

الباعث في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي

Motivation in positive law and Islamic jurisprudence

بن غريب رابح*

جامعة جيجل-الجزائر-

bengherieb_rabah@yahoo.fr

تاريخ الاستلام: 2022/04/19 تاريخ القبول للنشر: 2022/09/28 تاريخ النشر: 2022/10/01

ملخص:

نظرية الباعث (السبب) هذه وثيقة الصلة بقواعد الأخلاق والنظام العام، لذلك تجد هذه النظرية أساسها في التشريعات التي تعنى بالمبادئ الخلقية والمثل العليا، وبما أن الشريعة الإسلامية بصفة عامة تمثل القواعد الخلقية فيها حيز الزاوية، ولذا كان طبيعياً أن تجد هذه النظرية في هذا التشريع أرضاً خصبة، إلا أن دراستها في الفقه الإسلامي يجب أن لا تكون بمعزل عن قواعد الأخلاق، إذ الأخلاق تهيمن على النظام الإسلامي عقيدة ومعاملة. وأما في الفقه الغربي فقد تشعبت الآراء فيه، فبينما تنزع الشرائع التي تقم وزناً للأخلاق إلى الأخذ به، وتلك هي الشريعة اللاتينية، لأنها مرجعها القانون الكنسي، الذي تحولت فيه بعض المبادئ الخلقية المسيحية إلى قواعد قانونية. في حين لا تعتد به الشريعة الجرمانية، لأنها مستندها مذهب كانت القائل بالفصل بين القانون والأخلاق.

الكلمات المفتاحية: باعث؛ موضوعية؛ ذاتية، القانون المدني؛ الفقه الإسلامي.

Abstract:

This theory of motivation (cause) is closely related to the rules of morality and public order, so this theory finds its basis in legislation that deals with moral principles and ideals, and since Islamic Sharia in general represents moral rules in which the corner is reserved, and so it was natural to find this theory in this legislation Fertile ground, but its study in Islamic jurisprudence should not be in isolation from the rules of morality, as ethics dominate the Islamic system in belief and treatment.

As for Western jurisprudence, opinions diverged in it, while the laws that give weight to morals tend to adopt it, and this is the Latin Sharia, because it is its reference to canon law, in which some Christian moral principles were transformed into legal rules. While the Germanic law does not count it, because it is based on the doctrine that was the separation between law and morals.

Keywords: emitter; objective; subjective, civil law; Islamic Fiqh.

*المؤلف المراسل

مقدمة:

الباعث أو السبب المصلحي هو: "الدافع الذي يحرك إرادة المنشئ للتصرف إلى تحقيق غرض غير مباشر"، والمقصود الدافع هنا إلى تحقيق غرض غير مشروع؛ يجاوز الحدود الأخلاقية، أو يمس المصلحة العامة، أو يناقض مقاصد التشريع، كما ذكرنا أنه يمتاز بالخصائص الآتية: أنه ذاتي، وخارج عن نطاق التعاقد، وأنه متغير¹.

وهنا اتفاق بين المدارس القانونية والمذاهب الفقهية في الأخذ بالباعث غير المشروع، والاعتداد به، وإبطال التصرفات والعقود بناء على وجوده، وذلك عندما يطفو هذا الباعث غير المشروع إلى سطح التعبير الإرادي الظاهري للعقد، فيكون منضبطا وظاهريا وموضوعيا، ويصبح من مستلزمات العقد أو التصرف الذي لا ينفك عنه، وللقاضي بكل سهولة أن يقف دون آثار هذا العقد لظهور الإرادة الظاهرة متلبسة ببواعث غير مشروعة، دون أن يكلف نفسه سبر أعماق النفس للتعرف على الدوافع والبواعث التي يحملها المتعاقدان.

لكن الخلاف يظهر عندما لا يكون ذلك الباعث غير المشروع قد ذكر في صلب العقد، والعقدان قد اتفقا عليه وقصدها، فهل ينظر إلى شكلية العقد وصورته، فإن اكتملت أركانه وشروطه القانونية أجزى وكان صحيحا؟ أم أنه ينظر إلى السبب المصلحي والباعث الذي حمل المتعاقدين على عقد مثل ذلك العقد، فيقع باطلا، إذا كان الدافع إليه غير مشروع؟

ظهر في هذا على مستوى القانون الوضعي والفقه الإسلامي اتجاهان متباينان: اتجاه يأخذ بالنزعة الموضوعية، فلا يعتد بالباعث وإن كان غير مشروع، وقد أخذ به القانون الألماني، وهو مذهب الإمام الشافعي وأبي حنيفة.

واتجاه يأخذ بالنزعة الذاتية، فيولي للبواعث والدوافع الاهتمام الكبير، وأخذ به الفقه الفرنسي، وعند علماء الإسلام الحنابلة والمالكية.

يقول الدكتور السنهوري: "وبين هذين العاملين المتعارضين² يتراوح الفقه الإسلامي، ففي بعض مذاهبه نرى نظرية السبب تخفتي تحت ستار من صيغة العقد والتعبير عن الإرادة، ويختلط السبب بالحل، فلا يعتد بالسبب أي الباعث على التعاقد إلا حيث يتضمنه التعبير عن الإرادة، فإن لم يتضمنه التعبير لم يعتد به [وهو مذهب الفقه الألماني]، وفي مذاهب أخرى تتغلب العوامل الأدبية والحلقية والدينية، فيعتد بالباعث ولو لم يتضمنه التعبير عن الإرادة، أي ولو لم يذكر في العقد، ويكون العقد صحيحا أو باطلا تبعا لما إذا كان هذا الباعث مشروعا أو غير مشروع [وهو مذهب الفقه اللاتيني]"³.

وعلى هذا ندرس هنا الموضوعية والذاتية في السبب المصلحي في القانون الوضعي ونقارن ذلك بالفقہ الإسلامي.

لذا الإشكالية التي نطرحها: ما مدى اعتبار الباعث في الفقہ الإسلامي والقانون الوضعي؟ وما مدى التوافق والاختلاف بين المذاهب التي تتناول النظرية؟ نعمد فب البحث المنهج المقارن والتحليلي.

ونهدف من ذلك الوصول إلى نظرية متكاملة في الفقہ الاسلامي على النهج التي وضعت في القانون المدني.

المبحث الأول:

الذاتية في السبب المصلحي في القانون الوضعي مقارنة بالفقہ الإسلامي

نبدأ هنا بالقانون الوضعي، لأن النظرية أول ما وضعت بهذا الوضع في الفقہ الغربي -لا بمعنى أن الفقہ الإسلامي لا يعرفها، وإنما نقصد كوحدة مستقلة تسمى سبب العقد- ثم نخرج على الفقہ الإسلامي بنبي نظرية على أساس الفقہ الغربي.

المطلب الأول: الذاتية في القانون الفرنسي.

إن النظرية التقليدية في القانون الفرنسي بعد أن عدل "كابتان" مضمونها، أصبحت تأخذ بالسبب المصلحي (الباعث) إلى جانب السبب الفني، و يطلق عليها النظرية الحديثة في السبب، أو نظرية القضاء، ذلك أن القضاء تجنب الجدل الفقهي، وأعمل الباعث في أحكامه، والنظرية الفرنسية بذلك تنزع نزعة ذاتية.

الفرع الأول: النظرية الحديثة في السبب (السبب المصلحي).

أولاً: عرض النظرية.

لمس القضاء - وهو يواجه الحياة العملية - القصور الموجود في نظرية السبب التقليدية، فكان عليه أن يسد هذا النقص، ولم يقتصر على الاعتداد بسبب الالتزام (السبب الفني)، بل جعل محل اعتباره أيضاً السبب المصلحي، كي يقضي بطلان التصرفات التي لا يستطيع النيل منها إذا وقف عند حدود السبب الفني الذي يقع به في النظرية التقليدية، فأخذ يلتفت في هذه التصرفات إلى الباعث الدافع الرئيسي إلى إبرام التصرف، واشترط في هذا الباعث أن يكون مشروعاً وإلا كان التصرف باطلاً، وبذلك عاد القضاء إلى الأخذ بفكرة فقهاء الكنيسة الذين كانوا يعتدون بالباعث الدافع إلى التصرف كما ذكرنا، وخلط بينها وبين السبب الفني، وبذلك أكسب القضاء نظرية السبب مرونة لم تكن لها، وأصبحت نظرية منتجة لا غنى عنها.

"فالفقه والقضاء الفرنسي الحديث أراد أن يستخدم فكرة السبب كأداة لحماية المجتمع من العقود المخالفة للنظام العام، فإذا كانت فكرة سبب الالتزام [السبب الفني] تكفي لحماية التعاقد بإحلاله من التزامه كلما تخلف الغرض الذي يبتغيه من وراء هذا الالتزام، فإن هذه الفكرة لا تتجاوز ما تحققة فكرة مشروعية الموضوع فيما يتعلق بحماية المجتمع من الاتفاقات المخالفة للنظام العام، وقد استشعر الفقه وجود حالات كثيرة ينبغي فيها إبطال العقد، ولا تسعف في التوصل إلى هذا البطلان فكرة مشروعية سبب الالتزام وفكرة محل العقد المقابلة لها، كما هو الحال مثلا في شراء منزل أو استتجاره بغية إعداده للدعارة، أو للعب الميسر، أو اتخاذه وكرا للتمر على نظام الحكم، ففي مثل هذه الصور يلتزم البائع بنقل الملكية، ويلتزم المؤجر بالتمكين من الانتفاع وفي مقابل ذلك يلتزم المشتري بدفع الثمن، ويلتزم المستأجر بدفع الأجرة، فيتحقق سبب الالتزامات المتقابلة، ويكون موضوع العقد - ومن ثم سبب الالتزام- مشروعاً، على النحو الذي لا يمكن معه التوصل إلى إبطال العقد، رغم أن حماية المجتمع تقتضيه، وبالمثل في حالة الهبة التي ينبغي الواهب من ورائها إنشاء علاقة غير مشروعة بالموهب لها أو استدامتها، وقد وجد الفقه والقضاء ضالته لتحقيق الهدف المرجو من فكرة سبب العقد [السبب المصلي]"⁴.

فالسبب المصلي الغاية الأولى منه حماية المجتمع من المعاملات المخالفة للنظام العام والآداب، فإذا كان الباعث مخالفا لها بطل العقد، وإلا صح. إلا أنه يلاحظ أن هذا السبب المصلي إذا أطلق العنان له في إبطال التصرفات المخالفة للنظام العام والآداب، ربما يؤدي ذلك إلى خطر عدم استقرار المعاملات، وذلك أن كل تعامل يتعامل به الأشخاص يصبح مهددا بالبطلان بهذا.

ولقد " تنبه القضاء الفرنسي إلى هذا الأمر فلم يهتم بكافة بواعث الإرادة، الدافع منها وغير الدافع، الرئيسي منها وغير الرئيسي، بل اهتم فقط بالباعث الدافع على التعاقد، أي بالباعث الرئيسي إلى التعاقد (*Cause impulsive et déterminante*) فهذا الباعث فقط هو الذي يقف عنده القاضي لمعرفة ما إذا كان مشروعاً أم غير مشروع، أما ما عداه من البواعث الثانوية التي قد توجد بجانبه فلا يهتم بها القاضي ولو كانت غير مشروعة، لأنه لا أثر لها على الإرادة، وهذا هو القيد الأول الذي وضعه القضاء الفرنسي لفكرة الباعث. أما القيد الثاني فهو اشتراط أن يكون هذا الباعث دائراً في دائرة التعاقد، أي معلوم من الطرف الآخر وسيأتي تفصيل ذلك-.

ثانيا: مرونة الباعث وضابطه.

وإذا كان السبب المصلحي - على ما ذكرنا - قد يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات، وذلك إذا أطلق العنان للقاضي في إبطال التصرفات المخالفة للنظام العام والآداب، وذلك راجع إلى أن معياره الذاتي، وهو خارج عن العقد، ويتغير من عقد إلى آخر بتغير العاقدين وما يدفعهم من بواعث - كما سبق - فما دام على هذا القدر من الذاتية والانعصال والتغير، كان ضروريا أن يضبط بضوابط حتى لا يكون مثارا للترزع والقلقلة في التعامل.

"ولا يجوز بداهة أن يعتد بالباعث [السبب المصلحي] الذي دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد إذا كان هذا الباعث مجهولا من المتعاقد الآخر، وإلا استطاع أي متعاقد أن يتخلص من التزاماته بدعوى أن الباعث له على التعاقد - وهو أمر مستكن في خفايا الضمير - من شأنه أن يجعل العقد باطلا، فلا بد إذن من صلة وثيقة تربط كلا من المتعاقدين بالباعث، ولا بد من ضابط يرجع إليه في ذلك، فما هو هذا الضابط؟ أيكفي أن يكون الباعث معلوما من الطرف الآخر؟ أو يجب أن يكون متفقا عليه بين المتعاقدين، أو يصح التوسط بين هذين الحدين، فيشترط أن يكون الطرف الآخر مساهما في الباعث الذي دفع الطرف الأول إلى التعاقد، دون أن يصل إلى حد الاتفاق معه عليه، ودون أن يقف عند حد مجرد العلم؟

ونأتي بمثل يوضح هذه المراتب المتدرجة، شخص يقترض نقودا من آخر ليقامر بها، فالمقرض قد يجهل الغرض الذي أخذ المقرض النقود من أجله، وفي هذه الحالة لا يعتد بالباعث الذي دفع المقرض إلى التعاقد، وقد يكون المقرض صديقا للمقرض، عالما بغرضه، دون أن يقصد بالإقراض تمكين المقرض من المقامرة، وهذه هي مرتبة العلم، وقد يكون المقرض مرابيا، يستثمر ماله في إقراض المقامرين، فيكون قد قصد إلى تمكين المقرض من المقامرة، وهذه هي مرتبة المساهمة، وقد يكون المقرض هو الشخص الآخر الذي يقامر المقرض معه، فيتفقان على القرض للاستمرار في المقامرة، وهذه هي مرتبة الاتفاق، فأية مرتبة من هذه المراتب الثلاث يتطلبها القانون حتى يعتد بالباعث؟"⁵

الحقيقة أن هذه النقطة محل خلاف بين الفقهاء، فالفقيه الفرنسي المعروف كبتان يقول بوجود الوصول إلى مرتبة الاتفاق، فلا يعتد بالباعث إلا إذا كان متفقا عليه بين المتعاقدين، أما القضاء الفرنسي فيكفي بمرتبة العلم، ويعتد بالباعث الذي دفع المتعاقدين إلى التعاقد مادام المتعاقد الآخر يعلم أو يستطيع أن يعلم بهذا الباعث، "على اختلاف بين أعمال المعاوضات وأعمال التبرعات، فالمعاوض أولى بالرعاية من المتبرع له، ولهذا فعقد المعاوضة لا يبطل إذا كان

الباعث الدافع إليه غير مشروع، إلا إذا كان هذا الباعث معلوما من المتعاقدين، أما عمل التبرع سواء كان عملاً يتم بإرادتين كالهبة، أم بإرادة واحدة كالوصية، فلا يشترط أن لإبطاله إذا كان الباعث الدافع إليه غير مشروع أن يكون معلوماً من المتبرع له، فيعتد بالباعث الذي دفع المتبرع إلى تبرعه، سواء كان معلوماً من الطرف الآخر أو كان مجهولاً منه، وهذه التفرقة بين أعمال المعاوضات وأعمال التبرعات فيما يتعلق بالباعث الدافع إلى التعاقد، ما هي إلا تطبيق لمبدأ عام هو: أن ضمان استقرار المعاملات واجب الرعاية في المعاوضات عنه في التبرعات"⁶.

ويلاحظ أن اشتراط العلم يجدر أن لا يؤخذ به إلا حين يكون من يتمسك بالبطلان هو الطرف الذي قام لديه الباعث غير المشروع، إذ يتعلق الأمر حينئذ باستقرار التعامل، فلا يكون من العدل أن يفاجأ الطرف حسن النية ببطلان التصرف، في حين أنه لا يعلم عن الباعث شيئاً، أما إذا كان الطرف الذي يتمسك بالبطلان حسن النية وقت قيام التصرف، ولكنه علم بعد ذلك بالباعث غير المشروع، فإنه يجاب إلى طلب البطلان، إذ أن هذا لا يمس استقرار التعامل، كما أنه ليس من المقبول أن يكافأ الطرف الآثم على نجاحه في إخفاء الباعث غير المشروع، وإذا كان الطرف الذي لم يقم لديه الباعث غير المشروع يقبل منه طلب البطلان إذا كان عالماً بهذا الباعث وقت إبرام التصرف، فأولى أن يقبل منه ذلك إذا لم يعلم بالباعث إلا بعد تمام التصرف.⁷

ثالثاً: شروط الباعث: "سبب العقد [الباعث] بحكم وظيفته الاجتماعية لا يطلب إلا عند الاعتقاد"⁸، وليس له شرط يتعلق بذاته سوى شرط المشروعية، "فإذا كان غير مشروع، أي كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب بطل العقد، وهذا الاعتبار هو الذي حمل القضاء في فرنسا على الاهتمام بالباعث الدافع، لأنه عن طريق الباعث يمكن إخضاع المعاملات لقواعد الآداب"⁹.

ومعيار النظام العام والآداب ليس معياراً ذاتياً، يرجع فيه كل شخص لنفسه ولتقديره الذاتي، بل هو معيار غير ثابت، يتطور تبعاً لتطور الفكرة الأدبية في حضارة معينة. وإذا كانت فكرة النظام العام والآداب على هذا النحو من المرونة والتطور، فإنها تعتبر المنفذ الذي تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والحلقية إلى النظام القانوني كي يلائم بينه وبين التطور الذي يتعرض له المجتمع في وقت معين.¹⁰

رابعاً: إثبات السبب المصلحي :

والسبب المصلحي - كما علمنا- هو الباعث الرئيسي الدافع إلى التعاقد، " وهذا الباعث يفترض فيه أنه مشروع، وذلك طبقاً للقواعد المتعلقة بعقب الإثبات ومحل الإثبات، فلسنا هنا بصدد قرينة قانونية، بل بصدد افتراض تمليه هذه القواعد، فإذا ادعى المدعى عدم مشروعية الباعث الدافع إلى التعاقد، وقع عليه عبء إثبات هذا الإدعاء، لأنه يدعي خلاف الظاهر، ويجوز له هذا الإثبات بجميع الطرق، لأن الإثبات ينصب حينئذ على واقعة مادية، وإذا كان هو الطرف الذي قام لديه الباعث غير المشروع فإن هذا العقد لا يكون باطلاً إلا إذا أثبت فضلاً عن ذلك علم الطرف الآخر بهذا الباعث، وهذا العلم واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق"¹¹. وفي القانون المدني المصري تفرق المادة 137 فيما يتعلق بإثبات السبب المصلحي بين فرضين:

الأول: ألا يكون السبب المذكور في المحرر الكتابي المثبت للتعاقد.

الثاني: أن يكون السبب المذكور فيه¹².

الفرع الثاني: السبب في التقنين المدني الجزائري :

أولاً: اعتناق التقنين المدني الجزائري النظرية الحديثة في السبب

تنص المادة 97 من التقنين المدني الجزائري على ما يلي : "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع، أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلاً"¹³. ويتضح من هذا النص أن التقنين المدني الجزائري يأخذ بالسبب، ويجعله أمراً جوهرياً في التعاقد كغيره من القوانين اللاتينية النزعة، بحيث لو تخلف أو كان غير مشروع وقع العقد باطلاً، والبطلان هنا هو ما يسميه الفقه "البطلان المطلق"¹⁴، كما يتضح بجلاء أن التقنين الجزائري يأخذ بالنظرية الحديثة في السبب، بمعنى الباعث الدافع، مع الأخذ أيضاً بالسبب القسدي، إذ لا يتصور أن يتحمل المتعاقد الالتزام بدون سبب، وعبارة "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع، أو لسبب مخالف..." يستفاد منها أن الالتزام لا بد أن يكون له سبب، ويشترط في السبب أن يكون مشروعاً. ونلاحظ على هذا النص أنه لم يتضمن صراحة وجوب السبب في الالتزام كما هو الحال في المادة 136 من القانون المصري التي تقابل النص المذكور (97 م.ج) إذ ورد في النص المصري : "إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام، كان العقد باطلاً" ولو أن اشتراط وجود السبب للالتزام في التقنين المدني الجزائري مستفاد من نص المادة 97 بمفهوم المخالفة¹⁵، وهو أنه إذا التزم المتعاقد لسبب مشروع كان العقد صحيحاً.

هذا ونلاحظ أيضا على عبارة النص (97 م.ج) ورد عبارة: "أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب" بعد عبارة: "لسبب غير مشروع"، ومن المعروف أن عدم المشروعية يرجع إلى ما يخالف النظام العام أو حسن الآداب وكان يكفي ذكر أحد العبارتين، وبناء على هذا يمكن تعديل م 97 م.ج لتكون صياغتها: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع كان العقد باطلا".

"والخلاصة أن التقنين المدني الجزائري يشترط أن يكون للالتزام سبب، فإذا لم يكن له سبب أو كان سببه غير مشروع، فإن العقد يكون باطلا، وهو يأخذ بمعنى الباعث الدافع إلى التعاقد في السبب، والأخذ بالمعنى المذكور يقصد به حماية المجتمع من نشوء عقود مخالفة للنظام العام وحسن الآداب، وبذلك يتحقق صالح الفرد وصالح المجتمع"¹⁶.

ثانيا: إثبات السبب في القانون المدني الجزائري.

يقع على الدائن وفقا للمبادئ العامة إثبات وجود السبب ومشروعيته ما دام الالتزام لا يقوم إلا إذا وجد له سبب مشروع، طبقا لنص المادة 97 م.ج، غير أن المادة 98 ق.م.ج تفرق بين حالتين: أن يذكر السبب في العقد أو لا يذكر.

أ-حالة ما إذا كان السبب المذكورا في العقد: وفيها أقام المشرع قرينة من مقتضاها أن السبب المذكور حقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب، فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه (م 2/98 ق.م.)، غير أنه لا يجوز إثبات عكس الكتابة إلا بكتابة أخرى.

أما حين يدعي المدين أن سبب العقد غير مشروع، فيكون له أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات، وهذا مع ملاحظة أنه لا بد من إثبات علم الدائن بعدم مشروعية السبب.

ب-حالة ما إذا لم يذكر السبب في العقد: وهنا يفترض المشرع الجزائري أن للالتزام سببا موجودا، وأن للعقد سببا مشروعا، وعلى من يدعي العكس أن يثبت ما يدعيه بكافة طرق الإثبات، إذ ليس هناك كتابة تقيد (م 1/98 ق.م.).

وإن المقصود من نص المادتين: 97 و 98 هو أن المشرع الجزائري قد وضع قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سببا مشروعا، ولم يذكر هذا السبب، فإن ذكر في العقد فإنه يعتبر السبب الحقيقي الذي قبل المدين أن يلتزم من أجله، وإن ادعى المدين صورية السبب المذكور في العقد، كان عليه أن يقدم الدليل القانوني بالكتابة على هذه الصورية؛ لأن الكتابة لا يجوز إثبات عكسها إلا بمثلها، فإن أثبت صورية السبب كان على من يدعي أن للالتزام سببا

مشروعاً آخر غير المذكور في العقد، أن يثبت مشروعية السبب، ومن ثم ينتقل عبء إثبات أن للعقد سبباً آخر على عاتق المتمسك به، أما إذا ادعى المدعي عدم مشروعية السبب المذكور، فإنه يجوز له إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود.

"ونلاحظ أخيراً بأن النسخة العربية للقانون المدني الجزائري تحبّطت حين تعرضت للنص على السبب في المادتين 98/97 م.ج، فأسندت تارة إلى العقد وتارة إلى الالتزام، وخلطت على هذا النحو بين النظرية التقليدية والنظرية الحديثة للسبب مقتدية في ذلك بحرفية المادتين 1131 و 1133 ق.م.فرنسي، والمادتين 136 و 137 ق.م.مصري، وعلى هذا الأساس ينبغي عند إعادة النظر في القانون المدني الجزائري تلافي هذا التخبط وإسناد السبب في المادتين 98/97 ق.م. إلى العقد، وتجنب الاختلاف بين النص العربي والنص الفرنسي للمادة 97 ق.م.¹⁷.

المطلب الثاني: الناتية في السبب المصلحي في الفقہ الإسلامي وأدلتها.

"الفقہ الإسلامي بما هو ديني الصبغة- يتدرع بكل قاعدة خلقية كانت أم فقهية؛ لتأكيد الأصل العام الذي قامت عليه الشريعة، وهو جلب المصالح ودرء المفاسد، وما لا شك فيه أن أعمال القواعد الخلقية درءاً للمفاسد، بالترفع ذاتياً عن جميع أسبابها"¹⁸، فالقاعدة الخلقية -في الشريعة الإسلامية- قد ترتقي إلى قاعدة شرعية فقهية، تحدد سلوك الفرد بالنسبة لغيره، إذا ترتب على الإخلال بها ضرر بالناس، وذلك بترتيب جزاء دينوي، فتواجه أثر الإخلال بالواجب بالنسبة إلى الغير، وتقدر للمضروب حقاً في الضمان أو عما لحق به من ضرر قضاء، فالقيم الإنسانية والمثل العليا امتزجت في الفقہ الإسلامي بقواعد التشريع، بل هي لباب الحكمة التي تدور أحكام الشريعة عليها.

ومن هنا نجد الفقہ الإسلامي يقيم للعناصر النفسية، من سمو الغاية، وشرف الباعث، وطهارة النية، وخلقية الإرادة، المقام الأول في الاعتبار، ولا يخفى ما لذلك من أثر في التمكين للمثل العليا والمبادئ الخلقية، والقيم الإنسانية الخالدة، بما هي معايير هذا التشريع الحكيم،

وبيان ذلك أن الباعث النفسي هو الذي يحرك الإرادة ويوجهها إلى ما يحدد لها من غاية أو مقصد أو مصلحة، فيكون ذلك الباعث إذا ما صدر عنه الفعل واقعاً هو معيار المشروعية وعدمها، تبعاً لمطابقتها الغاية المرسومة أو مجافاته إياها، وفي هذا دليل بين على ما للعناصر النفسية الناتية للمكلف إبان ممارسته للحقوق أو الحريات من أثر على مشروعيتها، وقد ثبت

هذا بقوله عليه الصلاة والسلام: "إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله¹⁹، فهجرته إلى الله ورسوله، ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه"²⁰، أي فقدت اعتبارها الشرعي وأثرها دنیا وأخرى، لهبوط المقصد عن التسامي إلى الهدف الأسمى من إعلاء كلمة الحق والعدل التي فيها خير الإنسانية جمعاء، وفي هذا قضاء على ظاهرة مجافاة المبادئ الخلقية، وضمن لها أصلتها وثباتها بالتشريع الملزم، فضلا عن العقيدة²¹.

الفرع الأول: النية والدافع كهيئتين خلقيتين.

النية بتشديد الياء وتخفيفها، مصدر نوى الشيء ينويه أي قصده واعتقده، "فالنية لغة هي نوع من القصد والإرادة وإن كان قد فرق بين هذه الألفاظ"²²، ويستعمل الإمام ابن القيم كلمة القصد تارة بمعنى النية، وتارة أخرى بمعنى الباعث²³، فالنية والإرادة والقصد إذن شيء واحد "...وإنما فرق بين النية وبين الإرادة والقصد لظنهم اختصاص النية بالمعنى الأول الذي يذكره الفقهاء - فمنهم من قال: النية تختص بفعل الناوي، والإرادة لا تختص بذلك، كما يريد الإنسان من الله أن يغفر له ولا ينوي ذلك... والنية في كلام النبي ﷺ وسلف الأمة إنما يراد بها هذا المعنى الثاني [أي ما يختص بالأخلاق والتركيبات]، فهي حينئذ بمعنى الإرادة، ولذلك يعبر عنها بلفظ الإرادة في القرآن الكريم"²⁴، وعلى هذا نستطيع أن نعرف النية بهذا التعريف الجامع: "النية (*L'intention*) بالمعنى الواسع للكلمة: حركة تنزع بها الإرادة نحو شيء معين، سواء "لتحقيقه" أو "لإحرازه"، والموضوع المباشر للإرادة الفاعلة هو "العمل" الذي تشرع في أدائه، ولكن هذا الشروع لا يكون ممكناً كمشروع إرادي على وجه الكمال، إلا حين يلمح الإنسان في صميم العمل ومن ورائه شيئاً من الخير أياً كان، يزيكه في نظره، وينشئ له سبب كينونته...وفي هذا يكمن الموضوع غير المباشر، أو الغاية الأخيرة التي يقصد إليها الجهد العاقل الواعي والتي يتطلع إلى بلوغها، وتطلق كلمة "غاية" (*Fin*) أو هدف (*But*) على ذلك الموضوع البعيد من حيث هو حقيقة مستقلة يتعين السعي وراءها وبلوغها، ولكن من حيث هو مبدأ أو فكرة تحفز النشاط الإرادي وتمهد له يطلق عليه باعثة (*Motif*) أو دافع (*Mobile*)، فهما كلمتان معتبرتتان بعامة مترادفتين تماماً"²⁵.

أولاً: النية والسبب المباشر للإرادة:

"سوف نفترض الآن نية أمكنها أن تحصر نفسها في العمل، و أنها قد امتصت فيه امتصاصاً كاملاً، دون هدف آخر، أو نية مستترة، و أنها قد قطعت كل صلة لها بالأسباب

العميقة التي تحفزها على ذلك العمل، إن اتجاهها السديد على هذا النحو، إلى العمل الذي تنتجه، أو هي بصدد إنتاجه، يطلق عليه:

قصد أو نية (*Intention*)، فعلى أهبة القيام بالعمل تعني كلمة (*Intention*) قراراً يتفاوت في ثباته، فهو القصد أو العزم، فأما حين يتزامن مع العمل - وهي تلك الحالة التي تكون فيها كلمة نية هي اللفظة المناسبة - فهو الشعور النفسي الذي يصحب العمل، أعني: أنه موقف عقل يقظ، حاضر فيما يؤديه.

بيد أن فكرة القصد أو النية في كلتا الحالتين - ولأنها تتصل بواجب عملي - ينبغي أن تنطوي هنا ثلاثة عناصر تكوينية، و ثلاثة فحسب، هي:

أ - تصور المرء لما يعمل.

ب - إرادة إحداثه.

ج - إرادته بالتحديد، على أنه شيء مأمور به، أو مفروض.

فهذه الفكرة إذن هي الشعور الذي يتحقق لدينا مع نشاطنا الإرادي، سواء حين يكون هذا النشاط على وشك أن يمارس، أو خلال ممارسته، مع معرفتنا أننا نسعى بذلك إلى أداء واجب ملزم²⁶، وهذا الموضوع المباشر للإرادة - الذي هو العمل - إنما يكون صحيحاً (أي له وجود أخلاقي)، و متقبلاً عند الله عزّ وجل، إذا توفر على عنصرين أساسيين، أحدهما ظاهري و الآخر باطني، ألا وهما:

أ - أن يكون العمل في ظاهره على موافقة السنة، استناداً إلى حديث: "من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد"²⁷.

ب - أن يكون العمل في باطنه يقصد به وجه الله عزّ وجل، لقوله عليه الصلاة و السلام: "إنما الأعمال بالنيات"²⁸، و هذا استناداً إلى ما ورد "عن الفضيل بن عياض في تفسير قوله تعالى: (لِيَبْلُوكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا وَهُوَ الْعَزِيزُ الْعَفُورُ)"²⁹، قال: "أخلصه وأصوبه، وقال: إن العمل إذا كان خالصاً ولم يكن صواباً لم يقبل، وإذا كان صواباً ولم يكن خالصاً لم يقبل، حتى يكون خالصاً وصواباً، قال: والخالص إذا كان لله عز وجل، والصواب إذا كان على السنة"³⁰.

و جميع ما ذكرنا يتوجه على أحد التفسيرين لما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "إنما الأعمال بالنيات و إنما لكل امرئ ما نوى، فمن كانت هجرته إلى الله و رسوله، فهجرته إلى الله و رسوله، و من كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه"³¹.

ثانيا: الدوافع أو الأسباب غير المباشرة للإرادة

نعني بذلك الجانب الغائي للإرادة، والذي نستطيع أن نثبتته من قوله عليه الصلاة و السلام: "إنما الأعمال بالنيات"³²، و هذه القولة وإن كانت تقصد وبخاصة إلى النية المباشرة كشرط وجود أخلاقي، لكن إذا قرأنا بعد ذلك بقية النص نرى فيه المعنى الغائي للإرادة يستخرج أو يتحرك كلما اطرد الخطاب وأصبح محسوساً شيئاً فشيئاً، يقول الرسول عليه الصلاة و السلام: "و إنما لكل امرئ ما نوى"، أي في حالة عمله، ثم يجتم الحديث بهذه الجملة الثالثة و الأخيرة: "فمن كانت هجرته إلى الله و رسوله، فهجرته إلى الله و رسوله، و من كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه"، و من الواضح أن هذا الدور العظيم لمبدأ التقدير الأخلاقي ما كان له أن يتعين إلا بنية حقيقية، أصولية، منبثقة من المنبع العميق في أنفسنا، فلم تكن لتعينة بضعة أفكار سطحية، ناشئة عن تكلف لغة باطنية أو منطوقة، فهذه النية الزائفة قد تستتر إلى حين الانطلاقة الواقعية لدوافعنا، و لكنها لا تبلغ قط أن تغيرها.

و يمكن تقسيم هذا الجانب الغائي للإرادة إلى قسمين:

1- **غاية موضوعية:** ونعني بها تلك الغاية التي يرى الضمير مكانها خارج الذات أساسا، و أن فائدتها التي تستطيع الذات أن تجنبها منها لن تكون في حساب الإرادة، من حيث هي موضوعية، مع أن يوسع هذه الفائدة، إما أن تتحقق في نفس الوقت بمفردها، وإنما أن تكون هدفا لحركة أخرى من حركات الإرادة، وهذه الغاية ذات قيمة أخلاقية لا جدال فيها، لذلك يطلق عليها أيضا "الغاية الأخلاقية" (الهدف).

2- **غاية ذاتية:** وهي بعكس الأولى- النتيجة التي تنتظرها الذات من نشاطها، من حيث هو نافع لها، وهذه الغاية يمكن أن تكون مشروعيتها مجالا للجدل³³، وتسمى أيضا "الغاية الوجودية" (الثمره).

وتشترط الشريعة الإسلامية توحيد موضوع الإرادة مع موضوع الشرع سواء توقفنا عند شكله أم تغلغلنا في جوهره، لذلك كانت فكرة الذاتية معقدة تعقيدا مضاعفا، إذ يجب أن ننظر إلى العمل الواحد إلى غايات الشرع و غايات الذات، أساسية كانت أم ثانوية، فأهدافنا من هذا العمل أو ذلك لن تقوم في ذاتها فحسب بل باعتبار اتفاقها أو اختلافها مع أهداف الشرع من هذه الأعمال.

ثالثاً: النية في النظرة الغائية بنوعها:

لكن تبقى هنا نقطة نود التنويه إليها، وهي أنه يجب التمييز بين فكرتين متميزتين تمام التمييز في التعاليم القرآنية بين "النية"، وهي موقف الفاعل، و "الجزاء" وهو ردّ الفعل من المشرع، ولقد أثبت القرآن الواجبات من جهة، وأثبت نتائجها الجزائية من جهة أخرى، فإذا شرفت الفضيلة و أثبتت، وإذا ما استنكرت الرذيلة وعوقبت، فهل في ذلك غير العدالة؟ لكن شتان بين أن نعين لأعمالنا عاقبتها، وأن نقترح على الإرادة مبدأ يلهمها، وذلكم هو ما صاغه القرآن في مواضع كثيرة، فهذا المبدأ مختلف تماماً، إذ هو المثل الأعلى، والإنسان الذي يؤدي واجبه بالخوف أو بالرجاء، والذي يتخذ من توقع مصيره في الحياة الآخرة قوة محرّكة لإرادته الطائفة، هذا الإنسان لا يقتصر عمله على خلط و توحيد نوعين مختلفين من الغائية: الغاية الوجودية (الثمرة)، والغاية الأخلاقية (الهدف)، ولكنها أيضاً تغفل شرطاً جوهرياً هو العاقبة الموعودة، لأن القرآن خط له طريقاً يتبعه، وأثبت له سعيًا يقوم به، من أجل أن ينتهي إلى هذه الحياة السعيدة³⁴. قال تعالى: (وَمَنْ أَرَادَ الْآخِرَةَ وَسَعَى لَهَا سَعْيًا وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَأُولَئِكَ كَانَ سَعْيُهُمْ مَشْكُورًا)³⁵، وليست الجنة إلا للقلوب السليمة: (يَوْمَ لَا يَنْفَعُ مَالٌ وَلَا بَنُونَ، إِلَّا مَنْ أَتَى اللَّهَ بِقَلْبٍ سَلِيمٍ)³⁶، والقلوب الراجعة إلى الله: (مَنْ حَسِبِ الرَّحْمَانَ بِالْغَيْبِ وَجَاءَ بِقَلْبٍ مُنِيبٍ)³⁷.

الفرع الثاني: النزعة الذاتية في السبب في المذهب الحنبلي والمالكي.

أولاً: المذهب الحنبلي: يأخذ الإمام أحمد بن حنبل -رضي الله عنه- بالنزعة الذاتية، "فيعدت بالباعث غير المشروع، ولو لم تتضمنه صيغة العقد، فإذا تبين ذلك أبطل به العقد ما دام قد اتخذ العقد وسيلة إلى أمر غير مشروع، لأن في تنفيذه إعانة على المعصية والعدوان وذلك منهي عنه بالنص، ولا يشترط -لإبطال التصرف في العقود إذا تبين أن الباعث عليه غير مشروع - سوى علم الطرف الآخر بهذا الباعث ضماناً لاستقرار التعامل"³⁸.

يقول ابن قيم الجوزية -رحمه الله-: "القصد روح العقد، ومصححه، ومبطله، فاعتبار القصد أولى من اعتبار الألفاظ، فإن الألفاظ مقصودة لغيرها، ومقاصد العقود هي التي تتراد لأجلها، فإذا ألغيت واعتبرت الألفاظ التي لا تتراد لنفسها، كان هذا إلغاء لما يجب اعتباره، واعتباراً لما يجب إلغاؤه"³⁹.

ويقول أيضا: "وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها، أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعادات، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالا أو حراما، أو صحيحا أو فاسدا"⁴⁰.

وقد نادى ابن القيم باعتبار الباعث في التصرف، وإهدار كل تصرف بني على باعث غير مشروع، كمنكاح المحلل، وبيع العينة، وبيع العنب لمن يصنع به خمرا، أو بيع السلاح لمن يجارب به المسلمين، وأكد على وجوب اعتبار الباعث في التصرفات لقوله: "...وصورة الفعل والعقد واحدة، وإنما اختلفت النية والقصد، وكذلك صورة القرض، وبيع الدرهم بالدرهم إلى أجل صورتها واحدة، وهذا قرينة صحيحة وهذا معصية باطلة بالعقد، وكذلك السلاح؛ يبيعه الرجل لمن يعرف أنه يقتل به مسلما، حرام باطل، لما فيه من الإعانة على الإثم والعدوان... وهذا دليل على أن من نوى بالبيع عقد الربا حصل له الربا، ولا يعصمه من ذلك صورة البيع، وأن من نوى بعقد النكاح التحليل كان محللا، ولا يخرج من ذلك صورة عقد النكاح"⁴¹.

وابن القيم بكلامه هذا يعبر تعبيرا صادقا على أمر متفق عليه في المذهب الحنبلي، وهو النزعة الذاتية، والاعتداد بالباعث غير المشروع، وقد جاء في القواعد لابن رجب: "تعتبر الأسباب في عقود التمليك كما تعتبر في الأيمان، ويتخرج على هذا مسائل متعددة، منها مسائل العينة، ومنها هدية المقترض قبل الأداء، فإنه لا يجوز قبولها ممن لم يجز له منه عادة، ومنها هدية المشركين لأمر الجيوش، فإنه لا يختص بها على المذهب، بل هي غنيمة أو فيء، على اختلاف الأصحاب، ومنها هدايا العمال...ومنها هدية المرأة صدقتها لزوجها إذا سألتها ذلك، فإن سببها طلب استدامة الزواج، فإن طلقها فلها الرجوع فيها..."⁴².

والمذهب الحنبلي إذا كان يعمل الباعث غير المشروع في التصرفات، ويجعله عاملا، فقد لاحظ أن "كل متعاقد بوسعه أن يدعي الباعث غير المشروع لإبطال التصرف، لذا -وضمانا لاستقرار التعامل- اشترط علم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع، أو أن يكون يفترض فيه هذا العلم"⁴³، وهذا ما تشير إليه النصوص الآتية:

جاء في المغني: "وبيع العصير ممن يتخذ خمر باطل، وجملة ذلك أن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذ خمر حرام...وإنما يحرم بيع العصير ويبطال 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 الخمر والخمر معا، ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر، فالبيع جائز، وهذا الحكم في محل ما يقصد به الحرام، كبيع السلاح لأهل الحرب، أو لقطاع الطرق أو في الفتنة،

وبیع الأمة للغناء، أو إجارتها كذلك، أو إجارة دار لبيع الخمر فيها، أو لتتخذ كنيسة، أو بيت نار وأشبه ذلك... وقد نص أحمد -رحمه الله- على مسائل نه بها على ذلك، فقال في القصاب والخباز، إذا علم أن من يشتري منه يدعو عليه من يشرب المسكر؛ لا يبيعه، ومن تحتط الأقداح لا يبيعه ممن يشرب فيها، ونهى عن بيع الدياج للرجال، ولا بأس ببيعه للنساء، وروي عنه، لا يبيع الجوز من الصبيان للقرار، وعلى قياسه البيض، فيكون بيع ذلك كله باطلاً⁴⁴.

وجاء في كشف القناع: "ولا [أي لا يصح] بيع سلاح ونحوه في فتنة، أو لأهل الحرب، أو لقطاع طريق، إذا علم البائع ذلك من مشتريه، ولو بقرائن، لقوله تعالى: (وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ)"⁴⁵، ويصح بيع السلاح لأهل العدل، لقتال البغاة، وقتال قطاع الطريق، لأن ذلك معونة على البر والتقوى"⁴⁶.

ثانياً: المذهب المالكي.

يعتد المالكية بالبواعث سواء في التصرفات أو العبادات، قال الإمام الشاطبي: "إن الأعمال بالنيات، والمقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والعبادات..."⁴⁷، ثم ذكر الأدلة التي تؤيد هذا الأصل.

"فالإمام مالك يعمل الباعث غير المشروع في التصرف، فيبطله إذا تبين أو قامت مظنته، بل ذهب إلى اعتبار ما يؤدي إليه التصرف من المخطور في الكثرة من الأحوال، ولو لم يصل آدأوه للمفسدة في الغالب من الظن، فضلاً عن القطع، مظنة للباعث غير المشروع، عملاً بالاحتياط والتحرز عن الفساد، لأن الشريعة قامت على الأخذ بالحزم والاحتياط"⁴⁸.

وجاء في منح الجليل: "ويمنع بيع آلة الحرب للحريين من سلاح وكراع وسروج ونحوها، كنجاس وخباء وآلة سفر، ويجبرون على بيعه إن وقع، ويمنع بيع النار لمن يريد أن يتخذها كنيسة، والخشب لمن يريد أن يتخذها صليبا، والعنب لمن يعصره خمرا، كما يمنع بيع جارية لأهل الفساد الذين لا غيرة لهم"⁴⁹.

فالمالكية -من هذا النص- لم يروا بطلان هذه العقود، ولكنهم رأوا أن يجعلوها عقوداً صحيحة، ولكنهم لا يجوزون أن تبقى آثارها، بل يجبر المشتري -مثلاً- على بيع ما اشتراه، أو إخراجه من ملكه حتى لا يتخذ وسيلة إلى معصية، والنصوص التي تؤكد هذا الاتجاه في المذهب كثيرة، إلا أن هناك قولاً آخر في المذهب يجعل هذه التصرفات باطلة، ويجب فسخها مع تأديب من توفر لديه هذا القصد غير المشروع، قال ابن فرحون المالكي: "ويمنع المسلمون من بيع آلة الحرب، يعني من الحريين، ويلحق بذلك بيع الخشب لمن يعمل منه

صليبا، وبيع الدار لمن يعملها كنيسة، والعنب لمن يعصره خمرا"⁵⁰، ويقول في حكم هذا البيع - إن وقع- وكل تصرف كان باعته غير مشروع: "ويؤدب من يبيع آلات اللهو، ويفسخ البيع، ويكسر، ويؤدب أهل ذلك"⁵¹.

والمذهب المالكي، يفرق بين ما إذا كان المتعاقد الآخر يعلم بالباعث غير المشروع، أم لا يعلم ذلك، فإذا كان يعلم ذلك فسح البيع، أما إذا كان المتعاقد الآخر لا يعلم بالباعث غير المشروع فإن العقد لا يفسخ، وإنما تزال آثاره، وذلك بإخراج المبيع من ذمة المشتري وذلك بإجباره على بيعه.

فالمذهب المالكي: "يوقع الجزاء على الباعث غير المشروع إذا كان معلوما من كلا المتعاقدين، ويفسخ العقد، أما إذا كان أحد المتعاقدين لا يعلم بهذا الباعث غير المشروع، فإنه يحافظ على استقرار التعامل، وذلك بإبقاء العقد صحيحا، إلا أنه يمنع من تحقيق الهدف غير المشروع، وذلك بإزالة آثار العقد، عن طريق إخراج المبيع من ملكية المشتري"⁵².

والذي يؤكد أخذ الملكية بالنزعة الذاتية، اعتبارهم الباعث غير المشروع، في بيع الآجال، كبيع العينة وكذلك هدية المدين إلى المقرض، إذا لم تجر عادة بذلك، ففي هذه الحالة قد يظهر فيها الباعث غير المشروع، وقد لا يظهر ولكنه كثر قصد الناس له بمقتضى العادة، فالإمام مالك يبطل هذه التصرفات لهذه الكثرة، ولو لم يصل آداؤها إلى المفسدة في الغالب من الظن، عملا بالاحتياط والتحرز عن الفساد، ومن أكبر الأدلة على النزعة الذاتية أيضا في المذهب المالكي اعتبار مآلات الأفعال، وإعمال مبدأ الذرائع الذي اشتهر الإمام مالك بالتوسع فيه فتحا وسدا.

وضابط البائع غير المشروع في التبرعات، أنه لا يشترط العلم بالباعث غير المشروع، كوصية الضرار بورثته، فتبطل الوصية، لأن الإضرار بالورثة أمر محرم غير مشروع، وكذلك هبة المال قرب نهاية الحول لإسقاط الزكاة، باطلة، لأن الباعث عليها مناقض لقصد الشارع. إلا أنه إذا كان التبرع موجها إلى شخص معلوم، لزم أن يكون بحيث يستطيع أن يعلم بذلك الباعث، وإن لم يكن عالما به فعلا، كما في إهداء المقرض إلى المقرض، إذا لم تجر له بذلك عادة"⁵³.

الفرع الثالث: أدلة النظرية من الأصول التشريعية و القواعد الفقهية. أولاً: أصل النظر في مآلات الأفعال:

"إذا ثبت أن المصالح معتبرة في الأحكام، و أنها شرعت لتحقيق غايات أساسية قد قصدتها الشارع، ومن هنا كان الحكم منظورا إليه على أنه وسيلة غايته المصلحة. ومنه فكل فعل له مقدمة أو نتيجة أو وسيلة أو غاية يفضي قطعاً أو ظناً أو في الكثير الغالب إلى غير غايته التي رسمها الشارع، أو إلى مآل هو مفسدة مساوية للمصلحة التي شرع الحق من أجلها، أو راجحة عليها، لم يبق مشروعا، لأن العبرة بهذه النتيجة، وهي كما رأينا مناقضة لمقصد الشرع"⁵⁴.

والإمام الشاطبي أفضل من حرر هذه المسألة إذ قال: "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 الإحجام إلا بعد النظر إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، فقد يكون مشروعا لمصلحة فيه تستجلب أو لمفسدة تدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ منه أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية، فرما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها، فيكون هذا مانعا من إطلاق القول بالمشروعية، وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم المشروعية، ربما أدى إلى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية، وهو مجال للمجتهد صعب المورد إلا أنه عذب مذاق، محمود الغب، جار على مقاصد الشريعة"⁵⁵.

فيلزم المجتهد في التشريع الاجتهادي -توقيا لهذه المناقضة- أن ينظر في مآلات الأفعال، فبمع أو يأذن فيه على ضوء منها جريا على سنة الله في اعتبار المصالح في الأحكام، أو المسببات في الأسباب دون نظر إلى الباعث أو القصد في آحاد الصور.⁵⁶

وفي السنة النبوية تطبيقات هادية في هذا الباب:

فقد امتنع ﷺ عن قتل المنافقين مع علمه بهم، و مع علمه باستحقاقهم القتل، وقال: "أخاف أن يتحدث الناس أن محمدًا يقتل أصحابه"⁵⁷، وتخلّى عن إعادة بناء البيت الحرام على قواعد إبراهيم حتى لا يثير بلبلة بين العرب، و كثير منهم حديثو عهد بالإسلام، وقال مخاطبا عائشة: "ألم تري أن قومك حين بنوا الكعبة اقتصروا على قواعد إبراهيم؟ قالت: فقلت يا رسول الله، أفلا تردها على قواعد إبراهيم، فقال رسول الله ﷺ: "لو لا حدثان قومك

لفعلت" ⁵⁸، وعندما بال أعرابي في المسجد، وقام الصحابة لزرجه ومنعه، قال عليه الصلاة والسلام: "لا تترموه، دعوه" ⁵⁹.

فلو لا مراعاة المآلات و النتائج لوجب قتل المنافقين، و إعادة بناء البيت على قواعد إبراهيم، ومنع الأعرابي من إتمام عمله المنكر الشنيع، ولكن الأول كان سيفضي إلى نفور الناس من الإسلام خشية أن يقتلوا بتهمة النفاق...والثاني يؤدي إلى اعتقاد العرب أن النبي يهدم المقدسات، و يغير معالمها، و الثالث ليس فيه إلا أن ينجس البائل جسمه و ثوبه، وربما نجس مواضع أخرى من المسجد.

ومن فتاوى هذا الباب ما روي عن ابن عباس -رضي الله عنهما- حين جاءه رجل يسأله: أَلن قتل مؤمنا توبة، وهو متعمد؟ قال: لا! إلا النار، فلما ذهب السائل، قيل لابن عباس: أهكذا كنت تفتينا؟ كنت تفتينا أن لمن قتل مؤمنا توبة مقبولة، قال إني لأحسبه رجلا مغضبا يريد أن يقتل مؤمنا، فلما تبعوه وحققوا في الأمر وجدوه كذلك.

ثانيا: صلة نظرية المآلات بالسبب المصلي :

إن هذا الأصل لا ينظر إلى الباعث على أنه أمر جوهري، بل هو أمر ثانوي، وهذه نظرة ذاتية، تعنى بالبواعث و العوامل النفسية التي تحرك إرادة المتصرف فعلا أو قولاً. فالتصرفات المآذون فيها -قولية كانت أم فعلية- بمقتضى حق أو إباحة، إذا أفضت بذاتها إلى مال ممنوع، منعت ولم تشرع، لأن هذه التصرفات وسائل لتحقيق مصالح لا مفسد، فالمنافضة ظاهرة، وكذلك إذا كان الباعث على التصرف الذي ظاهره الجواز تحقيق أمر غير مشروع، لم يشرع بالنظر إلى هذا الباعث، ولا يصح الفعل الذي ظاهره الجواز معتصما لمشروعيته مع هذا الباعث أو المآل-الواقع أو المتوقع- غير المشروع ⁶⁰. وما يترتب على هذا الأصل: قاعدة الذرائع، وقاعدة الحيل.

1- الذرائع .

أ-تعريفها:

1- لغة:

الذرائع جمع ذريعة، وهي الوسيلة الموصلة إلى الشيء أو المؤدية إليه، ومن ثم فإن التذرع بالذريعة هو التوسل بالوسيلة ⁶¹.

2- اصطلاحا:

عرفها الإمام الشاطبي بقوله: "وحيثما التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة" ⁶².

وقال الشيخ أبو زهرة: "والذرائع في لغة الشرعيين، ما يكون طريقاً محرماً أو لمحلل" ⁶³، وهي بهذا المعنى، يتصور فيها الفتح كما يتصور فيها السد، ومن هنا يظهر أن ما اعتاده أكثر الأصوليين من تخصيص اسم على ذرائع الممنوع -أي الوسيلة المؤدية إلى الفساد- ولقبوها بقاعدة سد الذرائع، مجرد اصطلاح، ولا مشاحة في الاصطلاح، وإلا فإن الشارع كما أمر بسد ذرائع الفساد، عمد إلى ذرائع المصالح ففتحها، يقول الإمام القرافي: "واعلم أن الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها، ويكره ويندب ويباح، فإن الذريعة هي الوسيلة، فكما أن وسيلة المحرم محرمة، فوسيلة الواجب واجبة، كالسعي للجمعة والحج" ⁶⁴.

ب- أقسام الذرائع عند الأصوليين:

إذا كان أشهر وأكثر من يعتبر الذرائع المملكية والحنابلة، فلنذكر تقسيمات لهذه الذرائع على كلا هذين المذهبين، ولعل أهم من تحدث في الذرائع عند الحنابلة الإمام ابن القيم، لذا نذكر تقسيمه، كما أن أهم من تكلم في الذرائع عند المملكية وحرر محل النزاع فيها الإمام الشاطبي، وقسمها حسب مآلاتها، لذا كان من الضروري أيضاً التحدث عن تقسيمه لها.

1- أقسام الذرائع عند ابن القيم:

قد أفاض ابن قيم الجوزية في كتابه "إعلام الموقعين" القول في مبدأ سد الذرائع، وأورد تسعة وتسعين وجهاً للدلالة على أنه أصل يحتج به في الاستنباط، ولكنه في تقسيمه للذريعة من قول أو فعل يخلط بين ما هو وسيلة إلى محرم وما هو محرم في ذاته ⁶⁵، فقال: "الفعل أو القول المفضي إلى المفسدة قسمان:

أحدهما: أن يكون وضعه للإفضاء إليها، كشراب المسكر المفضي إلى مفسدة السكر، وكالتذوق المفضي إلى مفسدة الفرية، والزنا المفضي إلى اختلاط المياه وفساد الفراش، ونحو ذلك، فهذه أفعال وأقوال وضعت مفضية لهذه المفاسد، وليس لها ظاهر غيرها.

والثاني: أن تكون موضوعة للإفضاء إلى أمر جائز أو مستحب، فيتخذ وسيلة إلى المحرم، إما بقصد أو بغير قصد منه.

فالأول: كمن يعقد النكاح قاصدا التحليل، أو يعقد البيع قاصدا به الربا، أو يخالغ قاصدا به العنت، ونحو ذلك.

والثاني: كمن يصلي تطوعاً بغير سبب في أوقات النبي، أو يسب أرباب المشركين بين أظهرهم، أو يصلي بين يدي الغير لله، ونحو ذلك.

ثم هذا القسم من الذرائع نوعان:

أحدهما: أن تكون مصلحة الفعل أرحم من مفسدته، كالنظر إلى المخطوبة مثلا.
والثاني: أن تكون مفسدته راجحة على مصلحته، فهنا أربعة أقسام⁶⁶.
ويلاحظ على هذا التقسيم:

أن ابن القيم خلط في القسم الأول بين الذرائع إلى المفسد، وبين المفسد في ذاتها، فشرب الخمر والزنا والقتل ليست من الذرائع في شيء، وإنما هي محرمة في ذاتها تحريم مقاصد، فأيرادها في قسم الذرائع ليس على ما ينبغي⁶⁷.

فالذرائع عند ابن القيم قسمان:

قسم ينظر فيه إلى الباعث والدافع إلى التصرف، ومناطق الحكم على الفعل هو هذا الباعث، بغض النظر عن المفسد الناتجة عنه، وهذه نظرة ذاتية.
وقسم آخر ينظر فيه إلى النتائج الضرورية المفضية إليه من ذلك الفعل، بغض النظر عن القصد والنية ودورها في وجود الفعل، وهذه نظرة موضوعية⁶⁸.

2- أقسام الذرائع بحسب مآلاتها عند الشاطبي:

الواقع أن الإمام الشاطبي -رحمه الله- في تقسيمه للذرائع هنا يرسى قواعد أصولية تحكم استعمال الحقوق، حيث يقول: "جلب المصلحة أو دفع المفسدة إذا كان مأذونا فيه..."⁶⁹، والمأذون فيه أعم من أن يكون ناشئا بمقتضى حق أو إباحة، لأن غير المأذون فيه ليس مشروعاً، وما ليس مشروعاً لا يكون حقاً ولا مباحاً، ثم يشرع في تقسيم أوجه الحق، بالنظر إلى لوازمه وما يؤول إليه من أضرار⁷⁰، يقول الشاطبي: "جاب المصلحة أو دفع المفسدة إذا كان مأذونا فيه على ضربين:

القسم الأول: أن لا يلزم عنه إضرار بالغير، أي لا يلزم من الذريعة المتوسل بها أي ضرر، فيكون الحكم باقياً على الإذن والمشروعية، لعدم وجود ضرر يحول الحكم عن أصله، إذ الأصل في الأمور الشرعية الإباحة.

القسم الثاني: أن يلزم عن تلك الذريعة إضراراً بالغير، ويقسمه الإمام الشاطبي إلى سبعة أوجه:

الوجه الأول: أن يقصد الجالب أو الدافع -أي صاحب الحق أو الإباحة- ذلك الإضرار، كالمرخص في سلعته قصداً لطلب معاشه، وصحبه الإضرار بالغير⁷¹.

أما حكمه ففيه تفصيل، فلو كان ذو الحق لو انتقل إلى وجه آخر لجلب المصلحة أو درء المفسدة حصل له ما أراد أولاً؟ فإن كان كذلك فلا إشكال في منعه منه، لقيام القرينة على

قصد الإضرار، لأنه لم يقصد ذلك الوجه إلا لأجل الإضرار، فلينقل عنه ولا ضرر عليه، كما يمنع من ذلك الفعل إذا لم يقصد غير الإضرار، وإن لم يكن له محيص عن تلك الجهة التي يستتضر منها الغير فحق الجالب أو الدافع مقدم، قال الدريني: "ونضيف هنا قيده وهو أنه يجب ليقدم حق الجالب أو الدافع- أن يكون الضرر اللاحق بالغير مساويا لضرر صاحب الحق من جراء منعه أو أقل، أما إذا كان فاحشا أو راجحا منع صاحب الحق من ممارسة حقه، على ما عليه جمهور الفقهاء من الحنفية والحنابلة والمالكية"⁷².

الوجه الثاني: "أن لا يقصد الإضرار بأحد، ولزم عنه ضرر عام كنتلتي السلع، وبيع الحاضر للبادي، والامتناع عن بيع داره أو فدانه وقد اضطر إليه الناس لمسجد جامع أو غيره"⁷³.

فحكم هذا الوجه أن تقدم المصلحة العامة على الخاصة، ولو لم يوجد قصد الإضرار، لأن ضرره ينجر بتعويض عادل، أما تلقي الركبان، وبيع حاضر لباد، وهو ما يسمى السمسرة، فإن حكمه المنع، لأن المصلحة العامة تقضي منعهم، ولو لم يكن هناك قصد الإضرار من طرفهم"⁷⁴.

الوجه الثالث: أن لا يقصد الإضرار بأحد ولزم عنه ضرر خاص، وإذا منع صاحب الحق من ممارسة حقه لحقه ضرر من ذلك، فهو محتاج إلى فعله، كالدافع عن نفسه مظلمة يعلم أنها تقع بغيره، أو يسبق إلى شراء طعام أو ما يحتاج إليه، أو إلى صيد أو حطب أو ماء أو غيره، علما أنه إذا أحازه استتضر غيره بعدمه، ولو أخذ من يده استتضر.

وحكمه الجواز، لأن حق السابق في دفع الأذى والمشقة جائز، وهو مقدم وإن تضرر غيره، فمن أجل ذلك أبيض أكل الميتة للحاجة الماسة.

الوجه الرابع: أن لا يقصد الإضرار بأحد، ولا يلحقه بالمنع من استعمال حقه ضرر، ويكون آداؤه إلى المفسدة قطعيا، كفر البئر خلف باب الدار في طريق مظلم، بحيث يقع فيه الداخل بلا شك.

حكمه: ينظر فيه إن كان الفعل غير مأذون به، كمن حفر بئرا في الطريق العام، فإن ذلك يكون ممنوعا بإجماع فقهاء المسلمين، وإن كان أصل الفعل مأذونا فيه، كمن يحفر بالوعة في بيته يترتب عليها هدم جدار جاره، وهذا له نظران:

أحدهما: أصل الإذن، وقد لوحظ فيه نفع ذاتي للمأذون.

وثانيهما: الضرر المذكور الذي يلحق الناس معه، وهنا يرجح جانب الضرر على جانب النفع، لأن دفع المضار مقدم على جلب المنافع، ولو أن الفاعل أقدم على ذلك، فوقعته منه

الأضرار، يكون ضامنا لما يترتب عليه من ضرر، وهذا ما قاله بعض الفقهاء، وبعضهم نظر إلى أصل الإذن فلم يضمن، لأنه لا يجمع بين الإذن والضمان⁷⁵.

الوجه الخامس: أن لا يقصد إضرارا بأحد، ولا يلحقه بالمنع مضره، ويكون آداؤه إلى المفسدة نادرا، كحفر البئر بموضع لا يؤدي غالبا إلى وقوع أحد فيه، وكبيع الأغذية التي لا تضر غالبا، كزراعة العنب ولو اتخذ العنب بعد ذلك للخمر، لأن ما يترتب على الفعل من منافع أكثر مما يترتب عليه من مضار، إذ أن المضار نادرة بالنسبة للمنافع.

قال الشاطبي: "فهو على أصله من الإذن، لأن المصلحة إذا كانت غالبية فلا اعتبار بالندور في انحرافها، إذ لا توجد في العادة مصلحة عرية من المفسدة جملة، إلا أن الشارع إنما اعتبر في مجاري الشرع غلبة المصلحة ولم يعتبر ندور المفسدة إجراء للشرعيات مجرى العادات في الوجود، ولا يعد هنا قصد القاصد إلى جلب المصلحة أو درء المفسدة مع معرفته بندور المضرة عن ذلك تقصيرا في النظر ولا قصدا في وقوع الضرر، فالعمل إذا باق على أصل المشروعية، والدليل على ذلك أن ضوابط المشروعات هكذا وجدناها، كالتضاء بالشهادة في الدماء والأموال والفروج مع إمكان الكذب والوهم والغلط، وإباحة القصر في المسافة المحدودة مع إمكان عدم المشقة كالمالك المترف، ومنعه في الحضر بالنسبة إلى ذوي الصنائع الشاقة، وكذلك إعمال خبر الواحد والأقيسة الجزئية في التكليف مع إمكان إخلافها والخطأ فيها من وجوه، لكن ذلك نادر فلم يعتبر واعتبرت المصلحة الغالبة"⁷⁶.

الوجه السادس: أن لا يقصد إضرارا بأحد، ولا يلحقه بالمنع مضره، ويكون آداؤه إلى المفسدة غالبا، كبيع السلاح من أهل الحرب، والعنب من الخمار، ونحو ذلك.

قال فيه الشاطبي: "اعتبار الظن [الغالب] هو الراجح لأمر:

أحدها: أن الظن في أبواب العمليات جار مجرى العلم، فالظاهر جريانه هنا.

والثاني: أن المنصوص عليه من سد الذرائع داخل في هذا القسم.

والثالث: أنه داخل في التعاون على الإثم والعدوان المنهي عنه" ثم قال -رحمه الله:-

"والحاصل من هذا القسم أن الظن بالمفسدة والضرر لا يقوم مقام القصد إليه، فالأصل الجواز من الجلب أو الدفع، وقطع النظر عن اللوازم الخارجية، إلا إذا كانت المصلحة تسبب المفسدة من باب الحيل أو من باب التعاون، منع من هذه الجهة لا من جهة الأصل"⁷⁷.

فحكمة المنع ما قال الشاطبي، وظاهر كلامه أن ذلك موضع إجماع الفقهاء، ولكن الحقيقة أنه مذهب مالك وأحمد فقط.

الوجه السابع: أن لا يقصد المكلف ضرراً، ولا يلحقه بالمنع ضرر، ويكون حصول المفسدة منه كثيراً لا غالباً، كبيع الآجال، وبيع العينة.

فالأصل فيه هو الصحة والجواز كما ذهب إلى ذلك الشافعي وأبو حنيفة، لأن الظن بحصول المفسدة منتف، واحتمال القصد إلى الإضرار لا يقوم مقام عدم القصد إلى ذلك، فالفعل الذي يفضي إلى المفسدة كثيراً لكن لا يبلغ درجة الأمر الغالب، ولا يغلب الظن على ذلك، لا يبطل لضرر متوقع، ولأن ذلك البيع قد يكون مظنة لقصد الحصول على الربا وقد لا يكون، إلا إذا أظهر أحد المتبايعين صراحة الباعث غير المشروع.

وخالف في ذلك مالك وأحمد، فذهبا إلى أن إقامة الكثرة مقام العلم أو غلبة الظن يستوجبه الاحتياط في دفع الفساد عن المجتمع، وكثرة وقوع المفسدة كافية في المنع، وإذا كان الأصل الصحة، فقد عارضه أصل آخر لا يقل عنه قوة، وهو عصمة الإنسان غيره من فرد أو جماعة عن الإضرار وإسلامه لقوله ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار"⁷⁸، فترجح هذا الأصل⁷⁹، وهذا محل النزاع.

2- الحيل.

أ- التعريف بقاعدة الحيل:

عرفها الإمام الشاطبي بقوله: "حقيقتها المشهورة تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر"⁸⁰.

ومثاله الهبة الصورية التي يقصد بها تعطيل فريضة الزكاة، "فقصد الشارع في الهبة المشروعة... لا تنافي قصد الشارع في الزكاة، ولكن في الهبة الصورية التي اتخذت وسيلة لإسقاط واجب الزكاة مناقضة ظاهرة لقصد الشرع في الهبة المشروعة والزكاة المفروضة على سواء"⁸¹.

واعتبار مقصد التحيل ركناً أساسياً في الحيل، فهو الذي يتركز عليه المنع، أما إذا انتفى المقصد وكان البيع لأجل مصلحة عادية فإن المنع لا يجري عليه، وإن كان في المال تتعطل به الزكاة، فالمنع إنما هو شرط القصد إلى إبطال الأحكام الشرعية، وهذه نقطة فارقة بين الحيل والذرائع، ففيها يصرف الفعل عن حكمه إلى حكم آخر باعتبار المال ولو لم يتحقق قصد المتدرع، وفي الحيل لا يصرف إلا بتحقق القصد من الفاعل.

ب- الفرق بين سد الذرائع والحيل:

والفرق بين قاعدة الذرائع والحيل هو أن القاعدة الأولى تتصل بالموضوعية، وأما الثانية فإن لها صفة شخصية، ومعنى ذلك أن قاعدة سد الذرائع تقضي ببطان العقد أو التصرف الذي من شأنه عادة أن يؤدي إلى محرم، وإن لم يقصد المتعاقدان التوصل إلى هذا المحرم، وعلى ذلك فإنه لا يجب للحكم ببطان عقد أو تصرف بناء على قاعدة الذرائع أن يثبت القصد المحرم أو الباعث غير المشروع لدى العاقد، بل يكفي أن يكون هذا العقد أو التصرف من شأنه في الأحوال العادية أن يقصد به المحرم، وأنه يؤدي إلى أمر لا يجوز، ففي مثل هذه الحالة يفترض أن العاقدين قد علما بما يؤدي إليه العقد عادة وأنها أبرما العقد أو التصرف بقصد الوصول إلى ذلك، فطبيعة العقد أو التصرف والظروف التي أبرم فيها تعد قرينة لا تقبل إثبات العكس على أن العاقدين قد قصدا من عقدهما ما يؤدي إليه عادة من أمر محرم لا يجوز.⁸²

قال الشيخ محمد الطاهر بن عاشور -عند حديثه عن سد الذرائع-: "ولهذا المبحث تعلق قوي بمبحث التحيل، إلا أن التحيل يراد منه أعمال يأتيها بعض الناس في خاصة أحواله للتخلص من حق شرعي عليه بصورة هي أيضا معتبرة شرعا، حتى يظن أنه جار على حكم الشرع، وأما الذرائع فهي ما يفضي إلى فساد سواء قصد الناس به إفضاءه إلى فساد أم لم يقصدوا، وذلك في الأحوال العامة، فحصل الفرق بين الذرائع وبين الحيل من جهتين، جهة العموم والخصوص، وجهة القصد وعدمه، وأيضا الحيل المبحوث عنها لا تكون إلا مبطلات لمقصد شرعي، والذرائع قد تكون مبطلات لمقصد الشارع من الصلاح، وقد لا تكون مبطلات، فهذا فرق ثالث"⁸³.

3- الأمور بمقاصدها:

وهذه قاعدة فقهية تؤيد أعمال الباعث غير المشروع، ومعناها أن الأعمال مرتبطة بالنيات ومعتبرة بها، فالنية هي الميزان الذي توزن به الأعمال وسائر التصرفات، وهي المرجع في الحكم على الأعمال من حيث الحل والحرم والصحة والفساد. والأصل في هذه القاعدة، قول النبي ﷺ: "إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى"⁸⁴.

قبل إن هذا الحديث يحتمل وجهين من المعنى:

الأول: أن الأعمال واقعة بالنيات، فالحديث يخبر أن الأعمال لا تحدث إلا بنية تدفع إلى إيجادها، وقوله ﷺ: "إنما لكل امرئ ما نوى" إخبار عن حكم الشرع، وهو أن العامل يناله ثواب أو عقاب على ضوء من نيته صلاحا وفسادا.⁸⁵

والثاني: "أن الأعمال صالحة أو فاسدة أو مقبولة أو مردودة، أو مثاب، عليها أو غير مثاب عليها، بالنيات، فيكون خبرا عن الحكم الشرعي، وهو أن صلاحها وفسادها بحسب صلاح النية وفسادها، كقوله عليه الصلاة والسلام: "إنما الأعمال بالخواتيم"، أي أن صلاحها وفسادها، وقبولها وعدم قبولها بحسب الخاتمة"⁸⁶.

ويقول أيضا في شرح الحديث: "العقود التي يقصد بها في الباطن التوصل إلى ما هو محرم غير صحيحة، كعقود البيوع التي يقصد بها معنى الربا ونحوها، كما هو مذهب الإمام مالك وأحمد وغيرهما، فإن هذا العقد إنما نوى به الربا لا البيع، (إنما لكل امرئ ما نوى)"⁸⁷.

ويقول الشيخ أحمد الزرقا في قواعد على مذهب الحنفية: "ثم إن الكلام على تقدير مقتضى، أي: أحكام الأمور بمقاصدها، لأن علم الفقه إنما يبحث عن أحكام الأشياء لا عن ذواتها، ولذا فسرت المجلة القاعدة بقولها: يعني أن الحكم الذي يترتب عليه أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر"⁸⁸، ثم ذكر تطبيقات لها في العديد من الأبواب الفقهية.

والحنفية إذ يقولون هذا القاعدة لا يعني ذلك أنهم ينزعون نزعة ذاتية، ولا أنهم خالفوا نزعتهم الموضوعية التي سيأتي بيانها، وإنما هم يفسرون القاعدة المستندة للحديث السابق على غير ما يفسرها المالكية والحنابلة، يظهر ذلك جليا في التطبيقات التي ذكرها الشيخ أحمد الزرقا إذ يقول -رحمه الله-: "أما المعاوضات والتملكيات المالية: فكالبيع والشراء والإجارة والصلح والهبة، فإنها كلها عند إطلاقها -أي إذا لم يقصد بها ما يقصد اخراجها عن إفادة ما وضعت له- تفيد حكمها، وهو الإثراء المترتب عليها من التملك والتملك، لكن إذا اقترن بها ما يخرجها عن إفادة هذا الحكم، وذلك كإرادة النكاح بها، وكالهزل والإستهزاء والمواضعة والتلجئة، فإنه يسلبها إفادة حكمها المذكور، فإنه إذا أريد بها النكاح كانت نكاحا"⁸⁹، فهذا ما يقصد بها الحنفية، وليس في ذلك ما يخالف أصولهم ولا نزعتهم الموضوعية، وذلك أنها على هذا المعنى لا تفيد الاعتداد بالباعث.

المبحث الثاني:

الموضوعية في السبب المصلي في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي.

قد رأينا أن مقتضى المذهب الموضوعي أن يعتد بالتعبير عن الإرادة دون الإرادة ذاتها، أي يأخذ بمذهب الإرادة الظاهرة لا بمذهب الإرادة الباطنة، وهي نزعة الفقه الجرماني، وعند علماء الإسلام هي مذهب الحنفية والشافعية والظاهرية، والفقہ ذو النزعة الموضوعية يكون أكثر استعصاء على نظرية السبب من الفقہ ذي النزعة الذاتية، كالفقہ اللاتيني، "ومن ثم تستعصي

النزعة الموضوعية للفقهاء الإسلامي على نظرية السبب، وكان ينبغي ألا تترك لهذه النظرية مجالاً فسيحاً، أو في القليل كان ينبغي أن تضمّر نظرية السبب في الفقه الإسلامي كما ضمّرت في الفقه الجرمانى، ولا تزدهر فيه كما ازدهرت في الفقه اللاتينى⁹⁰.

المطلب الأول: النزعة الموضوعية في القانون الألماني.

يتميز القانون الألماني عن غيره من القوانين اللاتينية، أنه ذو نزعة موضوعية (*Objectif*) لا ذاتية (*Subjectif*)، وينبني على ذلك أن السبب في القانون المدني الألماني ليس له وجود مستقل عن التعبير، بل هو جزء منه، فلا يعتد بالدوافع الداخلية إذا لم يثبت وجودها في هذا التعبير ولم تغد جزءاً منه، أما إذا ظلت مجردة باعث داخلي، فليس للتشريع أن يعتد بها، "فالإرادة وطرق الكشف عنها والعيوب التي تشوبها والبواعث التي تدفعها، كل ذلك ينحصر في شيء واحد هو التعبير عن الإرادة، ففي هذا التعبير - لا في غيره - يجب أن نتلمس كل شيء"⁹¹، وحيث أن أهم وظيفة يؤديها السبب وهي إبطال التصرفات غير المشروعة، فإن ما يؤدي هذه المهمة في القانون المدني الألماني ورد في المادة 1/38، حيث جاء النص: "يكون باطلاً كل تصرف قانوني يخل بالأداب"، ومنه فإذا ما تضمن التعبير الباعث [السبب المصلحي] اعتد به القاضي إذا كان مشروعاً، وأبقى العقد صحيحاً، أما إذا كان مخالفاً للأداب المتواضع عليها بطل العقد وانعدمت آثاره، ومن هنا كان القانون الألماني يعتد بالإرادة الظاهرة لا الإرادة الباطنة، والإرادة لا تكون ظاهرة قانونية إلا إذا لبست لباس التعبير، ولا يعرف القانون الإرادة ذاتها وإنما يعرف التعبير عنها، ففي القانون الألماني ليس للسبب المصلحي وجود مستقل عن الإرادة، فإذا صدر في التعبير عنها وجب الاعتداد به والكلام في مشروعيته.

هذه نقاط أساسية يجب الكلام عنها في القانون الألماني.

الفرع الأول: الإرادة الظاهرة والتعبير عنها في القانون الألماني.

أولاً: الإرادة الظاهرة في القانون الألماني :

غالبا ما يتكلم الفقهاء عن الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة، فالأولى إرادة كامنة في النفس، فهي عمل نفسي ينعقد به العزم على شيء معين، ومن هنا فلا يعلم بها إلا صاحبها، أما الثانية فهي مظهر التعبير عن هذه الإرادة. وإذا لم تختلف الإرادة الداخلية عن مظهرها الخارجي، فسيان الأخذ بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة مادامت الإثنتان متطابقتان.

أما إذا اختلفت الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة، فإنه توجد في الفقه الوضعي نظريتان :

أ- نظرية الإرادة الباطنة: وهي تعتد بالإرادة الباطنة وهذا ما يقتضي البحث عنها، أما مظهر التعبير عن الإرادة فليس إلا قرينة عليها يقبل إثبات العكس، فإذا قام دليل من جهة أخرى على أن التعبير لا يتفق مع الإرادة الباطنة، فالعبرة بالإرادة الباطنة، وهذا ما ذهب إليه القانون اللاتيني.

ب- نظرية الإرادة الظاهرة: وظهرت في النصف الثاني من القرن التاسع عشر على يد الفقهاء الألمان، "وهي لا تحتفل بالإرادة الكامنة في النفس، وإنما تأخذ بالإرادة في ثوبها الاجتماعي، وهي الإرادة التي عبر عنها، فهي تقف عند التعبير لأنه المظهر المادي الذي تتجسم فيه الإرادة والذي يستطيع المتعاملون إدراكه والإطمئنان إليه، ذلك لأن الإرادة الباطنة ظاهرة نفسية، بينما القانون ظاهرة اجتماعية، ومن ثم لا يعتد بالإرادة إلا في مظهرها الاجتماعي، لأن المتعامل لا يسعه التعرف على الإرادة إلا من خلال التعبير، وهذا النظر هو الذي يكفل استقرار التعامل، لأنه يحمي المتعامل الذي يطمئن إلى الإرادة الظاهرة، فيكون في مأمن من أن يجحجج عليه بنية أخرى كامنة في النفس لم يكن يستطيع الإحاطة بها، ولهذا فإن أصحاب هذه النظرية لا يقنعون باعتبار التعبير مجرد دليل على الإرادة يقبل إثبات العكس، وإنما يرون في هذا التعبير أساسا للإرادة لا يجوز نقضه أو الانحراف عنه، فلا يقبل من شخص الادعاء بأن النية التي أضمرها تخالف الإرادة التي أعلنت مادام أنه قد اختار هذا التعبير"⁹²، ومن هنا قلنا بأن القانون الألماني ذو نزعة موضوعية خلافا للقانون اللاتيني.

ثانيا: التعبير عن الإرادة في القانون الألماني.

ونظرية الإرادة الظاهرة يقال لها أيضا نظرية إعلان الإرادة (*Déclaration de volonté*) وذلك أننا ما دمنا في صدد القانون الألماني، فليس لنا أن نتكلم في "الإرادة"، بل يجب الكلام في "التعبير عن الإرادة"، فالإرادة لا تكون ظاهرة قانونية إلا إذا لبست لباس التعبير، ولا يعرف القانون الإرادة ذاتها، بل يعرف التعبير عن الإرادة - كما سبق - ولعل أهم فرق بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة: "أن نظرية الإرادة الظاهرة تنظر إلى الإرادة على أنها ظاهرة اجتماعية، أما نظرية الإرادة الباطنة فتتنظر إلى الإرادة على أنها ظاهرة نفسية، وهذا الفارق يترتب عليه تيجتان عمليتان :

أ- إذا أخذ القاضي بمبدأ الإرادة الظاهرة، فإن مسألة تفسير العقد تصبح مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض، ما دام الغرض ليس هو تفسير نية المتعاقدين بل تفسير نص العقد، فيكون حكم ذلك هو حكم تفسير نص القانون، أما إذا كان التفسير يتجه إلى بحث الإرادة الباطنة، فهذه مسألة واقع لقاضي الموضوع فيها الرأي الأعلى.

ب- عند تفسير العقد، إذا أخذ القاضي بمبدأ الإرادة الظاهرة فهو ليس ملزماً أن يتحسس الإرادة الداخلية فيما تكنه سريرة المتعاقدين، بل هو يقف عند المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة، فيفسره تفسيراً اجتماعياً لا نفسياً، مستنداً في ذلك إلى العرف الجاري وإلى المألوف في التعامل⁹³.

الفرع الثاني: السبب المصلحي والتعبير عن الإرادة.

"قدمنا أن القانون الألماني لا يعتد في الإرادة إلا بالتعبير عنها، فالتعبير عنده هو الإرادة ذاتها، ولكنه من جهة أخرى، يجعل للمتعاقدين الحرية في إصدار هذا التعبير على النحو الذي يريان، وبالمدى الذي يقدران، فلها أن يضمنا التعبير ما يريدان من بواعث ودوافع، فتصبح هذه جزءاً من التعبير عن الإرادة، ويعتد بها بالقدر الذي يعتد بالتعبير، وعلى التقيض من ذلك، إن شاء المتعاقدان أن يجردا التعبير من سببه فلها أن يقتصر على تضمين التعبير الالتزام في ذاته، دون ذكر لسببه أو للدوافع إليه، فيكون الالتزام على هذا النحو التزاماً مجرداً.

فلم يعد إذن للسبب في القانون الألماني وجود مستقل عن التعبير، فما شاء المتعاقدان أن يضمناه التعبير من سبب يصبح جزءاً منه، وما شاء أن يغفله يجب استبعاده من دائرة التعاقد ولا يعتد به، ومن ثم لا يوجد في القانون الألماني - كما وجد في القوانين اللاتينية نظرية للسبب، ومن هنا نجد القانون الألماني يطاوع نزعته الموضوعية ابتغاء استقرار التعامل، فالسبب لا يلتمس خارج التعبير عن الإرادة، بل يجب أن يتضمنه هذا التعبير، وبذلك يكون السبب شيئاً موضوعياً لا أمراً نفسياً فيستقر التعامل"⁹⁴.

يقول "سالي": "...القاضي لا يستطيع أن يجاوز ما تضمنه التعبير إلى النيات الداخلية الذاتية لكل من المتعاقدين، فإن هذا يهدد استقرار التعامل تهديداً بليغاً فتتزعزع المعاملات بين الناس، فلا يصح إذن الاعتداد بالباعث إذا لم يتضمنه التعبير، حتى ولو كان هذا الباعث معروفاً من المتعاقد الآخر، والواجب إذا أريد الاعتداد بالباعث أن يندرج في التعبير، فيصبح جزءاً منه، فإن كان غير مشروع كان التعبير باطلاً، وليس على القاضي -وقد رأى التعبير غير مشروع- إلا أن يبطل هذا التعبير، دون أن يكلف نفسه عناء البحث فيما إذا كان هذا الأمر

غير المشروع هو السبب [أي الفني] أو الباعث، فأمامه تصرف غير مشروع لا تقره الآداب العامة، وهو كحارس لهذه الآداب لا يملك إلا أن يبطل هذا التصرف"⁹⁵، والتصرف غير المشروع نصت عليه المادة 1/138 من القانون المدني الألماني، حيث جاء فيها: "يكون تصرفا باطلا كل تصرف قانوني يخل بالآداب"، والتعبير هنا ليس التعبير بالمعنى الضيق المحصور في العبارات، بل بالمعنى الواسع مفسرا بالظروف الخارجية التي تحيط به، ومن مكاتبات بين الطرفين، أو علاقات سابقة بينهما، وما ألفاه في التعامل أحدهما مع الآخر.

المطلب الثاني: النزعة الموضوعية في السبب المصلحي في الفقہ الإسلامي.

وقد نزع إليها بعض أئمة مذاهب الفقہ الإسلامي وبعض تلاميذهم، ولعل أهم من أخذ بهذه النزعة الإمام الشافعي وأبو حنيفة والظاهرية، منهم من صرح بذلك ومنهم من يستخلص من فروعه هذا.

الفرع الأول: الموضوعية في المنهـب الشافعي والحنفي.

أولا: المنهـب الشافعي.

ينزع الإمام الشافعي -رحمه الله- نزعة موضوعية، ولذلك فهو لا يعتد بالباعث [السبب المصلحي] غير المشروع إلا إذا أظهر صراحة في العقد، ولا يلتفت إلى القرائن وملايسات الأحوال، ولو دل ذلك دلالة قوية على أنه اتخذ ذريعة إلى ممنوع، "فهو لا يأخذ إلا بمقتضى ظاهر الألفاظ في العقود وما تدل عليه، لأن أحكام الدنيا كلها نيطة بالظاهر في الشريعة الإسلامية، فالنيات أمور علمها عند الله، ولا يجليها إلا يوم يكون الأمر كله لله، فالبحت عن النيات والمقاصد الخفية لا يتفق مع المبدأ العام الذي يقول إن كل الأحكام الدنيوية تبنى على الظاهر، والنبي ﷺ في أقضيته كان يقضي بمقتضى الظاهر، وهو الذي أوحى إليه، وإذا كانت الأحكام كلها في الدنيا كذلك، فالعقود كلها لا يأخذ إلا بما تنطق به عباراتها من غير نظر إلى النيات خيرة أو غير خيرة، فإذا كان العقد صحيحا بمقتضى ألفاظه وما اشترط فيه وما اقترن به، فهو عقد صحيح من كل الوجوه، من غير نظر إلى كونه ذريعة إلى ربا أو غير ذلك، ما دام العقد لم يقترن بربا، ولا بشيء يفسده، والنية يحاسب عليها الديان الذي لا تخفى عليه خافية، وهو بكل شيء محيط"⁹⁶.

ولقد عمم الإمام الشافعي نظرتة الموضوعية تلك، ولم يقتصر فيها على ناحية من نواحي الشريعة دون أخرى، وبينها -هو نفسه- بيانا شافيا، إذ قال: "أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحا في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين وأجزته بصحة الظاهر، وأكره لها

النية إذا كانت النية لو ظهرت تفسد البيع، وكما أكره للرجل يشترى السيف على أن يقتل به، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظلماً، لأنه قد لا يقتل به، ولا أفسد عليه البيع، وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه يعصره خمرًا، ولا أفسد عليه البيع إذا باع إياه؛ لأنه باعه حلالاً، وقد يمكن أن لا يجعله خمرًا أبداً، وفي صاحب السيف أن لا يقتل به أحداً أبداً، وكما لا أفسد نكاح المتعة، ولو نكح رجل امرأة عقد صحيحاً، وهو ينوي أن لا يمسخها إلا يوماً أو أقل أو أكثر، لم أفسد النكاح، وإنما أفسده أبداً بالعقد الفاسد"⁹⁷.

ويقول في موضع آخر: "غير أنها إذا أخذ النكاح مطلقاً لا شرط فيه، فالنكاح ثابت ولا تفسد النية من النكاح شيئاً، لأن النية حديث نفس، وقد وضع عن الناس ما حدثوا به أنفسهم، وقد ينوي الشيء ولا يفعله، وينويه ويفعله، فيكون الفعل حادثاً غير النية، كذلك لو نكحها ونيتها، أو نية أحدهما دون الآخر، أن لا يمسخها إلا قدر ما يصيبها، فيحللها لزوجها، ثبت النكاح... ما لم يقع النكاح بشرط يفسده"⁹⁸.

"وبيني الإمام الشافعي حكمه بقصر مصادر الأحكام الشرعية على الكتاب والسنة والإجماع وأقوال الصحابة، والقياس على النصوص على حكم عام، وهو أن الشريعة تبني على الظاهر، وأنه يجب أن لا يتجاوز في تفسيرها حكم النص وما تدل عليه، وما ترمي إليه، وأن من سلك بها غير ذلك المسلك فقد تجافى عن منطقتها، وهو الاعتبار الظاهري في أحكام الدنيا"⁹⁹، إذ قال مبيناً ذلك: "فإذا دل الكتاب ثم السنة ثم عامة حكم الإسلام على أن العقود إنما يثبت بالظاهر عقدها، لا تفسدها نية المتعاقدين، كانت العقود إذا عقدت في الظاهر صحيحة أو لا أن لا تفسد بتوهم غير عاقدتها على عاقدتها، ثم إذا كان توهمها صحيحاً، والله سبحانه وتعالى أعلم"¹⁰⁰.

وهذه النصوص تدل دلالة واضحة على تشدد الإمام الشافعي في تمسكه بالظاهر، فلا يعتد إلا بصيغة العقد وما تضمنته عبارته، ولا يلتفت إلى القرائن وملابسات الأحوال، ولو كانت تدل دلالة قوية على أنه اتخذ ذريعة لأمر محرم، بل يحكم بصحة العقد، فالمذهب الشافعي يحرص على نزعته الموضوعية، فلا يخرج على متن التعبير نفسه، ويشترط ذكر السبب المصلي صراحة في العقد، أي أنه لا يعتد بالملابسات المقارنة للتعبير.

ثانياً: المذهب الحنفي.

"وكما تفيد الفروع المختلفة في مذهب أبي حنيفة وأصحابه -رضي الله عنهم- أن هذا المذهب يميل في جملته إلى طريقة الشافعي، وهي الأخذ بظواهر عبارات العقود من غير تحر

وتتبع للنيات الحفية، والإرادات المستكنة، سواء أدلت عليها قرائن أم لم تدل¹⁰¹، ومن ثم فالمذهب الحنفي لا يعتد بالباعث إلا إذا تضمنته صيغة العقد صراحة، أو أمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد.

فمن الأول: ما جاء في الزيبي: "ولا يجوز الاستئجار على الغناء، والنوح، والملاهي، لأن المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد، فلا يجب عليه الأجر من غير أن يستحق هو على الأجر شيئاً، إذ المبادلة لا تكون إلى باستحقاق كل واحد منهما على الآخر ولو استحق عليه المعصية، لكان ذلك مضافاً إلى الشارع من حيث أنه شرع عقداً موجبا للمعصية، تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً"¹⁰²، ويعتد بالباعث غير المشروع في المذهب الحنفي إذا نص عليه صراحة على سبيل الشرط، فيبطل العقد، يقول ابن عابدين: "لا تصح الإجارة لأجل المعاصي، مثل الغناء والنوح والملاهي، ولو أخذ بلا شرط يباح"¹⁰³.

ومن الثاني¹⁰⁴: أورد الإمام الكاساني تطبيقات فيما يمكن استخلاص الباعث غير المشروع من طبيعة محل العقد، وحكمها عدم الجواز، منها ما جاء في البدائع: "وأما القرد [أي شراء القرد] فعن أبي حنيفة -رضي الله عنه- روايتان في جوازه وعدم جوازه، وجه رواية عدم جوازه، أنه غير منتفع به شرعاً، فلا يكون مالا كالحنزير، ووجه رواية الجواز، أنه إن لم يكن منتفعا به بذاته، يمكن الانتفاع بجلده، فكان بالنظر إلى جلده مالا، وجاز لذلك شراؤه، والصحيح عدم الجواز لأنه لا يشتري للانتفاع بجلده عادة، بل للهو به، وهو حرام، فكان هذا بيع الحرام للحرام، وأنه لا يجوز"¹⁰⁵.

ولعلنا من هنا نلاحظ الخلاف بين المذهبين الشافعي والحنفي، فرغم نزعتها الموضوعية، نجد المذهب الحنفي يختلف عن المذهب الشافعي، فبينما المذهب الثاني -كما قدمنا- يشترط ذكر السبب المصلي صراحة في العقد، نجد المذهب الأول -الحنفي- يعتد بالملاسات في أعمال السبب المصلي، إذا كشفت هذه الملاسات عن عدم المشروعية، ولعل أوضح مثال على ذلك "بيع العينة" إذ المذهب الشافعي يصححه؛ لأنه لم يقترن بشرط فاسد صراحة، يبطل المذهب الحنفي هنا البيع إعمالاً للظروف المقارنة¹⁰⁶، فالحنفية "لم يلتفتوا إلا إلى ما تدل عليه ظواهر العبارات في العقود، ولذا نقول إن مذهب الحنفية يقارب مذهب الشافعية في جعل الأحكام تابعة لما تدل عليه العبارات من غير تقصي المقاصد والنيات.

والمذهب الحنفي وإن اشتهر في فروعه وأصوله قضية تثبت أنه يتجه إلى المقصد والغرض، وتلك هي القاعدة الذهبية: "العبرة بالمعاني لا بالألفاظ والمباني"، إلا أن تلك القضية

اشتهر بجوارها قضية أخرى أعمق في معناها، وأدل على مرماها من تلك، وهي أقدم نسبة منها، وتلك القضية هي ما جاء في شرح الجامع الصغير: "المعتبر بأوامر الله المعنى، والمعتبر في أمور العباد الاسم واللفظ"¹⁰⁷، وللتوفيق بين هاتين القضيتين نقول: إن المراد من المعنى في القضية الثانية النية والغرض والمرمى الذي لم يقترن بالعقد عبارة تنبئ عنه صراحة، والمراد بالمعنى في الأولى المدلول الذي يفهم من العبارات التي أنشئ بها العقد متضامنة متلاصقة غير متنافرة، بحيث يشترك كل جزء من العبارة في إنتاج ذلك المدلول... ومن هذا يفهم أن المراد من قاعدة "العبرة للمعاني لا للألفاظ والمباني" هو أنه لا يلتفت في أحكام العقود إلى المدلولات اللغوية أو العرفية مجردة، بل لا يعنى في الأحكام إلا بالمدلول الذي تدل عليه جملة العبارات في العقد، ويصح أن تكون مرادا للمتكلم يدل عليه الكلام صراحة، ولو عن طريق المجاز لا الحقيقة، أما الدوافع المقاصد والغايات والمرامي، كأن يريد بالبيع التحايل على الربا، أو يراد بالزواج إحلالها لمطلقها الثلاث، وغير ذلك من المقاصد والغايات الباعثة والأغراض الدافعة، فذلك ما لا تتعرض له تلك القضية¹⁰⁸.

الفرع الثاني: أدلة الموضوعية في الفقه الإسلامي.

للموضوعية أدلة من الكتاب والسنة والقواعد الأصولية:

أولاً: الكتاب: هناك آيات كثيرة تدل على أن الفعل في الدنيا إنما يقوم على العلم دون الظن، فإذا كانت الإرادة الظاهرة تقوم مقام الإرادة الباطنة، فإن العلم هو العمل بهذه الإرادة الظاهرة المعلنة، دون الإرادة الخفية المضمونة، قال تعالى: (وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا)¹⁰⁹، وقال أيضاً: (وَمَا يَتَّبِعْ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا)¹¹⁰، فلم يجعل الله للناس علماً بالنيات والبواعث يكون مناطاً للأحكام الدنيوية، فوجب العمل بالظاهر الذي هو علم دون الباطن الذي هو ظن.

ويستدل الإمام الشافعي -رحمه الله- على أنه لا يحكم بالباطن، من كتاب الله تبارك وتعالى، وسنة رسول الله ﷺ، إذ أمر الله تبارك وتعالى بشأن المنافقين، فقال لنبية ﷺ: (إِذَا جَاءَكَ الْمُتَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ إِنَّكَ لَرَسُولُهُ وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّ الْمُتَافِقِينَ لَكَاذِبُونَ، اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً فَصَدُّوا عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّهُمْ سَاءَ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ، ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا فَطُبِعَ عَلَى قُلُوبِهِمْ فَهُمْ لَا يَفْقَهُونَ)¹¹¹، وأقرهم رسول الله ﷺ، يتناكحون، ويتوارثون، ويقسم لهم إذا حضروا القسمة، ويحكم لهم بأحكام المسلمين، وقد أخبر الله تعالى ذكره عن كفرهم، وأخبر رسول الله ﷺ أنهم اتخذوا أيمانهم جنة من القتل بإظهار الأيمان على الإيمان¹¹².

ثانياً: السنة: قال رسول الله ﷺ: "أيها الناس، قد آن لكم أن تنتهوا عن محارم الله تعالى، فمن أصاب منكم من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله، فإنه من يبد لنا صفحته نقم عليه كتاب الله"، أخبرهم أنه لا يكشفهم عما لا يبذو من أنفسهم.

وروى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: "أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، فإن قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحق الإسلام، وحسابهم على الله"¹¹³. وقال أيضاً: "إنما أقضي بنحو ما أسمع، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار"¹¹⁴.

"وكانت سيرة النبي ﷺ مع المنافقين -وهو الذي يعلمهم واحداً واحداً- أن قبل إسلامهم الظاهر، مع علمه بكفرهم الباطني، وقد عاملهم على ظاهر أعمالهم كمسلمين، لهم للحقوق ما للمسلمين، وعليهم من الواجبات ما عليهم، فمجموع هذه الأحاديث القولية والفعلية تدل بوضوح على المعنى المشترك بينها، وهو وجوب الأخذ بظاهر التصرفات قضاءً، وليس للقاضي أن يبحث عن النوايا في طيات النفوس العسير علمها بدون دلائل خارجية تدل عليها"¹¹⁵.

ثالثاً: الدليل الأصولي (العلة والحكمة).

العلة في اصطلاح الأصوليين: هي الوصف الظاهر المنضبط الذي يناسب الحكم بتحقيق مصلحة أو دفع مفسدة، أما الحكمة: فهي الأمر الباعث على تشريع الحكم، لتحقيق مصلحة أو دفع مفسدة، مثل حكمة حفظ النسل بتشريع حد الزنا والقصاص، فالحكم شرع من أجل حكمة بالغة، وهي المحافظة على النوع الإنساني وإبقائه، وكذلك سائر الأحكام شرعت لحكم رام الشرع تحقيقه.

وجمهور الأصوليين يذهبون إلى أن التعليل في الأحكام إنما هو بالعلة، التي هي الوصف الظاهر المنضبط، أما الحكمة التي يتبادر إلى الذهن أن الحكم مربوط بها لأنها الباعثة على تشريع الأحكام، فقد ذهب الجمهور إلى عدم اعتبارها، لحفائها وعدم انضباطها، ولاختلافها باختلاف الأشخاص، إلا إذا انضبطت هذه الحكمة، فإنها تصير علة وبينى الحكم عليها، ولذا قرر الأصوليون أن الحكم يدور مع علة -لا مع حكمته- وجوداً وعدمًا، بل حتى إذا وجدت العلة وانتفت الحكمة، فإن الحكم يبقى مرتبطاً بالعلة، ولا أثر لتخلف الحكمة، أما إذا وجدت الحكمة وتخلت العلة، فإن النتيجة أن لا يوجد حكم¹¹⁶، فالحكمة من تشريع البيوع والالتزامات الرضا، لكن هذه الحكمة أمر نفسي خفي، فأقام الشارع وصفاً ظاهراً منضبطاً يقوم مقام الحكمة ويدل عليها وهو الإيجاب والقبول، فكان الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما من التعبير الإرادي في

التعاقد هو العلة في إيجاد الحكم، فحيثما وجد الإيجاب والقبول وجد الحكم، وهو وجود الالتزام، وحيثما انتفى انتهى الحكم، ولا عبرة بالرضا -وهو الحكمة من عقد البيوع والمعاملات- فالعلة الظاهرة المنضبطة الموضوعية أقيمت مقام الحكمة الخفية الذاتية، فالأصل هو الموضوعية، ولا يصار إلى الذاتية إلا استثناء عندما تقوم ضرورة لذلك.

وإذا تأملت أحكام الشريعة الإسلامية، رأيت أن أمرين أديا إلى هذه الموضوعية في التعبير الإرادي:

الأول: استقرار التعامل، ذلك لأن الإرادة الواجب اعتبارها هي الإرادة الظاهرة المعلنة، أما تلك الإرادة الباطنة الخفية وراء خفايا النفس فإن الله وحده العالم بها، فلا مجال للأخذ بها من سبيل، فالإرادة الظاهرة المعلنة بشكل إيجاب وقبول أدعى للاعتبار حسبا للنزاعات.

الثاني: الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية: مع أن الشريعة الإسلامية دينية الصبغة تعتد بالنوايا والبواعث في المعاملات، إلا أن الأمور الدنيوية مبنية على ظواهر الأشياء وموضوعيتها، فالقضاء الحازم في النزاعات والخصومات، لا يسعه -لكي يحقق العدل- إلا أن يقوم على أساس من الدليل الظاهري الموضوعي، أما الأدلة الباطنية فليس للقاضي إلى معرفتها من سبيل، إذ هي من اختصاص علام الغيوب¹¹⁷.

الخاتمة:

من خلال ماسبق يمكن أن نصل إلى النتائج الآتية:

1- تشعب الفقه القانوني بين آخذ بنظرية الإرادة الباطنة، وهذا ما ذهب إليه القانون اللاتيني، ويترتب عليها الاعتراف بالبائع، وآخذ بنظرية الإرادة الظاهرة التي لا تحفل بالإرادة الكامنة في النفس، وإنما تأخذ بالإرادة في ثوبها الاجتماعي، وهذا مذهب القانون الألماني، وهو لا يعتد بالبائع إلا إذا ظهر في صلب التعبير عن الإرادة.

2- ظهر في الفقه الإسلامي كذلك اتجاهاً: اتجاهاً يأخذ بالنزعة الموضوعية، فلا يعتد بالبائع وإن كان غير مشروع، وهو مذهب الإمام الشافعي وأبي حنيفة، واتجاهاً يأخذ بالنزعة الذاتية، فيولي للبواعث والدوافع الاهتمام الكبير، وأخذ به الحنابلة والمالكية.

3- اعتنق التقنين المدني الجزائري النظرية الحديثة في السبب (نظرية الباعث).

4- النسخة العربية للقانون المدني الجزائري تحببت حين تعرضت للنص على السبب في المادتين 98/97 م.ج، فأسندت تارة إلى العقد وتارة إلى الالتزام، وخطت على هذا النحو بين النظرية

التقليدية والنظرية الحديثة للسبب مقتدية في ذلك بحرفية المادتين 1131 و 1133 ق.م.فرنسي، والمادتين 136 و 137 ق.م.مصري.
ونوصي في الأخير بأنه ينبغي عند إعادة النظر في القانون المدني الجزائري تلافي هذا التخبط وإسناد السبب في المادتين 98/97 ق.م. إلى العقد، وتجنب الاختلاف بين النص العربي والنص الفرنسي للمادة 97 ق.م.
الهوامش:

- 1- انظر: فتحي الدري، نظرية التعسف في استعمال الحق، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط2، 1977، ص208-209.
 - 2- يعني الموضوعية والذاتية.
 - 3- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقہ الإسلامي، بيروت: دار الفكر، دط، ج4 ص51-52 بتصرف.
 - 4- مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزامات، بيروت: دار الجامعة، دط، 1987، ص169-170.
 - 5- السنهوري، مصادر الحق، مرجع سابق، ج 4 ص 26-27، و السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، بيروت: دار الفكر، دط، ج 1 ص 457-458.
 - 6- أنور سلطان، مصادر الإلتزام، بيروت: دار النهضة العربية، دط، 1983، ص 154.
 - 7- انظر: عبد المنعم فرح الصدة، مصادر الإلتزام، بيروت: دار النهضة العربية، دط، 1979، ص 317، و عبد المنعم فرح الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، بيروت: دار النهضة العربية، دط، 1974، ص 368-369.
 - 8- عبد المنعم الصدة، مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص 316 بتصرف.
 - 9- أنور سلطان، المرجع السابق، ص 155 بتصرف قليل.
 - 10- انظر: حليلة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، بيروت: دار الحدائة، ط1، 1986، ص 39-40.
 - 11- عبد المنعم الصدة، مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص328.
 - 12- أنور سلطان، مرجع سابق، ص 161 بتصرف.
- 13 -Art 97 : "Le contrat est nul, lorsqu'on s'oblige sans cause, ou pour une cause contraire a l'ordre public, ou aux bonnes mœurs"
وترجمته كما ورد، إلى العربية كما يأتي : المادة 97 " يكون العقد باطلا، عندما يلتزم دون سبب، أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب".

- 14- البطلان المطلق معناه أن العقد لم ينعقد، فيجوز لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان، ولا يترتب على العقد الباطل (البطلان المطلق)، أي أثر ولا تصححه الإجازة ولا التقادم.
- 15- مفهوم المخالفة معناه: إثبات نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه، إذا قيد الكلام بقيد يجعل الحكم مقصوراً على حال هذا القيد. والقيد هنا هو الصفة (غير مشروع) ويسمى مفهوم الصفة.
- 16- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزائر: دار الهدى، ط1، 1992، ص 237-238.
- 17- بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، دط، دت، ج 1 ص 170-169، وانظر في تفصيل الموضوع محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 237 وما بعدها.
- 18- فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان اللوالة في تقييده، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط2، 1977، ص 89-90.
- 19- لأنه مشروع ظاهراً وباطناً، لاتفاق قصد المكلف مع قصد الله في التشريع والمقصود، والنوايا هي التي توجه الأفعال الوحمة التي تتفق وأغراض الشارع، فكانت العلاقة بالملكات النفسية واضحة.
- 20- رواه البخاري، كتاب بدء الوحي (1)، ومسلم، كتاب الإمارة (3530)، والترمذي، كتاب فضائل الجهاد (1571)، والنسائي، كتاب الطهارة (74)، والطلاق (3383)، وكتاب الأيمان والنذور (3734)، وأبو داود، كتاب الطلاق (1882)، وابن ماجه، كتاب الزهد (4337)، وأحمد، مسند العشرة المبشرين بالجنة (283،163)، قال ابن رجب: " اتفق العلماء على صحته وتلقيه بالقبول " ابن رجب، مرجع سابق، ص 14.
- 21- انظر فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، بيروت: دار قتيبية، ط1، 1977، ج1 ص 16.
- 22- ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، بيروت: دار ابن حزم، ط 1، 1997، ص 17.
- 23- محمد بن ابي بكر ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: عبد الرحمن الوكيل، القاهرة: دار الكتب الحديثة، دط، دت، ج1 ص 82.
- 24- ابن رجب، مرجع سابق، ص 17.
- 25- محمد عبد الله دراز، دستور الأخلاق في القرآن، تعريب عبد الصبور شاهين، مراجعة السيد محمد بدوي، مؤسسة الرسالة ودار البحوث العملية، ط 1، 1973، ص 422.
- 26- انظر المرجع السابق ص 424-425.
- 27- رواه مسلم، كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور (3242).
- 28- سيق تخريجه.
- 29- الملك 2.

- 30- ابن رجب الحنبلي، مرجع سابق، ص 21.
- 31- سبق تخريجه.
- 32- سبق تخريجه.
- 33- انظر مُجَدَّ عبد الله دراز، مرجع سابق، ص 509-510 .
- 34- مُجَدَّ عبد الله دراز، مرجع سابق، ص 525-526 بتصرف.
- 35- الإسرائاء 19
- 36- الشعراء 89
- 37- ق 33
- 38- فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص 216.
- 39- ابن القيم، إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج 3 ص 82.
- 40- المرجع نفسه، ج 3 ص 84.
- 41- المرجع نفسه، ج 3 ص 96-97.
- 42- ابن رجب الحنبلي، القواعد في الفقہ الإسلامي، القاهرة: مطبعة الصدق الخيرية، د ط، 1933، ص 321-322 بتصرف.
- 43- فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص 217.
- 44- موفق الدين عبد الله بن قدامة، المغني، القاهرة: مطبعة المنار، 1348 هـ، ج 4 ص 223 بتصرف
- 45- المائدة 02.
- 46- منصور بن إدريس الحنبلي، كشف القناع على متن الإقناع، مطبعة أنصار السنة المحمدية، 1366 هـ، ج 3 ص 146.
- 47- إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1991، ج 2 ص 246.
- 48- فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص 220.
- 49- مُجَدَّ عليش، منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل، بيروت: دار الفكر، د ط، 1984، ج 1 ص 469.
- 50- مُجَدَّ بن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، القاهرة: المطبعة البهية، د ط ، 1302 هـ، ج 2 ص 147.
- 51- المرجع نفسه، ج 2 ص 147.
- 52- حليلة آيت حمودي، مرجع سابق، ص 215.
- 53- انظر المرجع السابق، ص 244، و فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص 224.
- 54- فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص 177-178 بتصرف.

- 55-الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج 4 ص 141-140.
- 56-أنظر: فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص 178.
- 57-متفق عليه
- 58-رواه الإمام مالك، كتاب ما جاء في بناء الكعبة، (810).
- 59- بقبته: "فتركوه حتى بال، ثم إن رسول الله ﷺ دعاه فقال له: (إن هذه المساجد لا تصلح لشيء من هذا البول والقدر، إنما هي لذكر الله تعالى، والصلاة، وقراءة القرآن) وأمر رجلا من القوم فجاء بدلو من ماء فشبهه عليه" أخرجه البخاري، باب الوضوء، (212، 213)، وباب الأدب، (5566)، والترمذي، كتاب الطهارة عن رسول الله، (137)، والنسائي، كتاب الطهارة، (53، 54، 55)، وباب المياه، (327)، وابن ماجه، باب الطهارة وسننها، (521)، وأحمد، باقي مسند المكثرين، (11639، 11689، 12248، 12515، 12889)، ومالك، باب الطهارة، (129)، والدارمي، باب الطهارة، (733).
- 60- فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص 179-180.
- 61- الفيروز آبادي، القاموس المحيط، بيروت: دار الكتاب العربي، د ط، د ت، ج 2 مادة ذراً.
- 62- الشاطبي، مرجع سابق، ج 4 ص 144.
- 63- أبو زهرة، أصول الفقه، القاهرة: دار الفكر العربي، د ط، د ت، ص 288.
- 64- القرافي، شهاب الدين، شرح تنقيح الفصول، بيروت: دار الفكر، ط 1، 1997، ص 449.
- 65- انظر: الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص 183.
- 66- ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: عبد الرحمن الوكيل، القاهرة: دار الكتب الحديثية، د ط، د ت، ج 3 ص 176-177 بتصرف.
- 67- انظر الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص 184.
- 68- انظر بابكر خالد، الباعث وأثره في التصرفات والعقود، رسالة ماجستير، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 1993، ص 71.
- 69- الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج 2 ص 264.
- 70- انظر الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص 191.
- 71- الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج 2 ص 264.
- 72- فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص 193.
- 73- الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج 2 ص 264.
- 74- بابكر خالد، مرجع سابق، ص 73.
- 75- أنظر: محمد أبو زهرة، أصول الفقه، القاهرة: دار الفكر العربي، د ط، د ت، ص 290.

- 76- الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج2ص271.
- 77- الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج2ص273 بتصرف.
- 78- سبق تخريجه....
- 79- انظر بآكر خالد، مرجع سابق، ص74، والدريني، المرجع السابق، ص198.
- 80- الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج4ص143.
- 81- الدريني، مرجع سابق، ص203 بتصرف.
- 82- انظر حسين حامد حسان، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، القاهرة: مكتبة المتنبي، د ط، د ت، ص413-414.
- 83- مُحَمَّد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تونس: الشركة التونسية للتوزيع، د ط، د ت، ص116.
- 84- سبق تخريجه.
- 85- انظر: فتحي الدريني، مرجع سابق، ص205-206.
- 86- ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، مرجع سابق، ص21-22.
- 87- المرجع نفسه، ص22.
- 88- أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، تحقيق: مصطفى أحمد الزرقا، دمشق: دار القلم، ط2، 1998، ص47.
- 89- المرجع نفسه، ص47-48.
- 90- السنهوري، مصادر الحق، مرجع سابق، ج4ص51.
- 91- السنهوري، المرجع نفسه، ج4 ص33.
- 92- عبد المنعم الصدة، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص99.
- 93- السنهوري، مصادر الحق، مرجع سابق، ج4 ص37.
- 94- السنهوري، مصادر الحق، مرجع سابق، ج4 ص41.
- 95- المرجع نفسه، ج4 ص42 نقلا عن "سالي" - مرجع سابق، ف39.
- 96- أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص210.
- 97- الشافعي، الأم، القاهرة: المطبعة المصرية، 1321هـ، ج3 ص65.
- 98- المرجع نفسه، ج5 ص71.
- 99- مُحَمَّد أبو زهرة، الشافعي، القاهرة: دار الفكر العربي، د ط، 1996، ص288، وانظر بتفصيل أكثر هذا الموضوع من ص287 إلى ص296.
- 100- الشافعي، مرجع سابق ج3 ص33.

- 101- أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص 213.
- 102- فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق، مطبعة بولاق، د ط، 1315 هـ، ج 5 ص 125.
- 103- مُحمَّد بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، القاهرة: المطبعة المصرية، د ط، 1260 هـ، ج 5 ص 36-35.
- 104- أي الاعتداد بالباعث غير المشروع إذا استخلص من طبيعة المحل.
- 105- علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، القاهرة، 1322، ج 4 ص 190.
- 106- انظر في تفصيل هذا الشرط : وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، الجزائر: الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، ط2، 1979، ص 523 وما بعدها، والسهنوري، مصادر الحق، مرجع سابق، ج 4 ص 65-71.
- 107- أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص 115، نقلا عن حاشية المحوي على الأشباه، ص 320.
- 108- انظر أبو زهرة، المرجع نفسه، ص 215-216.
- 109- الإسراء 36.
- 110- يونس 36.
- 111- المنافقون 1-3.
- 112- انظر أبو زهرة، الشافعي، مرجع سابق، ص 289.
- 113- رواه البخاري، كتاب الصلاة، (379)، والترمذي، كتاب الإيمان عن رسول الله، (2533)، والنسائي، كتاب تحريم الدم، (3903، 4904، 3905)، وكتاب الإيمان وشرائطه، (4911، 4917)، وأبو داود، كتاب الجهاد، (2217)، وأحمد، باقي مسند المكثرين، (12373، 12869).
- 114- رواه أحمد.
- 115- بابكر خالد، مرجع سابق، ص 38.
- 116- انظر: وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، بيروت: دار الفكر، ط1، 1986، ج1 ص 651.
- 117- انظر الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج2 ص 268.