : "الفقه الإسلامي غائي يتجه إلى تحقيق مقاصد أساسية ، فأحكامه لم تشرع تحكما؛ مجرد إخضاع المكلفين لسلطان التكليف ولا عبثا ، بل شرعت لمعان سابقة ومصالح اجتماعية واقتصادية ، اقتضت تشريعها ، وبتقييد استعمالها بما ظاهرا وباطنا<sup>(2)</sup>.

ومن ثم تهدف قاعدة اعتبار مآلات الأفعال ، إلى تحقيق موافقة الأفعال في الظاهر والباطن والحال والمآل ، للمقاصد والغايات التي قصدها الشارع. فعند تطبيق الأحكام على الواقع ، وتنزيلها على الوقائع، والمكلفين ، ينظر المجتهد إلى المآلات والعواقب التي يفضي إليها التطبيق ، لمعرفة التداعيات المستقبلية للحكم ، والبناء عليها في الحكم على الفعل.

وتعتبر قاعدة المآل قاسما مشتركا ، بين عدد من النظريات الفقهية التي يطبقها المجتهد، وأهمها: نظرية الباعث، ونظرية التعسف في استعمال الحق ، ونظرية الاحتياط الفقهي<sup>(3)</sup>. وتسعى إلى تحقيق الموازنة بين ثلاثة عناصر : وهي فعل المكلف، والواقع المحيط بالمكلف والمؤثر في تصرفه، وفي تنزيل أحكام الشرع عليه، وفي النتيجة التي على أساسها يراعى المآل<sup>(4)</sup>.

ويترتب على الأخذ بقاعدة مآلات الأفعال ما يلي :

أ - على المجتهد أو المفتي أن يلتزم بالنظر في مآلات الأفعال، ويكيف مشروعية الأفعال والتصرفات، على ضوء تلك المآلات والنتائج ، حتى لا يكون تكليفه الشرعي مناقضا لقصده الشارع من التشريع.

ب - معيار ضبط المشروعية وفقا لقاعدة اعتبار المآل في الأفعال والتصرفات ، معيار من ، يأخذ في الاعتبار الظروف التي تحيط بالواقعة ، ويقوم المجتهد بالموازنة والمواءمة بينهما آخذا في الاعتبار ، تحقيق المصالح من ناحية ودرء المفاسد من ناحية أخرى.

فالملاءمة بين المصالح والمفاسد أمر يجب أن يقوم به المجتهد ، آخذا في الاعتبار تحقيق المصالح من ناحية ودرء المفاسد من ناحية أخرى. فيوائم بين المصالح والمفاسد ، آخذا في الاعتبار مآل الفعل ومنتهاه، وعاقبته المترتبة عليه ؛ وذلك بصرف النظر عن البواعث الخاصة التي تحيط بالشخص الذي قام بالفعل ،

1 - عبد الرحمن إبراهيم الكيلاني ، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي ، ص 363.

2 - فتحي الدريني ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص 84.

3 - يوسف بن عبد الله احميتو، مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، مركز نماء للبحوث والدراسات ، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 2012، ص 120.

4 - يوسف بن عبد الله احميتو، مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، ص 108 - 116.

وعما إذا كانت هذه البواعث مشروعة أم غير مشروعة ، أو أدى الفعل إلى ترتب المصلحة التي يبتغيها من جراء الفعل كنتيجة يريد تحقيقها. فالمعيار هنا معيار موضوعي بحت ، ولا يتصل بالبواعث إلا في أضيق الحدود ، وهي الحدود التي يتفق فيها قصد الشارع مع قصد المكلف<sup>(1)</sup>.

مثال ذلك النهي عن سب آلهة المشركين حتى لا يسبوا الله عدوًا بغير علم؛ فرغم أن نية المسلمين والباعث عليها هو توهين عزيمة المشركين والحطّ منها ، إلا أن هذا الباعث وإن كان محمودا ، إلا أنه لا يتفق مع مآل هذا الفعل وهو قيامهم بسبّ الله تعالى. وكذلك بيع العينة فإن البائع إذا لم يكن يقصد الربا، إلا أن الظن الغالب في هذا البيع هو تحقق الربا ، فيدخل في باب سدّ الدّرائع فيسد هذا الباب حتى لا يتخذة النَّاس وسيلة إلى الربا ، ولا يميز في هذا البيع بين قصد البائع وعدمه<sup>(2)</sup>.

### البند الثاني : أدلة قاعدة مآلات الأفعال

قدم الشاطبي ثلاثة أدلة على صحة هذه القاعدة ، وهذه الأدلة هي :

**الدليل الأول :** أن التكاليف مشروعة لمصالح العباد ، ومصالح العباد إما دنيوية وإما أخروية ؛ أما الأخروية فراجعة إلى مآل المكلف في الآخرة ، ليكون من أهل النعيم لا من أهل الجحيم. وأما الدنيوية فإن الأعمال إذا تأملتها فهي مقدمات لنتائج المصالح ، فإنها أسباب لمسببات هي مقصودة للشارع ، والمسببات هي مآلات الأسباب ، فاعتبارها في جريان الأسباب مطلوب، وهو معنى النظر في المآلات<sup>(3)</sup>.

**الدليل الثاني :** إن مآلات الأعمال ، إما أن تكون معتبرة شرعا ، أو غير معتبرة. فإن اعتبرت فهو المطلوب ، وإن لم تعتبر أمكن أن يكون للأعمال مآلات مضادة لمقصود تلك الأعمال ، وذلك غير صحيح ، لما تقدم من أن التكاليف لمصالح العباد ، ولا مصلحة تتوقع مطلقا مع إمكان وقوع مفسدة توازيها أو تزيد<sup>(4)</sup>.

**الدليل الثالث :** الأدلة الشرعية ، والاستقراء التام.

1 - حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، مكتبة المتنبي للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى 1981، ص 195. محمود محمد شعبان، المرجع السابق ، ص 298.

2 - ابن تيمية ، الفتاوى الكبرى ج 3 ص 139.

3 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 4 ص 195.

4 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 4 ص 196.

وهذا الدليل ينقسم إلى نوعين : الأول أدلة عامة ، تعتمد بالمآل بشكل عام من خلال بيان عاقبة الفعل وأثره ، وهو ما أطلق عليه الشاطبي "اعتبار المآل على الجملة"<sup>(1)</sup>. الثاني : أدلة خاصة ، تعتمد بالمآل بشكل خاص ، من خلال الموازنة بين مصلحة الأصل ومفسدة المآل ، أو مفسدة الأصل ومصلحة المآل، وتقديم الراجح منهما<sup>(2)</sup>.

#### أ - أما الأدلة العامة فمنها :

- 1 - قوله تعالى : { يَا أَيُّهَا النَّاسُ اعْبُدُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ وَالَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ }<sup>(3)</sup>.
- 2 - قوله تعالى : { كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ }<sup>(4)</sup>.
- 3 - قوله تعالى : { وَلكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ }<sup>(5)</sup>.

فهذه الآيات ترشد إلى "اعتبار المآل على الجملة" ، إذ ربط الشارع بين الأحكام ونتائجها المقصودة من تشريع الحكم ، والمبينة في قوله تعالى : { لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ } . وهذا بيان لأثر العبادة والصيام في نفس المؤمن. كما بيّن سبحانه مآل إقامة عقوبة القصاص على القاتل ، وهو "الحياة". فتطبيق عقوبة القصاص على الجاني ، وسيلة لحفظ الحياة الإنسانية وصيانتها من الإهدار أو الاعتداء ، وطريقة لتحقيق أمن المجتمع ودفع المخاطر عنه.

أما التهاون في إقامة القصاص على الجاني ، فإنه يضيع الحياة الإنسانية ويهدر قيمتها ، ويدخل المجتمع في خطر وفوضى كبيرين.

- 4 - قول الله تعالى : { وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ }<sup>(6)</sup>.

فقد نهى الله سبحانه عن أكل المال بالباطل ، وهو أخذ مال الغير بدون وجه حق. وعطف جملة "تأكلوا" ، على جملة "تدلو بها" ، أي "لا تدلو بها إلى الحكام لتتوسلوا بذلك إلى أكل أموال الناس

1 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 4 ص 197.

2 - تعليق عبد الله دراز على الموافقات ج 4 ص 194 هامش رقم 1. عبد الرحمن إبراهيم الكيلاني ، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي ، ص 364.

3 - سورة البقرة ، آية رقم : 20.

4 - سورة البقرة ، آية رقم : 182.

5 - سورة البقرة ، آية رقم : 178.

6 - سورة البقرة ، آية رقم : 187.

بالباطل"<sup>(1)</sup> ، فبين سبحانه مآل الإدلاء إلى الحكام وهو رشوتهم ، من تضييع حقوق الآخرين وأكل أموالهم بالباطل. فالرشاوى التي تعطي للحكام<sup>(2)</sup> أحيانا ، تكون في صورة هدية أو في صورة خدمة معينة أو في صورة قضاء حاجة ، والقصد من وراء ذلك هو أخذ ما ليس من حقه ، أو أخذ حقوق الآخرين ، والأسوأ من ذلك كله الاعتداء على الآخرين في أموالهم وأنفسهم.

5 - قول الله تعالى : { أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِيبَهَا وَكَانَ وَرَاءَهُمْ مَلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْبًا }<sup>(3)</sup>.

وجه الدلالة من الآية : أن التصرف في مال الغير بغير إذن من الأمور المحظورة، فما بالك في الاعتداء على مال الغير، بغير وجه حق ؛ ولكن الرجل الصالح خرق السفينة، وهو في ظاهر الحال تعيب لها ، وعندما احتج عليه سيدنا موسى عليه السلام بيّن له أن المفسدة التي ارتكبتها ، لم تكن لذات المفسدة ، بل لتجنب مآل أسوأ ، وهو دفع مفسدة أعظم ؛ وهو غصب السفينة من قِبل المَلِكِ الظَّالِمِ.

6 - قول الله تعالى : { وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً، وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا، وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ }<sup>(4)</sup>.

نظراً لما يلحق المشهود عليه بالزنا من العار والفضيحة ، ولما يلتصق بأهله من العيب والشنار الدائم، فقد احتاط الشارع الحكيم لهذه النتائج الوخيمة وذلك بتكثير عدد الشهود في إثبات جريمة الزنا، وهذا العدد نادر الحصول، وقليل الوقوع، إذ لا يتحقق تواطؤ أربعة شهود عاينوا تفاصيل هذه الجريمة حتى يرفعوا شأنها إلى القضاء، فكان تشريع حد القذف من روائع أحكام شريعة الإسلام ، لسدّ الطريق على مَنْ تسوّّل له نفسه اتّهام الناس في أعراضهم بغير دليل ، ومنعا من فشو الفساد والفاحشة في المجتمع.

**ب - أما الأدلة الخاصة :** وهي التي ترشد إلى اعتبار المآل بشكل خاص ، فمنها :

1 - قول الله تعالى : { وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ }<sup>(5)</sup>. الأصل أن سبّ آلهة المشركين وأصنامهم مشروع ، لما فيه من توهين أمر الشرك وأهله ، غير أن هذه المصلحة تعارضت مع ما يتوقع ، وهو سبّ المشركين الله تعالى سفها وعدوانا، فمنعت المصلحة هذه نظرا إلى هذا

1 - الطاهر بن عاشور ، التحرير والتنوير ، ج 2 ص 190.

2 - وأقصد هنا كل من كان في مركز ترتبط به مصالح الناس ، سواء كان رئيسا أعلى للدولة أو وزيرا أو واليا أو قاضيا أو مديرا لمؤسسة ، أو مسؤولا على جمع من الناس قلّ أو كثر ، فالنص عام إلى أقصى حدود العموم.

3 - سورة الكهف ، آية رقم : 78.

4 - سورة النور ، آية رقم : 4

5 - سورة الأنعام ، آية رقم : 109.

المال ، وكانت مفسدة ترك مسبته تعالى ، أرجح من مصلحة سبنا لأهنتهم. وهذا كالتنبيه، بل كالتصريح على المنع من الجائز أو الواجب ، لئلا يكون سببا في فعل ما لا يجوز<sup>(1)</sup>.

قال القرطبي : " وفيها دليل على أن المحقق قد يكف عن حق له ، إذا أدى إلى ضرر يكون في الدين ". ومن هذا المعنى ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : " لا تبتوا الحكم بين ذوي القربى مخافة القطيعة"<sup>(2)</sup>.

2 - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم امتنع عن قتل المنافقين ، وعلل ذلك بقوله : " أخاف أن يتحدث الناس أن محمدا يقتل أصحابه"<sup>(3)</sup>.

وجه الدلالة من الحديث أن فيه أمرين متعارضين : الأول تحقيق مصلحة تطهير الصف المسلم من المنافقين الذين يظهرون الولاء للإسلام وهم كافرون به ، ويظنون العداوة له. الأمر الثاني ترتب مفسدة في المال ، وهي صرف الناس عن الدخول في الإسلام وتوهين صف المسلمين ، عن طريق بث الإشاعات والدعايات ، " أن محمدا يقتل أصحابه " ، وفي هذا فتح الباب للمشككين وأعداء الدين ، لفتنة الناس عن دينهم ، وتنفير من يرغب منهم الدخول في الإسلام.

فامتنع رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قتل المنافقين من خلال تغليب مفسدة المال على مصلحة الحال ، تركا لمصلحة الأصل المرجوحة. " ومفسدة التنفير أكبر من مفسدة ترك قتلهم ، ومصلحة التأليف أعظم من مصلحة القتل"<sup>(4)</sup>.

3 - قوله صلى الله عليه وسلم لعائشة : " لولا أن قومك حديث عهدهم بکفر لأسست البيت على قواعد إبراهيم"<sup>(5)</sup>. ومقتضى هذا الحديث أفتى الإمام مالك الخليفة أبا جعفر المنصور ، حين أراد أن يرد البيت على قواعد إبراهيم ، فقال له : " ناشدتك الله يا أمير المؤمنين أن تجعل هذا البيت ملعبة للملوك ، لا

<sup>1</sup> - أبو بكر بن العربي ، أحكام القرآن ، ج 2 ص 743. ابن عطية ، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز ، ج 2 ص 332. ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 137. فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص 186. وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص 538.

<sup>2</sup> - القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج 7 ص 61.

<sup>3</sup> - رواه البخاري ، في كتاب المناقب ، عن جابر رضي الله عنه ، باب من ينهى من دعوى الجاهلية ، حديث رقم 3518. وفي كتاب تفسير القرآن الكريم ، باب قوله تعالى { سَوَاءٌ عَلَيْهِمْ أَسْتَغْفَرْتَ لَهُمْ أَمْ لَمْ تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ لَنْ يَغْفِرَ اللَّهُ لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْفَاسِقِينَ } [سورة المنافقون آية رقم : 6]. حديث رقم 4905.

<sup>4</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 138.

<sup>5</sup> - رواه البخاري ، في كتاب الحج ، عن عائشة رضي الله عنه ، باب فضل مكة وبنائها ، حديث رقم 1584. ورواه مسلم في كتاب الحج ، باب نقض الكعبة وبنائها ، حديث رقم 1333.

يشاء أحد منهم إلا نقض البيت وبناه ؛ فتذهب هيئته من صدور الناس<sup>(1)</sup>. بمعنى أنه كلما جاء حاكم جديد رأى أنه لا بد أن يغير سنة من قبله ؛ ليثبت للناس أنه جدّد وأصلح وغيرّ وبدّل ؛ فلذلك سدّ الإمام مالك الطريق على هذا التلاعب، ورأى أن يبقى بناء الكعبة كما تركه النبي صلى الله عليه وسلم.

وجه الدلالة من الحديث ، أن ردّ البيت على قواعد إبراهيم مصلحة ، ولكنه امتنع عن فعلها النبي صلى الله عليه وسلم خشية المفسدة المترتبة على ذلك. ولكن يبدو أن المصلحة المتروكة هنا محققة، إذ الجميع يعلم أن حجر إسماعيل جزء من الكعبة ، والكل يطوف خارج الحجر ، ورفع البناء حينها يصبح غير ذي موضوع مع هذه الخشية، أما المفسدة المتروكة من أجلها إعادة البناء فهي محتملة ، ومن ثم رجحت المفسدة المظنونة ، على المصلحة المحققة، فقد "ترك الفعل المطلوب، خوفاً من حدوث مفسدة أعظم من مصلحة ذلك المطلوب"<sup>(2)</sup>.

4 - حديث الأعرابي الذي بال في المسجد ، حيث أمر النبي صلى الله عليه وسلم الصحابة بتركه حتى يتم بوله. وقال : "لا تُزرموه وأريقوا عليه ذُئوبًا من ماء". فلما انتهى من بوله ، دعاه النبي صلى الله عليه وسلم ثم قال له : "إن هذه المساجد لا تصلح لشيء من البول والقدر ، وإنما هي لذكر الله عز وجل والصلاة وقراءة القرآن"<sup>(3)</sup>.

وجه الدلالة من الحديث : أن النبي صلى الله عليه وسلم ترك الأعرابي حتى أتم بوله ، رغم ما في ذلك من تنجيس للمسجد ؛ لأنه لو قطع بوله ، لنجست ثيابه ، وحدث عليه من ذلك داء في بدنه<sup>(4)</sup>. فترجح جانب تركه على ما فعل من المنهي عنه ، على قطعه بما يدخل عليه من الضرر ، وبأنه ينجس موضعين ، وإذا ترك فالذي ينجسه موضع واحد<sup>(5)</sup>.

5 - تحقيق المناط ، وسدّ الدّرائع ، ورفع الحرج ، كلها أدلة تفيد وجوب الاعتبار بمآلات الأفعال، قال الشاطبي : "وجميع ما مر في تحقيق المناط الخاص مما فيه هذا المعنى ، حيث يكون العمل في الأصل مشروعاً ، لكن ينهى عنه لما يؤول إليه من المفسدة. أو ممنوعاً ، لكن يترك النهي عنه لما في ذلك من

<sup>1</sup> - ابن عبد البر ، التمهيد ، ج 10 ص 50. ابن حجر ، فتح الباري ، ج 3 ص 448.

<sup>2</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 4 ص 62.

<sup>3</sup> - رواه البخاري ، في كتاب الأدب ، باب الرفق في الأمر كله ، حديث رقم 6025. ورواه مسلم في كتاب الطهارة ، باب وجوب غسل البول ، حديث رقم 284. عن أنس رضي الله عنه. كما أخرجه أيضاً النسائي في سننه ، ج 1 ص 47. وأحمد في مسنده ج 3 ص 191. ومعنى لا تزرموه : أي لا تقطعوا عليه بوله.

<sup>4</sup> - وهذه صورة من صور الإعجاز في السنة النبوية الشريفة.

<sup>5</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 4 ص 204.

المصلحة. وكذلك الأدلة الدالة على سدّ الذرائع كلها ، فإن غالبها تدرّجُ بفعل جائز إلى عمل غير جائز ، فالأصل على المشروعية لكن مآله غير مشروع. والأدلة الدالة على التوسعة ورفع الحرج كلها ، فإن غالبها سماح في عمل غير مشروع في الأصل لما يؤول إليه من الرفق المشروع"<sup>(1)</sup>.

### البند الثالث : الأصول الفقهية التي تفرعت على قاعدة المآلات

إن قاعدة النظر في مآلات الأفعال هي من الأصول الراسخة في التشريع الإسلامي ، مما يجعلها أساسا تبني عليه قواعد أخرى ، وهذا ما نصّ عليه الشاطبي ، حيث قال : "وهذا الأصل يبنى عليه قواعد ؛ منها : قاعدة الذرائع التي حكمها مالك في أكثر أبواب الفقه"<sup>(2)</sup>... ومنها قاعدة الحيل"<sup>(3)</sup>... ومنها قاعدة مراعاة الخلاف"<sup>(4)</sup>... ومنها قاعدة الاستحسان"<sup>(5)</sup>.

إن شرح هذه القواعد التي ذكرها الشاطبي والتدليل عليها والتمثيل لها يخرجنا عن نطاق البحث ، ولذا فسأكتفي بذكر وجه الصلة بين قاعدة المآلات ، وهذه الأصول الفقهية المتفرعة عنها، بما يخدم الفكرة الرئيسية التي نحن بصدد الحديث عنها، وهي القواعد الفقهية الضابطة للباعث ونتائجه.

**أولا - قاعدة سدّ الذرائع :** وحيث تدرج بفعل جائز إلى عمل غير جائز، فالأصل مشروع، لكن مآله غير مشروع. سواء أقصد المكلف المال الممنوع ، أم لم يقصده.

وتظهر صلة قاعدة الذرائع بقاعدة النظر في المآلات ، من خلال الوسيلة المشروعة التي أفضت في الغالب إلى مال ممنوع. فتمنع تلك الوسيلة التفاتا إلى مفسدة هذا المال ، سواء أقصد المكلف هذا المال الممنوع ، أم لم يقصده ، حسما لمادة الفساد ، وإمعانا في سدّ أبواب المحرمات.

والشواهد على ذلك كثيرة : منها نهي القرآن الكريم عن سبّ آلهة المشركين، وامتناع النبي صلى الله عليه وسلم عن قتل المنافقين ، ومنع بيوع الآجل التي ظاهرها الجواز ولكن تؤدي غالبا إلى الربا، ونهى النبي صلى الله عليه وسلم "أن تقطع الأيدي في الغزو"<sup>(6)</sup> ، لئلا يكون ذلك ذريعة للالتحاق بالعدو.

1 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 4 ص 198.

2 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 4 ص 198

3 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 4 ص 201.

4 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 4 ص 202.

5 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 4 ص 205.

6 - روى أحمد وأبو داود والنسائي عن بسر بن أرطاة ، أنه وجد رجلا يسرق في الغزو فجلده ولم يقطع يده ، وقال : نأنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القطع في الغزو. وأخرجه الدارمي في سننه ، كتاب السير ، باب في أن لا تقطع الأيدي في الغزو،

كما أمر الشارع الحكيم بالتفريق بين الأولاد في المضاجع ، لئلا يكون ذلك ذريعة إلى الفساد ، بقصد أو بغير قصد ، فقال صلى الله عليه وسلم : "مروا أولادكم بالصلاة لسبع ، واضربوهم عليها لعشر، وفرقوا بينهم في المضاجع"<sup>(1)</sup>.

كما أجمع الصحابة على قتل الجماعة بالواحد ، وإن لم يكن فيه التماثل الذي بني عليه القصاص ، لكي لا يكون ذلك ذريعة إلى كثرة القتل وسفك الدماء البريئة ، فكل من أراد قتل عدو له جمع له جماعة وقتلوه، وهم مطمئنون لعلمهم بأنهم لا يقتلون به ، بل يغرمون شيئاً من المال وما أسهله عليهم<sup>(2)</sup>.

روى البخاري: عن ابن عمر رضي الله عنهما ، أنّ غلاماً قُتِلَ غِيلَةً، فقال عمر : "لَوْ اشْتَرَكُ فِيهَا أَهْلُ صَنْعَاءَ لَقَتَلْتُهُمْ". قال البخاري: وقال مُغِيرَةُ بْنُ حَكِيمٍ عن أبيه : إنّ أربعة قتلوا صبيّاً، فقال عمر مثله<sup>(3)</sup>.

فقد نظر أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى نتائج التصرف ومآل الفعل، فعلم أنه إذا أخذ بمبدأ تساوي العدد في القصاص في هذه الحادثة، فإنّ المقصد الشرعي لا يتحقق، بل ستفتح ذريعة للقتل بالتواطؤ الجماعي لإسقاط القصاص، فجاء قراره صائباً سداً لذريعة الاعتداء على الناس<sup>(4)</sup>.

---

حديث رقم 2492. عن جنادة بن أبي أمية ، قال : لولا أني سمعت ابن أُرطاة يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "لا تقطع الأيدي في الغزو ، لَقَطَعْتُهَا" سنن الدرامي ص 304. أخرجه الترمذي في سننه ، كتاب الحدود ، باب ما جاء أن لا تقطع الأيدي في الغزو ، حديث رقم 1450. قال أبو عيسى هذا حديث غريب. والعمل على هذا عند بعض أهل العلم منهم الأوزاعي ، لا يرون أن يقام الحد في الغزو بحضرة العدو ، مخافة أن يلحق من يقام عليه الحد بالعدو. فإذا خرج الإمام من أرض الحرب ، ورجع إلى دار الإسلام ، أقام الحد على من أصابه.

1 - أخرجه أبو داود في كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة حديث رقم : (495) قال : عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين واضربوهم عليها وهم أبناء عشر سنين، وفرقوا بينهم في المضاجع".

2 - محمد مصطفى شليبي ، أصول الفقه الإسلامي ، ص 303 - 304. أبو زهرة ، العقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، (د س ن، د م ن)، ص 368.

3 - رواه البخاري، كتاب الديات، باب إذا أصاب قومٌ من رجلٍ هل يُعاقبُ أو يُقتلُ منهم كُلِّهِمْ، حديث رقم 6896. والإمام مالك، كتاب العقول، باب ما جاء في الغيلة والعقول، حديث رقم 1368.

4 - السرخسي ، المبسوط ، ج 10 ص 219. ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 2 ص 122. تفسير القرطبي ، ج 2 ص 245. الجصاص ، أحكام القرآن ، ج 1 ص 197. تفسير ابن كثير ، ج 1 ص 212.

**ثانيا - قاعدة الحيل :** وتظهر علاقتها بقاعدة النظر في مآلات الأفعال من خلال بيان حقيقتها ، إذ هي : "تقدم عمل ظاهر الجواز ، لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر ، فمآل العمل فيها ، خرم قواعد الشريعة في الواقع"<sup>(1)</sup>. تسبب المكلف في إسقاط واجب أو إباحة محرم<sup>(2)</sup>.

كالشخص الذي يهب ماله عند نهاية الحول فرارا من الزكاة ، فإنّ الهبة في أصلها جائزة، ولكن القيام بها عند رأس الحول يؤدي إلى إنقاص النصاب ، ومن ثم سقوط وجوب أداء الزكاة ، وهذا مآل ممنوع ، فاعتبرت الهبة باطلة ردا على الواهب بنقيض مقصوده ، حتى ولو لم يكن الموهوب له حسن النية ولم يعلم بالقصد السيء للواهب.

أما إذا أنفق الشخص ماله عند رأس الحول ، وفقا لما فرضته عليه ظروف الحياة ومجرباتها ، سواء أكان الإنفاق تبرعا أم معاوضة ؛ كالهبة ، أو سداد الديون التي عليه، أو شراء ما يحتاجه من عروض التجارة وحاجيات المنزل الضرورية أو التكميلية لنفسه أو لمن هو مسؤول عن نفقتهم ؛ فتصرفه صحيح ، لأنّه ما قصد مناقضة قصد الشارع ولا إبطال الحكم الشرعي.

وبهذا يتضح الفرق بين الحيلة والدّرائع ، فالحيلة لا بد فيها من القصد للوصول إلى ما يريد المكلف من مآل ممنوع ، فالمعيار فيها شخصي ذاتي. أما الدّريعة فلا يشترط فيها القصد للوصول إلى المآل الممنوع ، فالعبرة بالنتيجة سواء قصدتها المكلف أو لم يقصدتها ، فالمعيار فيها مادي موضوعي.

### ثالثا - قاعدة مراعاة الخلاف

مراعاة الخلاف هي : العدول عن الدليل الراجح ، والعمل بالدليل المرجوح ، بعد وقوع الحادثة ، لأنّ تطبيق الدليل الراجح يؤدي إلى مفسدة تفوق ترك العمل به. وهذه هي قاعدة النظر في مآلات الأفعال التي تعني : الحكم على الفعل بنتائجه وآثاره دون النظر إلى حكمه الأصلي.

وبما أن الشريعة الإسلامية وضعت لمصالح العباد في العاجل والآجل معا ، كان مناط التكليف جلب مصلحة أو درء مفسدة. ومن ثم فيجب على المجتهد قبل أن يصدر الحكم الشرعي على أفعال المكلفين أن ينظر في نتائج تلك الأفعال وما تؤول إليه تلك التصرفات ، لأنّ الحكم يتغير تبعا للظروف والملابسات التي تسببه أو تقترب به أو تلحق به.

1 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 4 ص 201.

2 - محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي الفاسي ، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ، تحقيق عبد العزيز بن عبد الفتاح ، المكتبة العلمية، المدينة المنورة 1977 ، ج 1 ص 142.

وقد استقر لدى العلماء أنّ الفتوى تتغير بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والأشخاص والنيات، وقد عقد ابن القيم في كتابه إعلام الموقعين فصلاً بهذا المعنى، قال فيه: "هذا فصل عظيم النفع جدا، وقد وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة، أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه، ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به. فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، وحكم كلها. فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة إن أدخلت فيها بالتأويل"<sup>(1)</sup>.

وقد ذهب جمهور فقهاء المالكية، من المتقدمين والمتأخرين والمحدثين<sup>(2)</sup>، إلى القول بمراعاة الخلاف، واعتباره أصلاً من أصول الاستدلال عندهم<sup>(3)</sup>، واستدلوا على ذلك بأدلة كثيرة سأكتفي بذكر دليلين فقط حتى لا يخرج بنا البحث عن نطاق ما نحن فيه:

**الدليل الأول:** قصة ولد زمعة. روى مالك في الموطأ، عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم، أنها قالت: كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه إليك. قالت فلما كان عام الفتح أخذه سعد، وقال: ابن أخي قد كان عهد إليّ فيه. فقام إليه عبد بن زمعة، فقال: أخي وابن وليدة أبي، ولد على فراشه. فتساوقا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال سعد: يا رسول الله ابن أخي، قد كان عهد إليّ فيه. وقال عبد بن زمعة: أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: هو لك يا عبد بن زمعة. ثم قال: "الولد للفراش وللعاهر الحجر". وقال لسودة بن زمعة: "احتجني منه"<sup>(4)</sup>. لما رأى من شبهه بعتبة بن أبي وقاص. قالت عائشة: فما رأها حتى لقي الله.

وجه الدلالة من الحديث: الأصل أنّ كل زوج أو ملك يمين، يحتمل الوطاء، يكون الولد ابناً للواطئ، يجري بينهما التوارث وغيره من الأحكام الشرعية الأخرى، وهذا هو الأصل الظاهر القوي؛ وعليه تكون سودة أختاً للولد المتنازع عليه لأنه ألحق بأبيه.

- 1 - ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، تقدمت وتعليق طه عبد الرؤوف سعد، مطبعة دار الجيل، بيروت، لبنان، ج 3 ص 3.
- 2 - تبدأ طبقة المتقدمين في اصطلاح المالكية، ابتداء من عهد الإمام مالك إلى سنة 386 هـ. ثم تبدأ طبقة المتأخرين إلى القرن الثالث عشر. ومن هذا القرن تبدأ طبقة المحدثين إلى يومنا هذا. ومن الفقهاء المحدثين الشيخ الدردير، والدسوقي، وعليش. محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، ج 1 ص 213.
- 3 - ومع ذلك هناك جماعة من كبار فقهاء المالكية، لم يعتبروا مراعاة الخلاف أصلاً من أصول المالكية أو حجة في استنباط الأحكام الشرعية. وهم ابن عبد البر، والقاضي عياض، واللخمي. الشاطبي، الموافقات، ج 4 ص 84.
- 4 - أخرجه مالك في الموطأ كتاب الأقضية، باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه. والبخاري ومسلم وأبو داود والنسائي.

وفي مقابل هذا الظاهر القوي - أي الفراش - هناك الخفي الضعيف ، وهو الاحتمال المبني على الشبه ، فلا يعول عليه عند وجود القوي الظاهر. ومع ذلك فقد راعى الرسول صلى الله عليه وسلم هذا الدليل الخفي الضعيف وأعطاه حكمه ، فقال لسودة : "احتججي منه". على سبيل الاحتياط ، لما رأى شبهة بعنبة ، وعلى ذلك تكون سودة أجنبية عن الولد، وهذا هو شأن مراعاة الخلاف.

فالرسول صلى الله عليه وسلم راعى الدليلين كليهما ، وأعطى كل واحد منهما ما يناسبه من الحكم، أعطى للفراش حكمه فالحق الولد بصاحبه ، وأعطى للشبه حكمه ، فأمر بنت صاحب الفراش التي هي سودة بنت زمعة زوجة النبي صلى الله عليه وسلم بالاحتجاب من الولد<sup>(1)</sup>.

قال ابن العربي : "القضاء بالراجع لا يقطع حكم المرجوح بالكلية ، بل يجب على المرجوح بحسب رتبته لقوله عليه السلام : "الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتججي منه يا سودة"<sup>(2)</sup>.

**الدليل الثاني :** حديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : "أبما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فإن دخل بها فلها المهر لما أصاب منها"<sup>(3)</sup>.

وجه الدلالة من الحديث : أن النبي - صلى الله عليه وسلم - حكم ببطان عقد الزواج وأكد ذلك البطان بالتكرار ثلاث مرات. ثم أثبت المهر للمرأة إذا حصل الدخول في هذا الزواج ، دليلاً على صحة العقد ، لأن المهر أثر من آثار العقد الصحيح.

أي أنه أعطى لهذا الزواج حكمين ، أحدهما قبل الدخول وهو أن الولي ركن في العقد ، ويترتب البطان على عدم وجوده ، وهذا هو التشريع المبتدأ؛ أما إذا حصل الدخول في عقد زواج بغير ولي ، فقد حكم بصحته، وهذا نظر في مآل التصرف ، وعلاج لنتائج الواقع الجديد الذي نشأ بعد الدخول.

قال الشاطبي : "وهذا تصحيح للمنهى عنه من وجه ، ولذلك يقع فيه الميراث ويثبت النسب للولد. وإجراؤهم النكاح الفاسد مجرى الصحيح في هذه الأحكام وفي حرمة المصاهرة وغير ذلك ، دليل على الحكم بصحته على الجملة ، وإلا كان في حكم الزنى ، وليس في حكمه باتفاق. فالتكاح المختلف فيه قد يراعى فيه الخلاف ، فلا تقع فيه الفرقة إذا عثر عليه بعد الدخول، مراعاة لما يقتزن بالدخول من الأمور التي

<sup>1</sup> - محمد أحمد شقرون ، مراعاة الخلاف وأثره في الفروع الفقهية ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي ، الإمارات العربية المتحدة ، الطبعة الأولى 1423 هـ - 2002 م ، ص 111.

<sup>2</sup> - الونشريسي ، المعيار المعرب ، ج 12 ص 37.

<sup>3</sup> - أخرجه أبو داود (2083) والترمذي (204/1) وابن ماجه (1879) وأحمد (47/6، 165) وكذا الشافعي (1543) والدارمي (137/2) والطحاوي (4/2) وابن الجارود (700) وابن حبان (1248) والدارقطني (381) والحاكم (168/2) والبيهقي 105/7.

ترجح جانب التصحيح ، وهذا كله نظر إلى ما يؤول إليه ترتيب الحكم بالتقص والإبطال ، من إفضائه إلى مفسدة توازي مفسدة النهي أو تزيد"<sup>(1)</sup>.

أما بقية المذاهب الفقهية فلم يبلغوا بقاعدة مراعاة الخلاف درجة التقعيد والتأصيل كما فعل المالكية، ولكن عملوا بها في حالات معينة.

قال السيوطي معبر عن رأي الشافعية : "الخروج من الخلاف مستحب"<sup>(2)</sup>.

وقال الشيخ علي الشيراملسي الشافعي: "إن الاستحباب لرعاية الخلاف لا يتوقف على كونه بين الأئمة الأربعة ، بل يسن الخروج منه وإن كان خلافا لأهل المذهب"<sup>(3)</sup>.

قال ابن عابدين<sup>(4)</sup> من فقهاء الحنفية : "الاقتداء بالمخالف المراعى في الفرائض أفضل من الانفراد"<sup>(5)</sup>.

وروي عن الإمام أحمد أنه كان يرى الوضوء من الحجامة والفضد ، فسئل عن رأي إماما احتجم وقام إلى الصلاة ولم يتوضأ ، أيصلى خلفه ؟ فقال : كيف لا أصلي خلف مالك وسعيد بن المسيب<sup>(6)</sup>.

وهذه بعض الأمثلة الفقهية التي تؤكد الأخذ بقاعدة مراعاة الخلاف ، التي يراعى فيها النظر في مآلات الأفعال ونتائجها ، فيحكم الفقهاء على تلك الأفعال بالإحجام أو الإقدام ، بناء على الوقائع الجديدة التي أفرزتها مآلات تلك الأفعال ؟

أ - في نكاح الشغار أيضا راعى المالكية قول أبي حنيفة ورتبوا عليه بعض ما يقتضيه ، فلم يصححوا العقد ، بل قالوا : بفسخه ولكن بطلاق ، وأثبتوا الميراث بين الزوجين ، وذلك من نتائج العقد الصحيح ، ولو راعوه من كل الوجوه لصححوا العقد ولم يأمرؤا بفسخه<sup>(7)</sup>.

ب - ذهب الحنفية إلى أن من أخذ مال غريمه الجاحد لِدَيْنِهِ بقصد الاستيفاء ، من غير جنس حقه، فإنه سارق تقطع يده. فلا يجوز له أخذ الحلبي بدل الدراهم لأنها من جنس النقود ، والحلي من جنس

1 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 4 ص 204 - 205.

2 - السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج 1 ص 296.

3 - حاشية الشيراملسي على نهاية المحتاج ، ج 1 ص 189.

4 - محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين دمشقي ، إمام الحنفية في عصره ، ولد بدمشق سنة 1198 هـ وتوفي سنة 1252 هـ. له كتب كثير أشهرها : رد المختار على الدر المختار ، المعروفة بحاشية ابن عابدين. نسيمات الأسحار على شرح المنار.

الرحيق المختوم. الزركلي ، الأعلام ، ج 6 ص 267.

5 - حاشية ابن عابدين ، ج 1 ص 589.

6 - مقدمة المغني لابن قدامة المقدسي ، ج 1 ص 15.

7 - الونشريسي ، المعيار المعرب ، ج 6 ص 378. الدردير شرح مختصر خليل ، ج 2 ص 385.

العروض ، فهو جنس مخالف لما أعطاه المدين . وذهب الشافعية إلى أنّ من أخذ مال غيره الجاحد لِدَيْنِهِ بقصد الاستيفاء ، ولو من غير جنس حقه ، فإنه لا يعتبر سارقاً ولا تقطع يده<sup>(1)</sup>.

راعى الحنفية مذهب الشافعية وقالوا : لا قطع في أخذ العروض ، لأنّ أخذها جائز عند بعض العلماء، لوجود المسوغ وهو استيفاء الحق ودرء الحد بالشبهة<sup>(2)</sup>.

ج - إمساك القتل للقاتل : لو أمسك شخصاً شخصاً آخر ليقته شخص ثالث ، وهو يعلم أنّه سيقتل ؛ فقد ذهب المالكية إلى أنّ القصاص يكون على المباشر والمتسبب . فيكون القصاص على القاتل ، لأنه باشر الفعل عمداً عدواناً، وعلى الممسك لأنه مشارك في الجريمة، فيقتص من القاتل والممسك معاً، وألحق المالكية بالممسك الدالّ على القتل ، إذا ثبت أنه لولا دلالته ما قتل المدلول عليه<sup>(3)</sup>.

وذهب أبو حنيفة والشافعي وأحمد وأبو ثور وابن المنذر إلى أن القصاص يكون على المباشر دون المتسبب ، فيكون القصاص على القاتل فقط لأنّه باشر الفعل عمداً عدواناً، أما الممسك فإنّه يعزر ويأثم ولا يقتل، وروي عن أحمد أنّه يجبس حتى الموت ولا قصاص عليه<sup>(4)</sup>.

فلو أنّ ولي القتل قتل الممسك كان على القاضي أن يقتص منه ، ولكن الحنابلة قالوا بسقوط القصاص عن هذا الولي ، مراعاة لقول المالكية ، الذين قالوا بوجود القصاص من المباشر والممسك معاً<sup>(5)</sup>.

#### رابعا - قاعدة الاستحسان : هو النظر في لوازم الأدلة ومآلاتها.

وجه الصلّة بين الاستحسان والنظر في مآلات الأفعال ، أنّ القياس قد يؤدي إلى مفسدة أو ضيق أو حرج ، فتترك القاعدة من أجل هذا ، وهذا التفات إلى المآل ونظر في نتائجها، وقد أشار الشاطبي إلى أن منشأ الاستحسان مبني على أحد المحظورين أو كليهما ، وهو الوقوع في الحرج ، أو الوقوع فيما لا يمكن عقلاً أو شرعاً. فقال : "الأصل في القول بالاستحسان ... أن الأصل إذا أدى القول بحمله على عمومه إلى الحرج ، أو إلى ما لا يمكن شرعاً أو عقلاً ، فهو غير جار على استقامة ولا أطراد ، فلا يستمر الإطلاق"<sup>(6)</sup>.

1 - الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، ج 4 ص 162.

2 - حاشية ابن عابدين ، ج 3 ص 309.

3 - عبد القادر عوده ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ص 128 - 129.

4 - ابن قدامة المقدسي ، المغني ، ج 9 ص 477.

5 - الشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج 3 ص 275.

6 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 102.

وقد عرف المالكية الاستحسان بأنه "الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي ومقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس؛ فإن من استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه، وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة، في أمثال تلك الأشياء المفروضة؛ كالمسائل التي يقتضي القياس فيها أمراً، إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلى فوت مصلحة من جهة أخرى أو جلب مفسدة كذلك"<sup>(1)</sup>.

وعرّف القاضي أبو بكر بن العربي الاستحسان بأنه: "ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته"<sup>(2)</sup>. فقولُه على سبيل الاستثناء والترخص، إشارة منه إلى أن الحكم بعمومه وإطلاقه، آيل إلى الوقوع في الحرج والمشقة، فكان هذا المآل سبباً في استثناء الوقائع التي تتصادم مع مبدأ رفع الحرج<sup>(3)</sup>.

فإطلاق القاعدة وإطرادها قد يؤول إلى الإيقاع في الحرج والمشقة، فالالتفات إلى هذا المآل اقتضى العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى ما هو مخالف، وهذا ما قرره الشاطبي فقال: "وكثير ما يتفق هذا في الأصل الضروري مع الحاجي، والحاجي مع التكميلي، فيكون إجراء القياس مطلقاً في الضروري يؤدي إلى حرج ومشقة في بعض موارد، فيستثنى موضع الحرج، وكذلك في الحاجي مع التكميلي، أو الضروري مع التكميلي وهو ظاهر"<sup>(4)</sup>.

ويؤكد السرخسي الحنفي الصلة نفسها بين الاستحسان والنظر في المآل، وهو يعرف الاستحسان فيقول: "الاستحسان ترك القياس والأخذ بما هو أَوْفَقُ للناس. وقيل: الاستحسان طلب السهولة في الأحكام فيما يُبتلى فيه الخاص والعام. وقيل: الأخذ بالسماحة، وابتغاء ما فيه الراحة. وحاصل هذه العبارة أنه ترك العسر لليسر"<sup>(5)</sup>. ومما لاشك فيه أن ترك العسر لليسر، ما هو إلا الالتفات إلى المآل، وبناء الأحكام الشرعية عليه.

وأمثلة الاستحسان كثيرة منها: "القرض فإنه ربا في الأصل، لأنه الدرهم بالدرهم إلى أجل، ولكنه أبيع لما فيه من الرفق والتوسعة على المحتاجين، بحيث لو بقي على الأصل لكان في ذلك ضيق على المكلفين.

1 - الشاطبي، الموافقات، ج 4 ص 206.

2 - الشاطبي، الموافقات، ج 4 ص 207 - 208.

3 - عبد الرحمن إبراهيم الكيلاني، قواعد عند الإمام الشاطبي، ص 297.

4 - الشاطبي، الموافقات، ج 4 ص 206 - 207.

5 - السرخسي، المبسوط، ج 10 ص 145.

ومثله بيع العرّية بخرصها تمرًا فإنّه بيع الرطب باليابس ، لكنه أبيع لما فيه من الرفق ورفع الحرج بالنسبة إلى المّعري والمُعري.

ومثله الجمع بين المغرب والعشاء للمطر، وجمع المسافر وقصر الصلاة والفاطر في السفر الطويل، وصلاة الخوف، وسائر الترخصات التي على هذا السبيل؛ فإن حقيقتها ترجع إلى اعتبار المآل في تحصيل المصالح أو درء المفاسد على الخصوص، حيث كان الدليل العام يقتضي منع ذلك؛ لأننا لو بقينا مع أصل الدليل العام لأدى إلى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل من المصلحة؛ فكان من الواجب رعي ذلك المآل إلى أقصاه، ومثله الاطلاع على العورات في التداوي، والقراض المضاربة والمساقاة ؛ وإن كان الدليل العام يقتضي المنع<sup>(1)</sup>.

---

1 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 4 ص 207.

## الباب الثاني

### معايير نظرية السبب في الفكر الفقهي والأصولي

تبين من خلال الفصل الثاني من الباب الأول أن السبب في الفقه الإسلامي يرد بمعان ثلاثة وهي : السبب بمعنى مصدر التكليف والالتزام ، والسبب بمعنى الحكم الأصلي للتصرف ، والسبب بمعنى الباعث الدافع على الالتزام .

والمعنى الأول تتحقق المعايير التي تنظمه بتوفر الأركان والشروط المنشئة للتصرف.

والمعنى الثاني تتحقق معاييره تبعاً للمعنى الأول ، أي أنه إذا توافرت أركان التصرف وشروطه وانتفت موانعه، ترتب الحكم الأصلي تبعاً لذلك ، لأن آثار العقود من فعل الشارع لا من فعل المكلف . فلم يبق محلاً للبحث إلا معايير المعنى الثالث.

ومقتضى هذا المعنى أن القاضي إذا عرض عليه النظر في صحة عقد أو تصرف ، فيجب عليه - بعد أن يتأكد من توافر أركانه وشروطه وانتفاء موانعه - أن يبحث في البواعث والدوافع التي دفعت صاحب التصرف إلى القيام بتصرفه ؛ فإذا ما نظر في مدى مشروعية عقد إيجار منزل مثلاً ، فقد يكون هذا العقد صحيحاً إذا ما كان استئجار هذا المنزل للسكنى ، أما إذا كان الدافع على استئجار المنزل اتخاذه مكاناً للدعارة أو لبيع الخمر أو المخدرات أو الخنزير ، كان العقد باطلاً ، لأن السبب الدافع لإبرام العقد ليس مشروعاً.

ولكن هل يحكم القاضي بطلان التصرف إذا تضمن سبباً غير مشروع ، بدون قيد أو شرط ، أم أن ثمة شروطاً ومعايير يجب توافرها حتى يحكم بذلك ؟

الواقع أن هناك معيارين لإعمال هذا السبب : معيار متفق عليه ، ومعيار مختلف فيه .

أما المعيار المتفق عليه ، فهو علم المتعاقد الآخر بالسبب غير المشروع الذي دفع الطرف الآخر إلى التعاقد؛ وقد اتفقت المذاهب الإسلامية على أن علم الطرف الآخر بالسبب غير المشروع يجعل العقد باطلاً؛ أما إذا كان الطرف الآخر يجهل السبب غير المشروع ، فلا يمكن الحكم بطلان التصرف ، وذلك تغليباً لمبدأ استقرار التعامل على الباعث غير المشروع.

أما المعيار المختلف فيه ، فهو ظهور السبب غير المشروع في صلب العقد، باعتباره جزءاً من التعبير عن الإرادة، وقد انقسم الفقهاء تجاه هذا المعيار إلى فريقين.

الفريق الأول : وهم الحنفية والشافعية ، وقد اشترطوا للعمل بالسبب غير المشروع ضرورة ظهوره في صيغة العقد نفسه ، أما إذا لم يبرز في صيغة العقد بصورة واضحة وظل متوارباً عنه فإن القاضي لا يكلف نفسه عناء البحث عنه ، ويصدر حكمه بما ورد التصريح به في صلب العقد.

أما الفريق الثاني : وهم الحنابلة والمالكية والإباضية ، فقد ذهبوا إلى الاعتداد بالسبب غير المشروع ، مادام الطرف الآخر على علم به، أو بإمكانه أن يعلم بذلك، ولم يشترطوا ظهور السبب غير المشروع في صيغة العقد بصورة صريحة.

وستتم دراسة معايير هذين الفريقين في فصلين اثنين.

الفصل الأول : معايير نظرية السبب في الفقه الحنفي والشافعي.

الفصل الثاني : معايير نظرية السبب في الفقه المالكي والحنبلي والإباضي.

## الفصل الأول

### معايير نظرية السبب في الفقه الحنفي والشافعي

يمثل المذهب الحنفي والشافعي الاتجاه الموضوعي في الفقه الإسلامي ، وإن المعيار الذي يتبناه أنصار هذا الاتجاه ، هو اعتدادهم بالسبب غير المشروع حيث يقيمون له اعتبارا إذا كان جزءا من التعبير عن الإرادة ، فيكون العقد باطلا إذا أسفر عن سبب غير مشروع في صلب العقد. أي أن هذا الاتجاه لم يفسح المجال أمام القاضي للبحث والتحري عن البواعث والدوافع النفسية ، التي دفعت المتعاقد للتعاقد ، ليحكم على ضوئها بصحة التصرف أو بطلانه ، بل يكتفي بالإرادة الظاهرة التي ورد التعبير عنها في صلب العقد.

أما إذا لم يصرح بالسبب غير المشروع في صلب التعبير عن الإرادة ، فإنهم لا يعتدون به ولا يقيمون له أي وزن، وهذا الاتجاه يتلاقى مع اتجاه القانون الألماني كما سيتضح لاحقا في الباب الثاني من هذا البحث.

وسيتم توضيح هذين المعيارين في مبحثين اثنين :

**المبحث الأول : يعتد بالسبب الباعث إذا كان في صلب التعبير عن الإرادة**

**المبحث الثاني : لا يعتد بالسبب الباعث إذا لم تتضمنه صيغة التعبير عن الإرادة**

## المبحث الأول

### يعتد بالسبب الباعث إذا كان في صلب التعبير عن الإرادة

أخذ أنصار النزعة الموضوعية بالسبب الباعث وعملوا به في حالتين ، الحالة الأولى : إذا كان مذكورا صراحة في صلب التعبير عن الإرادة. الحالة الثانية : إذا كان مذكورا بصورة ضمنية ، أي يمكن استخلاصه من الملابسات والظروف المقارنة للتعبير ؛ وسأوضح هاتين الحالتين في مطلبين اثنين.

### المطلب الأول : السبب الباعث مذكور صراحة في صيغة العقد

لكي يكون السبب الباعث محل اعتبار ، يجب أن يذكر صراحة في صيغة العقد، والعقدان إذ يصرحان بهذا السبب ، فهما يعربان عن البواعث التي دفعت بهما إلى التعاقد ، وعندها يتسنى للقاضي أن يحكم على التصرف الذي أبرماه على ضوء هذا الباعث الدافع ، فإذا كان مشروعاً اعتبر التصرف صحيحاً ، وإذا كان غير مشروع كان التصرف باطلاً.

وما لاشك فيه أن اشتراط التصريح بالسبب غير المشروع لإعمال آثاره ، يضبط التعامل ويؤدي إلى استقراره ، ويريح القاضي من عناء سبر أعماق النفس ، والتعرف على الدوافع البعيدة في ضمير المتعاقد؛ فيجب إذن أن يدخل السبب دائرة التعاقد، وأن يكون جزءاً من التعبير عن الإرادة، فعندها يقف القاضي عند الإرادة الظاهرة وما تحمله في متنها من بواعث ودوافع ، ولا يتخطاها إلى النيات المستكنة في النفس. فإذا كانت الإرادة الظاهرة خالية من الباعث غير المشروع ، حكم القاضي بصحة العقد ، دون أن يكلف نفسه عناء التنقيب في نفس المتعاقد عن البواعث الخفية غير المشروعة الدافعة للتعاقد<sup>(1)</sup>.

وما أن هذا الاتجاه يمثله المذهب الشافعي والحنفي ، والمنهج المتبع في البحث هو الاستقراء والتحليل ، فسأستعرض نصوصاً من المذهبين أوضح بها وجهة نظرهما ، ويكون ذلك في فرعين.

### الفرع الأول : السبب الباعث في المذهب الشافعي

ينطلق الشافعي في عدم الأخذ بالسبب الباعث الذي لم ينص عليه في العقد ، من نظريته القاضية بالأخذ بالظاهر سواء في أصول الشريعة أو في فروعها ، وأن الشريعة لا تسري أحكامها في الدنيا إلا على ظاهر الأعمال والأقوال ، أما خفايا الضمائر والنيات فمتروك أمر ثوابها وعقابها إلى الله تعالى ، وإليك الأدلة المختلفة التي قدمها على ذلك.

### أولاً : حصر مصادر الشريعة في الكتاب والسنة والإجماع والقياس وأقوال الصحابة.

قال الشافعي : "وكل ما وصفت مع ما أنا ذاكر وسأكت عنه اكتفاء بما ذكرت منه عما لم أذكر ، من حكم الله ثم حكم رسوله صلى الله عليه وسلم ، ثم حكم المسلمين ، دليل على أنه لا يجوز لمن

<sup>1</sup> - وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص 517.

استأهل أن يكون حاكما أو مفتيا أن يحكم ولا أن يفتي إلا من جهة خبر لازم ، وذلك الكتاب ثم السنّة أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه أو قياس على بعض هذا ، لا يجوز له أن يحكم ولا يفتي بالاستحسان إذ لم يكن الاستحسان واجبا ولا في واحد من هذه المعاني<sup>(1)</sup>.

ففي هذا النص يقصر الشافعي مصادر الشريعة على الكتاب والسنّة والإجماع وأقوال الصحابة والقياس ، دون غيرها من المصادر الأخرى كالاستحسان والمصالح المرسلة ، التي هي في نظره احتكام إلى الباطن والحدس والتخمين الذي قد يصيب وقد يخطئ ، وهذا يعني "أن الشريعة في نظره تبنى على الظاهر ، وأنه يجب ألا يتجاوز في تفسيرها حكم النص وما تدل عليه ، وما ترمي إليه ، وأن من سلك بها غير ذلك المسلك ، فقد تخانف عن منطقتها، وهو الاعتبار الظاهري في أحكام الدنيا"<sup>(2)</sup>.

### ثانيا : الشريعة الإسلامية لا تحاسب إلا بما يبدو من الظاهر.

يقرر الشافعي أن الشريعة الإسلامية لا تحاسب التّاس إلا بما يبدو من ظاهر أحوالهم ، ولا تحكم على باطنهم لأنّ الباطن لا يعلمه إلا الله. فيقول : "الأحكام على الظاهر والله وليّ المغيّب، ومن حكم على التّاس بالإزكان<sup>(3)</sup> جعل لنفسه ما حظر الله تعالى عليه ورَسُولُهُ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، لأنّ الله عزّ وجلّ إنّما يؤلّي الثّواب والعقاب على المغيّب، لأنّه لا يعلمه إلا هو جلّ ثناؤه ، وكلف العباد أن يأخذوا من العباد بالظاهر ، ولو كان لأحد أن يأخذ بباطن عليه دلالة ، كان ذلك لرسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وما وصفت من هذا يدخل في جميع العلم"<sup>(4)</sup>.

وقد استدل الشافعي على مذهبه في أن الشريعة الإسلامية لا تحكم إلا بالظاهر ، بنصوص من الكتاب والسنّة ، منها :

1 - أن الله فرض على نبيه أن يقاتل أهل الأوثان حتى يسلموا فتحقن دماؤهم إذا أظهروا الإسلام، وأعلم أنه لا يعلم صدقهم بالإسلام إلا الله. فعن أبي هريرة أنّ رسول الله قال : { لا أزال أقاتل التّاس حتى يثولوا لا إله إلا الله ، فإذا قالوا لا إله إلا الله ، فقد عصموا منّي دماءهم وأموالهم إلا بحقّها، وحسابهم على الله }<sup>(5)</sup>. فحسابهم على الله بصدقهم وكذبهم ، وسرائرهم إلى الله العالم بسرائرهم المتولي الحكم عليهم دون أنبيائه وحكّام خلقه<sup>(6)</sup>.

1 - محمد بن إدريس الشافعي، الأم، تصحيح محمد زهدي النجار، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ج 7 ص 298.

2 - محمد أبو زهرة ، الشافعي حياته وعصره آراؤه وفقهه ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ص 285.

3 - مادة زكن ، كفرح ، وأزكنه علمه وفهمه وتفكره وظنه ، فالإزكان أن تفهم شيئا بالظن ، والاسم الزكان.

4 - محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، ج 4 ص 114.

5 - رواه البخاري ومسلم.

6 - محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، ج 7 ص 296.

2 - أن الله أطلع رسوله على قوم يظهرن الإسلام ويسرون غيره ، فلم يجعل له أن يحكم عليهم بخلاف حكم الإسلام ، ولم يجعل له أن يقضي عليهم في الدنيا بخلاف ما أظهروا ، فقال الله تعالى : { قَالَتِ الْأَعْرَابُ آمَنَّا قُلْ لَمْ تُؤْمِنُوا وَلَكِنْ قُولُوا أَسْلَمْنَا وَلَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ وَإِنْ تُطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ لَا يَلِتْكُمْ مِنْ أَعْمَالِكُمْ شَيْئًا إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ }<sup>(1)</sup> ، يعني أسلمنا بالقول مخافة القتل والسي. ثم أخبر تعالى أنه يجزيهم إن أطاعوا الله ورسوله ، يعني إن أحدثوا طاعة الله ورسوله<sup>(2)</sup>.

3 - قال الله تعالى : { إِذَا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ إِنَّكَ لَرَسُولُهُ وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّ الْمُنَافِقِينَ لَكَاذِبُونَ \* اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً فَصَدُّوا عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّهُمْ سَاءَ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ }<sup>(3)</sup>. يعني فقد أسلم المنافقون ظاهرياً ، حتى يكون إسلامهم الظاهري جنة لهم من القتل. "فأقرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم يتناكحون ويتوارثون ، ويسهم لهم إذا حضروا القسمة ، ويحكم لهم أحكام المسلمين. وقد أخبر الله تعالى ذكره ، عن كفرهم وأخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم أنهم اتخذوا أيمانهم جنة من القتل بإظهار الأيمان على الإيمان"<sup>(4)</sup>.

4 - قال الله تعالى : { سَيَحْلِفُونَ بِاللَّهِ لَكُمْ إِذَا انْقَلَبْتُمْ إِلَيْهِمْ لَتُعَرِّضُوا عَنْهُمْ }<sup>(5)</sup> ، فأمر بقبول ما أظهروا ولم يجعل لنيبه أن يحكم عليهم بخلاف حكم الإيمان. وقد أعلم الله نبيه أنهم في الدرك الأسفل من النار { إِنَّ الْمُنَافِقِينَ فِي الدَّرَكِ الْأَسْفَلِ مِنَ النَّارِ وَلَنْ يَجِدَ لَهُمْ نَصِيرًا }<sup>(6)</sup> ، فجعل حكمه تعالى عليهم على سرائرهم ، وحكم نبيه عليهم في الدنيا على علانيتهم ، بإظهار التوبة وما قامت عليه بيّنة من المسلمين ، وما أقروا بقوله وما جحدوا من قول الكفر ، مما لم يقرؤا به ولم يقيم به بيّنة عليهم ، وقد كذبهم في قولهم في كل ذلك<sup>(7)</sup>.

5 - ما رواه مالك عن ابن شهاب عن عطاء بن يزيد الليثي عن عبيد الله بن يزيد عن عدي ابن الحيار ، أن رجلاً سارَّ النبي صلى الله عليه وسلم ، فلم ندر ما سارَّه ، حتى جهر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإذا هو يشاوره في قتل رجل من المنافقين ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أليس يشهد أن لا

1 - سورة الحجرات ، آية رقم : 14.

2 - محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، ج 7 ص 295.

3 - سورة المنافقون ، الآيتان الأولى والثانية.

4 - محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، ج 4 ص 114.

5 - سورة التوبة ، آية رقم : 96.

6 - سورة النساء ، آية رقم : 144.

7 - محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، ج 7 ص 295.

إله إلا الله؟ قال: بلى، ولا شهادة له. فقال: أليس يصلى؟ قال: بلى، ولا صلاة له. فقال النبي صلى الله عليه وسلم: أولئك الذين نحاني الله عن قتلهم.

### ثالثا: الأحكام الشرعية لا تناط بأسباب خفية، ولا تنفذ إلا بحسب الظاهر.

يقرر الشافعي أن الشريعة لا تناط بأسباب خفية يصعب ضبطها، ويتعذر حصرها، والبناء عليها محتمل الصواب والخطأ، كما أنها لا تنفذ إلا بحسب الأمر الظاهر المطرد، فليس للحاكم أو القاضي أو المفتي أن يبحث عن نيات الناس ويكشف عنها، ولكن عليه فقط أن يتعرف على ظاهرهم وما تقوم عليه الشواهد من حالهم. فقال: "فإنه جلّ وعزّ ظاهر عليهم الحجج فيما جعل إليهم من حكم الدنيا، بألا يحكموا إلا بما ظهر من المحكوم عليه وأن لا يجاوزوا أحسن ظاهره"<sup>(1)</sup>، ويدلل على صحة قوله بأدلة مختلفة منها:

1 - حديث عويمر العجلاني في لعانه امرأته فعن عن مالك عن هشام بن عروة: "جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم العجلاني وهو أُحيمرُ سبطُ نضو الخلق، فقال يا رسول الله رأيت شريك بن السحّماء يعني ابن عمّه، وهو رجلٌ عظيم الأليتين أدعج العنيتين حادّ الخلق، يُصيبُ فلانة، يعني امرأته وهي حُبلى وما قرئتها منذ كذا. فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم شريكًا فجحد، ودعا المرأة فجحدت، فلاعن بينه وبين زوجها وهي حُبلى. ثم قال: "أبصروها، فإن جاءت به أدعج عظيم الأليتين فلا أراه إلا قد صدق عليّها، وإن جاءت به أُحيمرًا كآته وحرّة، فلا أراه إلا قد كذب". فجاءت به أدعج عظيم الأليتين. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن أمره لبيّن، لولا ما قضى الله". يعني أنّ الولد من الزنى لولا ما قضى الله، من أن لا يحكم على أحد إلا بإقرار أو بيّنة. وقال: "لولا ما قضى الله لكان لي فيهما قضاؤٌ غيرُهُ".

ولم يعرض لشريك ولا للمرأة، وأنفذ الحكم وهو يعلم أن أحدهما كاذب، ثم علم بعد أن الزوج هو الصادق، فكان هذا دليلا على أن الشريعة لا تحكم إلا بالظاهر<sup>(2)</sup>.

2 - حديث ركانة: حيث إن رُكانة بن عبد يزيد طلق امرأته سُهَيْمَةَ الْمُزَيْنَةَ أَلْبَتَّةَ، ثم أتى إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله إني طلقت امرأتي سهيمة ألبتة، والله ما أردت إلا واحدة فقال، النبي صلى الله عليه وسلم لركانة والله ما أردت إلا واحدة؟ فقال ركانة والله ما أردت إلا واحدة، فردها إليه النبي صلى الله عليه وسلم. فطلقها الثانية في زمان عمر، والثالثة في زمان عثمان رضي الله عنهما.

1 - محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج 7 ص 295.

2 - محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج 7 ص 296.

قال الشافعي : "والأغلب على من سمع قول ركانة لامرأته : أنت طالق ألبتة ، أنه قد أوقع الطلاق بقوله أنت طالق ، وأن البتة إرادة شيء غير الأول ، أنه أراد الإبتات بثلاث ، ولكنه لما كان ظاهرا في قوله واحتمل غيره ، لم يحكم النبي صلى الله عليه وسلم إلا بظاهر الطلاق وذلك واحدة"<sup>(1)</sup>.

3 - حديث الفزاري ، قال للنبي صلى الله عليه وسلم : إن امرأتي ولدت غلاما أسود وعرض بالقذف ، فلم يحدّه النبي صلى الله عليه وسلم ، إذ لم يكن التعريض ظاهراً قذفاً ، فلم يحكم النبي صلى الله عليه وسلم حكم القاذف. رغم أن الأغلب على من سمع قول الفزاري يفهم منه أنه يريد القذف.

4 - قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "أيها الناس قد آن لكم أن تنتهوا عن محارم الله تعالى، فمن أصاب منكم من هذه القادورات شيئاً فليستتر بستر الله، فإنه من يبد لنا صفحته نعلم عليه كتاب الله". فأخبرهم أنه لا يكشفهم عما لا يدون من أنفسهم ، وأنهم إذا أبدوا ما فيه الحق عليهم أخذوا بذلك. وما يؤكد ذلك أن الله تعالى نهي عن التجسس ، فقال : { وَلَا تَجَسَّسُوا }<sup>(2)</sup>. حتى لا يحاسب الإنسان إلا على ما ظهر منه ، ولا تنتهك خصوصيته ، ويقتحم حماه وسريته<sup>(3)</sup>.

قال الشافعي معلقا على ما سبق ذكره من الشواهد والأدلة التي ساقها : "وبذلك مضت أحكام رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما بين العباد من الحدود وجميع الحقوق ، وأعلمهم أن جميع أحكامه على ما يظهرون ، وأن الله يدين بالسرائر"<sup>(4)</sup>. قال أيضا : "فرض الله تعالى على الحكام في الدنيا أن حراماً على حاكم أن يقضي أبداً على أحد من عباد الله ، إلا بأحسن ما يظهر وأخفه على المحكوم عليه ، وإن احتمل ما يظهر منه غير أحسنه ، كانت عليه دلالة بما يحتمل ما يخالف أحسنه وأخفه عليه"<sup>(5)</sup>.

#### رابعا : القضاء لا يحكم إلا بحسب الظاهر

القضاء لا يحكم إلا بحسب الظاهر ، ويترك ما هو باطن مستتر ، وأن القاضي عليه أن يأخذ بوسائل الإثبات الظاهرة المطردة التي أقامها الشارع معلنة للحق وكاشفة له ، وهي البينة والإقرار والأيمان. قال الشافعي : "ليس لأحد أن يحكم على أحد إلا بظاهر ، والظاهر ما أقر به ، أو ما قامت به بينة ، تثبت عليه"<sup>(6)</sup>. واستدل على ذلك بقول النبي صلى الله عليه وسلم : "إمّا أنا بشرٌ وإنكم تختصمون إليّ،

1 - محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، ج 7 ص 297. ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 102.

2 - سورة الحجرات ، جزء من الآية رقم : 12.

3 - محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، ج 4 ص 114.

4 - محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، ج 7 ص 296.

5 - محمد بن إدريس الشافعي ، نفس المرجع والصفحة.

6 - محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، ج 1 ص 260.

وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ الْحَنُّ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَأَقْضِي لَهُ بِنَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ فَلَا يَأْخُذُ مِنْهُ شَيْئًا، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ"<sup>(1)</sup>.

فالحديث أفاد أن النبي صلى الله عليه وسلم لا يقضي إلا بالظاهر ، فالحكام من بعده أولى أن لا يقضوا إلا وفق الظاهر ، لأنه لا يعلم السرائر إلا الله عز وجل. وأن الحلال والحرام حسابهما عند الله لأحدهما مبنيان على الباطن ، وأن قضاء القاضي لا يحل المحرم ولا يحرم الحلال ، ولا يحل للمقضي له أن يأخذ ما قضى به القاضي إذا علم أن قضاء القاضي جانبه الصواب<sup>(2)</sup>.

قال الشافعي : "وفي هذا الحديث دلالة على أن الأئمة إنما كلفوا القضاء على الظاهر ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : "فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذه". فأخبر صلى الله عليه وسلم أن قد يكون هذا في الباطن ، محرما على من قضى له به ، وأباح القضاء على الظاهر. ودلالة على أن قضاء الإمام لا يحل حراما ، ولا يحرم حلالا ...

وفيه دلالة على أن الحكم على الناس يجيء على نحو ما يسمع منهم ، مما لفظوا به ، وإن أمكن أن تكون نياتهم أو غيبهم غير ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم : "من قضيت له فلا يأخذه". إذ القضاء عليهم إنما هو بما لفظوا به ، لا بما غاب عنه. وقد وكلهم فيما غاب عنه منهم بنية أو قول إلى أنفسهم. وفيه ودلالة على أنه لا يحل لحاكم أن يحكم على أحد ، إلا بما لفظ ، وأن لا يقضى عليه بشيء مما غيب الله تعالى عنه من أمره من نية أو سبب أو ظن أو تهمة لقول النبي صلى الله عليه وسلم : "على نحو ما أسمع منه". وإخبار النبي صلى الله عليه وسلم أن "من قضيت له فلا يأخذه". أن القضاء على ما يسمع منهما ، وأنه قد يكون ما في باطنهما غير ما قضى به عليهما ، إذ قضى بما سمع ، ووكّلهم فيما غاب عنه إلى أنفسهم.

فمن قضى بتوهم منه على سائله ، أو بغير ما سمع من السائلين ، فقد قضى بخلاف كتاب الله عز وجل وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم ؛ لأن الله عز وجل استأثر بعلم الغيب ، ولأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بما سمع ، وأخبر أن قد يكون غيبهم غير ظاهرهم ، لقوله "فمن قضيت له بشيء فلا يأخذه". ورسول الله صلى الله عليه وسلم أولى الناس بعلم هذا لموضعه الذي وضعه الله تعالى به وكرامته التي اختصه الله تعالى بها من النبوة ونزول الوحي عليه ، فوكّلهم في غيبهم إلى أنفسهم. ومثل هذا قضاؤه لعبد

1 - رواه البخاري ومسلم والترمذي والنسائي وأبو داود وابن ماجه ومالك وأحمد ، عن أم سلمة.

2 - محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، ج 1 ص 260. و ج 4 ص 114.

بن زمعة بالولد. وقوله لسودة : "احتجني منه". عندما رأى شيئا يبيِّن ، فقضى بالظاهر ، وهو فراش زمعة<sup>(1)</sup>.

وفي هذه القضية قضى النبي صلى الله عليه وسلم بالظاهر ، حيث حكم بالنسب لصاحب الفراش ، ولكنه صلى الله عليه وسلم في شأن نفسه أخذ بما تشير إليه قرائن الأحوال ، فأمر زوجته سودة بنت زمعة أن تحتجب عنه ، إذ تبين له شيء من القرائن ، فأخذ به في خاصة نفسه ، وإن كان قد حكم بغيره ، لأن أحكام الشرع تناط بما ظهر لا بما بطن<sup>(2)</sup>.

### خامسا : العقود لا يأخذ فيها إلا بالإرادة الظاهرة

في باب العقود ، يتبنى الشافعي النزعة الموضوعية ، ولا يأخذ إلا بالإرادة الظاهرة ، ويدلل على ذلك بما يلي :

1 - العقد يكتمل بالإيجاب والقبول ، ولا تأثير للقصد في بنية العقد ، "لأن السبب هو الإيجاب والقبول ، وهما تامان ، وأهلية التعاقد لا نزاع فيها ، ومحلية العقد قابلة ، فلم يبق إلا القصد المقرون بالعقد - أي الباعث - ولا تأثير له في بطلان الأسباب الظاهرة"<sup>(3)</sup>.

2 - العقود والالتزامات تبنى على الظاهر ، لا تؤثر فيها البواعث النفسية الخفية ، يقول الشافعي : «أصل ما أذهب إليه ، أن كل عقد كان صحيحا في الظاهر ، لم أبطله بتهمة ، ولا بعادة بين المتبايعين ، وأجزته بصحة الظاهر ، وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع. وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به ، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ، ممن يراه أنه يقتل به ظلما ؛ لأنه قد لا يقتل به ، ولا أفسد عليه هذا البيع. وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمرا ، ولا أفسد عليه البيع إذا باعه إياه لأنه باعه حلالا ، وقد يمكن ألا يجعله خمرا أبدا. وفي صاحب السيف ألا يقتل به أحدا أبدا. ولو نكح رجل امرأة عقدا صحيحا ، وهو ينوى ألا يمسكها إلا يوما أو أقل أو أكثر ، لم أفسد النكاح ، وإنما أفسده أبدا بالعقد الفاسد»<sup>(4)</sup>.

وهكذا "يفسر الشافعي الشريعة تفسيرا ماديا على الظاهر لا على الباطن"<sup>(5)</sup> ، كما ذكر ذلك الشيخ محمد أبو زهرة. ويقول أيضا : "لو استعرنا بعض التعبيرات القانونية لقلنا : إن الشافعي يعتمد في

1 - محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، ج 6 ص 199.

2 - محمد أبو زهرة ، الشافعي حياته وعصره آراؤه وفقهه ، ص 291.

3 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 197.

4 - محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، ج 3 ص 74.

5 - محمد أبو زهرة ، الشافعي حياته وعصره آراؤه وفقهه ، ص 284.

تفسير الشريعة على الناحية المادية ، فهو يأخذ بما تؤدي إليه النصوص وما ترمي إليه من غير نظر إلى ما سواها"<sup>(1)</sup>.

3 - وفي تفسير العقود والحكم عليها ، فإنّ الشافعي لا يعتد إلا بما ورد في صيغة العقد ، وأنه لا يفسده إلا بالتعبير المشتمل عليه ، ولا يهتم بأي نية أو ذريعة تقدمته أو تأخرت عنه ، فيقول : "إنه لا يفسد العقد أبدا ، إلا بالعقد نفسه ، لا يفسدُ بشيء تقدمه ولا تأخره ، ولا بتوهم ولا بأغلب ؛ وكذلك كل شيء لا تفسده إلا بعقده. ولا تفسد البيوع بأن يقول هذه ذريعة ، وهذه نية سوء ، ولو جاز أن نبطل من البيوع بأن يقال متى خاف أن تكون ذريعة إلى الذي لا يحلُّ كان أن يكون اليقين من البيوع بعقد ما لا يحلُّ أولى أن ترد به من الظن. ألا ترى أن رجلا لو اشترى سيفا ونوى بشرائه أن يقتل به ، كان الشراء حلالا ، وكانت النية بالقتل غير جائزة ، ولم يبطل بها البيع. وكذلك لو باع البائع سيفا من رجل يريد أن يقتل به رجلا كان هكذا ... فإذا دلّ الكتاب ثم السنة ثم عامة حكم الإسلام ، على أن العقود إنما يثبتُ بالظاهر عقدها ، لا يفسدها نية العاقدين ، كانت العقود إذا عقدت في الظاهر صحيحة أولى أن لا تفسد بتوهم غير عاقدها على عاقدها ، لاسيما"<sup>(2)</sup> إذا كان توها ضعيفا"<sup>(3)</sup>.

يقول الشيخ محمد أبو زهرة شارحا رأي الشافعي في تفسيره للعقود وإعطائها الوصف الشرعي : "إنّ الشافعي في تفسير العقود وإعطائها أوصافها الشرعية من الصّحة والبطالان ، وترتيب الأحكام عليها ينظر نظرة مادية ، لا نظرة نفسية. فهو لا يحكم على العقود من حيث آثارها وأوصافها بحسب نية العاقدين وأغراضهما التي لا تذكر وقت العقد ، وإن كانت بيّنة من أحوالهما وما لابس العقد من أمور سبقته ولحقته، ولكن يحكم على العقد بحسب ما تدل عليه ألفاظه وما يستفاد منها في اللغة وعرف العاقدين في الخطاب. وإذا كان العقد في ألفاظه وعباراته غير مشتمل على شيء يوجب التحريم ، ولكن قرائن الأحوال تدل على أنه اتخذ سبيلا لأمر محرم ، حكم على العقد بالصّحة ولم يلتفت إلى ما اتخذ ذريعة له"<sup>(4)</sup>.

فالشافعي لا مجال عنده للبحث عن النيات والمقاصد الخفية كي يبطل التصرفات أو يصححها ، لأن هذا لا يتفق مع المبدأ العام الذي قرره ، وهو أن الأحكام الشرعية في الدنيا تبنى على الظاهر، أما النيات فعلمها عند الله وهو الذي يتولى أمرها. فالعقود كلها لا يؤخذ فيها إلا بما تنطق بها عباراتها ، من غير نظر إلى النيات سواء أكانت نيات مشروعة أم غير مشروعة، فإذا كان العقد صحيحا بما تدل عليه عبارته وما

1 - محمد أبو زهرة ، نفس المرجع والصفحة.

2 - ورد في النص الأصلي "ثم سيما" ، وقد ظهر أن المعنى لا يستقيم ، والصواب ما ذكرت في المتن وهو "لاسيما".

3 - الشافعي ، الأم ، ج 7 ص 297 - 298.

4 - محمد أبو زهرة ، الشافعي حياته وعصره آراؤه وفقهه ، ص 291.

اشترط فيه من شروط ، فهو عقد صحيح من كل الوجوه من غير نظر إلى كونه ذريعة إلى محرم أو ذريعة إلى حلال. فالبيع إذا كان بمقتضى عبارته ليس فيه ما يدل على فساد ، كان صحيحا ، ولو كان ذريعة إلى ربا ، مادام العقد لم يقتزن بشرط الربا ، ولا بشيء يفسده ، والنية يحاسب عليها الله تعالى الذي لا تخفى عليه خافية في الأرض ولا في السماء ، أما القاضي والمفتي والحاكم فليس لهم أن يتجاوزوا عبارة العقد إلى التيات ليسألوا عنها سواء كانت حسنة أم سيئة.

جاء في الأم : "إذا اشترى الرجل طعاما إلى أجل ، فقبضه فلا بأس أن يبيعه ممن اشتراه منه ومن غيره بنقد إلى أجل ، وسواء في هذا المعين ، وغير المعين"<sup>(1)</sup> ، فرغم أن صورة البيع في هذا المثال أن المشتري استدان من البائع ديناً سيسدده بأكثر منه ، وقريئة الربا فيه واضحة ، رغم ذلك أجازته ، ولم يفرق في صحة البيع سواء أكان ذريعة ومُعِيناً على الربا ، أم لم يكن كذلك.

يقول الشافعي معللاً رأيه في نكاح المحلل : «قواعد الفقه وأدلتها لا تحرم مثل ذلك ، فإنّ هذه العقود التي لم يشترط المحرم في صلبها عقود صدرت من أهلها ، في محلها ، مقرونة بشروطها ، فيجب الحكم بصحتها ، لأن السبب هو الإيجاب والقبول ، وهما تامان ، وأهلية التعاقد لا نزاع فيها ، ومحلية العقد قابلة ، فلم يبق إلا القصد المقرون بالعقد ، ولا تأثير له في بطلان الأسباب الظاهرة»<sup>(2)</sup>.

فالشافعي يصرح في هذا النص أنه ما دام قد توافرت أركان التصرف وشروطه ، من «إيجاب وقبول ، وأهلية ، وقابلية المحل لحكم العقد» فلا عبرة بعدها للقصد الخفي في بطلان الأسباب الظاهرة للتصرف. «فالباعث لا يؤثر في اقتضاء السبب لحكمه»<sup>(3)</sup>.

ويقول أيضا «والنية لا تغير موجب السبب ... وليس هي منافية لموجب العقد»<sup>(4)</sup>. ويؤكد ذلك بقوله : «فالقصد لا يقدح في اقتضاء السبب لحكمه ، لأنّه خارج عما يتم به العقد»<sup>(5)</sup>.

وهذه نصوص واضحة وصریحة للشافعي ، في الدلالة على أن السبب الدافع خارج عن دائرة التعاقد. ويؤكد في موضع آخر ، خروج السبب الدافع عن دائرة التعاقد ، فيقول إنه : «منقطع عن السبب ، فلا يخرج السبب عن اقتضاء حكمه»<sup>(6)</sup>.

1 - الشافعي ، الأم ، ج 3 ص 33.

2 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 197

3 - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص 215.

4 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ، ص 198.

5 - ابن القيم ، نفس المرجع والصفحة.

6 - ابن القيم ، المرجع نفسه والصفحة.

4 - مقارنة بين الإكراه والقصد ، ويفترض الشافعي سؤالاً من معترض يعترض عليه ، يقول له لم أخذت بالإكراه ، ولم تأخذ بالقصد ، على الرغم من أنّ الإكراه قد يكون أحياناً ذي طابع نفسي ، ومن ثم يشترك مع القصد في النزعة الذاتية ؟

يرى الشافعي أن الرضا إذا تخلف لم يقيم العقد لأنه شرط في صحة العقد ، أما إذا كان القصد غير مشروع ، فلا عبرة به ولا يؤثر في صحة العقد «لأنه منقطع عن السبب» أي خارج عن دائرة التعاقد<sup>(1)</sup>. يقول الشافعي : « فالقصد لا يقدح في اقتضاء السبب لحكمه ، لأنه خارج عما يتم به العقد ، ولهذا لو اشتري عصيراً ومن نيته أن يتخذه خمراً؛ أو جارية ومن نيته أن يكرهها على البغاء أو يجعلها مغنية؛ أو سلاحاً ومن نيته أن يقتل به معصوماً ؛ فكل ذلك لا أثر له في صحة البيع ، من جهة إنه منقطع عن السبب فلا يخرج السبب عن اقتضاء حكمه. وقد ظهر بهذا الفرق بين هذا (القصد)<sup>(2)</sup> ، وبين الإكراه، فإن الرضا شرط في صحة العقد ، والإكراه ينافي الرضا»<sup>(3)</sup>.

5 - نتائج العقد وآثاره مرتبطة بتوفر الأركان والشروط وليس بالنية والقصد.

يؤكد الشافعي أن لا تأثير للسبب الدافع على آثار العقد ونتائجه ، ذلك أن هذه الآثار قد قصر الشارع إناطتها على توفر أركان العقد وشروطه ، لا على نية العاقد وقصده، يقول : «فإذا كان السبب ظاهراً متعيناً لمسببه ، لم يكن للنية الباطنة أثر في تغيير حكمه. ويوضحه إن النية لا تؤثر في اقتضاء الأسباب الحسية والعقلية المستلزمة لسببها ، ولا تؤثر النية في تغييرها»<sup>(4)</sup>. ويقول أيضاً : "فنحن لنا ظواهر الأمور، وإلى الله سرّاتها وبواطنها، ولهذا يقول الرسل لربهم تعالى يوم القيامة إذا سأهم : { مَاذَا أُجِبْتُمْ } ؟ فيقولون : { قَالُوا لَا عِلْمَ لَنَا إِنَّكَ أَنْتَ عَلَّامُ الْغُيُوبِ }"<sup>(5)</sup> ، كان لنا ظواهرهم، وأما ما انطوت عليه ضمائرهم وقلوبهم، فأنت العالم به"<sup>(6)</sup>.

### الفرع الثاني : السبب الباعث في المذهب الحنفي

لا يعتد المذهب الحنفي بالسبب غير المشروع ، إلا إذا تضمنته صيغة العقد صراحة ؛ ومن ثم فهو يحكم ببطالان التصرفات التي كان الباعث على إبرامها سبباً غير مشروع ، ورد النص عليه صراحة في صيغة العقد. قال الكاساني : "ولا يجوز إجارة الإمام للزني، لأنها إجارة على المعصية. وقيل فيه نزل قوله تعالى:

1 - وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، ص 518.

2 - ورد في أصل الكتاب كلمة العقد ، والصواب هو القصد كما صححناه في المتن.

3 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 198.

4 - ابن القيم ، نفس المرجع والصفحة.

5 - سورة المائدة ، آية رقم : 111.

6 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 199.

{ وَلَا تُكْرَهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِيَبْتِغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَنْ يُكْرِهِنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بَعْدِ  
إِكْرَاهِهِنَّ غَفُورٌ رَحِيمٌ }<sup>(1)</sup>. وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه "نهى عن مهر البغي"<sup>(2)</sup> ، وهو  
أجر الزانية على الزنى"<sup>(3)</sup>.

وقال الكاساني أيضا : "فأما إذا شرط ، بأن استأجر ذمي دارا من مسلم في مصر من أمصار  
المسلمين ليتخذها مصلى للعامة، لم تجز الإجارة لأنه استئجار على معصية"<sup>(4)</sup>.

وقال الزيلعي : "ولا يجوز الاستئجار على الغناء والتّوح والملاهي، لأنّ المعصية لا يتصور استحقاتها  
بالعقد، فلا يجب عليه الأجر من غير أن يستحق هو على الأجر شيئا، إذ المبادلة لا تكون إلا باستحقاق  
كل واحد منهما على الآخر، ولو استحق عليه للمعصية، لكان ذلك مضافا إلى الشارع ، من حيث إنه  
شرع عقدا موجبا للمعصية تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا. ولأن الأجير والمستأجر مشتركان في منفعة ذلك  
في الدنيا، فتكون الإجارة على محل هو شريك فيه... وإن أعطاه الأجر وقبضه، لا يحل له، ويجب عليه رده  
إلى صاحبه. وفي المحيط في كتاب الاستحسان، إذا أخذ المال من غير شرط يباح، لأنه أعطاه المال عن طوع  
من غير عقد"<sup>(5)</sup>.

وفي الفتاوى الخانية : "رجل استأجر فحلا لينزبه، ولا يجوز ذلك ولا أجر فيه، وكذا النائحة  
والمغنية... وإن استأجر المسلم ذميا ليبيع له خمرا أو ميتا أو دما لا تجوز... ولو استأجر رجلا لينحت له  
أصناما أو ليزخرف له بيتا بالتماثيل فلا أجر له، كما لو استأجر نائحة أو مغنية"<sup>(6)</sup>.

يتضح من هذه النصوص أن المذهب الحنفي لا يعتد إلا بمشروعية محل العقد ، مادام لم يرد في  
صبيغته صراحة أو ضمنا ، ما يدل على السبب غير المشروع.

وفقهاء الحنفية متفقون على أنه لا يجوز التعاون على الإثم والمعصية ، ولكن الخلاف بين الإمام  
وصاحبيه فيما تقوم به المعصية ، فأبو حنيفة يرى أن السبب غير المشروع ، مادام لا يوجد ما يدل عنه  
صراحة لا يعتد به ، فهو ينظر إلى محل العقد ، فإذا قامت المعصية بذاته ، فلا يجوز العقد عندئذ ، أما إذا

1 - سورة النور ، آية رقم : 33.

2 - جزء من حديث ، ونصه : كما أخرجه مالك والبخاري عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام  
عن أبي مسعود الأنصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم "نهى عن ثمن الكلب ومهر البغيّ وحلوان الكاهن". رواه البخاري في  
كتاب البيوع ، باب ثمن الكلب ، حديث رقم 2237 و2282.

3 - الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج 4 ص 190.

4 - الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج 4 ص 176.

5 - عثمان بن علي الزيلعي ، ، تبين الحقائق ، ج 5 ص 125.

6 - فخر الدين حسن الأوزجندی المعروف بقاضي خان ، الفتاوى الخانية ، ج 2 ، ص 322.

لم تقم المعصية بعينه فيجوز ، أما صاحبان فتجاوزا المحل ، ونظرا إلى السبب غير المشروع ، وقالوا بالكراهة كما في بيع العينة ، والتحايل على إسقاط حق الشفعة<sup>(1)</sup>.

قال الكاساني : "ولو اشترى قمرية على أنها تصوت، أو طيرا على أنه يجئ من مكان بعيد، أو كبشا على أنه نطاح، أو ديكا على أنه مقاتل، فالبيع فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله، وهو أحد الروائين عن محمد بن الحسن رحمه الله. لأن هذه صفات يتلهمي بها عادة، والتلهي محذور، فكان شرطا محظورا، فيوجب فساد البيع. لو اشترى جارية على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها، فالبيع فاسد، لأن التغنية صفة محظورة لكونها لهوا، فشرطها في البيع يوجب فساد. ولو اشترى جارية على أنها مغنية على وجه إظهار العيب، جاز البيع، لأن هذا بيع بشرط البراءة عن هذا العيب، فصار كما لو باعها بشرط البراءة عن عيب آخر، فإن وجدها لا تغني لا خيار له، لأن الغناء في الجوازي عيب، فصار كما لو اشترى على أنه معيب فوجده سليما"<sup>(2)</sup>.

وهكذا يظهر بوضوح كيف أن الشيء الواحد قد يكون مشروعاً أو غير مشروع تبعاً لنية المتعاقدين، ففي مثال الجارية إذا كان الباعث على شرائها الرغبة في غنائها كان العقد فاسداً؛ لعدم مشروعية سببه ، لأن التلهي محذور. أما إذا كان الباعث على شرائها الخدمة وليس الغناء ، وإنما وردت الإشارة في العقد إلى كون الجارية مغنية على سبيل إظهار عيبها، لم يكن السبب غير مشروع، ومن ثم كان العقد صحيحاً<sup>(3)</sup>.

وجاء في ردّ المختار : "لا تصح الإجارة لأجل المعاصي مثل الغناء والنوح والملاهي، ولو أخذ بلا شرط بياح ، والملاهي هي كالمزامير والطبل. وإذا كان الطبل لغير اللهو، فلا بأس به، كطبل الغزاة والعرس لما في الأجناس، ولا بأس أن يكون ليلة العرس دف يضرب به ليعلن النكاح. وفي المنتقى: امرأة نائحة أو صاحبة طبل أو زمر اكتسبت مالا، رده على أربابه إن علموا، وإلا تتصدق به، وإن من غير شرط فهو لها. قال الإمام الأستاذ لا يطيب، والمعروف كالشروط. قلت : وهذا إنما يتعين الأخذ به في زماننا، لعلمهم أنهم لا يذهبون إلا بأجر ألبته"<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص 213.

<sup>2</sup> - الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج 4 ص 169.

<sup>3</sup> - يحيى بن شرف الدين النووي، روضة الطالبين، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، والشيخ علي محمد عوض، طبعة خاصة في سنة 1423هـ - 2003 م ، دار علم الكتب بالمملكة العربية السعودية، وبموافقة دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج 3 ص 20.

<sup>4</sup> - ابن عابدين ، رد المختار ، ج 5 ص 35 - 36.

وهكذا يتبين أن عقد إجارة أدوات الملاهي ، تدور صحته حول الغرض من الانتفاع بهذه الأدوات المذكورة في العقد؛ فإن كان يهدف إلى اللهو المحض كان العقد فاسداً، فإن كان لإعلان العرس أو للغزو أو للقافلة كان العقد صحيحاً.

### المطلب الثاني : السبب مستخلص من ملابسات التصرف

قد لا يكون السبب مذكوراً صراحة في صيغة التعبير عن الإرادة ، بل مذكوراً ضمناً ، أي يستنتج من الظروف والملابسات المصاحبة لهذا التعبير، وهنا نجد اختلافاً في موقف المذهب الشافعي والحنفي. فبينما يحتفظ المذهب الشافعي بنزعه الموضوعية، فلا يخرج عن صيغة التعبير نفسه، ويشترط ذكر السبب الدافع صراحة في العقد، نجد المذهب الحنفي يعتد بالملابسات المصاحبة للتعبير، ويجعلها عاملاً في أعمال السبب الدافع ، إذا كشفت هذه الملابسات والظروف عن عدم مشروعيته.

ويتجلى اختلاف المذهبين في كثير من المسائل الفقهية ، سأكتفي بمسألتين أوضح بهما رأي كل مذهب ، وهاتان المسألتان هما : بيع العينة ، وطلاق المريض مرض الموت ، ونوضحهما في فرعين.

#### الفرع الأول : بيع العينة<sup>(1)</sup>

وقبل بيان آراء الفقهاء في العينة ، نعرفها أولاً ، ثم نبين صورها ثانياً ، ثم أخيراً حكمها.

#### أولاً : تعريفها

أ - تعريف العينة لغة : مشتقة من العينة بكسر العين؛ بمعنى السلف والنسيئة حيث تشتملها. يقال اعتان الرجل : إذا اشترى الشيء بالشيء نسيئة، أو اشترى بنسيئة كما يقول الرازي<sup>(2)</sup>. وقيل : لهذا البيع عينة ، لأن مشتري السلعة إلى أجل يأخذ بدلها، أي من البائع عيناً أي نقداً حاضراً<sup>(3)</sup>.

أو هي مشتقة من العين بمعنى النقد، لحصول النقد لطالب العينة.

<sup>1</sup> - العينة مُعاملة قديمة بين الناس، والفكرة التي تقوم عليها هي فكرة التمويل التي تقوم عليها المؤسسات المالية المنظمة اليوم؛ كالبنوك، والمصارف ربوية كانت أو إسلامية. والتمويل في مصطلح البنوك: هو تقديم النقود للمحتاج إليها، وتستعير عنها البنوك الإسلامية بتوسيط سلعة.

<sup>2</sup> - مختار الصحاح ، مادة عين. المصباح المنير ، مادة عين.

<sup>3</sup> - كشف القناع ، ج 3 ص 186.

ويرى الكمال بن الهمام أنّ بيع العينة سمي بذلك: لأنّه من العين المسترجعة<sup>(1)</sup>، من رجوع عين السلعة إلى بائعها الأول، "وما لم ترجع إليه العين التي خرجت منه، لا يُسمّى بيع العينة؛ لأنّه من العين المسترجعة لا العين مُطلقاً، وإلا فكلُّ بيع، هو بيع العينة"<sup>(2)</sup>.

واستحسن الدسوقي أن يقال: إنّما سميت عينة، لإعانة أهلها للمضطر على تحصيل مطلوبه، على وجه التحيل، بدفع قليل في كثير<sup>(3)</sup>.

#### ب - تعريف العينة اصطلاحاً :

عرفها بعض فقهاء الحنفية بأنها : "شراء ما باع بأقل مما باع"<sup>(4)</sup>.

وعرفها آخر بأنها : "بيع العين بالربح نسيئة، لبيعها المستقرض بأقل ليقضي دينه"<sup>(5)</sup>.

وعرفها الشافعية بقولهم : "أن يبيعه عيناً بثمن كثير مؤجل ويسلمها له، ثم يشتريها منه بنقد يسير ليبقى الكثير في ذمته. أو يبيعه عيناً بثمن يسير نقداً، ويسلمها له، ثم يشتريها منه بثمن كثير مؤجل، سواء قبض الثمن الأول، أو لم يقبضه، فإنه يكره للاختلاف في حله"<sup>(6)</sup>.

وعرفها المالكية : "هي أن يشتري سلعة ثم يبيعها من بائعها بأقل من الثمن نقداً، أو إلى أقرب من الأجل"<sup>(7)</sup>. وعرفها ابن عرفة : "بأنه البيع المتحيل به إلى دفع عين في أكثر منها"<sup>(8)</sup>.

وعرفها من المعاصرين وهبة الزحيلي بأنها : "بيع يراد منه أن يكون حيلة للقرض بالربا"<sup>(9)</sup>.

ويمكن أن أعرفها بأنها : البيع الصوري المتخذ وسيلة للربا.

ثانياً : صور العينة : للعينة صور عدة أهمها ثلاث وهي :

- 1 - كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام ، شرح فتح القدير ، دار الكتب العلمية بيروت ، لبنان ، (د س ن)، ج 7 ص 213. ابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار ، ج 4 ص 279. الزيلعي ، تبيين الحقائق، ج 4 ص 163.
- 2 - ابن منظور ، لسان العرب ، ج 13 ص 305 - 306.
- 3 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ، ج 3 ص 88.
- 4 - الزيلعي ، تبيين الحقائق، ج 4 ص 163.
- 5 - ابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار، ج 7 ص 613.
- 6 - الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، ج 2 ص 35. يحيى بن شرف الدين النووي ، روضة الطالبين ، ج 3 ص 85 - 86. محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الخامسة، 1410 هـ - 1990 م، ج 1 ص 105.
- 7 - محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي المالكي ، القوانين الفقهية ، ص 297.
- 8 - أبو عبد الله محمد الأنصاري المشهور بالرصاص التونسي ، شرح حدود ابن عرفة ، ص 367.
- 9 - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 4 ص 467.

الصورة الأولى : وهو أن يشتري له حريراً بثمن هو أكثر من قيمته، لبيعه بأقل من ذلك الثمن لغير البائع، ثم يشتريه البائع من ذلك الغير بأقل من السعر الذي اشتراه به، ويدفع ذلك الأقل إلى بائعه، فيدفعه بائعه إلى المشتري المديون، فيسَلِّم الثوب للبائع كما كان، ويستفيد الزيادة على ذلك الأقل، وإنما سَطَّط الثاني تحُرُّراً عن شراء ما باع بأقل مما باع، قبل نقد الثمن<sup>(1)</sup>.

الصورة الثانية : أن يقرضه مثلاً خمسة عشر، ثم يبيعه ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر، ويأخذ الخمسة عشر القرض منه، فلم يخرج منه إلا عشرة، وثبت له خمسة عشر.

الصورة الثالثة : أن يبيع متاعه بألفين من المستقرض إلى أجل ثم يبعث متوسطاً يشتريه لنفسه بألفٍ حالَّة، ويقبضه ثم يبيعه من البائع الأول بألف، ثم يحيل المتوسط بائعه على البائع الأول بالثمن الذي عليه، وهو ألف حالَّة، فيدفعها إلى المستقرض، ويأخذ منه ألفين عند الحلول<sup>(2)</sup>.

والفرق بين الصورتين الأولى والثالثة، هو: أن المدين المستقرض باع على ثالث، وقبض منه النقود في الصورة الأولى ، أما في الصورة الثالثة فالمدين المستقرض باع على ثالث، وقبض النقود من البائع الأول، حيث أحيل عليه.

### ثالثاً : حكم بيع العينة

اختلف الفقهاء في حكم بيع البيعة على مذهبين : المذهب الأول : هو رأى الشافعي وابن حزم<sup>(3)</sup>، حيث ذهبوا إلى صحة بيع العينة، وعللاً ذلك بأن من باع سلعة من السلع إلى أجل ، وقبضها المشتري ، فلا بأس أن يبيعه من الذي اشتراها منه ، بأقل من الثمن أو أكثر ، أو دين أو نقد ، لأنها بيعة غير البيعة الأولى<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - قال ابن الهمام في حكم هذه الصورة : "فإذا فعل الكفيل ذلك كان مشترياً لنفسه والمملك له في الحرير، والزيادة التي يخسرها عليه". وقال : "وكيفما كان توكيلاً فاسداً، أو ضمناً باطلاً، يكون الشراء للمشتري، وهو الكفيل، والريح - أي: الزيادة التي يخسرها - عليه؛ لأنه العاقد. ابن الهمام ، فتح القدير ، ج 7 ص 211.

<sup>2</sup> - ابن نجيم، البحر الرائق، ج 6 ص 256. الزيلعي، تبين الحقائق، ج 4 ص 163. ابن الهمام، فتح القدير، ج 7 ص 211.

<sup>3</sup> - ابن حزم ، المحلى ، ج 9 ص 47. المسألة رقم 1558.

<sup>4</sup> - الماوردي ، الحاوي الكبير، ج 5 ص 287. الشافعي ، الأم ج 3 ص 39. مختصر للمزني، ص 120. الراجعي ، العزيز شرح الوجيز ، ج 4 ص 135 - 137. البغوي ، التهذيب في فقه الإمام الشافعي ، ج 3 ص 489.

وذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة والإباضية<sup>(1)</sup> إلى عدم جواز بيع العينة ، وقالوا: إن بيع العينة محرم لا يجوز ، وقد روي هذا عن ابن عباس وعائشة والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وأبي الزناد وربيعة وعبد العزيز بن أبي سلمة والثوري والأوزاعي وإسحاق<sup>(2)</sup>.

فالشافعي حكم بصحة بيع العينة ، لأنه لم يقترن بشرط فاسد صراحة ، تماشياً مع نزعتة الموضوعية في عدم إعمال السبب غير المشروع، إذا لم يكن مذكورا صراحة في العقد. أما المذهب الحنفي فقد اعتبر بيع العينة من البيوع الفاسدة ، إعمالاً للسبب غير المشروع ، إذا أمكن استنتاجه من الظروف المقارنة للعقد. وإليك النصوص الفقهية من المذهبين وأدلة كل فريق على ما ذهب إليه.

أ - رأي الحنفية : استدلل الحنفية على رأيهم بما رواه عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : «إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم»<sup>(3)</sup>. ووجه الاستدلال من الحديث : أن فيه التصريح من الرسول صلى الله عليه وسلم على أن التبايع بالعينة من أسباب تسليط الله الذل على المسلمين وما هذا إلا لأنها محرمة ، وهذا يدل على أنها من أنواع الربا المحرم.

وذكر ابن الهمام حكم بيع العينة نقلاً عن فقهاء الحنفية فقال : "قالوا : وهذا البيع مكروه؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : "إذا تبايعتم بالعينة...". وقال أبو يوسف: لا يكره هذا البيع؛ لأنه فعله كثير من الصحابة، وحمدوا على ذلك، ولم يعدوه من الربا. وقال محمد بن الحسن : هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم، اخترعته أكلة الربا، وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : "إذا تبايعتم بالعينة...". وقيل: "إياك والعينة؛ فإنها لعينة."

ثم ذكر ابن الهمام رأيه في بيع العينة ، فقال : "ولا شك أن البيع الفاسد بحكم الغضب المُحرّم، فأين هو من بيع العينة الصحيح المختلف في كراهته<sup>(4)</sup> ، ثم الذي يقع في قلبي : أن ما يخرج الدافع إن فُعِلَتْ صورة يعود فيها إليه هو، أو بعضه؛ كعود الثوب أو الحرير في الصورة الأولى، وكعود العشرة في صورة إقراض الخمسة عشرة، فمكروه، وإلا فلا كراهة إلا بخلاف الأولى، على بعض الاحتمالات، كأن يحتاج

<sup>1</sup> - الشيخ عبد العزيز بن الحاج بن إبراهيم الثميني ، التاج المنظوم من درر المنهاج المعلوم ، ج 4 ص 218.

<sup>2</sup> - ابن قدامة ، المغني ، ج 4 ص 256.

<sup>3</sup> - رواه أبو داود وأحمد والبيهقي. رواه أبو داود في سننه ، كتاب البيوع باب في النهي عن العينة، ج 3 ص 274. ورواه الإمام أحمد في مسنده، انظر الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد ج 15 ص 44. قال الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام ص 152 رواه أبو داود من رواية نافع عنه وفي إسناده مقال، ولأحمد نحوه من رواية عطاء ورجاله ثقات وصححه ابن القطان. ورواه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب البيوع ، باب ما ورد في كراهية التبايع بالعينة، ج 5 ص 316.

<sup>4</sup> - المقصود بالكراهة هنا هو الكراهة التحريمية ، لأنه لا يمكن أن يكون صحيحاً حراماً.

المديون، فيأبى المسؤول أن يقرض، بل أن يبيع ما يساوي عشرة بخمسة عشر إلى أجل، فيشتره المديون ويبيعه في السوق بعشرة حائلة، ولا بأس في هذا؛ فإن الأجل قابله قسط من الثمن، والقرض غير واجب عليه دائماً، بل هو مندوب، فإن تركه بمجرد رغبة عنه إلى زيادة الدنيا فمكروه، أو لعارض يعذر به فلا، وإنما يعرف ذلك من خصوصيات المواد، وما لم ترجع إليه العين التي خرجت منه لا يسمى بيع العينة؛ لأنه من العين المسترجعة، لا العين مطلقاً، وإلا فكلُّ بيعٍ ببيع العينة<sup>(1)</sup>.

ويبدو أن الحنفية ليس لهم رأي واحد في الموضوع، وهذا ما أشار إليه الدكتور وهبة الزحيلي عندما ذكر رأي الحنفية، فقال بعد أن ذكر صورة العينة الثنائية: "اختلف العلماء في الحكم على العقد الثاني، مع أن قصد التعامل بالربا واضح من البائع والمشتري، فقال أبو حنيفة: هو فاسد إن خلا من توسط شخص ثالث بين المقرض والمشتري "المقترض"، وقال أبو يوسف: هذا البيع صحيح بلا كراهة، وقال محمد بن الحسن: إنه صحيح مع الكراهة، حتى إنه قال: هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم، اخترعه أكلة الربا<sup>(2)</sup>.

ويقول الكاساني مبرزا خلافاً للمذهبين الحنفي والشافعي في بيع العينة: "وعلى هذا يخرج ما إذا باع رجل شيئاً نقداً أو نسيئته، وقبضه المشتري، ولم ينقد ثمنه، أنه لا يجوز لباعه أن يشتريه من مشتريه بأقل من ثمنه الذي باعه منه عندنا. وعند الشافعي رحمه الله يجوز. وجه قوله: أن هذا بيع استجمع شرائط جوازه، وخلا عن الشروط المفسدة إياه، فلا معنى للحكم بفساده، كما إذا اشتراه بعد نقد الثمن.

ولنا ما روي أن امرأة جاءت إلى السيدة عائشة رضي الله عنها وقالت: "إني ابتعت خادماً من زيد ابن أرقم بثمانمائة، ثم بعته منه بستمائة". فقالت عائشة رضي الله عنها: "بئس ما اشتريت، وبئس ما اشتريت، أبلغني زيدا أن الله تعالى قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، إن لم يتب".

ووجه الاستدلال به من وجهين؛ أحدهما: أنها ألحقت بزيد وعيدا لا يوقف عليه بالرأي، وهو بطلان الطاعة، بما سوى الردة، فالظاهر أنها قالتها سماعاً من رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولا يلتحق الوعيد إلا بمباشرة المعصية، فدل على فساد البيع، لأنَّ البيع الفاسد معصية.

والثاني: أنها رضي الله عنها سمّت ذلك بيع سوء، والفساد هو الذي يوصف بذلك، لا الصحيح، ولأن في هذا البيع شبهة الربا. لأنَّ الثمن الثاني يصير قصاصاً بالثمن الأول. فبقى من الثمن الأول زيادة لا

<sup>1</sup> - ابن الهمام، فتح القدير، ج 7 ص 213.

<sup>2</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4 ص 468.

يقابلها عوض في عقد المعاوضة، وهو تفسير الربا، إلا أن الزيادة ثبتت بمجموع العقدين، فكان الثابت بأحدهما شبهة الربا، والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة<sup>(1)</sup>.

ودليل آخر على عدم الجواز "أن الثمن لم يدخل في ضمان البائع قبل قبضه، فإذا عاد إليه عين ماله بالصفة التي خرج من ملكه، وصار بعض الثمن قصاصاً ببعض، بقي له عليه فضل بلا عوض، فكان ذلك ربح ما لم يضمن، وهو حرام"<sup>(2)</sup>.

## ب - رأي الشافعية :

استدل الشافعي على جواز بيع العينة بالأدلة الآتية :

**الدليل الأول :** ما روى أبو سعيد الخدري وأبو هريرة رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، استعمل رجلاً على خبير ، فجاءه بتمر جنيب<sup>(3)</sup> ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أَكُلُّ تَمْرٍ خَيْبٍ هَكَذَا؟ قال : لا . والله يا رسول الله إنا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تفعل ، بع الجُمع<sup>(4)</sup> بالدرهم ثم ابتع بالدرهم جنيباً<sup>(5)</sup> .

وجه الاستدلال : أنه صلى الله عليه وسلم قال له : بع التمر الرديء بالدرهم ، واشتر بها تمرًا جيّدًا ، بدون أن يفصل بين أن يشتري التمر الجيد من المشتري الأول أو من غيره ، فدل ذلك على جواز بيع العينة لعدم التفصيل في موضع البيان .

قال النووي : "واحتج بهذا الحديث أصحابنا وموافقوهم في أن مسألة العينة ليست بحرام وهي الحيلة التي يعملها بعض الناس توصلًا إلى مقصود الربا ، بأن يريد أن يعطيه مائة درهم بمائتي فيبيعه ثوبًا بمائتين ثم يشتريه منه بمائة ، وموضع الدلالة من هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له : بيعوا هذا واشتروا بثمانه من هذا ، ولم يفرق بين أن يشتري من المشتري أو من غيره ، فدلّ على أنه لا فرق ، وهذا كله ليس بحرام عند الشافعي وآخرين"<sup>(6)</sup>.

ولم يسلم المخالفون بهذا الاستدلال واعتبروا الحديث في غير محلّ الدعوى فلا يصلح دليلاً ، وذلك أنه صلى الله عليه وسلم ، بيّن له فساد هذا البيع الذي فعله ، وهو أن يشتري الصاع بالصاعين والصاعين

1 - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 5 ص 31 . ص 198 . الزيلعي ، تبين الحقائق ، ج 4 ص 53 .

2 - ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، ج 7 ص 267 - 268 .

3 - الجنيب : نوع جيد من التمر .

4 - الجُمع وهو تمر رديء . أو هو الخلط من التمر .

5 - متفق عليه . رواه مسلم في باب الربا . ورواه البخاري ، في كتاب البيوع ، باب إذا أراد بيع تمر بتمر خبير منه . حديث رقم

2201 . 2202 .

6 - النووي ، شرح صحيح مسلم ، ج 11 ص 21 .

بالثلاثة لعلّة الربا. أما هل يشتري من المشتري الأول فهذا ما لم يبينه صلى الله عليه وسلم ، ولو اشترى من المشتري الأول طعامًا جيدًا بسعر معروف فماذا يحصل ، إذ المنهي عنه أن يشتري عين ماله أما غيره فلا بأس.

قال ابن حجر : "واستدل بالحديث على جواز بيع العينة وهو أن يبيع السلعة من رجل بنقد ثم يشتريها منه بأقل من الثمن لأنه لم يخص بقوله : "ثم اشتر بالدراهم جنيا". غير الذي باع له الجمع. وتعقب بأنه مطلق ، والمطلق لا يشمل ، ولكن يشيع ، فإذا عمل به في صورة سقط الاحتجاج به فيما عداها ، ولا يصح الاستدلال به على جواز الشراء ممن باعه تلك السلعة بعينها. وقيل إن وجه الاستدلال به لذلك من جهة ترك الاستفصال ولا يخفى ما فيه"<sup>(1)</sup>.

**الدليل الثاني :** ما رواه الدارقطني والبيهقي عن أبي إسحاق السبيعي عن امرأته أنها دخلت على عائشة رضي الله عنها ، فدخلت معها أم ولد زيد بن أرقم الأنصاري وامرأة أخرى ، فقالت أم ولد زيد بن أرقم : يا أم المؤمنين إني بعت غلامًا من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم نسيئة ، وإني ابتعته بستمائة درهم نقدًا، فقالت لها عائشة بئسما اشتريت وبئسما شريت ، إن جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بطل إلا أن يتوب"<sup>(2)</sup>.

وجه الاستدلال من الحديث : أن هذا البيع لو كان غير صحيح لما أقدم عليه زيد بن أرقم صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم. وإنكار عائشة مجمل ، فهو على تقدير ثبوته يحتمل أن تكون عائشة عابت البيع إلى العطاء ، ولأنه أجل غير معلوم. وزيد صحابي ، وإذا اختلفوا ذهبنا إلى القياس وهو مع زيد، ونحن لا نثبت مثل هذا على عائشة. قال الماوردي : "وإذا كانت هذه السلعة لي كسائر مالي لم لا أبيع ملكي بما شئت وشاء المشتري"<sup>(3)</sup>.

وناقش المخالفون وجه الاستدلال من الحديث من وجوه عدة فقالوا :

الوجه الأول : إن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها لم تنكر هذا البيع إلا وعندها الدليل القاطع على تحريمه. إذ لو لم تكن متأكدة من الحكم لم تستحز أن تقول مثل هذا بالاجتهاد ، ولا سيما إن كانت قد قصدت أن العمل يجبط بالردة وأن استحلال الربا كفر وهذا منه. ولكن زيدًا معذور لأنه لم يعلم أن هذا محرم ، ولهذا قالت في بعض الروايات : "أبلغه" ، ويحتمل أن تكون قد قصدت أن هذا من الكبائر

<sup>1</sup> - ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، ج 4 ص 400 - 401.

<sup>2</sup> - رواه الدارقطني في سننه كتاب البيوع ج 3 ص 52. ورواه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب البيوع ، باب الرجل يبيع الشيء إلى أجل ثم يشتريه بأقل ، ج 5 ص 330.

<sup>3</sup> - الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج 5 ص 287. مختصر المزني مع كتاب الأم للشافعي ، ج 2 ص 201.

التي يقاوم إثمها ثواب الجهاد فيصير بمنزلة من عمل حسنة وسيئة بقدرها فكأنه لم يعمل شيئاً ، ولو كان مقصودها إنكار البيع إلى العطاء لم تستكره هذا الاستنكار ، ولما جعلته محبطاً للعمل ، لأن الجاهل بمثل هذه الأحكام نعلمه إياها ، وغاية ذلك أن يبيّن الأجل أو يفسد البيع لا أن يكون ذلك محبطاً للعمل . وقد وجّه الرسول صلى الله عليه وسلم من اشترى فضة بنقد ونسيئة ، أن ما كان يداً بيد فخذوه وما كان بنسيئة فردوه<sup>(1)</sup> ، ولم يجعل ذلك محبطاً للعمل .

الوجه الثاني : قولهم إن زياداً من الصحابة وقد خالفها ، هذا غير وارد لأنّ زياداً لم يقل هذا حلال ، بل فعله ، وفعل المجتهد لا يدل على أن ما فعله صحيح ، لاحتمال السهو أو الغفلة أو التأويل أو الرجوع ونحوه . وكثيراً ما يفعل الرجل الشيء ولا يعلم مفسدته فإذا نبه له انتبه ، ولا سيما أم ولده فإنها دخلت على عائشة تستعيتها وطلبت الرجوع إلى رأس مالها ، وهذا يدل على الرجوع عن ذلك العقد . ولم ينقل عن زيد أنه أصر على ذلك<sup>(2)</sup> .

الوجه الثالث : أن عائشة رضي الله عنها قد أنكرت على زيد هذا الفعل ، ولو كان البيع جائزاً لما أنكرته أم المؤمنين على وجه التغليظ والتشديد . قال الشوكاني : "تصريح عائشة بأن مثل هذا الفعل موجب لبطلان الجهاد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، يدل على أنها قد علمت تحريم ذلك بنص من الشارع ، إما من جهة العموم كالأحاديث القاضية بتحريم الربا الشامل لمثل هذه الصورة ، أو على جهة الخصوص كحديث العينة ، ولا ينبغي أن يظن بها أنها قالت هذه المقالة من دون أن تعلم بدليل يدل على التحريم<sup>(3)</sup> .  
**الدليل الثالث : القياس على بقية البيوع الجائزة ؛ لأنّ البيع وقع من أهله في محله باكتمال شروطه وأركانه فهو بيع صحيح . والبيعة الثانية غير البيعة الأولى<sup>(4)</sup> .**

ونوقش هذا الاستدلال بأنه قياس في مقابلة النص فلا يصح ؛ إذ لا قياس مع النص . ثم إن قياسه على بقية البيوع الجائزة فاسد ؛ إذ كثير من البيوع تتوفر فيها الأركان ، ومع هذا فالبيع قد يكون فاسداً ، وهنا الشروط غير متوفرة ؛ لأنّ البيع منهي عنه والدليل الذي يجرم مقدم على الدليل الذي يبيح ، مع أنه ليس هناك دليل مبيح ، وإنما الشافعي أجاز بناء على الأصل .

**الدليل الرابع : الردّ على أدلة المخالفين ؛ ردّ الشافعي على أدلة المخالفين له من وجوه وهي :**

- 1 - رواه البخاري في كتاب الشركة ، باب الاشتراك في الذهب والفضة وما يكون فيه الصرف ، حديث رقم 2497 .
- 2 - ابن القيم ، عوم المعبود شرح سنن أبي داود ، ج 5 ص 105 .
- 3 - الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ص 233 .
- 4 - النووي ، المجموع شرح المهذب ، ج 10 ص 124 .

الوجه الأول : ضعف حديث عائشة، قال الشافعي : قلت لمن احتج بهذا الحديث : أتعرف هذه المرأة؟ قال : لا ، فقلت : كيف يصح لك الاحتجاج بحديث من لا تعرفه.

الوجه الثاني : : أن عائشة رضي الله عنها إنما أبطلت البيع إلى العطاء ، لأنه أجل مجْهُول والآجال المَجْهُولَةُ يَبْطُلُ بِهَا الْبَيْعُ. فإن قالوا : إنما أنكرت البيع الثاني : لأنها قالت : "بَسَّ مَا اشْتَرَيْتَ وَبَسَّ مَا ابْتَعْتَ" تكررًا لإنكار البيع الثاني. قيل : هذا غلط ، لأنها قالت : "بَسَّ مَا اشْتَرَيْتَ" بمعنى بعت قال الله تعالى : { وَشَرَّوهُ بِمَنْ بَحْسٍ }<sup>(1)</sup>. أي باعوه.

الوجه الثالث : أنه لو سلمنا أن إنكار عائشة رضي الله عنها توجه إلى البيع الثاني دون الأول ، لما كان فيه دليل ، لأنَّ زيدا خالفها ، وإذا اختلف الصحابيَّان وكان القياس مع أحدهما كان قول من عاضده القياس أولى ، والقياس مع زيد دون عائشة رضي الله عنها.

فإن قيل : فليس الاحتجاج بقول عائشة ، وإنما الاحتجاج بالتوقيف في قولها : لأنها لا تبطل جهاد زيد باجتهادها. قيل : لا يصحَّ حمل قولها على التوقيف من وجهين ؛ أحدهما: إثبات نصِّ باستدلال وإبطال قياس باحتمال. والثاني : إمكان مقابلة ذلك بمثله في حمل ما ذهب إليه زيد على التوقيف ، فإذا أمكن معارضة الشيء بمثله سقط ، وليس ما ذكرته عائشة رضي الله عنها من أن زيدا قد أبطل جهاده دليل على التوقيف ، لأنه لا يجوز أن يضاف إلى أحد من الصحابة أنه علم بنصِّ فخالفه ، وإن لم يُعلم بما لم يبطل اجتهاده ، وليس هذا القوم منها إلا كقول ابن عباس رضي الله عنه : ألا يتقى الله زيد بن ثابت يجعل ابن الابن ابنا ، ولا يجعل أب الأب أبا. وكقوله في العول : ما جعل الله في المال نصفًا وثلاثين ، من شاء باهلته عند الحجر الأسود. ولم يدلَّ هذا القول منه مع ما فيه من الوعيد والملاعنة على أن في الجدد والعول نصًّا

وأما الجواب عن قولهم : إنه ذريعة إلى الربا المحرم ، فغلط بل هو سبب يمنع من الربا الحرام ، وما منع من الحرام كان ندبا. ألا ترى إلى حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيبر فجاءه بتمرٍ جَنِيْبٍ ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "أَكُلْ تَمْرَ خَيْبَرَ هَكَذَا ؟ قَالَ : لَا وَاللَّهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّا لَنَأْخُذُ الصَّاعَ بِالصَّاعَيْنِ وَالصَّاعَيْنِ بِثَلَاثَةِ . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لَا تَفْعَلْ بِعِ الْجُمُعِ بِالذَّرَاهِمِ ، ثُمَّ اشْتَرِ بِالذَّرَاهِمِ جَنِيْبًا". فجعل ذلك ذريعة إلى ترك الربا وندب إليه<sup>(2)</sup>.

1 - سورة يوسف ، آية رقم : 20.

2 - الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج 5 ص 288 - 289.

والقول الذي أراه راجحاً في حكم بيع العينة هو قول الجمهور ، لأنّ العينة حيلة على الربا ،  
وحديث النبي صلى الله عليه وسلم إذا تبايعتم بالعينة ... " نص في الموضوع.

قال المُنَاوِي<sup>(1)</sup> : "وهذا دليل قوي لمن حرم العينة، ولذلك اختاره بعض الشافعية، وقال: أوصانا  
الشافعي باتباع الحديث إذا صح بخلاف مذهبه"<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني : طلاق المريض مرض الموت

المقصود بمرض الموت : هو المرض الذي يخشى فيه من الموت ، ويتصل به الموت غالباً.  
قال الدسوقي : "والحاصل أن المدار على كثرة الموت من ذلك المرض ، بحيث يكون الموت منه  
شهيراً لا يتعجب منه ، ولا يلزم من كثرة الموت منه غلبة الموت به؛ فيقال في الشيء إنه كثير إذا كان وجوده  
مساوياً لعدمه والغلبة أخص من ذلك"<sup>(3)</sup>.

وقال الباجي : "كل مرض يقعد صاحبه عن الدخول والخروج ، وإن كان جذاماً أو برصاً أو فالجاً،  
فإنه يحجب فيه عن ماله ، وإن طلق فيه زوجته ورثته"<sup>(4)</sup>.

قال ابن نجيم : "والمراد به هنا من عجز عن القيام بجوائحه خارج البيت ، كعجز الفقيه عن الإتيان  
إلى المسجد ، وعجز السوقي عن الإتيان إلى دكانه. أما من يذهب ويحجى ويحجُم فلا ، وهو الصحيح ، وهذا  
في حقه. وأما في حقها فيعتبر عجزها عن القيام بمصالحها داخل البيت"<sup>(5)</sup>.

ويتضح أن ضابط مرض الموت ، هو المرض الذي يقعد صاحبه عن إقامة مصالحه المعتادة ، كعجز  
التاجر عن الذهاب إلى حانوته ، والعامل عن الذهاب إلى عمله ، والمصلي عن الذهاب إلى المسجد.  
وأماراته أن يلزم المريض الفراش ، وقيل لا يستطيع المشي إلا بمعين ، وأن تعجز المرأة عن القيام بأعمالها  
المعتادة في بيتها.

1 - هو زين الدين محمد عبد الرؤوف بن تاج العارفين ابن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي، من كبار العلماء في عصره،  
له أكثر من ثمانين مصنفاً، ولد بالقاهرة سنة 952هـ، وتوفي بها عام 1031هـ. الزركلي، الأعلام، ج 6 ص 204.

2 - محمد عبد الرؤوف المناوي ، فيض القدير شرح الجامع الصغير ، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الثانية 1391هـ  
- 1972م ، ج 1 ص 113.

3 - شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لمختصر خليل ، دار الفكر  
للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت، (د س ن) ، ج 4 ص 306.

4 - أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، المنتقى شرح موطأ مالك، دار الكتاب العربي، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثالثة  
1403هـ - 1983م ، ج 4 ص 85.

5 - ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج 4 ص 46.

وأُحِقَّ بالمريض مرض الموت في الحكم ، من يكون في حال يخشى فيها الهلاك ويتوقعه ويموت موتاً متصلاً به ، كمن يحكم عليه بالإعدام وينفذ فيه الحكم ويعدم فعلاً، أو من يكون في سفينة تلاطمت بها الأمواج وتوقع الغرق وغرق فعلاً<sup>(1)</sup>.

وقد عرفت المحكمة العليا في الجزائر المريض مرض الموت فقالت : "إن مرض الموت الذي يبطل التصرف ، هو المرض الأخير إذا كان خطيراً ، ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه"<sup>(2)</sup>.  
فمرض الموت هو الذي يتحقق فيه أمران ؛ الأول : أن يكون الغالب فيه الموت عادة. الثاني : أن يتصل به الموت. ويلحق به من يرتقب الموت كالمحكوم عليه بالإعدام والمشرف على الغرق في سفينة. وأضاف آخرون أن يستمر المرض في حدود سنة<sup>(3)</sup>.

ويسمى طلاق المريض مرض الموت ، طلاق الفارّ أو الفرار، لفراره من إرث زوجته.

ويكون المطلق فارّاً إذا تحققت فيه الشروط الأربع الآتية<sup>(4)</sup>:

الشرط الأول : أن يطلق زوجته طلاقاً بائناً.

الشرط الثاني : أن يطلقها طائعا لا مكرها.

الشرط الثالث : أن لا يكون الطلاق بناء على طلبها.

الشرط الرابع : أن تكون مستحقة للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة من ذلك المرض.

قال الشيخ محمد أبو زهرة شارحاً هذه الشروط : "إذا طلقها طلاقاً بائناً ، وكان طائعا ، بغير رضاها ، وكانت مستحقة للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة من ذلك المرض ، فإنه يعتبر فاراً بطلاقه البائن من الميراث. فلو كان مكرها على الطلاق، على فرض أن طلاق المكره يجوز، كما هو مذهب الحنيفة<sup>(5)</sup>، فإنه يعتبر فاراً. .... وإن كان بطلبها وثبت الطلب، أو كان الطلاق على مال، فإنه لا يعتبر فاراً، لأن طلبها أزال مظنة الفرار. وإن كانت غير مستحقة للميراث وقت الطلاق، وصارت مستحقة له وقت الوفاة لا يعتبر فاراً، كأن كانت غير مسلمة وقت الطلاق ثم أسلمت بعد الطلاق، فإنها لا تكون

<sup>1</sup> - تفسير القرطبي ، ج 7 ص 340.

<sup>2</sup> - قرار رقم : 33719 مؤرخ في 1984/07/09. المجلة القضائية سنة 1989 ، عدد 03 ، ص 51.

<sup>3</sup> - محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي، (د س ن، د م ن) ص 319. الملكية ونظرية العقد ، ص 314. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7 ص 452.

<sup>4</sup> - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 7 ص 454. محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ص 320.

<sup>5</sup> - يرى الحنفية أن طلاق المكره يقع ، لأنه قصد إيقاع الطلاق وإن لم يرض به. أما جمهور الفقهاء فلا يرون أن طلاق المكره يقع ، لقوله صلى الله عليه وسلم : "لا طلاق في إغلاق". عبد الغني الغنيمي الميداني ، اللباب في شرح الكتاب ، دار الكتاب العربي، الطبعة الثالثة 1418 هـ - 1997 م ، بيروت ، لبنان ، ج 2 ص 174.

مستحقة للميراث، لأنه لا يثبت التوريث بين المسلم وغيره، وإنما زالت في هذه الصورة مظنة الفرار، لأنها عند الطلاق لا يتصور ميراثها منه، فلا يتصور فرار من أمر غير متوقع، ولا بد من صلاحية استحقاقها للميراث إلى وقت الوفاة، فلو كانت مسلمة ثم ارتدت عن الإسلام، لا يعتبر الزوج فاراً، لأنها بارتدادها أسقطت حقها في الميراث، وأزالت عقد الزواج بسبب من جانبها، فصارت كما لو ارتضت الفراق، فلا تستحق ميراثاً، ولأن ارتدادها أزال الزوجية التي هي سبب ميراثها<sup>(1)</sup>.

وقد اتفق الفقهاء على أن الرجل المريض مرض الموت، إذا طلق امرأته فطلاقه نافذ كالصحيح، فإن مات من ذلك المرض ورثته المطلقة ما دامت في العدة من طلاق رجعي، كما ترثه في طلاقها في حال الصحة. لأن الطلاق الرجعي لا ينهي العلاقة الزوجية، إذ يستطيع الزوج أن يراجعها ولو بغير رضاها وبدون ولي أو شهود أو صداق جديد.

كما اتفق الفقهاء على أن الرجل إذا طلق امرأته في مرض الموت ثم ماتت، لم يرثها، وإن ماتت في العدة.

واختلفوا في إرث الزوجة المطلقة طلاقاً بائناً، إذا مات الزوج في أثناء العدة من هذا الطلاق. فذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية إلى أنها ترث<sup>(2)</sup>، وذهب الشافعي إلى أنها لا ترث<sup>(3)</sup>. وقال ابن حزم طلاق المريض كطلاق الصحيح لا فرق، فإذا مات أو ماتت فلا توارث بينهما بعد الطلاق الثلاث، ولا بعد تمام العدة في الطلاق الرجعي<sup>(4)</sup>، وأيد كل فريق رأيه بأدلة مختلفة، وهي:

استدل الشافعي على أن المرأة المطلقة في عدة طلاق بائن لا ترث من زوجها الذي طلقها، "لأن الزوجية قد ارتفعت بالطلاق البائن قبل الموت، وهي سبب التوارث بين الزوجين، فإذا ارتفعت قبل الموت، فقد زال سبب الميراث فلا يثبت، ولا عبرة بمظنة الفرار، لأن أحكام الشريعة لا تناط بالنيات الخفية، بل تناط بالأسباب الظاهرة، والسبب الظاهر للميراث قد زال بعمل من يملك إزالته، فلا عبرة بنيته"<sup>(5)</sup>. واستدل جمهور الفقهاء على رأيهم بالأثر والمعقول.

1 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 320.

2 - عبد الغني الغنيمي الميداني، اللباب في شرح الكتاب، ج 2 ص 179.

3 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7 ص 453.

4 - ابن حزم، المحلى، ج 10 ص 218. مسألة رقم 1976.

5 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 321.

فمن الأثر : ما قضى به عثمان بن عفان رضي الله عنه ، حيث ورث تماضر بنت الأصبع الكلبية من عبد الرحمن بن عوف ، الذي كان قد طلقها ثلاثا في مرضه الذي مات فيه ، ثم مات وهي في عدتها. فورثها عثمان ، وكان ذلك بمحض من الصحابة ، فلم ينكر عليه أحد ، فاعتبر ذلك إجماعا منهم<sup>(1)</sup>.

أما المعقول : فإن الزوجية وهي سبب الإرث قد أزالها بقصد إبطال حقها في الميراث ، فيرد عليه قصده ما بقيت العدة ، لبقاء آثار الزوجية ، فجعلت آثار الزوجية قائمة مقامها ، ولو انتهت العدة ، تكون آثار الزوجية قد زالت ، فلا يكون ثمة سبب شرعي لوجوب الميراث<sup>(2)</sup>.

قال ابن رشد : "وأما المريض الذي يطلق طلاقا بائنا ويموت من مرضه، فإن مالكا وجماعة يقول: ترثه زوجته. والشافعي وجماعة لا يورثها، والذين قالوا بتوريثها انقسموا ثلاث فرق: ففرقة قالت لها الميراث ما دامت في العدة، وممن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه والثوري.

وقال قوم: لها الميراث ما لم تتزوج، وممن قال بهذا أحمد وابن أبي ليلى، وقال قوم: بل ترث كانت في العدة أو لم تكن، تزوجت أم لم تتزوج، وهو مذهب مالك والليث بن سعد.

وسبب الخلاف: اختلافهم في وجوب العمل بسد الدرائع، وذلك أنه لما كان المريض يتهم في أن يكون إنما طلق في مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث، فمن قال بسد الدرائع أوجب ميراثها، ومن لم يقل بسد الدرائع ولا حظ وجوب الطلاق لم يوجب له ميراثا، وذلك أن هذه الطائفة تقول: إن كان الطلاق قد وقع فيجب أن يقع بجميع أحكامه لأنهم قالوا: إنه لا يرثها إن ماتت، وإن كان لم يقع فالزوجية باقية بجميع أحكامها.

ولا بد لخصومهم من أحد الجوابين، لأنه يعسر أن يقال إن في الشرع نوعا من الطلاق توجد له بعض أحكام الطلاق وبعض أحكام الزوجية، وأعسر من ذلك القول بالفرق بين أن يصح أو لا يصح، لأن هذا يكون طلاقا موقوف الحكم إلى أن يصح أو لا يصح ، وهذا كله مما يعسر القول به في الشرع"<sup>(3)</sup>.

واختلف جمهور الفقهاء في وقت الإرث<sup>(4)</sup> : فقال الحنفية إنها ترث إذا مات زوجها وهي في العدة من هذا الطلاق البائن، لبقاء بعض أحكام الزواج فيبقى حق إرثها منه. فإن مات بعد انقضاء العدة فلا

<sup>1</sup> - ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ص 218. القراني ، الذخيرة ، ج 13 ص 14.

<sup>2</sup> - محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ص 321.

<sup>3</sup> - ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ص 82 - 83.

<sup>4</sup> - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 7 ص 454.

ميراث لها ؛ لأنه لم يبق بينهما علاقة وصارت كالأجنبية، فأثناء العدة ترث بسبب بقاء بعض أحكام الزوجية ، وبعد انقضاء العدة لا ترث لانقطاع آثار الزوجية<sup>(1)</sup>.

وقال المالكية إنها ترث وإن انقطعت عدتها وتزوجت ، لأنه ما طلقها إلا ليحرمها من الميراث فيعامل بنقيض مقصوده، ولأن سبب توريثها فراره من توريثها ، وهذا المعنى لا يزول بعد انقضاء العدة<sup>(2)</sup>.  
وقال الحنابلة : إن زوجة المطلق في مرض موته الذي قصد بطلاقه الفرار من الميراث يكون لها حق الإرث ، ولا ينقطع حقها في الإرث إلا إذا تزوجت من غيره قبل موته ، وذلك لأنه "قصد قصدا فاسدا في الميراث فعورض بنقيض قصده ، كالمقاتل القاصد استعجال الميراث يعاقب بحرمانه" ؛ ولأنها بتزوجها من غيره لا يمكن تصور قيام الزوجية ، إذ لا يتصور أن تكون زوجة من اثنين، على هذا الرأي أيضا ابن أبي ليلى من فقهاء العراق والشافعي في القديم<sup>(3)</sup>.

وقد رجح الشيخ محمد أبو زهرة رأى الحنفية ، واعتبره الرأي الوسط الذي يتفق من كل الوجوه مع القياس الفقهي<sup>(4)</sup>. وقد أخذ به قانون الأحوال الشخصية السوري<sup>(5)</sup> في المادة 179 حيث نصت على أن: "من باشر سبباً من أسباب البينونة في مرض موته وما يلحق به من حالات، أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك طائعاً بلا رضی زوجه ومات في ذلك المرض أو في تلك الحالة ، والمرأة في العدة فإنها ترث منه بشرط أن تستمر أهليتها للإرث من وقت الإبانة إلى الموت".

ويلاحظ أن طلاق المريض مرض الموت ، وهو تصرف صادر من جانب واحد ، لما كان سببه غير مشروع ، لم يفض إلى بطلانه بالكلية ، بدليل أن الزوجة ترث من زوجها ، أما الزوج فلا يرث من زوجته إذا ماتت قبله ، فالزواج يعتبر قائما في حق الإرث، وأن هذا القيام للزواج وحيد الجانب بالنسبة للزوجة فقط وفي حق الإرث فقط. إن أيلولة الميراث إلى زوجة الفار، هو وليد أعمال السبب غير المشروع في الطلاق، وذلك معاملة لصاحب النية السيئة بنقيض قصده.

ويلاحظ أيضا ، أن موقف المذاهب الأربعة، من طلاق الفار، والحلول التي أوجدوها جزاء للباعث غير المشروع في هذا التصرف، يكشف بوضوح عن تدرج النزعة الذاتية في هذه المذاهب الأربعة، وهذا التدرج نكاد نجده في جميع الفروع الفقهية ، فبينما تنعدم هذه النزعة لدى الشافعية، وتحل محلها نزعة

<sup>1</sup> - عبد الغني الغنيمي الميداني ، اللباب في شرح الكتاب ، ج 2 ص 179.

<sup>2</sup> - القرافي ، الذخيرة ، ج 13 ص 14.

<sup>3</sup> - ابن قدامة ، المغني ، ج 6 ص 217 - 218.

<sup>4</sup> - محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ص 321.

<sup>5</sup> - صدر قانون الأحوال الشخصية السوري الجديد في : 5 أبريل/ نيسان 2009م الموافق 10 ربيع الآخر 1430 هـ.

موضوعية واضحة، لعدم اعتدادهم بالبائع عند المطلق إذا لم يصرح به، فإنها تبرز بشكل باهت لدى الحنفية الذين يقيدون ميراث زوجة الفارّ بوفاته خلال عدتها. وتندرج هذه النزعة من الضعف إلى القوة لدى الحنابلة، الذين لا يقيدون ميراث زوجة الفارّ بوفاته خلال عدتها، بل يعطونها هذا الحق، ولو مات بعد انقضاء عدتها، ما دامت لم تتزوج من زوج آخر. وتصل النزعة الذاتية إلى أقصاها لدى المالكية، فزوجة الفارّ ترث عندهم، وسواء أ مات في عدتها أم لم يموت، وسواء أتزوجت بزواج آخر أم لم تتزوج<sup>(1)</sup>.

وخلصة أقوال المذاهب في طلاق المريض مرض الموت ، أن المذهب الشافعي يحرم المطلقة، من الميراث ، ولا يحتفل بعدم مشروعية السبب الذي دفع المريض إلى طلاق زوجته ما دام لم يتضمن الطلاق شرطاً صريحاً يفسده. أما المذهب الحنفي فيورث مطلقة، إعمالاً للسبب غير المشروع الذي دفعه لطلاق زوجته. وهكذا يرد طلاق الفارّ ، برد قصده إلى تمام عدتها عند الحنفية ، ولو بعد انقضاء العدة عند المالكية ، وما لم تتزوج عند الحنابلة.

### المبحث الثاني : لا يعتد بالسبب إذا لم تتضمنه صيغة التعبير عن الإرادة

تبين من خلال المطلب السابق، أن السبب غير المشروع ، يجب أن يرد ذكره في العقد صراحة أو ضمناً لكي يتسنى إعماله، وفي هذا المطلب سيتم بيان الحالات التي لا يعمل فيها بالسبب غير المشروع، وذلك في حالة ما إذا ظلّ السبب باعثاً في نفس المتعاقد ، ولم يفصح عنه في صيغة التعبير عن الإرادة. ويترتب على ذلك "أن يقوم التصرف صحيحاً، بالاستناد إلى كمال وسائله الفنية، ولو كانت وسائله النفسية، ملوثة بعدم المشروعية، مادامت هذه الوسائل لم تفصح عن نفسها في صلب الإرادة الظاهرة"<sup>(2)</sup>. وهذه بعض المسائل الفقهية ورد فيها السبب غير المشروع ، لكن فقهاء الحنفية والشافعية أهملوا العمل به ، لأنه لم يذكر في صلب التعبير عن الإرادة، وهي زواج المحلل ، وبيع العنب لمن يعصرها خمرًا، وبيع السلاح في الفتنة الداخلية ، وتأجير الأماكن لتكون محلاً لممارسة العبادة لغير المسلمين ، ويتم توضيح ذلك في مطالب أربعة.

### المطلب الأول : زواج المحلل

اتفق الفقهاء على أنه إذا طلق الزوج زوجته ثلاثاً سواء طلقها ثلاثاً متفرقات أو جملة واحدة ، فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ، لقول الله تعالى : { فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ }<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص 526.

<sup>2</sup> - وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص 527.

<sup>3</sup> - سورة البقرة ، آية رقم : 228.

ولا تنتهي الحرمة باتفاق الفقهاء ، إلا إذا تزوجت زوجاً ثانياً بنية الاستمرار وبقصد دوام العشرة الزوجية بينهما ، وذلك إذا توافرت شروط أربعة<sup>(1)</sup> وهي :

الشرط الأول . أن تنكح زوجاً غيره، لقوله تعالى: { حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ } ، حيث نفى الحلّ إلى غاية التزوج بزواج آخر ، فلو وطئها إنسان بالزنى أو بشبهة، لم تبح ؛ لأنه ليس بزواج.

الشرط الثاني . أن يكون النكاح الثاني صحيحاً ، فإن كان فاسداً ودخل بها لا تحلّ للأول؛ لأن النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة، ولأن لفظ النكاح ورد في الآية مطلقاً ، والإطلاق يقتضي الصحة.

الشرط الثالث . أن يطأها الزوج الثاني في الفرج، فلو وطئها دونه أو في الدبر، لم يحلّها لزوجها الأول؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم علّق الحلّ على ذوق العُسَيْلَةِ منهما، فقال لامرأة رفاعة القرظي: «أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة ؟ لا ، حتى تذوقني عُسَيْلَتِهِ ويدوق عُسَيْلَتِكَ»<sup>(2)</sup> ، ولا يحصل هذا إلا بالوطء في الفرج، وأدناه تغييب الحشفة في الفرج؛ لأن أحكام الوطء تتعلق به.

الشرط الرابع أضافه المالكية والحنابلة : هو أن يكون الوطء حلالاً (مباحاً) ، وأن يكون الواطئ بالغاً. لأن الوطء غير المباح حرام لحق الله تعالى، فلم يحصل به الإحلال كوطء المرتدة، ولأن من كان دون سن البلوغ لا يمكنه المجامعة.

فلا يحلّ المطلقة إلا الوطء المباح الذي يكون في العقد الصحيح في غير صوم أو حج أو حيض أو اعتكاف. وأجاز الحنابلة للمجنون إحلال المطلقة ثلاثاً كما قال الحنفية؛ لظاهر الآية: { حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ }<sup>(3)</sup>، ولأنه وطء مباح من زوج في نكاح صحيح تام، فأشبهه وطء العاقل.

فإذا توافرت هذه الشروط الأربعة حلّت الزوجة لزوجها الأول ، وهنا تثار مسألة زواج المحلل ، وهي هل إذا تزوج الزوج الثاني المرأة المطلقة ثلاثاً بنية تحليلها لزوجها الأول تحل له أم لا ؟ وإذا كان قد تزوجها بنية التحليل فهل صرّح بهذه النية في العقد ، أم لم يصرح بذلك ؟ فيصبح لدينا حالتان نوضحهما تباعاً.

### الحالة الأولى : إذا تم التصريح في العقد بنية التحليل

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية وأبي يوسف ، إلى أن الزواج بالمطلقة ثلاثاً التي يشترط صراحة في العقد أن يحلّها الزوج الثاني لزوجها الأول ، هو زواج حرام باطل ، ولا تحلّ

<sup>1</sup> - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 3 ص 187 - 189. عبد الغني الغنيمي ، اللباب ، ج 3 ص 58. ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ص 86. الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ص 46. الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 3 ص 182. ابن قدامة ، المغني ، ج 6 ص 645 - 648. ابن حزم ، المحلى ، ج 10 ص 220. مسألة 1955. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 7 ص 474 - 476.

<sup>2</sup> - رواه الجماعة عن عائشة رضي الله عنها. الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 6 ص 253.

<sup>3</sup> - سورة البقرة ، آية رقم : 228.

لزوجها الأول. واستدلوا على ذلك بقول النبي صلى الله عليه وسلم : «ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا: بلى يا رسول الله قال: هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له»<sup>(1)</sup>. ويقول ابن مسعود : «لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له»<sup>(2)</sup>، واللّعن يدل على أن الشيء محرم، والتحريم يقتضي أن الشارع نهي عن ذلك الشيء ، والتّهي يدل على فساد المنهي عنه، ولا يطلق الزواج الشرعي على الزواج المنهي عنه. ولأن النّكاح بشرط الإحلال في معنى النّكاح المؤقت، وشرط التوقيت في النكاح يفسده، والنكاح الفاسد لا يقع به التحليل، فهو نكاح إلى مدة أو فيه شرط يمنع بقاءه فأشبهه نكاح المتعة. قال في المهذب: «لأنه نكاح شرط انقطاعه دون غايته، فشاببه نكاح المتعة» ، ويؤيده قول عمر: والله لا أوتى بمحلل ومحلل له إلا رجمتهما<sup>(3)</sup>.

"قال الشافعي وأبو ثور: المحلل الذي يفسد نكاحه ، هو الذي يعقد عليه في نفس عقد النكاح ، أنه إنما يتزوجها ليحلّها ثم يطلقها"<sup>(4)</sup>.

وذهب أبو حنيفة وزفر إلى أن هذا النّكاح صحيح مكروه تحريماً، فإن وطئها الزوج الثاني حلّت للأول بعد أن يطلقها وتنقضي عدتها، لأن شرط التحليل شرط فاسد، والزواج لا يفسد بالشروط الفاسدة، فيلغى الشرط، ويصح العقد؛ لإطلاق آية {حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ}<sup>(5)</sup>. دون تفرقة بين ما إذا شرط الإحلال أم لا، إلا أنه مكروه تحريماً؛ لأنه شرط يناهي المقصود من النكاح وهو السكن والتوالد والتعطف، وهو يتوقف على البقاء والدوام في الزوجية.

وقال محمد بن الحسن : النكاح الثاني صحيح، ولا تحلّ المطلقة للأول؛ لأن النّكاح عقد مؤبد، فكان شرط الإحلال استعجالاً لما أخره الله تعالى لغرض الحلّ، فيبطل الشرط ويبقى النّكاح صحيحاً، لكن لا يحصل به الغرض، كمن قتل مورثه فإنه يحرم من الميراث.

ويبدو أن الحنفية ليس لهم رأي واحد من مسألة زواج المحلل ، الذي تتضمن صيغة التعبير فيه إرادة التحليل. فذهب أبو حنيفة إلى صحة هذا العقد سواء أشرط العاقد التحليل أم لم يشرط ذلك. وذهب أبو

<sup>1</sup> - رواه ابن ماجه ، عن عقبة بن عامر. الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 6 ص 138.

<sup>2</sup> - رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه عن ابن مسعود، ورواه الخمسة إلا النسائي عن علي. الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 6 ص 138.

<sup>3</sup> - رواه الأثرم عن قبيصة بن جابر.

<sup>4</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ، ص 196.

<sup>5</sup> - سورة البقرة ، آية رقم : 228.

يوسف إلى التفصيل، فقضى بفساده إن شرط التحليل، وقضى بصحته إن لم يشترط. وذهب محمد بن الحسن إلى صحة العقد، ولكن لا تحلّ لزوجها الأول<sup>(1)</sup>.

وقد لخص الكاساني رأي الحنفية فقال: "فإن تزوجت بزوج آخر ومن نيتها التحليل... وإن شرط الإحلال بالقول، وإنه يتزوجها لذلك، وكان الشرط منها، فهو نكاح الصحيح عند أبي حنيفة وزفر، وتحل للأول، ويكره للثاني والأول.

وقال أبو يوسف: إن النكاح الثاني فاسد وإن وطئها لم تحلّ للأول. وقال محمد: النكاح الثاني صحيح ولا تحلّ للأول.

وجه قول أبي يوسف إن النكاح بشرط الإحلال في معنى النكاح المؤقت، وشرط التوقيت في النكاح يفسده، والنكاح الفاسد لا يقع به التحليل.

ولمحمد بن الحسن: أن النكاح عقد مؤبد، فكان شرط الإحلال استعجال ما أخره الله تعالى لغرض الحلّ، فيبطل الشرط، ويبقى النكاح صحيحاً. لكن لا يحصل به الغرض، كمن قتل مورثه، أنه يحرم الميراث. ولأبي حنيفة، أن عمومات النكاح تفتضى الجواز، من غير فصل بين ما إذا شرط فيه الإحلال أو لا، فكان النكاح بهذا الشرط نكاحاً صحيحاً، فيدخل تحت قوله تعالى: {حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ}<sup>(2)</sup>. فتنتهي الحرمة عند وجوده، إلا أنه كره النكاح بهذا الشرط لغيره، وهو أنه شرط يناهى المقصود من النكاح، وهو السكن والتوالد والتعفف، لأن ذلك يقف على البقاء، والدوام على النكاح...

وأما قول أبي يوسف إن التوقيت في النكاح يفسد النكاح، فنقول المفسد له هو التوقيت نصاً، ألا ترى أن كل نكاح مؤقت، فإنه يتوقت بالطلاق والموت وغير ذلك، ولم يوجد التوقيت نصاً، فلا يفسد. وقول محمد بن الحسن: إنه استعجال ما أجله الله تعالى ممنوع، فإن استعجال ما أجله الله تعالى لا يتصور، لأن الله تعالى، إذا ضرب لأمر أجلاً لا يتقدم ولا يتأخر<sup>(3)</sup>.

### الحالة الثانية: الزواج بقصد التحليل دون التصريح بذلك في العقد

اختلف الفقهاء في حكم هذا الزواج على مذهبين، فذهب الشافعية والحنفية ومن معهم إلى صحة هذا الزواج، وذهب المالكية والحنابلة ومن معهم إلى فساد.

<sup>1</sup> - السرخسي، المبسوط، ج 7 ص 142. ابن الهمام، فتح القدير، ج 8 ص 449.

<sup>2</sup> - سورة البقرة، آية رقم: 228.

<sup>3</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 3، ص 187 - 188.

**المذهب الأول :** ذهب الحنفية والشافعية والظاهرية والشيعة الإمامية<sup>(1)</sup> : إلى صحة عقد الزواج بقصد التحليل من غير التصريح بهذه النية في العقد ، وتحلّ المرأة لزوجها الأول إذا وطئها الزوج الثاني، وهو قول الشعبي والليث بن سعد وأبو ثور وسالم بن عبد الله والقاسم بن محمد.

"ذكر عبد الرزاق عن معمر عن هشام بن عروة عن أبيه ، أنه كان لا يرى بأساً بالتحليل ، إذا لم يعلم أحد الزوجين. قال ابن حزم وهو قول سالم بن عبد الله والقاسم بن محمد. وقال الشعبي لا بأس بالتحليل إذا لم يأمر به الزوج. وقال الليث بن سعد : إن تزوجها ثم فارقها ، لترجع إلى زوجها ، ولم يعلم المطلّق ولا هي بذلك، وإنما كان ذلك إحساناً منه ، فلا بأس أن ترجع إلى الأول. فإن بيّن الثاني ذلك للأول بعد دخوله بها لم يضره. "قال الشافعي وأبو ثور: ... فأما من لم يشترط ذلك في عقد النكاح، فعقده صحيح لا داخلة فيه، سواء شرط ذلك عليه قبل العقد أو لم يشترط، نوى أول ينوه. قال أبو ثور، وهو مأجور"<sup>(2)</sup>.

واستدل أصحاب هذا الرأي بما يلي :

أ - أن مجرد النية في المعاملات غير معتبر، فوقع الزواج صحيحاً، لتوافر شرائط الصحة في العقد، وتحلّ للأول، كما لو نوى التوقيت وسائر المعاني الفاسدة، فإن التوقيت وسائر الشروط الفاسدة هي التي تبطل ويصح العقد.

قال الشافعي : "إذا عقد التّكاح مطلقاً لا شرط فيه ، فالنكاح ثابت ولا تفسد النية من النكاح شيئاً ، لأن النية حديث نفس ، وقد وُضِعَ عن الناس ما حدثوا به أنفسهم. وقد ينوى الشيء ولا يفعله ، وينويه ويفعله ، فيكون الفعل حادثاً غير النية. وكذلك لو نكحها ونيتها ونيتها أو نية أحدهما دون الآخر ، أن لا يمسكها إلا قدر ما يصيبها ، فيحلّها لزوجها ، ثبت النكاح ... ما لم يقع النكاح بشرط يفسده"<sup>(3)</sup>.

ب - قوله تعالى : { فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا مَحْلُ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ }<sup>(4)</sup> ، قالوا : "وهذا زوج، وقد عقد بمهر وولي ورضاها وخلوها من الموانع الشرعية ، وهو راغب في ردها إلى الأول ، فيدخل في حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "لا نكاح إلا نكاح رغبة". وهذا نكاح رغبة في تحليلها للمسلم كما أمر الله تعالى بقوله { حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ } . والنبي صلى الله عليه وسلم إنما شرط في

<sup>1</sup> - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 2 ص 187. الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 3 ص 183. ابن حزم ، المحلى ، ج

10 ص 220. نجم الدين جعفر بن حسن الحلبي، المختصر النافع في فقه الإمامية ، دار الكتاب العربي، مصر، ص 223.

<sup>2</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 195 - 196.

<sup>3</sup> - الشافعي ، الأم ، ج 5 ص 80.

<sup>4</sup> - سورة البقرة ، آية رقم : 228.

عَوْدِهَا إِلَى الْأَوَّلِ بِمَجْرَدِ ذَوْقِ الْعُسَيْلَةِ بَيْنَهُمَا ، وَعَجَبًا الْحَلَّ بِذَلِكَ فَقَالَ : "لَا ، حَتَّى تَذُوقَ عُسَيْلَتَهُ وَيَذُوقَ عُسَيْلَتَهَا". فَإِذَا تَذَاوَقَا الْعُسَيْلَةَ حَلَّتْ لَهُ بِالنِّصِّ"<sup>(1)</sup>.

ج - "وَأَمَّا لَعْنُهُ لِلْمَحْلَلِ فَلَا رَيْبَ أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَمْ يَرِدْ كُلَّ مُحْلَلٍ وَمَحْلَلٍ لَهُ ؛ فَإِنَّ الْوَلِيَّ مُحْلَلٌ لَمَّا كَانَ حَرَامًا قَبْلَ الْعَقْدِ ، وَالْحَاكِمُ الْمَرْجُوحُ مُحْلَلٌ بِهَذَا الْإِعْتِبَارِ ، وَالْبَائِعُ لِأَمْتِهِ مُحْلَلٌ لِلْمَشْتَرِيِّ وَطَأْهَا ، فَإِنَّ قَلْنَا : "الْعَامُ إِذَا خَصَّ صَارَ بِمَجْمَلًا" ، بَطَلَ الْإِحْتِجَاجُ بِالْحَدِيثِ . وَإِنْ قَلْنَا : هُوَ حُجَّةٌ فِيمَا عَدَا مُحَلَّ التَّخْصِيسِ ، فَذَلِكَ مَشْرُوطٌ بِبَيَانِ الْمُرَادِ مِنْهُ ، وَلَسْنَا نَدْرِي الْمُحْلَلُ الْمُرَادُ مِنْ هَذَا النَّصِّ ، أَهْوَى الَّذِي نَوَى التَّحْلِيلَ أَوْ شَرْطُهُ قَبْلَ الْعَقْدِ أَوْ شَرْطُهُ فِي صِلْبِ الْعَقْدِ ؟ أَوْ الَّذِي أَحَلَّ مَا حَرَّمَهُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ ؟

وَوَجَدْنَا كُلَّ مَنْ تَزَوَّجَ مُطْلَقَةً ثَلَاثًا فَإِنَّهُ مُحْلَلٌ ، وَلَوْ لَمْ يَشْتَرِطِ التَّحْلِيلَ وَلَمْ يَنْوَهُ ؛ فَإِنَّ الْحَلَّ حَصَلَ بِوِطْئِهِ وَعَقْدِهِ ؟ وَمَعْلُومٌ قَطْعًا أَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي النَّصِّ ، فَعَلِمَ أَنَّ النَّصَّ إِنَّمَا أَرَادَ بِهِ مَنْ أَحَلَّ الْحَرَامَ بِفِعْلِهِ أَوْ عَقْدِهِ ، وَنَحْنُ وَكُلُّ مُسْلِمٍ لَا نَشْكُ فِي أَنَّهُ أَهْلٌ لِلْعِنَةِ اللَّهُ . وَأَمَّا مَنْ قَصَدَ الْإِحْسَانَ إِلَى أَخِيهِ الْمُسْلِمِ وَرَغِبَ فِي جَمْعِ شَمْلِهِ بِزَوْجَتِهِ ، وَلَمْ شَعَثْهُ وَشَعَثَ أَوْلَادَهُ وَعِيَالَهُ ، فَهُوَ مُحْسِنٌ وَمَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ ، فَضْلًا عَنْ أَنْ تَلْحَقَهُمُ لَعْنَةُ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ"<sup>(2)</sup>.

د - قَالُوا : إِنْ "قَوَاعِدُ الْفِقْهِ وَأَدْلَتُهُ لَا تَحْرِمُ مِثْلَ ذَلِكَ ، فَإِنَّ هَذِهِ الْعُقُودَ الَّتِي لَمْ يَشْتَرِطِ الْحَرَمَ فِي صِلْبِهَا عَقُودَ صَدَرَتْ مِنْ أَهْلِهَا ، فِي مُحْلَلِهَا ، مَقْرُونَةٌ بِشَرْطِهَا ، فَيَجِبُ الْحُكْمُ بِصِحَّتِهَا ، لِأَنَّ السَّبَبَ هُوَ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ ، وَهِيَ تَامَانٌ ، وَأَهْلِيَّةُ التَّعَاقُدِ لَا نِزَاعَ فِيهَا ، وَمَحَلِّيَّةُ الْعَقْدِ قَابِلَةٌ ، فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا الْقَصْدُ الْمَقْرُونُ بِالْعَقْدِ ، وَلَا تَأْتِيرُ لَهُ فِي بَطْلَانِ الْأَسْبَابِ الظَّاهِرَةِ"<sup>(3)</sup>.

**المذهب الثاني :** وَذَهَبَ الْمَالِكِيَّةُ وَالْحَنَابِلَةُ<sup>(4)</sup> وَالْإِبَاضِيَّةُ<sup>(5)</sup> ، إِلَى بَطْلَانِ عَقْدِ الزَّوْجِ بِقَصْدِ التَّحْلِيلِ حَتَّى وَلَوْ لَمْ يَقَعِ التَّصْرِيحُ بِهَذِهِ النِّيَّةِ فِي الْعَقْدِ ، وَذَلِكَ بِأَنْ تَوَاطَأَ الْعَاقِدَانِ عَلَى التَّحْلِيلِ قَبْلَ الْعَقْدِ ، أَوْ نَوَى الزَّوْجِ التَّحْلِيلَ فِي الْعَقْدِ وَلَمْ يَصْرَحْ بِهِ ، أَوْ نَوَاهُ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ ، ثُمَّ عَقَدَا الزَّوْجَ بِهَذَا الْقَصْدِ ، بَطَلَ الْعَقْدُ ، وَلَا تَحَلَّ الْمَرْأَةُ لِزَوْجِهَا الْأَوَّلِ ، عَمَلًا بِمَبْدِئِ سَدِّ الذَّرَائِعِ ، وَبِحَدِيثِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «لَعْنُ اللَّهِ الْمُحْلَلِ وَالْمَحْلَلِ لَهُ»<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ، ص 196 .

<sup>2</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ، ص 197 .

<sup>3</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ، ص 197 .

<sup>4</sup> - ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ص 87 . ابن قدامة ، المغني ، ج 6 ص 646 .

<sup>5</sup> - محمد بن يوسف اطفيش ، شرح النيل ، ج 7 ص 370 .

<sup>6</sup> - رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه عن ابن مسعود ، ورواه الخمسة إلا النسائي عن علي . الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 6 ص 138 .

قال ابن تيمية : "إنّ نكاح المحلل إنما بطل ، لأنّ النّكاح قصد ما يناقض النكاح ، لأنه قصد أن يكون نكاحه لها وسيلة إلى ردها إلى الأول ، والشيء إذا فعل لغيره كان المقصود بالحقيقة هو ذلك الغير لا إياه ، فيكون المقصود بنكاحها أن تكون منكوحة للغير لا أن تكون منكوحة له ، وهذا القدر ينافي قصد أن تكون منكوحة له ، إذ الجمع بينهما متناف ، وهو لم يقصد أن تكون منكوحة له بحال ، حتى يقال قصد أن تكون منكوحة له في وقت ولغيره في وقت آخر"<sup>(1)</sup>.

ويتفق المالكية مع الحنابلة في حرمة هذا النكاح وفساده ، ويفرق بينهما قبل الدخول وبعده ، ويعاقب المحلل والزوجة والشهود إذا كانوا على علم ، ولا تحل الزوجة لمطلقها الأول<sup>(2)</sup>.

والرأي الذي أراه راجحاً هو الرأي الثاني ، لأنّ هذا الفعل أشبه بالسفاح ، بدليل ما روى الحاكم والطبراني في الأوسط عن عمر : «أنه جاء إليه رجل ، فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثاً ، فتزوجها أخ له عن غير مؤامرة ، ليحلها لأخيه ، هل تحل للأول؟ قال : لا ، إلا بنكاح رغبة ، كنا نعد هذا سفاحاً على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم»<sup>(3)</sup>.

### المطلب الثاني : بيع العنب لمن يعصرها خمراً

اختلف الفقهاء في حكم بيع العنب لمن يعصرها خمراً مذهبين ، فذهب الشافعية والحنفية إلى صحة هذا البيع ، وذهب المالكية والحنابلة إلى فساده.

**المذهب الأول :** لم يعتد أصحاب النزعة الموضوعية بالسبب غير المشروع ، مادام لم يذكر صراحة في صيغة العقد ، ومن ثم فقد حكموا بصحة بيع العنب مع الكراهة ، لمن يعصرها خمراً. فقال أبو حنيفة والشافعي بصحة بيع العنب لمن يعصرها خمراً ، لعدم وجود ما يؤكد أنه يتمكن من جعله خمراً ، والإنسان يؤاخذ على مقاصده ، أما الوسائل فقد يحال بينه وبينها. والمحرم في البيع هو العقد الفاسد ، دون العقد نفسه ، فلم يمنع صحة العقد ، أي أن هناك فرقا بين ظاهر العقد ، والدافع إليه ، والحكم يكون على الظاهر لا على الباطن.

<sup>1</sup> - ابن تيمية ، مجموع فتاوى ، ج 2 ص 231.

<sup>2</sup> - ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ص 87. سحنون بن سعيد التنوخي ، المدونة الكبرى ، ج 2 ص 211. الشيخ عليش ، منح الجليل ، ج 2 ص 57.

<sup>3</sup> - الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 6 ص 139.

وقد "حكى ابن المنذر عن الحسن وعطاء والثوري أنه لا بأس ببيع التمر لمن يتخذه مسكرا. قال الثوري : بيع الحلال ممن شئت ، واحتج لهم بقوله تعالى : {وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ} (1) ، ولأنَّ البيعَ تمَّ بأركانه وشروطه (2).

جاء في مختصر الطحاوي : "من كان له عصير فلا بأس عليه ببيعه، وليس عليه أن يقصد بذلك إلى من يأمنه أن يتخذه خمرا، دون من يخاف ذلك عليه؛ لأنَّ العصير حلال فيبيعه حلال، كبيع ما سواه من الأشياء الحلال، مما ليس على بائعها الكشف عما يفعله المشتري فيها" (3).

جاء في الباب : "ولا بأس ببيع العصير ، ولو ممن يعلم أنه يتخذه خمرا ، لأنَّ المعصية لا تقام بعينه، بل بعد تغييره" (4). وجاء في رد المختار: "وقيل يكره، لإعانتته على المعصية... وما تقوم المعصية بعينه، ما توجد فيه على وصفه الموجود حالة البيع كالأمرد، والسلاح" (5).

وذكر السيوطي في الأشباه والنظائر من أقسام البيع الصحيح : "بيع العنب لمن يظنه يعصره خمرا" (6).

قال الشيرازي : "ويكره بيع العنب ممن يعصر الخمر ، والتمر ممن يعمل النبيذ ، ... لأنَّه لا يأمن أن يكون ذلك معونة على المعصية ، فإن باع منه صح البيع ، لأنه قد لا يتخذ الخمر".

قال النووي شارحا قول الشيرازي : قال الشافعي رحمه الله في المختصر : "أكره بيع العصير ممن يعصر الخمر ... ولا أنقض هذا البيع. قال أصحابنا يكره بيع العصير لمن عرف باتخاذ الخمر ، والتمر لمن عرف باتخاذ النبيذ.

فإن تحقق اتخاذه لذلك خمرا ونبيذا ... ففي تحريمه وجهان حكاهما ابن الصباغ والمتولي والبغوي في شرح المختصر والرويان وغيرهم ، أحدهما نقله الرويان عن أكثر الأصحاب يكره كراهة شديدة ولا يحرم. وثانيهما وهو أصح الوجهين يحرم ، وبه قطع أبو حامد الغزالي في الإحياء، فلو باعه صح على الوجهين ، وإن كان مرتكبا للكراهة أو التحريم. وقد ذكر الغزالي في الإحياء أن بيع الغلمان المراد الحسان لمن عرف بالفجور بالغلمان كبيع العنب للخمر ، قال وكذا كل تصرف يفضي إلى معصية" (7).

1 - سورة البقرة ، آية رقم : 274.

2 - ابن قدامة ، المغنى ، ج 4 ص 283.

3 - مختصر الطحاوي ، ص 270.

4 - عبد الغني الغنيمي ، الباب في شرح الكتاب ، ج 3 ص 221.

5 - رد المختار ، ج 5 ، ص 258.

6 - السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج 2 ص 371.

7 - النووي ، المجموع شرح المهذب ، ج 9 ص 353.

**المذهب الثاني :** خالف أصحاب النزعة الذاتية وهم الحنابلة المالكية ، فقالوا بعدم صحة بيع العنب لمن يعصرها خمرا ، واستدلوا على ذلك بقول الله تعالى : { وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ }<sup>(1)</sup>، وهذا نهي يقتضي التحريم.

وبحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من حبس العنب أيام القطف، حتى يبيعه من يهودي أو نصراني، أو من يتخذ خمراً، فقد تقحّم النار على بصره"<sup>(2)</sup>.

وبحديث ابن عمر، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لعن الله الخمر، وشاربها، وساقبها، وبائعها، ومبتاعها، وعاصرها، ومعتصرها، وحاملها، والمحمولة إليه"<sup>(3)</sup>. وبقوله صلى الله عليه وسلم أن الله لعن في الخمر عشرة ، فروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم أتاه جبريل فقال يا محمد : إن الله لعن الخمر وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة إليه وشاربها وبائعها ومبتاعها وساقبها. وأشار إلى كل معاون عليها ومساعد فيها"<sup>(4)</sup>.

وعن محمد بن سيرين أن قيماً كان لسعد بن أبي وقاص في أرض له ، فأخبره عن عنب أنه لا يصح زيبا ولا يصلح أن يباع ، إلا لمن يعصره ، فأمر بقلعه ؛ وقال : بئس الشيخ أنا إن بعث الخمر.

قال ابن قدامة : إن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذ خمراً محرّم ... إذا ثبت هذا، فإنما يحرم البيع ويطل إذا علم قصد المشتري بذلك؛ إما بقوله وإما بقرائن محتفة به. وإن كان الأمر محتملاً، مثل أن يشتريها من لا يعلم حاله، أو من يعمل الخمر والخل معاً، ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر، فالبيع جائز<sup>(5)</sup>.

قال محمد بن عبد الله الخرشبي : "ويلحق بمنع بيعه للكافر بيع ... العنب لمن يعصره خمرا ، والنحاس لمن يتخذّه ناقوسا ، وكل شيء يُعَلَّم أن المشتري قصد بشرائه أمرا لا يجوز"<sup>(6)</sup>.

1 - سورة المائدة ، آية رقم : 3.

2 - ذكره ابن الجوزي في العلل المتناهية ، ج 2 ص 188. وقال: قال أبو حاتم: لا أصل له من حديث حسين بن واقد. وقال الهيثمي: رواه الطبراني في "الأوسط"، وفيه عبد الكريم بن عبد الكريم، قال أبو حاتم: حديثه يدل على الكذب. مجمع الزوائد ج 4 ص 90.

3 - رواه البيهقي في سننه ، ج 5 ص 327. وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد ، موقوفاً على ابن عمر، وقال: رواه الطبراني في "الكبير"، وفيه ليث بن أبي سليم، وهو ثقة ولكنه مدلس. مجمع الزوائد ج 4 ص 90.

4 - أخرج هذا الحديث الترمذي من حديث أنس. وقال : قد روى هذا الحديث عن ابن عباس وابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم في تحريم النبيذ بإسناده.

5 - ابن قدامة ، المغنى ، ج 4 ص 283 - 284.

6 - محمد بن عبد الله الخرشبي ، الخرشبي على مختصر خليل ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ج 5 ص 10 - 11.

قال الخطاب : وذكر القرطبي والأبي في أوائل شرح مسلم منع بيع العنب لمن يعصرها خمرا، وعلل الأبي سبب المنع بمبدأ سدّ الذرائع<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثالث : بيع السلاح وقت الفتنة

اختلف الفقهاء في حكم بيع السلاح وقت الفتنة على رأيين ، فيرى الشافعية والحنفية صحة هذا البيع مع الكراهة ، وخالف المالكية والحنابلة وأوا فساد هذا البيع.

**الرأي الأول - رأي الحنفية والشافعية:** يرى أبو حنيفة والشافعي ، صحة بيع السلاح وقت الفتنة مع الكراهة ، لأنّ العقد تحقق ركنه وتوفرت شروطه؛ ولأنّ السبب غير المشروع والغرض غير المباح أمر مستتر، فيتك الأمر فيه لله تعالى فهو أعلم بسرائر الناس وما يدور فيها.

قال الشيرازي : "ويكره ... بيع السلاح ممن يعصي الله تعالى به ، لأنه لا يأمن أن يكون ذلك معونة على المعصية ، فإن باع منه صح البيع".

قال النووي شارحا قول الشيرازي : قال الشافعي رحمه الله في المختصر : "أكره بيع ... السلاح لمن يعصي الله تعالى به ، ولا أنقض هذا البيع. قال أصحابنا يكره بيع ... السلاح لمن عرف بالعصيان بالسلاح. فإن تحقق ... أنه يعصي بهذا السلاح ، ففي تحريمه وجهان أحدهما الكراهة ، والثاني التحريم. وبالرأي الثاني قطع أبو حامد الغزالي في الإحياء قال : "وبيع الغلمان المرد الحسان لمن عرف بالفجور بالغلمان كبيع العنب للخمار ، قال وكذا كل تصرف يفضي إلى معصية"<sup>(2)</sup>.

ويعلل الحنفية رأيهم بأنه قائم على الإعانة على الإثم والعدوان ، ذلك أن المعصية لا تتحقق بعين السلاح ، وإنما باستعماله في غير ما شرع له<sup>(3)</sup>. قال الكاساني : "ويكره بيع السلاح من أهل الفتنة، وفي عساكرهم، لأن يبيعه منهم من باب الإعانة على الإثم والعدوان وإنه منهي. ولا يكره بيع ما يتخذ منه السلاح كالحديد وغيره، لأنه ليس معدا للقتال، فلا يتحقق معنى الإعانة. ونظيره، بيع الخشب الذي يصلح لانتخاذ المزمار، فإنه لا يكره، وإن كره بيع المزامير"<sup>(4)</sup>.

واعتبر صاحب اللباب أن بيع السلاح في أيام الفتنة مكروه ، ممن يعرف أنه من أهل الفتنة ، لأنه تسبب في المعصية<sup>(5)</sup>.

1 - الخطاب ، مواهب الجليل ، ج 4 ص 254.

2 - النووي ، المجموع شرح المهذب ، ج 9 ص 353.

3 - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج 10 ص 38.

4 - الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج 5 ص 233.

5 - عبد الغني الغنيمي ، اللباب في شرح الكتاب ، ج 3 ص 221.

**الرأي الثاني - رأي الحنابلة والمالكية :** وذهب الحنابلة والمالكية إلى أنه لا يجوز بيع السلاح في الفتنة لأهل الحرب، ولا ما يقصد به الحرام، وإذا وقع العقد فإنه يقع باطلاً ؛ لأن المقصود من العقد هو انتفاع كل واحد من المتبايعين بالبدل، فينتفع البائع بالثمن وينتفع المشتري بالسلعة، وهنا لا يحصل المقصود من الانتفاع؛ لما يترتب عليه من ارتكاب المحذور، ولما فيه من التعاون على الإثم والعدوان المنهي عنهما شرعاً.

واستدلوا على ذلك بحديث عمران بن الحصين ، قال : نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع السلاح في الفتنة<sup>(1)</sup>. ويقول الله تعالى : { وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ }<sup>(2)</sup>.

ومما يلاحظ على فقهاء الحنابلة أنهم جعلوا من قول الله تعالى : { وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ } ، قاعدة عامة تنقيد بها الحقوق سلباً وإيجاباً ، كما جعلوها قيدياً يرد على العمومات ، تحريماً لمقصد الشارع ، ويحتكمون إليها في خلافهم مع غيرهم من فقهاء المذاهب الأخرى<sup>(3)</sup>. قال ابن قدامة: إن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمراً محرماً ... وهكذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام ، كبيع السلاح لأهل الحرب أو لقطاع الطريق أو في الفتنة<sup>(4)</sup>.

قال الخطاب : "وذكر القرطبي والأبي في أوائل شرح مسلم ... يحرم بيع السلاح لمن يعلم أنه يريد قطع الطريق على المسلمين أو إثارة الفتنة بينهم"<sup>(5)</sup>.

وإذا ما قارنا ما قاله الفقهاء المسلمون مع الأمر 97 - 06 المؤرخ في 12 رمضان 1417 هـ الموافق 21 يناير 1997 المتعلق بالعتاد الحربي والأسلحة والذخيرة<sup>(6)</sup>. نجد أن الدولة قد احتكرت كل ما يتعلق بالسلاح صناعة وتجارة وحملًا واقتناء. وهذا ما نصت عليه المادة الأولى من هذا الأمر : "يحظر عبر كامل التراب الوطني صناعة العتاد الحربي والأسلحة والذخيرة كما هي محددة في المواد 2 و3 و4 أدناه ، كما يحظر استيراد ذلك وتصديره والمتاجرة به واقتناؤه وحيازته وحمله ونقله".

1 - رواه البيهقي في سننه ، ج 5 ص 327. وقال الهيثمي: رواه البزار، وفيه بحر بن كنيز السقاء، وهو متروك. فالحديث ضعيف. مجمع الزوائد ج 4 ص 87.

2 - سورة المائدة ، آية رقم : 3.

3 - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص 219، هامش رقم 1.

4 - ابن قدامة ، المغنى ، ج 4 ص 284.

5 - الخطاب ، مواهب الجليل ، ج 4 ص 254.

6 - الأمر 97 - 06 صادر بالجريدة الرسمية العدد رقم 6. المؤرخ في 13 رمضان 1417 هـ الموافق 22 يناير 1997.

وبناء على هذا فإن كل من يرغب في اقتناء سلاحا عليه أن يحصل على رخصة من الدولة ، سواء كان شخص طبيعيا أو معنويا ، طبقا للمواد 8 ، 9 ، 13 ، 14 ، 15 ، 16. من هذا الأمر.

وعلى ذلك فإذا ما اشترى شخص سلاحا، من غير ترخيص اعتبر عمله جريمة يعاقب عليها القانون، طبقا للمواد 31 – 35 من هذا الأمر.

كما أن الأمر 06 – 97 ، جعل الأصل حظر التجارة في السلاح أو اقتناؤه أو حيازته أو حمله ، إلا بترخيص من الدولة؛ في حين أن الفقهاء المسلمين لم يحظروا شيئا من ذلك ، بل الأصل عندهم هو ملكية السلاح كأى شيء آخر مباح يرغب الإنسان في اقتنائه ، وإنما الاختلاف وقع في وقت الفتنة فقط ، فأباح البيع الحنفية والشافعية ، ومنع ذلك المالكية والحنابلة.

إن مسألة امتلاك السلاح وخاصة لعموم المواطنين يتنازعه اتجاهان ، اتجاه يرى الحظر وهو ما تبناه القانون الجزائري في الأمر 06 – 97 ، وهذا اتجاه تتقاسمه الأنظمة غير الشرعية والدول الشمولية الاستبدادية ، التي تجرد الشعب من كل وسائل الدفاع عن النفس ، ليسهل عليها السيطرة عليه والتحكم في مصيره وتوجيهه كما تريد.

أما الاتجاه الآخر فيرى أن الأصل الإباحة ، وهو اتجاه تبناه الأنظمة الشرعية التي تولت السلطة باختيار الشعب ورضاه، كما هو الحال في فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية وألمانيا وغيرها من الدول الديمقراطية. وقد عدل الدستور الأمريكي أول مرة سنة 1791 بإضافة عشرة بنود<sup>(1)</sup> ، سميت وثيقة الحقوق (Bill of rights) ومما تضمنته التعديل الثاني أنه : "لا يحق لمجلس الشيوخ سن قانون يمنع المواطنين ، من حمل السلاح أو اقتنائه أو بيعه ، أو شراءه".

والمسألة ليست مجرد اقتناء سلاح للزينة أو للصيد ، بل الأمر أبعد من ذلك ، فهي متعلقة بالسلطة السياسية ، فالدولة الشرعية ترى أن إمكانية تغول السلطة السياسية وانحرافها في أي مجتمع أمر غير مستبعد بل هو أمر وارد؛ ويؤكد ذلك وقائع التاريخ الإنساني ، وهو قبل ذلك حقيقة قرآنية حيث قال الله تعالى : { إِنَّ الْإِنْسَانَ لِرَبِّهِ لَكَنُفٍ \* أَنْ رَأَاهُ اسْتَعْتَى }<sup>(2)</sup>. ومن ثمة وضعوا الضمانات التي تمنع من تفشي هذا المرض ، ومن هذه الضمانات استقلال السلطة القضائية التي بإمكانها أن تلغي أي قرار صادر عن أي جهة في الدولة لا يتمتع بالشرعية والمشروعية، وإلى جوار ذلك حق الشعب في امتلاك السلاح لمقاومة السلطة

<sup>1</sup> - تعرف التعديلات العشرة الأولى من الدستور بـ "وثيقة الحقوق" (Bill of rights)، تسعى لضمان الحريات المدنية ، وقد اقترحها الكونغرس في 25 سبتمبر 1789. وتم إقرارها في 15 ديسمبر 1791. وصادقت عليها الهيئات التشريعية لمختلف الولايات وفقاً للمادة الخامسة من الدستور الأساسي.

<sup>2</sup> - سورة العلق ، الآيتان رقم : 6 ، 7.

المستبدة إذا ما لزم الأمر ، وقد اعتبر الفقه الدستوري الحديث حق مقاومة الطغيان من الحقوق الطبيعية التي لا تسقط بالتقادم ، وقد نص على هذا الحق إعلان حقوق الإنسان والمواطن<sup>(1)</sup> الصادر سنة 1789 حيث نصت المادة الثانية منه على أن "هدف كل تجمع سياسي هو الحفاظ على حقوق الإنسان الطبيعية غير القابلة للتقادم وهذه الحقوق هي الحرية ، والملكية ، والأمن ، ومقاومة الطغيان". وهو ما نصت عليه أيضا المادة 4/20 من دستور ألمانيا الاتحادية لعام 1949.

#### المطلب الرابع : تأجير الأماكن لتكون محلا لممارسة العبادة لغير المسلمين

ذهب الحنفية إلى أن عقد الإيجار يكون صحيحا ، ولا يعتد بالسبب غير المشروع ، إذا لم ينص المستأجر صراحة في العقد أنه يريد أن يتخذ هذا المكان كنيسة، فإذا ما تبين قصد المستأجر بعد ذلك ، فإنه يجوز للمؤجر ولعامة المسلمين اللجوء إلى القضاء عن طريق الحسبة وطلب بطلان هذا العقد. أما إذا صرح المستأجر بقصده في العقد ، أنه يريد أن يجعل من هذا المكان محلا عاما لأداء عبادة لغير المسلمين ، فإن العقد يكون باطلا ، لعدم مشروعية سببه ، لأنه استئجار على المعصية. جاء في البدائع : "غير أنّ الذمي إن استأجر دارا من مسلم في المصر، فأراد أن يتخذها مصلى للعامة، ويضرب فيها بالناقوس، له ذلك. ولرب الدار وعامة المسلمين أن يمنعه من ذلك، على طريق الحسبة، لما فيه من إحداث شعائر لهم، وفيه تهاون بالمسلمين، واستخفاف بهم، كما يمنع من إحداث ذلك في دار نفسه في أمصار المسلمين، قال النبي صلى الله عليه وسلم "لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة"<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - صدر هذا الإعلان - عقب قيام الثورة الفرنسية - عن ممثلي الشعب الفرنسي في الجمعية الوطنية الفرنسية، بتاريخ 26 أوت 1789. وقد أجمع الفقه الفرنسي على إعطاء القيمة الدستورية لجميع مواد هذا الإعلان. محمد فوزي نويحي، فكرة تدرج القواعد الدستورية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، ص 27.

<sup>2</sup> - رواه أحمد بن حنبل وأبو عبد القاسم بن سلام عن توبة بن نمر عن أحمد بن حنبل ، ثنا حماد بن خالد الخياط، أخبرنا الليث بن سعد ، عن توبة بن نمر الحضرمي (قاضي مصر) عن أحمد بن حنبل ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة». قال أبو الحسن علي بن عبد الكافي السبكي في فتوى له في منع ترميم الكنائس ، بعد إيراده هذا الحديث من طريق الإمامين أحمد بن حنبل وأبي القاسم بن سلام : "استدلوا به على عدم إحداث الكنائس ، ولو قيل إنه شامل للإحداث والإبقاء لم يبعد ، ويخص منه ما كان بالشرط بدليل، ويبقى ما عداه على مقتضى اللفظ ، وتقديره : لا كنيسة موجودة شرعا". فتاوى السبكي ، ج 2 ص 374.

ورواه أيضا موقوفا على عمر بن الخطاب بغير هذا الإسناد. قال أبو عبيد : حدثني أبو الأسود عن ابن لهيعة ، عن يزيد بن أبي حبيب ، عن أبي الخير - أي مرثد بن عبد الله البزني - قال : قال عمر بن الخطاب : «لا كنيسة في الإسلام ولا خصاء». حدثني أحمد بن بكير عن ابن لهيعة عن يزيد بن أبي حبيب عن عمر مثل ذلك ، ولم يذكره عن أبي الخير.

أي لا يجوز إحصاء الإنسان<sup>(1)</sup> ولا إحداث الكنيسة في دار الإسلام في الأمصار. ولا يمنع أن يصلى فيها بنفسه من غير جماعة، لأنه ليس فيه ما ذكرناه من المعنى ، ألا ترى أنّه لو فعل ذلك في دار نفسه ، لا يمنع منه.

ولو كانت الدار بالسواد<sup>(2)</sup> ، ذكر في الأصل أنه لا يمنع من ذلك، لكن قيل إن أبا حنيفة إنما أجاز ذلك في زمنه لأن أكثر أهل السواد في زمنه كانوا أهل الذمة من الجوس، فكان لا يؤدي ذلك إلى الإهانة والاستخفاف بالمسلمين. وأما اليوم فالحمد لله عز وجل فقد صار السواد كالمصر، فكان الحكم فيه كالحكم في مصر، وهذا إذا لم يشترط ذلك في العقد.

فأما إذا شرط بأن استأجر ذمي داراً من مسلم في مصر من أمصار المسلمين ، ليتخذها مصلى للعمامة ، لم تجز الإجارة ، لأنه استأجر على المعصية<sup>(3)</sup>.

ويتفق الحنابلة والمالكية مع الحنفية ، في منع بيع الدار أو إيجارها ، لمن يتخذها كنيسة. قال ابن قدامة : إن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمراً محرماً ... وهكذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام ، كإجارة داره لبيع الخمر فيها ، أو لتتخذ كنيسة ، أو بيت نار وأشبه ذلك ، فهو حرام والعقد باطل<sup>(4)</sup>.

جاء في المدونة : قال مالك : " لا يعجبني أن يبيع الرجل داره ممن يتخذها كنيسة ، ولا يؤاجر داره ممن يتخذها كنيسة". وكان مالك يقول : ليس للنصارى أن يحدّثوا الكنائس في بلاد الإسلام<sup>(5)</sup>.

وقال الخطاب : "وكذا يحرم بيع الدار، وكراؤها لمن يتخذها كنيسة أو بيت نار ، وكذا لمن يجعل فيها الخمر"<sup>(6)</sup>.

وقال محمد بن عبد الله الخرشبي : "ويلحق بمنع بيعه للكافر بيع ... الدار لمن يتخذها كنيسة ، والخشبة لمن يتخذها صليبا ، والعنب لمن يعصره خمرا ، والنحاس لمن يتخذّه ناقوسا ، وكل شيء يُعلم أن المشتري قصد بشرائه أمرا لا يجوز"<sup>(7)</sup>.

1 - طبقا للمادة 274 من قانون العقوبات الجزائري ، فإنّ الخصاء يعتبر جناية ويعاقب كل من ارتكب جنابة الخصاء بالسجن المؤبد. ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة.

2 - سواد البلدة : ما حولها من الريف والقرى.

3 - الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج 4 ، ص 176 .

4 - ابن قدامة ، المغنى ، ج 4 ص 284.

5 - سحنون بن سعيد التنوخي ، المدونة الكبرى ، ج 4 ص 424.

6 - الخطاب ، مواهب الجليل ، ج 4 ص 254.

7 - الخرشبي على مختصر خليل ، ج 5 ص 10 - 11.

وإذا ما قارنا ما ذكره الفقهاء المسلمون، مع ما ورد في الأمر 06 - 02 مكرر، المؤرخ في 29 محرم 1427 هـ الموافق 28 فيفري 2006م ، الذي يحدد شروط وقواعد ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين في الجزائر<sup>(1)</sup>. وخاصة المادة 5 التي تخضع أي بناية لممارسة الشعائر الدينية للرأي المسبق للجنة الوطنية للشعائر الدينية ، وهي لجنة موجودة على مستوى وزارة الشؤون الدينية والأوقاف ، نجد ما يلي :

أ - إن الفقهاء المسلمين فرّقوا بين الشخص الذي يمارس عبادة في بيته فهذا لا يمنعه أحد من ذلك، وبين من يريد أن يتخذ مكانا لممارسة العبادة جماعيا؛ وهنا فرّقوا بين أن يكون ذلك في الأمصار ، أو يكون ذلك في القرى والأرياف. فعلى رأي أبي حنيفة<sup>(2)</sup> حيث كان سكان أغلب القرى والأرياف في عهده من غير المسلمين فأجاز لهم ذلك ، أما في الأمصار حيث غالبية السكان من المسلمين فقد منع ذلك. أما في عهد الكاساني<sup>(3)</sup> حيث أصبحت القرى كالمدين غالبية السكان من المسلمين ، فقد أصبح الحكم الشرعي المنع في الحالتين، وذلك إذا لم يصرح المستأجر صراحة أنه يريد أن يتخذ هذا المكان كنيسة، أما إذا صرح بذلك وأنه يريد أن يجعل من هذا المكان مصلى للعامة ، فإن ذلك لا يجوز ، لأنه استئجار على المعصية، وهذا الحكم واضح من نصوص فقهاء المالكية التي نقلناها.

أما الأمر 06 - 02 مكرر في مادته الخامسة، فإنه لم يفرق بين المدن والأرياف والقرى، بل جعل الأمر كله بيد اللجنة الوطنية لممارسة الشعائر الدينية<sup>(4)</sup>، فهي التي ترخص بتخصيص أي بناية لممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين. وبناء على ذلك فلو أن شخصا معينا أجر دارا لجماعة من غير المسلمين لتكون مكانا لممارسة العبادة ، دون أن يحصلوا على ترخيص من اللجنة الوطنية للشعائر الدينية، فإن عقد الإيجار يكون باطلا، أما إذا تحصلوا على الرخصة من هذه اللجنة فإن عقد الإيجار يكون صحيحا.

<sup>1</sup> - الأمر 06 - 02 صادر بالجريدة الرسمية في العدد رقم 12 بتاريخ أول صفر 1427 هـ الموافق أول مارس 2006. ص 25. وقد ورد في هذا العدد من الجريدة الرسمية خطأ يتعلق برقم الأمر ، حيث كان رقمه هو 06 - 03. وقم تم استدراك هذا الخطأ في الجريدة الرسمية في العدد رقم 54 ، وأصبح رقمه هو 06 - 02 مكرر، بدلا من الأمر 06 - 03. انظر الجريدة الرسمية العدد رقم 54 الصادر بتاريخ 10 شعبان 1427 هـ الموافق 3 سبتمبر 2006. ص 15.

<sup>2</sup> - عاش الإمام أبو حنيفة بالكوفة في القرن الأول والثاني الهجريين ، حيث ولد سنة 80 وتوفي سنة 150 هـ.

<sup>3</sup> - عاش الإمام علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي في حلب بالشام ، في القرن السادس الهجري ، حيث توفي في 10 رجب 587 هـ الموافق 9 أغسطس 1191.

<sup>4</sup> - وتشكل اللجنة طبقا للمادة 4 من المرسوم التنفيذي 07 - 158 المؤرخ في 27 ماي 2007 ، من وزير الشؤون الدينية أو ممثله رئيسا ، ومن ممثل وزارة الدفاع ووزارة الداخلية ووزارة الخارجية والمديرية العامة للأمن الوطني وقيادة الدرك الوطني واللجنة الوطنية الاستشارية لترقية حقوق الإنسان وحمايتها.

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا السياق وفق أي معيار توافق اللجنة على تخصيص بنايات لتكون كنائس أو بيّع أو غيرها من دور العبادة لغير المسلمين؟ هل هناك عدد معين من أتباع أي دين يجب أن يتوفر لكي توافق اللجنة على ذلك؟ وهل يشترط أن يتمتع هؤلاء بالجنسية الجزائرية أم لا يشترط ذلك، ويكتفى بأن تكون لهم إقامة قانونية فقط؟

وبما أن اللجنة القانونية، فهي تلتزم بقانون تأسيسها، وبالرجوع إلى الأمر 06 - 02 مكرر، فإن البناء القانوني لها يرتكز على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الذي انضمت إليه الجزائر بموجب الأمر الرئاسي رقم 89 - 67 المؤرخ في 11 شوال 1409 الموافق 16 ماي 1989، ومن ثم فإن مرجعية عمل اللجنة في الموافقة من عدمها هو هذا العهد الدولي والإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

وبمقتضى المادة 1/18 من هذا العهد فإن اللجنة يلزمها أن توافق على كل من يطلب تخصيص بناية لإقامة الشعائر الدينية، لأن هناك إلزاما قانونيا على الدولة<sup>(1)</sup>، والتزاما عليها، كي تتمكن كل إنسان من إقامة شعائر دينه بمفرده أو مع جماعة وأمام الملائ أو على حدة. والفقرة الثالثة من المادة نفسها تمنع إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده، إلا للقيود التي يفرضها القانون والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحررياتهم.

وهذا هو نص المادة 18 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية:

1 - لكل إنسان حق في حرية الفكر والوجدان والدين. ويشمل ذلك حرّيته في أن يدين بدين ما، وحرّيته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره، وحرّيته في إظهار دينه أو معتقده بالتعبّد وإقامة الشعائر والممارسة والتعليم، بمفرده أو مع جماعة، وأمام الملائ أو على حدة.

2 - لا يجوز تعريض أحد لإكراه من شأنه أن يخل بحرّيته في أن يدين بدين ما، أو بحرّيته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره.

3 - لا يجوز إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده، إلا للقيود التي يفرضها القانون والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحرّياتهم الأساسية.

والحكم نفسه نصت عليه المادة 18 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حيث جاء فيها: "لكل شخص حق في حرية الفكر والوجدان والدين، ويشمل هذا الحق حرّيته في تغيير دينه أو معتقده، وحرّيته في إظهار دينه أو معتقده بالتعبّد وإقامة الشعائر والممارسة والتعليم، بمفرده أو مع جماعة، وأمام الملائ أو على حدة".

<sup>1</sup> - أحمد سليم سعيّان، الحريات العامة وحقوق الإنسان، ج 2 ص 150.

والجزائر ملزمة بمقتضى أحكام الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، لأنها صادقت عليه بالمادة 11 من دستور 1963.

## الفصل الثاني

### معايير نظرية السبب في الفقه المالكي والحنبلي والإباضي

لما كان الفقه الإسلامي ، يقوم على أساس ديني ، وتغلب فيه العوامل الأدبية والخلقية ، فإنّ هذا يقتضي أن يعتد فيه بالباعث الذي تقاس به شرف النيات وطهارتها، ومن ثم فيكون لنظرية السبب الباعث - وهي نظرية خُلُقِيّة في المقام الأول - مكان معتبر في الأحكام الفقهية المختلفة.

ويتبنى المذهب المالكي والحنبلي والإباضي هذا الاتجاه ، الذي يهتم بهذه العوامل ويبني عليها اجتهاداته وآراءه الفقهية ، وهم بذلك يمثلون النظرية الذاتية في الفقه الإسلامي ، ويعتمد أنصار هذه النظرية على النيات والمقاصد ، ويراعون وجودها في العقود والتصرفات ، فيحكمون على التصرف بالصحة أو البطلان بالنظر إلى السبب الباعث ، فإن كان السبب الباعث مشروعاً كان التصرف صحيحاً، وإن كان غير مشروع ، فإنّ التصرف يكون باطلاً ولا ينتج أثره في محله، حتى وإن لم يذكر صراحة في صلب التعبير عن الإرادة.

وبما أن السبب الباعث أمر نفسي ، ويتغير من عقد إلى آخر بتغير المتعاقدين والباعث التي تدفعهم إلى التعاقد ، فقد وضع له أنصار هذه النظرية معياراً وضابطاً يرجع إليه ، وهو علم الطرف الآخر به ، وذلك حتى لا يكون محلاً للنزاع ومثاراً لزعزعة التعامل بين الناس.

وإذا كان السبب الباعث له تأثير في صحة العقود والتصرفات وبطلانها ، فقد بنى الفقهاء هذا التأثير على أصل من أصول الفقه وهو سدّ الدرائع ، فما العلاقة بين سدّ الدريعة والسبب الباعث ؟ وما مداها ؟ هذا ما يتم مناقشته في المباحث الثلاثة الآتية وهي :

**المبحث الأول : العمل بالسبب الباعث وإن لم يذكر صراحة في التعبير عن الإرادة.**

**المبحث الثاني : العلاقة بين سدّ الدرائع والسبب الباعث.**

**المبحث الثالث : معيار أعمال السبب الباعث.**

## المبحث الأول

### العمل بالسبب الباعث وإن لم يذكر صراحة في التعبير عن الإرادة

تبين من المبحث السابق أن المذهبين الشافعي والحنفي ، وهم أنصار النظرية الموضوعية ، لا يعتدون بالسبب الباعث ، إلا إذا تضمنه التعبير عن الإرادة صراحة أو ضمنا ، فإن لم يتضمنه التعبير لم يعتدوا به . أما المذهب الحنبلي والمالكي والإباضي فيغلبون العوامل الأدبية والخلقية والدينية ، ومن ثم فهم يعتدون بالسبب الباعث حتى ولو لم يتضمنه التعبير عن الإرادة ، أي ولو لم يكن منصوبا عليه صراحة في صيغة العقد ، ويكون العقد صحيحا أو باطلا تبعا لما إذا كان هذا الباعث مشروعاً أو غير مشروع . لما كانت المنهجية التي سار عليها البحث تقوم على الاستقراء والتحليل ، فسيتم استعراض نصوصا من المذاهب الفقهية الثلاثة ، تدلل على صحة ما تم ذكره ، ويكون ذلك في مطالب ثلاثة .

### المطلب الأول : السبب الباعث في المذهب المالكي

يعتد فقهاء المالكية بالسبب الباعث ولو لم يذكر في صلب العقد ، ولا يجيزون تبعا لذلك بيع أي شيء علم أن المشتري قصد به أمرا لا يجوز ، كبيع جارية لأهل الفساد ، وبيع أرض لتتخذ كنيسة أو خمار ، وبيع خشبة لمن يصنعها صليبا ، وبيع العنب لمن يعصرها خمرا ، والنحاس لمن يتخذة ناقوسا ، وكذا يمنع أن تباع آلة الحرب للحريين ، كسلاح أو كراع أو سرج وكل ما يتقوون به في الحرب ، من نحاس أو خباء أو ماعون ، كما يمنع بيع الشمع إذا كانوا يستعينون به على إضرار المسلمين ، فإن كان لأعيادهم فمكروه<sup>(1)</sup> .

ويعتبر الشاطبي واحدا من كبار فقهاء المالكية ، وقد عبر بشكل جيد عن تأثير المقاصد والنيات في الأحكام الشرعية ، وتكفي الإشارة فقط إلى أن الجزء الثاني من كتابه القيم "الموافقات" ، قد خصصه للمقاصد ، وقسمه إلى قسمين ، القسم الأول خصصه لقصد الشارع ، والقسم الثاني خصصه لقصد المكلف ، وسوف نستهدي بمجموعة من القواعد ذكرها الشاطبي فيها خلاصة رأي المالكية في الموضوع .

**القاعدة الأولى :** "قصد الشارع من المكلف ، أن يكون قصده من العمل ، موافقا لقصده في التشريع"<sup>(2)</sup> .

يتبين من هذه القاعدة أن على المكلف أن يحمي مقاصد الشريعة ويصونها ، وذلك بأن لا يأتي تصرفات بدوافع غير مشروعة ، تنقض مقاصد الشريعة أو تهدمها . فلا يكفي أن يكون ظاهر الفعل الذي

<sup>1</sup> - الخرشبي على مختصر خليل ، ج 5 ص 10 - 11 . الخطاب ، مواهب الجليل ، ج 4 ص 253 - 254 . شمس الدين

محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 3 ص 7 .

<sup>2</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 331 .

يقوم به مشروعاً ، حتى يوصف بالمشروعية ، وإنما لا بد من أن تكون بواعث المكلف ودوافعه المستكنة في داخل نفسه ، مشروعة أيضاً عندما يعزم على مباشرة الفعل ؛ حتى لا يحصل الاختلال بين مشروعية الفعل ، وفساد القصد. لأنّ القصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي.

وقد استدلل الشاطبي على صحة ما ذكره ، أن الشريعة قامت على جلب المصالح ودرء المفاسد ، وهذا يهتم على الملّكف ألا ينقض هذا الأساس الذي قامت عليه الشريعة ، سواء كانت المناقضة بالفعل أو بالنية والقصد؛ وتكون المناقضة بالفعل وذلك بأن يأتي المكلف الفعل على غير الحدّ الذي رسمه الشارع وراعاه، وتكون المناقضة بالقصد وذلك بتوجه نيته وقصده إلى خلاف ما أَرادَه اللهُ تعالى من الحكم المشروع<sup>(1)</sup>.

كما استدلل أيضاً بالغاية التي من أجلها خلق الله الخلق ، وهي العبادة ، قال الله تعالى : { وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ }<sup>(2)</sup>. فلا تقتصر العبادة في دلالتها على أن تكون جوارح الإنسان الحسية هي المحققة لذلك فقط ، بل تتسع العبادة لتشمل النيات والقصود المستكنة في القلوب ، إذ بذلك تتحقق العبادة الكاملة لله تعالى، فمقتضى العبودية لله تحتم على المكلف أن يذعن قصده لقصد الشارع ، كما أذعنت جوارحه لأمره سبحانه ، وإنما يتحقق الإذعان القلبي والنفسي ، بأن لا يقصد المكلف من عقوده وتصرفاته ، خلاف ما قصده مولاه سبحانه<sup>(3)</sup>.

والأمثلة التي توضح القاعدة التي ذكرها الشاطبي كثيرة ، منها :

أ - عقد البيع ، نص القرآن الكريم على شرعية هذا العقد ، فقال الله تعالى : { وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا }<sup>(4)</sup>. وقد شرع الله البيع لحكمة وهي دفع الحرج عن النَّاسِ ، وذلك أن الإنسان مدني بطبعه ، لا يستطيع أن يعيش معزولاً عن الآخرين ؛ وحاجاته المختلفة تتعلق بما في يد غيره ، وصاحب الحاجات لا يبذلها بغير عوض ؛ فعن طريق البيع يستطيع كل طرف الحصول على حاجته ، المشتري يحصل على السلعة والبائع يحصل على الثمن. فإذا استعمل البيع على النقيض من هذه الحكمة ، كأن يلجأ المتبايعان إلى صورة

<sup>1</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 331.

<sup>2</sup> - سورة الذاريات ، آية رقم : 56.

<sup>3</sup> - عبد الرحمن إبراهيم الكيلاني ، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي ، ص 388.

<sup>4</sup> - سورة البقرة ، آية رقم : 274.

البيع من أجل الوصول إلى الربا، كبيع العينة مثلاً<sup>(1)</sup> ، فإن قصد المتبايعين يكون على نقيض قصد الشارع ، إذ غايتهما التوسل بالبيع المشروع للوصول إلى الربا المحرم، فيكون حينها بيعهما باطلاً.

ب - شرع الله الزواج لحكم ومقاصد ، منها السكن والمودة والرحمة بين الزوجين ، قال الله تعالى : { وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ }<sup>(2)</sup>. وأشار النبي صلى الله عليه وسلم إلى حكم أخرى للزواج وهي : غض البصر وحفظ الفرج ، فقال : "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج"<sup>(3)</sup>. ولخص الشاطبي مقاصد النكاح فقال : "إن الشارع قصد بالنكاح التناسل أولاً ؛ ثم يتبعه اتخاذ السكن ، ومصاهرة أهل المرأة لشرفهم ، أو دينهم أو نحو ذلك. أو الخدمة أو القيام على مصالحه ، أو التمتع بما أحل الله من النساء أو التحمل بمال المرأة أو الرغبة في جمالها ، أو الغبطة بدينها ، أو التعفف عما حرم الله"<sup>(4)</sup>.

فإذا ما خالف المكلف هذه المقاصد ، كأن يكون قصده من الزواج مجرد المتعة وقضاء الشهوة مدة من الزمن ثم يفارق هذه المرأة ، أو يكون قصده من الزواج أن يجعلها لزوجها الأول الذي طلقها ثلاثاً ، أو يكون قصده الرغبة في الحصول على وثائق الإقامة ، كما هو حاصل مع الشباب المهاجر إلى الدول الغربية؛ كان فعل المكلف بهذا القصد مخالفاً لقصد الشارع من أصل تشريع الزواج ، وهادماً للمصلحة التي رسمها الشارع غاية لإباحة الزواج شرعاً.

ج - شرع الله الطلاق حلاً منطقياً وعلاجاً واقعياً ، إذا تعذر استمرار الحياة الزوجية ، وأصبح الزواج مظنةً لاضطراب حالة العائلة ودخول عوامل الفساد على كلا الزوجين<sup>(5)</sup> ، فإذا ما استعمل الزوج حقه في الطلاق من أجل حرمان الزوجة من الميراث ، فطلقها طلاقاً باتاً في مرض الموت ، فإنه في هذه الحالة يكون مخالفاً لقصد الشارع من تشريع الطلاق ، فلا يقع طلاقه وترثه زوجته معاملة له بنقيض مقصوده. وذهب المالكية إلى أنها ترثه وإن انقطعت عدتها وتزوجت من شخص آخر ، لأنه ما طلقها إلا

<sup>1</sup> - وصورة العينة : أن يبيع شخص شيئاً لغيره بثمن مؤجل ، ويسلمه إلى المشتري ، ثم يشتري البائع ذلك الشيء قبل قبض الثمن ، بنقد حال ، أقل من الثمن الذي باعه به. وقد سبق بيان ذلك تفصيلاً في المبحث الأول من هذا الفصل عند الحديث على معايير النظرية عند الحنفية والشافعية.

<sup>2</sup> - سورة الروم ، آية رقم : 20.

<sup>3</sup> - أخرجه البخاري في كتاب الصوم حديث رقم 1905. وفي كتاب النكاح حديث رقم 5065. وأخرجه كذلك مسلم وأبو داود والنسائي وابن حبان.

<sup>4</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 244.

<sup>5</sup> - عبد الرحمن الصابوني ، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام ، ص 94.

ليحرمها من الميراث فيعامل بنقيض مقصوده، ولأنّ سبب توريثها فراره من توريثها ، وهذا المعنى لا يزول بعد انقضاء العدة<sup>(1)</sup>.

**القاعدة الثانية :** "إن الأعمال بالنيات ، والمقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والعبادات"<sup>(2)</sup>.  
فهذه القاعدة تؤكد مكانة السبب الباعث وتأثير مقاصد المكلفين على تصرفاتهم ، سواء أكانت عبادات أم معاملات ، ويمكن أن نحدد وجوه التأثير فيما يلي :

أ - "إن المقاصد تفرق بين ما هو عادة وبين ما هو عبادة ؛ وفي العبادات بين ما هو واجب وغير واجب ؛ وفي العبادات بين الواجب والمندوب ، والمباح ، والمكروه والمحرم ، والصحيح والفاقد ، وغير ذلك من الأحكام".

ب - "العمل الواحد يُقصد به أمر فيكون عبادة ، ويقصد به شيء آخر فلا يكون كذلك ؛ بل يقصد به شيء فيكون إيمانا ، ويقصد به شيء آخر فيكون كفرا كالسجود لله أو الصنم".

ج - العمل<sup>(3)</sup> إذا تعلق به القصد تعلق به الأحكام التكليفية، وإذا عرى عن القصد لم يتعلق به شيء منها، كفعل النائم والغافل والمجنون<sup>(4)</sup>.

ويسوق الشاطبي الأدلة على حجية هذه القاعدة ، ويقرر ابتداءً أن الأدلة على هذه القاعدة لا تنحصر<sup>(5)</sup>، ويورد مع ذلك عددا من نصوص القرآن والسنة يدلل بها على صحة القاعدة ، ومن ذلك :

1 - قول الله تعالى { وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ }<sup>(6)</sup>.

يخاطب الله تعالى في هذه الآية الأزواج المطلقين لزوجاتهم ، بالنهي عن إطالة العدة على المرأة بقصد المضارة بها ، وذلك بأن يراجع زوجته قرب انقضاء عدتها ، ثم يطلق بعد ذلك ، لتستأنف عدة جديدة<sup>(7)</sup>.  
وقد شتّع الله على من يقصد القيام بهذا الفعل<sup>(8)</sup>، "والمعنى فراجعوهن من غير ضرار أو خلوهن حتى تنقضي

<sup>1</sup> - القرافي ، الذخيرة ، ج 13 ص 14. المدونة ، ج 2 ص 34 - 35.

<sup>2</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 323.

<sup>3</sup> - سواء كان عبادة أو معاملة ، قولاً أو فعلاً.

<sup>4</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 324.

<sup>5</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 323.

<sup>6</sup> - سورة البقرة ، آية رقم : 229.

<sup>7</sup> - القاضي ابن عطية الأندلسي ، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز ، ج 1 ص 309.

<sup>8</sup> - الطاهر بن عاشور ، التحرير والتنوير ، ج 2 ص 421.

عدّتهنّ من غير تطويل"<sup>(1)</sup>. ومما يؤكد معنى الآية سبب نزولها ، فقد أخرج ابن جرير وابن المنذر عن السدي أنّ رجلاً من الأنصار يدعى ثابت بن يسار طلق زوجته حتى إذا انقضت عدّتها إلا يومين أو ثلاثة ، راجعها ثم طلقها ، ففعل ذلك بها حتى مضت لها تسعة أشهر يضارها ، فأنزل الله تعالى هذه الآية<sup>(2)</sup>.

وإرادة الضرر قصد قلبي وأمر متعلق بالبواعث والنّيّات الخفية ، والله سبحانه ينهى عن أن يكون باعث الإضرار هو الحافز على إرجاع المرأة وردها إلى عصمة زوجها المطلق ، ولذلك لا خلاف بين الفقهاء في تأييم من أرجع زوجته المطلقة رجعيًا بقصد المضارة<sup>(3)</sup>.

2 - قول الله تعالى : { مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ ذَيْنِ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةٍ مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَلِيمٌ }<sup>(4)</sup>. تشترط الآية القصد المشروع عند إنشاء الوصية ، فلا بد أن يكون السبب الباعث عليها مشروعاً ، ومن هنا كانت المضارة في الوصية منهيها عنها ، وذلك بأن يقرّ بدين ليس واجبا عليه ، أو أن يوصي لوارث ، أو يزيد في الوصية على الثلث ، فهذا لا يجوز ، وإن كان الأمر متروكاً للورثة فهم أصحاب الحق في ذلك ، فلهم حق الطعن في تصرفات مورثهم.

وقد ذكر ابن عطية في تفسيره "أن وجوه المضارة كثيرة لا تنحصر وكلها ممنوعة ، منها أن يقرّ بحق ليس عليه ، ويوصي بأكثر من الثلث ، أو لوارثه ، أو بالثلث فراراً من وارث محتاج؛ ومشهور مذهب مالك وابن القاسم أن فعله لا يعد مضارة مادام في الثلث ، فإن ضارّ الورثة في ثلثه مضى ذلك"<sup>(5)</sup>.

**القاعدة الثالثة :** قال الشاطبي : "كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له ، فقد ناقض الشريعة ، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل. فمن ابتغى في تكاليف الشريعة ما لم تشرع له فعمله باطل"<sup>(6)</sup>.

ويعبر في نص آخر أكثر وضوحاً عن هذه القاعدة ، ويحكم بطلان التصرفات إذا كان الباعث عليها سبباً غير مشروع ، فيقول : "لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد ، كانت الأعمال معتبرة بذلك لأنه مقصود الشارع فيها كما تبين ، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية فلا إشكال. وإن كان الظاهر موافقاً والمصلحة مخالفة ، فالفعل غير صحيح وغير مشروع ؛ لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة

<sup>1</sup> - الألويسي ، روح المعاني ، ج 2 ص 142.

<sup>2</sup> - القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن الكريم ، ج 3 ص 156.

<sup>3</sup> - عبد الرحمن إبراهيم الكيلاني ، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي ، ص 426.

<sup>4</sup> - سورة النساء ، آية رقم : 12.

<sup>5</sup> - القاضي ابن عطية الأندلسي ، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز ، ج 2 ص 20.

<sup>6</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 333.

لأنفسها ، وإنما قصد بها أمور آخر هي معانيها ، وهى المصالح التي شرعت لأجلها ، فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع فليس على وضع المشروعات"<sup>(1)</sup>.

فقد حددت هذه القاعدة بشكل واضح أثر المناقضة بين قصد الشارع وقصد المكلف ، حيث حكمت ببطلان التصرفات التي قام بها المكلف ، إذا كان الظاهر موافقا للمشروعية ، ولكن الدافع والقصد غير مشروع.

ويستدل الشاطبي على صحة القاعدة بوجوه عدة:

أحدها : أن الأفعال والتروك ، من حيث هي أفعال أو تروك متماثلة عقلا بالنسبة إلى ما يقصد بها؛ إذ لا تحسين للعقل ولا تقييح ، فإذا جاء الشارع بتعيين أحد المتماثلين للمصلحة ، وتعيين الآخر للمفسدة فقد بيّن الوجه الذي منه تحصل المصلحة فأمر به أو أذن فيه. وبيّن الوجه الذي به تحصل المفسدة ، فنهى عنه رحمة بالعباد، فإذا قصد المكلف عين ما قصده الشارع بالإذن ، فقد قصد وجه المصلحة على أتمّ وجوهه ، فهو جدير بأن تحصل له.

وإن قصد غير ما قصده الشارع ؛ وذلك إنما يكون في الغالب لتوهم أن المصلحة فيما قصد ؛ لأن العاقل لا يقصد وجه المفسدة كفاحا ، فقد جعل ما قصد الشارع مهملا الاعتبار ، وما أهمل الشارع مقصودا معتبرا، وذلك مضادة للشرعية ظاهرة<sup>(2)</sup>.

ويمكن اختصار هذا الدليل بالقول : إنّ العمل المناقض للمشروعات باطل ، وقد اختصره عبد الله دراز فقال : "يكفي في الدليل الأول أن يقول : لأنه إذا قصد المكلف غير ما قصد الشارع ، فقد جعل ما قصده الشارع مهملا الاعتبار"<sup>(3)</sup>.

الثاني : أن حاصل هذا القصد يرجع إلى أن ما رآه الشارع حسنا ، فهو عند هذا القاصد ليس بحسن ، وما لم يره الشارع حسنا فهو عنده حسن ، وهذه مضادة أيضا<sup>(4)</sup>.

الثالث : أن الله تعالى يقول : ﴿ وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصَلِّهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا ﴾<sup>(5)</sup>. وقال عمر بن عبد العزيز : "سنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم وولاة الأمر من بعده سننا ، الأخذ بما تصديق لكتاب الله ، واستكمال لطاعة الله ، وقوة

<sup>1</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 385.

<sup>2</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 333 - 334.

<sup>3</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 333 هامش رقم 1.

<sup>4</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 334.

<sup>5</sup> - سورة النساء ، آية رقم : 114.

على دين الله. من عمل بها مُهتد ؛ ومن استنصر بها منصور ، ومن خالفها اتّبع غير سبيل المؤمنين ، وولادة الله ما تولى وأصله جهنم وساءت مصير"<sup>(1)</sup>. والآخذ في خلاف مآخذ الشارع ، من حيث القصد إلى تحصيل المصلحة أو درء المفسدة ، مشاققة ظاهرة<sup>(2)</sup>.

الرابع : إن الآخذ بالمشروع من حيث لم يقصد به الشارع ذلك القصد ، آخذ في غير مشروع حقيقة؛ لأن الشارع إنما شرعه لأمر معلوم بالفرض ، فإذا أخذ بالقصد إلى غير ذلك الأمر المعلوم ، فلم يأت بذلك المشروع أصلا ، وإذا لم يأت به ناقض الشارع في ذلك الآخذ ، من حيث صار كالفاعل لغير ما أمر به ، والتارك لما أمر به، وهذه مناقضة واضحة توجب بطلان الفعل أو التصرف<sup>(3)</sup>.

الخامس : أن المالك إنما كلف بالأعمال من جهة قصد الشارع بها في الأمر والنهي ، فإذا قصد بها غير ذلك كانت بفرض القاصد وسائل لما قصد لا مقاصد ، إذ لم يقصد بها قصد الشارع فتكون مقصودة، بل قصد قصدا آخر جعل الفعل أو الترك وسيلة له، فصار ما هو عند الشارع مقصودا وسيلة عنده، وما كان شأنه هذا نقض لإبرام الشارع ، وهدم لما بناه<sup>(4)</sup>.

السادس : أن هذا القاصد مستهزئ بآيات الله ، لأن من آياته أحكامه التي شرعها ، وقد قال بعد ذكر أحكام شرعها : {وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا} <sup>(5)</sup>، والمراد أن لا يقصد بها غير ما شرعها لأجله. ولذلك قيل للمنافقين حيث قصدوا بإظهار الإسلام غير ما قصده الشارع {وَلَيْن سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ قُلْ أَبِاللَّهِ وَآيَاتِهِ وَرَسُولِهِ كُنْتُمْ تَسْتَهْزِئُونَ} <sup>(6)</sup>، والاستهزاء بما وضع على الجذ مضافة لحكمته ظاهره<sup>(7)</sup>.

وأورد الشاطبي أمثلة حتى يزيد القاعدة وضوحا ، منها :

أ - النطق بالشهادتين والصلاة وغيرها من العبادات ، إنما شرعت للتقرب بها إلى الله تعالى والرجوع إليه وإفراده بالتعظيم والإجلال ، ومطابقة القلب للجوارح في الطاعة والإنقياد ، فإذا عمل بذلك على قصد نيل حظ من حظوظ الدنيا من دفع أو نفع ، كالناطق بالشهادتين قاصدا لإحراز دمه وماله ، لا لغير

<sup>1</sup> - وقد روى هذا القول عن عمر بن عبد العزيز أبو بكر بن الخلال ، في كتاب السنة ، حديث رقم 1348. وذكر ذلك أيضا ابن بطة في الإبانة ، ص 239. واللالكائي ، أصول اعتقاد أهل السنة ، ص 134. والآجري ، الشريعة ، ص 90.

<sup>2</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 334.

<sup>3</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 334.

<sup>4</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 334 - 335.

<sup>5</sup> - سورة البقرة ، آية رقم : 229.

<sup>6</sup> - سورة التوبة ، آية رقم : 65.

<sup>7</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 335.

ذلك، أو المصلي رياء الناس ليحمد على ذلك أو ينال به رتبة في الدنيا ، فهذا العمل ليس من المشروع في شيء ، لأن المصلحة التي شرع لأجلها لم تحصل بل المقصود به ضد تلك المصلحة<sup>(1)</sup>.

ب - المقصود بمشروعية الزكاة رفع رذيلة الشح ومصلحة إرفاق المساكين ، وإحياء النفوس المعرضة للتلف ، فمن وهب في آخر الحول ماله هروبا من وجوب الزكاة عليه ، ثم إذا كان في حول آخر أو قبل ذلك استوهبه ، فهذا العمل تقوية لوصف الشح وإمداد له ، ورفع لمصلحة الإرفاق بالمساكين ، فمعلوم أن صورة هذه الهبة ليست هي الهبة التي ندب الشرع إليها ، لأن الهبة إرفاق وإحسان للموهوب له وتوسيع عليه غنيا كان أو فقيرا، وجلب لمودته وموآلفته ، وهذه الهبة على الضد من ذلك ، ولو كانت على المشروع من التملك الحقيقي لكان ذلك موافقا لمصلحة الإرفاق والتوسعة ، ورفعاً لرذيلة الشح ، فلم يكن هروبا عن أداء الزكاة<sup>(2)</sup>. ولما كان قصد الواهب في هذه الصورة ليس التملك ، وإنما التهرب من أداء الزكاة ، كانت الهبة باطلة ، لأن القصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي.

ج - الخلع أو الغدية شرعت للزوجة هربا من أن لا يقيما حدود الله في زوجيتهما ، فأبيح للمرأة أن تشتري عصمتها من الزوج عن طيب نفس منها ، خوفا من الوقوع في المحذور. فهذه بذلت مالها طلبا لصلاح الحال بينها وبين زوجها ، وهو التسريح بإحسان ، وهو مقصد شرعي مطابق للمصلحة ، لا فساد فيه حالا ولا مالا ؛ فإذا أضرَّ بها الزوج لتفتدي منه ، فقد عمل هو بغير المشروع ، حين أضرَّ بها لغير موجب ، مع القدرة على الوصول إلى الفراق من غير إضرار ، فلم يكن التسريح إذا طلبته بالفداء تسريحا بإحسان ، ولا خوفا من أن لا يقيما حدود الله ، لأنه فداء مضطر ، وإن كان جائزا لها من جهة الإضرار والخروج من الإضرار ، وصار غير جائز له ، إذ وضع على غير المشروع<sup>(3)</sup>.

قال ابن جزري : "يكون خلع المرأة اختيارا منها وحبا في فراق الزوج ، من غير إكراه ولا ضرر منه بها، فإذا انخرم أحد هذين الشرطين نفذ الطلاق ولم ينفذ الخلع"<sup>(4)</sup>.

وهكذا يتضح أنه إذا كان الزوج يريد الطلاق ، ولكنه اتخذ الإضرار وسيلة ليحمل الزوجة على طلب الخلع ، فيكون الحكم هو الطلاق لا الخلع.

ففي هذه الأمثلة وغيرها التي يكون السبب فيها غير مشروع ، يحكم على تصرفات المكلف بالبطلان في الدنيا والآخرة، فإن كانت عبادة ، فلا تكون مجزئة ولا مبرئة للذمة ولا مسقطه للقضاء فيما فيه قضاء.

<sup>1</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 385.

<sup>2</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 385.

<sup>3</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 386.

<sup>4</sup> - ابن جزري ، القوانين الفقهية ، ص 154.

وإن كان التصرف من العادات ، فلا يكون محصلا شرعا للأموال أو استباحة الأبخاض وجواز الانتفاع. أما بطلانها في الآخرة فبعدم ترتب آثار العمل عليه وهو حصول الثواب والأجر ، بل يلحق صاحبها الإثم والوزر ، لأنه لم ينو به امتثال أمر الشارع ولا قصد به مقتضى الأمر والنهي<sup>(1)</sup>.

**القاعدة الرابعة :** "إن كان فعل الشرط أو تركه ، قصدا لإسقاط حكم الاقتضاء في السبب أن لا يترتب عليه أثره ، فهذا عمل غير صحيح ، وسعي باطل"<sup>(2)</sup>.

أي إن المكلف إذا فعل شرطا أو تركه ، قاصدا من وراء ذلك ، إلى إسقاط أثر شرعي لا يراه في مصلحته ، حتى ولو لم يعبر عن هذا القصد صراحة ، فإن تصرفه هذا يكون باطلا ولا يترتب عليه أثره. وقد استدلل الشاطبي على حجية هذه القاعدة بأدلة من الشرع والعقل.

أ - الأدلة الشرعية ، منها قوله صلى الله عليه وسلم : "لا يُجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة"<sup>(3)</sup>. وقوله صلى الله عليه وسلم : "البيع والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا ، إلا أن تكون صفقة خيار. ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقبله"<sup>(4)</sup>. وقال أيضا : "من أدخل فرسا بين فرسين وهو لا يأمن أن تسبق فليس بقمار ؛ ومن أدخل فرسا بين فرسين ، وقد أمن أن تسبق ، فهو قمار"<sup>(5)</sup>. وقال صلى الله عليه وسلم : "إن اليمين على نية المستحلف". وفي رواية أخرى : "يمينك على ما يصدقك به صاحبك"<sup>(6)</sup>.

في هذه الأحاديث ورد النهي على عدم القيام بأعمال معينة ، بنية تؤدي إلى عدم تحقيق المصلحة المترتبة على هذه الأعمال.

ففي المثال الأول لا يجوز للمكلف له أن يجمع بين المتفرق ، أو يفرق بين المجتمع ، بنية إبطال حكم السبب ، بالإتيان بشرط ينقص نصاب الزكاة حتى يبخرس حق المساكين ، فالأربعون شاة فيها شاة بشرط الافتراق ، ونصفها بشرط اختلاطها بأربعين أخرى مثلا. فإذا جمعها بقصد إخراج النصف فذلك هو المنهي عنه. كما أنه إذا كانت مائة مختلطة بمائة وواحدة ، ففرقها قصدا أن يخرج واحدة فذلك؛ وما ذاك إلا أنه

<sup>1</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 292 - 293.

<sup>2</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 274 - 275.

<sup>3</sup> - رواه البخاري وأبو داود والنسائي.

<sup>4</sup> - رواه أحمد والترمذي وحسنه والبيهقي والدارقطني وأصحاب السنن إلا ابن ماجه.

<sup>5</sup> - رواه أبو داود.

<sup>6</sup> - رواه مسلم في كتاب الأيمان ، باب يمين الخالف على نية المستحلف. وأخرجه كذلك أبو داود والترمذي.

أتى بشرط ، أو رفع شرطا ، يرفع عنه ما اقتضاه السبب الأول ، فكذلك المنفق نصابه بقصد رفع ما اقتضاه من وجوب الإخراج<sup>(1)</sup>.

وفي المثال الثاني لا يجوز للمبتاع أن يفارق البائع ، بنية احتلال شرط الخيار. وفي المثال الثالث لا يجوز للمتسابق أن يدخل فرسا معروفا أنها تسبق الخيل ليتحقق شرط حوز الرهان ، وهو السبق ، فهو مخل بقصد المسابقة مقترن بقصد حصول الشرط<sup>(2)</sup>.

وفي المثال الرابع : فإن الأصل أن اليمين على نية الحالف ، فإذا حلف الإنسان ونوى شيئا فهو على نيته. أما إذا استحلّفه شخص أو القاضي في دعوى توجهت عليه ، فتكون على نية المستحلّف ، فإذا ادعى رجل على رجل حقا فحلّفه القاضي ، فحلف وورى فنوى غير ما نوى القاضي ، انعقدت يمينه على ما نواه القاضي ولا تنفعه التورية<sup>(3)</sup>. واعلم أن التورية وإن كان لا يحنث بها ، فلا يجوز فعلها حيث يبطل بها حق مستحق ، وهذا مجمع عليه<sup>(4)</sup>.

**ب - الأدلة العقلية :** "فإن هذا العمل يصير ما انعقد سببا لحكم شرعي جلبا لمصلحة أو دفعا لمفسدة، عبثا لا حكمة له ولا منفعة به ، وهذا مناقض لما ثبت في قاعدة المصالح وأنها معتبرة في الأحكام. وأيضا فإنه مضاد لقصد الشارع ؛ من جهة أن السبب لما انعقد وحصل في الوجود ، صار مقتضيا شرعا لمسيبه ؛ لكنه توقف على حصول شرط هو تكميل للسبب ، فصار هذا الفاعل أو التارك بقصد رفع حكم السبب ، قاصدا لمضادة الشارع في وضعه سببا. وقد تبين أن مضادة قصد الشارع باطلة، فهذا العمل باطل"<sup>(5)</sup>.

وإذا ثبت أنّ فعل الشرط أو تركه قصد إسقاط حكم السبب عمل غير صحيح وسعي باطل ، فيجب أن نفرق بين فعل الشرط أو تركه ، بشكل صوري أو بشكل حقيقي.

فإن كان المكلف قد فعل الشرط أو تركه بشكل صوري ، فيكون التصرف الذي قام به حينها باطلا قولاً واحداً، لأنّ الشرط يكون ساعتها لا معنى له ولا فائدة فيه تقصد شرعا<sup>(6)</sup>. مثل أن يهب المال قبل الحول ، لمن اتفق معه على أن يرده عليه بعد الحول بجهة أو غيرها، وكالجامع بين المفترق ريثما يأتي الساعي،

<sup>1</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 279.

<sup>2</sup> - تعليقات عبد الله دراز على الموافقات ، ج 1 ص 275.

<sup>3</sup> - والتورية هي : لفظ يراد به معنيان أحدهما قريب غير مراد، والثاني بعيد وهو المراد.

<sup>4</sup> - النووي ، شرح صحيح مسلم ، ج 11 ص 117.

<sup>5</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 278.

<sup>6</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 280

ثم ترد إلى التفرقة، أو المفرق بين المجتمع كذلك ، ثم يرد لها إلى ما كانت عليه، وكاننا كح لتظهر صورة الشرط، ثم تعود إلى مطلقها ثلاثا.

أما إن كان المكلف قد فعل الشرط أو تركه بشكل حقيقي ، فالمسألة محتملة والنظر فيها مختلف بين آراء ثلاثة.

الرأي الأول : يرى أن مجرد انعقاد السبب كاف ، في بطلان التصرف؛ لأنه الباعث على الحكم ، وأما الشرط فأمر خارجي مكمل ، وإلا لزم أن يكون الشرط جزء العلة ، والفرض خلافه. وأيضا فإن القصد في فعل الشرط أو تركه كان بدافع غير شرعي ، فصار العمل فيه مخالفا لقصد الشارع ؛ فهو في حكم ما لم يعمل فيه. ومثال ذلك من أنفق النصاب قبل الحول في منفعه ، أو وهبه هبة حقيقية لم يرجع فيها ، أو جمع بين المفترق أو فرق بين المجتمع ، وكل ذلك بقصد الفرار من الزكاة. وبما أن السبب قد نصبه الشارع قصد ثبوت الحكم به ، فإذا أخذ هذا يرفع حكم السبب مع انتهازه سببا ، كان مناقضا لقصد الشارع ، فيكون هذا باطلا<sup>(1)</sup>.

الرأي الثاني : يرى أن مجرد انعقاد السبب غير كاف في بطلان التصرف ، فإنه وإن كان باعنا ، إلا أنه قد جعل في الشرع مقيدا بوجود الشرط، وعلى ذلك فالقاصد لرفع حكم السبب ، بالعمل في رفع الشرط ، لم يناقض قصده قصد الشارع من كل وجه. وإنما قصد لما لم يظهر فيه قصد الشارع للإيقاع أو عدمه ، وهو الشرط أو عدمه ، لكن لما كان ذلك القصد آيلا لمناقضة قصد الشارع على الجملة لا عينا ، لم يكن مانعا من ترتب أحكام الشروط عليها. وأيضا فإن هذا العمل لما كان مؤثرا وحاصلا وواقعا لم يكن القصد الممنوع فيه مؤثرا في وضعه شرطا شرعيا أو سببا شرعيا ؛ كما كان تغيير المغصوب سببا أو شرطا في منع صاحبه منه ، وفي تملك الغاصب له ، ولم يكن فعله بقصد العصيان سببا في ارتفاع ذلك الحكم. وعلى هذا الأصل يبني صحة ما يقول اللخمي ، فيمن تصدق بجزء من ماله لتسقط عنه الزكاة. أو سافر في رمضان قصدا للإفطار ، أو أخر صلاة حضر عن وقتها الاختياري ليصليها في السفر ركعتين ، أو أخرت امرأة صلاة بعد دخول وقتها رجاء أن تحيض فتسقط عنها ، قال فجميع ذلك مكروه ؛ ولا يجب على هذا في السفر صيام ، ولا أن يصلي أربعاً ، ولا على الحائض قضاؤها<sup>(2)</sup>.

الرأي الثالث : يفرق بين حقوق الله تعالى وحقوق العباد، فيبطل العمل في الشرط في حقوق الله وإن ثبت له في نفسه حكم شرعي، كمسألة الجمع بن المفترق والفرق بين المجتمع، ومسألة نكاح المحلل على القول بأنه نافذ ماض ، ولا يحلها ذلك للأول. أما الزكاة فهي من حقوق الله ، وكذلك المنع من نكاح

<sup>1</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 281.

<sup>2</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 281 - 282.

المحلل ، فحق الله غالب على حقوق العباد في النكاح. أما حقوق العباد فينفذ فيها مقتضى الشرط ، كالسفر ليقصر أو ليفطر أو نحو ذلك<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني : السبب الباعث في المذهب الحنبلي

يعتد المذهب الحنبلي كالمذهب المالكي بالسبب الباعث ، وإن لم يذكر صراحة في صلب العقد أو التصرف ، وقد عبر ابن القيم عن هذا الرأي بقوله : "القصود روح العقد ومصححه ومبطله ، فاعتبار القُصود في العقود أولى من اعتبار الألفاظ ، فإن الألفاظ مقصودة لغيرها ، ومقاصد العقود هي التي تتراد لأجلها ، فإذا أُلغيت واعتبرت الألفاظ التي لا تتراد لنفسها ، كان هذا إلغاء لما يجب اعتباره ، واعتبارا لما قد يسوغ إلغاؤه"<sup>(2)</sup>. وقد استدلووا على ما ذهبوا إليه بما يلي :

#### الدليل الأول : الأخذ بالإرادة الباطنة دون الإرادة الظاهرة ولا يخفى على أحد صلة ذلك بموضوع

السبب الباعث. وقد نص على ذلك ابن القيم في عبارات واضحة فقال : "وهذا الذي قلناه من اعتبار النيات والمقاصد في الألفاظ ، وأنها لا تلزم بها أحكامها حتى يكون المتكلم بها قاصدا لها مريدا لموجباتها ، كما أنه لا بد أن يكون قاصدا للتكلم باللفظ مريدا له فلا بد من إرادتين ، إرادة التكلم باللفظ اختيارا ، وإرادة موجبه ومقتضاه ، بل إرادة المعنى أكد من إرادة اللفظ ؛ فإنه المقصود ، واللفظ وسيلة"<sup>(3)</sup>. وقد قدم على الأخذ بالإرادة الباطنة الأدلة المختلفة ، منها<sup>(4)</sup> :

أ - أن من نطق بكلمة الكفر خطأ من شدة الفرح ، لا يكفر ، لأنه لم يرد الكفر، بدليل حديث فرح الله بتوبة عبده ، وقول الرجل : "اللهم أنت عبدي وأنا ربك"<sup>(5)</sup>. أخطأ من شدة الفرح ، لم يكفر بذلك وإن أتى بصريح الكفر ، لكونه لم يرد الكفر، فالعبرة بما وقر في القلب ، لا بما نطق به اللسان.

ب - من نطق بكلمة الكفر إكراها ، لم يكفر ، رغم أنه أتى بصريح الكفر لعدم إرادته الكفر، بدليل قوله تعالى : {إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ} <sup>(1)</sup>.

<sup>1</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 282.

<sup>2</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 94.

<sup>3</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 62.

<sup>4</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 63.

<sup>5</sup> - جزء من حديث رواه البخاري ومسلم وتماه ، عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال : "الله أشد فرحا بتوبة عبده المؤمن ، من رجل في أرض دويّة مهلكة ، معه راحلته ، عليها طعامه وشرابه ، فنام فاستيقظ وقد ذهب ، فطلبها حتى أدركه العطش ، ثم قال : أرجع إلى مكاني الذي كنت فيه ، فأنام حتى أموت ، فوضع رأسه على ساعده ليموت ، فاستيقظ وعنده راحلته وعليها زاده وطعامه وشرابه ، فالله أشد فرحا بتوبة العبد المؤمن من هذا براحلته وزاده". وفي حديث النعمان بن بشير زيادة : "ثم قال من شدة الفرح اللهم أنت عبدي وأنا ربك ، أخطأ من شدة الفرح".

ج - ويضاف إلى الخطأ والإكراه ، النيسان ، والدليل على ذلك ما قاله الله تعالى حكاية عن المؤمنين : { رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا } (2). وقال الله تعالى : " قد فعلت " (3). وقال النبي صلى الله عليه وسلم : " إن الله قد تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " (4).

د - من حلف بالله ولم يقصد انعقاد اليمين ، لا يؤاخذ عليه ، بدليل قوله تعالى : { لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبْتُمْ فُلُوبُكُمْ وَاللَّهُ عَفُورٌ حَلِيمٌ } (5). وقوله تعالى : { لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ } (6). ويمين اللغو : هي التي تجري على اللسان ، ولم يقصد المتكلم بها الحلف ، ولكنها جرت مجرى التأكيد ، أو التنبيه. كقول العرب : لا والله ، بلى والله ، وقول القائل : والله لقد سمعت من فلان كلاما عجبا (7).

هـ - ويقاس على الإكراه والخطأ ، سبق اللسان بما لم يرده المتكلم ، فهو دائر بين الخطأ في اللفظ والخطأ في القصد ، فهو أولى أن يؤاخذ به من لغو اليمين (8).

و - المقارنة بين المكره والمخطئ والناسي ، والمازل والمستهزئ ، فالمازل يلزمه الكفر والطلاق وإن كان هازلا ، لأنه قاصد التكلم باللفظ ، وهزله لا يكون عذرا له. بخلاف المكره والمخطئ والناسي فإنه معذور ، مأمور بما يقوله أو مأذون له فيه، والمازل غير مأذون له في الهزل بكلمة الكفر والعقود ؛ فهو متكلم باللفظ مرید له ، ولم يصرفه عن معناه إكراه ولا خطأ ولا نسيان ولا جهل. والهزل لم يجعله الله ورسوله عذرا صارفا ، بل صاحبه أحق بالعقوبة ، ألا ترى أن الله تعالى عذر المكره في تكلمه بكلمة الكفر إذا كان قلبه مطمئنا بالإيمان ، ولم يعذر المازل ، بل قال : { وَلَئِنْ سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ قُلْ أَبِاللَّهِ وَآيَاتِهِ وَرَسُولِهِ كُنْتُمْ تَسْتَهْزِئُونَ \* لَا تَعْتَذِرُوا قَدْ كَفَرْتُمْ بَعْدَ إِيمَانِكُمْ } (9).

1 - سورة النحل ، آية رقم : 106.

2 - سورة البقرة ، آية رقم : 285.

3 - وفي صحيح مسلم حديث أبي هريرة : " قال الله : نعم ". وحديث ابن عباس " قال الله : قد فعلت ". تفسير ابن كثير ، ج 1 ص 737.

4 - روى ابن ماجه في سننه ، كتاب الطلاق ، باب طلاق المكره والناسي ، حديث رقم 2045. وابن حبان في صحيحه ، حديث رقم 1498. وأعله أبو حاتم في العلل ، ج 1 ص 431. وانظر الكلام على الحديث : ابن رجب الحنبلي ، جامع العلوم والحكم ، تحقيق حمدي الدمرداش ، دار المنار ، القاهرة ، طبعة 1996 ، ص 495. وابن حجر ، فتح الباري ، ج 5 ص 161.

5 - سورة البقرة ، آية رقم : 223.

6 - سورة المائدة ، آية رقم : 91.

7 - الطاهر بن عاشور ، التحرير والتنوير ، ج 2 ص 382.

8 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 107.

9 - سورة التوبة ، الآياتان ، رقم : 65 - 66.

ز - وقد قاس الفقهاء العقود على الكفر بجامع أنّ كلا منها عقد ، فالإيمان عقد مع الخالق وذلك عقد مع المخلوق. ومن ثم قال الإمام مالك والإمام أحمد فيمن قال : أنت طالق البتة ، وهو يريد أن يحلف على شيء ، ثم بدا له فترك اليمين ، لا يلزمه شيء ، لأنه لم يرد أن يطلقها. وقال أصحاب أحمد : لو قال الأعجمي لامرأته أنت طالق وهو لا يفهم معنى هذه اللفظة لم تطلق ، لأنه ليس مختاراً للطلاق ، فلم يقع طلاقه كالمكره. وفي مصنف وكيع أن عمر بن الخطاب قضى في امرأة قالت لزوجها سمني ، فسامها الطيبة. فقالت : لا ، فقال لها ما تريد أن أسميك ؟ قالت : سمني خلية طالق ، فقال لها : فأنت خلية طالق. فأنت عمر بن الخطاب فقالت : إن زوجي طلقني ، فجاء زوجها فقص عليه القصة ، فأوجع عمر رأسها ، وقال لزوجها : خذ بيدها وأوجع رأسها. وقد علق ابن القيم على فعل سيدنا عمر رضي الله عنه فقال : "وهذا هو الفقه الحلي الذي يدخل على القلوب بغير استئذان وإن تلفظ بصريح الطلاق"<sup>(1)</sup>.

ح - أمثلة فقهية على أنه وإن كان في الظاهر قد حصلت صورة العقد ، إلا أنه لا يصح ويكون باطلاً ، لاختلاف القصد من العقد عن صورته وشكله ، ومن ذلك :

1 - أن يتفقا على أن العقد عقد تحليل لا نكاح رغبة، وأنه متى دخل بها طلقها أو فهي طالق ، ثم يعقدان العقد من غير أن يصرحا بهذه النية. فهذا نكاح تحليل لا نكاح رغبة ، فهو محرم باطل ، لا تحل به الزوجة للمطلق ، وهو داخل تحت اللعنة، مع تضمن زيادة الخداع<sup>(2)</sup>. "والمقصود أن المتعاقدين وإن أظهرتا خلاف ما اتفقا عليه في الباطن ، فالعبرة لما أضمرا واتفقا عليه وقصداه بالعقد ، وقد أشهد الله على ما في قلوبهما فلا ينفعهما ترك التكلم به حالة العقد ، وهو مطلوبهما ومقصودهما"<sup>(3)</sup>.

2 - أن يتفق شخصان في عقد البيع على أن يتبايعا شيئاً بثمن ذكراه على أنه يبيع تلجئة<sup>(4)</sup> ، فهذا عقد باطل ، إن لم يقولا في صلب العقد قد تباعناه تلجئة. وهذا قول أحمد لأنه قال : فيمن تزوج امرأة

<sup>1</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 63.

<sup>2</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 93. وذكر ابن القيم أنّ هناك ستين دليلاً على بطلان نكاح التحليل.

<sup>3</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 94.

<sup>4</sup> - بيع التلجئة : هو أن يتواطأ شخصان على إبرام عقد صوري بينهما ، إما بقصد التخلص من اعتداء ظالم على بعض الملكية، أو بإظهار مقدار بدل أكثر من البديل الحقيقي ابتغاء الشهرة والسمة ، أو لتغطية اسم الشخص الذي يعمل لمصلحته باطناً. "الاسم المستعار". ومن بيع التلجئة : إظهار بعض العقود الصورية تخلصاً من الضرائب. والمواطئة في بيع التلجئة قد تكون في أحد ثلاثة :

أ - أصل العقد: أن يخاف إنسان إعتداء ظالم على بعض ما يملك، فيتظاهر هو ببيعه لثالث فراراً منه، ومثله بيع المدين أمواله لتهريبها من وجه الدائنين.

ب - مقدار البديل : زيادة الثمن في عقد بيع العقار لمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة.

واعتقد أنه يحلها للأول لم يصح هذا النكاح، وكذلك إذا باع عنبا ممن يعتقد أنه يعصره خمرا. ومستند البطلان : أنهما ما قصدا البيع ، ولم يقصدا العقد حقيقة ، والقصد معتبر في صحة العقد. وقال أبو حنيفة والشافعي لا يكون تلجئة ، حتى يقولوا في العقد قد تبايعنا هذا العقد تلجئة<sup>(1)</sup>.

**الدليل الثاني :** عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "لَحْمُ صَيْدِ الْبَرِّ لَكُمْ حَلَالٌ وَأَنْتُمْ حَرْمٌ مَا لَمْ تَصِيدُوهُ أَوْ يُصَدَّ لَكُمْ"<sup>(2)</sup>. فانظر كيف حرم النبي صلى الله عليه وسلم على المحرم الأكل مما صاده الحلال ، إذا كان قد صاده لأجله ، فقد أثر القصد في التحريم ولم يرفعه ظاهر الفعل<sup>(3)</sup>. قال ابن تيمية : "ولما دلت السنة على أن الصيد إذا صاده الحلال للحرام وذبحه لأجله، كان حراماً على المحرم، ولو أنه اصطاده اصطيداً مطلقاً، وذبحه لكان حلالاً له وللمحرم، مع أن الاصطياد والذكاة عمل حسي أثرت النية فيه بالتحليل والتحريم، عُلم بذلك أن القصد مؤثر في تحريم العين التي تباح بدون القصد، وإذا كان هذا في الأفعال الحسية ففي الأقوال والعقود أولى، يوضح ذلك أن المحرم إذا لم يعلم ولم يشعر، وإنما الحلال قصد أن يصيده ليضيفه به، أو ليهبه له أو لبيعه إياه فإن الله سبحانه حرّمه عليه بنية صدرت من غيره لم يشعر بها"<sup>(4)</sup>.

**الدليل الثالث :** من استدان ديناً وهو ينوي ألا يسدد دينه ، فهو بمنزلة السارق، ومن تزوج امرأة بصدّق ينوي أن لا يؤديه إليها فهو بمقام الزاني. قال ابن القيم : "فهو كالزاني والسارق في المعنى ، وإن خالفهما في الصورة"<sup>(5)</sup>، ويؤيد ذلك ما جاء في صحيح البخاري ، عن أبي هريرة رضي الله عنه ، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "مَنْ أَخَذَ أَمْوَالَ النَّاسِ يُرِيدُ أَدَاءَهَا أَدَّى اللَّهُ عَنْهُ ، وَمَنْ أَخَذَهَا يُرِيدُ إِتْلَافَهَا أَتْلَفَهُ اللَّهُ"<sup>(1)</sup>. والأثر المرفوع من حديث أبي هريرة "من تزوج امرأة بصدّق ينوي أن لا يؤديه إليها فهو زان، ومن أدان ديناً ينوي أن لا يقضيه فهو سارق". ورواه الطبراني في الكبير ولفظه قال سمعت رسول الله صلى

ج - الشخص : تواطؤ اثنين على إخفاء وكالة سرية في عمل معين.

<sup>1</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 92. ابن قدامة ، المغني ، ج 4 ص 279. ابن تيمية ، الفتاوى الكبرى ، ج 6 ص 66.

<sup>2</sup> - أخرجه الترمذي ، في كتاب الحج ، باب ما جاء في أكل الصيد للمحرم. وأخرجه ابن عبد البر في الاستذكار ، كتاب الحج ، باب ما يجوز للمحرم أكله من الصيد.

3 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 98.

4 - ابن تيمية ، الفتاوى الكبرى ، ج 6 ص 85.

5 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 98.

الله عليه وسلم يقول : "أبما رجل تزوج امرأة ينوي أن لا يعطيها من صداقها شيئا ، مات يوم يموت وهو زان. وأبما رجل اشترى من رجل بيعا ، ينوي أن لا يعطيه من ثمنه شيئا ، مات يوم يموت وهو خائن".  
ويؤكد ابن القيم اعتداد الحنابلة بالسبب الباعث فيقول : "فهذه النصوص وأضعافها تدل على أن المقاصد تغير أحكام التصرفات من العقود وغيرها"<sup>(2)</sup> ، ويورد أحكاما فقهية تقضي بذلك ، سواء أكانت تصرفات شرعية أم وقائع مادية ، منها :  
"أن الرجل إذا اشترى أو استأجر أو اقترض أو نكح ، ونوى أن ذلك لموكله أو لموليه ، كان له وإن لم يتكلم به في العقد ، وإن لم ينو له وقع الملك للعاقدة. وكذلك لو تملك المباحات من الصيد والحشيش وغيرها ، ونواه لموكله وقع الملك له عند جمهور الفقهاء.  
ثم يعلق على ذلك مؤكدا تأثير النية والقصد في التصرفات والعقود فيقول : "وإذا كان القول والفعل الواحد يوجب الملك للمالكين مختلفين عند تغير النية ، ثبت أن للنية تأثيرا في العقود والتصرفات"<sup>(3)</sup> ، ويورد أدلة أخرى منها :

أ - لو قضى الشخص عن غيره ديناً ، أو أنفق عليه نفقة واجبة ، ينوي التبرع والهبة ، لم يملك الرجوع بالبدل ، وإن لم ينو له الرجوع ، إن كان بإذنه اتفاقاً ، وإن كان بغير إذنه ، ففيه النزاع المعروف. فصورة العقد واحدة ، وإنما اختلف الحكم بالنية والقصد.  
ب - أن الله تعالى حرّم أن يدفع الرجل إلى غيره مالا ربويا يمثله على وجه البيع ، إلا أن يتقابضا ، وجوز دفعه يمثله على وجه القرض ، وقد اشتركا في أن كلا منهما يدفع ربويا ويأخذ نظيره ، وإنما فرّق بينهما القصد ؛ فإن مقصود المُقرض إرفاق المقرض ونفعه ، وليس مقصوده المعاوضة والربح ، ولهذا كان القرض شقيق العارية<sup>(4)</sup> كما سماه النبي صلى الله عليه وسلم "مَنْبِيحَةَ الْوَرِقِ"<sup>(1)</sup>. فكأنه أعاره الدراهم ثم استرجعها

<sup>1</sup> - رواه البخاري ، في كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس ، باب من أخذ أموال الناس يريد أداءها أو إتلافها ، حديث رقم 2387. وأخرج الحديث أيضا ابن ماجه وأحمد.

<sup>2</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 98.

<sup>3</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 99.

<sup>4</sup> - وكأني بوضعي القانون المدني الفرنسي قد استعاروا هذا المعنى من النبي صلى الله عليه وسلم ، حيث اعتبروا القرض نوعا من العارية ، فالمادة 1874 من القانون المدني الفرنسي ، تقسم العارية إلى نوعين : عارية الاستعمال (prêt à usage) وهي العارية. وعارية الاستهلاك (prêt à consommation) وهي القرض.

Article 1874 : « Il y a deux sortes de prêt : Celui des choses dont on peut user sans les détruire ; Et celui des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait.

La première espèce s'appelle "prêt à usage" ، ou "commodat".

La deuxième s'appelle "prêt de consommation" ، ou simplement "prêt".

منه ، لكن لما تعذر استرجاع العين ، فاسترجع المثل ، وكذلك لو باعه درهما بدرهمين كان ربا صريحا ، ولو باعه إياه بدرهم ثم وهبه درهما آخر جاز ، والصورة واحدة ، وإنما فرّق بينهما القصد ، فكيف يمكن أحدا أن يلغي القصد في العقود ولا يجعل لها اعتبارا<sup>(2)</sup>.

**الدليل الرابع :** اعتداد الحنابلة بالنية والقصد ، وتأثير ذلك في العقود والتصرفات ، منها :

أ - أن الله رد شهادة المنافقين ووصفهم بالخداع والكذب والاستهزاء ، وذمهم على أنهم يقولون بأفواههم ما ليس في قلوبهم ، وأن بواطنهم تخالف ظواهرهم.

ب - أن الله تعالى ذم من يقول ما لا يفعل ، وأخبر أن ذلك من أكبر المقت عنده ، فقال : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ \* كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ }<sup>(3)</sup>.

ج - أن الله لعن اليهود إذ توسلوا بصورة عقد البيع على ما حرمه عليهم إلى أكل ثمنه ، وجعل أكل ثمنه لما كان هو المقصود ، بمنزلة أكله في نفسه. فعن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم ، فباعوها ، وأكلوا أثمانها"<sup>(4)</sup>.

د - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لعن في الخمر عاصرها ومعتصرها<sup>(1)</sup>؛ ومن المعلوم أن العاصر إنما عصر عنباً ، ولكن لما كانت نيته هي تحصيل الخمر ، لم ينفعه ظاهر عصره ولم يعصمه من اللعنة لباطن قصده ومراده ، فعلم أن الاعتبار في العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها ، دون ظواهر ألفاظها وأفعالها<sup>(2)</sup>.

---

وقد تبنى القانون المدني الجزائري المصطلح نفسه ففي المادة 450 تحدث عن القرض الاستهلاكي ، وفي المادة 538 استعمل النص العربي لفظ العارية ، وفي النص الفرنسي استعمل لفظ عارية الاستعمال.

1 - جزء من حديث تمامه : عن البراء بن عازب رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : "من منّح منيحةً لبنٍ ، أو ورق ، أو هدى زُقاقاً ، كان له مثل عتق رقبة". أخرجه الترمذي في سننه ، كتاب البر والصلة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، باب ما جاء في المنيحة. وصححه الألباني في صحيح سنن الترمذي ، ج 2 ص 363. وفي صحيح الترغيب والترهيب ، ج 11 ص 537.

ومعنى قوله : منيحة لبن : العطية. وقد تكون في الحيوان وفي الثمار ، وغيرهما. وقد تكون المنيحة عطية للرقبة بمنافعها ، وهي الهبة. وقد تكون عطية اللبن أو الثمر مدة ، وتكون الرقبة باقية على ملك صاحبها يردها إليه.

ومعنى قوله : "منيحة ورق" : يعني به قرض الدراهم. ومعنى قوله : "هدى زُقاقاً" : يعني به هداية الطريق ، أي أرشد ابن السبيل وهداه إلى الطريق. وقيل يريد من دل الضال أو الأعمى على طريقه ، وقيل أراد من تصدق بزقاق من النخل وهي السكة منها. والأول أشبه ، لأن هدى من الهداية لا من الهدية. النووي ، شرح صحيح مسلم ، ج 7 ص 111.

2 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 99.

<sup>3</sup> - سورة الصف ، الآيتان الثانية والثالثة.

<sup>4</sup> - رواه البخاري في كتاب البيوع ، باب لا يباع شحم الميتة ولا يباع ودكه ، حديث رقم 2223. ورواه مسلم في كتاب المساقاة ، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير ، حديث رقم 2969.

هـ - أن الله تعالى قال في حق الأزواج إذا طلقوا أزواجهم طلاقاً رجعياً : { وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا }<sup>(3)</sup>. وقوله : { وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا }<sup>(4)</sup>. وذلك نص في أن الرجعة إنما ملكها الله تعالى لمن قصد الصلاح دون من قصد الضّرار.

و - قوله تعالى في الخلع : { فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ }<sup>(5)</sup>. وقوله أيضاً : { فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ }<sup>(6)</sup> ، فبين تعالى أن الخلع المأذون فيه والتكاح المأذون فيه ، إنما يباح إذا ظنا أن يقيما حدود الله.

ز - قال الله تعالى : { مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ }<sup>(7)</sup>، وإنما قدم الله الوصية على الميراث إذا لم يقصد بها الموصي إلحاق الضرر بهم، فإن قصد بها الضرر فللموثة إبطالها وعدم تنفيذها. وكذلك قوله تعالى : { فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ }<sup>(8)</sup>، فرفع الإثم عن من أبتل الجَنَفَ والاثم ، من وصية الموصي.

وختام سلسلة النصوص والأدلة التي استدلت بها الحنابلة ، على الاعتداد بالقصد والنية وتأثير ذلك في العقود والتصرفات ، تقرير ابن القيم وهو يتساءل عن السبب الباعث إذا كان مخالفا لصيغة العقد ولفظه ، فيقول : "هل الاعتبار بظواهر الألفاظ والعقود وإن ظهرت المقاصد والنيات بخلافها ، أم للقصد والنيات تأثير يوجب الالتفات إليها ومراعاة جانبها". ثم يجيب على هذا السؤال الذي طرحه مرجحا الاعتداد بالسبب الباعث فيقول : "وقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصد في العقود معتبرة ، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمته، بل أبلغ من ذلك ، وهي أنها تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد تحليلا وتحريما ، فيصير حلالا تارة وحراما تارة باختلاف النية والقصد ، كما يصير صحيحا تارة وفسادا تارة باختلافها"<sup>(9)</sup>.

<sup>1</sup> - رواه البيهقي في سننه ، ج 5 ص 327. وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد ، موقوفاً على ابن عمر، وقال: رواه الطبراني في "الكبير"، وفيه ليث بن أبي سليم، وهو ثقة ولكنه مدلس. مجمع الزوائد ج 4 ص 90.

<sup>2</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 95.

<sup>3</sup> - سورة البقرة ، آية رقم : 226.

<sup>4</sup> - سورة البقرة ، آية رقم : 229.

<sup>5</sup> - سورة البقرة ، آية رقم : 227.

<sup>6</sup> - سورة البقرة ، آية رقم : 228.

<sup>7</sup> - سورة النساء ، آية رقم : 12.

<sup>8</sup> - سورة البقرة ، آية رقم : 181.

<sup>9</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 109.

وبهذا النص جزم ابن القيم وهو من كبار فقهاء الحنابلة ، أن للسبب الباعث تأثيراً لا لبس فيه على صحة العقود وبطلانها ، بل على جميع ما يقوم به المكلف من تصرفات شرعية أو قائع مادية ، ويمتد ذلك إلى العبادات والعقوبات.

وهذه أمثلة فقهية يستشهد فيها باعتبار تأثير السبب الباعث في الوقائع المادية ، فيقول : "وهذا كالذبح ، فإن الحيوان يجلّ إذا ذبح لأجل الأكل ، ويحرم إذا ذبح لغير الله. وكذلك الحلال يصيد الصيد للمحرم فيحرم عليه ، ويصيده للحلال فلا يحرم على المحرم ... وكذلك عصر العنب بنية أن يكون خمرا معصية ، ملعون فاعله على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وعصره بنية أن يكون خلا أو دبسا جائز ، وصورة الفعل واحدة"<sup>(1)</sup>.

ويطبق مذهبه أيضا على التصرفات ويرى ضرورة اعتبار الباعث فيها فيقول : "وكذلك الرجل يشتري الجارية ينوي أن تكون لموكله فتحرم على المشتري ، وينوي أنها له فتحل له ، وصورة العقد واحدة ؛ وإنما اختلفت النية والقصد. وكذلك صورة القرض وبيع الدرهم بالدرهم إلى أجل ، صورتها واحدة ، وهذا قرينة صحيحة ، وهذا معصية باطلة بالقصد ... وكذلك السلاح يبيعه الرجل لمن يعرف أنه يقتل به مسلما حرام باطل ، لما فيه من الإعانة على الإثم والعدوان ؛ وإذا باعه لمن يعرف أنه يجاهد به في سبيل الله فهو طاعة وقرينة. وكذلك عقد النذر المعلق على شرط ينوي به التقرب والطاعة فيلزمه الوفاء بما نذره ، وينوي به الحلف والامتناع فيكون يمينا مكفّرة ... وكذلك ألفاظ الطلاق صريحها وكنائتها ، ينوي بها الطلاق فيكون ما نواه ، وينوي به غيره فلا تطلق. وكذلك قوله : أنت عندي مثل أمي ، ينوي بها الظهار فتحرم عليه ؛ وينوي به أنها مثلها في الكرامة ، فلا تحرم عليه. وكذلك من أدى عن غيره واجبا ينوي به الرجوع ملكه ، وإن نوى به التبرع لم يرجع"<sup>(2)</sup>.

ويرى ابن القيم أن نظرية السبب الباعث كما تنطبق على العقود ، تنطبق كذلك على العبادات والعقوبات ، فيقول : "وهذه كما أنها أحكام الرب تعالى في العقود ، فهي أحكامه في العبادات والمثوبات والعقوبات"<sup>(3)</sup>.

بل إن تأثير النية في العبادات ، من حيث صحتها وفسادها أظهر من أن يدل عليه ، إذ القربات كلها مبناه على النيات ، ولا يكون الفعل عبادة إلا بالنية والقصد، ويضرب أمثلة على ذلك منها :

<sup>1</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 109 - 110.

<sup>2</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 110.

<sup>3</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 110.

من وقع في الماء ولم ينو الغُسل أو دخل الحمام للتنظيف أو للتبرد ، لم يكن غسله قرينة ولا عبادة بالاتفاق. ومن أمسك عن المفطرات عادة واشتغالا ، ولم ينو القرينة لم يكن صائما. ومن دار حول الكعبة يلمس شيئا سقط منه ، ولم ينو الطواف لم يكن طائفا. ومن أعطى الفقير هبة أو هدية ، ولم ينو الزكاة لم تحسب زكاة. ومن جلس في المسجد ، ولم ينو الاعتكاف لم يحصل له أجر الاعتكاف<sup>(1)</sup>.

أما العقوبات والمثوبات فمنها : لو جامع أجنبية يظنها زوجته لم يأثم بذلك ، وقد يثاب بنيته، ولو جامع في ظلمة من يظنها أجنبية فبانَت زوجته ، أثم على ذلك بقصده ونيته للحرام. ولو أكل طعاما حراما يظنه حلالا لم يأثم به ، ولو أكله وهو حلال يظنه حراما أثم بنيته. ومن قتل من يظنه مسلما معصوم الدم فبان كافرا حربيا مهدر الدم ، أثم بنيته. ومن رمى صيدا فأصاب إنسانا معصوم الدم ، لم يأثم ، ولو رمى إنسانا معصوما فأخطأه وأصابا صيدا أثم. ويؤكد ذلك أن القاتل والمقتول في التار لنية كل واحد منها قتل صاحبه<sup>(2)</sup>.

والذي أراه أن القصد في العقوبات محل اتفاق بين الفقهاء<sup>(3)</sup> ، فسبب المسؤولية الجزائية هو ارتكاب المعاصي أي إتيان المحرمات التي حرمتها الشريعة ، وترك الواجبات التي فرضتها، ومسؤولية الجاني تختلف باختلاف تنوع العصيان ودرجاته. والعصيان إما عمد وإما خطأ ، والعمد والخطأ كلاهما على نوعين بحسب درجة جسامته ؛ فالعمد ينقسم إلى عمد وشبه عمد ، والخطأ ينقسم إلى خطأ وما جرى مجرى الخطأ. ومن ثم يكون العصيان على أربع درجات ، وبالتالي المسؤولية الجزائية على أربع درجات ، وهي العمد ، وشبه العمد ، والخطأ ، وما جرى مجرى الخطأ. والعقاب يكون تبعا للقصد ، فإن قصد الجاني العصيان شددت العقوبة ، وإن لم يقصد خففت العقوبة. فقصد العصيان هو العامل الأول في تعيين عقوبة الجاني ، وهذا القصد هو الذي يسمى في الاصطلاح القانوني بالقصد الجنائي<sup>(4)</sup>.

والنظر القانوني الوضعي لا يبتعد كثيرا عن النظر الشرعي في هذا الأمر ، فلا يكفي لقيام الجريمة ارتكاب عمل مادي ينص ويعاقب عليه القانون ، بل لا بد أن يصدر هذا العمل المادي عن إرادة الجاني ، وتشكل العلاقة التي تربط العمل المادي بالفاعل ، ما يسمى بالركن المعنوي للجريمة. ويتمثل الركن المعنوي في نية داخلية يضمها الجاني في نفسه ، وقد يتمثل أحيانا في الخطأ أو الإهمال وعدم الاحتياط ، ومن ثم

<sup>1</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 110.

<sup>2</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 111.

<sup>3</sup> - ابن قدامة ، المغني ، ج 9 ص 410. الخطاب ، مواهب الجليل ، ج 6 ص 240.

<sup>4</sup> - عبد القادر عوده ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، ج 1 ص 405.

يتخذ الركن المعنوي للجريمة صورتين هما : صورة العمد أي القصد الجنائي، وصورة الخطأ أي الإهمال وعدم الاحتياط<sup>(1)</sup>.

والقصد الجنائي حسب تعريف "نورمان" (Normand) : "هو علم الجاني بأنه يقوم مختاراً بارتكاب الفعل الموصوف جريمة في القانون وعلمه أنه بذلك يخالف أوامره ونواهيه". فيتكون القصد الجنائي من عنصرين هما : الأول اتجاه إرادة الجاني نحو ارتكاب الفعل المعاقب عليه وتحقيق النتيجة المطلوبة، فمن يقود سيارة بسرعة فائقة ويقتل شخصا ، فالمسؤولية الجزائية على جريمة القتل العمد لا تقوم ، لأن إرادة الجاني لم تتجه إلى إزهاق روح هذا الشخص، وإن كانت إرادته متجهة إلى السياقة بسرعة ، وهذه قد نعتبرها مخالفة لأنظمة المنظمة لقواعد السير في الطرقات إذا تجاوزت السرعة المحددة. أما من أطلق الرصاص على شخص فأراد قتيلا ، فهنا توجد إرادة انصرفت إلى فعل آثم وتحققت نتيجته المباشرة ، وهي إزهاق الروح ، فتقوم المسؤولية الجزائية على القتل العمد<sup>(2)</sup>.

والعنصر الثاني هو العلم بتوافر أركان الجريمة كما يتطلبها القانون، والعلم بالقانون مفترض ، وبالتالي لا يجوز الدّفع بالجهل بالقانون ، كما نص على ذلك الدستور الجزائري<sup>(3)</sup>. غير أن التشريعات الحديثة بدأت تتجه نحو الأخذ بالجهل بالقانون ، وهذا ما جاءت به المادة 122-3 من قانون العقوبات<sup>(4)</sup> الفرنسي الجديد<sup>(5)</sup> ، حيث نصت على انتفاء المسؤولية الجزائية في حالة ما إذا أثبت الجاني أنه تصرف إثر غلط في القانون ليس في وسعه تجنبه.

### المطلب الثالث : السبب الباعث في المذهب الإباضي

سار المذهب الإباضي في اتجاه النزعة الذاتية ، باعتبار تأثير السبب الباعث في العقود والتصرفات ، ويظهر تبني الإباضية للنظرية الذاتية من خلال بيان موقفهم من المسائل الفقهية الآتية : بيع العينة ، ونكاح التحليل ، وطلاق المريض مرض الموت<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup> - أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري العام ، ص 118 - 119.

<sup>2</sup> - أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري العام ، ص 120.

<sup>3</sup> - المادة 60 من الدستور الجزائري لسنة 1996، المادة 57 من دستور 1989 : "لا يعذر بجهل القانون".

<sup>4</sup> - Article 122-3 : N'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte.

<sup>5</sup> - صدر قانون العقوبات الفرنسي الجديد في سنة 1992 وبدأ العمل به في سنة 1994.

<sup>6</sup> - خالد محمد بابكر : نظرية المآلات : قاعدة الأمور بمقاصدها. مقال منشور على الإنترنت بتاريخ : 24 ربيع الثاني

**أولاً : بيع العينة :** ذهب الإباضية إلى أن بيع العينة بيع باطل<sup>(1)</sup> ، لأنّ طبيعة العقد ذاته تدل صراحة على وجود ذلك السبب الباعث غير المشروع، وهو الوصول بذلك البيع إلى الربا المحرم. إلا أنّ الإباضية يجعلون بطلان بيع العينة على أساس القصد، والباعث فقط، أمّا إذا لم يكن هناك قصد الربا بأن اشترى من البائع سلعة إلى أجل ثمّ كره تلك السلعة ، وعاد إلى البائع فباعه تلك السلعة بأقل مما اشتراها نقداً دون توطئة، فالبيع صحيح لأنّ العقد الأول منفك عن الثاني ومنفصل عنه وليس فيه صورة البيعتين في بيعة<sup>(2)</sup> ، ولأنّ البائع الأول قد لا يشتريها منه ؛ فالإباضية حصروا نطاق العمل بالباعث غير المشروع في نطاق ضيق وهو القصد والنية ، ولا ينظرون إلى كثرة استعمال الناس فيسدون الذريعة بذلك كما فعل المالكية والحنابلة .

ويبدو أنّ الإباضية ليس لهم رأي واحد في موضوع بيع العينة ، بل هناك آراء ثلاثة ، رأي يقول بالجواز ، وآخر يقول بالحرمة ، وثالث يقول بالكراهة .

ففي التاج المنظوم ، قال أبو عبد الله : من اشترى من رجل شاة بأربعين درهماً مؤجلة ، ثم باعها للبائع بالنقد فهو جائز. وقال بشير : إنه حرام .

وقيل : إن جابراً<sup>(3)</sup> احتج إلى مال ، فاشترى من بزاز ثياباً إلى أجل ، فقبضها منه. ثم قال من حينه: من يشتريها مني بالنقد؟ فقال : البزاز : أنا ، فباعها جابر له به ، وإن لم يكن للثمن مدة فحكمه نقداً ، إلا إن كان أصل المبيعة إلى أجل ، ولم يسمياه فالبيع فاسد ، ويرد المشتري على البائع مثل متاعه أو قيمته إن لم يكن له مثل ، وقيل : إنهما على ما أسسا عليه بيعهما من نقد أو نسيئة. ونص أيضاً على أن من باع متاعاً بنسيئة ، ثم اشتراه بالنقد ، فقبل : مكروه بدون ما باعه به ، وله أن يشتريه بما باعه به بنقد أو نسيئة<sup>(4)</sup>.

**ثانياً : نكاح التحليل :** ويظهر كذلك تبني الإباضية للاتجاه الذاتي من خلال موقفهم من نكاح التحليل ، فصحة وبطلان نكاح التحليل عند الإباضية متوقفان على القصد والباعث ، فإن كان قصد

1 - محمد بن يوسف اطفيش ، شرح النيل ، ج 8 ص 75.

2 - إبراهيم بولروح ، آثار الإمام جابر بن زيد ، ج 2 ص 938.

3 - المقصود بجابر : هو أبو الشعثاء جابر بن زيد الأزدي يرجع إليه تأسيس المذهب الإباضي فهو من أرسى قواعده وأصوله، ولد عام 21 هـ، في بلدة فرق في منطقة الجوف بعمّان ، ارتحل إلى البصرة لطلب العلم، وصار من أبرز العلماء، توفي سنة 82 هـ، وقيل سنة 93 هـ، وقيل سنة 103 هـ. واستلم قيادة الإباضية بعده الإمام أبو عبيدة مسلم بن أبي كريمة.

4 - الشيخ عبد العزيز بن الحاج بن إبراهيم الثميني ، التاج المنظوم من درر المنهاج المعلوم ، ج 4 ص 218.

التحليل موجودا ، بأن اتفقا عليه ولو دون ذكر ذلك في العقد، فإنّ هذا العقد يقع باطلا ولا تحل بهذا العقد لزوجها الأول<sup>(1)</sup>.

لكن البطلان وهو جزاء قضائي غير التحريم الدياني، لا بد له من دليل موضوعي يُرَجَّح به جانب البطلان على الصحة، لذلك فإنّ الإباضية وإن حرّمو التحليل ديانة لكن البطلان قضاء متوقّف على العلم بذلك القصد السيئ، وضابط الباعث غير المشروع هو علم المتعاقدين به واتفاقهما عليه، فإذا لم يعلم بأن نواه المحلّل في قلبه، لم يكن هناك مجال لإبطال العقد، ويُحكّم على ذلك العقد بالصحة فتحل لزوجها الأول لوجود صورة الإحلال التي شرطها القرآن<sup>(2)</sup>.

ونقل محمد بن يوسف أطفيش عن أصحاب الديوان : قولهم إنّما يأتي الفساد من الأخير إن أراد التحليل ، فإن علم به الأول فلا يتزوجها. وإن اتفق المحلّل والمحلّل له لا المرأة فلا تحل له بإرادة التحليل ، وإن اتفق مع زوجها ، فتزوجت غيره بلا اتفاق معهما أو به معه لم يحل لها الأول ، وإن تزوجها المحلّل على اتفاق منهما لتحليلها فلا يمسه ولا يمسكها ، وإن مسّها أصدقها وثبت ولده ولا تحرم عليه. وقيل إن تابا فلهما أن يقيما على نكاحهما. وقيل تحرم عليه ، وإن لم يرد إلا قضاء وطره كعابر سبيل وغيره فلا عليه ، وإن أراد قضاء الوطر والتحليل لم يحل له ذلك<sup>(3)</sup>.

ومما يؤكّد تبنى الإباضية لنظرية السبب الباعث وتأثيره في العقود والتصرفات ، جواب ابن أبي الحواري لمن سأله عن حكم نكاح التحليل<sup>(4)</sup> ، فقال السائل : رجل طلب تزويج امرأة إلى نفسها أو إلى وليها وأراد أن يحللها لمطلق لها ، أعلمها بذلك ، أو لم يعلمها ، وتزوج بها ولم يجز بها ، أو لو يتزوج ثم ندم على ذلك، واستغفر ربه وترك ذلك التزويج ، ثم أراد تزويجها لغير ذلك ، هل تحل من بعد ذلك التزويج ؟

فأجاب قائلا : فعلى ما وصفت ، فإن كان قد جاز بها فقد حرمت عليه أبدا إذا أخذها ليحلها لغيره ، وكذلك أيضا إن كانت المرأة قد علمت فلا تحل لمطلقها الأول بذلك النكاح ، إلا أن تتزوج زوجها غيره ، لعلة على غير نية التحليل. وإن لم يجز بها وكان قد أعلمها أنه إنما يريد أن يحلها ، ثم رجع عن تلك النية ، وأعلمها أيضا أنه قد رجع عن نيته تلك ، فإن أراد أن يرجع إليها بنكاح جاز له ذلك<sup>(5)</sup>.

1 - محمد بن يوسف اطفيش ، شرح النيل ، ج 7 ص 370.

2 - محمد بن يوسف اطفيش ، شرح النيل ، ج 7 ص 370.

3 - محمد بن يوسف اطفيش ، شرح النيل ، ج 7 ص 375.

4 - مصطفى بن حمو أرشوم ، النكاح صحة وفسادا وآثارا في المذهب الإباضي ، مطبعة النهضة ، سلطنة عُمان ، الطبعة الأولى 1422 هـ - 2002 م ، ص 237.

5 - محمد بن الحواري ، جامع أبي الحواري ، نشر وزارة التراث القومي والثقافة ، سلطنة عمان ، الطبعة الأولى 1405 هـ -

1985 م ، ج 3 ص 125 - 126.

**ثالثا : طلاق المريض مرض الموت :** كما يظهر تبني الإباضية للاتجاه الذاتي من خلال موقفهم ، من الباعث غير المشروع في مسألة طلاق المريض مرض الموت ، فإنّ الزوجة ترث من زوجها الذي طلقها وهو في مرض الموت ، معاملة له على نقيض قصده السيء ، لأنه ما طلقها إلا ليحرمها من الميراث<sup>(1)</sup>. ويؤكد الدكتور مصطفى باجو تبني الإباضية مبدأ السبب الباعث، فيقول : " وتجلّي مصادر الفقه الإباضي في تناولها لتصرفات الإنسان اليومية في عباداته، وفي معاملاته، عنايةً بالغة بمعرفة الباعث، حتى يكون دليلا للمجتهد للوصول بيني عليه الحكم الشرعي على هذا الفعل أو ذاك بالجواز أو الحظر، وعلى التصرف بالصحة أو البطلان وفق الباعث على إنشائه، إذ قد يكون القصد غير مشروع، فيُحال دون صاحبه وغايته، ولو كانت الوسيلة مشروعة، وهذا ما تجلّي واضحا في أعمال مبدأ سدّ الذرائع"<sup>(2)</sup>.

### المبحث الثاني : علاقة السبب الباعث بسدّ الذرائع

يعتبر سدّ الذرائع "أصل من الأصول التي أكثر من الاعتماد عليها في استنباطه الفقهي الإمام مالك رضي الله عنه، وقاربه في ذلك الإمام أحمد بن حنبل رضي الله عنه"<sup>(3)</sup>. وإذا كان الأمر كذلك ، فما وجه العلاقة بين انتصار هذين المذهبين لقاعدة سدّ الذرائع، واعتدادهما بالسبب غير المشروع في العقود والتصرفات ؟ ومدى هذه العلاقة ؟ وقبل الإجابة على هذين السؤالين ، لا بد من وقفة مع قاعدة سدّ الذرائع أولا ، ونوضح ذلك في مطالب ثلاثة.

#### المطلب الأول : قاعدة سدّ الذرائع

وفي هذا الفرع سيتم توضيح مفهوم الذرائع ، وحجيتها ، وأقسام الذرائع بالنسبة إلى نتائجها، ويكون ذلك في فروع ثلاثة.

#### الفرع الأول : مفهوم سدّ الذرائع

الذريعة في اللغة : معناها الوسيلة والطريق إلى الشيء، يقال تذرّع فلان بذريعة أي توصل بها، والجمع ذرائع. وهي السبب الموصل إلى الشيء حسيا كان أو معنويا<sup>(4)</sup>. اصطلاحا : هناك تعريفات عدّة ، نذكر منها ما يلي :

<sup>1</sup> - محمد بن يوسف اطفيش ، شرح النيل ، ج 7 ص 497.

<sup>2</sup> - مصطفى باجو ، مقارنة في المقاصد الشرعية بين الفقهاء الإباضي والمالكي. مقال منشور بتاريخ 27 جوان 2007، بموقع التراث : [www.tourath.org](http://www.tourath.org)

<sup>3</sup> - محمد أبو زهرة ، مالك حياته وعصره آراؤه وفقهه ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، (د س ن)، ص 431.

<sup>4</sup> - ابن منظور ، لسان العرب ، ج 8 ص 96.

عرفها القرطبي بأنها "عبارة عن أمر غير ممنوع لنفسه ، يخاف من ارتكابه الوقوع في ممنوع"<sup>(1)</sup>.  
 وعرفها الشاطبي فقال : "حقيقتها التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة"<sup>(2)</sup>. وقال أيضا : "فإن غالبها تدرّج بفعل جائز ، إلى عمل غير جائز"<sup>(3)</sup>.  
 وعرفها القاضي أبو بكر بن العربي بأنها : "كل عمل ظاهر الجواز ، يتوصل به إلى محذور"<sup>(4)</sup>. وقال أيضا : "كل عقد جائز في الظاهر يؤول أو يمكن أن يتوصل به إلى محذور"<sup>(5)</sup>.  
 وعرفها القرافي فقال : "حسم مادة وسائل الفساد دفعا ، فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة للمفسدة منع مالك من ذلك الفعل في كثير من الصور"<sup>(6)</sup>.  
 وعرفها الشوكاني بقوله : "هي المسألة التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل المحذور"<sup>(7)</sup>.  
 وعرفها ابن القيم : بأنها "ما كان وسيلة وطريقا إلى الشيء"<sup>(8)</sup>.  
 ويتبين من هذه التعاريف أن الفقهاء والأصوليين قد حصروا معنى الذرائع في المباح الذي يتوصل به إلى مفسدة.

والذريعة بما هي وسيلة ، قد تكون قولاً ، وهذه تشمل التصرفات القولية. وقد تكون فعلاً ، وهذه تشمل التصرفات الفعلية. وقد أشار ابن القيم إلى هذا أثناء تقسيمه للذرائع فقال : "الفعل أو القول المفضي إلى مفسدة قسمان"<sup>(9)</sup>. وتكون في العبادات كما تكون في العادات ، قال الشاطبي : "وبالجملة كل عمل أصله ثابت شرعا ، إلا أن في إظهار العمل به والمداومة عليه ، ما يخاف أن يعتقد أنه سنّة ، فتركه مطلوب في الجملة أيضا ، ومن باب سدّ الذرائع"<sup>(10)</sup>. وضرب أمثلة على ذلك كنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتقدم شهر رمضان بصيام يوم أو يومين ، وترك أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود الأضحية مخافة أن يعتقد الناس أنها واجب.

1 - القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج 2 ص 58.

2 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 4 ص 199.

3 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 4 ص 198.

4 - أبو بكر بن العربي ، أحكام القرآن ، ج 2 ص 798.

5 - أبو بكر بن العربي ، أحكام القرآن ، ج 2 ص 743.

6 - القرافي ، الفروق ، ج 2 ص 32 ، الفرق 58. الفرق بين قاعدة المقاصد وقاعدة الوسائل.

7 - الشوكاني ، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ، ص 217.

8 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 135.

9 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 136. فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص 182.

10 - الشاطبي ، الاعتصام ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، 1405هـ - 1985م ، ج 2 ص 32.

وبما أنّ الدّريعة وسيلة فهي لا تنحصر في المباح ، بل تعترتها الأحكام الشرعية ، وتأخذ حكم ما أفضت إليه ولو كان حكمه الشرعي في الأصل غير ذلك، فقد تكون مباحة ، وقد تكون حراما ، وقد تكون واجبة ، وقد تكون مستحبة ، وقد تكون مكروهة، فوسيلة المحرم محرمة، ووسيلة الواجب واجبة. فالفاحشة حرام، والنظر إلى عورة الأجنبية حرام، لأنها تؤدي إلى الفاحشة. والجمعه فرض، فالسعي لها فرض، وترك البيع لأجل السعي فرض أيضا. ودفع شخص مالا لآخر على سبيل الرشوة جائز ، ليتقي به معصية يريد الظالم أن يوقعها ، وضررها أشد من ضرر دفع المال.

وبيان ذلك أن موارد الأحكام قسمان ، مقاصد : وهي الأمور المكونة للمصالح والمفاسد في أنفسها، ووسائل : وهي الطرق المفضية إليها. وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحريم أو تحليل، غير أنّها أخفض رتبة من المقاصد في حكمها، ويقول القرابي: "الوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل، وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل ، وإلى ما هو متوسط متوسطة"<sup>(1)</sup>.

وأكد ابن القيم هذا المعنى فقال : "لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها، كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها، فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع بها، بحسب إفضائها إلى غاياتها، وارتباطاتها بها. ووسائل الطاعات القربات في محبتها والإذن بها، بحسب إفضائها إلى غايتها. فوسيلة المقصود تابعة للمقصود وكلاهما مقصود ، لكنه مقصود قصد الغايات، وهي مقصودة قصد الوسائل.

فإذا حرم الرب تعالى شيئا، وله طرق ووسائل تفضي إليه ، فإنه يجرمها ويمنع منها ، تحقيقا لتحريمه وتثبيتا له، ومنعا أن يقرب حماه. ولو أباح الوسائل والدّرائع المفضية لكان ذلك نقضا للتحريم، وإغراء للنفوس به، وحكمته تعالى وعلمه يأبي ذلك كل الإباء. بل سياسة ملوك الدنيا تأبي ذلك، فإن أحدهم إذا منع جنده أو رعيته، أو أهل بيته من شيء، ثم أباح لهم الطرق والأسباب والدّرائع الموصلة إليه ، لعدّ متناقضا، ولحصل من رعيته وجنده ضد مقصوده. وكذلك الأطباء، إذا أرادوا حسم الداء منعوا صاحبه من الطرق والدّرائع الموصلة إليه، وإلا فسد عليهم ما يرومون إصلاحه.

فما الظن بهذه الشريعة الكاملة التي هي في أعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال ؟ من تأمل مصادرها ومواردها علم أن الله تعالى ورسوله ، سد الدّرائع المفضية إلى المحارم بأن حرمها ونهى عنها"<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - القرابي ، الفروق ، ج 2 ص 33.

<sup>2</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 135.

## الفرع الثاني : حجية الذرائع وأدلة مشروعيتها

اعتبر مالك وأحمد الذرائع أصلا من أصول الفقه<sup>(1)</sup> ، قال الشاطبي : "وسد الذرائع مطلوب مشروع وهو أصل من الأصول القطعية"<sup>(2)</sup>. واعتبر ابن القيم سد الذرائع ربع الدين فقال : "وباب سد الذرائع أحد أرباع التكليف ، فإنه أمر ونهى ، والأمر نوعان ، أحدهما مقصود لنفسه ، والثاني وسيلة الى المقصود. والنهي نوعان أحدهما ما يكون المنهى عنه مفسدة في نفسه ، والثاني ما يكون وسيلة الى المفسدة. فصار سد الذرائع المفضية إلى الحرام أحد أرباع الدين"<sup>(3)</sup>.

وأخذ بسدّ الذرائع الشافعي وأبو حنيفة<sup>(4)</sup> في بعض الحالات ، وأنكر ابن حزم الظاهري<sup>(5)</sup> الذرائع مطلقا.

وقد ثبتت مشروعية سدّ الذرائع ، بالقرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

### أ - أدلة سدّ الذرائع من القرآن الكريم

الدليل الأول : قوله تعالى : {وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ كَذَلِكَ زَيْنًا لِكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلُهُمْ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِمْ مَرْجِعُهُمْ فَيُنَبِّئُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ} <sup>(6)</sup> ، نهى الله تعالى عن سب آلهة المشركين ، مع أن توهين أمر الشرك مطلوب ، وفي السبّ غيظا وحمية لله وإهانة لأهنتهم؛ غير أنه بالنظر إلى ما يتوقع وهو سبّ المشركين الله تعالى ، منعت هذه الذريعة نظرا إلى هذا المال ، لا بالتّظر إلى الباعث ، وكانت مصلحة ترك مسبته تعالى أرجح من مصلحة سبنا لأهنتهم. وهذا كالتنبيه ، بل كالتصريح على المنع من الجائز أو الواجب ، لثلا يكون سببا في فعل ما لا يجوز<sup>(7)</sup>.

1 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 361. ج 4 ص 198 وص 200. ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 136.

2 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 3 ص 61.

3 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 159.

4 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 3 ص 305 ، 306. الشافعي ، الأم ، ج 3 ص 272. الزركشي ، البحر المحيط ، ج 6 ص

84. وذكر أن بعض الشافعية قال بسدّ الذرائع تخريجا على قول الشافعي في بعض المسائل.

5 - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، الإحكام في أصول الأحكام ، تحقيق أحمد شاكر ، تقديم إحسان عباس ، دار

الآفاق الجديدة ، بيروت ، لبنان ، (د س ن) ، ج 6 ص 2 - 16.

6 - سورة الأنعام ، آية رقم : 109.

7 - أبو بكر بن العربي ، أحكام القرآن ، ج 2 ص 743. ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 137. فتحي الدريني ، نظرية

التعسف في استعمال الحق ، ص 186. وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص 538.

الدليل الثاني : قوله تعالى : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقُولُوا رَاعِنَا وَقُولُوا انظُرْنَا وَاسْمَعُوا وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ }<sup>(1)</sup>. نعى الله المؤمنين عن قول كلمة "راعنا" ، ومعناها راعنا سمعك ، أي اسمع لنا ما نريد أن نسأل عنه، لثلا يكون ذلك ذريعة لليهود في توجيهها للنبي صلى الله عليه وسلم ، قاصدين بها معنى آخر ، من الرعونة وهو سب للنبي صلى الله عليه وسلم بلسانهم العبراني<sup>(2)</sup>. قال القرطبي : "وجه التمسك بها أن اليهود كانوا يقولون ذلك وهي سب بلغتهم؛ فلما علم الله ذلك منهم منع من إطلاق ذلك اللفظ؛ لأنه ذريعة للسب"<sup>(3)</sup>.

الدليل الثالث : قوله تعالى : { وَأَسَاءُ لَهُمْ عَنِ الْقَرْيَةِ الَّتِي كَانَتْ حَاضِرَةَ الْبَحْرِ إِذْ يَعْدُونَ فِي السَّبْتِ إِذْ تَأْتِيهِمْ حِيتَانُهُمْ يَوْمَ سَبْتِهِمْ شُرَّعًا وَيَوْمَ لَا يَسْبِتُونَ لَا تَأْتِيهِمْ كَذَلِكَ نَبِّئُهُمْ بِمَا كَانُوا يَفْسُقُونَ }<sup>(4)</sup>.  
حرم الله تبارك وتعالى عليهم الصيد في يوم السبت؛ فكانت الحيتان تأتيتهم يوم السبت شرعًا، أي ظاهرة، فسدوا عليها يوم السبت وأخذوها يوم الأحد، وكان السد ذريعة للاصطياد؛ فمسحهم الله قردة وخنازير؛ وذكر الله لنا ذلك في معنى التحذير عن ذلك<sup>(5)</sup>.

قال أبو بكر بن العربي : "قال علماءنا هذه الآية أصل من أصول إثبات الذرائع التي انفرد بها مالك، وتابعه عليها أحمد في بعض رواياته ، وخفيت عن الشافعي وأبي حنيفة مع تبخرهما في الشريعة"<sup>(6)</sup>.  
الدليل الرابع : قول الله تعالى لآدم وحواء : { وَلَا تَقْرَبَا هَذِهِ الشَّجَرَةَ فَتَكُونَا مِنَ الظَّالِمِينَ }<sup>(7)</sup> ، قال ابن عطية : " وهذا مثال بين في سد الذرائع"<sup>(8)</sup>.

**ب - أدلة سد الذرائع من السنة :** وهي أحاديث كثيرة ثابتة صحيحة، منها :

حديث عائشة أَنَّ أُمَّ حَبِيبَةَ ، وَأُمَّ سَلَمَةَ ذَكَرْنَا كَنِيسَةً رَأَيْنَاهَا بِالْحَبَشَةِ فِيهَا تَصَاوِيرُ لِرَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : "إِنَّ أَوْلَيْكَ ، إِذَا كَانَ فِيهِمُ الرَّجُلُ الصَّالِحُ ، فَمَاتَ ، بَنَوْا عَلَيَّ قَبْرَهُ مَسْجِدًا ، وَصَوَّرُوا فِيهِ تِلْكَ الصُّورَ ، وَأَوْلَيْكَ شِرَارُ الْخَلْقِ عِنْدَ اللَّهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ"<sup>(1)</sup>.

1 - سورة البقرة ، آية رقم : 103.

2 - محمد رشيد رضا ، تفسير المنار ، ج 1 ص 409.

3 - القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج 2 ص 58.

4 - سورة الأعراف ، آية رقم : 163.

5 - القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج 2 ص 58.

6 - أبو بكر بن العربي ، أحكام القرآن ، ج 2 ص 798.

7 - سورة الأعراف ، آية رقم : 18.

8 - القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج 1 ص 304.

قال القرطبي : "فعل ذلك أوائلهم ليتأنسوا برؤية تلك الصُّور ويتذكروا أحوالهم الصالحة فيجتهدون كاجتهادهم ، ويعبدون الله عز وجل عند قبورهم، فمضت لهم بذلك أزمان، ثم أنهم خَلَفَ من بعدهم خلوف جهلوا أغراضهم، ووسوس لهم الشيطان أن آباءكم وأجدادكم كانوا يعبدون هذه الصُّورة فعبدوها؛ فحذّر النبي صلى الله عليه وسلم عن مثل ذلك، وشدّد النكير والوعيد على من فعل ذلك. وسدّ الدّرائع المؤدّية إلى ذلك<sup>(2)</sup> فقال : "اشتدّ غضب الله على قوم اتخذوا قبور أنبيائهم وصلحيهم مساجد". وقال : "اللهم لا تجعل قبري وثناً يُعبَد"<sup>(3)</sup>.

عَنْ التُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ : "الْحَلَالُ بَيْنَ وَالْحَرَامِ بَيِّنٌ، وَبَيْنَهُمَا أُمُورٌ مُتَشَابِهَاتٌ لَا يَعْلَمُهَا كَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ، فَمَنْ اتَّقَى الشُّبُهَاتِ اسْتَبْرَأَ لِدِينِهِ وَعَرْضِهِ ، وَمَنْ وَقَعَ فِي الشُّبُهَاتِ وَقَعَ فِي الْحَرَامِ، كَالرَّاعِي يَرْعَى حَوْلَ الْحِمَى يُوشِكُ أَنْ يَرْتَعَ فِيهِ، أَلَا وَإِنَّ لِكُلِّ مَلِكٍ حِمًى، وَإِنَّ حِمَى اللَّهِ مَحَارِمُهُ"<sup>(4)</sup>.

وجه الدلالة أنه صلى الله عليه وسلم منع من الإقدام على الشبهات مخافة الوقوع في المحرمات؛ وذلك سدا للذريعة.

عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : "إِنَّ مِنْ أَكْبَرِ الْكَبَائِرِ أَنْ يَلْعَنَ الرَّجُلُ وَالِدَيْهِ، قِيلَ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَكَيْفَ يَلْعَنُ الرَّجُلُ وَالِدَيْهِ؟ قَالَ: يَسُبُّ الرَّجُلُ أَبَا الرَّجُلِ فَيَسُبُّ أَبَاهُ وَيَسُبُّ أُمَّهُ"<sup>(5)</sup>. فجعل التعرض لسبّ آباء الآخرين ، كسبّ الآباء.

وقال صلى الله عليه وسلم : لا يبلُغ العبدُ أن يكون من المتقين حتى يدع ما لا بأس به حذرًا مما به بأس<sup>(6)</sup>.

وقد أورد ابن القيم تسعة وتسعين وجها للدلالة على ثبوت سدّ الدّرائع في الشريعة الإسلامية<sup>(7)</sup>.

<sup>1</sup> - رواه البخاري ، في كتاب الصلاة، باب هل تنبش قبور مشركي الجاهلية ويتخذها مكانها مساجد، حديث رقم 427. ومسلم، في المساجد ومواضع الصلاة، حديث رقم 528. والنسائي، في المساجد.

<sup>2</sup> - القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج 2 ص 58.

<sup>3</sup> - رواه مالك في الموطأ ، والإمام أحمد في المسند ج 12 ص 314، حديث رقم 7358.

<sup>4</sup> - رواه البخاري في كتاب الإيمان، باب فضل من استبرأ لدينه، حديث رقم 52. ورواه مسلم حديث رقم 1599.

<sup>5</sup> - متفق عليه. رواه البخاري، في كتاب الأدب، باب لا يسب الرجل والديه، حديث رقم 5973.

<sup>6</sup> - رواه ابن ماجه والحاكم، والترمذي من حديث عطية السعدي مرفوعا.

<sup>7</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 137 - 159.

### الفرع الثالث : تقسيم الذرائع بالنسبة إلى نتائجها

اختلفت اجتهادات الفقهاء والأصوليين في تقسيم الذرائع بالنسبة إلى نتائجها ، وأسأعرض فيما يلي تقسيمات ثلاثة لسدّ الذرائع أحدها للقراقي ، والثاني لابن القيم ، والثالث للشاطبي.

#### التقسيم الأول : تقسيم القراقي

تنقسم الذرائع عند القراقي إلى أقسام ثلاثة<sup>(1)</sup> :

القسم الأول : أجمعت الأمة على سدّه ومنعه ، كحفر الآبار في طريق المسلمين ، فإنه وسيلة إلى إهلاكهم. وكإلقاء السمّ في أطعمتهم ، وسبّ الأصنام عند من يعلم من حاله أن يسبّ الله تعالى عند سبّها.

القسم الثاني : أجمعت الأمة على عدم منعه وأنه ذريعة لا تسدّ ووسيلة لا تحسم ، كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر ، فإنه لم يقل به أحد. وكالمنع من المجاورة في البيوت ، خشية الزنى.

القسم الثالث : اختلف فيه العلماء هل يسدّ أم لا ؟ كبيع الآجال ، وحكم القاضي بعلمه ، هل يجرم ؛ لأنه وسيلة للقضاء بالباطل من القضاة السوء ، أو لا يجرم. وكذلك اختلف في تضمين الصناع ؛ لأنهم يؤثرون في السلع بصنعتهم فتتغير السلع فلا يعرفها ربها إذا بيعت ، فيضمنون سدا لذريعة الأخذ أم لا يضمنون ؛ لأنهم أجراء ، وأصل الإجارة على الأمانة، قولان. وكذلك تضمين حملة الطعام، لئلا تمتد أيديهم إليه.

قال القراقي : وحاصل القضية أننا قلنا بسدّ هذه الذرائع ، ولم يقل بها الشافعي ، فليس سدّ الذرائع خاصا بمالك رحمه الله ، بل قال بها هو أكثر من غيره ، وأصل سدّها مجمع عليه<sup>(2)</sup>.

#### التقسيم الثاني : تقسيم ابن القيم

قسم ابن القيم الوسائل بالنسبة إلى نتائجها إلى أقسام أربعة<sup>(3)</sup> ، ولكنه في تقسيمه يخلط بين ما هو وسيلة إلى المحرم ، وما هو محرم في ذاته :

القسم الأول: وسيلة موضوعة للإفضاء إلى المفسدة، كشراب المسكر المفضي إلى مفسدة السكر، وكالقذف المفضي إلى مفسدة الفرية، والزنى المفضي إلى اختلاط المياه وفساد الفراش ، ونحو ذلك ، فهذه أفعال وأقوال وضعت مفضية لهذه المفاسد ليس لها ظاهر غيرها.

1 - القراقي ، الفروق ، ج 2 ص 32 ، الفرق 58. الفرق بين قاعدة المقاصد وقاعدة الوسائل.

2 - القراقي ، الفروق ، ج 2 ص 33.

3 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 136.

القسم الثاني: وسيلة موضوعة للمباح، قصد بها التوسل إلى المفسدة. وهي أمور موضوعة للإفضاء إلى أمر جائز، أو مستحب، فتتخذ وسيلة إلى المحرم، كمن يعقد النكاح قاصدا به التحليل، أو يعقد البيع قاصدا به الربا، أو يخالع قاصدا به الخنث.

القسم الثالث: وسيلة موضوعة للمباح، لم يقصد بها التوسل إلى المفسدة لكنها مفضية إليها غالبا، ومفسدتها أرجح من مصلحتها. ذلك كمن يسب آلهة المشركين بين أظهرهم، وتزين المتوفى عنها زوجها في زمن عدتها.

القسم الرابع: وسيلة موضوعة للمباح، وقد تفضي إلى المفسدة، ومصلحتها أرجح من مفسدتها. ومثاله: النظر إلى المخطوبة، والمُستأمة، والمَشْهُودِ عليها ومن يطبها... وكلمة الحق عند ذي سلطان جائز، ونحو ذلك.

ويرى ابن القيم أن القسمين الأول والرابع ليسا محلا للنزاع، ذلك لأن الشارع قد جاء بمنع القسم الأول كراهة أو تحريما، بحسب درجاته في المفسدة. وجاء بإباحة القسم الرابع أو استحبابه أو إيجابه، بحسب درجاته في المصلحة.

أما القسمان الثاني والثالث، فهما مجال الخلاف وعلى ذلك فهما محل تطبيق سدِّ الذرائع فيها، وقد أورد تسعا وتسعينا دليلا على اعتبار سدِّ الذرائع فيها<sup>(1)</sup>.

ويرى الشيخ أبو زهرة أن هذه الأقسام سليمة من حيث الفرض العقلي، غير أن القسم الأول لا يعد من الذرائع بل من باب المقاصد، لأن الخمر والزنا والقذف، كالربا وأكل مال الناس بالباطل والغصب والسرقة، مفسد في ذاتها، وليست ذرائع ولا وسائل لمفاسد أخرى أكثر منها. ثم يقول: "وإذا كان القسم الأول لا يعد من سدِّ الذرائع. لأنه في ذاته مفسدة، فالأقسام الثلاثة الأخرى هي التي تدخل في هذا التقسيم"<sup>(2)</sup>.

ويؤكد فتحي الدريني نفس ملاحظة الشيخ أبو زهرة حول القسم الأول فيقول: "إن ابن القيم خلط في القسم الأول بين الذرائع إلى المفاسد وبين المفاسد في ذاتها، فشرب الخمر والزنا والقذف ليست من الذرائع في شيء، وإنما هي محرمة لذاتها تحريم مقاصد، فإيرادها في قسم الذرائع ليس على ما ينبغي"<sup>(3)</sup>. وعلى هذا يمكن رد أقسام الذرائع التي ذكرها ابن القيم إلى أقسام ثلاثة:

1 - ابن القيم، إعلام الموقعين، ج 3 ص 137 - 159.

2 - محمد أبو زهرة، مالك حياته وعصره آراؤه وفقهه، ص 437.

3 - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص 184.

القسم الأول : ما وضع لمباح ولكنه قد يفضي إلى مفسدة ومصلحته أرجح من مفسدته ، كالنظر إلى المخطوبة. وهذا القسم جاءت الشريعة بجوازه ، فليس محلا للنظر.

القسم الثاني : ما وضع لمباح ، لم يقصد به التوصل إلى مفسدة ، ولكنه يفضي إليها غالبا ، وهي أرجح مما يترتب عليه من المصلحة ، كمن يسب آلهة المشركين بين أظهرهم. وهذا القسم جاء المنع فيه تصریحا، بقول الله تعالى : { وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ }<sup>(1)</sup>. أو يصلي تطوعا بغير سبب في أوقات النهي ، أو يصلي بين يدي القبر لله تعالى.

القسم الثالث : ما وضع لمباح ، ولكن قصد به التوصل إلى مفسدة ، كمن يعقد النكاح قاصدا به التحليل ، أو يعقد البيع قاصدا به الربا. وهذا هو محل الخلاف ، وهو القسم الذي أشار إليه القرآني أنه موضع نزاع<sup>(2)</sup>.

وحتى هذا القسم ليس محلا للنزاع عند التحقيق ، فلا يوجد أحد من العلماء يجيز أن يتخذ الناس من المباح وسيلة للوصول إلى الحرام ، لأن ذلك يناقض أصل الشريعة ومقاصدها؛ فالشافعي مثلا لا يجيز البيع الذي قصد به التوصل إلى الربا ، إذا ظهر القصد إلى هذا المال الممنوع ، وإنما الخلاف في المنهج الذي اتبعه كل فقيه في الكشف عن الباعث غير المشروع.

فالإمام مالك يحتاط في درء المفساد فيمنع ما أدى إلى الممنوع ، بكثرة قصده من قبل المتعاقدين ، ولو لم يقصد بالفعل في كل صورة على حدة ، فيكتفي بكثرة الوقوع ، ولو لم تصل إلى غلبة الظن ، أو غلبة كثرة الوقوع ، زيادة عن العلم ، ويعتبرها مظنة هذا القصد ، فالكثرة هي الضابط والمظنة ، كما في بيع العينة ، حيث تكون السلعة لغوا لا معنى لها في العقد ، لأن المصالح التي شرع من أجلها البيع لم يوجد منها شيء ، ومن ثم تكون العينة دلالة على القصد إلى الممنوع. أما الإمام الشافعي فلا يتهم من لم يظهر منه قصد إلى المال الممنوع ، فيعتمد العبارة الظاهرة ويقوم الحكم عليها ، ولا يتحرى البواعث الخفية<sup>(3)</sup>.

ولهذا فيتفق الفريقان كما يقول الشاطبي على أنه لا يجوز التعاون على الإثم والعدوان بإطلاق<sup>(4)</sup> ، فظهر أن قاعدة الذرائع متفق على اعتبارها في الجملة ، وإنما الخلاف في أمر آخر، وهو المناط الذي يتحقق

<sup>1</sup> - سورة الأنعام ، آية رقم : 109.

<sup>2</sup> - القرآني ، الفروق ، ج 2 ص 32 ، الفرق 58.

<sup>3</sup> - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص 185. الشاطبي ، الموافقات ، ج 4 ص 199 - 200.

<sup>4</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 4 ص 200.

به التذرع<sup>(1)</sup>. وكما قال القرافي : "فليس سدّ الذرائع خاصا بمالك رحمه الله ، بل قال بها هو أكثر من غيره، وأصل سدّها مجمع عليه"<sup>(2)</sup>.

### التقسيم الثالث : تقسيم الشاطبي للذرائع باعتبار مآلتها

إن الشاطبي في تقسيمه للذرائع يرسى قواعد أصولية تحكم استعمال الحقوق ، فهو يشير أولا إلى الحق والإباحة بقوله : "جلب المصلحة أو دفع المفسدة إذا كان مأذونا فيه ... إلخ". والمأذون فيه أوسع من أن يكون ناشئا بمقتضى حق أو إباحة<sup>(3)</sup>.

ثم شرع في تقسيم أوجه استعمال الحق ، وحصرها في ثمانية أوجه<sup>(4)</sup> ، ولما كانت المقاصد والبواعث النفسية لا عبرة بها في الحكم الديني ، وإن كان لها اعتبار من حيث العقاب والثواب الأخروي ؛ فسأكتفي بذكر أربعة فقط ، وهي التي لها صلة بما يؤول إليه العمل من مفسد وأضرار، وهذه الأقسام هي : القسم الأول : أن لا يقصد الإضرار بأحد ، ولا يلحقه بالمنع من استعمال حقه ضرر ، ويكون أدائه إلى المفسدة قطعيا في جري العادة ، كحفر البئر خلف باب الدار في الظلام، بحيث يقع الداخل فيه ولا بد، وشبه ذلك.

القسم الثاني : أن لا يقصد إضرارا بأحد ، ولا يلحقه بالمنع مضرة ، ويكون أدائه إلى المفسدة نادرا ، كحفر البئر بموضوع لا يؤدي غالبا إلى وقوع أحد فيه، ويبيع الأغذية التي غالبها لا يضر أحدا. القسم الثالث : أن لا يقصد إضرارا بأحد ، ولا يلحقه بالمنع مضرة ، ويكون أدائه إلى المفسدة غالبا، أي يغلب على الظن الراجح أنه يؤدي إلى المفسدة ، كبيع السلاح في وقت الفتن ، ويبيع العنب للخمر.

القسم الرابع : أن لا يقصد إضرارا بأحد ، ولا يلحقه بالمنع مضرة ، ويكون أدائه إلى المفسدة كثيرا ، ولكن كثرته ليست غالبية ، كمسائل بيوع الاجال<sup>(5)</sup>.

وبعد استعراضنا لهذه الأقسام ، نبين حكمها الشرعي :

حكم القسم الأول : وهو أن لا يلحق جالب المصلحة أو دافع المفسدة ضرر ، ولكن إفضاء فعله إلى الإضرار بغيره قطعي في مجرى العادة ؛ فإقدامه على الفعل مع علمه بلزوم المضرة بالغير ، مظنة لقصده

1 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 4 ص 201. هامش رقم 1.

2 - القرافي ، الفروق ، ج 2 ص 33.

3 - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص 190.

4 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 348.

5 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 348. محمد أبو زهرة ، مالك حياته وعصره آراؤه وفقهه ، ص 379.

الإضرار ، أو هو تقصير في الاحتياط لتجنب الإضرار ، أو تقصير في فهم المعاني الإسلامية وما تلزمه به من الحرص واليقظة والتعاون على البر والتقوى ؛ لعصمة الإنسان من الإضرار به وإيلامه ، لقوله صلى الله عليه وسلم : "لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ" ، فيمنع الفعل ، وإذا قام بالفعل "فيعد متعديا بفعله ويضمن ضمان المتعدي على الجملة"<sup>(1)</sup>.

حكم القسم الثاني : ما يكون أداؤه إلى المفسدة نادرا ، فيرجح جانب الإذن ، لأن العبرة بغلبة المصلحة على المفسدة ، لا بندرة المفسدة التي لا تخلو منها مصلحة ، ورجحان المصلحة على المفسدة يعتبر ضابطا لشرعية المعاملات.

قال الشاطبي : "ولا يعد هنا قصد القاصد إلى جلب المصلحة أو دفع المفسدة - مع معرفته بندور المضرة عن ذلك - تقصيرا في النظر ، ولا قصدا إلى وقوع الضرر ؛ فالعمل إذا باق على أصل المشروعية. والدليل على ذلك أن ضوابط المشروعات هكذا وجدناها ؛ كالقضاء بالشهادة في الدماء والأموال والفروج ، مع إمكان الكذب والوهم والغلط. وإباحة القصر في المسافة المحدودة ، مع إمكان عدم المشقة كالميلك المترف ؛ ومنعه في الحضر ، بالنسبة إلى ذوي الصنائع الشاقة. وكذلك أعمال خبر الواحد ، والأقيسة الجزئية في التكاليف ، مع إمكان إخلالها والخطأ فيها من وجوه ، لكن ذلك نادر فلم يعتبر ، واعتبرت المصلحة الغالبة"<sup>(2)</sup>.

حكم القسم الثالث : وهو ما يكون أداؤه إلى المفسدة من باب غلبة الظن ، فيجري غلبة الظن مجرى العلم القطعي ، وعلى هذا يمنع ، ولا يلتفت إلى أصل الإذن والإباحة ؛ لأن سدّ الذرائع يوجب الاحتياط للفساد ما أمكن الاحتياط ، ولا شك أن الاحتياط يوجب الأخذ بغلبة الظن ، ولأن الظن في الأحكام العملية يجري مجرى العلم ، ولأن إجازة الفعل نوع من التعاون على الإثم والعدوان ، وهذا لا يجوز<sup>(3)</sup>. وقد أشار الشاطبي أن هذا القسم يجري فيه الخلاف ، بسبب أن المتسبب لم يقصد إلا مصلحة نفسه ، ولم يقصد ضررا بالغير<sup>(4)</sup>.

حكم القسم الرابع : وهو القسم الذي يفضي إلى المفسدة كثيرا ، أي أن المفسدة المترتبة على الفعل لم تبلغ درجة القطع واليقين ، ولا درجة غلبة الظن ، ولكن المفسدة تقع في كثير من الحالات<sup>(5)</sup>.

1 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 358. فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص 196.

2 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 351.

3 - محمد أبو زهرة ، مالك حياته وعصره آراؤه وفقهه ، ص 339. الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 360.

4 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 359.

5 - سيأتي في الفرع الثالث من المطلب الثالث شرح وتوضيح معيار الكثرة التي تقوم مقام غلبة الظن عند الإمام مالك.

وإذا لم يعلم صاحب الحق بترتب المفسدة على فعله ، ولم يغلب على ظنه ذلك ، فلا يحمل تبعه الضرر الواقع ، ولا يبطل تصرفه ، لضرر متوقع. لأنه لم يقصد الضرر ، ولا يمكن اعتباره مقصرا في الاحتياط ، فيرجح جانب إباحة الفعل والإذن به ، لأنه الأصل ، كما أنه لم يعارضه أصل قائم على أساس فقهي سليم<sup>(1)</sup>.

ومثال ذلك بيع العينة وهو البيع الذي يتذرع به إلى الربا ، فلا يمكن أن نمنع هذا البيع ، بحجة أن كل بيع من هذا النوع يقصد به الربا أو هو يؤدي إلى ذلك. ما لم يصدر عن أحد المتعاقدين ما يكشف عن الباعث غير المشروع يقينا. كما أنه مما يرجح جانب الجواز أن الأصل حمل تصرفات المؤمن على الصلاح.

وخالف الإمام مالك في ذلك ومنع التصرف ، وأقام الكثرة مقام العلم أو غلبة الظن ، ورأى أنه وإن كان الأصل هو الإذن في الفعل ، إلا أن هذا الأصل قد عارضه أصل آخر لا يقل عنه قوة ، هو عصمة الإنسان من الإضرار به أو إيلاجه ؛ فترجح هذا الأصل تطهيرا للمجتمع من الفساد، والمقرر في الشريعة أن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح ، وعلى هذا فكثرة الفساد داعية إلى هذا الترجيح ، وإلى اعتبارها في مرتبة الظن الغالب<sup>(2)</sup>.

ويشرح الشاطبي وجهة نظر الفريقين فيقول : "وأما ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيرا، لا غالبا ولا نادرا، فهو موضع نظر والتباس، والأصل فيه الحمل على الأصل من صحة الإذن ، كمذهب الشافعي وغيره؛ ولأن العلم والظن بوقوع المفسدة متفتيان ، إذ ليس هنا إلا احتمال مجرد بين الوقوع وعدمه ، ولا قرينة ترجح أحد الاحتمالين على الآخر ، واحتمال القصد للمفسدة والإضرار لا يقوم مقام نفس القصد ولا يقتضيه، لوجود العوارض من الغفلة وغيرها عن كونها موجودة أو غير موجودة.

وأیضا فإنه لا يصح أن يعد الجالب أو الدافع هنا مقصرا ولا قاصدا، كما في العلم والظن؛ لأنه ليس حملة على القصد إليهما<sup>(3)</sup> أولى من حملة على عدم القصد لواحد منهما، وإذا كان كذلك فالتسبب المأذون فيه قوى جدا ؛ إلا أن مالكا اعتبره في سدّ الذرائع بناء على كثرة القصد وقوعا، وذلك أن القصد لا ينضبط في نفسه ؛ لأنه من الأمور الباطنة، لكن له مجالا هنا وهو كثرة الوقوع في الوجود أو هو مظنة ذلك، فكما اعتبرت المظنة وإن صح التخلف، كذلك تعتبر الكثرة لأنها مجال القصد<sup>(4)</sup>.

1 - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص 197.

2 - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص 198.

3 - إلى المفسدة والإضرار، كالمعصية مثلا وإن لم يتضرر بها أحد ، وإضرار الغير بها.

4 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 361.

والأدلة التي اعتمد عليها مالك في تبنيه معيار الكثرة وإقامتها مقام العلم أو غلبة الظن ، هي ورود آثار صحيحة ، تحرم أموراً كانت في الأصل مآذوناً فيها ، لأنها تؤدي في كثير من الأحوال إلى المفسد ، ولم تكن غالبية ، ومن ذلك (1) :

- 1 - حرّم عليه الصلاة والسلام الخلوة بالمرأة الأجنبية. وأن تسافر مع غير ذي محرم.
  - 2 - نهى عن بناء المساجد على القبور، وعن الصلاة إليها.
  - 3 - نهى عن الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها وقال : "إنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم".
  - 4 - حرمت خطبة المعتدة تصرّيحاً ، ونكاحها ، حتى لا تكذب في العدة؛ وحرّم على المرأة في عدة الوفاة الطيب والزينة وسائر دواعي النكاح.
  - 5 - نهى عن البيع والسلف، وعن هدية المديان، وعن ميراث القاتل.
- كل هذه الآثار ورد التحريم فيها لكثرة ما يترتب على هذه التصرفات من مفسد ، وإن لم يقطع بإفصائها إلى هذه المفسد. "والشريعة مبنية على الإحتياط والأخذ بالحزم والتحرز مما عسى أن يكون طريقاً إلى مفسدة" (2).

### المطلب الثاني : العلاقة بين الاعتداد بالسبب غير المشروع وسدّ الدّرائع

بعد ما عرفنا معنى سدّ الدّرائع، وأدلتها، وأنواع الوسائل بالنسبة إلى نتائجها ، ننتقل إلى الإجابة عن السؤال الذي طرح من قبل في بداية هذا المطلب ، والمتمثل في بيان العلاقة بين السبب غير المشروع وسدّ الدّرائع.

يرى ابن القيم أن ثمة تلازماً بين هاتين المسألتين ، فهو يؤكد في كتابه إعلام الموقعين الحقيقتين الآتيتين ؛ الأولى : أن الفقهاء الذين يقولون بسدّ الدّرائع في أصولهم ، يعملون بالباعث في العقود والتصرفات. والحقيقة الثانية أن من لا يقول منهم بسدّ الدّرائع في أصوله ، يهمل الباعث في العقود والتصرفات.

يقول ابن القيم وهو بصدد تأييد نزعة الذاتية ، والرد على النزعة الموضوعية التي يذهب إليها الشافعي في إهماله للنيات والمقاصد ، وعدم اعتداده بالشروط المتقدمة على العقد ، ما يلي : "وقوله لا تفسد العقود، بأن يقال هذه ذريعة، وهذه نية سوء إلى آخره، إشارة منه إلى قاعدتين ، إحداهما : أن لا اعتبار بالدّرائع ولا يراعى سدّها. والثانية : أن القصد غير معتبرة في العقود. والقاعدة المتقدمة أن الشرط المتقدم لا يؤثر، وإنما التأثير للشرط الواقع في صلب العقد. وهذه القواعد متلازمة. فمن سدّ الدّرائع، اعتبر

1 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 362 - 364. محمد أبو زهرة ، مالك حياته وعصره آراؤه وفقهه ، ص 440 - 441.

2 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 364.

المقاصد، وقال يؤثر الشرط متقدما ومقارنا. ومن لم يسدّ الذرائع، لم يعتبر المقاصد، ولا الشروط المتقدمة ، ولا يمكن أبطال واحدة منها إلا بإبطال جميعها<sup>(1)</sup>

وقد أكد ابن القيم هذه العلاقة في الوجوه التسعة والتسعين التي أدلى بها للتدليل على مبدأ سدّ الذرائع، ونكتفي بوجهين فقط لتأكيد هذه العلاقة ، وهما الوجه السادس والتسعين ، والسابع والتسعين. الوجه السادس والتسعين : "أنه تعالى عاقب الذين حفروا الحفائر يوم الجمعة ، فوقع فيها السمك يوم السبت ، فأخذوه يوم الأحد ، ومسحهم الله قرده وخنازير. وقيل إنهم نصبوا الشباك يوم الجمعة وأخذوا الصيد يوم الأحد ، وصورة الفعل الذي فعلوه مخالف لما نُهوا عنه ، ولكنهم لما جعلوا الشباك والحفائر ذريعة إلى أخذ ما يقع فيها من الصيد يوم السبت ، نزلوا منزلة من اصطاد فيه ، إذ صورة الفعل لا اعتبارا بها ، بل بحقيقته وقصد فاعله. ويلزم من يسدّ الذرائع أن لا يحرم مثل هذا ، كما صرحوا به في نظيره سواء ، وهو لو نصب قبل الإحرام شبكة، فوقع فيها صيد، وهو محرم، جاز له أخذه بعد الحلّ، وهذا جار على قواعد من لم يعتبر المقاصد ولم يسدّ الذرائع"<sup>(2)</sup>.

الوجه السابع والتسعين : قال الإمام أحمد: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع السلاح في الفتنة". ولا ريب أن هذا سدّ لذريعة الإعانة على المعصية. ويلزم من لم يسدّ الذرائع، أن يجوز هذا البيع كما صرحوا به. ومن المعلوم أن هذا البيع يتضمن الإعانة على الإثم والعدوان. وفي معنى هذا كل بيع أو إجارة أو معاوضة تعين على معصية الله ، كبيع السلاح للكفار والبغاة وقطاع الطريق، وبيع الرقيق لمن يفسق به أو يؤاجره لذلك، أو إجارة داره أو حانوته أو خانه، لمن يقيم فيها سوق المعصية، وبيع الشمع أو إجارته لمن يعصى الله عليه، ونحو ذلك مما هو إعانة على ما يبغضه الله ويسخطه.

ومن هذا عصر العنب لمن يتخذه خمرا، وقد لعنه صلى الله عليه وسلم هو والمعتصر معا. ويلزم من لم يسدّ الذرائع أن لا يلعن العاصر، وأن يجوز له أن يعصر العنب لكل أحد، ويقول : القصد غير معتبر في العقد، والذرائع غير معتبرة، ونحن مطالبون في الظواهر، والله يتولى السرائر، وقد صرحوا بهذا، ولا ريب في التناهي بين هذا وبين سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم"<sup>(3)</sup>.

1 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 134.

2 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 158.

3 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 158.

### المطلب الثالث : مدى العلاقة بين سدّ الذرائع والسبب غير المشروع

وإذا ثبت قيام العلاقة بين مبدأ سدّ الذرائع ، والسبب الباعث في التصرفات والعقود ، فما مدى هذه العلاقة بين هذين المبدأين ؟ هل هما يهدفان إلى تحقيق غاية واحدة ؟ وإذا كان الأمر كذلك ، فهل سلكا في سبيل الوصول إليها نهجا موحدًا ؟

لا يختلف اثنان في أن سدّ الذرائع والسبب الباعث يهدفان إلى تحقيق غاية واحدة، هي توسيع نطاق عدم المشروعية ، والحرص على مزيد من حماية المجتمع عن طريق إبطال مظان الفساد ، وهي غاية لم يسلك نفاة مبدأ سدّ الذرائع المسلك نفسه الذي سلكه مثبتو سدّ الذرائع للوصول إلى هذه الغاية ، بل سلكوا طرقا أخرى لبطلان التصرفات غير المشروعة.

على أن هذين المبدأين قد سلكا في سبيل الوصول إلى غايتهم المشتركة طريقتين متباينتين ، فبينما يستند مبدأ سدّ الذرائع في الأصل إلى معيار موضوعي يعتد بالنتيجة ، يستند مبدأ الاعتداد بالباعث إلى معيار ذاتي يحفل بالباعث. ونرى أن المبدأ الثاني مشتق من المبدأ الأول، ففي كليهما تقاس الوسيلة من زاوية النتيجة، على أن هذا القياس إذا كان ماديا مباشرا في المبدأ الأول فهو في المبدأ الثاني نفسي وغير مباشر ، يعول فيه على الباعث النفسي الذي حدا بصاحب الوسيلة إلى الإقدام على إنشائها ، ونرى أن النزوع الذاتي في ظل المبدأ الثاني هو مظهر متطور من مظاهر المبدأ الأول ، ولعل هذا التطور قد بلغ غايته عندما اشترط أنصار الاعتداد بالباعث ، علم المتعاقد الآخر بالباعث غير المشروع ، كشرط لإبطال التصرف الذي تلوث به<sup>(1)</sup>.

وهذا الاشتراط يدعو إلى التوفيق بين احترام مقاصد الشريعة في دفع المفسد وجلب المصالح من جهة، وتأمين استقرار التعامل من جهة أخرى، وهذا التوفيق مفقود في ظل مبدأ سدّ الذرائع الذي يستند إلى معيار مادي بحت ، ويعني بالنتيجة فقط. وقد وضّح الشيخ محمد أبو زهرة هذا المعيار الموضوعي فقال: "والأصل في اعتبار سدّ الذرائع هو النظر في مآلات الأفعال، وما تنتهي في جملتها إليه، فإن كانت تتجه نحو المصالح التي هي المقاصد والغايات من معاملات بني الإنسان بعضهم على بعض، كانت مطلوبة بمقدار يناسب طلب هذه المقاصد وإن كانت لا تساويها في الطلب؛ وإن كانت مآلاتها تتجه نحو المفسد، وإن كان مقدار التحريم أقل في الوسيلة.

والنظر في المآلات لا يكون إلى مقصد العامل ونيته، بل إلى نتيجة العمل وثمرته ، وبحسب النية يثاب الشخص أو يعاقب في الآخرة، وبحسب النتيجة والثمر يحسن الفعل في الدنيا أو يقبح، ويطلب أو يمنع؛

<sup>1</sup> - وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص 543 - 544.

لأن الدنيا قامت على مصالح العباد، وعلى القسطاس والعدل، وقد يستوجبان النظر إلى النتيجة والثمرة ، دون النية المحتسبة والقصد الحسن»<sup>(1)</sup>.

ويقول أيضا : "إن أصل سدّ الدّرائع لا تعتبر النية فيه على أنّها الأمر الجوهري في الإذن أو المنع، إنما النظر فيه إلى النتائج والثمرات، فإن كانت نتيجة العمل مصلحة تامة، كان واجبا بوجوبها، وإن كان يؤدي إلى فساد، فهو ممنوع بمنعه ، لأن الفساد ممنوع فما يؤدي إليه ممنوع أيضا ، والمصلحة مطلوبة ، فما يؤدي إليها مطلوب. والنظر في هذا الأصل ينتهي بنا أنه ثبت لتحقيق الأصل السابق ، وهو جلب المصالح ، ودفع المفاسد ما أمكن الدفع والجلب. فإنه لما كان مقصود الشريعة إقامة مصالح الدنيا على طريق تحكّم فيه، بحكم الدين المسيطر على الوجدان والضمير ، ودفع الفساد ومنع الأذى حيثما كان ؛ فكل ما يؤدي إلى ذلك من الدّرائع والأسباب يكون له حكم ذلك المقصد الأصلي ، وهو الطلب للمصلحة ، والمنع للفساد والأذى ، وأن المقصود بالمصلحة النفع العام ؛ وبالفساد ما ينزل من الأذى بعدد كبير من الناس ، ولذلك إذا كان ما هو مباح للشخص من المنافع الخاصة يؤدي الاستمساك به إلى ضرر عام أو يمنع مصلحة عامة ، كان منع الاستمساك سدّا للذريعة ، وإيثارا للمنفعة العامة على الخاصة»<sup>(2)</sup>.

ويورد مثلا يؤكد به أن معيار سدّ الدّرائع هو معيار موضوعي ، وهو منع سبّ آلهة المشركين ، فرغم القصد الحسن للفاعل ، فقد جاء النهي عن ذلك ، باعتبار المآل السيء لهذا الفعل، والشريعة إذ تعدت بمآل التصرف في هذا المثال فتحكم عليه بالمنع ، لأن وسيلته أفضت إلى ضرر، فمعنى ذلك أن العبرة للنتيجة في الحكم على الوسيلة المفضية إليها ، ولا عبرة بالقصد السيء أو القصد الحسن.

يقول أبو زهرة : «فمن سبّ الأوثان مخلصا للعبادة لله سبحانه وتعالى ، فقد احتسب نيته عند الله في زعمه ، ولكنه سبحانه وتعالى نهى عن السبّ إن أثار ذلك حنق المشركين ، فسبوا الله تعالى ، فقد قال تعالت كلماته : { وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ }<sup>(3)</sup>. فهذا النهي الكريم كان الأمر الملاحظ فيه هو النتيجة الواقعة ، لا النية الدينية المحتسبة»<sup>(4)</sup>.

«ونرى من هذا أن المنع فيما يؤدي إلى الإثم أو إلى الفساد ، لا يتجه فيه إلى النية المخلصة فقط ، بل إلى النتيجة المثمرة أيضا ، فيمنع لنتيجته ، وإن كان الله قد علم النية المخلصة»<sup>(5)</sup>.

1 - محمد أبو زهرة ، مالك حياته وعصره آراؤه وفقهه ، ص 433.

2 - محمد أبو زهرة ، مالك حياته وعصره آراؤه وفقهه ، ص 435.

3 - سورة الأنعام ، آية رقم : 109.

4 - محمد أبو زهرة ، مالك حياته وعصره آراؤه وفقهه ، ص 433.

5 - محمد أبو زهرة ، مالك حياته وعصره آراؤه وفقهه ، ص 434.

ويذكر مثالا آخر ، وعلى العكس من المثال الأول ، لم يمنع كون القصد فيه سيئا ، من اعتبار وسيلته صحيحة لأن مآلها حسن. وهذا يؤكد اعتداد الشريعة بمآل التصرف ، والعبارة بالنتيجة في الحكم على الوسيلة ، بغض النظر عن القصد والنية خبيثة أم طيبة.

"وقد يقصد الشخص الشرّ بفعل المباح، فيكون آثما فيها بينه وبين الله ، ولكن ليس لأحد عليه من سبيل ولا يحكم على تصرفه بالبطالان الشرعي. كمن يرخص في سلعته ليضر بذلك تاجرا ينافسه، فإن هذا بلا شك عمل مباح وهو ذريعة إلى إثم، هو الإضرار بغيره، وقد قصده، ومع ذلك لا يحكم على عمله بالبطالان بإطلاق ولا يقع تحت التحريم الظاهر الذي ينفذه القضاء. فإن هذا العمل من ناحية النية ذريعة للشر، ومن ناحية الظاهر قد يكون ذريعة للنفع العام والخاص ، فإن البائع بلا شك ينتفع من بيعه ومن رواج تجارته ومن حسن الإقبال عليه، وينتفع العامة من ذلك الرخص ، وقد يدفع إلى تنزيل الأسعار. فمبدأ سدّ الذرائع لا ينظر فقط إلى النيات والمقاصد الشخصية كما رأيت، بل يقصد مع ذلك إلى النفع العام، أو إلى دفع الفساد العام، فهو ينظر إلى النتيجة مع القصد، أو إلى النتيجة وحدها"<sup>(1)</sup>.

وبذلك يتبين الربط بين اعتبار القصد في العقد أو الباعث عليه وبين سدّ الذرائع عند التطبيق ، وهذا المبدأ سدّ الفجوة التي توجد دائما بين أن نأخذ بنية العاقد ، وبين أن نترك العقد ينتج آثاره الضارة<sup>(2)</sup>.

فالقول باعتبار السبب الباعث ليس معناه أن نرجع في شأن صحة العقود وبطلانها إلى مقياس غامض لا يمكن اكتشافه كمقياس القصد أو النية ، وإنما يخضع القصد والباعث لمعيار موضوعي هو مبدأ سدّ الذرائع الذي يعتد بنتائج التصرف وآثاره التي يؤدي إليها غالبا، وليس بالالتفات إلى النية وحدها.

وجميع الشرائع الوضعية اتفقت على حماية المجتمع من التصرفات غير المشروعة، ومن ثم وجدنا من شروط السبب في أن يكون مشروعاً وأن لا يتعارض مع النظام العام والآداب ، ونقطة البداية في الحماية الاجتماعية تبدأ من البحث عن الباعث. غير أن الفقه الإسلامي يختلف عن الشرائع الوضعية في توفير عناصر هذه الحماية، وذلك بأن قرن الباعث بنتيجة العمل ، ومن ثم فرق بين مجرد الباعث أو نية العاقد، وبين النتيجة التي يؤدي إليها العقد غالبا. فالعقد دائما مشروع كوسيلة شرعت لمعاملات الناس، ولكن ما يؤدي إليه العقد كنتيجة يمكن أن تكون غير مشروعة، ولذلك كان ما يؤدي إليه العقد غالبا من فساد هو المعيار، وليس نية العاقد فحسب<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - محمد أبو زهرة ، مالك حياته وعصره آراؤه وفقهه ، ص 434.

<sup>2</sup> - جمال الدين محمود ، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي ، ص 510.

<sup>3</sup> - جمال الدين محمود ، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي ، ص 514 - 515.

### المبحث الثالث : معيار إعمال السبب الباعث

تبين من خلال المطلب السابق أن أنصار النزعة الذاتية يعتدون بالسبب الباعث ويرون له تأثيرا في العقود التصرفات ، ويجعلونه سببا من أسباب بطلانها.

ولكن كيف يتأتى للطرف الآخر أن يعلم بالسبب الباعث ، وهو أمر ذاتي كما سبق بيانه ، وأحيانا كثيرة يكون المتعاقد الآخر على غير علم بأمر هذا الباعث ، بل غير متوقع له أصلا ، فهل يكفي أن يكون السبب الباعث معلوما من الطرف الآخر ؟ أم يُعمل بالسبب الباعث حتى ولو كان مجهولا للطرف الآخر ؟

لا يجوز بداهة أن يعتد بالسبب الباعث ، إذا كان مجهولا من أحد المتعاقدين ، وإلا لأمكن لأي متعاقد أن يتخلص من التزاماته بدعوى عدم علمه بالسبب الباعث ، ولتزعزع التعامل بين الناس ، وانهارت العقود والتصرفات بدعوى عدم العلم بالباعث غير المشروع.

من أجل ذلك أجمع الفقهاء ، على أن الباعث غير المشروع وحده لا يكفي - في الحكم القضائي - لإبطال العقد، بل لا بد أن يتصل به المتعاقد الآخر على وجه من الوجوه ، واختلفوا في معيار الاتصال، فذهب الحنفية والشافعية ، إلى اشتراط النص عليه صراحة في صلب العقد، وذهب الحنابلة والمالكية ، إلى عدم اشتراط ذكره صراحة في صلب العقد ، بل يكفي علم الطرف الآخر به بأي صورة من الصور، أو وجود قرائن يفترض معها هذا العلم، وذهب المالكية إلى الاكتفاء بمظنة الباعث البعيدة ، أي الاكتفاء بالكثرة دون غلبة الظن.

وقد سبق بيان معيار الحنفية والشافعية في المبحث الأول ، وسوف نقتصر على بيان المعايير التي وضعها المالكية والحنابلة ، وهذه المعايير هي : علم الطرف الآخر بالسبب الباعث ، ومعيار وجود قرائن يفترض معها علم الطرف الآخر بالسبب الباعث ، ومعيار الكثرة التي تقوم مقام غلبة الظن، وسيتم توضيح هذه المعايير في مطالب ثلاثة.

#### المطلب الأول : علم الطرف الآخر بالسبب الباعث

إذا ذكر السبب الباعث في العقد ، فقد دخل دائرة التعاقد ، واعتدت به جميع المذاهب ؛ أما إذا لم يذكر في متن العقد لا صراحة ولا ضمنا ، فإن المذهب المالكي والحنبلي يعتدان بذلك ، غير أنهما يشترطان لإعمال السبب الباعث ، أن يكون الطرف الآخر على علم به ، أو أن تكون هناك قرائن وأمارات يفترض معها هذا العلم ؛ أما إذا لم يكن هناك علم بالسبب الباعث ، أو لا توجد هناك قرائن يتحقق معها هذا العلم ، فلا يعمل بالسبب الباعث ولا يكون له تأثير في بطلان العقود أو التصرفات.

فمن اشترى عنبا ، ولم يبين أنه يريد اتخاذه خمرا ، فقد رأينا في المبحث السابق أن المذهبين الحنفي والشافعي يصححان البيع ، لأن السبب الباعث لم يذكر في متن العقد. أما المذهبان الحنبلي والمالكي فيعتدان بالسبب الباعث ، ولو لم يذكر في العقد ما دام الطرف الآخر يعلم بهذا الباعث ، فإذا كان بائع العنب يعلم بطريق من الطرق أن المشتري سيتخذ من العنب خمرا اعتبر البيع باطلا، ويستخلص علم البائع من القرائن وظروف الحال ، فمن باع عنبا لشخص يتجر في الخمر ، فقد قامت القرينة على أن المشتري إنما يريد اتخاذه العنب خمرا ، فلا يصح العقد.

جاء في كشف القناع شرح متن الإقناع : "ولا يصح بيع ما قصد به الحرام ، كعنب وعصير لِمُتَّخِذِيهَا خَمْرًا ، وكذا زبيبٌ ونحوه. ولو كان بيع ذلك لِدِمِّيِّ يَتَّخِذُهُ خَمْرًا ، لأنهم مخاطبون بفروع الشريعة. ولا - أي لا يصح - بيع سلاح ونحوه في فتنة أو لأهل الحرب أو لقطع طريق ، إذا علم البائع ذلك من مشتريه ، ولو بقرائن. لقوله تعالى : {وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ} (1). ويصح بيع السلاح لأهل العدل لقتال البغاة ، وقتال قطع الطريق ، لأن ذلك معونة على البرِّ والتَّقْوَى" (2).

"ولا يصح بيع مأكول ومشروب ومشوم لمن يشرب عليه مُسَكَّرًا ، ولا يصح بيع أقداح ونحوها لمن يشربه ، أي المسكر بها ، ولا يبيع بيض وجوز ونحوهما لقمار ، لأن ذلك كله إثم وعدوان" (3). وجاء في المغنى : "وبيع العصير ممن يتخذه خمرا باطل".

وجملة ذلك أن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمرا محرّم ... ولنا قول الله تعالى : {وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ} (4) ، وهذا نهي يقتضي التحريم. وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم : أنه لعن في الخمر عشرة (5).

وعن محمد بن سيرين أن قيما كان لسعد بن أبي وقاص في أرض له ، فأخبره عن عنب أنه لا يصح زيبيا ، ولا يصلح أن يباع إلا لمن يعصره ، فأمر بقلعه ؛ وقال : بئس الشيخ أنا إن بعث الخمر.

1 - سورة المائدة ، آية رقم : 3.

2 - وما يجب تسجيله أن فقهاء الحنابلة يجعلون من قوله تعالى : {وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ} قاعدة عامة تنقيد بها الحقوق سلبا وإيجابا ، كما يجعلونها قيما يرد على العمومات ، تحريما لمقصد الشارع ، ويحتكمون إليها في خلافهم مع غيرهم من فقهاء المذاهب الأخرى. فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص 219. هامش رقم 1.

3 - منصور بن يونس البهوتي ، كشف القناع عن متن الإقناع ، دار الفكر ، طبعة 1402هـ - 1982م ، ج 3 ص 146.

4 - سورة المائدة ، آية رقم : 3.

5 - روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم أتاه جبريل فقال يا محمد : إن الله لعن الخمر وعاصرها ومعتصرها وحاملها والحمولة إليه وشاربها وبائعها ومبتاعها وساقيتها. وأشار إلى كل معاون عليها ومساعد فيها". أخرج هذا الحديث الترمذي من حديث أنس. وقال : قد روى هذا الحديث عن ابن عباس وابن عمر في تحريم النبيذ.

ولأنه يعقد عليها لمن يعلم أنه يريدتها للمعصية ، فأشبهه إجارة أُمَّتَه لمن يعلم أنه يستأجرها ليزني بها. والآية<sup>(1)</sup> مخصوصة بصور كثيرة ، فيختص منها محل النزاع بدليلنا، وقولهم تمّ البيع بشروطه وأركانه ، قلنا لكن وجد المانع منه".

"إذا ثبت هذا فإنما يحرم بيع العصير ويظل إذا علم البائع قصد المشتري ذلك، إما بقوله ، وإما بقرائن مختصة به تدل على ذلك".

فأما إن كان الأمر محتملاً، مثل أن يشتريها من لا يعلم حاله، أو من يعمل الخل والخمر معا، ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر، فالبيع جائز ، وإذا ثبت التخمير فالبيع باطل.

ويقول ابن قدامة على بيع عصير العنب ، كل محل يقصد به الحرام ، كبيع السلاح لأهل الفتنة أو لأهل الحرب، أو لقطاع الطريق، وإجارة الدار لبيع الخمر فيها ، أو لتتخذها كنيسة ، أو بيت نار ، وما شابه ذلك. فالسبب "الباعث في كل هذه الأحوال يعتد به حتى ولو لم يذكر في العقد ، مادام الطرف الآخر يعلم به"<sup>(2)</sup>.

قال ابن قدامة : "وهكذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام ، كبيع السلاح لأهل الحرب، أو لقطاع الطريق، أو في الفتنة؛ وبيع الأمة للغناء أو إيجارها كذلك، أو إجارة داره لبيع الخمر فيها، أو لتتخذها كنيسة أو بيت نار وأشبهه ذلك، فهذا حرام والعقد باطل لما قدمنا"

قال ابن عقيل : وقد نص أحمد رحمه الله على مسائل تبه بها على ذلك ؛ فقال : في القصاب والخبّاز: إذا علم أن من يشتري منه يدعو عليه من يشرب المسكر لا يبيعه، ومن يخترط الأقداح لا يبيعها ممن يشرب فيها، ونهى عن بيع الديباج للرجال، ولا بأس ببيعه للنساء. وروى عنه لا يبيع الجوز من الصبيان للقمار. وعلى قياسه البيض، فيكون بيع ذلك كله باطلا"<sup>(3)</sup>.

ويتبنى المالكية أيضا معيار علم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع ، وتأثيره في بطلان العقود والتصرفات.

ويذكر فقهاء المالكية أنه : يمنع بيع كل شيء علم أن المشتري قصد به أمرا لا يجوز ، كبيع أرض لتتخذ كنيسة أو خمارة ، وبيع خشبة لمن يصنعها صليبا ، وبيع العنب لمن يعصرها خمرا ، والنحاس لمن

<sup>1</sup> - هي قوله تعالى : { وَأَحْلَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا } .سورة البقرة : 274. وهي الآية التي تمسك بها الشافعي ومن معه في تصحيح العقد إذا لم يرد في متنه ما يدل على بطلانه.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج 4 ص 74.

<sup>3</sup> - ابن قدامة ، المغنى ، ج 4 ص 283 - 284. وانظر أيضا أبو عبد الله محمد ، الفروع ، ج 2 ، ص 171.

يتخذها ناقوسا. وكذا يمنع أن تباع آلة الحرب للحريين ، كسلاح أو سرج وكل ما يتقوون به في الحرب ، من نحاس أو حياء أو ماعون<sup>(1)</sup>.

جاء في المدونة : وكذا بيع الخشبة لمن يستعملها صليبا ، وبيع العنب لمن يعصره خمرا على أحد قولين. كما يحرم بيع السلاح لمن يعلم أنه يريد به قطع الطريق على المسلمين ، أو إثارة الفتنة بينهم، كما لا يجوز في مذهب مالك بيع الجارية المملوكة من قوم عاصين يتساحون في الفساد وعدم الغيرة ، وهم آكلون للحرام ، ويطعمونها منه<sup>(2)</sup>.

وذكر بعض فقهاء المالكية معيار علم الطرف الآخر بالبائع غير المشروع ، وبين أن سبب بطلان نكاح التحليل هو علم الزوج المحلل بذلك ، فقال : "واعلم أن المضر عندنا في هذه المسألة علم الزوج المحلل أنه محلل ، كان بأجرة أم لا ، فإن لم يكن عالما بل تزوجها بنية التأيد ، واتفق الزوج المبيت للطلاق والمرأة وأولياؤها على أن يغروه ولم يعلموه بما تأمروا عليه ، فإن ذلك لا يضر ، بل المضر علم المحلل فقط"<sup>(3)</sup>.

وقال ابن فرحون : "ويمنع المسلمون من بيع آلة الحرب يعني من الحريين ، ويلحق بذلك بيع الخشب لمن يعمل منها صليبا ، وبيع الدار لمن يعملها كنيسة ، والعنب لمن يعصرها خمرا. ويؤدب من يبيع آلات اللهو ، ويفسخ البيع ، ويكسر ، ويؤدب أهل ذلك"<sup>(4)</sup>. ويبدو من هذا النص أن البائع غير المشروع لم يؤثر في انعقاد العقد ولكن اقتضى فسخه بعد عقده ، دروا للمفسدة.

وروي عن الشاطبي أن بيع الشمع لغير المسلمين ممنوع إذا كانوا يستعينون به على إضرار المسلمين ، فإن كان لأعيادهم فمكروه. وأجبر المشتري من غير فسخ للبيع على إخراجه. هذا هو المشهور كما قال المازري وهو مذهب المدونة. ومقابله أنه يفسخ البيع إذا كان المبيع قائما ، ونسبه سحنون لأكثر أصحاب مالك<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - الخرشبي على مختصر خليل ، ج 5 ص 10 - 11. الخطاب ، مواهب الجليل ، ج 4 ص 253 - 254. شمس الدين

محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 3 ص 7.

<sup>2</sup> - سحنون بن سعيد التنوخي ، المدونة الكبرى ، ج 4 ص 253 - 254.

<sup>3</sup> - عثمان بن حسن بن بري المالكي الجعلي ، سراج السالك شرح أسهل المدارك لأبي بكر بن حسن الكشناوي ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، 1402 - 1982 ، ج 2 ص 52.

<sup>4</sup> - ابن فرحون ، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام ، ج 2 ص 158.

<sup>5</sup> - شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 3 ص 7.

وورد في مواهب الجليل : عدم جواز بيع العنب لمن يعصره خمرا ، وبيع ثياب الحرير ممن يلبسها<sup>(1)</sup>.  
فهذا النص يؤكد بطلان العقد مادام الباعث عليه غير مشروع.

ويتبين من خلال هذه النصوص أنّ للمالكية رأيان فيما يتعلق بإعمال السبب الباعث غير المشروع ، رأي يرى أن العقد لا ينعقد بتأثير الباعث غير المشروع ، إلا إذا علم الطرف الآخر. والرأي الثاني يرى أن العقد ينعقد ولكنه واجب الفسخ ، إذا لم يعلم البائع بقصد المشتري، فإن علم أجبر المشتري على إخراج ما اشتراه من ملكه.

قال ابن رشد : "والخلاف في هذا مقيد بما إذا علم البائع أن المشتري يفعل ذلك ؛ أما إذا لم يعلم ، ثم ظهر أنه يفعل ذلك ، فإن البيع لا يفسخ بلا خلاف ، ولكن يجبر المشتري على إخراجه من ملكه ببيع ونحوه".

والرأي الذي أراه راجحا عند المالكية ، هو القول ببطلان العقود والتصرفات إذا كان الباعث عليها غير مشروع ، وذلك لما يلي :

أ - سبق في المطلب الأول نقل النصوص عن المحققين من أصولي المالكية الذين حملوا لواء النزعة الذاتية ، وأقاموا الأدلة على أصالة هذا المبدأ في الشريعة الإسلامية ، وأفاضوا القول في ذلك ، وبرهنوا على أن القصد لها تأثير في العبادات والعادات والمعاملات؛ حيث قدموا الدليل على بطلان نكاح التحليل ، وبيع الآجال التي يقصد بها الربا كما في بيع العينة ، وبطلان الحيلة في إسقاط الزكاة عن طريق الهبة قبل نهاية الحول، فشمّل أعمال الباعث غير المشروع عقود المعاوضات والتبرعات<sup>(2)</sup>.

ب - المذهب المالكي هو أكثر المذاهب الفقهية توسعا في تطبيق مبدأ سدّ الدرائع ، وهو مبدأ يتجه اتجاهين : الأول اتجاه إلى الباعث على التصرف، والثاني : اتجاه إلى مآل التصرف<sup>(3)</sup>.

### المطلب الثاني : وجود قرائن يفترض معها علم الطرف الآخر بالسبب الباعث

وفي هذا الفرع نبين المعيار الثاني الذي وضعه الفقهاء للعمل بالسبب الباعث ، وهو وجود قرائن وأمارات يفترض معها علم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع.

حيث يعتد بالباعث ولو لم يذكر في العقد ، مادامت هناك قرائن يتحقق معها هذا العلم ، وأكثر ما يكون ذلك في التبرعات ، فإذا أهدى المقترض للمقرض شيئا قبل سداد الدين ، حُمل ذلك على الربا ، فلا تجوز الهدية ، لأن ظروف التصرف وملابسات الهدية تتجه نحو الربا. وإذا أهدى العدو لقائد جيش

1 - الخطاب ، مواهب الجليل ، ج 4 ص 267.

2 - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص 222.

3 - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص 223.

المسلمين هدية حمل ذلك على الرشوة ، فلا يختص بها القائد وتكون غنيمة. وكذلك الهدايا التي تهدى للعمال وموظفي الدولة فإنها تحمل على الرشوة. وإذا وهبت المرأة لزوجها صداقها ، فينبغي أن يعلم الزوج أن الباعث للزوجة على الهبة هو استدامة الزواج ، فإن طلقها بعد ذلك فلها الرجوع فيما وهبت.

قال ابن قدامة : "إذا ثبت هذا فإنما يحرم بيع العصير ويبتل إذا علم البائع قصد المشتري ذلك، إما بقوله ، وإما بقرائن مختصة به ، تدل على ذلك"<sup>(1)</sup>.

وقد ذكر ابن رجب الحنبلي أمثلة متعددة حكم فيها بطلان هذه التصرفات ، لأن الباعث على عدم مشروعيتها دلت عليه قرائن وأمارات ، يتحقق معها افتراض علم الطرف الآخر بهذا الباعث غير المشروع ، فقال : "تعتبر الأسباب في عقود التمليكات كما تعتبر الأيمان ، ويتخرج على هذا مسائل متعددة ، ذكر منها ثمان مسائل وهي:

المسألة الأولى : هبة المرأة زوجها صداقها إذا سألها ذلك ، فإن سببها طلب استدامة النكاح ، فإن طلقها فلها الرجوع فيها ، نص عليه أحمد في رواية عبد الله"<sup>(2)</sup>.

وذكر ابن فرحون المالكي في أحكام ابن سهل : أن امرأة أقرضت زوجها ثلاثين دينارا ذهباً مدة خمس سنوات ، ثم طلقها بعد عام ونصف من تاريخ القرض ، فرفعت أمرها إلى القاضي تطلب حلول الدين وسقوط الأجل ، مدعية أنها أقرضته وأنظرته استدامة لعصمتها معه ورجاء في حسن صحبته لها ، فشاور القاضي ابن بقي<sup>(3)</sup> في ذلك ، فأفتى ابن عتاب لمصلحة المرأة معللاً بأن هذا القرض كان مراعى فيه وُدُّ الزوجية واستدامة الصحبة ، فأما وقد انفصمت فقد زال السبب الموجب للتأجيل.

1 - ابن قدامة ، المغني ، ج 4 ص 284.

2 - ابن رجب الحنبلي ، القواعد في الفقه الإسلامي ، ص 310.

3 - أحمد بن يزيد بن عبد الرحمن بن أحمد بن محمد بن أحمد بن مخلد بن عبد الرحمن بن أحمد بن بقي بن مخلد بن يزيد الأموي. الإمام العلامة المحدث المسند قاضي الجماعة ، كان من رجال الأندلس جلالاً وكمالاً ولا يعلم فيها أعرف من بيته في العلم والنباهة ، إلا بيت بني مغيث بقرطبة ، وبيت بني الباجي بإشبيلية ، وله التقدم على هؤلاء وولي قضاء الجماعة بمراكش ، مضافاً ذلك إلى خطتي المظالم والكتابة العليا ، فحمدت سيرته ولم تزده الرفعة إلا تواضعاً ، ثم صرف عن ذلك كله وأقام بمراكش مدة طويلة، إلى أن تقلد قضاء بلده وصرف عنه قبل وفاته ببسبر ، سمع منه الناس وتنافسوا في الأخذ عنه وكان أهلاً لذلك. هو آخر من حدث عن شريح بالإجازة ، وانفرد برواية الموطأ عن ابن عبد الحق قراءة عن ابن الطلاع سماعاً. توفي يوم الجمعة منتصف رمضان سنة 625 بقرطبة ، وقد تجاوز ثمانين سنة. الذهبي ، سير أعلام النبلاء ، ج 22 ص 275 - 277.

وقد أيد رأيه بما ورد عن عمر بن الخطاب أنه قال : "من وهب لصلة رحم أو على وجه الصدقة ، فإنه لا يرجع فيها. ومن وهب هبة يرى إنما أراد بها الثواب ، فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها"<sup>(1)</sup>.

فحكّم رضي الله عنه بما دلت عليه الحال ، والمتعارف من أحوال النساء فيما يوسعنّ به على أزواجهنّ من أموالهنّ ، إنما يردنّ بذلك مودّات الأزواج ، واستدامة عصمتهنّ معهم ، فإذا وقع الطلاق استحالت نفوسهنّ عن ذلك إلى ضدّه ، هذا الذي لا يعرف غيره<sup>(2)</sup>.

المسألة الثانية : الهدية لمن يشفع له بشفاعة عند السلطان ونحوه فلا يجوز، ذكره القاضي وأوماً إليه لأنها كالأجرة ، والشفاعة من المصالح العامة فلا يجوز أخذ الأجرة عليها. وفيه حديث صريح في السنن، وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث الحسن : "مَنْ شَفَعَ لِأَخِيهِ شَفَاعَةً فَأَهْدَى لَهُ هَدِيَّةً عَلَيْهَا فقبلها منه، فقد أتى باباً عظيماً من أبواب الربا"<sup>(3)</sup>. والحكمة من وراء عدم جواز أخذ الهدية على الشفاعة والواسطة الحسنة ، أن الجاه نعمة من الله ينبغي أن يُستخدم في خدمة عباد الله مجاناً بدون مقابل، وينبغي أن يتسارع إليه الناس المستطيعون، لنصرة حقي أو رفع ظلم، ولا ينبغي لمن ساهم بجاهه في جلب حقي أو دفع ظلم أن يأخذ مالا على ذلك، حتى لا يتكاسل الناس عن هذه المسألة ، فتضيع الحقوق، وينبغي أن يُسعى في قضاء الحوائج للناس ابتغاء الأجر من الله سبحانه تعالى، وينبغي أن يبذل المسلم جاهه بدون مقابل ؛ لأن الجاه زكاة مثل المال.

قال الجصاص : "وأما الرشوة في غير الحكم ، فهو ما ذكره ابن مسعود ومسروق في الهدية إلى الرجل ليعينه بجاهه عند السلطان ، وذلك منهي عنه أيضا ، لأنّ عليه معونته في دفع الظلم عنه قال الله تعالى : { وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى }"<sup>(4)</sup>. وقال النبي صلى الله عليه وسلم : "لا يزال الله في عون المرء ما دام المرء في عون أخيه"<sup>(5)</sup>.

وقد أفتى ابن تيمية<sup>(6)</sup> رحمه الله في مسألة أخذ العوض أو الهدية على قضاء الحاجة ، بعدم الجواز، وقال: هذا هو المنقول عن السلف والأئمة الكبار. ولما سئل ابن مسعود عن السّحت قال : إنما السّحت

<sup>1</sup> - رواه مالك في الموطأ ، كتاب الأفضية ، القضاء في الهبة ، حديث رقم 51. منشورات دار الأفاق الجديدة ، الطبعة الثالثة 1403 هـ - 1983 ، بيروت لبنان ، ص 645.

<sup>2</sup> - ابن فرحون ، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام ، ج 2 ص 71.

<sup>3</sup> - رواه أبو داود وأحمد بن حنبل، وقال ابن حجر في إسناده مقال. الصنعاني ، سبلا السلام ، ج 2 ص 58 - 59.

<sup>4</sup> - سورة المائدة ، آية رقم : 3.

<sup>5</sup> - الجصاص ، أحكام القرآن ، ج 2 ص 433.

<sup>6</sup> - ابن تيمية ، مجموع فتاوى ، ج 31 ص 286 - 287.

أن يستعينك على مظلمة فيهدي لك. وعن مسروق أنه كلم ابن زياد في مظلمة فردها، فأهدى إليه صاحب المظلمة وصيفاً فرده ولم يقبله، وقال مسروق : سمعت ابن مسعود يقول: "من رد عن مسلم مظلمة فأعطاه على ذلك قليلاً أو كثيراً فهو سحت، فقال الرجل: يا أبا عبد الرحمن ما كنا نظن أن السحت إلا الرشوة في الحكم، قال: ذلك كفرٌ نعوذ بالله من ذلك" ، أي أشد وأشنع، أي أن الرشوة للقاضي أشد وأشنع ليحكم بغير الحق والصواب.

وجاء نصرانيٌّ إلى الإمام الأوزاعي وكان يسكن بيروت فقال: إن والي بعلبك ظلمني وأريد أن تكتب فيّ إليه، وأتاه بقلعة عسل - هدية معه - فقال له : إن شئت رددت عليك قلتك وأكتب إليه؟ وإن شئت أخذتها ولا أكتب؟ - أنت بين أمرين أن تأخذ هديتك وأكتب لك ، أو لا أكتب لك ولا أقبل هديتك - فقال النصراني : بل اكتب لي واردها ، فكتب له أن ضع عنه من خراجها، فشققه الوالي فيه، وحط له عن جزيته ثلاثين درهماً.

المسألة الثالثة : مسائل العينة. لأن القصد من بيوع العينة هو الوصول إلى الربا.

المسألة الرابعة : هدية المقترض قبل الأداء ، فإنه لا يجوز قبولها ممن لم يجر له منه عادة.

المسألة الخامسة: هدية المشركين لأمر الجيش ، فإنه لا يختص بها على المذهب بل هي غنيمة أو فيء على اختلاف الأصحاب.

المسألة السادسة: هدايا العمال ، قال أحمد في رواية أبي طالب في الهدايا التي تهدى للأمير فيعطى منها الرجل قال : هذا الغلول. ومنع الأصحاب من قبول القاضي هدية من لم تجر العادة بهديته له قبل ولايته.

المسألة السابعة : ما نص عليه أحمد في رواية صالح ، فيمن عنده ودیعة فأداها ، فأهديت إليه هدية، أنه لا يقبلها إلا بنية المكافأة ، وحكم الهدية عند أداء سائر الأمانات حكم الوديعة. فلا ينبغي قبول الهدية فيها مطلقاً مقابل حفظ الأمانة، إلا بنية أن المكافئه عليها، حتى يبقى الأجر عند الله موفوراً، وحتى لا تصبح قضية حفظ الأمانات بين الناس مقابل هدايا ومكافآت.

المسألة الثامنة : ما نص عليه أحمد في رواية ابن ماهان فيمن اشترى لحماً ثم استزاد البائع فزاده، ثم ردّ اللحم بعيب فالزيادة لصاحب اللحم ؛ لأنها أخذت بسبب اللحم ، فجعلها تابعة للعقد في الرد؛ لأنها مأخوذة بسببه ، وإن كانت غير لاحقة به. وتأولها القاضي على أنها إن كانت مأخوذة في المجلس فلحقت بالعقد ، وخرج ابن عقيل منها رواية بلحوق الزيادة بعد لزوم العقد والحاجة إلى ذلك<sup>(1)</sup>.

<sup>1</sup> - ابن رجب الحنبلي ، القواعد في الفقه الإسلامي ، ص 310 - 311.

### المطلب الثالث : معيار الكثرة التي تقوم مقام غلبة الظن

وفي هذا الفرع نبين المعيار الثالث لإعمال السبب الباعث ، وهو معيار انفراد به المالكية عن غيرهم ، وهو معيار الكثرة التي تقوم مقام غلبة الظن.

وهو الفعل الذي يفضي إلى المفسدة كثيرا ، ولكن لا يبلغ درجة الأمر الغالب ، أي أن المفسدة المترتبة على الفعل لم تبلغ درجة القطع واليقين ، ولا درجة غلبة الظن ، ولكن المفسدة تقع في كثير من الحالات. قال الدسوقي محمدا ضابط الكثرة : "يقال في الشيء إنه كثير ، إذا كان وجوده مساويا لعدمه والغلبة أحص من ذلك"<sup>(1)</sup>.

وقد اختلف الفقهاء في الأخذ بالكثرة كمعيار لبطلان التصرفات ، فمنع ذلك جمهور الفقهاء ، وأخذ به المالكية.

ويحلل الشيخ محمد أبو زهرة سبب الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة فيقول : وقد "تعارض هنا جانبان قويان من النظر ، أحدهما النظر إلى أصل الإذن ، وأصل الإذن كان لمصلحة إجازة الفعل، الثاني كثرة المفسدة التي لم تكن غالبية. فنظر أبو حنيفة والشافعي إلى أصل الإذن فأجازوا التصرف ، ذلك أن العلم أو الظن بوجود المفسدة منتفیان ، ولا يبنى المنع إلا على أحدهما ، فبقي أصل الإذن من غير معارض يقوم على أساس علمي، ولا سبيل لكي نحمل المكلف وزر المفسدة ، لأنه لم يقصدها ، ولم يكن مقصرا في الاحتياط لتجنبها. وأما كونها كثيرة فلم تصل إلى درجة الأمر الغالب ، حتى يعد عدم الاحتياط تقصيرا ، يوجب ضمان العدوان أو ضمان التقصير"<sup>(2)</sup>.

ولكن الإمام مالك منع التصرف ، وأقام الكثرة مقام العلم أو غلبة الظن ، وهذا يستوجب الاحتياط في دفع الفساد عن المجتمع ، وكثرة وقوع المفسدة كافية للمنع؛ لأنّ الشريعة تقوم على الاحتياط والحزم، وهذا يستوجب إقامة الكثرة مقام غلبة الظن في المعاملات. وإذا كان الأصل هو الإذن ، فقد عارضه أصل آخر لا يقل عنه قوة هو عصمة الإنسان من الإضرار به أو إيلامه ؛ فترجح هذا الأصل تطهيرا للمجتمع من الفساد، والمقرر في الشريعة أن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح ، وعلى هذا فكثرة الفساد داعية إلى هذا الترجيح ، وإلى اعتبارها في مرتبة الأمر الغالب<sup>(3)</sup>.

وقد حلل الشاطبي وجهة نظر الطرفين ، وقرر أنه على الرغم من أن الشافعي ومالك لم يعتدا بالقصد فإنّهما قد وصلا إلى نتائج مختلفة. فالشافعي انتهى به عدم اعتداده بالقصد إلى إباحة التصرف ،

1 - محمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 4 ص 306.

2 - محمد أبو زهرة ، مالك حياته وعصره آراؤه وفقهه ، ص 439.

3 - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص 198.

فسمح ببيع العينة مثلا. أما مالك فانتهى به عدم اعتداده بالقصد، إلى منع التصرف ، ولكن لا على أساس أن صاحب التصرف قد قصد به المفسدة ، بل على أساس كثرة وقوع المفسدة ، وهو معيار موضوعي لا ذاتي.

ويشرح وجهة نظر الطرفين فيقول : "وأما ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيرا، لا غالبا ولا نادرا، فهو موضع نظر والتباس. والأصل فيه الحمل على الأصل من صحة الإذن ، كمذهب الشافعي وغيره. ولأن العلم والظن بوقوع المفسدة منتفیان ، إذ ليس هنا إلا احتمال مجرد بين الوقوع وعدمه ، ولا قرينة ترجح أحد الاحتمالين على الآخر ، واحتمال القصد للمفسدة والإضرار لا يقوم مقام نفس القصد ولا يقتضيه، لوجود العوارض من الغفلة وغيرها عن كونها موجودة أو غير موجودة.

وأیضا فإنه لا یصح أن یعد الجالب أو الدافع هنا مقصرا ولا قاصدا، كما في العلم والظن؛ لأنه ليس حمله على القصد إليهما<sup>(1)</sup> أولى من حمله على عدم القصد لواحد منهما. وإذا كان كذلك فالتسبب المأذون فيه قوى جدا ؛ إلا أن مالكا اعتبره في سدّ الدّرائع بناء على كثرة القصد وقوعا. وذلك أن القصد لا ينضبط في نفسه ؛ لأنه من الأمور الباطنة. لكن له مجالا هنا وهو كثرة الوقوع في الوجود أو هو مظنة ذلك. فكما اعتبرت المظنة وإن صح التخلف، كذلك تعتبر الكثرة لأنها مجال القصد"<sup>(2)</sup>.

وقد استدل على أن الكثرة تقوم مقام غلبة الظن بما يلي :

أ - حديث أم ولد زيد بن أرقم<sup>(3)</sup>، أي فكثير ما يقع القصد من هذا البيع التوصل إلى الربا، كدفع قليل كالمست مائة ، في كثير وهو الثمان مائة ، والأجل له فرق المئتين ، فهذا كثيرا ما يقصد في التعامل بين الناس ، ولكنه ليس غالبا.

ب - "قد يشرع الحكم لعلّة مع كون فواتها كثيرا، كحد الخمر، فإنه مشروع للزجر، والازدجار به كثير لا غالب ، فاعتبرنا الكثرة في الحكم بما هو على خلاف الأصل. فالأصل عصمة الإنسان عن

1 - إلى المفسدة والإضرار، كالمعصية مثلا وإن لم يتضرر بها أحد ، وإضرار الغير بها.

2 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 361.

3 - ونصه كما رواه البيهقي والدارقطني عن أبي إسحاق السبيعي عن امرأته أنها دخلت على عائشة رضي الله عنها ، فدخلت معها أم ولد زيد بن أرقم الأنصاري وامرأة أخرى ، فقالت أم ولد زيد بن أرقم : يا أم المؤمنين إني بعت غلامًا من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم نسيئة ، وإني ابتعته بستمائة درهم نقدًا ، فقالت لها عائشة بثمناشتريت وبثمنا شريت ، إن جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بطل إلا أن يتوب". سنن الدارقطني ، كتاب البيوع ، ج 3 ص 52. البيهقي ، السنن الكبرى ، كتاب البيوع ، باب الرجل يبيع الشيء إلى أجل ثم يشتريه بأقل ، ج 5 ص 330.

الإضرار به وإيلامه ، كما أن الأصل في مسألتنا الإذن ، فخرج عن الأصل هنالك لحكمة الزجر ، وخرج عن الأصل هنا من الإباحة ، لحكمة سدّ الدّريعة إلى الممنوع<sup>(1)</sup>.

ج - يجب النظر إلى النتائج التي تترتب على الأفعال ، أي الوقائع المادية الخارجية ؛ لأنها هي الأمر الجوهرية في سدّ الدّريعة ، وأما النية أو الباعث فأمران ثانويان ، وأن كثرة المفاصد توجب اعتبارها في مرتبة الأمور الظنية الغالبة ، احتياطاً وتقديماً لدرء المفسدة على جلب المصالح ، فيرجح جانب المنع<sup>(2)</sup>.

د - أنه قد وردت آثار صحيحة ، تحرم أموراً كانت في الأصل مآذوناً فيها ، لأنها تؤدي في كثير من الأحوال إلى المفاصد ، وإن لم تكن غالبية ، ومن ذلك<sup>(3)</sup> :

1 - حرّم عليه الصلاة والسلام الخلوة بالمرأة الأجنبية ، وأن تسافر مع غير ذي محرم . فقد روى ابن عباس أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول : " لا يَخْلُونُ رجل بامرأة ، ولا تسافرن امرأة إلا ومعها محرم"<sup>(4)</sup> . وفي رواية ابن حبان وابن ماجه : "ألا لا يَخْلُونُ رجل بامرأة فإن ثالثهما الشيطان"<sup>(5)</sup> . ووجه الدلالة من الحديث أن الخلوة بالمرأة الأجنبية ، وسفر المرأة لوحدها بدون محرم ، يؤدي في كثير من الحالات إلى الوقوع في مفاصد مختلفة ، وليس خصوص مفسدة الزنى بل يكفي للمنع مقدماته ، وهذه المفاصد تقع ليس في غالب الحالات بل في كثير من الحالات ، ومع ذلك فقد أقام النبي صلى الله عليه وسلم الكثرة مقام الغلبة ، ومنع الخلوة بالمرأة الأجنبية ، وسفر المرأة إلا مع ذي محرم .

2 - نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بناء المساجد على القبور ، وعن الصلاة إليها . فقال صلى الله عليه وسلم : "قاتل الله اليهود اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد" . وروى مسلم : "لا تجلسوا على القبور ولا تصلوا عليها ولا إليها" . وقال ابن عباس : لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم زائرات القبور والمتخذين

<sup>1</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 362 .

<sup>2</sup> - محمد أبو زهرة ، مالك حياته وعصره آراؤه وفقهه ، ص 440 - 441 . فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص 198 - 199 .

<sup>3</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 362 - 364 .

<sup>4</sup> - أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب الحج ، باب سفر المرأة مع محرم إلى حجّ وغيره ، حديث رقم : 1341 . وأخرجه البخاري ، في كتاب الجهاد والسير ، باب من اكتتب في جيش المسلمين ، حيث رقم 3006 . وفي كتاب النكاح ، باب لا يخلون رجل بامرأة إلا ذو محرم ، حديث رقم : 5233 .

<sup>5</sup> - أخرجه ابن ماجه . وابن حبان ، حديث رقم 5586 .

عليها المساجد والسرج"<sup>(1)</sup>. ووجه الدلالة من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم منع بناء المساجد على القبور ، خشية الوقوع في مفسدة عبادة القبور والصلاة إليها وتعظيم من بداخلها وتقديم النذر والقربات إليها ، وهذه مفسدة تقع في أكثر الأحوال ، وتُهم عقيدة التوحيد - التي يؤمن بها المسلم - القائمة على عبادة الله وحده لا شريك له.

3 - نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الجمع بين المرأة وعمتها أو بين المرأة وخالتها ، وقال : "إنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم"<sup>(2)</sup>. فالحكمة من منع ذلك الجمع بين المرأة وعمتها أو المرأة وخالتها ، هو الخشية من قطع الرحم التي أمر الله بها أن توصل ، لأن العمّة والخالة في منزلة الأم، وهذه الحكمة تتحقق في الجمع بين الأقارب بصفة عامة ، ولذلك ورد الحديث في مراسيل أبي داود عن طلحة بن عيسى "نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن تنكح المرأة على قرابتها مخافة القطيعة". وقد كان في شريعة بني إسرائيل جواز الجمع بين الأختين حيث جمع سيدنا يعقوب عليه السلام ، في عصمته بين ليئة أم يهودا ورحيل أم سيدنا يوسف عليه السلام ، ولكن هذا مما نسخ في شريعة الإسلام<sup>(3)</sup>.

4 - حرم الله تعالى النكاح فوق أربع نسوة، وعلل ذلك بقوله تعالى {ذَلِكَ أَذَىٰ آلًا يُغَوِّوْنَ} <sup>(4)</sup>، وقد فسر الشافعي الآية : ألا تكثر عيالكم<sup>(5)</sup>. أي أن في الآية ترغيباً في الاقتصار على الواحدة لخصوص الذي لا يستطيع السعة في الإنفاق ، لأن الاقتصار على الواحدة يقلل التفقة ويقلل التسل فيبقى عليه ماله، ويدفع عنه الحاجة. فكثرة العيال تؤدي في كثير من الحالات إلى بعض المفاسد ، ولذلك جاء التوجيه بالاقتصار على واحدة ، حتى يكون له عدد قليل من العيال يقدر على مؤنتهم<sup>(6)</sup>.

1 - أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب المساجد ومواضع الصلاة ، باب النهي عن بناء المساجد على القبور ، حديث رقم : 532. وأخرجه البخاري ، في كتاب الصلاة ، حيث رقم 437. وكتاب الجنائز حديث رقم 1330. وكتاب المغازي ، باب مرض النبي صلى الله عليه وسلم ووفاته ، حديث رقم 4441 ، 4443 ، 4444. كما أخرجه أيضاً أبو داود والنسائي.

2 - أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب النكاح ، باب لا تنكح المرأة على عمتها ، حديث رقم 5109. وأخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب النكاح ، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح ، حديث رقم 1408. كما أخرجه أيضاً النسائي البيهقي وأحمد في مسنده. والحديث متواتر ، انظر الجصاص ، أحكام القرآن، ج 2 ص 134.

3 - شهاب الدين محمود الألويسي ، روح المعاني ، ج 4 ص 261.

4 - سورة النساء ، آية رقم : 3.

5 - أبو الفرج جمال الدين عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي، زاد المسير في علم التفسير ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الثالثة 1404هـ - 1984م، ج 2 ص 10.

6 - الطاهر بن عاشور ، التحرير والتنوير ، ج 4 ص 228.

وفسر القرطبي قوله تعالى : { ذَلِكَ أَذْنِي أَلَّا تَعُولُوا } ، أي ذلك أقرب إلى ألا تميلوا عن الحق وتجوروا ؛ وهذا التفسير مروى عن ابن عباس ومجاهد وغيرهما<sup>(1)</sup> . والعدل المطلوب بين الزوجات يكون في النفقة والكسوة والبشاشة والمعاشرة ، وترك الضرّ في كل ما يدخل تحت قدرة المكلف وطوقه دون ميل القلب<sup>(2)</sup> . وسواء أكان التفسير بكثرة العيال الذي لم يسلم به الغالبية من المفسرين ، أم الخوف من الوقوع في الجور والظلم ، الذي ذهب إليه معظم المفسرين<sup>(3)</sup> ؛ فعلى كلا التفسيرين ، تصح القاعدة التي نحن بصدد إثباتها ، وهو إقامة الكثرة مقام غلبة الظن في منع التصرف ؛ فكثرة النساء مظنة كثرة العيال ، وهذا مظنة عدم العدل سواء بين النساء أو بين الأولاد .

5 - حرمت خطبة المعتدة تصرّحاً<sup>(4)</sup> ، ونكاحها ، حتى لا تكذب في العدة . فقال الله تعالى : { وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ \* وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِيمَ اللَّهِ أَنَّكُمْ سَتَذَكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَلَا تَعْرَمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ }<sup>(5)</sup> ، ووجه الدلالة من الآية أن خطبة المعتدة تصرّحاً يؤدي إلى نكاحها في العدة ، وهذا لا يجوز . قال ابن عطية : " وأجمعت الأمة على أن الكلام مع المعتدة بما هو نص في تزويجها وتنبه عليه لا يجوز ، وكذلك أجمعت الأمة على أن الكلام معها بما هو رفث وذكر جماع أو تحريض عليه لا يجوز ، وجوزوا ما عدا ذلك"<sup>(6)</sup> .

6 - حرم على المرأة في عدة الوفاة الطيب والزينة وسائر دواعي النكاح ، وذلك في حديث أم عطية رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " لَا تُجِدُ امْرَأَةً عَلَى الْمَيِّتِ فَوْقَ ثَلَاثِ ، إِلَّا عَلَى

1 - القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج 5 ص 19 .

2 - الطاهر بن عاشور ، التحرير والتنوير ، ج 4 ص 226 .

3 - القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج 5 ص 19 . تفسير الطبري ، ج 7 ص 540 . الطاهر بن عاشور ، التحرير والتنوير ،

ج 4 ص 228 . تفسير ابن كثير ، ج 2 ص 212 . رشيد رضا ، تفسير المنار ، ج 4 ص 280 .

4 - يجرم خطبة المعتدة من طلاق رجعي ، أما المعتدة من طلاق بائن فيجوز التعريض بخطبتها .

5 - سورة البقرة ، الآيتان رقم : 232 ، 233 .

6 - القاضي ابن عطية الأندلسي ، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز ، ج 1 ص 315 .

زَوْجٍ، أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ، وَلَا تَلْبَسُ ثَوْبًا مَصْبُوعًا إِلَّا ثَوْبَ عَصَبٍ، وَلَا تَكْتَحِلْ، وَلَا تَمَسُّ طَبِيًّا ، إِلَّا إِذَا طَهَّرْتَ، تُبَدَّةً مِنْ قُسْطٍ أَوْ أَظْفَارٍ" (1).

7- وحرم على الْمُحْرِمِ الطيب وعقد النِّكَاح ، في قوله صلى الله عليه وسلم : لا يَنْكِحِ الْمُحْرِمِ وَلَا يُنْكَحُ وَلَا يَخْطُبُ" (2).

8 - نهي النبي صلى الله عليه وسلم "عن البيع والسلف" (3).

وصورة المسألة أن يقرض البائع المشتري مائة دينار ثم يشتري منه سلعة بأكثر من قيمتها. وقد بين ابن القيم كيف تؤول هذه المعاملة إلى الربا فقال: "فلأنه إذا أقرضه مئة إلى سنة ، ثم باعه ما يساوي خمسين بمئة ، فقد جعل هذا البيع ذريعة إلى الزيادة في القرض الذي موجه ردّ المثل، ولولا هذا البيع لما أقرضه، ولول عقد القرض لما اشترى ذلك" (4). وهذه لاشك مفسدة أكثرية لا أغلبية.

9 - نهي عليه الصلاة والسلام عن هدية المديان. فعن يحيى بن إسحاق الهنائي ، قال سألت أنس بن مالك : الرجل منا يقرض أخاه المال ؛ فيهدي له ؟ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "إذا أقرض أحدكم قرضا فأهدي إليه أو حملة على الدابة ، فلا يركبها ولا يقبلها ، إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك" (5).

1 - أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب الطلاق ، باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة ، حديث رقم 938. العصب برود يمنية. والقُسط والأظفار نوعان من البخور ، رخص فيه للمغتسلة من الحيض لإزالة الرائحة الكريهة ، تتبع به أثر الدم ، لا التطيب. والتبذة : القطعة والشيء اليسير.

2 - أخرجه مسلم في صحيحه عن عثمان بن عفان مرفوعا. كتاب النكاح ، باب تحريم نكاح المحرم ، حديث رقم : 1409. وانظر كذلك كتاب الحج ، باب ما يباح للمحرم بحج أو عمرة ، حديث رقم 1180.

3 - أخرجه أحمد في مسنده ، ج 2 ص 174. وأبو داود في سننه ، كتاب البيوع ، حديث رقم 3504. والترمذي في الجامع ، أبواب البيوع ، حديث رقم 1234. وابن ماجه في السنن ، كتاب التجارات ، حيث رقم 2188. عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص مرفوعا بلفظ : "لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا ربح ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك".

4 - أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر الشهير بابن قيم الجوزية، عون المعبود شرح سنن أبي داود، تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان، المكتبة السلفية، المدينة المنورة ، الطبعة الثانية 1388هـ، 1968م، ج 9 ص 407.

5 - أخرجه ابن ماجه في سننه ، كتاب الصدقات ، باب القرض ، حديث رقم 2432.

10 - نهى عليه الصلاة والسلام عن ميراث القاتل. فعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم ، قال : "ليس للقاتل من الميراث شيء"<sup>(1)</sup>.  
في كل هذه الأمثلة ورد التحريم لكثرة ما يترتب على هذه التصرفات من مفساد ، وإن لم يقطع بإفنائها إلى هذه المفساد في كل الأمثلة ، فبعضها مقطوع به كقطع الرحم في مسألة الجمع ، وبعضها مظنون به كالخلوة بالمرأة الأجنبية وسفر المرأة مع غير ذي رحم ، وكذلك البيع والسلف ، ولكن هذا لا يقدح في القاعدة التي ذكرناها ، لأنّ "الشريعة مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم والتحرز مما عسى أن يكون طريقاً إلى مفسدة"<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الديات، باب ديات الأعضاء، حديث رقم 4564. وأخرجه النسائي في سننه، كتاب الفرائض. ج 6 ص 220. والدارقطني في سننه، ج 4 ص 96. والبيهقي في السنن الكبرى، ج 6 ص 220. وللحديث شواهد كثيرة منها حديث أبي هريرة أخرجه الترمذي حديث رقم 2109. وابن ماجه حديث رقم 2645.  
<sup>2</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 364.

## الباب الثاني

### معايير نظرية السبب في الفكر الفقهي والأصولي

تبين من خلال الفصل الثاني من الباب الأول أن السبب في الفقه الإسلامي يرد بمعان ثلاثة وهي : السبب بمعنى مصدر التكليف والالتزام ، والسبب بمعنى الحكم الأصلي للتصرف ، والسبب بمعنى الباعث الدافع على الالتزام .

والمعنى الأول تتحقق المعايير التي تنظمه بتوفر الأركان والشروط المنشئة للتصرف.

والمعنى الثاني تتحقق معاييرها تبعاً للمعنى الأول ، أي أنه إذا توافرت أركان التصرف وشروطه وانتفت موانعه، ترتب الحكم الأصلي تبعاً لذلك ، لأن آثار العقود من فعل الشارع لا من فعل المكلف . فلم يبق محلاً للبحث إلا معايير المعنى الثالث.

ومقتضى هذا المعنى أن القاضي إذا عرض عليه النظر في صحة عقد أو تصرف ، فيجب عليه - بعد أن يتأكد من توافر أركانه وشروطه وانتفاء موانعه - أن يبحث في البواعث والدوافع التي دفعت صاحب التصرف إلى القيام بتصرفه ؛ فإذا ما نظر في مدى مشروعية عقد إيجار منزل مثلاً ، فقد يكون هذا العقد صحيحاً إذا ما كان استئجار هذا المنزل للسكنى ، أما إذا كان الدافع على استئجار المنزل اتخاذه مكاناً للدعارة أو لبيع الخمر أو المخدرات أو الخنزير ، كان العقد باطلاً ، لأن السبب الدافع لإبرام العقد ليس مشروعاً.

ولكن هل يحكم القاضي بطلان التصرف إذا تضمن سبباً غير مشروع ، بدون قيد أو شرط ، أم أن ثمة شروطاً ومعايير يجب توافرها حتى يحكم بذلك ؟

الواقع أن هناك معيارين لإعمال هذا السبب : معيار متفق عليه ، ومعيار مختلف فيه .

أما المعيار المتفق عليه ، فهو علم المتعاقد الآخر بالسبب غير المشروع الذي دفع الطرف الآخر إلى التعاقد؛ وقد اتفقت المذاهب الإسلامية على أن علم الطرف الآخر بالسبب غير المشروع يجعل العقد باطلاً؛ أما إذا كان الطرف الآخر يجهل السبب غير المشروع ، فلا يمكن الحكم بطلان التصرف ، وذلك تغليباً لمبدأ استقرار التعامل على الباعث غير المشروع.

أما المعيار المختلف فيه ، فهو ظهور السبب غير المشروع في صلب العقد، باعتباره جزءاً من التعبير عن الإرادة، وقد انقسم الفقهاء تجاه هذا المعيار إلى فريقين.

الفريق الأول : وهم الحنفية والشافعية ، وقد اشترطوا للعمل بالسبب غير المشروع ضرورة ظهوره في صيغة العقد نفسه ، أما إذا لم يبرز في صيغة العقد بصورة واضحة وظل متوارباً عنه فإن القاضي لا يكلف نفسه عناء البحث عنه ، ويصدر حكمه بما ورد التصريح به في صلب العقد.

أما الفريق الثاني : وهم الحنابلة والمالكية والإباضية ، فقد ذهبوا إلى الاعتداد بالسبب غير المشروع ، مادام الطرف الآخر على علم به، أو بإمكانه أن يعلم بذلك، ولم يشترطوا ظهور السبب غير المشروع في صيغة العقد بصورة صريحة.

وستتم دراسة معايير هذين الفريقين في فصلين اثنين.

الفصل الأول : معايير نظرية السبب في الفقه الحنفي والشافعي.

الفصل الثاني : معايير نظرية السبب في الفقه المالكي والحنبلي والإباضي.

## الفصل الأول

### معايير نظرية السبب في الفقه الحنفي والشافعي

يمثل المذهب الحنفي والشافعي الاتجاه الموضوعي في الفقه الإسلامي ، وإن المعيار الذي يتبناه أنصار هذا الاتجاه ، هو اعتدادهم بالسبب غير المشروع حيث يقيمون له اعتبارا إذا كان جزءا من التعبير عن الإرادة ، فيكون العقد باطلا إذا أسفر عن سبب غير مشروع في صلب العقد. أي أن هذا الاتجاه لم يفسح المجال أمام القاضي للبحث والتحري عن البواعث والدوافع النفسية ، التي دفعت المتعاقد للتعاقد ، ليحكم على ضوئها بصحة التصرف أو بطلانه ، بل يكتفي بالإرادة الظاهرة التي ورد التعبير عنها في صلب العقد.

أما إذا لم يصرح بالسبب غير المشروع في صلب التعبير عن الإرادة ، فإنهم لا يعتدون به ولا يقيمون له أي وزن، وهذا الاتجاه يتلاقى مع اتجاه القانون الألماني كما سيتضح لاحقا في الباب الثاني من هذا البحث.

وسيتم توضيح هذين المعيارين في مبحثين اثنين :

**المبحث الأول : يعتد بالسبب الباعث إذا كان في صلب التعبير عن الإرادة**

**المبحث الثاني : لا يعتد بالسبب الباعث إذا لم تتضمنه صيغة التعبير عن الإرادة**

## المبحث الأول

### يعتد بالسبب الباعث إذا كان في صلب التعبير عن الإرادة

أخذ أنصار النزعة الموضوعية بالسبب الباعث وعملوا به في حالتين ، الحالة الأولى : إذا كان مذكورا صراحة في صلب التعبير عن الإرادة. الحالة الثانية : إذا كان مذكورا بصورة ضمنية ، أي يمكن استخلاصه من الملابسات والظروف المقارنة للتعبير ؛ وسأوضح هاتين الحالتين في مطلبين اثنين.

### المطلب الأول : السبب الباعث مذكور صراحة في صيغة العقد

لكي يكون السبب الباعث محل اعتبار ، يجب أن يذكر صراحة في صيغة العقد، والعاقدان إذ يصرحان بهذا السبب ، فهما يعربان عن البواعث التي دفعت بهما إلى التعاقد ، وعندها يتسنى للقاضي أن يحكم على التصرف الذي أبرماه على ضوء هذا الباعث الدافع ، فإذا كان مشروعاً اعتبر التصرف صحيحاً ، وإذا كان غير مشروع كان التصرف باطلاً.

وما لاشك فيه أن اشتراط التصريح بالسبب غير المشروع لإعمال آثاره ، يضبط التعامل ويؤدي إلى استقراره ، ويريح القاضي من عناء سبر أعماق النفس ، والتعرف على الدوافع البعيدة في ضمير المتعاقد؛ فيجب إذن أن يدخل السبب دائرة التعاقد، وأن يكون جزءاً من التعبير عن الإرادة، فعندها يقف القاضي عند الإرادة الظاهرة وما تحمله في متنها من بواعث ودوافع ، ولا يتخطاها إلى النيات المستكنة في النفس. فإذا كانت الإرادة الظاهرة خالية من الباعث غير المشروع ، حكم القاضي بصحة العقد ، دون أن يكلف نفسه عناء التنقيب في نفس المتعاقد عن البواعث الخفية غير المشروعة الدافعة للتعاقد<sup>(1)</sup>.

وما أن هذا الاتجاه يمثله المذهب الشافعي والحنفي ، والمنهج المتبع في البحث هو الاستقراء والتحليل ، فسأستعرض نصوصاً من المذهبين أوضح بها وجهة نظرهما ، ويكون ذلك في فرعين.

### الفرع الأول : السبب الباعث في المذهب الشافعي

ينطلق الشافعي في عدم الأخذ بالسبب الباعث الذي لم ينص عليه في العقد ، من نظريته القاضية بالأخذ بالظاهر سواء في أصول الشريعة أو في فروعها ، وأن الشريعة لا تسري أحكامها في الدنيا إلا على ظاهر الأعمال والأقوال ، أما خفايا الضمائر والنيات فمتروك أمر ثوابها وعقابها إلى الله تعالى ، وإليك الأدلة المختلفة التي قدمها على ذلك.

### أولاً : حصر مصادر الشريعة في الكتاب والسنة والإجماع والقياس وأقوال الصحابة.

قال الشافعي : "وكل ما وصفت مع ما أنا ذاكر وسأكت عنه اكتفاء بما ذكرت منه عما لم أذكر ، من حكم الله ثم حكم رسوله صلى الله عليه وسلم ، ثم حكم المسلمين ، دليل على أنه لا يجوز لمن

<sup>1</sup> - وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص 517.

استأهل أن يكون حاكما أو مفتيا أن يحكم ولا أن يفتي إلا من جهة خبر لازم ، وذلك الكتاب ثم السنّة أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه أو قياس على بعض هذا ، لا يجوز له أن يحكم ولا يفتي بالاستحسان إذ لم يكن الاستحسان واجبا ولا في واحد من هذه المعاني<sup>(1)</sup>.

ففي هذا النص يقصر الشافعي مصادر الشريعة على الكتاب والسنّة والإجماع وأقوال الصحابة والقياس ، دون غيرها من المصادر الأخرى كالاستحسان والمصالح المرسلة ، التي هي في نظره احتكام إلى الباطن والحدس والتخمين الذي قد يصيب وقد يخطئ ، وهذا يعني "أن الشريعة في نظره تبنى على الظاهر ، وأنه يجب ألا يتجاوز في تفسيرها حكم النص وما تدل عليه ، وما ترمي إليه ، وأن من سلك بها غير ذلك المسلك ، فقد تخانف عن منطقتها، وهو الاعتبار الظاهري في أحكام الدنيا"<sup>(2)</sup>.

### ثانيا : الشريعة الإسلامية لا تحاسب إلا بما يبدو من الظاهر.

يقرر الشافعي أن الشريعة الإسلامية لا تحاسب التّاس إلا بما يبدو من ظاهر أحوالهم ، ولا تحكم على باطنهم لأنّ الباطن لا يعلمه إلا الله. فيقول : "الأحكام على الظاهر والله وليّ المغيّب، ومن حكم على التّاس بالإزكان<sup>(3)</sup> جعل لنفسه ما حظر الله تعالى عليه ورَسُولُهُ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، لأنّ الله عزّ وجلّ إنّما يؤلّي الثّواب والعقاب على المغيّب، لأنّه لا يعلمه إلا هو جلّ ثناؤه ، وكلف العباد أن يأخذوا من العباد بالظاهر ، ولو كان لأحد أن يأخذ بباطن عليه دلالة ، كان ذلك لرسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وما وصفت من هذا يدخل في جميع العلم"<sup>(4)</sup>.

وقد استدل الشافعي على مذهبه في أن الشريعة الإسلامية لا تحكم إلا بالظاهر ، بنصوص من الكتاب والسنّة ، منها :

1 - أن الله فرض على نبيه أن يقاتل أهل الأوثان حتى يسلموا فتحقن دماؤهم إذا أظهروا الإسلام، وأعلم أنه لا يعلم صدقهم بالإسلام إلا الله. فعن أبي هريرة أنّ رسول الله قال : { لا أزال أقاتل التّاس حتى يثولوا لا إله إلا الله ، فإذا قالوا لا إله إلا الله ، فقد عصموا منّي دماءهم وأموالهم إلا بحقّها، وحسابهم على الله }<sup>(5)</sup>. فحسابهم على الله بصدقهم وكذبهم ، وسرائرهم إلى الله العالم بسرائرهم المتولي الحكم عليهم دون أنبيائه وحكّام خلقه<sup>(6)</sup>.

1 - محمد بن إدريس الشافعي، الأم، تصحيح محمد زهدي النجار، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ج 7 ص 298.

2 - محمد أبو زهرة ، الشافعي حياته وعصره آراؤه وفقهه ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ص 285.

3 - مادة زكن ، كفرح ، وأزكنه علمه وفهمه وتفرسه وظنه ، فالإزكان أن تفهم شيئا بالظن ، والاسم الزكان.

4 - محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، ج 4 ص 114.

5 - رواه البخاري ومسلم.

6 - محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، ج 7 ص 296.

2 - أن الله أطلع رسوله على قوم يظهرن الإسلام ويسرون غيره ، فلم يجعل له أن يحكم عليهم بخلاف حكم الإسلام ، ولم يجعل له أن يقضي عليهم في الدنيا بخلاف ما أظهروا ، فقال الله تعالى : { قَالَتِ الْأَعْرَابُ آمَنَّا قُلْ لَمْ تُؤْمِنُوا وَلَكِنْ قُولُوا أَسْلَمْنَا وَلَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ وَإِنْ تُطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ لَا يَلِتْكُمْ مِنْ أَعْمَالِكُمْ شَيْئًا إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ }<sup>(1)</sup> ، يعني أسلمنا بالقول مخافة القتل والسي. ثم أخبر تعالى أنه يجزيهم إن أطاعوا الله ورسوله ، يعني إن أحدثوا طاعة الله ورسوله<sup>(2)</sup>.

3 - قال الله تعالى : { إِذَا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ إِنَّكَ لَرَسُولُهُ وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّ الْمُنَافِقِينَ لَكَاذِبُونَ \* اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً فَصَدُّوا عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّهُمْ سَاءَ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ }<sup>(3)</sup>. يعني فقد أسلم المنافقون ظاهرياً ، حتى يكون إسلامهم الظاهري جنة لهم من القتل. "فأقرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم يتناكحون ويتوارثون ، ويسهم لهم إذا حضروا القسمة ، ويحكم لهم أحكام المسلمين. وقد أخبر الله تعالى ذكره ، عن كفرهم وأخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم أنهم اتخذوا أيمانهم جنة من القتل بإظهار الأيمان على الإيمان"<sup>(4)</sup>.

4 - قال الله تعالى : { سَيَحْلِفُونَ بِاللَّهِ لَكُمْ إِذَا انْقَلَبْتُمْ إِلَيْهِمْ لَتُعَرِّضُوا عَنْهُمْ }<sup>(5)</sup> ، فأمر بقبول ما أظهروا ولم يجعل لنيبه أن يحكم عليهم بخلاف حكم الإيمان. وقد أعلم الله نبيه أنهم في الدرك الأسفل من النار { إِنَّ الْمُنَافِقِينَ فِي الدَّرَكِ الْأَسْفَلِ مِنَ النَّارِ وَلَنْ يَجِدَ لَهُمْ نَصِيرًا }<sup>(6)</sup> ، فجعل حكمه تعالى عليهم على سرائرهم ، وحكم نبيه عليهم في الدنيا على علانيتهم ، بإظهار التوبة وما قامت عليه بيّنة من المسلمين ، وما أقروا بقوله وما جحدوا من قول الكفر ، مما لم يقرؤا به ولم يقيم به بيّنة عليهم ، وقد كذبهم في قولهم في كل ذلك<sup>(7)</sup>.

5 - ما رواه مالك عن ابن شهاب عن عطاء بن يزيد الليثي عن عبيد الله بن يزيد عن عدي ابن الحيار ، أن رجلاً سارَّ النبي صلى الله عليه وسلم ، فلم ندر ما سارَّه ، حتى جهر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإذا هو يشاوره في قتل رجل من المنافقين ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أليس يشهد أن لا

1 - سورة الحجرات ، آية رقم : 14.

2 - محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، ج 7 ص 295.

3 - سورة المنافقون ، الآيتان الأولى والثانية.

4 - محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، ج 4 ص 114.

5 - سورة التوبة ، آية رقم : 96.

6 - سورة النساء ، آية رقم : 144.

7 - محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، ج 7 ص 295.

إله إلا الله؟ قال: بلى، ولا شهادة له. فقال: أليس يصلى؟ قال: بلى، ولا صلاة له. فقال النبي صلى الله عليه وسلم: أولئك الذين نحاني الله عن قتلهم.

### ثالثا: الأحكام الشرعية لا تناط بأسباب خفية، ولا تنفذ إلا بحسب الظاهر.

يقرر الشافعي أن الشريعة لا تناط بأسباب خفية يصعب ضبطها، ويتعذر حصرها، والبناء عليها محتمل الصواب والخطأ، كما أنها لا تنفذ إلا بحسب الأمر الظاهر المطرد، فليس للحاكم أو القاضي أو المفتي أن يبحث عن نيات الناس ويكشف عنها، ولكن عليه فقط أن يتعرف على ظاهرهم وما تقوم عليه الشواهد من حالهم. فقال: "فإنه جلّ وعزّ ظاهر عليهم الحجج فيما جعل إليهم من حكم الدنيا، بألا يحكموا إلا بما ظهر من المحكوم عليه وأن لا يجاوزوا أحسن ظاهره"<sup>(1)</sup>، ويدلل على صحة قوله بأدلة مختلفة منها:

1 - حديث عويمر العجلاني في لعانه امرأته فعن عن مالك عن هشام بن عروة: "جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم العجلاني وهو أُحيمرُ سبطُ نضو الخلق، فقال يا رسول الله رأيت شريك بن السحّماء يعني ابن عمّه، وهو رجلٌ عظيم الأليتين أدعج العيين حاد الخلق، يُصيبُ فلانة، يعني امرأته وهي حُبلى وما قرّبتها منذ كذا. فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم شريكاً فجحد، ودعا المرأة فجحدت، فلاعن بينه وبين زوجها وهي حُبلى. ثم قال: "أبصروها، فإن جاءت به أدعج عظيم الأليتين فلا أراه إلا قد صدق عليّها، وإن جاءت به أُحيمراً كآته وحرّة، فلا أراه إلا قد كذب". فجاءت به أدعج عظيم الأليتين. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن أمره لبيّن، لولا ما قضى الله". يعني أنّ الولد من الزنى لولا ما قضى الله، من أن لا يحكم على أحد إلا بإقرار أو بيّنة. وقال: "لولا ما قضى الله لكان لي فيهما قضاؤٌ غيرُهُ".

ولم يعرض لشريك ولا للمرأة، وأنفذ الحكم وهو يعلم أن أحدهما كاذب، ثم علم بعد أن الزوج هو الصادق، فكان هذا دليلاً على أن الشريعة لا تحكم إلا بالظاهر<sup>(2)</sup>.

2 - حديث ركانة: حيث إن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سُهَيْمَةَ الْمُزَيْنَةَ أَلْبَتَّةَ، ثم أتى إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله إني طلقت امرأتى سهيمة ألبتة، والله ما أردت إلا واحدة فقال، النبي صلى الله عليه وسلم لركانة والله ما أردت إلا واحدة؟ فقال ركانة والله ما أردت إلا واحدة، فردها إليه النبي صلى الله عليه وسلم. فطلقها الثانية في زمان عمر، والثالثة في زمان عثمان رضي الله عنهما.

1 - محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج 7 ص 295.

2 - محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج 7 ص 296.

قال الشافعي : "والأغلب على من سمع قول ركانة لامرأته : أنت طالق ألبتة ، أنه قد أوقع الطلاق بقوله أنت طالق ، وأن البتة إرادة شيء غير الأول ، أنه أراد الإبتات بثلاث ، ولكنه لما كان ظاهرا في قوله واحتمل غيره ، لم يحكم النبي صلى الله عليه وسلم إلا بظاهر الطلاق وذلك واحدة"<sup>(1)</sup>.

3 - حديث الفزاري ، قال للنبي صلى الله عليه وسلم : إن امرأتي ولدت غلاما أسود وعرض بالقذف ، فلم يحدّه النبي صلى الله عليه وسلم ، إذ لم يكن التعريض ظاهراً قذفاً ، فلم يحكم النبي صلى الله عليه وسلم حكم القاذف. رغم أن الأغلب على من سمع قول الفزاري يفهم منه أنه يريد القذف.

4 - قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "أيتها الناس قد آن لكم أن تنتهوا عن محارم الله تعالى، فمن أصاب منكم من هذه القادورات شيئاً فليستتر بستر الله، فإنه من يبد لنا صفحته نعلم عليه كتاب الله". فأخبرهم أنه لا يكشفهم عما لا يدون من أنفسهم ، وأنهم إذا أبدوا ما فيه الحق عليهم أخذوا بذلك. وما يؤكد ذلك أن الله تعالى نهي عن التجسس ، فقال : { وَلَا تَجَسَّسُوا }<sup>(2)</sup>. حتى لا يحاسب الإنسان إلا على ما ظهر منه ، ولا تنتهك خصوصيته ، ويقتحم حماه وسريته<sup>(3)</sup>.

قال الشافعي معلقا على ما سبق ذكره من الشواهد والأدلة التي ساقها : "وبذلك مضت أحكام رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما بين العباد من الحدود وجميع الحقوق ، وأعلمهم أن جميع أحكامه على ما يظهرون ، وأن الله يدين بالسرائر"<sup>(4)</sup>. قال أيضا : "فرض الله تعالى على الحكام في الدنيا أن حراماً على حاكم أن يقضي أبداً على أحد من عباد الله ، إلا بأحسن ما يظهر وأخفه على المحكوم عليه ، وإن احتمل ما يظهر منه غير أحسنه ، كانت عليه دلالة بما يحتمل ما يخالف أحسنه وأخفه عليه"<sup>(5)</sup>.

#### رابعا : القضاء لا يحكم إلا بحسب الظاهر

القضاء لا يحكم إلا بحسب الظاهر ، ويترك ما هو باطن مستتر ، وأن القاضي عليه أن يأخذ بوسائل الإثبات الظاهرة المطردة التي أقامها الشارع معلنة للحق وكاشفة له ، وهي البينة والإقرار والأيمان. قال الشافعي : "ليس لأحد أن يحكم على أحد إلا بظاهر ، والظاهر ما أقر به ، أو ما قامت به بينة ، تثبت عليه"<sup>(6)</sup>. واستدل على ذلك بقول النبي صلى الله عليه وسلم : "إمّا أنا بشرٌ وإنكم تختصمون إليّ،

1 - محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، ج 7 ص 297. ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 102.

2 - سورة الحجرات ، جزء من الآية رقم : 12.

3 - محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، ج 4 ص 114.

4 - محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، ج 7 ص 296.

5 - محمد بن إدريس الشافعي ، نفس المرجع والصفحة.

6 - محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، ج 1 ص 260.

وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ الْحَنُّ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَأَقْضِي لَهُ بِنَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ فَلَا يَأْخُذُ مِنْهُ شَيْئًا، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ"<sup>(1)</sup>.

فالحديث أفاد أن النبي صلى الله عليه وسلم لا يقضي إلا بالظاهر ، فالحكام من بعده أولى أن لا يقضوا إلا وفق الظاهر ، لأنه لا يعلم السرائر إلا الله عز وجل. وأن الحلال والحرام حسابهما عند الله لأحدهما مبنيان على الباطن ، وأن قضاء القاضي لا يحل المحرم ولا يحرم الحلال ، ولا يحل للمقضي له أن يأخذ ما قضى به القاضي إذا علم أن قضاء القاضي جانبه الصواب<sup>(2)</sup>.

قال الشافعي : "وفي هذا الحديث دلالة على أن الأئمة إنما كلفوا القضاء على الظاهر ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : "فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذه". فأخبر صلى الله عليه وسلم أن قد يكون هذا في الباطن ، محرما على من قضى له به ، وأباح القضاء على الظاهر. ودلالة على أن قضاء الإمام لا يحل حراما ، ولا يحرم حلالا ...

وفيه دلالة على أن الحكم على الناس يجيء على نحو ما يسمع منهم ، مما لفظوا به ، وإن أمكن أن تكون نياتهم أو غيبهم غير ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم : "من قضيت له فلا يأخذه". إذ القضاء عليهم إنما هو بما لفظوا به ، لا بما غاب عنه. وقد وكلهم فيما غاب عنه منهم بنية أو قول إلى أنفسهم. وفيه ودلالة على أنه لا يحل لحاكم أن يحكم على أحد ، إلا بما لفظ ، وأن لا يقضى عليه بشيء مما غيب الله تعالى عنه من أمره من نية أو سبب أو ظن أو تهمة لقول النبي صلى الله عليه وسلم : "على نحو ما أسمع منه". وإخبار النبي صلى الله عليه وسلم أن "من قضيت له فلا يأخذه". أن القضاء على ما يسمع منهما ، وأنه قد يكون ما في باطنهما غير ما قضى به عليهما ، إذ قضى بما سمع ، ووكّلهم فيما غاب عنه إلى أنفسهم.

فمن قضى بتوهم منه على سائله ، أو بغير ما سمع من السائلين ، فقد قضى بخلاف كتاب الله عز وجل وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم ؛ لأن الله عز وجل استأثر بعلم الغيب ، ولأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بما سمع ، وأخبر أن قد يكون غيبهم غير ظاهرهم ، لقوله "فمن قضيت له بشيء فلا يأخذه". ورسول الله صلى الله عليه وسلم أولى الناس بعلم هذا لموضعه الذي وضعه الله تعالى به وكرامته التي اختصه الله تعالى بها من النبوة ونزول الوحي عليه ، فوكّلهم في غيبهم إلى أنفسهم. ومثل هذا قضاؤه لعبد

1 - رواه البخاري ومسلم والترمذي والنسائي وأبو داود وابن ماجه ومالك وأحمد ، عن أم سلمة.

2 - محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، ج 1 ص 260. و ج 4 ص 114.

بن زمعة بالولد. وقوله لسودة : "احتجني منه". عندما رأى شيئا يبيِّن ، فقضى بالظاهر ، وهو فراش زمعة<sup>(1)</sup>.

وفي هذه القضية قضى النبي صلى الله عليه وسلم بالظاهر ، حيث حكم بالنسب لصاحب الفراش ، ولكنه صلى الله عليه وسلم في شأن نفسه أخذ بما تشير إليه قرائن الأحوال ، فأمر زوجته سودة بنت زمعة أن تحتجب عنه ، إذ تبين له شيء من القرائن ، فأخذ به في خاصة نفسه ، وإن كان قد حكم بغيره ، لأن أحكام الشرع تناط بما ظهر لا بما بطن<sup>(2)</sup>.

### خامسا : العقود لا يأخذ فيها إلا بالإرادة الظاهرة

في باب العقود ، يتبنى الشافعي النزعة الموضوعية ، ولا يأخذ إلا بالإرادة الظاهرة ، ويدلل على ذلك بما يلي :

1 - العقد يكتمل بالإيجاب والقبول ، ولا تأثير للقصد في بنية العقد ، "لأن السبب هو الإيجاب والقبول ، وهما تامان ، وأهلية التعاقد لا نزاع فيها ، ومحلية العقد قابلة ، فلم يبق إلا القصد المقرون بالعقد - أي الباعث - ولا تأثير له في بطلان الأسباب الظاهرة"<sup>(3)</sup>.

2 - العقود والالتزامات تبنى على الظاهر ، لا تؤثر فيها البواعث النفسية الخفية ، يقول الشافعي : «أصل ما أذهب إليه ، أن كل عقد كان صحيحا في الظاهر ، لم أبطله بتهمة ، ولا بعادة بين المتبايعين ، وأجزته بصحة الظاهر ، وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع. وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به ، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ، ممن يراه أنه يقتل به ظلما ؛ لأنه قد لا يقتل به ، ولا أفسد عليه هذا البيع. وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمرا ، ولا أفسد عليه البيع إذا باعه إياه لأنه باعه حلالا ، وقد يمكن ألا يجعله خمرا أبدا. وفي صاحب السيف ألا يقتل به أحدا أبدا. ولو نكح رجل امرأة عقدا صحيحا ، وهو ينوى ألا يمسكها إلا يوما أو أقل أو أكثر ، لم أفسد النكاح ، وإنما أفسده أبدا بالعقد الفاسد»<sup>(4)</sup>.

وهكذا "يفسر الشافعي الشريعة تفسيرا ماديا على الظاهر لا على الباطن"<sup>(5)</sup> ، كما ذكر ذلك الشيخ محمد أبو زهرة. ويقول أيضا : "لو استعنا بعض التعبيرات القانونية لقلنا : إن الشافعي يعتمد في

1 - محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، ج 6 ص 199.

2 - محمد أبو زهرة ، الشافعي حياته وعصره آراؤه وفقهه ، ص 291.

3 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 197.

4 - محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، ج 3 ص 74.

5 - محمد أبو زهرة ، الشافعي حياته وعصره آراؤه وفقهه ، ص 284.

تفسير الشريعة على الناحية المادية ، فهو يأخذ بما تؤدي إليه النصوص وما ترمي إليه من غير نظر إلى ما سواها"<sup>(1)</sup>.

3 - وفي تفسير العقود والحكم عليها ، فإنّ الشافعي لا يعتد إلا بما ورد في صيغة العقد ، وأنه لا يفسده إلا بالتعبير المشتمل عليه ، ولا يهتم بأي نية أو ذريعة تقدمته أو تأخرت عنه ، فيقول : "إنه لا يفسد العقد أبدا ، إلا بالعقد نفسه ، لا يفسدُ بشيء تقدمه ولا تأخره ، ولا بتوهم ولا بأغلب ؛ وكذلك كل شيء لا تفسده إلا بعقده. ولا تفسد البيوع بأن يقول هذه ذريعة ، وهذه نية سوء ، ولو جاز أن نبطل من البيوع بأن يقال متى خاف أن تكون ذريعة إلى الذي لا يحلُّ كان أن يكون اليقين من البيوع بعقد ما لا يحلُّ أولى أن ترد به من الظن. ألا ترى أن رجلا لو اشترى سيفاً ونوى بشرائه أن يقتل به ، كان الشراء حلالاً ، وكانت النية بالقتل غير جائزة ، ولم يبطل بها البيع. وكذلك لو باع البائع سيفاً من رجل يريد أن يقتل به رجلاً كان هكذا ... فإذا دلّ الكتاب ثم السنة ثم عامة حكم الإسلام ، على أن العقود إنما يثبتُ بالظاهر عقدها ، لا يفسدها نية العاقدين ، كانت العقود إذا عقدت في الظاهر صحيحة أولى أن لا تفسد بتوهم غير عاقدتها على عاقدتها ، لاسيما"<sup>(2)</sup> إذا كان توها ضعيفا"<sup>(3)</sup>.

يقول الشيخ محمد أبو زهرة شارحاً رأي الشافعي في تفسيره للعقود وإعطائها الوصف الشرعي : "إنّ الشافعي في تفسير العقود وإعطائها أوصافها الشرعية من الصّحة والبطالان ، وترتيب الأحكام عليها ينظر نظرة مادية ، لا نظرة نفسية. فهو لا يحكم على العقود من حيث آثارها وأوصافها بحسب نية العاقدين وأغراضهما التي لا تذكر وقت العقد ، وإن كانت بيّنة من أحوالهما وما لابس العقد من أمور سبقته ولحقته، ولكن يحكم على العقد بحسب ما تدل عليه ألفاظه وما يستفاد منها في اللغة وعرف العاقدين في الخطاب. وإذا كان العقد في ألفاظه وعباراته غير مشتمل على شيء يوجب التحريم ، ولكن قرائن الأحوال تدل على أنه اتخذ سبيلاً لأمر محرم ، حكم على العقد بالصّحة ولم يلتفت إلى ما اتخذ ذريعة له"<sup>(4)</sup>.

فالشافعي لا مجال عنده للبحث عن النيات والمقاصد الخفية كي يبطل التصرفات أو يصححها ، لأن هذا لا يتفق مع المبدأ العام الذي قرره ، وهو أن الأحكام الشرعية في الدنيا تبنى على الظاهر، أما النيات فعلمها عند الله وهو الذي يتولى أمرها. فالعقود كلها لا يؤخذ فيها إلا بما تنطق بها عباراتها ، من غير نظر إلى النيات سواء أكانت نيات مشروعة أم غير مشروعة، فإذا كان العقد صحيحاً بما تدل عليه عبارته وما

1 - محمد أبو زهرة ، نفس المرجع والصفحة.

2 - ورد في النص الأصلي "ثم سيما" ، وقد ظهر أن المعنى لا يستقيم ، والصواب ما ذكرت في المتن وهو "لاسيما".

3 - الشافعي ، الأم ، ج 7 ص 297 - 298.

4 - محمد أبو زهرة ، الشافعي حياته وعصره آراؤه وفقهه ، ص 291.

اشترط فيه من شروط ، فهو عقد صحيح من كل الوجوه من غير نظر إلى كونه ذريعة إلى محرم أو ذريعة إلى حلال. فالبيع إذا كان بمقتضى عبارته ليس فيه ما يدل على فساد ، كان صحيحا ، ولو كان ذريعة إلى ربا ، مادام العقد لم يقتزن بشرط الربا ، ولا بشيء يفسده ، والنية يحاسب عليها الله تعالى الذي لا تخفى عليه خافية في الأرض ولا في السماء ، أما القاضي والمفتي والحاكم فليس لهم أن يتجاوزوا عبارة العقد إلى التيات ليسألوا عنها سواء كانت حسنة أم سيئة.

جاء في الأم : "إذا اشترى الرجل طعاما إلى أجل ، فقبضه فلا بأس أن يبيعه ممن اشتراه منه ومن غيره بنقد إلى أجل ، وسواء في هذا المعين ، وغير المعين"<sup>(1)</sup> ، فرغم أن صورة البيع في هذا المثال أن المشتري استدان من البائع ديناً سيسدده بأكثر منه ، وقريئة الربا فيه واضحة ، رغم ذلك أجازته ، ولم يفرق في صحة البيع سواء أكان ذريعة ومُعِيناً على الربا ، أم لم يكن كذلك.

يقول الشافعي معللاً رأيه في نكاح المحلل : «قواعد الفقه وأدلتها لا تحرم مثل ذلك ، فإنّ هذه العقود التي لم يشترط المحرم في صلبها عقود صدرت من أهلها ، في محلها ، مقرونة بشروطها ، فيجب الحكم بصحتها ، لأن السبب هو الإيجاب والقبول ، وهما تامان ، وأهلية التعاقد لا نزاع فيها ، ومحلية العقد قابلة ، فلم يبق إلا القصد المقرون بالعقد ، ولا تأثير له في بطلان الأسباب الظاهرة»<sup>(2)</sup>.

فالشافعي يصرح في هذا النص أنه ما دام قد توافرت أركان التصرف وشروطه ، من «إيجاب وقبول ، وأهلية ، وقابلية المحل لحكم العقد» فلا عبرة بعدها للقصد الخفي في بطلان الأسباب الظاهرة للتصرف. «فالباعث لا يؤثر في اقتضاء السبب لحكمه»<sup>(3)</sup>.

ويقول أيضا «والنية لا تغير موجب السبب ... وليس هي منافية لموجب العقد»<sup>(4)</sup>. ويؤكد ذلك بقوله : «فالقصد لا يقدح في اقتضاء السبب لحكمه ، لأنّه خارج عما يتم به العقد»<sup>(5)</sup>.

وهذه نصوص واضحة وصریحة للشافعي ، في الدلالة على أن السبب الدافع خارج عن دائرة التعاقد. ويؤكد في موضع آخر ، خروج السبب الدافع عن دائرة التعاقد ، فيقول إنه : «منقطع عن السبب ، فلا يخرج السبب عن اقتضاء حكمه»<sup>(6)</sup>.

1 - الشافعي ، الأم ، ج 3 ص 33.

2 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 197

3 - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص 215.

4 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ، ص 198.

5 - ابن القيم ، نفس المرجع والصفحة.

6 - ابن القيم ، المرجع نفسه والصفحة.

4 - مقارنة بين الإكراه والقصد ، ويفترض الشافعي سؤالا من معترض يعترض عليه ، يقول له لم أخذت بالإكراه ، ولم تأخذ بالقصد ، على الرغم من أنّ الإكراه قد يكون أحيانا ذي طابع نفسي ، ومن ثم يشترك مع القصد في النزعة الذاتية ؟

يرى الشافعي أن الرضا إذا تخلف لم يقيم العقد لأنه شرط في صحة العقد ، أما إذا كان القصد غير مشروع ، فلا عبرة به ولا يؤثر في صحة العقد «لأنه منقطع عن السبب» أي خارج عن دائرة التعاقد<sup>(1)</sup>. يقول الشافعي : « فالقصد لا يقدح في اقتضاء السبب لحكمه ، لأنه خارج عما يتم به العقد ، ولهذا لو اشتري عصيرا ومن نيته أن يتخذه خمرا؛ أو جارية ومن نيته أن يكرهها على البغاء أو يجعلها مغنية؛ أو سلاحا ومن نيته أن يقتل به معصوما ؛ فكل ذلك لا أثر له في صحة البيع ، من جهة إنه منقطع عن السبب فلا يخرج السبب عن اقتضاء حكمه. وقد ظهر بهذا الفرق بين هذا (القصد)<sup>(2)</sup> ، وبين الإكراه، فإن الرضا شرط في صحة العقد ، والإكراه ينافي الرضا»<sup>(3)</sup>.

5 - نتائج العقد وآثاره مرتبطة بتوفر الأركان والشروط وليس بالنية والقصد.

يؤكد الشافعي أن لا تأثير للسبب الدافع على آثار العقد ونتائجه ، ذلك أن هذه الآثار قد قصر الشارع إناطتها على توفر أركان العقد وشروطه ، لا على نية العاقد وقصده، يقول : «فإذا كان السبب ظاهرا متعينا لمسببه ، لم يكن للنية الباطنة أثر في تغيير حكمه. ويوضحه إن النية لا تؤثر في اقتضاء الأسباب الحسية والعقلية المستلزمة لسببها ، ولا تؤثر النية في تغييرها»<sup>(4)</sup>. ويقول أيضا : "فنحن لنا ظواهر الأمور، وإلى الله سرائرها وبواطنها، ولهذا يقول الرسل لربهم تعالى يوم القيامة إذا سأهم : { مَاذَا أُجِبْتُمْ } ؟ فيقولون : { قَالُوا لَا عِلْمَ لَنَا إِنَّكَ أَنْتَ عَلَّامُ الْغُيُوبِ }"<sup>(5)</sup> ، كان لنا ظواهرهم، وأما ما انطوت عليه ضمائرهم وقلوبهم، فأنت العالم به"<sup>(6)</sup>.

### الفرع الثاني : السبب الباعث في المذهب الحنفي

لا يعتد المذهب الحنفي بالسبب غير المشروع ، إلا إذا تضمنته صيغة العقد صراحة ؛ ومن ثم فهو يحكم ببطالان التصرفات التي كان الباعث على إبرامها سببا غير مشروع ، ورد النص عليه صراحة في صيغة العقد. قال الكاساني : "ولا يجوز إجارة الإمام للزني، لأنها إجارة على المعصية. وقيل فيه نزل قوله تعالى:

1 - وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، ص 518.

2 - ورد في أصل الكتاب كلمة العقد ، والصواب هو القصد كما صرحنا في المتن.

3 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 198.

4 - ابن القيم ، نفس المرجع والصفحة.

5 - سورة المائدة ، آية رقم : 111.

6 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 199.

{ وَلَا تُكْرِهُوا فَتِيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِيَبْتِغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَنْ يُكْرِهِنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بَعْدِ  
إِكْرَاهِهِنَّ غَفُورٌ رَحِيمٌ }<sup>(1)</sup>. وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه "نهى عن مهر البغي"<sup>(2)</sup> ، وهو  
أجر الزانية على الزنى"<sup>(3)</sup>.

وقال الكاساني أيضا : "فأما إذا شرط ، بأن استأجر ذمي دارا من مسلم في مصر من أمصار  
المسلمين ليتخذها مصلى للعامة، لم تجز الإجارة لأنه استئجار على معصية"<sup>(4)</sup>.

وقال الزيلعي : "ولا يجوز الاستئجار على الغناء والتّوح والملاهي، لأنّ المعصية لا يتصور استحقاتها  
بالعقد، فلا يجب عليه الأجر من غير أن يستحق هو على الأجر شيئا، إذ المبادلة لا تكون إلا باستحقاق  
كل واحد منهما على الآخر، ولو استحق عليه للمعصية، لكان ذلك مضافا إلى الشارع ، من حيث إنه  
شرع عقدا موجبا للمعصية تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا. ولأن الأجير والمستأجر مشتركان في منفعة ذلك  
في الدنيا، فتكون الإجارة على محل هو شريك فيه... وإن أعطاه الأجر وقبضه، لا يحل له، ويجب عليه رده  
إلى صاحبه. وفي المحيط في كتاب الاستحسان، إذا أخذ المال من غير شرط يباح، لأنه أعطاه المال عن طوع  
من غير عقد"<sup>(5)</sup>.

وفي الفتاوى الخانية : "رجل استأجر فحلا لينزبه، ولا يجوز ذلك ولا أجر فيه، وكذا النائحة  
والمغنية... وإن استأجر المسلم ذميا ليبيع له خمرا أو ميتا أو دما لا تجوز... ولو استأجر رجلا لينحت له  
أصناما أو ليزخرف له بيتا بالتماثيل فلا أجر له، كما لو استأجر نائحة أو مغنية"<sup>(6)</sup>.

يتضح من هذه النصوص أن المذهب الحنفي لا يعتد إلا بمشروعية محل العقد ، مادام لم يرد في  
صبيغته صراحة أو ضمنا ، ما يدل على السبب غير المشروع.

وفقهاء الحنفية متفقون على أنه لا يجوز التعاون على الإثم والمعصية ، ولكن الخلاف بين الإمام  
وصاحبيه فيما تقوم به المعصية ، فأبو حنيفة يرى أن السبب غير المشروع ، مادام لا يوجد ما يدل عنه  
صراحة لا يعتد به ، فهو ينظر إلى محل العقد ، فإذا قامت المعصية بذاته ، فلا يجوز العقد عندئذ ، أما إذا

1 - سورة النور ، آية رقم : 33.

2 - جزء من حديث ، ونصه : كما أخرجه مالك والبخاري عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام  
عن أبي مسعود الأنصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم "نهى عن ثمن الكلب ومهر البغيّ وحلوان الكاهن". رواه البخاري في  
كتاب البيوع ، باب ثمن الكلب ، حديث رقم 2237 و2282.

3 - الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج 4 ص 190.

4 - الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج 4 ص 176.

5 - عثمان بن علي الزيلعي ، ، تبين الحقائق ، ج 5 ص 125.

6 - فخر الدين حسن الأوزجندی المعروف بقاضي خان ، الفتاوى الخانية ، ج 2 ، ص 322.

لم تقم المعصية بعينه فيجوز ، أما صاحبان فتجاوزا المحل ، ونظرا إلى السبب غير المشروع ، وقالوا بالكراهة كما في بيع العينة ، والتحايل على إسقاط حق الشفعة<sup>(1)</sup>.

قال الكاساني : "ولو اشترى قمرية على أنها تصوت، أو طيرا على أنه يجئ من مكان بعيد، أو كبشا على أنه نطاح، أو ديكا على أنه مقاتل، فالبيع فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله، وهو أحد الروائين عن محمد بن الحسن رحمه الله. لأن هذه صفات يتلهمي بها عادة، والتلهي محذور، فكان شرطا محظورا، فيوجب فساد البيع. لو اشترى جارية على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها، فالبيع فاسد، لأن التغنية صفة محظورة لكونها لهوا، فشرطها في البيع يوجب فساد. ولو اشترى جارية على أنها مغنية على وجه إظهار العيب، جاز البيع، لأن هذا بيع بشرط البراءة عن هذا العيب، فصار كما لو باعها بشرط البراءة عن عيب آخر، فإن وجدها لا تغني لا خيار له، لأن الغناء في الجوازي عيب، فصار كما لو اشترى على أنه معيب فوجده سليما"<sup>(2)</sup>.

وهكذا يظهر بوضوح كيف أن الشيء الواحد قد يكون مشروعاً أو غير مشروع تبعاً لنية المتعاقدين، ففي مثال الجارية إذا كان الباعث على شرائها الرغبة في غنائها كان العقد فاسداً؛ لعدم مشروعية سببه ، لأن التلهي محذور. أما إذا كان الباعث على شرائها الخدمة وليس الغناء ، وإنما وردت الإشارة في العقد إلى كون الجارية مغنية على سبيل إظهار عيبها، لم يكن السبب غير مشروع، ومن ثم كان العقد صحيحاً<sup>(3)</sup>.

وجاء في ردّ المختار : "لا تصح الإجارة لأجل المعاصي مثل الغناء والنوح والملاهي، ولو أخذ بلا شرط بياح ، والملاهي هي كالمزامير والطبل. وإذا كان الطبل لغير اللهو، فلا بأس به، كطبل الغزاة والعرس لما في الأجناس، ولا بأس أن يكون ليلة العرس دف يضرب به ليعلن النكاح. وفي المنتقى: امرأة نائحة أو صاحبة طبل أو زمر اكتسبت مالا، رده على أربابه إن علموا، وإلا تتصدق به، وإن من غير شرط فهو لها. قال الإمام الأستاذ لا يطيب، والمعروف كالشروط. قلت : وهذا إنما يتعين الأخذ به في زماننا، لعلمهم أنهم لا يذهبون إلا بأجر ألبته"<sup>(4)</sup>.

1 - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص 213.

2 - الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج 4 ص 169.

3 - يحيى بن شرف الدين النووي، روضة الطالبين، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، والشيخ علي محمد عوض، طبعة خاصة في سنة 1423هـ - 2003 م ، دار علم الكتب بالمملكة العربية السعودية، وبموافقة دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج 3 ص 20.

4 - ابن عابدين ، رد المختار ، ج 5 ص 35 - 36.

وهكذا يتبين أن عقد إجارة أدوات الملاهي ، تدور صحته حول الغرض من الانتفاع بهذه الأدوات المذكورة في العقد؛ فإن كان يهدف إلى اللهو المحض كان العقد فاسداً، فإن كان لإعلان العرس أو للغزو أو للقافلة كان العقد صحيحاً.

### المطلب الثاني : السبب مستخلص من ملابسات التصرف

قد لا يكون السبب مذكوراً صراحة في صيغة التعبير عن الإرادة ، بل مذكوراً ضمناً ، أي يستنتج من الظروف والملابسات المصاحبة لهذا التعبير، وهنا نجد اختلافاً في موقف المذهب الشافعي والحنفي. فبينما يحتفظ المذهب الشافعي بنزعة الموضوعية، فلا يخرج عن صيغة التعبير نفسه، ويشترط ذكر السبب الدافع صراحة في العقد، نجد المذهب الحنفي يعتد بالملابسات المصاحبة للتعبير، ويجعلها عاملاً في أعمال السبب الدافع ، إذا كشفت هذه الملابسات والظروف عن عدم مشروعيته.

ويتجلى اختلاف المذهبين في كثير من المسائل الفقهية ، سأكتفي بمسألتين أوضح بهما رأي كل مذهب ، وهاتان المسألتان هما : بيع العينة ، وطلاق المريض مرض الموت ، ونوضحهما في فرعين.

#### الفرع الأول : بيع العينة<sup>(1)</sup>

وقبل بيان آراء الفقهاء في العينة ، نعرفها أولاً ، ثم نبين صورها ثانياً ، ثم أخيراً حكمها.

#### أولاً : تعريفها

أ - تعريف العينة لغة : مشتقة من العينة بكسر العين؛ بمعنى السلف والنسيئة حيث تشتملها. يقال اعتان الرجل : إذا اشترى الشيء بالشيء نسيئة، أو اشترى بنسيئة كما يقول الرازي<sup>(2)</sup>. وقيل : لهذا البيع عينة ، لأن مشتري السلعة إلى أجل يأخذ بدلها، أي من البائع عيناً أي نقداً حاضراً<sup>(3)</sup>.

أو هي مشتقة من العين بمعنى النقد، لحصول النقد لطالب العينة.

<sup>1</sup> - العينة مُعاملة قديمة بين الناس، والفكرة التي تقوم عليها هي فكرة التمويل التي تقوم عليها المؤسسات المالية المنظمة اليوم؛ كالبنوك، والمصارف ربوية كانت أو إسلامية. والتمويل في مصطلح البنوك: هو تقديم النقود للمحتاج إليها، وتستعير عنها البنوك الإسلامية بتوسيط سلعة.

<sup>2</sup> - مختار الصحاح ، مادة عين. المصباح المنير ، مادة عين.

<sup>3</sup> - كشف القناع ، ج 3 ص 186.

ويرى الكمال بن الهمام أنّ بيع العينة سمي بذلك: لأنّه من العين المسترجعة<sup>(1)</sup>، من رجوع عين السلعة إلى بائعها الأول، "وما لم ترجع إليه العين التي خرجت منه، لا يُسمّى بيع العينة؛ لأنّه من العين المسترجعة لا العين مُطلقاً، وإلا فكلُّ بيع، هو بيع العينة"<sup>(2)</sup>.

واستحسن الدسوقي أن يقال: إنّما سميت عينة، لإعانة أهلها للمضطر على تحصيل مطلوبه، على وجه التحيل، بدفع قليل في كثير<sup>(3)</sup>.

#### ب - تعريف العينة اصطلاحاً :

عرفها بعض فقهاء الحنفية بأنها : "شراء ما باع بأقل مما باع"<sup>(4)</sup>.

وعرفها آخر بأنها : "بيع العين بالربح نسيئة، لبيعها المستقرض بأقل ليقضي دينه"<sup>(5)</sup>.

وعرفها الشافعية بقولهم : "أن يبيعه عيناً بثمن كثير مؤجل ويسلمها له، ثم يشتريها منه بنقد يسير ليبقى الكثير في ذمته. أو يبيعه عيناً بثمن يسير نقداً، ويسلمها له، ثم يشتريها منه بثمن كثير مؤجل، سواء قبض الثمن الأول، أو لم يقبضه، فإنه يكره للاختلاف في حله"<sup>(6)</sup>.

وعرفها المالكية : "هي أن يشتري سلعة ثم يبيعها من بائعها بأقل من الثمن نقداً، أو إلى أقرب من الأجل"<sup>(7)</sup>. وعرفها ابن عرفة : "بأنه البيع المتحيل به إلى دفع عين في أكثر منها"<sup>(8)</sup>.

وعرفها من المعاصرين وهبة الزحيلي بأنها : "بيع يراد منه أن يكون حيلة للقرض بالربا"<sup>(9)</sup>.

ويمكن أن أعرفها بأنها : البيع الصوري المتخذ وسيلة للربا.

ثانياً : صور العينة : للعينة صور عدة أهمها ثلاث وهي :

- 1 - كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام ، شرح فتح القدير ، دار الكتب العلمية بيروت ، لبنان ، (د س ن)، ج 7 ص 213. ابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار ، ج 4 ص 279. الزيلعي ، تبيين الحقائق، ج 4 ص 163.
- 2 - ابن منظور ، لسان العرب ، ج 13 ص 305 - 306.
- 3 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ، ج 3 ص 88.
- 4 - الزيلعي ، تبيين الحقائق، ج 4 ص 163.
- 5 - ابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار، ج 7 ص 613.
- 6 - الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، ج 2 ص 35. يحيى بن شرف الدين النووي ، روضة الطالبين ، ج 3 ص 85 - 86. محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الخامسة، 1410 هـ - 1990 م، ج 1 ص 105.
- 7 - محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي المالكي ، القوانين الفقهية ، ص 297.
- 8 - أبو عبد الله محمد الأنصاري المشهور بالرصاص التونسي ، شرح حدود ابن عرفة ، ص 367.
- 9 - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 4 ص 467.

الصورة الأولى : وهو أن يشتري له حريراً بثمن هو أكثر من قيمته، لبيعه بأقل من ذلك الثمن لغير البائع، ثم يشتريه البائع من ذلك الغير بأقل من السعر الذي اشتراه به، ويدفع ذلك الأقل إلى بائعه، فيدفعه بائعه إلى المشتري المديون، فيسَلِّم الثوب للبائع كما كان، ويستفيد الزيادة على ذلك الأقل، وإنما سَطَّط الثاني تحُرُّراً عن شراء ما باع بأقل مما باع، قبل نقد الثمن<sup>(1)</sup>.

الصورة الثانية : أن يقرضه مثلاً خمسة عشر، ثم يبيعه ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر، ويأخذ الخمسة عشر القرض منه، فلم يخرج منه إلا عشرة، وثبت له خمسة عشر.

الصورة الثالثة : أن يبيع متاعه بألفين من المستقرض إلى أجل ثم يبعث متوسطاً يشتريه لنفسه بألفٍ حالَّة، ويقبضه ثم يبيعه من البائع الأول بألف، ثم يحيل المتوسط بائعه على البائع الأول بالثمن الذي عليه، وهو ألف حالَّة، فيدفعها إلى المستقرض، ويأخذ منه ألفين عند الحلول<sup>(2)</sup>.

والفرق بين الصورتين الأولى والثالثة، هو: أن المدين المستقرض باع على ثالث، وقبض منه النقود في الصورة الأولى ، أما في الصورة الثالثة فالمدين المستقرض باع على ثالث، وقبض النقود من البائع الأول، حيث أحيل عليه.

### ثالثاً : حكم بيع العينة

اختلف الفقهاء في حكم بيع البيعة على مذهبين : المذهب الأول : هو رأى الشافعي وابن حزم<sup>(3)</sup>، حيث ذهبوا إلى صحة بيع العينة، وعللاً ذلك بأن من باع سلعة من السلع إلى أجل ، وقبضها المشتري ، فلا بأس أن يبيعه من الذي اشتراها منه ، بأقل من الثمن أو أكثر ، أو دين أو نقد ، لأنها بيعة غير البيعة الأولى<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - قال ابن الهمام في حكم هذه الصورة : "فإذا فعل الكفيل ذلك كان مشترياً لنفسه والمملك له في الحرير، والزيادة التي يخسرها عليه". وقال : "وكيفما كان توكيلاً فاسداً، أو ضمناً باطلاً، يكون الشراء للمشتري، وهو الكفيل، والريح - أي: الزيادة التي يخسرها - عليه؛ لأنه العاقد. ابن الهمام ، فتح القدير ، ج 7 ص 211.

<sup>2</sup> - ابن نجيم، البحر الرائق، ج 6 ص 256. الزيلعي، تبين الحقائق، ج 4 ص 163. ابن الهمام، فتح القدير، ج 7 ص 211.

<sup>3</sup> - ابن حزم ، المحلى ، ج 9 ص 47. المسألة رقم 1558.

<sup>4</sup> - الماوردي ، الحاوي الكبير، ج 5 ص 287. الشافعي ، الأم ج 3 ص 39. مختصر للمزني، ص 120. الراجعي ، العزيز شرح الوجيز ، ج 4 ص 135 - 137. البغوي ، التهذيب في فقه الإمام الشافعي ، ج 3 ص 489.

وذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة والإباضية<sup>(1)</sup> إلى عدم جواز بيع العينة ، وقالوا: إن بيع العينة محرم لا يجوز ، وقد روي هذا عن ابن عباس وعائشة والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وأبي الزناد وربيعة وعبد العزيز بن أبي سلمة والثوري والأوزاعي وإسحاق<sup>(2)</sup>.

فالشافعي حكم بصحة بيع العينة ، لأنه لم يقترن بشرط فاسد صراحة ، تماشياً مع نزعه الموضوعية في عدم إعمال السبب غير المشروع، إذا لم يكن مذكورا صراحة في العقد. أما المذهب الحنفي فقد اعتبر بيع العينة من البيوع الفاسدة ، إعمالاً للسبب غير المشروع ، إذا أمكن استنتاجه من الظروف المقارنة للعقد. وإليك النصوص الفقهية من المذهبين وأدلة كل فريق على ما ذهب إليه.

أ - رأي الحنفية : استدلت الحنفية على رأيهم بما رواه عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : «إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم»<sup>(3)</sup>. ووجه الاستدلال من الحديث : أن فيه التصريح من الرسول صلى الله عليه وسلم على أن التبايع بالعينة من أسباب تسليط الله الذل على المسلمين وما هذا إلا لأنها محرمة ، وهذا يدل على أنها من أنواع الربا المحرم.

وذكر ابن الهمام حكم بيع العينة نقلاً عن فقهاء الحنفية فقال : "قالوا : وهذا البيع مكروه؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : "إذا تبايعتم بالعينة...". وقال أبو يوسف: لا يكره هذا البيع؛ لأنه فعله كثير من الصحابة، وحمدوا على ذلك، ولم يعدوه من الربا. وقال محمد بن الحسن : هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم، اخترعته أكلة الربا، وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : "إذا تبايعتم بالعينة...". وقيل: "إياك والعينة؛ فإنها لعينة."

ثم ذكر ابن الهمام رأيه في بيع العينة ، فقال : "ولا شك أن البيع الفاسد بحكم الغضب المُحرَّم، فأين هو من بيع العينة الصحيح المختلف في كراهته<sup>(4)</sup> ، ثم الذي يقع في قلبي : أن ما يخرج الدافع إن فُعِلَتْ صورة يعود فيها إليه هو، أو بعضه؛ كعود الثوب أو الحرير في الصورة الأولى، وكعود العشرة في صورة إقراض الخمسة عشرة، فمكروه، وإلا فلا كراهة إلا بخلاف الأولى، على بعض الاحتمالات، كأن يحتاج

1 - الشيخ عبد العزيز بن الحاج بن إبراهيم الثميني ، التاج المنظوم من درر المنهاج المعلوم ، ج 4 ص 218.

2 - ابن قدامة ، المغني ، ج 4 ص 256.

3 - رواه أبو داود وأحمد والبيهقي. رواه أبو داود في سننه ، كتاب البيوع باب في النهي عن العينة، ج 3 ص 274. ورواه الإمام أحمد في مسنده، انظر الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد ج 15 ص 44. قال الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام ص 152 رواه أبو داود من رواية نافع عنه وفي إسناده مقال، ولأحمد نحوه من رواية عطاء ورجاله ثقات وصححه ابن القطان. ورواه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب البيوع ، باب ما ورد في كراهية التبايع بالعينة، ج 5 ص 316.

4 - المقصود بالكراهة هنا هو الكراهة التحريمية ، لأنه لا يمكن أن يكون صحيحاً حراماً.

المديون، فيأبى المسؤول أن يقرض، بل أن يبيع ما يساوي عشرة بخمسة عشر إلى أجل، فيشتره المديون ويبيعه في السوق بعشرة حائلة، ولا بأس في هذا؛ فإن الأجل قابله قسط من الثمن، والقرض غير واجب عليه دائماً، بل هو مندوب، فإن تركه بمجرد رغبة عنه إلى زيادة الدنيا فمكروه، أو لعارض يعذر به فلا، وإنما يعرف ذلك من خصوصيات المواد، وما لم ترجع إليه العين التي خرجت منه لا يسمى بيع العينة؛ لأنه من العين المسترجعة، لا العين مطلقاً، وإلا فكلُّ بيعٍ ببيع العينة<sup>(1)</sup>.

ويبدو أن الحنفية ليس لهم رأي واحد في الموضوع، وهذا ما أشار إليه الدكتور وهبة الزحيلي عندما ذكر رأي الحنفية، فقال بعد أن ذكر صورة العينة الثنائية: "اختلف العلماء في الحكم على العقد الثاني، مع أن قصد التعامل بالربا واضح من البائع والمشتري، فقال أبو حنيفة: هو فاسد إن خلا من توسط شخص ثالث بين المقرض والمشتري "المقترض"، وقال أبو يوسف: هذا البيع صحيح بلا كراهة، وقال محمد بن الحسن: إنه صحيح مع الكراهة، حتى إنه قال: هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم، اخترعه أكلة الربا<sup>(2)</sup>.

ويقول الكاساني مبرزا خلافاً للمذهبين الحنفي والشافعي في بيع العينة: "وعلى هذا يخرج ما إذا باع رجل شيئاً نقداً أو نسيئته، وقبضه المشتري، ولم ينقد ثمنه، أنه لا يجوز لباعه أن يشتريه من مشتريه بأقل من ثمنه الذي باعه منه عندنا. وعند الشافعي رحمه الله يجوز. وجه قوله: أن هذا بيع استجمع شرائط جوازه، وخلا عن الشروط المفسدة إياه، فلا معنى للحكم بفساده، كما إذا اشتراه بعد نقد الثمن.

ولنا ما روي أن امرأة جاءت إلى السيدة عائشة رضي الله عنها وقالت: "إني ابتعت خادماً من زيد ابن أرقم بثمانمائة، ثم بعته منه بستمائة". فقالت عائشة رضي الله عنها: "بئس ما اشتريت، وبئس ما اشتريت، أبلغني زيدا أن الله تعالى قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، إن لم يتب".

ووجه الاستدلال به من وجهين؛ أحدهما: أنها ألحقت بزيد وعيدا لا يوقف عليه بالرأي، وهو بطلان الطاعة، بما سوى الردة، فالظاهر أنها قالتها سماعاً من رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولا يلتحق الوعيد إلا بمباشرة المعصية، فدل على فساد البيع، لأنَّ البيع الفاسد معصية.

والثاني: أنها رضي الله عنها سمّت ذلك بيع سوء، والفساد هو الذي يوصف بذلك، لا الصحيح، ولأن في هذا البيع شبهة الربا. لأنَّ الثمن الثاني يصير قصاصاً بالثمن الأول. فبقى من الثمن الأول زيادة لا

<sup>1</sup> - ابن الهمام، فتح القدير، ج 7 ص 213.

<sup>2</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4 ص 468.

يقابلها عوض في عقد المعاوضة، وهو تفسير الربا، إلا أن الزيادة ثبتت بمجموع العقدين، فكان الثابت بأحدهما شبهة الربا، والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة<sup>(1)</sup>.

ودليل آخر على عدم الجواز "أن الثمن لم يدخل في ضمان البائع قبل قبضه، فإذا عاد إليه عين ماله بالصّفة التي خرج من ملكه، وصار بعض الثمن قصاصاً ببعض، بقي له عليه فضل بلا عوض، فكان ذلك ربح ما لم يضمن، وهو حرام"<sup>(2)</sup>.

## ب - رأي الشافعية :

استدل الشافعي على جواز بيع العينة بالأدلة الآتية :

**الدليل الأول :** ما روى أبو سعيد الخدري وأبو هريرة رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، استعمل رجلا على خبير ، فجاءه بتمر جَنِيْب<sup>(3)</sup> ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أَكُلُّ تَمْرٍ خَيْبٍ هَكَذَا؟ قال : لا . والله يا رسول الله إِنَّا لَنَأْخُذُ الصَّاعَ مِنْ هَذَا بِالصَّاعِينَ وَالصَّاعِينَ بِالثَّلَاثَةِ . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تفعل ، بَعِ الْجُمُعَ<sup>(4)</sup> بالدراهم ثم ابْتَعْ بالدراهم جَنِيْبًا<sup>(5)</sup> .

وجه الاستدلال : أنه صلى الله عليه وسلم قال له : بع التمر الرديء بالدراهم ، واشتر بها تمرًا جيدًا ، بدون أن يفصل بين أن يشتري التمر الجيد من المشتري الأول أو من غيره ، فدل ذلك على جواز بيع العينة لعدم التفصيل في موضع البيان .

قال النووي : "واحتج بهذا الحديث أصحابنا وموافقوهم في أن مسألة العينة ليست بحرام وهي الحيلة التي يعملها بعض الناس توصلًا إلى مقصود الربا ، بأن يريد أن يعطيه مائة درهم بمائتي فيبيعه ثوبًا بمائتين ثم يشتريه منه بمائة ، وموضع الدلالة من هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له : بيعوا هذا واشتروا بثمانه من هذا ، ولم يفرق بين أن يشتري من المشتري أو من غيره ، فدلّ على أنه لا فرق ، وهذا كله ليس بحرام عند الشافعي وآخرين"<sup>(6)</sup>.

ولم يسلم المخالفون بهذا الاستدلال واعتبروا الحديث في غير محلّ الدعوى فلا يصلح دليلاً ، وذلك أنه صلى الله عليه وسلم ، بيّن له فساد هذا البيع الذي فعله ، وهو أن يشتري الصاع بالصاعين والصاعين

1 - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 5 ص 31 . ص 198 . الزيلعي ، تبين الحقائق ، ج 4 ص 53 .

2 - ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، ج 7 ص 267 - 268 .

3 - الجَنِيْب : نوع جيد من التمر .

4 - الجُمُع وهو تمر رديء . أو هو الخلط من التمر .

5 - متفق عليه . رواه مسلم في باب الربا . ورواه البخاري ، في كتاب البيوع ، باب إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه . حديث رقم

2201 . 2202 .

6 - النووي ، شرح صحيح مسلم ، ج 11 ص 21 .

بالثلاثة لعلّة الربا. أما هل يشتري من المشتري الأول فهذا ما لم يبينه صلى الله عليه وسلم ، ولو اشترى من المشتري الأول طعامًا جيدًا بسعر معروف فماذا يحصل ، إذ المنهي عنه أن يشتري عين ماله أما غيره فلا بأس.

قال ابن حجر : "واستدل بالحديث على جواز بيع العينة وهو أن يبيع السلعة من رجل بنقد ثم يشتريها منه بأقل من الثمن لأنه لم يخص بقوله : "ثم اشتر بالدراهم جنيا". غير الذي باع له الجمع. وتعقب بأنه مطلق ، والمطلق لا يشمل ، ولكن يشيع ، فإذا عمل به في صورة سقط الاحتجاج به فيما عداها ، ولا يصح الاستدلال به على جواز الشراء ممن باعه تلك السلعة بعينها. وقيل إن وجه الاستدلال به لذلك من جهة ترك الاستفصال ولا يخفى ما فيه"<sup>(1)</sup>.

**الدليل الثاني :** ما رواه الدارقطني والبيهقي عن أبي إسحاق السبيعي عن امرأته أنها دخلت على عائشة رضي الله عنها ، فدخلت معها أم ولد زيد بن أرقم الأنصاري وامرأة أخرى ، فقالت أم ولد زيد بن أرقم : يا أم المؤمنين إني بعت غلامًا من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم نسيئة ، وإني ابتعته بستمائة درهم نقدًا، فقالت لها عائشة بئسما اشتريت وبئسما شريت ، إن جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بطل إلا أن يتوب"<sup>(2)</sup>.

وجه الاستدلال من الحديث : أن هذا البيع لو كان غير صحيح لما أقدم عليه زيد بن أرقم صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم. وإنكار عائشة مجمل ، فهو على تقدير ثبوته يحتمل أن تكون عائشة عابت البيع إلى العطاء ، ولأنه أجل غير معلوم. وزيد صحابي ، وإذا اختلفوا ذهبنا إلى القياس وهو مع زيد، ونحن لا نثبت مثل هذا على عائشة. قال الماوردي : "وإذا كانت هذه السلعة لي كسائر مالي لم لا أبيع ملكي بما شئت وشاء المشتري"<sup>(3)</sup>.

وناقش المخالفون وجه الاستدلال من الحديث من وجوه عدة فقالوا :

الوجه الأول : إن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها لم تنكر هذا البيع إلا وعندها الدليل القاطع على تحريمه. إذ لو لم تكن متأكدة من الحكم لم تستحز أن تقول مثل هذا بالاجتهاد ، ولا سيما إن كانت قد قصدت أن العمل يجب بالردة وأن استحلال الربا كفر وهذا منه. ولكن زيدًا معذور لأنه لم يعلم أن هذا محرم ، ولهذا قالت في بعض الروايات : "أبلغه" ، ويحتمل أن تكون قد قصدت أن هذا من الكبائر

<sup>1</sup> - ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، ج 4 ص 400 - 401.

<sup>2</sup> - رواه الدارقطني في سننه كتاب البيوع ج 3 ص 52. ورواه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب البيوع ، باب الرجل يبيع الشيء إلى أجل ثم يشتريه بأقل ، ج 5 ص 330.

<sup>3</sup> - الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج 5 ص 287. مختصر المزني مع كتاب الأم للشافعي ، ج 2 ص 201.

التي يقاوم إثمها ثواب الجهاد فيصير بمنزلة من عمل حسنة وسيئة بقدرها فكأنه لم يعمل شيئاً ، ولو كان مقصودها إنكار البيع إلى العطاء لم تستكره هذا الاستنكار ، ولما جعلته محبطاً للعمل ، لأن الجاهل بمثل هذه الأحكام نعلمه إياها ، وغاية ذلك أن يبيّن الأجل أو يفسد البيع لا أن يكون ذلك محبطاً للعمل . وقد وجّه الرسول صلى الله عليه وسلم من اشترى فضة بنقد ونسيئة ، أن ما كان يداً بيد فخذوه وما كان بنسيئة فردوه<sup>(1)</sup> ، ولم يجعل ذلك محبطاً للعمل .

الوجه الثاني : قولهم إن زياداً من الصحابة وقد خالفها ، هذا غير وارد لأنّ زياداً لم يقل هذا حلال ، بل فعله ، وفعل المجتهد لا يدل على أن ما فعله صحيح ، لاحتمال السهو أو الغفلة أو التأويل أو الرجوع ونحوه . وكثيراً ما يفعل الرجل الشيء ولا يعلم مفسدته فإذا نبه له انتبه ، ولا سيما أم ولده فإنها دخلت على عائشة تستعيتها وطلبت الرجوع إلى رأس مالها ، وهذا يدل على الرجوع عن ذلك العقد . ولم ينقل عن زيد أنه أصر على ذلك<sup>(2)</sup> .

الوجه الثالث : أن عائشة رضي الله عنها قد أنكرت على زيد هذا الفعل ، ولو كان البيع جائزاً لما أنكرته أم المؤمنين على وجه التغليظ والتشديد . قال الشوكاني : "تصريح عائشة بأن مثل هذا الفعل موجب لبطلان الجهاد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، يدل على أنها قد علمت تحريم ذلك بنص من الشارع ، إما من جهة العموم كالأحاديث القاضية بتحريم الربا الشامل لمثل هذه الصورة ، أو على جهة الخصوص كحديث العينة ، ولا ينبغي أن يظن بها أنها قالت هذه المقالة من دون أن تعلم بدليل يدل على التحريم<sup>(3)</sup> .  
**الدليل الثالث : القياس على بقية البيوع الجائزة ؛ لأنّ البيع وقع من أهله في محله باكتمال شروطه وأركانه فهو بيع صحيح . والبيعة الثانية غير البيعة الأولى<sup>(4)</sup> .**

ونوقش هذا الاستدلال بأنه قياس في مقابلة النص فلا يصح ؛ إذ لا قياس مع النص . ثم إن قياسه على بقية البيوع الجائزة فاسد ؛ إذ كثير من البيوع تتوفر فيها الأركان ، ومع هذا فالبيع قد يكون فاسداً ، وهنا الشروط غير متوفرة ؛ لأنّ البيع منهي عنه والدليل الذي يجرم مقدم على الدليل الذي يبيح ، مع أنه ليس هناك دليل مبيح ، وإنما الشافعي أجاز بناء على الأصل .

**الدليل الرابع : الردّ على أدلة المخالفين ؛ ردّ الشافعي على أدلة المخالفين له من وجوه وهي :**

- 1 - رواه البخاري في كتاب الشركة ، باب الاشتراك في الذهب والفضة وما يكون فيه الصرف ، حديث رقم 2497 .
- 2 - ابن القيم ، عوم المعبود شرح سنن أبي داود ، ج 5 ص 105 .
- 3 - الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ص 233 .
- 4 - النووي ، المجموع شرح المهذب ، ج 10 ص 124 .

الوجه الأول : ضعف حديث عائشة، قال الشافعي : قلت لمن احتج بهذا الحديث : أتعرف هذه المرأة؟ قال : لا ، فقلت : كيف يصح لك الاحتجاج بحديث من لا تعرفه.

الوجه الثاني : : أن عائشة رضي الله عنها إنما أبطلت البيع إلى العطاء ، لأنه أجل مجْهُول والآجال المَجْهُولَةُ يَبْطُلُ بِهَا الْبَيْعُ. فإن قالوا : إنما أنكرت البيع الثاني : لأنها قالت : "بَسَّ مَا اشْتَرَيْتَ وَبَسَّ مَا ابْتَعْتَ" تكررًا لإنكار البيع الثاني. قيل : هذا غلط ، لأنها قالت : "بَسَّ مَا اشْتَرَيْتَ" بمعنى بعت قال الله تعالى : { وَشَرَّوهُ بِمَنْ بَحْسٍ }<sup>(1)</sup>. أي باعوه.

الوجه الثالث : أنه لو سلمنا أن إنكار عائشة رضي الله عنها توجه إلى البيع الثاني دون الأول ، لما كان فيه دليل ، لأنَّ زيدا خالفها ، وإذا اختلف الصحابيَّان وكان القياس مع أحدهما كان قول من عاضده القياس أولى ، والقياس مع زيد دون عائشة رضي الله عنها.

فإن قيل : فليس الاحتجاج بقول عائشة ، وإنما الاحتجاج بالتوقيف في قولها : لأنها لا تبطل جهاد زيد باجتهادها. قيل : لا يصحَّ حمل قولها على التوقيف من وجهين ؛ أحدهما: إثبات نصِّ باستدلال وإبطال قياس باحتمال. والثاني : إمكان مقابلة ذلك بمثله في حمل ما ذهب إليه زيد على التوقيف ، فإذا أمكن معارضة الشيء بمثله سقط ، وليس ما ذكرته عائشة رضي الله عنها من أن زيدا قد أبطل جهاده دليل على التوقيف ، لأنه لا يجوز أن يضاف إلى أحد من الصحابة أنه علم بنصِّ فخالفه ، وإن لم يُعلم بما لم يبطل اجتهاده ، وليس هذا القوم منها إلا كقول ابن عباس رضي الله عنه : ألا يتقى الله زيد بن ثابت يجعل ابن الابن ابنا ، ولا يجعل أب الأب أبا. وكقوله في العول : ما جعل الله في المال نصفًا وثلاثين ، من شاء باهلته عند الحجر الأسود. ولم يدلَّ هذا القول منه مع ما فيه من الوعيد والملاعنة على أن في الجدد والعول نصًّا

وأما الجواب عن قولهم : إنه ذريعة إلى الربا المحرم ، فغلط بل هو سبب يمنع من الربا الحرام ، وما منع من الحرام كان ندبا. ألا ترى إلى حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيبر فجاءه بتمرٍ جَنِيْبٍ ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "أَكُلْ تَمْرَ خَيْبَرَ هَكَذَا ؟ قَالَ : لَا وَاللَّهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّا لَنَأْخُذُ الصَّاعَ بِالصَّاعَيْنِ وَالصَّاعَيْنِ بِثَلَاثَةِ . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لَا تَفْعَلْ بِعِ الْجُمُعِ بِالذَّرَاهِمِ ، ثُمَّ اشْتَرِ بِالذَّرَاهِمِ جَنِيْبًا". فجعل ذلك ذريعة إلى ترك الربا وندب إليه<sup>(2)</sup>.

1 - سورة يوسف ، آية رقم : 20.

2 - الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج 5 ص 288 - 289.

والقول الذي أراه راجحاً في حكم بيع العينة هو قول الجمهور ، لأنّ العينة حيلة على الربا ، وحديث النبي صلى الله عليه وسلم إذا تبايعتم بالعينة ... " نص في الموضوع.

قال المُنَاوِي<sup>(1)</sup> : "وهذا دليل قوي لمن حرم العينة، ولذلك اختاره بعض الشافعية، وقال: أوصانا الشافعي باتباع الحديث إذا صح بخلاف مذهبه"<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني : طلاق المريض مرض الموت

المقصود بمرض الموت : هو المرض الذي يخشى فيه من الموت ، ويتصل به الموت غالباً. قال الدسوقي : "والحاصل أن المدار على كثرة الموت من ذلك المرض ، بحيث يكون الموت منه شهيراً لا يتعجب منه ، ولا يلزم من كثرة الموت منه غلبة الموت به؛ فيقال في الشيء إنه كثير إذا كان وجوده مساوياً لعدمه والغلبة أخص من ذلك"<sup>(3)</sup>.

وقال الباجي : "كل مرض يقعد صاحبه عن الدخول والخروج ، وإن كان جذاماً أو برصاً أو فالجاً، فإنه يحجب فيه عن ماله ، وإن طلق فيه زوجته ورثته"<sup>(4)</sup>.

قال ابن نجيم : "والمراد به هنا من عجز عن القيام بجوائجه خارج البيت ، كعجز الفقيه عن الإتيان إلى المسجد ، وعجز السوقي عن الإتيان إلى دكانه. أما من يذهب ويحجى ويحجُم فلا ، وهو الصحيح ، وهذا في حقه. وأما في حقها فيعتبر عجزها عن القيام بمصالحها داخل البيت"<sup>(5)</sup>.

ويتضح أن ضابط مرض الموت ، هو المرض الذي يقعد صاحبه عن إقامة مصالحه المعتادة ، كعجز التاجر عن الذهاب إلى حانوته ، والعامل عن الذهاب إلى عمله ، والمصلي عن الذهاب إلى المسجد. وأمّاراته أن يلزم المريض الفراش ، وقيل لا يستطيع المشي إلا بمعين ، وأن تعجز المرأة عن القيام بأعمالها المعتادة في بيتها.

1 - هو زين الدين محمد عبد الرؤوف بن تاج العارفين ابن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي، من كبار العلماء في عصره، له أكثر من ثمانين مصنفاً، ولد بالقاهرة سنة 952هـ، وتوفي بها عام 1031هـ. الزركلي، الأعلام، ج 6 ص 204.

2 - محمد عبد الرؤوف المناوي ، فيض القدير شرح الجامع الصغير ، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الثانية 1391هـ - 1972م ، ج 1 ص 113.

3 - شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لمختصر خليل ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت، (د س ن) ، ج 4 ص 306.

4 - أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، المنتقى شرح موطأ مالك، دار الكتاب العربي، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثالثة 1403هـ - 1983م ، ج 4 ص 85.

5 - ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج 4 ص 46.

وأُحِقَّ بالمريض مرض الموت في الحكم ، من يكون في حال يخشى فيها الهلاك ويتوقعه ويموت موتاً متصلاً به ، كمن يحكم عليه بالإعدام وينفذ فيه الحكم ويعدم فعلاً، أو من يكون في سفينة تلاطمت بها الأمواج وتوقع الغرق وغرق فعلاً<sup>(1)</sup>.

وقد عرفت المحكمة العليا في الجزائر المريض مرض الموت فقالت : "إن مرض الموت الذي يبطل التصرف ، هو المرض الأخير إذا كان خطيراً ، ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه"<sup>(2)</sup>.  
فمرض الموت هو الذي يتحقق فيه أمران ؛ الأول : أن يكون الغالب فيه الموت عادة. الثاني : أن يتصل به الموت. ويلحق به من يرتقب الموت كالمحكوم عليه بالإعدام والمشرف على الغرق في سفينة. وأضاف آخرون أن يستمر المرض في حدود سنة<sup>(3)</sup>.

ويسمى طلاق المريض مرض الموت ، طلاق الفارّ أو الفرار، لفراره من إرث زوجته.

ويكون المطلق فارّاً إذا تحققت فيه الشروط الأربع الآتية<sup>(4)</sup>:

الشرط الأول : أن يطلق زوجته طلاقاً بائناً.

الشرط الثاني : أن يطلقها طائعاً لا مكرهاً.

الشرط الثالث : أن لا يكون الطلاق بناءً على طلبها.

الشرط الرابع : أن تكون مستحقة للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة من ذلك المرض.

قال الشيخ محمد أبو زهرة شارحاً هذه الشروط : "إذا طلقها طلاقاً بائناً ، وكان طائعاً ، بغير رضاها ، وكانت مستحقة للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة من ذلك المرض ، فإنه يعتبر فاراً بطلاقه البائن من الميراث. فلو كان مكرهاً على الطلاق، على فرض أن طلاق المكره يجوز، كما هو مذهب الحنيفة<sup>(5)</sup>، فإنه يعتبر فاراً. .... وإن كان بطلبها وثبت الطلب، أو كان الطلاق على مال، فإنه لا يعتبر فاراً، لأن طلبها أزال مظنة الفرار. وإن كانت غير مستحقة للميراث وقت الطلاق، وصارت مستحقة له وقت الوفاة لا يعتبر فاراً، كأن كانت غير مسلمة وقت الطلاق ثم أسلمت بعد الطلاق، فإنها لا تكون

<sup>1</sup> - تفسير القرطبي ، ج 7 ص 340.

<sup>2</sup> - قرار رقم : 33719 مؤرخ في 1984/07/09. المجلة القضائية سنة 1989 ، عدد 03 ، ص 51.

<sup>3</sup> - محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي، (د س ن، د م ن) ص 319. الملكية ونظرية العقد ، ص 314. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7 ص 452.

<sup>4</sup> - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 7 ص 454. محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ص 320.

<sup>5</sup> - يرى الحنفية أن طلاق المكره يقع ، لأنه قصد إيقاع الطلاق وإن لم يرض به. أما جمهور الفقهاء فلا يرون أن طلاق المكره يقع ، لقوله صلى الله عليه وسلم : "لا طلاق في إغلاق". عبد الغني الغنيمي الميداني ، اللباب في شرح الكتاب ، دار الكتاب العربي، الطبعة الثالثة 1418 هـ - 1997 م ، بيروت ، لبنان ، ج 2 ص 174.

مستحقة للميراث، لأنه لا يثبت التوريث بين المسلم وغيره، وإنما زالت في هذه الصورة مظنة الفرار، لأنها عند الطلاق لا يتصور ميراثها منه، فلا يتصور فرار من أمر غير متوقع، ولا بد من صلاحية استحقاقها للميراث إلى وقت الوفاة، فلو كانت مسلمة ثم ارتدت عن الإسلام، لا يعتبر الزوج فاراً، لأنها بارتدادها أسقطت حقها في الميراث، وأزالت عقد الزواج بسبب من جانبها، فصارت كما لو ارتضت الفراق، فلا تستحق ميراثاً، ولأن ارتدادها أزال الزوجية التي هي سبب ميراثها<sup>(1)</sup>.

وقد اتفق الفقهاء على أن الرجل المريض مرض الموت، إذا طلق امرأته فطلاقه نافذ كالصحيح، فإن مات من ذلك المرض ورثته المطلقة ما دامت في العدة من طلاق رجعي، كما ترثه في طلاقها في حال الصحة. لأن الطلاق الرجعي لا ينهي العلاقة الزوجية، إذ يستطيع الزوج أن يراجعها ولو بغير رضاها وبدون ولي أو شهود أو صداق جديد.

كما اتفق الفقهاء على أن الرجل إذا طلق امرأته في مرض الموت ثم ماتت، لم يرثها، وإن ماتت في العدة.

واختلفوا في إرث الزوجة المطلقة طلاقاً بائناً، إذا مات الزوج في أثناء العدة من هذا الطلاق. فذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية إلى أنها ترث<sup>(2)</sup>، وذهب الشافعي إلى أنها لا ترث<sup>(3)</sup>. وقال ابن حزم طلاق المريض كطلاق الصحيح لا فرق، فإذا مات أو ماتت فلا توارث بينهما بعد الطلاق الثلاث، ولا بعد تمام العدة في الطلاق الرجعي<sup>(4)</sup>، وأيد كل فريق رأيه بأدلة مختلفة، وهي:

استدل الشافعي على أن المرأة المطلقة في عدة طلاق بائن لا ترث من زوجها الذي طلقها، "لأن الزوجية قد ارتفعت بالطلاق البائن قبل الموت، وهي سبب التوارث بين الزوجين، فإذا ارتفعت قبل الموت، فقد زال سبب الميراث فلا يثبت، ولا عبرة بمظنة الفرار، لأن أحكام الشريعة لا تناط بالنيات الخفية، بل تناط بالأسباب الظاهرة، والسبب الظاهر للميراث قد زال بعمل من يملك إزالته، فلا عبرة بنيته"<sup>(5)</sup>. واستدل جمهور الفقهاء على رأيهم بالأثر والمعقول.

1 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 320.

2 - عبد الغني الغنيمي الميداني، اللباب في شرح الكتاب، ج 2 ص 179.

3 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7 ص 453.

4 - ابن حزم، المحلى، ج 10 ص 218. مسألة رقم 1976.

5 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 321.

فمن الأثر : ما قضى به عثمان بن عفان رضي الله عنه ، حيث ورث تماضر بنت الأصبع الكلبية من عبد الرحمن بن عوف ، الذي كان قد طلقها ثلاثا في مرضه الذي مات فيه ، ثم مات وهي في عدتها. فورثها عثمان ، وكان ذلك بمحض من الصحابة ، فلم ينكر عليه أحد ، فاعتبر ذلك إجماعا منهم<sup>(1)</sup>.

أما المعقول : فإن الزوجية وهي سبب الإرث قد أزالها بقصد إبطال حقها في الميراث ، فيرد عليه قصده ما بقيت العدة ، لبقاء آثار الزوجية ، فجعلت آثار الزوجية قائمة مقامها ، ولو انتهت العدة ، تكون آثار الزوجية قد زالت ، فلا يكون ثمة سبب شرعي لوجوب الميراث<sup>(2)</sup>.

قال ابن رشد : "وأما المريض الذي يطلق طلاقا بائنا ويموت من مرضه، فإن مالكا وجماعة يقول: ترثه زوجته. والشافعي وجماعة لا يورثها، والذين قالوا بتوريثها انقسموا ثلاث فرق: ففرقة قالت لها الميراث ما دامت في العدة، وممن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه والثوري.

وقال قوم: لها الميراث ما لم تتزوج، وممن قال بهذا أحمد وابن أبي ليلى، وقال قوم: بل ترث كانت في العدة أو لم تكن، تزوجت أم لم تتزوج، وهو مذهب مالك والليث بن سعد.

وسبب الخلاف: اختلافهم في وجوب العمل بسد الدرائع، وذلك أنه لما كان المريض يتهم في أن يكون إنما طلق في مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث، فمن قال بسد الدرائع أوجب ميراثها، ومن لم يقل بسد الدرائع ولا حظ وجوب الطلاق لم يوجب له ميراثا، وذلك أن هذه الطائفة تقول: إن كان الطلاق قد وقع فيجب أن يقع بجميع أحكامه لأنهم قالوا: إنه لا يرثها إن ماتت، وإن كان لم يقع فالزوجية باقية بجميع أحكامها.

ولا بد لخصومهم من أحد الجوابين، لأنه يعسر أن يقال إن في الشرع نوعا من الطلاق توجد له بعض أحكام الطلاق وبعض أحكام الزوجية، وأعسر من ذلك القول بالفرق بين أن يصح أو لا يصح، لأن هذا يكون طلاقا موقوف الحكم إلى أن يصح أو لا يصح ، وهذا كله مما يعسر القول به في الشرع"<sup>(3)</sup>.

واختلف جمهور الفقهاء في وقت الإرث<sup>(4)</sup> : فقال الحنفية إنها ترث إذا مات زوجها وهي في العدة من هذا الطلاق البائن، لبقاء بعض أحكام الزواج فيبقى حق إرثها منه. فإن مات بعد انقضاء العدة فلا

<sup>1</sup> - ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ص 218. القراني ، الذخيرة ، ج 13 ص 14.

<sup>2</sup> - محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ص 321.

<sup>3</sup> - ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ص 82 - 83.

<sup>4</sup> - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 7 ص 454.

ميراث لها ؛ لأنه لم يبق بينهما علاقة وصارت كالأجنبية، فأثناء العدة ترث بسبب بقاء بعض أحكام الزوجية ، وبعد انقضاء العدة لا ترث لانقطاع آثار الزوجية<sup>(1)</sup>.

وقال المالكية إنها ترث وإن انقطعت عدتها وتزوجت ، لأنه ما طلقها إلا ليحرمها من الميراث فيعامل بنقيض مقصوده، ولأن سبب توريثها فراره من توريثها ، وهذا المعنى لا يزول بعد انقضاء العدة<sup>(2)</sup>.  
وقال الحنابلة : إن زوجة المطلق في مرض موته الذي قصد بطلانه الفرار من الميراث يكون لها حق الإرث ، ولا ينقطع حقها في الإرث إلا إذا تزوجت من غيره قبل موته ، وذلك لأنه "قصد قصدا فاسدا في الميراث فعورض بنقيض قصده ، كالمقاتل القاصد استعجال الميراث يعاقب بحرمانه" ؛ ولأنها بتزوجها من غيره لا يمكن تصور قيام الزوجية ، إذ لا يتصور أن تكون زوجة من اثنين، على هذا الرأي أيضا ابن أبي ليلى من فقهاء العراق والشافعي في القديم<sup>(3)</sup>.

وقد رجح الشيخ محمد أبو زهرة رأى الحنفية ، واعتبره الرأي الوسط الذي يتفق من كل الوجوه مع القياس الفقهي<sup>(4)</sup>. وقد أخذ به قانون الأحوال الشخصية السوري<sup>(5)</sup> في المادة 179 حيث نصت على أن: "من باشر سبباً من أسباب البينونة في مرض موته وما يلحق به من حالات، أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك طائعاً بلا رضى زوجه ومات في ذلك المرض أو في تلك الحالة ، والمرأة في العدة فإنها ترث منه بشرط أن تستمر أهليتها للإرث من وقت الإبانة إلى الموت".

ويلاحظ أن طلاق المريض مرض الموت ، وهو تصرف صادر من جانب واحد ، لما كان سببه غير مشروع ، لم يفض إلى بطلانه بالكلية ، بدليل أن الزوجة ترث من زوجها ، أما الزوج فلا يرث من زوجته إذا ماتت قبله ، فالزواج يعتبر قائما في حق الإرث، وأن هذا القيام للزواج وحيد الجانب بالنسبة للزوجة فقط وفي حق الإرث فقط. إن أيلولة الميراث إلى زوجة الفار، هو وليد أعمال السبب غير المشروع في الطلاق، وذلك معاملة لصاحب النية السيئة بنقيض قصده.

ويلاحظ أيضا ، أن موقف المذاهب الأربعة، من طلاق الفار، والحلول التي أوجدوها جزاء للباعث غير المشروع في هذا التصرف، يكشف بوضوح عن تدرج النزعة الذاتية في هذه المذاهب الأربعة، وهذا التدرج نكاد نجده في جميع الفروع الفقهية ، فبينما تنعدم هذه النزعة لدى الشافعية، وتحل محلها نزعة

<sup>1</sup> - عبد الغني الغنيمي الميداني ، اللباب في شرح الكتاب ، ج 2 ص 179.

<sup>2</sup> - القرافي ، الذخيرة ، ج 13 ص 14.

<sup>3</sup> - ابن قدامة ، المغني ، ج 6 ص 217 - 218.

<sup>4</sup> - محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ص 321.

<sup>5</sup> - صدر قانون الأحوال الشخصية السوري الجديد في : 5 أبريل/ نيسان 2009م الموافق 10 ربيع الآخر 1430 هـ.

موضوعية واضحة، لعدم اعتدادهم بالبائع عند المطلق إذا لم يصرح به، فإنها تبرز بشكل باهت لدى الحنفية الذين يقيدون ميراث زوجة الفارّ بوفاته خلال عدتها. وتندرج هذه النزعة من الضعف إلى القوة لدى الحنابلة، الذين لا يقيدون ميراث زوجة الفارّ بوفاته خلال عدتها، بل يعطونها هذا الحق، ولو مات بعد انقضاء عدتها، ما دامت لم تتزوج من زوج آخر. وتصل النزعة الذاتية إلى أقصاها لدى المالكية، فزوجة الفارّ ترث عندهم، وسواء أ مات في عدتها أم لم يموت، وسواء أتزوجت بزواج آخر أم لم تتزوج<sup>(1)</sup>.

وخلاصة أقوال المذاهب في طلاق المريض مرض الموت ، أن المذهب الشافعي يحرم المطلقة، من الميراث ، ولا يحتفل بعدم مشروعية السبب الذي دفع المريض إلى طلاق زوجته ما دام لم يتضمن الطلاق شرطا صريحا يفسده. أما المذهب الحنفي فيورث مطلقة، إعمالا للسبب غير المشروع الذي دفعه لطلاق زوجته. وهكذا يرد طلاق الفارّ ، برد قصده إلى تمام عدتها عند الحنفية ، ولو بعد انقضاء العدة عند المالكية ، وما لم تتزوج عند الحنابلة.

### المبحث الثاني : لا يعتد بالسبب إذا لم تتضمنه صيغة التعبير عن الإرادة

تبين من خلال المطلب السابق، أن السبب غير المشروع ، يجب أن يرد ذكره في العقد صراحة أو ضمنا لكي يتسنى إعماله، وفي هذا المطلب سيتم بيان الحالات التي لا يعمل فيها بالسبب غير المشروع، وذلك في حالة ما إذا ظلّ السبب باعنا في نفس المتعاقد ، ولم يفصح عنه في صيغة التعبير عن الإرادة. ويترتب على ذلك "أن يقوم التصرف صحيحا، بالاستناد إلى كمال وسائله الفنية، ولو كانت وسائله النفسية، ملوثة بعدم المشروعية، مادامت هذه الوسائل لم تفصح عن نفسها في صلب الإرادة الظاهرة"<sup>(2)</sup>. وهذه بعض المسائل الفقهية ورد فيها السبب غير المشروع ، لكن فقهاء الحنفية والشافعية أهملوا العمل به ، لأنه لم يذكر في صلب التعبير عن الإرادة، وهي زواج المحلل ، وبيع العنب لمن يعصرها خمرًا، وبيع السلاح في الفتنة الداخلية ، وتأجير الأماكن لتكون محلا لممارسة العبادة لغير المسلمين ، ويتم توضيح ذلك في مطالب أربعة.

### المطلب الأول : زواج المحلل

اتفق الفقهاء على أنه إذا طلق الزوج زوجته ثلاثا سواء طلقها ثلاثاً متفرقات أو جملة واحدة ، فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ، لقول الله تعالى : { فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ }<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص 526.

<sup>2</sup> - وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص 527.

<sup>3</sup> - سورة البقرة ، آية رقم : 228.

ولا تنتهي الحرمة باتفاق الفقهاء ، إلا إذا تزوجت زوجاً ثانياً بنية الاستمرار وبقصد دوام العشرة الزوجية بينهما ، وذلك إذا توافرت شروط أربعة<sup>(1)</sup> وهي :

الشرط الأول . أن تنكح زوجاً غيره، لقوله تعالى: { حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ } ، حيث نفى الحلّ إلى غاية التزوج بزواج آخر ، فلو وطئها إنسان بالزنى أو بشبهة، لم تبح ؛ لأنه ليس بزواج.

الشرط الثاني . أن يكون النكاح الثاني صحيحاً ، فإن كان فاسداً ودخل بها لا تحلّ للأول؛ لأن النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة، ولأن لفظ النكاح ورد في الآية مطلقاً ، والإطلاق يقتضي الصحة.

الشرط الثالث . أن يطأها الزوج الثاني في الفرج، فلو وطئها دونه أو في الدبر، لم يحلّها لزوجها الأول؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم علّق الحلّ على ذوق العُسَيْلَةِ منهما، فقال لامرأة رفاعة القرظي: «أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة ؟ لا ، حتى تذوقني عُسَيْلَتِهِ ويزدق عُسَيْلَتِكَ»<sup>(2)</sup> ، ولا يحصل هذا إلا بالوطء في الفرج، وأدناه تغييب الحشفة في الفرج؛ لأن أحكام الوطء تتعلق به.

الشرط الرابع أضافه المالكية والحنابلة : هو أن يكون الوطء حلالاً (مباحاً) ، وأن يكون الواطئ بالغاً. لأن الوطء غير المباح حرام لحق الله تعالى، فلم يحصل به الإحلال كوطء المرتدة، ولأن من كان دون سن البلوغ لا يمكنه المجامعة.

فلا يحلّ المطلقة إلا الوطء المباح الذي يكون في العقد الصحيح في غير صوم أو حج أو حيض أو اعتكاف. وأجاز الحنابلة للمجنون إحلال المطلقة ثلاثاً كما قال الحنفية؛ لظاهر الآية: { حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ }<sup>(3)</sup>، ولأنه وطء مباح من زوج في نكاح صحيح تام، فأشبهه وطء العاقل.

فإذا توافرت هذه الشروط الأربعة حلّت الزوجة لزوجها الأول ، وهنا تثار مسألة زواج المحلل ، وهي هل إذا تزوج الزوج الثاني المرأة المطلقة ثلاثاً بنية تحليلها لزوجها الأول تحل له أم لا ؟ وإذا كان قد تزوجها بنية التحليل فهل صرّح بهذه النية في العقد ، أم لم يصرح بذلك ؟ فيصبح لدينا حالتان نوضحهما تباعاً.

### الحالة الأولى : إذا تم التصريح في العقد بنية التحليل

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية وأبي يوسف ، إلى أن الزواج بالمطلقة ثلاثاً التي يشترط صراحة في العقد أن يحلّها الزوج الثاني لزوجها الأول ، هو زواج حرام باطل ، ولا تحلّ

<sup>1</sup> - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 3 ص 187 - 189. عبد الغني الغنيمي ، اللباب ، ج 3 ص 58. ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ص 86. الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ص 46. الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 3 ص 182. ابن قدامة ، المغني ، ج 6 ص 645 - 648. ابن حزم ، المحلى ، ج 10 ص 220. مسألة 1955. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 7 ص 474 - 476.

<sup>2</sup> - رواه الجماعة عن عائشة رضي الله عنها. الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 6 ص 253.

<sup>3</sup> - سورة البقرة ، آية رقم : 228.

لزوجها الأول. واستدلوا على ذلك بقول النبي صلى الله عليه وسلم : «ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا: بلى يا رسول الله قال: هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له»<sup>(1)</sup>. ويقول ابن مسعود : «لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له»<sup>(2)</sup>، واللّعن يدل على أن الشيء محرم، والتحريم يقتضي أن الشارع نهي عن ذلك الشيء ، والتّهي يدل على فساد المنهي عنه، ولا يطلق الزواج الشرعي على الزواج المنهي عنه. ولأن النّكاح بشرط الإحلال في معنى النّكاح المؤقت، وشرط التوقيت في النكاح يفسده، والنكاح الفاسد لا يقع به التحليل، فهو نكاح إلى مدة أو فيه شرط يمنع بقاءه فأشبهه نكاح المتعة. قال في المهذب: «لأنه نكاح شرط انقطاعه دون غايته، فشابه نكاح المتعة» ، ويؤيده قول عمر: والله لا أوتى بمحلل ومحلل له إلا رجمتهما<sup>(3)</sup>.

"قال الشافعي وأبو ثور: المحلل الذي يفسد نكاحه ، هو الذي يعقد عليه في نفس عقد النكاح ، أنه إنما يتزوجها ليحلّها ثم يطلقها"<sup>(4)</sup>.

وذهب أبو حنيفة وزفر إلى أن هذا النّكاح صحيح مكروه تحريماً، فإن وطئها الزوج الثاني حلّت للأول بعد أن يطلقها وتنقضي عدتها، لأن شرط التحليل شرط فاسد، والزواج لا يفسد بالشروط الفاسدة، فيلغى الشرط، ويصح العقد؛ لإطلاق آية {حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ}<sup>(5)</sup>. دون تفرقة بين ما إذا شرط الإحلال أم لا، إلا أنه مكروه تحريماً؛ لأنه شرط يناهي المقصود من النكاح وهو السكن والتوالد والتعطف، وهو يتوقف على البقاء والدوام في الزوجية.

وقال محمد بن الحسن : النكاح الثاني صحيح، ولا تحلّ المطلقة للأول؛ لأن النّكاح عقد مؤبد، فكان شرط الإحلال استعجالاً لما أخره الله تعالى لغرض الحلّ، فيبطل الشرط ويبقى النّكاح صحيحاً، لكن لا يحصل به الغرض، كمن قتل مورثه فإنه يحرم من الميراث.

ويبدو أن الحنفية ليس لهم رأي واحد من مسألة زواج المحلل ، الذي تتضمن صيغة التعبير فيه إرادة التحليل. فذهب أبو حنيفة إلى صحة هذا العقد سواء أشرط العاقد التحليل أم لم يشرط ذلك. وذهب أبو

<sup>1</sup> - رواه ابن ماجه ، عن عقبة بن عامر. الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 6 ص 138.

<sup>2</sup> - رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه عن ابن مسعود، ورواه الخمسة إلا النسائي عن علي. الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 6 ص 138.

<sup>3</sup> - رواه الأثرم عن قبيصة بن جابر.

<sup>4</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ، ص 196.

<sup>5</sup> - سورة البقرة ، آية رقم : 228.

يوسف إلى التفصيل، فقضى بفساده إن شرط التحليل، وقضى بصحته إن لم يشترط. وذهب محمد بن الحسن إلى صحة العقد، ولكن لا تحلّ لزوجها الأول<sup>(1)</sup>.

وقد لخص الكاساني رأي الحنفية فقال: "فإن تزوجت بزواج آخر ومن نيتها التحليل... وإن شرط الإحلال بالقول، وإنه يتزوجها لذلك، وكان الشرط منها، فهو نكاح الصحيح عند أبي حنيفة وزفر، وتحل للأول، ويكره للثاني والأول.

وقال أبو يوسف: إن النكاح الثاني فاسد وإن وطئها لم تحلّ للأول. وقال محمد: النكاح الثاني صحيح ولا تحلّ للأول.

وجه قول أبي يوسف إن النكاح بشرط الإحلال في معنى النكاح المؤقت، وشرط التوقيت في النكاح يفسده، والنكاح الفاسد لا يقع به التحليل.

ولمحمد بن الحسن: أن النكاح عقد مؤبد، فكان شرط الإحلال استعجال ما أخره الله تعالى لغرض الحلّ، فيبطل الشرط، ويبقى النكاح صحيحاً. لكن لا يحصل به الغرض، كمن قتل مورثه، أنه يحرم الميراث. ولأبي حنيفة، أن عمومات النكاح تفتضى الجواز، من غير فصل بين ما إذا شرط فيه الإحلال أو لا، فكان النكاح بهذا الشرط نكاحاً صحيحاً، فيدخل تحت قوله تعالى: {حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ}<sup>(2)</sup>. فتنتهي الحرمة عند وجوده، إلا أنه كره النكاح بهذا الشرط لغيره، وهو أنه شرط يناهق المقصود من النكاح، وهو السكن والتوالد والتعفف، لأن ذلك يقف على البقاء، والدوام على النكاح...

وأما قول أبي يوسف إن التوقيت في النكاح يفسد النكاح، فنقول المفسد له هو التوقيت نصاً، ألا ترى أن كل نكاح مؤقت، فإنه يتوقت بالطلاق والموت وغير ذلك، ولم يوجد التوقيت نصاً، فلا يفسد. وقول محمد بن الحسن: إنه استعجال ما أجله الله تعالى ممنوع، فإن استعجال ما أجله الله تعالى لا يتصور، لأن الله تعالى، إذا ضرب لأمر أجلاً لا يتقدم ولا يتأخر<sup>(3)</sup>.

### الحالة الثانية: الزواج بقصد التحليل دون التصريح بذلك في العقد

اختلف الفقهاء في حكم هذا الزواج على مذهبين، فذهب الشافعية والحنفية ومن معهم إلى صحة هذا الزواج، وذهب المالكية والحنابلة ومن معهم إلى فساده.

<sup>1</sup> - السرخسي، المبسوط، ج 7 ص 142. ابن الهمام، فتح القدير، ج 8 ص 449.

<sup>2</sup> - سورة البقرة، آية رقم: 228.

<sup>3</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 3، ص 187 - 188.

**المذهب الأول :** ذهب الحنفية والشافعية والظاهرية والشيعة الإمامية<sup>(1)</sup> : إلى صحة عقد الزواج بقصد التحليل من غير التصريح بهذه النية في العقد ، وتحلّ المرأة لزوجها الأول إذا وطئها الزوج الثاني، وهو قول الشعبي والليث بن سعد وأبو ثور وسالم بن عبد الله والقاسم بن محمد.

"ذكر عبد الرزاق عن معمر عن هشام بن عروة عن أبيه ، أنه كان لا يرى بأساً بالتحليل ، إذا لم يعلم أحد الزوجين. قال ابن حزم وهو قول سالم بن عبد الله والقاسم بن محمد. وقال الشعبي لا بأس بالتحليل إذا لم يأمر به الزوج. وقال الليث بن سعد : إن تزوجها ثم فارقها ، لترجع إلى زوجها ، ولم يعلم المطلّق ولا هي بذلك، وإنما كان ذلك إحساناً منه ، فلا بأس أن ترجع إلى الأول. فإن بيّن الثاني ذلك للأول بعد دخوله بها لم يضره. "قال الشافعي وأبو ثور: ... فأما من لم يشترط ذلك في عقد النكاح، فعقده صحيح لا داخلة فيه، سواء شرط ذلك عليه قبل العقد أو لم يشترط، نوى أول ينوه. قال أبو ثور، وهو مأجور"<sup>(2)</sup>.

واستدل أصحاب هذا الرأي بما يلي :

أ - أن مجرد النية في المعاملات غير معتبر، فوقع الزواج صحيحاً، لتوافر شرائط الصحة في العقد، وتحلّ للأول، كما لو نوى التوقيت وسائر المعاني الفاسدة، فإن التوقيت وسائر الشروط الفاسدة هي التي تبطل ويصح العقد.

قال الشافعي : "إذا عقد التّكاح مطلقاً لا شرط فيه ، فالنكاح ثابت ولا تفسد النية من النكاح شيئاً ، لأن النية حديث نفس ، وقد وُضِعَ عن الناس ما حدثوا به أنفسهم. وقد ينوى الشيء ولا يفعله ، وينويه ويفعله ، فيكون الفعل حادثاً غير النية. وكذلك لو نكحها ونيتها ونيتها أو نية أحدهما دون الآخر ، أن لا يمسكها إلا قدر ما يصيبها ، فيحلّها لزوجها ، ثبت النكاح ... ما لم يقع النكاح بشرط يفسده"<sup>(3)</sup>.

ب - قوله تعالى : { فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا مَحْلُ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ }<sup>(4)</sup> ، قالوا : "وهذا زوج، وقد عقد بمهر وولي ورضاها وخلوها من الموانع الشرعية ، وهو راغب في ردها إلى الأول ، فيدخل في حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "لا نكاح إلا نكاح رغبة". وهذا نكاح رغبة في تحليلها للمسلم كما أمر الله تعالى بقوله { حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ } . والنبي صلى الله عليه وسلم إنما شرط في

<sup>1</sup> - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 2 ص 187. الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 3 ص 183. ابن حزم ، المحلى ، ج

10 ص 220. نجم الدين جعفر بن حسن الحلبي، المختصر النافع في فقه الإمامية ، دار الكتاب العربي، مصر، ص 223.

<sup>2</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 195 - 196.

<sup>3</sup> - الشافعي ، الأم ، ج 5 ص 80.

<sup>4</sup> - سورة البقرة ، آية رقم : 228.

عَوْدِهَا إِلَى الْأَوَّلِ بِمَجْرَدِ ذَوْقِ الْعُسَيْلَةِ بَيْنَهُمَا ، وَعَجَبًا الْحَلَّ بِذَلِكَ فَقَالَ : "لَا ، حَتَّى تَذُوقَ عُسَيْلَتَهُ وَيَذُوقَ عُسَيْلَتَهَا". فِإِذَا تَذَاوَقَا الْعُسَيْلَةَ حَلَّتْ لَهُ بِالنِّصِّ"<sup>(1)</sup>.

ج - "وَأَمَّا لَعْنُهُ لِلْمَحْلَلِ فَلَا رَيْبَ أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَمْ يَرِدْ كُلَّ مُحْلَلٍ وَمَحْلَلٍ لَهُ ؛ فَإِنَّ الْوَلِيَّ مُحْلَلٌ لَمَّا كَانَ حَرَامًا قَبْلَ الْعَقْدِ ، وَالْحَاكِمُ الْمَرْجُوعُ مُحْلَلٌ بِهَذَا الْإِعْتِبَارِ ، وَالْبَائِعُ لِأَمْتِهِ مُحْلَلٌ لِلْمَشْتَرِي وَطَأْهَا ، فَإِنَّ قَلْنَا : "الْعَامُ إِذَا خَصَّ صَارَ بِمَجْمَلًا" ، بَطَلَ الْإِحْتِجَاجُ بِالْحَدِيثِ . وَإِنْ قَلْنَا : هُوَ حُجَّةٌ فِيمَا عَدَا مُحَلَّ التَّخْصِيسِ ، فَذَلِكَ مَشْرُوطٌ بِبَيَانِ الْمُرَادِ مِنْهُ ، وَلَسْنَا نَدْرِي الْمَحْلَلُ الْمُرَادُ مِنْ هَذَا النَّصِّ ، أَهْوَى الَّذِي نَوَى التَّحْلِيلَ أَوْ شَرْطُهُ قَبْلَ الْعَقْدِ أَوْ شَرْطُهُ فِي صِلْبِ الْعَقْدِ ؟ أَوْ الَّذِي أَحَلَّ مَا حَرَّمَهُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ ؟

وَوَجَدْنَا كُلَّ مَنْ تَزَوَّجَ مُطْلَقَةً ثَلَاثًا فَإِنَّهُ مُحْلَلٌ ، وَلَوْ لَمْ يَشْتَرِ التَّحْلِيلَ وَلَمْ يَنْوِهِ ؛ فَإِنَّ الْحَلَّ حَصَلَ بِوِطْئِهِ وَعَقْدِهِ ؟ وَمَعْلُومٌ قَطْعًا أَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي النَّصِّ ، فَعَلِمَ أَنَّ النَّصَّ إِنَّمَا أَرَادَ بِهِ مَنْ أَحَلَّ الْحَرَامَ بِفِعْلِهِ أَوْ عَقْدِهِ ، وَنَحْنُ وَكُلُّ مُسْلِمٍ لَا نَشْكُ فِي أَنَّهُ أَهْلٌ لِلْعِنَةِ اللَّهُ . وَأَمَّا مَنْ قَصَدَ الْإِحْسَانَ إِلَى أَخِيهِ الْمُسْلِمِ وَرَغِبَ فِي جَمْعِ شَمْلِهِ بِزَوْجَتِهِ ، وَلَمْ شَعَثْ أَوْلَادَهُ وَعِيَالَهُ ، فَهُوَ مُحْسِنٌ وَمَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ ، فَضْلًا عَنِ أَنْ تَلْحَقَهُمُ لَعْنَةُ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ"<sup>(2)</sup>.

د - قَالُوا : إِنْ "قَوَاعِدُ الْفِقْهِ وَأَدْلَتُهُ لَا تَحْرِمُ مِثْلَ ذَلِكَ ، فَإِنَّ هَذِهِ الْعُقُودَ الَّتِي لَمْ يَشْتَرِ الْحَرَمَ فِي صِلْبِهَا عَقُودٌ صَدَرَتْ مِنْ أَهْلِهَا ، فِي مُحْلَلِهَا ، مَقْرُونَةٌ بِشَرْطِهَا ، فَيَجِبُ الْحُكْمُ بِصِحَّتِهَا ، لِأَنَّ السَّبَبَ هُوَ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ ، وَهِيَ تَامَانٌ ، وَأَهْلِيَّةُ التَّعَاقُدِ لَا نِزَاعَ فِيهَا ، وَمَحَلِّيَّةُ الْعَقْدِ قَابِلَةٌ ، فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا الْقَصْدُ الْمَقْرُونُ بِالْعَقْدِ ، وَلَا تَأْتِيرُ لَهُ فِي بَطْلَانِ الْأَسْبَابِ الظَّاهِرَةِ"<sup>(3)</sup>.

**المذهب الثاني :** وَذَهَبَ الْمَالِكِيَّةُ وَالْحَنَابِلَةُ<sup>(4)</sup> وَالْإِبَاضِيَّةُ<sup>(5)</sup> ، إِلَى بَطْلَانِ عَقْدِ الزَّوْجِ بِقَصْدِ التَّحْلِيلِ حَتَّى وَلَوْ لَمْ يَقَعْ التَّصْرِيحُ بِهَذِهِ النِّيَّةِ فِي الْعَقْدِ ، وَذَلِكَ بِأَنْ تَوَاطَأَ الْعَاقِدَانِ عَلَى التَّحْلِيلِ قَبْلَ الْعَقْدِ ، أَوْ نَوَى الزَّوْجِ التَّحْلِيلَ فِي الْعَقْدِ وَلَمْ يَصْرَحْ بِهِ ، أَوْ نَوَاهُ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ ، ثُمَّ عَقَدَا الزَّوْجَ بِهَذَا الْقَصْدِ ، بَطَلَ الْعَقْدُ ، وَلَا تَحَلَّ الْمَرْأَةُ لِزَوْجِهَا الْأَوَّلِ ، عَمَلًا بِمَبْدِئِ سَدِّ الذَّرَائِعِ ، وَبِحَدِيثِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «لَعَنَ اللَّهُ الْمُحْلَلُ وَالْمُحْلَلُ لَهُ»<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ، ص 196 .

<sup>2</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ، ص 197 .

<sup>3</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ، ص 197 .

<sup>4</sup> - ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ص 87 . ابن قدامة ، المغني ، ج 6 ص 646 .

<sup>5</sup> - محمد بن يوسف اطفيش ، شرح النيل ، ج 7 ص 370 .

<sup>6</sup> - رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه عن ابن مسعود ، ورواه الخمسة إلا النسائي عن علي . الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 6 ص 138 .

قال ابن تيمية : "إنّ نكاح المحلل إنما بطل ، لأنّ التّاكح قصد ما يناقض النكاح ، لأنه قصد أن يكون نكاحه لها وسيلة إلى ردها إلى الأول ، والشيء إذا فعل لغيره كان المقصود بالحقيقة هو ذلك الغير لا إياه ، فيكون المقصود بنكاحها أن تكون منكوحة للغير لا أن تكون منكوحة له ، وهذا القدر يناهض قصد أن تكون منكوحة له ، إذ الجمع بينهما متناف ، وهو لم يقصد أن تكون منكوحة له بحال ، حتى يقال قصد أن تكون منكوحة له في وقت ولغيره في وقت آخر"<sup>(1)</sup>.

ويتفق المالكية مع الحنابلة في حرمة هذا النكاح وفساده ، ويفرق بينهما قبل الدخول وبعده ، ويعاقب المحلل والزوجة والشهود إذا كانوا على علم ، ولا تحل الزوجة لمطلقها الأول<sup>(2)</sup>.

والرأي الذي أراه راجحاً هو الرأي الثاني ، لأنّ هذا الفعل أشبه بالسفاح ، بدليل ما روى الحاكم والطبراني في الأوسط عن عمر : «أنه جاء إليه رجل ، فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثاً ، فتزوجها أخ له عن غير مؤامرة ، ليحلها لأخيه ، هل تحل للأول؟ قال : لا ، إلا بنكاح رغبة ، كنا نعد هذا سفاحاً على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم»<sup>(3)</sup>.

### المطلب الثاني : بيع العنب لمن يعصرها خمراً

اختلف الفقهاء في حكم بيع العنب لمن يعصرها خمراً مذهبين ، فذهب الشافعية والحنفية إلى صحة هذا البيع ، وذهب المالكية والحنابلة إلى فساده.

**المذهب الأول :** لم يعتد أصحاب النزعة الموضوعية بالسبب غير المشروع ، مادام لم يذكر صراحة في صيغة العقد ، ومن ثم فقد حكموا بصحة بيع العنب مع الكراهة ، لمن يعصرها خمراً. فقال أبو حنيفة والشافعي بصحة بيع العنب لمن يعصرها خمراً ، لعدم وجود ما يؤكد أنه يتمكن من جعله خمراً ، والإنسان يؤاخذ على مقاصده ، أما الوسائل فقد يحال بينه وبينها. والمحرّم في البيع هو العقد الفاسد ، دون العقد نفسه ، فلم يمنع صحة العقد ، أي أن هناك فرقا بين ظاهر العقد ، والدافع إليه ، والحكم يكون على الظاهر لا على الباطن.

<sup>1</sup> - ابن تيمية ، مجموع فتاوى ، ج 2 ص 231.

<sup>2</sup> - ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ص 87. سحنون بن سعيد التنوخي ، المدونة الكبرى ، ج 2 ص 211. الشيخ عليش ، منح الجليل ، ج 2 ص 57.

<sup>3</sup> - الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 6 ص 139.

وقد "حكى ابن المنذر عن الحسن وعطاء والثوري أنه لا بأس ببيع التمر لمن يتخذه مسكرا. قال الثوري : بيع الحلال ممن شئت ، واحتج لهم بقوله تعالى : {وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ} <sup>(1)</sup> ، ولأنَّ البيعَ تمَّ بأركانه وشروطه <sup>(2)</sup>.

جاء في مختصر الطحاوي : "من كان له عصير فلا بأس عليه ببيعه، وليس عليه أن يقصد بذلك إلى من يأمنه أن يتخذه خمرا، دون من يخاف ذلك عليه؛ لأنَّ العصير حلال فيبيعه حلال، كبيع ما سواه من الأشياء الحلال، مما ليس على بائعها الكشف عما يفعله المشتري فيها" <sup>(3)</sup>.

جاء في الباب : "ولا بأس ببيع العصير ، ولو ممن يعلم أنه يتخذه خمرا ، لأنَّ المعصية لا تقام بعينه، بل بعد تغيره" <sup>(4)</sup>. وجاء في رد المختار: "وقيل يكره، لإعانتته على المعصية... وما تقوم المعصية بعينه، ما توجد فيه على وصفه الموجود حالة البيع كالأمرد، والسلاح" <sup>(5)</sup>.

وذكر السيوطي في الأشباه والنظائر من أقسام البيع الصحيح : "بيع العنب لمن يظنه يعصره خمرا" <sup>(6)</sup>.

قال الشيرازي : "ويكره بيع العنب ممن يعصر الخمر ، والتمر ممن يعمل النبيذ ، ... لأنَّه لا يأمن أن يكون ذلك معونة على المعصية ، فإن باع منه صح البيع ، لأنه قد لا يتخذ الخمر".

قال النووي شارحا قول الشيرازي : قال الشافعي رحمه الله في المختصر : "أكره بيع العصير ممن يعصر الخمر ... ولا أنقض هذا البيع. قال أصحابنا يكره بيع العصير لمن عرف باتخاذ الخمر ، والتمر لمن عرف باتخاذ النبيذ.

فإن تحقق اتخاذه لذلك خمرا ونبيذا ... ففي تحريمه وجهان حكاهما ابن الصباغ والمتولي والبغوي في شرح المختصر والرويان وغيرهم ، أحدهما نقله الرويان عن أكثر الأصحاب يكره كراهة شديدة ولا يحرم. وثانيهما وهو أصح الوجهين يحرم ، وبه قطع أبو حامد الغزالي في الإحياء، فلو باعه صح على الوجهين ، وإن كان مرتكبا للكراهة أو التحريم. وقد ذكر الغزالي في الإحياء أن بيع الغلمان المرء الحسان لمن عرف بالفجور بالغلمان كبيع العنب للخمر ، قال وكذا كل تصرف يفضي إلى معصية" <sup>(7)</sup>.

1 - سورة البقرة ، آية رقم : 274.

2 - ابن قدامة ، المغنى ، ج 4 ص 283.

3 - مختصر الطحاوي ، ص 270.

4 - عبد الغني الغنيمي ، الباب في شرح الكتاب ، ج 3 ص 221.

5 - رد المختار ، ج 5 ، ص 258.

6 - السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج 2 ص 371.

7 - النووي ، المجموع شرح المهذب ، ج 9 ص 353.

**المذهب الثاني :** خالف أصحاب النزعة الذاتية وهم الحنابلة المالكية ، فقالوا بعدم صحة بيع العنب لمن يعصرها خمرا ، واستدلوا على ذلك بقول الله تعالى : { وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ }<sup>(1)</sup>، وهذا نهي يقتضي التحريم.

وبحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من حبس العنب أيام القطف، حتى يبيعه من يهودي أو نصراني، أو من يتخذ خمراً، فقد تقحّم النار على بصره"<sup>(2)</sup>.

وبحديث ابن عمر، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لعن الله الخمر، وشاربها، وساقها، وبائعها، ومبتاعها، وعاصرها، ومعتصرها، وحاملها، والمحمولة إليه"<sup>(3)</sup>. وبقوله صلى الله عليه وسلم أن الله لعن في الخمر عشرة ، فروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم أتاه جبريل فقال يا محمد : إن الله لعن الخمر وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة إليه وشاربها وبائعها ومبتاعها وساقها. وأشار إلى كل معاون عليها ومساعد فيها"<sup>(4)</sup>.

وعن محمد بن سيرين أن قيماً كان لسعد بن أبي وقاص في أرض له ، فأخبره عن عنب أنه لا يصح زيبا ولا يصلح أن يباع ، إلا لمن يعصره ، فأمر بقلعه ؛ وقال : بئس الشيخ أنا إن بعث الخمر.

قال ابن قدامة : إن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذ خمراً محرّم ... إذا ثبت هذا، فإنما يحرم البيع ويطل إذا علم قصد المشتري بذلك؛ إما بقوله وإما بقرائن محتفة به. وإن كان الأمر محتملاً، مثل أن يشتريها من لا يعلم حاله، أو من يعمل الخمر والخل معاً، ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر، فالبيع جائز<sup>(5)</sup>.

قال محمد بن عبد الله الخرشبي : "ويلحق بمنع بيعه للكافر بيع ... العنب لمن يعصره خمرا ، والنحاس لمن يتخذّه ناقوسا ، وكل شيء يُعلم أن المشتري قصد بشرائه أمرا لا يجوز"<sup>(6)</sup>.

1 - سورة المائدة ، آية رقم : 3.

2 - ذكره ابن الجوزي في العلل المتناهية ، ج 2 ص 188. وقال: قال أبو حاتم: لا أصل له من حديث حسين بن واقد. وقال الهيثمي: رواه الطبراني في "الأوسط"، وفيه عبد الكريم بن عبد الكريم، قال أبو حاتم: حديثه يدل على الكذب. مجمع الزوائد ج 4 ص 90.

3 - رواه البيهقي في سننه ، ج 5 ص 327. وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد ، موقوفاً على ابن عمر، وقال: رواه الطبراني في "الكبير"، وفيه ليث بن أبي سليم، وهو ثقة ولكنه مدلس. مجمع الزوائد ج 4 ص 90.

4 - أخرج هذا الحديث الترمذي من حديث أنس. وقال : قد روى هذا الحديث عن ابن عباس وابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم في تحريم النبيذ بإسناده.

5 - ابن قدامة ، المغنى ، ج 4 ص 283 - 284.

6 - محمد بن عبد الله الخرشبي ، الخرشبي على مختصر خليل ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ج 5 ص 10 - 11.

قال الخطاب : وذكر القرطبي والأبي في أوائل شرح مسلم منع بيع العنب لمن يعصرها خمرا، وعلل الأبي سبب المنع بمبدأ سدّ الذرائع<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثالث : بيع السلاح وقت الفتنة

اختلف الفقهاء في حكم بيع السلاح وقت الفتنة على رأيين ، فيرى الشافعية والحنفية صحة هذا البيع مع الكراهة ، وخالف المالكية والحنابلة وأوا فساد هذا البيع.

**الرأي الأول - رأي الحنفية والشافعية:** يرى أبو حنيفة والشافعي ، صحة بيع السلاح وقت الفتنة مع الكراهة ، لأنّ العقد تحقق ركنه وتوفرت شروطه؛ ولأنّ السبب غير المشروع والغرض غير المباح أمر مستتر، فيتك الأمر فيه لله تعالى فهو أعلم بسرائر الناس وما يدور فيها.

قال الشيرازي : "ويكره ... بيع السلاح ممن يعصي الله تعالى به ، لأنه لا يأمن أن يكون ذلك معونة على المعصية ، فإن باع منه صح البيع".

قال النووي شارحا قول الشيرازي : قال الشافعي رحمه الله في المختصر : "أكره بيع ... السلاح لمن يعصي الله تعالى به ، ولا أنقض هذا البيع. قال أصحابنا يكره بيع ... السلاح لمن عرف بالعصيان بالسلاح. فإن تحقق ... أنه يعصي بهذا السلاح ، ففي تحريمه وجهان أحدهما الكراهة ، والثاني التحريم. وبالرأي الثاني قطع أبو حامد الغزالي في الإحياء قال : "وبيع الغلمان المرد الحسان لمن عرف بالفجور بالغلمان كبيع العنب للخمار ، قال وكذا كل تصرف يفضي إلى معصية"<sup>(2)</sup>.

ويعلل الحنفية رأيهم بأنه قائم على الإعانة على الإثم والعدوان ، ذلك أن المعصية لا تتحقق بعين السلاح ، وإنما باستعماله في غير ما شرع له<sup>(3)</sup>. قال الكاساني : "ويكره بيع السلاح من أهل الفتنة، وفي عساكرهم، لأن بيعه منهم من باب الإعانة على الإثم والعدوان وإنه منهي. ولا يكره بيع ما يتخذ منه السلاح كالحديد وغيره، لأنه ليس معدا للقتال، فلا يتحقق معنى الإعانة. ونظيره، بيع الخشب الذي يصلح لانتخاذ المزمار، فإنه لا يكره، وإن كره بيع المزامير"<sup>(4)</sup>.

واعتبر صاحب اللباب أن بيع السلاح في أيام الفتنة مكروه ، ممن يعرف أنه من أهل الفتنة ، لأنه تسبب في المعصية<sup>(5)</sup>.

1 - الخطاب ، مواهب الجليل ، ج 4 ص 254.

2 - النووي ، المجموع شرح المهذب ، ج 9 ص 353.

3 - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج 10 ص 38.

4 - الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج 5 ص 233.

5 - عبد الغني الغنيمي ، اللباب في شرح الكتاب ، ج 3 ص 221.

**الرأي الثاني - رأي الحنابلة والمالكية :** وذهب الحنابلة والمالكية إلى أنه لا يجوز بيع السلاح في الفتنة لأهل الحرب، ولا ما يقصد به الحرام، وإذا وقع العقد فإنه يقع باطلاً ؛ لأن المقصود من العقد هو انتفاع كل واحد من المتبايعين بالبدل، فينتفع البائع بالثمن وينتفع المشتري بالسلعة، وهنا لا يحصل المقصود من الانتفاع؛ لما يترتب عليه من ارتكاب المحذور، ولما فيه من التعاون على الإثم والعدوان المنهي عنهما شرعاً.

واستدلوا على ذلك بحديث عمران بن الحصين ، قال : نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع السلاح في الفتنة<sup>(1)</sup>. ويقول الله تعالى : { وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ }<sup>(2)</sup>.

ومما يلاحظ على فقهاء الحنابلة أنهم جعلوا من قول الله تعالى : { وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ } ، قاعدة عامة تنقيد بها الحقوق سلباً وإيجاباً ، كما جعلوها قيدياً يرد على العمومات ، تحريماً لمقصد الشارع ، ويحتكمون إليها في خلافهم مع غيرهم من فقهاء المذاهب الأخرى<sup>(3)</sup>. قال ابن قدامة: إن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمراً محرماً ... وهكذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام ، كبيع السلاح لأهل الحرب أو لقطاع الطريق أو في الفتنة<sup>(4)</sup>.

قال الخطاب : "وذكر القرطبي والأبي في أوائل شرح مسلم ... يحرم بيع السلاح لمن يعلم أنه يريد قطع الطريق على المسلمين أو إثارة الفتنة بينهم"<sup>(5)</sup>.

وإذا ما قارنا ما قاله الفقهاء المسلمون مع الأمر 97 - 06 المؤرخ في 12 رمضان 1417 هـ الموافق 21 يناير 1997 المتعلق بالعتاد الحربي والأسلحة والذخيرة<sup>(6)</sup>. نجد أن الدولة قد احتكرت كل ما يتعلق بالسلاح صناعة وتجارة وحملًا واقتناء. وهذا ما نصت عليه المادة الأولى من هذا الأمر : "يحظر عبر كامل التراب الوطني صناعة العتاد الحربي والأسلحة والذخيرة كما هي محددة في المواد 2 و3 و4 أدناه ، كما يحظر استيراد ذلك وتصديره والمتاجرة به واقتناؤه وحيازته وحمله ونقله".

1 - رواه البيهقي في سننه ، ج 5 ص 327. وقال الهيثمي: رواه البزار، وفيه بحر بن كنيز السقاء، وهو متروك. فالحديث ضعيف. مجمع الزوائد ج 4 ص 87.

2 - سورة المائدة ، آية رقم : 3.

3 - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص 219، هامش رقم 1.

4 - ابن قدامة ، المغنى ، ج 4 ص 284.

5 - الخطاب ، مواهب الجليل ، ج 4 ص 254.

6 - الأمر 97 - 06 صادر بالجريدة الرسمية العدد رقم 6. المؤرخ في 13 رمضان 1417 هـ الموافق 22 يناير 1997.

وبناء على هذا فإن كل من يرغب في اقتناء سلاحا عليه أن يحصل على رخصة من الدولة ، سواء كان شخص طبيعيا أو معنويا ، طبقا للمواد 8 ، 9 ، 13 ، 14 ، 15 ، 16 . من هذا الأمر .

وعلى ذلك فإذا ما اشترى شخص سلاحا، من غير ترخيص اعتبر عمله جريمة يعاقب عليها القانون، طبقا للمواد 31 – 35 من هذا الأمر .

كما أن الأمر 06 – 97 ، جعل الأصل حظر التجارة في السلاح أو اقتناؤه أو حيازته أو حمله ، إلا بترخيص من الدولة؛ في حين أن الفقهاء المسلمين لم يحظروا شيئا من ذلك ، بل الأصل عندهم هو ملكية السلاح كأى شيء آخر مباح يرغب الإنسان في اقتنائه ، وإنما الاختلاف وقع في وقت الفتنة فقط ، فأباح البيع الحنفية والشافعية ، ومنع ذلك المالكية والحنابلة .

إن مسألة امتلاك السلاح وخاصة لعموم المواطنين يتنازعه اتجاهان ، اتجاه يرى الحظر وهو ما تبناه القانون الجزائري في الأمر 06 – 97 ، وهذا اتجاه تتقاسمه الأنظمة غير الشرعية والدول الشمولية الاستبدادية ، التي تجرد الشعب من كل وسائل الدفاع عن النفس ، ليسهل عليها السيطرة عليه والتحكم في مصيره وتوجيهه كما تريد .

أما الاتجاه الآخر فيرى أن الأصل الإباحة ، وهو اتجاه تبناه الأنظمة الشرعية التي تولت السلطة باختيار الشعب ورضاه، كما هو الحال في فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية وألمانيا وغيرها من الدول الديمقراطية. وقد عدل الدستور الأمريكي أول مرة سنة 1791 بإضافة عشرة بنود<sup>(1)</sup> ، سميت وثيقة الحقوق (Bill of rights) ومما تضمنته التعديل الثاني أنه : " لا يحق لمجلس الشيوخ سن قانون يمنع المواطنين ، من حمل السلاح أو اقتنائه أو بيعه ، أو شراءه" .

والمسألة ليست مجرد اقتناء سلاح للزينة أو للصيد ، بل الأمر أبعد من ذلك ، فهي متعلقة بالسلطة السياسية ، فالدولة الشرعية ترى أن إمكانية تغول السلطة السياسية وانحرافها في أي مجتمع أمر غير مستبعد بل هو أمر وارد؛ ويؤكد ذلك وقائع التاريخ الإنساني ، وهو قبل ذلك حقيقة قرآنية حيث قال الله تعالى : { إِنَّ الْإِنْسَانَ لِرَبِّهِ لَكَنُفٍ \* أَنْ رَأَاهُ اسْتَعْتَى }<sup>(2)</sup> . ومن ثمة وضعوا الضمانات التي تمنع من تفشي هذا المرض ، ومن هذه الضمانات استقلال السلطة القضائية التي بإمكانها أن تلغي أي قرار صادر عن أي جهة في الدولة لا يتمتع بالشرعية والمشروعية، وإلى جوار ذلك حق الشعب في امتلاك السلاح لمقاومة السلطة

<sup>1</sup> - تعرف التعديلات العشرة الأولى من الدستور بـ "وثيقة الحقوق" (Bill of rights)، تسعى لضمان الحريات المدنية ، وقد اقترحها الكونغرس في 25 سبتمبر 1789 . وتم إقرارها في 15 ديسمبر 1791 . وصادقت عليها الهيئات التشريعية لمختلف الولايات وفقاً للمادة الخامسة من الدستور الأساسي .

<sup>2</sup> - سورة العلق ، الآيتان رقم : 6 ، 7 .

المستبدة إذا ما لزم الأمر ، وقد اعتبر الفقه الدستوري الحديث حق مقاومة الطغيان من الحقوق الطبيعية التي لا تسقط بالتقادم ، وقد نص على هذا الحق إعلان حقوق الإنسان والمواطن<sup>(1)</sup> الصادر سنة 1789 حيث نصت المادة الثانية منه على أن "هدف كل تجمع سياسي هو الحفاظ على حقوق الإنسان الطبيعية غير القابلة للتقادم وهذه الحقوق هي الحرية ، والملكية ، والأمن ، ومقاومة الطغيان". وهو ما نصت عليه أيضا المادة 4/20 من دستور ألمانيا الاتحادية لعام 1949.

#### المطلب الرابع : تأجير الأماكن لتكون محلا لممارسة العبادة لغير المسلمين

ذهب الحنفية إلى أن عقد الإيجار يكون صحيحا ، ولا يعتد بالسبب غير المشروع ، إذا لم ينص المستأجر صراحة في العقد أنه يريد أن يتخذ هذا المكان كنيسة، فإذا ما تبين قصد المستأجر بعد ذلك ، فإنه يجوز للمؤجر ولعامة المسلمين اللجوء إلى القضاء عن طريق الحسبة وطلب بطلان هذا العقد. أما إذا صرح المستأجر بقصده في العقد ، أنه يريد أن يجعل من هذا المكان محلا عاما لأداء عبادة لغير المسلمين ، فإن العقد يكون باطلا ، لعدم مشروعية سببه ، لأنه استئجار على المعصية. جاء في البدائع : "غير أنّ الذمي إن استأجر دارا من مسلم في المصر، فأراد أن يتخذها مصلى للعامة، ويضرب فيها بالناقوس، له ذلك. ولرب الدار وعامة المسلمين أن يمنعه من ذلك، على طريق الحسبة، لما فيه من إحداث شعائر لهم، وفيه تهاون بالمسلمين، واستخفاف بهم، كما يمنع من إحداث ذلك في دار نفسه في أمصار المسلمين، قال النبي صلى الله عليه وسلم "لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة"<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - صدر هذا الإعلان - عقب قيام الثورة الفرنسية - عن ممثلي الشعب الفرنسي في الجمعية الوطنية الفرنسية، بتاريخ 26 أوت 1789. وقد أجمع الفقه الفرنسي على إعطاء القيمة الدستورية لجميع مواد هذا الإعلان. محمد فوزي نويحي، فكرة تدرج القواعد الدستورية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، ص 27.

<sup>2</sup> - رواه أحمد بن حنبل وأبو عبد القاسم بن سلام عن توبة بن نمر عن أحمد بن حنبل ، ثنا حماد بن خالد الخياط، أخبرنا الليث بن سعد ، عن توبة بن نمر الحضرمي (قاضي مصر) عن أحمد بن حنبل ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة». قال أبو الحسن علي بن عبد الكافي السبكي في فتوى له في منع ترميم الكنائس ، بعد إيراده هذا الحديث من طريق الإمامين أحمد بن حنبل وأبي القاسم بن سلام : "استدلوا به على عدم إحداث الكنائس ، ولو قيل إنه شامل للإحداث والإبقاء لم يبعد ، ويخص منه ما كان بالشرط بدليل، ويبقى ما عداه على مقتضى اللفظ ، وتقديره : لا كنيسة موجودة شرعا". فتاوى السبكي ، ج 2 ص 374.

ورواه أيضا موقوفا على عمر بن الخطاب بغير هذا الإسناد. قال أبو عبيد : حدثني أبو الأسود عن ابن لهيعة ، عن يزيد بن أبي حبيب ، عن أبي الخير - أي مرثد بن عبد الله البزني - قال : قال عمر بن الخطاب : «لا كنيسة في الإسلام ولا خصاء». حدثني أحمد بن بكير عن ابن لهيعة عن يزيد بن أبي حبيب عن عمر مثل ذلك ، ولم يذكره عن أبي الخير.

أي لا يجوز إحصاء الإنسان<sup>(1)</sup> ولا إحداث الكنيسة في دار الإسلام في الأمصار. ولا يمنع أن يصلى فيها بنفسه من غير جماعة، لأنه ليس فيه ما ذكرناه من المعنى ، ألا ترى أنّه لو فعل ذلك في دار نفسه ، لا يمنع منه.

ولو كانت الدار بالسواد<sup>(2)</sup> ، ذكر في الأصل أنه لا يمنع من ذلك، لكن قيل إن أبا حنيفة إنما أجاز ذلك في زمنه لأن أكثر أهل السواد في زمنه كانوا أهل الذمة من الجوس، فكان لا يؤدي ذلك إلى الإهانة والاستخفاف بالمسلمين. وأما اليوم فالحمد لله عز وجل فقد صار السواد كالمصر، فكان الحكم فيه كالحكم في مصر، وهذا إذا لم يشترط ذلك في العقد.

فأما إذا شرط بأن استأجر ذمي داراً من مسلم في مصر من أمصار المسلمين ، ليتخذها مصلى للعمامة ، لم تجز الإجارة ، لأنه استأجر على المعصية<sup>(3)</sup>.

ويتفق الحنابلة والمالكية مع الحنفية ، في منع بيع الدار أو إيجارها ، لمن يتخذها كنيسة. قال ابن قدامة : إن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمراً محرماً ... وهكذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام ، كإجارة داره لبيع الخمر فيها ، أو لتتخذ كنيسة ، أو بيت نار وأشبه ذلك ، فهو حرام والعقد باطل<sup>(4)</sup>.

جاء في المدونة : قال مالك : " لا يعجبني أن يبيع الرجل داره ممن يتخذها كنيسة ، ولا يؤاجر داره ممن يتخذها كنيسة". وكان مالك يقول : ليس للنصارى أن يحدّثوا الكنائس في بلاد الإسلام<sup>(5)</sup>.

وقال الخطاب : "وكذا يحرم بيع الدار، وكراؤها لمن يتخذها كنيسة أو بيت نار ، وكذا لمن يجعل فيها الخمر"<sup>(6)</sup>.

وقال محمد بن عبد الله الخرشبي : "ويلحق بمنع بيعه للكافر بيع ... الدار لمن يتخذها كنيسة ، والخشبة لمن يتخذها صليبا ، والعنب لمن يعصره خمرا ، والنحاس لمن يتخذّه ناقوسا ، وكل شيء يُعلم أن المشتري قصد بشرائه أمرا لا يجوز"<sup>(7)</sup>.

1 - طبقا للمادة 274 من قانون العقوبات الجزائري ، فإنّ الخصاء يعتبر جناية ويعاقب كل من ارتكب جنابة الخصاء بالسجن المؤبد. ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة.

2 - سواد البلدة : ما حولها من الريف والقرى.

3 - الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج 4 ، ص 176 .

4 - ابن قدامة ، المغنى ، ج 4 ص 284.

5 - سحنون بن سعيد التنوخي ، المدونة الكبرى ، ج 4 ص 424.

6 - الخطاب ، مواهب الجليل ، ج 4 ص 254.

7 - الخرشبي على مختصر خليل ، ج 5 ص 10 - 11.

وإذا ما قارنا ما ذكره الفقهاء المسلمون، مع ما ورد في الأمر 06 - 02 مكرر، المؤرخ في 29 محرم 1427 هـ الموافق 28 فيفري 2006م ، الذي يحدد شروط وقواعد ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين في الجزائر<sup>(1)</sup>. وخاصة المادة 5 التي تخضع أي بناية لممارسة الشعائر الدينية للرأي المسبق للجنة الوطنية للشعائر الدينية ، وهي لجنة موجودة على مستوى وزارة الشؤون الدينية والأوقاف ، نجد ما يلي :

أ - إن الفقهاء المسلمين فرّقوا بين الشخص الذي يمارس عبادة في بيته فهذا لا يمنعه أحد من ذلك، وبين من يريد أن يتخذ مكانا لممارسة العبادة جماعيا؛ وهنا فرّقوا بين أن يكون ذلك في الأمصار ، أو يكون ذلك في القرى والأرياف. فعلى رأي أبي حنيفة<sup>(2)</sup> حيث كان سكان أغلب القرى والأرياف في عهده من غير المسلمين فأجاز لهم ذلك ، أما في الأمصار حيث غالبية السكان من المسلمين فقد منع ذلك. أما في عهد الكاساني<sup>(3)</sup> حيث أصبحت القرى كالمدين غالبية السكان من المسلمين ، فقد أصبح الحكم الشرعي المنع في الحالتين، وذلك إذا لم يصرح المستأجر صراحة أنه يريد أن يتخذ هذا المكان كنيسة، أما إذا صرح بذلك وأنه يريد أن يجعل من هذا المكان مصلى للعامة ، فإن ذلك لا يجوز ، لأنه استئجار على المعصية، وهذا الحكم واضح من نصوص فقهاء المالكية التي نقلناها.

أما الأمر 06 - 02 مكرر في مادته الخامسة، فإنه لم يفرق بين المدن والأرياف والقرى، بل جعل الأمر كله بيد اللجنة الوطنية لممارسة الشعائر الدينية<sup>(4)</sup>، فهي التي ترخص بتخصيص أي بناية لممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين. وبناء على ذلك فلو أن شخصا معينا أجر دارا لجماعة من غير المسلمين لتكون مكانا لممارسة العبادة ، دون أن يحصلوا على ترخيص من اللجنة الوطنية للشعائر الدينية، فإن عقد الإيجار يكون باطلا، أما إذا تحصلوا على الرخصة من هذه اللجنة فإن عقد الإيجار يكون صحيحا.

<sup>1</sup> - الأمر 06 - 02 صادر بالجريدة الرسمية في العدد رقم 12 بتاريخ أول صفر 1427 هـ الموافق أول مارس 2006. ص 25. وقد ورد في هذا العدد من الجريدة الرسمية خطأ يتعلق برقم الأمر ، حيث كان رقمه هو 06 - 03. وقم تم استدراك هذا الخطأ في الجريدة الرسمية في العدد رقم 54 ، وأصبح رقمه هو 06 - 02 مكرر، بدلا من الأمر 06 - 03. انظر الجريدة الرسمية العدد رقم 54 الصادر بتاريخ 10 شعبان 1427 هـ الموافق 3 سبتمبر 2006. ص 15.

<sup>2</sup> - عاش الإمام أبو حنيفة بالكوفة في القرن الأول والثاني الهجريين ، حيث ولد سنة 80 وتوفي سنة 150 هـ.

<sup>3</sup> - عاش الإمام علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي في حلب بالشام ، في القرن السادس الهجري ، حيث توفي في 10 رجب 587 هـ الموافق 9 أغسطس 1191.

<sup>4</sup> - وتشكل اللجنة طبقا للمادة 4 من المرسوم التنفيذي 07 - 158 المؤرخ في 27 ماي 2007 ، من وزير الشؤون الدينية أو ممثله رئيسا ، ومن ممثل وزارة الدفاع ووزارة الداخلية ووزارة الخارجية والمديرية العامة للأمن الوطني وقيادة الدرك الوطني واللجنة الوطنية الاستشارية لترقية حقوق الإنسان وحماتها.

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا السياق وفق أي معيار توافق اللجنة على تخصيص بنايات لتكون كنائس أو بيّع أو غيرها من دور العبادة لغير المسلمين؟ هل هناك عدد معين من أتباع أي دين يجب أن يتوفر لكي توافق اللجنة على ذلك؟ وهل يشترط أن يتمتع هؤلاء بالجنسية الجزائرية أم لا يشترط ذلك، ويكتفى بأن تكون لهم إقامة قانونية فقط؟

وبما أن اللجنة القانونية، فهي تلتزم بقانون تأسيسها، وبالرجوع إلى الأمر 06 - 02 مكرر، فإن البناء القانوني لها يرتكز على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الذي انضمت إليه الجزائر بموجب الأمر الرئاسي رقم 89 - 67 المؤرخ في 11 شوال 1409 الموافق 16 ماي 1989، ومن ثم فإن مرجعية عمل اللجنة في الموافقة من عدمها هو هذا العهد الدولي والإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

وبمقتضى المادة 1/18 من هذا العهد فإن اللجنة يلزمها أن توافق على كل من يطلب تخصيص بناية لإقامة الشعائر الدينية، لأن هناك إلزاما قانونيا على الدولة<sup>(1)</sup>، والتزاما عليها، كي تتمكن كل إنسان من إقامة شعائر دينه بمفرده أو مع جماعة وأمام الملائ أو على حدة. والفقرة الثالثة من المادة نفسها تمنع إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده، إلا للقيود التي يفرضها القانون والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحررياتهم.

وهذا هو نص المادة 18 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية:

1 - لكل إنسان حق في حرية الفكر والوجدان والدين. ويشمل ذلك حرّيته في أن يدين بدين ما، وحرّيته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره، وحرّيته في إظهار دينه أو معتقده بالتعبّد وإقامة الشعائر والممارسة والتعليم، بمفرده أو مع جماعة، وأمام الملائ أو على حدة.

2 - لا يجوز تعريض أحد لإكراه من شأنه أن يخل بحرّيته في أن يدين بدين ما، أو بحرّيته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره.

3 - لا يجوز إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده، إلا للقيود التي يفرضها القانون والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحرّياتهم الأساسية.

والحكم نفسه نصت عليه المادة 18 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حيث جاء فيها: "لكل شخص حق في حرية الفكر والوجدان والدين، ويشمل هذا الحق حرّيته في تغيير دينه أو معتقده، وحرّيته في إظهار دينه أو معتقده بالتعبّد وإقامة الشعائر والممارسة والتعليم، بمفرده أو مع جماعة، وأمام الملائ أو على حدة".

<sup>1</sup> - أحمد سليم سعيّان، الحريات العامة وحقوق الإنسان، ج 2 ص 150.

والجزائر ملزمة بمقتضى أحكام الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، لأنها صادقت عليه بالمادة 11 من دستور 1963.

## الفصل الثاني

### معايير نظرية السبب في الفقه المالكي والحنبلي والإباضي

لما كان الفقه الإسلامي ، يقوم على أساس ديني ، وتغلب فيه العوامل الأدبية والخلقية ، فإنّ هذا يقتضي أن يعتد فيه بالبائع الذي تقاس به شرف النيات وطهارتها، ومن ثم فيكون لنظرية السبب الباعث - وهي نظرية خُلّقية في المقام الأول - مكان معتبر في الأحكام الفقهية المختلفة.

ويتبنى المذهب المالكي والحنبلي والإباضي هذا الاتجاه ، الذي يهتم بهذه العوامل ويبني عليها اجتهاداته وآراءه الفقهية ، وهم بذلك يمثلون النظرية الذاتية في الفقه الإسلامي ، ويعتمد أنصار هذه النظرية على النيات والمقاصد ، ويراعون وجودها في العقود والتصرفات ، فيحكمون على التصرف بالصحة أو البطلان بالنظر إلى السبب الباعث ، فإن كان السبب الباعث مشروعاً كان التصرف صحيحاً، وإن كان غير مشروع ، فإنّ التصرف يكون باطلاً ولا ينتج أثره في محله، حتى وإن لم يذكر صراحة في صلب التعبير عن الإرادة.

وبما أن السبب الباعث أمر نفسي ، ويتغير من عقد إلى آخر بتغير المتعاقدين والبواعث التي تدفعهم إلى التعاقد ، فقد وضع له أنصار هذه النظرية معياراً وضابطاً يرجع إليه ، وهو علم الطرف الآخر به ، وذلك حتى لا يكون محلاً للنزاع ومثاراً لزعزعة التعامل بين الناس.

وإذا كان السبب الباعث له تأثير في صحة العقود والتصرفات وبطلانها ، فقد بنى الفقهاء هذا التأثير على أصل من أصول الفقه وهو سدّ الدرائع ، فما العلاقة بين سدّ الدريعة والسبب الباعث ؟ وما مداها ؟ هذا ما يتم مناقشته في المباحث الثلاثة الآتية وهي :

**المبحث الأول : العمل بالسبب الباعث وإن لم يذكر صراحة في التعبير عن الإرادة.**

**المبحث الثاني : العلاقة بين سدّ الدرائع والسبب الباعث.**

**المبحث الثالث : معيار أعمال السبب الباعث.**

## المبحث الأول

### العمل بالسبب الباعث وإن لم يذكر صراحة في التعبير عن الإرادة

تبين من المبحث السابق أن المذهبين الشافعي والحنفي ، وهم أنصار النظرية الموضوعية ، لا يعتدون بالسبب الباعث ، إلا إذا تضمنه التعبير عن الإرادة صراحة أو ضمنا ، فإن لم يتضمنه التعبير لم يعتدوا به . أما المذهب الحنبلي والمالكي والإباضي فيغلبون العوامل الأدبية والخلقية والدينية ، ومن ثم فهم يعتدون بالسبب الباعث حتى ولو لم يتضمنه التعبير عن الإرادة ، أي ولو لم يكن منصوبا عليه صراحة في صيغة العقد ، ويكون العقد صحيحا أو باطلا تبعا لما إذا كان هذا الباعث مشروعاً أو غير مشروع . لما كانت المنهجية التي سار عليها البحث تقوم على الاستقراء والتحليل ، فسيتم استعراض نصوصا من المذاهب الفقهية الثلاثة ، تدلل على صحة ما تم ذكره ، ويكون ذلك في مطالب ثلاثة .

### المطلب الأول : السبب الباعث في المذهب المالكي

يعتد فقهاء المالكية بالسبب الباعث ولو لم يذكر في صلب العقد ، ولا يجيزون تبعا لذلك بيع أي شيء علم أن المشتري قصد به أمرا لا يجوز ، كبيع جارية لأهل الفساد ، وبيع أرض لتتخذ كنيسة أو خمار ، وبيع خشبة لمن يصنعها صليبا ، وبيع العنب لمن يعصرها خمرا ، والنحاس لمن يتخذة ناقوسا ، وكذا يمنع أن تباع آلة الحرب للحريين ، كسلاح أو كراع أو سرج وكل ما يتقوون به في الحرب ، من نحاس أو خباء أو ماعون ، كما يمنع بيع الشمع إذا كانوا يستعينون به على إضرار المسلمين ، فإن كان لأعيادهم فمكروه<sup>(1)</sup> .

ويعتبر الشاطبي واحدا من كبار فقهاء المالكية ، وقد عبر بشكل جيد عن تأثير المقاصد والنيات في الأحكام الشرعية ، وتكفي الإشارة فقط إلى أن الجزء الثاني من كتابه القيم "الموافقات" ، قد خصصه للمقاصد ، وقسمه إلى قسمين ، القسم الأول خصصه لقصد الشارع ، والقسم الثاني خصصه لقصد المكلف ، وسوف نستهدي بمجموعة من القواعد ذكرها الشاطبي فيها خلاصة رأي المالكية في الموضوع .

**القاعدة الأولى :** "قصد الشارع من المكلف ، أن يكون قصده من العمل ، موافقا لقصده في التشريع"<sup>(2)</sup> .

يتبين من هذه القاعدة أن على المكلف أن يحمي مقاصد الشريعة ويصونها ، وذلك بأن لا يأتي تصرفات بدوافع غير مشروعة ، تنقض مقاصد الشريعة أو تهدمها . فلا يكفي أن يكون ظاهر الفعل الذي

<sup>1</sup> - الخرشبي على مختصر خليل ، ج 5 ص 10 - 11 . الخطاب ، مواهب الجليل ، ج 4 ص 253 - 254 . شمس الدين

محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 3 ص 7 .

<sup>2</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 331 .

يقوم به مشروعاً ، حتى يوصف بالمشروعية ، وإنما لا بد من أن تكون بواعث المكلف ودوافعه المستكنة في داخل نفسه ، مشروعة أيضاً عندما يعزم على مباشرة الفعل ؛ حتى لا يحصل الاختلال بين مشروعية الفعل ، وفساد القصد. لأنّ القصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي.

وقد استدلل الشاطبي على صحة ما ذكره ، أن الشريعة قامت على جلب المصالح ودرء المفاسد ، وهذا يهتم على الملّكف ألا ينقض هذا الأساس الذي قامت عليه الشريعة ، سواء كانت المناقضة بالفعل أو بالنية والقصد؛ وتكون المناقضة بالفعل وذلك بأن يأتي المكلف الفعل على غير الحدّ الذي رسمه الشارع وراعاه، وتكون المناقضة بالقصد وذلك بتوجه نيته وقصده إلى خلاف ما أَرادَه اللهُ تعالى من الحكم المشروع<sup>(1)</sup>.

كما استدلل أيضاً بالغاية التي من أجلها خلق الله الخلق ، وهي العبادة ، قال الله تعالى : { وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ }<sup>(2)</sup>. فلا تقتصر العبادة في دلالتها على أن تكون جوارح الإنسان الحسية هي المحققة لذلك فقط ، بل تتسع العبادة لتشمل النيات والقصود المستكنة في القلوب ، إذ بذلك تتحقق العبادة الكاملة لله تعالى، فمقتضى العبودية لله تحتم على المكلف أن يذعن قصده لقصد الشارع ، كما أذعنت جوارحه لأمره سبحانه ، وإنما يتحقق الإذعان القلبي والنفسي ، بأن لا يقصد المكلف من عقوده وتصرفاته ، خلاف ما قصده مولاه سبحانه<sup>(3)</sup>.

والأمثلة التي توضح القاعدة التي ذكرها الشاطبي كثيرة ، منها :

أ - عقد البيع ، نص القرآن الكريم على شرعية هذا العقد ، فقال الله تعالى : { وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا }<sup>(4)</sup>. وقد شرع الله البيع لحكمة وهي دفع الحرج عن النَّاسِ ، وذلك أن الإنسان مدني بطبعه ، لا يستطيع أن يعيش معزولاً عن الآخرين ؛ وحاجاته المختلفة تتعلق بما في يد غيره ، وصاحب الحاجات لا يبذلها بغير عوض ؛ فعن طريق البيع يستطيع كل طرف الحصول على حاجته ، المشتري يحصل على السلعة والبائع يحصل على الثمن. فإذا استعمل البيع على النقيض من هذه الحكمة ، كأن يلجأ المتبايعان إلى صورة

<sup>1</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 331.

<sup>2</sup> - سورة الذاريات ، آية رقم : 56.

<sup>3</sup> - عبد الرحمن إبراهيم الكيلاني ، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي ، ص 388.

<sup>4</sup> - سورة البقرة ، آية رقم : 274.

البيع من أجل الوصول إلى الربا، كبيع العينة مثلاً<sup>(1)</sup> ، فإن قصد المتبايعين يكون على نقيض قصد الشارع ، إذ غايتهما التوسل بالبيع المشروع للوصول إلى الربا المحرم، فيكون حينها بيعهما باطلاً.

ب - شرع الله الزواج لحكم ومقاصد ، منها السكن والمودة والرحمة بين الزوجين ، قال الله تعالى : { وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ }<sup>(2)</sup>. وأشار النبي صلى الله عليه وسلم إلى حكم أخرى للزواج وهي : غض البصر وحفظ الفرج ، فقال : "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج"<sup>(3)</sup>. ولخص الشاطبي مقاصد النكاح فقال : "إن الشارع قصد بالنكاح التناسل أولاً ؛ ثم يتبعه اتخاذ السكن ، ومصاهرة أهل المرأة لشرفهم ، أو دينهم أو نحو ذلك. أو الخدمة أو القيام على مصالحه ، أو التمتع بما أحل الله من النساء أو التحمل بمال المرأة أو الرغبة في جمالها ، أو الغبطة بدينها ، أو التعفف عما حرم الله"<sup>(4)</sup>.

فإذا ما خالف المكلف هذه المقاصد ، كأن يكون قصده من الزواج مجرد المتعة وقضاء الشهوة مدة من الزمن ثم يفارق هذه المرأة ، أو يكون قصده من الزواج أن يجعلها لزوجها الأول الذي طلقها ثلاثاً ، أو يكون قصده الرغبة في الحصول على وثائق الإقامة ، كما هو حاصل مع الشباب المهاجر إلى الدول الغربية؛ كان فعل المكلف بهذا القصد مخالفاً لقصد الشارع من أصل تشريع الزواج ، وهادماً للمصلحة التي رسمها الشارع غاية لإباحة الزواج شرعاً.

ج - شرع الله الطلاق حلاً منطقياً وعلاجاً واقعياً ، إذا تعذر استمرار الحياة الزوجية ، وأصبح الزواج مظنةً لاضطراب حالة العائلة ودخول عوامل الفساد على كلا الزوجين<sup>(5)</sup> ، فإذا ما استعمل الزوج حقه في الطلاق من أجل حرمان الزوجة من الميراث ، فطلقها طلاقاً باتاً في مرض الموت ، فإنه في هذه الحالة يكون مخالفاً لقصد الشارع من تشريع الطلاق ، فلا يقع طلاقه وترثه زوجته معاملة له بنقيض مقصوده. وذهب المالكية إلى أنها ترثه وإن انقطعت عدتها وتزوجت من شخص آخر ، لأنه ما طلقها إلا

<sup>1</sup> - وصورة العينة : أن يبيع شخص شيئاً لغيره بثمن مؤجل ، ويسلمه إلى المشتري ، ثم يشتري البائع ذلك الشيء قبل قبض الثمن ، بنقد حال ، أقل من الثمن الذي باعه به. وقد سبق بيان ذلك تفصيلاً في المبحث الأول من هذا الفصل عند الحديث على معايير النظرية عند الحنفية والشافعية.

<sup>2</sup> - سورة الروم ، آية رقم : 20.

<sup>3</sup> - أخرجه البخاري في كتاب الصوم حديث رقم 1905. وفي كتاب النكاح حديث رقم 5065. وأخرجه كذلك مسلم وأبو داود والنسائي وابن حبان.

<sup>4</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 244.

<sup>5</sup> - عبد الرحمن الصابوني ، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام ، ص 94.

ليحرمها من الميراث فيعامل بنقيض مقصوده، ولأنّ سبب توريثها فراره من توريثها ، وهذا المعنى لا يزول بعد انقضاء العدة<sup>(1)</sup>.

**القاعدة الثانية :** "إن الأعمال بالنيات ، والمقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والعبادات"<sup>(2)</sup>.  
فهذه القاعدة تؤكد مكانة السبب الباعث وتأثير مقاصد المكلفين على تصرفاتهم ، سواء أكانت عبادات أم معاملات ، ويمكن أن نحدد وجوه التأثير فيما يلي :

أ - "إن المقاصد تفرق بين ما هو عادة وبين ما هو عبادة ؛ وفي العبادات بين ما هو واجب وغير واجب ؛ وفي العبادات بين الواجب والمندوب ، والمباح ، والمكروه والمحرم ، والصحيح والفاقد ، وغير ذلك من الأحكام".

ب - "العمل الواحد يُقصد به أمر فيكون عبادة ، ويقصد به شيء آخر فلا يكون كذلك ؛ بل يقصد به شيء فيكون إيمانا ، ويقصد به شيء آخر فيكون كفرا كالسجود لله أو الصنم".

ج - العمل<sup>(3)</sup> إذا تعلق به القصد تعلق به الأحكام التكليفية، وإذا عرى عن القصد لم يتعلق به شيء منها، كفعل النائم والغافل والمجنون<sup>(4)</sup>.

ويسوق الشاطبي الأدلة على حجية هذه القاعدة ، ويقرر ابتداءً أن الأدلة على هذه القاعدة لا تنحصر<sup>(5)</sup>، ويورد مع ذلك عددا من نصوص القرآن والسنة يدلل بها على صحة القاعدة ، ومن ذلك :

1 - قول الله تعالى { وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ }<sup>(6)</sup>.

يخاطب الله تعالى في هذه الآية الأزواج المطلقين لزوجاتهم ، بالنهي عن إطالة العدة على المرأة بقصد المضارة بها ، وذلك بأن يراجع زوجته قرب انقضاء عدتها ، ثم يطلق بعد ذلك ، لتستأنف عدة جديدة<sup>(7)</sup>.  
وقد شتّع الله على من يقصد القيام بهذا الفعل<sup>(8)</sup>، "والمعنى فراجعوهن من غير ضرار أو خلوهن حتى تنقضي

<sup>1</sup> - القرافي ، الذخيرة ، ج 13 ص 14. المدونة ، ج 2 ص 34 - 35.

<sup>2</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 323.

<sup>3</sup> - سواء كان عبادة أو معاملة ، قولاً أو فعلاً.

<sup>4</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 324.

<sup>5</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 323.

<sup>6</sup> - سورة البقرة ، آية رقم : 229.

<sup>7</sup> - القاضي ابن عطية الأندلسي ، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز ، ج 1 ص 309.

<sup>8</sup> - الطاهر بن عاشور ، التحرير والتنوير ، ج 2 ص 421.

عدّتهنّ من غير تطويل"<sup>(1)</sup>. ومما يؤكد معنى الآية سبب نزولها ، فقد أخرج ابن جرير وابن المنذر عن السدي أنّ رجلاً من الأنصار يدعى ثابت بن يسار طلق زوجته حتى إذا انقضت عدّتها إلا يومين أو ثلاثة ، راجعها ثم طلقها ، ففعل ذلك بها حتى مضت لها تسعة أشهر يضارها ، فأنزل الله تعالى هذه الآية<sup>(2)</sup>.

وإرادة الضرر قصد قلبي وأمر متعلق بالبواعث والنّيّات الخفية ، والله سبحانه ينهى عن أن يكون باعث الإضرار هو الحافز على إرجاع المرأة وردها إلى عصمة زوجها المطلق ، ولذلك لا خلاف بين الفقهاء في تأييم من أرجع زوجته المطلقة رجعيًا بقصد المضارة<sup>(3)</sup>.

2 - قول الله تعالى : { مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ ذَيْنِ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَلِيمٌ }<sup>(4)</sup>. تشترط الآية القصد المشروع عند إنشاء الوصية ، فلا بد أن يكون السبب الباعث عليها مشروعاً ، ومن هنا كانت المضارة في الوصية منهيها عنها ، وذلك بأن يقرّ بدين ليس واجبا عليه ، أو أن يوصي لوارث ، أو يزيد في الوصية على الثلث ، فهذا لا يجوز ، وإن كان الأمر متروكاً للورثة فهم أصحاب الحق في ذلك ، فلهم حق الطعن في تصرفات مورثهم.

وقد ذكر ابن عطية في تفسيره "أن وجوه المضارة كثيرة لا تنحصر وكلها ممنوعة ، منها أن يقرّ بحق ليس عليه ، ويوصي بأكثر من الثلث ، أو لوارثه ، أو بالثلث فراراً من وارث محتاج؛ ومشهور مذهب مالك وابن القاسم أن فعله لا يعد مضارة مادام في الثلث ، فإن ضارّ الورثة في ثلثه مضى ذلك"<sup>(5)</sup>.

**القاعدة الثالثة :** قال الشاطبي : "كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له ، فقد ناقض الشريعة ، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل. فمن ابتغى في تكاليف الشريعة ما لم تشرع له فعمله باطل"<sup>(6)</sup>.

ويعبر في نص آخر أكثر وضوحاً عن هذه القاعدة ، ويحكم بطلان التصرفات إذا كان الباعث عليها سبباً غير مشروع ، فيقول : "لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد ، كانت الأعمال معتبرة بذلك لأنه مقصود الشارع فيها كما تبين ، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروع فلا إشكال. وإن كان الظاهر موافقاً والمصلحة مخالفة ، فالفعل غير صحيح وغير مشروع ؛ لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة

<sup>1</sup> - الألويسي ، روح المعاني ، ج 2 ص 142.

<sup>2</sup> - القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن الكريم ، ج 3 ص 156.

<sup>3</sup> - عبد الرحمن إبراهيم الكيلاني ، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي ، ص 426.

<sup>4</sup> - سورة النساء ، آية رقم : 12.

<sup>5</sup> - القاضي ابن عطية الأندلسي ، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز ، ج 2 ص 20.

<sup>6</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 333.

لأنفسها ، وإنما قصد بها أمور آخر هي معانيها ، وهى المصالح التي شرعت لأجلها ، فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع فليس على وضع المشروعات"<sup>(1)</sup>.

فقد حددت هذه القاعدة بشكل واضح أثر المناقضة بين قصد الشارع وقصد المكلف ، حيث حكمت ببطلان التصرفات التي قام بها المكلف ، إذا كان الظاهر موافقا للمشروعية ، ولكن الدافع والقصد غير مشروع.

ويستدل الشاطبي على صحة القاعدة بوجوه عدة:

أحدها : أن الأفعال والتروك ، من حيث هي أفعال أو تروك متماثلة عقلا بالنسبة إلى ما يقصد بها؛ إذ لا تحسين للعقل ولا تقييح ، فإذا جاء الشارع بتعيين أحد المتماثلين للمصلحة ، وتعيين الآخر للمفسدة فقد بيّن الوجه الذي منه تحصل المصلحة فأمر به أو أذن فيه. وبيّن الوجه الذي به تحصل المفسدة ، فنهى عنه رحمة بالعباد، فإذا قصد المكلف عين ما قصده الشارع بالإذن ، فقد قصد وجه المصلحة على أتمّ وجوهه ، فهو جدير بأن تحصل له.

وإن قصد غير ما قصده الشارع ؛ وذلك إنما يكون في الغالب لتوهم أن المصلحة فيما قصد ؛ لأن العاقل لا يقصد وجه المفسدة كفاحا ، فقد جعل ما قصد الشارع مهمل الاعتبار ، وما أهمل الشارع مقصودا معتبرا، وذلك مضادة للشرعية ظاهرة<sup>(2)</sup>.

ويمكن اختصار هذا الدليل بالقول : إنّ العمل المناقض للمشروعات باطل ، وقد اختصره عبد الله دراز فقال : "يكفي في الدليل الأول أن يقول : لأنه إذا قصد المكلف غير ما قصد الشارع ، فقد جعل ما قصده الشارع مهمل الاعتبار"<sup>(3)</sup>.

الثاني : أن حاصل هذا القصد يرجع إلى أن ما رآه الشارع حسنا ، فهو عند هذا القاصد ليس بحسن ، وما لم يره الشارع حسنا فهو عنده حسن ، وهذه مضادة أيضا<sup>(4)</sup>.

الثالث : أن الله تعالى يقول : ﴿ وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصَلِّهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا ﴾<sup>(5)</sup>. وقال عمر بن عبد العزيز : "سنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم وولاة الأمر من بعده سننا ، الأخذ بما تصديق لكتاب الله ، واستكمال لطاعة الله ، وقوة

<sup>1</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 385.

<sup>2</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 333 - 334.

<sup>3</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 333 هامش رقم 1.

<sup>4</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 334.

<sup>5</sup> - سورة النساء ، آية رقم : 114.

على دين الله. من عمل بها مُهتد ؛ ومن استنصر بها منصور ، ومن خالفها اتّبع غير سبيل المؤمنين ، وولادة الله ما تولى وأصله جهنم وساءت مصير<sup>(1)</sup>. والآخذ في خلاف مآخذ الشارع ، من حيث القصد إلى تحصيل المصلحة أو درء المفسدة ، مشاققة ظاهرة<sup>(2)</sup>.

الرابع : إن الآخذ بالمشروع من حيث لم يقصد به الشارع ذلك القصد ، آخذ في غير مشروع حقيقة؛ لأن الشارع إنما شرعه لأمر معلوم بالفرض ، فإذا أخذ بالقصد إلى غير ذلك الأمر المعلوم ، فلم يأت بذلك المشروع أصلا ، وإذا لم يأت به ناقض الشارع في ذلك الآخذ ، من حيث صار كالفاعل لغير ما أمر به ، والتارك لما أمر به، وهذه مناقضة واضحة توجب بطلان الفعل أو التصرف<sup>(3)</sup>.

الخامس : أن المالك إنما كلف بالأعمال من جهة قصد الشارع بها في الأمر والنهي ، فإذا قصد بها غير ذلك كانت بفرض القاصد وسائل لما قصد لا مقاصد ، إذ لم يقصد بها قصد الشارع فتكون مقصودة، بل قصد قصدا آخر جعل الفعل أو الترك وسيلة له، فصار ما هو عند الشارع مقصودا وسيلة عنده، وما كان شأنه هذا نقض لإبرام الشارع ، وهدم لما بناه<sup>(4)</sup>.

السادس : أن هذا القاصد مستهزئ بآيات الله ، لأن من آياته أحكامه التي شرعها ، وقد قال بعد ذكر أحكام شرعها : {وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا} <sup>(5)</sup>، والمراد أن لا يقصد بها غير ما شرعها لأجله. ولذلك قيل للمنافقين حيث قصدوا بإظهار الإسلام غير ما قصده الشارع {وَلَيْن سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ قُلْ أَبِاللَّهِ وَآيَاتِهِ وَرَسُولِهِ كُنْتُمْ تَسْتَهْزِئُونَ} <sup>(6)</sup>، والاستهزاء بما وضع على الجذ مضافة لحكمته ظاهره<sup>(7)</sup>.

وأورد الشاطبي أمثلة حتى يزيد القاعدة وضوحا ، منها :

أ - النطق بالشهادتين والصلاة وغيرها من العبادات ، إنما شرعت للتقرب بها إلى الله تعالى والرجوع إليه وإفراده بالتعظيم والإجلال ، ومطابقة القلب للجوارح في الطاعة والإنقياد ، فإذا عمل بذلك على قصد نيل حظ من حظوظ الدنيا من دفع أو نفع ، كالناطق بالشهادتين قاصدا لإحراز دمه وماله ، لا لغير

<sup>1</sup> - وقد روى هذا القول عن عمر بن عبد العزيز أبو بكر بن الخلال ، في كتاب السنة ، حديث رقم 1348. وذكر ذلك أيضا ابن بطة في الإبانة ، ص 239. واللالكائي ، أصول اعتقاد أهل السنة ، ص 134. والآجري ، الشريعة ، ص 90.

<sup>2</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 334.

<sup>3</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 334.

<sup>4</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 334 - 335.

<sup>5</sup> - سورة البقرة ، آية رقم : 229.

<sup>6</sup> - سورة التوبة ، آية رقم : 65.

<sup>7</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 335.

ذلك، أو المصلي رياء الناس ليحمد على ذلك أو ينال به رتبة في الدنيا ، فهذا العمل ليس من المشروع في شيء ، لأن المصلحة التي شرع لأجلها لم تحصل بل المقصود به ضد تلك المصلحة<sup>(1)</sup>.

ب - المقصود بمشروعية الزكاة رفع رذيلة الشح ومصلحة إرفاق المساكين ، وإحياء النفوس المعرضة للتلف ، فمن وهب في آخر الحول ماله هروبا من وجوب الزكاة عليه ، ثم إذا كان في حول آخر أو قبل ذلك استوهبه ، فهذا العمل تقوية لوصف الشح وإمداد له ، ورفع لمصلحة الإرفاق بالمساكين ، فمعلوم أن صورة هذه الهبة ليست هي الهبة التي ندب الشرع إليها ، لأن الهبة إرفاق وإحسان للموهوب له وتوسيع عليه غنيا كان أو فقيرا، وجلب لمودته وموآلفته ، وهذه الهبة على الضد من ذلك ، ولو كانت على المشروع من التملك الحقيقي لكان ذلك موافقا لمصلحة الإرفاق والتوسعة ، ورفعاً لرذيلة الشح ، فلم يكن هروبا عن أداء الزكاة<sup>(2)</sup>. ولما كان قصد الواهب في هذه الصورة ليس التملك ، وإنما التهرب من أداء الزكاة ، كانت الهبة باطلة ، لأن القصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي.

ج - الخلع أو الغدية شرعت للزوجة هربا من أن لا يقيما حدود الله في زوجيتهما ، فأبيح للمرأة أن تشتري عصمتها من الزوج عن طيب نفس منها ، خوفا من الوقوع في المحذور. فهذه بذلت مالها طلبا لصلاح الحال بينها وبين زوجها ، وهو التسريح بإحسان ، وهو مقصد شرعي مطابق للمصلحة ، لا فساد فيه حالا ولا مالا ؛ فإذا أضرَّ بها الزوج لتفتدي منه ، فقد عمل هو بغير المشروع ، حين أضرَّ بها لغير موجب ، مع القدرة على الوصول إلى الفراق من غير إضرار ، فلم يكن التسريح إذا طلبته بالفداء تسريحا بإحسان ، ولا خوفا من أن لا يقيما حدود الله ، لأنه فداء مضطر ، وإن كان جائزا لها من جهة الإضرار والخروج من الإضرار ، وصار غير جائز له ، إذ وضع على غير المشروع<sup>(3)</sup>.

قال ابن جزري : "يكون خلع المرأة اختيارا منها وحبا في فراق الزوج ، من غير إكراه ولا ضرر منه بها، فإذا انخرم أحد هذين الشرطين نفذ الطلاق ولم ينفذ الخلع"<sup>(4)</sup>.

وهكذا يتضح أنه إذا كان الزوج يريد الطلاق ، ولكنه اتخذ الإضرار وسيلة ليحمل الزوجة على طلب الخلع ، فيكون الحكم هو الطلاق لا الخلع.

ففي هذه الأمثلة وغيرها التي يكون السبب فيها غير مشروع ، يحكم على تصرفات المكلف بالبطلان في الدنيا والآخرة، فإن كانت عبادة ، فلا تكون مجزئة ولا مبرئة للذمة ولا مسقطه للقضاء فيما فيه قضاء.

<sup>1</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 385.

<sup>2</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 385.

<sup>3</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 386.

<sup>4</sup> - ابن جزري ، القوانين الفقهية ، ص 154.

وإن كان التصرف من العادات ، فلا يكون محصلا شرعا للأموال أو استباحة الأبخاض وجواز الانتفاع. أما بطلانها في الآخرة فبعدم ترتب آثار العمل عليه وهو حصول الثواب والأجر ، بل يلحق صاحبها الإثم والوزر ، لأنه لم ينو به امتثال أمر الشارع ولا قصد به مقتضى الأمر والنهي<sup>(1)</sup>.

**القاعدة الرابعة :** "إن كان فعل الشرط أو تركه ، قصدا لإسقاط حكم الاقتضاء في السبب أن لا يترتب عليه أثره ، فهذا عمل غير صحيح ، وسعي باطل"<sup>(2)</sup>.

أي إن المكلف إذا فعل شرطا أو تركه ، قاصدا من وراء ذلك ، إلى إسقاط أثر شرعي لا يراه في مصلحته ، حتى ولو لم يعبر عن هذا القصد صراحة ، فإن تصرفه هذا يكون باطلا ولا يترتب عليه أثره. وقد استدلل الشاطبي على حجية هذه القاعدة بأدلة من الشرع والعقل.

أ - الأدلة الشرعية ، منها قوله صلى الله عليه وسلم : "لا يُجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة"<sup>(3)</sup>. وقوله صلى الله عليه وسلم : "البيع والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا ، إلا أن تكون صفقة خيار. ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقبله"<sup>(4)</sup>. وقال أيضا : "من أدخل فرسا بين فرسين وهو لا يأمن أن تسبق فليس بقمار ؛ ومن أدخل فرسا بين فرسين ، وقد أمن أن تسبق ، فهو قمار"<sup>(5)</sup>. وقال صلى الله عليه وسلم : "إن اليمين على نية المستحلف". وفي رواية أخرى : "يمينك على ما يصدقك به صاحبك"<sup>(6)</sup>.

في هذه الأحاديث ورد النهي على عدم القيام بأعمال معينة ، بنية تؤدي إلى عدم تحقيق المصلحة المترتبة على هذه الأعمال.

ففي المثال الأول لا يجوز للمكلف له أن يجمع بين المتفرق ، أو يفرق بين المجتمع ، بنية إبطال حكم السبب ، بالإتيان بشرط ينقص نصاب الزكاة حتى يبخرس حق المساكين ، فالأربعون شاة فيها شاة بشرط الافتراق ، ونصفها بشرط اختلاطها بأربعين أخرى مثلا. فإذا جمعها بقصد إخراج النصف فذلك هو المنهي عنه. كما أنه إذا كانت مائة مختلطة بمائة وواحدة ، ففرقتها قصدا أن يخرج واحدة فذلك؛ وما ذاك إلا أنه

<sup>1</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 292 - 293.

<sup>2</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 274 - 275.

<sup>3</sup> - رواه البخاري وأبو داود والنسائي.

<sup>4</sup> - رواه أحمد والترمذي وحسنه والبيهقي والدارقطني وأصحاب السنن إلا ابن ماجه.

<sup>5</sup> - رواه أبو داود.

<sup>6</sup> - رواه مسلم في كتاب الأيمان ، باب يمين الخالف على نية المستحلف. وأخرجه كذلك أبو داود والترمذي.

أتى بشرط ، أو رفع شرطا ، يرفع عنه ما اقتضاه السبب الأول ، فكذلك المنفق نصابه بقصد رفع ما اقتضاه من وجوب الإخراج<sup>(1)</sup>.

وفي المثال الثاني لا يجوز للمبتاع أن يفارق البائع ، بنية احتلال شرط الخيار. وفي المثال الثالث لا يجوز للمتسابق أن يدخل فرسا معروفا أنها تسبق الخيل ليتحقق شرط حوز الرهان ، وهو السبق ، فهو مخل بقصد المسابقة مقترن بقصد حصول الشرط<sup>(2)</sup>.

وفي المثال الرابع : فإن الأصل أن اليمين على نية الحالف ، فإذا حلف الإنسان ونوى شيئا فهو على نيته. أما إذا استحلّفه شخص أو القاضي في دعوى توجهت عليه ، فتكون على نية المستحلّف ، فإذا ادعى رجل على رجل حقا فحلّفه القاضي ، فحلف وورى فنوى غير ما نوى القاضي ، انعقدت يمينه على ما نواه القاضي ولا تنفعه التورية<sup>(3)</sup>. واعلم أن التورية وإن كان لا يحنث بها ، فلا يجوز فعلها حيث يبطل بها حق مستحق ، وهذا مجمع عليه<sup>(4)</sup>.

**ب - الأدلة العقلية :** "فإن هذا العمل يصير ما انعقد سببا لحكم شرعي جلبا لمصلحة أو دفعا لمفسدة، عبثا لا حكمة له ولا منفعة به ، وهذا مناقض لما ثبت في قاعدة المصالح وأنها معتبرة في الأحكام. وأيضا فإنه مضاد لقصد الشارع ؛ من جهة أن السبب لما انعقد وحصل في الوجود ، صار مقتضيا شرعا لمسببه ؛ لكنه توقف على حصول شرط هو تكميل للسبب ، فصار هذا الفاعل أو التارك بقصد رفع حكم السبب ، قاصدا لمضادة الشارع في وضعه سببا. وقد تبين أن مضادة قصد الشارع باطلة، فهذا العمل باطل"<sup>(5)</sup>.

وإذا ثبت أنّ فعل الشرط أو تركه قصد إسقاط حكم السبب عمل غير صحيح وسعي باطل ، فيجب أن نفرق بين فعل الشرط أو تركه ، بشكل صوري أو بشكل حقيقي.

فإن كان المكلف قد فعل الشرط أو تركه بشكل صوري ، فيكون التصرف الذي قام به حينها باطلا قولاً واحداً، لأنّ الشرط يكون ساعتها لا معنى له ولا فائدة فيه تقصد شرعا<sup>(6)</sup>. مثل أن يهب المال قبل الحول ، لمن اتفق معه على أن يرده عليه بعد الحول بجهة أو غيرها، وكالجامع بين المفترق ريثما يأتي الساعي،

<sup>1</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 279.

<sup>2</sup> - تعليقات عبد الله دراز على الموافقات ، ج 1 ص 275.

<sup>3</sup> - والتورية هي : لفظ يراد به معنيان أحدهما قريب غير مراد، والثاني بعيد وهو المراد.

<sup>4</sup> - النووي ، شرح صحيح مسلم ، ج 11 ص 117.

<sup>5</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 278.

<sup>6</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 280.

ثم ترد إلى التفرقة، أو المفرق بين المجتمع كذلك ، ثم يردّها إلى ما كانت عليه، وكاننا كح لتظهر صورة الشرط، ثم تعود إلى مطلقها ثلاثا.

أما إن كان المكلف قد فعل الشرط أو تركه بشكل حقيقي ، فالمسألة محتملة والنظر فيها مختلف بين آراء ثلاثة.

الرأي الأول : يرى أن مجرد انعقاد السبب كاف ، في بطلان التصرف؛ لأنه الباعث على الحكم ، وأما الشرط فأمر خارجي مكمل ، وإلا لزم أن يكون الشرط جزء العلة ، والفرض خلافه. وأيضا فإن القصد في فعل الشرط أو تركه كان بدافع غير شرعي ، فصار العمل فيه مخالفا لقصد الشارع ؛ فهو في حكم ما لم يعمل فيه. ومثال ذلك من أنفق النّصاب قبل الحول في منفعه ، أو وهبه هبة حقيقية لم يرجع فيها ، أو جمع بين المفترق أو فرق بين المجتمع ، وكل ذلك بقصد الفرار من الزكاة. وبما أن السبب قد نصبه الشارع قصد ثبوت الحكم به ، فإذا أخذ هذا يرفع حكم السبب مع انتهازه سببا ، كان مناقضا لقصد الشارع ، فيكون هذا باطلا<sup>(1)</sup>.

الرأي الثاني : يرى أن مجرد انعقاد السبب غير كاف في بطلان التصرف ، فإنه وإن كان باعنا ، إلا أنه قد جعل في الشرع مقيدا بوجود الشرط، وعلى ذلك فالقاصد لرفع حكم السبب ، بالعمل في رفع الشرط ، لم يناقض قصده قصد الشارع من كل وجه. وإنما قصد لما لم يظهر فيه قصد الشارع للإيقاع أو عدمه ، وهو الشرط أو عدمه ، لكن لما كان ذلك القصد آيلا لمناقضة قصد الشارع على الجملة لا عينا ، لم يكن مانعا من ترتب أحكام الشروط عليها. وأيضا فإن هذا العمل لما كان مؤثرا وحاصلا وواقعا لم يكن القصد الممنوع فيه مؤثرا في وضعه شرطا شرعيا أو سببا شرعيا ؛ كما كان تغيير المغصوب سببا أو شرطا في منع صاحبه منه ، وفي تملك الغاصب له ، ولم يكن فعله بقصد العصيان سببا في ارتفاع ذلك الحكم. وعلى هذا الأصل يبني صحة ما يقول اللخمي ، فيمن تصدق بجزء من ماله لتسقط عنه الزكاة. أو سافر في رمضان قصدا للإفطار ، أو أخر صلاة حضر عن وقتها الاختياري ليصليها في السفر ركعتين ، أو أخرت امرأة صلاة بعد دخول وقتها رجاء أن تحيض فتسقط عنها ، قال فجميع ذلك مكروه ؛ ولا يجب على هذا في السفر صيام ، ولا أن يصلي أربعاً ، ولا على الحائض قضاؤها<sup>(2)</sup>.

الرأي الثالث : يفرق بين حقوق الله تعالى وحقوق العباد، فيبطل العمل في الشرط في حقوق الله وإن ثبت له في نفسه حكم شرعي، كمسألة الجمع بن المفترق والفرق بين المجتمع، ومسألة نكاح المحلل على القول بأنه نافذ ماض ، ولا يحلّها ذلك للأول. أما الزكاة فهي من حقوق الله ، وكذلك المنع من نكاح

<sup>1</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 281.

<sup>2</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 281 - 282.

المحلل ، فحق الله غالب على حقوق العباد في النكاح. أما حقوق العباد فينفذ فيها مقتضى الشرط ، كالسفر ليقصر أو ليفطر أو نحو ذلك<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني : السبب الباعث في المذهب الحنبلي

يعتد المذهب الحنبلي كالمذهب المالكي بالسبب الباعث ، وإن لم يذكر صراحة في صلب العقد أو التصرف ، وقد عبر ابن القيم عن هذا الرأي بقوله : "القصود روح العقد ومصححه ومبطله ، فاعتبار القُصود في العقود أولى من اعتبار الألفاظ ، فإن الألفاظ مقصودة لغيرها ، ومقاصد العقود هي التي تتراد لأجلها ، فإذا أُلغيت واعتبرت الألفاظ التي لا تتراد لنفسها ، كان هذا إلغاء لما يجب اعتباره ، واعتبارا لما قد يسوغ إلغاؤه"<sup>(2)</sup>. وقد استدلووا على ما ذهبوا إليه بما يلي :

#### الدليل الأول : الأخذ بالإرادة الباطنة دون الإرادة الظاهرة ولا يخفى على أحد صلة ذلك بموضوع

السبب الباعث. وقد نص على ذلك ابن القيم في عبارات واضحة فقال : "وهذا الذي قلناه من اعتبار النيات والمقاصد في الألفاظ ، وأنها لا تلزم بها أحكامها حتى يكون المتكلم بها قاصدا لها مريدا لموجباتها ، كما أنه لا بد أن يكون قاصدا للتكلم باللفظ مريدا له فلا بد من إرادتين ، إرادة التكلم باللفظ اختيارا ، وإرادة موجبه ومقتضاه ، بل إرادة المعنى أكد من إرادة اللفظ ؛ فإنه المقصود ، واللفظ وسيلة"<sup>(3)</sup>. وقد قدم على الأخذ بالإرادة الباطنة الأدلة المختلفة ، منها<sup>(4)</sup> :

أ - أن من نطق بكلمة الكفر خطأ من شدة الفرح ، لا يكفر ، لأنه لم يرد الكفر، بدليل حديث فرح الله بتوبة عبده ، وقول الرجل : "اللهم أنت عبدي وأنا ربك"<sup>(5)</sup>. أخطأ من شدة الفرح ، لم يكفر بذلك وإن أتى بصريح الكفر ، لكونه لم يرد الكفر، فالعبرة بما وقر في القلب ، لا بما نطق به اللسان.

ب - من نطق بكلمة الكفر إكراها ، لم يكفر ، رغم أنه أتى بصريح الكفر لعدم إرادته الكفر، بدليل قوله تعالى : {إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ} <sup>(1)</sup>.

<sup>1</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 282.

<sup>2</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 94.

<sup>3</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 62.

<sup>4</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 63.

<sup>5</sup> - جزء من حديث رواه البخاري ومسلم وتماه ، عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال : "الله أشد فرحا بتوبة عبده المؤمن ، من رجل في أرض دويّة مهلكة ، معه راحلته ، عليها طعامه وشرابه ، فنام فاستيقظ وقد ذهب ، فطلبها حتى أدركه العطش ، ثم قال : أرجع إلى مكاني الذي كنت فيه ، فأنام حتى أموت ، فوضع رأسه على ساعده ليموت ، فاستيقظ وعنده راحلته وعليها زاده وطعامه وشرابه ، فالله أشد فرحا بتوبة العبد المؤمن من هذا براحلته وزاده". وفي حديث النعمان بن بشير زيادة : "ثم قال من شدة الفرح اللهم أنت عبدي وأنا ربك ، أخطأ من شدة الفرح".

ج - ويضاف إلى الخطأ والإكراه ، النيسان ، والدليل على ذلك ما قاله الله تعالى حكاية عن المؤمنين : { رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا } (2). وقال الله تعالى : " قد فعلت " (3). وقال النبي صلى الله عليه وسلم : " إن الله قد تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " (4).

د - من حلف بالله ولم يقصد انعقاد اليمين ، لا يؤاخذ عليه ، بدليل قوله تعالى : { لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبْتُمْ فُلُوبِكُمْ وَاللَّهُ عَفُورٌ حَلِيمٌ } (5). وقوله تعالى : { لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ } (6). ويمين اللغو : هي التي تجري على اللسان ، ولم يقصد المتكلم بها الحلف ، ولكنها جرت مجرى التأكيد ، أو التنبيه. كقول العرب : لا والله ، بلى والله ، وقول القائل : والله لقد سمعت من فلان كلاما عجبا (7).

هـ - ويقاس على الإكراه والخطأ ، سبق اللسان بما لم يرده المتكلم ، فهو دائر بين الخطأ في اللفظ والخطأ في القصد ، فهو أولى أن يؤاخذ به من لغو اليمين (8).

و - المقارنة بين المكره والمخطئ والناسي ، والمهزل والمستهزئ ، فالمهزل يلزمه الكفر والطلاق وإن كان هازلا ، لأنه قاصد التكلم باللفظ ، وهزله لا يكون عذرا له. بخلاف المكره والمخطئ والناسي فإنه معذور ، مأمور بما يقوله أو مأذون له فيه، والمهزل غير مأذون له في الهزل بكلمة الكفر والعقود ؛ فهو متكلم باللفظ مرید له ، ولم يصرفه عن معناه إكراه ولا خطأ ولا نسيان ولا جهل. والهزل لم يجعله الله ورسوله عذرا صارفا ، بل صاحبه أحق بالعقوبة ، ألا ترى أن الله تعالى عذر المكره في تكلمه بكلمة الكفر إذا كان قلبه مطمئنا بالإيمان ، ولم يعذر المهزل ، بل قال : { وَلَئِنْ سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ قُلْ أَبِاللَّهِ وَآيَاتِهِ وَرَسُولِهِ كُنْتُمْ تَسْتَهْزِئُونَ \* لَا تَعْتَذِرُوا قَدْ كَفَرْتُمْ بَعْدَ إِيمَانِكُمْ } (9).

1 - سورة النحل ، آية رقم : 106.

2 - سورة البقرة ، آية رقم : 285.

3 - وفي صحيح مسلم حديث أبي هريرة : " قال الله : نعم ". وحديث ابن عباس " قال الله : قد فعلت ". تفسير ابن كثير ، ج 1 ص 737.

4 - روى ابن ماجه في سننه ، كتاب الطلاق ، باب طلاق المكره والناسي ، حديث رقم 2045. وابن حبان في صحيحه ، حديث رقم 1498. وأعله أبو حاتم في العلل ، ج 1 ص 431. وانظر الكلام على الحديث : ابن رجب الحنبلي ، جامع العلوم والحكم ، تحقيق حمدي الدمرداش ، دار المنار ، القاهرة ، طبعة 1996 ، ص 495. وابن حجر ، فتح الباري ، ج 5 ص 161.

5 - سورة البقرة ، آية رقم : 223.

6 - سورة المائدة ، آية رقم : 91.

7 - الطاهر بن عاشور ، التحرير والتنوير ، ج 2 ص 382.

8 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 107.

9 - سورة التوبة ، الآياتان ، رقم : 65 - 66.

ز - وقد قاس الفقهاء العقود على الكفر بجامع أنّ كلا منها عقد ، فالإيمان عقد مع الخالق وذلك عقد مع المخلوق. ومن ثم قال الإمام مالك والإمام أحمد فيمن قال : أنت طالق البتة ، وهو يريد أن يحلف على شيء ، ثم بدا له فترك اليمين ، لا يلزمه شيء ، لأنه لم يرد أن يطلقها. وقال أصحاب أحمد : لو قال الأعجمي لامرأته أنت طالق وهو لا يفهم معنى هذه اللفظة لم تطلق ، لأنه ليس مختاراً للطلاق ، فلم يقع طلاقه كالمكره. وفي مصنف وكيع أن عمر بن الخطاب قضى في امرأة قالت لزوجها سمني ، فسامها الطيبة. فقالت : لا ، فقال لها ما تريد أن أسميك ؟ قالت : سمني خلية طالق ، فقال لها : فأنت خلية طالق. فأنت عمر بن الخطاب فقالت : إن زوجي طلقني ، فجاء زوجها فقص عليه القصة ، فأوجع عمر رأسها ، وقال لزوجها : خذ بيدها وأوجع رأسها. وقد علق ابن القيم على فعل سيدنا عمر رضي الله عنه فقال : "وهذا هو الفقه الحلي الذي يدخل على القلوب بغير استئذان وإن تلفظ بصريح الطلاق"<sup>(1)</sup>.

ح - أمثلة فقهية على أنه وإن كان في الظاهر قد حصلت صورة العقد ، إلا أنه لا يصح ويكون باطلاً ، لاختلاف القصد من العقد عن صورته وشكله ، ومن ذلك :

1 - أن يتفقا على أن العقد عقد تحليل لا نكاح رغبة، وأنه متى دخل بها طلقها أو فهي طالق ، ثم يعقدان العقد من غير أن يصرحا بهذه النية. فهذا نكاح تحليل لا نكاح رغبة ، فهو محرم باطل ، لا تحل به الزوجة للمطلق ، وهو داخل تحت اللعنة، مع تضمن زيادة الخداع<sup>(2)</sup>. "والمقصود أن المتعاقدين وإن أظهرتا خلاف ما اتفقا عليه في الباطن ، فالعبرة لما أضرماه واتفقا عليه وقصداه بالعقد ، وقد أشهد الله على ما في قلوبهما فلا ينفعهما ترك التكلم به حالة العقد ، وهو مطلوبهما ومقصودهما"<sup>(3)</sup>.

2 - أن يتفق شخصان في عقد البيع على أن يتبايعا شيئاً بثمن ذكراه على أنه بيع تلجئة<sup>(4)</sup> ، فهذا عقد باطل ، إن لم يقولا في صلب العقد قد تبايعناه تلجئة. وهذا قول أحمد لأنه قال : فيمن تزوج امرأة

<sup>1</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 63.

<sup>2</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 93. وذكر ابن القيم أنّ هناك ستين دليلاً على بطلان نكاح التحليل.

<sup>3</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 94.

<sup>4</sup> - بيع التلجئة : هو أن يتواطأ شخصان على إبرام عقد صوري بينهما ، إما بقصد التخلص من اعتداء ظالم على بعض الملكية، أو بإظهار مقدار بدل أكثر من البديل الحقيقي ابتغاء الشهرة والسمة ، أو لتغطية اسم الشخص الذي يعمل لمصلحته باطناً. "الاسم المستعار". ومن بيع التلجئة : إظهار بعض العقود الصورية تخلصاً من الضرائب. والمواطئة في بيع التلجئة قد تكون في أحد ثلاثة :

أ - أصل العقد: أن يخاف إنسان إعتداء ظالم على بعض ما يملك، فيتظاهر هو ببيعه لثالث فراراً منه، ومثله بيع المدين أمواله لتهريبها من وجه الدائنين.

ب - مقدار البديل : زيادة الثمن في عقد بيع العقار لمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة.

واعتقد أنه يحلها للأول لم يصح هذا النكاح، وكذلك إذا باع عنبا ممن يعتقد أنه يعصره خمرا. ومستند البطلان : أنهما ما قصدا البيع ، ولم يقصدا العقد حقيقة ، والقصد معتبر في صحة العقد. وقال أبو حنيفة والشافعي لا يكون تلجئة ، حتى يقولوا في العقد قد تبايعنا هذا العقد تلجئة<sup>(1)</sup>.

**الدليل الثاني :** عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "لَحْمُ صَيْدِ الْبَرِّ لَكُمْ حَلَالٌ وَأَنْتُمْ حَرْمٌ مَا لَمْ تَصِيدُوهُ أَوْ يُصَدَّ لَكُمْ"<sup>(2)</sup>. فانظر كيف حرم النبي صلى الله عليه وسلم على المحرم الأكل مما صاده الحلال ، إذا كان قد صاده لأجله ، فقد أثر القصد في التحريم ولم يرفعه ظاهر الفعل<sup>(3)</sup>. قال ابن تيمية : "ولما دلت السنة على أن الصيد إذا صاده الحلال للحرام وذبحه لأجله، كان حراماً على المحرم، ولو أنه اصطاده اصطيداً مطلقاً، وذبحه لكان حلالاً له وللمحرم، مع أن الاصطياد والذكاة عمل حسي أثرت النية فيه بالتحليل والتحريم، عُلم بذلك أن القصد مؤثر في تحريم العين التي تباح بدون القصد، وإذا كان هذا في الأفعال الحسية ففي الأقوال والعقود أولى، يوضح ذلك أن المحرم إذا لم يعلم ولم يشعر، وإنما الحلال قصد أن يصيده ليضيفه به، أو ليهبه له أو لبيعه إياه فإن الله سبحانه حرّمه عليه بنية صدرت من غيره لم يشعر بها"<sup>(4)</sup>.

**الدليل الثالث :** من استدان ديناً وهو ينوي ألا يسدد دينه ، فهو بمنزلة السارق، ومن تزوج امرأة بصدّق ينوي أن لا يؤديه إليها فهو بمقام الزاني. قال ابن القيم : "فهو كالزاني والسارق في المعنى ، وإن خالفهما في الصورة"<sup>(5)</sup>، ويؤيد ذلك ما جاء في صحيح البخاري ، عن أبي هريرة رضي الله عنه ، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "مَنْ أَخَذَ أَمْوَالَ النَّاسِ يُرِيدُ أَدَاءَهَا أَدَّى اللَّهُ عَنْهُ ، وَمَنْ أَخَذَهَا يُرِيدُ إِتْلَافَهَا أَتْلَفَهُ اللَّهُ"<sup>(1)</sup>. والأثر المرفوع من حديث أبي هريرة "من تزوج امرأة بصدّق ينوي أن لا يؤديه إليها فهو زان، ومن أدان ديناً ينوي أن لا يقضيه فهو سارق". ورواه الطبراني في الكبير ولفظه قال سمعت رسول الله صلى

ج - الشخص : تواطؤ اثنين على إخفاء وكالة سرية في عمل معين.

<sup>1</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 92. ابن قدامة ، المغني ، ج 4 ص 279. ابن تيمية ، الفتاوى الكبرى ، ج 6 ص 66.

<sup>2</sup> - أخرجه الترمذي ، في كتاب الحج ، باب ما جاء في أكل الصيد للمحرم. وأخرجه ابن عبد البر في الاستذكار ، كتاب الحج ، باب ما يجوز للمحرم أكله من الصيد.

3 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 98.

4 - ابن تيمية ، الفتاوى الكبرى ، ج 6 ص 85.

5 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 98.

الله عليه وسلم يقول : "أبما رجل تزوج امرأة ينوي أن لا يعطيها من صداقها شيئا ، مات يوم يموت وهو زان. وأبما رجل اشترى من رجل بيعا ، ينوي أن لا يعطيه من ثمنه شيئا ، مات يوم يموت وهو خائن".  
ويؤكد ابن القيم اعتداد الحنابلة بالسبب الباعث فيقول : "فهذه النصوص وأضعافها تدل على أن المقاصد تغير أحكام التصرفات من العقود وغيرها"<sup>(2)</sup> ، ويورد أحكاما فقهية تقضي بذلك ، سواء أكانت تصرفات شرعية أم وقائع مادية ، منها :

"أن الرجل إذا اشترى أو استأجر أو اقترض أو نكح ، ونوى أن ذلك لموكله أو لموليه ، كان له وإن لم يتكلم به في العقد ، وإن لم ينو له وقع الملك للعاقدة. وكذلك لو تملك المباحات من الصيد والحشيش وغيرها ، ونواه لموكله وقع الملك له عند جمهور الفقهاء.

ثم يعلق على ذلك مؤكدا تأثير النية والقصد في التصرفات والعقود فيقول : "وإذا كان القول والفعل الواحد يوجب الملك للمالكين مختلفين عند تغير النية ، ثبت أن للنية تأثيرا في العقود والتصرفات"<sup>(3)</sup> ، ويورد أدلة أخرى منها :

أ - لو قضى الشخص عن غيره ديناً ، أو أنفق عليه نفقة واجبة ، ينوي التبرع والهبة ، لم يملك الرجوع بالبدل ، وإن لم ينو له الرجوع ، إن كان بإذنه اتفاقاً ، وإن كان بغير إذنه ، ففيه النزاع المعروف. فصورة العقد واحدة ، وإنما اختلف الحكم بالنية والقصد.

ب - أن الله تعالى حرّم أن يدفع الرجل إلى غيره مالا ربويا يمثله على وجه البيع ، إلا أن يتقابضا ، وجوز دفعه يمثله على وجه القرض ، وقد اشتركا في أن كلا منهما يدفع ربويا ويأخذ نظيره ، وإنما فرّق بينهما القصد ؛ فإن مقصود المُقرض إرفاق المقرض ونفعه ، وليس مقصوده المعاوضة والربح ، ولهذا كان القرض شقيق العارية<sup>(4)</sup> كما سماه النبي صلى الله عليه وسلم "مَنْبِيحَةَ الْوَرِقِ"<sup>(1)</sup>. فكأنه أعاره الدراهم ثم استرجعها

<sup>1</sup> - رواه البخاري ، في كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس ، باب من أخذ أموال الناس يريد أداءها أو إتلافها ، حديث رقم 2387. وأخرج الحديث أيضا ابن ماجه وأحمد.

<sup>2</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 98.

<sup>3</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 99.

<sup>4</sup> - وكأني بوضعي القانون المدني الفرنسي قد استعاروا هذا المعنى من النبي صلى الله عليه وسلم ، حيث اعتبروا القرض نوعا من العارية ، فالمادة 1874 من القانون المدني الفرنسي ، تقسم العارية إلى نوعين : عارية الاستعمال (prêt à usage) وهي العارية. وعارية الاستهلاك (prêt à consommation) وهي القرض.

Article 1874 : « Il y a deux sortes de prêt : Celui des choses dont on peut user sans les détruire ; Et celui des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait.

La première espèce s'appelle "prêt à usage" ، ou "commodat".

La deuxième s'appelle "prêt de consommation" ، ou simplement "prêt".

منه ، لكن لما تعذر استرجاع العين ، فاسترجع المثل ، وكذلك لو باعه درهما بدرهمين كان ربا صريحا ، ولو باعه إياه بدرهم ثم وهبه درهما آخر جاز ، والصورة واحدة ، وإنما فرّق بينهما القصد ، فكيف يمكن أحدا أن يلغي القصد في العقود ولا يجعل لها اعتبارا<sup>(2)</sup>.

**الدليل الرابع :** اعتداد الحنابلة بالنية والقصد ، وتأثير ذلك في العقود والتصرفات ، منها :

أ - أن الله رد شهادة المنافقين ووصفهم بالخداع والكذب والاستهزاء ، وذمهم على أنهم يقولون بأفواههم ما ليس في قلوبهم ، وأن بواطنهم تخالف ظواهرهم.

ب - أن الله تعالى ذم من يقول ما لا يفعل ، وأخبر أن ذلك من أكبر المقت عنده ، فقال : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ \* كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ }<sup>(3)</sup>.

ج - أن الله لعن اليهود إذ توسلوا بصورة عقد البيع على ما حرمه عليهم إلى أكل ثمنه ، وجعل أكل ثمنه لما كان هو المقصود ، بمنزلة أكله في نفسه. فعن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم ، فباعوها ، وأكلوا أثمانها"<sup>(4)</sup>.

د - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لعن في الخمر عاصرها ومعتصرها<sup>(1)</sup>؛ ومن المعلوم أن العاصر إنما عصر عنبا ، ولكن لما كانت نيته هي تحصيل الخمر ، لم ينفعه ظاهر عصره ولم يعصمه من اللعنة لباطن قصده ومراده ، فعلم أن الاعتبار في العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها ، دون ظواهر ألفاظها وأفعالها<sup>(2)</sup>.

---

وقد تبنى القانون المدني الجزائري المصطلح نفسه ففي المادة 450 تحدث عن القرض الاستهلاكي ، وفي المادة 538 استعمل النص العربي لفظ العارية ، وفي النص الفرنسي استعمل لفظ عارية الاستعمال.

1 - جزء من حديث تمامه : عن البراء بن عازب رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : "من مَنَحَ منيحةً لبنٍ ، أو ورق ، أو هَدَى زُقَاقاً ، كان له مثل عَتَقِ رَقَبَةٍ". أخرجه الترمذي في سننه ، كتاب البر والصلة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، باب ما جاء في المنيحة. وصححه الألباني في صحيح سنن الترمذي ، ج 2 ص 363. وفي صحيح الترغيب والترهيب ، ج 11 ص 537.

ومعنى قوله : منيحة لبن : العطية. وقد تكون في الحيوان وفي الثمار ، وغيرهما. وقد تكون المنيحة عطية للرقبة بمنافعها ، وهي الهبة. وقد تكون عطية اللبن أو الثمر مدة ، وتكون الرقبة باقية على ملك صاحبها يردها إليه.

ومعنى قوله : "منيحة ورق" : يعني به قرض الدراهم. ومعنى قوله : "هدى زُقَاقاً" : يعني به هداية الطريق ، أي أرشد ابن السبيل وهداه إلى الطريق. وقيل يريد من دل الضال أو الأعمى على طريقه ، وقيل أراد من تصدق بزقاق من النخل وهي السكة منها. والأول أشبه ، لأن هدى من الهداية لا من الهدية. النووي ، شرح صحيح مسلم ، ج 7 ص 111.

2 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 99.

<sup>3</sup> - سورة الصف ، الآيتان الثانية والثالثة.

<sup>4</sup> - رواه البخاري في كتاب البيوع ، باب لا يباع شحم الميتة ولا يباع ودكه ، حديث رقم 2223. ورواه مسلم في كتاب المساقاة ، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير ، حديث رقم 2969.

هـ - أن الله تعالى قال في حق الأزواج إذا طلقوا أزواجهم طلاقاً رجعياً : { وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا }<sup>(3)</sup>. وقوله : { وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا }<sup>(4)</sup>. وذلك نص في أن الرجعة إنما ملكها الله تعالى لمن قصد الصلاح دون من قصد الضّرار.

و - قوله تعالى في الخلع : { فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ }<sup>(5)</sup>. وقوله أيضاً : { فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ }<sup>(6)</sup> ، فبين تعالى أن الخلع المأذون فيه والتكاح المأذون فيه ، إنما يباح إذا ظنا أن يقيما حدود الله.

ز - قال الله تعالى : { مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ }<sup>(7)</sup>، وإنما قدم الله الوصية على الميراث إذا لم يقصد بها الموصي إلحاق الضرر بهم، فإن قصد بها الضرر فللموثة إبطالها وعدم تنفيذها. وكذلك قوله تعالى : { فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ }<sup>(8)</sup>، فرفع الإثم عن من أبتل الجَنَفَ والاثم ، من وصية الموصي.

وختام سلسلة النصوص والأدلة التي استدلت بها الحنابلة ، على الاعتداد بالقصد والنية وتأثير ذلك في العقود والتصرفات ، تقرير ابن القيم وهو يتساءل عن السبب الباعث إذا كان مخالفا لصيغة العقد ولفظه ، فيقول : "هل الاعتبار بظواهر الألفاظ والعقود وإن ظهرت المقاصد والنيات بخلافها ، أم للقصد والنيات تأثير يوجب الالتفات إليها ومراعاة جانبها". ثم يجيب على هذا السؤال الذي طرحه مرجحا الاعتداد بالسبب الباعث فيقول : "وقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصد في العقود معتبرة ، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمته، بل أبلغ من ذلك ، وهي أنها تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد تحليلا وتحريما ، فيصير حلالا تارة وحراما تارة باختلاف النية والقصد ، كما يصير صحيحا تارة وفسادا تارة باختلافها"<sup>(9)</sup>.

<sup>1</sup> - رواه البيهقي في سننه ، ج 5 ص 327. وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد ، موقوفاً على ابن عمر، وقال: رواه الطبراني في "الكبير"، وفيه ليث بن أبي سليم، وهو ثقة ولكنه مدلس. مجمع الزوائد ج 4 ص 90.

<sup>2</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 95.

<sup>3</sup> - سورة البقرة ، آية رقم : 226.

<sup>4</sup> - سورة البقرة ، آية رقم : 229.

<sup>5</sup> - سورة البقرة ، آية رقم : 227.

<sup>6</sup> - سورة البقرة ، آية رقم : 228.

<sup>7</sup> - سورة النساء ، آية رقم : 12.

<sup>8</sup> - سورة البقرة ، آية رقم : 181.

<sup>9</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 109.

وبهذا النص جزم ابن القيم وهو من كبار فقهاء الحنابلة ، أن للسبب الباعث تأثيراً لا لبس فيه على صحة العقود وبطلانها ، بل على جميع ما يقوم به المكلف من تصرفات شرعية أو قائع مادية ، ويمتد ذلك إلى العبادات والعقوبات.

وهذه أمثلة فقهية يستشهد فيها باعتبار تأثير السبب الباعث في الوقائع المادية ، فيقول : "وهذا كالذبح ، فإن الحيوان يجلّ إذا ذبح لأجل الأكل ، ويحرم إذا ذبح لغير الله. وكذلك الحلال يصيد الصيد للمحرم فيحرم عليه ، ويصيده للحلال فلا يحرم على المحرم ... وكذلك عصر العنب بنية أن يكون خمرا معصية ، ملعون فاعله على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وعصره بنية أن يكون خلا أو دبّسا جائز ، وصورة الفعل واحدة"<sup>(1)</sup>.

ويطبق مذهبه أيضا على التصرفات ويرى ضرورة اعتبار الباعث فيها فيقول : "وكذلك الرجل يشتري الجارية ينوي أن تكون لموكله فتحرم على المشتري ، وينوي أنها له فتحل له ، وصورة العقد واحدة ؛ وإنما اختلفت النية والقصد. وكذلك صورة القرض وبيع الدرهم بالدرهم إلى أجل ، صورتها واحدة ، وهذا قرينة صحيحة ، وهذا معصية باطلة بالقصد ... وكذلك السلاح يبيعه الرجل لمن يعرف أنه يقتل به مسلما حرام باطل ، لما فيه من الإعانة على الإثم والعدوان ؛ وإذا باعه لمن يعرف أنه يجاهد به في سبيل الله فهو طاعة وقرينة. وكذلك عقد النذر المعلق على شرط ينوي به التقرب والطاعة فيلزمه الوفاء بما نذره ، وينوي به الحلف والامتناع فيكون يمينا مكفّرة ... وكذلك ألفاظ الطلاق صريحها وكنائتها ، ينوي بها الطلاق فيكون ما نواه ، وينوي به غيره فلا تطلق. وكذلك قوله : أنت عندي مثل أمي ، ينوي بها الظهار فتحرم عليه ؛ وينوي به أنها مثلها في الكرامة ، فلا تحرم عليه. وكذلك من أدى عن غيره واجبا ينوي به الرجوع ملكه ، وإن نوى به التبرع لم يرجع"<sup>(2)</sup>.

ويرى ابن القيم أن نظرية السبب الباعث كما تنطبق على العقود ، تنطبق كذلك على العبادات والعقوبات ، فيقول : "وهذه كما أنها أحكام الرب تعالى في العقود ، فهي أحكامه في العبادات والمثوبات والعقوبات"<sup>(3)</sup>.

بل إن تأثير النية في العبادات ، من حيث صحتها وفسادها أظهر من أن يدل عليه ، إذ القربات كلها مبناه على النيات ، ولا يكون الفعل عبادة إلا بالنية والقصد، ويضرب أمثلة على ذلك منها :

<sup>1</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 109 - 110.

<sup>2</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 110.

<sup>3</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 110.

من وقع في الماء ولم ينو الغُسل أو دخل الحمام للتنظيف أو للتبرد ، لم يكن غسله قرينة ولا عبادة بالاتفاق. ومن أمسك عن المفطرات عادة واشتغالا ، ولم ينو القرينة لم يكن صائما. ومن دار حول الكعبة يلمس شيئا سقط منه ، ولم ينو الطواف لم يكن طائفا. ومن أعطى الفقير هبة أو هدية ، ولم ينو الزكاة لم تحسب زكاة. ومن جلس في المسجد ، ولم ينو الاعتكاف لم يحصل له أجر الاعتكاف<sup>(1)</sup>.

أما العقوبات والمثوبات فمنها : لو جامع أجنبية يظنها زوجته لم يأثم بذلك ، وقد يثاب بنيته، ولو جامع في ظلمة من يظنها أجنبية فبانَت زوجته ، أثم على ذلك بقصده ونيته للحرام. ولو أكل طعاما حراما يظنه حلالا لم يأثم به ، ولو أكله وهو حلال يظنه حراما أثم بنيته. ومن قتل من يظنه مسلما معصوم الدم فبان كافرا حربيا مهدر الدم ، أثم بنيته. ومن رمى صيدا فأصاب إنسانا معصوم الدم ، لم يأثم ، ولو رمى إنسانا معصوما فأخطأه وأصابا صيدا أثم. ويؤكد ذلك أن القاتل والمقتول في التار لنية كل واحد منها قتل صاحبه<sup>(2)</sup>.

والذي أراه أن القصد في العقوبات محل اتفاق بين الفقهاء<sup>(3)</sup> ، فسبب المسؤولية الجزائية هو ارتكاب المعاصي أي إتيان المحرمات التي حرمتها الشريعة ، وترك الواجبات التي فرضتها، ومسؤولية الجاني تختلف باختلاف تنوع العصيان ودرجاته. والعصيان إما عمد وإما خطأ ، والعمد والخطأ كلاهما على نوعين بحسب درجة جسامته ؛ فالعمد ينقسم إلى عمد وشبه عمد ، والخطأ ينقسم إلى خطأ وما جرى مجرى الخطأ. ومن ثم يكون العصيان على أربع درجات ، وبالتالي المسؤولية الجزائية على أربع درجات ، وهي العمد ، وشبه العمد ، والخطأ ، وما جرى مجرى الخطأ. والعقاب يكون تبعا للقصد ، فإن قصد الجاني العصيان شددت العقوبة ، وإن لم يقصد خففت العقوبة. فقصد العصيان هو العامل الأول في تعيين عقوبة الجاني ، وهذا القصد هو الذي يسمى في الاصطلاح القانوني بالقصد الجنائي<sup>(4)</sup>.

والنظر القانوني الوضعي لا يبتعد كثيرا عن النظر الشرعي في هذا الأمر ، فلا يكفي لقيام الجريمة ارتكاب عمل مادي ينص ويعاقب عليه القانون ، بل لا بد أن يصدر هذا العمل المادي عن إرادة الجاني ، وتشكل العلاقة التي تربط العمل المادي بالفاعل ، ما يسمى بالركن المعنوي للجريمة. ويتمثل الركن المعنوي في نية داخلية يضمها الجاني في نفسه ، وقد يتمثل أحيانا في الخطأ أو الإهمال وعدم الاحتياط ، ومن ثم

<sup>1</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 110.

<sup>2</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 111.

<sup>3</sup> - ابن قدامة ، المغني ، ج 9 ص 410. الخطاب ، مواهب الجليل ، ج 6 ص 240.

<sup>4</sup> - عبد القادر عوده ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، ج 1 ص 405.

يتخذ الركن المعنوي للجريمة صورتين هما : صورة العمد أي القصد الجنائي، وصورة الخطأ أي الإهمال وعدم الاحتياط<sup>(1)</sup>.

والقصد الجنائي حسب تعريف "نورمان" (Normand) : "هو علم الجاني بأنه يقوم مختاراً بارتكاب الفعل الموصوف جريمة في القانون وعلمه أنه بذلك يخالف أوامره ونواهيه". فيتكون القصد الجنائي من عنصرين هما : الأول اتجاه إرادة الجاني نحو ارتكاب الفعل المعاقب عليه وتحقيق النتيجة المطلوبة، فمن يقود سيارة بسرعة فائقة ويقتل شخصا ، فالمسؤولية الجزائية على جريمة القتل العمد لا تقوم ، لأن إرادة الجاني لم تتجه إلى إزهاق روح هذا الشخص، وإن كانت إرادته متجهة إلى السياقة بسرعة ، وهذه قد نعتبرها مخالفة لأنظمة المنظمة لقواعد السير في الطرقات إذا تجاوزت السرعة المحددة. أما من أطلق الرصاص على شخص فأراد قتيلا ، فهنا توجد إرادة انصرفت إلى فعل آثم وتحققت نتيجته المباشرة ، وهي إزهاق الروح ، فتقوم المسؤولية الجزائية على القتل العمد<sup>(2)</sup>.

والعنصر الثاني هو العلم بتوافر أركان الجريمة كما يتطلبها القانون، والعلم بالقانون مفترض ، وبالتالي لا يجوز الدّفع بالجهل بالقانون ، كما نص على ذلك الدستور الجزائري<sup>(3)</sup>. غير أن التشريعات الحديثة بدأت تتجه نحو الأخذ بالجهل بالقانون ، وهذا ما جاءت به المادة 122-3 من قانون العقوبات<sup>(4)</sup> الفرنسي الجديد<sup>(5)</sup> ، حيث نصت على انتفاء المسؤولية الجزائية في حالة ما إذا أثبت الجاني أنه تصرف إثر غلط في القانون ليس في وسعه تجنبه.

### المطلب الثالث : السبب الباعث في المذهب الإباضي

سار المذهب الإباضي في اتجاه النزعة الذاتية ، باعتبار تأثير السبب الباعث في العقود والتصرفات ، ويظهر تبني الإباضية للنظرية الذاتية من خلال بيان موقفهم من المسائل الفقهية الآتية : بيع العينة ، ونكاح التحليل ، وطلاق المريض مرض الموت<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup> - أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري العام ، ص 118 - 119.

<sup>2</sup> - أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري العام ، ص 120.

<sup>3</sup> - المادة 60 من الدستور الجزائري لسنة 1996، المادة 57 من دستور 1989 : "لا يعذر بجهل القانون".

<sup>4</sup> - Article 122-3 : N'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte.

<sup>5</sup> - صدر قانون العقوبات الفرنسي الجديد في سنة 1992 وبدأ العمل به في سنة 1994.

<sup>6</sup> - خالد محمد بابكر : نظرية المآلات : قاعدة الأمور بمقاصدها. مقال منشور على الإنترنت بتاريخ : 24 ربيع الثاني

**أولاً : بيع العينة :** ذهب الإباضية إلى أن بيع العينة بيع باطل<sup>(1)</sup> ، لأنّ طبيعة العقد ذاته تدل صراحة على وجود ذلك السبب الباعث غير المشروع، وهو الوصول بذلك البيع إلى الربا المحرم. إلا أنّ الإباضية يجعلون بطلان بيع العينة على أساس القصد، والباعث فقط، أمّا إذا لم يكن هناك قصد الربا بأن اشترى من البائع سلعة إلى أجل ثمّ كره تلك السلعة ، وعاد إلى البائع فباعه تلك السلعة بأقل مما اشتراها نقداً دون توطئة، فالبيع صحيح لأنّ العقد الأول منفك عن الثاني ومنفصل عنه وليس فيه صورة البيعتين في بيعة<sup>(2)</sup> ، ولأنّ البائع الأول قد لا يشتريها منه ؛ فالإباضية حصروا نطاق العمل بالباعث غير المشروع في نطاق ضيق وهو القصد والنية ، ولا ينظرون إلى كثرة استعمال الناس فيسدون الذريعة بذلك كما فعل المالكية والحنابلة .

ويبدو أنّ الإباضية ليس لهم رأي واحد في موضوع بيع العينة ، بل هناك آراء ثلاثة ، رأي يقول بالجواز ، وآخر يقول بالحرمة ، وثالث يقول بالكراهة .

ففي التاج المنظوم ، قال أبو عبد الله : من اشترى من رجل شاة بأربعين درهماً مؤجلة ، ثم باعها للبائع بالنقد فهو جائز. وقال بشير : إنه حرام .

وقيل : إن جابراً<sup>(3)</sup> احتج إلى مال ، فاشترى من بزاز ثياباً إلى أجل ، فقبضها منه. ثم قال من حينه: من يشتريها مني بالنقد؟ فقال : البزاز : أنا ، فباعها جابر له به ، وإن لم يكن للثمن مدة فحكمه نقداً ، إلا إن كان أصل المبيعة إلى أجل ، ولم يسمياه فالبيع فاسد ، ويرد المشتري على البائع مثل متاعه أو قيمته إن لم يكن له مثل ، وقيل : إنهما على ما أسسا عليه بيعهما من نقد أو نسيئة. ونص أيضاً على أن من باع متاعاً بنسيئة ، ثم اشتراه بالنقد ، فقبل : مكروه بدون ما باعه به ، وله أن يشتريه بما باعه به بنقد أو نسيئة<sup>(4)</sup>.

**ثانياً : نكاح التحليل :** ويظهر كذلك تبني الإباضية للاتجاه الذاتي من خلال موقفهم من نكاح التحليل ، فصحة وبطلان نكاح التحليل عند الإباضية متوقفان على القصد والباعث ، فإن كان قصد

1 - محمد بن يوسف اطفيش ، شرح النيل ، ج 8 ص 75.

2 - إبراهيم بولروح ، آثار الإمام جابر بن زيد ، ج 2 ص 938.

3 - المقصود بجابر : هو أبو الشعثاء جابر بن زيد الأزدي يرجع إليه تأسيس المذهب الإباضي فهو من أرسى قواعده وأصوله، ولد عام 21 هـ، في بلدة فرق في منطقة الجوف بعمّان ، ارتحل إلى البصرة لطلب العلم، وصار من أبرز العلماء، توفي سنة 82 هـ، وقيل سنة 93 هـ، وقيل سنة 103 هـ. واستلم قيادة الإباضية بعده الإمام أبو عبيدة مسلم بن أبي كريمة.

4 - الشيخ عبد العزيز بن الحاج بن إبراهيم الثميني ، التاج المنظوم من درر المنهاج المعلوم ، ج 4 ص 218.

التحليل موجودا ، بأن اتفقا عليه ولو دون ذكر ذلك في العقد، فإنّ هذا العقد يقع باطلا ولا تحل بهذا العقد لزوجها الأول<sup>(1)</sup>.

لكن البطلان وهو جزاء قضائي غير التحريم الدياني، لا بد له من دليل موضوعي يُرَجَّح به جانب البطلان على الصحة، لذلك فإنّ الإباضية وإن حرّمو التحليل ديانة لكن البطلان قضاء متوقّف على العلم بذلك القصد السيئ، وضابط الباعث غير المشروع هو علم المتعاقدين به واتفاقهما عليه، فإذا لم يعلم بأن نواه المحلّل في قلبه، لم يكن هناك مجال لإبطال العقد، ويُحكّم على ذلك العقد بالصحة فتحل لزوجها الأول لوجود صورة الإحلال التي شرطها القرآن<sup>(2)</sup>.

ونقل محمد بن يوسف أطفيش عن أصحاب الديوان : قولهم إنّما يأتي الفساد من الأخير إن أراد التحليل ، فإن علم به الأول فلا يتزوجها. وإن اتفق المحلّل والمحلّل له لا المرأة فلا تحل له بإرادة التحليل ، وإن اتفق مع زوجها ، فتزوجت غيره بلا اتفاق معهما أو به معه لم يحل لها الأول ، وإن تزوجها المحلّل على اتفاق منهما لتحليلها فلا يمسه ولا يمسكها ، وإن مسّها أصدقها وثبت ولده ولا تحرم عليه. وقيل إن تابا فلهما أن يقيما على نكاحهما. وقيل تحرم عليه ، وإن لم يرد إلا قضاء وطره كعابر سبيل وغيره فلا عليه ، وإن أراد قضاء الوطر والتحليل لم يحل له ذلك<sup>(3)</sup>.

ومما يؤكّد تبني الإباضية لنظرية السبب الباعث وتأثيره في العقود والتصرفات ، جواب ابن أبي الحواري لمن سأله عن حكم نكاح التحليل<sup>(4)</sup> ، فقال السائل : رجل طلب تزويج امرأة إلى نفسها أو إلى وليها وأراد أن يحللها لمطلق لها ، أعلمها بذلك ، أو لم يعلمها ، وتزوج بها ولم يجز بها ، أو لو يتزوج ثم ندم على ذلك، واستغفر ربه وترك ذلك التزويج ، ثم أراد تزويجها لغير ذلك ، هل تحل من بعد ذلك التزويج ؟

فأجاب قائلا : فعلى ما وصفت ، فإن كان قد جاز بها فقد حرمت عليه أبدا إذا أخذها ليحلها لغيره ، وكذلك أيضا إن كانت المرأة قد علمت فلا تحل لمطلقها الأول بذلك النكاح ، إلا أن تتزوج زوجها غيره ، لعله على غير نية التحليل. وإن لم يجز بها وكان قد أعلمها أنه إنما يريد أن يحلها ، ثم رجع عن تلك النية ، وأعلمها أيضا أنه قد رجع عن نيته تلك ، فإن أراد أن يرجع إليها بنكاح جاز له ذلك<sup>(5)</sup>.

1 - محمد بن يوسف اطفيش ، شرح النيل ، ج 7 ص 370.

2 - محمد بن يوسف اطفيش ، شرح النيل ، ج 7 ص 370.

3 - محمد بن يوسف اطفيش ، شرح النيل ، ج 7 ص 375.

4 - مصطفى بن حمو أرشوم ، النكاح صحة وفسادا وآثارا في المذهب الإباضي ، مطبعة النهضة ، سلطنة عُمان ، الطبعة الأولى 1422 هـ - 2002 م ، ص 237.

5 - محمد بن الحواري ، جامع أبي الحواري ، نشر وزارة التراث القومي والثقافة ، سلطنة عمان ، الطبعة الأولى 1405 هـ -

1985 م ، ج 3 ص 125 - 126.

**ثالثا : طلاق المريض مرض الموت :** كما يظهر تبني الإباضية للاتجاه الذاتي من خلال موقفهم ، من الباعث غير المشروع في مسألة طلاق المريض مرض الموت ، فإنّ الزوجة ترث من زوجها الذي طلقها وهو في مرض الموت ، معاملة له على نقيض قصده السيء ، لأنه ما طلقها إلا ليحرمها من الميراث<sup>(1)</sup>. ويؤكد الدكتور مصطفى باجو تبني الإباضية مبدأ السبب الباعث، فيقول : " وتجلّي مصادر الفقه الإباضي في تناولها لتصرفات الإنسان اليومية في عباداته، وفي معاملاته، عنايةً بالغة بمعرفة الباعث، حتى يكون دليلا للمجتهد للوصول بيني عليه الحكم الشرعي على هذا الفعل أو ذاك بالجواز أو الحظر، وعلى التصرف بالصحة أو البطلان وفق الباعث على إنشائه، إذ قد يكون القصد غير مشروع، فيُحال دون صاحبه وغايته، ولو كانت الوسيلة مشروعة، وهذا ما تجلّى واضحا في إعمال مبدأ سدّ الذرائع"<sup>(2)</sup>.

### المبحث الثاني : علاقة السبب الباعث بسدّ الذرائع

يعتبر سدّ الذرائع "أصل من الأصول التي أكثر من الاعتماد عليها في استنباطه الفقهي الإمام مالك رضي الله عنه، وقاربه في ذلك الإمام أحمد بن حنبل رضي الله عنه"<sup>(3)</sup>. وإذا كان الأمر كذلك ، فما وجه العلاقة بين انتصار هذين المذهبين لقاعدة سدّ الذرائع، واعتدادهما بالسبب غير المشروع في العقود والتصرفات ؟ ومدى هذه العلاقة ؟ وقبل الإجابة على هذين السؤالين ، لا بد من وقفة مع قاعدة سدّ الذرائع أولا ، ونوضح ذلك في مطالب ثلاثة.

#### المطلب الأول : قاعدة سدّ الذرائع

وفي هذا الفرع سيتم توضيح مفهوم الذرائع ، وحجيتها ، وأقسام الذرائع بالنسبة إلى نتائجها، ويكون ذلك في فروع ثلاثة.

#### الفرع الأول : مفهوم سدّ الذرائع

الذريعة في اللغة : معناها الوسيلة والطريق إلى الشيء، يقال تذرّع فلان بذريعة أي توصل بها، والجمع ذرائع. وهي السبب الموصل إلى الشيء حسيا كان أو معنويا<sup>(4)</sup>. اصطلاحا : هناك تعريفات عدّة ، نذكر منها ما يلي :

<sup>1</sup> - محمد بن يوسف اطفيش ، شرح النيل ، ج 7 ص 497.

<sup>2</sup> - مصطفى باجو ، مقارنة في المقاصد الشرعية بين الفقهاء الإباضي والمالكي. مقال منشور بتاريخ 27 جوان 2007، بموقع التراث : [www.tourath.org](http://www.tourath.org)

<sup>3</sup> - محمد أبو زهرة ، مالك حياته وعصره آراؤه وفقهه ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، (د س ن)، ص 431.

<sup>4</sup> - ابن منظور ، لسان العرب ، ج 8 ص 96.

عرفها القرطبي بأنها "عبارة عن أمر غير ممنوع لنفسه ، يخاف من ارتكابه الوقوع في ممنوع"<sup>(1)</sup>.  
 وعرفها الشاطبي فقال : "حقيقتها التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة"<sup>(2)</sup>. وقال أيضا : "فإن غالبها تدرّج بفعل جائز ، إلى عمل غير جائز"<sup>(3)</sup>.  
 وعرفها القاضي أبو بكر بن العربي بأنها : "كل عمل ظاهر الجواز ، يتوصل به إلى محذور"<sup>(4)</sup>. وقال أيضا : "كل عقد جائز في الظاهر يؤول أو يمكن أن يتوصل به إلى محذور"<sup>(5)</sup>.  
 وعرفها القرافي فقال : "حسم مادة وسائل الفساد دفعا ، فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة للمفسدة منع مالك من ذلك الفعل في كثير من الصور"<sup>(6)</sup>.  
 وعرفها الشوكاني بقوله : "هي المسألة التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل المحذور"<sup>(7)</sup>.  
 وعرفها ابن القيم : بأنها "ما كان وسيلة وطريقا إلى الشيء"<sup>(8)</sup>.  
 ويتبين من هذه التعاريف أن الفقهاء والأصوليين قد حصروا معنى الذرائع في المباح الذي يتوصل به إلى مفسدة.

والذريعة بما هي وسيلة ، قد تكون قولاً ، وهذه تشمل التصرفات القولية. وقد تكون فعلاً ، وهذه تشمل التصرفات الفعلية. وقد أشار ابن القيم إلى هذا أثناء تقسيمه للذرائع فقال : "الفعل أو القول المفضي إلى مفسدة قسمان"<sup>(9)</sup>. وتكون في العبادات كما تكون في العادات ، قال الشاطبي : "وبالجملة كل عمل أصله ثابت شرعا ، إلا أن في إظهار العمل به والمداومة عليه ، ما يخاف أن يعتقد أنه سنّة ، فتركه مطلوب في الجملة أيضا ، ومن باب سدّ الذرائع"<sup>(10)</sup>. وضرب أمثلة على ذلك كنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتقدم شهر رمضان بصيام يوم أو يومين ، وترك أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود الأضحية مخافة أن يعتقد الناس أنها واجب.

1 - القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج 2 ص 58.

2 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 4 ص 199.

3 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 4 ص 198.

4 - أبو بكر بن العربي ، أحكام القرآن ، ج 2 ص 798.

5 - أبو بكر بن العربي ، أحكام القرآن ، ج 2 ص 743.

6 - القرافي ، الفروق ، ج 2 ص 32 ، الفرق 58. الفرق بين قاعدة المقاصد وقاعدة الوسائل.

7 - الشوكاني ، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ، ص 217.

8 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 135.

9 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 136. فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص 182.

10 - الشاطبي ، الاعتصام ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، 1405هـ - 1985م ، ج 2 ص 32.

وبما أنّ الدّريعة وسيلة فهي لا تنحصر في المباح ، بل تعترتها الأحكام الشرعية ، وتأخذ حكم ما أفضت إليه ولو كان حكمه الشرعي في الأصل غير ذلك، فقد تكون مباحة ، وقد تكون حراما ، وقد تكون واجبة ، وقد تكون مستحبة ، وقد تكون مكروهة، فوسيلة المحرم محرمة، ووسيلة الواجب واجبة. فالفاحشة حرام، والنظر إلى عورة الأجنبية حرام، لأنها تؤدي إلى الفاحشة. والجمعه فرض، فالسعي لها فرض، وترك البيع لأجل السعي فرض أيضا. ودفع شخص مالا لآخر على سبيل الرشوة جائز ، ليتقي به معصية يريد الظالم أن يوقعها ، وضررها أشد من ضرر دفع المال.

وبيان ذلك أن موارد الأحكام قسمان ، مقاصد : وهي الأمور المكونة للمصالح والمفاسد في أنفسها، ووسائل : وهي الطرق المفضية إليها. وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحريم أو تحليل، غير أنّها أخفض رتبة من المقاصد في حكمها، ويقول القرابي: "الوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل، وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل ، وإلى ما هو متوسط متوسطة"<sup>(1)</sup>.

وأكد ابن القيم هذا المعنى فقال : "لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها، كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها، فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع بها، بحسب إفضائها إلى غاياتها، وارتباطاتها بها. ووسائل الطاعات القربات في محبتها والإذن بها، بحسب إفضائها إلى غايتها. فوسيلة المقصود تابعة للمقصود وكلاهما مقصود ، لكنه مقصود قصد الغايات، وهي مقصودة قصد الوسائل.

فإذا حرم الرب تعالى شيئا، وله طرق ووسائل تفضي إليه ، فإنه يجرمها ويمنع منها ، تحقيقا لتحريمه وتثبيتا له، ومنعا أن يقرب حماه. ولو أباح الوسائل والدّرائع المفضية لكان ذلك نقضا للتحريم، وإغراء للنفوس به، وحكمته تعالى وعلمه يأبي ذلك كل الإباء. بل سياسة ملوك الدنيا تأبي ذلك، فإن أحدهم إذا منع جنده أو رعيته، أو أهل بيته من شيء، ثم أباح لهم الطرق والأسباب والدّرائع الموصلة إليه ، لعدّ متناقضا، ولحصل من رعيته وجنده ضد مقصوده. وكذلك الأطباء، إذا أرادوا حسم الداء منعوا صاحبه من الطرق والدّرائع الموصلة إليه، وإلا فسد عليهم ما يرومون إصلاحه.

فما الظن بهذه الشريعة الكاملة التي هي في أعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال ؟ من تأمل مصادرها ومواردها علم أن الله تعالى ورسوله ، سد الدّرائع المفضية إلى المحارم بأن حرمها ونهى عنها"<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - القرابي ، الفروق ، ج 2 ص 33.

<sup>2</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 135.

## الفرع الثاني : حجية الذرائع وأدلة مشروعيتها

اعتبر مالك وأحمد الذرائع أصلا من أصول الفقه<sup>(1)</sup> ، قال الشاطبي : "وسد الذرائع مطلوب مشروع وهو أصل من الأصول القطعية"<sup>(2)</sup>. واعتبر ابن القيم سد الذرائع ربع الدين فقال : "وباب سد الذرائع أحد أرباع التكليف ، فإنه أمر ونهى ، والأمر نوعان ، أحدهما مقصود لنفسه ، والثاني وسيلة الى المقصود. والنهي نوعان أحدهما ما يكون المنهى عنه مفسدة في نفسه ، والثاني ما يكون وسيلة الى المفسدة. فصار سد الذرائع المفضية إلى الحرام أحد أرباع الدين"<sup>(3)</sup>.  
وأخذ بسدّ الذرائع الشافعي وأبو حنيفة<sup>(4)</sup> في بعض الحالات ، وأنكر ابن حزم الظاهري<sup>(5)</sup> الذرائع مطلقا.

وقد ثبتت مشروعية سدّ الذرائع ، بالقرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

### أ - أدلة سدّ الذرائع من القرآن الكريم

الدليل الأول : قوله تعالى : {وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ كَذَلِكَ زَيْنًا لِكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلُهُمْ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِمْ مَرْجِعُهُمْ فَيُنَبِّئُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ} <sup>(6)</sup> ، نهى الله تعالى عن سب آلهة المشركين ، مع أن توهين أمر الشرك مطلوب ، وفي السبّ غيظا وحمية لله وإهانة لأهنتهم؛ غير أنه بالنظر إلى ما يتوقع وهو سبّ المشركين الله تعالى ، منعت هذه الذريعة نظرا إلى هذا المآل ، لا بالتّظر إلى الباعث ، وكانت مصلحة ترك مسبته تعالى أرجح من مصلحة سبنا لأهنتهم. وهذا كالتنبيه ، بل كالتصريح على المنع من الجائز أو الواجب ، لثلا يكون سببا في فعل ما لا يجوز<sup>(7)</sup>.

1 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 361. ج 4 ص 198 وص 200. ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 136.

2 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 3 ص 61.

3 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 159.

4 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 3 ص 305 ، 306. الشافعي ، الأم ، ج 3 ص 272. الزركشي ، البحر المحيط ، ج 6 ص

84. وذكر أن بعض الشافعية قال بسدّ الذرائع تخريجا على قول الشافعي في بعض المسائل.

5 - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، الإحكام في أصول الأحكام ، تحقيق أحمد شاكر ، تقديم إحسان عباس ، دار

الآفاق الجديدة ، بيروت ، لبنان ، (د س ن) ، ج 6 ص 2 - 16.

6 - سورة الأنعام ، آية رقم : 109.

7 - أبو بكر بن العربي ، أحكام القرآن ، ج 2 ص 743. ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 137. فتحي الدريني ، نظرية

التعسف في استعمال الحق ، ص 186. وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص 538.

الدليل الثاني : قوله تعالى : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقُولُوا رَاعِنَا وَقُولُوا انظُرْنَا وَاسْمَعُوا وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ }<sup>(1)</sup>. نعى الله المؤمنين عن قول كلمة "راعنا" ، ومعناها راعنا سمعك ، أي اسمع لنا ما نريد أن نسأل عنه، لثلا يكون ذلك ذريعة لليهود في توجيهها للنبي صلى الله عليه وسلم ، قاصدين بها معنى آخر ، من الرعونة وهو سب للنبي صلى الله عليه وسلم بلسانهم العبراني<sup>(2)</sup>. قال القرطبي : "وجه التمسك بها أن اليهود كانوا يقولون ذلك وهي سب بلغتهم؛ فلما علم الله ذلك منهم منع من إطلاق ذلك اللفظ؛ لأنه ذريعة للسب"<sup>(3)</sup>.

الدليل الثالث : قوله تعالى : { وَأَسَاءُ لَهُمْ عَنِ الْقَرْيَةِ الَّتِي كَانَتْ حَاضِرَةَ الْبَحْرِ إِذْ يَعْدُونَ فِي السَّبْتِ إِذْ تَأْتِيهِمْ حِيتَانُهُمْ يَوْمَ سَبْتِهِمْ شُرْعًا وَيَوْمَ لَا يَسْبِتُونَ لَا تَأْتِيهِمْ كَذَلِكَ نَبِّئُوهُمْ بِمَا كَانُوا يَفْسُقُونَ }<sup>(4)</sup>.  
حرم الله تبارك وتعالى عليهم الصيد في يوم السبت؛ فكانت الحيتان تأتيتهم يوم السبت شرعًا، أي ظاهرة، فسدوا عليها يوم السبت وأخذوها يوم الأحد، وكان السد ذريعة للاصطياد؛ فمسحهم الله قردة وخنازير؛ وذكر الله لنا ذلك في معنى التحذير عن ذلك<sup>(5)</sup>.

قال أبو بكر بن العربي : "قال علماءنا هذه الآية أصل من أصول إثبات الذرائع التي انفرد بها مالك، وتابعه عليها أحمد في بعض رواياته ، وخفيت عن الشافعي وأبي حنيفة مع تبخرهما في الشريعة"<sup>(6)</sup>.  
الدليل الرابع : قول الله تعالى لآدم وحواء : { وَلَا تَقْرَبَا هَذِهِ الشَّجَرَةَ فَتَكُونَا مِنَ الظَّالِمِينَ }<sup>(7)</sup> ، قال ابن عطية : " وهذا مثال بين في سد الذرائع"<sup>(8)</sup>.

**ب - أدلة سد الذرائع من السنة :** وهي أحاديث كثيرة ثابتة صحيحة، منها :

حديث عائشة أَنَّ أُمَّ حَبِيبَةَ ، وَأُمَّ سَلَمَةَ ذَكَرْنَا كَنِيسَةً رَأَيْنَهَا بِالْحَبَشَةِ فِيهَا تَصَاوِيرُ لِرَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : "إِنَّ أَوْلَيْكَ ، إِذَا كَانَ فِيهِمُ الرَّجُلُ الصَّالِحُ ، فَمَاتَ ، بَنَوْا عَلَيَّ قَبْرَهُ مَسْجِدًا ، وَصَوِّرُوا فِيهِ تِلْكَ الصُّورَ ، وَأَوْلَيْكَ شِرَارُ الْخَلْقِ عِنْدَ اللَّهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ"<sup>(1)</sup>.

1 - سورة البقرة ، آية رقم : 103.

2 - محمد رشيد رضا ، تفسير المنار ، ج 1 ص 409.

3 - القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج 2 ص 58.

4 - سورة الأعراف ، آية رقم : 163.

5 - القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج 2 ص 58.

6 - أبو بكر بن العربي ، أحكام القرآن ، ج 2 ص 798.

7 - سورة الأعراف ، آية رقم : 18.

8 - القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج 1 ص 304.

قال القرطبي : "فعل ذلك أوائلهم ليتأنسوا برؤية تلك الصُّور ويتذكروا أحوالهم الصالحة فيجتهدون كاجتهادهم ، ويعبدون الله عز وجل عند قبورهم، فمضت لهم بذلك أزمان، ثم أنهم خَلَفَ من بعدهم خلوف جهلوا أغراضهم، ووسوس لهم الشيطان أن آباءكم وأجدادكم كانوا يعبدون هذه الصُّورة فعبدوها؛ فحذّر النبي صلى الله عليه وسلم عن مثل ذلك، وشدّد النكير والوعيد على من فعل ذلك. وسدّ الدّرائع المؤدّية إلى ذلك<sup>(2)</sup> فقال : "اشتدّ غضب الله على قوم اتخذوا قبور أنبيائهم وصلحيهم مساجد". وقال : "اللهم لا تجعل قبري وثناً يُعبَد"<sup>(3)</sup>.

عَنْ التُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ : "الْحَلَالُ بَيْنَ وَالْحَرَامِ بَيِّنٌ، وَبَيْنَهُمَا أُمُورٌ مُتَشَابِهَاتٌ لَا يَعْلَمُهَا كَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ، فَمَنْ اتَّقَى الشُّبُهَاتِ اسْتَبْرَأَ لِدِينِهِ وَعَرْضِهِ ، وَمَنْ وَقَعَ فِي الشُّبُهَاتِ وَقَعَ فِي الْحَرَامِ، كَالرَّاعِي يَرْعَى حَوْلَ الْحِمَى يُوشِكُ أَنْ يَرْتَعَ فِيهِ، أَلَا وَإِنَّ لِكُلِّ مَلِكٍ حِمًى، وَإِنَّ حِمَى اللَّهِ مَحَارِمُهُ"<sup>(4)</sup>.

وجه الدلالة أنه صلى الله عليه وسلم منع من الإقدام على الشبهات مخافة الوقوع في المحرمات؛ وذلك سدا للذريعة.

عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : "إِنَّ مِنْ أَكْبَرِ الْكَبَائِرِ أَنْ يَلْعَنَ الرَّجُلُ وَالِدَيْهِ، قِيلَ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَكَيْفَ يَلْعَنُ الرَّجُلُ وَالِدَيْهِ؟ قَالَ: يَسُبُّ الرَّجُلُ أَبَا الرَّجُلِ فَيَسُبُّ أَبَاهُ وَيَسُبُّ أُمَّهُ"<sup>(5)</sup>. فجعل التعرض لسبّ آباء الآخرين ، كسبّ الآباء.

وقال صلى الله عليه وسلم : لا يبلُغ العبدُ أن يكون من المتقين حتى يدع ما لا بأس به حذرًا مما به بأس<sup>(6)</sup>.

وقد أورد ابن القيم تسعة وتسعين وجها للدلالة على ثبوت سدّ الدّرائع في الشريعة الإسلامية<sup>(7)</sup>.

<sup>1</sup> - رواه البخاري ، في كتاب الصلاة، باب هل تنبش قبور مشركي الجاهلية ويتخذها مكانها مساجد، حديث رقم 427. ومسلم، في المساجد ومواضع الصلاة، حديث رقم 528. والنسائي، في المساجد.

<sup>2</sup> - القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج 2 ص 58.

<sup>3</sup> - رواه مالك في الموطأ ، والإمام أحمد في المسند ج 12 ص 314، حديث رقم 7358.

<sup>4</sup> - رواه البخاري في كتاب الإيمان، باب فضل من استبرأ لدينه، حديث رقم 52. ورواه مسلم حديث رقم 1599.

<sup>5</sup> - متفق عليه. رواه البخاري، في كتاب الأدب، باب لا يسب الرجل والديه، حديث رقم 5973.

<sup>6</sup> - رواه ابن ماجه والحاكم، والترمذي من حديث عطية السعدي مرفوعا.

<sup>7</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 137 - 159.

### الفرع الثالث : تقسيم الذرائع بالنسبة إلى نتائجها

اختلفت اجتهادات الفقهاء والأصوليين في تقسيم الذرائع بالنسبة إلى نتائجها ، وأسأعرض فيما يلي تقسيمات ثلاثة لسدّ الذرائع أحدها للقراقي ، والثاني لابن القيم ، والثالث للشاطبي.

#### التقسيم الأول : تقسيم القراقي

تنقسم الذرائع عند القراقي إلى أقسام ثلاثة<sup>(1)</sup> :

القسم الأول : أجمعت الأمة على سدّه ومنعه ، كحفر الآبار في طريق المسلمين ، فإنه وسيلة إلى إهلاكهم. وكإلقاء السمّ في أطعمتهم ، وسبّ الأصنام عند من يعلم من حاله أن يسبّ الله تعالى عند سبّها.

القسم الثاني : أجمعت الأمة على عدم منعه وأنه ذريعة لا تسدّ ووسيلة لا تحسم ، كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر ، فإنه لم يقل به أحد. وكالمنع من المجاورة في البيوت ، خشية الزنى.

القسم الثالث : اختلف فيه العلماء هل يسدّ أم لا ؟ كبيع الآجال ، وحكم القاضي بعلمه ، هل يجرم ؛ لأنه وسيلة للقضاء بالباطل من القضاة السوء ، أو لا يجرم. وكذلك اختلف في تضمين الصناع ؛ لأنهم يؤثرون في السلع بصنعتهم فتتغير السلع فلا يعرفها ربها إذا بيعت ، فيضمنون سدا لذريعة الأخذ أم لا يضمنون ؛ لأنهم أجراء ، وأصل الإجارة على الأمانة، قولان. وكذلك تضمين حملة الطعام، لئلا تمتد أيديهم إليه.

قال القراقي : وحاصل القضية أننا قلنا بسدّ هذه الذرائع ، ولم يقل بها الشافعي ، فليس سدّ الذرائع خاصا بمالك رحمه الله ، بل قال بها هو أكثر من غيره ، وأصل سدّها مجمع عليه<sup>(2)</sup>.

#### التقسيم الثاني : تقسيم ابن القيم

قسم ابن القيم الوسائل بالنسبة إلى نتائجها إلى أقسام أربعة<sup>(3)</sup> ، ولكنه في تقسيمه يخلط بين ما هو وسيلة إلى المحرم ، وما هو محرم في ذاته :

القسم الأول: وسيلة موضوعة للإفضاء إلى المفسدة، كشراب المسكر المفضي إلى مفسدة السكر، وكالقذف المفضي إلى مفسدة الفرية، والزنى المفضي إلى اختلاط المياه وفساد الفراش ، ونحو ذلك ، فهذه أفعال وأقوال وضعت مفضية لهذه المفاسد ليس لها ظاهر غيرها.

<sup>1</sup> - القراقي ، الفروق ، ج 2 ص 32 ، الفرق 58. الفرق بين قاعدة المقاصد وقاعدة الوسائل.

<sup>2</sup> - القراقي ، الفروق ، ج 2 ص 33.

<sup>3</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 136.

القسم الثاني: وسيلة موضوعة للمباح، قصد بها التوسل إلى المفسدة. وهي أمور موضوعة للإفضاء إلى أمر جائز، أو مستحب، فتتخذ وسيلة إلى المحرم، كمن يعقد النكاح قاصدا به التحليل، أو يعقد البيع قاصدا به الربا، أو يخالع قاصدا به الخنث.

القسم الثالث: وسيلة موضوعة للمباح، لم يقصد بها التوسل إلى المفسدة لكنها مفضية إليها غالبا، ومفسدتها أرجح من مصلحتها. ذلك كمن يسب آلهة المشركين بين أظهرهم، وتزين المتوفى عنها زوجها في زمن عدتها.

القسم الرابع: وسيلة موضوعة للمباح، وقد تفضي إلى المفسدة، ومصلحتها أرجح من مفسدتها. ومثاله: النظر إلى المخطوبة، والمُستأمة، والمَشْهُودِ عليها ومن يطبها... وكلمة الحق عند ذي سلطان جائز، ونحو ذلك.

ويرى ابن القيم أن القسمين الأول والرابع ليسا محلا للنزاع، ذلك لأن الشارع قد جاء بمنع القسم الأول كراهة أو تحريما، بحسب درجاته في المفسدة. وجاء بإباحة القسم الرابع أو استحبابه أو إيجابه، بحسب درجاته في المصلحة.

أما القسمان الثاني والثالث، فهما مجال الخلاف وعلى ذلك فهما محل تطبيق سدِّ الذرائع فيها، وقد أورد تسعا وتسعينا دليلا على اعتبار سدِّ الذرائع فيها<sup>(1)</sup>.

ويرى الشيخ أبو زهرة أن هذه الأقسام سليمة من حيث الفرض العقلي، غير أن القسم الأول لا يعد من الذرائع بل من باب المقاصد، لأن الخمر والزنا والقذف، كالربا وأكل مال الناس بالباطل والغصب والسرقة، مفسد في ذاتها، وليست ذرائع ولا وسائل لمفاسد أخرى أكثر منها. ثم يقول: "وإذا كان القسم الأول لا يعد من سدِّ الذرائع. لأنه في ذاته مفسدة، فالأقسام الثلاثة الأخرى هي التي تدخل في هذا التقسيم"<sup>(2)</sup>.

ويؤكد فتحي الدريني نفس ملاحظة الشيخ أبو زهرة حول القسم الأول فيقول: "إن ابن القيم خلط في القسم الأول بين الذرائع إلى المفاسد وبين المفاسد في ذاتها، فشرب الخمر والزنا والقذف ليست من الذرائع في شيء، وإنما هي محرمة لذاتها تحريم مقاصد، فأيرادها في قسم الذرائع ليس على ما ينبغي"<sup>(3)</sup>. وعلى هذا يمكن رد أقسام الذرائع التي ذكرها ابن القيم إلى أقسام ثلاثة:

1 - ابن القيم، إعلام الموقعين، ج 3 ص 137 - 159.

2 - محمد أبو زهرة، مالك حياته وعصره آراؤه وفقهه، ص 437.

3 - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص 184.

القسم الأول : ما وضع لمباح ولكنه قد يفضي إلى مفسدة ومصلحته أرجح من مفسدته ، كالنظر إلى المخطوبة. وهذا القسم جاءت الشريعة بجوازه ، فليس محلا للنظر.

القسم الثاني : ما وضع لمباح ، لم يقصد به التوصل إلى مفسدة ، ولكنه يفضي إليها غالبا ، وهي أرجح مما يترتب عليه من المصلحة ، كمن يسب آلهة المشركين بين أظهرهم. وهذا القسم جاء المنع فيه تصريحاً، بقول الله تعالى : { وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ }<sup>(1)</sup>. أو يصلي تطوعاً بغير سبب في أوقات النهي ، أو يصلي بين يدي القبر لله تعالى.

القسم الثالث : ما وضع لمباح ، ولكن قصد به التوصل إلى مفسدة ، كمن يعقد النكاح قاصداً به التحليل ، أو يعقد البيع قاصداً به الربا. وهذا هو محل الخلاف ، وهو القسم الذي أشار إليه القرآني أنه موضع نزاع<sup>(2)</sup>.

وحتى هذا القسم ليس محلا للنزاع عند التحقيق ، فلا يوجد أحد من العلماء يجيز أن يتخذ الناس من المباح وسيلة للوصول إلى الحرام ، لأن ذلك يناقض أصل الشريعة ومقاصدها؛ فالشافعي مثلاً لا يجيز البيع الذي قصد به التوصل إلى الربا ، إذا ظهر القصد إلى هذا المال الممنوع ، وإنما الخلاف في المنهج الذي اتبعه كل فقيه في الكشف عن الباعث غير المشروع.

فالإمام مالك يحتاط في درء المفسدات فيمنع ما أدى إلى الممنوع ، بكثرة قصده من قبل المتعاقدين ، ولو لم يقصد بالفعل في كل صورة على حدة ، فيكتفي بكثرة الوقوع ، ولو لم تصل إلى غلبة الظن ، أو غلبة كثرة الوقوع ، زيادة عن العلم ، ويعتبرها مظنة هذا القصد ، فالكثرة هي الضابط والمظنة ، كما في بيع العينة ، حيث تكون السلعة لغوا لا معنى لها في العقد ، لأن المصالح التي شرع من أجلها البيع لم يوجد منها شيء ، ومن ثم تكون العينة دلالة على القصد إلى الممنوع. أما الإمام الشافعي فلا يتهم من لم يظهر منه قصد إلى المال الممنوع ، فيعتمد العبارة الظاهرة ويقوم الحكم عليها ، ولا يتحرى البواعث الخفية<sup>(3)</sup>.

ولهذا فيتفق الفريقان كما يقول الشاطبي على أنه لا يجوز التعاون على الإثم والعدوان بإطلاق<sup>(4)</sup> ، فظهر أن قاعدة الذرائع متفق على اعتبارها في الجملة ، وإنما الخلاف في أمر آخر، وهو المناط الذي يتحقق

<sup>1</sup> - سورة الأنعام ، آية رقم : 109.

<sup>2</sup> - القرآني ، الفروق ، ج 2 ص 32 ، الفرق 58.

<sup>3</sup> - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص 185. الشاطبي ، الموافقات ، ج 4 ص 199 - 200.

<sup>4</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 4 ص 200.

به التذرع<sup>(1)</sup>. وكما قال القرافي : "فليس سدّ الذرائع خاصا بمالك رحمه الله ، بل قال بها هو أكثر من غيره، وأصل سدّها مجمع عليه"<sup>(2)</sup>.

### التقسيم الثالث : تقسيم الشاطبي للذرائع باعتبار مآلتها

إن الشاطبي في تقسيمه للذرائع يرسى قواعد أصولية تحكم استعمال الحقوق ، فهو يشير أولا إلى الحق والإباحة بقوله : "جلب المصلحة أو دفع المفسدة إذا كان مأذونا فيه ... إلخ". والمأذون فيه أوسع من أن يكون ناشئا بمقتضى حق أو إباحة<sup>(3)</sup>.

ثم شرع في تقسيم أوجه استعمال الحق ، وحصرها في ثمانية أوجه<sup>(4)</sup> ، ولما كانت المقاصد والبواعث النفسية لا عبرة بها في الحكم الديني ، وإن كان لها اعتبار من حيث العقاب والثواب الأخروي ؛ فسأكتفي بذكر أربعة فقط ، وهي التي لها صلة بما يؤول إليه العمل من مفسد وأضرار، وهذه الأقسام هي : القسم الأول : أن لا يقصد الإضرار بأحد ، ولا يلحقه بالمنع من استعمال حقه ضرر ، ويكون أدائه إلى المفسدة قطعيا في جري العادة ، كحفر البئر خلف باب الدار في الظلام، بحيث يقع الداخل فيه ولا بد، وشبه ذلك.

القسم الثاني : أن لا يقصد إضرارا بأحد ، ولا يلحقه بالمنع مضرة ، ويكون أدائه إلى المفسدة نادرا ، كحفر البئر بموضوع لا يؤدي غالبا إلى وقوع أحد فيه، ويبيع الأغذية التي غالبها لا يضر أحدا. القسم الثالث : أن لا يقصد إضرارا بأحد ، ولا يلحقه بالمنع مضرة ، ويكون أدائه إلى المفسدة غالبا، أي يغلب على الظن الراجح أنه يؤدي إلى المفسدة ، كبيع السلاح في وقت الفتن ، ويبيع العنب للخمر.

القسم الرابع : أن لا يقصد إضرارا بأحد ، ولا يلحقه بالمنع مضرة ، ويكون أدائه إلى المفسدة كثيرا ، ولكن كثرته ليست غالبية ، كمسائل بيوع الاجال<sup>(5)</sup>.

وبعد استعراضنا لهذه الأقسام ، نبين حكمها الشرعي :

حكم القسم الأول : وهو أن لا يلحق جالب المصلحة أو دافع المفسدة ضرر ، ولكن إفضاء فعله إلى الإضرار بغيره قطعي في مجرى العادة ؛ فإقدامه على الفعل مع علمه بلزوم المضرة بالغير ، مظنة لقصده

1 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 4 ص 201. هامش رقم 1.

2 - القرافي ، الفروق ، ج 2 ص 33.

3 - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص 190.

4 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 348.

5 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 348. محمد أبو زهرة ، مالك حياته وعصره آراؤه وفقهه ، ص 379.

الإضرار ، أو هو تقصير في الاحتياط لتجنب الإضرار ، أو تقصير في فهم المعاني الإسلامية وما تلزمه به من الحرص واليقظة والتعاون على البر والتقوى ؛ لعصمة الإنسان من الإضرار به وإيلامه ، لقوله صلى الله عليه وسلم : "لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ" ، فيمنع الفعل ، وإذا قام بالفعل "فيعد متعديا بفعله ويضمن ضمان المتعدي على الجملة"<sup>(1)</sup>.

حكم القسم الثاني : ما يكون أداؤه إلى المفسدة نادرا ، فيرجح جانب الإذن ، لأن العبرة بغلبة المصلحة على المفسدة ، لا بندرة المفسدة التي لا تخلو منها مصلحة ، ورجحان المصلحة على المفسدة يعتبر ضابطا لشرعية المعاملات.

قال الشاطبي : "ولا يعد هنا قصد القاصد إلى جلب المصلحة أو دفع المفسدة - مع معرفته بندور المضرة عن ذلك - تقصيرا في النظر ، ولا قصدا إلى وقوع الضرر ؛ فالعمل إذا باق على أصل المشروعية. والدليل على ذلك أن ضوابط المشروعات هكذا وجدناها ؛ كالقضاء بالشهادة في الدماء والأموال والفروج ، مع إمكان الكذب والوهم والغلط. وإباحة القصر في المسافة المحدودة ، مع إمكان عدم المشقة كالميلك المترف ؛ ومنعه في الحضر ، بالنسبة إلى ذوي الصنائع الشاقة. وكذلك أعمال خبر الواحد ، والأقيسة الجزئية في التكاليف ، مع إمكان إخلالها والخطأ فيها من وجوه ، لكن ذلك نادر فلم يعتبر ، واعتبرت المصلحة الغالبة"<sup>(2)</sup>.

حكم القسم الثالث : وهو ما يكون أداؤه إلى المفسدة من باب غلبة الظن ، فيجري غلبة الظن مجرى العلم القطعي ، وعلى هذا يمنع ، ولا يلتفت إلى أصل الإذن والإباحة؛ لأن سدّ الذرائع يوجب الاحتياط للفساد ما أمكن الاحتياط ، ولا شك أن الاحتياط يوجب الأخذ بغلبة الظن، ولأن الظن في الأحكام العملية يجري مجرى العلم ، ولأن إجازة الفعل نوع من التعاون على الإثم والعدوان ، وهذا لا يجوز<sup>(3)</sup>. وقد أشار الشاطبي أن هذا القسم يجري فيه الخلاف ، بسبب أن المتسبب لم يقصد إلا مصلحة نفسه ، ولم يقصد ضررا بالغير<sup>(4)</sup>.

حكم القسم الرابع : وهو القسم الذي يفضي إلى المفسدة كثيرا ، أي أن المفسدة المترتبة على الفعل لم تبلغ درجة القطع واليقين ، ولا درجة غلبة الظن ، ولكن المفسدة تقع في كثير من الحالات<sup>(5)</sup>.

1 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 358. فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص 196.

2 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 351.

3 - محمد أبو زهرة ، مالك حياته وعصره آراؤه وفقهه ، ص 339. الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 360.

4 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 359.

5 - سيأتي في الفرع الثالث من المطلب الثالث شرح وتوضيح معيار الكثرة التي تقوم مقام غلبة الظن عند الإمام مالك.

وإذا لم يعلم صاحب الحق بترتب المفسدة على فعله ، ولم يغلب على ظنه ذلك ، فلا يحمل تبعه الضرر الواقع ، ولا يبطل تصرفه ، لضرر متوقع. لأنه لم يقصد الضرر ، ولا يمكن اعتباره مقصرا في الاحتياط ، فيرجح جانب إباحة الفعل والإذن به ، لأنه الأصل ، كما أنه لم يعارضه أصل قائم على أساس فقهي سليم<sup>(1)</sup>.

ومثال ذلك بيع العينة وهو البيع الذي يتذرع به إلى الربا ، فلا يمكن أن نمنع هذا البيع ، بحجة أن كل بيع من هذا النوع يقصد به الربا أو هو يؤدي إلى ذلك. ما لم يصدر عن أحد المتعاقدين ما يكشف عن الباعث غير المشروع يقينا. كما أنه مما يرجح جانب الجواز أن الأصل حمل تصرفات المؤمن على الصلاح.

وخالف الإمام مالك في ذلك ومنع التصرف ، وأقام الكثرة مقام العلم أو غلبة الظن ، ورأى أنه وإن كان الأصل هو الإذن في الفعل ، إلا أن هذا الأصل قد عارضه أصل آخر لا يقل عنه قوة ، هو عصمة الإنسان من الإضرار به أو إيلاجه ؛ فترجح هذا الأصل تطهيرا للمجتمع من الفساد، والمقرر في الشريعة أن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح ، وعلى هذا فكثرة الفساد داعية إلى هذا الترجيح ، وإلى اعتبارها في مرتبة الظن الغالب<sup>(2)</sup>.

ويشرح الشاطبي وجهة نظر الفريقين فيقول : "وأما ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيرا، لا غالبا ولا نادرا، فهو موضع نظر والتباس، والأصل فيه الحمل على الأصل من صحة الإذن ، كمذهب الشافعي وغيره؛ ولأن العلم والظن بوقوع المفسدة متفتيان ، إذ ليس هنا إلا احتمال مجرد بين الوقوع وعدمه ، ولا قرينة ترجح أحد الاحتمالين على الآخر ، واحتمال القصد للمفسدة والإضرار لا يقوم مقام نفس القصد ولا يقتضيه، لوجود العوارض من الغفلة وغيرها عن كونها موجودة أو غير موجودة.

وأیضا فإنه لا يصح أن يعد الجالب أو الدافع هنا مقصرا ولا قاصدا، كما في العلم والظن؛ لأنه ليس حملة على القصد إليهما<sup>(3)</sup> أولى من حملة على عدم القصد لواحد منهما، وإذا كان كذلك فالتسبب المأذون فيه قوى جدا ؛ إلا أن مالكا اعتبره في سدّ الذرائع بناء على كثرة القصد وقوعا، وذلك أن القصد لا ينضبط في نفسه ؛ لأنه من الأمور الباطنة، لكن له مجالا هنا وهو كثرة الوقوع في الوجود أو هو مظنة ذلك، فكما اعتبرت المظنة وإن صح التخلف، كذلك تعتبر الكثرة لأنها مجال القصد<sup>(4)</sup>.

1 - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص 197.

2 - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص 198.

3 - إلى المفسدة والإضرار، كالمعصية مثلا وإن لم يتضرر بها أحد ، وإضرار الغير بها.

4 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 361.

والأدلة التي اعتمد عليها مالك في تبنيه معيار الكثرة وإقامتها مقام العلم أو غلبة الظن ، هي ورود آثار صحيحة ، تحرم أموراً كانت في الأصل مآذوناً فيها ، لأنها تؤدي في كثير من الأحوال إلى المفسد ، ولم تكن غالبية ، ومن ذلك (1) :

- 1 - حرّم عليه الصلاة والسلام الخلوة بالمرأة الأجنبية. وأن تسافر مع غير ذي محرم.
  - 2 - نهى عن بناء المساجد على القبور، وعن الصلاة إليها.
  - 3 - نهى عن الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها وقال : "إنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم".
  - 4 - حرمت خطبة المعتدة تصرّيحاً ، ونكاحها ، حتى لا تكذب في العدة؛ وحرّم على المرأة في عدة الوفاة الطيب والزينة وسائر دواعي النكاح.
  - 5 - نهى عن البيع والسلف، وعن هدية المديان، وعن ميراث القاتل.
- كل هذه الآثار ورد التحريم فيها لكثرة ما يترتب على هذه التصرفات من مفسد ، وإن لم يقطع بإفضائها إلى هذه المفسد. "والشريعة مبنية على الإحتياط والأخذ بالحزم والتحرز مما عسى أن يكون طريقاً إلى مفسدة" (2).

### المطلب الثاني : العلاقة بين الاعتداد بالسبب غير المشروع وسدّ الدّرائع

بعد ما عرفنا معنى سدّ الدّرائع، وأدلتها، وأنواع الوسائل بالنسبة إلى نتائجها ، ننتقل إلى الإجابة عن السؤال الذي طرح من قبل في بداية هذا المطلب ، والمتمثل في بيان العلاقة بين السبب غير المشروع وسدّ الدّرائع.

يرى ابن القيم أن ثمة تلازماً بين هاتين المسألتين ، فهو يؤكد في كتابه إعلام الموقعين الحقيقتين الآتيتين ؛ الأولى : أن الفقهاء الذين يقولون بسدّ الدّرائع في أصولهم ، يعملون بالباعث في العقود والتصرفات. والحقيقة الثانية أن من لا يقول منهم بسدّ الدّرائع في أصوله ، يهمل الباعث في العقود والتصرفات.

يقول ابن القيم وهو بصدد تأييد نزعة الذاتية ، والرد على النزعة الموضوعية التي يذهب إليها الشافعي في إهماله للنيات والمقاصد ، وعدم اعتداده بالشروط المتقدمة على العقد ، ما يلي : "وقوله لا تفسد العقود، بأن يقال هذه ذريعة، وهذه نية سوء إلى آخره، إشارة منه إلى قاعدتين ، إحداهما : أن لا اعتبار بالدّرائع ولا يراعى سدّها. والثانية : أن القصد غير معتبرة في العقود. والقاعدة المتقدمة أن الشرط المتقدم لا يؤثر، وإنما التأثير للشرط الواقع في صلب العقد. وهذه القواعد متلازمة. فمن سدّ الدّرائع، اعتبر

1 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 362 - 364. محمد أبو زهرة ، مالك حياته وعصره آراؤه وفقهه ، ص 440 - 441.

2 - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 364.

المقاصد، وقال يؤثر الشرط متقدما ومقارنا. ومن لم يسدّ الذرائع، لم يعتبر المقاصد، ولا الشروط المتقدمة ، ولا يمكن أبطال واحدة منها إلا بإبطال جميعها<sup>(1)</sup>

وقد أكد ابن القيم هذه العلاقة في الوجوه التسعة والتسعين التي أدلى بها للتدليل على مبدأ سدّ الذرائع، ونكتفي بوجهين فقط لتأكيد هذه العلاقة ، وهما الوجه السادس والتسعين ، والسابع والتسعين. الوجه السادس والتسعين : "أنه تعالى عاقب الذين حفروا الحفائر يوم الجمعة ، فوقع فيها السمك يوم السبت ، فأخذوه يوم الأحد ، ومسحهم الله قرده وخنازير. وقيل إنهم نصبوا الشباك يوم الجمعة وأخذوا الصيد يوم الأحد ، وصورة الفعل الذي فعلوه مخالف لما نُهوا عنه ، ولكنهم لما جعلوا الشباك والحفائر ذريعة إلى أخذ ما يقع فيها من الصيد يوم السبت ، نزلوا منزلة من اصطاد فيه ، إذ صورة الفعل لا اعتبارا بها ، بل بحقيقته وقصد فاعله. ويلزم من يسدّ الذرائع أن لا يحرم مثل هذا ، كما صرحوا به في نظيره سواء ، وهو لو نصب قبل الإحرام شبكة، فوقع فيها صيد، وهو محرم، جاز له أخذه بعد الحلّ، وهذا جار على قواعد من لم يعتبر المقاصد ولم يسدّ الذرائع"<sup>(2)</sup>.

الوجه السابع والتسعين : قال الإمام أحمد: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع السلاح في الفتنة". ولا ريب أن هذا سدّ لذريعة الإعانة على المعصية. ويلزم من لم يسدّ الذرائع، أن يجوز هذا البيع كما صرحوا به. ومن المعلوم أن هذا البيع يتضمن الإعانة على الإثم والعدوان. وفي معنى هذا كل بيع أو إجارة أو معاوضة تعين على معصية الله ، كبيع السلاح للكفار والبغاة وقطاع الطريق، وبيع الرقيق لمن يفسق به أو يؤاجره لذلك، أو إجارة داره أو حانوته أو خانه، لمن يقيم فيها سوق المعصية، وبيع الشمع أو إجارته لمن يعصى الله عليه، ونحو ذلك مما هو إعانة على ما يبغضه الله ويسخطه.

ومن هذا عصر العنب لمن يتخذه خمرا، وقد لعنه صلى الله عليه وسلم هو والمعتصر معا. ويلزم من لم يسدّ الذرائع أن لا يلعن العاصر، وأن يجوز له أن يعصر العنب لكل أحد، ويقول : القصد غير معتبر في العقد، والذرائع غير معتبرة، ونحن مطالبون في الظواهر، والله يتولى السرائر، وقد صرحوا بهذا، ولا ريب في التناهي بين هذا وبين سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم"<sup>(3)</sup>.

1 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 134.

2 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 158.

3 - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 158.

### المطلب الثالث : مدى العلاقة بين سدّ الذرائع والسبب غير المشروع

وإذا ثبت قيام العلاقة بين مبدأ سدّ الذرائع ، والسبب الباعث في التصرفات والعقود ، فما مدى هذه العلاقة بين هذين المبدئين ؟ هل هما يهدفان إلى تحقيق غاية واحدة ؟ وإذا كان الأمر كذلك ، فهل سلكا في سبيل الوصول إليها نهجا موحدًا ؟

لا يختلف اثنان في أن سدّ الذرائع والسبب الباعث يهدفان إلى تحقيق غاية واحدة، هي توسيع نطاق عدم المشروعية ، والحرص على مزيد من حماية المجتمع عن طريق إبطال مظان الفساد ، وهي غاية لم يسلك نفاة مبدأ سدّ الذرائع المسلك نفسه الذي سلكه مثبتو سدّ الذرائع للوصول إلى هذه الغاية ، بل سلكوا طرقا أخرى لبطلان التصرفات غير المشروعة.

على أن هذين المبدئين قد سلكا في سبيل الوصول إلى غايتهم المشتركة طريقتين متباينتين ، فبينما يستند مبدأ سدّ الذرائع في الأصل إلى معيار موضوعي يعتد بالنتيجة ، يستند مبدأ الاعتداد بالباعث إلى معيار ذاتي يحفل بالباعث. ونرى أن المبدأ الثاني مشتق من المبدأ الأول، ففي كليهما تقاس الوسيلة من زاوية النتيجة، على أن هذا القياس إذا كان ماديا مباشرا في المبدأ الأول فهو في المبدأ الثاني نفسي وغير مباشر ، يعول فيه على الباعث النفسي الذي حدا بصاحب الوسيلة إلى الإقدام على إنشائها ، ونرى أن النزوع الذاتي في ظل المبدأ الثاني هو مظهر متطور من مظاهر المبدأ الأول ، ولعل هذا التطور قد بلغ غايته عندما اشترط أنصار الاعتداد بالباعث ، علم المتعاقد الآخر بالباعث غير المشروع ، كشرط لإبطال التصرف الذي تلوث به<sup>(1)</sup>.

وهذا الاشتراط يدعو إلى التوفيق بين احترام مقاصد الشريعة في دفع المفسد وجلب المصالح من جهة، وتأمين استقرار التعامل من جهة أخرى، وهذا التوفيق مفقود في ظل مبدأ سدّ الذرائع الذي يستند إلى معيار مادي بحت ، ويعني بالنتيجة فقط. وقد وضّح الشيخ محمد أبو زهرة هذا المعيار الموضوعي فقال: "والأصل في اعتبار سدّ الذرائع هو النظر في مآلات الأفعال، وما تنتهي في جملتها إليه، فإن كانت تتجه نحو المصالح التي هي المقاصد والغايات من معاملات بني الإنسان بعضهم على بعض، كانت مطلوبة بمقدار يناسب طلب هذه المقاصد وإن كانت لا تساويها في الطلب؛ وإن كانت مآلاتها تتجه نحو المفسد، وإن كان مقدار التحريم أقل في الوسيلة.

والنظر في المآلات لا يكون إلى مقصد العامل ونيته، بل إلى نتيجة العمل وثمرته ، وبحسب النية يثاب الشخص أو يعاقب في الآخرة، وبحسب النتيجة والثمر يحسن الفعل في الدنيا أو يقبح، ويطلب أو يمنع؛

<sup>1</sup> - وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص 543 - 544.

لأن الدنيا قامت على مصالح العباد، وعلى القسطاس والعدل، وقد يستوجبان النظر إلى النتيجة والثمرة ، دون النية المحتسبة والقصد الحسن»<sup>(1)</sup>.

ويقول أيضا : "إن أصل سدّ الدّرائع لا تعتبر النية فيه على أنّها الأمر الجوهري في الإذن أو المنع، إنما النظر فيه إلى النتائج والثمرات، فإن كانت نتيجة العمل مصلحة تامة، كان واجبا بوجوبها، وإن كان يؤدي إلى فساد، فهو ممنوع بمنعه ، لأن الفساد ممنوع فما يؤدي إليه ممنوع أيضا ، والمصلحة مطلوبة ، فما يؤدي إليها مطلوب. والنظر في هذا الأصل ينتهي بنا أنه ثبت لتحقيق الأصل السابق ، وهو جلب المصالح ، ودفع المفاسد ما أمكن الدفع والجلب. فإنه لما كان مقصود الشريعة إقامة مصالح الدنيا على طريق تحكّم فيه، بحكم الدين المسيطر على الوجدان والضمير ، ودفع الفساد ومنع الأذى حيثما كان ؛ فكل ما يؤدي إلى ذلك من الدّرائع والأسباب يكون له حكم ذلك المقصد الأصلي ، وهو الطلب للمصلحة ، والمنع للفساد والأذى ، وأن المقصود بالمصلحة النفع العام ؛ وبالفساد ما ينزل من الأذى بعدد كبير من الناس ، ولذلك إذا كان ما هو مباح للشخص من المنافع الخاصة يؤدي الاستمساك به إلى ضرر عام أو يمنع مصلحة عامة ، كان منع الاستمساك سدّا للذريعة ، وإيثارا للمنفعة العامة على الخاصة»<sup>(2)</sup>.

ويورد مثلا يؤكد به أن معيار سدّ الدّرائع هو معيار موضوعي ، وهو منع سبّ آلهة المشركين ، فرغم القصد الحسن للفاعل ، فقد جاء النهي عن ذلك ، باعتبار المآل السيء لهذا الفعل، والشريعة إذ تعدت بمآل التصرف في هذا المثال فتحكم عليه بالمنع ، لأن وسيلته أفضت إلى ضرر، فمعنى ذلك أن العبرة للنتيجة في الحكم على الوسيلة المفضية إليها ، ولا عبرة بالقصد السيء أو القصد الحسن.

يقول أبو زهرة : «فمن سبّ الأوثان مخلصا للعبادة لله سبحانه وتعالى ، فقد احتسب نيته عند الله في زعمه ، ولكنه سبحانه وتعالى نهى عن السبّ إن أثار ذلك حنق المشركين ، فسبوا الله تعالى ، فقد قال تعالت كلماته : { وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ }<sup>(3)</sup>. فهذا النهي الكريم كان الأمر الملاحظ فيه هو النتيجة الواقعة ، لا النية الدينية المحتسبة»<sup>(4)</sup>.

«ونرى من هذا أن المنع فيما يؤدي إلى الإثم أو إلى الفساد ، لا يتجه فيه إلى النية المخلصة فقط ، بل إلى النتيجة المثمرة أيضا ، فيمنع لنتيجته ، وإن كان الله قد علم النية المخلصة»<sup>(5)</sup>.

1 - محمد أبو زهرة ، مالك حياته وعصره آراؤه وفقهه ، ص 433.

2 - محمد أبو زهرة ، مالك حياته وعصره آراؤه وفقهه ، ص 435.

3 - سورة الأنعام ، آية رقم : 109.

4 - محمد أبو زهرة ، مالك حياته وعصره آراؤه وفقهه ، ص 433.

5 - محمد أبو زهرة ، مالك حياته وعصره آراؤه وفقهه ، ص 434.

ويذكر مثالا آخر ، وعلى العكس من المثال الأول ، لم يمنع كون القصد فيه سيئا ، من اعتبار وسيلته صحيحة لأن مآلها حسن. وهذا يؤكد اعتداد الشريعة بمآل التصرف ، والعبارة بالنتيجة في الحكم على الوسيلة ، بغض النظر عن القصد والنية خبيثة أم طيبة.

"وقد يقصد الشخص الشرّ بفعل المباح، فيكون آثما فيها بينه وبين الله ، ولكن ليس لأحد عليه من سبيل ولا يحكم على تصرفه بالبطلان الشرعي. كمن يرخص في سلعته ليضر بذلك تاجرا ينافسه، فإن هذا بلا شك عمل مباح وهو ذريعة إلى إثم، هو الإضرار بغيره، وقد قصده، ومع ذلك لا يحكم على عمله بالبطلان بإطلاق ولا يقع تحت التحريم الظاهر الذي ينفذه القضاء. فإن هذا العمل من ناحية النية ذريعة للشر، ومن ناحية الظاهر قد يكون ذريعة للنفع العام والخاص ، فإن البائع بلا شك ينتفع من بيعه ومن رواج تجارته ومن حسن الإقبال عليه، وينتفع العامة من ذلك الرخص ، وقد يدفع إلى تنزيل الأسعار. فمبدأ سدّ الذرائع لا ينظر فقط إلى النيات والمقاصد الشخصية كما رأيت، بل يقصد مع ذلك إلى النفع العام، أو إلى دفع الفساد العام، فهو ينظر إلى النتيجة مع القصد، أو إلى النتيجة وحدها"<sup>(1)</sup>.

وبذلك يتبين الربط بين اعتبار القصد في العقد أو الباعث عليه وبين سدّ الذرائع عند التطبيق ، وهذا المبدأ سدّ الفجوة التي توجد دائما بين أن نأخذ بنية العاقد ، وبين أن نترك العقد ينتج آثاره الضارة<sup>(2)</sup>.

فالقول باعتبار السبب الباعث ليس معناه أن نرجع في شأن صحة العقود وبطلانها إلى مقياس غامض لا يمكن اكتشافه كمقياس القصد أو النية ، وإنما يخضع القصد والباعث لمعيار موضوعي هو مبدأ سدّ الذرائع الذي يعتد بنتائج التصرف وآثاره التي يؤدي إليها غالبا، وليس بالالتفات إلى النية وحدها.

وجميع الشرائع الوضعية اتفقت على حماية المجتمع من التصرفات غير المشروعة، ومن ثم وجدنا من شروط السبب في أن يكون مشروعاً وأن لا يتعارض مع النظام العام والآداب ، ونقطة البداية في الحماية الاجتماعية تبدأ من البحث عن الباعث. غير أن الفقه الإسلامي يختلف عن الشرائع الوضعية في توفير عناصر هذه الحماية، وذلك بأن قرن الباعث بنتيجة العمل ، ومن ثم فرق بين مجرد الباعث أو نية العاقد، وبين النتيجة التي يؤدي إليها العقد غالبا. فالعقد دائما مشروع كوسيلة شرعت لمعاملات الناس، ولكن ما يؤدي إليه العقد كنتيجة يمكن أن تكون غير مشروعة، ولذلك كان ما يؤدي إليه العقد غالبا من فساد هو المعيار، وليس نية العاقد فحسب<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - محمد أبو زهرة ، مالك حياته وعصره آراؤه وفقهه ، ص 434.

<sup>2</sup> - جمال الدين محمود ، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي ، ص 510.

<sup>3</sup> - جمال الدين محمود ، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي ، ص 514 - 515.

### المبحث الثالث : معيار إعمال السبب الباعث

تبين من خلال المطلب السابق أن أنصار النزعة الذاتية يعتدون بالسبب الباعث ويرون له تأثيرا في العقود التصرفات ، ويجعلونه سببا من أسباب بطلانها.

ولكن كيف يتأتى للطرف الآخر أن يعلم بالسبب الباعث ، وهو أمر ذاتي كما سبق بيانه ، وأحيانا كثيرة يكون المتعاقد الآخر على غير علم بأمر هذا الباعث ، بل غير متوقع له أصلا ، فهل يكفي أن يكون السبب الباعث معلوما من الطرف الآخر ؟ أم يُعمل بالسبب الباعث حتى ولو كان مجهولا للطرف الآخر ؟

لا يجوز بداهة أن يعتد بالسبب الباعث ، إذا كان مجهولا من أحد المتعاقدين ، وإلا لأمكن لأي متعاقد أن يتخلص من التزاماته بدعوى عدم علمه بالسبب الباعث ، ولتزعزع التعامل بين الناس ، وانهارت العقود والتصرفات بدعوى عدم العلم بالباعث غير المشروع.

من أجل ذلك أجمع الفقهاء ، على أن الباعث غير المشروع وحده لا يكفي - في الحكم القضائي - لإبطال العقد، بل لا بد أن يتصل به المتعاقد الآخر على وجه من الوجوه ، واختلفوا في معيار الاتصال، فذهب الحنفية والشافعية ، إلى اشتراط النص عليه صراحة في صلب العقد، وذهب الحنابلة والمالكية ، إلى عدم اشتراط ذكره صراحة في صلب العقد ، بل يكفي علم الطرف الآخر به بأي صورة من الصور، أو وجود قرائن يفترض معها هذا العلم، وذهب المالكية إلى الاكتفاء بمظنة الباعث البعيدة ، أي الاكتفاء بالكثرة دون غلبة الظن.

وقد سبق بيان معيار الحنفية والشافعية في المبحث الأول ، وسوف نقتصر على بيان المعايير التي وضعها المالكية والحنابلة ، وهذه المعايير هي : علم الطرف الآخر بالسبب الباعث ، ومعيار وجود قرائن يفترض معها علم الطرف الآخر بالسبب الباعث ، ومعيار الكثرة التي تقوم مقام غلبة الظن، وسيتم توضيح هذه المعايير في مطالب ثلاثة.

#### المطلب الأول : علم الطرف الآخر بالسبب الباعث

إذا ذكر السبب الباعث في العقد ، فقد دخل دائرة التعاقد ، واعتدت به جميع المذاهب ؛ أما إذا لم يذكر في متن العقد لا صراحة ولا ضمنا ، فإن المذهب المالكي والحنبلي يعتدان بذلك ، غير أنهما يشترطان لإعمال السبب الباعث ، أن يكون الطرف الآخر على علم به ، أو أن تكون هناك قرائن وأمارات يفترض معها هذا العلم ؛ أما إذا لم يكن هناك علم بالسبب الباعث ، أو لا توجد هناك قرائن يتحقق معها هذا العلم ، فلا يعمل بالسبب الباعث ولا يكون له تأثير في بطلان العقود أو التصرفات.

فمن اشترى عنبا ، ولم يبين أنه يريد اتخاذه خمرا ، فقد رأينا في المبحث السابق أن المذهبين الحنفي والشافعي يصححان البيع ، لأن السبب الباعث لم يذكر في متن العقد. أما المذهبان الحنبلي والمالكي فيعتدان بالسبب الباعث ، ولو لم يذكر في العقد ما دام الطرف الآخر يعلم بهذا الباعث ، فإذا كان بائع العنب يعلم بطريق من الطرق أن المشتري سيتخذ من العنب خمرا اعتبر البيع باطلا، ويستخلص علم البائع من القرائن وظروف الحال ، فمن باع عنبا لشخص يتجر في الخمر ، فقد قامت القرينة على أن المشتري إنما يريد اتخاذه العنب خمرا ، فلا يصح العقد.

جاء في كشاف القناع شرح متن الإقناع : "ولا يصح بيع ما قصد به الحرام ، كعنب وعصير لِمُتَّخِذِيهَا خَمْرًا ، وكذا زبيبٌ ونحوه. ولو كان بيع ذلك لِدِيمِيٍّ يَتَّخِذُهُ خَمْرًا ، لأنهم مخاطبون بفروع الشريعة. ولا - أي لا يصح - بيع سلاح ونحوه في فتنة أو لأهل الحرب أو لقطع طريق ، إذا علم البائع ذلك من مشتريه ، ولو بقرائن. لقوله تعالى : {وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ} (1). ويصح بيع السلاح لأهل العدل لقتال البغاة ، وقتال قطع الطريق ، لأن ذلك معونة على البرِّ والتَّقْوَى" (2).

"ولا يصح بيع مأكول ومشروب ومشوم لمن يشرب عليه مُسْكِرًا ، ولا يصح بيع أقداح ونحوها لمن يشربه ، أي المسكر بها ، ولا يبيع بيض وجوز ونحوهما لقمار ، لأن ذلك كله إثم وعدوان" (3). وجاء في المغنى : "وبيع العصير ممن يتخذه خمرا باطل".

وجملة ذلك أن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمرا محرّم ... ولنا قول الله تعالى : {وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ} (4) ، وهذا نهي يقتضي التحريم. وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم : أنه لعن في الخمر عشرة (5).

وعن محمد بن سيرين أن قيما كان لسعد بن أبي وقاص في أرض له ، فأخبره عن عنب أنه لا يصح زيبيا ، ولا يصلح أن يباع إلا لمن يعصره ، فأمر بقلعه ؛ وقال : بئس الشيخ أنا إن بعث الخمر.

1 - سورة المائدة ، آية رقم : 3.

2 - وما يجب تسجيله أن فقهاء الحنابلة يجعلون من قوله تعالى : {وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ} قاعدة عامة تنقيد بها الحقوق سلبا وإيجابا ، كما يجعلونها قيما يرد على العمومات ، تحريما لمقصد الشارع ، ويحتكمون إليها في خلافهم مع غيرهم من فقهاء المذاهب الأخرى. فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص 219. هامش رقم 1.

3 - منصور بن يونس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، دار الفكر ، طبعة 1402هـ - 1982م ، ج 3 ص 146.

4 - سورة المائدة ، آية رقم : 3.

5 - روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم أتاه جبريل فقال يا محمد : إن الله لعن الخمر وعاصرها ومعتصرها وحاملها والحاملة إليه وشاربها وبائعها ومبتاعها وساقيتها. وأشار إلى كل معاون عليها ومساعد فيها". أخرج هذا الحديث الترمذي من حديث أنس. وقال : قد روى هذا الحديث عن ابن عباس وابن عمر في تحريم النبيذ.

ولأنه يعقد عليها لمن يعلم أنه يريدتها للمعصية ، فأشبهه إجارة أُمَّتَه لمن يعلم أنه يستأجرها ليزني بها. والآية<sup>(1)</sup> مخصوصة بصور كثيرة ، فيختص منها محل النزاع بدليلنا، وقولهم تمّ البيع بشروطه وأركانه ، قلنا لكن وجد المانع منه".

"إذا ثبت هذا فإنما يحرم بيع العصير ويظل إذا علم البائع قصد المشتري ذلك، إما بقوله ، وإما بقرائن مختصة به تدل على ذلك".

فأما إن كان الأمر محتملا، مثل أن يشتريها من لا يعلم حاله، أو من يعمل الخل والخمر معا، ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر، فالبيع جائز ، وإذا ثبت التخمير فالبيع باطل.

ويقول ابن قدامة على بيع عصير العنب ، كل محل يقصد به الحرام ، كبيع السلاح لأهل الفتنة أو لأهل الحرب، أو لقطاع الطريق، وإجارة الدار لبيع الخمر فيها ، أو لتتخذها كنيسة ، أو بيت نار ، وما شابه ذلك. فالسبب "الباعث في كل هذه الأحوال يعتد به حتى ولو لم يذكر في العقد ، مادام الطرف الآخر يعلم به"<sup>(2)</sup>.

قال ابن قدامة : "وهكذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام ، كبيع السلاح لأهل الحرب، أو لقطاع الطريق، أو في الفتنة؛ وبيع الأمة للغناء أو إيجارها كذلك، أو إجارة داره لبيع الخمر فيها، أو لتتخذها كنيسة أو بيت نار وأشباه ذلك، فهذا حرام والعقد باطل لما قدمنا"

قال ابن عقيل : وقد نص أحمد رحمه الله على مسائل تبه بها على ذلك ؛ فقال : في القصاب والخبّاز: إذا علم أن من يشتري منه يدعو عليه من يشرب المسكر لا يبيعه، ومن يخترط الأقداح لا يبيعها ممن يشرب فيها، ونهى عن بيع الديباج للرجال، ولا بأس ببيعه للنساء. وروى عنه لا يبيع الجوز من الصبيان للقمار. وعلى قياسه البيض، فيكون بيع ذلك كله باطلا"<sup>(3)</sup>.

ويتبنى المالكية أيضا معيار علم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع ، وتأثيره في بطلان العقود والتصرفات.

ويذكر فقهاء المالكية أنه : يمنع بيع كل شيء علم أن المشتري قصد به أمرا لا يجوز ، كبيع أرض لتتخذ كنيسة أو خمارة ، وبيع خشبة لمن يصنعها صليبا ، وبيع العنب لمن يعصرها خمرا ، والنحاس لمن

<sup>1</sup> - هي قوله تعالى : { وَأَحْلَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا } .سورة البقرة : 274. وهي الآية التي تمسك بها الشافعي ومن معه في تصحيح العقد إذا لم يرد في متنه ما يدل على بطلانه.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج 4 ص 74.

<sup>3</sup> - ابن قدامة ، المغنى ، ج 4 ص 283 - 284. وانظر أيضا أبو عبد الله محمد ، الفروع ، ج 2 ، ص 171.

يتخذها ناقوسا. وكذا يمنع أن تباع آلة الحرب للحريين ، كسلاح أو سرج وكل ما يتقوون به في الحرب ، من نحاس أو حياء أو ماعون<sup>(1)</sup>.

جاء في المدونة : وكذا بيع الخشبة لمن يستعملها صليبا ، وبيع العنب لمن يعصره خمرا على أحد قولين. كما يحرم بيع السلاح لمن يعلم أنه يريد به قطع الطريق على المسلمين ، أو إثارة الفتنة بينهم، كما لا يجوز في مذهب مالك بيع الجارية المملوكة من قوم عاصين يتساحون في الفساد وعدم الغيرة ، وهم آكلون للحرام ، ويطعمونها منه<sup>(2)</sup>.

وذكر بعض فقهاء المالكية معيار علم الطرف الآخر بالبائع غير المشروع ، وبين أن سبب بطلان نكاح التحليل هو علم الزوج المحلل بذلك ، فقال : "واعلم أن المضر عندنا في هذه المسألة علم الزوج المحلل أنه محلل ، كان بأجرة أم لا ، فإن لم يكن عالما بل تزوجها بنية التأيد ، واتفق الزوج المبيت للطلاق والمرأة وأولياؤها على أن يغروه ولم يعلموه بما تأمروا عليه ، فإن ذلك لا يضر ، بل المضر علم المحلل فقط"<sup>(3)</sup>.

وقال ابن فرحون : "ويمنع المسلمون من بيع آلة الحرب يعني من الحريين ، ويلحق بذلك بيع الخشب لمن يعمل منها صليبا ، وبيع الدار لمن يعملها كنيسة ، والعنب لمن يعصرها خمرا. ويؤدب من يبيع آلات اللهو ، ويفسخ البيع ، ويكسر ، ويؤدب أهل ذلك"<sup>(4)</sup>. ويبدو من هذا النص أن البائع غير المشروع لم يؤثر في انعقاد العقد ولكن اقتضى فسخه بعد عقده ، دروا للمفسدة.

وروي عن الشاطبي أن بيع الشمع لغير المسلمين ممنوع إذا كانوا يستعينون به على إضرار المسلمين ، فإن كان لأعيادهم فمكروه. وأجبر المشتري من غير فسخ للبيع على إخراجه. هذا هو المشهور كما قال المازري وهو مذهب المدونة. ومقابله أنه يفسخ البيع إذا كان المبيع قائما ، ونسبه سحنون لأكثر أصحاب مالك<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - الخرشبي على مختصر خليل ، ج 5 ص 10 - 11. الخطاب ، مواهب الجليل ، ج 4 ص 253 - 254. شمس الدين

محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 3 ص 7.

<sup>2</sup> - سحنون بن سعيد التنوخي ، المدونة الكبرى ، ج 4 ص 253 - 254.

<sup>3</sup> - عثمان بن حسن بن بري المالكي الجعلي ، سراج السالك شرح أسهل المدارك لأبي بكر بن حسن الكشناوي ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، 1402 - 1982 ، ج 2 ص 52.

<sup>4</sup> - ابن فرحون ، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام ، ج 2 ص 158.

<sup>5</sup> - شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 3 ص 7.

وورد في مواهب الجليل : عدم جواز بيع العنب لمن يعصره خمرا ، وبيع ثياب الحرير ممن يلبسها<sup>(1)</sup>.  
فهذا النص يؤكد بطلان العقد مادام الباعث عليه غير مشروع.

ويتبين من خلال هذه النصوص أنّ للمالكية رأيان فيما يتعلق بإعمال السبب الباعث غير المشروع ، رأي يرى أن العقد لا ينعقد بتأثير الباعث غير المشروع ، إلا إذا علم الطرف الآخر. والرأي الثاني يرى أن العقد ينعقد ولكنه واجب الفسخ ، إذا لم يعلم البائع بقصد المشتري، فإن علم أجبر المشتري على إخراج ما اشتراه من ملكه.

قال ابن رشد : "والخلاف في هذا مقيد بما إذا علم البائع أن المشتري يفعل ذلك ؛ أما إذا لم يعلم ، ثم ظهر أنه يفعل ذلك ، فإن البيع لا يفسخ بلا خلاف ، ولكن يجبر المشتري على إخراجه من ملكه ببيع ونحوه".

والرأي الذي أراه راجحا عند المالكية ، هو القول ببطلان العقود والتصرفات إذا كان الباعث عليها غير مشروع ، وذلك لما يلي :

أ - سبق في المطلب الأول نقل النصوص عن المحققين من أصولي المالكية الذين حملوا لواء النزعة الذاتية ، وأقاموا الأدلة على أصالة هذا المبدأ في الشريعة الإسلامية ، وأفاضوا القول في ذلك ، وبرهنوا على أن القصد لها تأثير في العبادات والعادات والمعاملات؛ حيث قدموا الدليل على بطلان نكاح التحليل ، وبيع الآجال التي يقصد بها الربا كما في بيع العينة ، وبطلان الحيلة في إسقاط الزكاة عن طريق الهبة قبل نهاية الحول، فشمّل أعمال الباعث غير المشروع عقود المعاوضات والتبرعات<sup>(2)</sup>.

ب - المذهب المالكي هو أكثر المذاهب الفقهية توسعا في تطبيق مبدأ سدّ الدرائع ، وهو مبدأ يتجه اتجاهاين : الأول اتجاه إلى الباعث على التصرف، والثاني : اتجاه إلى مآل التصرف<sup>(3)</sup>.

### المطلب الثاني : وجود قرائن يفترض معها علم الطرف الآخر بالسبب الباعث

وفي هذا الفرع نبين المعيار الثاني الذي وضعه الفقهاء للعمل بالسبب الباعث ، وهو وجود قرائن وأمارات يفترض معها علم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع.

حيث يعتد بالباعث ولو لم يذكر في العقد ، مادامت هناك قرائن يتحقق معها هذا العلم ، وأكثر ما يكون ذلك في التبرعات ، فإذا أهدى المقترض للمقترض شيئا قبل سداد الدين ، حُمل ذلك على الربا ، فلا تجوز الهدية ، لأن ظروف التصرف وملابسات الهدية تتجه نحو الربا. وإذا أهدى العدو لقائد جيش

1 - الخطاب ، مواهب الجليل ، ج 4 ص 267.

2 - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص 222.

3 - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص 223.

المسلمين هدية حمل ذلك على الرشوة ، فلا يختص بها القائد وتكون غنيمة. وكذلك الهدايا التي تهدى للعمال وموظفي الدولة فإنها تحمل على الرشوة. وإذا وهبت المرأة لزوجها صداقها ، فينبغي أن يعلم الزوج أن الباعث للزوجة على الهبة هو استدامة الزواج ، فإن طلقها بعد ذلك فلها الرجوع فيما وهبت.

قال ابن قدامة : "إذا ثبت هذا فإنما يحرم بيع العصير ويبتل إذا علم البائع قصد المشتري ذلك، إما بقوله ، وإما بقرائن مختصة به ، تدل على ذلك"<sup>(1)</sup>.

وقد ذكر ابن رجب الحنبلي أمثلة متعددة حكم فيها بطلان هذه التصرفات ، لأن الباعث على عدم مشروعيتها دلت عليه قرائن وأمارات ، يتحقق معها افتراض علم الطرف الآخر بهذا الباعث غير المشروع ، فقال : "تعتبر الأسباب في عقود التمليكات كما تعتبر الأيمان ، ويتخرج على هذا مسائل متعددة ، ذكر منها ثمان مسائل وهي :

المسألة الأولى : هبة المرأة زوجها صداقها إذا سألها ذلك ، فإن سببها طلب استدامة النكاح ، فإن طلقها فلها الرجوع فيها ، نص عليه أحمد في رواية عبد الله"<sup>(2)</sup>.

وذكر ابن فرحون المالكي في أحكام ابن سهل : أن امرأة أقرضت زوجها ثلاثين دينارا ذهباً مدة خمس سنوات ، ثم طلقها بعد عام ونصف من تاريخ القرض ، فرفعت أمرها إلى القاضي تطلب حلول الدين وسقوط الأجل ، مدعية أنها أقرضته وأنظرته استدامة لعصمتها معه ورجاء في حسن صحبته لها ، فشاور القاضي ابن بقي<sup>(3)</sup> في ذلك ، فأفتى ابن عتاب لمصلحة المرأة معللاً بأن هذا القرض كان مراعى فيه وُدُّ الزوجية واستدامة الصحبة ، فأما وقد انفصمت فقد زال السبب الموجب للتأجيل.

1 - ابن قدامة ، المغني ، ج 4 ص 284.

2 - ابن رجب الحنبلي ، القواعد في الفقه الإسلامي ، ص 310.

3 - أحمد بن يزيد بن عبد الرحمن بن أحمد بن محمد بن أحمد بن مخلد بن عبد الرحمن بن أحمد بن بقي بن مخلد بن يزيد الأموي. الإمام العلامة المحدث المسند قاضي الجماعة ، كان من رجال الأندلس جلالاً وكمالاً ولا يعلم فيها أعرف من بيته في العلم والنباهة ، إلا بيت بني مغيث بقرطبة ، وبيت بني الباجي بإشبيلية ، وله التقدم على هؤلاء وولي قضاء الجماعة بمراكش ، مضافاً ذلك إلى خطتي المظالم والكتابة العليا ، فحمدت سيرته ولم تزده الرفعة إلا تواضعاً ، ثم صرف عن ذلك كله وأقام بمراكش مدة طويلة، إلى أن تقلد قضاء بلده وصرف عنه قبل وفاته ببسبر ، سمع منه الناس وتنافسوا في الأخذ عنه وكان أهلاً لذلك. هو آخر من حدث عن شريح بالإجازة ، وانفرد برواية الموطأ عن ابن عبد الحق قراءة عن ابن الطلاع سماعاً. توفي يوم الجمعة منتصف رمضان سنة 625 بقرطبة ، وقد تجاوز ثمانين سنة. الذهبي ، سير أعلام النبلاء ، ج 22 ص 275 - 277.

وقد أيد رأيه بما ورد عن عمر بن الخطاب أنه قال : "من وهب لصلة رحم أو على وجه الصدقة ، فإنه لا يرجع فيها. ومن وهب هبة يرى إنما أراد بها الثواب ، فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها"<sup>(1)</sup>.

فحكّم رضي الله عنه بما دلت عليه الحال ، والمتعارف من أحوال النساء فيما يوسعنّ به على أزواجهنّ من أموالهنّ ، إنما يردنّ بذلك مودّات الأزواج ، واستدامة عصمتهنّ معهم ، فإذا وقع الطلاق استحالت نفوسهنّ عن ذلك إلى ضدّه ، هذا الذي لا يعرف غيره<sup>(2)</sup>.

المسألة الثانية : الهدية لمن يشفع له بشفاعة عند السلطان ونحوه فلا يجوز، ذكره القاضي وأوماً إليه لأنها كالأجرة ، والشفاعة من المصالح العامة فلا يجوز أخذ الأجرة عليها. وفيه حديث صريح في السنن، وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث الحسن : "مَنْ شَفَعَ لِأَخِيهِ شَفَاعَةً فَأَهْدَى لَهُ هَدِيَّةً عَلَيْهَا فَقَبِلَهَا مِنْهُ، فَقَدْ أَتَى بِأَبَا عَظِيمًا مِنْ أَبْوَابِ الرَّبِّ"<sup>(3)</sup>. والحكمة من وراء عدم جواز أخذ الهدية على الشفاعة والواسطة الحسنة ، أن الجاه نعمة من الله ينبغي أن يُستخدم في خدمة عباد الله مجاناً بدون مقابل، وينبغي أن يتسارع إليه الناس المستطيعون، لنصرة حقّ أو رفع ظلم، ولا ينبغي لمن ساهم بجاهه في جلب حقّ أو دفع ظلم أن يأخذ مالاً على ذلك، حتى لا يتكاسل الناس عن هذه المسألة ، فتضيع الحقوق، وينبغي أن يُسعى في قضاء الحوائج للناس ابتغاء الأجر من الله سبحانه تعالى، وينبغي أن يبذل المسلم جاهه بدون مقابل ؛ لأن الجاه زكاة مثل المال.

قال الجصاص : "وأما الرشوة في غير الحكم ، فهو ما ذكره ابن مسعود ومسروق في الهدية إلى الرجل ليعينه بجاهه عند السلطان ، وذلك منهي عنه أيضا ، لأنّ عليه معونته في دفع الظلم عنه قال الله تعالى : { وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى }"<sup>(4)</sup>. وقال النبي صلى الله عليه وسلم : "لا يزال الله في عون المرء ما دام المرء في عون أخيه"<sup>(5)</sup>.

وقد أفتى ابن تيمية<sup>(6)</sup> رحمه الله في مسألة أخذ العوض أو الهدية على قضاء الحاجة ، بعدم الجواز، وقال: هذا هو المنقول عن السلف والأئمة الكبار. ولما سئل ابن مسعود عن السّحت قال : إنما السّحت

<sup>1</sup> - رواه مالك في الموطأ ، كتاب الأفضية ، القضاء في الهبة ، حديث رقم 51. منشورات دار الأفاق الجديدة ، الطبعة الثالثة 1403 هـ - 1983 ، بيروت لبنان ، ص 645.

<sup>2</sup> - ابن فرحون ، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام ، ج 2 ص 71.

<sup>3</sup> - رواه أبو داود وأحمد بن حنبل، وقال ابن حجر في إسناده مقال. الصنعاني ، سبلا السلام ، ج 2 ص 58 - 59.

<sup>4</sup> - سورة المائدة ، آية رقم : 3.

<sup>5</sup> - الجصاص ، أحكام القرآن ، ج 2 ص 433.

<sup>6</sup> - ابن تيمية ، مجموع فتاوى ، ج 31 ص 286 - 287.

أن يستعينك على مظلمة فيهدي لك. وعن مسروق أنه كلم ابن زياد في مظلمة فردها، فأهدى إليه صاحب المظلمة وصيفاً فرده ولم يقبله، وقال مسروق : سمعت ابن مسعود يقول: "من رد عن مسلم مظلمة فأعطاه على ذلك قليلاً أو كثيراً فهو سحت، فقال الرجل: يا أبا عبد الرحمن ما كنا نظن أن السحت إلا الرشوة في الحكم، قال: ذلك كفرٌ نعوذ بالله من ذلك" ، أي أشد وأشنع، أي أن الرشوة للقاضي أشد وأشنع ليحكم بغير الحق والصواب.

وجاء نصرانيٌّ إلى الإمام الأوزاعي وكان يسكن بيروت فقال: إن والي بعلبك ظلمني وأريد أن تكتب فيّ إليه، وأتاه بقلعة عسل - هدية معه - فقال له : إن شئت رددت عليك قلتك وأكتب إليه؟ وإن شئت أخذتها ولا أكتب؟ - أنت بين أمرين أن تأخذ هديتك وأكتب لك ، أو لا أكتب لك ولا أقبل هديتك - فقال النصراني : بل اكتب لي واردها ، فكتب له أن ضع عنه من خراجها، فشققه الوالي فيه، وحط له عن جزيته ثلاثين درهماً.

المسألة الثالثة : مسائل العينة. لأن القصد من بيوع العينة هو الوصول إلى الربا.

المسألة الرابعة : هدية المقترض قبل الأداء ، فإنه لا يجوز قبولها ممن لم يجر له منه عادة.

المسألة الخامسة: هدية المشركين لأمر الجيوش ، فإنه لا يختص بها على المذهب بل هي غنيمة أو فيء على اختلاف الأصحاب.

المسألة السادسة: هدايا العمال ، قال أحمد في رواية أبي طالب في الهدايا التي تهدى للأمير فيعطى منها الرجل قال : هذا الغلول. ومنع الأصحاب من قبول القاضي هدية من لم تجر العادة بهديته له قبل ولايته.

المسألة السابعة : ما نص عليه أحمد في رواية صالح ، فيمن عنده ودیعة فأداها ، فأهديت إليه هدية، أنه لا يقبلها إلا بنية المكافأة ، وحكم الهدية عند أداء سائر الأمانات حكم الوديعة. فلا ينبغي قبول الهدية فيها مطلقاً مقابل حفظ الأمانة، إلا بنية أن المكافئه عليها، حتى يبقى الأجر عند الله موفوراً، وحتى لا تصبح قضية حفظ الأمانات بين الناس مقابل هدايا ومكافآت.

المسألة الثامنة : ما نص عليه أحمد في رواية ابن ماهان فيمن اشترى لحماً ثم استزاد البائع فزاده، ثم ردّ اللحم بعيب فالزيادة لصاحب اللحم ؛ لأنها أخذت بسبب اللحم ، فجعلها تابعة للعقد في الرد؛ لأنها مأخوذة بسببه ، وإن كانت غير لاحقة به. وتأولها القاضي على أنها إن كانت مأخوذة في المجلس فلحقت بالعقد ، وخرج ابن عقيل منها رواية بلحوق الزيادة بعد لزوم العقد والحاجة إلى ذلك<sup>(1)</sup>.

<sup>1</sup> - ابن رجب الحنبلي ، القواعد في الفقه الإسلامي ، ص 310 - 311.

### المطلب الثالث : معيار الكثرة التي تقوم مقام غلبة الظن

وفي هذا الفرع نبين المعيار الثالث لإعمال السبب الباعث ، وهو معيار انفراد به المالكية عن غيرهم ، وهو معيار الكثرة التي تقوم مقام غلبة الظن.

وهو الفعل الذي يفضي إلى المفسدة كثيرا ، ولكن لا يبلغ درجة الأمر الغالب ، أي أن المفسدة المترتبة على الفعل لم تبلغ درجة القطع واليقين ، ولا درجة غلبة الظن ، ولكن المفسدة تقع في كثير من الحالات. قال الدسوقي محمدا ضابط الكثرة : "يقال في الشيء إنه كثير ، إذا كان وجوده مساويا لعدمه والغلبة أحص من ذلك"<sup>(1)</sup>.

وقد اختلف الفقهاء في الأخذ بالكثرة كمعيار لبطلان التصرفات ، فمنع ذلك جمهور الفقهاء ، وأخذ به المالكية.

ويحلل الشيخ محمد أبو زهرة سبب الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة فيقول : وقد "تعارض هنا جانبان قويان من النظر ، أحدهما النظر إلى أصل الإذن ، وأصل الإذن كان لمصلحة إجازة الفعل، الثاني كثرة المفسدة التي لم تكن غالبية. فنظر أبو حنيفة والشافعي إلى أصل الإذن فأجازوا التصرف ، ذلك أن العلم أو الظن بوجود المفسدة منتفیان ، ولا يبنى المنع إلا على أحدهما ، فبقي أصل الإذن من غير معارض يقوم على أساس علمي، ولا سبيل لكي نحمل المكلف وزر المفسدة ، لأنه لم يقصدها ، ولم يكن مقصرا في الاحتياط لتجنبها. وأما كونها كثيرة فلم تصل إلى درجة الأمر الغالب ، حتى يعد عدم الاحتياط تقصيرا ، يوجب ضمان العدوان أو ضمان التقصير"<sup>(2)</sup>.

ولكن الإمام مالك منع التصرف ، وأقام الكثرة مقام العلم أو غلبة الظن ، وهذا يستوجب الاحتياط في دفع الفساد عن المجتمع ، وكثرة وقوع المفسدة كافية للمنع؛ لأنّ الشريعة تقوم على الاحتياط والحزم، وهذا يستوجب إقامة الكثرة مقام غلبة الظن في المعاملات. وإذا كان الأصل هو الإذن ، فقد عارضه أصل آخر لا يقل عنه قوة هو عصمة الإنسان من الإضرار به أو إيلامه ؛ فترجح هذا الأصل تطهيرا للمجتمع من الفساد، والمقرر في الشريعة أن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح ، وعلى هذا فكثرة الفساد داعية إلى هذا الترجيح ، وإلى اعتبارها في مرتبة الأمر الغالب<sup>(3)</sup>.

وقد حلل الشاطبي وجهة نظر الطرفين ، وقرر أنه على الرغم من أن الشافعي ومالك لم يعتدا بالقصد فإنّهما قد وصلا إلى نتائج مختلفة. فالشافعي انتهى به عدم اعتداده بالقصد إلى إباحة التصرف ،

1 - محمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 4 ص 306.

2 - محمد أبو زهرة ، مالك حياته وعصره آراؤه وفقهه ، ص 439.

3 - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص 198.

فسمح ببيع العينة مثلا. أما مالك فانتهى به عدم اعتداده بالقصد، إلى منع التصرف ، ولكن لا على أساس أن صاحب التصرف قد قصد به المفسدة ، بل على أساس كثرة وقوع المفسدة ، وهو معيار موضوعي لا ذاتي.

ويشرح وجهة نظر الطرفين فيقول : "وأما ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيرا، لا غالبا ولا نادرا، فهو موضع نظر والتباس. والأصل فيه الحمل على الأصل من صحة الإذن ، كمذهب الشافعي وغيره. ولأن العلم والظن بوقوع المفسدة منتفیان ، إذ ليس هنا إلا احتمال مجرد بين الوقوع وعدمه ، ولا قرينة ترجح أحد الاحتمالين على الآخر ، واحتمال القصد للمفسدة والإضرار لا يقوم مقام نفس القصد ولا يقتضيه، لوجود العوارض من الغفلة وغيرها عن كونها موجودة أو غير موجودة.

وأیضا فإنه لا یصح أن یعد الجالب أو الدافع هنا مقصرا ولا قاصدا، كما في العلم والظن؛ لأنه ليس حمله على القصد إليهما<sup>(1)</sup> أولى من حمله على عدم القصد لواحد منهما. وإذا كان كذلك فالتسبب المأذون فيه قوى جدا ؛ إلا أن مالكا اعتبره في سدّ الدّرائع بناء على كثرة القصد وقوعا. وذلك أن القصد لا ينضبط في نفسه ؛ لأنه من الأمور الباطنة. لكن له مجالا هنا وهو كثرة الوقوع في الوجود أو هو مظنة ذلك. فكما اعتبرت المظنة وإن صح التخلف، كذلك تعتبر الكثرة لأنها مجال القصد"<sup>(2)</sup>.

وقد استدل على أن الكثرة تقوم مقام غلبة الظن بما يلي :

أ - حديث أم ولد زيد بن أرقم<sup>(3)</sup>، أي فكثير ما يقع القصد من هذا البيع التوصل إلى الربا، كدفع قليل كالمست مائة ، في كثير وهو الثمان مائة ، والأجل له فرق المئتين ، فهذا كثيرا ما يقصد في التعامل بين الناس ، ولكنه ليس غالبا.

ب - "قد يشرع الحكم لعلّة مع كون فواتها كثيرا، كحد الخمر، فإنه مشروع للزجر، والازدجار به كثير لا غالب ، فاعتبرنا الكثرة في الحكم بما هو على خلاف الأصل. فالأصل عصمة الإنسان عن

<sup>1</sup> - إلى المفسدة والإضرار، كالمعصية مثلا وإن لم يتضرر بها أحد ، وإضرار الغير بها.

<sup>2</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 361.

<sup>3</sup> - ونصه كما رواه البيهقي والدارقطني عن أبي إسحاق السبيعي عن امرأته أنها دخلت على عائشة رضي الله عنها ، فدخلت معها أم ولد زيد بن أرقم الأنصاري وامرأة أخرى ، فقالت أم ولد زيد بن أرقم : يا أم المؤمنين إني بعت غلامًا من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم نسيئة ، وإني ابتعته بستمائة درهم نقدًا ، فقالت لها عائشة بثمناشتريت وبثمنا شريت ، إن جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بطل إلا أن يتوب". سنن الدارقطني ، كتاب البيوع ، ج 3 ص 52. البيهقي ، السنن الكبرى ، كتاب البيوع ، باب الرجل يبيع الشيء إلى أجل ثم يشتريه بأقل ، ج 5 ص 330.

الإضرار به وإيلامه ، كما أن الأصل في مسألتنا الإذن ، فخرج عن الأصل هنالك لحكمة الزجر ، وخرج عن الأصل هنا من الإباحة ، لحكمة سدّ الدّريعة إلى الممنوع<sup>(1)</sup>.

ج - يجب النظر إلى النتائج التي تترتب على الأفعال ، أي الوقائع المادية الخارجية ؛ لأنها هي الأمر الجوهرية في سدّ الدّريعة ، وأما النية أو الباعث فأمران ثانويان ، وأن كثرة المفسدات توجب اعتبارها في مرتبة الأمور الظنية الغالبة ، احتياطاً وتقديماً لدرء المفسدة على جلب المصالح ، فيرجح جانب المنع<sup>(2)</sup>.

د - أنه قد وردت آثار صحيحة ، تحرم أموراً كانت في الأصل مآذوناً فيها ، لأنها تؤدي في كثير من الأحوال إلى المفسدات ، وإن لم تكن غالبية ، ومن ذلك<sup>(3)</sup> :

1 - حرّم عليه الصلاة والسلام الخلوة بالمرأة الأجنبية ، وأن تسافر مع غير ذي محرم . فقد روى ابن عباس أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول : " لا يَخْلُونُ رجل بامرأة ، ولا تسافرن امرأة إلا ومعها محرم"<sup>(4)</sup> . وفي رواية ابن حبان وابن ماجه : "ألا لا يَخْلُونُ رجل بامرأة فإن ثالثهما الشيطان"<sup>(5)</sup> . ووجه الدلالة من الحديث أن الخلوة بالمرأة الأجنبية ، وسفر المرأة لوحدها بدون محرم ، يؤدي في كثير من الحالات إلى الوقوع في مفسدات مختلفة ، وليس خصوص مفسدة الزنى بل يكفي للمنع مقدماته ، وهذه المفسدات تقع ليس في غالب الحالات بل في كثير من الحالات ، ومع ذلك فقد أقام النبي صلى الله عليه وسلم الكثرة مقام الغلبة ، ومنع الخلوة بالمرأة الأجنبية ، وسفر المرأة إلا مع ذي محرم .

2 - نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بناء المساجد على القبور ، وعن الصلاة إليها . فقال صلى الله عليه وسلم : "قاتل الله اليهود اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد" . وروى مسلم : "لا تجلسوا على القبور ولا تصلوا عليها ولا إليها" . وقال ابن عباس : لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم زائرات القبور والمتخذين

<sup>1</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 362 .

<sup>2</sup> - محمد أبو زهرة ، مالك حياته وعصره آراؤه وفقهه ، ص 440 - 441 . فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص 198 - 199 .

<sup>3</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 362 - 364 .

<sup>4</sup> - أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب الحج ، باب سفر المرأة مع محرم إلى حجّ وغيره ، حديث رقم : 1341 . وأخرجه البخاري ، في كتاب الجهاد والسير ، باب من اكتتب في جيش المسلمين ، حيث رقم 3006 . وفي كتاب النكاح ، باب لا يَخْلُونُ رجل بامرأة إلا ذو محرم ، حديث رقم : 5233 .

<sup>5</sup> - أخرجه ابن ماجه . وابن حبان ، حديث رقم 5586 .

عليها المساجد والسرّج"<sup>(1)</sup>. ووجه الدلالة من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم منع بناء المساجد على القبور ، خشية الوقوع في مفسدة عبادة القبور والصلاة إليها وتعظيم من بداخلها وتقديم النذر والقربات إليها ، وهذه مفسدة تقع في أكثر الأحوال ، وتُهم عقيدة التوحيد - التي يؤمن بها المسلم - القائمة على عبادة الله وحده لا شريك له.

3 - نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الجمع بين المرأة وعمتها أو بين المرأة وخالتها ، وقال : "إنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم"<sup>(2)</sup>. فالحكمة من منع ذلك الجمع بين المرأة وعمتها أو المرأة وخالتها ، هو الخشية من قطع الرحم التي أمر الله بها أن توصل ، لأنّ العمّة والخالة في منزلة الأم، وهذه الحكمة تتحقق في الجمع بين الأقارب بصفة عامة ، ولذلك ورد الحديث في مراسيل أبي داود عن طلحة بن عيسى "نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن تنكح المرأة على قرابتها مخافة القطيعة". وقد كان في شريعة بني إسرائيل جواز الجمع بين الأختين حيث جمع سيدنا يعقوب عليه السلام ، في عصمته بين ليئة أم يهودا ورحيل أم سيدنا يوسف عليه السلام ، ولكن هذا مما نسخ في شريعة الإسلام<sup>(3)</sup>.

4 - حرم الله تعالى النكاح فوق أربع نسوة، وعلل ذلك بقوله تعالى {ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا}<sup>(4)</sup>، وقد فسر الشافعي الآية : ألا تكثر عيالكم<sup>(5)</sup>. أي أن في الآية ترغيباً في الاقتصار على الواحدة لخصوص الذي لا يستطيع السّعة في الإنفاق ، لأنّ الاقتصار على الواحدة يقلل التّفكّة ويقلل التّسل فيبقى عليه ماله، ويدفع عنه الحاجة. فكثرة العيال تؤدي في كثير من الحالات إلى بعض المفاسد ، ولذلك جاء التوجيه بالاقتصار على واحدة ، حتى يكون له عدد قليل من العيال يقدر على مؤنتهم<sup>(6)</sup>.

1 - أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب المساجد ومواضع الصلاة ، باب النهي عن بناء المساجد على القبور ، حديث رقم : 532. وأخرجه البخاري ، في كتاب الصلاة ، حيث رقم 437. وكتاب الجنائز حديث رقم 1330. وكتاب المغازي ، باب مرض النبي صلى الله عليه وسلم ووفاته ، حديث رقم 4441 ، 4443 ، 4444. كما أخرجه أيضاً أبو داود والنسائي.

2 - أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب النكاح ، باب لا تنكح المرأة على عمّتها ، حديث رقم 5109. وأخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب النكاح ، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمّتها أو خالتها في النكاح ، حديث رقم 1408. كما أخرجه أيضاً النسائي البيهقي وأحمد في مسنده. والحديث متواتر ، انظر الجصاص ، أحكام القرآن، ج 2 ص 134.

3 - شهاب الدين محمود الألويسي ، روح المعاني ، ج 4 ص 261.

4 - سورة النساء ، آية رقم : 3.

5 - أبو الفرج جمال الدين عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي، زاد المسير في علم التفسير ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الثالثة 1404هـ - 1984م، ج 2 ص 10.

6 - الطاهر بن عاشور ، التحرير والتنوير ، ج 4 ص 228.

وفسر القرطبي قوله تعالى : { ذَلِكَ أَذْنِي أَلَّا تَعُولُوا } ، أي ذلك أقرب إلى ألا تميلوا عن الحق وتجوروا ؛ وهذا التفسير مروى عن ابن عباس ومجاهد وغيرهما<sup>(1)</sup> . والعدل المطلوب بين الزوجات يكون في النفقة والكسوة والبشاشة والمعاشرة ، وترك الضرّ في كل ما يدخل تحت قدرة المكلف وطوقه دون ميل القلب<sup>(2)</sup> . وسواء أكان التفسير بكثرة العيال الذي لم يسلم به الغالبية من المفسرين ، أم الخوف من الوقوع في الجور والظلم ، الذي ذهب إليه معظم المفسرين<sup>(3)</sup> ؛ فعلى كلا التفسيرين ، تصح القاعدة التي نحن بصدد إثباتها ، وهو إقامة الكثرة مقام غلبة الظن في منع التصرف ؛ فكثرة النساء مظنة كثرة العيال ، وهذا مظنة عدم العدل سواء بين النساء أو بين الأولاد .

5 - حرمت خطبة المعتدة تصرّحاً<sup>(4)</sup> ، ونكاحها ، حتى لا تكذب في العدة . فقال الله تعالى : { وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ \* وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِيمَ اللَّهِ أَنَّكُمْ سَتَذَكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُؤَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَلَا تَعْرِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ }<sup>(5)</sup> ، ووجه الدلالة من الآية أن خطبة المعتدة تصرّحاً يؤدي إلى نكاحها في العدة ، وهذا لا يجوز . قال ابن عطية : " وأجمعت الأمة على أن الكلام مع المعتدة بما هو نص في تزويجها وتنبه عليه لا يجوز ، وكذلك أجمعت الأمة على أن الكلام معها بما هو رفث وذكر جماع أو تحريض عليه لا يجوز ، وجوزوا ما عدا ذلك"<sup>(6)</sup> .

6 - حرم على المرأة في عدة الوفاة الطيب والزينة وسائر دواعي النكاح ، وذلك في حديث أم عطية رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " لَا تُجِدُ امْرَأَةً عَلَى الْمَيِّتِ فَوْقَ ثَلَاثِ ، إِلَّا عَلَى

1 - القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج 5 ص 19 .

2 - الطاهر بن عاشور ، التحرير والتنوير ، ج 4 ص 226 .

3 - القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج 5 ص 19 . تفسير الطبري ، ج 7 ص 540 . الطاهر بن عاشور ، التحرير والتنوير ،

ج 4 ص 228 . تفسير ابن كثير ، ج 2 ص 212 . رشيد رضا ، تفسير المنار ، ج 4 ص 280 .

4 - يجرم خطبة المعتدة من طلاق رجعي ، أما المعتدة من طلاق بائن فيجوز التعريض بخطبتها .

5 - سورة البقرة ، الآيتان رقم : 232 ، 233 .

6 - القاضي ابن عطية الأندلسي ، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز ، ج 1 ص 315 .

زَوْجٍ، أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ، وَلَا تَلْبَسُ ثَوْبًا مَصْبُوعًا إِلَّا ثَوْبَ عَصَبٍ، وَلَا تَكْتَحِلْ، وَلَا تَمَسُّ طَبِيًّا ، إِلَّا إِذَا طَهَّرْتَ، تُبَدَّةً مِنْ قُسْطٍ أَوْ أَظْفَارٍ" (1).

7- وحرم على الْمُحْرِمِ الطيب وعقد النِّكَاح ، في قوله صلى الله عليه وسلم : لا يَنْكِحِ الْمُحْرِمِ وَلَا يُنْكَحُ وَلَا يَخْطُبُ" (2).

8 - نهي النبي صلى الله عليه وسلم "عن البيع والسلف" (3).

وصورة المسألة أن يقرض البائع المشتري مائة دينار ثم يشتري منه سلعة بأكثر من قيمتها. وقد بين ابن القيم كيف تؤول هذه المعاملة إلى الربا فقال: "فلأنه إذا أقرضه مئة إلى سنة ، ثم باعه ما يساوي خمسين بمئة ، فقد جعل هذا البيع ذريعة إلى الزيادة في القرض الذي موجه ردّ المثل، ولولا هذا البيع لما أقرضه، ولول عقد القرض لما اشترى ذلك" (4). وهذه لاشك مفسدة أكثرية لا أغلبية.

9 - نهي عليه الصلاة والسلام عن هدية المديان. فعن يحيى بن إسحاق الهنائي ، قال سألت أنس بن مالك : الرجل منا يقرض أخاه المال ؛ فيهدي له ؟ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "إذا أقرض أحدكم قرضا فأهدي إليه أو حملة على الدابة ، فلا يركبها ولا يقبلها ، إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك" (5).

1 - أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب الطلاق ، باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة ، حديث رقم 938. العصب برود يمنية. والقُسط والأظفار نوعان من البخور ، رخص فيه للمغتسلة من الحيض لإزالة الرائحة الكريهة ، تتبع به أثر الدم ، لا التطيب. والتبذة : القطعة والشيء اليسير.

2 - أخرجه مسلم في صحيحه عن عثمان بن عفان مرفوعا. كتاب النكاح ، باب تحريم نكاح المحرم ، حديث رقم : 1409. وانظر كذلك كتاب الحج ، باب ما يباح للمحرم بحج أو عمرة ، حديث رقم 1180.

3 - أخرجه أحمد في مسنده ، ج 2 ص 174. وأبو داود في سننه ، كتاب البيوع ، حديث رقم 3504. والترمذي في الجامع ، أبواب البيوع ، حديث رقم 1234. وابن ماجه في السنن ، كتاب التجارات ، حيث رقم 2188. عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص مرفوعا بلفظ : "لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا ربح ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك".

4 - أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر الشهير بابن قيم الجوزية، عون المعبود شرح سنن أبي داود، تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان، المكتبة السلفية، المدينة المنورة ، الطبعة الثانية 1388هـ، 1968م، ج 9 ص 407.

5 - أخرجه ابن ماجه في سننه ، كتاب الصدقات ، باب القرض ، حديث رقم 2432.

10 - نهى عليه الصلاة والسلام عن ميراث القاتل. فعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم ، قال : "ليس للقاتل من الميراث شيء"<sup>(1)</sup>.

في كل هذه الأمثلة ورد التحريم لكثرة ما يترتب على هذه التصرفات من مفساد ، وإن لم يقطع بإفنائها إلى هذه المفساد في كل الأمثلة ، فبعضها مقطوع به كقطع الرحم في مسألة الجمع ، وبعضها مظنون به كالخلوة بالمرأة الأجنبية وسفر المرأة مع غير ذي رحم ، وكذلك البيع والسلف ، ولكن هذا لا يقدح في القاعدة التي ذكرناها ، لأنّ "الشريعة مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم والتحرز مما عسى أن يكون طريقاً إلى مفسدة"<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الديات، باب ديات الأعضاء، حديث رقم 4564. وأخرجه النسائي في سننه، كتاب الفرائض. ج 6 ص 220. والدارقطني في سننه، ج 4 ص 96. والبيهقي في السنن الكبرى، ج 6 ص 220. وللحديث شواهد كثيرة منها حديث أبي هريرة أخرجه الترمذي حديث رقم 2109. وابن ماجه حديث رقم 2645.

<sup>2</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 364.

## الباب الرابع

### مقارنة بين نظرية السبب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ومجال تطبيقها

تبين من المباحث السابقة أنّ هناك أوجه شبه وأوجه اختلاف بين نظرية السبب في الفقه الإسلامي ونظرية السبب في القانون الوضعي ، ولتوضيح ذلك سأعقد فصلين أقارن فيهما بين النظريتين ، حيث أخصص الأول للمقارنة بين النظريتين من حيث المفهوم والمعيار والجزاء، وأجعل الثاني فصلا تطبيقيا أعرض فيه لتطبيق نظرية السبب على بعض العقود.

#### الفصل الأول : مقارنة بين نظرية السبب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

#### الفصل الثاني : تطبيق نظرية السبب على بعض العقود

## الفصل الأول

### مقارنة بين نظرية السبب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

إنَّ المنهجية التي اتبعتها في هذه المقارنة، هي محاولة إبراز وجه الاتفاق أو الاختلاف بين ما ذهب إليه الفقه الإسلامي وما ذهب إليه القانون الوضعي ، ولا نفاضل بينهما، أو نقرب بينهما بطريقة مفتعلة ، أو ننسب لأحدهما ما ليس فيه ، لأنَّ منهجنا لا يقوم على محاولة التّقريب المصطنع بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعيّة، بل على إبراز طابع كلّ منهما؛ والشريعة الإسلاميّة لا تخدم كما يقول الفقيه عبد الرزاق السنهوري : "بأن ينسب إليها ما ليس منها، بل عن طريق دراستها دراسة علميّة صحيحة ، وأوّل شرط لهذه الدّراسة هي الأمانة العلميّة. ولا يعيب الشريعة الإسلاميّة أنّها لا تطوع في بعض نظرياتها ما وصل إليه القانون الحديث من نظريات معروفة ، ولكن يعيبها أن تشوّه مبادئها، وأن تمسخ أحكامها"<sup>(1)</sup>.

وعلى هدى هذه المنهجية سوف أجري مقارنة بين نظريّة السبب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، وذلك من حيث المفهوم، والمعيار، والجزاء، ونوضح ذلك في المبحث الآتية :

المبحث الأوّل : مقارنة بين نظريّة السبب في الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي من حيث المفهوم.

المبحث الثاني : مقارنة بين نظريّة السبب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من حيث المعيار.

المبحث الثالث : مقارنة بين نظريّة السبب في الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي من حيث الجزاء.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، ج 1 ص 61 هامش رقم 1.

## المبحث الأول

### مقارنة بين نظرية السبب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من حيث المفهوم

تبين مما سبق بيانه في أبواب هذا البحث ، أنّ نظرية السبب في الفقه الإسلامي تدور على معان ثلاثة وهي : المعنى الأول السبب مصدر التكليف والالتزام، المعنى الثاني السبب هو الحكم الأصلي للتصرف، المعنى الثالث السبب هو الباعث الدافع، ونقارن هذه المعاني الثلاثة، مع المعاني التي تدور عليها نظرية السبب في القانون الوضعي، ويكون ذلك في مطالب ثلاثة.

### المطلب الأول : مقارنة بين السبب مصدر التكليف والالتزام والسبب المنشي

عرّف علماء أصول الفقه السبب بأنه الوصف الذي جعل الشارع وجوده علامة على وجود الحكم، وعدمه علامة على عدمه لذاته؛ سواء أكان مناسباً لتشريع الحكم مناسبة ظاهرة أم لم يكن مناسباً للحكم مناسبة ظاهرة؛ وقد عبرت القاعدة الفقهية عن هذا المعنى بقولها : "لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي".

والسبب بهذا المعنى هو مصدر المباشر للتكليف الشرعي ، وهو يشمل دائرة واسعة تتضمن ما يقوم به المكلف من نشاط إنساني مختلف سواء تعلق بالعبادات أو المعاملات المالية أو الأحوال الشخصية أو العقوبات والحدود الشرعية ، سواء كان نشاطاً فردياً أم نشاطاً جماعياً ، سواء داخل الدولة في علاقاتها مع أفراد الأمة، أم خارجها في علاقاتها الدولية؛ وقد اتضح ذلك كله من خلال بيان سبب وجوب الإيمان، وسبب وجوب العبادات ، وسبب شرعية المعاملات المالية ، وسبب مشروعية الجهاد ، وسبب وجوب الجزية ، وسبب وجوب الكفارات<sup>(1)</sup>.

والسبب بهذا المعنى أوسع بكثير من معنى السبب الذي ورد في القانون الوضعي، وبينهما أوجه شبه وأوجه اختلاف، نبيّنها في فرعين.

### الفرع الأول : أوجه الاختلاف بين النظريتين

يتجلى الاختلاف بين السبب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في النقاط الآتية :

أ - الاختلاف الجوهرى بين السبب في الفقه الإسلامي والسبب في القانون الوضعي يكمن في أنّ علماء أصول الفقه الإسلامي بحثوا السبب ضمن مباحث الحكم الوضعي ، الذي هو قسيم الحكم التكليفي المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخييراً أو وضعاً ، وهذا البحث لا صلة له بمفهوم السبب الوارد في القانون ؛ ذلك أنّ مبحث السبب في أصول الفقه ، لا يتصل بموضوع الالتزام أو العقد فحسب ، بل

<sup>1</sup> - انظر المطلب الرابع تحت عنوان أسباب التكليف ص 90 من هذا البحث.

هو فكرة فلسفية منطقيّة تتصل بفلسفة التشريع نفسه حيث تبحث في الأسباب ومسبباتها، وما يشترط لهذه السببية من شروط وما يقف في طريقها من موانع ، تحول دون وقوع المسببات على الأسباب<sup>(1)</sup>.

ب - موضوع السبب في أصول الفقه يتعلّق بإرادة الشّارع والكشف عنها بمعرفة العلامات والأمارات التي تؤدي إليها<sup>(2)</sup> ، أما السبب في القانون الوضعي فهو يتعلّق بإرادة الشّخص الذي يقوم بتصريف قانوني ، وذلك ممّا له صلة بإرادة المخاطب بأحكام القانون وليس بإرادة الشّارع<sup>(3)</sup>.

ج - يغطّي مفهوم السبب في الفقه الإسلاميّ جميع تصرّفات المكلف ، من عبادات ومعاملات وعقوبات، وغيرها من أوجه النشاط الإنسانيّ الفرديّ منه والجماعيّ على المستوى الداخليّ أو على المستوى الدّوليّ. أمّا فكرة السبب في القانون الوضعيّ فهي لا تعدو سبب التصرف الإداريّ، وهي محصورة في نطاق القانون المدنيّ، وإن كان البعض يرى أن السبب بمعنى الباعث يصلح لإلغاء القرارات الإدارية في مجال القانون الإداريّ ، إذا كان الباعث على القرار باعثاً غير مشروع<sup>(4)</sup>. مثال ذلك أن يتأكد القاضي الإداريّ أنّ الموظّف المفصول من وظيفته لم يرتكب الخطأ المهنيّ المنسوب إليه ، فيلغي قرار الفصل لعدم مشروعية السبب، نظراً لانعدام الواقعة القانونيّة التي تسمح للإدارة اتّخاذ قرار الفصل<sup>(5)</sup>.

### الفرع الثاني : أوجه الاتّفاق بين النظريتين

وإذا تجاوزنا نقاط الاختلاف السّابق بيّناها ، وأردت أن أبحث عن نقطة اتّفاق لأقارن بين السبب كما اتّضح في الفقه الإسلاميّ ، والسبب المنشئ كما ورد في القانون الوضعيّ ، لا أجد محلاً للمقارنة سوى ما ذكره العلماء فيما يتعلّق بالمعاملات الماليّة.

وتمثّل أوجه الاتّفاق في مسألتين، الأولى وهي حصر مصادر الحقوق في مصدرين اثنين هما: التصرف الشرعيّ أو التصرف القانونيّ ، والواقعة الشرعيّة أو الواقعة القانونيّة. والمسألة الثانية وهي مسألة فرعيّة متفرّعة عن المسألة الأولى، تتعلّق بالملك التام هل يقبل الإسقاط أم لا يقبل الإسقاط؟

<sup>1</sup> - جمال الدّين محمود ، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلاميّ ، ص 214.

<sup>2</sup> - راجع المطلب الثاني المتعلّق بطرق معرفة السبب، ص 86 وما بعدها من هذا البحث.

<sup>3</sup> - جمال الدّين محمود ، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلاميّ ، ص 134.

<sup>4</sup> - جمال الدّين محمود ، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلاميّ ، ص 135.

<sup>5</sup> - محمد الصّغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم للنشر والتّوزيع، الحجّار عنابة، الجزائر، طبعة 2005، ص 47. حسين بن الشيخ آت ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، الطبعة الثانية 2006، ص 362.

## المسألة الأولى : حصر مصادر الحقوق

قسّم علماء الأصول الأسباب إلى أسباب قولية وأسباب فعلية<sup>(1)</sup> ، كما قسّموها أيضا إلى أسباب في مقدور المكلف القيام بها، وأسباب ليس في مقدور المكلف القيام بها<sup>(2)</sup>؛ وهذا التقسيم يؤدي لتقرير حقيقة مفادها أنّ مصادر الحقوق شخصية كانت أو عينية ، في الفقه الإسلاميّ ترجع إلى مصدرين اثنين هما : التصرف الشرعيّ والواقعة الشرعية<sup>(3)</sup>.

وهذين المصدرين قد استقرّ النظر الفقهيّ على جعلهما خمسة مصادر كئيّة للالتزام<sup>(4)</sup> هي: العقد، والإرادة المنفردة، والفعل الضارّ، والفعل النافع أو الإثراء بلا سبب، والشرع.

واستقرّ فقهاء القانون الوضعيّ على أنّ هناك خمسة مصادر للالتزام هي : القانون، والعقد والإرادة المنفردة، والفعل الضارّ، والإثراء بلا سبب؛ وهذه المصادر الخمسة يمكن أن نرجعها إلى مصدرين أساسيين ، وهما التصرف القانونيّ والواقعة القانونية<sup>(5)</sup>.

والمراد بمصادر الالتزام ، أي السبب المباشر ، لا المصدر الأمر في إيجاب الالتزام إذ تكون عندئذ جميع المصادر مردّها إلى الشرع أو إلى القانون ، لأنّه هو الأمر بالالتزام عند وجود تلك الأسباب المباشرة. أمّا بالنسبة لمصادر الحقوق العينية في الفقه الإسلاميّ فهي<sup>(6)</sup> : العقد، والوصية والاستيلاء أو وضع اليد، والميراث، والشفعة، والالتصاق، والحيازة.

وفي القانون الوضعيّ فإنّ طرق اكتساب الحقوق العينية هي : الاستيلاء، والتركة (الميراث) والوصية، والالتصاق، والعقد، والشفعة، والحيازة<sup>(7)</sup>.

وهذه المصادر يمكن أن ترجع إلى مصدرين اثنين: وهما الأسباب القولية والتي يمكن أن نصطلح على تسميتها بالتصرف الشرعيّ ، والأسباب الفعلية والتي يمكن أن نصطلح على تسميتها بالواقعة الشرعية ، في مقابل التصرف القانونيّ ، والواقعة القانونية.

1 - انظر صفحة 66 من هذه البحث.

2 - انظر صفحة 36 من هذا البحث.

3 - السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلاميّ، ج 1 ص 69.

4 - السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلاميّ ، ج 1 ص 40. مصطفى أحمد الزّرقاء ، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلاميّ ، ص 99، و113.

5 - صبري السّعدّي ، شرح القانون المدنيّ الجزائريّ ، ج 1 ص 32.

6 - السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلاميّ ، ج 1 ص 63 - 64. مصطفى أحمد الزّرقاء ، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلاميّ ، ص 104. وهبة الزّحيليّ ، الفقه الإسلاميّ وأدلّته ، ج 5 ص 502.

7 - انظر القانون المدنيّ الجزائريّ ، المواد 773 - 843.

وبناء على ذلك يعدّ تصرفاً شرعياً (قانونياً) : العقد والإرادة المنفردة ، سواء بالنسبة إلى الحقوق الشخصية أو الحقوق العينية. حيث إنّ من مصادر الحقوق العينية : العقد والوصية بالنسبة إلى أسباب الملك ، والإذن والعقد والوصية بالنسبة إلى حقوق الارتفاق. والعقد بالنسبة إلى الحقوق العينية التبعية. فلا يعدو التصرف القانوني إذن أن يكون عقداً أو إرادة منفردة<sup>(1)</sup>.

كما يعدّ واقعة شرعية (قانونية) : حيث إنّ من مصادر الحقوق الشخصية الجناية على النفس والسرقة وقطع الطريق والإكراه والتغريب والغصب ، وهذه تسمى الفعل الضار. ودفع غير المستحق ، والإثراء بلا سبب، وهذه تسمى الفعل النافع. والقراة ، وهذه مصدرها المباشر الشرع. ومن مصادر الحقوق العينية ، الميراث، ووضع اليد على الشيء المباح (الاستيلاء)، والشفعة والانتصاق، والحيازة بالنسبة إلى أسباب الملك، والقدم والجوار بالنسبة إلى حقوق الارتفاق واستحداث زيادة متصلة بالعين المغصوبة بالنسبة إلى الحقوق العينية التبعية.

وكلّ هذه الوقائع أعمال مادية بعضها اختياري وفي مقدور المكلف القيام بها ، وبعضها غير اختياري، وليس في مقدور المكلف القيام بها، يربّب الشرع أو القانون عليها إنشاء حقّ شخصي، أو كسب حقّ عيني.

وهكذا يتضح أنّ الفقه الإسلامي مطاوع للتقسيم الثنائي لمصادر الحقوق، بل هو أكثر مطاوعة لهذا التقسيم من الفقه الفرنسي ، وذلك لسببين<sup>(2)</sup> :

السبب الأول : أنّ الفقه الإسلامي لا يحجب وحدة التصرف بالقدر الذي يحجبه الفقه الفرنسي. فهو من ناحية لا يفصل بين العقد والإرادة المنفردة فصلاً حاداً كما فعل الفقه الفرنسي بل كثيراً ما يقع الخلاف فيما إذا كان تصرفاً معيناً يتم بالإيجاب والقبول، أو يتم بالإيجاب وحده ويبقى التصرف موصوفاً بأنّه عقد في الحالتين. ثمّ هو من ناحية أخرى يجعل العقد مصدراً للالتزام ثمّ يجعله ينقل الملكية بذاته ، ولا يقتصر على إنشاء التزام بنقلها ، كما فعل الفقه الفرنسي.

السبب الثاني : الوقائع القانونية في الفقه الإسلامي متناثرة بين مصادر الحقوق الشخصية ومصادر الحقوق العينية ، إلا أنّ الفقه الإسلامي لم ييؤّب هذه الوقائع تبويها يعزل بعضها عن بعض كما فعل الفقه الفرنسي ، ومن ثمّ فلا تستعصي هذه الوقائع على تبويب شامل يردها جميعاً إلى الواقعة القانونية ، كما أنّه لا يوجد في الفقه الإسلامي تبويب آخر يتعارض مع هذا التبويب.

<sup>1</sup> - مصطفى أحمد الزرقاء ، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ، ص 104. عبد الزق السنهوري ، مصادر

الحقّ في الفقه الإسلامي ، ج 1 ص 69. الوسيط ، ج 9 ص 6.

<sup>2</sup> - السنهوري ، مصادر الحقّ في الفقه الإسلامي ، ج 1 ص 68.

والخلاصة من كلّ ما تقدّم أنّ هناك تقاربا بين الفقه الإسلاميّ والفقه القانونيّ الوضعيّ فيما يخصّ حصر مصادر الحقوق ، وردّها جميعا إلى مصدرين اثنين هما : التصرف الشرعيّ أو التصرف القانونيّ ، والواقعة الشرعيّة أو الواقعة القانونيّة.

### المسألة الثانية : الملك التام هل يقبل الإسقاط أم لا يقبل الإسقاط؟

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنّ الملك الثابت للإنسان لا يزول بتركه أو الإعراض عنه، فلو أسقط ملكيته أو أعرض عنها ، فإنّها تبقى ملكا له. أمّا فقهاء المالكيّة فقد فرّقوا بين الأسباب الفعلية والأسباب القولية ؛ فما هو ثابت بسبب فعليّ كما في الصيد والإحياء ، فإنّ الملك يزول بزوال هذه الأسباب ، فيزول ملك الصيد بانفلاته وتوحّشه ، ويزول ملك الأرض المحيطة إذا عادت مواتا. أمّا الثابت بالسبب القوليّ كالبيع والهبة ، فإنّ ملكه لا يزول عنه إلا بسبب ناقل للملك.

أمّا فقهاء القانون المدنيّ فهم يرون أنّ من خصائص الملكية<sup>(1)</sup> أنّها حقّ دائم<sup>(2)</sup> ، فهي تبقى ما دام الشيء المملوك باقيا ، ولا تزول إلا بزوال هذا الشيء؛ أي أنّ الملكية لا تزول بعدم الاستعمال، والمالك حرّ في أن يستعمل ملكه أو ألاّ يستعمله ، ومهما طال مدة عدم الاستعمال فإنّ حقّ الملكية باق لا يزول<sup>(3)</sup>.

ويتأكّد هذا المعنى عند مقارنة حقّ الملكية بالحقوق الأخرى ، حيث نجد أنّ حقّ الملكية هو الذي لا يزول بعدم الاستعمال ، أمّا الحقوق الأخرى فإنّها تنقضي بعدم الاستعمال.

فالحقوق الشخصية تنقضي بالتقادم المسقط<sup>(4)</sup> ؛ وتنقضي بانقضائها الحقوق العينية التبعيّة التي تضمّنها، وكذلك تزول الحقوق العينية الأصلية المتفرّعة عن حقّ الملكية. فحقّ الانتفاع والاستعمال والسكنى تزول جميعا بعدم الاستعمال مدّة خمس عشرة سنة في القانون المدنيّ الجزائريّ، وثلاثون سنة في القانون المدنيّ الفرنسيّ<sup>(5)</sup>.

وحقّ الحكر ينتهي بعدم استعماله مدّة خمس عشرة سنة ، إلاّ إذا كان موقوفا ، فإنّ المدّة تكون ثلاثا وثلاثين سنة طبقا للمادّة 1011 من القانون المدنيّ المصريّ. وتنتهي حقوق الارتفاق بعدم استعمالها مدّة عشر سنوات في القانون المدنيّ الجزائريّ ، وخمس عشرة سنة في القانون المدنيّ المصريّ ، فإن كان الارتفاق

1 - للملكيّة في الفقه القانونيّ ثلاث خصائص رئيسيّة وهي : أنّها حقّ جامع، وأنّها حقّ مانع، وأنّها حقّ دائم.

2 - والدوام هو بالتّسبة إلى الشيء المملوك ، لا بالتّسبة إلى شخص المالك.

3 - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، ج 8 ص 534 - 536.

4 - والقاعدة العامّة أن تنقضي هذه الحقوق بمضي خمس عشرة سنة ، طبقا للمادّة 308 من القانون المدنيّ الجزائريّ.

5 - انظر المادتين 854، 857 من القانون المدنيّ الجزائريّ، والمادتين 617، 625 من القانون المدنيّ الفرنسيّ.

مقرراً لمصلحة عين موقوفة، كانت المدّة ثلاثاً وثلاثين سنة، طبقاً للمادة 879 من القانون الجزائري. أمّا في القانون المدنيّ الفرنسيّ فنتهي حقوق الارتفاق بمضي ثلاثين سنة من عدم الاستعمال، طبقاً للمادة 706. وإذا كان حقّ الملكية دائماً لا يزول ولا يسقط بالتقادم المسقط، فإنّ هذا لا يمنع من كسبه بالتقادم المكسب؛ فإذا وضع شخص يده على مال مملوك لغيره، وانقضت مدّة التقادم الطويلة أو القصيرة بحسب الأحوال، فإنّ ملكية المال تزول عن المالك وتنتقل إلى واضع اليد؛ ولكن هذا لا يعني كما هو ظاهر أنّ الملكية زالت بالتقادم، ذلك أنّ زوال الملكية عن المالك الأصليّ لم يأت عن طريق فقدة الملكية بالتقادم المسقط، بل أتى عن طريق التقادم المكسب، ففقد المالك الأصليّ حقّ ملكيته لأنّ غيره قد كسب هذا الحق<sup>(1)</sup>.

ولا يختلف المنقول عن العقار، فكلاهما لا يزول بالتقادم المسقط، وكلاهما يكسب بالتقادم المكسب، غير أنّ المنقول يختلف عن العقار إذ يصبح المنقول لا مالك له، إذا تخلّى عنه مالكة بقصد النزول عن ملكيته<sup>(2)</sup>. فالتخلّي عن المنقول يزيل ملكيته، ويصبح المنقول لا مالك له، إلى أن يتملكه شخص آخر عن طريق الاستيلاء. أمّا التخلّي عن العقار، كما لو تخلّى الحائز للعقار المرهون عن العقار، لا يفقد المالك ملكيته، بل يبقى العقار على ملكه إلى أن يكسب الملكية أحد غيره بطريق من طرق كسب الملكية<sup>(3)</sup>.

ورغم خاصية دوام الملكية، ومع ذلك فقد نصّ القانون المدنيّ المصريّ والجزائريّ على الاستيلاء باعتباره سبباً من أسباب كسب الملكية، والاستيلاء يفترض أنّ الشّيء الذي تكسب ملكيته ليس له مالك وقت الاستيلاء عليه، وذلك بأن يكون ليس له مالك منذ البداية، أو أن يكون له مالك ولكن تخلّى عن ملكيته.

وقد فترق القانون المدنيّ المصريّ بين العقار والمنقول، بالنسبة للاستيلاء باعتباره سبباً من أسباب كسب الملكية، فقرر أنّ الاستيلاء يردّ على المنقول، ولا يردّ على العقار. وميّز بين المنقول الذي لا مالك له منذ البداية مثل الشمس والهواء والبحر وصيد البرّ والبحر؛ وبين المنقول الذي كان له مالك ثمّ تخلّى عنه مالكة، مثل أن يُلقى شخص في سهلة المهملات أوراقاً أو أشياء أصبحت غير ذات نفع بالنسبة له، قاصداً بذلك النزول عن ملكيتها<sup>(4)</sup>.

1 - السنهوري، الوسيط، ج 8 ص 537 - 538.

2 - انظر المادة 1/871 من القانون المدنيّ المصريّ.

3 - السنهوري، الوسيط، ج 8 ص 538.

4 - السنهوري، الوسيط، ج 9 ص 14. انظر المادتين، 872، 873 من القانون المدنيّ المصريّ.

ومّا سبق عرضه، يتّضح وجه الاتّفاق والاختلاف بين ما قاله القانون الوضعيّ والفقّه الإسلاميّ. حيث يتّفق القانون المدنيّ المصريّ مع جمهور فقهاء الفقّه الإسلاميّ ، في أنّ الملكيّة حقّ دائم لا تزول بعدم الاستعمال.

أمّا بالنّسبة للمنقول الذي تخلّى عنه صاحبه فأصبح لا مالك له ، فهنا يتّفق القانون المدنيّ مع ما قاله فقهاء المالكيّة ، من أن ما هو ثابت بسبب فعليّ ، فإنّه يزول بزوال هذا السّبب ومثاله زوال ملك الصّيد بانفلاته وتوحّشه.

أمّا بالنّسبة للعقار فإنّ المستقرّ عليه اليوم في القانون المدنيّ أنّ الاستيلاء لا يردّ على العقار وإنّما يردّ على المنقول وحده، فإنّ هذا يختلف عمّا قاله فقهاء المالكيّة من أنّ العقار يمكن أن تسقط ملكيته بعدم الاستعمال، ومن ثمّ فقد يتملّكه شخص آخر عن طريق الإحياء.

## المطلب الثّاني

### مقارنة بين الحكم الأصلي والنظرية التقليديّة في السّبب

الحكم الأصليّ للتصرّف ، هو الغاية النوعيّة ، التي شرع العقد لأجلها. وهو مجموع الآثار المتولّدة عن العقد، فالعقد يبرم العقد رغبة منه في الحصول على الآثار المتولّدة منه، فالآثار هي السّبب الذي دفع المتعاقد إلى التّعاقد، وهي الغرض الذي يريد الوصول إليه. ويتميّز الحكم الأصليّ للعقد بأنّه ثابت لا يتغيّر في كلّ أفراد النّوع الواحد من العقود ، وإنّما يختلف باختلاف نوع العقد. والسّبب بهذا المعنى يتميّز بالخصائص الآتية : فهو أولاً محدّد لنوع التّصرّف، وهو ثانياً ممثّل لوظيفة التّصرّف ، اقتصاديّة كانت أو اجتماعيّة، وهو ثالثاً ذو طابع ماديّ.

وبين مفهوم الحكم الأصليّ في الفقّه الإسلاميّ، ومفهوم السّبب في التّظريّة التقليديّة توجد أوجه شبه وأوجه اختلاف، ونوضح ذلك في فرعين.

### الفرع الأوّل : أوجه الشّبه بين التّظريتين

أمّا أوجه الشّبه بين التّظريتين فنجدها في خصائص هذين المفهومين ، فكلّ منهما موضوعيّ ، داخل في العقد، لا يتغيّر. فلو أخذنا عقد البيع مثلاً ، فإنّ التّظريّة التقليديّة في السّبب في الفقّه الفرنسيّ تجعل التزام البائع بنقل ملكية المبيع ، هو التزام المشتري بدفع الثّمن. والحكم الأصليّ لعقد البيع هو "نقل الملكية بعوض" ، فإذا ما ألقينا نظرة على هذين المفهومين نجد أنّهما يشتركان في الخصائص المشار إليها سابقاً، وهذه الخصائص هي التي تكشف عن الغاية النوعيّة للعقد الذي يتّصلان به.

ويتفق مفهوم السبب في القانون الألماني إذا كان التصرف مسببا<sup>(1)</sup> - مع المفهوم الذي جاءت به النظرية التقليدية في الفقه اللاتيني والحكم الأصلي للتصرف - ويراد به الغرض المباشر من التعاقد ، تمييزا له عن الباعث ، فيشترط فيه أن يكون صحيحا ومشروعا وإلا بطل العقد؛ أما الباعث فلا أثر له في صحة العقد ، ولو كان هو الذي دفع إلى التعاقد<sup>(2)</sup>.

كما تتفق النظرية التقليدية في السبب مع ما ذهب إليه بعض فقهاء الحنفية والمالكية، فمن فقهاء الحنفية الإمام الكاساني الذي قال : "كل المبيع يعتبر مقابلا بكل الثمن ، وكل الثمن مقابل بكل المبيع، فالزيادة في المبيع أو الثمن لو صححت مبيعا وثمنا لخلت عما يقابله، فكانت فضل مال خال عن العوض في عقد المعاوضة، وهذا تفسير الرضا"<sup>(3)</sup>. فقد رتب الكاساني في عقد البيع التزامين متقابلين وهما التزام المبيع مقابل التزام الثمن.

ومن فقهاء المالكية القرافي حيث قال : "والمقصود من البيع ونحوه إنما هو انتفاع كل واحد من المتعاضين بما يصير إليه، فإذا كان عديم المنفعة أو محرما لم يحصل منه مقصوده، فيبطل عقده والمعاوضة عليه"<sup>(4)</sup>.

ويقول القرافي أيضا : "إن القاعدة الشرعية الأكثرية أنه لا يجوز أن يجتمع العوضان لشخص واحد فإنه يؤدي إلى أكل المال بالباطل ، وإنما يأكله بالسبب الحق إذا خرج من يده ما أخذ العوض بإزائه، فيرتفع الغبن والضّرر على المتعاضين ، فلذلك لا يجوز أن يكون للبائع الثمن والسلعة معا ، ولا للمؤجر الأجرة والمنفعة معا ، وكذلك بقية الصور"<sup>(5)</sup>.

### الفرع الثاني : أوجه الاختلاف بين النظريتين

أما أوجه الاختلاف بين النظريتين ، فنجدها في تلازم مفهوم النظرية التقليدية في السبب مع الإرادة الخاصة ، وانفكاك مفهوم الحكم الأصلي عنها. ففي المثال السابق نجد النظرية التقليدية في السبب تحدد التزام البائع أي "الغرض المباشر الذي يرمي إلى الوصول إليه من وراء التزامه" متلازما مع إرادة البيع ، وإن كان متميّا عنها. أما الحكم الأصلي لعقد البيع وهو "نقل الملكية بعوض" ، منفك عن هذه الإرادة ، غير

<sup>1</sup> - في القوانين الجرمائية نوعان من التصرفات، تصرفات مسببة ، وفيها يكون السبب ركنا من الأركان الواجب توفرها لصحة التصرف؛ وتصرفات مجردة وهي التصرفات التي لا يعتد فيها بالسبب ولا بعيوب الإرادة.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط، ج 1 ص 507.

<sup>3</sup> - الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج 5 ص 285.

<sup>4</sup> - القرافي ، الفروق ، ج 3 ص 238.

<sup>5</sup> - القرافي ، الفروق ، ج 3 ص 2. الفرق 114.

متلازم معها ، وهذا التلازم إذا أردنا البحث عنه ألفيناه متحققا بين الحكم الأصلي وإرادة الشارع لا إرادة العاقد، فالإرادة الأولى لا الإرادة الثانية، هي التي تحدّد هذا المقصد، وهي التي تضعه موضع التنفيذ. وقد سبق بيان أنّ السبب في الفقه الإسلامي هو مجموع الآثار المتولّدة ، فإن كانت هذه الآثار جميعها سليمة ، ذات محلّ مشروع ، كان العقد صحيحا ؛ وإلا كان العقد باطلا؛ ولئن كان سبب الالتزام في الفقه الغربي يأتي جوابا لسؤال السائل لم التزم الملتزم؟ فإنّ السبب في الفقه الإسلامي يأتي جوابا لسؤال السائل : لم عقد العاقد العقد؟ إنّه يعقده رغبة في الحصول على الآثار المتولّدة منه، فالآثار هي السبب الذي دفعه إلى التعاقد والتصرّف وسيلة لها. ولئن كان العقد هو السبب الفلسفيّ لهذه الآثار ، لأنّه مصدرها، فالآثار هي السبب النفسانيّ لهذا العقد ، لأنّها الغرض الذي تريد الإرادة الوصول إليه<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثالث

#### مقارنة بين السبب الباعث في الفقه الإسلاميّ والسبب الباعث في القانوني الوضعي

تذهب النظرية الحديثة في السبب - التي هي من ابتكار القضاء الفرنسي - إلى أنّ المقصود بالسبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد، وليس السبب المباشر كما كان مفهوما لدى النظرية التقليدية ، وبهذا خرجت النظرية الحديثة عن الحواجز الاصطناعية التي أقامتها النظرية التقليدية بين السبب والباعث ، ومزج بينهما مزجا تاما ، لا في عقود التبرعات فقط بل في سائر العقود وأصبح لنظرية السبب مرونة لم تكن لها من قبل<sup>(2)</sup>.

فلو اشترى شخص منزلا بنية إعداده ليكون ناديا للقمار ، فهل هذا العقد صحيح أم باطل؟ إنّ هذا الشخص قصد الحصول على ملكية المنزل ، وعلى إعداده ليكون ناديا للقمار فعلى قواعد النظرية التقليدية التي تقف عند الغرض المباشر ، وهو نية تملك المنزل ، يكون العقد صحيحا. أمّا وفق مفهوم النظرية الحديثة ، وهي التي لا تقف عند الغرض المباشر ، بل تتجاوز ذلك إلى الباعث على التعاقد، فإنّ العقد يكون باطلا ، لأنّ الباعث على التعاقد هو إعداد المنزل ليكون ناديا للقمار ، وهذا الباعث يخالف النظام العام والآداب.

وهكذا قدّمت النظرية الحديثة مفهوما جديدا للسبب تتمثل في الباعث الدافع الذي يوجّه الملتزم لأن يلتزم ، ولما كانت الإرادة لها باعث يدفعها للالتزام ، وهي حرّة في أن تنشئ ما تريد من الالتزامات ، فلا

<sup>1</sup> - وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلاميّ ، ص 503 - 504.

<sup>2</sup> - عبد الرحمن مصطفى عثمان ، نظرية السبب ، ص 424. محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائريّ ، ج 1 ص 233.

أقلّ من أن يكون هذا الباعث مشروعاً ، وأن يكون الهدف الذي تسعى الإرادة إلى تحقيقه هدفاً لا يمنع القانون، ولا يتعارض مع النظام العام والآداب<sup>(1)</sup>.

غير أنّ الإشكال الذي يطرح في هذا السياق ، هو أنّ للإرادة أكثر من باعث ، وبواعث الإرادة منها الدافع ومنها غير الدافع ، والباعث الدافع منه الرئيس ومنه غير الرئيس ، فبأيها يجب أن نعتدّ ؟ تجيب النظرية الحديثة بأنّه متى أمكن الكشف عن الباعث الدافع الرئيس ، وجب الاعتداد به والوقوف عنده ، إذ يكون حينها هو السبب<sup>(2)</sup>.

وبهذا المنطق في الاعتداد بالباعث دون سواه أصبحت النظرية خصبة وفعّالة سواء في نطاق القانون الخاصّ، أو في نطاق القانون العامّ<sup>(3)</sup>.

ويعرّف الفقهاء المسلمون السبب بمعنى الباعث الدافع على الالتزام بأنّه : "الدافع الذي يحرك إرادة المنشئ للتصرّف إلى تحقيق غرض غير مباشر"<sup>(4)</sup>.

هذا المعنى يتفق مع ذهب إليه النظرية الحديثة في السبب، حيث تجعل السبب هو الباعث الدافع إلى التصرّف، فهو يتصل بالإرادة وهو عنصر ذاتيّ يختلف من عقد لآخر في النوع الواحد من العقود. فإذا كانت نظرية الباعث تستهدف تقويم الأغراض الاجتماعية التي يقصدها الناس من تصرفاتهم ، فإنّ هذا الهدف ذاته هو ما قصده الفقهاء المسلمون الذين اعتدّوا بالغاية التي يؤدّي إليها التصرّف وأبطلوه، إذا كانت هذه الغاية تتعارض مع حكم الشارع أو تعين على مخالفة أحكامه<sup>(5)</sup>.

إنّ العقد في الفقه الإسلاميّ يتمّ وينتج آثاره بمجرد اتفاق إرادتين ، دون توقف على شيء من الإجراءات أو المراسيم الشكلية، غير أنّ هذه الإرادة قد تنشئ تصرفاً معيّناً لتحقيق أغراض غير مشروعة تجاوز بها الحدود الأخلاقية أو المصلحة العامة ، ومن ثمّ فوقاية من تعسف الإرادة، وما قد يؤول إليه طغيانها من تحقيق أغراض غير مشروعة ، وضع الفقه الإسلاميّ فكرة الباعث كقيد يرد على تصرف الإرادة ، حتّى لا تناقض مقاصد التشريع فيما تنشئه من تصرفات هي في ظاهرها جائزة ، ولكن بالنظر إلى ما تهدف إليه من غاية نهائية غير مباشرة تمسّ المصلحة العامة أو تهدف إلى هدم مقاصد الشريعة<sup>(6)</sup>.

1 - محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، ج 1 ص 234.

2 - السنهوري ، الوسيط، ج 1 ص 497. علي فيلاي، المرجع السابق ، ص 255.

3 - السنهوري، الوسيط، ج 1 ص 498، هامش رقم 1.

4 - فتحي الدريني : نظرية التعسف في استعمال الحقّ ، ص 207.

5 - جمال الدين محمود ، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلاميّ ، ص 140.

6 - فتحي الدريني : النظريات الفقهية ، ص 228.

والمقصود بذلك أنّ الدافع الذي حرّك الإرادة لإنشاء التصرف، قد تكون غايته تحقيق أغراض غير مشروعة يحرّمها الشارع، كالشخص الذي يشتري عنبا قصد تحويلها إلى خمر، فالتخاذ عصير العنب خمرا باعث حمل المشتري على إنشاء عقد البيع، وهو دافع غير مشروع، لأنّه يرمي إلى تحقيق غرض يتعارض مع النظام العام الإسلامي، ويحرّمه الشارع.

ومن هنا وضع الفقهاء مجموعة من الضوابط الفقهيّة تضبط شرعية البواعث كما تضبط شرعيّة النتائج، ومن بين هذه الضوابط قاعدة "الأمر بمقاصدها" التي تضبط شرعية البواعث وقاعدة "المآلات" التي تضبط شرعية النتائج.

وخلاصة هذا المبحث أنّ نظريّة السبب في الفقه الإسلاميّ تدور حول معان ثلاثة وهي :  
المعنى الأوّل السبب مصدر التكليف والالتزام، وهذا يقابل السبب المنشئ في القانون الوضعيّ.  
المعنى الثاني السبب هو الحكم الأصليّ للتصرف، وهذا يقابل معنى السبب في النظرية التقليديّة في القانون الوضعيّ. المعنى الثالث السبب هو الباعث الدافع، وهذا يقابل معنى السبب في النظرية الحديثة في القانون الوضعيّ.

## المبحث الثاني

### مقارنة بين نظريّة السبب في الفقه الإسلاميّ والقانون الوضعيّ من حيث المعيار

تبين مما سبق من مباحث هذا البحث أنّ معايير السبب المنشئ للتكليف والالتزام تتحقّق بتوفّر الأركان والشروط المنشئة للتصرف، ومعايير الحكم الأصليّ تتحقّق إذا نشأ التصرف صحيحا، لأنّ آثار العقود من فعل الشارع لا من فعل المكلف، والمقارنة بين أركان التصرف وشروطه في الفقه الإسلاميّ، والقانون الوضعيّ، سيخرج بنا على نطاق البحث.

وعليه فلم يبق محلا للمقارنة بين النظريتين إلا معايير السبب الباعث، ومن أجل المقارنة بين السبب الباعث في الفقه الإسلاميّ، والقانون الوضعيّ، سيخصّص مطلبين لذلك.

### المطلب الأول : معيار السبب الباعث في الفقه الإسلاميّ

اتفق الفقهاء على أنّه إذا كان الطرف الآخر يجهل السبب غير المشروع الذي دفعه إلى التعاقد، فإنّ التصرف يكون صحيحا، ولا يمكن الحكم ببطلانه، وذلك تغليبا لمبدأ استقرار التعامل على الباعث غير المشروع؛ وإلاّ لأمكن لأيّ متعاقد أن يتخلّص من التزاماته بدعوى عدم علمه بالسبب الباعث، ولتزعزع التعامل بين الناس، وانهارت العقود والتصرّفات بدعوى عدم العلم بالباعث غير المشروع.

كما اتفق الفقهاء أيضا على أنّ علم المتعاقد الآخر بالسبب غير المشروع الذي دفعه إلى التعاقد يجعل العقد باطلا.

غير أنّ السؤال الذي يطرح نفسه في هذا السياق كيف يعلم الطرف الآخر بالسبب غير المشروع؟  
اختلف الفقهاء في تحديد ضابط معيار العلم على رأيين ، رأي الشافعية والحنفية ، ورأي المالكية والحنابلة  
والإباضية ، ونوضح ذلك في فرعين.

### الفرع الأول : المعيار الذي تبنّاه الشافعية والحنفية

اشتراط الحنفية والشافعية دخول السبب الباعث في دائرة التعاقد ، وذلك بأن يكون جزءاً من التعبير  
عن الإرادة ، فيكون العقد باطلاً إذا أسفر عن سبب غير مشروع في صلب العقد أو تمّ استخلاصه ضمناً  
من ملاسبات التصرف ، أمّا إذا لم يبرز في صيغة العقد، أو ظلّ متوارياً عنها فلا يعمل به، قال الشافعي :  
"ليس لأحد أن يحكم على أحد إلا بظاهر ، والظاهر ما أقرّ به أو ما قامت به بينة ، تثبت عليه"<sup>(1)</sup>.  
ومّا لا شكّ فيه أنّ هذا الشرط سيؤدّي إلى ضيق الاعتداد بالسبب الباعث، وهو تصوّر يتماشى  
مع النزعة الموضوعية السائدة في الفقه الإسلامي بصورة عامة، والتي يمثلها المذهب الشافعي والحنفي،  
ويلتقيان في ذلك مع اتجاه القانون الألماني.

أمّا إذا لم يأت النصّ على السبب غير المشروع في صيغة العقد صراحة أو ضمناً ، فلا يعتدّوا به، ولا  
يكون له تأثير في صحّة العقود والتصرفات. والدليل على ذلك الأمثلة الفقهية المختلفة التي حكموا  
بصحّتها، مثل زواج المحلل ، وبيع العنب لمن يعصرها خمراً ، وبيع السلاح وقت الفتنة ، وتأجير الأماكن  
لتكون محلاً لممارسة العبادة لغير المسلمين<sup>(2)</sup>.

قال الشافعي : «أصل ما أذهب إليه ، أنّ كلّ عقد كان صحيحاً في الظاهر ، لم أبطله بتهمة ، ولا  
عبادة بين المتبايعين ، وأجزته بصحّة الظاهر، وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع.  
وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به ، ولا يجرم على بائعه أن يبيعه ، ممّن يراه أنّه يقتل به  
ظلماً ؛ لأنّه قد لا يقتل به ، ولا أفسد عليه هذا البيع. وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممّن يراه أنّه يعصره  
خمراً ، ولا أفسد عليه البيع إذا باعه إيّاه لأنّه باعه حلالاً ، وقد يمكن ألاّ يجعله خمراً أبداً. وفي صاحب  
السيف ألاّ يقتل به أحداً أبداً. ولو نكح رجل امرأة عقداً صحيحاً ، وهو ينوي ألاّ يمسكها إلاّ يوماً أو أقلّ  
أو أكثر، لم أفسد النكاح، وإنّما أفسده أبداً بالعقد الفاسد»<sup>(3)</sup>.

أمّا إذا كان السبب مستخلصاً من الظروف والملاسات، فقد خالف الشافعية الحنفية في هذه الحالة،  
حيث احتفظ المذهب الشافعي بنزعة الموضوعية، فلم يخرج عن صيغة التعبير نفسه واشتراط ذكر السبب

1 - محمد بن إدريس الشافعي ، الأمّ ، ج 1 ص 260.

2 - انظر أدلّة هذه الأمثلة، ص 233 - 248 من هذا البحث.

3 - محمد بن إدريس الشافعي ، الأمّ ، ج 3 ص 74.

الدّافع صراحة في صيغة العقد، أمّا المذهب الحنفيّ فاعتدّ بالملايسات والظّروف المصاحبة للتّعبير، وجعلها عاملا في إعمال السّبب الدّافع ، إذا كشفت هذه الملايسات عن عدم المشروعية، وتجلّى هذا الاختلاف في مسائل فقهية مختلفة ، منها :

بيع العينة حيث حكم الشّافعية بصحّة البيع تماشيا مع ظاهر العقد ، بينما حكم الحنيفة ببطلانه لأنّه في نظرهم وسيلة غير مشروعة اخترعها أكلكة الرّبا.

ومنها طلاق المريض مرض الموت، حيث حكم الشّافعية بصحّة الطّلاق ومن ثمّ حرمان المطلقة من الميراث، ولو توقّيت في عدّها مادام الطّلاق بائنا، ورأوا أنّ "الزّوجية قد ارتفعت بالطلاق البائن قبل الموت، وهي سبب التّوارث بين الزّوجين، فإذا ارتفعت قبل الموت، فقد زال سبب الميراث فلا يثبت، ولا عبرة بمظنّة الفرار، لأنّ أحكام الشّريعة لا تناط بالنيّات الخفية، بل تناط بالأسباب الظّاهرة، والسّبب الظّاهر للميراث قد زال بعمل من يملك إزالته، فلا عبرة بنيته"<sup>(1)</sup>.

بينما ذهب الحنيفة إلى أنّها ترث ما دامت في عدّها، لأنّ الزّوجية وهي سبب الإرث قد أزالتها الزّوج بقصد إبطال حقّها في الميراث ، فيردّ عليه قصده ما بقيت العدة ، لبقاء آثار الزّوجية فجعلت آثار الزّوجية قائمة مقامها<sup>(2)</sup>.

ويعلّل الشّافعية والحنفية علّة المعيار الذي تبوّه، أنّ هذا يضبط التعامل ويؤدّي إلى استقراره، ويريح القاضي من عناء سبر أعماق النّفس ، والتّعرّف على الدّوافع البعيدة في ضمير المتعاقد؛ ويجعله يقف عند الإرادة الظّاهرة وما تحمله في متنها من بواعث ودوافع ، ولا يتخطّأها إلى النيّات المستكنة في النّفس؛ فإذا كانت الإرادة الظّاهرة خالية من الباعث غير المشروع ، حكم بصحّة العقد ، دون أن يكلف نفسه عناء التّنقيب في نفس المتعاقد عن البواعث الخفية غير المشروعة الدّافعة للتّعاقد<sup>(3)</sup>.

وخلاصة معيار السّبب الباعث عند الشّافعية والحنفية أنّه يتكوّن من شقّين:

الشقّ الأوّل : أنّهم يعتدّون بالسّبب الباعث إذا ذكر صراحة أو ضمنا في التّعبير عن الإرادة، فإن كان السّبب الباعث غير مشروع كان التّصرّف باطلا.  
والشقّ الثّاني : أنّهم لا يعتدّوا بالسّبب الباعث غير المشروع ما دام لم يتمّ ذكره صراحة أو ضمنا في صلب التّعبير عن الإرادة.

1 - محمّد أبو زهرة ، الأحوال الشّخصية ، ص 321.

2 - عبد الغني الغنيمي الميداني ، اللّباب في شرح الكتاب ، ج 2 ص 179.

3 - وحيد الدّين سوار ، التّعبير عن الإرادة في الفقه الإسلاميّ ، ص 517.

## الفرع الثاني : المعيار الذي تبناه المالكية والحنابلة والإباضية

اهتمّ المالكية والحنابلة والإباضية بالنوايا والمقاصد ، وحكموا على العقود والتصرفات بالنظر إلى السبب الباعث ، فإن كان السبب الباعث مشروعاً كان التصرف صحيحاً ، وإذا كان غير مشروع كان التصرف باطلاً ، حتى ولو لم يذكر السبب الباعث صراحة في صلب التعبير عن الإرادة.

ولما كان السبب الباعث أمراً نفسياً ، ويتغير من عقد إلى آخر بتغير المتعاقدين والبواعث التي تدفعهم إلى التعاقد ، فقد وضعوا له معياراً وضابطاً يرجع إليه ، ويتمثل هذا المعيار في علم الطرف الآخر بالسبب الباعث ، ويحصل علم الطرف الآخر بالسبب الباعث ، إما بوجود قرائن يفترض معها علم الطرف الآخر بالسبب الباعث ، أو بالكثرة التي تقوم مقام غلبة الظن كما قال بذلك المالكية.

وتطبيقاً لمعيار علم الطرف الآخر بالسبب الباعث غير المشروع ، حكم المالكية بعدم جواز بيع أرض لتتخذ كنيسة أو خماراً ، وبيع خشبة لمن يصنعها صليباً ، وبيع العنب لمن يعصرها خمرًا والتحاس لمن يتخذه ناقوساً ، وكذا يمنع أن تباع آلة الحرب للحربين ، كسلاح أو كراع أو سرج وكل ما يتقنون به في الحرب<sup>(1)</sup>. كما حكموا أيضاً بتوريث المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت ، وإن انقطعت عدتها وتزوجت من شخص آخر ، لأنه ما طلقها إلا ليحرمها من الميراث فيعامل بنقيض مقصوده ، ولأن سبب توريثها فراره من توريثها ، وهذا المعنى لا يزول بعد انقضاء العدة<sup>(2)</sup>.

كما حكم المالكية أيضاً ببطان نكاح التحليل وعللوا ذلك بعلم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع ، فقالوا : "واعلم أن المضرّ عندنا في هذه المسألة علم الزوج المحلل أنه محلل كان بأجرة أم لا ، فإن لم يكن عالماً بل تزوجها بنية التأييد ، واتفق الزوج المبيت للطلاق والمرأة وأولياؤها على أن يغروه ولم يعلموه بما تأمروا عليه ، فإن ذلك لا يضرّ ، بل المضرّ علم المحلل فقط"<sup>(3)</sup>.

كما حكم الإباضية ببطان بيع العينة لأن طبيعة العقد ذاته تدلّ صراحة على وجود ذلك السبب الباعث غير المشروع ، وهو الوصول بذلك البيع إلى الرّبا المحرم<sup>(4)</sup>. وحكموا بتوريث المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت ، معاملة لنقيض المقصود لأنه ما طلقها إلا ليحرمها من الميراث<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - الخريشي على مختصر خليل ، ج 5 ص 10 - 11. الحطّاب ، مواهب الجليل ، ج 4 ص 253 - 254. شمس الدين

محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 3 ص 7.

<sup>2</sup> - القراني ، الذخيرة ، ج 13 ص 14. المدونة ، ج 2 ص 34 - 35.

<sup>3</sup> - ابن بري المالكي ، سراج السالك شرح أسهل المدارك لأبي بكر بن حسن الكشناوي ، ج 2 ص 52.

<sup>4</sup> - محمد بن يوسف اطفيش ، شرح التل ، ج 8 ص 75.

<sup>5</sup> - محمد بن يوسف اطفيش ، شرح التل ، ج 7 ص 497.

وبطلان نكاح التحليل<sup>(1)</sup> بأن كان قصد التحليل موجودا، ولو لم يتم ذكر ذلك في العقد لكن البطلان وهو جزاء قضائي غير التحريم الدياني، لا بد له من دليل موضوعي يُرجح به جانب البطلان وذلك متوقّف على العلم بالباعث غير المشروع هو علم المتعاقدين به واتفاقهما عليه، فإذا لم يعلم بأن نواه المحلّل في قلبه، لم يكن هناك مجال لإبطال العقد، ويُحكم على ذلك العقد بالصّحة، فتحلّ لزوجها الأوّل لوجود صورة الإحلال التي اشترطها القرآن الكريم<sup>(2)</sup>.

وذهب الحنابلة إلى أنه "لا يصحّ بيع مأكول ومشروب ومشموم لمن يشرب عليه مُسكراً ولا يصحّ بيع أفداح ونحوها لمن يشربه، أي المسكر بها، ولا بيع بيض وجوز ونحوها لقمار، لأنّ ذلك كلّه إثم وعدوان"<sup>(3)</sup>.

أمّا فيما يخصّ معيار القرائن التي يفترض معها علم الطّرف الآخر بالسبب غير المشروع فأكثر ما عملوا به في التبرّعات، ولذلك حكموا ببطلان هديّة المقترض للمقرض قبل سداد الدين، وحملوا ذلك على الرّبا. وإذا أهدى العدو لقائد جيش المسلمين هديّة حمل ذلك على الرّشوة، فلا يختصّ بها القائد وتكون غنيمة. وكذلك الهدايا التي تهدى لموظفي الدّولة فإنّها تحمل على الرّشوة. وإذا وهبت المرأة لزوجها صداقها، فينبغي أن يعلم الزوج أنّ الباعث للزّوجة على الهبة هو استدامة الزّواج، فإنّ طلقها بعد ذلك فلها الرجوع فيما وهبت<sup>(4)</sup>.

أمّا المعيار الثالث لإعمال السبب الباعث، وهو معيار انفرد به المالكيّة عن غيرهم، وهو معيار الكثرة التي تقوم مقام غلبة الظنّ؛ وهو الفعل الذي يفضي إلى المفسدة كثيرا، ولكن لا يبلغ درجة الأمر الغالب، أي أنّ المفسدة المترتبة على الفعل لم تبلغ درجة القطع واليقين، ولا درجة غلبة الظنّ، ولكن المفسدة تقع في كثير من الحالات<sup>(5)</sup>.

وقد بنى المالكية والحنابلة والإباضيّة اعتدادهم بالسبب الباعث في صحّة التصرفات وبطلانها على مبدأ سدّ الدّرائع، وبذلك يتبيّن الرّبط بين اعتبار القصد في العقد أو الباعث عليه وبين سدّ الدّرائع عند التّطبيق، وهذا المبدأ سدّ الفجوة التي توجد دائما بين أن نأخذ بنية العاقد، وبين أن نترك العقد ينتج آثاره الضارة<sup>(6)</sup>.

1 - محمّد بن يوسف اطفيش، شرح التّيل، ج 7 ص 370.

2 - محمّد بن يوسف اطفيش، شرح التّيل، ج 7 ص 370.

3 - منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج 3 ص 146.

4 - انظر مزيدا من الأمثلة وأدلّتها ص 294 - 297 من هذا البحث.

5 - محمّد بن عرفة الدّسوقي، حاشية الدّسوقي على الشّرح الكبير، ج 4 ص 306.

6 - جمال الدّين محمود، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي، ص 510.

فالقول باعتبار السبب الباعث ليس معناه أن نرجع في شأن صحّة العقود وبطلانها إلى مقياس غامض لا يمكن اكتشافه كمقياس القصد أو النية ، وإنما يخضع القصد والباعث لمعيار موضوعي هو مبدأ سدّ الذرائع الذي يعتدّ بنتائج التصرف وآثاره التي يؤدي إليها غالبا، وليس بالالتفات إلى النية وحدها. وجميع الشرائع الوضعية اتفقت على حماية المجتمع من التصرفات غير المشروعة، ومن ثمّ وجدنا من شروط السبب في أن يكون مشروعا وألا يتعارض مع النظام العام والآداب ، ونقطة البداية في الحماية الاجتماعية تبدأ من البحث عن الباعث. غير أن الفقه الإسلامي يختلف عن الشرائع الوضعية في توفير عناصر هذه الحماية، وذلك بأن قرن الباعث بنتيجة العمل ، ومن ثمّ فترق بين مجرد الباعث أو نية العاقد، وبين النتيجة التي يؤدي إليها العقد غالبا؛ فالعقد دائما مشروع كوسيلة شرعت لمعاملات الناس، ولكن ما يؤدي إليه العقد كنتيجة يمكن أن تكون غير مشروعة ولذلك كان ما يؤدي إليه العقد غالبا من فساد هو المعيار، وليس نية العاقد فحسب<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني : معيار السبب الباعث في القانون الوضعي

إذا قارنا خصائص السبب في النظرية التقليدية، مع خصائص السبب في النظرية الحديثة ، لوجدنا التقيض مقابل التقيض.

فالسبب في النظرية التقليدية معياره موضوعي لا تؤثر فيه نيات الملتزم ، وهو داخل في العقد يستخلص من نوع العقد ومن طبيعة الالتزام ذاته ، ولا يتغير في النوع الواحد من العقود ؛ في حين أنّ السبب في النظرية الحديثة هو الباعث ، معياره ذاتي ، يتغير من عقد لآخر بتغير العاقدين ، وما يدفعهم من بواعث<sup>(2)</sup>.

ومادام الباعث في النظرية الحديثة بهذا القدر من الذاتية والانفصال والتغير ، فما معيار ضبطه؟ ونوضح معيار ضبط الباعث بالمثل التالي : لو أنّ شخصا اقترض من آخر نقودا ليقامر بها ، فهل هذا العقد صحيح أم باطل ؟ للجواب على هذا السؤال يجب أن نميّز بين حالات أربع.

الحالة الأولى : معيار الجهل ، وهو أنّ المقرض يجهل الغرض الذي دفع المقرض لطلب القرض. ففي هذه الحالة جميع الفقهاء متفقون على أنّ العقد صحيح ، ولا يعتدّ بالباعث الذي دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد مادام الباعث مجهولا من المتعاقد الآخر. وخالف " ريبير " بقية الفقهاء،

<sup>1</sup> - جمال الدين محمود ، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي ، ص 514 - 515.

<sup>2</sup> - السنهوري ، الوسيط ، ج 1 ص 478 - 479.

وقال بوجوب الاعتداد بالبائع إذا انفرد به أحد المتعاقدين ولم يعلم به المتعاقد الآخر ، إغراقاً منه في الفكرة القائلة بوجوب إخضاع التعامل لقواعد الآداب<sup>(1)</sup>.

الحالة الثانية : معيار العلم ، وهو أن يكون المُقْرِض عالماً بنية المقترض في القرض فيعطيه المال اللازم دون أن يكون قصده تمكينه من المقامرة.

الحالة الثالثة : معيار المساهمة وذلك كأن يكون المُقْرِض مرابياً يستثمر ماله في إقراض المقامرين ، فيكون بذلك قد قصد تمكين المقترض من المقامرة.

الحالة الرابعة : معيار الاتفاق ، وهو أن يكون المُقْرِض هو الشخص الذي يقامر مع المُقْرِض ، فيتفقان على القرض للاستمرار في المقامرة.

فإذا استثنينا الحالة الأولى التي هي محلّ اتفاق ، فتبقى الحالات الثلاثة الأخرى وهي معيار العلم والمساهمة والاتفاق ، محلّ اختلاف بين فقهاء القانون.

فذهب "كاييتان" إلى وجوب الوصول إلى حالة الاتفاق ، فلا يعتدّ بالبائع إلا إذا كان متفقاً عليه بين المتعاقدين ، والاتفاق وحده هو الذي يدخل السبب الباعث في دائرة التعاقد<sup>(2)</sup>.

أما القضاء الفرنسي فيكتفي بمعيار العلم ، فهو يعتدّ بالبائع إذا كان المتعاقد الآخر يعلم أو يستطيع أن يعلم بهذا الباعث ، كما هو الحال في الغلط. وقد أيد عدد كبير من فقهاء القانون المدنيّ هذا الرأي وعبر عن ذلك عبد الرزاق السنهوري بقوله : "وإذا كان الذي يعيننا في انضباط معيار الباعث هو استقرار التعامل ، فالقضاء الفرنسي على حقّ فيما ذهب إليه من الاكتفاء بمرتبة العلم ، سواء كان التصرف تبرعاً أو معاوضة"<sup>(3)</sup>.

وتبنّى معيار العلم أيضاً الدكتور وحيد الدين سوار ، فقال : "ويشترط لإعمال السبب المصلحيّ شرطان : أن يكون ثمة غرض غير مشروع. وأن يكون الطرف الآخر على علم بهذا الغرض"<sup>(4)</sup>.

أما الأستاذ عبد الحيّ حجازي فيرى أنّ شرط العلم لا يعمل به في عقود المعاوضة بل يجب في هذه العقود أن يكون الباعث مشتركاً بين المتعاقدين. أمّا في عقود التبرّع فيبطل العقد ، ولو لم يكن الموهوب له عالماً بالبائع غير المشروع الذي دفع الواهب للتبرّع<sup>(1)</sup>.

1 - السنهوري ، الوسيط ، ج 1 ص 499.

2 - حليلة آيت حمودي ، المرجع السابق ، ص 122.

3 - السنهوري ، الوسيط ، ج 1 ص 501.

4 - وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص 476.

وذهب "بواجيزان" (Bois-Juzan) إلى وجوب الوصول إلى معيار المساهمة في المعاوضات ، والاكتفاء بمعيار العلم في التبرعات. لأنّ في المعاوضات إرادة كلّ طرف تقوم بدور أساسي في تكوين العقد ، ومن ثمّ وجب أن تُسهم كلّ إرادة من هاتين الإرادتين في الباعث الذي دفع إلى التعاقد. أمّا في التبرعات فإرادة المتبرّع وحدها هي الأساسيّة ، إذ المتبرّع وحده هو الذي أعطى ، ومن ثمّ فوجب الاقتصار على معيار العلم ، فهو كاف لاستقرار التعامل<sup>(2)</sup>.

وخالف "جوسران" "بواجيزان" في المعاوضات ، واكتفى بمعيار العلم ورأى أنّه يكفي أن يكون الباعث في المعاوضات معلوما من المتعاقد الآخر ، حتّى يكون في هذا وقاية للتعامل من التزعزع. أمّا في التبرعات ، فإنّ الباعث الذي دفع المتبرّع إلى تبرّعه وحده ، هو الذي يجب الوقوف عنده ، سواء أكان معلوما للطرف الآخر أم كان مجهولا عنده<sup>(3)</sup>.

أمّا القانون المدنيّ الجزائريّ فلم ينصّ على ضابط معيار الباعث ، ولكن لا يوجد ما يمنع من وجوب الأخذ بمعيار علم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع ، ولكن مع وجوب التفريق بين المعاوضات والتبرعات<sup>(4)</sup>.

ففي باب المعاوضات، يجب أن يكون الطرف الآخر على علم بالباعث غير المشروع أو من المفروض أن يعلم به، ويمكن أن نستدلّ على ذلك بما ورد في المادة 1/85 المتعلقة بالغلط، والمادة 87 المتعلقة بالتدليس.

أمّا في باب التبرعات فيشترط علم الطرف الآخر بهذا الباعث غير المشروع، ويمكن أن نستنتج ذلك من نصّ المادة 192 الوارد في دعوى عدم التّفاذ (الدّعوى البوليصيّة)<sup>(5)</sup>.

والخلاصة التي نتوصل إليها في نهاية هذا المبحث أنّ هناك توافقا بين الفقه الإسلاميّ والقانون الوضعيّ فيما يخصّ المعيار الذي وقع تبنيّه للحكم على الباعث غير المشروع، فإذا كان الطرف الآخر يجهل السبب غير المشروع الذي دفعه إلى التعاقد ، فإنّ التصرف يكون صحيحا ، ولا يمكن الحكم ببطلانه.

1 - عبد الحيّ حجازي ، المرجع السابق ، ص 142.

2 - السنهوري ، الوسيط ، ج 1 ص 500.

3 - السنهوري ، نفس المرجع والصفحة. حليلة آيت حمودي ، المرجع السابق ، ص 122.

4 - حليلة آيت حمودي ، المرجع السابق ، ص 246.

5 - الدّعوى البوليصيّة : هي الدّعوى التي يرفعها الدّائن كي لا تنفذ في حقه تصرفات مدينه المشوبة بالغشّ.

كما وقع الاتفاق أيضا على معيار العلم حيث حكموا ببطلان التصرف إذا كان الطرف الآخر يعلم بالسبب غير المشروع. سواء حصل هذا العلم عن طريق التصريح به في صلب العقد، أو وقع الاتفاق عليه بين الطرفين، أو كانت هناك مساهمة من في السبب غير المشروع.

كما نستنتج أيضا من تحليل ما سبق وجود تيارين في الفقه الإسلامي، تيار موضوعي يمثل المذهبين الحنفي والشافعي، وتيار ذاتي ويمثله المذهب الحنبلي والمالكي والإباضي. ولعل هذين الاتجاهين يقابلهما في القانون الوضعي، المدرسة اللاتينية ذات النزعة الذاتية، والمدرسة الجرمانية ذات النزعة الموضوعية.

### المبحث الثالث

#### مقارنة بين نظرية السبب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من حيث الجزاء

للمقارنة بين النظريتين من حيث الجزاء، وجب تخصيص مطلبين، أحدهما للفقه الإسلامي والآخر للقانون الوضعي.

#### المطلب الأول: الجزاء على تخلف أو عدم مشروعية السبب في الفقه الإسلامي

تبيّن مما سبق بيانه في هذا البحث أنّ السبب في الفقه الإسلامي يأتي بمعان ثلاثة، وهي السبب بمعنى مصدر التكليف والالتزام، والسبب بمعنى الحكم الأصلي للعقد، والسبب بمعنى الباعث الدافع على التصرف، والجزاء المترتب يكون إما على تخلف السبب أو عدم مشروعيته، ونوضح ذلك في الفروع الآتية.

#### الفرع الأول: الجزاء المترتب على تخلف السبب

يأتي السبب في الفقه الإسلامي بمعنى مصدر التكليف والالتزام، أي الواقعة المؤلدة للالتزام وهذا يعني أنّ هذه الواقعة إذا تخلفت ولم توجد لا يوجد ما يترتب عليها من أثر، ومعنى ذلك أنّه إذا لم يوجد السبب لم يوجد المسبب، أي أنّ التصرف لا ينشأ أصلا، لأنّه إذا انعدم السبب انعدم المسبب.

ومّا يدلّ على ذلك أنّ علماء أصول الفقه عرفوا السبب بأنّه: "ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته"<sup>(1)</sup>. وهو التعريف الذي ذكره القرافي، ومحمد علي بن حسين<sup>(2)</sup>، وابن بدران<sup>(3)</sup>، والدكتور وهبة الزحيلي<sup>(4)</sup>، والشّيخ عبد الوهاب خلاف، وزاد عليه فقال: "هو ما جعله الشارع علامة

<sup>1</sup> - القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، ج 1 ص 61.

<sup>2</sup> - محمد علي بن حسين، تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقهية، ج 1 ص 60.

<sup>3</sup> - عبد القادر بن بدران الدمشقي، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج 1 ص 160.

<sup>4</sup> - وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج 1 ص 94.

على مسببه وربط وجود المسبب بوجوده وعدمه بعدمه ، فيلزم من وجود المسبب وجود السبب ومن عدمه عدمه<sup>(1)</sup>.

ويترتب على هذا نتيجتان هامتان وهما ؛ النتيجة الأولى من يدعي وجود سبب شرعي فعليه إثباته. والنتيجة الثانية وهي وجوب ردّ ما أخذ بغير سبب شرعي.

**النتيجة الأولى :** من يدعي وجود سبب شرعي ينشئ له حقاً فعليه إثبات هذا السبب فمن يدعي أنّ له حقاً موجوداً، فعليه أن يثبت مصدره، ذلك أنّ محلّ الإثبات ينصبّ على تلك الواقعة المنشئة للحقّ دون الأثر الذي يربّبه الشّرع على وجودها، وعليه فإنّ مهمّة الخصم هي إقامة الدليل على وجود هذه الواقعة وصحتها.

ومثال ذلك : لو طالب شخص آخر بمال على اعتبار أنّه مدين له به، فعليه أن يثبت مصدر هذا الدّين، سواء كان عقد قرض أو عقد بيع، أو جناية على النفس أو غصب أو تغرير. فلو دفع المدّعي عليه بأنّه وقيّ الدّين ، أو ادّعى أن الدّين انقضى بالمقاصّة ، فإنّه يصبح حينئذ مدّعياً يجب عليه إثبات الوفاء أو المقاصّة. ولو طالب شخص بملكية عين في حيازة آخر ، فهو مدّعي يجب عليه أن يثبت ملكيته لهذه العين سواء كان تصرفاً كالوصية أو عقد بيع ، أو واقعة قانونيّة كميراث أو شفعة. والحائز قد يدفع بأنّه ملك العين بوضع اليد أو التّقادم ، فيصبح مدّعياً يجب عليه إثبات وضع اليد أو هذا التّقادم.

وهذا يعني أنّ المدّعي في الدّعوى والمدّعى عليه في الدّفع ، كلاهما مدّعٍ في دعواه يجب عليه أن يتحمّل عبء إثبات ما يدّعيه. فالمدّعي هو الذي يحمل عبء الإثبات ، سواء كان دائناً يدّعي ثبوت الدّائنية، أو مدينا يدّعي التخلّص من المديونية<sup>(2)</sup>.

ومن هنا تبرز أهميّة عاقدة عبء الإثبات وعلى عاتق من يلقي عبئها ، وقد اتّفقت القوانين الحديثة العربيّة منها والغربيّة<sup>(3)</sup> ، مع ما ذهب إليه الفقه الإسلاميّ من أنّ "البينة على من ادّعى"<sup>(4)</sup>، وهذا ما اعتنقه المشرّع الجزائريّ في المادّة 323 من القانون المدنيّ حيث جاء فيها : "على الدّائن إثبات التزام وعلى المدين إثبات التخلّص منه".

1 - الشّيخ عبد الوهاب خلاف ، أصول الفقه ، ص 117.

2 - السنهوري ، الوسيط ، ج 2 ص 68.

3 - انظر صفحة 158 هامش رقم، من هذا البحث لمعرفة القوانين العربيّة والغربيّة الموافقة لقاعدة "البينة على من ادّعى".

4 - جزء من حديث رواه مسلم ، في كتاب الأقضية ، باب اليمين على المدّعي عليه. وروى البيهقي والطبراني بإسناد صحيح أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال : "البينة على المدّعي، واليمين على من أنكر".

والإثبات بهذا المعنى ينصبّ على مصدر الحقّ الذي يدّعيه المدّعي ، لأنّ قول المشرّع الجزائريّ :  
"على الدّائن إثبات الالتزام" ، يعني إثبات مصدر الالتزام.

**النتيجة الثّانية :** وهي وجوب ردّ ما أخذ إذا كان بغير سبب شرعيّ، أي أنّ الإنسان إذا أخذ مالا من أحد على أساس أنّه دائن به، ثمّ تبين أنّه غير دائن لمن أخذ منه المال ، وجب عليه ردّ ما أخذ، تطبيقاً للقاعدة الفقهيّة التي تقول : "لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعيّ"<sup>(1)</sup>.

وهذا يؤسس لما يعرف بمبدأ الإثراء بلا سبب ، والدليل على ذلك ما قرره الفقهاء في مسائل فقهيّة مختلفة، منها : حقّ الملتقط في أن يرجع على صاحب اللقطة بما أنفقه عليها ، قبل ظهور صاحبها. وحقّ الشريك في الرجوع على شريكه بحصّته ممّا أنفقه من النّفقة الضّرورية على العقار المشترك الذي لا يقبل القسمة. وكذلك حقّ المعير في الرجوع على الرّاهن المستعير بما أدّى عنه في حالة التّأدية ، وبما سقط عنه من الدّين في حالة تلف المرهون، لأنّ هذا الرّاهن يكون قد أثرى على حساب المعير بلا سبب مشروع. وكذلك لو اشترى شخصان شيئاً فغاب أحدهما، فإنّ للحاضر أن يدفع كلّ الثّمّن ويتسلّم المبيع ، ولا يكون متبرّعاً بما أدّى عن ذمّة شريكه من الثّمّن لأنّه مضطرّ إلى الدّفع ليتمكّن من قبض المبيع والانتفاع بنصيبه منه، فيحبس المبيع عن شريكه حتّى يدفع إليه نصيبه من الثّمّن. والرّبا حرام وتصرف باطل، وما نتج عنه يعتبر إثراء بلا سبب<sup>(2)</sup>.

ويقيد الفقهاء حقّ المُفتقر في الرجوع على المُثري ، بأن يكون مضطراً إلى الأداء عن المثري، كحاجة صاحب الرهن المستعار إلى فكّاه. أو نائباً عن المثري في الأداء أو مأموراً من قبله، كالشخص الذي يكلفه آخر بالإنفاق على ماله أو على عياله أو بوفاء دينه. أو يكون العرف قد جرى بجواز أن ينفق الإنسان على غيره بلا إذنه في حالات معيّنة، كرفيق توفي في الطّريق فأنفق رفاقه عليه لتجهيزه ودفنه وجمع أمواله. ففي هذه الأحوال فقط، وهي حالة الاضطرار وحالة الوكالة وحالة الأمر، يستطيع المفتقر أن يرجع على المثري، وإلاّ عدّ متبرّعاً لا رجوع له وإن أثرى الآخر على حسابه ، كي لا يتدخل بعض النّاس في شؤون بعضهم فضولاً<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد الرّزقا ، شرح القواعد الفقهيّة ، القاعدة رقم 96، ص 465.

<sup>2</sup> - مصطفى أحمد الرّزقا، المدخل إلى نظريّة الالتزام العامّة في الفقه الإسلاميّ، ص 113 - 115. عبد السلام التّونجي، مؤسّسة المسؤوليّة في الشّريعة الإسلاميّة، منشورات جمعية الدّعوة الإسلاميّة العالميّة، طرابلس، ليبيا، الطّبعة الأولى 1994، ص 27.

<sup>3</sup> - مصطفى أحمد الرّزقا ، المدخل إلى نظريّة الالتزام العامّة في الفقه الإسلاميّ، ص 115. السنهوري ، مصادر الحقّ في الفقه الإسلاميّ، ج 1 ص 60.

وقاعدة الإثراء بلا سبب، بالرغم من أنّها قاعدة تستند إلى المنطق والعدالة، إلا أن القانون الوضعي لم يعرفها كمبدأ عامّ إلا في أواخر القرن التاسع عشر، حيث لم يرد لها نصّ عامّ في القانون المدني الفرنسي بل أورد لها تطبيقات مختلفة فقط، ثمّ قننتها بعد ذلك محكمة النقض الفرنسيّة في اجتهادها بتاريخ 15 من جوان 1892 معتنقة بذلك رأي الفقيهان أوري ورو<sup>(1)</sup>. ثمّ اعتنقتها بعد ذلك مختلف التشريعات الحديثة العربيّة منها والغربيّة.

حيث قننتها المشرّع الجزائريّ في المادّة 141 من القانون المدنيّ، والمصريّ في المادّة 179 من القانون المدنيّ، واللّبنانيّ في المادّة 140 من قانون الموجبات والعقود، والسوريّ في المادّة 180 من القانون المدنيّ، والمغربيّ في المادّة 66 من قانون الالتزامات والعقود، والموريتانيّ في المادّة 86 من قانون الالتزامات والعقود، والأردنيّ في المادّة 293 من القانون المدنيّ، واللّيبّيّ في المادّة 182 من القانون المدنيّ، والسودانيّ في المادّة 164 من قانون المعاملات المدنيّة، والكويتيّ في المادّة 262 من القانون المدنيّ، والإماراتيّ في المادّة 318، والقطريّ في المادّة 220 من قانون المدنيّ، والبحرينيّ في المادّة 182 من القانون المدنيّ. والعمانيّ في المادّة 201 من قانون المعاملات المدنيّة، والسويسريّ في المادّة 62 من قانون الالتزامات<sup>(2)</sup>، والألمانيّ في المادّة 812 من القانون المدنيّ، والبولويّ في المادّة 123، والمشروع الفرنسيّ الإيطاليّ في المادّة 73.

### الفرع الثاني : الجزاء على مخالفة السبب بمعنى الحكم الأصليّ

يرد السبب في الفقه الإسلاميّ بمعنى الحكم الأصليّ للتصرّف، وهو مجموع الآثار المتولّدة عن ذلك التصرّف، فإن كانت هذه الآثار جميعها سليمة ، ذات محلّ مشروع ، كان التصرّف صحيحا ؛ وإلا كان التصرّف باطلا، وعلى ذلك إذا خالف المكلف هذا المعنى للسبب ، فلم يؤدّ ما هو ثابت في ذمته من التزامات ، أو قصد ترتيب آثار لا يقتضيها العقد أو التصرّف، فإنّ جزاء ذلك هو البطلان ، يقول القرانيّ : "إنّ القاعدة الشرعيّة الأكثرية أنّه لا يجوز أن يجتمع العوضان لشخص واحد فإنّه يؤدّي إلى أكل المال بالباطل ، وإنّما يأكله بالسبب الحقّ إذا خرج من يده ما أخذ العوض بإزائه فيرتفع الغبن والضّرر على المتعاضين ، فلذلك لا يجوز أن يكون للبائع الثمن والسلعة معا ، ولا للمؤجّر الأجرة والمنفعة معا ، وكذلك بقية الصّور"<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - السنهوري ، الوسيط، ج 1 ص 1259. محمّد حسنين ، الوجيز في نظريّة الالتزام ، ص 215. أمجد محمّد منصور ، النظريّة العامة للالتزام ، ص 361.

<sup>2</sup> -Article 62 : «Celui qui, sans cause légitime, s'est enrichi aux dépens d'autrui, est tenu à restitution. La restitution est due, en particulier, de ce qui a été reçu sans cause valable, en vertu d'une cause qui ne s'est pas réalisée, ou d'une cause qui a cessé d'exister».

<sup>3</sup> - القراني ، الفروق ، ج 3 ص 2، الفرق 114.

يقول القرافي أيضا : "كلّ سبب لا يحصل مقصوده لا يشرع"<sup>(1)</sup>. والسبب بهذا المعنى يختلف باختلاف فئات العقود ، ويعطي القرافي على ذلك أمثلة فيقول : "والمقصود من البيع ونحوه إنّما هو انتفاع كلّ واحد من المتعاضين بما يصير إليه ، فإذا كان عديم المنفعة أو محرّما لم يحصل منه مقصوده ، فيبطل عقده والمعوضة عليه"<sup>(2)</sup>.

وبما أنّ الحكم الأصليّ للتصرّف يتعلّق بإرادة الشارع ولا يتعلّق بإرادة المكلف ، فهذا يعني أنّ الشارع الحكيم إذا ما أعطى لتصرّف ما اسما معيّنا، فهذا يعني أنّه ربّ على ذلك الاسم معنى معيّنا قصده، يريد من الناس أن يلتزموا بأحكام هذا السبب المسمّى ، وما يترتب عليه من آثار شرعيّة والدليل على ذلك أنّ الله تعالى ، ذمّ المشركين على تمسّكهم بأسماء لم يأمر الله بها فقال : {إِنَّ هِيَ إِلَّا أَسْمَاءٌ سَمِيئُوهَا أَنْتُمْ وَأَبَاؤُكُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ بِهَا مِنْ سُلْطَانٍ} <sup>(3)</sup>. وهذا يعني أنّ كلّ مخالفة للحكم الأصليّ للسبب المسمّى ، يترتب عليها عدم سقوط التّكليف إن كانت عبادة وعدم براءة الذمّة إن كانت معاملة<sup>(4)</sup>.

وبناء على ذلك فلا يجوز للإنسان أن يعبد الله إلّا بما شرع، ولا يمارس المعاملات دون أن يتقيّد بالأحكام الشرعيّة. فالصلاة والصيام والزكاة والحجّ أسماء أمر الله بالالتزام بأحكامها، فإذا صلّى المكلف أو صام أو حجّ كما أمر الله تعالى ، ترتب على ذلك صحّة العبادة وانعقادها قرينة وبراءة الذمّة من التّكليف؛ أمّا إذا صلّى الشخص صام أو حجّ على طريقة وكيفية لم يبيّن الشارع الحكيم فلا تنعقد قرينة، ولا تبرأ ذمته من التّكليف. وقُلْ مثل ذلك في الزواج والبيع والهبة والإجارة والرهن والكفالة والوكالة والوديعة، وسائر العقود والتصرّفات التي سمّاها الله في كتابه أو نبيّه - صلّى الله عليه وسلّم - في سنّته.

وإذا كان القانون قد حمّل الدائن مسؤوليّة تحمّل التّبعة ، في حالة ما إذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لقوّة قاهرة ، فإنّ الفقه الإسلاميّ اتخذ من فكرة المقصد الأصليّ أساسا لذلك، حيث تنتقل المملكيّة إلى المشتري بمجرد العقد، ومن ثمّ يصبح البائع ملزما بإعادة الثمن إلى المشتري في حالة هلاك المبيع، لأنّ المقصد الأصليّ من العقد وهو انتقال المملكيّة لم يتحقّق، وليس نتيجة أنّ التزام البائع هو مقابل لالتزام المشتري كما تقول النظريّة التقليديّة.

<sup>1</sup> - القرافي ، الفروق ، ج 3 ص 171.

<sup>2</sup> - القرافي ، الفروق ، ج 3 ص 238.

<sup>3</sup> - سورة النجم ، آية رقم : 23.

<sup>4</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 214.

### الفرع الثالث : الجزاء على مخالفة السبب بمعنى الباعث الدافع

يرد السبب في الفقه الإسلامي بمعنى الباعث الدافع على التصرف، وهذا الباعث يجب أن يكون مشروعاً، وإلا ترتب على ذلك بطلان العقد أو التصرف، وعدم حصول الثواب والأجر في الآخرة، بل الإثم والعقاب.

فالسبب الباعث يؤثر في صحة العقد فيجعله باطلاً أو صحيحاً حلالاً أو حراماً ، يقول ابن القيم :  
"وقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصد في العقود معتبرة ، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وحلّه وحرمة ، بل أبلغ من ذلك ، وهي أنها تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد تحليلاً وتحريماً ، فيصير حلالاً تارة وحراماً تارة أخرى ، باختلاف النية والقصد ، كما يصير صحيحاً تارة وفساداً تارة أخرى باختلافها"<sup>(1)</sup>.

ويبين في موضع آخر أن السبب الباعث هو روح العقد وهو أولى بالاعتبار من ألفاظ العقد وعباراته فيقول : "القصد روح العقد ومصحّحه ومبطله، فاعتبار القصد في العقود أولى من اعتبار الألفاظ، فإن الألفاظ مقصودة لغيرها"<sup>(2)</sup>. ويقول أيضاً : "الاعتبار في العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها، دون ظواهر ألفاظها وأفعالها"<sup>(3)</sup>.

ويؤكد الشاطبي المعنى الذي ذهب إليه ابن القيم فيقول : "المقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والعادات، والأدلة على هذا المعنى لا تنحصر؛ وكيفيك منها، أنّ المقاصد تفرّق ... في العادات بين ... المكروه والمحرم، والصحيح والفساد ... وأيضاً فالعمل<sup>(4)</sup> إذا تعلّق به القصد تعلّقت به الأحكام التكليفيّة، وإذا عرى عن القصد لم يتعلّق به شيء منها، كفعل التائب والغافل والمجنون"<sup>(5)</sup>.

وبناء على مشروعية السبب الباعث تكون العبادة صحيحة أو باطلة ، وكذلك المعاملات المختلفة تكون صحيحة أو باطلة تبعاً للباعث المشروع الذي حرك الشخص للقيام بمعاملته.

ومثال ذلك : من وقع في الماء ولم ينو الغسل أو دخل الحمام للتنظيف أو للتبرّد ، لم يكن غسله قرينة ولا عبادة بالاتفاق. ومن أمسك عن المفطرات عادة واشتغالا ، ولم ينو القرينة لم يكن صائماً. ومن ذبح

<sup>1</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 109.

<sup>2</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 94.

<sup>3</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 95.

<sup>4</sup> - سواء كان عبادة أو معاملة ، قولاً أو فعلاً.

<sup>5</sup> - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ص 323 - 324.

الحيوان يجلّ إذا ذبح لأجل الأكل ، ويجرم إذا ذبح لغير الله. وكذلك عصر العنب بنية أن يكون خمرا معصية، وعصره بنية أن يكون خلّا أو دبّسا جائز<sup>(1)</sup>.

ومن قتل من يظنه مسلما معصوم الدّم فبان كافرا حربيا مهدر الدّم ، أثمّ بنيته. ومن رمى صيدا فأصاب إنسانا معصوم الدّم، لم يأثم ، ولو رمى إنسانا معصوما فأخطأه وأصابا صيدا أثمّ. ويؤكد ذلك أنّ القاتل والمقتول في النار لنية كل واحد منها قتل صاحبه<sup>(2)</sup>.

من أهدى إلى آخر هديّة ، فإن كان الباعث له على تلك الهدية المحبة والمودة في الله عزّ وجلّ، كان مُثابا على قصده؛ وأمّا إن كان قصده من وراء هديته إبطال حق، أو إحقاق باطل فهذه رشوة ، وهي حرام يُعاقب عليها.

ومن رأيناه أعطى إنسانا مالا، فلا يجوز الحكم على صورة ذلك الإعطاء، قبل معرفة القصد من ورائه؛ فقد يكون هذا المال قرضا ردّه ، أو زكاة واجبة دفعها ، أو صدقة تقرّب بها لله تعالى أو وديعة أرجعها ، أو ثمن وفاء سلعة أو غير ذلك ؛ وكلّ حالة من هذه الحالات لها حكم شرعيّ يخصّها، وهي تختلف تبعا لقصد الشخص وبعثته، ونوع التصرف المقصود، فالعبرة في كلّ ذلك وأشباهه بالباعث القلبيّ على التصرف ونيته، وقصده من تصرفه، والغاية التي يريد الوصول إليها.

### المطلب الثاني : الجزاء على تخلف السبب في القانون الوضعيّ

اختلف الجزاء المترتب على تخلف السبب بحسب المراحل التاريخيّة التي مرّت بها نظريّة السبب، ونوضّح ذلك في الفروع الآتية.

#### الفرع الأوّل : الجزاء على تخلف السبب في العهد الرومانيّ

في العهد الرومانيّ القديم حيث كانت الشكليّة هي السائدة، لم يترتب أي جزاء على تخلف السبب، لأنّ العقد ينعقد متى ما توفّر شكله القانونيّ دون النظر إلى الإرادة أو السبب وكذلك الحال بالنسبة لطرق نقل الملكيّة ، حيث لم تكن الملكيّة تنقل بالعقد بل بأوضاع شكليّة معيّنة دون النظر إلى السبب الذي انتقلت به، فإذا وهب شخص لآخر شيئا ، والتزام بالأشكال المقرّرة، انتقل الشيء الموهوب من الواهب إلى الموهوب له ، دون النظر ما إذا كانت الهبة قد تمت أم لا ، أو ما إذا كانت قد تمت صحيحة أم معيبة<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 109 - 110.

<sup>2</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 111.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 1 ص 456.

وفي العهد المدرسيّ اختفت أغلب العقود الشكليّة ولم يبق منها إلّا العقد اللفظيّ ، كما ظهر في هذا العهد عقود أخرى غير شكليّة ؛ منها العقود العينيّة، والعقود الرضائيّة، وعقود التبرّع ولما كانت أكثر هذه العقود تتدخل الإرادة في تكوينها، فقد برز دور الإرادة في تكوين العقد وظهر السبب بظهور الإرادة. ففيما يخصّ العقد اللفظي إذا كان سببه غير موجود أو غير مشروع ، فإنّ العقد لا يكون باطلا كما هو الحال في القانون الحديث، بل العقد يبقى صحيحا ، ولكن المدين يُعطى دعوى استرداد يستطيع أن يستردّ بها ما أعطاه. كما منحه القانون البريطاني ، الدّفع بالغشّ ، دون أن يستطيع مهاجمة الدّائن للتخلّص من التزامه أو لاسترداد ما دفع<sup>(1)</sup>.

أمّا بالنسبة للعقود العينيّة ، فإنّ السبب هو واقعة التّسليم ، وعلى هذا فإنّ أساس الإلزام في هذه العقود هو تسليم العين إلى الملتزم ، وهو ملزم بردها لأنّه تسلّمها، وإلّا كان في حالة إثراء بغير سبب<sup>(2)</sup>. أمّا بالنسبة للعقود الرضائيّة فقد اعتبر التزام أحد الطرفين سببا في التزام الطرف الآخر ، فلو كان العقد بيعا وهلك المبيع فإنّ التزام البائع يمتنع لانعدام المحلّ، وهذا يعني عدم قيام التزام المشتري لانعدام السبب<sup>(3)</sup>.

غير أنّ الأخذ بفكرة السبب في العقود الرضائيّة كان مقتصرًا على مرحلة تكوين العقد دون مرحلة تنفيذه، إذ لم يكن للسبب أثر في مرحلة تنفيذ العقد ، ومن نتائج ذلك امتناع الدّفع بعدم التّنفيد ، وامتناع الفسخ ، وامتناع تحمّل تبعه الهلاك ، وهذه كلّها قواعد ترتبط بتنفيذ العقد وتتصل بفكرة السبب<sup>(4)</sup>. وفي عقود التبرّعات فقد اعترف القانون الرّومانيّ بالسبب إلى حدّ كبير، فالسبب في الهبة هو نيّة التبرّع ، فإذا انعدمت هذه النيّة انعدم السبب وبطلت الهبة؛ فمن تعهّد بوفاء التزام طبيعيّ معتقدا أنّه التزام مدنيّ لا يكون متبرّعا، ويطلّ تعهده لانعدام السبب. وفي الوصيّة إذا اعتقد الموصي أنّ وارثه قد مات فأوصى بماله لأجنبيّ، ثمّ تبين أنّ الوارث لا يزال حيّا، واستطاع أن يثبت أنّ الباعث على الوصيّة هو اعتقاد الموصي أنّ الوارث قد مات، فالوصيّة باطلة لانعدام سببها<sup>(5)</sup>.

1 - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 1 ص 457 - 458.

2 - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 1 ص 460.

3 - جمال الدّين محمود ، سبب الالتزام وشرعيته ، ص 12.

4 - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 1 ص 460.

5 - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 1 ص 462.

## الفرع الثاني : الجزاء على تخلف السبب في القانون الفرنسي القديم

ابتكر فقهاء القانون الكنسي نظرية جديدة في السبب، تتمثل في السبب الباعث الدافع إلى التعاقد، ورتبوا على تخلفها بطلان العقد، وجعلوا منها أداة قوية لحماية المجتمع عن طريق إبطال العقود التي تتجه لتحقيق أغراض غير مشروعة ؛ وأداة أيضا لحماية الفرد وتحرير إرادته من الغلط والتدليس والغش. حيث أضافوا إلى السبب غير المشروع في إبطال العقد ، السبب غير الحقيقي فإذا وقع غلط أو تدليس في الباعث على التعاقد ، كان السبب غير حقيقي، وبطل العقد. كما حكموا بطلان العقود التي تسعى لاستغلال النفوذ، واعتبرت ديون المقامرة باطلة لعدم مشروعيتها وأصبح الباعث يؤثر في الهبات والوصايا، فإذا كان غير مشروع بطلت هذه التبرعات<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثالث : الجزاء على تخلف السبب في النظرية التقليدية في السبب

المقصود بالسبب في مفهوم النظرية التقليدية هو السبب القصدى، وهو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه، وهو النتيجة الأولى التي يتحصّل عليها المتعاقد عند تنفيذ التزامه<sup>(2)</sup>، وحددت النظرية التقليدية السبب في الطوائف المختلفة من العقود كما يلي:

ففي العقود الملزمة للجانبين ، سبب التزام كلٍّ من المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر ، وفي العقود العينية فإن سبب الالتزام هو واقعة التسليم ، وفي عقود التبرع ، فالسبب في التزام المتبرع هو نية التبرع ذاتها، دون البواعث التي دفعت إليها.

ويحرص أنصار النظرية التقليدية على أن يكون سبب الالتزام قائما ومستمرا من وقت نشوء الالتزام حتى انقضائه ، فإذا تخلف سبب الالتزام أو انقطع قبل تنفيذ العقد ، سقط الالتزام؛ وتظهر أهمية هذه القاعدة في العقود الملزمة للجانبين، إذ أنّها تقدّم الأساس القانوني لثلاثة من أهمّ الأوضاع القانونية ، وهي الدّفع بعدم التنفيذ ، والفسخ ، وتحمل التبعة. فإذا لم يقدّم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، وطالب المتعاقد الآخر بالتنفيذ ، فلهذا الأخير أن يمتنع عن تنفيذ ما ترتّب في ذمته من التزام ، وهذا هو الدّفع بعدم التنفيذ. وإذا لم يقدّم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد ، لعدم تحقّق سبب الالتزام ، وهذه هي نظرية الفسخ. وإذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لقوة قاهرة ، تحمّل هو تبعة هذه الاستحالة ، وسقط التزام المتعاقد الآخر وهذه هي نظرية تحمّل التبعة<sup>(3)</sup>.

1 - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 1 ص 467 - 468.

2 - علي فيلاي ، الالتزامات النظرية العامة للعقد، ص 246.

3 - وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص 474.

وأصحاب النظرية التقليدية يبنون هذه المبادئ الثلاثة على فكرة السبب، ووجوب بقائه قائما إلى أن يتم تنفيذ العقد ؛ لأن سبب التزام أحد المتعاقدين هو التزام الطرف الآخر ، فإذا لم يقدّم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، أو استحال تنفيذه بسبب أجنبي ، فإن سبب التزام المتعاقد الآخر ينقطع ، ويستطيع هذا المتعاقد الامتناع عن تنفيذ أو فسخ العقد ، وفي حالة استحالة التنفيذ فإن التزامه يسقط، ويتحمل المتعاقد الآخر تبعه الاستحالة<sup>(1)</sup>.

ومما يجب ملاحظته في هذا السياق أنّ النظرية التقليدية في السبب تختلف عن القانون الروماني، حيث كان يقف بفكرة السبب عند تكوين العقد دون أن يتجاوز ذلك إلى مرحلة التنفيذ ولم يكن يسلم بأيّ نظرية من هذه النظريات الثلاث<sup>(2)</sup>.

وأنصار النظرية التقليدية يرون أنّ السبب حتى ينتج أثره يجب أن تتوفر فيه شروط ثلاثة وهي : أن يكون موجودا ، وأن يكون صحيحا ، وأن يكون مشروعاً. فيجب أن يكون للالتزام سبب موجود ، فإذا لم يوجد السبب كان العقد باطلا ؛ ووجود السبب ليس في الحقيقة شرطا يجب توفّره في شيء ما ، بل هو الشيء ذاته ، والمراد بعدم وجود السبب أن يكون المتعاقدان على بينة من أنه غير موجود ، ومع ذلك يقدّمان على التعاقد وهما عالمان بذلك.

ويرجع عدم صحّة السبب إلى أحد أمرين ، إمّا لأنّ السبب الظاهر موهوم أو مغلوط وإمّا لأنّ السبب الظاهر صوري، فإذا تعهّد وارث بوفاء دين على مورثه، ثم اتّضح أنّ هذا الدين قد انقضى بسبب من أسباب الانقضاء ، فهذا التعهّد باطل لأنّ سببه موهوم<sup>(3)</sup>.

ويكون السبب غير مشروع إذا حرّمه القانون أو خالف النظام العامّ والآداب؛ ومشروعية السبب متميّزة في النظرية التقليدية عن مشروعية المحلّ ، فقد يكون المحلّ مشروعاً والسبب غير مشروع ، كما إذا تعهّد شخص لآخر بارتكاب جريمة قتل ، في مقابل مبلغ معيّن من النقود فإنّ التزام الشخص الثاني بدفع النقود محله مشروع ، ولكن سببه وهو التزام الشخص الأوّل بارتكاب جريمة القتل غير مشروع ، فهذا الالتزام لا يقوم لا لعدم مشروعية المحلّ ، بل لعدم مشروعية السبب<sup>(4)</sup>.

1 - صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، ج 1 ص 227.

2 - السنهوري ، الوسيط ، ج 1 ص 460.

3 - محمّد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، ج 1 ص 228.

4 - السنهوري ، الوسيط ، ج 1 ص 484.

وقد تبنت النظرية التقليدية في السبب مجلّة الالتزامات والعقود التونسية ورّبت على ذلك البطلان في الفصل 67 ، وكذلك قانون الالتزامات والعقود المغربي في المادة 62 والموريتاني في المادة 82 ، وعبراً عن ذلك بنفس الصيغة : "الالتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع يعدّ كأن لم يكن". وتبنت أيضاً النظرية التقليدية في السبب القانون المدني الإماراتي وقانون المعاملات السوداني<sup>(1)</sup>، وعبراً عن ذلك بالصياغة نفسها ، حيث ورد في المادة 84 سوداني، و207 إماراتي : "السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد. ويجب أن يكون موجوداً وصحيحاً ومباحاً وغير مخالف للنظام العام أو الآداب". ورّبتا على ذلك في المادة 85 سوداني، و208 إماراتي ، بطلان العقد إذا لم تكن هناك منفعة مشروعة للمتعاقدين.

### الفرع الرابع : الجزاء على تخلف السبب في النظرية الحديثة في السبب

اعتبر القضاء النظرية التقليدية في السبب، ضيقة وعقيمة ولا فائدة فيها، لأنها لا تستجيب لمطلّبات الواقع الذي يتحرّك فيه، ومن ثمّ كسّر الحواجز التي أقامت هذه النظرية ما بين السبب والباعث، وخلط بينهما خلطاً تاماً في مختلف العقود سواء في مجال المعاوضات أو التبرّعات؛ وقدم مفهوماً جديداً للسبب تمثّل في الباعث الدافع الذي يوجّه الملتزم لأن يلتزم ، ولما كانت الإرادة لها باعث يدفعها للالتزام ، وهي حرّة في أن تنشئ ما تريد من الالتزامات ، فلا أقلّ من أن يكون هذا الباعث مشروعاً ، وأن يكون الهدف الذي تسعى الإرادة إلى تحقيقه هدفاً لا يمنعه القانون ولا يتعارض مع النظام العام والآداب<sup>(2)</sup>.

وتطبيقاً لذلك، ففي العقود الملزمة للجانبين إذا كان الباعث إلى التعاقد فيها غير مشروع ومعلوم، فالعقد باطل؛ ومثال ذلك بطلان شراء أو استئجار منزل ليكون محلاً للقمار أو الدعارة. وفي العقود العينية، يبطل العقد إذا كان الباعث عليه غير مشروع ومعلوم من الطرف الآخر، ومثاله القرض الذي يمكن المقترض من القمار، وكان المقرض عالماً بذلك، أو ليبقي على صلات غير مشروعة تربطه بخليلة له، وكانت عاملة بذلك.

وفي عقود التبرّع، يبطل التبرّع إذا كان الدافع إليه غير مشروع، وذلك كأن يتبرّع الزوج لزوجته حتى يحملها على أن تنفصل عنه ودّياً، وذلك لأنّ الاتفاق على الانفصال دون اتباع الإجراءات المبيّنة في القانون هو اتفاق غير مشروع. وكذلك تبرّع الخليل لخليلته إذا كان الباعث على ذلك إعادة العلاقة التي كانت قائمة بينهما.

1 - القانون المدني السوداني ، هو قانون المعاملات المدنيّة الصادر بتاريخ 1984/2/14.

2 - السنهوري، مصادر الحق، ج 4 ص 25. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج 1 ص 234.

وبما أن السبب ركن من أركان العقد إلى جوار التراضي والمحلّ ، فقد اشترط أنصار النظريّة الحديثة في السبب أن يكون السبب مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام والآداب ، وهو شرط انعقاد وشرط صحّة في وقت واحد ، ويترتب على مخالفة هذا الشرط بطلان العقد بطلاناً مطلقاً<sup>(1)</sup>.

واعتبار السبب ركناً في العقد بمفهوم النظريّة الحديثة، وترتيب البطلان على مخالفته هو الحلّ الذي تبنته مختلف التشريعات العربيّة ، منها القانون المدنيّ الجزائريّ في المادة 97 والتي جاء فيها : "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلاً". والقانون المدنيّ المصريّ في المادة 136 والتي ورد فيها : "إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلاً". والقانون المدنيّ السوريّ في المادة 137 والقانون المدنيّ الليبيّ في المادة 136، والقانون المدنيّ القطريّ في المادة 155، والقانون المدنيّ الأردنيّ في المادة 166، وقانون الموجبات والعقود اللبنانيّ في المادة 201، والقانون المدنيّ الكويتيّ في المادة 176، والقانون المدنيّ البحرينيّ في المادة 111، والقانون المدنيّ العراقيّ في المادة 132.

### الفرع الخامس : الجزء على تخلف السبب في القانون الألماني

في القوانين الجرمانية نوعان من التصرفات ؛ النوع الأوّل : التصرفات المسببة وهي أغلب التصرفات المدنيّة ، وفيها يكون السبب ركناً من الأركان الواجب توفّرها لصحّة التصرف. ومفهوم السبب في هذا النوع من التصرفات ، هو المفهوم الذي جاءت به النظريّة التقليديّة ، ويراد به الغرض المباشر من التعاقد ، تمييزاً له عن الباعث ، فيشترط فيه أن يكون صحيحاً ومشروعاً وإلا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً؛ أمّا الباعث فلا أثر له في صحّة العقد ، ولو كان هو الذي دفع إلى التعاقد<sup>(2)</sup>.

النوع الثاني : التصرفات المجردة : وهي التصرفات التي لا يعتدّ فيها بالسبب ولا بعيوب الإرادة وقد فسح لها المجال واسعاً ، بل وضعت لها قواعد عامّة؛ وهذا النوع من التصرفات قسمان : قسم العقود الناقلة للملكيّة، وقسم العقود المنشئة للالتزامات، وفي هذا القسم تنتقل الملكيّة والحقوق العينيّة وتنشأ الالتزامات بوجه عامّ دون اعتبار للسبب، وإذا تبين أنّ العقد كان معيباً أو أنّ الملكيّة انتقلت دون سبب ، أو أنّ السبب كان غير مشروع أو غير موجود، فليس أمام المتضرّر إلاّ الدّفع بدعوى الإثراء بلا سبب.

وخلاصة هذا المبحث أن السبب في القانون الوضعيّ يعدّ ركناً في العقد ، أمّا في الفقه الإسلاميّ فلا يوجد من الفقهاء من يعتبر السبب ركناً في العقد، حيث نجد أنّ ركن العقد إمّا أنّ يقتصر على صيغة

1 - علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 256.

2 - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط، ج 1 ص 507.

العقد، كما هو الحال في الفقه الحنفي<sup>(1)</sup>، وشأنه في هذا شأن القانون الألماني وإما أن يضاف إليه العاقدان والمحلّ، كما هو الحال عند المالكيّة والشافعيّة والحنابلة<sup>(2)</sup>.

وبناء على هذا فيشترط القانون الوضعي في السبب أن يكون موجودا ومشروعا، وإذا لم تتوفر هذه الشروط فيكون العقد باطلا، ويتفق الفقه الإسلامي في ترتيب البطلان رغم أنّه لا يعتبر السبب ركنا في العقد، وذلك إما عن طريق شروط المحلّ الذي يجب أن يكون مقدور الاستيفاء أو عن طريق شروط الإرادة التي يجب أن تكون جادة وحازمة، وإما عن طريق شروط العقد التي يجب أن تكون مفيدة وغير ضارة<sup>(3)</sup>.

وإذا قارنا الحلول التي أوجدها الفقه الإسلامي مع حلول القانون الوضعي، نجد أنّ الفقه الإسلامي قد قضى ببطلان الالتزام الصحيح لا لانعدام السبب أو لعدم مشروعيته، بل لبطلان العقد الذي ينظمه، لأنّ شرطا من شروط هذا العقد لم تتوفر؛ وما دام العقد الذي ينظم الإرادة المشتركة قد ثبت بطلانه فلا مجال للاعتداد بأثر من آثاره.

أمّا القانون الوضعي قد حكم على العقد بالبطلان لانعدام السبب أو لعدم مشروعيته فهو قد اتخذ من الالتزام أساسا لنظرته التحليلية التي تعتمد الالتزام لا التصرف، ومصدر ذلك القانون الروماني، الذي كان ينظر إلى الأثر لا إلى المصدر، أي إلى الالتزام لا إلى التصرف<sup>(4)</sup>.

إنّ فكرة المقصد الأصليّ تصلح أساسا لتحمل التبعة، حيث تنتقل الملكية إلى المشتري بمجرد العقد، ومن ثمّ يصبح البائع ملزما بإعادة الثمن إلى المشتري في حالة هلاك المبيع بسبب لا يد له فيه، لأنّ المقصد الأصليّ من العقد وهو انتقال الملكية لم يتحقق، وهذا بخلاف القانون الوضعي الذي جعل فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة هي أساس تحمل التبعة.

وبالتسبة للنظرية الحديثة في السبب التي تعتمد على الباعث الدافع، فتتفق هذه النظرية مع ما ذهب إليه المالكيّة والحنابلة والإباضيّة، حيث توسّع هذه النظرية مجال إبطال التصرفات لعدم مشروعية السبب الباعث، بأن لا يشترط ذكر السبب غير المشروع في صلب العقد، بل تكفي بعلم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع الذي دفع المتعاقد معه إلى إبرام الصفقة. وهذا على خلاف النظرية الألمانية التي تتفق مع ما

<sup>1</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع، ج 5 ص 133. ابن عابدين، ردّ المختار على الدرّ المختار، ج 4 ص 5.

<sup>2</sup> - ابن جزري، القوانين الفقهية، ص 245. الدردير وحاشية الدسوقي عليه، ج 3 ص 2. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج 2 ص 3. مرعي بن يوسف الكرمي، غاية المنتهى في جمع الإقناع والمنتهى، ج 1 ص 495.

<sup>3</sup> - وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، ص 486 - 487.

<sup>4</sup> - وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، ص 489.

ذهب إليه الحنفيّة والشافعيّة، من وجوب ذكر السبب غير المشروع في صلب التّعبير عن الإرادة حتّى يتمّ الحكم ببطلان التّصرّف.

وخلاصة هذا الفصل أنّ نظرية السبب في الفقه الإسلاميّ يختلف مفهومها في الفقه الإسلاميّ عنه في القانون الوضعيّ، كما تختلف المذاهب الفقهيّة في درجة الأخذ بها والمعايير التي وضعتها للحكم بها ؛ وقد برز لذلك اتجاهان.

الاتّجاه الأوّل يمثّله المذهب الشافعيّ والحنفيّ، والنّظرية عندهم غير بارزة ومحدودة ، تماشياً مع التّزعة الموضوعيّة السائدة في هذين المذهبين ، وهذا الاتّجاه يشبه اتّجاه المدرسة الجرمانيّة.

الاتّجاه الثّاني ويمثّله المذهب المالكيّ والحنبليّ والإباضيّ، والنّظرية عندهم زاخرة ويانعة تماشياً مع العوامل الدّينيّة والأخلاقيّة والأدبيّة التي لها الغلبة في الفقه الإسلاميّ، وهذا الاتّجاه يشبه اتّجاه المدرسة اللاتينيّة.

## الفصل الثاني

### تطبيق نظرية السبب على بعض العقود

إنّ نظرية السبب في الفقه الإسلامي تغطي جميع النشاطات التي يقوم بها الإنسان ، سواء أكانت أقوالاً أم أفعالاً ، في مجال العبادات أو المعاملات المالية أو الأحوال الشخصية أو العقوبات والحدود الجزائية، أما نظرية السبب في القانون الوضعي فهي محصورة في باب العقود من القانون المدني، وحتى تتمكن من المقارنة بين النظريتين في المجال الذي هو محل تقاطع بينهما، فقد اخترت بعض العقود من فئات مختلفة ، لتكون محلاً لتطبيق نظرية السبب ، وقسمت هذا الفصل إلى المباحث الثلاثة الآتية.

المبحث الأول : تطبيق نظرية السبب على عقود المعاوضات : القرض ، الوديعة ، العارية.

المبحث الثاني : تطبيق نظرية السبب على عقود الاستيثاق : الرهن ، الكفالة.

المبحث الثالث : تطبيق نظرية السبب على عقود التبرع : الهبة ، الوصية.

## المبحث الأول

### السبب في عقود المعاوضات

اقتصرت في دراستي على بعض عقود المعاوضات ، واكتفيت ببحث العقود الآتية : عقد القرض ، والوديعة ، والعارية ، وخصصت لكل عقد مطلباً.

#### المطلب الأول : السبب في عقد القرض

سأبحث عقد القرض في فرعين ، يخصص أحدهما للفقهاء الإسلامي ، ويخصص الثاني للقانون الوضعي.

#### الفرع الأول : السبب في عقد القرض في الفقه الإسلامي

**تعريف القرض لغة :** أصل الكلمة : القطع ، ومنه المقرض . وأقرضته أي قطعت له من مالي قطعة يجازى عليها. وسمي المال المدفوع للمقترض قرضاً، لأنه قطعة من مال المقرض، تسمية للمفعول باسم المصدر<sup>(1)</sup>.

**تعريف القرض في الاصطلاح :** قال ابن قدامة : "والقرض نوع من السلف"<sup>(2)</sup>، هو عقد مخصوص يرد على دفع مال مثلي لآخر ليرد مثله<sup>(3)</sup>.

#### أدلة مشروعية القرض :

القرض قرينة يتقرب بها الإنسان إلى الله تعالى ، لما فيه من الرفق بالناس والرحمة بهم ، وتيسير أمورهم، وتفريج كربهم. وإذا كان الإسلام ندب إليه وحبب فيه بالنسبة للمقرض ، فإنه أباحه للمقترض ، ولم يجعله من باب المسألة المكروهة ، لأنه يأخذ المال لينتفع به في قضاء حوائجه ثم يرد مثله، وقد ثبتت مشروعيته بالكتاب والسنة والإجماع.

**أما الكتاب :** فقول الله تعالى : { مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَاعِفَهُ لَهُ أَضْعَافًا كَثِيرَةً وَاللَّهُ يَقْبِضُ وَيَبْسُطُ وَإِلَيْهِ تُرْجَعُونَ }<sup>(1)</sup>. وقوله تعالى : { وَافْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ }<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - تفسير القرطبي ، ج 3 ص 239. المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية بالقاهرة. مكتبة الشروق الدولية ، الطبعة الرابعة 1425 هـ - 2004 م. ص 726 - 727.

<sup>2</sup> - ابن قدامة ، المغني ، ج 4 ص 352.

<sup>3</sup> - ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار ، ج 4 ص 179. حاشية الدسوقي ، ج 3 ص 222. وعرفته المادة 710 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي فقالت: "القرض تمليك مال أو شيء مثلي لآخر على أن يرد مثله قدراً ونوعاً وصفة إلى المقرض عند نهاية مدة القرض".

أما السنة النبوية : فقد وردت أحاديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم كلها تحض على القرض باعتباره عملاً من أعمال البر والخير.

روى ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "مَا مِنْ مُسْلِمٍ يُقْرِضُ مُسْلِمًا قَرْضًا مَرَّتَيْنِ إِلَّا كَانَ كَصَدَقَتَيْهِمَا مَرَّةً"<sup>(3)</sup>.

عن أبي رافع قال : "اسْتَلَفَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَكْرًا ، فَجَاءَتْهُ إِبِلُ الصَّدَقَةِ ، فَأَمَرَنِي أَنْ أَقْضِيَ الرَّجُلَ بَكْرَهُ فَقُلْتُ : إِنِّي لَمْ أَجِدْ فِي الْإِبِلِ إِلَّا جَمَلًا خِيَارًا رَبَاعِيًّا ، فَقَالَ : أَعْطِهِ إِيَّاهُ فَإِنَّ مِنْ خَيْرِ النَّاسِ أَحْسَنَهُمْ قَضَاءً"<sup>(4)</sup>.

وعن أنس، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "رَأَيْتُ لَيْلَةَ أُسْرِي بِي عَلَى بَابِ الْجَنَّةِ مَكْتُوبًا : الصَّدَقَةُ بَعِشْرَ أَمْثَالِهَا، وَالْقَرْضُ بِثَمَانِيَةِ عَشْرٍ. فَقُلْتُ : يَا جَبْرِيلُ مَا بَالُ الْقَرْضِ أَفْضَلُ مِنَ الصَّدَقَةِ؟ قَالَ : لِأَنَّ السَّائِلَ يَسْأَلُ وَعِنْدَهُ ، وَالْمُسْتَقْرِضُ لَا يَسْتَقْرِضُ إِلَّا مِنْ حَاجَةٍ"<sup>(5)</sup>.

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "كل قرض جر نفعاً فهو ربا"، فإذا اشترط المُقرض في عقد القرض ما يجلب له نفعاً نحو زيادة قدر أو صفة ، بطل القرض.

وأجمع المسلمون على جواز القرض ، وعملوا به من عهد النبوة إلى اليوم<sup>(6)</sup>.

**انعقاده :** القرض عقد تمليك ، فلا يتم إلا ممن يجوز له التصرف ، ولا يتحقق إلا بالإيجاب والقبول، كعقد البيع والهبة. وذكر ابن رشد أن هناك خلافاً بين الفقهاء في عقد القرض هل هو عقد عيني

<sup>1</sup> - سورة البقرة ، آية رقم : 243.

<sup>2</sup> - سورة الحج ، آية رقم : 75.

<sup>3</sup> - رواه ابن ماجه وابن حبان في صحيحه والبيهقي مرفوعاً عن عبد الله بن مسعود. المنذري ، الترغيب والترهيب، ج 2 ص 41. الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ص 229. وحسنه الألباني في إرواء الغليل ، حديث رقم 1389.

<sup>4</sup> - رواه مالك في الموطأ ومسلم وأبو داود والنسائي والدارمي وأحمد في مسنده. ونص الحديث كما يلي : عن زيد بن أسلم ، عن عطاء بن يسار ، عن أبي رافع مولى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : استلف رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بكرة، فجاءته إبل من إبل الصدقة ، قال أبو رافع : فأمرني رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن أقضي الرجل بكره ، فقلت : لم أجد في الإبل إلا جملاً خياراً رباعياً ، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : "أعطه إياه ، فإن خيار الناس أحسنهم قضاءً". الشوكاني ، نيل الأوطار ، كتاب القرض ، ج 5 ص 273.

<sup>5</sup> - رواه مسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجه ومالك في الموطأ والدارمي والإمام أحمد في مسنده.

<sup>6</sup> - ابن قدامة ، المغني ، ج 4 ص 353. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج ، ج 2 ص 217.

أم عقد رضائي ، فذكر أن المالكية يرون أن القرض عقد رضائي يكفي الإيجاب والقبول لإنشائه. أما بقية الفقهاء فقد اعتبروه عقدا عينيا لا يكفي فيه الإيجاب والقبول ، بل لا بد فيه من القبض<sup>(1)</sup>.

واختلف الرأي عند الحنفية على وجهين ، فقال محمد بن الحسن ركنه الإيجاب والقبول وهي إحدى الروايتين عن أبي يوسف. والرواية الأخرى أن الركن في القرض الإيجاب ، أما القبول فليس بركن.

وحجة الوجه الأول أن الواجب في ذمة المقرض مثل ما في ذمة المستقرض ، ولهذا اختص جوازه بما له مثل ، فأشبهه البيع ، ومن ثم فكان القبول ركنا كما في البيع. أما دليل وجه قول أبي يوسف الثاني فهو أن القرض إعارة ، والقبول ليس بركن في الإعارة ، وللمقرض أن يسترد ما أقرضه إلى المقرض في أي وقت أراد؛ لأن القرض عقد غير لازم<sup>(2)</sup>.

إلا أن الحنابلة يرون أنه "عقد لازم في حق المقرض ، جائز في حق المقرض ، فلو أراد المقرض الرجوع في عين ماله لم يملك ذلك. وقال الشافعي له ذلك ، لأن كل ما يملك المطالبة بمثله ملك أخذه ، إذا كان موجودا كالمغصوب والعارية"<sup>(3)</sup>.

والقرض في بداية انعقاده أشبه بالتبرع ، من ناحية أنه أخرج بعض المال من ملكه بدون عوض في الحال. وهو عند نهايته شبيه بالمعاوضة ، من ناحية أنه ينتهي بأداء مثل القرض إلى المقرض ليستوفي مثل ما أخرج من ملكه ، فهو تبرع ابتداء معاوضة انتهاء<sup>(4)</sup>.

**هل يثبت في القرض أجل ؟** ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يجوز اشتراط الأجل في القرض، فإذا أجل القرض إلى أجل مسمى معلوم ، لم يتأجل وكان حالا ، لأنه في معنى بيع الدرهم بالدرهم فلا يجوز التأجيل منعا من الوقوع في الربا.

وقال الإمام مالك : يتأجل القرض بالتأجيل لعموم قوله تعالى : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ }<sup>(5)</sup>. ولقول النبي صلى الله عليه وسلم : "المسلمون عند شروطهم"<sup>(6)</sup>. ولأن المتعاقدين يملكان التصرف في هذا العقد بالإقالة والإمضاء فملكا الزيادة فيه، وهذا الرأي هو المعقول والموافق لمقتضى الواقع.

<sup>1</sup> - ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ص 329.

<sup>2</sup> - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 7 ص 394.

<sup>3</sup> - ابن قدامة ، المغني ، ج 4 ص 354.

<sup>4</sup> - الشيخ علي الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة 2008، ص 433.

<sup>5</sup> - سورة المائدة ، آية رقم : 1.

<sup>6</sup> - رواه أحمد والترمذي والدارقطني وصححه ابن حبان من حديث أبي هريرة ، وروي عن أنس عند الحاكم.

**أثر القرض :** يثبت الملك في عقد القرض عند أبي حنيفة ومحمد بن الحسن بالقبض ، فلو اقترض إنسان مدّ حنطة وقبضه فله الاحتفاظ به ، ورد مثله وإن طلب المقرض رد العين ، لأنه خرج من ملك المقرض ، وثبت له في ذمة المقرض مثله لا عينه ، ولو كان قائما. وقال أبو يوسف : لا يملك المقرض القرض مادام قائما<sup>(1)</sup>.

وقال المالكية : إن القرض وغيره كالهبة والصدقة والعارية من عقود التبرع ، يثبت الملك فيها بالعقد، وإن لم يقبض المال، ويُقضى له به إن امتنع المقرض عن تسليمه له. ويجوز للمقرض أن يرد مثل الذي اقترضه ، وأن يرد عينه ، سواء أكان مثليا أو غير مثلي ، وهذا ما لم يتغير بزيادة أو نقص ، فإن تغير وجب رد المثل<sup>(2)</sup>.

وبرأي المالكية أخذ قانون المعاملات المدنية الإماراتي حيث نصت المادة 711 : "يملك المقرض القرض ملكا تاما بالعقد ولو لم يقبضه من المقرض ، ويقضى له به إذا امتنع المقرض عن تسليمه له. ولا يبطل القرض إذا حدث للمقرض مانع من موانع التصرف في المال قبل قبض المقرض له".

وقال الحنابلة والشافعية : يثبت الملك في القرض بالقبض ؛ وذهب الشافعية إلى أن المقرض يرد المثل في المثلي ، لأنه أقرب إلى حقه. ويرد في القيمي المثل صورة ، لأنه صلى الله عليه وسلم استلف بكرا وردّ رباعيا ، وقال : "خير الناس أحسنهم قضاء"<sup>(3)</sup>. وذهب الحنابلة إلى وجوب ردّ المثل في المكيل والموزون. وفي غير المكيل والموزون وجهان ، أحدهما يجب رد قيمته يوم القرض ، لأنه لا مثل له فيضمه بقيمته كحال الإتلاف والغصب. والثاني يجب ردّ مثله بصفاته تقريبا<sup>(4)</sup>.

**الغاية من القرض :** يجب أن يكون الباعث على القرض مشروعاً ، لأن القرض عمل من أعمال الخير ، فلا يجوز أن يؤدي إلى معارضة أوامر الشارع ونواهيه.

فلا يصح أن يجز منفعة، كما لا يجوز أن يتضمن عقد القرض شرطا يلتزم فيه المقرض برد أكثر مما أخذ من المقرض، فالسلف الذي يجز منفعة يدخل في باب الربا. والمقرض لا يجوز له أن يقبل من المقرض

<sup>1</sup> - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ، ج 4 ص 181.

<sup>2</sup> - الدردير وحاشية الدسوقي عليه ، ج 3 ص 226.

<sup>3</sup> - رواه الجماعة إلا البخاري. الشوكاني ، نيل الأوطار ، كتاب القرض ، ج 5 ص 273.

<sup>4</sup> - ابن قدامة ، المغني ، ج 4 ص 357 - 358. الشيرازي ، المهذب ، ج 1 ص 303.

هدية قبل الوفاء ، إلا إذا كان تبادل الهدايا متعارفاً بينهما قبل إبرام عقد القرض، وكذلك لا يصح القرض إذا تضمن العقد ، شرطاً يوجب على المقرض زيادة قدر أو صفة<sup>(1)</sup>.

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن كل قرض جر نفعاً فهو ربا، ولكن فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة، أجازوا للمقرض أن يرد إلى المقرض بأفضل مما اقتضه منه ، واستندوا في ذلك إلى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم "خير الناس أحسنهم قضاء". بشرط ألا تكون هذه الزيادة قد وردت كشرط التزم به الطرفان قبل العقد أو بعده، فالزيادة إذا كانت مشروطة تعتبر حراماً بلا خلاف<sup>(2)</sup>.

فإذا كان قصد المقرض جر النفع من وراء القرض ، فإن ذلك القرض يكون باطلاً ، ولا يجوز للمقرض دفع الزيادة، ولا يحل للمقرض أن يتقاضاها.

وبناء على هذا فإذا كان السبب الدافع على إبرام عقد القرض ، هو جلب منفعة مادية أو معنوية للمقرض ، فإن العقد يكون باطلاً، ولا يلتزم المقرض إلا برد المبلغ المقرض، دون زيادة لقول الله تعالى : { وَإِنْ تَبُئْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ }<sup>(3)</sup>. وإذا كان الباعث على القرض معصية ، كأن يريد المقرض إقامة علاقة غير مشروعة مع امرأة ، طلبت منه قرضاً ، فإن هذا العقد يكون باطلاً ، لقوله تعالى : { وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ }<sup>(4)</sup>، ومن ثم يكون عقد القرض بهذا الدافع تعاوناً على الإثم.

وذهب الفقهاء إلى أنه إذا أهدي لصاحب الدين لم يجز له قبول الهدية<sup>(5)</sup> ، وسبب منع الفقهاء هدية المقرض إلى المقرض هو سدّ ذريعة الربا ، كي لا يتخذ المقرض ذلك وسيلة للحصول على أكثر مما أقرض، بل وحرصاً من الفقهاء على سدّ كل ذريعة تؤدي إلى الربا ، قالوا تكرر هدية المدين ، حتى ولو كان قصده بعيداً عن نية الربا<sup>(6)</sup>.

وخالف ابن حزم في هذه المسألة فذهب إلى جواز التهادي بين المدين والدائن ، إذا لم يكن الدائن قاصداً للحصول على الربا، ويستدل على ذلك بأنه لو كانت الهدية من الغريم أو الضيافة عنده حراماً أو

1 - محمود محمد شعبان ، المرجع السابق ، ص 367. وهبة الزحيلي ، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، دار الفكر ، دمشق ، سوريا، الطبعة الأولى 1407 هـ - 1987م، ص 199.

2 - ابن قدامة المغني ، ج 4 ص 360. الفتاوى الهندية ، ج 2 ص 201

3 - سورة البقرة ، آية رقم : 278.

4 - سورة المائدة ، آية رقم : 3.

5 - ابن جزى ، القوانين الفقهية ، ص 190.

6 - الخطاب ، مواهب الجليل ، ج 5 ص 363.

مكروهة، لما أغفل ذلك النبي صلى الله عليه وسلم. كما يعلّل جواز السلف الذي يجر منفعة ، بأن كل سلف يجر منفعة ، وهذه المنفعة هي ضمان المقرض لماله ، تلف أم لم يتلف ، وشكر المقرض<sup>(1)</sup>.

وهذا الرأي الذي قاله ابن حزم ، لا يتفق مع ما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم ، من أن "كل قرض جر نفعاً فهو ربا"، فضلاً عن أن ابن حزم يعتمد في تكييف القرض الذي يجر منفعة على نية المقرض، وهذه النية أمر خفي كامن في النفس لا يمكن الاستدلال عليه إلا بقرائن تدل عليه. والغريب أن ابن حزم يقول في الموضوع ذاته ، إن السلف الذي يجر منفعة لا يكون حراماً إلا ما كان عن شرط بينهما، فقد اعتمد النية أولاً ، ثم رفض الاعتداد بها ثانياً<sup>(2)</sup>.

وقد يتخذ القرض وسيلة لتحقيق الربا ، بأن يبرم المتعاقدان عقد بيع وعقد قرض ويربطان بينهما برباط لا يقبل الانفصال ، وهو ما يطلق عليه الفقهاء بيع العينة. وصورته أن يتفق اثنان على القرض والربا ويدخلان بينهما بيعة صورياً فيبيع المقرض للمقترض عيناً بأكثر من الدين الذي يريد إقراضه بمقدار الربا الذي يريده ويكون الثمن نسيئة ، ثم يبيع المقرض العين بأقل منه إلى المقرض أو غيره بثمن معجل ، وتكون النتيجة أن المقرض تسلم مالا أقل مما يلتزم بالوفاء به للمقرض ، وهذا البيع كرهه الإمام أحمد بن حنبل ، وهو جائز في مذهب الإمام أبي حنيفة ، لأنه يشترط دفع الثمن في البيع الأول ، وهذا ما لم يحدث، والغريب أن بعض الفقهاء منع هذا القرض لعلّة شبهة الربا ، ولم يشأ أن يمنعه للقصد غير المشروع ، وهو أحد معاني السبب كما سبق بيانه ، والمنع على هذا الاعتبار أكثر وضوحاً من شبهة الربا<sup>(3)</sup>.

أما الإمام مالك فإنه يفرق بين بعض القروض ، فإذا كان مشتري السلعة يريد بيعها في نفس الوقت الذي اشتراها فيه فلا خير فيه، ولا ينظر إلى البائع إن كان من أهل العينة أم لا ، ويلحق ذلك بالمكروه. وأجاز ابن حبيب هذا القرض أو البيع إذا لم يكن هناك تعويض أو مواعدة أو إعادة، وهي كلها ظروف موضوعية بخلاف النية. ويلاحظ أن المقرض إذا باع السلعة التي اشتراها فوراً إلى المقرض ، فلا ينظر إلى نية البائع أو المشتري ، لأن ذلك غالباً ما يؤدي إلى الربا المحرم<sup>(4)</sup>.

والقاعدة أن الغاية غير المشروعة تبطل العقد ، وتنطبق هذه القاعدة على القرض فلا يكتفى هنا بنية العاقد فحسب ، ولكن تبني أحكام المشروعية على أساس مآل العقد ، دون تفريق بين ما إذا كانت

<sup>1</sup> - ابن حزم ، المحلى ، ج 8 ص 74.

<sup>2</sup> - محمود محمد شعبان ، المرجع السابق ، ص 366.

<sup>3</sup> - جمال الدين محمود ، سبب الالتزام وشرعيته ، ص 474. انظر ما سبق ذكره حول بيع العينة في الباب الثاني من هذا البحث والآراء الفقهية المختلفة حول الموضوع.

<sup>4</sup> - الخطاب ، مواهب الجليل ، ج 6 ص 404.

نية العاقد تتجه إلى المحرم وتهدف إليه أم لا ، فالعبرة بما يؤدي إليه القصد. وبناء على ذلك فلا يجوز أن يهدي المقرض هدية للمقرض، ولا يحل له قبولها إلا أن تكون عادتكما كذلك ، وبهذا جاءت السنة<sup>(1)</sup>. فعن يحيى بن إسحاق قال : سألت أنس بن مالك عن الرجل منا يقرض أخاه المال فيهدي إليه ؟ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "إذا أقرض أحدكم أخاه قرضا فأهدي إليه أو حملة على دابته ، فلا يركبها ولا يقبلها ، إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك"<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني : السبب في عقد القرض في القانون الوضعي

القرض يعتبر عقدا من العقود الواردة على الملكية ، ولذا فقد نظم المشرع الجزائري أحكامه في المواد 450 – 458 من التقنين المدني ، في الباب السابع باعتباره أحد العقود المتعلقة بالملكية<sup>(3)</sup>.

وقد عرفت المادة 450 من التقنين المدني القرض بقولها : "قرض الاستهلاك هو عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقرض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر، على أن يرد إليه المقرض عند نهاية القرض نظيره في النوع، والقدر، والصفة".

وهذا النص يبين أن محل عقد القرض ، هو شيء مثلي ، وغالبا ما يكون مبلغا من النقود، حيث ينقل المقرض إلى المقرض ملكية الشيء المقرض ، على أن يسترد منه مثله في نهاية القرض.

كما يتبين لنا أيضا من هذه المادة خصائص عقد القرض وهي :

أ - أنه عقد رضائي : يتم بمجرد تلاقي الإيجاب بالقبول ، أما نقل ملكية الشيء المقرض وتسليمه إلى المقرض ، فهذا التزام ينشئه عقد القرض في ذمة المقرض، وليس ركنا في العقد ذاته. على أن هناك انقسام في التشريعات حول رضائية عقد القرض ، فهناك من يعتبر القرض عقدا رضائيا ، في حين أن هناك تشريعات أخرى تعتبره عقدا عينيا.

وقد تبني رضائية عقد القرض ، كل من التقنين المدني الجزائري في المادة 450 ، والمصري في المادة 538 ، والليبي في المادة 537 ، والسوري في المادة 506، والتونسي في الفصول 1081، 1082، 1086، والمغربي في الفصول 856، 857، 861، والسويسري في المادة 312<sup>(4)</sup>.

1 - محمود محمد شعبان ، المرجع السابق ، ص 367.

2 - أخرجه ابن ماجه في سننه ، كتاب الصدقات ، باب القرض ، حديث رقم 2432.

3 - يقابلها القانون المدني المصري المواد 538 – 544. والفصول 1081 – 1103 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

4 - Art 312 : « Le prêt de consommation est un contrat par lequel le prêteur s'oblige à transférer la propriété d'une somme d'argent ou d'autres choses fongibles à l'emprunteur, à charge par ce dernier de lui en rendre autant de même espèce et qualité ».

وتبنى عينية عقد القرض ، كل من التقنين اللبناني في المادة 754، 755 ، والعراقي في المادة 684، والتقنين المدني الفرنسي في المادة 1892<sup>(1)</sup> ، وقد ورث هؤلاء عينية القرض من القانون الروماني، وكانت العينية مفهومة في القانون الرماني ، إذ أن هذا القانون لم يسلم بأن التراضي وحده كاف لانعقاد العقد ، إلا في عدد محصور من العقود سميت بالعقود الرضائية ، وليس القرض من بينها. وكانت العقود في هذا القانون شكلية في الأصل ، ثم استغني عن الشكل بالتسليم في العقود العينية ومنها القرض.

أما اليوم فقد أصبحت القاعدة أن التراضي وحده كاف في انعقاد العقد ، فلم يعد هناك مقتضى لإحلال التسليم محل الشكل ، إذ لم تعد هناك حاجة لا إلى الشكل ولا إلى التسليم، وهذا هو اتجاه التقنينات الحديثة الذي سار عليه التقنين السويسري وعلى نهجه سار التقنين المصري<sup>(2)</sup> والجزائري والتونسي والمغربي والسوري.

ب - القرض عقد ملزم للجانبين : فينشئ التزامات متقابلة في جانب كل من المقرض والمقترض؛ فيلتزم المقرض بنقل ملكية الشيء المقترض ويسلمه إلى المقترض ، ولا يسترده إلا عند نهاية القرض ، ويضمن الاستحقاق والعيوب الخفية. أما التزامات المقترض فهي أن يرد المثل عند نهاية القرض ، وأن يدفع المصروفات ، وقد يدفع فوائد إذا كان القرض بفوائد.

ج - القرض تبرع في الأصل : إذ أن المقرض يخرج عن ملكية الشيء إلى المقترض دون مقابل، ولا يسترد المثل إلا بعد مدة من الزمن.

على أن القانون يجيز أن يشترط المقرض على المقترض دفع فوائد معينة ، في مقابل انتفاعه بمبلغ القرض ، فيصبح القرض عندها عقد معاوضة. فإذا لم تشترط الفوائد بقي القرض على أصله تبرعا ، وهذا ما نصت عليه المادة 542 من التقنين المدني المصري : "على المقترض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على الفوائد اعتبر القرض بغير أجر"<sup>(3)</sup>.

وتختلف الشريعة الإسلامية عن القانون الوضعي في تحديد طبيعة عقد القرض ، حيث تعتبره من عقود التبرع وليس من عقود المعاوضة ، فلا يجوز أخذ فوائد مقابل القرض ، إذ كل قرض جر نفعا فهو ربا

<sup>1</sup> - **Article 1892** : « Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité ».

<sup>2</sup> - السنهوري ، الوسيط ، ج 5 ص 421.

<sup>3</sup> - السنهوري ، الوسيط ، ج 5 ص 424.

إذا كان مشروطاً، ومما لا شك فيه أن اشتراط الفوائد في عقد القرض مخالفة صريحة لأحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة<sup>(1)</sup>.

والفوائد التي يبيحها القانون والتي تستحق عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود نوعان<sup>(2)</sup> :

النوع الأول : الفوائد التأخيرية<sup>(3)</sup> : وهي تمثل التعويض عن التأخير في الوفاء بالالتزام بدفع مبلغ من النقود عند الأجل المحدد لفوائده. ومقدار التعويض إما أن يحدده الاتفاق بين الدائن والمدين ، ويسمى سعر الفائدة في هذه الحالة بالسعر الاتفاقي ، أو يحدده القانون ويسمى في هذه الحالة بالسعر القانوني.

النوع الثاني : الفوائد الاستثمارية أو التعويضية<sup>(4)</sup> : وهي تستحق في مقابل انتفاع المدين بمبلغ من النقود يكون في ذمته للدائن خلال مدة معينة، وأكثر ما تكون هذه الفوائد في العقود. ومثال ذلك عقد القرض ، فالمقترض ينتفع بمبلغ من النقود مقابل فائدة يدفعها للمُقْرِض. وقد تكون في عقد البيع فيتفق البائع مع المشتري على تأجيل الثمن مقابل فوائد على هذا الثمن. وقد تكون في عقد الوديعة ، كمن أودع لدى البنك مبلغاً من النقود واشترط على أن يتقاضى عن الوديعة فوائد.

والفوائد الاستثمارية أو التعويضية تستحق بالاتفاق بين الدائن والمدين على أن لا يتجاوز سعر الفائدة 7% طبقاً للمادة 1/227 من التقنين المدني المصري ، سواء أكانت مسائل مدنية أم تجارية. أما الفوائد التأخيرية فإن سعرها قد يكون اتفاقياً أو قانونياً ، وهي في كل الأحوال لا تتجاوز 5% في القرض التجاري ، و4% في القرض المدني، طبقاً للمادة 226 من القانون المدني. وحدد التقنين التونسي نسبة الفائدة بـ 7% طبقاً للفصل 1100 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

أما موقف التقنين المدني الجزائري من الفوائد على القرض ، فرأيه مضطرب ، فجدده قد حرم الفائدة بين الأفراد الطبيعيين حيث نصت المادة 454 على أن "القرض بين الأفراد يكون دائماً بدون أجر ، ويكون باطلاً كل نص يخالف ذلك". وهذا يدل على تحريم المشرع الجزائري للربا المحرم شرعاً، غير أنه في المادة 455 أجاز لمؤسسات القرض أن تمنح فوائد عن الودائع المالية المودعة لديها بقصد تشجيع الادخار، كما أجازت المادة 456 أن تمنح هذه المؤسسات قروضاً بفائدة قصد تشجيع الاقتصاد الوطني، وفي الحالتين يحدد قدر الفائدة بموجب قرار من وزير المالية.

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي ، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، ص 199.

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام ، درا الهدى، عين مليلة، الجزائري ، طبعة 2010 ، ص 93 - 94. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام ، ص 268 - 271.

<sup>3</sup> - Intérêts moratoires

<sup>4</sup> - Intérêts compensatoires

ونستنتج من هذا أن التقنين المدني الجزائري يبيح الفوائد الاستثمارية إذا كان أحد الطرفين المتعاملين مؤسسة مالية ، مع وجوب الالتزام بالسعر القانوني الذي يحدده وزير المالية.

أما الفوائد القانونية فلم يرد نص بشأنها ، ولذلك إذا لم يوجد اتفاق بين الطرفين على التعويض يحكم القاضي بالتعويض ، على أساس ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، وذلك في حالة ما إذا تأخر المدين في الوفاء بدين نقدي عين مقداره وقت رفع الدعوى ، وهذا طبقا للمادة 186 من التقنين المدني. ويلاحظ على هذا الحكم الذي أوردته هذه المادة أنها افتترضت وقوع الضرر ، وهو افتراض غير قابل لإثبات العكس ، وبذلك يقترب هذا التعويض التأخيري القضائي من الفوائد التأخيرية ، بيد أنه يختلف عنها في أن القاضي هو الذي يقدر قيمة التعويض إذا لم يكن محددًا في الاتفاق.

### السبب الباعث في عقد القرض :

طبقا للنظرية التقليدية في السبب ، فإن عقد القرض هو بحسب هذه النظرية عقد عيني، ومن ثم فإن السبب هو التسليم ، فإذا انعدم لم ينعقد القرض، لا لانعدام ركن السبب ، بل لانعدام ركن التسليم. وبما أن من خصائص عقد القرض أنه عقد ملزم للجانبين ، فإن سبب التزام المقترض برد مبلغ القرض هو التزام المُقرض بنقل ملكيته، وهذه هي النظرية التقليدية في السبب حيث تجعل سبب التزام كل من المتعاقدين ، هو التزام المتعاقد الآخر.

غير أن النظرية الحديثة في السبب تقوم على أن الباعث هو الدافع إلى التعاقد. وبناء على ذلك فقد أبطل القضاء في فرنسا القرض الذي يكون الباعث عليه مخالفة أحكام النظام العام والآداب ، مثل القرض الذي يكون غرض المقترض منه هو أن يتمكن من المقامرة ، ويكون المقرض على علم بهذا القصد ، سواء أكان مشتركا معه في المقامرة أم لم يكن ، أو يتمكن بمقتضاه المقترض من الحصول على منزل يدار للعاهرة، أو استبقاء علاقات غير مشروعة تربطه بخليعة له. ولقد أخذ القضاء المصري بالنظرية الحديثة للسبب في عقد القرض وفي غيره من العقود فيجب الاعتداد بالباعث الدافع إلى التعاقد في عقد القرض وجعله هو السبب مادام المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث أو ينبغي أن يعلم به<sup>(1)</sup>.

كما أبطل القضاء الجزائري تنفيذ حكم أجنبي في الجزائر لأنه يتضمن فائدة ، واعتبر القاضي الذي منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي المتضمن الفائدة باطلا يستوجب نقضه ، بدون إحالة ، لأنه يتعارض

<sup>1</sup> - السنهوري ، الوسيط ، ج 5 ص 448 - 449.

مع النظام العام في الجزائر ، طبقا للمادة 454 من التقنين المدني التي تعتبر القرض بين الأفراد الطبيعيين يكون دائما بدون فائدة<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني : السبب في عقد الوديعة

سيخصص فرعين لدراسة عقد الوديعة ، يكون الفرع الأول لبيان عقد الوديعة في الفقه الإسلامي ، ويكون الثاني لبيان عقد الوديعة في القانون الوضعي.

#### الفرع الأول : السبب في عقد الوديعة في الفقه الإسلامي

**الوديعة لغة :** بمعنى الأمانة ، وهما مترادفان. وتطلق على الاستنابة في الحفظ. والوديعة واحدة الودائع ، وهي ما استودع، قال الله تعالى: {فَمُسْتَقَرٌّ وَمُسْتَوْدَعٌ}<sup>(2)</sup> ، وأودع الثوب وودّعه صانه، وأودعته مالا دفعته إليه ليكون عنده وديعة، واستودعته وديعة استحفظته إياها. وأصل اشتقاقها من الفعل ودّع ، ويدل على الترك والتخلية ، والاسم الدّعة ، وهي الراحة وخفض العيش<sup>(3)</sup>.

**تعريف الوديعة اصطلاحا :** أنها عقد يرد على حفظ الشيء لدى غير صاحبه.

وقد عرفها الحنفية بأنها "تسليط الغير على حفظ ماله صراحة أو دلالة"<sup>(4)</sup>. وتتم الوديعة صراحة كقول المودع لغيره: أودعتك ، فيقبل الآخر. أما دلالة فكأن يضع شخص عند آخر ثوبا أو سيارة ويقول: هذا وديعة عندك، ويسكت الآخر.

وعرفها الشافعية والمالكية بقولهم: توكيل في حفظ مملوك، أو محترم محتص، على وجه مخصوص<sup>(5)</sup>.

ويقال لدافع الوديعة: مودع ، بكسر الدال. ولأخذها: مودّع ، بفتح الدال ، أو وديع.

1 - قضية رقم 32463 بين (د ر) و (ب س) وزوجته. قرار 23 /06/ 1984. المجلة القضائية سنة 1989. عدد 1 ص 149 - 152.

2 - جزء من آية وتامها : {وَهُوَ الَّذِي أَنْشَأَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ فَمُسْتَقَرٌّ وَمُسْتَوْدَعٌ قَدْ فَصَّلْنَا الْآيَاتِ لِقَوْمٍ يَفْقَهُونَ}. سورة الأنعام ، آية رقم : 99.

3 - ابن منظور ، لسان العرب ، مادة ودع ، ج 8 ص 386. المعجم الوسيط ، ص 1021. ومن المعاني المستحدثة لكلمة الإيداع : وضع البضائع في مخازن تابعة لإدارة الجمارك أو تحت إشرافها. والاستيداع : هو إيقاف مؤقت لعلاقة العمل. وطبقا للمادة 145 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية ، فإن حالة الاستيداع تعني توقيف الراتب والحق في الأقدمية وفي الترقية في الدرجات وفي التقاعد.

4 - عبد الغني الغنيمي ، اللباب في شرح الكتاب ، ج 2 ص 111. حاشية ابن عابدين ، ج 4 ص 515.

5 - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج ، ج 3 ص 79. الرملي، نهاية المحتاج، ج 5 ص 87. حاشية الدسوقي، ج 3 ص 419.

والوديعة عقد غير لازم ، فلكل من المودع والوديع ، أن يفسخ عقد الوديعة بمحض إرادته؛ لأن المودع مستعين بغيره على الحفظ ، فله أن يترك كل هذه الاستعانة متى شاء أو إذا احتاج إلى وديعته، والوديع أيضا متطوع بالمعونة في هذا الحفظ فله أن يتخلى عن هذه المعونة متى شاء<sup>(1)</sup>.

**أدلة مشروعية الوديعة :** ثبتت مشروعيتها بالكتاب والسنة والإجماع

أما الكتاب فقول الله تعالى: {فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ} (2). وقوله تعالى: {إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ} (3).

قال الجصاص : "ما أؤتمن عليه الإنسان فهو أمانة ، فعلى المؤمن عليها ردها إلى صاحبها. فمن الأمانات الودائع ، وعلى مودعها ردها إلى من أودعه إياها"<sup>(4)</sup>.

**وأما السنة :** فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : "أدّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك"<sup>(5)</sup>.

وروى عنه عليه الصلاة والسلام ، أنه كانت عنده ودائع لأهل مكة ، فلما أراد الهجرة إلى المدينة أودعها عند أم أيمن ، وأمر عليا كرم الله وجهه أن يردها إلى أهلها<sup>(6)</sup>.

**حكمة مشروعية الوديعة :** هي من الحاجيات التي تفرضها ظروف الحياة ، لأن الإنسان في حاجة إلى من يحفظ له ماله ، لأنه من المتعذر على الناس جميعا حفظ أموالهم بأنفسهم في كل الأوقات وفي كل الأماكن ، فهم يحتاجون إلى من يحفظ لهم أموالهم<sup>(7)</sup>.

1 - ابن جزري ، القوانين الفقهية ، ص 246.

2 - سورة البقرة ، آية رقم : 282.

3 - سورة النساء ، آية رقم : 57.

4 - الجصاص ، أحكام القرآن ، ج 2 ص 207.

5 - أخرجه أبو داود والترمذي، وقال: حديث حسن. وأخرجه الحاكم وصححه. واستنكره أبو حاتم الرازي. ورواه البيهقي ومالك والدارقطني وأحمد وأبو نعيم من طرق مطعون فيها. وفي موضوعه عن أبي بن كعب عند ابن الجوزي والدارقطني، وعن أبي أمامة عند البيهقي والطبراني، وفيهما ضعيف. وعن أنس عند الدارقطني والطبراني والبيهقي، وأبي نعيم. وعن رجل من الصحابة عند أحمد وأبي داود والبيهقي وفي إسناده مجهول آخر غير الصحابي. قال الشافعي: هذا الحديث ليس بثابت. قال الشوكاني في نيل الأوطار: ج 5 ص 297 : ولا يخفى أن وروده بهذه الطرق المعتبرة مع تصحيح إمامين من الأئمة المعتبرين لبعضهما، وتحسين إمام ثالث منهم مما يصير به الحديث منتهضاً للاحتجاج به. انظر كذلك الصنعاني ، سبل السلام ، ج 3 ص 68. ابن حجر ، تلخيص الحبير ، ص 270.

6 - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، في كتاب الأمانة ، باب الترغيب في أداء الأمانة ، ج 1 ص 289.

7 - ابن قدامة ، المغني ، ج 9 ص 256. السرخسي ، المبسوط ، ج 11 ص 109.

والأصل في الوديعة أنها أمانة ، فإذا تلفت بغير تفريط ولا تقصير من المودع عنده ، فليس عليه ضمان ، سواء أذهب معها شيء من ماله أم لم يذهب ، وهو مذهب جمهور الفقهاء مالك والشافعي وأحمد وأصحاب الرأي ، وبه قال القاضي شريح والنخعي وأبو الزناد والثوري والأوزاعي . وعن أحمد رواية أخرى أنه إن ذهبت الوديعة من بين ماله غرمها ، لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه ضمن أنس بن مالك وديعة ذهبت من بين ماله .

وما ذهب إليه جمهور الفقهاء أصح ، لأن الله تعالى سماها أمانة ، والضمن ينافي الأمانة ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : "ليس على المستودع غير المغل ضمان"<sup>(1)</sup> . وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "من استودع وديعة فلا ضمان عليه" . وقال أيضا صلى الله عليه وسلم : "لا ضمان على راع ولا على مؤتمن" .

قال الجصاص : "ولا خلاف بين الفقهاء في نفي ضمان الوديعة إذا لم يتعد فيها المودع"<sup>(2)</sup> . وأيضا فالمودع عنده إنما يحفظها متبرعا من غير نفع يرجع إليه ، فلو لزمه الضمان لامتنع الناس عن قبول الودائع ، وذلك مضر لما بيناه من الحاجة إليها .

وما روي عن عمر محمول على التفريط من أنس في حفظها . فأما إن تعدى المستودع أو فرط في حفظها فتلفت ، ضمن بغير خلاف ؛ لأنه متلف لمال غيره فضمنه ، كما لو أتلفه من غير استيداع<sup>(3)</sup> .

**السبب الباعث على الوديعة :** الأصل في الوديعة أنها أمانة في يد المودع عنده ، تقوم على الحفظ ، فإذا كان السبب الباعث على الوديعة هو نية المودع عنده خيانة الوديعة ، بالجحود أو الاستعمال ، فهل يضمن ذلك حتى وإن لم يترجم نيته إلى فعل ؟

قال ابن سريج : يضمنها لأنه أمسكها بنية الخيانة ، كما يضمن ملتقط اللقطة بقصد التملك .

وقال جمهور الفقهاء : لا يضمن ، لأنه لم يخن الوديعة بقول ولا فعل ، فلا يضمن كما لو لم ينو . واستدلوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : "عُفِيَ لَأُمَّتِي عَنِ الْخَطَأِ وَالنَّسِيَانِ ، وَمَا حَدَّثَتْ بِهِ

<sup>1</sup> - أخرجه ابن ماجه في سننه ، والدارقطني والبيهقي في سننهما عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ليس على المستودع غير المغل ضمان ، ولا على المستعير غير المغل ضمان » المغل : الخائن . قال الحافظ ابن حجر : وفي إسناده ضعيفان . قال الدارقطني : وإنما يروى هذا من قول شريح غير مرفوع . ورواه من طريق أخرى ضعيفة بلفظ « لا ضمان على مؤتمن » . الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ص 296 . ابن حجر ، تخلص الحبير ، ص 270 . الزيلعي ، نصب الراية ، ج 4 ص 115 .

<sup>2</sup> - الجصاص ، أحكام القرآن ، ج 2 ص 207 .

<sup>3</sup> - ابن قدامة ، المغني ، ج 9 ص 257 .

أنفسها ما لم تكلم به أو تعمل به"<sup>(1)</sup>. وردوا على دليل ابن سريج بأنّ هناك فرقا بين المودع عنده والملتقط بقصد التملك ، فالملتقط عمل فيها بأخذها ، ناويا للخيانة فيها ، فوجب الضمان بفعله المنوي ، لا بمجرد النية، ولو التقطها قاصدا التعريف بها ، ثم نوى بعد ذلك إمساكها لنفسه لا يضمن.

ولو أخرجها بنية الاستعمال ، ولم يستعملها ضمنها، وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة لا يضمنها إلا بالاستعمال ، لأنه لو أخرجها لنقلها لم يضمنها. وقال الحنابلة أنه تعدى بإخراجها أشبه ما لو استعملها بخلاف ما إذا نقلها<sup>(2)</sup>.

والوديعة تقوم على حفظ الشيء المودع ، والسبب المباشر لها هو حفظها ، فلا يجوز أن يكون الشيء المودع هو في ذاته معصية أو مؤديا إلى معصية، ويترتب على الإخلال بالوديعة في الحفظ ، الضمان على المودع عنده، وكل شرط لا يمكن مراعاته ولا يفيد فهو هدر وهذا عند الحنفية. وعند الشافعي تجب مراعاة الشروط في المواضع كلها ، حتى أن المأمور بالحفظ في بيت بعض لا يملك الحفظ في بيت آخر، فالأصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي أوقعه، فلا ينكر هذا الأصل إلا لضرورة<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثاني : السبب في عقد الوديعة في القانون الوضعي

الوديعة من العقود الواردة على العمل ، ولذلك فقد نظم المشرع الجزائري أحكامها في الباب التاسع الخاص بالعقود الواردة على العمل ، من الكتاب الثاني المتعلق بالالتزامات والعقود، وأفرد لها المواد 590 – 601 من التقنين المدني<sup>(4)</sup>.

وقد عرفها المشرع الجزائري في المادة 590 من التقنين المدني ، فقال : "الوديعة عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولا إلى المودع لديه ، على أن يحافظ عليه لمدة ، وعلى أن يرده عينا".

ومن هذه المادة نستخلص خصائص الوديعة وهي :

أ – الوديعة عقد عيني ، لا تتم إلا بالتسليم ، ولذلك جاء تعريفها بأنها : "عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولا إلى المودع لديه".

1 – رواه البخاري ، من كتاب الطلاق ، باب الطلاق في إغلاق ، وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وأحمد ورواه ابن حبان والحاكم وأخرجه الطبراني والدارقطني.

2 – ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ص 291. الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 6 ص 213.

3 – الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 6 ص 213.

4 – يقابلها في التقنين المدني المصري المواد 718 – 728. والفصول 995 – 1031 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية. والمادة 684 من القانون المدني السوري. والمادة 718 من القانون المدني الليبي. والمادة 950 من القانون المدني العراقي. والمادة 690 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

والمشروع الجزائري اقتضي أثر التقنين المدني الفرنسي ، الذي ورث عينية الوديعة من القانون الروماني، وكان الأولى به أن يتحرر من هذه القيود الرومانية التي لم يعد لها مبرر ، لأن قاعدة التراضي هي الأصل المعمول به اليوم ، وهي كافية لانعقاد العقد وترتيب آثاره<sup>(1)</sup>.

على أن هناك اختلافا في عينية عقد الوديعة ، ويتنازع ذلك رايان : الأول يرى أن عقد الوديعة عقد عيني ، وتبنى ذلك كل من التقنين المدني الجزائري في المادة 590 منه، واللبناني في المادة 1/690 من تقنين الموجبات والعقود، والعراقي في المادة 951 من التقنين المدني، ومجلة الالتزامات والعقود التونسية طبقا للفصل 995 ، وقانون التزامات والعقود المغربي طبقا للمادة 781، والتقنين المدني الألماني طبقا للمادة 688، والتقنين البولوني طبقا للمادة 523، والتقنين المدني الفرنسي طبقا للمادة 1915<sup>(2)</sup>.

والرأي الثاني يرى أن عقد الوديعة عقد رضائي ، وتبنى ذلك كل من التقنين المدني المصري في المادة 718، والسوري في المادة 684. والليبي في المادة 718 ، والكويتي في المادة 720، والقطري في المادة 738، وتقنين الالتزامات السويسري طبقا للمادة 1/472<sup>(3)</sup>.

ب- الوديعة في الأصل عقد ملزم لجانب واحد ، لأنها تكون عادة بدون أجر، أما إذا كانت بأجر فإنها تصبح عقدا ملزما للجانبين ؛ ويترتب على ذلك نشوء التزامات متبادلة على عاتق المودع والمودع لديه، فيلتزم المودع لديه بأن يتسلم الشيء المودع ، وأن يقوم بحفظه ، وبأن يرده للمودع عند انتهاء الوديعة. وقد جمعت المادة 590 من التقنين المدني الجزائري<sup>(4)</sup> ، هذه الالتزامات فنصت على أنّ : "الوديعة عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولاً إلى المودع لديه ، على أن يحافظ عليه لمدة ، وعلى أن يرده عيناً". ويلتزم المودع في مقابل التزام المودع لديه بالالتزامات ثلاثة وهي : دفع الأجر إذا وجد اتفاق على ذلك ، أي إذا كانت الوديعة بأجر، وبرد المصروفات التي أنفقها المودع لديه في حفظ الوديعة ، وبتعويض المودع لديه عن كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - يرى الدكتور علي فيلاي أن عقد الوديعة عقد رضائي وليس عقدا عينيا ، مخالفا في ذلك رأي خليل أحمد حسن قداة الذي يعتبرها عقدا عينيا. علي فيلاي ، الالتزامات النظرية العامة للعقد ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، وحدة الرغبة، الجزائر ، طبعة 2010 ، ص 68 هامش رقم 55.

<sup>2</sup> - **Article 1915** : « Le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature ».

<sup>3</sup> - **Art. 472** : « Le dépôt est un contrat par lequel le dépositaire s'oblige envers le déposant à recevoir une chose mobilière que celui-ci lui confie et à la garder en lieu sûr ».

<sup>4</sup> - تقابلها المادة 718 من التقنين المدني المصري.

<sup>5</sup> - انظر المواد : 596 ، 597 ، 598 ، من التقنين المدني الجزائري.

ومعيار التفرقة بين الوديعة وما يشتهب بها من عقود نجده في التزام المودع لديه بحفظ الشيء ، فإذا كان هذا هو ما قصد إليه المتعاقدان ، كان العقد الحاصل بينهما وديعة، فإذا لم يتضح هذا القصد بوضوح عند كل المتعاقدين ، وجب البحث عن وصف آخر للعقد وعدم تطبيق أحكام الوديعة. وتطبيقا لهذا المعيار لا يعتبر وديعة ، ترك الشيء بيد شخص ولو برضاه إذا لم يثبت صراحة أو دلالة أن تلقاه بنية الاضطلاع بحفظه ، فيشترط أن يكون حفظ الشيء هو الهدف الأساس للمتعاقدين حتى نكون بصدد وديعة ، فإذا ترتب هذا الالتزام كنتيجة تعية لعقد آخر وجب تطبيق أحكام ذلك العقد لا أحكام الوديعة<sup>(1)</sup>.

أما محل الوديعة ، فيشترط فيه الشروط العامة التي يجب توافرها في المحل ، فإن الشيء المودع يجب أن يكون موجودا ، معينا أو قابلا للتعين ، وأن يكون غير مخالف للنظام العام أو الآداب، فلو كان الشيء المراد إيداعه قد هلك قبل التعاقد ، انعدم المحل ولا تنعقد الوديعة. كذلك يجب أن يكون الشيء المودع معينا تعيينا كافيا نافيا للجهالة الفاحشة ، أو قابلا للتعين. وإذا كان الشيء المودع غير قابل للتعامل فيه ، بأن كان مخالفا للنظام العام أو الآداب ، لم يجوز إيداعه، ومن ثم فلا يجوز إيداع الأشياء المهترية ولا المخدرات ، ولا الحشيش ولا الأسلحة غير المرخص بها ، ولا الكتب أو الصور الممنوعة<sup>(2)</sup>.

**السبب في عقد الوديعة :** طبقا للنظرية التقليدية فإن السبب في الوديعة هو تسليم الشيء المودع، لأن الوديعة وفقا لهذه النظرية هي عقد عيني، ويقال عادة في تبرير عينية عقد الوديعة إن الالتزام الأساسي فيها هو حفظ الشيء ، ولا يتصور أن يلتزم إنسان بحفظ شيء ولما يتسلمه بعد. ويرد أنصار الرضائية أن المستأجر يلتزم بحفظ العين المؤجرة قبل أن يتسلمها ، ولم يقل أحد إن الإيجار ينبغي أن يكون عقدا عينيا<sup>(3)</sup>.

أما النظرية الحديثة فتعتبر السبب في الوديعة هو الباعث الدافع إلى التعاقد، فإذا كان الباعث الدافع إلى الوديعة غير مشروع ، كانت الوديعة باطله. ومثال ذلك أن يودع شخص عند آخر سلاحا لإخفائه بعد ارتكاب جريمة ، أو يخفي عنده أشياء مسروقة<sup>(4)</sup>.

1 - محمود محمد شعبان ، المرجع السابق، ص 373.

2 - السنهوري، الوسيط، ج 7 ص 695. محمد كامل مرسى، في العقود المسماة، دار النهضة، الطبعة الثانية 1953، ص 413.

3 - محمد علي عرفة ، في التأمين والعقود الصغيرة ، مطبعة فؤاد الأول ، القاهرة ، الطبعة الثانية، (د س ن)، ص 450. السنهوري ، الوسيط ، ج 7 ص 677.

4 - السنهوري ، الوسيط ، ج 7 ص 696.

ومن خلال ما سبق يتبين أن عقد الوديعة يتأثر بالسبب الباعث ، ويكاد القانون الوضعي يتفق مع الفقه الإسلامي ، في حكمه ببطان عقد الوديعة ، وعدم ترتيب أي التزامات تجاه كل من المودع والمودع لديه ، إذا كان السبب الباعث على التعاقد غير مشروع ، ويعلم كل من المودع والمودع لديه بالسبب الباعث على عقد الوديعة ، أو كانت هناك قرائن تدل على عدم مشروعية السبب الباعث على عقد الوديعة.

### المطلب الثالث : السبب في عقد العارية

وستتم دراسة السبب في عقد العارية في فرعين ، يخصص الأول للفقه الإسلامي ، ويخصص الثاني للقانون الوضعي.

#### الفرع الأول : السبب في عقد العارية في الفقه الإسلامي

**تعريف العارية لغة<sup>(1)</sup> :** ما تداوله الناس بينهم ، وتأتي مشددة ومخففة ، والجمع عواري. وعاره يعوره ويعيره : أخذه وذهب به أو أتلفه. وقيل العارية بالتشديد كأنها منسوبة إلى العار ، لأن طلبها عار وعيب. والعار : مثل العارية. يقال يتعورون العواري بينهم. واستعاره ثوباً فأعاره إياه ، ومنه قولهم : كير مستعار. وقد قيل مستعار بمعنى متعاور أو متداول. وتعاورنا العواري تعاوراً إذا أعار بعضكم بعضاً. وتعورنا تعوراً : إذا كنت أنت المستعير ، وتعاورنا فلاناً ضرباً إذا ضربته مرة ثم صاحبك ثم الآخر.

#### تعريف العارية اصطلاحاً :

عرّفها المالكية والحنفية بأنها : تملك المنفعة بغير عوض<sup>(2)</sup>.  
وعرّفها الشافعية والحنابلة : بأنها إباحة المنفعة بلا عوض<sup>(3)</sup>.  
والفرق بين التعريفين أن الأول يفيد التملك ، فالمستعير يملك المنفعة ومن ثمّ فله أن يعيرها لغيره. والثاني يفيد الإباحة ، فليس له إعارة الشيء لغيره ، أو إجارته. وقد ثبتت مشروعية الإعارة بالقرآن والسنة والإجماع.

<sup>1</sup> - الجوهري ، الصحاح ، ج 2 ص 761. ابن منظور ، لسان العرب ، ج 4 ص 619.

<sup>2</sup> - ابن جزى ، القوانين الفقهية ، ص 245. القراني ، الذخيرة ، ج 6 ص 197. عبد الغني الغنيمي ، اللباب ، ص 114. السرخسي ، المبسوط ، ج 11 ص 133. ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج 7 ص 280.

<sup>3</sup> - الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 2 ص 264. البهوتي ، كشاف القناع ، ج 4 ص 67.

فمن القرآن قوله تعالى : { وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ }<sup>(1)</sup>، حيث ذهب المفسرون إلى أن { الْمَاعُونَ } كل ما يستعان به وينتفع به. وقال الرازي الماعون هو : "اسم لما يمنع في العادة ويسأله الفقير والغني ، وينسب مانعه إلى سوء الخلق ولؤم الطبيعة"، أي ما يستعيده الجيران بعضهم من بعض ، كالدلو والفأس والمقص والإبرة ونحوها، وعن عائشة الماء والنار والملح. قال ابن مسعود كنا نعد { الْمَاعُونَ } على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عارية، القدر والدلو ونحوها<sup>(2)</sup>.

أما السنّة ففي الصحيحين أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار فرسا من أبي طلحة فركبه<sup>(3)</sup>. وقد روى أبو داود بإسناد جيد أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار درجاً من صفوان بن أمية يوم حنين ، فقال : أغصبا يا محمد ؟ فقال : "بل عارية مضمونة"<sup>(4)</sup>.

عن جابر بن عبد الله الأنصاري قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : "ما من صاحب إبل لا يؤدي حقها ... قيل : يا رسول الله : وما حقها ؟ قال : حلبها على الماء ، وإعارة دلوها ، وإعارة فحلها ومنيحتها ، وحمل عليها في سبيل الله"<sup>(5)</sup>.

وأجمع المسلمون على جواز العارية واستحبابها ، ولأنّه لما جازت هبة الأعيان ، جازت هبة المنافع ، ولذلك صحت الوصية بالأعيان والمنافع جميعاً<sup>(1)</sup>.

1 - سورة الماعون ، آية رقم : 6.

2 - أبو حفص عمر بن عليّ الدمشقي ، اللباب في علوم الكتاب ، ج 20 ص 518. ابن عطية ، المحرر الوجيز ، ج 5 ص 528. تفسير ابن كثير ، ج 14 ص 472. الزمخشري ، الكشاف ، ج 6 ص 444. فخر الدين الرازي ، التفسير الكبير ، ج 32 ص 115.

3 - الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ص 299.

4 - أخرجه أبو داود، كتاب البيوع ، باب في تضمين العارية، (3562، 3563، 3564). وأخرجه أيضا النسائي وأحمد وصححه الحاكم. الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ص 299. الصنعاني ، سبل السلام ، ج 3 ص 69.

5 - رواه مسلم في صحيحه ، كتاب الزكاة ، باب إثم مانع الزكاة ، حديث رقم 1655. وأخرجه أيضا أبو داود والنسائي وأحمد والدرامي وابن أبي شيبة. وتام الحديث عن جابر بن عبد الله الأنصاري قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، يقول : "ما من صاحب إبل لا يفعل فيها حقها، إلا جاءت يوم القيامة أكثر ما كانت قط، وأقعد لها بقاع قرقر، تستنث عليه بقوائمها وأخفافها. وما من صاحب بقر لا يفعل فيها حقها، إلا جاءت يوم القيامة أكثر ما كانت، وأقعد لها بقاع قرقر، تنطخه بقرونها وتنطؤه بقوائمها. ولا صاحب غنم لا يفعل فيها حقها، إلا جاءت يوم القيامة أكثر ما كانت، وأقعد لها بقاع قرقر ، تنطخه بقرونها وتنطؤه بأظلافها، ليس فيها جماء ولا منكسر قرقرها. ولا صاحب كثر، لا يفعل فيه حقها، إلا جاء كنزها يوم القيامة شجاعاً أقرع يتبعه، فاغراً فاه فإذا أتاه قر منه، فيناديه ربّه عز وجلّ : خذ كنزك الذي خبأته، فأنأ أعنى منك، فإذا رأى أنّه لا بد له منه، سلك يده في فيه، فيقبضها فضمّ الفحل". قال رجل: يا رسول الله ما حق الإبل ؟ قال : "حلبها على الماء، وإعارة دلوها، وإعارة فحلها ومنيحتها، وحمل عليها في سبيل الله".

وقد ذهب أكثر أهل العلم إلى أنّ العارية مندوب إليها ، وليست واجبة. وقيل : هي واجبة للآية ، ولحديث جابر الذي ذمّ الله تعالى فيه مانع العارية ، وتوعده رسول الله صلى الله عليه وسلم بما ذكر في خبره.

وركن العارية عند الحنفية الإيجاب من المعير ، أما القبول من المستعير فليس بركن استحسانا، والقياس أن يكون ركن وهو قول زفر. وتعتقد بأي لفظ يدل عليها، أو بالفعل إذا دلت على ذلك قرينة ، ولا يترتب على العارية أي أثر من الآثار إلا بالقبض<sup>(2)</sup>.

وعند الجمهور لها أركان أربعة وهي : المعير ، والمستعير ، والمعار ، والصيغة<sup>(3)</sup>.

والعارية عقد غير لازم فيجوز لكل طرف الرجوع فيها دون اشتراط رضا الطرف الآخر. فقال الحنفية والشافعية والحنابلة إن الملك الثابت للمستعير ملك غير لازم ، لأنّه ملك بدون عوض ، فيجوز للمعير الرجوع في العارية ، كما يجوز للمستعير أن يردّ العارية في أي وقت شاء سواء استوفى المنفعة أم لا، ودليلهم على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : «الْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ، وَالْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ»<sup>(4)</sup>.

وذهب المالكية إلى أنه ليس للمعير استرجاع العارية، قبل الانتفاع بها، فإذا كانت العارية إلى أجل، فلا يجوز للمعير الرجوع إلا بعد انقضاء الأجل، وإن لم يتحدد الأجل، فيلزم المعير أن يمنح للمستعير مدة من الزمن تمكنه من الانتفاع بالعارية. قال الدردير في الشرح الكبير: الراجح أنّ للمعير أن يرجع في الإعارة المطلقة متى أحب<sup>(5)</sup>. ويبدو أن المالكية يسوغون الرجوع في العارية المطلقة ، وبمنعونه في العارية المقيدة بالشرط أو المدة أو العرف والعادة.

وسبب الخلاف بين الفريقين ، هو ما يوجد في العارية من شبه العقود اللازمة ، وغير اللازمة<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup> - ابن قدامة ، المغني ، ج 5 ص 128.

<sup>2</sup> - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 6 ص 214.

<sup>3</sup> - ابن جزري ، القوانين الفقهية ، ص 245 . القرافي ، الذخيرة ، ج 6 ص 197. الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 2 ص 264. البهوتي ، كشاف القناع ، ج 4 ص 67.

<sup>4</sup> - جزء من حديث أخرجه أبو داود والترمذي وتماه : «الْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ، وَالْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ، وَالذَّيْنُ مَقْضِيٌّ، وَالرَّعِيمُ عَارِمٌ». قال الترمذي: حديث حسن، وصححه ابن حبان. ورواه أيضاً أحمد وأبو داود الطيالسي وأبو يعلى والدارقطني وابن أبي شيبة وعبد الرزاق. الزيلعي ، نصب الراية ، ج 4 ص 57. ابن حجر ، تلخيص الحبير ، ص 250.

<sup>5</sup> - الدردير ، حاشية الدسوقي ، ج 3 ص 439.

<sup>6</sup> - ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ص 313.

**السبب الباعث على العارية :** الغرض من الإعارة هو الانتفاع بالعارية ، كركوب سيارة إلى سفر ، أو إعارة خادماً ليزرع له شجراً ، أو كتاب ليطلع على مضمونه ، أو استعارة سلاح ليقاتل به ، فهذه أغراض مختلفة ولكن يجب أن تكون مباحة ولا تناقض مقصود الشارع ، حتى يكون العقد صحيحاً .

وعلى هذا إذا كانت العارية تبيح للمستعير الانتفاع بالعين المعارة ، منقولاً كانت أم عقاراً ، كالدور والأرضين والثياب والسيارات والدواب وسائر الحيوانات ، وجميع ما ينتفع به مع بقاء عينه؛ فإن الشيء الذي يباح الانتفاع به بموجب عقد العارية ، يجب أن تكون منفعته مباحة الاستعمال ، فلا يجوز إعارة ما هو معصية ، أو يؤدي في الغالب إلى معصية .

فلا يجوز إعارة آلات اللهو والغناء ، لأن الغرض منها في الغالب هو التلهي الممنوع . كما لا تجوز إعارة السلاح في الفتنة أو لأهل الحرب ، أو إعارة دار لبيع الخمر ، أو لتكون مكاناً لممارسة الفسق أو التحريض عليه ، لأن في هذا كله إغانة على المعصية .

كما لا تجوز العارية إذا كانت تؤدي إلى محرم ، فلا تستعار الجوّاري للاستمتاع بها ، ويكره للخدمة إلا من ذي محرم أو صبي أو صغير ، كما لا يجوز إعارة العبد المسلم لكافر<sup>(1)</sup> .

### الفرع الثاني : السبب في عقد العارية في القانون الوضعي

ورد عقد العارية في التقنين المدني الجزائري ، ضمن العقود الواردة على الانتفاع بالشيء ، وخصص المشرع لهذا الصنف من العقود عقدين ، هما الإيجار والعارية ، ونصّ على أحكامهما في الباب الثامن من الكتاب الثاني الخاص بالالتزامات والعقود ، ونظّم أحكام العارية في المواد 538 - 548 من التقنين المدني . ونصت المادة 538 من التقنين المدني الجزائري على أن العارية : "عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يردّه بعد الاستعمال"<sup>(2)</sup> .

ويتبين من هذا النص خصائص العارية وهي :

أ - العارية عقد رضائي ، فتنتم بمجرد توافق الإيجاب والقبول دون حاجة إلى شكل خاص ، كما لا يشترط في انعقاد العارية تسليم الشيء المعار إلى المستعير ، إذ التسليم ليس ركناً ، بل هو التزام ينشأ في ذمة المعير بعد أن تنشأ العارية صحيحة<sup>(1)</sup> .

<sup>1</sup> - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 6 ص 214 . الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 2 ص 266 . حاشية الدسوقي ، ج 3 ص 433 . ابن جزري ، القوانين الفقهية ، ص 245 . ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ص 313 .

<sup>2</sup> - يقابلها المادة 635 من القانون المدني المصري . والفصل 1054 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية .

على أن هناك اختلافاً في رضائية العارية ، فهناك عدد من القوانين تبني رضائية العارية منها : التقنين المدني الجزائري في المادة 538 ، والمصري في المادة 635 ، والسوري في المادة 602 ، والقطري في المادة 670 ، وهو كذلك رأي التقنين الألماني في المادة 598 ، والبولوني في المادة 419 ، والسويسري في المادة 305<sup>(2)</sup>.

في حين هناك قوانين أخرى ترى أنّ العارية عقد عيني ، منها القانون الروماني ، والتقنين المصري القديم ، وفي العصر الحديث التقنين المدني اللبناني في المادة 729 ، والعراقي في المادة 847 ، والإماراتي في المادة 850 ، والتونسي في الفصل 1068 ، والمغربي في الفصل 333 ، والتقنين المدني الفرنسي في المادة 1875<sup>(3)</sup> ،

ب - العارية عقد ملزم للجانبين ، فالمعير يلتزم بتسلم الشيء المعار للمستعير، والمستعير يلتزم باستعمال الشيء المعار في الغرض المعد له ، وبالمحافظة عليه ، وبرده عند انتهاء العارية.

ج - العارية من عقود التبرع ، فالمستعير يستعمل الشيء المعار بلا عوض ، فإذا تقاضى المعير عوضاً انقلب العقد إيجاراً، فالعوض هو الذي يفرّق الإيجار عن العارية؛ فالعارية تبرع بالنسبة إلى المعير لأنّه لا يأخذ شيئاً من المستعير ، في مقابل استعمال الشيء المعار. وتبرع بالنسبة إلى المستعير لأنّه لا يعطي شيئاً للمعير في مقابل هذا الاستعمال<sup>(4)</sup>.

ويميز فقهاء القانون عادة في عقود التبرع ، بين الهبات (actes de libéralité) ، وعقود التفضل (actes de bienfaisance) ؛ فالهبات هي العقود التي يخرج فيها المتبرع عن ملكية المال المتبرع به، كعقد الهبة فيخرج فيها الواهب عن ملكية المال الموهوب، أما عقود التفضل فهي أن يعطي المتبرع للمتبرع له فائدة دون أن يخرج عن ملكية ماله. وعلى هذا تكون العارية من عقود التفضل، لأنّ المتبرع يتبرع بمنفعة العين دون أن يخرج عن ملكيتها، والوديعة عقد تفضل ، لأنّ المودع عنده يتبرع بعمله ، لا بماله<sup>(5)</sup>.

**السبب في عقد العارية :** السبب في عقد العارية وفقاً للنظرية الحديثة ، التي تبناها التقنين المدني الجزائري والمصري وغيرهما من القوانين الحديثة ، هو الباعث الدافع إلى التعاقد. وعلى هذا إذا كان الباعث

<sup>1</sup> - السنهوري ، الوسيط ، ج 6 المجلد الثاني ص 1508.

<sup>2</sup> - **Art 305 :** Le prêt à usage est un contrat par lequel le prêteur s'oblige à céder gratuitement l'usage d'une chose que l'emprunteur s'engage à lui rendre après s'en être servi

<sup>3</sup> - **Article 1875 :** Le prêt à usage ou commodat est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi.

<sup>4</sup> - السنهوري ، الوسيط ، ج 6 المجلد الثاني ص 1510.

<sup>5</sup> - السنهوري ، الوسيط ، ج 1 المجلد الأول ص 175.

غير مشروع كانت العارية باطلة ، مثال ذلك أن يعير شخص شخصا آخر سلاحا ليرتكب به جريمة قتل ، أو أدوات ليسطو بها على منزل ليسرقه ، أو مفروشات ليؤثث بها منزلا للدعارة ، أو ناديا للقمار<sup>(1)</sup>، أو سيارة ليهرب بها شخصا مطلوباً للعدالة.

أما إذا كان الدافع مشروعاً ، كما لو أعارت امرأة من أخرى حُلّياً تتزين بها في حفلة ، لتحافظ بذلك على مظهرها أمام الناس ، فالعقد صحيح ولا غبار عليه. أما إذا كان القصد من المحافظة على المظهر هو خداع رجل معين ، كي يعتقد أنها من ذوات اليسار والغنى ، فيقبل الزواج بها ، فهذا قصد سيء وغرض غير مشروع ، يجعل عقد العارية باطلاً إذا كان المعير يعلم أو من السهل عليه أن يعلم بهذا القصد السيء.

ووفقاً للنظرية التقليدية فإنّ السبب في عقد العارية هو التسليم ، لأنّ العارية حسب هذه النظرية هي عقد عيني ، لا يتم إلا بقيام المعير بتسليم الشيء محل التعاقد إلى المستعير.

وعلى هذا فإنّ سبب التزامات المستعير هو التزامات المقابلة لها في ذمة المعير، وهذا ما تبناه التقنين المدني الفرنسي ، حيث اشترطت المادة 1885 التسليم شرطاً ضرورياً لقيام العقد<sup>(2)</sup>، وكذلك اشترطته المادة 732 من قانون الموجبات والعقود اللبناني. غير أن التوقف عند هذا السبب من شأنه أن يكون بعيداً عن تأمين مشروعية العقد ، لذا وجب التطلع إلى الدوافع القاطعة التي دفعت المعير إلى إبرام العقد ، أي السبب الذي دفعه إلى الإعارة ، فإذا كان مشروعاً كان العقد صحيحاً ، وإذا كان مخالفاً للآداب العامة يكون العقد باطلاً<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - السنهوري ، الوسيط ، ج 6 المجلد الثاني ص 1521.

<sup>2</sup> - **Article 1885** : « L'emprunteur ne peut pas retenir la chose par compensation de ce que le prêteur lui doit ».

<sup>3</sup> - زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود اللبناني، دار الثقافة، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1970، ج 12 ص 192. محمد علي عبده، السبب في القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2004، ص 269.

## المبحث الثاني

### السبب في عقود التبرع

وستقتصر دراسة السبب في عقود التبرع على عقدين هما : الهبة والوصية ، ويفرد لكل عقد مطلباً.

#### المطلب الأول : السبب في عقد الهبة

وتتم دراسة سبب الهبة في فرعين ؛ يخصص الأول للفقهاء الإسلامي ، ويخصص الثاني للقانون الوضعي.

#### الفرع الأول : السبب في الهبة في الفقه الإسلامي

تعريف الهبة لغة : مأخوذة من وَهَبَ ، يقال وهب يَهَبُ وَهْباً وَهبةً ، والاسم الموهب والموهبة. فالهبة لغة تطلق على التبرع والتفضل ، بما ينفع الموهوب له مطلقاً ، سواء كان مالاً أو غير مال. فالهبة : العَطِيَّةُ الخالية عن الأعيان والأغراض ، فإذا كثرت سمي صاحبها وهاباً. والوَهَّابُ من صفات الله المنعم على العباد، والله تعالى الوهَّاب والواهب<sup>(1)</sup>. الهبة<sup>(2)</sup>: عقد من عقود التبرعات، التي يكون التملك فيها بغير عوض ، إذ المتبرع لا يطلب مقابلاً لما تبرع به.

والهبة في الاصطلاح الشرعي : عقد يفيد التملك بلا عوض حال الحياة تطوعاً<sup>(3)</sup>. وعرفها الحنابلة بأنها: تملك جائز التصرف مالاً معلوماً أو مجهولاً تعذر علمه<sup>(4)</sup> ، موجوداً، مقدوراً على تسليمه، غير واجب، في الحياة، بلا عوض، بما يعد هبة عرفاً من لفظ هبة وتمليك ونحوهما<sup>(1)</sup>.

<sup>1</sup> - ابن منظور ، لسان العرب ، ج 15 ص 411 ، مادة وهب.

<sup>2</sup> - الهبة والصدقة والهبة والعطية معانيها متقاربة. وكلها تملك في الحياة بغير عوض. واسم العطية شامل لجميعها. وكذلك الهبة. وقيل العطية: الهبة في مرض الموت. والصدقة والهبة متغايرة ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة". وقال في اللحم الذي تصدق به على بريرة : "هو عليها صدقة ولنا هدية". رواه البخاري عن أنس بن مالك ، في كتاب الهبة حديث رقم 2577. فمن أعطى شيئاً يتقرب به إلى الله تعالى للمحتاج فهو صدقة. ومن دفع إلى إنسان شيئاً للتقرب إليه ، والخبزة له ، وحمل الشيء الموهوب إلى مكان الموهوب له إعظاماً له وإكراماً ، فهو هدية. فبين الهبة والهدية عموم وخصوص مطلق فكل هدية هبة ولا عكس. ولما كانت الهدية تمتاز بالنقل والحمل من موضع لآخر ، انحصر لفظ الهدية في المنقول ، وانحصر لفظ الهبة في العقار. ابن قدامة ، المغني ، ج 6 ص 246. ابن حجر ، فتح الباري ، ج 5 ص 197. النووي ، المجموع ، ج 16 ص 340. روضة الطالبين ، ج 4 ص 426 - 427. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 5 ص 5.

<sup>3</sup> - الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 2 ص 396. ابن قدامة ، المغني ، ج 5 ص 591. حاشية ابن عابدين ، ج 4 ص 530. ابن الهمام ، فتح القدير ، ج 7 ص 113.

<sup>4</sup> - بأن اختلط مال اثنين على وجه لا يتميز، فوهب أحدهما الآخر ماله.

فكلمة تمليك لإخراج العارية. وكلمة المال لإخراج ما ليس بمال. والمقدور على تسليمه لإخراج الحمل. وغير الواجب لإخراج الديون والنفقات. وفي الحياة لإخراج الوصية. وبلا عوض لإخراج عقود المعاوضات.

والتبرعات المقصودة في هذا البحث هي كما قال الطاهر بن عاشور: "التمليك والإغناء وإقامة المصالح المهمة، الكائنة في الغالب بأموال يتنافس في مثلها المتنافسون، ويتشاكس في الاختصاص بها المتشاكسون"<sup>(2)</sup>.

وتعتقد الهبة بإيجاب من الواهب وقبول من الموهوب له. ويرى بعض فقهاء الشافعية أنه لا حاجة فيها إلى إيجاب وقبول باللفظ، بل يكفي القبض ويملك به، وهو صحيح مذهب الشافعية والذي نقله الأثبات من متأخري المذهب<sup>(3)</sup>، وعلى هذا إذا تمت الهبة بالقبض أصبحت صحيحة ولازمة.

وذكر ابن رشد أن هناك اختلافاً بين الفقهاء في تكييف عقد الهبة. ففي حين يرى أبو حنيفة والشافعي والثوري أنها عقد عيني يكون القبض ركناً في إنشائها، يذهب مالك وأحمد وأهل الظاهر إلى أن الهبة عقد رضائي يكفي الإيجاب والقبول لانعقادها<sup>(4)</sup>.

واتفق جمهور الفقهاء على عدم جواز الرجوع في الهبة إذا قبضت، وذلك لثبوت ملك الموهوب له في الهبة. ولقوله صلى الله عليه وسلم: "العائِدُ فِي هَيْبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ"<sup>(5)</sup>.

فذهب المالكية إلى أن الهبة عقد لازم، يثبت الملك فيها بمجرد العقد ويصبح لازماً بالقبض، فلا يحل الرجوع بعدئذ؛ ولأن الرجوع يضاد التمليك، والعقد لا يقتضي ما يضاده.

غير أنه يجوز للأب فقط أن يرجع فيما وهبه لابنه، ما لم يترتب عليه حق الغير، كأن يتزوج الولد، أو يستحدث ديناً، والرجوع في الهبة يعرف عندهم بالاعتصار في الهبة.

والاعتصار أو الرجوع في الهبة جائز فيما يهبه الوالد لولده سواء أكان الولد صغيراً أم كبيراً بشروط خمسة وهي: ألا يتزوج الولد بعد الهبة، ولا يحدث ديناً لأجل، وألا يتغير الموهوب عن حاله، وألا يحدث

<sup>1</sup> - مرعي بن يوسف الكرمي، غاية المنتهى في جمع الإقناع والمنتهى، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة الأولى 1428 - 2007، ج 2 ص 328. منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع، ج 4 ص 329.

<sup>2</sup> - الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 188 - 189.

<sup>3</sup> - النووي، روضة الطالبين، ج 4 ص 428.

<sup>4</sup> - ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2 ص 329.

<sup>5</sup> - رواه البخاري، في كتاب الهبة، باب هبة الرجل لامرأته. ورواه مسلم، في كتاب الهبات، باب تحريم الرجوع في الصدقة.

الموهوب له في الموهوب حدثاً، وألا يمرض الواهب أو الموهوب له، فإن وقع شيء من ذلك يمتنع الرجوع<sup>(1)</sup>، وهذا ما تبناه قانون الأسرة الجزائري في المادة 211.

وقال الشافعية والحنابلة<sup>(2)</sup> : لا يحل للواهب أن يرجع في هبته، إلا الوالد فيما أعطى ولده، لقوله صلى الله عليه وسلم : «العائد في هبته كالعائد في قيئه» ، وفي رواية : «ليس لنا مثل السوء: العائد في هبته، كالكلب يعود في قيئه»<sup>(3)</sup>. وقال صلى الله عليه وسلم : "لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهبه لولده"<sup>(4)</sup>. وكالوالد سائر الأصول عند الشافعية.

قال ابن سُرَيْج يجوز للأب أن يرجع في هبته لولده ، إذا قصد بهبته استجلاب بَرٍّ أو دفع عقوق فلم يحصل. فإذا أطلق الهبة ولم يقصد ذلك فلا رجوع<sup>(5)</sup>.

ويرى الحنفية أن الهبة عقد غير لازم ، فيصح الرجوع فيها وفسخ العقد ، لقوله صلى الله عليه وسلم: «الواهب أحق بهبته ما لم يُتَّب منها»<sup>(6)</sup>. فيصح الرجوع ما لم يحصل تعويض، وإن تم القبض، ولكن يكره الرجوع؛ لأنه من باب الدناءة، وللموهوب له أن يمتنع عن الرد. ولا يصح الرجوع إلا بتراض أو بقضاء القاضي؛ لأن الرجوع فسخ بعد تمام العقد، إقالة ، فصار كالفسخ بسبب العيب بعد القبض.

إلا أن هناك موانع عند الحنفية تمنع الرجوع في الهبة وهي : 1 - موت الواهب أو الموهوب له. 2 - أخذ عوض عن الهبة. 3 - زيادة العين الموهوبة زيادة متصلة لا يمكن فصلها. 4 - خروج العين الموهوبة

<sup>1</sup> - الرصاع ، شرح حدود ابن عرفة، ص 559. الباجي ، المنتقى، ج 6 ص 113 - 116. ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2 ص 324. ابن جزري القوانين الفقهية ، ص 367. حاشية الدسوقي ، ج 4 ص 110.

<sup>2</sup> - ابن قدامة ، المغني ، ج 5 ص 621. الشريبي ، مغني المحتاج ، ج 1 ص 401. الشيرازي ، المهذب ، ص 447.

<sup>3</sup> - الرواية الأولى عن عبد الله بن عمرو بن العاص، أخرجها النسائي. والرواية الثانية أخرجها أبو داود ، انظر الصنعاني ، سبل السلام، ج 3 ص 90.

<sup>4</sup> - رواه الترمذي في باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة ، عارضة الأحوزي ، ج 8 ص 294. كما أخرجها أبو داود وابن ماجه وأحمد في مسنده.

<sup>5</sup> - النووي ، روضة الطالبين ، ج 4 ص 440.

<sup>6</sup> - روى الحديث أبي هريرة وابن عباس وابن عمر. فحديث أبي هريرة أخرجه ابن ماجه والدارقطني، وفيه ضعيف. وحديث ابن عباس له طريقان: أحدهما عند الطبراني في معجمه، والثاني عند الدارقطني في سننه. وحديث ابن عمر رواه الحاكم وصححه، كما صححه ابن حزم، وعن الحاكم رواه البيهقي. الزيلعي ، نصب الراية في تخریج أحاديث الهداية ، ج 4 ص 125 ، ابن حجر ، تلخيص الخبير ، ص 260. الصنعاني ، سبل السلام ، ج 3 ص 93.

عن ملك الموهوب له. 5 - قيام الزوجية بين الواهب والموهوب له وقت الهبة. 6 - القرابة المحرمة بين الواهب والموهوب له. 7 - هلاك العين الموهوبة<sup>(1)</sup>.

**السبب في الهبة :** شرعت الهبة في الأصل لتقوية أواصر المحبة بين الناس ، لما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "تَهَادُوا تَحَابُوا"<sup>(2)</sup>. وقال أيضا صلى الله عليه وسلم : "من صنع إليكم معروفا فكافئوه"<sup>(3)</sup>.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : تَهَادُوا فَإِنَّ الْهَدِيَّةَ تُذْهِبُ وَحَرَ الصَّدْرِ، وَلَا تَحْقِرَنَّ جَارَةً لِحَارَتِهَا وَلَوْ شِقَّ فَرَسٍ شَاةً"<sup>(4)</sup>. وهذا الحديث يبين مقصدا آخر من المقاصد التي شرعت لها الهدية وهو ذهاب "وَحَرَ الصَّدْرِ" ، أي أشد الغضب والحقد؛ وذلك لأن القلب مشحون بحب المال والمنافع ، فإذا وصل إليه شيء منها ذهب من غمه بمقدار ما دخل عليه من سروره. وكذلك فإن الإنسان إذا وجد في نفسه تجاه شخص معين ، فرآه قد سمح له بماله ، دلّه ذلك على إثارة له على نفسه فيميل إليه<sup>(5)</sup>.

وقصد الشارع من ذلك تحقيق أواصر المودة بين المسلمين ، وتطهير الأنفس من البخل والشح ، ومساعدة المعوزين وإغناء المقترين ، وإقامة المواساة بين أفراد الأمة الخادمة لمعنى الأخوة<sup>(6)</sup>. ومن ثم على الواهب ألا يتوجه قصده لتقيض هذه المعاني ، كأن يكون قصده التهرب من الزكاة بإنقاص المال عن

<sup>1</sup> - بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، ص 33 هامش رقم 1.

وقد نظم بعضهم هذه الموانع فقال : ومانع من الرجوع في الهبة يا صاحبي حروف "دمع خزقة"  
الدال رمز للزيادة المتصلة في نفس العين. والميم للموت. والعين للعرض. والخاء لخروج الموهوب عن ملك الموهوب له. والزاي للزوجية. والقاف للقرابة. والهاء للهلاك.

<sup>2</sup> - رواه البخاري في الأدب المفرد ، مؤسسة الكتاب الثقافية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية 1417 هـ - 1996م، باب قبول الهدية حديث رقم 607. ابن حجر ، بلوغ المرام في أدلة الأحكام ، باب الهبة والعمري والرقبي ، ص 194.

<sup>3</sup> - جزء من حديث رواه أبو داود في سننه، كتاب الزكاة ، باب عطية من سأل بالله، حديث رقم : 1672. وتماهه عن عبد الله بن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "مَنْ اسْتَعَاذَ بِاللَّهِ فَأَعِيدُوهُ، وَمَنْ سَأَلَ بِاللَّهِ فَأَعْطُوهُ، وَمَنْ دَعَاكُمْ فَأَجِيبُوهُ، وَمَنْ صَنَعَ إِلَيْكُمْ مَعْرُوفًا فَكَافِئُوهُ، فَإِنْ لَمْ يَجِدُوا مَا تُكَافِئُونَهُ، فَادْعُوا لَهُ حَتَّى تَرَوْا أَنْكُمْ قَدْ كَافَأْتُمُوهُ".

<sup>4</sup> - رواه الترمذي ، باب في حث النبي صلى الله عليه وسلم على التهادي. وقال حديث غريب.

<sup>5</sup> - القاضي أبو بكر بن العربي، عارضة الأحمدي بشرح صحيح الترمذي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د ر ط)، ج 8 ص 293.

<sup>6</sup> - الطاهر بن عاشور ، مقاصد الشريعة الإسلامية ، ص 188.

النصاب ، أو يقصد المنّ على الموهوب له ، أو الرياء والتفاخر والظهور بصورة الجواد الكريم، فجميع هذه المقاصد تتنافى مع المصالح التي قصدها الشارع من أصل تشريع الهبة.

يقول الكاساني : "إنّ سبب الهبة هو الرّغبة في اكتساب المديح والثناء، أو الطمع في المكافأة والمجازاة عرفاً أو عادة"<sup>(1)</sup>. وبذلك تكون الهبة تحقق قصداً هو نفع الواهب نفسه.

فإذا انخرّف الواهب عن المقاصد والأغراض التي وضعها الشارع الحكيم في الهبة ، واتجه إلى تحقيق غايات أخرى ، وكان الباعث عليها غير مشروع ، بطلت الهبة.

مثل هدية المتقاضى للقاضي ، فإنها مظنة الجور ، إلا إذا كان التهادي عادة جارية بينهما ، حتى لا يكون الغرض من الهدية ، دفع القاضي إلى الحكم لصالح صاحب الهدية ، وليس لتأكيد أو اصر المحبة والمودة بينهما. كما تبطل هدية المقترض إلى المقرض ، لأنّ الباعث عليها قد يكون حصول المقرض على مبلغ مال هو قيمة الهدية ، فيعتبر ربا. وتبطل كذلك هدية العاملين على الصدقات إلى الحكام ، لأنها تحمل على قرينة الإغضاء عن تقصير العامل أو ظلمه للناس<sup>(2)</sup>.

وكذلك تبطل الهدايا التي تدفع لجامعي الزكاة ، لخروجها عن الغاية من الهدية ، لأنها تُدفع للعامل من أجل سلطته ، لا لذاته. ولذلك نبّه النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك فقال : "مَا بَالُ الْعَامِلِ نَبَعْتُهُ فَيَأْتِي يَقُولُ : هَذَا لَكُمْ وَهَذَا أُهْدِي لِي. فَهَلَّا جَلَسَ فِي بَيْتِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ فَيَنْظُرُ أَيُّهُدَى لَهُ أَمْ لَا ؟ وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ، لَا يَأْخُذُ أَحَدٌ مِنْهَا شَيْئًا، إِلَّا جَاءَ بِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ يَحْمِلُهُ عَلَى رَقَبَتِهِ، إِنْ كَانَ بَعِيرًا لَهُ رُغَاءٌ، أَوْ بَقْرَةً لَهَا حُوزَارٌ، أَوْ شَاةٌ تَيْعُرٌ". ثُمَّ رَفَعَ يَدَيْهِ حَتَّى رَأَيْنَا عُفْرَتِي إِبْطِيهِ، أَلَا هَلْ بَلَّغْتُ ثَلَاثًا"<sup>(3)</sup>.

قال ابن حجر : "وفيه أن هدايا العمال تجعل في بيت المال، وأن العامل لا يملكها إلا إن طلبها له الإمام". وقد أجاز العلماء قبول العامل الهدية ممن كان يهاديه قبل أن يلي العمل. قال ابن حجر : "جواز قبول الهدية ممن كان يهاديه قبل ذلك". قال الشوكاني : "وقد كان بعض أهل العلم والفضل يمتنع هو وأصحابه من قبول الهدية من أحد أصلاً، لا من صديق ولا من قريب ولا غيرها وذلك لفساد النيات في هذا الزمان". ويؤيد ما قاله الشوكاني ما ذكره البخاري في كتاب الهبة تعليقاً تحت عنوان : "باب هدايا العمال غلول". أن عمر بن عبد العزيز قد اشتهى التفاح يوماً، ولم يجد في بيته شيئاً يشتري به، فتلقاه

<sup>1</sup> - الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج 6 ص 187.

<sup>2</sup> - ابن رجب الحنبلي ، القواعد في الفقه الإسلامي ، ص 310.

<sup>3</sup> - رواه البخاري في كتاب الهبة ، باب من لم يقبل الهدية لعلّة. من حديث أبي حميد الساعدي رضي الله عنه قال: استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلاً من بني أسد يقال له ابن الأتبية على الصدقة، فلما قدم قال: هذا لكم وهذا أهدي إلي. فقام النبي صلى الله عليه وسلم على المنبر فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال : "ما بال العامل نستعمله...". حديث رقم 2597.

غلمان الدير بأطباق تفاح، بعدما سمع بعض الناس برغبة أمير المؤمنين، فتناول واحدة فشتمها ثم ردّ الأطباق، وقال: لا حاجة لي فيه، فقيل له: ألم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب يقبلون الهدية؟ فقال: إنها لأولئك هدية وهي للعمال بعدهم رشوة<sup>(1)</sup>.

والباعث على الهبة قد يكون مشروعاً، إلا أنّ الهبة قد تكون منافية لأغراض الشارع في أمر من الأمور، فالهبة من الأب لولده لا يمكن أن يوصف فيها الباعث بأنه غير مشروع. ولكن هذه الهبة قد تؤدي إلى مآل غير مشروع، ولا تتفق مع ما قصده الشارع من أن الهبة تكون وسيلة للمودة والرحمة. مثل الهبة لأحد الأولاد دون الآخرين، فإنه يترتب عليها إيغار الصدور بين الأولاد، لأنّ ذلك خلاف العدل، وإعانة على العقوق المحرم، وفي هذه الحالة تكون الهبة باطلة لعدم موافقتها لمقاصد الشارع، بالرغم من أن نية الواهب مشروعة، ولهذا وصفها النبي صلى الله عليه وسلم بأنها جور<sup>(2)</sup>، وأمر بإرجاعها في حديث النعمان بن بشير رضي الله عنهما حيث قال: "اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم". قال: فرجع أبي فرد تلك الصدقة<sup>(3)</sup>.

وكذلك الدعوة إلى وليمه أو طعام، فإنه لا يجوز قبول الدعوة، إذا كان إقامة الحفل أو الوليمة لباعث فاسد في نفس الداعي، كالرغبة في المباهاة، أو كان الباعث غير مشروع كما لو أقام وليمة للقاضي ليحول بينه وبين الحكم بالحق.

وإذا كانت النية هي: "انبعاث القلب نحو ما يراه موافقا من جلب نفع أو دفع ضرر، حالا أو مآلا"<sup>(4)</sup>، فيترتب على ذلك أن البواعث التي تدفع إلى الهبة يجب أن تؤخذ في الاعتبار وتؤثر في الهبة صحة وبطلانها، فإذا تبين من ظروف العقد أن الباعث عليها غير مشروع، ويؤدي إلى ارتكاب المحرم أو مخالفة قصد الشارع، فإن الهبة تكون باطلة.

1 - ابن حجر، فتح الباري، ج 5 ص 220 - 221.

2 - محمود محمد شعبان، المرجع السابق، ص 391.

3 - أخرجه البخاري في كتاب الهبة وفضلها، باب الإهداء في الهبة، حديث رقم 2398. ومسلم في كتاب الهبات، باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة، حديث رقم 3055. من طريق حصين عن الشعبي عن النعمان بن بشير قال: "تصدق عليّ أبي ببعض ماله، فقالت أمي عمرة بنت رواحة: لا أرضى حتى تشهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فانطلق أبي إلى النبي صلى الله عليه وسلم ليشهده على صدقي، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: أفعلت هذا بولدك كلهم؟ قال: لا، قال: اتقوا الله...". الحديث. وفي رواية: "قال: لا، قال: فلا تشهدني إذن، فإني لا أشهد على جور". أخرجه مسلم والنسائي وأحمد. وفي أخرى: "لا تشهدني على جور". أخرجه البخاري ومسلم.

4 - السيوطي، الأشباه والنظائر، ج 1 ص 71.

وبناء على ذلك فلا يحلّ لمن أقرض مالا أن يقبل هدية أو طعاما ، إذا علم بغرض المهدي، ويكره للدائن أن يقبل ذلك حتى ولو كانت نية المدين قد ثبتت صحتها، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن هدية المديان. فعن يحيى بن إسحاق الهنائي ، قال سألت أنس بن مالك : الرجل منا يقرض أخاه المال ؛ فيهدي له ؟ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "إذا أقرض أحدكم قرضا فأهدي إليه أو حملة على الدابة ، فلا يركبها ولا يقبلها ، إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك"<sup>(1)</sup>.

أما الهبة التي يكون فيها عوض فإنّ الحكم فيها يختلف ، فلا يكون المناط فيها الغاية من العقد فحسب ، بل يكون العوض منظورا إليه لوجود المبادلة في الهبة، وتندرج الهبة في هذا ضمن الحالات التي يجوز فيها الرجوع. ويجب ألا يضاد الموهوب له في ذمته بسبب الرجوع ، وعند تنفيذ الهبة ومعنى ذلك أن التكافؤ بين حقوق الواهب والموهوب له مطلوب ، فإذا تعين الرجوع فتعاد كل ذمة إلى حالها قبل الهبة ، بحيث لا تزداد ذمة الواهب عند استرجاعه للهبة ولا تنقص ذمة الموهوب له ، ولا يترتب على الرجوع في الهبة ضرر بالنسبة له. فالهبة في هذه الحالة ليست تبرعا خالصا ، وإنما كان الباعث عليها مقابلا يبتغيه الواهب من هبته، على أن هذا المقابل لم يتحقق ولم يحصل عليه الواهب ، مما أدى إلى رجوعه في الهبة ، ويتمثل هذا العوض في كل ما له قيمة مادية أو أدبية كالثواب والثناء<sup>(2)</sup>.

أما هدايا الخطبة : فحكمها حكم ردّ الهدايا في الفقه الإسلامي ، فقد اتفق الفقهاء على ردّها في الجملة ، وإن اختلفوا في التفاصيل على آراء مختلفة<sup>(3)</sup> وهي :

أ - ذهب الحنفية : إلى أن هدايا الخطبة تأخذ حكم الهبة، وللواهب أن يرجع في هبته ، إلا إذا وجد مانع من موانع الرجوع بالهبة ، كهلاك الشيء أو استهلاكه ، أو الخروج عن الملك أو الزيادة المتصلة التي لا يمكن فصلها. وعلى ذلك إذا كانت الهدية قائمة بعينها فللواهب الرجوع فيها واستردادها. أما إذا هلكت الهدية ، كأن كانت ساعة فانكسرت ، أو خاتما فضاع. أو استهلكته ، كطعام أكل ، أو ثوب لبس

<sup>1</sup> - أخرجه ابن ماجه في سننه ، كتاب الصدقات ، باب القرض ، حديث رقم 2432.

<sup>2</sup> - محمود محمد شعبان، المرجع السابق ، ص 392 - 393.

<sup>3</sup> - الموسوعة الفقهية ، من إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت ، الطبعة الثانية 1983 - 1404 ، طبعة ذات السلاسل ، الكويت ، ج 19 ص 204 - 205. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 7 ص 26. محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ص 38 - 40. بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية ، ص 33. سيد سابق ، فقه السنة ، ج 2 ص 32 - 34. محمد مصطفى شلي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت ، الطبعة الرابعة 1403 - 1982 ، ص 82.

وبلي. أو زادت زيادة متصلة لا يمكن فصلها، كقماش خيط ثوبا. أو خرجت من ملك المهدي إليه بأن تصرف فيها بالبيع أو الهبة، فليس للواهب استردادها في جميع هذه الصور، ولا طلب مثلها أو قيمتها<sup>(1)</sup>.

ب - وذهب الشافعي إلى وجوب استرداد الهدايا مطلقا ؛ فإن كانت قائمة ردت بذاتها ، وإن هلكت أو استهلكت وجب ردّ مثلها أو قيمتها. سواء كان العُدُول من قِبَل الخاطب ، أو من قِبَل المخطوبة، أو منهما معا<sup>(2)</sup>.

ج - وذهب المالكية في أصل المذهب عندهم ، إلى أنه لا رجوع في شيء مما أهداه الخاطب ، ولو كان الرجوع من جهة المخطوبة. ولكن الفتوى في المذهب برأي آخر ، وهو الأوفق كما يقولون ويفصلونه على الوجه الآتي :

إن كان هناك عرف أو شرط بالرد وعدمه ، فيعمل به.

فإن لم يكن هناك شرط ولا عرف ، فيفرقون بين أن يكون العُدُول من جهة الخاطب أو من جهة المخطوبة. فإن كان العُدُول من الخاطب، فلا يرجع بشيء من الهدايا ، ولو كانت موجودة ، لأنه آلمها بعدوله فلا يجمع عليها بين ألم العُدُول وألم استرداد الهدايا. وإن كان العُدُول من المخطوبة ، وجب عليها ردّ ما أخذته بعينه إن كان قائما ، أو مثله أو قيمته إن كان قد هلك ، لأنه لا وجه لها في أخذ الهدايا بعدما آلمته بفسخ الخطبة<sup>(3)</sup>.

وما ذهب إليه المالكية عدل بلا ريب ، فلا يجمع على المُهْدَى إليه بين ألم العُدُول وألم الاسترداد ، إن لم يكن هو الذي عدل عن الخطبة ، ولا يجمع على المُهْدَى ألم العُدُول والغرم المالي إن كان العُدُول من الجانب الآخر ؛ لأنّ ما قدمه أحد الخطيبين للآخر لم يكن هدية مطلقة ، بل هي هبة مقيدة ، فإنه لولا الرغبة في الزواج ما قدم أحدهما للآخر شيئا ، فإذا لم يتحقق الزواج لم يتحقق الغرض الذي من أجله قدمت الهدايا ، والعدل يقتضي بأن المتسبب في منع الزواج هو الذي يتحمل نتيجة عمله ؛ ولأن من سعى في نقض ما تم من جهته كان سعيه مردودا عليه.

<sup>1</sup> - ابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار ، ج 2 ص 599.

<sup>2</sup> - الموسوعة الفقهية ، ج 19 ص 204.

<sup>3</sup> - الخطاب ، مواهب الجليل ، ج 3 ص 417 - 418. الخرشبي على مختصر خليل ، ج 3 ص 171. الشرح الصغير ، ج

2 ص 456. جواهر الإكليل شرح مختصر خليل ، ج 1 ص 176.

## الفرع الثاني : السبب في الهبة في القانون الوضعي

وسيتيم تناول عقد الهبة في القانون الوضعي في بندين ؛ يخصص الأول للتعريف بالهبة وبيان خصائصها ، والثاني لبيان السبب في الهبة.

### البند الأول : تعريف الهبة وبيان مقوماتها

عرّفت المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري الهبة على أنها : "تمليك بلا عوض. ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط"<sup>(1)</sup>.

وعرفت مجلة الأحوال الشخصية التونسية الهبة في الفصل 200 ، بأنها : "عقد بمقتضاه يملك شخص لآخر مالا بدون عوض. ويجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع ، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين وتسمى هبة عوض".

وعرفت المادة 486 من التقنين المدني المصري الهبة على أنها : "عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في ماله دون عوض. ويجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين". وعرّفت المادة 504 من قانون الموجبات والعقود اللبناني الهبة بأنها : "تصرف بين الأحياء بمقتضاه يتفرغ المرء لشخص آخر عن كل أمواله أو عن بعضها بلا مقابل".

كما عرّفت المادة 524 من التقنين المدني الكويتي الهبة بقولها : "الهبة عقد على تمليك مال في الحال بغير عوض". وعرّفت المادة 492 من التقنين المدني القطري الهبة بأنها : "تمليك مال أو حق مالي لآخر حال حياة المالك دون عوض". وهو نفس التعريف باللفظ ذاته الذي ورد في المادة 614 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

---

<sup>1</sup> - نظم المشرع الجزائري أحكام الهبة في قانون الأسرة وأفرّد لذلك الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات وتحدث فيه عن الهبة والوصية والوقف، وأفرّد للهبة المواد 202 - 212. وهو ما فعله المشرع التونسي أيضا حيث ذكر أحكام الهبة في مجلة الأحوال الشخصية في الكتاب الثاني عشر، وأفرّد لذلك الفصول 200 - 213. وحين صدرت مجلة الأحوال الشخصية في 13 أوت سنة 1956 كانت خالية من أحكام الهبة ، وقد أضيف هذا الكتاب للمجلة بالقانون 17 لسنة 1964 المؤرخ في 28 ماي 1964. غير أن المشرع المصري والسوري واللبناني والأردني والعراقي والسوداني والكويتي والإماراتي والقطري والبحريني والليبي، نظم أحكام الهبة في القانون المدني، وذكر أحكامها في الباب الأول من الكتاب الثاني الخاص بالعقود التي تقع على الملكية، ونظم فيه أحكام البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح. والمشرع المغربي نظم أحكام الهبة في مدونة الحقوق العينية، وأفرّد لها المواد 273 - 289. والمشرع السويسري نظم أحكام الهبة في قانون الالتزامات في المواد 239 - 252. أما المشرع الفرنسي فقد نظم أحكام الهبة في المواد 893 وما بعدها من القانون المدني، في الباب الثاني من الكتاب الثالث، الخاص بالطرق المختلفة لاكتساب الملكية.

وعرّف التقنين المدني الفرنسي الهبة من خلال المادة 894 والتي نصت على أن : "الهبة هي عقد فيما بين الأحياء ، يتخلى الواهب بموجبه بصورة فعلية وغير قابلة للرجوع عن الشيء الموهوب ، وهي لا تتم إلا بقبول الموهوب له"<sup>(1)</sup>.

ويتبين من تعاريف القوانين للهبة أنّ لها مقومات خمسة وهي : أن الهبة عقد ما بين الأحياء ، وبموجب هذا العقد يتصرف الواهب في ماله ، وبدون عوض ، وبنية التبرع. وأن يصبّ التصرف في شكل معين لا يتم العقد بدونه. ويمكن أن نجمع العناصر الأربعة الأولى في عنصرين ؛ أحدهما عنصر مادي ، وهو تصرف الواهب في ماله دون عوض. والثاني عنصر معنوي ، وهو نية التبرع<sup>(2)</sup>.

أ – الهبة عقد ما بين الأحياء ، تميّزها لها عن الوصية التي هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع. وتنعقد الهبة بالإيجاب والقبول المتطابقين ، وهذا تميّز آخر للهبة عن الوصية ، إذ الوصية تنعقد بإرادة الموصي المنفردة ، ويجوز له الرجوع فيها مادام حيا. فلا تنتج الوصية أثرها إلا بعد الموت. أما رضى الموصى له بالوصية بعد موت الموصي فليس قبولا للإيجاب من الموصي ، بل هو تثبيت لحق الموصى له في الموصى به ، حتى لا يكسب حقا بغير رضاه. وما دامت الهبة عقدا بين الأحياء فهذا يخرج الهبة لما بعد الموت ، التي لا يعرفها التقنين الجزائري ، ويعرفها القانون الروماني<sup>(3)</sup> ، وقريب منها ما يبيحه التقنين المدني الفرنسي فيما يعرف بهبة الأموال المستقبلية ، التي يتضمنها الاتفاق المالي في الزواج ( contrat de mariage). والهبة ما بين الزوجين<sup>(4)</sup>.

ب – تصرف الواهب في مال له : أي يقوم الواهب بإعطاء شيء من ماله إلى الموهوب له. فيلتزم الواهب بنقل حق من الحقوق العينية الأصلية أو التبعية إلى الموهوب له ، فينقل له ملكية عقار أو منقول ، أو حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى أو حق ارتفاق. كما تتحقق الهبة أيضا بأن يلتزم الواهب بحق شخصي للموهوب له ، كأن يلتزم الواهب للموهوب له بمبلغ من النقود ، وهذا تصرف غير مباشر في المال إذ هو إنقاص من مجموع ذمة الواهب<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - **Article 894** : « La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte ».

<sup>2</sup> - السنهوري ، الوسيط ، ج 5 ص 5.

<sup>3</sup> - الهبة لما بعد الموت في القانون الروماني : هي أن يتجرد الواهب من ماله لمصلحة الموهوب له عندما يخشى أن تكون منيته قد قربت ، كأن يكون موشكا على الاشتباك في حرب ، أو في مبارزة قاتلة ، أو مصاب بمرض خطير. ولا تنتقل الملكية إلى الموهوب له ، إلا إذا مات الواهب قبله ، فإذا نجح الواهب من الموت انفسخت الهبة من تلقاء نفسها.

<sup>4</sup> - السنهوري ، الوسيط ، ج 5 ص 6 - 7.

<sup>5</sup> - السنهوري ، الوسيط ، ج 5 ص 10.

ج - دون عوض : الهبة التزام من الواهب بدون عوض ، فهي افتقار من جانب الواهب وإثراء من جانب الموهوب له ، وقد ترتب هذا الإثراء على ذلك الافتقار. ولكن هذا الإثراء ليس إثراء بلا سبب فلا يستطيع الواهب أن يسترد الهبة ، إلا في الحالات التي يجوز فيها الرجوع، إذ الإثراء هنا سببه عقد الهبة. وكون الهبة بدون عوض ، لا يمنع ذلك أن تكون الهبات متبادلة، فقد يهب شخص لآخر شيئاً ثم يهب الموهوب له شيئاً آخر للواهب ، فتكون الهبتان متبادلتين، وتكون كل منهما دون عوض، فكل واهب وهب بنية التبرع غير ناظر للهبة الأخرى كعوض عن هبته. وينطبق ذلك على الهدايا المتبادلة في مناسبات معينة كالأفراح وحفلات الزفاف وأعياد الميلاد<sup>(1)</sup>.

د - نية التبرع : ولا يكفي لقيام الهبة أن يتصرف الواهب في ماله دون عوض ، بل يجب إلى جانب ذلك قيام العنصر المعنوي في الهبة ، وهو أن تتمحض نية الواهب للتبرع (Intention libérale) دون أن يقصد الوفاء بالتزام طبيعي ، ودون أن يهدف إلى الإثابة على صنيع ، أو إلى جني منفعة مادية أو أدبية<sup>(2)</sup>.

هـ - الهبة عقد شكلي : فلا يكفي لانعقاد الهبة وجود تراض بين المتعاقدين ، وإنما يجب إفراغ الرضا في شكل معين ، وأكثر ما يكون هذا الشكل ورقة رسمية يجررها ضابط عمومي أو موظف عام مختص، كما هو الحال في الجزائر ومصر وسورية وليبيا وفرنسا. والحكمة من اشتراط الشكلية في عقد الهبة ، هو تنبيه الواهب إلى خطورة التصرف المقدم عليه، فالهبة يتجرد فيها الواهب من ماله للغير دون مقابل ، وهذا التصرف ضار به وبورثته من بعده، ولذلك فالشكلية ضرورية لحمايته وحماية أسرته ، بل وحماية الموهوب له نفسه ، إذ أنها تضمن له حقه في حالة وجود نزاع مع ورثة الواهب، حيث إن الشكلية تتطلب الرسمية والتسجيل والعلانية وذكر معلومات وبيانات معينة ، وهذه مفيدة لورثة الواهب ، حيث تمكنهم من الاطلاع على التصرف الذي يقوم به مورثهم ، ويتسنى لهم الاعتراض على ذلك التصرف إذا كان ضاراً بهم<sup>(3)</sup>.

### البند الثاني : السبب في عقد الهبة

من مقومات عقد الهبة نية التبرع ، فهل يعني ذلك أن نية التبرع تشكل سبباً للالتزام الواهب ؟

<sup>1</sup> - بدران أبو العينين بدران ، الموارث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون ، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع ، الإسكندرية سنة 1985 ، ص 215. السنهوري، الوسيط، ج 5 ص 12.

<sup>2</sup> - السنهوري ، الوسيط ، ج 5 ص 19.

<sup>3</sup> - السنهوري ، الوسيط ، ج 5 ص 46.

طبقا للنظرية التقليدية فإن السبب في عقد الهبة هو نية التبرع. غير أن السنهوري يرى أن اعتبار نية التبرع سببا لعقد الهبة ، كلام غير دقيق ، لأنه خلط بين النية والرضا ، فالواهب عندما رضي بالهبة كان رضاؤه متضمنا نية التبرع. كما أنه لا يقدم شيئا ، لأن نية التبرع موجودة في كل هبة ، ووصف هذه النية بأنها السبب لا يفيد شيئا<sup>(1)</sup>.

ومما يؤكد رأي السنهوري أن التبرعات هي التصرفات التي تكون دون مقابل مجسدة نية التبرع لدى الشخص المتبرع ، وأن المادة 1105 من التقنين المدني الفرنسي<sup>(2)</sup> نصّت على أنّ "عقود التفضل أو التبرع هي التي يقدم فيها أحد الطرفين للطرف الآخر مالا دون مقابل"، وهذا يعني وجوب التمييز بين سبب الالتزام الذي يكمن في نية التبرع ، وسبب العقد. وقد تبني هذا التمييز قانون الموجبات والعقود اللبناني ، في المواد 194، 195، 200 ، حيث اعتبر أن سبب الموجب في العقود المجانية هو نية التبرع. وسبب العقد هي الدوافع التي دفعت الشخص إلى إبرام عقده دون مقابل<sup>(3)</sup>.

وهذا ما دفع الفقيه الفرنسي "كاييتان"<sup>(4)</sup> وهو من أشد المدافعين عن نظرية السبب التقليدية ألا يقف عند نية التبرع ، بل جاوزها إلى الباعث الدافع فجعله هو السبب إذا اقترنت بشرط يكون هو الذي دفع المتبرع إلى تبرعه.

وعلى هذا فإن السبب في النظرية الحديثة هو الباعث الدافع للواهب على التبرع ، ويجب أن يكون الباعث مشروعاً. فإن كان الباعث على التبرع مشروعاً كانت الهبة صحيحة، وإن كان الباعث على التبرع غير مشروع ، كانت الهبة باطلة بطلانا مطلقاً، ويشترط حتى تكون الهبة باطلة ، أن يكون الموهوب له على علم بهذا الباعث غير المشروع ، أو يستطيع أن يعلم به<sup>(5)</sup>.

وهذا ما استقر عليه القضاء في كل من مصر ولبنان وفرنسا ، من أنه إذا كان الباعث على التبرع للخليلة ، هو إيجاد علاقة غير شرعية أو استدامتها أو تجديدها ، كانت الهبة باطلة ، لعدم مشروعية السبب؛ ويجب إثبات أن السبب الدافع للعلاقات المخالفة للأداب ، بما فيها علاقات الزنى ، هي السبب

<sup>1</sup> - السنهوري ، الوسيط ، ج 5 ص 133.

<sup>2</sup> - **Article 1105** : « Le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit ».

<sup>3</sup> - محمد علي عبده ، نظرية السبب في القانون المدني ، ص 93. و ص 237 - 238.

<sup>4</sup> - هنري كاييتان (Henri Capitant) (1865 - 1937). أستاذ القانون بجامعة باريس ، وعضو معهد فرنسا ، ومؤسس جمعية هنري كاييتان للصدقة مع الثقافة القانونية الفرنسية. واشتغل بشكل خاص حول معجم المصطلحات القانونية. وطبع أعماله في كتاب بعنوان : المفردات القانونية ، نشره سنة 1936.

<sup>5</sup> - السنهوري ، الوسيط ، ج 5 ص 133.

الدافع للتبرع. أما إذا كان السبب الباعث هو تعويض الخليفة عما أصابها من ضرر ، بسبب المعاشرة غير الشرعية بعد أن انقطعت ، فالباعث يكون مشروعاً والهبة تكون صحيحة<sup>(1)</sup>.

ومن خلال ما سبق يتبين أن السبب بمعنى الباعث الدافع على الهبة ، يقوم بدور الحماية للنظام العام والآداب داخل المجتمع ، وهذا الدور لا يمكن أن يقوم به سبب الالتزام طالما انحصر في نية التبرع. وهذا يؤكد الاختلاف بين دور سبب العقد وسبب الالتزام في عقد الهبة ، فنية التبرع هي سبب الالتزام وتشكل ركناً من أركان عقد الهبة ، وبانتفائها ينتفي وجود العقد، في حين أن التحري عن الباعث الدافع للتبرع ، والذي يشكل سبب العقد ، من شأنه المحافظة على أخلاقيات المجتمع ، وحماية الموهوب له في الوقت نفسه من خلال المحافظة على العلاقات الشرعية<sup>(2)</sup>.

وهناك صور أخرى للباعث غير المشروع في الهبة ، منها الهبة بشرط مستحيل ، أو بشرط غير مشروع. والهبة بشرط عدم التصرف في الشيء الموهوب، والهبات والهدايا في الخطبة، وهدايا الموظفين.

أ - الهبة بشرط مستحيل : كأن يهب شخص داراً لآخر ، ويشترط على الموهوب له أن يرتب إيراداً لشخص آخر مدى الحياة، ثم يتبين أن هذا الشخص قد توفي قبل صدور الهبة. فالشرط الذي اقترنت به الهبة مستحيل ، ومن ثم نظر هل كان هذا الشرط هو الباعث الدافع للهبة أم لا ؛ فإن كان هو الباعث الدافع ، فيكون حينها الشرط هو السبب ، وقد انعدم فتتعدم الهبة معه ، ويكون من حق الواهب استرداد الدار التي وهبها. أما إذا تبين أن الشرط ليس هو الباعث الدافع على التبرع ، وثبت أن الواهب كان يهب الدار حتى ولو علم أن الشرط مستحيل ، ففي هذه الحالة فإن الهبة تبقى صحيحة ويلغو الشرط. وقد نص على هذا الحكم القانون المدني الجزائري في المادة 204 والتي جاء فيها : "غير أنه لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام ، إذا كان هذا الشرط هو السبب الموجب للالتزام"، كما نصّ على هذا الحكم أيضاً التقنين المدني الفرنسي في المادة 900 حيث جاء فيها : "يكون الشرط لاغياً، في الهبة بين الأحياء أو الوصية ، إذا كان مستحيلاً أو مخالف للقانون والآداب"<sup>(3)</sup>. وقد كان

<sup>1</sup> - استئناف وطني 13 يونيو 1909 المجموعة الرسمية 11 رقم 3 ص 16. محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة ، يونيو سنة 1916 جازيت 6 رقم 536 صفحة 176. محكمة استئناف جبل لبنان المدنية ، قرار رقم 45 بتاريخ 1974/1/30. محكمة النقض الفرنسية 14 أكتوبر 1961. دالوز الأسبوعي عدد 31 تاريخ 30 ماي 1962. صفحة 51، 52 مع التعليق الآتي :  
Une libéralité au profit d'une concubine n'est pas nulle pour ce seul motif. Elle peut être valable même au cas de rapports adultères.

<sup>2</sup> - محمد علي عبده ، نظرية السبب في القانون المدني ، ص 243 - 244.

<sup>3</sup> - **Article 900** : « Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites ».

المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري يحتوي على نص بهذا المعنى ، وهو المادة 669 ولكن حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة ، اكتفاء بالقواعد العامة<sup>(1)</sup>.

ب - الهبة المقترنة بشرط غير مشروع : مثل أن يهب شخص مالا لمطلقاته ، ويشترط عليها عدم الزواج. فشرط عدم الزواج ، هو شرط غير مشروع؛ فإن كان هو الباعث للواهب على التبرع ، ألغى الشرط وبطلت الهبة معه، وإن لم يكن هو الباعث الدافع على التبرع ، ألغى الشرط وصحت الهبة<sup>(2)</sup>.

وبما أن عقد الهبة من أعمال التصرف حيث يلتزم الواهب بنقل ملكيته دون مقابل، ومن ثم يمكن التعرف على نية الواهب وبعثه على الهبة ، واستظهار حقيقة مدلول العقد من خلال العبارات التي اشتمل عليها العقد ، وعلى ضوء الظروف التي أحاطت بتحريره وما يكون قد سبقه أو عاصره من اتفاقات عن موضوع التعاقد ذاته.

ج - الهبة بشرط عدم التصرف في الشيء الموهوب : وقد ورد حكم هذه الحالة في المادة 823 من التقنين المدني المصري ونصها : "إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع ، ومقصورا على مدة معقولة. ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف ، حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير. والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير"<sup>(3)</sup>.

فالهبة المشروطة بعدم التصرف في الشيء الموهوب ، لا تكون صحيحة إلا إذا كان الشرط مبنيا على باعث مشروع ، ومقصورا على مدة معقولة.

أما إذا كان الشرط مبنيا على باعث غير مشروع ، بأن كان الغرض منه تعطيل التصرف في الشيء الموهوب دون مبرر لذلك ، وجب النظر فيما إذا كان هذا الشرط هو الباعث الدافع إلى التبرع أم لا ؛ فإن كان هذا الشرط هو الباعث الدافع على التبرع ، فيكون السبب غير مشروع ، فيبطل الشرط وتبطل معه الهبة. أما إذا كان الشرط ليس هو الباعث الدافع على التبرع ، فإن الشرط يلغو وتبقى الهبة صحيحة<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج 4 ص 258 - 259.

<sup>2</sup> - وهذا ما قضى به القضاء المصري في 16 أكتوبر 1929 ، حيث قضت محكمة الزقايق الاستئنافية بأن الهبة المقرنة بشرط باطل تعتبر صحيحة ، مع بطلان الشرط. فإذا اشترط الزوج في هبته لزوجته ألا تتزوج بعد وفاته ، صحت الهبة ، ووقع الشرط باطلا لمخالفته القانون والنظام العام.

<sup>3</sup> - وتقابلها المادة 778 من القانون المدني السوري ، والمادة 832 لبيي ، والمادة 850 قطري.

<sup>4</sup> - السنهوري ، الوسيط ، ج 5 ص 138. ج 8 ص 513.

ويأخذ الشرط المانع صوراً عدة ، منها أن يتبرع المتصرف بمبلغ من المال للمتصرف له ، ويشترط عليه أن يشتري بهذا المبلغ عقاراً لا يجوز له التصرف فيه. وقد يتبرع المتصرف بعقار ، ويقتصر الشرط المانع على أن المتصرف له إذا باع العقار فعليه أن يشتري بالثمن عقاراً آخر ، يكون هو أيضاً غير جائز التصرف فيه إلا بشرط الاستبدال<sup>(1)</sup>.

ومن أمثلة الشرط المشروع الذي يجب العمل به ، أن يوضع الشرط لحماية الواهب أو الغير ، كما لو اشترط الواهب على الموهوب له ترتيب إيراد مرتب مدى الحياة ، أو إيراد مرتب لأجنبي طول حياة هذا الأجنبي، فيكون هذا مبرراً لأن يشترط الواهب أيضاً ألا يتصرف الموهوب له في الشيء طول حياة الواهب أو طول حياة الأجنبي ، ليكون ذلك ضامناً للوفاء بالإيراد المرتب.

وقد يكون الشرط قد وضع لحماية الموهوب له نفسه ، كأن يكون محدود التجربة ، أو كان فيه نزق وطيش ، فيشترط عليه الواهب ألا يتصرف في الشيء الموهوب ، حماية له من عدم تجربته أو من نزقه وطيشه ، ويصح في هذه الحالة أن يكون شرط عدم التصرف لمدة حياة الواهب.

فإذا صح شرط عدم التصرف ، صححت الهبة معه ووجب العمل بالشرط، ومن ثم فلا يجوز للموهوب له أن يتصرف في الشيء الموهوب طول المدة التي حددت في الشرط ، وإذا تصرف وقع تصرفه باطلاً، واستطاع كل ذي مصلحة ، وخاصة الواهب والموهوب له ، أن يسترد الشيء الموهوب من المتصرف له ، ولكن تبقى الهبة قائمة فيرد الشيء إلى الموهوب له لا إلى الواهب<sup>(2)</sup>، وقد نصت المادة 824 من التقنين المدني المصري على هذا الحكم فقالت : "إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة ، فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً"<sup>(3)</sup>.

د - الهبات والهدايا في الخطبة : إن الهبات والهدايا التي يقدمها أحد الخطيبين للآخر أو يقدمها أهل الخطيبين لأحدهما أو لهما معا ، إنما الباعث الدافع لها هو إتمام عقد الزواج؛ فإذا لم يتم الزواج وفسخت الخطبة ، فقد انعدم السبب ، وبطلت الهبة تبعاً لذلك، ومن ثم يستطيع الواهب استرداد هبته من الموهوب له بعد فسخ الخطبة، بشرط أن يكون الشيء الموهوب لا يزال قائماً كالمجوهرات والمصوغ ، حتى يمكن رده بذاته.

<sup>1</sup> - حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة الإسكندرية، طبعة 1965، ص 287.

<sup>2</sup> - السنهوري ، الوسيط ، ج 5 ص 139.

<sup>3</sup> - وتقابلها المادة 779 من القانون المدني السوري ، والمادة 833 لبيي ، والمادة 851 قطري.

أما إذا استهلكت الهدايا كما لو كانت حلوى فأكلت أو روائح فاستنذت ، فالمفروض أن الواهب قد وهب الشيء على أن يستهلك ، وأن لا يتوقف إتمام الزواج على مثل هذا النوع من الهبة ، ومن ثم فإنّ الهبة تبقى صحيحة ، ولا يسترد الواهب ما وهب مهما كان مآل الخطبة<sup>(1)</sup>.

وقد ذهب القضاء المصري في هذا الاتجاه ، حيث قضت محكمة طنطا الابتدائية الشرعية حكماً نهائياً بتاريخ 13 يوليو 1933 ، قررت فيه "أن ما يقدم من الخاطب للمخطوبة ، مما لا يكون محلاً لورود العقد عليه يعتبر هدية، والهدية كالهبة حكماً ومعنى. والهبة عقد تملك يتم بالقبض ، وللموهوب له أن يتصرف في العين الموهوبة بالبيع والشراء وغيره ، ويكون تصرفه نافذاً. وهلاك العين أو استهلاكها مانع من الرجوع في الهبة. وليس للواهب إلا طلب ردّ العين إن كانت قائمة".

وقد أخذ قانون الأسرة الجزائري برأي المالكية ، فنصت المادة 5 منه على أنه : "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه. وعليه أن يرده للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته. وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن تردّ للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".

كما أخذ أيضاً برأي المالكية التقنين المغربي في المادة 8 من مدونة الأسرة، والتونسي في الفصل 2 من مجلة الأحوال الشخصية ، والإماراتي في المادة 5 / 18 - 7 من قانون الأحوال الشخصية ، والقطري في المادة 8 من قانون الأسرة. وأخذ التقنين الأردني بمذهب الحنفية، فصرح أنه يجري على هدايا الخطبة حكم الهبة. وسكوت التقنين السوري يتضمن العمل برأي الحنفية، إذ نص في المادة 305 على أن «كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون، يرجع فيه إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي».

هـ - هدايا الموظفين : إن الهبات والهدايا التي يقدمها بعض الناس للموظفين العموميين ، يكون في الغالب الأعم الدافع عليها غير مشروع ، ومن ثم فيكون حكمها البطلان ، لأن من يقدم مثل هذه الهبات والهدايا ، يكون قصده من رواء تقديمها هو الرغبة في الحصول على أشياء غير مستحقة، ومن ثم فقد يرتقي تصرفه هذا إلى أن يصبح جريمة يعاقب عليها القانون. وهذا ما نصت عليه المادة 38 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته حيث عاقبت مقدم الهدية ومن يقبلها بنفس العقوبة ، وهي الحبس من ستة أشهر إلى سنتين ، وبغرامة من 50.000 دج إلى 200.000 دج.

ونظراً لخطورة الرشوة على الاقتصاد الوطني والدولي ، التي تقدم في صورة هدايا للمسؤولين ، فقد تداعى المجتمع الدولي إلى إبرام اتفاقية دولية ، وهي اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك بتاريخ 31 أكتوبر 2003. وقد صادقت عليها الجزائر بتحفظ

<sup>1</sup> - السنهوري ، الوسيط ، ج 5 ص 136 - 137.

بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 04 - 128 المؤرخ في 29 صفر 1425 هـ الموافق 19 أبريل 2004<sup>(1)</sup>. ثم أصدرت بعد ذلك قانونا خاصا هو قانون 06 - 01 المؤرخ في 20 أبريل 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني : السبب في الوصية

وسيتيم دراسة سبب الوصية في فرعين ؛ يخصص الأول للفقهاء الإسلاميين ، ويخصص الثاني للقانون الوضعي.

#### الفرع الأول : سبب الوصية في الفقه الإسلامي

**تعريف الوصية لغة :** الوصية والإيضاء بمعنى العهد إلى الغير في القيام بفعل أمر، حال حياته أو بعد وفاته. قال الجوهري : أوصيت له إذا جعلته وصيًّا ، وأوصيت له بشيء. والاسم الوصايا بكسر الواو وفتحها. ووصيت وأوصيت بمعنى واحد. والوصية قول يلقيه أحدهما لآخر ليعمل به ، وهو مخصوص بالغائب والميت لتنفيذ مقاصدهما بالوصية. وتطلق أيضاً على جعل المال للغير، يقال وصيت بكذا أو أوصيت، أي جعلته له. والوصايا جمع وصية تعم الوصية بالمال<sup>(3)</sup>.

**الوصية في اصطلاح الفقهاء:** تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، سواء أكان المُمَلِّك عيناً أم منفعة. وبه تميزت عن التملكات المنجزة لعين كالبيع والهبة، أو لمنفعة كالإجارة. والإضافة لغير الموت كالإجارة المضافة لوقت في المستقبل كأول الشهر المقبل. وتميزت عن الهبة التي هي تملك بغير عوض حال الحياة. وشمل التعريف الإبراء عن الدين؛ لأن الإبراء تملك الدين لمن عليه الدين<sup>(4)</sup>.

**التعريف القانوني :** عرّف قانون الأسرة الجزائري الوصية في المادة 184 بأنها : "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"، وهو تعريف مجلة الأحوال الشخصية التونسية في المادة 171، واعتبرها القانون المغربي عقداً ، فجاء في المادة 277 من مدونة الأسرة بأن : "الوصية عقد يوجب حقاً في ثلث مال عاقده يلزم بموته".

<sup>1</sup> - انظر الجريدة الرسمية العدد رقم 26 الصادرة بتاريخ 25 أبريل 2004.

<sup>2</sup> - انظر الجريدة الرسمية العدد رقم 14 الصادرة بتاريخ 8 مارس 2006.

<sup>3</sup> - القراني ، الذخيرة ، ج 7 ص 5. النووي ، روضة الطالبين ، ج 5 ص 92. المعجم الوسيط ، ص 1038. الزخشري ، أساس البلاغة ، ج 2 ص 340. ابن منظور ، لسان العرب ، ج 15 ص 320 - 321 ، مادة وصي.

<sup>4</sup> - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 8 ص 8 - 9.

وعرّفها قانون الوصية المصري<sup>(1)</sup> في المادة الأولى بأنها "تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت". وجاء في المذكرة التفسيرية للقانون "وقد عدل عن لفظ "تمليك" الوارد في تعريف الحنفية<sup>(2)</sup> إلى لفظ "تصرف" ليشمل جميع مسائل الوصية". كما عدل عن لفظ العقد إلى لفظ التصرف ، لأن كلمة تصرف أعم من كلمة العقد ، لأن العقد هو مجموع الإيجاب والقبول، وأما التصرف فيشمل كل ما يلتزمه الإنسان ويترب عليه حكم شرعي، سواء صدر من طرف واحد أو من طرفين، وكل ما كان غير التزام؛ وبما أن الوصية تنشأ بإرادة منفردة هي إرادة الموصي، فهي من قبيل التصرفات، لا من قبيل العقود.

فالتعريف يشمل ما إذا كان الموصى به مالا أو منفعة. والموصى له من أهل التمليك كالوصية لمعين بالاسم وهو مما يُخصون ، أو معين بالوصف وهو مما لا يخصصون كالفقراء. وما إذا كان الموصى له شخصية اعتبارية من جهات البر كالملاجئ والمدارس. ويشمل ما إذا كان الموصى به إسقاطا فيه معنى التمليك كالوصية بالإبراء من الدين ، وما إذا كان الموصى به إسقاطا محضا بإبراء الكفيل من الكفالة ، وما إذا كان الموصى به حقا من الحقوق التي ليست مالا ولا منفعة ولا إسقاطا ، ولكنه مالي لتعلقه بالمال ، كالوصية بتأجيل الدين الحال ، والوصية بأن يباع عقاره مثلا من فلان<sup>(3)</sup>.

**أدلة مشروعية الوصية :** الوصية ثابتة بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول.

أما الكتاب : فقوله تعالى : { كُتِبَ عَلَيْكُم إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ }<sup>(4)</sup>. وقال تعالى أيضا : { مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ }<sup>(5)</sup>. وقال تعالى أيضا : { مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةٍ مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَلِيمٌ }<sup>(6)</sup>.

فآلية الأولى دلت على مشروعية الوصية للأقارب ، والآيتان الأخريتان جعلتا الميراث حقا مؤخرا عن تنفيذ الوصية وأداء الدين ، ولكن الدين مقدم على الوصية ، لقول علي رضي الله عنه : "إنكم تقرؤون

<sup>1</sup> - قانون الوصية المصري هو القانون رقم 71 لسنة 1946. الصادر بتاريخ : 24 رجب 1365هـ الموافق 24 يونيو 1946م. وقد عرفها بأنها تصرف وليس تمليك أيضا ، قانون الأحوال الشخصية الإماراتي في المادة 240. والكويتي في المادة 213. والسوري في المادة 430. وقانون الأسرة القطري في المادة 206.

<sup>2</sup> - عبد الغني الغنيمي الميداني ، اللباب في شرح الكتاب ، ج 3 ص 222.

<sup>3</sup> - محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، طبعة سنة 1398هـ - 1978م، ص 10. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 8 ص 9 - 10.

<sup>4</sup> - سورة البقرة ، آية رقم : 179.

<sup>5</sup> - سورة النساء ، آية رقم : 11.

<sup>6</sup> - سورة النساء ، آية رقم : 12.

هذه الآية { مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ }<sup>(1)</sup> ، وأن النبي صلى الله عليه وسلم قضى أن الدين قبل الوصية<sup>(2)</sup>.

**وأما السنة :** فعن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال : جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني في عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت يا رسول الله : قد بلغ بي من الوجع ما ترى ، وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة ، أفأتصدق بنتي مالي ، قال : لا . قلت : فالشطر يا رسول الله ، فقال : لا . قلت : فالثلث ؟ قال : الثلث والثلث كثير ، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس<sup>(3)</sup>.

حديث أبي أمامة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "إن الله أعطى كل ذي حق حقه ، ولا وصية لوارث"<sup>(4)</sup>.

أما الإجماع : فإن فقهاء الأمة الإسلامية منذ عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا متفقون على جواز الوصية من غير خلاف .

وأما المعقول : الأصل عند المسلمين أن الشارع الحكيم هو الذي تولى أمر الخلافة في مال الميت فتولاه بالتنظيم المحكم والتوزيع العادل بين ورثة المتوفى ، ومع ذلك فقد ترك للشخص التصرف عند قرب وفاته في ثلث ماله ، ليتدارك ما عساه أن يكون قد فاته من أعمال الخير في حياته فيزيد في حسناته وقرباته ، وليكافئ من عاونه أو ساعده من غير أقاربه في هذه الحياة<sup>(5)</sup>.

**أركان الوصية :** ذهب زفر من الحنفية إلى أن ركنها الإيجاب من الموصي ، أما القبول من الموصى له فهو شرط ، أي شرط في لزوم الوصية وثبوت ملك الموصى به . فملك الموصى له بمنزلة الوارث ؛ لأن كل واحد من الملكين ينتقل بالموت ، ولا يحتاج ملك الوارث إلى قبول ، فيقاس عليه ملك الموصى له<sup>(6)</sup> ، وهو

1 - سورة النساء ، آية رقم : 11 .

2 - رواه البيهقي في السنن الكبرى ، ج 6 ص 267 . والحاكم في المستدرک ، ج 4 ص 336 . وابن كثير في تفسيره ، ج 2 ص 368 . وقال : " رواه أحمد والترمذي وابن ماجه وأصحاب التفسير " . والسيوطي في الدر المنثور ، ج 2 ص 126 .

3 - رواه أحمد والأئمة الستة ، عن سعد ابن أبي وقاص ، نصب الرأية ج 4 ص 401 . نيل الأوطار ، ج 6 ص 37 . وقد روى الحديث عن خمسة من الصحابة وهم : أبو هريرة ، وأبو الدرداء ، ومعاذ بن جبل ، وأبو بكر الصديق ، وخالد بن عبيد .

4 - أخرجه أبو داود حديث رقم 2870 . والترمذي حديث رقم 2120 . وقال حديث حسن صحيح . وأخرجه ابن ماجه حديث رقم 2713 . كلهم عن أبي أمامة .

5 - محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، ص 8 .

6 - الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج 7 ص 331 .

الرأي الراجح عند الحنفية. وبه أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 207 ، والمصري في المادة الثانية ، حيث اعتبر الوصية تصرف ينشأ بإرادة منفردة ، أي أنه بمجرد وجود العبارة الدالة على إرادة الشخص التصرف في تركته بعد وفاته تعتبر الوصية قد وجدت بحكم القانون.

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن أركان الوصية أربعة : موصي وموصى له وموصى به وصيغة. والصيغة تنعقد بالإيجاب من الموصي ، والقبول من الموصى له<sup>(1)</sup>. وقبول الوصية يكون بعد الموت لأنه أول ثبوتها ، فلا يصح قبول ولا ردّ في حياة الموصي<sup>(2)</sup>. وهذا ما تبناه قانون الأسرة الجزائري ، حيث ذكر أن الوصية تحتاج إلى قبول صريح أو ضمني ، فنصت المادة 197 على أن "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي". وهو ما نصّت عليه أيضا المادة 20 من قانون الوصية المصري.

وإذا كانت الوصية لشخصية اعتبارية فإن القبول يكون من ممثلها القانوني. فإن لم يكن لها من يمثلها، سواء أكانت معينة كمسجد أو مدرسة، أم غير معينة كالفقراء والمساكين، فإنها تلزم بموت الموصي ولا تحتاج إلى قبول. وقد نصت على ذلك المادة 2/20 من قانون الوصية المصري والمادة 225 من قانون الأحوال الشخصية السوري حيث جاء فيها : "الوصية لغير معين لا تحتاج إلى قبول ولا ترتد برد أحد".

وقد اختلف الفقهاء في المراد بالقبول ، هل هو القبول الإيجابي الذي يكون بالقول أو ما يقوم مقام القول ، من كل عمل إرادي يدل على الرضا بالوصية ، كالتصرف في العين تصرف الملاك ؛ أم يكفي بالقبول السلبي وهو عدم الرد الصريح ، أو ما يقوم مقامه.

ذهب الحنفية إلى أن القبول المطلوب هو عدم الرد ، وعلى ذلك إذا مات الموصى له من غير أن يصدر عنه ما يدل على القبول أو الرد ، اعتبر قابلا ، وانتقل الملك في الوصية إلى ورثته ، وانسحبت الملكية إلى وقت الوفاة. وذهب مالك والشافعي وأحمد إلى وجوب أن يكون القبول بالقول أو ما يقوم مقامه ، ولا يكفي بعدم الرد، وعلى ذلك إذا مات الموصى له قبل أن يعرف له قبول أو رد ، انتقل حق قبول الوصية أو ردها إلى ورثته<sup>(3)</sup>. وهذا ما نصت عليه المادة 198 من قانون الأسرة الجزائري.

فهناك إذن رأيان في مسألة قبول الوصية ؛ الأول : يرى أن الوصية ليست في حاجة إلى قبول من الموصى له ، فهي كالميراث خلافة بعد الموت.

<sup>1</sup> - ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ص 334. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 8 ص 15.

<sup>2</sup> - عبد الغني الغنيمي الميداني ، اللباب في شرح الكتاب ، ج 3 ص 223.

<sup>3</sup> - محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، ص 20 - 21.

أما الرأي الثاني : فيرى أن الوصية في حاجة إلى قبول ، فهي كسائر العقود مثل الهبة والبيع، إذ لا يثبت ملك إنسان باختياره من غير قبوله وسعيه، ولأن إثبات الملك له من غير قبوله يؤدي إلى الإضرار به، ولأنه لا شيء يدخل في ملك الإنسان جبرا عنه غير الميراث بمقتضى نص الشارع. ولأن الموصى له يجب أن يعطى حق الرد دفاعا عن نفسه لاحتمال وجود الضرر ، ومن ذلك ضرر المنة فإنه ثابت ، ومن الناس من لا يقبله ، فحق له أن يردّ الوصية. ولا يصح قياس الوصية على الميراث لمجرد ثبوت الاستخلاف في كليهما، لأن الاستخلاف في الميراث بنص الشارع ، وله ولاية الإلزام ، فصح أن تكون الملكية بالإيجاب. أما الاستخلاف في الوصية فمن الموصي ، وهو لا يملك إلزام الموصى له ، فكان لابد من قبوله ، أو على الأقل يكون له الحق في الرد دفاعا لضرر المنة ، ولما عساه يكون من مؤن تلزم وقد تربو على الفائدة<sup>(1)</sup>.

**الوصف الشرعي للوصية :** الوصية عقد غير لازم ، يجوز للموصي أن يرجع فيها قبل موته في أي وقت شاء ، بإرادته المنفردة دون موافقة الموصى له؛ ذلك أن الذي وجد من الموصي حال حياته هو مجرد الإيجاب، والأصل في التصرفات الشرعية أنها لا تلزم إلا إذا ارتبط بالإيجاب حق لغير المتكلم به، والوصية لا تنفذ إلا بعد الوفاة فلا يترتب عليها أي حق قبلها. كما أن الإيجاب يحتمل الرجوع في عقد المعاوضة فهو في التبرع أولى ، كما هو الحال في الهبة والصدقة. فإذا مات الموصي ولم يرجع في وصيته ، فإنها تعتبر لازمة في حق الورثة، طالما مات الموصي وهو مصر على الوصية، ولم يرجع عنها<sup>(2)</sup>.

ويتفق القانون المدني الفرنسي مع الفقه الإسلامي في تكييفه للوصية ، حيث يعتبرها تصرفا قانونيا يتم بإرادة منفردة ، ويمكن للموصي الرجوع عنها<sup>(3)</sup> ، وهذا ما أفصحت عنه المادة 895.

**Article 895 :** « Le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens ou de ses droits et qu'il peut révoquer ».

**حكمة مشروعية الوصية :** شرع الله سبحانه وتعالى الوصية ، كي يستدرك بها الإنسان ما فاتته من فعل الخير ، وما قصر في جنب الله ، أو في حق الآخرين. فأجاز له أن يتصدق ببعض ماله بعد وفاته ، تعويضا له على ما فاتته. عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم، فضعوه حيث شئتم"<sup>(4)</sup>. وشرعت أيضا

1 - محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، ص 19.

2 - الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 7 ص 378. محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، ص 246.

3 - ومع ذلك هناك اختلاف بينهما ، حيث إن الموصي في الفقه الإسلامي لا يستطيع أن يتصرف إلا في حدود الثلث ، أما في القانون الفرنسي فالموصي له الحق في أن يتصرف في كل ماله أو في جزء منه حسبما يترأى له.

4 - رواه ابن ماجه في سننه. كتاب الوصايا ، باب الوصية بالثلث.

مكافأة من أسدى للمرء معروفاً ، وصلة للرحم والأقارب غير الوارثين، وسد خلة المحتاجين، وتخفيف الكرب عن الضعفاء والبؤساء والمساكين، وذلك بشرط التزام المعروف والعدل فيها.

ولتحقيق ذلك حدد الشارع الحكيم الوصية في حدود الثلث بعد أن كانت مطلقة ، وجعلها غير لازمة ، فللموصي أن يرجع عن وصيته طالما هو حي، وحثَّ على تجنُّب الإضرار في الوصية، فقال الله تعالى: {مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ} (1). وقال ابن عباس رضي الله عنهما : «الإضرار في الوصية من الكبائر» (2). وإذا تجاوز الموصي المعروف والعدل في الوصية ، فأوصى لوارث أو تجاوز الثلث ، فلا تنفذ الوصية حينها إلا بإجازة الورثة ، وذلك منعا للتباغض والتحاسد وقطيعة الرحم.

**السبب في الوصية :** يشترط في الوصية ، ألا تتمحض للمعصية ، وأن لا يكون الباعث عليها منافيا لمقاصد الشريعة ، فإذا تبين أن الموصي قصد بوصيته أمرا غير مشروع ، أو أنّ الدافع الذي دفعه إلى الإيضاء منافيا لمقاصد الشريعة ، كانت الوصية باطلة. فلا يجوز أن تكون الوصية بغرض المعصية أو تؤدي إليها. فالمعيار إذن هو نيّة الموصي والدوافع التي حملته على توقيع الوصية ، وما تؤدي إليه من نتائج.

وعلى ضوء هذا نبين حكم الوصية لأهل الحرب ، والوصية لبناء كنيسة ، والوصية التي تكون لجهة معصية ، والوصية لباعث غير مشروع ، الوصية المقترنة أو المعلقة على شرط.

**أ - الوصية لأهل الحرب :** الوصية التي يوصي بها المسلم للحريين ، تكون باطلة ، لأنّ فيها إعانة لأهل الحرب على تكثير أموالهم، وفيها إضرار بالمسلمين، وهذا ما ذهب المالكية والحنابلة والشافعية. وعند الحنفية يشترط ألا يكون حربياً في دار الحرب (3) ، سواء أكانت الوصية من مسلم أم من ذمي ؛ لأنها تقوية وإعزاز له، وإعانة على حرب المسلمين، وفيها ضرر عام بهم. كما لم يجز أبو حنيفة الوصية ، وصرف الكفارة والنذر وصدقة الفطر والأضحية إلى الحربي المستأمن، لما فيه من الإعانة على الحرب. ولا تجوز عند الحنفية الوصية للمرتد من المسلم (4).

<sup>1</sup> - سورة النساء ، آية رقم : 12.

<sup>2</sup> - الإضرار في الوصية: أن يوصي بأكثر من الثلث. وروى قول ابن عباس الدارقطني في سننه.

<sup>3</sup> - دار الحرب: هي البلاد التي ليس للمسلمين عليها ولاية وسلطان، ولا تقام فيها شعائر الإسلام. والحربي: هو من يكون بيننا وبين بلاده عداوة وحرب. والمستأمن: من دخل دار الإسلام بأمان مؤقت لمدة معلومة. والذمي : غير المسلم المقيم في دار الإسلام بصفة دائمة.

<sup>4</sup> - الزيلعي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج 6 ص 184.

وقال الحارثي من الحنابلة: الصحيح من القول: أن الكافر مرتدًا أو حربياً إذا لم يتصف بالقتال أو المظاهرة علينا، صحت الوصية له ، وإلا لم تصح<sup>(1)</sup>. والدليل على ذلك قول الله تعالى : {لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ} \* إِنَّمَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ وَظَاهَرُوا عَلَىٰ إِخْرَاجِكُمْ أَنْ تَوَلَّوهُمْ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ }<sup>(2)</sup>.

ويؤكد هذا الرأي أن أسماء بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنهما ، أذن لها النبي صلى الله عليه وسلم في صلة أمها<sup>(3)</sup> ، وأذن لعمر أيضاً في كسوة أخ له مشرك بمكة<sup>(4)</sup>.

**ب - وصية غير المسلم ببناء كنيسة ، فهي باطلة لأنها وصية بمعصية ، إلا أن أبا حنيفة يرى أنها صحيحة ، لأننا أمرنا بتركهم وما يدينون<sup>(5)</sup>.**

قال ابن قدامة : "ولا تصح الوصية بمعصية وفعل محرم ، مسلماً كان الموصي أو ذمياً، فلو وصى ببناء كنيسة أو بيت نار أو عمارتهما أو الإنفاق عليهما ، كان باطلاً، وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه وأبو ثور. وقال أصحاب الرأي يصح، فأجاز أبو حنيفة الوصية بأرض تبني كنيسة ، وخالفه أصحابه... وإن وصى لكتب التوراة والإنجيل لم تصح لأنها كتب منسوخة وفيها تبديل والاشتغال بها غير جائز ، وقد غضب النبي صلى الله عليه وسلم حين رأى مع عمر شيئاً مكتوباً من التوراة. وذكر القاضي أنه لو أوصى لحصر البيع وقناديلها وما شاكل ذلك ، ولم يقصد إعظامها بذلك صحت الوصية ، لأن الوصية لأهل الذمة فإن النفع يعود إليهم والوصية لهم صحيحة. والصحيح أن هذا مما لا تصح الوصية به ، لأن ذلك إنما هو إعانة لهم على معصيتهم وتعظيم لكنائسهم... وإن وصى ببناء بيت يسكنه المجتازون من أهل الذمة وأهل الحرب صح ، لأن بناء مساكنهم ليس بمعصية<sup>(6)</sup>.

**ج - الوصية لجهة معصية : الأصل في الوصية أن تكون قربة لله تعالى أو صلة للعباد ، فإذا كان الموصي له جهة معصية، بطلت الوصية باتفاق الفقهاء لأنها وصية محرمة شرعاً ، أيا كانت ديانة الموصي أو**

1 - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 8 ص 38 - 39.

2 - سورة الممتحنة ، الآيتان رقم : 8 ، 9.

3 - رواه البخاري ومسلم. الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 6 ص 3.

4 - رواه البخاري وغيره عن ابن عمر. الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 6 ص 4.

5 - برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر،

(د س ن) ، ج 4 ص 189.

6 - ابن قدامة ، المغني ، ج 5 ص 651.

الموصى له، كالوصية لدور الفسق والمنكر وأندية القمار، وإقامة القباب على المقابر، أو النياحة على الموتى، وعمارة كنيسة أو ترميمها، وكتابة التوراة والإنجيل وقراءتهما، وكتابة كتب السحر والضلال ، وكذا الوصية بآلات اللهو والطرب.

أما إذا كانت الوصية لجهة فُرِّبة لله تعالى ، فهي صحيحة سواء أكان الموصي مسلماً أم غير مسلم، كالوصية لدور العلاج ودور العلم والفقراء والمساكين ، لأنَّ معنى القرية متحقق فيها. وذكر ابن الصلاح رأياً آخر وهو عدم قبول وصية الدمي ببناء مسجد ، لأنَّ الوصية تصح فيما يعتقد الموصي قرية، والله لا يقبل منه ذلك لأنه ليس قرية عنده<sup>(1)</sup>. واستدل على ذلك بقول الله تعالى: {مَا كَانَ لِلْمُشْرِكِينَ أَنْ يَعْمُرُوا مَسَاجِدَ اللَّهِ شَاهِدِينَ عَلَىٰ أَنْفُسِهِمْ بِالْكُفْرِ أُولَٰئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ وَفِي النَّارِ هُمْ خَالِدُونَ} (2).

أما إذا كانت الجهة الموصى لها فُرِّبة في نظر بعض الأديان ، فإن الفقهاء يشترطون في وصية المسلم ألا تكون الجهة الموصى لها محرمة في شريعته، حتى ولو كانت قرية في الأديان الأخرى ؛ وعلى ذلك فوصية المسلم للمساجد وجمعيات حفظ القرآن الكريم والمستشفيات صحيحة اتفاقاً ، ووصيته إلى الكنائس والبيع والمدارس الدينية غير الإسلامية باطلة اتفاقاً، لأنها وصية بمعصية.

**د - الوصية بباحث غير مشروع :** وقد تكون الوصية في ذاتها مباحة شرعاً ، ولكن قد يقصد الموصي من الوصية تحقيق غرض غير مشروع ، كالوصية لأهل الفسق ليستعينوا بها على فسقهم ، فهل نقول بصحة الوصية بناء على ما ورد في صيغة الوصية ، أي نكتفي بالإرادة الظاهرة فقط ، أم نبحت عن النوايا والمقاصد الحقيقية للوصية ؟ في ذلك رأيان للفقهاء .

ذهب أنصار النزعة الموضوعية وهم المذهب الشافعي والحنفي إلى صحة الوصية، اكتفاء بصيغة الوصية التي لا يشتمل لفظها على شيء محرم ، دون البحث عن النيات والمقاصد.

أما أصحاب النزعة الذاتية وهم المالكية والحنابلة فقد نظروا إلى النية والمقصد من الوصية ، فإن كان الباحث عليها غير مشروع ، واستيقن القاضي أن الباحث على الوصية إثم ، أو يؤدي لا محالة إلى ذلك ، أو يتنافى مع مقاصد الشريعة ، وقامت على ذلك القرائن القوية ، حكم بطلان الوصية. ومثال ذلك بطلان وصية الفرار ، وهي التي يقصد بها الإضرار بالورثة بجرماهم من التركة أو بعضها بالإيضاء بأكثر من الثلث ، أو بالإيضاء إلى أحد الورثة دون إجازتهم. قال ابن القيم : "وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات ، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات ، والدليل

<sup>1</sup> - فتاوى ومسائل ابن الصلاح ، ص 633.

<sup>2</sup> - سورة التوبة ، آية رقم 16.

على ذلك قوله تعالى : { مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ }<sup>(1)</sup>. فإنما قدم الله الوصية على الميراث ، إذا لم يقصد بها الموصي الضرر ، فإن قصده للورثة إبطالها وعدم تنفيذها. وكذلك قوله تعالى : { فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ }<sup>(2)</sup>. فرفع الإثم عمّن أبطل الجَنَفَ والإثم من وصية الموصي ، ولم يجعلها بمنزلة نص الشارع الذي تحرم مخالفتها<sup>(3)</sup>.

هـ - الوصية المقترنة أو المعلقة على شرط : وأكثر ما يظهر السبب بمعنى الباعث الدافع في الوصية، هو في الوصايا التي تكون صيغتها معلقة على شرط أو مقترنة به. والفرق بين التعليق على الشرط ، والاقتران بالشرط ؛ ففي التعليق يترتب وجود العقد على وجود الشرط. أما الاقتران فمعناه أن تكون الصيغة منشئة للعقد ، على أن تكون أحكامه مقيدة بشروط معينة، اقترنت بالعقد.

والشروط إما أن تكون صحيحة فيجب اعتبارها ، وإما أن تكون باطلة فيجب إلغاؤها. وتوضيح ذلك كما يلي :

الشرط الصحيح : هو ما كان فيه مصلحة للموصي أو الموصى له أو لغيرهما ، ولم يكن منهيًا عنه ، ولا منافيًا لمقاصد الشريعة. والشرط الباطل : هو الذي ليس فيه مصلحة لأحد ، أو كان منهيًا عنه، أو منافيًا لمقاصد الشريعة<sup>(4)</sup>.

ومثال الشرط الذي فيه مصلحة للموصي : أن يوص لفلان بجزء من ماله على أن يشرف على أولاده الصغار ، أو على أن يبدأ في تنفيذ ما فاتته من واجبات كحج أو زكاة ، أو القيام ببعض النذور التي نذرها لله ، وعجز عن تنفيذها.

ومثال الشرط الذي فيه مصلحة للموصى له : اشتراط أن يؤدي ديونه من الوصية. أو يوصي لفلان بأرضه أو داره على أن تكون نفقات إصلاحها أو ترميمها أو رسوم تسجيلها في المحافظة العقارية في تركة الموصي.

ومثال الشرط الذي فيه مصلحة لغير الموصي والموصى له ، أي للأجنبي : أن يوصي لفلان بداره على أن يسقي من مائها حديقة جاره، أو أن يوصي بمنفعة دار لجهة خيرية ، على أن يكون حق السكنى لمن لم يجد مأوى من ذريته.

<sup>1</sup> - سورة النساء ، آية رقم : 12.

<sup>2</sup> - سورة البقرة ، آية رقم : 181.

<sup>3</sup> - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 95 - 96. مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج 1 فقرة 148 هامش رقم 1. ص 314 - 317.

<sup>4</sup> - الدكتور وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 8 ص 24.

ومثال الشروط المنهي عنها ، أن يشترط في تنفيذ وصاياه تخصيص قدر معين من المال ليكون أجرة على النائحة ، أو لارتكاب البغاء أو لبعض دور القمار والملاهي.

ومثال الشرط المنافي لمقاصد الشريعة ، أن يشترط في الوصية أن يظل الموصى له أعزبا ، أو ألا يعيد الزواج في حالة طلاق زوجته أو وفاتها ، فإن هذه الشروط منافية لمقاصد الشريعة الإسلامية<sup>(1)</sup>.

وقد قسم الحنفية الشروط إلى أقسام ثلاثة : شروط صحيحة، وباطلة، وفاسدة<sup>(2)</sup>.

فالشرط الصحيح : ما يكون موافقا لمقتضى العقد ، كاشتراط تسليم الثمن قبل البيع، وكاشتراط أن تكون الزوائد للموصى له إذا حدثت بعد الموت. أو مؤكدا لمقتضى العقد ، كاشتراط كفيل بالثمن. أو ورد به أثر ، كاشتراط الخيار في البيع. أو جرى به عرف ، كأن يشتري شيئا ويشترط إصلاحه مدة معلومة. والشرط الصحيح يلحق بأصل العقد ، ويكون حكمه في الصحة واللزوم حكمه.

والشرط الفاسد : ما يكون غير موافق لمقتضى العقد ولا مؤكدا له ولم يرد به أثر ولم يجر به عرف، وفيه منفعة لشخص سواء كان أحد العاقدين أم كان غيرهما، كمن يوصي لشخص بعين ، ويشترط أنه إذا مات الموصى له ، والعين الموصى بها قائمه على ملكه تكون لفلان ، ولا تكون لورثة الموصى له ، فإن هذا شرط فاسد.

والشرط الفاسد إذا اقترن بعقد من عقود المبادلات المالية كالبيع والإجارة أفسد العقد. وإن كان العقد ليس بمبادلة غير مالية ، كالهبة والنكاح والحوالة والكفالة والوصية ، كان العقد صحيحا والشرط لاغيا، بمعنى أن العقد لا يؤثر فيه الشرط، ولكن الشرط لا يجب الوفاء به، فالشرط لا يلتفت إليه لا في الوفاء ولا تأثير له في العقد.

والشرط الباطل : ما ليس موافقا لمقتضى العقد، ولا مؤكدا له، ولم يرد به أثر، ولم يجر به عرف، وليس فيه نفع لأحد المتعاقدين، ولا لغيرهما من أهل الانتفاع. فهذا الشرط لا يؤثر في أي عقد من العقود ، بل يصح العقد ويلغى الشرط.

ويرى أغلب الفقهاء أن الوصية يصح اقتراحها بالشرط فإذا كان الشرط صحيحا، صحت الوصية ولزم الشرط، وإن كان غير صحيح يلغى الشرط وتبقى الوصية صحيحة.

1 - الدكتور وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 8 ص 25. محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، ص 41.

2 - محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، ص 44 - 45.

غير أن فقهاء الحنفية توسعوا في قبول الشروط التي يشترطها الواقفون والموصون ، وذلك لأن الوصية تصرف في الملك في آخر حياة الإنسان يتدارك به ما فاته من واجبات أو نذور ، أو ليصل ببعض ماله من يرى ضرورة أو حاجة له في صلته ، أو ليتقرب ببعض الصدقات لله تعالى .

والوصية تصرف بالمنفعة يصح أن يتقيد بكل شرط ، لا يكون منهيًا عنه ، أو كان في تنفيذه ضرر بمصلحة الموصى لهم من غير نفع مقصود لغيرهم، ولما كانت الوصية أخت الوقف فقد توسع بعض الناس في الشروط ، وجاء على ألسنة الفقهاء شرط الواقف كنص الشارع. فكانوا يشترطون ما يقيد حرية الموقوف أو الموصى له في الزواج، أو الإقامة أو الاستدانة أو يوصي الشخص لبعض أقاربه من النساء. أو يشترط لاستحقاق الوصية ألا يتزوج ونحو ذلك من الشروط التي لا يدعو إليها دين ولا باعث ولا مروءة<sup>(1)</sup>.

هذا التوسع في الشروط ترتبت عليه مفسدات كثيرة ، مما جعل بعض الفقهاء يقفون في وجه هذه التوسعة ويقيدونها ، وكان على رأس هؤلاء ابن تيمية وتلميذه ابن القيم : فقد استنكرا مبدأ التوسعة في الشروط<sup>(2)</sup> بالنسبة للوقف والوصية ، ورفضوا القاعدة التي تفتح الشروط والمعبر عنها بشرط الواقف أو الموصي كنص الشارع<sup>(3)</sup> ، وعلّة ذلك أن أساس المذهب الحنبلي يقضي ببطان كل شرط لا يتفق مع مقاصد الشرع العامة ولو لم يرد فيه نهي خاص، ويوسعان في معنى هذه المقاصد الشرعية، وكلما وسعا فيها ضيقا من نطاق الشروط الجائزة. فمثلا اشتراط عدم الزواج لاستحقاق الوصية، فأبو حنيفة وأصحابه لا يرون في مثل هذا الشرط ما يوجب إلغائه ، لأنه لم يرد نهي عنه. فضيقوا معنى المخالفة في دائرة المنهي عنه بالذات. أما ابن تيمية وابن القيم ومن سلك سبيلهما فيرون فيه مخالفة لمقاصد الشارع من الحث على الزواج، ومنع الفساد ، وأن الامتناع عن الزواج رغبة في الأموال قد يوقع الشر ويشيعه. وبذلك وسعوا معنى المخالفة حتى شملت كل ما يؤدي إلى فساد أو ما يكون ضد المصلحة الاجتماعية<sup>(4)</sup> ، وهذا اجتهاد مقاصدي جيد.

فابن تيمية وتلاميذه أخذوا في الاعتبار مقاصد الشرع العامة ومدى توافقها مع تنفيذ شرط الوصية وتلاقيها مع المصالح العامة. أما الحنفية فنظروا إلى الشروط المقترنة بالوصية من حيث منافاتها في ذاتها لمصلحة المستحقين ، وكونها متفكة في الجملة مع الشريعة الإسلامية ولم تشتمل على منهي عنه ولا ينظرون

1 - محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، ص 46.

2 - بالرغم من أن ابن تيمية وابن القيم كلاهما من الحنابلة وهم يوسعون في الشروط أكثر من غيرهم ، ومع ذلك فلم يسأرا المذهب الحنبلي في هذا الموضوع.

3 - انظر ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 1 ص 315. فقد ناقش هذه القاعدة وتصدى لرفضها.

4 - محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، ص 47.

إلى الآثار الاجتماعية العامة لكل شرط، وعلى هذا اعتبر الحنفية شرط عدم الزواج ليس معصية ، لأن حكم الزواج العام الإباحة. أما ابن تيمية وابن القيم فنظرا إليه من ناحية آثاره الاجتماعية، واتفاقه مع المقصد العام للشريعة الإسلامية وعدم اتفاقه ، ومن ثم حكموا بطلان الوصية المشتملة على شرط عدم الزواج<sup>(1)</sup>.

والحنابلة ينظرون إلى الشرط الباطل من ناحيتين : فهو إما أن يؤثر في الوصية فيبطلها، وإما أن لا يؤثر فيها فتظل الوصية صحيحة مع إلغاء الشرط الباطل وحده، فإذا كان الشرط من شأنه أن يجعل الوصية منصرفة إلى المعصية تماما ولا يمكن تحويلها إلى غير ذلك ، فإن الشرط الباطل هنا يؤثر في الوصية، ويبطلها. كما إذا أوصي بمال لينفقه على حانة خمر، أو أوصي لشخص فاجر بشرط الاستمرار في فجوره. فالشرط أثر في الوصية بحيث جعلها معصية ، ولا يمكن صرفها إلى غير ذلك.

أما إذا أمكن صرف الوصية إلى غير المعصية ، كمن أوصى لشخص بجزء من ماله بشرط ألا يتزوج أو بشرط أن يتزوج من امرأة بعينها ؛ فهذا الشرط باطل ، غير أن نطاق البطلان لا يسري على الوصية ، بل إنها تصح ويبطل الشرط وحده، ذلك أن الموصي باشتراكه عدم الزواج أو الزواج من امرأة بعينها ، لم يحدد وجوه الإنفاق ، وبالتالي فإنه يمكن من خلال الوصية ذاتها إنفاق الموصى به في وجوه مشروعة ، بعد إلغاء الشرط الباطل.

فالصورتان مختلفتان : ففي الصورة الأولى نجد أن الشرط وجه الوصية كلها إلى أمر غير مشروع ، فلا يمكن من خلال شروط الوصية تحويلها إلى أمر مشروع ، فتبطل الوصية لبطلان الباعث عليها إذ جعلها الشرط متمحضة للمعصية. أما الصورة الثانية فلا تكون الوصية باطلة ، وذلك لعدم تمحضها للمعصية ، ومن ثم فيمكن تحويلها إلى أمر مشروع ، بعد إلغاء الشرط الباطل.

### الفرع الثاني : السبب في الوصية في القانون الوضعي

وردت أحكام الوصية مع الهبة في قانون الأسرة الجزائري ، وقد عرّفها المادة 184 بأن : "الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبوع".

وتعتبر الوصية استثناء من الحكم الذي قرره القانون المدني ، والقاضي ببطلان التعامل في التركة المستقبلية ، إذ هي تعامل من الموصي في تركته المستقبلية بإرادته المنفردة ، وقد نصت المادة 2/92 من التقنين المدني الجزائري على : "أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه. إلا في

<sup>1</sup> - محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، ص 48.

الأحوال المنصوص عليها في القانون"<sup>(1)</sup>. والقانون الذي قصده هذه المادة هو قانون الأسرة ، الذي استمد أحكام الوصية من الشريعة الإسلامية ، التي أجازت الوصية ، بنصوص من القرآن والسنة والإجماع والمعقول، كما سبق بيانه.

ونصت المادة 199 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "إذا علق الوصية على شرط استحقها الموصى له بعد إنجاز الشرط. وإذا كان الشرط غير صحيح صحت الوصية وبطل الشرط".

ونصت المادة 242 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي<sup>(2)</sup> على أنه : "إذا اقترنت الوصية بشرط ينافي المقاصد الشرعية، أو أحكام هذا القانون، فالشرط باطل والوصية صحيحة".

ونصت المادة 285 من مدونة الأسرة المغربية<sup>(3)</sup> على أنه : "يصح تعليق الوصية بالشرط وتقيدها به إن كان الشرط صحيحاً، والشرط الصحيح ما كان فيه مصلحة للموصي أو للموصى له أو لغيرهما ولم يكن مخالفاً للمقاصد الشرعية".

ونصت المادة 172 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أن : "إذا قيدت الوصية بشرط غير صحيح صحت الوصية وألغى الشرط"<sup>(4)</sup>.

ونصت المادة 432 من قانون الأحوال الشخصية السوري<sup>(5)</sup> على أنه : "تشتت في صحة الوصية ألا تكون بما نهي عنه شرعاً، وأن لا يكون الباعث عليها مخالفاً لمقاصد الشارع".

---

<sup>1</sup> - وبطلان التعامل في التركة المستقبلية مبدأ مستقر في جميع القوانين المدنية ، حيث نص عليه القانون المدني المصري في المادة 2/131. والليبي في المادة 131. والتونسي في الفصل 66. والمغربي في الفصل 2/61. والسوري في المادة 2/132. والقطري في المادة 2/149. والكويتي في المادة 169. والإماراتي في المادة 2/202. والبحريني في المادة 2/102. والفرنسي في المادة 1130. ونصها :

**Article 1130** : « Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation.

On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit, que dans les conditions prévues par la loi ».

<sup>2</sup> - قانون الأحوال الشخصية الإماراتي هو القانون رقم 28 لسنة 2005.

<sup>3</sup> - مدونة الأسرة المغربية صادرة بالقانون رقم 03-70 ، والمنشور بالجريدة الرسمية رقم 5184 الصادرة يوم الخميس 5 فبراير 2004.

<sup>4</sup> - صدرت مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الرائد الرسمي العدد 66 الصادر في 17 أوت 1956. وأضيف الكتاب الحادي عشر المتعلق بالوصية والمتضمن الفصول 171 إلى 199 بالقانون رقم 77 لسنة 1959 المؤرخ في 19 جوان 1959.

<sup>5</sup> - قانون الأحوال الشخصية السوري صدر بتاريخ 5 نيسان 2009م الموافق 10 ربيع الآخر 1430هـ.

ونصت المادة 207 من قانون الأسرة القطري<sup>(1)</sup> : "تصح إضافة الوصية إلى المستقبل، أو تعليقها على شرط أو تقييدها به، إذا كان الشرط صحيحاً. ويعتبر الشرط صحيحاً إذا كان فيه مصلحة مشروعة للموصي، أو للموصى له، أو لغيرهما، ولم يكن منهيماً عنه، ولا منافياً لمقاصد الشريعة".

ونصت المادة 215 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي<sup>(2)</sup> : "يشترط في صحة الوصية ألا تكون بمعصية، وألا يكون الباعث عليها منافياً لمقاصد الشارع. وإذا كان الموصي غير مسلم صحت الوصية إلا إذا كانت محرمة في الشريعة الإسلامية".

ونصت المادة الثالثة من قانون الوصية المصري على أنه "يشترط في صحة الوصية ألا تكون بمعصية، وألا يكون الباعث عليها منافياً لمقاصد الشارع. وإذا كان الموصي غير مسلم صحت الوصية ، إلا إذا كانت محرمة في شريعته وفي الشريعة الإسلامية".

ونصت المادة الرابعة من التقنين نفسه على أنه "مع مراعاة أحكام المادة الثالثة تصح الوصية المضافة أو المعلقة بالشرط أو المقترنة به ، وإن كان الشرط صحيحاً وجبت مراعاته مادامت المصلحة فيها قائمة، ولا يراعى الشرط إن كان غير صحيح أو زالت المصلحة المقصودة منه. والشرط الصحيح هو ما كان فيه مصلحة للموصي أو الموصى له أو لغيرهما ولم يكن منهيماً عنه ولا منافياً لمقاصد الشريعة".

ويستنتج من مجموع نصوص مواد القوانين التي تم ذكرها ، مسائل أربع ذات علاقة بموضوع البحث، وهي : الوصية بمعصية ، والوصية بأمر مباح ، ووصية غير المسلم، الوصية المقترنة أو المعلقة على شرط.

**المسألة الأولى : الوصية بمعصية.** أي الوصية بأمر محرّم ، وذلك كالوصية لأندية القمار أو الرقص ، أو إقامة قبة على القبر أو النياحة على القبر أو وراء الجنائز ، فهذه وصية باطلة لا يجوز تنفيذها بأي وجه من الوجوه.

**المسألة الثانية : الوصية بأمر مباح ولكن الباعث عليها أمر محرّم.** كالوصية لأهل الفسوق ، أو كالوصية للخليلة ليضمن بقاءها معه على الحال المحرمة بينهما.

فهذه الوصية لها جانبان ، الأول : من حيث إنها تمليك مباح لمن هو أهل للتمليك ، فهي صحيحة واجبة التنفيذ. أما الجانب الثاني وهو النظر إليها من حيث الباعث عليها وهو أمر محرّم فتكون الوصية باطلة. لأن الوصية شرعت استثناءً ليستدرك الإنسان ما فاتته من فعل الخير وأداء الواجبات في ماضي حياته، أو لتكون صدقة جارية بعد وفاته ، أو صلة لمن يود أن يصله ممن أعانوه في حياته. وهذه المقاصد

<sup>1</sup> - قانون الأسرة القطري هو القانون رقم 22 لسنة 2006.

<sup>2</sup> - قانون الأحوال الشخصية الكويتي هو القانون رقم 51 لسنة 1984.

والمعاني التي شرعت لها الوصية لا تتفق مع اتخاذها وسيلة للاستمرار على الفسق والفجور. أو يؤدي تنفيذها لأمر لا يجلها الشارع. وهذا ما قصده المشرع القانوني حين قال ، إن الوصية تكون باطلة إذا كان الباعث عليها لا يتفق مع مقاصد الشريعة.

**المسألة الثالثة : وصية غير المسلم :** هذه الوصية من حيث المبدأ هي وصية صحيحة ، وهذا ما نصت عليه المادة 200 من قانون الأسرة الجزائري "تصح الوصية مع اختلاف الدين"<sup>(1)</sup>، ولكن لم تذكر المادة متى تكون وصية غير المسلم باطلة ، ونجد الجواب على ذلك في القانون المصري والكويتي. فنصت المادة 3 من قانون الوصية المصري ، والمادة 215 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي ، على أن وصية غير المسلم تكون باطلة ، إذا كانت محرمة في دينه وفي شريعة الإسلام. وبناء على ذلك فالوصية للفقراء من المسلمين أو من غيرهم صحيحة ، لأنها جائزة في الإسلام وفي غيره. والوصية على المساجد والمصالح العامة صحيحة ، لأنها حلال في نظر الإسلام. والوصية للكنايس والبيع وبيوت العبادة صحيحة ، لأنها حلال في دينه. والوصية على أندية القمار تكون باطلة ، لأنها لا تتفق مع دين غير المسلم ، وكذلك مع دين الإسلام.

وقد أخذ القانون هذا الحكم من المذهب الحنفي<sup>(2)</sup> ، الذي فرق في وصية غير المسلم بالنسبة إلى الجهة الموصى لها ، بين أن تكون الوصية لمعين ، أو غير معين. فإن كان الموصى له معيناً : بأن كان شخصاً معيناً أو قوماً معينين ، فإن الوصية لهم تجوز من غير المسلم ، سواء أكان الصنف لهم قرابة في نظر المسلم فقط ، أم في نظر المسلم وغير المسلم. مادامت غير معصية ، ولأنها تمليك ، وتمليك غير المسلم للمسلم جائز للمعنيين.

فإن كان الموصى له غير معين ، أي لقوم غير محصورين ، فيشترط الحنفية في هذه الحال حتى تكون الوصية صحيحة ، أن تكون قرابة وصدقة ، وقسموا وصية غير المسلم إلى أقسام ثلاثة وهي : القسم الأول : أن تكون الوصية قرابة في نظر المسلم وغير المسلم ، كالوصية للفقراء المسلمين وغيرهم ، أو لفقراء مدينة معينة أو قرية معينة ، أو بناء مدرسة أو مستشفى ، صحت الوصية ، لأن الصنف للفقراء مهما كانت معتقداتهم ، قرابة في كل الأديان.

<sup>1</sup> - ونص على نفس الحكم أيضاً ، قانون الأسرة القطري في المادة 216. والمادة 9 من قانون الوصية المصري ، والمادة 1/438 من قانون الأحوال الشخصية السوري.

<sup>2</sup> - الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج 7 ص 341. محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، ص 57 - 58.

القسم الثاني : الوصية بما هو محرم في شريعة الإسلام وفي ديانة الموصي ، كأن يوصي لدور القمار والبعاء والنائحات ، فالوصية تكون باطلة لتمحاضها للمعصية.

القسم الثالث : الوصية بما هو قرية عندهم وليس قرية عندنا ، كالوصية ببناء كنيسة ، أو معبد، أو بالذبح لعيد في ملتهم، وقد اختلف الفقهاء في حكم هذه الوصية.

فذهب أبو حنيفة إلى أنها وصية جائزة؛ وحجته في ذلك أنها قرية في دينهم ، وقد أمرنا بتركهم وما يدينون. وقال الصحابان من الحنفية وبقية الفقهاء من المذاهب الأخرى : إن هذه وصية باطلة؛ لأنها وصية في شريعتنا بما هو معصية، والوصية بالمعاصي لا تصح. والعبرة في القضاء بما يأمر به الإسلام ، لأننا لا نحكم إلا بما أنزل الله فلا نحكم بمعتقدهم. وأما أننا أمرنا بتركهم وما يدينون ، فهذا يعني أننا لا نتدخل في شؤونهم ولكن عند التقاضي لا يقضى باعتقادهم ، بل يقضى بحكم الإسلام<sup>(1)</sup>.

ولو أخذنا بأحكام القانون الدولي الخاص ، لطبقنا قانون جنسية المالك على الوصية طبقا للمادة 16 من القانون المدني الجزائري ، فلو فرضنا أن فرنسا يدين بالمسيحية يقيم بالجزائر ، وعند وفاته أوصى ببناء كنيسة في الجزائر ، فطبقا للمادة 16 فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي ، ولكن لا يمكن أن تنفذ هذه الوصية ويقوم الموصى له ببناء الكنيسة في الجزائر تنفيذا لهذه الوصية ، وذلك إعمالا للمادتين 21 و 24 من القانون المدني.

المادة 21 تنص على أنه : "لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص"، وقد وجد القانون الخاص المتعلق بهذا الموضوع، وهو الأمر 06 - 02 مكرر، المؤرخ في 29 محرم 1427هـ الموافق 28 فيفري 2006م، الذي يحدد شروط وقواعد ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين، وخاصة المادة 5 التي تخضع أي بناية لممارسة الشعائر الدينية للرأي المسبق للجنة الوطنية للشعائر الدينية، وهي لجنة موجودة على مستوى وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، وهي صاحبة القرار النهائي في الموافقة على بناء أو تخصيص أي مكان يكون محلا لممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين. أما المادة 24 فهي تنص على أنه : "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر"، وعليه فالقاضي الجزائري طبقا لهذه المادة عندما يجد وفقا لقواعد الإسناد في قانونه ، أنّ القانون الأجنبي الواجب التطبيق مخالفا للنظام العام أو الآداب ، فيقوم

<sup>1</sup> - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 3 ص 40. الشرح الكبير، ج 4 ص 427. البهوتي، كشاف القناع ، ج 4 ص 404.

باستبعاده<sup>(1)</sup>، ولا شك أن بناء كنيسة في الجزائر يتعارض مع النظام العام القائم على المعتقد الإسلامي الذي يدين به الغالبية الساحقة من الجزائريين.

### المسألة الرابعة : الوصية المقترنة أو المعلقة على شرط

اتفق الفقهاء على أن الوصية لا تكون منجزة ، لأن آثارها تتأخر إلى ما بعد وفاة الموصي ، فلا تصح إلا مضافة إلى المستقبل أو معلقة على شرط، فالوصية من التصرفات التي تقبل التعليق على الشرط<sup>(2)</sup>.

وقد أباح قانون الأسرة الجزائري في المادة 199 منه ، جواز تعليق الوصية على شرط، فإن نفذ الموصي له الشرط استحق الوصية ، وإن لم ينفذ الشرط لم يستحق الوصية؛ أي أن إرادة الموصي في إنشاء الوصية قد علقها على شرط يقوم به الموصى له ، فإن نفذ الشرط وجدت الوصية واستحقها الموصى له ، وإن لم ينفذ الشرط فلا تنشأ الوصية أصلا ، ولا يكون لها أي وجود قانوني.

وتنص الفقرة الثانية من المادة نفسها ، على جواز اقتران الوصية بالشرط فتقول : "إذا كان الشرط غير صحيح صحت الوصية وبطل الشرط"، أي أنّ وجود الوصية غير مقترن بأي شرط ، ولكن تنفيذها وتقييد آثارها يكون تبعا للشرط المقترن بها. فإن كان الشرط صحيحا نفذت الوصية حسب الشرط المقترن بها، أما إن كان الشرط غير صحيح ، فهذا لا يؤثر في وجود الوصية ، حيث تنشأ الوصية صحيحة ولكن يبطل الشرط غير الصحيح.

ومثال ذلك لو أوصى شخص لآخر واشترط عليه عدم الزواج ، فهذا شرط لا يلتفت إليه فتصح الوصية ويلغى الشرط.

غير أنه مما يجب ملاحظته على المادة 199 أنها لم تحدد معيار الشرط الصحيح من الشرط الباطل. ولو قارنا قانون الأسرة الجزائري بغيره من قوانين الدول العربية الأخرى لوجدنا تحديدا للشرط الصحيح والشرط الباطل، حيث يكون الشرط صحيحا إذا كان فيه مصلحة للموصي أو الموصى له أو لغيرهما ، ولم يكن منهيا عنه ، ولا منافيا لمقاصد الشريعة، هذا ما نص عليه القانون المغربي في المادة 285، والقانون

<sup>1</sup> - نصت مختلف دول العالم على فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص. انظر على سبيل المثال : القانون المدني المصري في المادة 28. والسوري في المادة 30. والأردني في المادة 29. والليبي في المادة 28. والعراقي في المادة 32. والقبطي في المادة 38. والإماراتي في المادة 27 من قانون المعاملات المدنية. والسوداني في المادة 2/16 من قانون المعاملات المدنية. والتونسي في المادة 36 من مجلة القانون الدولي الخاص. القانون البولوني المادة 6 من قانون 1966. البرتغالي المادة 22 من القانون المدني. القانون النمساوي الفقرة 6 من القانون الفدرالي الصادر في 15 جوان 1975 المتعلق بالقانون الدولي الخاص.

<sup>2</sup> - الشيرازي، المهذب، ج 1 ص 452. ابن قدامة، المغني ، ج 6 ص 28. رد المختار على الدر المختار، ج 5 ص 471.

القطري في المادة 207، والقانون المصري في المادة الرابعة، وبالمفهوم المخالف للنصوص يكون الشرط باطلا إذا لم يكن فيه مصلحة لأحد ، أو كان منهيًا عنه ، أو منافيا لمقاصد الشريعة.

### المبحث الثالث

#### السبب في عقود الاستيثاق

الغرض الرئيس لهذه العقود هو حفظ الدين، والتوثيق لأدائه، وتسمى عقود الاستيثاق أو التوثيق، أو عقود الضمان ، ويمثل ذلك عقدي الرهن والكفالة. وبما أنّ القصد منها بصفة أساسية تأمين الدين لقضائه، ومن ثم فلا مجال للبحث عن التكافؤ بين التزامات المتعاقدين وحقوقهما. وإذا كان يقصد بعقود الاستيثاق ضمان الدين أصالة ، فقد يقصد بها التبرع تبعاً ، والذي يعيننا في هذا السياق هو القصد الأصلي ؛ ذلك أن بعض العقود قد يكون لها وصفان أصلي وتبعي ، كالقرض فهو تبرع ابتداءً ومعاوضة انتهاءً.

وقد بحثت في المبحث السابق بعض عقود المعاوضة باعتبار القصد الأصلي ، وسأبحث في هذا المبحث عقود الاستيثاق بالقصد الأصلي. ويكون الغرض من الدراسة هو بيان الغاية المشروعة من العقد ، باعتباره سبباً حتى يكون العقد صحيحاً. وسأتناول بالدراسة عقدي الرهن والكفالة ، ويخصص لكل عقد مطلباً.

#### المطلب الأول : السبب في عقد الرهن

وسيتيم دراسة الرهن في فرعين ، يخصص الأول للفقهاء الإسلامي ، ويخصص الثاني للقانون الوضعي.

#### الفرع الأول : السبب في عقد الرهن في الفقه الإسلامي

**تعريف الرهن لغة :** يأتي الرهن بمعنيين ، إما الثبوت والدوام، يقال: ماء رهن أي راكد. وحالة راهنة: أي ثابتة. وإما الحبس واللزوم، قال الله تعالى : {كُلُّ امْرِيٍّ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ} <sup>(1)</sup>، وقال أيضاً : {كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ} <sup>(2)</sup>، أي محبوسة بكسبها وعملها. ويقال رهنته لساني : كلفته وحبسته. فهو مرهون ورهين. والظاهر أن في الحبس معنى الدوام والثبوت، فأحد المعنيين تطور للمعنى الآخر، والظاهر أن المعنى الأول هو الحبس؛ لأنه المعنى المادي.

<sup>1</sup> - سورة الطور ، آية رقم ، 19.

<sup>2</sup> - سورة المدثر ، آية رقم : 38.

قال ابن منظور : "الرَّهْنُ : ما وضع عند إنسان مما ينوب مناب ما أخذ منه". وقد يطلق الرهن لغة على الشيء المرهون: وهو ما جعل وثيقة للدين، من باب تسمية المفعول بالمصدر<sup>(1)</sup>.

### تعريف الرهن اصطلاحاً :

عرّفه ابن عرفة المالكي فقال : "الرَّهْنُ مَالٌ قَبْضُهُ تَوَثُّقٌ بِهِ فِي دَيْنٍ"<sup>(2)</sup>.

وعرفه الدردير بأنه : "شيء مُمْتَمُولٌ يُؤْخَذُ مِنْ مَالِكِهِ، تَوَثُّقًا بِهِ، فِي دَيْنٍ لَازِمٍ، أَوْ صَارَ إِلَى اللِّزُومِ". فالرهن عقد على أخذ شيء من الأموال عيناً كالعقار والحيوان والسلع، والمنافع، على أن تكون المنفعة معينة بزمن أو عمل، وعلى أن تحسب من الدين. ولا بد من أن يكون الدين لازماً كتمن مبيع، أو بدل قرض، أو قيمة متلف، أو صائراً إلى اللزوم، كأخذ رهن من صانع أو مستعير، خوفاً من ادعاء ضياع، فيكون الرهن في القيمة على ما يلزم<sup>(3)</sup>.

والمقصود بالأخذ عند المالكية ليس التسليم الفعلي؛ لأن التسليم بالفعل ليس شرطاً عندهم في انعقاد الرهن، ولا في صحته، ولا في لزومه، بل ينعقد ويصح ويلزم بالصيغة أي بمجرد الإيجاب والقبول، ثم يطلب المرتهن أخذه.

وعرفه الحنفية بأنه : "المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفي من ثمنه إذا تعذر استيفاؤه ممن هو عليه"<sup>(4)</sup>. وعرفوه أيضاً بأنه : "حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه منه"<sup>(5)</sup>. وبهذا يختلف الرهن عن الكفالة؛ لأن التوثق بها إنما يكون بذمة الكفيل، لا بمال يقبضه الدائن.

وعرفه الشافعية بقولهم : "جعل عين وثيقة بالدين يستوفي منها عند تعذر وفائه". وقولهم "جعل عين" يفيد عدم جواز رهن المنافع؛ لأنها تتلف فلا يحصل بها استيثاق<sup>(6)</sup>.

وعرفه الحنابلة بأنه : "المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفي من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه"<sup>(7)</sup>.

### أدلة مشروعية الرهن : ثبتت مشروعية الرهن بالكتاب والسنة والإجماع.

<sup>1</sup> - ابن منظور ، لسان العرب، ج 5 ص 348، مادة رهن. المعجم الوسيط ، مادة رهن ، ص 378.

<sup>2</sup> - الرضاع ، شرح حدود ابن عرفة ، ص 409.

<sup>3</sup> - الدردير الشرح الصغير ، ج 3 ص 303.

<sup>4</sup> - المرغيناني ، الهداية ، ج 3 ص 93.

<sup>5</sup> - عبد الغاني الغنيمي ، اللباب في شرح الكتاب ، ج 2 ص 5. السرخسي ، المبسوط ، ج 21 ص 63.

<sup>6</sup> - الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 2 ص 121.

<sup>7</sup> - ابن قدامة ، المغني ، ج 4 ص 326.

فأما الكتاب : فقوله تعالى : { وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ }<sup>(1)</sup> ، فالرهن جائز باتفاق الفقهاء في الحضر والسفر ، خلافا للظاهرية<sup>(2)</sup> ومجاهد والضحاك ، لإطلاق مشروعيته في السنة ، ولفعله صلى الله عليه وسلم له ، وهو مقيم في المدينة. وذكر السفر في الآية خرج مخرج الغالب ، لكون الكاتب في الماضي غير متوفر في السفر غالبا، ولا يشترط أيضا عدم وجود الكاتب ، لثبوت جواز الرهن في السنة مطلقا من غير قيد، فالآية أرشدت لوسيلة ميسرة عند فقدان كاتب يكتب الدين<sup>(3)</sup>.

وأما السنة : فأحاديث كثيرة منها :

عن عائشة رضي الله عنها، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعا من حديد<sup>(4)</sup>. وعن أنس قال : " رهن رسول الله صلى الله عليه وسلم درعا عند يهودي بالمدينة ، وأخذ منه شعيرا لأهله"<sup>(5)</sup>.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة"<sup>(6)</sup>.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "لا يعلّق الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غنمه ، وعليه غُزْمه"<sup>(7)</sup>. وعلق الرهن: استحقاق المرتهن إياه، لعجز الراهن عن فكاهه، أي لا ينفك ملك الرهن عن صاحبه، ولا يستحقه المرتهن، إذا لم يفتكه في الوقت المشروط؛ وفي هذا رد على

<sup>1</sup> - سورة البقرة ، آية رقم : 282.

<sup>2</sup> - ابن حزم ، المحلى ، ج 8 ص 87. مسألة رقم 1208.

<sup>3</sup> - ابن قدامة ، المغني ، ج 4 ص 327. الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6 ص 135. ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2 ص 275. الشيرازي ، المهذب، ج 1 ص 305. ابن جزري، القوانين الفقهية، ص 323. سيد سابق، فقه السنة، ج 3 ص 131 - 132.

<sup>4</sup> - رواه البخاري في صحيحه : في كتاب الجهاد ، باب ما قيل في درع النبي صلى الله عليه وسلم. وفي كتاب المغازي ، باب حدثنا قبيصة. ورواه النسائي في كتاب البيوع ، باب مبايعة أهل الكتاب. ورواه الترمذي في أبواب البيوع ، باب ما جاء في الرخصة في الشراء إلى أجل. وأخرجه الدارمي في سننه ، في كتاب البيوع ، باب الرهن.

<sup>5</sup> - رواه البخاري والنسائي وابن ماجه وأحمد.

<sup>6</sup> - رواه البخاري في صحيحه ، في كتاب الرهن ، باب الرهن مركوب ومحلوب. والترمذي ، في أبواب البيوع ، باب ما جاء في الانتفاع بالرهن. وابن ماجه في كتاب البيوع ، باب الرهن مركوب ومحلوب. وأبو داود ، في كتاب البيوع ، باب الرهن.

<sup>7</sup> - أخرجه مالك في الموطأ ، في كتاب الأفضية ، باب ما لا يجوز من غلق الرهن. وابن ماجه ، في كتاب البيوع ، باب لا يعلق الرهن. والبيهقي في سننه الكبرى ، في كتاب البيوع ، باب ما روي في غلق الرهن. ورواه الشافعي والدارقطني وقال : إسناده حسن متصل. وقال ابن حجر في بلوغ المرام ورجاله ثقات.

ما كان في الجاهلية، من أن المرتهن كان يتملك الرهن إذا لم يؤد الراهن إليه ما يستحقه في الوقت المعين، فأبطله الشارع<sup>(1)</sup>.

وأما الإجماع : فقد أجمع المسلمون على جواز الرهن في الجملة<sup>(2)</sup>.

**أركان الرهن :** يرى جمهور الفقهاء أن أركان الرهن أربعة وهي : العاقدان (الراهن والمرتهن)، والصيغة، والمرهون ، والمرهون به. أما الحنفية فركن العقد عندهم هو الإيجاب والقبول ، الإيجاب من المدين الراهن ، والقبول من الدائن المرتهن. وينعقد الرهن بأي لفظ يدل عليه ، إذ العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني. ولكن لا يتم الرهن ، ولا يلزم إلا بالقبض<sup>(3)</sup>.

واتفق الفقهاء على أن القبض شرط في الرهن، لقوله تعالى: {فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ}<sup>(4)</sup>. واختلفوا في تحديد نوع الشرط، هل هو شرط لزوم، أو شرط تمام؟ وفائدة الفرق: أن من قال: شرط لزوم، قال: ما لم يقع القبض، لم يلزم الراهن بالرهن، وله أن يرجع عن العقد. ومن قال: شرط تمام، قال: يلزم الرهن بالعقد، ويجبر الراهن على الإقباض، إلا أن يتراخى المرتهن عن المطالبة حتى يفلس الراهن أو يمرض أو يموت. ويتم القبض في العقار والمنقول كما في البيع ، فإذا تسلم الدائن المرتهن الشيء محل الرهن دخل في ضمانه. فإذا سلم الشيء المرهون إلى المرتهن فلا يعود للراهن أن يفسخه. والإمام مالك رضي الله عنه يرى أن الرهن يلزم بالإيجاب والقبول إلا أنه لا يتم إلا بالقبض<sup>(5)</sup>. أي أن الإمام مالك يرى أن الرهن من العقود الرضائية ، في حين يرى بقية الفقهاء أن الرهن من العقود العينية.

**السبب الباعث والرهن :** الحكمة من تشريع الرهن هو توثيق الديون وضمان قيام الراهن بالوفاء بالدين الذي عليه للدائن المرتهن ، فكما أن الكفالة توثق الدين شخصياً، يوثق الرهن الدين مالياً، والرهن يفيد الدائن بإعطائه حق الأفضلية على سائر الدائنين الغرماء. أما الكفالة فلا تُحقق بنحو مؤكد مصلحة الدائن؛ لأنّ الرهن وثيقة بالدين في يد المرتهن مقابل حقه، ويتمكن من استيفاء دينه منه ببيعه بإذن القاضي

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامية أدلته ، ج 5 ص 182.

<sup>2</sup> - ابن قدامة ، المغني ، ج 6 ص 444.

<sup>3</sup> - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 6 ص 135. عبد الغاني الغنيمي، اللباب ، ج 2 ص . الزيلعي ، تبين الحقائق ، ج 6 ص 62. ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ص 272. الدردير ، الشرح الصغير ، ج 3 ص 304. الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 2 ص 121. البهوتي ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، ج 3 ص 307.

<sup>4</sup> - سورة البقرة ، آية رقم : 282.

<sup>5</sup> - ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ص 274. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 5 ص 207.

أو بإذن الراهن. ويحقق الرهن أيضاً مصلحة الراهن بالحصول على الدين ، أو بتأجيل الثمن ، فيكون الرهن محققاً مصلحة الطرفين.

وعلى هذا فيجب أن يكون السبب الباعث على الرهن مشروعاً ، ومعينا على الوفاء بالدين ، ولا يكون فيه تعاون على الإثم والعدوان ، ولا يؤدي إلى نتيجة غير مشروعة ، أو إلى غاية لا تتفق مع مقاصد الشريعة.

ومن ثم فلا يجوز أن يتخذ عقد الرهن وسيلة للوصول إلى غايات غير مشروعة ، كالرهن الذي يكون طريقاً للحصول على قرض بالربا.

ويجب أن يكون المرهون به مما يمكن استيفاء الدين منه ، فإن لم يمكن الاستيفاء لم يصح الرهن، لأن الارتهان استيفاء ، فإذا انتفى الاستيفاء انتفى الرهن والغرض منه<sup>(1)</sup>، وعلى هذا لا يصح الرهن في الحدود ولا في القصاص، ولا رهن الإنسان الحر، ولا رهن الميتة والدم لانعدام ماليتها، ومن ثم تعذر استيفاء الدين لعدم جواز بيعهما.

ويجب أن يكون المال المرهون متقوماً أي يباح الانتفاع به شرعاً ، بحيث يمكن استيفاء الدين منه، وعلى هذا فلا يصح للمسلم أن يرهن خمرأً أو خنزيراً، ولا أن يرهنهما من مسلم أو ذمي؛ لأن الرهن إيفاء الدين، والارتهان استيفاء، ولا يجوز للمسلم إيفاء الدين من الخمر ، ولا استيفاؤه منه؛ لأن هذه غاية يمنعها الشارع ؛ لأنه إذا كان الراهن هو المسلم ، فإن ذلك يؤدي إلى الانتفاع بالخمر يجعلها رهناً وهو محرم. أما إذا كان الراهن ذمياً ، فإن مقتضى ذلك أن يمسك المسلم الخمر ، وينتفع بها في توثيق دينه<sup>(2)</sup>.

كما أنه لو رهن المسلم خمرأً عند ذمي، لم يضمها هذا للمسلم، كما لا يضمها بالغصب منه لعدم ماليتها. ولو كان الراهن للخمر هو الذمي عند مسلم، فعليه عند الحنفية ضمانها للذمي، كما يضمها بالغصب منه؛ لأنها مال بالنسبة للذمي، والتقى الدينان حينئذ قصاصاً أو مقاصة. أما أهل الذمة فيصح فيما بينهم رهن الخمر والخنزير، وارتهاهما ؛ لأن كلاً منهما مال متقوم في حقهم، كالخل والشاة عند المسلمين<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 6 ص 143. وما بعدها. ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، ج 5 ص 351.

<sup>2</sup> - سحنون بن سعيد التنوخي ، المدونة الكبرى ، ج 5 ص 319.

<sup>3</sup> - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 5 ص 204.

وإذا ارتهن الراهن عصيرا فصار خمرا ، فقد ذهب المالكية إلى أن المرتهن يرفع الأمر إلى السلطان فيأمر بما فتراق<sup>(1)</sup>؛ ذلك أنه يجوز بيع العصير ورهنه ، وخروجه عن المالية بالتخمر لا يمنع صحة رهنه. فإن صار خلاً، فالرهن باق على حاله، وإن صار خمراً بعد القبض وجبت إراقته، وزال لزوم العقد، فإن أريق بطل العقد فيه، ولا خيار للمرتهن؛ لأن التلف حصل في يده<sup>(2)</sup>.

وذهب ابن حزم إلى أن أنه إذا خاف المرتهن أن يتحول العصير إلى خمر ، فإنه يأتي الحاكم فيبيع العصير ، ويوقف ثمنه لصاحبه إن كان غائباً ، أو يسلمه للمرتهن إن كان الدين حالاً ، أو يصرف ثمنه إلى الراهن إن كان الدين مؤجلاً؛ وذلك لأن ثمن الرهن هو غير الرهن ، والعقد في الرهن لا في ثمنه ، والثلث من مال من أموال الراهن<sup>(3)</sup>.

أما الخنزير فلا يجوز أن يكون محلاً للرهن اتفاقاً لأنه انتفاع بمحرم، وفي حالة ارتهانه ينتفع به في توثيق الدين، والتحریم إذا ورد على لحمه فهو يشمل ما دون ذلك، من أوجه الانتفاع سواء بالأكل أو الشرب أو الشراء أو البيع<sup>(4)</sup>.

ولا يصح رهن جلد الميتة لأنه لا يجوز بيعها وإن دُبِغَتْ ، وسبب المنع أن ذلك يؤدي إلى ما يمنعه الشارع من الانتفاع بجلدها ، ولا يصح ذلك اتفاقاً إذا لم يدبغ هذا الجلد ، لأن الانتفاع بالرهن في التوثيق هو غاية العقد ، يكون في الوقت نفسه انتفاعاً بما حرم الشارع الانتفاع به<sup>(5)</sup>.

ويتبين مما سبق أن عقد الرهن يكون باطلاً ، إذا كان السبب الباعث عليه توثيقاً دين فيه إعانة على معصية ، أو توثيق دين غير مشروع.

### الفرع الثاني : السبب في عقد الرهن في القانون الوضعي

الرهن من العقود العينية<sup>(1)</sup> التي تستوجب تسليم العين المرهونة كشرط لقيامها ، كما يتميز الرهن بأنه من العقود التبعية ، فهو حق تابع للدين المضمون به ، وأن مصير الرهن يرتبط وجوداً وعدمًا بمصير

<sup>1</sup> - سحنون بن سعيد التنوخي ، المدونة الكبرى ، ج 5 ص 331.

<sup>2</sup> - ابن قدامة ، المغني ، ج 4 ص 342. الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 2 ص 129. منصور البهوتي، كشاف القناع ، ج 3 ص 316.

<sup>3</sup> - ابن حزم ، المحلى ، ج 8 ص 100. مسألة رقم 1215.

<sup>4</sup> - الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج 6 ص 70.

<sup>5</sup> - سحنون بن سعيد التنوخي ، المدونة الكبرى ، ج 5 ص 331.

الدين الأصلي. والرهن يمكن أن يقع على العقارات ، ويمكن أن يقع على أموال منقولة. والرهن يخول للدائن المرتهن أن ينفذ على العين المرهونة ، مستعملا في ذلك حق التقدم وحق التتبع.

ويفرق القانون المدني بين نوعين من رهون ، الرهن الرسمي والرهن الحيازي ، وقد عالج القانون المدني الجزائري أحكام الرهن الرسمي في المواد 882 – 936، والرهن الحيازي في المواد 948 – 981.

وعرفت المادة 948 من التقنين المدني الجزائري الرهن الحيازي بأنه : "عقد يلتزم به شخص، ضمانا لدين عليه أو على غيره ، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان ، شيئا يترتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون"<sup>(2)</sup>.

ويتبين من هذا النص أن المشرع الجزائري لم يعتبر الرهن الحيازي من العقود العينية ، بل هو من العقود الرضائية ، التي تتعقد بمجرد تبادل الإيجاب والقبول المتطابقين دون حاجة إلى تسليم الشيء المرهون، فالتسليم ليس ركنا في العقد ، بل هو التزام ينشأ في ذمة المدين نتيجة للعقد بعد تمامه، كما يحق للدائن المرتهن حبس الشيء المرهون حتى يستوفي الدين.

أما بالنسبة للرهن الرسمي فقد عرفته المادة 882 من القانون المدني الجزائري بأنه : "عقد يكسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان"<sup>(3)</sup>.

وهذه المادة تبين أنّ الرهن الرسمي يطلق على معينين ، الأول : العقد الرسمي الذي يترتب للدائن حقا عينيا على عقار مخصوص لوفاء دينه. وهذا العقد يتم بين الدائن المرتهن ، ومالك العقار المرهون ، سواء كان هذا المالك هو المدين نفسه أو كان كفيلا عينيا. الثاني يطلق على الحق العيني الذي تترتب للدائن ضمانا لوفاء دينه<sup>(4)</sup>.

فالرهن الرسمي إذن هو حق عيني ينشأ بموجب عقد رسمي هو الرهن ، ويتقرر ضمانا للوفاء بدين، وهذا الحق العيني يتقرر على عقار ، مملوك للمدين أو كفيل عيني، وبموجبه يكون للدائن الحق في استيفاء

<sup>1</sup> - هناك اختلاف حول عينية الرهن سواء على مستوى الفقه أو التشريع ، ومن القوانين التي تبنت عينية الرهن القانون اللبناني ، في المادة الأولى من المرسوم الاشتراعي رقم 46 المؤرخ في 20 تشرين الأول 1932. والمادة 101 من القرار رقم 3339 بتاريخ

1930/11/11 المتعلق بقانون الملكية العقارية. والقانون المدني المصري القديم في المادة 662/540.

<sup>2</sup> - تقابلها المادة 1096 من القانون المدني المصري. والمادة 1448 من قانون المعاملات الإماراتي.

<sup>3</sup> - تقابلها المادة 1030 من القانون المدني المصري. والمادة 1399 من قانون المعاملات الإماراتي.

<sup>4</sup> - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 7 ص 10.

دينه من ثمن هذا العقار ، متقدما في ذلك على الدائنين العاديين لمالك العقار ، وللدائنين أصحاب الحقوق العينية على هذا العقار المتأخرين في المرتبة ، ومتتبعا هذا العقار تحت يد من انتقلت إليه الملكية<sup>(1)</sup>. ويشترك الرهن الرسمي والحيازي في الخصائص الآتية<sup>(2)</sup> :

أ - كل من الرهن الرسمي والحيازي يتضمن حقا عينيا : فيعطي هذا الحق العيني للدائن حق التقدم على جميع الدائنين العاديين والمتأخرين في المرتبة ، كما يعطي حق التتبع في يد من انتقلت إليه ملكية هذا العقار المرهون.

ب - كل من الرهن الرسمي والحيازي حق تابع للدين المضمون<sup>(3)</sup> : فلا يقوم هذا الحق إلا بقيام الدين المضمون ، فلا ينفصل عنه بل يسير معه وجودا وعدما. فالرهن يفترض وجود التزام صحيح يضمه هذا الرهن. ولا ينفصل الرهن عن الدين المضمون ، بل هو تابع له في صحته وانقضائه، فإذا أصاب الالتزام عيب أدى إلى بطلانه أو إبطاله أو نقضه ، اختفى الرهن مع الالتزام.

ج - كل من الرهن الرسمي والحيازي حق غير قابل للتجزئة<sup>(4)</sup> : سواء بالنسبة للعقار المرهون أو بالنسبة إلى الدين المضمون ، لأن كل جزء من الدين المضمون يكون مكفولا بكل الرهن ، وأن كل جزء من العقار المرهون يكفل كل الدين. فإذا انتقل العقار المرهون إلى الورثة، وأدى الوارث الجزء من الدين الذي هو مسؤول عنه ، بقي الجزء من العقار الذي دخل في ملكه مسؤولا عن باقي الدين ، ولا يجوز شطب الرهن عن هذا الجزء من العقار إلا بعد سداد الدين كله. وإذا فرض أن عقارات متعددة مرهونة في الدين ، فإن كل عقار منها يبقى مرهونا إلى أن يسدد الدين كله، ولا يكفي وفاء ما يقابل هذا العقار من الدين حتى يتخلص العقار من الرهن.

**السبب في عقد الرهن :** السبب في عقد الرهن الرسمي هو ضمان الدين ، ولهذا رضي صاحب العقار المرهون سواء كان هو المدين أو كفيلا عينيا ، بإقامة رهن رسمي على عقاره، فيجب إذا أن يكون هناك دين مضمون قد نشأ صحيحا ، ثم بقي قائما إلى حين انعقاد الرهن. ولا يشترط في الدين المضمون أن يكون منجزا ، فيجوز أن يكون معلقا على شرط أو مستقبلا أو احتماليا، وعلى ذلك يجوز تقرير الرهن ضمانا لقرض لم يتم تنفيذه أو لاعتماد مفتوح أو لحساب جار. ويجب على كل حال أن يكون الدين

<sup>1</sup> - سمير تناغو ، في التأمينات العينية ، منشأة المعارف، مصر ، 1998 ، ص 19.

<sup>2</sup> - السنهوري ، الوسيط ، ج 10 ص 747. وهبة الزحيلي ، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني ، ص 360.

<sup>3</sup> - انظر المادة 893 من القانون المدني الجزائري. ويقابلها المادة 1042 مدني مصري.

<sup>4</sup> - انظر المادة 892 من القانون المدني الجزائري. ويقابلها المادة 1041 مدني مصري.

المضمون بالرهن معيناً تعييناً كافياً من حيث مصدره وتاريخه ومحلّه ومقداره، فلا يجوز الرهن ضمناً لكل ما عسى أن ينشأ في ذمة الراهن من ديون للمرتهن<sup>(1)</sup>. ويجب على الأقل أن يعين الحد الأقصى للدين في الاعتماد المفتوح وفي الحساب الجاري. وإذا عين ميعاد يقفل فيه الاعتماد المفتوح أو الحساب الجاري لم يضمن الرهن إلا المبالغ المستحقة في هذا الميعاد ولو لم تصل إلى الحد الأقصى المتفق عليه، وتكون مرتبة هذا الرهن من يوم قيده لا من يوم تحقق الدين<sup>(2)</sup>.

ولما كان الرهن من العقود التبعية، أي أنه يستند في وجوده إلى التزام صحيح، فإن سبب العقد يكون هو الدافع إلى عقد الرهن، وهو العلاقة الأصلية بين الدائن والمدين، فإذا كانت مشروعة كان عقد الرهن صحيحاً ومشروعاً، وإن كانت العلاقة غير مشروعة فيكون الدافع إلى إبرام العقد غير مشروع، مما يستتبع بطلان العقد لعدم مشروعية سببه؛ ذلك لأن المدين الراهن لا يقرر الرهن تبرعاً منه للدائن المرتهن، بل رغبة في الحصول على قرض أو أجل، أي أن الراهن يقرر الرهن ضمناً لحق أصلي للمرتهن، فنية ضمان هذا الحق تشكل سبباً لعقد الرهن<sup>(3)</sup>.

وقد أبطلت محكمة استئناف مصر رهناً صادراً من مخطوبة إلى خطيبها، لثبوت عدم مديونتها له، مشترطاً أن يكون للدائن المرتهن حق أصلي يراد به ضمانه<sup>(4)</sup>.

ويبطل الرهن إذا كان السبب الدافع لإبرامه هو اشتراط تملك المال المرهون عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء، وقد نصت المادة 903 من التقنين المدني الجزائري على أنه: "يكون باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يمتلك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أياً كان... ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن".

وصورة ذلك أنه إذا اتفق الدائن المرتهن مع الراهن، على أنه عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به يكون للدائن المرتهن الحق في أن يملك المال المرهون بضمن هو الدين المستحق وهذا هو الغالب<sup>(5)</sup>، أو بأي ثمن آخر أكبر أو أقل من الدين المستحق، فإن هذا الاتفاق يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام. ويكون أيضاً باطلاً بطريق القياس شرط تملك الدائن المرتهن مالا آخر للراهن في مقابل الدين، أو شرط حصوله بعد بيع العقار على كل ثمنه ولو كان أكثر من الدين المضمون؛ ذلك أن موقف الراهن يكون عادة ضعيفاً،

<sup>1</sup> - انظر المادة 891 من القانون المدني الجزائري، والمادة 1040 من القانون المدني المصري.

<sup>2</sup> - السنهوري، الوسيط، ج 10 ص 292 - 293.

<sup>3</sup> - محمد علي عبده، نظرية السبب في القانون المدني، ص 276. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الحقوق العينية والتبعية، دار صادر، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة 1995، ج 11 ص 139.

<sup>4</sup> - استئناف مصر مختلط، 29 يونيو 1942.

<sup>5</sup> - ويعرف هذا الاتفاق باسم : pacte comissoire

ويستطيع الدائن المرتهن أن يفرض عليه هذا الشرط ، وقد أراد المشرع حماية الراهن من هذا الاستغلال المخالف للنظام العام ، فنصّ على أن هذا الاتفاق يكون باطلا ، أيا كان الثمن الذي اتفق عليه. وغالبا ما يوضع هذا الشرط الباطل في عقد الرهن نفسه ، أو في اتفاق لاحق. وبطلان الاتفاق لا يمس عقد الرهن ، فيبطل الاتفاق لمخالفته للنظام العام ، ولكن عقد الرهن حيازة يبقى صحيحا. على أنه إذا ثبت أن هذا الاتفاق هو السبب الدافع لإبرام عقد الرهن، فيبطل الشرط ، ويبطل عقد الرهن أيضا<sup>(1)</sup>.

كما يبطل الرهن أيضا إذا كان السبب الدافع لإبرامه ، هو اشتراط بيع المال المرهون عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء ، دون اتباع الإجراءات التي نص عليها القانون.

ويسمى هذا الشرط عادة باسم الطريق الممهد<sup>(2)</sup>. وصورة ذلك أن يتفق الدائن المرتهن مع الراهن على أنه عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به ، يجوز بيع المال المرهون دون اتباع الإجراءات التي يفرضها القانون في البيوع الجبرية<sup>(3)</sup>، وسبب منع هذا الشرط هو الخشية من أن يستغل الدائن المرتهن ضعف مركز الراهن فيفرض عليه هذا الشرط. وبذلك يحرم الراهن من الحماية التي كفلها له القانون في فرض إجراءات معينة في بيع المال المرهون بيعا جبريا ، وما تتضمنه هذه الإجراءات من أحكام تؤدي عادة إلى بيع المال المرهون بأكبر قيمة ممكنة. وقد نصت على ذلك المادة 903 من التقنين المدني : "يكون باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن ... يبيعه (العقار المرهون) دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ، ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن".

ومن ثم فيكون باطلا ، كل اتفاق بين الراهن والدائن المرتهن على بيع المال المرهون عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به ، دون اتباع الإجراءات التي فرضها القانون في البيوع الجبرية، سواء أعقد هذا الاتفاق عند عقد الرهن أم عقد في اتفاق لاحق. ويقتصر أثر البطلان على الشرط نفسه دون عقد رهن الحيازة ، ولكن إذا تبين أن الشرط هو السبب الدافع إلى التعاقد فيبطل حينها الشرط والرهن معا<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - السنهوري ، الوسيط ، ج 10 ص 422 - 423. عبد الفتاح عبد الباقي ، في التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة دار نشر الثقافة، الإسكندرية، طبعة 1950، ص 407. محمد علي إمام، في التأمينات الشخصية والعينية، طبعة 1958، ص 334. منصور مصطفى منصور ، في التأمينات العينية ، دار المعارف، القاهرة 1963، ص 95.

<sup>2</sup> - ويعرف هذا الشرط باسم الطريق الممهد : clause de voie parée

<sup>3</sup> - انظر المادة 721 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، المتعلقة بالحجز التنفيذي على العقارات والحقوق العينية العقارية المشهورة.

<sup>4</sup> - السنهوري ، الوسيط ، ج 10 ص 424 - 425.

وطبقا للنظرية التقليدية فإنّ السبب في العقود العينية هو تسليم الشيء ، ومن ثم فسبب التزام الدائن المرتهن هو تسليم الشيء المرهون، وهذا الحكم ينطبق على القوانين التي تبنت عينية الرهن كالقانون اللبناني والقانون المصري القديم.

### المطلب الثاني : السبب في عقد الكفالة

ستتم دراسة السبب في عقد الكفالة في فرعين ، يخصص الأول لبيان سبب الكفالة في الفقه الإسلامي ، والثاني لبيان سبب الكفالة في القانون الوضعي.

#### الفرع الأول : السبب في عقد الكفالة في الفقه الإسلامي

**تعريف الكفالة لغة :** كَفَلَ بِالرَّجُلِ يَكْفُلُ وَيَكْفُلُ كَفْلاً وَكُفُولاً وَكَفَالَةً ، وَكَفَلَ الْمَالَ بِالْمَالِ. ضمنه. وكفل الصغير رثاه وأنفق عليه. قال الله تعالى : { وَمَا كُنْتُمْ لَدَيْهِمْ إِذْ يُنْفِقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرِيماً }<sup>(1)</sup>. وكافل وكفيل وضامن وضمين بمعنى واحد<sup>(2)</sup>.

**تعريف الكفالة اصطلاحاً :** عرّفها فقهاء الحنفية بأنها "ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة مطلقاً"<sup>(3)</sup>، أي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين في المطالبة بنفس أو بدين أو عين ، فلا يثبت الدين في ذمة الكفيل، ولا يسقط عن الأصيل. أي أن المكفول له، بالخيار إن شاء طالب الذي عليه الحق وهو الأصيل ، وإن شاء طالب الكفيل ، لأنّ الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة ، لا البراءة من الدين<sup>(4)</sup>.

وقال المالكية والشافعية والحنابلة : الكفالة هي ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق أي في الدين، فيثبت الدين في ذمتها جميعاً<sup>(5)</sup>، فللدائن أن يستوفي الدين من الكفيل أو من الأصيل. ولا مانع من ثبوت الدين في أكثر من ذمة؛ لأنّ الدين أمر اعتباري ، فجاز أن يعتبر الشيء الواحد في ذمتين.

1 - سورة آل عمران ، آية رقم : 44.

2 - ابن منظور ، لسان العرب ، مادة كفل ، ج 12 ص 129. المعجم الوسيط ، ص 793.

3 - وقد تبنى التقنين المدني العراقي هذا التعريف ونص على ذلك في المادة 1008 ، حيث جاء فيها : "الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام". وفعل الشيء نفسه التقنين المدني الأردني في المادة 950.

4 - عبد الغني ، الغنيمي ، اللباب ، ج 2 ص 76 - 78. ابن الهمام ، فتح القدير ، ج 5 ص 389. الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6 ص 2. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ، ج 4 ص 260.

5 - الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 2 ص 198. ابن قدامة ، المغني ، ج 4 ص 534.

وللكفالة ألفاظ عدة وهي : الحمالة والزعامة والضمان والقبالة<sup>(1)</sup>، قال الله تعالى : { أَوْ تَأْتِي بِاللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ قَبِيلًا }<sup>(2)</sup>. أي كفيلاً.

**أدلة مشروعيتها** : ثبتت مشروعية الكفالة بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقول الله تعالى : { قَالُوا وَأَقْبَلُوا عَلَيْهِمْ مَاذَا تَفْقِدُونَ \* قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ }<sup>(3)</sup>. قال ابن عباس : الزعيم الكفيل. وقال القاضي أبو بكر بن العربي : "قال علماءنا هذا نصٌّ في جواز الكفالة"<sup>(4)</sup>.

وقال الله تعالى على لسان سيدنا يعقوب عليه السلام : { قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ }<sup>(5)</sup>. قال القرطبي في تفسيره : "هذه الآية أصل في جواز الكفالة (الحمالة) بالعين ، والوثيقة بالنفس"<sup>(6)</sup>.

وأما السنة : فقد روى البخاري عن سلمة بن الأكوع أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أُتِيَ بِرَجُلٍ لِيُصَلِّيَ عَلَيْهِ ، فَقَالَ : هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ ؟ قَالُوا : نَعَمْ ، دِينَارَانِ. قَالَ : هَلْ تَرَكَ لَهُمَا وَفَاءً ؟ قَالُوا : لَا ، فَتَأَخَّرَ ، فَقِيلَ : لَمْ لَا تُصَلِّ عَلَيْهِ ؟ فَقَالَ : مَا تَنْفَعُهُ صَلَاتِي وَذِمَّتُهُ مَرْهُونَةٌ ؟ أَلَا إِنْ قَامَ أَحَدُكُمْ فَضَمِنَتْهُ. فَقَامَ أَبُو فَتَادَةَ ، فَقَالَ : هُمَا عَلَيَّ يَا رَسُولَ اللَّهِ ، فَصَلَّى عَلَيْهِ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ"<sup>(7)</sup>.

وعن أبي أمامة الباهلي قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : "الزعيم غارم"<sup>(8)</sup>. الزعيم الكفيل. وغارم : الغرم أداء شيء يلزمه، والمعنى أنه ضامن ومن ضمن ديناً لزمه أداؤه.

وأجمع المسلمون على جواز الكفالة أو الضمان في الجملة لحاجة الناس إليها ، ودفع ضرر المدين.

1 - ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2 ص 295. الكاساني، بدائع الصنائع، ج 6 ص 2. ابن قدامة، المغني، ج 7 ص 72.

2 - سورة الإسراء ، آية رقم : 92.

3 - سورة يوسف ، الآيتان رقم : 71 - 72.

4 - أبو بكر بن العربي ، أحكام القرآن ، ج 3 ص 1095.

5 - سورة يوسف ، الآية رقم : 66.

6 - القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن الكريم ، المجلد الخامس ، ج 9 ص 225.

7 - رواه البخاري في صحيحه : في كتاب الحوالة ، باب إن أحال دين الميت جاز. وفي كتاب الكفالة ، باب من تكفل عن ميت دينا فليس له أن يرجع. كما أخرجه النسائي في سننه ، في كتاب الجنائز ، باب الصلاة على من عليه دين.

8 - أخرجه أبو داود في كتاب البيوع ، باب تضمين العارية. والترمذي في كتاب البيوع ، باب ما جاء في أن العارية مؤداة. وابن ماجه في كتاب الصدقات ، باب الكفالة.

وأركان الكفالة عند جمهور الفقهاء هي : الكفيل ، والأصيل ، والمكفول له ، والمكفول به ، والصيغة.

فالكفيل هو الذي يلتزم بأداء المكفول به. والأصيل هو المدين وهو المكفول عنه. والمكفول له هو الدائن. والمكفول به أو محل الكفالة ، هو النفس أو الدين أو العين أو العمل الذي وجب أدائه على المكفول عنه. والصيغة التي تنعقد بها الكفالة هي الإيجاب من الكفيل وحده ، ولا يشترط القبول من الدائن المكفول له ، واستدلوا على ذلك بحديث أبي قتادة ، حيث قبل النبي صلى الله عليه وسلم كفالته ، بمجرد أن قال هما عليّ يا رسول الله. لأنّ الكفالة لغة هي الضم ، وشرعا هي التزام المطالبة بما على الأصيل ، ومعنى الضم والالتزام أن يتم بإيجاب الكفيل فقط ، فأشبهه النذر<sup>(1)</sup>.

أما أركان الكفالة عند أبي حنيفة ومحمد بن الحسن فهي الإيجاب والقبول، أي الإيجاب من الكفيل، والقبول من الدائن المكفول له. وقال أبو يوسف ركن الكفالة هو الإيجاب وحده، أما القبول من الدائن وهو المكفول له، فليس بركن. ويتفق أبو يوسف مع الجمهور في ركن الكفالة، وبهذا الرأي أخذت مجلة الأحكام العدلية في المادة 621، وقانون المعاملات الإماراتي في المادة 2/1057، حيث نصت على أنه : "تنعقد الكفالة بلفظها وبألفاظ الضمان. ويكفي في انعقادها ونفاذها إيجاب الكفيل ما لم يردها المكفول له".

أما رضا المكفول عنه أي الأصيل ، فلا يشترط بالاتفاق بين العلماء؛ لأن قضاء دين الغير بغير إذنه جائز، فالتزامه أولى، ولأنه يصح الضمان عن الميت اتفاقاً.

**السبب الباعث على الكفالة :** الكفالة لها غرض أساسي هو ضمان الدين باستيفائه من الكفيل، فلا ينظر فيها إلى حقوق المتعاقدين الناشئة عن العقد ، بل ينظر فقط إلى الغاية من العقد ، ومن ثم فيجب أن تكون الغاية مشروعة، وهذا هو السبب الباعث على الكفالة ، وعليه فلا تجوز كفالة دين كان ثمنا لخمير، أو ثمن علاقة غير مشروعة بين رجل وامرأة، ولا تجوز كفالة دين هو ثمن سلاح يشتريه أهل الفتنة لقتال المسلمين أو لإيقاع العداوة بينهم.

وتعد الكفالة من عقود التبرعات لأن الكفيل متبرع بضمان الدين ، وهي عقد لازم بالنسبة إلى الكفيل ، فلا يملك أن يفسخه دون رضا المكفول له. أما بالنسبة للمكفول له فلا تلزمه الكفالة ، لأنه لا يجبر على قبول التبرع، ويجوز له أن يفسخ الكفالة في أي وقت شاء. ومادامت الكفالة تبرعا ، فإنه يشترط

<sup>1</sup> - الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6 ص 2. ابن الهمام، فتح القدير ، ج 5 ص 390. الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 2 ص 200. ابن قدامة ، المغني ، ج 5 ص 335.

فيها أن تكون غاية الكفيل متفقة مع غاية الشارع ومقاصده، فلا تكون ذريعة للحصول على شيء محرم ، لقول الله تعالى : { وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ }<sup>(1)</sup>.

وكفالة الدين الباطل كثمن الخمر التي اشتراها المدين ، أو كفالة دين المدين الذي نشأ عن قمار أو رهان يجرمه الشارع هو إعانة على المعصية ، فيبطل العقد الذي لا هدف له إلا استيفاءه لأنه ممنوع شرعا. وإذا كان الدين الذي توثقه الكفالة ، ليس مضمونا شرعا ، لم تصح الكفالة، كالثمن الذي باع به الصبي أو المحجور عليه ، أو المال الذي يدفع إلى المحجور عليه لإنفاقه ، ذلك أن الكفالة تتجه إلى التوثيق في نفس أو عين أو دين ؛ ففي النفس المقصود هو إحضار المكفول ، وفي العين ضمانها ، وفي الدين أداءه؛ وعندئذ يجب أن تكون العين أو الدين مشروعين ومضمونين ، لأنه لا يجوز ضمان عين لا يباح لمسلم إمساكها أو الانتفاع بها ، كالخمر أو الخنزير ، أو ضمان دين غير لازم أو نشأ عن سبب غير مشروع<sup>(2)</sup>.

ومن شروط المكفول به أن يكون مضمونا على الأصيل<sup>(3)</sup> ، وذلك كي لا يكون عقد الكفالة وسيلة للوصول إلى غرض غير مشروع ، ومعنى ذلك أنه لا تصح الكفالة بثمن خمر أو خنزير، أو آلات لهو، لأن هذه الأشياء ليست مضمونة على الأصيل ، فلا يصح توثيقها بالكفالة، فإن كل دين لا تصح الكفالة به لا تصح به الحوالة كدين غير لازم ، إذ من شروط الكفالة أن يكون الدين لازما ، فلا تجوز كفالة ما لم يجب كقرض لم يستقرض بعد، ولا ضمان ما لا يدري مقداره<sup>(4)</sup>.

أما الكفالة بالنفس أو ضمان الوجه ، وهي التزام إحضار المدين للدائن يوم حلول أجل الدين، أو وقت الحاجة إليه؛ لأن الحضور لازم على الأصيل ، فجاز أن يلتزم الكفيل إحضاره كما في المال. فقد أجازها جمهور الفقهاء إذا كانت بسبب المال<sup>(5)</sup> ، لقول الله تعالى حكاية عن سيدنا يعقوب عليه السلام : { قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ }<sup>(6)</sup>. وإطلاق حديث النبي صلى الله عليه وسلم "الزعيم غارم" ، وهذا يشمل الكفالة بنوعيها ، كفالة المال والنفس<sup>(7)</sup>.

1 - سورة المائدة ، آية رقم : 3.

2 - جمال الدين محمود ، سبب الالتزام وشرعيته ، ص 490.

3 - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 5 ص 144.

4 - جمال الدين محمود ، سبب الالتزام وشرعيته ، ص 491.

5 - عبد الغني الغنيمي ، الباب ، ج 2 ص 77. ابن قدامة ، المغني ، ج 4 ص 556. الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 2 ص 203. البهوتي ، كشف القناع ، ج 3 ص 362.

6 - سورة يوسف ، الآية رقم : 66.

7 - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 5 ص 144. القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج 9 ص 240.

وذهب الشافعي في الجديد والظاهرية إلى عدم جواز الكفالة بالنفس ، لقوله تعالى : {مَعَاذَ اللَّهِ أَنْ نَأْخُذَ إِلَّا مَنْ وَجَدْنَا مَتَاعَنَا عِنْدَهُ إِنَّا إِذًا لَظَالِمُونَ} (1)، ولأنها تشبه الكفالة في الحدود (2).

يقول ابن حزم : "ولا يجوز ضمان الوجه أصلا ، لا في مال ولا في حد ، ولا في شيء من الأشياء. لأنه شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل. ومن طريق النظر إننا نسألهم عن تكفل بالوجه فقط ، فغاب المكفول ، ماذا تصنعون بالضامن لوجهه ، أتلتزمونه غرامة ما على المضمون ، فهذا جور وأكل مال بالباطل ، لأنه لم يلتزمه قط. أم تتركونه ، فقد أبطلتم الضمان بالوجه الذي جادلته فيه الخصوم، وحكمتهم بأنه لا معنى له. أم تكلفونه طلبه ، فهذا تكليف الحرج ومالا طاقة له به" (3).

والكفالة بالنفس تلزم الكفيل بإحضار المكفول عنه في الوقت المعين ، عند طلب المكفول له ، ولذلك فلا تعتبر كفالة حقيقية ، بل الكفيل يلتزم التزاما أصليا بعمل معين هو إحضار المدين يوم حلول أجل الدين، ويترتب على عدم إحضار الكفيل المدين يوم حلول أجل الدين ، إلزامه بالدين، كما يجوز للقاضي أن يقضي عليه بغرامة تهديدية ، وله أن يعفيه منها إذا أثبت عجزه عن إحضاره (4). والحكم بالغرامة التهديدية نوع من التعزيز المالي الذي أجازه الحنفية وغيرهم رعاية للمصلحة ، كما نص الحنفية أيضا على أنه يجوز للقاضي حبس الكفيل إلى أن يظهر عجزه عن إحضار المكفول عنه (5).

### الفرع الثاني : السبب في عقد الكفالة في القانون الوضعي

عقد الكفالة هو أحد العقود التي تدخل في باب التأمينات الشخصية ، والتي تعني ضم ذمة إلى ذمة أخرى لضمان حق الدائن، وقد نظم المشرع الجزائري أحكام الكفالة في المواد 644 - 673 من التقنين المدني.

وعرّفت المادة 644 من التقنين المدني الجزائري الكفالة على أنها : "عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يوف به المدين نفسه". وهذا التعريف هو نفس

1 - سورة يوسف ، الآية رقم : 79.

2 - ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ص 295.

3 - ابن حزم ، المحلى ، ج 8 ص 119. مسألة رقم 1236.

4 - انظر في الكفيل بالنفس ، المواد 1017 - 1019 من التقنين المدني العراقي. والمواد 1068 - 1074 من قانون المعاملات الإماراتي. وفي كفالة حضور المدين والمواد 1098 - 1105. من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

5 - عبد الغني الغنيمي ، اللباب ، ج 2 ص 77. الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6 ص 8.

التعريف الوارد في المادة 772 من التقنين المدني المصري ، ويقابل هذا التعريف المادة 2288 من التقنين المدني الفرنسي<sup>(1)</sup>.

ويتبين من هذا التعريف بأن عقد الكفالة يتمتع بالخصائص الآتية : فهي عقد رضائي ، ملزم لطرف واحد ، وهي من عقود التبرع ، وعقد تابع لعقد أصلي<sup>(2)</sup>.

أ - الكفالة عقد رضائي : إن الكفالة من العقود الرضائية التي تنعقد بالإيجاب والقبول دون حاجة إلى شكلية معينة<sup>(3)</sup> ، وقد اشترطت المادة 1061 من قانون الموجبات والعقود اللبناني أن يكون قبول الدائن بالكفالة على وجه صريح ، واشترطت ذلك أيضا المادة 2292 من التقنين المدني الفرنسي<sup>(4)</sup> ، والسبب في ذلك أن الكفالة هي من العقود ذات الخطورة بالنسبة للكفيل لأنه يدفع دينا دون مقابل<sup>(5)</sup> ، الأمر الذي يستدل منه بأن نية الكفيل يجب أن تكون واضحة لا يشوبها أي غموض<sup>(6)</sup>.

ب - الكفالة عقد ملزم لجانب واحد. فطرفا الكفالة هما الدائن والكفيل ، أما المدين فليس طرفا في عقد الكفالة ، وهذا ما نستنتجه من نص المادة 647 من التقنين المدني الجزائري والتي ورد فيها : "تجوز كفالة المدين بغير علمه وتجوز أيضا رغم معارضته". وكذلك المادة 775 من التقنين المدني المصري ، والمادة 748 من التقنين المدني الكويتي ، والمادة 2291 من التقنين المدني الفرنسي<sup>(7)</sup>.

والكفالة ملزمة لجانب الكفيل فقط ، لأنه هو الذي يلتزم بوفاء الدين للدائن إذا لم يف به المدين الأصلي ، أما الطرف الآخر لعقد الكفالة وهو الدائن ، فلا يلتزم بشيء مقابل التزام الكفيل ، ولكن هذا لا يمنع من أن تكون الكفالة ملزمة للجانبين ، إذا التزم الدائن نحو الكفيل بدفع مقابل في نظير كفالته للدائن. أما إذا كان المدين هو الذي دفع مقابلا للكفيل ، كما لو أن أحد البنوك هو الذي كفل المدين ، وتقاضى

<sup>1</sup> - **Article 2288** : « Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même ».

<sup>2</sup> - السنهوري ، الوسيط ، ج 10 ص 24 - 27. محمد صبري سعدي ، شرح القانون المدني الجزائري التأمينات الشخصية والعينية ، ص 17 - 20. محمد علي عبده ، نظرية السبب في القانون المدني ، ص 249.

<sup>3</sup> - Cass. com. 14 décembre 1976. Bull. civ IV n° 325.

<sup>4</sup> - **Article 2292** : « Le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté ».

<sup>5</sup> - زهدي يكن ، شرح قانون الموجبات والعقود اللبناني ، ج 16 ص 235.

<sup>6</sup> - محمد علي عبده ، نظرية السبب في القانون المدني ، ص 249.

<sup>7</sup> - **Article 2291** : On peut se rendre caution sans ordre de celui pour lequel on s'oblige, et même à son insu. On peut aussi se rendre caution, non seulement du débiteur principal, mais encore de celui qui l'a cautionné.

أجرا على كفالته ، فإنّ الكفالة تبقى مع ذلك عقدا ملزما لجانب واحد ، لأن المدين ليس طرفا في عقد الكفالة ، بل طرفاها هما الكفيل والدائن ، والكفيل وحده دون الدائن هو الملتزم.

ج - الكفالة من عقود التبرع. وقد نصت على ذلك صراحة المادة 1067 من تقنين الموجبات والعقود اللبناني حيث جاء فيها "الكفالة مجانية بطبيعتها ما لم يكن هناك نص مخالف".

والكفالة عقد تبرع بالنسبة للكفيل ، حيث يتبرع بكفالة الدين ، وهو لم يتبرع للطرف الآخر في العقد وهو الدائن ، بل تبرع للغير وهو المدين ، أما بالنسبة للدائن فالكفالة عقد معاوضة ، لأنه حصل على كفالة في مقابل إعطاء الدين ، والدائن لم يعط الدين للطرف الآخر في العقد وهو الكفيل ، بل أعطاه للغير وهو المدين. وإذا كان الدائن قد أعطى الدين للمدين لا للكفيل والمدين ليس طرفا في عقد الكفالة ، فليس من الضروري في عقود المعاوضة أن يكون العوض قد أعطي لأحد المتعاقدين بل يكفي إعطاؤه للغير ، وهو هنا المدين ، والعقد الواحد قد يكون معاوضة بالنسبة إلى أحد المتعاقدين ، وتبرعا بالنسبة إلى المتعاقد الآخر. وقد تكون الكفالة عقد معاوضة بالنسبة إلى الكفيل نفسه ، فيأخذ مقابلا لكفالته الدين ، وهذا المقابل إما أن يأخذه من الدائن المتعاقد معه ، أو يأخذه من المدين فيكون العوض مأخوذا من الغير<sup>(1)</sup>.

د - الكفالة عقد تابع : ومعنى ذلك أن التزام الكفيل ينشأ تابعا لالتزام المدين وهو الالتزام الأصلي ، الذي يهدف التزام الكفيل إلى ضمان الوفاء به ، وتتجلى مظاهر التبعية في أنه لا يجوز أن تعقد الكفالة لمبلغ يزيد عن مبلغ الدين الأصلي ، ولا بشروط أشد من شروط الدين. ولكن من الجائز أن يكون التزام الكفيل بمبلغ أقل أو بشروط أخف ، أي بخصر الكفالة في جزء من الدين ، أو بأصل الحق دون اللواحق ، وهذا ما قرره المادة 652 من التقنين المدني الجزائري ، عندما نصت على أنه : "لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين. ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول. ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشروط أهون"<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - السنهوري ، الوسيط ، ج 10 ص 25.

<sup>2</sup> - وهذا الحكم مقرر أيضا في المادة 780 من التقنين المدني المصري ، والمادة 751 من القانون المدني الكويتي ، والمادة 2290 من التقنين المدني الفرنسي ، ونصها :

**Article 2290 :** « Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses.

Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement, et sous des conditions moins onéreuses.

Le cautionnement qui excède la dette, ou qui est contracté sous des conditions plus onéreuses, n'est point nul : il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale ».

كما لا يجوز أيضا أن يكفل ما زاد في عبء الدّين الأصلي بعد الكفالة بإرادة المدين أو بسبب خطئه<sup>(1)</sup>.

كما تتجلى أيضا تبعية الكفالة في عدم جواز أن يكون التزام الكفيل منجزا إذا كان التزام المدين الأصلي معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل ، ولا منتجا لفوائد إذا كان التزام المدين الأصلي لا ينتج فوائد، كما أن مصير الكفالة أيضا مرتبط بالدّين الأصلي ، إذ لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا، وإذا كان باطلا سقطت الكفالة ، وكذلك في القابلية للفسخ، وفي التمسك بالدفوع التي يدفع بها المدين الأصلي<sup>(2)</sup>.

كما تبدو هذه التبعية أيضا في أن الدّائن لا يستطيع الرجوع على الكفيل ، إلا بعد الرجوع على المدين. كما نصت على ذلك المادة 660 من التقنين المدني الجزائري حيث جاء فيها : "لا يجوز للدّائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين. ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله ، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق".

**السبب في عقد الكفالة :** يستفاد من نص المادة 644 على أن الكفالة ذات طبيعة قانونية مركبة، فهناك علاقة بين الدّائن والمدين ، ثم علاقة بين الكفيل والدّائن. والعلاقة بين الكفيل والمدين علاقة خارجة عن نطاق عقد الكفالة ، لأن المدين ليس طرفا في هذا العقد.

وفي نطاق هذه العلاقة قد يكون سبب كفالة الكفيل هو إسداء خدمة للمدين ، كتوفير الائتمان له، وقد يكون بمقابل يحصل عليه الكفيل ، وقد يكون بقصد قضاء دين له عليه. وهذا يعني أن الكفالة قد تعقد لمصلحة الدّائن ، كما قد تعقد لمصلحة المدين ، وقد يكون التزام الكفيل في الحالتين بمقابل ، كما قد يكون تبرعا.

فإذا كانت الكفالة لمصلحة الدّائن وبمقابل ، فإن سبب التزام الكفيل يكون المصلحة التي سيحصل عليها من التعاقد. كما يتضمن السبب أيضا الباعث الدافع إذا كان داخلا في نطاق التعاقد ، وفي هذه الحالة تكون الكفالة عقدا ملزما للجانبين ، ويكون سبب التزام الكفيل هو التزام المقابل من الدّائن ، فتكون

<sup>1</sup> - السنهوري ، الوسيط ، ج 10 ص 27 - 28.

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري التأمينات الشخصية والعينية، دار الهدى ، عين مليلة، الجزائر، طبعة 1992، ص 18. محمد علي عبده ، نظرية السبب في القانون المدني ، ص 250.

الكفالة باطلة إذا كان محل الالتزام مستحيلا ، أو مخالفا للنظام العام ، وكذلك الحال إذا كان الباعث على الكفالة غير مشروع وكان الدائن يعلم بذلك<sup>(1)</sup>.

وإذا تمت الكفالة لمصلحة الدائن تبرعا من الكفيل ، فيكون سبب التزام الكفيل هو نية التبرع للدائن ، مما يشكل سببا صحيحا لالتزام الكفيل<sup>(2)</sup>. ولكن باعتبار الكفالة من عقود التبرع، فلا يكفي التوقف عند سبب الالتزام ، بل يجب البحث عن الدافع الذي دفع الكفيل للتبرع بالكفالة للدائن ، فإذا كان الباعث الذي دفعه إلى التبرع مشروعاً ، كان عقد الكفالة صحيحاً، فلو أن شخصا كفل زوجته تجاه الدائن لتطبيب خاطرها وكسب رضاها ، فإن عقد الكفالة يكون صحيحاً ، لأن الدافع إليه مشروعاً.

أما إذا كان الباعث الدافع على الكفالة غير مشروع ، فيبطل العقد لعدم مشروعية السبب، كما لو كفل شخص خليلته تجاه الدائن لكسب معاشرتها له ، فإن سبب الالتزام يقف وراءه سبب غير مشروع ، وهذا يؤدي إلى بطلان عقد الكفالة. ويشترط لإبطال عقد الكفالة للسبب غير المشروع أن يكون هذا الدافع معلوماً من قبل الدائن ، لأنه يعد شخصاً غريباً عن العلاقة التي جمعت بين الكفيل والمدين الأصلي<sup>(3)</sup>.

أما إذا انعقدت الكفالة لمصلحة المدين ، وتلقى الكفيل مقابلاً من المدين ، أو تعهد المدين للكفيل بشيء مقابل الكفالة ، ففي هذه الحالة يكون هذا المقابل أو هذا التعهد ، هو سبب التزام الكفيل. فإذا تبين أن تعهد المدين كان باطلاً ، فهل يستطيع الكفيل أن يحتج في مواجهة الدائن. بما اعتري علاقته بالمدين من عدم مشروعية ، ويطلب بطلان الكفالة؟

ذهب جانب من شراح التقنين المصري ، إلى أنه لا يجوز للكفيل أن يحتج في مواجهة الدائن بما قد يعتري علاقته بالمدين ، تأسيساً على أن السبب الذي قامت عليه العلاقة بين الدائن والمدين علاقة غير مشروعة باعتبار أن الكفالة تصرف مجرد<sup>(4)</sup> ، ولذلك فإن التزام الكفيل يبقى صحيحاً ولو لم يكن له سبب أو كان سببه غير مشروع، وتظهر حينها الكفالة كتصرف مجرد ، حيث يكون التزام الكفيل مجرداً عن سببه،

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري التأمينات الشخصية والعينية ، ص 54.

<sup>2</sup> - تنص المادة 648 من التقنين المدني الجزائري : "لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً". والحكم نفسه منصوص عليه في المادة 776 من التقنين المدني المصري. والمادة 1056 من قانون الموجبات والعقود اللبناني. والمادة 1/2289 من التقنين المدني الفرنسي ، ونصها :

**Article 2289** : « Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable ».

<sup>3</sup> - محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري التأمينات الشخصية والعينية ، ص 54. محمد علي عبده ، نظرية السبب في القانون المدني ، ص 253. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، ج 7 ص 66.

<sup>4</sup> - انظر التصرف مجرد في المبحث الأول من الفصل الثالث من الباب الثاني من هذا البحث

والكفيل لا يمكنه أن يتمسك في مواجهة الدائن بالدفوع التي يستطيع التمسك بها في مواجهة المدين. فلو كفل الكفيل المدين في مقابل أن يوفي المدين ديناً آخر عليه مضموناً برهن يثقل عقار الكفيل، ولم يوف المدين بهذا الدين الآخر، فإن التزام الكفيل نحو الدائن يبقى قائماً، ولا يجوز للكفيل أن يدفع دعوى الدائن بأن المدين لم يوف بما تعهد به من تخليص عقار الكفيل من الرهن<sup>(1)</sup>.

وهناك جانب آخر من شراح القانون الوضعي في مصر وفرنسا يذهبون إلى عكس ذلك ويرون أن التقنين المدني المصري يستلزم أن يكون للالتزام الإرادي سبب مشروع طبقاً للمادة 136 مدني مصري والتي تنص على أنه: "إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً"، ويستبعد بالتالي فكرة التصرف المجرد كقاعدة عامة، ولا يوجد في نصوص التقنين ما يدل على أن المشرع قد استثنى الكفالة من هذه القاعدة<sup>(2)</sup>.

وهذا يعني أن عقد الكفالة قد يتأثر بالسبب الباعث، ومن ثم فإن كل التزام يفترض أن له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر في العقد، وعلى المدين أن يثبت عكس ذلك. ويعني هذا أن يثبت الكفيل عدم مشروعية السبب، وأن يثبت علم الدائن بذلك أو إمكانية علمه به حتى يستطيع أن يتوصل إلى بطلان التزامه استناداً إلى نظرية السبب، ويلجأ الكفيل إلى كافة طرق الإثبات<sup>(3)</sup>.

أما إذا كان الكفيل قد تبرع للمدين بالكفالة، فإن سبب التزامه يكون نية التبرع، وتكون الكفالة باطلة إذا كان الباعث على التبرع غير مشروع، وكان الدائن يعلم بذلك، ومثاله كفالة شخص امرأة لدى دائنها للحصول على رضاها بمعاشرتة معاشرة غير مشروعة.

<sup>1</sup> - السنهوري، الوسيط، ج 1 ص 512. محمود أبو عافية، التصرف القانوني المجرد، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة، ص 214.

<sup>2</sup> - عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام القانون المدني المصري التأمينات الشخصية والعينية، ص 70. محمود جمال الدين زكي، الالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة 1979، ص 55. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج 7 ص 45.

<sup>3</sup> - عبد الفتاح عبد الباقي، نفس المرجع والصفحة.

## الخاتمة

بعد هذه الجولة التي قضيناها مع نظرية السبب في الفصول والمباحث المختلفة ، أفف هذه الوقفة الختامية لأقدم فيها خلاصة ما انتهى إليه البحث والتوصيات التي أراها مفيدة .  
فأقول وبالله التوفيق :

السبب عند الفقهاء وعلماء الأصول، يدور حول معان ثلاثة وهي :

المعنى الأول : السبب المنشئ أي بمعنى مصدر التكليف والالتزام، وقد عبر عن ذلك الفقهاء في القاعدة الفقهية التي تقول : "لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي". وقد تتبعت التكاليف الشرعية المختلفة وبينت سبب وجوبها ، فبدأت بالإيمان فبينت سبب وجوبه ، ثم بينت سبب وجوب العبادات ، وسبب شرعية المعاملات المالية ، وسبب مشروعية الجهاد ، وسبب وجوب الجزية ، وسبب وجوب الكفارات.

المعنى الثاني : الحكم الأصلي للتصرف ، وهو الغاية النوعية ، التي شرع العقد لأجلها ، ومجموع الآثار المتولدة عن العقد؛ فالآثار هي السبب الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد وهي الغرض الذي يريد الوصول إليه. ويتميز الحكم الأصلي للعقد بأنه محدد لنوع التصرف ، وثابت لا يتغير في كل أفراد النوع الواحد من العقود ، وإنما يختلف باختلاف نوع العقد.

والعلاقة بين الحكم الأصلي وإرادة الشارع ، تتمثل في أن الحكم الأصلي هو من عمل الشارع لا من عمل المكلف، وأن الحكم الأصلي يتحقق بمجرد انعقاد العقد صحيحا ، وعبء إثبات تنفيذ التزامات العقد يقع على الملتزم بها ، والحكم الأصلي للعقد هو مصدر قوته الإلزامية وأساس التزام المتعاقدين.

المعنى الثالث : السبب بمعنى الباعث الدافع على الالتزام ، وقد تبين من خلال البحث أن نظرية السبب الباعث قائمة على أصولها من القرآن الكريم والسنة النبوية ، ومستوفية شروطها وتفصيلها من أقوال الفقهاء، قبل أن يعرفها القانون الوضعي. غير أن المكلف قد يتعسف في استعمال حقه ، فيقصد بتصرفه الإضرار بالآخرين، وقد يبتغي تحقيق نتائج غير مشروعة ، ومن هنا وضع الفقهاء مجموعة من الضوابط الفقهية تضبط شرعية البواعث كما تضبط شرعية النتائج ، ومن بين هذه الضوابط قاعدة "الأمور بمقاصدها" التي تضبط شرعية البواعث ؛ وقاعدة "المآلات" التي تضبط شرعية النتائج.

أما معايير نظرية السبب ، فتتمثل في معيار العلم ، ومعيار غلبة الظن، ومعيار الكثرة التي تقوم مقام غلبة الظن.

وقد اتفق الفقهاء على الحكم ببطالان العقد أو التصرف ، إذا كان الطرف الآخر على علم بالسبب غير المشروع الذي دفعه إلى التعاقد.

أما إذا كان الطرف الآخر يجهل السبب غير المشروع ، فالحنفية والشافعية لم يحكموا ببطلان العقود والتصرفات الملوثة بعدم المشروعية ، إلا إذا جاء التعبير على ذلك صراحة في نص العقد ، أو تم استخلاصه ضمنا من ملايسات التصرف.

أما المذهب المالكي والحنبلي والإباضي الذين اهتموا بالنيات والمقاصد، فقد اشترطوا علم الطرف الآخر بالسبب الباعث للحكم على صحة التصرف أو بطلانه، ويحصل علم الطرف الآخر بالسبب الباعث، إما بوجود قرائن يفترض معها علم الطرف الآخر، وأضاف المالكية الكثرة التي تقوم مقام غلبة الظن.

وقد بنى الفقهاء رأيهم هذا على قاعدة سدّ الدّرائع ، التي يوجد تلازم بينها وبين السبب غير المشروع، فالفقهاء الذين يقولون بسدّ الدّرائع يعملون بالباعث ، ومن ثمّ يوسعون من دائرة بطلان العقود والتّصرفات لعدم المشروعية، أما الفقهاء الذين لا يقولون بسدّ الدّرائع فيهملون الباعث ، ومن ثمّ يضيقون دائرة بطلان العقود والتصرفات لعدم المشروعية.

وقد تتبعت مسار نظرية السبب في القانون الوضعي من العهد الروماني إلى التقنينات الحديثة المعمول بها اليوم العربية منها والغربية، وتبين لي ما يلي :

أنّ القانون الروماني ، اعترف في بعض العقود بفكرة السبب إلى مدى محدود ، وهذه العقود هي التي ظهرت فيها الإرادة كعامل من عوامل تكوينها ، وخاصة العقود الرضائية وعقود التبرع؛ غير أنّ فكرة السبب كانت فكرة موضوعية لا ذاتية ، وقد نظر إلى السبب على أنّه موجود في العقد وليس خارجا عنه ، ولا يتغير في النوع الواحد من العقود مهما اختلفت البواعث والدوافع ، وإذا ظهر أحيانا أنه قد توسع في مفهوم السبب ومزجه بالباعث ، فإنما فعل ذلك بنوع خاص في عقود التبرع دون غيرها من العقود الأخرى.

وفي القانون الفرنسي هناك نظريتان تحكمان السبب ، الأولى وهي النّظرية التقليدية وتعني الغرض المباشر، والثانية وهي النّظرية الحديثة وتعني الغرض البعيد غير المباشر ، وأطلق عليها الفقهاء السبب الباعث الدافع إلى التعاقد ، ومفهوم السبب في كل منهما يقف على مبادئ متناقضة عمليا وفلسفيا.

والنّظرية التقليدية التي قال بها القانون الفرنسي القديم ، متقدمة على القانون الروماني، حيث كان يقف بفكرة السبب عند تكوين العقد دون أن يتجاوز ذلك إلى مرحلة التنفيذ ، ومن ثمّ لم يكن يسلم بأي نظرية من النظريات الثلاث وهي: الدّفع بعدم التنفيذ ، وفسخ العقد، وتحمل المدين تبعه استحالة تنفيذ التزامه، وهذا على خلاف النظرية التقليدية.

والقانون المدني الفرنسي من الناحية التاريخية تمت صياغته في ظل النّظرية التقليدية في السبب ، وعليه فإنّ معنى السبب الذي تبناه هو سبب الالتزام القصدي. ومع ذلك فإنّ المسألة ليست محسومة بهذا

الوضوح، حيث بقي مفهوم السبب محل اختلاف وامتسعا لأكثر من معنى، ولهذا فإنّ القضاء في فرنسا عند تطبيقه لمواد السبب لم يتقيد بالمفهوم التقليدي للسبب ، بل تجاوز ذلك إلى الباعث ، ومن ثم ابتكر القضاء النظرية الحديثة في السبب ، وأصبح السبب في نظر أغلبية الفقهاء هو الباعث الدافع على التعاقد. وسار القانون المدني الجزائري على خطى القانون المدني الفرنسي واشترط أن يكون للالتزام سبب ، فإذا لم يكن له سبب ، أو كان سببه غير مشروع ، فإن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا. ومعنى السبب الذي تبناه القانون هو الباعث الدافع ، وأنّ السبب المشروع مفترض توافره في الالتزام ، حتى ولو لم يذكر في العقد. كما يفترض القانون أيضا أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي ، إلى أن يقيم المدين الدليل على صورته ، فإذا أقام الدليل على صورته ، وجب على الدائن أن يثبت توافر هذا الالتزام على سبب حقيقي ومشروع.

وإذا انتقلنا إلى القانون الألماني، فسنجد أنّ الألمان يعتقدون التصرف المجرد كقاعدة عامة ، ويأخذون استثناء بالتصرف المسبب. فالسبب في هذا القانون جزءا من التعبير عن الإرادة ، حيث إنّ للمتعاقدين أن يضمنا التعبير ما يريدان من دوافع وبواعث ، ولهما أن يجردا التعبير من سببه أيضا ، فيعبران عن الالتزام في ذاته دون ذكر لسببه أو الدافع إليه ، فيكون الالتزام على هذا النحو التزاما مجردا، ومن هنا جاء الإقرار بالوعد المجرد والدين المجرد ، وهما قالبان يفرغ فيهما أي تصرف ، فإذا ما أفرغ التصرف داخل هذين القالبين لم يعد للمدين من سبيل للتخلص من الالتزام ، إلا أن يلجأ إلى قواعد الإثراء بلا سبب؛ ومن ثم لم يترك المدين هملاً بدون ضمانات ، بل له حق الرجوع على دائته بدعوى الإثراء بلا سبب.

وأخيرا قمت بمقارنة نظرية السبب في الفقه الإسلامي مع نظرية السبب في القانون الوضعي ، من حيث المفهوم والمعيار والجزاء.

فمن حيث المفهوم فالسبب في أصول الفقه ، فكرة منطقية تتصل بفلسفة التشريع ، من حيث ترتب المسببات على الأسباب ، ولا تتصل بموضوع الالتزام أو العقد فحسب. كما يغطّي مفهوم السبب في الفقه الإسلاميّ جميع تصرّفات المكلف ، من عبادات ومعاملات وعقوبات، وغيرها من أوجه النشاط الإنسانيّ الفرديّ منه والجماعيّ. أمّا فكرة السبب في القانون الوضعيّ فهي لا تعدو سبب التصرف الإراديّ، وهي محصورة في نطاق القانون المدنيّ، وإن كان البعض يرى أن السبب بمعنى الباعث يصلح لإلغاء القرارات الإداريّة في مجال القانون الإداريّ.

ويتفق مفهوم السبب في القانون الألمانيّ إذا كان التصرف مسبباً - مع المفهوم الذي جاءت به النظرية التقليديّة في الفقه اللاتيني، والحكم الأصليّ للتصرف الذي قال به الفقه الإسلامي - ويراد به الغرض

المباشر من التعاقد ، تمييزا له عن الباعث ، فيشترط فيه أن يكون صحيحا ومشروعا وإلا بطل العقد؛ أما الباعث فلا أثر له في صحة العقد ، ولو كان هو الذي دفع إلى التعاقد.

أما بالنسبة للنظرية الحديثة في السبب، التي تجعل مفهوم السبب هو الباعث الدافع إلى التصرف، وتستهدف تقويم الأغراض الاجتماعية التي يقصدها الناس من تصرفاتهم ، فإن هذا الهدف ذاته هو ما قصده الفقهاء المسلمون الذين اعتدوا بالغاية التي يؤدي إليها التصرف وأبطلوه، إذا كانت هذه الغاية تتعارض مع أحكام الشريعة أو تساعد على مخالفة أحكامها.

وقد اتفقت جميع الشرائع الوضعية على حماية المجتمع من التصرفات غير المشروعة، ونقطة البداية في هذه الحماية تبدأ من البحث عن الباعث؛ غير أن الفقه الإسلامي يختلف عن الشرائع الوضعية في توفير عناصر هذه الحماية، وذلك بأن فرّق بين مجرد الباعث وبين النتيجة التي يؤدي إليها العقد غالبا؛ وعلى ذلك فما يؤدي إليه العقد غالبا من فساد هو المعيار، وليس نية العاقد فحسب.

أما من حيث الجزاء فالقانون الوضعي يعتبر السبب ركنا في العقد ويشترط فيه أن يكون موجودا ومشروعا، وإلا كان العقد باطلا. ويتفق الفقه الإسلامي في ترتيب البطلان رغم أنه لا يعتبر السبب ركنا في العقد ، وذلك إما عن طريق شروط المحل الذي يجب أن يكون مقدور الاستيفاء ، أو عن طريق شروط الإرادة التي يجب أن تكون جادة وجازمة، وإما عن طريق شروط العقد التي يجب أن تكون مفيدة وغير ضارة.

كما أنّ فكرة المقصد الأصلي تصلح أساسا لتحمل التبعة ، حيث تنتقل الملكية إلى المشتري بمجرد العقد، ومن ثمّ يصبح البائع ملزما بإعادة الثمن إلى المشتري في حالة هلاك المبيع بسبب لا يد له فيه ، لأنّ المقصد الأصلي من العقد وهو انتقال الملكية لم يتحقق، وهذا بخلاف القانون الوضعي الذي جعل فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة هي أساس تحمل التبعة.

وبالنسبة للنظرية الحديثة في السبب التي تعتمد على الباعث الدافع، فتتفق هذه النظرية مع ما ذهب إليه المالكية والحنابلة والإباضية، حيث لا يشترطون ذكر السبب غير المشروع في صلب العقد للحكم ببطلانه، بل يكتفون بعلم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع. وهذا على خلاف النظرية الألمانية التي تتفق مع ما ذهب إليه الحنفية والشافعية، من وجوب ذكر السبب غير المشروع في صلب التعبير عن الإرادة حتى يتم الحكم ببطلان التصرف.

وخلاصة هذا كله أنّ نظرية السبب في الفقه الإسلامي يختلف مفهومها في الفقه الإسلامي عنه في القانون الوضعي، كما تختلف المذاهب الفقهية في درجة الأخذ بها ، والمعايير التي وضعتها للحكم بها ؛ وقد برز لذلك اتجاهان.

الاتجاه الأول يمثل المذهب الشافعي والحنفي، والنظرية عندهم غير بارزة ومحدودة، تماشياً مع النزعة الموضوعية السائدة في هذين المذهبين، وهذا الاتجاه يشبه اتجاه المدرسة الجرمانية.

الاتجاه الثاني ويمثله المذهب المالكي والحنبلي والإباضي، والنظرية عندهم زاهرة ويانعة تماشياً مع العوامل الدينية والأخلاقية التي لها الغلبة في الفقه الإسلامي، وهذا الاتجاه يشبه اتجاه المدرسة اللاتينية.

### التوصيات

1 - مزيد من البحوث والدراسات حول نظرية السبب من جوانب مختلفة وبمناهج متعددة، لما للسبب من أهمية كبيرة وتأثير واسع على النشاط الإنساني كله، سواء في العبادات أو المعاملات. وربط البحث بالمصدرين المعصومين الكتاب والسنة، حتى تكون هناك مرجعية واضحة نحتكم إليها، وميزانا نقيس به المنتج الفكري، ولا يضل الباحث في بيدا الأفكار المتضاربة.

2 - تشجيع البحوث المرتبطة بالقضايا العملية في الموضوعات المختلفة، سواء في مجال المعاملات المالية أو الروابط الأسرية أو النشاطات الاقتصادية أو العلاقات السياسية، ذلك أن البحوث النظرية، قد تكون مجرد ترف فكري أو متعة عقلية، وتؤدي في أغلب الأحيان إلى اختلافات فكرية وفقهية، دون طائل تحتها.

3 - الدراسة المقارنة سواء بين المذاهب الإسلامية المختلفة، أو بينها وبين القانون الوضعي بمختلف مدارس، مفيدة في بيان أوجه القوة أو الضعف عند كل مذهب، كما أنه يضع بين يدي المشرع المسلم ثروة فكرية كبيرة، يستطيع أن يميز بها بين المشتركات البشرية التي تدرکها العقول الإنسانية، وبين الحقائق الإسلامية التي انفردت بها الشريعة الإسلامية، ليضع للمسلمين قانوناً يكون موافقاً لشريعتهم ومواكباً لما وصل إليه الفكر الإنساني الحديث.

4 - مراجعة نصوص القانون المدني الجزائري، وإعادة صياغة المواد المتعلقة بالسبب بصياغة محكمة واضحة، حتى يزول الاختلاف القائم بين شراح القانون، حول مفهوم السبب الذي ورد في هذه النصوص. والحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

## الفهارس

أولا : فهرس الآيات القرآنية الكريمة

ثانيا : فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

ثالثا : فهرس الأعلام

رابعا : قائمة المصادر والمراجع

خامسا : فهرس الموضوعات

عبد القادر للعطوم الإسلامية

أولا : فهرس الآيات القرآنية

رقم الآية	السورة	الصفحة
	سورة البقرة	
7، 8 :	{ وَمَنْ النَّاسِ مَنْ يَقُولُ آمَنَّا بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَا هُمْ بِمُؤْمِنِينَ * يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّا أَنْفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ }	173 .....
20 :	{ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اعْبُدُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ وَالَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ }	196 .....
35 :	{ وَقُلْنَا اهْبِطُوا بَعْضُكُمْ لِبَعْضٍ عَدُوٌّ وَلَكُمْ فِي الْأَرْضِ مُسْتَقَرٌّ وَمَتَاعٌ إِلَىٰ حِينٍ }	106 .....
103 :	{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقُولُوا رَاعِنَا وَقُولُوا انظُرْنَا وَاسْمَعُوا }	282 .....
165 :	{ وَتَقَطَّعَتْ بِهِمُ الْأَسْبَابُ }	5 .....
178 :	{ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ }	196، 133، 8 .....
179 :	{ كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ .....	479 .....
181 :	{ فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِيمَانًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ }	486، 272 .....
182 :	{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ .....	196، 99، 50 .....
183 :	{ فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ }	99 .....
184 :	{ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ }	97، 91 .....
187 :	{ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ }	196 .....
189 - 192 :	{ وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ * وَأَقْتُلُوهُمْ حَيْثُ تَقْتُلُوهُمْ وَأَخْرِجُوهُمْ مِنْ حَيْثُ أَخْرَجُوكُمْ وَالْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنَ الْقَتْلِ وَلَا تُقَاتِلُوهُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ حَتَّىٰ يُقَاتِلُوكُمْ فِيهِ فَإِنْ قَاتَلُوكُمْ فَاقْتُلُوهُمْ كَذَلِكَ جَزَاءُ الْكَافِرِينَ * فَإِنْ أُنْتَهَوْا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ * وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ لِلَّهِ فَإِنْ أُنْتَهَوْا فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ }	109 .....
192 :	{ وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ لِلَّهِ فَإِنْ أُنْتَهَوْا فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ }	110 .....
194 :	{ وَلَا تُلْفُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ }	131 .....
196 :	{ الْحُجُّ أَشْهُرٌ مَعْلُومَاتٌ فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الْحُجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحُجِّ }	9، 126 .....
223 :	{ لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبْتُمْ فُلُوبُكُمْ وَاللَّهُ غَفُورٌ حَلِيمٌ }	267، 127 .....

- 226 : { وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرِدْهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا } ..... 272
- 227 : { فَإِنْ حِفْتُمْ إِلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ } ..... 272
- 228 : { فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ..... 238، 239، 240، 241، 242، 272
- 229 : { وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِيَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ } ..... 258، 261، 272
- 232، 233 : { وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ \* وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُؤَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَلَا تَعْرِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابَ أَجَلَهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ } ..... 307
- 243 : { مَنْ ذَا الَّذِي يَفْرِضُ اللَّهُ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَاعِفَهُ لَهُ أَضْعَافًا كَثِيرَةً } ..... 440
- 249 : { وَلَوْلَا دِفَاعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَفَسَدَتِ الْأَرْضُ وَلَكِنَّ اللَّهَ ذُو فَضْلٍ عَلَى الْعَالَمِينَ } . 106
- 255 : { لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ } ..... 114
- 263 : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُبْطِلُوا صَدَقَاتِكُمْ بِالْمَنِّ وَالْأَذَى كَالَّذِي يُنْفِقُ مَالَهُ رِئَاءَ النَّاسِ وَلَا يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ } ..... 174
- 274 : { وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا } ..... 245، 256، 297
- 278 : { وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ } ..... 444
- 282 : { وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَمَنْ يَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ } ..... 451، 497، 498
- 285 : { لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا ... رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ } ..... 41، 267

#### سورة آل عمران

- 44 : { وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَفْلاَمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرِيَمَ } ..... 505
- 97 : { وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ..... 101، 103
- 128 : { لَيْسَ لَكَ مِنَ الْأَمْرِ شَيْءٌ } ..... 185
- 173 : { الَّذِينَ قَالَ لَهُمُ النَّاسُ إِنَّ النَّاسَ قَدْ جَمَعُوا لَكُمْ فَاخْشَوْهُمْ } ..... 113

## سورة النساء

- 306 ..... { ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا } : 3
- 480، 479 ..... { مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ } : 11
- 12 : { مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَلِيمٌ } : 12
- 486، 483، 479، 272، 259، 175 ..... 29 : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ ..... 166
- 57 : { إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ..... 451
- 81 : { وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا } ..... ل
- 91 : { وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا } ..... 125
- 114 : { وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ } ..... 260
- 144 : { إِنَّ الْمُنَافِقِينَ فِي الدَّرَكِ الْأَسْفَلِ مِنَ النَّارِ وَلَنْ يَجِدَ لَهُمْ نَصِيرًا } ..... 214

## سورة المائدة

- 442 ..... { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ } : 1
- 3 : { وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ } : 3
- 508، 301، 296، 248، 246، 174 ..... 34 : { مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا } ..... 133
- 35 : { إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَخُوا مِنَ الْأَرْضِ } ..... 135
- 87 : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ } ..... 135
- 89 : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ } ..... 153
- 90 : { وَكُلُوا مِمَّا رَزَقَكُمُ اللَّهُ حَلَالًا طَيِّبًا } ..... 153
- 91 : { لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ } ..... 267، 127

97 : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيِّدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ } ..... 125

105 : { مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَحِيرَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامٍ } ..... 72

111 : { مَاذَا أُجِبْتُمْ قَالُوا لَا عِلْمَ لَنَا إِنَّكَ أَنْتَ عَلَّامُ الْغُيُوبِ } ..... 221

### سورة الأنعام

99 : { وَهُوَ الَّذِي أَنْشَأَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ فَمُسْتَقَرٌّ وَمُسْتَوْدَعٌ } ..... 450

109 : { وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ } .. 197، 281، 286، 293

### سورة الأعراف

18 : { وَلَا تَقْرَبَا هَذِهِ الشَّجَرَةَ فَتَكُونَا مِنَ الظَّالِمِينَ } ..... 282

23 : { قَالَ اهْبِطُوا بَعْضُكُمْ لِبَعْضٍ عَدُوٌّ وَلَكُمْ فِي الْأَرْضِ مُسْتَقَرٌّ وَمَتَاعٌ إِلَىٰ حِينٍ } ..... 106

157 : { وَيُجِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ } ..... 134

163 : { وَأَسْأَلُهُمْ عَنِ الْقَرْيَةِ الَّتِي كَانَتْ حَاضِرَةَ الْبَحْرِ إِذْ يَعْدُونَ فِي السَّبْتِ إِذْ تَأْتِيهِمْ حِيتَانُهُمْ يَوْمَ سَبْتِهِمْ شُرْعًا وَيَوْمَ لَا يَسْبِتُونَ لَا تَأْتِيهِمْ كَذَلِكَ نَبْلُوهُمْ بِمَا كَانُوا يَفْسُقُونَ } ..... 282

### سورة التوبة

5 : { فَإِذَا انْسَلَخَ الْأَشْهُرُ الْحُرْمُ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ وَخُذُوهُمْ وَأَحْصُرُوهُمْ وَأَقْعُدُوا لَهُمْ كُلَّ مَرْصَدٍ فَإِنْ تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ } ..... 113

13 : { أَلَا تَقَاتِلُونَ قَوْمًا نَكَثُوا أَيْمَانَهُمْ وَهَمُّوا بِإِخْرَاجِ الرَّسُولِ وَهُمْ بَدَءُوكُمْ أَوَّلَ مَرَّةٍ } ..... 110

16 : { مَا كَانَ لِلْمُشْرِكِينَ أَنْ يَعْمُرُوا مَسَاجِدَ اللَّهِ شَاهِدِينَ عَلَىٰ أَنْفُسِهِم بِالْكَفْرِ أُولَٰئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ وَفِي النَّارِ هُمْ خَالِدُونَ } ..... 485

29 : { قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ } ..... 110، 114، 116، 117

54 : { وَلَا يَأْتُونَ الصَّلَاةَ إِلَّا وَهُمْ كُسَالَىٰ وَلَا يُنْفِقُونَ إِلَّا وَهُمْ كَارِهُونَ } ..... 173

65 : { وَلَئِنْ سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ } ..... 261، 267

66 : { لَا تَعْتَذِرُوا قَدْ كَفَرْتُمْ بَعْدَ إِيمَانِكُمْ } ..... 267

96 : { سَيَخْلِفُونَ بِاللَّهِ لَكُمْ إِذَا انْقَلَبْتُمْ إِلَيْهِمْ لِتُعْرِضُوا عَنْهُمْ } ..... 214

104 : { خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ } ..... 50

108، 109 : { الَّذِينَ اتَّخَذُوا مَسْجِدًا ضِرَارًا وَكُفْرًا وَتَفْرِيقًا بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ وَإِصَادًا لِمَنْ حَارَبَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ مِنْ قَبْلُ وَلَيَحْلِفُنَّ إِنْ أَرَدْنَا إِلَّا الْحُسْنَىٰ وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّهُمْ لَكَاذِبُونَ \* لَا تَتَمَنَّاهُمْ فِيهِ أَبَدًا لِمَسْجِدٍ أُسِّسَ عَلَى التَّقْوَىٰ مِنْ أَوَّلِ يَوْمٍ أَحَقُّ أَنْ تَقُومَ فِيهِ فِيهِ رِجَالٌ يُحِبُّونَ أَنْ يَتَطَهَّرُوا وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُطَهَّرِينَ } ..... 174

### سورة يونس

61 : { وَمَا تَكُونُ فِي شَأْنٍ وَمَا تَتْلُو مِنْهُ مِنْ قُرْآنٍ وَلَا تَعْمَلُونَ مِنْ عَمَلٍ إِلَّا كُنَّا عَلَيْكُمْ شُهُودًا إِذْ تُفِيضُونَ فِيهِ وَمَا يَعْزُبُ عَنْ رَبِّكَ مِنْ مِثْقَالِ ذَرَّةٍ فِي الْأَرْضِ وَلَا فِي السَّمَاءِ وَلَا أَصْغَرَ مِنْ ذَلِكَ وَلَا أَكْبَرَ إِلَّا فِي كِتَابٍ مُبِينٍ } ..... 172

### سورة هود

6 : { وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا } ..... 144  
97 : { وَمَا أَمْرٌ فَرَعُونَ بِرَشِيدٍ } ..... 185

### سورة يوسف

20 : { وَشَرَّوهُ بِمَنْ بَحْسٍ } ..... 232  
66 : { قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنِي بِهِ } ..... 506، 508  
71، 72 : { قَالُوا وَأَقْبَلُوا عَلَيْهِمْ مَاذَا تَفْقِدُونَ \* قَالُوا نَقِدُ صُوعًا الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ } ..... 506  
79 : { مَعَاذَ اللَّهِ أَنْ نَأْخُذَ إِلَّا مَنْ وَجَدْنَا مَتَاعَنَا عِنْدَهُ إِنَّا إِذًا لَظَالِمُونَ } ..... 509

### سورة النحل

66 : { نَسْفِكُمْ مِمَّا فِي بُطُونِهِ مِنْ بَيْنِ فَرْثٍ وَدَمٍ لَبْنَا خَالِصًا سَائِعًا لِلشَّارِبِينَ } ..... 178  
106 : { إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ } ..... 267

### سورة الإسراء

92 : { أَوْ يَأْتِي بِاللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ قَبِيلًا } ..... 506  
78 : { أَقِمِ الصَّلَاةَ لِذُلُوكِ الشَّمْسِ إِلَى عَسَقِ اللَّيْلِ } ..... 9، 25، 91، 96، 98

### سورة الكهف

78 : : { أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ فَأَرْدَتْ أَنْ أَعْيِبَهَا وَكَانَ وَرَاءَهُمْ مَلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْبًا } ..... 197

### سورة طه

13 : { وَأَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي } ..... 50

50 : ﴿الَّذِي أَعْطَى كُلَّ شَيْءٍ خَلْقَهُ ثُمَّ هَدَى﴾ ..... 55

131 : { وَأُمِرْ أَهْلَكَ بِالصَّلَاةِ وَاصْطَبِرْ عَلَيْهَا لَا نَسْأَلُكَ رِزْقًا نَحْنُ نَزَّرْنَاكَ وَالْعَاقِبَةُ لِلتَّقْوَى } ..... 144

### سورة الأنبياء

106 : { وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ } ..... 47

### سورة الحج

15 : { فَلْيَمْدُدْ بِسَبَبٍ إِلَى السَّمَاءِ } ..... 4

25، 26 : { وَأَذِّنْ فِي النَّاسِ بِالْحَجِّ يَأْتُوكَ رِجَالًا وَعَلَى كُلِّ ضَامِرٍ يَأْتِينَ مِنْ كُلِّ فَجٍّ عَمِيقٍ. لِيَشْهَدُوا مَنَافِعَ لَهُمْ وَيَذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ فِي أَيَّامٍ مَّعْلُومَاتٍ عَلَى مَا رَزَقَهُمْ مِنْ بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا الْبَائِسَ الْفَقِيرَ } ..... 50

37، 38 : { أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتَلُونَ بِأَنَّهُمْ ظَلَمُوا وَإِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ \* الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ بِغَيْرِ حَقٍّ إِلَّا أَنْ يَقُولُوا رَبُّنَا اللَّهُ وَلَوْلَا دِفَاعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ لَهَدَمَتْ صَوَامِعُ وَبِيَعٌ وَصَلَوَاتٌ وَمَسَاجِدُ يُذَكَّرُ فِيهَا اسْمُ اللَّهِ كَثِيرًا وَلَيَنْصُرَنَّ اللَّهُ مَنْ يَنْصُرُهُ إِنَّ اللَّهَ لَقَوِيٌّ عَزِيزٌ } ..... 108

75 : { وَافْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ } ..... 440

### سورة النور

4 : { وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً، وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا، وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ } ..... 197

33 : { وَلَا تُكْرَهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِنَبْتَعُوَ عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَنْ يُكْرِهِنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بَعْدِ إِكْرَاهِهِنَّ غَفُورٌ رَحِيمٌ } ..... 222

### سورة العنكبوت

45 : { وَأَقِمِ الصَّلَاةَ إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ } ..... 50

### سورة الروم

16، 17 : { فَسُبْحَانَ اللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ \* وَلَهُ الْحَمْدُ فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَعَشِيًّا وَحِينَ تُظْهِرُونَ } ..... 91

20 : { وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ } ..... 257، 63

22 : { وَمِنْ آيَاتِهِ مَنَامُكُمْ بِاللَّيْلِ وَالنَّهَارِ وَابْتِغَاؤُكُمْ مِنْ فَضْلِهِ } ..... 149

## سور فاطر

29 : { إِنَّ الَّذِينَ يَتْلُونَ كِتَابَ اللَّهِ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَأَنفَقُوا مِمَّا رَزَقْنَاهُمْ سِرًّا وَعَلَانِيَةً يَرْجُونَ تِجَارَةً لَّن تَبُورَ }  
150 .....

## سورة الجاثية

11 : { اللَّهُ الَّذِي سَخَّرَ لَكُمُ الْبَحْرَ لَتَجْرِيَ الْفُلُكُ فِيهِ بِأَمْرِهِ وَلِتَبْتَغُوا مِنْ فَضْلِهِ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ } .. 149

## سورة محمد

4 : { فَإِذَا لَقِيتُمْ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ حَتَّىٰ إِذَا أَنتَحْتُمُوهُمْ فَشُدُّوا الْوَتَاقَ } ..... 111

## سورة الفتح

16 : { قُلْ لِلْمُخَلَّفِينَ مِنَ الْأَعْرَابِ سُدْعَةٌ إِلَىٰ قَوْمِ أُولِي الْأَرْبَابِ شَدِيدِ ثِقَاتٍ لَّهُمْ أَوْ يُسَلِّمُونَ } .... 118

## سورة الحجرات

12 : { وَلَا تَحْسَبُوا } ..... 216

14 : { قَالَتِ الْأَعْرَابُ آمَنَّا قُلْ لَمْ تَوْمِنُوا وَلَكِنْ قُولُوا أَسْلَمْنَا } ..... 214

## سورة ق

16 : { وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنسَانَ وَنَعَلِمُ مَا نُوَسِّسُ بِهِ نَفْسُهُ وَنَحْنُ أَقْرَبُ إِلَيْهِ مِنْ حَبْلِ الْوَرِيدِ } ..... 171

## سورة الذاريات

8، 9 : { إِنَّكُمْ لَفِي قَوْلٍ مُخْتَلِفٍ \* يُوفِّكُ عَنْهُ مَنْ أَفَكَ } ..... 104

22 : { وَفِي السَّمَاءِ رِزْقُكُمْ وَمَا تُوعَدُونَ } ..... 144

56 : { وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ } ..... 130، 256

## سورة الطور

19 : { كُلُّ امْرِيٍّ بِمَا كَسَبَ رَهِيْنٌ } ..... 495

## سورة النجم

23 : { إِنَّ هِيَ إِلَّا أَسْمَاءٌ سَمَّيْتُمُوهَا أَنْتُمْ وَأَبَاؤُكُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ بِهَا مِنْ سُلْطَانٍ } ..... 146، 429

## سورة المجادلة

3، 4 : { وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ذَلِكَ كُمْ تُوَعِّظُونَ

بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ \* فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَاِطْعَامُ

سِتِّينَ مِسْكِينًا } ..... 127

### سورة الممتحنة

8، 9 : { لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ \* إِنَّمَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ وَظَاهَرُوا عَلَىٰ إِخْرَاجِكُمْ أَنْ تَوَلَّوهُمْ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ } ..... 123، 484

### سورة الصف

2، 3 : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَعْمَلُونَ \* كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ } ..... 271

### سورة الجمعة

10 : { فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ } ..... 149

### سورة المنافقون

1، 2 : { إِذَا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ إِنَّكَ لَرَسُولُهُ وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّ الْمُنَافِقِينَ لَكَاذِبُونَ \* اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً فَصَدُّوا عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّهُمْ سَاءَ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ } ..... 214  
6 : { سَوَاءٌ عَلَيْهِمْ أَسْتَغْفَرْتَ لَهُمْ أَمْ لَمْ تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ لَنْ يَغْفِرَ اللَّهُ لَهُمْ } ..... 198

### سورة المدثر

38 : { كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ } ..... 495

### سورة الإنسان

2 : { إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا } ..... 129

### سورة الشمس

9، 10 : { قَدْ أَفْلَحَ مَنْ زَكَّاهَا \* وَقَدْ خَابَ مَنْ دَسَّاهَا } ..... 134

### سورة العلق

6، 7 : { إِنَّ الْإِنْسَانَ لِرَبِّهِ لَكَنَّاظٍ \* أَنْ رَأَاهُ اسْتَعْجَى } ..... 249

### سورة البينة

5 : { وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ حُنَفَاءَ } ..... 173

### سورة الماعون

6 : { وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ } ..... 457

ثانيا : فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

نص الحديث	الصفحة
أ	
"إذا اختلف المتبايعان في الثمن والسلعة قائمة تحالفا وترادًا البيع"	28
"إنما يغسل من بول الأنتى وينضح من بول الذكر"	53
"أدوا عن كل حر وعبد"	103
"أدوا صدقة الفطر عمّن تمونون"	104
"اغنوهم عن المسألة في هذا اليوم"	105
"اصبروا فإنني لم أؤمر بالقتال"	108
"انطلقوا باسم الله وبالله ، وعلى ملة رسول الله ، لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا صغيرا"	112
"إلحق بخالد بن الوليد فلا يقتلن ذرية ولا عسيفا ولا امرأة"	112
"أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله وأني رسول الله ،"	113
"اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرخهم"	113
"إذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى ثلاث خصال	118
"إنا لا نولي هذا من سأله ، ولا من حرص عليه"	145
"إنما الدنيا لأربعة نفر : عبد رزقه الله مالا وعِلما، فهو يتقي في ماله ربّه	169
"إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به نفسها ما لم تعمل أو تتكلم	172
"احتجبي منه يا زمعة"	203
"إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى ، 176 ، 180 ، 185 ، 186	
"إِنَّ بِالْمَدِينَةِ لِرِجَالًا مَا سِرْتُمْ مَسِيرًا، وَلَا قَطَعْتُمْ وَاذِيًّا إِلَّا كَانُوا مَعَكُمْ حَبَسَهُمُ الْمَرَضُ	177
"إني على جناح سفر وحال شغل، وإذا قدمنا إن شاء الله تعالى أتيناكم فصلينا لكم فيه	174
"إذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول في النار	177
"أخاف أن يتحدث الناس أن محمدا يقتل أصحابه"	198
"إن هذه المساجد لا تصلح لشيء من البول والقذر ،	199
"أبما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ،	204
"أبصروها، فإن جاءت به أدعج عظيم الأليتين فلا أراه إلا قد صدق عليها	215

- 216 ..... "أيها الناس قد آن لكم أن تنتهوا عن محارم الله تعالى
- 217، 88 ..... إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إليّ
- 233، 227 ..... «إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد
- 240 ..... «ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا: بلى يا رسول الله قال: هو المحلل
- 267 ..... "إن الله قد تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه
- 282 ..... "إن أولئك إذا كان فيهم الرجل الصالح فمات بنّوا على قبره مسجدا
- 283 ..... "إن من أكبر الكبائر أن يلعن الرجل والديه" قيل يا رسول الله وكيف يلعن الرجل والديه
- 468، 446، 308 ..... "إذا أقرض أحدكم قرضا فأهدي إليه أو حملة على الدابة ،
- 530 ..... أذّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك"
- 480 ..... "إن الله أعطى كل ذي حقّ حقه ، ولا وصية لوارث"
- 482 ..... إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم

#### ب

- 53 ..... "بول الغلام ينضح عليه، وبول الجارية يغسل"
- 426، 160 ..... "البيّنة على من ادّعى واليمن على من أنكر"
- 263 ..... "البَيْعُ والمبتاع بالخيار حتى يتفرّقا ، إلا أن تكون صفقة خيار
- 426 ..... "بل عارية مضمونة

#### ت

- 135، 63 ..... "تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة"
- 465 ..... "تهادوا تحابوا"
- 465 ..... "تهادوا فإن الهدية تذهب وَحَرَ الصَّدْر. ولا تحقرنّ جارة لجارتها ولو شق فرسن شاة"
- 467 ..... "اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم

#### ث

- 192 ..... "ثلاث جدهنّ جد، وهزلهنّ جد، النّكاح، والطلاق ، والرجعة"
- 480 ..... الثلث والثلث كثير، إنك إن تذر ورثك أغنياء خير من أن تدعهم فقراء

#### ج

- 19 ..... "جرح العجماء جبار"
- 148 ..... جف القلم بما هو كائن فلو اجتمع الخلق على أن يعطوك شيئا

## ح

- حديث الفزاريّ ، عَرَضَ بِالْقَذْفِ ، فلم يحده النبي صلى الله عليه وسلم ..... 216  
حتى تذوق عُسَيْلَتَه ويزوق عُسَيْلَتَكَ ..... 239، 243  
"الحلال بيّن والحرام بيّن وبينهما أمور متشابهات ، لا يعلمهن كثير من الناس ..... 176، 283  
حق الإبل حلبها على الماء ، وإعارة دلوها ، وإعارة فحلها ومنيحتها ..... 457

## خ

- "خير الناس أحسنهم قضاء" ..... 441، 443، 444

## د

- "الدّية على العاقلة" ..... 28

## ر

- "رأيت ليلة أسري بي على باب الجنة مكتوبا الصدقة بعشر أمثالها، ..... 441  
"رهن رسول الله صلى الله عليه وسلم درعا عند يهودي بالمدينة ..... 497

## ز

- "الزعيم غارم" ..... 458، 506، 508

## س

- "استسلف صدقة العباس قبل محلها" ..... 100  
"ستوا بهم ستّة أهل الكتاب" ..... 117  
سارّ النبي صلى الله عليه وسلم رجل ، فلم ندر ما سارّه ، ..... 214  
استلف النبي صلى الله عليه وسلم بكرا فجاءته إبل الصدقة ..... 441

## ص

- "صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته ..... 9، 91، 98  
"صيد البر لكم حلال وأنتم حُرْم ما لم تصيدوه أو يصد لكم ..... 188، 269

## ط

- "الطهور ماؤه والحل ميتته" ..... 28  
حديث رُكَّانَةَ بن عبد يزيد طلق امرأته سُهِيمَةَ المَرْيَتِيَّةَ الْبَتَّةَ ، ثم أتى إلى النبي صلى الله عليه وسلم ... 215

## ظ

- "الظهر يركب بنفقته، إذا كان مرهونا، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا ..... 497

## ع

- 458 ..... «العارية مؤداة ، والمنحة مردودة .....
- 86 ..... "عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتُ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ"
- 452 ..... "عُفِي لَأَمْتِي عَنِ الْخَطَا وَالنَّسِيَانِ ، وَمَا حَدَّثْتُ بِهِ أَنْفُسَهَا مَا لَمْ تَكَلِّمْ بِهِ أَوْ تَعْمَلْ بِهِ"
- 464 ، 463 ..... "العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه

## ف

- 105 ..... فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر ، طهرة للصائم من اللغو والرفث
- 148 ..... "فمن أعدى الأول"

## ق

- 305 ..... "قاتل الله اليهود اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد"

## ك

- 53 ..... "كان النبي صلى الله عليه وسلم يؤتى بالصبيان فيدعو لهم ،
- 134 ..... "كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه"
- 445 ، 441 ..... "كل قرض جر نفعا فهو ربا"

## ل

- 28 ..... "لا يُقْتَلُ وَالِدٌ بَوْلَدِهِ .....
- 44 ..... "لا يجل مال امرئ إلا بطيب نفسه .....
- 83 ..... "من حاز شيئا عشر سنين ، فهو له"
- 100 ، 99 ..... "لا صدقة إلا عن ظهر غنى"
- 100 ..... "لا تؤدى زكاة قبل حلول الحول"
- 198 ..... "لولا أن قومك حديث عهدهم بكفر لأست البيت على قواعد إبراهيم"
- 199 ..... "لا ترموه وأريقوا عليه ذنوبا من ماء"
- 200 ..... "لا تقطع الأيدي في الغزو ، لَقَطَعْتُهَا .....
- 213 ..... {لَا أَرَأُلُ أَقَاتِلُ النَّاسَ حَتَّى يَقُولُوا لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ ، .....
- 232 ، 229 ..... لا تفعل ، بع الجمع ، بالدرهم ثم ابتع بالدرهم جنيا .....
- 234 ..... "لا طلاق في إغلاق"
- 240 ..... «لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له»

- 242 ..... "لا نكاح إلا نكاح رغبة"
- 296، 271، 246 ..... لعن الله الخمر، وشاربها، وساقياها، وبائعها، ومبتاعها، وعاصرها
- 250 ..... "لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة"
- 263 ..... "لا يُجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة"
- 266 ..... "الله أشد فرحا بتوبة عبده المؤمن ، من رجل في أرض دوية مهلكة ، معه راحلته
- 269 ..... "لحم صيد البر لكم حلال وأنتم حُرْم ما لم تصيدوه أو يصد لكم
- 271 ..... "لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم ، فباعوها ، وأكلوا أموالها"
- 283 ..... "لا يبلغ العبد أن يكون من المتقين حتى يدع ما لا بأس به حذرا مما به البأس
- 288 ..... "لا ضرر ولا ضرار"
- 301 ..... لا يزال الله في عون المرء ما دام المرء في عون أخيه
- 305 ..... لا يَحْلُونَ رجل بامرأة ، ولا تسافرن امرأة إلا ومعها محرم
- 305 ..... "لا تجلسوا على القبور ولا تصلوا عليها ولا إليها"
- 305 ..... لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم زائرات القبور والمتخذين عليها المساجد والسرج
- 307 ..... "لا تُحْدُ امرأة على ميت فوق ثلاث ، إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا
- 308 ..... "لا يَنْكحِ الْمُحْرِمِ ولا يُنْكَحُ ولا يَخْطُبُ"
- 309 ..... "ليس للقاتل من الميراث شيء"
- 452 ..... "ليس على المستودع غير المُغِلِ ضمان ولا على المستعير غير المغل ضمان"
- 452 ..... "لا ضمان على راع ولا على مؤتمن"
- 497 ..... لا يَغْلِقُ الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غنمه ، وعليه عُزْمُه
- 464 ..... «ليس لنا مثل السوء: العائد في هبته، كالكلب يعود في قيئه
- 464 ..... "لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهبه لولده"
- 160 ..... "لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ ، لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ

### م

- 76، 75، 72 ..... "من أحيا أرضا ميتة فهي له ، وليس لعرق ظالم حق"
- 72 ..... "من أعمار أرضا ليست لأحد ، فهو أحق"
- 112 ..... "ما كانت هذه لتقاتل"
- 154 ..... "من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له ، وإن اشترط مائة شرط،

- 173 ..... من بنى لله مسجدا قدر مفحص قطة بنى الله له بيتا في الجنة
- 177 ..... "من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا فهو في سبيل الله"
- 269، 178 ..... "من تزوج امرأة بصدقا ينوي أن لا يؤديه فهو زان ، ومن أدان ديننا
- 269، 189، 178 ..... "من أخذ أموال الناس يريد أداءها أداها الله عنه ،
- 192 ..... "من نكح لاعبا أو طلق لاعبا أو أعتق لاعبا فقد جاز"
- 201 ..... "مروا أولادكم بالصلاة لسبع ، واضربوهم عليها لعشر، وفرقوا بينهم في المضاجع"
- 246 ..... "من حبس العنب أيام القطاف، حتى يبيعه من يهودي أو نصراني
- 263 ..... "من أدخل فرسا بين فرسين وهو لا يأمن أن تسبق فليس بقمار
- 271 ..... "من منح منيحة لبن، أو ورق ، أو هدى زقاقاً ، كان له مثل عتق رقبة"
- 301 ..... "من شفع لأخيه شفاعَةً فأهدى له هديةً عليها قبلها منه
- 441 ..... "ما من مسلم يقرض مسلما قرضا إلا كان كصدقتها مرة"
- 442 ..... "المسلمون عند شروطهم"
- 452 ..... "من استودع ودیعة فلا ضمان عليه"
- 466 ..... "ما بال العامل نبعثه فيأتي فيقول: هذا لكم وهذا أهدي لي
- 465 ..... من صنع إليكم معروفا فكافتوه

## ن

- نحن جلوس عند النبي صلى الله عليه وسلم إذ جاءه رجل ، فقال يا رسول الله هلكت قال : ما لك، قال :
- 126 ..... أصبت أهلي في رمضان ،
- 200 ..... نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن تقطع الأيدي في الغزو
- 222 ..... "نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن"
- 291، 248 ..... نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع السلاح في الفتنة
- 306، 290 ..... نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الجمع بين المرأة وعمتها أو بين المرأة وخالتها
- 306 ..... "نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن تنكح المرأة على قرابتها مخافة القطيعة"
- 308 ..... نهى النبي صلى الله عليه وسلم "عن البيع والسلف"
- 468، 308 ..... نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن هدية المديان

## هـ

- 462، 87 ..... "هو عليها صدقة ولنا هدية"

هل عليه دين ؟ قالوا : نعم ، ديناران، قال : هل ترك لهما وفاء ؟ قالوا : لا ، فتأخر ..... 506

و

«الواهب أحق بعبته ما لم يُتَّب منها» ..... 535

الولد للفراش وللعاهر الحجر ..... 203

"الولاء لمن أعتق" ..... 154

ي

"يغسل من بول الجارية ويرش من بول الغلام ..... 53

يا أكثم عرضت عليّ النار فرأيت فيه عمرو بن لحي بن قمعة بن خندف يجر قصبه في النار، فما رأيت رجلاً أشبه برجل منك به ، ولا به منك. فقال أكثم : أحشى أن يضربني شبهه يا رسول الله ؟ فقال رسول

الله صلى الله عليه وسلم : لا ، إنك مؤمن وهو كافر ..... 74 ، 73

"يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، ..... 257

"اليمين على نية المستحلف" ..... 263



البيضاوي ..... 170، 22  
 بوتيه (Pothier) ..... 319، 324، 325، 326، 327، 342، 355، 357، 363  
 بلانيول (Planiol) ..... ج، 334، 335، 338، 339  
 بلحاج العربي ..... د، 329، 371  
 أبو بكر الصديق ..... 56، 279، 467، 480  
 أبو بكر بن العربي ..... 204، 207، 279، 279، 506  
 ابن بقي بن مخلد ..... 300  
 البقوري ..... 67، 68، 72  
 البزدوي ..... 15، 30، 89، 90، 97، 98، 99، 102، 103، 129

### ت

التفتازاني ..... 36، 67، 168  
 ابن تيمية .. 109، 110، 113، 155، 168، 169، 176، 188، 244، 301، 488، 489

### ث

الثوري ..... 111، 118، 227، 236، 329، 452، 463  
 أبو ثور ..... 206، 240، 242، 484

### ج

جابر بن زيد ..... 276  
 جابر بن عبد الله ..... 63، 173، 177، 456  
 الجرجاني ..... 4، 6، 170  
 الجصاص ..... 28، 301، 451، 452  
 جاك فلور (Jacques Flour) ..... ج  
 جاك ليك أوبيير (Jean Luc Aubert) ..... ج  
 جاك موري (Jacques Maury) ..... 368  
 ابن جزبي ..... 262  
 جستنيان (Justinien) ..... 313، 361  
 أبو جعفر المنصور ..... 198  
 جلال الدين المحلي ..... 10، 24

جمال الدين محمود ..... 147 ، 145 ، 144 ، 143 ، 58 ، 11  
جون دوما (Jean Domat) ..... ب  
جون كاربونييه (Jean Carbonier) ..... ج  
جون دوما (Jean Domat) ..... ج ، 319 ، 322 ، 323 ، 324 ،  
325 ، 326 ، 327 ، 342 ، 355 ، 356 ، 357 ، 363 ، 401  
الجويني إمام الحرمين ..... 169 ، 168 ، 52

## ح

ابن الحاجب ..... أ ، 11 ، 22 ، 23  
حافظ الدين النسفي ..... 4 ، 14 ، 15 ، 30 ، 31 ، 32 ، 90 ، 97  
ابن حجر العسقلاني ..... 29 ، 88 ، 227 ، 230 ، 301 ، 452 ، 466 ، 497  
ابن حزم .... 49 ، 102 ، 116 ، 122 ، 226 ، 235 ، 242 ، 281 ، 444 ، 445 ، 500 ، 509  
الحسن البصري ..... 100 ، 192 ، 227 ، 245  
حسني عبد الكريم ..... 371  
حشمت أبو ستيت ..... 340 ، 347 ، 352 ، 358 ، 367 ، 387  
الخطاب ..... 247 ، 248 ، 251  
حلمي بهجت بدوي ..... 340 ، 358 ، 365  
أبو حنيفة ..... 9 ، 49 ، 50 ، 58 ، 63 ، 93 ، 100 ، 205 ، 206 ، 222 ، 228 ، 236 ، 240 ،  
244 ، 247 ، 252 ، 269 ، 281 ، 303 ، 329 ، 453 ، 469 ، 484 ، 488 ، 493  
ابن أبي الحواري ..... 277

## خ

خالد بن الوليد ..... 112 ، 119 ، 122  
الخرشي ..... 246 ، 251  
ابن خلدون ..... 106  
الخضري ..... 16 ، 18 ، 33 ، 36 ، 59 ، 61 ، 63 ، 147  
الخطابي ..... 168

## د

الدبوسي ..... 30 ، 97 ، 103

الدردير ..... 496 ، 458 ، 203  
الدسوقي ..... 225 ، 203 ، 73  
دقلديانوس ..... 313  
ديمولان (Charles Dumoulin) ..... 322 ، 321

## ر

الرازي ..... 457 ، 224 ، 49 ، 22  
ربيعة الرأي ..... 227 ، 100 ، 83  
ابن رجب الحنبلي ..... 300 ، 117  
رحيل أم سيدنا يوسف ..... 306  
ابن رشد ..... 463 ، 441 ، 299 ، 236 ، 178 ، 120 ، 73  
رشيد رضا ..... 119 ، 110  
الريسوني أحمد ..... 51

## ز

زفر ..... 480 ، 458 ، 241 ، 240 ، 34  
الزخشري جار الله محمد بن عمر ..... 167 ، 104 ، 5 ، 4 ، 3  
أبو الزناد ..... 542 ، 227  
الزنجاني ..... 92  
أبو زهرة ..... 303 ، 293 ، 292 ، 285 ، 237 ، 234 ، 219 ، 218  
الزهري ..... 128 ، 100 ، 4  
زمعة ..... 203

## س

سافيني (Savigny) ..... 377  
السبكي ..... 250 ، 48 ، 24 ، 23 ، 22 ، 21 ، 10  
سحنون بن سعيد التنوخي ..... 298 ، 73 ، 72  
السدي ..... 259 ، 4  
السرخسي ..... 88 ، 34 ، 33 ، 31 ، 30 ، 15 ، 14  
89 ، 94 ، 95 ، 96 ، 97 ، 98 ، 101 ، 102 ، 103 ، 116 ، 117 ، 122 ، 129 ، 130 ، 207

ابن سُرنج ..... 464 ، 453 ، 452  
سعد بن أبي وقاص ..... 480 ، 296 ، 276 ، 246 ، 203 ، 120  
سعيد بن الجبير ..... 111 ، 100  
سعيد بن المسيب ..... 205 ، 83  
سليمان مرقس ..... 368 ، 365 ، 358 ، 340 ، 331  
السنهوري عبد الرزاق ..... 365 ، 354 ، 349 ، 347 ، 341 ، 323 ، 84  
366 ، 367 ، 368 ، 370 ، 372 ، 377 ، 386 ، 406 ، 423 ، 473  
ابن سيرين ..... 296 ، 246 ، 227  
سودة بنت زمعة ..... 204 ، 203  
السيوطي جلال الدين ..... 245 ، 205

### ش

ابن الشاط ..... 72 ، 69 ، 68 ، 67 ، 66 ، 64 ، 45  
الشاطبي أبو إسحق ..... 13 ، 12  
21 ، 29 ، 30 ، 49 ، 51 ، 52 ، 56 ، 57 ، 59 ، 60 ، 62 ، 63 ، 137 ، 138 ، 143 ، 144 ،  
145 ، 147 ، 149 ، 150 ، 154 ، 157 ، 167 ، 175 ، 187 ، 193 ، 195 ، 196 ، 199 ،  
200 ، 205 ، 206 ، 255 ، 256 ، 257 ، 258 ، 259 ، 260 ، 261 ، 263 ، 279 ، 281 ،  
286 ، 287 ، 288 ، 289 ، 298 ، 303 ، 430  
الشافعي محمد بن إدريس ..... 93 ، 64 ، 49 ، 46 ، 34 ، 17 ، 9  
100 ، 102 ، 108 ، 110 ، 111 ، 112 ، 113 ، 116 ، 117 ، 127 ، 128 ، 176 ، 178 ،  
181 ، 205 ، 206 ، 210 ، 211 ، 212 ، 213 ، 215 ، 216 ، 217 ، 218 ، 219 ، 220 ،  
221 ، 224 ، 225 ، 226 ، 227 ، 228 ، 229 ، 231 ، 232 ، 233 ، 235 ، 236 ، 237 ،  
238 ، 240 ، 242 ، 244 ، 245 ، 247 ، 255 ، 269 ، 281 ، 282 ، 284 ، 286 ، 289 ،  
290 ، 296 ، 303 ، 304 ، 306 ، 329 ، 418 ، 425 ، 438 ، 442 ، 452 ، 453 ، 463 ،  
469 ، 481 ، 484 ، 485 ، 509 ، 519  
الشبراملسي ..... 205  
شريح ..... 452 ، 300  
الشعبي ..... 467 ، 242 ، 227 ، 128 ، 122 ، 121

شفيق شحاتة ..... 365  
شلي مصطفى ..... 23  
الشوكاني ..... 19، 21، 24، 25، 118، 231، 279، 466  
الشيرازي ..... 93، 168، 245، 247

### ص

صبحي المحمصاني ..... 141  
صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود ..... 25، 36  
صفوان بن أمية ..... 457  
ابن الصلاح ..... 111

### ض

الضحاك ..... 44، 497

### ط

طاهر بن مفوز المعافري الأندلسي ..... 176  
الطاهر بن عاشور ..... 131، 171، 463  
طاووس ..... 128  
الطبري ..... 119

### ع

عائشة أم المؤمنين ..... 53، 72، 198، 203، 204، 227، 228،  
230، 231، 232، 239، 282، 304، 457، 497  
ابن عابدين ..... 159، 205، 170  
ابن عبد البر ..... 203  
عبد الحي حجازي ..... 142، 331، 341، 348، 368، 383، 423  
عبد الرحمن بن عوف ..... 117، 148، 236  
عبد الرحمن الجزيري ..... 170  
عبد العزيز البخاري ..... 3، 30، 35، 64، 90، 91، 96، 97، 101، 129  
عبد العزيز بن عبد الرحمن بن علي الربيعة ..... 11، 25، 30، 46، 63، 140

عبد الله بن عباس ..... 74 ، 100 ، 103 ، 105 ، 110 ، 148 ، 160 ، 173 ،  
175 ، 227 ، 232 ، 242 ، 246 ، 267 ، 271 ، 296 ، 305 ، 307 ، 464 ، 483 ، 506  
عبد الله بن عمر ..... 9 ، 104 ، 105 ، 111 ، 201 ، 227 ،  
246 ، 272 ، 283 ، 296 ، 464 ، 484  
عبد الله بن مسعود ..... 46 ، 135 ، 192 ، 240 ، 243 ،  
266 ، 279 ، 301 ، 302 ، 441 ، 457  
عبد الله دراز ..... 57 ، 62 ، 149 ، 154 ، 170 ، 193 ، 260  
عبد الله المصلح ..... 75  
عبد المنعم فرج الصده ..... 340 ، 358 ، 368 ، 370  
عبد الوهاب خلاف ..... 10 ، 13 ، 152 ، 425  
أبو عبيدة بن جراح ..... 120 ، 122 ، 148  
عبد بن زمعة ..... 203  
عتبة بن أبي وقاص ..... 203  
عثمان بن عفان ..... 215 ، 236 ، 308  
ابن عرفة ..... 115 ، 225 ، 496  
عروة بن الزبير بن العوام ..... 168  
العز بن عبد السلام ..... 11 ، 30 ، 46 ، 47 ، 48 ، 64 ، 66 ، 68  
عضد الدين الإيجي ..... 47  
عطاء ..... 111 ، 127 ، 227 ، 128 ، 245  
ابن عطية الأندلسي ..... 9 ، 175 ، 259 ، 282 ، 307  
ابن عقيل ..... 297 ، 302  
علي علي سليمان ..... 322 ، 353 ، 371  
عمر بن الخطاب ..... 29 ، 72 ، 75 ،  
95 ، 112 ، 117 ، 119 ، 121 ، 122 ، 123 ، 148 ، 176 ، 186 ، 192 ، 198 ، 201 ،  
215 ، 227 ، 250 ، 268 ، 279 ، 301 ، 452 ، 467  
عمر بن عبد العزيز ..... 260 ، 261 ، 466  
عمرو بن شعيب ..... 28 ، 201 ، 308 ، 309 ، 452

القاضي عياض ..... 203

## غ

الغزالي أبو حامد ..... أ، 5، 7، 9، 10، 19، 24، 27، 30، 37، 38، 72،  
88، 89، 91، 137، 168، 169، 177، 178، 179، 180، 181، 186، 245، 247

## ف

فتحي الدريني ..... 154، 194، 285  
ابن فرحون ..... 139، 298، 300  
فرعون ..... 3، 185  
أبو الفضل الكرماني ..... 105  
البناري ..... 34، 36  
فيلاي علي ..... 329، 353، 371، 372، 454

## ق

ابن القاسم ..... 73، 175، 259  
قتادة ..... 4، 53، 121، 128  
ابن قدامة ..... 5، 29، 38، 116، 117، 246، 248، 251، 297، 300، 440، 484  
القرافي شهاب الدين ..... 11، 30، 38، 39، 41، 42، 43،  
44، 45، 64، 65، 66، 67، 68، 69، 70، 71، 74، 91، 115، 122، 123، 124،  
137، 159، 168، 171، 279، 280، 284، 286، 287، 414، 425، 428، 429  
القرطبي ..... 5، 191، 198، 247، 248، 279، 282، 283، 307، 506  
ابن قيم الجوزية ..... 28، 48، 50، 51، 52، 66، 67، 68، 69، 89، 109، 118،  
119، 151، 168، 169، 181، 182، 183، 184، 185، 187، 189، 202، 266،  
268، 269، 270، 272، 273، 279، 280، 281، 283، 284، 285، 290، 291،  
308، 430، 485، 488، 489

## ك

الكاساني ..... 89، 100، 159، 163  
221، 222، 223، 228، 241، 247، 252، 414، 466  
ابن كثير ..... 119

كسرى أنو شروان ..... 119  
كمال الدين بن الهمام ..... 227, 226, 225, 36

## ل

اللخمي ..... 203  
الليث بن سعد ..... 250, 242, 236  
ابن أبي ليلى ..... 237, 236  
لويس جوسران (Etienne Louis Jossierand) ..... 424, 368, 348  
ليثة أم يهودا ..... 306

## م

سيدنا موسى عليه السلام ..... 197, 3  
مالك بن أنس ..... 102, 100, 83, 71, 49, 19, 17, 9  
111, 112, 175, 198, 199, 200, 203, 205, 214, 222, 236, 251, 259  
268, 278, 279, 281, 282, 284, 286, 287, 288, 289, 290, 298, 303  
304, 442, 445, 452, 463, 481, 498  
الماوردي ..... 230, 115  
مجاهد ..... 497, 307, 128  
محمد بن الحسن الشيباني ..... 507, 443, 442, 241, 240, 228, 227, 223  
محمد سلام مذكور ..... 152, 147, 143, 57, 56  
محمد صبري السعدي ..... 372, 352, 349, د  
محمد عبده ..... 110  
محمد علي بن حسين ..... 425, 66, 45, 11  
محمود أبو عافية ..... 377, 376, 331  
مسروق ..... 302, 301  
مصطفى أحمد الزرقا ..... 88, 87  
المقري ..... 52, 50, 49  
ابن ملك ..... 35, 31, 15  
ابن المنذر ..... 259, 245, 206

ابن منظور ..... 3، 4، 5، 6، 167، 168، 496

## ن

النابعة الجعدي ..... 168

نابليون بونابرت (Napoléon Bonaparte) ..... 87، 322، 325

ابن النجار الفتوحى الحنبلى ..... 48

نجم الدين الطوفى ..... 48، 139

زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفى ..... 124، 233

النخعى ..... 127، 227، 452

النوى ..... 124، 168، 169، 229، 245، 247

## هـ

هشام بن عروة ..... 215، 242

هنرى كاييتان (Henri Capitant) ..... ج، 335، 336، 337، 339، 341،

347، 423، 473

## و

وحيد الدين سوار ..... 136، 331، 341، 347، 423

الونشريسى ..... 139

وهبة الزحيلي ..... 11، 27، 109، 143، 225، 228، 425

## ي

يزدجر ملك الفرس ..... 119

أبو اليسر ..... 97، 101

سيدنا يوسف عليه السلام ..... 306

أبو يوسف ..... 58، 75، 115، 227، 228، 239، 241، 442، 443، 507

سيدنا يعقوب عليه السلام ..... 306، 506، 508

يهودا ..... 306

## رابعاً : قائمة المصادر والمراجع

صنفت المصادر والمراجع التي اعتمدت عليها ، حسب الفروع العلمية المختلفة فبدأت بكتب التفسير ثم كتب الحديث ، ثم كتب الأصول والفقه والقواعد الفقهية، ثم كتب اللغة والتراجم ، ثم كتب القانون؛ وقد قدمت كتب التفسير والحديث لأنّ القرآن والسنة هما الأصل والأساس.

### أولاً : كتب التفسير

#### القرآن الكريم

- 1 - أبو الفضل شهاب الدين السيد محمود الألوسي المتوفى (1270 هـ) ، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان.
- 2 - أبو الفرج جمال الدين عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي (508 - 597 هـ) ، زاد المسير في علم التفسير ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الثالثة 1404 هـ - 1984 م.
- 3 - أبو حفص عمر بن علي بن عادل الحنبلي الدمشقي (المتوفى 880 هـ) ، اللباب في علوم الكتاب ، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض والدكتور محمد سعد رمضان حسن والدكتور محمد المتولي الدسوقي حرب ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، طبعة 1404 هـ - 1984 م.
- 4 - أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي (المتوفى 370 هـ) : أحكام القرآن ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان.
- 5 - فخر الدين الرازي ، التفسير الكبير ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان، الطبعة الأولى 1401 هـ - 1981 م.
- 6 - الشيخ رشيد رضا ، تفسير المنار ، مطبعة المنار، القاهرة، الطبعة الثانية ، 1366 هـ - 1947 م
- 7 - أبو القاسم جار الله محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي (467 - 538 هـ)، الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل ، در المعرفة ، بيروت ، لبنان.
- 8 - سيد قطب : في ظلال القرآن ، دار الشروق ، بيروت ، لبنان، الطبعة التاسعة، 1400 هـ.
- 9 - محمد بن علي الشوكاني ، فتح القدير ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان.
- 10 - محمد علي الصابوني ، روائع البيان في تفسير آيات الأحكام من القرآن ، مؤسسة مناهل العرفان ، بيروت ، الطبعة الثالثة 1400 هـ - 1980 م.
- 11 - محمد علي الصابوني : صفوة التفاسير، دار القرآن الكريم ، بيروت ، الطبعة الرابعة ، 1402 هـ - 1981 م.

12 - الشيخ محمد الطاهر بن عاشور ، تفسير التحرير والتنوير ، الدار التونسية للنشر ، تونس ، طبعة 1984.

13 - أبو جعفر محمد بن جرير الطبري ، جامع البيان عن تأويل آي القرآن ، تحقيق وتعليق محمود أحمد شاكر وراجعه وخرج أحاديثه أحمد محمود شاكر، مكتبة ابن تيمية القاهرة، الطبعة الثانية.

14 - محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن الكريم، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

15 - ابن قيم الجوزية ، بدائع الفوائد ، تحقيق علي بن محمد العمران ، مطبوعات مجمع الفقه الإسلامي ، المملكة العربية السعودية ، جدة ، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع ، 1424هـ.

16 - ابن قيم الجوزية ، الضوء المنير على التفسير ، جمع علي الحمد الصالحي ، مؤسسة النور للطباعة والتجليد ، الرياض ، المملكة العربية السعودية.

17 - عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي (ت 774 هـ) : تفسير القرآن الكريم ، دار الفكر ، بيروت لبنان ، 1401 هـ .

18 - أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي (468 - 543 هـ)، أحكام القرآن ، تحقيق علي محمد البجاوي ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان.

19 - القاضي أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عطية الأندلسي (ت 546 هـ)، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز ، تحقيق عبد السلام عبد الشافي محمد ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1422 هـ - 2001 م.

20 - الدكتور أحمد مصطفى المراغي، تفسير المراغي، مطبعة البابي الحلبي وأولاده، الطبعة الأولى 1946 م.

21 - محمد الأمين الشنقيطي (1325 - 1393 هـ)، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، مكة المكرمة، الطبعة الأولى 1426 هـ.

#### ثانيا : كتب الحديث النبوي الشريف

1 - أحمد بن حنبل الشيباني ، (164 - 241 هـ) : المسند ، تحقيق أحمد محمد شاكر ، دار الحديث القاهرة ، الطبعة الأولى 1416 هـ - 1995 م.

2 - أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي (ت 494 هـ)، المنتقى شرح موطأ مالك، دار الكتاب العربي، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثالثة 1403 هـ - 1983 م.

3 - محمد بن إسماعيل البخاري (ت 256 هـ) ، الأدب المفرد ، مؤسسة الكتاب الثقافية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية 1417 هـ - 1996 م.

- 4 - الحسين بن مسعود البغوي (436 - 516هـ)، شرح السنة ، تحقيق شعيب الأرنؤوط ومحمد زهير الشاويش ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية 1983.
- 5 - أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (773 - 852 هـ) ، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان.
- 6 - أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ، تحقيق حسن بن عباس بن قطب، مؤسسة قرطبة، الطبعة الأولى 1995.
- 7 - محمد بن الحواري، جامع أبي الحواري ، نشر وزارة التراث القومي والثقافة ، سلطنة عمان، الطبعة الأولى 1405 هـ - 1985 م.
- 8 - أبو الفتح محمد بن علي بن وهب الشهير بابن دقيق العيد (ت 702هـ)، أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان.
- 9 - الحافظ جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي (ت 762هـ)، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية ، مطبعة دار المأمون ، بيروت، الطبعة الثانية سنة 1393 هـ.
- 10 - جلال الدين السيوطي ، شرح سنن النسائي ، اعتنى بتقييمه ووضع فهارسه عبد الفتاح أبو غدة ، مكتبة المطبوعات الإسلامية حلب سوريا ، الطبعة الرابعة 1406 هـ - 1986 م.
- 11 - محمد بن علي الشوكاني (ت 1250هـ) : نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار ، دار الجيل ، بيروت.
- 12 - أبو الطيب صديق حسن خان القنوجي (1248 - 1307هـ) ، الحطة في ذكر الصحاح الستة ، تحقيق علي حسن الحلبي ، دار الجيل ، بيروت.
- 13 - محمد بن إسماعيل الصنعاني (ت 1182هـ) : سبل السلام شرح بلوغ المرام، دار الكتاب العربي، بيروت ، لبنان ، الطبعة الخامسة ، 1990 م ، 1410 هـ.
- 14 - القاضي أبو بكر بن العربي (435 - 543هـ)، عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان.
- 15 - بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد العيني (ت 855هـ) ، عمدة القاري شرح صحيح البخاري ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان.
- 16 - محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني (207 - 275 هـ) ، سنن ابن ماجه ، تحقيق وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي ، والأحاديث مزيلة بأحكام الألباني عليها ، دار الفكر بيروت.

- 17 - أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر الشهير بابن قيم الجوزية، عون المعبود شرح سنن أبي داود، تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان، المكتبة السلفية، المدينة المنورة ، الطبعة الثانية 1388هـ، 1968م.
- 18 - مالك بن أنس ، الموطأ ، دار الآفاق الجديدة ، بيروت ، الطبعة الثالثة 1403هـ - 1983م.
- 19 - زين الدين محمد عبد الرؤوف بن علي بن زين العابدين المناوي، فيض القدير شرح الجامع الصغير للحافظ السيوطي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الثانية 1391هـ - 1972م.
- 20 - أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري الحزامي النووي (631 - 676هـ) ، شرح صحيح مسلم ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، طبعة 1407هـ - 1987م.
- 21 - عبد الرحمن بن علي بن الدّيع الشيباني (866 - 944هـ / 1461 - 1537م)، تيسير الوصول إلى جامع الأصول من أحاديث الرسول، تحقيق حامد عبد الله المخلاوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 22 - زين الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين بن أحمد بن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، تحقيق حمدي الدمرداش، دار المنار، القاهرة، طبعة 1996.
- ثالثاً : كتب أصول الفقه**
- 1 - سيف الدين علي بن محمد الأمدي ، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق الدكتور سيد الجميلي، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية 1986 - 1406.
- 2 - أحمد الريسوني ، نظرية المقاصد عند الشاطبي ، دار الأمان الرباط ، المملكة المغربية، الطبعة الأولى 1991م.
- 3 - أحمد الريسوني ، نظرية التقريب والتغليب وتطبيقها في العلوم الإسلامية ، دار الكلمة للنشر والتوزيع ، جمهورية مصر العربية ، الطبعة الأولى 1418هـ - 1997م.
- 4 - بدران أبو العينين بدران ، أدلة التشريع المتعارضة ووجوه الترجيح بينها ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية.
- 5 - جلال الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد المحلّي ، البدر الطالع في حل جمع الجوامع ، شرح وتحقيق أبو الفداء مرتضى علي بن محمد الحمدي الداغستاني ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1426هـ - 2005م.
- 6 - جلال الدين أبو محمد عمر بن محمد بن عمر الحبازي (629 - 691هـ) ، المغني في أصول الفقه، تحقيق الدكتور محمد مظهر بقا ، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي ، مكة المكرمة ، المملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولى 1403هـ.

- 7 - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حمز (384 - 456 هـ / 994 - 1064 م) ، الإحكام في أصول الأحكام ، تحقيق أحمد شاكر ، تقديم إحسان عباس ، دار الآفاق الجديدة ، بيروت ، لبنان .
- 8 - أبو زيد عبيد الله بن عمر بن عيسى الدبوسي الحنفي (ت 430 هـ) ، تقويم الأدلة في أصول الفقه ، تقديم وتحقيق الشيخ خليل محي الدين الميس ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 1421 هـ - 2001 م .
- 9 - فخر الدين الرازي ، الحصول في علم الأصول ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 1988 .
- 10 - بدر الدين بن محمد بهادر بن عبد الله الزركشي (745 - 794 هـ) ، البحر المحيط ، مراجعة الدكتور عمر سليمان الأشقر ، دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع ، الغردقة ، الكويت ، الطبعة الثانية 1413 هـ - 1992 م .
- 11 - علي بن عبد الكافي السبكي وولده تاج الدين عبد الوهاب السبكي ، الإبهاج في شرح المنهاج ، مكتبة الكليات الأزهرية ، الطبعة الأولى ، 1981 م - 1401 هـ .
- 12 - أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، أصول السرخسي ، تحقيق أبو الوفاء الأفعاني ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، طبعة 1973 م .
- 13 - سعد الدين بن عمر التفتازاني ، التلويح إلى كشف حقائق التنقيح ، مطبعة دار الكتب العربية ، بيروت ، لبنان .
- 14 - أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (ت 790 هـ) ، الموافقات ، تحقيق عبد الله دراز ، دار الفكر العربي . ونسخة ثانية عليها تعليق الأستاذ محمد الخضر حسين التونسي ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع . ونسخة ثالثة من تحقيق وتعليق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سليمان ، دار ابن عفان للنشر والتوزيع ، المملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولى 1417 هـ - 1997 .
- 15 - أبو علي الشاشي ، أصول الشاشي ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، طبعة سنة 1982 م .
- 16 - الشيخ محمد مصطفى شلي ، تعليل الأحكام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، لبنان .
- 17 - الشيخ محمد مصطفى شلي ، أصول الفقه الإسلامي ، دار النهضة العربية ، بيروت ، طبعة سنة 1986 - 1406 هـ .
- 18 - شمس الدين محمد بن حمزة بن محمد الفناري ، (ت 834 هـ) ، فصول البدائع في أصول الشرائع ، مطبعة الشيخ يحي أفندي .

- 19 - محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان.
- 20 - صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المحبوبي البخاري الحنفي ، تنقيح الأصول ، مطبعة دار الكتب العربية الكبرى.
- 21 - الدكتور عبد الله البشير محمد ، المصطلحات الأصولية في مباحث الأحكام وعلاقتها بالفكر الأصولي ، دار البحوث والدراسات الإسلامية وإحياء التراث ، دبي ، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى ، 1424هـ - 2003م.
- 22 - الدكتور عبد الحكيم عبد الرحمن أسعد السعدي ، مباحث العلة في القياس عند الأصوليين، دار البشائر الإسلامية ، بيروت لبنان. الطبعة الثانية 1421هـ - 2000م.
- 23 - الدكتور عبد العزيز بن عبد الرحمن بن علي الربيعية ، السبب عند الأصوليين ، مكتبة فهد الوطنية ، المملكة العربية السعودية ، الثانية 1417هـ - 1997م.
- 24 - عبد القادر بن أحمد بن مصطفى بن بدران الدمشقي (1280- 1346 هـ)، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة بيروت، لبنان، الطبعة الثانية 1401هـ.
- 25 - الشيخ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مؤسسة الزهراء للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى.
- 26 - علاء الدين عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري (ت 730 هـ) ، كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي ، وعلى هامشه أصول الفقه للبزدوي ، مطبعة شركة الصحافة العثمانية ، طبعة 1308 هـ.
- 27 - أبو حامد محمد بن محمد الغزالي (ت 505هـ) : المستصفى من علم الأصول ، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان.
- 28 - موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (541 - 620 هـ = 1147 - 1223م) : روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، الدار السلفية، حسين داي، الجزائر ، الطبعة الأولى 1991.
- 29 - ابن قيم الجوزية ، إعلام الموقعين ، راجعه وقدم له وعلق عليه ، طه عبد الرؤوف سعد، مطبعة دار الجليل ، بيروت ، لبنان.
- 30 - محمد أبو زهرة : أصول الفقه الإسلامي ، دار الفكر العربي ، القاهرة .

- 31 - الدكتور محمد أحمد بوركاب ، المصالح المرسله وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث ، دبي ، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى 2002م.
- 32 - الدكتور محمد أحمد شقرون ، مراعاة الخلاف وأثرها في الفروع الفقهية ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث ، دبي ، الإمارات العربية المتحدة ، الطبعة الأولى 2002م.
- 33 - محمد بن عابدين ، حاشية نسمة الأسحار ، دار الكتب العربية ، القاهرة.
- 34 - الشيخ محمد الحضري : أصول الفقه الإسلامي ، الطبعة السابعة ، 1405 هـ - 1985 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان.
- 35 - الدكتور محمد سلام مدكور ، مباحث الحكم عند الأصوليين ، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 36 - ملاجيون أحمد بن أبي سعيد بن عبيد الله الحنفي ، (ت 1130 هـ)، شرح نور الأنوار على المنار ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1406 هـ - 1986م.
- 37 - أبو البركات عبد الله بن أحمد المعروف بحافظ الدين النسفي (ت 710 هـ) : كشف الأسرار شرح المصنف على المنار ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى 1406 هـ.
- 38 - نجم الدين الطوفي ، شرح مختصر الروضة ، تحقيق الدكتور عبد الله التركي ، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى 1407 هـ - 1987م.
- 39 - وهبة الزحيلي : أصول الفقه الإسلامي ، دار الفكر، دمشق ، سوريا ، الطبعة الأولى ، 1986م - 1406 هـ.

#### رابعاً : كتب الفقه

#### أ - الفقه المالكي :

- 1 - أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي (ت 494 هـ) : المنتقى شرح موطأ مالك، دار الكتاب العربي، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثالثة 1403 هـ - 1983م.
- 2 - محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناصي ، (693 - 741) : القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان.
- 3 - أبو الوليد ابن رشد القرطبي (ت 520 هـ) ، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، الطبعة الثانية 1408 هـ - 1988م.
- 4 - محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي (520 - 595 هـ) ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دار المعرفة ، بيروت، لبنان ، الطبعة السادسة 1403 هـ - 1983م.
- 5 - سحنون بن سعيد التنوخي ، المدونة الكبرى ، دار صادر ، بيروت ، لبنان.

- أحمد بن محمد الصاوي ، بلغة السالك لأقرب المسالك ، (ت 1241هـ)، دار الفكر ، بيروت ، لبنان .
- 6 - شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (1230 هـ - 1815 م) ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .
- الكتاب هو تعليقات وتقييدات على شرح شيخه الدردير أحمد بن محمد (ت 1201هـ) الذي شرح مختصر خليل ، بشرح مشهور متداول اقتصر فيه على فتح مغلقة وتقييد مطلقه وبين فيه المعتمد من أقوال المذهب المالكي ، واقتصر فيه على بيان الراجح الذي تجب به الفتوى . ثم جاء الدسوقي فكتب الحاشية عليه وصرح الدسوقي أنه اقتبس تعليقاته من كتب الأئمة والأعلام ، وذكر أسماءهم في المقدمة ووضع لكل منهم رمزا يشير إليه في أثناء الكلام . وجاء الشيخ محمد عليش مفتي الديار المصرية (ت 1299هـ) وكتب على حاشية الدسوقي تقريرات فزاد الكتاب أهمية .
- 7 - أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع (894 هـ - 1489 م) ، شرح حدود ابن عرفة، الموسومة : الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية ، تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري ، دار الغرب الإسلامي . بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1993م .
- 8 - شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (684 هـ - 1285 م) ، الذخيرة ، تحقيق الدكتور محمد حجي ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1994م .
- 9 - شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي ، المعروف بالحطاب الرعييني (902 - 954هـ) ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل ، أبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الشهير بالمواق (ت 897 هـ) ، دار الفكر ، الطبعة الثانية 1987م .
- 10 - أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن علي الخرشني (1010 - 1101 هـ = 1602 - 1689 م) ، الخرشني على مختصر خليل ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .
- 11 - أبو العباس الونشريسي ، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب ، خرجها جماعة من الفقهاء بإشراف محمد حجي ، نشر وزارة الأوقاف المغربية ، دار الغرب الإسلامي بيروت، لبنان ، طبعة 1401هـ - 1981م .
- 12 - عثمان بن حسنين بري الجعلي، سراج السالك شرح أسهل المسالك ، دار صادر ، بيروت لبنان ، طبعة 1994م .

13 - برهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون اليعمري المالكي (ت 799 هـ - 1397م) ، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ، تحقيق جمال مرعشلي ، دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، الرياض المملكة العربية السعودية ، طبعة خاصة بموافقة دار الكتب العلمية بيروت سنة 1423هـ.

#### ب - الفقه الحنفي

1 - فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ، (ت 743هـ) ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى 1313 هـ..

2 - أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، طبعة سنة 1406هـ.

3 - محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين دمشقي المشهور بابن عابدين، (1198 هـ - 1252هـ)، ردّ المختار حاشية على الدرّ المختار ، المطبعة الكبرى الأميرية.

4 - فخر الدين حسن الأوزجندي المعروف بقاضي خان (ت 592 هـ) ، الفتاوى الحانية.

5 - علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني (ت 587هـ) : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية 1402هـ - 1982م.

6 - برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر .

7- عبد الغني الغنيمي الميداني ، اللباب في شرح الكتاب ، ومعه تثبيت أولي الأبواب بتخريج أحاديث اللباب ، خرج أحاديثه وعلق عليه عبد الرزاق المهدي ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان، الطبعة الثالثة 1418 هـ - 1997م.

8 - الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند : الفتاوى الهندية ، ضبطه وصححه عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 1421 هـ - 2000م.

9 - زين العبادين بن إبراهيم بن نجيم (926 - 970هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان.

10 - كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام (ت 861هـ) ، شرح فتح القدير ، دار الكتب العلمية بيروت ، لبنان.

11 - أبو يوسف ، الخراج ، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت لبنان ، طبعة 1979.

#### ج - الفقه الشافعي

1- محمد بن إدريس الشافعي (150 - 204هـ) ، الأم ، تصحيح محمد زهدي النجار، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.

- 2- أبو حامد الغزالي ، الوسيط في المذهب ، تحقيق وتعليق محمد محمد تامر ، دار السلام للطباعة النشر والتوزيع والترجمة ، الطبعة الأولى 1417 هـ - 1997 م.
- 3- محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، دار الفكر ، بيروت.
- 4- محمد بن أحمد بن حمزة الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، مطبعة الحلبي.
- 5- أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، المهذب ، مطبعة الحلبي.
- 6- أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي (ت 676هـ) ، المجموع شرح المهذب ، تحقيق وتعليق محمد نجيب المطيعي ، مكتبة الإرشاد ، جدة ، المملكة العربية السعودية.
- 7- النووي ، روضة الطالبين ، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد عوض ، دار عالم الكتب بالمملكة العربية السعودية ، طبعة خاصة بموافقة دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1423 هـ.
- 8- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري ، الحاوي الكبير في فقه مذهب الشافعي وهو شرح مختصر المزني ، تحقيق وتعليق الشيخ علي محمد معوض ، وعادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان. الطبعة الأولى 1994م.
- 9- أبو المناقب شهاب الدين محمود بن أحمد بن محمود الزنجاني (573 - 656هـ) ، تخرىج الفروع على الأصول ، تحقيق الدكتور محمد أديب صالح ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية 1978.
- 10 - الحافظ تقي الدين أبو عمرو صلاح الدين عبد الرحمن بن عثمان بن موسى الكردي الموصلية المعروف بابن الصلاح (577- 643هـ)، فتاوى ومسائل ابن الصلاح في التفسير والحديث والأصول والفقه، تحقيق عبد المعطي أمين قلعجي، دار المعرفة بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 1406هـ - 1986م.
- د - الفقه الحنبلي**
- 1 - تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم بن تیمیة ، مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تیمیة ، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، دار المعارف ، الرباط ، المغرب.
- 2 - عبد الحلیم ابن تیمیة، قاعدة مختصرة في قتال الكفار ومهادنتهم وتحريم قتلهم مجرد كفرهم ، تحقيق عبد العزيز بن عبد الله بن إبراهيم الزير آل حمد، الطبعة الأولى 1425 هـ - 2004 م ، ( د د ن).
- 3 - عبد الحلیم ابن تیمیة، الفتاوى الكبرى، دار القلم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 1407 - 1987.
- 4 - عبد الحلیم بن تیمیة ، مجموعة الرسائل الكبرى، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان.
- 5- ابن قدامة المقدسي ، المغني ، دار الكتاب العربي ، طبعة 1403 هـ - 1983 م.
- 6 - موفق الدين ابن قدامة المقدسي ، الكافي ، تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي ، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة ، الطبعة الأولى 1997م.

7 - مرعي بن يوسف الكرمي (ت 1033هـ)، غاية المنتهى في جمع الإقناع والمنتهى، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة الأولى 1428 - 2007. جمع المؤلف في هذا الكتاب بين كتابين جليدين، عليهما مدار الفتيا والقضاء عند الحنابلة منذ تأليفهما حتى عصرنا، وهما كتابا: الإقناع للحجاوي (ت 968هـ) والمنتهى للفتوح (ت 972هـ).

8 - منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر، طبعة 1402هـ/1982م.

#### هـ - الفقه الإباضي

1 - الشيخ ضياء الدين عبد العزيز بن الحاج بن إبراهيم الثميني (ت 1223هـ)، التاج المنظوم من درر المنهاج المعلوم.

2 - محمد بن يوسف أطفيش (ت 1332هـ)، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، دار الفتح، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية 1392 هـ - 1972م.

#### و - الفقه الظاهري

أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي (ت 546 هـ)، المحلى، طبعة مصححة ومقابلة على النسخة التي حققها الشيخ أحمد محمد شاکر، دار الفكر.

#### خامسا : كتب القواعد الفقهية

1 - شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي (ت 626 - 684 هـ)، أنوار البروق في أنواء الفروق، دار المعرفة، بيروت. وقد رجعت إلى نسخة ثانية من تحقيق الدكتور محمد أحمد سراج والدكتور علي جمعة محمد، دار السلام للطباعة النشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى 1421 هـ - 2001م.

2 - أبو عبد الله محمد بن إبراهيم البقوري، ترتيب الفروق واختصارها، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 1425 هـ - 2005م.

3 - سراج الدين أبو القاسم قاسم بن عبد الله الأنصاري المعروف بابن الشاط، إدرار الشروق على أنواء الفروق، مطبوع على هامش الفروق للقرافي، دار المعرفة، بيروت.

4 - محمد علي بن حسين، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، مطبوع على هامش الفروق، دار المعرفة، بيروت.

5 - الدكتور الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب "إيضاح المسالك" للونشريسي و"شرح المنتخب" للمنحور، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى 1423 هـ - 2002م.

- 6 - علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني (816هـ - 1413م)، التعريفات ، تحقيق إبراهيم الأبياري ، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 1405هـ.
- 7 - أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان.
- 8 - الحافظ أبو الفرج زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن السلامي ، البغدادى الحنبلي (ت 795هـ - 1393 م). القواعد في الفقه الإسلامي ، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان.
- 9 - أبو عبد الله محمد بن أحمد المقرئ (ت 759هـ) ، قواعد الفقه ، تحقيق محمد الدردابي ، طبعة دار الأمان الرباط ، سنة 2012.
- 10 - الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، تنسيق ومراجعة الدكتور عبد الستار أبو غدة وتصحيح وتعليق مصطفى أحمد الزرقا ابن المؤلف ، دار القلم ، دمشق ، سورية ، الطبعة الرابعة 1417 هـ - 1996م.
- 11 - عزت عبيد الدعاس ، القواعد الفقهية ، دار الترمذي للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثالثة 1989م.
- 12 - جلال الدين بن عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، (ت 911 هـ)، الأشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان. الطبعة الأولى 1419 هـ - 1998م.
- 13 - زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم (ت 970 هـ)، الأشباه والنظائر ، تحقيق عبد الكريم فضيلي ، المكتبة العصرية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1418 هـ - 1998م
- 14- الدكتور علي أحمد الندوي ، القواعد الفقهية مفهومها نشأتها تطورها أدلتها مهمتها تطبيقاتها ، دار القلم ، دمشق ، سورية ، الطبعة الخامسة 1420هـ - 2000م.
- 15- الدكتور محمد عثمان شبير ، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية ، دار الفرقان ، عمان ، الأردن ، الطبعة الأولى 1420هـ - 2000م.
- 16 - الدكتور أحسن لحسانة، الوسيط في شرح القواعد الفقهية الكبرى وما يندرج تحتها من قواعد فقهية صغرى، دار ابن حزم، بيروت ، لبنان، الطبعة الأولى، 1425 هـ - 2014م.

#### سادسا : كتب عامة في الشريعة الإسلامية

- 1 - أحمد بن أحمد بن يوسف الحسيني، شهاب الدين، المعروف أحمد بك الحسيني (1271 - 1332هـ الموافق 1854 - 1914م)، ، نهاية الأحكام في بيان ما للنية من الأحكام، المطبعة الأميرية الكبرى بولاق، مصر، الطبعة الأولى 1320 هـ - 1903م.

- 2 - أحمد فهمي أبو سنة ، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية ، مطبعة دار التأليف ، جمهورية مصر العربية ، طبعة 1967.
- 3 - محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي الفاسي ، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ، تحقيق عبد العزيز بن عبد الفتاح ، المكتبة العلمية ، المدينة المنورة 1977.
- 4 - جمال الدين عطية ، التّظريّة العامة للشريعة الإسلامية ، مكتبة المدينة ، الطبعة الأولى 1988م.
- 5 - جمال الدين عطية ، التنظير الفقهي ، المعهد العالمي للفكر الإسلامي ، الطبعة الأولى 1987م.
- 6 - جمال الدين محمود ، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، جمهورية مصر العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى 1969م.
- 7 - حسين حامد حسان ، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي ، مكتبة المتنبّي ، القاهرة ، الطبعة الأولى 1981.
- 8 - حليلة آيت حمودي ، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، دار الحدائث للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1986م.
- 9 - أبو إسحاق الشاطبي ، الاعتصام ، دار المعرفة ، بيروت لبنان ، 1405هـ - 1985م.
- 10 - عبد الرحمن بن خلدون : المقدمة ، الدار التونسية للنشر ، 1984 م.
- 11 - فتحي الدريني : النظريات الفقهية ، منشورات جامعة دمشق ، الطبعة الثالثة 1413هـ.
- 12 - فتحي الدريني : الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثالثة 1984م.
- 13 - فتحي الدريني : نظرية التعسف في استعمال الحق ، مؤسسة الرسالة ، بيروت لبنان ، الطبعة الثالثة 1981م.
- 14 - فتحي الدريني : دراسات ومجوت في الفكر الإسلامي المعاصر ، دار قتيبة للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1988م.
- 15 - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر ، دمشق ، سورية ، الطبعة الثانية 1405هـ - 1985م.
- 16 - وهبة الزحيلي : آثار الحرب في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ، دار الفكر ، دمشق ، سورية ، الطبعة الثالثة 1401هـ - 1981م.
- 17 - وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ، مؤسسة الرسالة بيروت لبنان ، الطبعة الرابعة 1985.

- 18 - الشيخ مصطفى أحمد الزرقا : المدخل الفقهي العام ، دار الفكر ، دمشق، الطبعة التاسعة 1968م.
- 19 - الشيخ مصطفى أحمد الزرقا : المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ، دار القلم، دمشق، سورية ، الطبعة الأولى 1420 هـ - 1999م.
- 20 - الشيخ محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر العربي .
- 21- الشيخ محمد أبو زهرة ، العقوبة في الفقه الإسلامي ، دار الفكر العربي.
- 22 - الشيخ محمد أبو زهرة ، الشافعي حياته وعصره آراؤه وفقهه ، دار الفكر العربي ، القاهرة.
- 23 - الشيخ محمد أبو زهرة ، مالك حياته وعصره آراؤه وفقهه ، دار الفكر العربي ، القاهرة.
- 24 - الشيخ محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة.
- 25 - السيد سابق ، فقه السنة ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الخامسة 1403هـ.
- 26 - سيد قطب ، العدالة الاجتماعية في الإسلام ، دار الشرق ، بيروت لبنان ، الطبعة السابعة 1401هـ - 1981م.
- 27 - شفيق شحاتة ، النظرية العامة لالتزامات في الشريعة الإسلامية، (د د ن).
- 28 - محمد مصطفى شلبي : المدخل في الفقه الإسلامي ، الدار الجامعية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة العاشرة 1405هـ.
- 29 - محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت ، الطبعة الرابعة 1403 - 1982.
- 30 - الشناوي سعد محمد ، مدى الحاجة للأخذ بنظرية المصلحة المرسله في الفقه الإسلامي ، دار الفكر، الطبعة الثانية 1981.
- 31 - صبحي المحمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ، دار العلم للملايين ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثالثة 1983.
- 32 - صبحي المحمصاني، فلسفة التشريع في الإسلام، مطبعة الكشاف، بيروت لبنان، الطبعة الثانية ، 1952.
- 33 - عبد الله بن عبد العزيز المصلح ، قيود الملكية الخاصة ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان، الطبعة الأول 1408 هـ - 1988م.
- 34 - عبد الرحمن إبراهيم الكيلاني ، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي ، دار الفكر دمشق سورية ، الطبعة الأولى 2000م - 1421 هـ

- 35 - عدنان خالد التركماني ، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي ، دار الشروق ، بيروت ، الطبعة الأولى 1404 هـ - 1981 م.
- 36 - عمر سليمان الأشقر ، مقاصد المكلفين فيما يتعبد به لرب العالمين ، دار النفائس ، عمان الأردن ، الطبعة الثانية 1991 م - 1411 هـ.
- 37 - محمد الطاهر بن عاشور ، مقاصد الشريعة الإسلامية ، الشركة التونسية للتوزيع ، 1978.
- 38 - أبو حامد الغزالي : إحياء علوم الدين ، دار عالم الكتب ، دمشق.
- 39 - الدكتور يوسف القرضاوي ، فقه الزكاة ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة السابعة 1422 هـ - 2001 م.
- 40 - ابن قيم الجوزية : بدائع الفوائد ، تحقيق علي بن محمد العمران ، مطبوعات مجمع الفقه الإسلامي ، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع ، المملكة العربية السعودية ، جدة 1424 هـ.
- 41 - ابن قيم الجوزية : زاد المعاد في هدي خير العباد ، حقق نصوصه وخرّج أحاديثه وعلق عليه شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الثانية ، 1405 هـ.
- 42 - أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري ، الأحكام السلطانية والولايات الدينية ، تحقيق الدكتور أحمد مبارك البغدادي ، دار ابن قتيبة ، الكويت ، الطبعة الأولى 1989 م.
- 43 - محمد سلام مذكور ، نظرية الإباحية عند الأصوليين والفقهاء ، دار الفكر ، جمهورية مصر العربية ، طبعة 1963.
- 44 - محمد سليمان داود ، نظرية القياس الأصولي منهج تجريبي إسلامي ، دار الدعوة ، الإسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، 1984 - 1403 هـ.
- 45 - الشيخ محمد الغزالي ، خلق المسلم ، دار الشهاب للطباعة والنشر ، عمار قرني ، باتنة ، الجزائر.
- 46 - محمد الروكي ، نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء ، منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية الرباط ، المملكة المغربية ، الطبعة الأولى 1994 م - 1414 هـ.
- 47 - محمد وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع الجزائر ، الطبعة الثانية ، 1979 م.
- 48 - محمد يوسف موسى ، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ، دار الكتاب العربي ، القاهرة ، الطبعة الأولى 1953 م.
- 49 - محمود شلتوت (1310 هـ - 1383 هـ / 1893 م - 1963 م) ، الإسلام والعلاقات الدولية ، مطبعة الأزهر ، القاهرة ، سنة 1951.

- 50 - محمود محمد شعبان ، السبب الباعث على التعاقد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ، مطبعة الإخلاص ، القاهرة، جمهورية مصر العربية.
- 51 - مصطفى بن حمو أرشوم ، النكاح صحة وفسادا وآثارا في المذهب الإباضي ، مطبعة النهضة ، سلطنة عُمان ، الطبعة الأولى 1422 هـ - 2002م.
- 52 - مصطفى زيد ، نظرية المصلحة في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر ، الطبعة الثانية.
- 53 - يوسف بن عبد الله احميتو، مبدأ اعتبار المال في البحث الفقهي، مركز نماء للبحوث والدراسات ، بيروت لبنان، الطبعة الأولى .2012
- 54 - مجيد خدوري، (ولد بالعراق 27 سبتمبر 1909 وتوفي 25 جانفي 2007)، الحرب والسلام في قانون الإسلام ، الدار المتحدة للنشر ، بيروت، لبنان، طبعة 1977.
- 55 - الشيخ علي الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة .2008
- 56 - محمد عبد الله دراز، دستور الأخلاق في القرآن الكريم، ترجمة عبد الصبور شاهين، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، الطبعة العاشرة 1418 - 1998.
- 57 - عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت.
- 58 - عبد القادر عوده : التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة السادسة ، 1405 هـ - 1985م.

#### سابعا : كتب لغوية

- 1 - أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفومي ، الكليات ، تحقيق عدنان درويش محمد المصري ، مؤسسة الرسالة ، بيروت 1419 هـ - 1998م.
- 2 - عبد القاهر أبو بكر بن عبد الرحمن بن محمد الجرجاني (400 - 471 هـ) : دلائل الإعجاز ، تحقيق محمد رضوان الداية وفايز الداية ، مكتبة سعد الدين ، دمشق سوريا ، الطبعة الثانية 1407 هـ.
- 3 - محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي (ت 721 هـ) : مختار الصحاح ، تحقيق محمود خاطر ، مكتبة لبنان ، بيروت ، 1415 هـ - 1995 م.
- 4 - جار الله أبو القاسم محمد بن عمر الزمخشري (ت 538 هـ) : أساس البلاغة ، تحقيق الأستاذ عبد الرحيم محمود ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، 1399 هـ - 1979م.
- 5 - الزمخشري ، أساس البلاغة ، تحقيق محمد باسل عيون السود ، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان ، الطبعة الأولى 1998م - 1419 هـ.
- 6 - أبو عبد الله الحسين بن أحمد بن الحسين الزوزوني، شرح المعلقات السبع ، دار الآفاق ، الجزائر.

- 7 - أبو الهلال العسكري : الفروق ، تقديم وتعليق الدكتور أحمد سليم الحمصي ، دار جروس برس ، طرابلس لبنان، لطبعة الأولى 1415هـ - 1994م.
- 8 - أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي أبو الحسين ، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق عبد السلام محمد هارون ، دار الفكر سنة 1979.
- 9 - محمد بن مكرم بن علي بن أحمد بن منظور الأنصاري (630 - 711هـ) : لسان العرب ، تنسيق وتعليق علي شيري ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 1408 هـ - 1988 م.
- 10 - ابن منظور ، لسان العرب ، تحقيق عبد الله علي الكبير ومحمد أحمد حسب الله وهاشم محمد الشاذلي ، دار المعارف ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية.
- 11 - المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية بالقاهرة. مكتبة الشروق الدولية ، الطبعة الرابعة 1425هـ.

#### ثامنا : كتب التراجم والأعلام

- 1 - ابن خلكان أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر (608 - 681هـ) ، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان ، تحقيق الدكتور إحسان عباس ، دار صادر ، سنة 1397هـ - 1977م.
- 2 - خير الدين الزركلي ، الأعلام ، دار العلم للملايين ، بيروت ، الطبعة الخامسة . 1980
- 3 - شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي أبو عبد الله ، سير أعلام النبلاء ، مؤسسة الرسالة ، طبعة 1422هـ - 2001م.
- 4 - ابن فرحون المالكي ، الدياج المذهب في معرفة أعيان المذهب ، تحقيق محمد الأحمد ، دار إحياء التراث للطبع والنشر ، القاهرة.
- 5 - عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي (ت 774 هـ) ، البداية والنهاية ، منشورات مكتبة المعارف ، بيروت لبنان ، الطبعة الثانية 1411هـ - 1990م.
- 6 - محمد بن شاكر الكتبي ، فوات الوفيات ، تحقيق إحسان عباس ، دار صادر، طبعة 1973م.
- 7 - أحمد بن محمد المقرئ التلمساني (1578 - 1631م)، نفع الطيب من غصن الأندلس الرطيب ، تحقيق إحسان عباس ، دار صادر ، طبعة 1388هـ - 1968م.

#### تاسعا : المراجع القانونية

##### أ - كتب القانون باللغة العربية

- 1 - د. أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري العام ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ، الطبعة الثالثة 2006.

- 2 - د. أحمد سليم سعيّفان ، الحريات العامة وحقوق الإنسان ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان، الطبعة الأولى 2010.
- 3 - د. إسماعيل غانم ، محاضرات في النظرية العامة للالتزام ، مطبعة النصر القاهرة، طبعة 1955.
- 4 - د. أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، بوزريعة ، الجزائري ، طبعة 2003.
- 5 - د. أجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى الإصدار الرابع 2007.
- 6 - د. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام ، دار المعارف ، مصر ، طبعة 1970.
- 7 - د. بعلي محمد الصغير، القرارات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الحجار عنابة، الجزائر، طبعة 2005.
- 8 - بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت.
- 9 - بدران أبو العينين بدران ، الموارث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون ، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع ، الإسكندرية ، جمهورية مصر العربية، طبعة 1985.
- 10 - د. جلال علي العدوي ، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف الإسكندرية ، مصر، طبعة 1997.
- 11 - د. جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام ، دار النهضة العربية ، مصر ، طبعة 1995.
- 12 - حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة الإسكندرية، طبعة 1965.
- 13 - د. حشمت أحمد أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مطبعة مصر، القاهرة، الطبعة الثانية ، 1954.
- 14 - د. سليمان مرقس ، نظرية العقد ، دار النشر للجامعات ، القاهرة، طبعة 1956.
- 15 - " " : الوافي في شرح القانون المدني ، دار صادر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثالثة 1995.
- 16 - د. سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام ، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية جمهورية مصر العربية ، الطبعة الأولى 2009.
- 17 - سمير عبد السيد تناغو ، في التأمينات العينية ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 1998.
- 18 - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، دار الفكر.
- 19 - د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 1998 ، بيروت ، لبنان.

- 20 - د. عبد الرحمن مصطفى عثمان ، نظرية السبب ، طبعة 1984.
- 21 - د. عبد الرشيد مأمون : علاقة السببية في المسؤولية المدنية ، دار النهضة العربية ، القاهرة.
- 22 - عبد الفتاح عبد الباقي ، في التأمينات الشخصية والعينية ، الإسكندرية ، طبعة 1950.
- 23 - د. عبد المجيد الحكيم ، دور السبب في تكوين العقد في القانون المقارن، المكتبة القانونية، بغداد.
- 24 - د. عبد المنعم البدرأوي ، مبادئ القانون الروماني ، طبعة 1954.
- 25 - د. عبد المنعم فرج الصده ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، دار النهضة العربية ، طبعة 1974.
- 27 - د. عبود السراج ، قانون العقوبات القسم العام ، مطبوعات جامعة دمشق سوريا ، الطبعة السادسة 1992.
- 28 - عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر ، مصادر الحقوق الشخصية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، طبعة سنة 2000.
- 29 - د. العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون ، الجزائر، طبعة 1999.
- 30 - د. علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر، طبعة سنة 1993.
- 31 - علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية ، جمهورية مصر العربية.
- 32 - د. علي فيلاي ، الالتزامات النظرية العامة للعقد ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، وحدة الرعاية، الجزائر ، طبعة 2010.
- 33 - عمار عمورة ، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري ، دار المعرفة ، بولوغين ، الجزائر ، طبعة سنة 2000.
- 34- فتحي عبد الرحيم عبد الله ، شرح النظرية العامة للالتزام - مبادئ الالتزام ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، مصر، الطبعة الثالثة سنة 2001.
- 35 - محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، دار الفكر العربي. طبعة سنة 1398هـ - 1978م.
- 36 - د. محمد حسنين : الوجيز في نظرية الالتزام ، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، طبعة 1983م.
- 37 - " " : الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، طبعة 1985.
- 38 - د. محمد صبري السعدي : شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات ، دار الهدى، عين مليلة ، الجزائر ، الطبعة الأولى 1993.

- 39 - د. محمد صبري السعدي، التأمينات الشخصية والعينية، دار الهدى، عين مليلة، طبعة 1992.
- 40 - د. محمد صبري السعدي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى 2008.
- 41 - د. محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، دار الهدى، عين مليلة، الجزائري، طبعة 2010.
- 42 - د. محمد علي إمام، في التأمينات الشخصية والعينية، طبعة 1958.
- 43 - د. محمد علي عبده، نظرية السبب في القانون المدني دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2004.
- 44 - د. محمد فوزي نويجي، فكرة تدرج القواعد الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر الطبعة الأولى 2006.
- 45 - محمد علي عرفة، في التأمين والعقود الصغيرة، مطبعة فؤاد الأول، القاهرة، الطبعة الثانية.
- 46 - د. محمد كامل مرسى، في العقود المسماة، دار النهضة، الطبعة الثانية 1953.
- 47 - د. محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات المدنية العربية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية 2001، عمان، الأردن.
- 48 - د. محمد يحيى عبد الرشيد المحاسنة، مفهوم المحل والسبب في العقد، دار النهضة العربية، القاهرة. طبعة 1986.
- 49 - محمود جمال الدين زكي، الالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة 1979.
- 50 - مختار القاضي، نظرية السبب في الالتزامات المدنية، دار الضياء، القاهرة، الطبعة الأولى 1962.
- 51 - منصور مصطفى منصور، في التأمينات العينية، دار المعارف، القاهرة، طبعة 1963.
- 52 - نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، دار المعرفة الجامعية، القاهرة، مصر، طبعة 1999.
- 53 - وهبة الزحيلي، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى 1407 هـ - 1987 م.
- 54 - منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية، دار تاراس للطباعة والنشر، أربيل، كردستان العراق، الطبعة الأولى 2006.
- 55 - صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، دار المعرفة، بغداد، طبعة 1954.
- 56 - حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، مطبعة نوري القاهرة، طبعة 1943.
- 57 - رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، طبعة سنة 2002.

58 - رمضان أبو السعود ، أحكام الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، طبعة سنة 2006.

59 - رمضان أبو سعود، الوجيز في الحقوق العينية، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، الطبعة الأولى 1997.

60 - زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود اللبناني، دار الثقافة، بيروت، الطبعة الأولى 1970.

61 - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت 1982.

62 - محمود أبو عافية ، التصرف القانوني المجرد ، مطبعة جامعة فؤاد الأول ، القاهرة ، طبعة 1948.

#### ب - كتب باللغة الأجنبية

1 - Louis Osias , L'acte abstrait en droit Comparé , Thèse Paris 1924

2 - Jean Carbonnier, droit civil, Tome IV, les obligations, 17 éd, décembre 1993.

3 - Jacques Maury, le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence, revue inter droit compare, 1951.

4 - Jacques Flour et Jean Luc Aubert, les obligations, L'acte juridique, 8 éd, 1998.

5 - Marcel PLANIOL, La propriété, Traité élémentaire de droit civil, avec la collaboration de G. Ripert, 11e éd., LGDJ 1928, tome 1.

#### ج - نصوص القوانين

##### أ - القوانين الجزائرية والعربية

1- الأمر 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني. المعدل والمتمم.

2- الأمر 75 - 59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم.

3 - القانون 08 - 09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

4- الأمر 66 - 155 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 جوان 1966 ، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية ، المعدل والمتمم.

5- الأمر 166 - 156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

- 6- قانون 84 - 11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق 9 يونيو 1984 ، المتضمن قانون الأسرة الجزائري ، المعدل والمتمم.
- 7 - مدونة الأسرة المغربية صادرة بالقانون رقم رقم 03-70 ، والمنشور بالجريدة الرسمية رقم 5184 الصادرة يوم الخميس 5 فبراير 2004.
- 8 - مجلة الأحوال الشخصية التونسية، صدرت في الرائد الرسمي العدد 66 الصادر في 17 أوت 1956. وأضيف الكتاب الحادي عشر المتعلق بالوصية والمتضمن الفصول 171 إلى 199 بالقانون رقم 77 لسنة 1959 المؤرخ في 19 جوان 1959.
- 9 - قانون الأحوال الشخصية السوري صدر بتاريخ 5 نيسان 2009م الموافق 10 ربيع الآخر 1430هـ
- 10 - قانون الأسرة القطري هو القانون رقم 22 لسنة 2006.
- 11 - قانون الوصية المصري هو القانون رقم 71 لسنة 1946. الصادر بتاريخ : 24 رجب 1365هـ الموافق 24 يونيو 1946م.
- 12 - مجلة الالتزامات والعقود التونسية : الصادر بأمر باي المملكة التونسية محمد الناصر باشا المؤرخ في : 28 شوال 1324 هـ الموافق 15 ديسمبر 1906. (منشور بالرائد الرسمي ملحق عدد 100 بتاريخ 15 ديسمبر 1906). والمعاد تنظيم أحكامها بالقانون 87 لسنة 2005 المؤرخ في 25 أوت 2005 ، المتعلق بإعادة تنظيم بعض أبواب مجلة الالتزامات والعقود.
- 13 - مجلة الحقوق العينية التونسية الصادرة بالقانون رقم 5 لسنة 1965.
- 14- قانون الالتزامات والعقود المغربي، الصادر بتاريخ 9 رمضان 1331 الموافق 12 أغسطس 1913.
- 15 - مدونة الحقوق العينية المغربية، الصادرة بتاريخ 9 رمضان 1331 الموافق 12 أغسطس 1913.
- 15 - قانون الموجبات والعقود اللبناني. الصادر في 9 مارس 1932.
- 16 - القانون المدني المصري الصادر بالقانون رقم 131 لسنة 1948.
- 17 - القانون المدني السوري رقم 84 الصادر بتاريخ 18/5/1949.
- 18 - القانون المدني الليبي الصادر سنة 1951.
- 19 - القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951
- 20 - القانون المدني الأردني الصادر سنة 1976.
- 21 - القانون المدني الكويتي الصادر بالمرسوم رقم 67 لسنة 1980.
- 22 - قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984/2/14.
- 23 - قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985.

24 - الأمر القانوني رقم 89 - 126 الصادر بتاريخ 14 سبتمبر 1989 المتضمن قانون الالتزامات العقود الموريتاني.

25 - القانون المدني البحريني رقم 19 لسنة 2001.

26 - القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004.

27 - المرسوم السلطاني رقم 29 - 213 المؤرخ في 25 جمادى الثانية 1424 الموافق 6 ماي 2013 المتضمن إصدار قانون المعاملات المدنية العماني.

#### ب - التقنيات الغربية

1 - Code civil français 1804

2 - Code civil Suisse (du 10 décembre 1907

3 - Code des obligations Suisse (du 30 mars 1911

4 - Code civil belge. Entrée en vigueur : 13-09-1807

#### عاشرا : المجالات والمقالات العلمية

##### أ - المجالات

1 - المجلة القضائية ، العدد الثالث لسنة 1989 ، مجلة فصلية تصدر عن القسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا ، الجزائر ، الديون الوطني للأشغال التربوية.

2 - المجلة القضائية ، العدد الثالث لسنة 1992.

3 - المجلة العلمية للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث ، العددان الرابع والخامس ، ربيع الثاني 1425 هـ - جوان 2004م.

4 - مجلة البحوث الإسلامية ، مجلة دورية تصدر عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد ، ومعها ملحق بتراجم الأعلام والأمم المتحدة، المملكة العربية السعودية.

##### ب - المقالات

1 - الدكتور محمود فياض، الطبيعة القانونية لمصادر الالتزام الإرادية في الأنظمة القانونية الغربية المقارنة، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 58، رجب 1435 أفريل 2014.

2 - الدكتور مصطفى باجو ، مقارنة في المقاصد الشرعية بين الفقهاء الإباضي والمالكي. المقال منشور

بتاريخ 27 جوان 2007، بموقع : <http://www.tourath.org>

3 - الدكتور محمد باسل الطائي ، توسع الكون بين الغزالي وابن رشد ، مجلة آفاق الثقافة والتراث ، الإمارات العربية المتحدة.

4 - الدكتور خالد محمد بابكر ، نظرية المآلات : "قاعدة الأمور بمقاصدها". أستاذ بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة الجزائر. مقال منشور على الإنترنت بتاريخ : 24 ربيع الثاني 1433هـ.  
ثاني عشر : مواقع الإنترنت

1 - <http://www.tourath.org>

2 - <http://www.larousse.fr/encyclopedie/personnage>

3 - <http://www.codecivil.fr>

4 - <http://www.universalis.fr>

5 - <https://fr.wikipedia.org>

6 - [http://caselawquotes.net/A/Abandonment\\_of\\_a\\_contract.html](http://caselawquotes.net/A/Abandonment_of_a_contract.html)

7 - <http://www.alriyadh.com/456667>

8 - <http://www.nooran.org/con8>

## خامسا : فهرس الموضوعات

الإهداء	.....
شكر وتقدير	.....
مختصرات	.....
المقدمة	أ .....
الباب الأول : مفهوم نظرية السبب في الفكر الفقهي والأصولي وأدلتها	1 .....
الفصل الأول : تعريف السبب والعلة وأقسام السبب لدى الفقهاء والأصوليين	2 .....
المبحث الأول : تعريف السبب والعلة في اللغة	3 .....
المطلب الأول : تعريف السبب	3 .....
المطلب الثاني : تعريف العلة	6 .....
المبحث الثاني : تعريف السبب لدى الأصوليين	7 .....
المطلب الأول : الفريق الذي يرى أن السبب يشمل العلة	7 .....
المطلب الثاني : الفريق الذي يرى أن السبب لا يشمل العلة	14 .....
المبحث الثالث : تعريف العلة لدى الأصوليين	19 .....
المطلب الأول : سبب اختلاف العلماء في تعريف العلة	19 .....
المطلب الثاني : تعريف العلماء للعلة	21 .....
المبحث الرابع : أقسام السبب	30 .....
المطلب الأول : أقسام السبب باعتبار ما يطلق عليه اسم السبب	30 .....
الفرع الأول : أقسام السبب عند الحنفية	30 .....
البند الأول : رأي من قال إن السبب أقسام أربعة	31 .....
البند الثاني : رأي من قال إن السبب أقسام ثلاثة	35 .....
الفرع الثاني : أقسام السبب عند الغزالي والحنابلة	37 .....
المطلب الثاني : أقسام السبب باعتبار الواضع له	38 .....
المطلب الثالث : أقسام السبب باعتبار قدرة المكلف على القيام به	39 .....
المطلب الرابع : أقسام السبب من حيث اشتراط علم المكلف به	41 .....
المطلب الخامس : أقسام السبب باعتبار مناسبته للحكم المترتب عليه	45 .....
المطلب السادس : أقسام السبب باعتبار المشروعية وعدمها	56 .....

المطلب السابع : أقسام السبب المشروع من حيث العلم بوقوع الحكمة .....	60
المطلب الثامن : أقسام السبب من حيث تقدم مسببه عليه وعدم تقدمه عليه .....	64
المطلب التاسع : أقسام السبب من حيث كونه فعلا أو قولاً .....	70
الفصل الثاني : أدلة نظرية السبب من المصادر التشريعية المختلفة .....	85
المبحث الأول : السبب مصدر التكليف والالتزام .....	86
المطلب الأول : السبب هو المصدر المنشئ للالتزام .....	86
المطلب الثاني : طرق معرفة السبب .....	89
المطلب الثالث : محل اعتبار الأحكام صور الأسباب أو معانيها .....	92
المطلب الرابع : أسباب التكليف .....	94
الفرع الأول : سبب وجوب الإيمان .....	94
الفرع الثاني : سبب وجوب العبادات .....	95
الفرع الثالث : سبب مشروعية الجهاد .....	105
الفرع الرابع : سبب وجوب الجزية .....	114
الفرع الخامس : سبب وجوب الكفارات .....	124
الفرع السادس : سبب شرعية المعاملات المالية .....	129
المبحث الثاني : السبب بمعنى الحكم الأصلي للتصرف .....	136
المطلب الأول : مفهوم الحكم الأصلي وخصائصه .....	136
الفرع الأول : مفهوم الحكم الأصلي .....	136
الفرع الثاني : خصائص الحكم الأصلي .....	138
المطلب الثاني : الفرق بين الحكم الأصلي ومصطلحات ذات صلة .....	138
الفرع الأول : الفرق بين الحكم الأصلي للعقد والباعث .....	139
الفرع الثاني : الفرق بين الحكم الأصلي والحكمة .....	139
الفرع الثالث : الفرق بين الحكم الأصلي للعقد وموضوعه وحكمه .....	140
الفرع الرابع : الفرق بين الحكم الأصلي للعقد ومحلّه .....	140
الفرع الخامس : الفرق بين الحكم الأصلي والسبب الفني في القانون .....	142
المطلب الثالث : علاقة الحكم الأصلي بإرادة الشارع .....	142
الفرع الأول : تحقيق الحكم الأصلي هو من عمل الشارع لا من عمل المكلف .....	143

- 144 ..... الفرع الثاني : لا يلزم عند إبرام التصرف قصد الحكم الأصلي
- 145 ..... الفرع الثالث : تسمية الشارع للتصرف تستلزم إرادته لحكمه الأصلي
- 147 ..... الفرع الرابع : قصد العاقد للحكم الأصلي تزيد وقصده الموافق لمقصد الشارع صحيح
- 151 ..... الفرع الخامس : لا يمكن للعاقد رفع الحكم الأصلي للعقد بعد استكماله
- 154 ..... الفرع السادس : حكمة ترتب المسببات على أسبابها بحكم الشارع لا بفعل المكلف
- 157** ..... الفرع السابع : براءة ذمة المكلف إذا أتى بالسبب على تمامه
- 158 ..... **المطلب الرابع : دور المقصد الأصلي**
- 158 ..... الفرع الأول : الفرق بين الحكم الأصلي للعقد والمقاصد التابعة له
- 159 ..... الفرع الثاني : الحكم الأصلي يتحقق بمجرد انعقاد العقد صحيحا
- 160 ..... الفرع الثالث : عبء إثبات تنفيذ التزامات العقد يقع على الملتزم بها
- 162 ..... الفرع الرابع : الحكم الأصلي للعقد هو مصدر قوته الإلزامية
- 162 ..... الفرع الخامس : أنواع الالتزامات التي ينشئها العقد
- 163 ..... الفرع السادس : الحكم الأصلي هو أساس التزام العاقدين
- 165** ..... **المبحث الثالث : السبب الباعث على الالتزام**
- 166** ..... **المطلب الأول : مفهوم السبب الباعث**
- 167 ..... الفرع الأول : تعريف النية لغة
- 168 ..... الفرع الثاني : تعريف النية اصطلاحا
- 171 ..... الفرع الثالث : حقيقة النية
- 172** ..... **المطلب الثاني : السبب الباعث في القرآن الكريم**
- 176** ..... **المطلب الثالث : السبب الباعث في السنة النبوية**
- 178** ..... **المطلب الرابع : السبب الباعث عند الفقهاء**
- 178 ..... الفرع الأول : نظرية السبب الباعث عند الغزالي
- 181 ..... الفرع الثاني : نظرية السبب الباعث عند ابن القيم
- 184** ..... **المطلب الخامس : القواعد الفقهية الضابطة للباعث ونتائجه**
- 185** ..... **الفرع الأول : قاعدة الأمور بمقاصدها**
- 185 ..... البند الأول : مفهوم قاعدة الأمور بمقاصدها
- 186 ..... البند الثاني : الأصل الشرعي لقاعدة الأمور بمقاصدها

186	البند الثالث : فائدة قاعدة الأمور بمقاصدها
188	البند الرابع : مجال تطبيق قاعدة الأمور بمقاصدها
192	<b>الفرع الثاني : قاعدة مآلات الأفعال</b>
192	البند الأول : مفهوم قاعدة مآلات الأفعال
195	البند الثاني : أدلة قاعدة المآلات
200	البند الثالث : الأصول الفقهية التي تفرعت على قاعدة المآلات
209	<b>الباب الثاني : معايير نظرية السبب في الفكر الفقهي والأصولي</b>
211	<b>الفصل الأول : معايير نظرية السبب في الفقه الحنفي والشافعي</b>
212	<b>المبحث الأول : يعتد بالسبب الباعث إذا كان في صلب التعبير عن الإرادة</b>
212	<b>المطلب الأول : السبب الباعث المذكور صراحة في صيغة العقد</b>
212	الفرع الأول : السبب الباعث في المذهب الشافعي
221	الفرع الثاني : السبب الباعث في المذهب الحنفي
224	<b>المطلب الثاني : السبب مستخلص من ملابسات التصرف</b>
224	الفرع الأول : بيع العينة
233	الفرع الثاني : طلاق المريض مرض الموت
238	<b>المبحث الثاني : لا يعتد بالسبب إذا لم تتضمنه صيغة التعبير عن الإرادة</b>
238	<b>المطلب الأول : زواج المحلل</b>
244	<b>المطلب الثاني : بيع العنب لمن يعصرها خمرا</b>
247	<b>المطلب الثالث : بيع السلاح وقت الفتنة</b>
250	<b>المطلب الرابع : تأجير الأماكن لتكون محلا لممارسة العبادة لغير المسلمين</b>
254	<b>الفصل الثاني : معايير نظرية السبب في الفقه المالكي والحنبلي والإباضي</b>
255	<b>المبحث الأول : العمل بالسبب الباعث وإن لم يذكر صراحة في التعبير عن الإرادة</b>
255	المطلب الأول : السبب الباعث في المذهب المالكي
266	المطلب الثاني : السبب الباعث في المذهب الحنبلي
275	المطلب الثالث : السبب الباعث في المذهب الإباضي
278	<b>المبحث الثاني : علاقة السبب الباعث بسدّ الذرائع</b>
278	<b>المطلب الأول : مبدأ سدّ الذرائع</b>

278	الفرع الأول : مفهوم سدّ الذرائع
281	الفرع الثاني : حجية الذرائع وأدلة مشروعيتها
284	الفرع الثالث : تقسيم الذرائع بالنسبة إلى نتائجها
290	المطلب الثاني : العلاقة بين الاعتداد بالسبب غير المشروع وسدّ الذرائع
292	المطلب الثالث : مدى العلاقة بين سدّ الذرائع والسبب غير المشروع
<b>295</b>	<b>المبحث الثالث : معيار إعمال السبب الباعث</b>
295	المطلب الأول : علم الطرف الآخر بالسبب الباعث
299	المطلب الثاني : وجود قرائن يفترض معها علم الطرف الآخر بالسبب الباعث
303	المطلب الثالث : معيار الكثرة التي تقوم مقام غلبة الظنّ
<b>310</b>	<b>الباب الثالث : نظرية السبب في القانون الوضعي</b>
<b>312</b>	<b>الفصل الأول : التطور التاريخي لنظرية السبب في المدرسة اللاتينية</b>
<b>313</b>	<b>المبحث الأول : نظرية السبب في القانون الروماني</b>
313	المطلب الأول : السبب في العهد الروماني القديم
315	المطلب الثاني : السبب في العهد المدرسي
315	الفرع الأول : بدء ظهور السبب في العقد اللفظي
317	الفرع الثاني : ظهور السبب في العقود غير الشكلية
<b>319</b>	<b>المبحث الثاني : نظرية السبب في القانون الفرنسي القديم</b>
319	المطلب الأول : نظرية السبب في المرحلة التي سبقت الفقيه "جون دوما"
322	المطلب الثاني : نظرية السبب منذ عهد "جون دوما" إلى عهد القانون المدني الفرنسي
323	الفرع الأول : نظرية السبب عند "جون دوما"
324	الفرع الثاني : نظرية السبب عند خلفاء "جون دوما"
<b>326</b>	<b>المبحث الثالث : نظرية السبب في القانون الفرنسي الحديث</b>
<b>327</b>	<b>المطلب الأول : النظرية التقليدية في السبب</b>
327	الفرع الأول : أنصار نظرية السبب التقليدية
327	البند الأول : مفهوم السبب في النظرية التقليدية
331	البند الثاني : الشروط الواجب توافرها في السبب
334	الفرع الثاني : خصوم النظرية التقليدية في السبب

334	البند الأول : الفقهاء الذين انتقدوا النظرية التقليدية في السبب
335	البند الثاني : نظرية السبب التقليدية غير صحيحة
338	البند الثالث : نظرية السبب التقليدية عديمة الفائدة
340	الفرع الثالث : تقدير النظرية التقليدية في السبب
<b>342</b>	<b>المطلب الثاني : النظرية الحديثة في السبب</b>
342	الفرع الأول : مفهوم السبب في النظرية الحديثة ومعيار ضبطه
342	البند الأول : مفهوم السبب في النظرية الحديثة
345	البند الثاني : تحديد معيار ضبط السبب في النظرية الحديثة
349	الفرع الثاني : الفصل بين منطقة السبب ومنطقة الغلط
349	البند الأول : تعريف الغلط والنظريات الفقهية التي عاجلته
352	البند الثاني : تحديد المنطقة المشتركة بين الغلط والسبب والنظرية التي تحكمها
355	المطلب الثالث : مفهوم السبب في التقنين المدني الفرنسي
356	الفرع الأول : نشأة فكرة السبب في القانون المدني الفرنسي
358	الفرع الثاني : شرح نصوص السبب في القانون المدني الفرنسي
<b>364</b>	<b>المبحث الرابع : نظرية السبب في تقنينات البلاد العربية</b>
364	المطلب الأول : مفهوم السبب في التقنينات المدنية المصرية والليبية والسورية والقطرية
368	المطلب الثاني : مفهوم السبب في التقنينين المدنيين اللبناني والأردني
371	المطلب الثالث : مفهوم السبب في التقنين المدني الجزائري
<b>375</b>	<b>الفصل الثاني : نظرية السبب في الفقه والقانون الألمانيين</b>
<b>376</b>	<b>المبحث الأول : التصرف القانوني المجرد</b>
376	المطلب الأول : مفهوم التصرف القانوني المجرد وتقييمه
376	الفرع الأول : مفهوم التصرف القانوني المجرد
378	الفرع الثاني : تقييم التصرف القانوني المجرد
380	المطلب الثاني : التصرف القانوني المجرد في القوانين الجرمانية
382	المطلب الثالث : التصرف المجرد في القوانين اللاتينية
<b>385</b>	<b>المبحث الثاني : العبرة في القانون الألماني بالإرادة الظاهرة</b>
385	المطلب الأول : نظرية الإرادة الباطنة

- المطلب الثاني : نظرية الإرادة الظاهرة ..... 387
- المطلب الثالث : النتائج المترتبة على الأخذ بنظرية الإرادة الباطنة أو الأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة ... 389
- الفرع الأول : سقوط تعبير من مات أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ..... 390
- الفرع الثاني : تفسير التعبير عن الإرادة ..... 391
- البند الأول : تفسير العقد طبقاً لنظرية الإرادة الظاهرة ..... 391
- البند الثاني : تفسير العقد طبقاً لنظرية الإرادة الباطنة ..... 395
- الفرع الثالث : السبب جزء من التعبير عن الإرادة ..... 398
- المبحث الثالث : مفهوم السبب في التقنين المدني الألماني والإنجليزي ..... 400
- المطلب الأول : مفهوم السبب في التقنين المدني الألماني ..... 400
- المطلب الثاني : مفهوم السبب في القانون المدني الإنجليزي ..... 402
- الباب الرابع : مقارنة بين نظرية السبب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وتطبيقها .. 405
- الفصل الأول : مقارنة بين نظرية السبب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ..... 405
- المبحث الأول:مقارنة بين نظرية السبب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من حيث المفهوم.... 405
- المطلب الأول : مقارنة بين السبب مصدر التّكليف والالتزام والسبب المنشئ ..... 407
- الفرع الأول : أوجه الاختلاف بين النظريتين ..... 407
- الفرع الثاني : أوجه الاتفاق بين النظريتين ..... 408
- المطلب الثاني : مقارنة بين الحكم الأصلي والنظرية التقليدية في السبب ..... 413
- الفرع الأول : أوجه الشبه بين النظريتين ..... 413
- الفرع الثاني : أوجه الاختلاف بين النظريتين ..... 414
- المطلب الثالث : مقارنة بين السبب الباعث في الفقه الإسلامي والسبب الباعث في القانون الوضعي 415
- المبحث الثاني:مقارنة بين السبب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من حيث المعيار..... 417
- المطلب الأول : معيار السبب الباعث في الفقه الإسلامي ..... 417
- الفرع الأول : المعيار الذي تبناه الشافعية والحنفية ..... 418
- الفرع الثاني : المعيار الذي تبناه المالكية والحنابلة والإباضية ..... 420
- المطلب الثاني : معيار السبب الباعث في القانون الوضعي ..... 422
- المبحث الثالث :مقارنة بين السبب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من حيث الجزاء... 425
- المطلب الأول : الجزاء على تخلف السبب في الفقه الإسلامي ..... 425

425	الفرع الأول : الجزء المترتب على تخلف السبب
428	الفرع الثاني : الجزء على مخالفة السبب بمعنى الحكم الأصلي
430	الفرع الثالث : الجزء على مخالفة السبب بمعنى الباعث الدافع
<b>431</b>	<b>المطلب الثاني : الجزء على تخلف السبب في القانون الوضعي</b>
431	الفرع الأول : الجزء على تخلف السبب في العهد الروماني
433	الفرع الثاني : الجزء على تخلف السبب في القانون الفرنسي القديم
433	الفرع الثالث : الجزء على تخلف السبب في النظرية التقليدية في السبب
435	الفرع الرابع : الجزء على تخلف السبب في النظرية الحديثة في السبب
436	الفرع الخامس : الجزء على تخلف السبب في القانون الألماني
<b>439</b>	<b>الفصل الثاني : تطبيق نظرية السبب على بعض العقود</b>
<b>440</b>	<b>المبحث الأول : السبب في عقود المعاوضات</b>
<b>440</b>	<b>المطلب الأول : السبب في عقد القرض</b>
440	الفرع الأول : السبب في عقد القرض في الفقه الإسلامي
446	الفرع الثاني : السبب في عقد القرض في القانون الوضعي
<b>450</b>	<b>المطلب الثاني : السبب في عقد الوديعة</b>
450	الفرع الأول : السبب في عقد الوديعة في الفقه الإسلامي
453	الفرع الثاني : السبب في عقد الوديعة في القانون الوضعي
<b>456</b>	<b>المطلب الثالث : السبب في عقد العارية</b>
456	الفرع الأول : السبب في عقد العارية في الفقه الإسلامي
459	الفرع الثاني : السبب في عقد العارية في القانون الوضعي
<b>462</b>	<b>المبحث الثاني : السبب في عقود التبرع</b>
<b>462</b>	<b>المطلب الأول : السبب في عقد الهبة</b>
462	الفرع الأول : السبب في الهبة في الفقه الإسلامي
470	الفرع الثاني : السبب في الهبة في القانون الوضعي
<b>478</b>	<b>المطلب الثاني : السبب في الوصية</b>
478	الفرع الأول : السبب في الوصية في الفقه الإسلامي
489	الفرع الثاني : السبب في الوصية في القانون الوضعي

495	المبحث الثالث : السَّبب في عقود الاستيثاق .....
495	المطلب الأول : السَّبب في عقد الرهن .....
495	الفرع الأول : السَّبب في عقد الرهن في الفقه الإسلامي .....
500	الفرع الثاني : السَّبب في عقد الرهن في القانون الوضعي .....
505	المطلب الثاني : السَّبب في عقد الكفالة .....
505	الفرع الأول : السَّبب في عقد الكفالة في الفقه الإسلامي .....
509	الفرع الثاني : السَّبب في عقد الكفالة في القانون الوضعي .....
515	الخاتمة .....
520	الفهارس .....
521	أولا : فهرس الآيات القرآنية الكريمة .....
529	ثانيا : فهرس الأحاديث النبوية الشريفة .....
536	ثالثا : فهرس الأعلام .....
546	رابعا : قائمة المصادر والمراجع .....
570	خامسا : فهرس الموضوعات .....
	ملخص باللغة العربية .....
	ملخص باللغة الفرنسية .....
	ملخص باللغة الإنجليزية .....

بسم الله الرحمن الرحيم

ملخص البحث

## نظرية السبب دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

إنّ نظرية السبب من النظريات التي شغلت الفكر الإنساني قديما وحديثا، ذلك لأنّها وثيقة الصّلة بكثير من فروع المعرفة الإنسانية، ومن ثمة فإنّ دراستها تُعدّ ضرورة علميّة لا بد منها، لما لها من صلة بأمهات المسائل العقديّة والسلوكية، كالتوحيد والمعجزة والحرية والمسؤولية، والقصد والإرادة وأثر ذلك في صحة التصرفات القولية والفعالية.

والسبب عند الفقهاء وعلماء الأصول، يدور حول معان ثلاثة وهي :

المعنى الأول : السبب المنشئ بمعنى مصدر التكليف والالتزام، وقد عبر عن ذلك الفقهاء في القاعدة الفقهية التي تقول : " لا يجوز لأحد أن يأخذ مالاَ أحدٍ بلا سببٍ شرعيّ " .

المعنى الثاني : الحكم الأصلي للتصرف، وهو الغاية النوعية، التي شرع التصرف لأجلها، وهو مجموع الآثار المتولدة عنه. فالتصرف يبرم العقد رغبة منه في الحصول على الآثار المتولدة منه، فالآثار هي السبب الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد وهي الغرض الذي يريد الوصول إليه.

المعنى الثالث : السبب بمعنى الباعث على الالتزام. غير أنّ المكلف قد يتعسف في استعمال حقه، فيقصد بتصرفه الإضرار بالآخرين، وقد يتتبع تحقيق نتائج غير مشروعة، ومن هنا وضع الفقهاء مجموعة من القواعد، تضبط شرعية البواعث كما تضبط شرعية النتائج، ومن بينها قاعدة "الأمر بمقاصدها" التي تضبط شرعية البواعث، وقاعدة "المآلات" التي تضبط شرعية النتائج.

أما المعايير التي تضبط نظرية السبب، فقد اتفق الفقهاء على معيار العلم، حيث حكموا ببطلان التصرف، إذا كان الطرف الآخر على علم بالسبب غير المشروع.

أما إذا كان الطرف الآخر يجهل السبب غير المشروع، فذهب الحنفية والشافعية إلى عدم بطلان العقود والتصرفات المشبوبة بعدم المشروعية، إلا إذا جاء التعبير على ذلك صراحة في نص العقد، أو تم استخلاصه ضمنا من ملابسات التصرف. أما المذهب المالكي والحنبلي والإباضي، فقد اشترطوا علم الطرف الآخر بالسبب الباعث للحكم على صحة التصرف أو بطلانه، وذلك كي لا يكون محلا للنزاع ومثارا لزعزعة التعامل بين الناس؛ ويحصل علم الطرف الآخر بالسبب الباعث، إما بوجود قرائن يفترض معها علم الطرف الآخر بالسبب الباعث، أو بإقامة الكثرة التي تقوم مقام غلبة الظن.

أما مسار نظرية السبب في القانون الوضعي، منذ عهد القانون الروماني، إلى التشريعات الحديثة، العربية منها والغربية. فبين أن القانون الروماني، اعترف بفكرة السبب في بعض العقود، وهي التي ظهرت الإرادة فيها كعامل من عوامل تكوينها، وخاصة العقود الرضائية وعقود التبرع.

وإذا انتقلنا إلى القانون الفرنسي فنجد نظريتين تحكمان السبب، الأولى وهي النظرية التقليدية وتعني الغرض المباشر. والثانية وهي النظرية الحديثة وتعني الغرض البعيد غير المباشر، وهي من ابتكار القضاء، وأطلق عليها اسم السبب الباعث، وقد تبناها بعد ذلك أغلب الفقهاء في فرنسا، ومفهوم السبب في النظريتين يقف على مبادئ متناقضة عمليا وفلسفيا.

وقد نصح القانون المدني الجزائري نصح القانون المدني الفرنسي، فاشتراط أن يكون للالتزام سببا، ومعنى السبب الذي تبناه هو الباعث الدافع، وأن السبب المشروع مفترض توافره في الالتزام، حتى ولو لم يذكر في العقد، وعلى المدين الذي يطعن في العقد، عبء إثبات عدم وجود السبب، أو عدم مشروعيته.

وإذا انتقلنا إلى القانون الألماني، فنجد أن الألمان يأخذون بالتصرف المجرد كقاعدة عامة، ويأخذون بالتصرف المُسبب استثناء. فالسبب في هذا القانون جزء من التعبير عن الإرادة، حيث إن للمتعاقدين أن يُضَمِّنا التعبير ما يريدان من دوافع وبواعث، ولهما أن يجردا التعبير من سببه أيضا، فيعبران عن الالتزام في ذاته دون ذكر سببه أو الدافع إليه، فيكون الالتزام على هذا النحو التزاما مجردا. ومن هنا جاء الإقرار بالوعد المجرد والدين المجرد، وهما قالبان يفرغ فيهما أي تصرف، فإذا ما أفرغ التصرف داخل هذين القالبين لم يُعَدَّ للمدين من سبيل للتخلُّص من الالتزام، إلا أن يلجأ إلى قواعد الإثراء بلا سبب.

ويختلف مفهوم نظرية السبب في الفقه الإسلامي عنه في القانون الوضعي، كما تختلف المذاهب الفقهية في درجة الأخذ بها، والمعايير التي وضعتها للحكم بها؛ وقد برز لذلك اتجاهان.

الاتجاه الأول يمثل المذهب الشافعي والحنفي، والنظرية عندهم غير بارزة ومحدودة، تماشيا مع النزعة الموضوعية السائدة في هذين المذهبين، وهذا الاتجاه يشبه اتجاه المدرسة الجرمانية.

الاتجاه الثاني ويمثله المذهب المالكي والحنبلي والإباضي، والنظرية عندهم زاهرة ويانعة تماشيا مع العوامل الدينية والأخلاقية التي لها الغلبة في الفقه الإسلامي، وهذا الاتجاه يشبه اتجاه المدرسة اللاتينية.

## **Théorie de la cause : étude comparative entre la jurisprudence islamique et le droit positif**

### **Résumé :**

La théorie de la cause fait parti des théories qui ont préoccupé la pensée humaine dans le passé et dans le présent. Car elle est pertinente dans la plupart des branches de la connaissance humaine. De ce fait, son étude est une nécessité scientifique, en raison de son lien avec les grandes questions idéologiques et comportementales comme la science de l'unicité, les miracles, la liberté et la responsabilité.

La théorie de la cause chez les juristes et les savants fondamentalistes tourne autour de trois significations, à savoir:

1. Le premier sens : la cause efficiente c'est-à-dire la source de l'engagement et de l'obligation. Les juristes ont exprimé cela par la règle qui dit : "Nul n'est autorisé à s'approprier le patrimoine d'autrui sans cause légitime".

2. Le deuxième sens : l'acte original d'agir, c'est l'objectif qualitatif qui rend l'action légitime. La somme des effets est le résultat de cet objectif. Le contractuel signe l'acte dans le but d'acquérir les effets générés par la cause. Donc les effets représentent la cause qui a poussé le contractuel à signer le contrat et c'est l'objectif qu'il vise à atteindre.

3. Le troisième sens : la cause impulsive de l'engagement. Toutefois, le sujet peut abuser dans l'utilisation de son droit en nuisant par sa conduite envers autrui. Il peut aussi vouloir acquérir des biens illégaux. C'est pourquoi les juristes ont mis un ensemble de règles qui définissent la légitimité des motifs et la légitimité des objectifs. Parmi ces règles, la règle : « Les choses valent par leurs intentions » qui contrôlent la légitimité des motifs, et la règle : "Des finalités" régissant la légitimité des objectifs.

Tandis que pour les critères qui régissent la théorie de la cause, les juristes sont unanimes sur la norme de la connaissance, où ils considèrent la nullité du contrat ou de l'acte, si l'autre partie est consciente que la cause est illégale.

Mais, si l'autre partie ignore la cause illégale, les Hanafis et les Shaafa'is ne considèrent pas la nullité des contrats et les actes douteux comme étant des actes non légitimes sauf si l'expression est explicite dans le texte du contrat, ou implicitement déduite des circonstances de l'acte.

Les rites des Malikis, Hanbalis et ibadites ont stipulé la condition que l'autre partie soit au courant de la cause motif de l'acte pour juger de l'authenticité de l'action ou de sa nullité. Ceci afin qu'elle ne soit pas source de contestation, et une cause de détérioration des relations entre les gens.

On considère que l'autre partie est au courant de la cause mobile : soit à l'existence d'indices qui rendent la connaissance de la cause mobile de l'autre partie plausible ou bien la multitude des faits qui indique la prédominance de la présomption.

Cela confirme l'existence de deux tendances dans la jurisprudence islamique, la tendance objective représentée par les deux écoles Hanafi et Shafi'i, et la tendance subjective représentée par les écoles Hanbali, Maliki et ibadite. Ce qui correspond dans le droit positif : pour la tendance subjective l'école latine, et pour la tendance objective l'école germanique.

La théorie de la cause dans le droit positif. J'ai retracé sa voie depuis l'époque de la loi romaine, jusqu'à la législation récente, que ce soit arabe ou occidentale.

J'ai trouvé que le droit romain, a reconnu l'idée de la cause pour certains contrats où apparaît la volonté comme un facteur qui les compose, surtout pour les contrats consensuels et les contrats pour donation.

Si nous passons à la loi française, nous trouvons deux théories qui régissent la cause : la première, la théorie traditionnelle qui concerne l'objectif direct. La seconde, la théorie moderne qui concerne l'objectif lointain indirect, qui est une innovation de la justice, on l'a nommé la cause impulsive, qui a été adoptée par la plupart des juristes français. Le concept de la cause dans chacune d'elles, repose sur des principes contradictoires philosophiquement et pratiquement.

Le droit civil algérien a suivi l'approche du droit civil français en mentionnant que l'engagement doit avoir une cause. Le sens de la cause qui a été adoptée en est la motivation. L'engagement doit comporter la cause légitime, même si elle n'a pas été mentionnée dans le contrat. Le débiteur qui conteste le contrat, doit prouver l'absence de la cause, ou sa non-légitimité.

Si nous passons au droit allemand, nous constatons que les Allemands considèrent l'acte abstrait en règle générale, et l'acte avec cause comme exception. La cause dans ce droit fait partie de l'expression de la volonté, de sorte que les contractants peuvent inscrire l'expression de ce qu'ils veulent des motivations, et ils peuvent omettre la cause de l'expression. Ils expriment l'engagement même sans citer la cause ou la motivation en elle-même. De ce fait, l'engagement sera un engagement abstrait. D'où la reconnaissance de la promesse abstraite et de la dette abstraite. Ce sont donc deux modèles qui peuvent contenir toute action. Si l'acte est contenu dans ces modèles, le débiteur n'aura plus le moyen de se débarrasser de l'obligation, sauf s'il recourt aux règles de l'enrichissement sans cause.

## **The theory of cause : comparative study between Islamic doctrine and positive law**

### **Research summary**

Human thinking has been interested in remote and modern times, in the theory of cause since it is closely related to several branches of human knowledge, hence, focusing on its study is a scientific necessity because it has a link with very important dogmatic and behavioral issues such as unicity, miracle, liberty and accountability.

I have searched the topic in focused on Islamic doctrine and the positive law.

The theory of cause for dogmatists and scholars specialized in (osul) turns around three meanings:

The first meaning: the cause that is source of obligation, the dogmatists have expressed this meaning via the dogmatic rue which states: «it is prohibited to take what belongs to someone else without any legitimate cause".

The second meaning: the original rule for act. And it is the purpose for which act has been ruled, and it is the total of effects derived it from it. The contractor concludes a contract so as to enjoy the effects derived from it. As a consequence the effects are the cause that makes the contractor conclude a contract and it is the purpose that he wishes to achieve.

The third meaning: the cause as a motive for obligation; nevertheless the person bearing an obligation may commit abuse in the use of his right when he intends to cause harm to others, and he may wish to achieve illegitimate results .And thus the dogmatists have set up a number of dispositions related to the legitimacy of motives and the legitimacy of results and among them, the rule that states that " everything is to be judged according to the intention " .

As far as the norms related to the theory of cause are concerned; the dogmatists agreed upon the norm of science; as regards to this norm they have ruled that a contract is null if the other contractor is aware of the illegitimacy of the cause.

But if the other contractor ignores the illegitimate cause: the Hannafite and Chaafiite have ruled that the illegitimate contracts are null. As for the Malekkite, the Hannebellite and Ibadite they have set up as a condition for the validity and nullity of contracts that the other contractor knows the motivated cause.

So this confirms the existence of two currents in the Islamic doctrine: an objective current represented by the Hannafite and Chaafiite doctrines and a subjective current represented by the Hanbaaliste, Maâlekite and Ibâadite

doctrines, on the other part, in terms of positive law, we have the Latin School with subjective tendency and a Germanic School with objective tendency.

As far the second part, my study has focused on Cause in the positive law, I have studied Cause beginning from the era of Roman law till the modern legislations; Arabic and Occidental.

My study has resulted in the fact that the Roman law recognized the study of cause in some contracts in which willingness was one of the factors contributing in its formation

As far as the French law is concerned; we can notice two theories: the first is the classical theory and it means the direct purpose. The second is the modern theory and it means the distant indirect purpose and that's the by-product of jurisdiction; it was called the motive cause that was adopted by most dogmatists in France. And the notion of cause in each one of them reflects contradictory principles practically and philosophically.

As far the Algerian civil law is concerned; one can easily notice that it is a copy of the French civil law. It has set up as condition that the obligation must have a cause, and the cause that is referred to is motive .And the legitimate cause is presumed in the obligation, even though, it is not mentioned in the contract and the debtor is supposed to give proof of the inexistence of cause or its illegitimacy.

If we move on to Germanic law, we can notice that Abstract Acts are adopted by Germans as a general rule, and they adopt the Causing Act as an exception .Cause in this law is part of the expression of willingness .The contractors can include in the contract whatever they like as to motives, and they can also avoid expressing the cause, that is to say; they express obligation in itself without mentioning the cause or the motive. Thus the obligation can be described as Abstract Obligation.