



نظرية الباعث واثرها في العقود والتصرفات في الفقه الاسلامي

اعداد
عبد الله ابراهيم زيد الكيلاني
قدم لها
الاستاذ الدكتور فتحي الدريني

قدم هذا الكتاب لنيل رسالة الماجستير
باشراف الدكتور محمود السرطاوي

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

إلى اللذين أخذنا بيدي إلى طريق الخير، وعلماني الصبر والأصرار،
والجرأة في الحق دون نفاق أو تزلف، ووجهاني إلى الثقة بالله جلّ وعلا ثم أمداني
بذوب الفؤاد لمتابعة النهل من علم الشريعة اعلاءً لكلمة الله وخدمة لشريعته . .
والديّ العزيزين

إلى استاذي الفاضل الذي وجّهني للبحث العلمي الأصيل، وأسبغ عليّ من
علمه وفضله وسديد توجيهه، الأستاذ فتحي الدريني
إلى الزوجة المخلصة ورفيقة الدرب أم مجاهد
إلى ولدي الأمل . . . مجاهد.

أُقَدِّمُ باكورة أعمالي

عبد الله إبراهيم زيد الكيلاني

رَفْعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

مقدمة

تقديم الكتاب بقلم : الدكتور محمد فتحي الدريني

التشريع الإسلامي ، كلُّ متسق ، في أصوله وفروعه ، لا تجد فيه تحالفاً ، أو تناقضاً ، وذلك آية من آيات إعجازه الناهضة بالدلالة على أنه من عند الله تعالى ، مصداقاً لقوله سبحانه : «ولو كان من عند غير الله ، لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً» .

هذا ، ولا يتبادرنَّ إلى الذهن ، أنَّ المراد بالاختلاف هنا ، تعدُّد وجهات النظر الاجتهادي في تفسير النص التشريعي ، من الكتاب والسنة ، إذا كان ظنيَّ الدلالة ، فهذا أمر تفرضه طبيعة صياغة النص على هذا النحو ، وفي هذا نعمة تشريعية ، وتدبيرية سابعة ، حكيمة ، تعتبر أصلاً هاماً من أصول سياسة التشريع الإسلامي ، لما تمده بالاتساع والخصوبة ، في معالجاته للوقائع المستجدة المتكاثرة التي لا تنتهي ، - فضلاً عن أصوله اللفظية والمعنوية العامة التي أرشد الشارع إليها ، ليسلكها المجتهد إبان مواجهته لتلك النوازل - وهذا مما - يُقيم [الدليل البين على الأصل العام الذي قام عليه التشريع كله ، من انه «رحمة للعالمين» إذ ما من شك ، أنه إذا قام هذا التشريع العظيم الذي أحكمت آياته ، على القاعدة العريضة ، من جلب المصالح ، ودرء الأضرار والمفاسد ، فإنَّ ذلك «ثمرة حتمية للرحمة» وليست الرحمة نفسها ثمرة المصلحة !!

إذا ثبت هذا ، فإنَّ هذا النوع من «الاختلاف» الذي هو وثيق الصلة بالرحمة في مفهومها الذي حددنا ، من أنه قائم على تعدد وجهات النظر الاجتهادي ، أثراً لظنية النصوص ، قد أضحي أمراً لازماً حتماً ، لا ينفصل إلا إذا انفصلت الرحمة نفسها عن التشريع ، وهذا محال ، لأنه خلاف النص القاطع !!

فما المقصود بالاختلاف الذي تَبَرَّأ القرآن الكريم منه، حيث كان الاتساق والإحكام قوامه، سواء أكان بين الكلّي والجزئي، أم بينهما وبين المقاصد الأساسية التي يرميان إليها، واتخذ القرآن الكريم من ذلك، آيةً دالةً، على أنه تنزيل من حكيم حميد!!

يُقصد بالاختلاف المشار إليه في الآية الكريم الكريمة التي تلونا، هو «التناقض المعنوي» الذي لا يستسيغه المنطق العقلي السليم، بل ترده مقتضيات أصول التعقل الإنساني، بما أودعت من قوة الحُكم، وملكة التمييز، والفصل، فطرةً.

فالتناقض منفيّ حتماً في هذا القرآن العظيم، بجميع أنواعه ووجوهه، سواء أكان بين النصوص بعضها قبل بعض، في معانيها، وأحكامها، كلياً، وجزئياً، أم بينها وبين ما تستهدفه من مقاصد وغايات، يتوخى الشارع تحقيقها من وراء تشريع القواعد والأحكام في المجتمع البشري، حيث لا تجد انفصاماً بين الحكم وغايته، بل هما «صنوان» لا ينفكان، في التشريع نظراً، ولا في التطبيق والتحقيق عملاً وواقعاً، على ما يقصده الشارع الحكيم ويتوخاه.

هذا، ولا نقصد بمنطقية هذا التشريع، وآتساقه، وإحكامه، في نظر ذوي الأبواب والبصائر النيرة النافذة، [أنه من الممكن أن يستقبل العقل البشري في انتاج مثل هذا التشريع، صياغةً، وإحكاماً ومقاصدً، ما دام متطابقاً مع منطق الفطري الأصيل، فما إلى هذا قصدت، ولا ينبغي أن يُقصد، لأن هذه قضية قد فرغ التاريخ من الفصل فيها، نتيجةً للتحدي، وثبوت العجز البشري، وإنما جُلّ ما أرمي إليه، أن أبين؛ أن هذا التشريع الالهي، العظيم، إن في عقائده، أو عباداته، أو آدابه أو أحكامه، أو صياغته على نحو كان فيه بدعاً معجزاً، نظاماً ومعنى، أقول إن هذا التشريع الإلهي العظيم في نظمه واسلوبه ومحتواه، لو عرض على العقل الإنساني - نظراً نافذاً وبصيراً، ومقتدراً، ودون أن تعبت بسلامة منطق الفطري عوارض الأغراض، والأهواء - لما وسّعه إلا أن يقرّ بإحكام بيانه التشريعي، وآتساقه، كملاً، بحيث لا يمكنه أن يعثر على منفذ، أو وليجة، يكمن فيها، ليرسل إليه سهام نقده، أو يبرهن على وجود أدنى

خلل مستحكم، بين وسائله وغاياته، ولا بين كلياته وجزئياته، ولا بين ما يقرر من حقائق كبرى، وبين واقع الحياة الإنسانية في آمادها المتطاولة.

على أن المحققين من الأصوليين القدامى - كالامام الشاطبي - وأولي الاختصاص في هذا العلم التشريعي من المُحدثين، قد خرجوا بنتائج قرروها في مُصنّفاتهم، من أن ثمة روحاً عارمة تسلك التشريع الإسلامي، وفقهه، في بنيان مُحكم شامخ عتيد، وإن كان ثمة من تعارض ظاهري، أو ظاهرة من الاختلاف في الفروع، يبدو أن - بادية الرأي - غير أنه عند إنعام النظر الأصولي، يتبدى للمجتهد، أن ثمة حقيقة واحدة، يُحوم حولها المجتهدون، وأولو النظر، لإصابتها، فلا اختلاف ولا تناقض، في أصول الشريعة، وفروعها، ومقاصدها، والا لاستحال التكليف، والتنفيذ معاً، وقد أوسع الامام الشاطبي ذلك بحثاً وبرهنة، مما تجده مفصلاً في كتابه الموافقات، ونقتطف منه طرفاً مما يقول: «الشريعة كلها، ترجع إلى قول واحد، في فروعها، وإن كثر الخلاف، كما أنها في أصولها، كذلك، ولا يصلح فيها غير ذلك، والدليل على ذلك أمور:

(أحدها) أدلة القرآن. من ذلك قوله تعالى: «ولو كان من عند غير الله، لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً» فنفي أن يقع فيه الاختلاف ألبتة، ولو كان فيه ما يقتضي قولين مختلفين، لم يصدق عليه هذا الكلام على حال، وفي القرآن: «إن تنازعتم في شيء، فردوه إلى الله والرسول... الآية» وهذه الآية صريحة في رفع النزاع والاختلاف، فإنه ردّ المتنازعين إلى الشريعة، وليس ذلك إلا ليرتفع الاختلاف، ولا يرتفع الاختلاف إلا بالرجوع إلى شيء واحد، إذ لو كان فيه ما يقتضي الاختلاف، لم يكن في الرجوع إليه، رفع نزاع، وهذا باطل... وقال تعالى: «ولا تكونوا كالذين تفرقوا، واختلفوا، من بعدما جاءهم البينات... الآية» والبيّنات هي الشريعة، فلولا أنها لا تقتضي الاختلاف، ولا تقبله ألبتة، لما قيل لهم: من بعد كذا، ولكان لهم فيها أبلغ العذر، وهذا غير صحيح، فالشريعة لا اختلاف فيها. وقال تعالى: «وأن هذا صراطي مستقيماً، فاتبعوه، ولا تتبعوا السبل، فتفرق بكم عن سبيله» فيبين أن «الطريق واحد» وذلك عام في جملة الشريعة^(١).

(١) الموافقات - ج ٤ - ص ١١٩ - ص ١٢٠، للامام الشاطبي.

هذا، وقول الإمام الشاطبي: «وذلك عامٌ في جملة الشريعة» إشارة الى أن «التناقض» منفيٌ في الشريعة كلها، لا في أصول العقائد فحسب. أما اختلاف المجتهدين، فمردهُ الى اختلاف الأفهام، ولكن الحق واحد، منهم من يصيبه، ومنهم من يخطئه.

وعلى هذا، فاختلاف المجتهدين في النظر والاستدلال، والفهم، شيء، والاختلاف والتناقض في أصول الشريعة وفروعها، ومقاصدها، شيء آخر! فلا ينبغي الخلط بينهما!

على أن اختلاف المجتهدين - على التحقيق - مردهُ أمران رئيسان:
الأول : اختلاف المجتهدين - كما قدمنا - مداركٍ وملكاتٍ، وتفاوتُهُم فيها، وهذا أمر واقع لا يفتقر إلى برهنة.

الثاني : صياغة النص المُجتهد فيه على نحو غير قاطع، بحيث يحتمل معنيين، أو عدة معانٍ، في وضعه اللغوي، يُحوِّم المجتهدون حول المعنى الواحد الذي يقصده الشارع، - في نظرهم - فضلاً عن أن الله حكمةٌ في هذا النوع من الصياغة المحتملة، هي - في أغلب الظن - التوسعةُ على الناس في ظروفهم المتغيرة، ومع ذلك، فالمجتهد الباذل أقصى جهده العلمي، للوصول الى «الحقيقة» مأجور، وإن أخطأ «الحق» في الواقع ونفس الأمر، على ما هو معلوم.

على أن الامام الشاطبي يأتي بالدليل العقلي على صدق قضية «انتفاء التناقض» والاختلاف في الشريعة، اذ يقول: «الثالث» اي من الأدلة: «أنه لو كان في الشريعة مساعٍ للخلاف، لأدَّى إلى تكليف ما لا يطاق لأن الدليلين، إذا افترضنا تعارضهما، وفرضناهما مقصودين معاً للشارع، فيما أن يُقال: إنَّ المكلف مطلوبٌ بمقتضاهما، أو لا، أو مطلوب بأحدهما دون الآخر، والجميع غير صحيح» وأقام الأدلة على ذلك^(١). هذا، ما بحثه الامام الشاطبي من الاصوليين المحققين القدامى.

أما ما انتهى إليه المحققون المُحدَثون من رجال القانون الذين لهم بصَرٌ في

(١) المرجع السابق.

فروع الشريعة، ومعالجتها، وتحليلها، ومقارنتها، وفي مقدمتهم الدكتور السنهوري، فقد بُين بجلاء، أنه وقف - بعد طول البحث العلمي ومعاناته - على حقيقة أن الشريعة الإسلامية، وإن بدا في فقها ظاهرة الاختلاف الاجتهادي، غير أن هذه الفروع المُختلفَ فيها، ينتظمها روحٌ من المنطق العام، المتسق، وهذا هو شأن التشريع الاصيل، المُحكم، حيث يقول:

«لَمْ يضع الفقه الإسلامي - في أي مذهب من مذابه - نظريةً عامة . . . وهو في ذلك يتمشى مع صناعته المألوفة، لا يصوغ نظريات عامة، بل يورد من التطبيقات التفصيلية ما يمكن معه - عن طريق التحليل، ثم عن طريق التفصيل - استخلاص هذه النظرية^(١)».

ومفاد هذا، أنه يقرر، أن ثمة روحاً واحدة منطقية تسلك نظام هذه النظرية أو تلك، إذ لا نظرية دون منطق متكامل متسق تقوم عليه، بمفهومها الكلي، ولا نعني بالمنطق التشريعي العام إلا هذا.

على أن مما يبرهن على صدور هذه القضية أيضاً، «علم أصول الفقه الإسلامي» باعتبار أنه علم يُرسي «أصول المنهج العلمي المنطقي في الاجتهاد التشريعي» فضلاً عن أنه علمٌ تفرّد به علماء المسلمين منذ القدم، مما لا تعثر على نظير له عند الأمم الأخرى، في شتى بقاع العالم، وهو علم يمثل فلسفة علماء المسلمين في تفسير النص التشريعي، والاجتهاد في استنباط الأحكام، والمقاصد، من ظاهره، وروحه، ومعنى معناه، وما يستشرفه من غاية تفسّر معقولية تشريع حكمه، ليتوسّع لمجتهد بالتالي في تعميمه على كافة محالٍ أو نطاقٍ تحقق معقوله ومقصده!! تنفيذاً لمراد الشارع في اوسع مدى!

جاء هذا العلم الاصولي القائم على عينٍ ما قام عليه التشريع نفسه من منطق اللغة، وخصائصها في البيان، والتفهم، والتعقل، وعلى مقاصده الاساسية التي اتجهت الى تحقيقها، كافة أحكامه ومقرراته، جملةً وتفصيلاً، أقول: جاء هذا العلم الأصولي الذي اشتقت من واقع أدلة التشريع، قواعده، وحجّيتها، لغرض

(١) مصادر الحق - ج ٤ - ص ٥٤.

عمليّ ضروريّ، ألا وهو تكوين شخصية المجتهد علمياً، وتسديد خطاه في عمليّة استبطائه للأحكام الجديدة، وتطبيقها في مواقع الوجود، فمنطقية هذا العلم مشتقة من منطقية التشريع العامة!

هذا، وقد جاوز الإسلام في تشريعه الخالد، هذه «المرحلة المنطقية العامة» التي ينبغي أن تكون «مُبْتَدَأً» لكافة مراحل التشريع، لأن الاتساق العقلي والمنطقي هو من أصول مقتضيات هذا الاصل الفطري العام.

تخلص من هذا، الى ان «نظرية الباعث» في الفقه الاسلامي المقارن التي استوت قائمه بين يديك، بحثاً أصولياً دقيقاً، من حيث مفهومها العام، وشروطها، ومعاييرها، ووظيفتها، وحكمها على التصرفات والعقود، عبادات ومعاملات، وبما تمتاز به من تحليل، وتأصيل واستدلال، وتفرع تطبيقي، ومقارنة بين المذاهب الفقهية المعروفة، قد جاءت توثيقاً لهذا الاصل المنطقي العام الذي يقوم عليه التشريع الاسلامي كله، لتُزيلَ كُلَّ مناقضةٍ من جانب المكلف، بين قصده في العمل وأمثال التكليف، وبين قصد المشرّع من التشريع، حتى يكون عملُ المكلف، في ظاهره، وباطنه ومآله صورة صادقة، عن كليات وجزئيات التكليف، لفظاً، ومعنى وروحاً ومقصداً، ولتحول هذه النظرية بحكمها، بين المكلف في سائر وجوه نشاطه الحيوي، وعبادته، وتصرفاته، وعقوده، ومعاملاته في بواعثه النفسية، وقصوده، رامية، وبين مناقضته للمشرع، في مقاصده الكلية، والجزئية التي ما شرعت الاحكام كلها، إلا لتحقيقها، باعتبارها الغايات الأساسية من التشريع، بل ومن الوجود البشري، في كل زمن، وبيئة، لِسَبَبٍ بسيط هو أن «المناقضة» أو «التناقض» قد تبرأ القرآن الكريم منه، وكان هذا الاتساق والمنطقية، والإحكام، آية دالة على سماوية هذا الكتاب العزيز، فليكن امثال التكليف إذن، أو التصرف من قبل المكلفين على هذا الوزن، والضابط لذلك هو «نظرية الباعث» التي بين يديك، فأنظر - رعاك الله - إلى هذا العبء، والوظيفة الحيوية الهامة التي تربط التشريع كله، بهذه النظرية الخالدة، خلود الاسلام نفسه، في أحكامه، ومقاصده وغاياته في الوجود البشري.

أما «المناقضة» بين بواعث المكلف، وعوامله النفسية، وما يتوخى من المصالح من جهة، وبين مقاصد الشارع، من جهة أخرى فقد أشار إليها الامام الشاطبي، بصريح القول، من أنها «علة البطلان» في كل تصرف، وعبادة، وعادة، وعقد، بقوله في كتابه القيم «الموافقات»: «إنَّ «المقاصد» معتبرة في التصرفات، من العبادات والعادات، والأدلة على هذا المعنى لا تنحصر^(١).

وقول الإمام الشاطبي: إن المقاصد معتبرة - أي مقاصد المكلف - في التصرفات، عبادات وعادات، إنما يعني الاعتبار الشرعي من حيث صحتها، وبطلانها، وفَّق مشروعية الباعث، أو عدمه، وذلك حتى لا يكون ثمة «مناقضة» بين قصد المكلف، وبين قصد الشارع، وهذا ما صرَّح به الشاطبي في قوله في موضع آخر: «قصد الشارع من المكلف، أن يكون قصده^(٢) في العمل، موافقاً لقصد الله في التشريع، والدليل على ذلك ظاهرٌ من وضع الشريعة، إذ قد مرَّ أنها موضوعة لمصالح^(٣) العباد على الإطلاق والعموم، والمطلوب من المكلف أن يَجْريَ على ذلك في أفعاله، وأن لا يَقْصِدَ خلافَ ما قَصَدَ الشارع^(٤)» أي أن يكون «الباعث» لدى المكلف، وما يقصد أن يحصله من غايات ومصالح، آخر الأمر، غير مناقض ولا منافٍ لقصد الشارع من التشريع الذي كلفه به، فلا عبرة بظاهر الفعل المشروع، إذا كان الباعث عليه غير مشروع.

هذا، وترى هذا المعنى واضحاً في صورة أقوى، في قوله في موضع آخر: «كلُّ من أبغى في تكاليف الشريعة غيرَ ما شرعت له، فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها، فعلمه في المناقضة باطل، فمن ابغى في التكاليف ما لم تشرع له، فعمله باطل^(٥).

ثم ترى الامام الشاطبي بقوة عارضته يقيم الادلة الفعلية والمنطقية على

(١) الموافقات - ج ٢ - ص ٣٢٣ - بتعليق الشيخ دراز.

(٢) أي قصد المكلف، وباعثه على العمل.

(٣) ... المرجع السابق أي هي المقاصد الأساسية، أو مبادئها التي ينبغي أن تدور تلك المصالح في فلكها، لا تحدها، ولا تنافسها، والا نهضت الغاية الأساسية من التكليف كله.

(٤) الموافقات - ج ٢ - ص ٣٣.

(٥) الموافقات ج ٢ / (٣٣١) و (٣٣٣)

صدق هذه القضية بقوله: «أما ان العمل المناقض باطل، فظاهر فإن المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودَرْءِ المفاسد، فإذا خولفت، لم يكن في تلك الأفعال التي خولفت بها، جلبُ مصلحة، ولا دَرْءُ مفسدة»^(١) فهذه مناقضة ظاهرة!

«وأما أن من ابتغى في الشريعة ما لم توضع له، فهو مناقض لها، فالدليل على ذلك أمور»^(٢).

وهذا صريح، أن «المناقضة» في «القصد» هي علة البطلان. وهذا ما أكده الإمام ابن قيم الجوزية من قبل، في موسوعته الفقهية «إعلام الموقعين»^(٣)، حيث يقول:

«هل الاعتبار بظواهر الألفاظ والعقود، وإن ظهرت المقاصد والنيات بخلافها؟؟ أم اللقصود والنيات تأثير يوجب الالتفات إليها، ومراعاة جانبها؟؟ وقد تظاهرت أدلة الشرع، وقواعده، على ان القصد (البواعث) في العقود معتبرة، وأنها تؤثر في صحة العقد، وفساده^(٤)، وفي حلّه، وحرمة، بل أبلغ من ذلك، أنها تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد، تحليلاً وتحريماً، فيصير حلالاً تارة، وحرماً تارة، باختلاف النية والقصد، كما يصير صحيحاً تارة، وفساداً تارة باختلافها، وهذا كالذبح، فإن الحيوان يحلُّ إذا ذُبِح لأجل الأكل، ويحرم إذا ذبح لغير الله.. وهذا بصورة الفعل والعقد واحدة، وإنما اختلفت النية والقصد».

هذا، وقد اشتق الفقهاء من استقراءهم للنصوص، قاعدةً فقهيةً عامةً مُحْكَمَةً، مؤداها: «الأمر بمقاصدها» أي صحة وبطلانها.

(١) وهذا أكبر عامل على تهافت الشريعة، وفوات تأثيرها في بناء الامة، ورعاية مصالحها.

(٢) راجع الموافقات - ج ٢ - ص ٣٣٣ - للتوسع في الاستدلال.

(٣) اعلام الموقعين - ج ٣ - ص ٩٦ - ص ٩٨.

(٤) الحكمين: الدينوي والديني، قول الامام ابن القيم ان القصد والبواعث تؤثر في صحة العقد وفساده، اي قضاء، اي اذا فسد الباعث فسد العقد وبطل، ولا أثر له، وهذا حكم دينوي.. واما قوله ان الباعث يؤثر في حله وحرمة، اي بين العبد وربه، وهذا حكم ديني، فالتأثير يشمل (الحكم الديني والدينوي)

على أن الراجح من مواقف الفقهاء، أن «الباعث» ذو أثر قوي، لا في الآثار المباشرة للعقد، بل يشمل أيضاً البواعث البعيدة التي تتعلّق بآثار العقد الصحيح، التام الشرائط والأركان، ولو كان الباعث الأول، الحصول على ما يحدثه حكم العقد الأصلي من أثر؛ كالمبيع، فالحصول على المبيع إذا كان مალأً متقوماً مشروعاً أملاكه، بعقد صحيح، وهذا الباعث الأول صحيح بصحة ذلك، غير أنه إذا كان للمشتري باعث آخر أبعد من الباعث السابق، وكان غير مشروع، فإنه يبطل التصرف من أساسه أيضاً، تطهيراً للمعاملات وللنفوس من البواعث غير المشروعة، قريبها أو بعيدها، ولا سيما إذا كان الباعث الثاني هو الأصلي المؤثر، أو الرئيس!! وهكذا يتعقّب الفقه الإسلامي، بدقته، البواعث كافةً قريبها وبعيدها، فالبواعث تؤدي إلى مناقضة المشرع، واقعاً وعملاً، ومن ذلك، بيع العنب ممن يُعتقد أو يُظنُّ أنه سيعصره خمراً، وما أشبه ذلك، فقد جاء في «المغني»^(١) للحنابلة: «وبيع العصير ممن يتخذه خمراً باطل، وجملة ذلك أن العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمراً محرماً»^(٢)

وقولنا «ما أشبه ذلك» أي ما يدخل في مفهوم هذا المبدأ العام من فروع، بحيث تحقّق مناطه فيه، مثل: بيع السلاح لأهل الحرب، أو لقطاع الطريق، أو في الفتنة، وإجارة الدار لبيع الخمر فيها، وتعميم الحكم في كل واقعة تحمل هذا المعنى، هو ما جاء في كتاب المغني وغيره «وهكذا الحكم في محلّ ما يُقصد به الحرام» تعميماً مردّه القياس، لاتحاد العلة، والقياس عمل بروح النص ومعقوله، كما نعلم، وهذا هو الاتساق المنطقي، والإحكام التشريعي الذي لا يعتريه نقص، ولا تناقض، ولا ريب أن هذا ينهض به استدلالاً، قوله تعالى: «ولو كان من عند غير الله، لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً» وكذلك قوله - ﷺ -: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى» وقوله - ﷺ -: «كلُّ عمل ليس عليه أمرنا فهو ردٌّ»^(٣) أي ظاهراً وباطناً، شكلاً وباعثاً.

(١) انظر «المغني» في فقه الحنابلة - ج ٤ - ص ٢٨٣ - ص ٢٩٤.

(٢) المرجع السابق.

(٣) الموافقات - ج ٢ - ص ٣٤٤ ص ٣٤٥ للشاطبي

ومعنى هذا، انه لا بد من التوافق أو التطابق بين القصد والعمل، ولا يُكتفى بظاهر العمل، بأن كان مشروعاً دون القصد، كما لا يعتبر القصد المشروع، إذا كان العمل مخالفاً، وهذا التطابق الضروري بين الظاهر والباعث هو المشروع، إذ لا بُد من وقوع القصد المشروع على عمل مشروع، حتى يصادف الباعث المشروع محلّه^(١)، فالنية المنفردة في حكم عملي، لا اعتبار لها، ولو موافقة، اي مشروعة، إذ الأعمال المخالفة في حكم العدم، لعدم شروعاتها، ولو صحت النية! فتوزيع الفوائد الربوية على الفقراء مثلاً، عمل غير مشروع أصلاً، فكان في حكم العدم، ولو كانت النية أو الباعث مشروعاً، اذ لا بد من أن تقع النية المشروعة على عمل مشروع أصلاً، لتصادف محلّها، وليتم التطابق بين الروح والعمل، والا كان التناقض، وهو مرفوض، من اي جهة كان؛ فلا يبرر العمل المخالف صدق النية، كما لا يبرر ظاهر العمل الموافق، البواعث غير المشروعة، لأنها بسبيل أن تحقق أغراضاً تتنافى مع الأغراض التي رسمها المشرع اساساً من حيث المال. فالمناقضة ممنوعة، أن في القصد أو العمل! لتنافيها مع الأصل العام الذي قامت عليه الشريعة كلها، أحكاماً ومقاصد^(٢). مؤدي هذا، أن الحكم الشرعي المتعلق بأعمال المكلفين، هو وحكمة تشريعه، والمصلحة المتوخاة منه شرعاً، مقترنان، أو صنوان لا ينفكان، ولا تعتبر مراعاة أحدهما دون الآخر، باطلاق! ليس عجباً إذن، أن تحظى «نظرية الباعث» في التشريع الإسلامي، بمثل هذه الهيمنة المنبسطة الظل على سائر أحكام الشريعة، قواعد، واصولاً، وفروعاً، من حيث العمل والأثر، وذلك لأمرين هامين لا بد من تناولهما بإيجاز في هذه المقدمة، وهما: مفهوم العدل، ومنطق التشريع.

أ - أما مفهوم العدل في الاسلام - كلياً وجزئياً - فليس أمراً فلسفياً ذهنياً تجريدياً، وإنما هو واقعي مجسّد ملموس، جاءت «نظرية الباعث» لتحميه، وتصونه، وتعمل على تحقيقه، في الواقع الوجودي في المجتمع، وبيان هذه الوظيفة الإيجابية عظيمة الأثر لا تصلها بمفهوم العدل الذي قام عليه التشريع كله

(١) المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق - ص ٣٤٠ - وما يليها.

نفصله فيما يلي :

من المقرر، أن الحكم الشرعي ، إنما هو - في فلسفة التشريع الإسلامي - مشروع وسيلة إلى غاية مرسومة، قرر الشارع تحصيلها من قبل المكلفين، ولا ريب أن الغاية أهم من الوسيلة اعتباراً، عقلاً وشرعاً، بدليل أنه إذا تقاعس الحكم، أو تقاعد عن تحصيل مقصوده لظرف من الظروف - وجب إيقاف العمل به لئلا يؤدي إلى نتيجة أخرى، غير نتيجه الأولى التي شرع من أجلها، وقد تكون نتيجة ضَرَرِيَّة عامة، تمس صالح المسلمين كافة، أو أهل إقليم منهم، فيجب التوقف عن تنفيذ الحكم والعمل به، حتى تزول الظروف التي شككت علته الجديدة، أو يطبق على الواقعة الجديدة، حكم آخر يناسب هذه الظروف المتجسدة ضماناً لتحقيق المصالح والغايات المشروعة التي تدور في فلك مقاصد الشريعة.

والسؤال الذي يطرح نفسه الآن، في هذا الصدد، هو أن الحكم الشرعي الذي شرع وسيلة لغاية ومصلحة معينة شرعاً، إذا كان عدلاً، وهو حكم الله العادل، لا ريب في ذلك أفلا تكون غايته، ومقصد الشارع منه، عدلاً أيضاً؟؟ وهذا معناه، أن نظرية الباعث إذ تنصب وظيفتها على مراعاة القصود، ومطابقتها لمقاصد الشارع، فإنما ترعى «العدل» في ذاته، وليس وراء ذلك شيء يبتغى : وهذه وظيفة بالغة الخطر والأهمية، لهذه النظرية الكبرى، الحساسية موقفها من تصرفات الناس، إذ ترعى مناط العدل فيها، وهو ما جاءت الشريعة لإقامته!! ومقصد الشارع من كل حكم يجسد العدل في أجلى معانيه. فإذا كان باعث المكلف، هدم هذه الغاية، لتحقيق غاية أخرى خاصة به، لغرض أو هوى، عن طريق «التحايل» على الشريعة، باتخاذ عمل مشروع في الظاهر، لتحقيق غرض غير مشروع، من هدم واجب، أو تحليل محرم، كان ذلك «نقضاً لمقتضى العدل في التشريع» بدهاء، ونظرية الباعث له بالمرصاد، حيث تُقرر أن جزاء ذلك التصرف هو البطلان.

ب - أما المنطق التشريعي العام، فلأن الحكم الشرعي - كما نعلم - لم يشرع اعتباطاً، ولا تحكماً، لمجرد إخضاع المكلفين لسلطان التكليف، ولا ارتجلاً، دون غاية أو مصلحة معقولة، تبرر منطقته، وتكون قناعة المكلف

بالتكليف، ليكون الأمثال طوعياً وذلك، ليوفر الشارع للمكلف كامل حريته، بعد آقتناعه، بعدالة التكليف، وجدوى الحكم الممثل، لأن الشارع - في الواقع - أراد أن يخاطب بأحكامه أحراراً أعزّة، لا أناساً مسوقين قسراً بسلطان أو قناعة من المكلف، وهذا هو المنطق المتسق، حتى اذا عمّد المكلف إلى العبث بمقررات الشرع، وغاياته، وحكمه، والمصالح المتوخاة من أحكامه وقواعده، شرعاً، أثرةً، وأنانية، فقد هدم هذه «المنطقية» التي تسوّغ في حكم العقل أساس تشريعه، وهذا ما أشار إليه الامام الشاطبي، في أجلى وأوجز عبارة، وأقواها أثراً في النفوس بقوله، إنّ: «القصد غير الشرعي، هادِمٌ للقصد الشرعي»^(١) فالهدم - كما ترى - هو أثر للمناقضة بين القصدين، وهو ما حرّصت «نظرية الباعث» على الحيلولة دون وقوعه، فحافظت بذلك على «مفهوم العدل» في التشريع، عملاً وواقعاً، كما حافظت على منطقته وإحكامه، بالحيلولة دون وقوع «المنافاة» بين النظر والتطبيق، وإي فائدة تُرتجى من الحكم الشرعي النظري، إذا ما طُبّق على غير الوجه الذي شرع من أجله؟! قد يكون عدم تطبيقه وامثاله في هذه الحال خيراً من تطبيقه أو تنفيذه على الوجه المنافى!!

أضف إلى ذلك، أن الشريعة الإسلامية غنيّة جداً بالمبادئ والقيم العليا، والأحكام الخلقيّة والدينية، فمن المعقول جداً، أن تجعل لهذه القيم والمبادئ والأحكام، المقام الأول في تشريعها، باعتبار أنها تقوم اصلاً على «عقيدة دينية» قوامها تطهير النفس من سوء البواعث والقصود، من مثل الفسق، والبشع والخداع والتحايل، ونية الاصرار، والهوى، والأثرة، وما الى ذلك مما هو واقع ومشهود، وكل ذلك مناف، للقيم العليا، والفضائل الاسلامية التي جاءت لِتتمّ مكارم الأخلاق، اقول: إذا كان هذا من الخصائص الذاتية للشريعة الاسلامية، وما تميّزت به أصولها وفروعها، على مستوى لم تر غيرها من الشرائع، قد ارتقى إليه، فليس غريباً إذن، أن تكون «نظرية الباعث» عميقة الجذور في هذه الشريعة، منذ أن أنزلت على هذه الأرض وحياً، جاء الشرع مُشبعاً بها، لتصون عدله في الخلق، ومنطقته في التشريع، من حيث ما يرمى إليه من مقاصد أساسية» قد ثبت قطعاً،

(١) الموافقات - ج ٢ - ص

أنها ضرورية لكل مجتمع إنساني، تلك «المقاصد» التي تعتبر مباني للمصالح الحقيقية المُعتبرة شرعاً، حتى لا يختلط مفهوم المصلحة بالأثرة، والأنانية، والعنصرية والهوى الذاتي، أو الأقليمي، أو غير ذلك، مما يعتبر من ألوان الاهواء، ومن هنا تُدرك روح قول الأمام الشاطبي:

«إنما جاءت الشريعة لتخرج الناس عن دواعي أهوائهم»

وتدرك أيضاً - رعاك الله - أن «نظرية الباعث» لو اتخذت مجال تطبيقها، لا في القضاء فحسب، بل وفي مجال الاقتصاد، والاجتماع، والسياسة، وغيرها، لكان لها بالغ الأثر في تكوين المجتمع المسلم، وصياغته على عين الشريعة، عملاً وواقعاً.

هذا، وما يملك على إدراك ما بلغته الشريعة من شأٍ في رعاية المصالح الحقيقية الجديّة المعتمدة، ومن صيانتها لمبدأ العدل المطلق في التشريع، والتطبيق، كليهما، أنها قررت هذه النظرية، منذ أمد بعيد جداً في حين أنه لم يمتد إليها التشريع الوضعي في انحاء العالم الا في العصر الحديث حيث جاء بما يسمى «نظرية السبب الحديث» ويعنون بها «نظرية الباعث» ولكنها لم تحظ بما حظيت به في الشريعة، سعة وإحكاماً، فقد ادخلتها الشريعة، في «مبدأ سد الذرائع» وفي «مبادئ السياسة الشرعية» سواء في الظروف العادية، وغير العادية، كما أدخلتها في جانب كبير من «نظرية التعسف في استعمال الحق» على النحو الذي تراه مبسوطاً في هذه الرسالة، بعناية واتقان أصولي فذ.

هذا، وقد نهض ولدنا الذكي السيد عبد الله ابراهيم زيد الكيلاني، بعبء بحث هذه النظرية الهامة، بحثاً أصولياً، مشبعاً بروح الموضوعية، وعلى أسس منهج دقيق مرسوم، أسعفه في ذلك، إدراكه لاصول الشريعة ومقاصدها، ادراكاً يتسم بالفهم والعمق، تبدى ذلك لي، من خلال مناقشته اياي، في كل ما أعزل من مسائل دقيقة، في هذا البحث، فكانت تلك المناقشات تنم عن عقلية نيرة مستبصرة، تقوى على الاسترسال في التعمق في علم الأصول، ومظان الفقه، ومصادره الأصلية والحديثة، الى ابعد مدى!

هذا فضلاً عما اضطلع به - عن جدارة ومقدرة - من المقارنات الدقيقة بين المسائل وأحكامها، والموازنة بين أدلتها، في المذاهب الفقهية، على اكمل وجه! وعلى هذا، فقد غدا طبيعياً جداً - بالنظر للأهمية الكبرى لهذه النظرية، وما حظيت به من بحث اصولي وفقهي عميق، وجهد علمي موضوعي واجد، بذله السيد عبد الله ابراهيم زيد الكيلاني مما هو بادٍ في هذه الرسالة، لا يخفى على من له ادنى مسكة من النظر والتفهم، اقول : قد غدا طبيعياً القول بأن هذه «الرسالة» القيمة التي حظيت بدرجة الماجستير بتقدير واعجاب اجماعيين من قبل السادة الدكاترة اعضاء لجنة المناقشة، من كلية الشريعة، بالجامعة الأردنية، بأنها تسدّ فراغاً كبيراً في مكتبة الفقه الإسلامي واصوله، في العالم الاسلامي، واضحى جديراً بأولي العلم، واهل الاختصاص، الانتفاع بثمرات هذا الموضوع الهام، سواء منهم الفقهاء والأصوليون، ورجال القانون الوضعي، اذ ليست هذه النظرية مقصوداً أثرها على التشريع الإسلامي، بل يشمل كل تشريع، ما دامت تتصل بمفهوم العدل، ومنطقية التشريع، كما ذكرنا، ولم نَرْ نظيراً لهذه الرسالة في موضوعها، فيما كتب، وصنف حتى اليوم!! سوى مقالات موجزة، أو بحوث مبتورة لم تقوَ على إفراد موضوعها في بحث علمي منهجي شامل.

أسأل الله تعالى، لولدنا البارّ الذكيّ، خير ما سأله لنفسه، من مستقبل زاهر، ومن التوفيق، والسداد، رقيّاً في معراج العلم، والبحوث الأصولية المتميزة، وأن يُقرّ به عيون والديه وذويه، وأن ينفع به الاسلام والمسلمين، إنه اكرم مسؤول.

والله ولي التوفيق

الدكتور

محمد فتحي الدريني

بسم الله الرحمن الرحيم

«الحمد لله الذي أنزل على عبده الكتاب ولم يجعل له عوجاً الحمد لله الباعث
من العدم احمدك ربي كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك، وأصلي وأسلم على
سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن سار على نهجه الى يوم الدين».

رَفَعُ
عبد الرحمن العجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

مقدمة

اتسم الفقه الاسلامي بالواقعية، لوثيق صلته بالأحداث والأحوال التي كانت تقع في كل عصر، يعالج الواقع جزئية جزئية، ليجد لها حلاً وحكماً شرعياً، ان وجد لها نصاً من كتاب أو سنة، أو انعقد عليها اجماع أو كان لها نظير تقاس عليه لاشتراكهما في العلة الموجبة للحكم. أو يجد لها حكماً «دلالة» مستمداً من الأصول العامة التي أرشد اليها الشارع طرقاً أو يجد لها حكماً أو خططاً تشريعية أخرى للاستنباط، كالاستحسان والاستصلاح وقاعدة الذرائع، والعرف المعتبر والاستصحاب الذي يلجأ اليه، باعتباره آخر مدار الفتوى على ما هو معلوم في علم الأصول.

هذا ولا يضير الفقه الاسلامي ألا يوجد فيه «نظريات عامة» مؤصلة تعتمد وتتسع مفاهيمها الكبرى، لتشمل سائر الجزئيات التي تندرج في موضوعاتها، لتنسحب عليها أحكامها؛

ذلك لأن عناية فقهاء الاسلام، كانت منصبّة على دراسة كل مسألة على حدة، وتحليل عناصرها، وتبين ما يحتفّ بها من ظروف ذات أثر بالغ في تشكيل علة الحكم التي هي ضابط حكمه تشريعه نفاذاً علمياً أصولياً دقيقاً الى استظهار مراد الشارع، ليكون الاجتهاد في استنباط حكمها تحقيقاً لذلك المراد، وتعميقه في أوسع مدى بما يتسق ذلك المراد ومقصد الشارع في كل مسألة، ومقاصده العامة من التشريع كله، باعتبارها صوى للعدل، ومعالم للحق وطريقاً ممهداً للمصلحة الحقيقية المعتبرة شرعاً. والأ كان التناقض بين الجزئي والكلّي مما تنخرم به قواعد العدل ويخلّ بالمصلحة التي هي غاية الحكم والمقصد الأساسي من تشريعه.

هذا، وباعتبار أن الفقه الاسلامي، قد اعتنى بمفاهيم العدل والمصلحة في كل جزئية على حدة، كان ذلك آية صدق على تحريره مسالك التطبيق التي تمضي الى ذلك، عملاً، من قبل المكلفين، وهذا ما وقع فعلاً من جهد فقهي في كافة مذاهبه الجماعية.

فكان هذا التحري لمسالك تطبيق المكلفين، نوعاً آخر من الاجتهاد لا يقل أهمية وأثراً على الاجتهاد في الاستنباط، إذ هو الثمرة الواقعية العملية التي تجتني من الفقه كله!!

وعلى هذا فليس عجيباً إذن، أن نرى عناية الفقهاء بالعوامل النفسية التي توجه ارادات المكلفين وقدراتهم، إبان ممارستهم للتصرفات والعقود، والعادات المشروعة في الأصل باعتبار أن هذه العوامل أو البواعث الدافعة أو المستحثة، ذات أثر فعال في نتائج التصرف ومالاته، التي ينبغي أن تكون على وفق المآلات التي توخاها المشرع واعتبرها أساساً في المشروعية والآ كان التنافي أو التناقض الذي هو علة البطلان.

يدلف الفقيه اذن، الى كهف أسرار النفس الانسانية يتحسس بواعثها، ولا سيما الرئيسة منها، باعتبارها العامل القوي الذي يوجه الارادة، وللأرادة شأن في تكييف التصرف في الفقه الاسلامي، حيث يصطبغ بصبغة «الباعث الدافع» نفسه، اذ الأعمال ثمرات جنية للبواعث بلا ريب، فكانت ذات أثر في «المشروعية» سلباً أو ايجاباً، حماية لمقاصد الشريعة وصونا لمراد الشارع الذي يمثل «العدل» في الحكم في أجلى معانيه وأبهى معارضه.

ومن هنا أمكن القول بأن الوقوف على مشروعية الباعث أمر لا مناص منه، اذ منه تستمد «مشروعية» التصرف المشروع في الأصل «خشية اساءة المكلف في مباشرته للتصرفات والعقود، والاباحات وليتجه بأرادته المنفذة للتكليف، الوجهة الحقيقية المشروعة التي تُفضي الى الغاية التي توخاها المشرع، اذ بها تتجسد المصلحة أو الحكمة التشريعية واقعاً، وعملاً، فيكون هذا التطابق التام بين قصد الشارع وقصد المكلف نظراً وعملاً، وهذا التطابق التام هو أية المشروعية.

هذا وأن الاساس في عناية الفقهاء - ولا سيما المالكية والحنابلة - في «البواعث والقصود» وتكييف الفعل بالمشروعية وعدمها على ضوء تلك البواعث يعود الى ادراكهم للأساس العام الذي قام عليه التشريع الاسلامي كله .

ومن هنا تظهر أهميتها - أي نظرية الباعث - ومدى انبساط طلبها على كافة التصرفات والعقود والعادات والأبحاث بل تراها شاملة لوجوه النشاط الانساني كله سواء في الميدان الاجتماعي أو الاقتصادي أو السياسي أو العسكري أو الدولي بوجه عام .

هذا وان منهج البحث لدى الفقهاء المسلمين في استنباط الأحكام للوقائع المعروضة مسألة مسألة، لا يقل أهمية وجدوى عن بحث النظريات العامة .

ذلك، لأن النظريات انما أصلت أركانها وشروطها، ورتبت أحكامها من أجل المسائل والجزئيات لاستمداد حلولها منها، والفقهاء المسلمون اتجهوا مباشرة الى المسائل دون تعريج على النظرية العامة، باعتبار أن المسائل الجزئية تشتمل عادة على عناصر متفاوتة، أو تلبسها ظروف متباينة، فكان النظر الى كل مسألة على حدة، أوثق بالعدل في تشريع حكمها من ادراجها تحت مفهوم كلي، وان كان بحث النظرية، كنظرية عامة له مزاياه من تجنب التكرار، ووضع ضوابط عامة، ومفاهيم كلية، فهو أرقى من جهة البحث الأكاديمي .

على أن هذا لا يعني ان الفقه الاسلامي خلو من النظريات العامة، بل هو على العكس من ذلك، غني بها، غناه في فروعه التي لا تحصى كثرة، مما تضمنته الموسوعات الفقهية الاسلامية التي تضافرت على انتاجه عباقرة العلم من سلالات شتى انضوت تحت لواء الاسلام في سائر بقاع الأرض فجاء فقها غنياً موسوعياً، يميز بالحركة والنماء، والدسامة في كل ما تناوله من موضوعات، وقضايا تتعلق بسائر نواحي الحياة الانسانية .

نظرية الباعث - في الفقه الاسلامي - جاءت ثمرة طبيعية للأصول العامة في التشريع، مما يتصل بالقيم الانسانية والقواعد الخلقية التي يزخر بها هذا التشريع . ووجدت نظرية «الباعث الدافع» تربة خصبة في الفقه الاسلامي ذلك لأنه

فقه يزخر بالتعاليم الخلقية، التي تحتل المكان الأول في تشريعه، فكانت هذه التعاليم والقيم العليا ذات أثر بالغ في حرص هذا الفقه على طهارة الباعث وشرف المقصد، ونبل الغاية وحقيقة المصلحة، التي تمثل عدالة التشريع واقعاً وعملاً، وبذلك جمع التشريع الاسلامي بين «الواقعية» و«المثالية» في آن معا، ونظرية الباعث أول مظهر لها.

ولهذا سبق التشريع الاسلامي سائر التشريعات الوضعية في ارسائه لاصول نظرية الباعث، بحيث جاءت كاملة مستوفية الأركان والشروط، والأحكام، ولم تكن نتيجة للتطور على النحو الذي مرت به القوانين الوضعية. حيث لم تعرفها القوانين الوضعية الا بعد زمن طويل، مرت في أطوار بعضها كان يتنكر لها ويستبدل بها النظرية التقليدية للسبب، وبعضها يعترف بها، ولكن على نطاق ضيق الى أن استقرت - (لا سيما في هذا القرن على الخصوص - في نظرية السبب الحديثة مما سنتناول لبحثه في هذه الرسالة.

على أن «نظرية الباعث» ذات صلة وثقى باستبطان «علة النص» اذ العلة ضابط الحكمة التي هي غاية تشريع الحكم، كما انها ترسم الهدف الشرعي الذي يتوخى الشارع تحقيقه عن طريق التكليف بالحكم، . حتى اذا اتم ذلك أمكن التعرف على مدى مطابقة الباعث الشخصي لدى المكلف، لهذه الغاية، أو تضاده معها، وبغير ذلك لا يمكن المقارنة بينهما مما يفضي بنا في الآخرة الى وجود تعليل النص لتبين علة وحكمته اللتين تحددان مقصد الشارع من حكم النص فكان لنظرية الباعث كما ترى صلة وثقى بالاجتهاد بالرأي وتعليل النص، وهو ما سنتناوله مفصلاً في بحث الأدلة ان شاء الله .

الباب الأول : ويتناول النظرية تأصيلاً واستدلالاً

وفيه فصول :

الفصل الأول : تحديد معنى الباعث لغة واصطلاحاً عند الأصوليين والفقهاء .

الفصل الثاني أصل تحقيق المناط وأثره في الاعتداد بالباعث عند الأصوليين والفقهاء .

الفصل الثالث : أدلة النظرية من القرآن، والسنة والطرق التشريعية .

الفصل الرابع : شروط وضوابط إعمال النظرية .

الفصل الخامس: المشروعية أصل ثابت في الشريعة الإسلامية .

الفصل السادس: آثار النظرية

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الأول

- ١ -

تحديد معنى «الباعث»

لغة واصطلاحاً عند الأصوليين والفقهاء

الباعث لغة : مادة بعث، تعني الارسال، والدفع، والابقاظ:

بعثه على الأمر بمعنى أرسله، وبعثه من منامه، أيقظه وأهبه وبعثه لكذا، فانبعث، أي أرسله، فاندفع وذهب، هذا ما جاء في أساس البلاغة، والقاموس المحيط ومختار الصحاح.

هذا المعنى اللغوي هو من المعنى الاصطلاحي بسبب فهو : ذلك الأمر النفسي الذي يحرك الارادة وبعثها لتحقيق تصرف معين، بحيث يكون هذا التصرف المنشأ كالوسيلة بالنسبة الى الباعث حتى اذا نفذ الباعث عن طريق التصرف، كان غاية ومالاً حسياً^(١) قائماً.

وهو ركن النظرية، اذ ركن نظرية الباعث هو الباعث نفسه.

ومن خصائص الباعث أنه أمر نفسي يختلف باختلاف الأشخاص.

ثم هو خارجي بمعنى أنه خارج عن مقتضى العقد أو التصرف.

ومثاله : شراء بيت، فان الباعث على الشراء قد يكون استخدامه للسكن وقد يكون تأجيره، وقد يكون تحويله الى دار للأفساد فهذه بواعث باختلاف الأشخاص.

أما الغاية النوعية من التصرف أو مقتضاه، فهو في مثالنا امتلاك المشتري للبيت، وهذا لا يختلف باختلاف البواعث واختلاف الأشخاص.

(١) التعبير عن الإرادة، ص ٥٠٤، وحيد سوار، مذكرة في بيان الالتزامات، أحمد إبراهيم بك.

الباعث اصطلاحاً عند الأصوليين والفقهاء الأقدمين :

لم ترد كلمة «الباعث» على لسان الأصوليين والفقهاء، بمعنى القصد الدافع للمكلف الى تحقيق غرض أو غاية معينة، وانما ورد لفظ «القصد أو النية» تعبيراً عنه، في مثل قول الامام الشاطبي في الموافقات : «قصد الشارع من المكلف، أن يكون قصده من العمل موافقاً لقصد الله في التشريع»^(١).

وأحياناً يستخدم كلمة «الابتغاء» في مقام التعبير عن الباعث الدافع أو المستحث على العمل كما في قوله : «كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له، فقد ناقض الشريعة، وكل ما ناقضها، فعمله في المناقضة باطل فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل»^(٢).

على أن بعض الأصوليين استخدم كلمة «الباعث» ولكن في غير معنى «الدافع النفسي» للمكلف بل بمعنى «العلة» أو السبب الحامل على التشريع ولما كان هذا المعنى لا يليق بالذات العلية فسر بمعنى تضمن «العلّة» حكمة مقصودة للشارع من تحقيق مصلحة أو درء مفسدة.

مما يجعل هذه «العلّة» مناسبة لترتيب الشارع الحكم عليها، فالامام الأمدي في كتابه الاحكام، قد عرّف العلة «بالباعث»، حيث يقول : «لأن العلة اما بمعنى الامارة أو الباعث... وأما ان كانت بمعنى الباعث، فلا يمتنع أيضاً أن يكون الوصف الواحد باعثاً للشرع»^(٣)... الخ.

ثم لا يلبث أن يفسر كلمة الباعث بما قررنا آنفاً من كونه وصفاً «مناسباً» للحكم، بمعنى أن ترتيب الحكم عليه، يحقق مصلحة مقصودة للشارع حيث يقول : «فلا يمتنع أيضاً أن يكون الوصف الواحد، باعثاً للشرع على حكمين

(١) الموافقات في أصول الشريعة وعليه شرح عبد الله دراز، لأبي اسحاق ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي الشهير بالشاطبي، عدد المجلدات أربعة، الطبعة بلا، الناشر : دار المعرفة، لبنان، (وسيشار اليه حيثما ورد بالبحث بـ الموافقات - الشاطبي)، ج ٢، ص ٣٣١.

(٢) نفسه، ج ٢، ص ٣٣٣.

(٣) الأحكام، ج ٣، ص ٣٤٤ - ٣٤٥، للأمدي.

مختلفين أي مناسباً، وذلك كمناسبة شرب الخمر للتحريم ووجوب الحد، وكذلك التصرف بالبيع من الأهل في المحل المرئي فانه مناسب لصحة البيع ولزومه».

هذا وقد جرى على لسانهم أيضاً كلمة القصد والنوايا، ولم تجر على لسانهم كلمة «الباعث». ولعل كثرة استعمالهم للنية مشتق من الحديث المشهور «انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرئ ما نوى»^(١) والامام الشافعي في كتابه الأم يستعمل كلمة النية بمعنى «الباعث» حيث يقول: «أصل ما أذهب اليه، أن كل عقد، كان صحيحا في الظاهر لم أبطله بتهمة، وأجزته بصحة الظاهر وأكره لهما النية اذا كانت لو أظهرت كانت تفسد العقد» ولا معنى للنية هنا إلا الباعث»^(٢).

هذا والفقهاء ابن قيم الجوزية، كذلك يورد في كتابه اعلام الموقعين، نصوصا صريحة في التعبير عن الباعث، بالنية والقصد، حيث يقول: «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 وصحيحا أو فاسدا، وطاعة أو معصية كما أن القصد في العبادة يجعلها واجبة أو مستحبة أو محرمة أو صحيحة أو فاسدة»^(٣).

النية أعم مفهوما من الباعث

أن النية قد تعني ارادة التمييز بين العبادة والعادة^(٤)، في حين أن «الباعث الدافع» من شأنه أن يكون وراء الارادة، يوجهها لتحقيق غرض أو مصلحة، لا للتمييز بين العبادة والعادة^(٤) والقرائن هي التي تبيّن المراد منها.

غير أن النية اذا استعملت بمعنى «الباعث الدافع» كانت هي والباعث، والقصد، ذات معنى واحد، عند الأصوليين والفقهاء وهو: «الغرض البعيد غير المباشر الذي اتخذ الفعل أو التصرف وسيلة اليه» هذا واذا تعددت البواعث التي

(١) أخرجه البخاري، ج ١، ص ٧، ومسلم حديث رقم ١٩٠٧، ج ٣، ص ١٥١٥.

(٢) الأم ٣ : ٦٥ للشافعي.

(٣) اعلام الموقعين ٣ : ٩٥ - ٩٦، ابن القيم.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٢.

اتصلت بفعل معين، فالمعتبر هو الباعث الدافع الذي له تأثير في تحقيق الغاية التي يستهدفها، لأنه العامل الرئيسي في ذلك، ومن هنا أمكننا أن ندرك الصلة الوثقى التي تربط الباعث بالارادة أولا، وبالغاية التي تكون مآلا للتصرف أو الفعل الذي اتخذ وسيلة الى ذلك ثانيا.

وعلى هذا يمكن أن يدرك أيضا الغاية المتوخاة لانها هي الباعث أو مُتعلِّقُه قبل التنفيذ، أو اجراء التصرف، حتى اذا نُفِّذَ الفعل أو تَمَّ التصرف، كانت غايته هي متعلق الباعث.

فلا انفصال بين الباعث والغاية التي يتوخاها صاحبه، ومن هنا ندرك معنى عبارة الامام الشاطبي^(١): «قصد الشارع من المكلف، أن يكون قصده في العمل موافقا لقصد الله في التشريع»، كيلا يفضي قصد المكلف الى مآل يخالف احكام الشرع، أو غاية تؤذي مقاصد الشريعة.

فالباعث يتجسد عملا وواقعا في الغاية المتوخاة بعد التنفيذ من خلال الفعل أو التصرف، وحينئذ يحكم على التصرف، بحكم الشرع في تلك الغاية، ايجابا أو سلبا، حسب الأحوال.

فالباعث - كما ترى - ذو أثر بالغ على «مقاصد الشريعة» توثيقا، أو ابطالا حسب الأحوال، فإعمال الباعث اذن، حماية لهذه المقاصد جملة بما تمثل مقصد الشارع من التشريع كله، أو قل: تمثل المصلحة والعدل.

فابطال التصرف أو الفعل الذي يفضي باعث صاحبه الى انخرام مقاصد الشريعة تدبير وقائي يتصل بسياسة التشريع ومنهجه الوقائي على ما سنفصل القول فيه - ان شاء الله - فيما يأتي

(١) الموافقات ٢/ ٣٣٠.

الفصل الثاني

أصل تحقيق المناط وأثره في الاعتداد بالباعث عند الأصوليين والفقهاء

يجدر بنا قبل أن نتكلم عن تحقيق المناط، أن نعرف المناط فنقول
تعريف المناط: يطلق المناط على مضمون القاعدة التشريعية أو الفقهية أو
معنى الأصل الكلي الذي ربط به حكمه، كما يطلق على «علة» حكم النص
التشريعي الجزئي^(١).

وتحقيق المناط هو: التحقق من وجود مضمون القاعدة في الفرع، أو معنى
الأصل الكلي في جزئه، أو تحقق العلة المستنبطة في الفرع، حتى إذا اطمأن
المجتهد الى تحقق المناط سحب حكم القاعدة أو الأصل المقيس عليه لتساويهما
في العلة أو المضمون^(٢).

فاذا قلنا أنّ مناط أو علة تحريم الخمر هي الاسكار مثلاً فان المجتهد
سيبحث بدوره عن تحقق هذا المناط وهو الاسكار في النبيذ، فاذا رأى أنّ المناط
متحقق فيه عدّى حكم الخمر اليه.

ومن الأمثلة على تحقيق المناط، بمعنى مضمون الأصل الكلي، قوله تعالى:
«ولا تعاونوا على الأثم والعدوان»^(٣)، فإنّ مضمونه عدم جواز الاعانة على
المعصية، ومن المسائل التطبيقية التي اختلفت انظار المجتهدين فيها من حيث

(١) الفقه الاسلامي المقارن مع المذاهب، ص ٢٧، د. فتحي الدريني، الموافقات، ٤: ٨٩،
للشاطبي.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) سورة المائدة/٢.

تحقق معنى هذا الأصل الكلي فتلحق المسألة به وتأخذ حكمه أم لا ، مسألة
الاجارة على حمل الخمر .

فذهب أبو يوسف ومحمد الى عدم جواز العقد وبكراهية أخذ الأجر لأنه
إعانة على المعصية .

وقال أبو حنيفة : «الاجارة صحيحة ، ويطيب أخذ الأجر لأنه قد يحمله
ليخلله ، أما ان نوى حمله للشرب فعندها يتحقق مناط الاعانة على المعصية عند
أبي حنيفة ويفتي بكراهية أخذ الأجر وعدم جواز الحمل»^(١) .

فالمدار - كما ترى - على مدى تحقق الباعث غير المشروع بما هو اعانة
على الاثم والمعصية .

هذا وتحقيق المناط على نوعين^(٢)

١ - تحقيق المناط العام .

٢ - تحقيق المناط الخاص .

وبيان ذلك : أن الحكم التكليفي يتسم بالتجريد والعموم .

أما كونه متسما بالتجريد ، فلأنه يقع في الذهن متعلقا بدليله .

وأما كونه عاما فلأنه لا يختص بواقعة معينة ، أو شخص معين بالذات بل
يشمل جميع الوقائع وجميع المخاطبين .

وعند تنزيل النص على الواقع ، ينظر المجتهد في الظروف المختصة
بالمسألة الواقعة ، فإذا رأى أن المناط يتحقق في الواقعة المستجدة فان الحكم
التكليفي العام المجرد ينطبق على الحكم التطبيقي ، وهذا ما يسمى بتحقيق
المناط العام^(٣) .

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٤ : ١٩٠ . للكاساني .

(٢-) مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، ج ٤ : ٦٥ ، د . عبد الرزاق السنهوري .

(٢) الفقه المقارن ، ٢٨ ، د . فتحي الدريني .

(٣) المرجع السابق .

أما ان احتفت بالمسألة ظروف وملابسات لم يتعرض لها النص النظري ،
لأنه عام مجرد ، فان لهذه الظروف والملابسات أثرا في نتائج تطبيق الحكم ، وان
هذه النتائج تصبح هي الدليل في تكييف العمل بالمشروعية وعدمها تبعا لنوع
المنفعة او المضرّة يقطع النظر عن حكم أصل الفعل ، وهذا ما يسمى بتحقيق
المناط الخاص .

وهذه الموازنة بين الأصل النظري والحكم التطبيقي قام بها رسول الله - ﷺ
- نفسه اذ يقول لعائشة - رضي الله عنها - : «لولا قومك حديثو عهد بشرك ، لهدمت
الكعبة وبنيتها على قواعد ابراهيم»^(١) . فالظرف الملابس هو حدائنة عهدهم بالكفر
مما يدفعهم الى الارتداد أو الفتنة عند ارادة بناء الكعبة على قواعد ابراهيم من
جديد ، فتجنبنا لهذه المفسدة أحجم عن ذلك .

ومثال آخر ان الرسول - عليه الصلاة والسلام - قال : «أنا وكافل اليتيم في
الجنة كهاتين»^(٢) ولكنه عند الحكم التطبيقي في حالة أبي ذر لاحظ - عليه السلام -
أن «مناط» كفالة اليتيم لا يتحقق في أبي ذر لعدم صلاحيته لها ، اذ هو مصروف
بورعه عن الدنيا وكل ما يتعلق بتدبير الأمر فيها ولذا قال له الرسول - ﷺ - «لا
تكفلن یتیمًا ولا تولین اماره»^(٣) فانتفاء «مناط» الكفالة وهو النظر الى اليتيم
واصلاح شأنه ، يوجب انتفاء «المناسبة» من اسناد الكفالة اليه .

وعند اصدار الفتوى أيضا لا بدّ أن يراعي المفتي تحقيق المناط العام
والخاص كليهما ، وان يراعي المآلات التي تكون في تكييف الحكم وأن يراعي
البواعث على الفعل ، لأن أكثر المآلات أصلها بواعث . فقد جاء في كتاب الفتوى
في الإسلام للقاسمي عند تعرضه لشروط المفتي ، إذ يقول :^(٤) «والمفتي هو الذي

(١) أخرجه البخاري ١ : ١٩٨ - ١٩٩ في العلم باب ترك بعض الاختيار مخافة أن يقصر فهم بعض
الناس فيقعوا في أشد منه .

- ومسلم ج ٢ : ٩٦٨ .

(٢) أخرجه البخاري ، ج ١٠ : ٣٤٦ .

(٣) أخرجه مسلم ، ج ٣ : ١٤٥٨ .

(٤) الفتوى في الإسلام ، ص ١٢٤ . للقاسمي .

يحمل الناس على المعهود والوسط فيما يليق بالجمهور، فلا يذهب بهم مذهب الشدة، فيوقعهم بالحرج، ولا مذهب الانحلال فيؤدى بهم للمشي مع الهوى».

يلاحظ أن المفتي اذ يفتي بما يحمل الناس على الوسط فإنه قد راعى المآل باعتباره أمرا يتصل بمصلحة مرجوة لكن هذا الحكم العام لا يكون مناسباً لجميع المستفتين فبعضهم يحتاج الى الردع.

وفي هذا يقول الصيرمي: «إذا رأى المفتي المصلحة أن يفتي العامي بما فيه تغليظ جاز ذلك... زجرا له ولأمثاله ممن قلّ دينه ومروته»^(١).

فمراعاة حال كل مستفت على انفراد يتحصل به تحقيق مراد الشارع ومقصوده ويكون ذلك بالنظر للبواعث والمآلات.

وهكذا نرى أن تحقيق المناط هو اجتهاد عند التطبيق، ومراعاة ما ينشأ من نتائج وموازنة بين المصالح والمفاسد، فيوازن بين المصلحة التي توخاها حكم الأصل، وبين المفسدة الناشئة عن الملايسات عند التطبيق لزوماً، والمفسدة قد تكون واقعة أو متوقعة، وكلاهما يدرأ اذ المتوقع كالواقع «والدفع أسهل من الرفع»^(٢) وهذا هو الدور الوقائي لنظرية الباعث.

وهذا وصلة تحقيق المناط بموضوعنا نظرية الباعث من جهتين:

أولاً : من جهة تحقيق المناط العام في بعض الصور.

ثانياً : من جهة تحقيق المناط الخاص : وهو النظر للمآلات المتوقعة عند التطبيق والموازنة بين المفاسد والمصالح .

أما من جهة تحقيق المناط العام، فصورته في بيع العينة ونكاح التحليل اذ البيع الذي جعله الشارع سبباً لنقل الملكية هو البيع المقصود حقيقته وليس البيع الصوري.

(١) الفتوى في الإسلام للفاقي ٩٤.

(٢) الاشباه والنظائر، للسيوطي، ر، ص ٤٢.

فان صورة العينة دليل على أن السلعة لغويين العقدين الصوريين ، وقد فصلنا هذا في بحثنا مسألة العينة .

وأما نكاح التحليل ، فليس هو النكاح الذي جعله الله سببا لتحليل المرأة لزوجها فهذا العقد يقصد به أثر ما بعد الفسخ ، ولا يقصد به العقد الصحيح أي عقد النكاح ولا أثرا من اثاره ولا مقصداً فرعياً من مقاصده كأن يقصد النكاح من المرأة انسيبها أو جمالها . . الخ .

بل ان قصده مناقض لعقد النكاح لانه يقصد به أثر ما بعد الفسخ فلا ينشأ بهذا العقد عقد النكاح ولا يتحقق مناطه العام .

أما من جهة تحقيق المنطاط الخاص ، فإن الضرر المتوقع أو المفسدة المتوقعة والتي هي الباعث من وراء التصرف اذا كانت تفوق المصلحة التي شرع الفعل لاجلها ابتداء فانه ينتفي حينئذ المنطاط العام ان ينظر للمآلات المتوقعة ، وتكون هي الدليل الذي يستوجب حكماً خلاف الحكم الأصلي العام لتحقيق المنطاط الخاص للحكم الراجع .

وهكذا «فتحقيق المنطاط الخاص هو نظر^(١) في كل مكلف بالنسبة لما وقع عليه من الدلائل التكليفية ، من جهة الأذن الابتدائي ، ومن جهة المآلات المتوقعة أو الواقعة .

والمجتهد يحمل على كل نفس من أحكام النصوص ما يليق بها ، بناء على أن ذلك هو المقصود الشرعي في تلقي التكاليف ، فكأنه تخصيص عموم المكلفين والتكاليف بهذا التحقيق» .

(١) الموافقات ٤ : ٩٨ ، مصدر سابق .

أثر تحقيق المناط في اختلاف الفقهاء في الباعث

هذا وقد اختلف الفقهاء في فروع تطبيقية، نتيجة اختلافهم في مدى ظهور الباعث أو في تحقيق المناط.

نجد هذا جليا في قول الشافعي: «أصل ما أذهب اليه، أن كل عقد صحيح في الظاهر لم أبطله بتهمة...»، وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمرا ولا أفسد البيع إذا باعه، لأنه باعه حلالا وقد يمكن أن لا يجعله خمرا أبدا»^(١).

وهكذا نرى أن الشافعي لم ير أن هذه القرينة ومجرد ظن البائع أن المشتري سيعصره خمرا بناء على أن قرينة سلوكه كافية للدلالة على تحقيق المآل الممنوع، إلا أنه إذا ظهر الباعث الممنوع صراحة فإنه يفسد العقد كما نصّ على ذلك الشافعي في غير موضع^(٢).

ويظهر أن الخلاف في تحقيق المناط في قول أبي حنيفة في مسألة الاجارة على حمل الخمر «وليس الحمل من ضرورات الشرب، والحديث: في لعن حامل الخمر والمحمولة اليه... الخ محمول على الحمل بنية الشرب وبه نقول، ان ذلك معصية ويكره أكل أجرته»^(٣).

فأبو حنيفة لم ير أن مناط الاعانة على المعصية قد تحقق في هذا المثال ولا ان الحمل قرينة على الباعث لدى المحمولة اليه وهو الشرب، أما ان اتضح الباعث، وكان باعته من الحمل اعانة المحمول اليه على الشرب فهو معصية ويكره ذلك كراهة تحريم على ما صرح أبو حنيفة.

(١) الأم ٣: ٦٣ - مصدر سابق.

(٢) بحثنا اراء الشافعي في مسألة بيع العينة ونكاح التحليل وغيرها من التطبيقات.

(٣) البدائع ٤: ١٩٠.

أما الجمهور فقد اعتبروا القرائن^(١) والأمارات كافية للدلالة على تحقيق
المناط في الفرع، وهكذا فالخلاف - فيما ترى - في تحقيق المناط في الفروع لا
في أصل المناط المتفق عليه.

(١) بحثنا هذا عند بحثنا للتطبيقات ومثلنا بفروع فقهية عديدة ومن القرائن سلوك الرجل المعتاد ببيع
العنب من الخمار، ومنها العرف العام كما في بيع العينة اذ يكسر القصد من هذا التصرف الى التذرع
به للربا.

رَفْعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الثالث

- الأدلة التي تنهض عليها نظرية الباعث.
- من مصادر التشريع وطرقه المعتمدة.
- ١ - المبحث الأول : الأدلة من القرآن.
 - ٢ - المبحث الثاني : الأدلة من السنة.
 - ٣ - المبحث الثالث : مدى صلة الاستحسان بنظرية الباعث.
 - ٤ - المبحث الرابع : دليل كلي «قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده من العمل موافقاً لقصد الله في التشريع».
 - ٥ - المبحث الخامس : أصل عام يشهد للنظرية.
- «كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل ما ناقضها فعمله في المناقضة باطل».
- ٦ - المبحث السادس : منشأ الحق في الفقه الاسلامي وصلته بشرعية الباعث قيدها يرد عليه.
 - ٧ - المبحث السابع : مدى صلة سياسة التشريع بنظرية الباعث.
 - ٨ - المبحث الثامن : مدى صلة نظرية الباعث بالاجتهاد في الرأي في تعليل النصوص.

رَفَعُ
عبد الرحمن البخاري
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المبحث الأول الأدلة من القرآن الكريم:

- ١ - «وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة» .
- ٢ - «والذين اتخذوا مسجداً ضراراً» .
- ٣ - «ولا تمسكوهنّ ضراراً لتعتدوا»
- ٤ - «لا تضارّ والدّة بولدها» .
- ٥ - «من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار»
- ٦ - «انما حرّم عليكم الميتة . . غير باغ ولا عاد»

رَفْعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الأدلة من القرآن الكريم

«وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة، وان تصدقوا خير لكم، ان كنتم تعلمون»^(١)

تفيد هذه الآية الكريمة لزوم انظار المدين المعسر الى ان يفرّج الله عنه بالميسرة .
وعليه فلا يحل ايذاؤه وسجنه كما ذهب^(٢) جمهور الفقهاء^(٣) .
وهذا بخلاف حكم المدين المماطل القادر على الوفاء ، فانه يحل ضربه وعقوبته ، كما جاء في الحديث الشريف : «مطل الغنى»^(٤) .
وقوله أيضاً : لِيّ الواجد يحلّ عرضه وعقوبته^(٥) .

ويعلل الامام الكاساني^(٦) عدم جواز حبس المدين المعسر فيقول : «والغاية من الحبس» دفع الظلم المتحقق بتأخير قضاء الدين لدفع الملىء الى اعطاء الناس حقوقهم .

ومن شرائط وجوب الحبس القدرة على القضاء ، حتى لو كان معسراً لا يحبس ، لقوله تعالى :

-
- (١) سورة البقرة آية ٢٨٠ .
(٢) خالق النخعي وشريح ، وقالا الآية خاصة بديون الرباء ، ولكن هذا القول يلزم منه تخصيص عموم الآية بلا تخصص .
(٣) الأم : ٣ : ١٧٩ ، الطرق الحكمية ٦٢ ، البدائع : ٧ : ١٧٣ ، روح المعاني للألوسي : ٣ : ٥٣ ، تفسير المراغي ٢ : ٦٤ - ٦٥ .
(٤) البخاري ، ح (٢٢٨٨) . ج ٥ / ٦١ .
(٥) أخرجه النسائي ج ٦ : ٣١٦ ، وأبو داود ج ٤ : ص ٤٥ ، والحاكم في المستدرک ٤ : ١٠٢ ، من طرق عن وبر بن أبي دليلة عن محمد بن ميمون بن مسيكة عن عمرو بن الشريد عن الشريد بن سويد الثقفي رفعه . واسناده حسن ، وصححه الحاكم ووافقه الذهبي .
(٦) البدائع ٧ : ١٧٣ .

«وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة»، ولأنه اذا لم يقدر على قضاء الدين ، لا يكون الحبس مفيداً لأن الحبس للتوسل الى قضاء الدين لا الى عينه» .
أي أن الحبس، جعل وسيلة لاكره المدين على الوفاء، وذلك لا يتأتى مع العسرة.

أقول . وفي هذا النص اشارة واضحة من الكاساني، الى أن الوسيلة تسقط اذا لم تنفض الى مقصدها الذي شرعت لأجله «وان الأمر اذا تقاعد عن تحصيل مقصوده، بطل الاحتجاج به^(١)»

ووجه الاستدلال بهذه الآية على الباعث من وجوه :

١ - أن طلب السجن - من الدائن للمدين المعسر -، مع العلم باعساره قرينة قاطعة على القصد الى الأضرار، أو للعبث، وكلاهما لا يشرع، وهذا ما أشار اليه الإمام علي رضي الله عنه اذ قال للدائن الذي طلب حبس المدين المعسر : «لا أعينك على ظلمه»^(٢).

٢ - أن «المكلف» الذي أتى «بالتصرف» لتحقيق بواعث غير مشروعة لم يقصد الغاية التي شرع الفعل لأجلها، وقصد أمراً آخر محرماً فتعذر تحقيق الوسيلة لمقصودها» الذي لا قوام له بدونه^(٣) وعليه فلا يجوز اتخاذها أو الاحتجاج بها .

٣ - ندبت هذه الآية الى الصدقة على المدين المعسر ذلك أنه أجزل أجرا ومثوبة من الأنتظار لقوله تعالى : «وان تصدقوا خير لكم» .

وفي هذا النذب، دعوة الى التراحم بين الناس والترفع عن النزعة الأنانية الفردية في الانسان الى النزعة الاجتماعية الايثارية^(٤).

وبهذا التحول من الأثرة للأيثار، تقضي على جذور البواعث غير المشروعة، اذ أن جذر الباعث غير المشروع هو النزعة الفردية المطلقة، وبهذا

(١) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٠٣/١ .

(٢) الطرق الحكمية - لابن القيم ، ص ٦٢٠ .

(٣) الفتاوى الكبرى ٣ : ٢٩٩ ، ابن تيمية (بطلان التحليل) .

(٤) تفسير المراغي ٢ - ٦٤ - ٦٥ ، تفسير المنار : ٣ : ١٠٤ / ط ٤ - دار المنار .

قضت الآية على «الباعث» غير المشروع .

الدليل الثاني : والذين اتخذوا مسجداً ضراراً وكفراً وتفريقاً بين المؤمنين وارصاداً لمن حارب الله ورسوله من قبل»^(١) .

سبب النزول :-

نزلت هذه الآية الكريمة تتوعد المنافقين بالعذاب الشديد على فعلتهم الذميمة ، وهي أنهم ارادوا التفريق بين المسلمين ، وبناء وكر تخريبي يتسترون به ويعدون لأعداء الاسلام من الخارج . فتوسلوا لهذه الغايات ببناء مسجد يتسترون به ويحققون من خلاله غاياتهم هذه .

وقد كشفت الآية بواعثهم اذ جاءت بتعيين الغاية صراحة في صورة المفعول لأجله ، «ضراراً» «وتفريقاً» .

ولما نزلت هذه الآية على رسول الله - ﷺ - كاشفة بواعث المنافقين من بناء المسجد ، أمر رسول الله - ﷺ - بهدم المسجد واشعال النار فيه^(٢) ، معاملة لهم بنقيض قصدهم .

واذا كان «الباعث» قد أثر في ابطال مشروعية الفعل وهو هنا مسجد ، مع ان الأصل ، «ان من بنى لله مسجداً بنى الله له بيتاً في الجنة»^(٣) ، أقول : فتأثير الباعث في غيره من الأعمال من باب أولى . وهذا ما اشار اليه القرطبي في تعليقه على الآية اذ يقول : «وهذا يدل على ان الأفعال تختلف بالقصود والارادات»^(٤) .

ويستنتج صاحب المنار من الآية الكريمة حكماً يتعلق بهذا المعنى ، اذ يقول : «إنه من الواجب على المسلمين في كل بلد أن يصلوا الجمعة في مسجد واحد اذا تيسر فان تفرقوا عمداً وصلوا في عدة مساجد والحالة هذه كانوا خاطئين» .

(١) سورة براءة آية ١٠٦ .

(٢) تفسير القرطبي ٢٥٥/٨ - ٢٥٨ ، روح المعاني ١١ : ١٧ - ١٩ .

المنار : ١١ : ٣٨ .

(٣) أخرجه الترمذي ح (٣١٩) وله شاهد عند البخاري ١ : ٤٩٩ - ٤٥٠ .

«من بنى مسجداً يبتغى به وجه الله بنى الله له بيتاً في الجنة» والباعث ملحوظ بنص الحديث .

(٤) تفسير القرطبي ٢٥٨/٨ .

وعليه فانه لا تكون المساجد قربة عند الله إلا اذا كانت بقدر حاجة المؤمنين المصلين بحيث لا تكون سببا لتفريق جماعتهم، والاضرار بهم.

ومنه يعلم ان كثير من مساجد مصر القريب بعضها من بعض - والكلام لصاحب المنار - لم يبين لوجه الله، بل كان الباعث على بنائها، الرياء، واتباع الأهواء، من جهلة الأمراء والأغنياء.

الدليل الثالث :

أ - قوله تعالى : «واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن، فأمسكوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف، ولا تمسكوهن ضراً لتعتدوا، ومن يفعل ذلك، فقد ظلم نفسه، ولا تتخذوا آيات الله هزواً.»^(١).

ب - وقوله تعالى : «وبعولتهن أحق بردهن في ذلك، إن أرادوا اصلاحاً»^(٢).

بيّنت هاتان الآيتان الكريمتان، أن للزوج - اذا طلق زوجته طلاقاً رجعيّاً - أن يرجعها الى عصمته في فترة العدة، إلا أن هذا الحق مُقيّد بأن يقصد الى الاصلاح، وأن يستأنف صفحة جديدة من حسن العشرة والأخلاق الحميدة والنية الطيبة، وهذا بين في قوله تعالى : «ان أرادوا اصلاحاً» فالقيّد واضح بالشرط.

وعليه فلم يشرع حق الرجعة أصلاً ليستعمله الزوج بغية الاضرار بزوجه، بأن يدفعها الى المخالعة مثلاً أو ليطيل عليها مدة العدة، بأن يعيدها على عصمته ثم يطلقها ثم يعيدها، ثم يطلقها، فتعتد تسعة قروء بدل ثلاثة قروء، على ما ورد في سبب نزول الآية^(٣).

ولا ريب أن من كان هذا باعته من الرجعة، لم يكن متحققاً فيه الشروط الذي

(١) المنارج ١١ : ٣٩.

(١) البقرة / ٢٣١

(٢) البقرة / ٢٢٨.

(٣) تفسير القرطبي ٣ : ١٥٦.

تفسير الطبري، ج ٥ : ٧، تفسير آيات الأحكام للجصاص ٩٩/٢.

يتوقف عليه ثبوت حق الرجعة شرعاً وهو^(١) ارادة الاصلاح، بل كان ظالماً لنفسه، بما أكسبها، من اثم وأوجب لها من عقاب في الآخرة بذلك الباعث المحرم على ما أشار اليه شيخ المفسرين الامام الطبري .

إضافة الى ما سبق فالإيتان السابقتان قد دلّتا على أنّ من كان باعته من الرجعة الاضرار بالزوجة، فإنه مستهزئ بآيات الله .

وبيّن الامام الطبري وجه الاستهزاء، اذ يقول ما معناه :

«ذلك لأنه اتخذ ما شرعه الله سبيلاً لعلاج مشاكل الزوجية، وسيلة للاضرار، فقد استهزئ بمبراد الشارع ومعلوم ان الاستهزاء بآيات الله تعالى من صفات المنافقين .

وبناء على ما تقدّم، فلا خلاف بين الفقهاء في تأثيم من أرجع زوجته - المطلقة رجعيّاً -، بقصد المضارة .

أما من حيث الأثر العملي الذي تشير إليه هاتان الإيتان، فذلك على الوجه التالي :

يرى ابن تيمية^(٢)، والشوكاني^(٣)، وابن حزم^(٤)، والشاطبي^(٥) أن الرجعة الشرعية المعتبرة هي التي يقصد بها ما قصده الشارع في أصل تشريعه اياها، وأعني به «ارادة الاصلاح» .

ويظهر قصد الشارع هذا واضحاً في عدة آيات منها ما أورده الله تعالى شرطاً بصريح قوله : «أن ارادوا اصلاحاً»، «ولا تضاروهن»، «وغير مضار»، ومفهوم قوله تعالى : «فامسك بمعروف» .

فهذه النصوص الشريفة تفيد - في نظر هؤلاء الأئمة - بطلان الرجعة، اذا صدرت عن باعث غير مشروع .

(١) نيل الأوطار ٦/٢٦٨ .

(٢) الانصاف ٩/١٥٠ .

(٣) نيل الأوطار ٦/٢٦٨ .

(٤) المحل ١٠/٣٥٦، م ١٩٨٦ .

(٥) الموافات ٢ : ٣٨٧ .

لأنها : نهت عن البواعث غير المشروعة ، والنهي يفيد فساد المنهي عنه ،
«والفساد هنا يرادف البطلان» ، على حد تعبير الأمام الشوكاني^(١) .

ولأن القول بوقوع الرجعة مع الحرمة تناقض ، وفي هذا يقوم الأمام ابن تيمية :
«ومن قال ان الشارع ملّك الانسان ما حرّم عليه فقد تناقض»^(٢) .

ومعنى ذلك أن التملك أو الحق هو حكم شرعي ، والحكم ارادة الشارع ، فلا
ينسجم هذا مع القول بحرمة الشيء ، لأنه يلزم منه ان يكون الشارع مريداً للشيء
وغير مريد له في وقت واحد ، وهذا تناقض .

ومن هنا ، فإنّ الذي «يرجع» زوجته قاصداً مضارّتها ، لا يثبت له هذا الحق
ولا تتحقق الرجعة ، تماماً مثل الذي يرجعها بعد انتهاء فترة العدة^(٣) ، فالذي يرجعها
بعد انتهاء فترة العدة ، يتجاوز الحدود الموضوعيّة للحق ويخرج عن نطاق الحق ، مثلما
يخرج قاصد الاضرار عن قصد المشرّع ، وعن الحدود الغائية للحق .

وهذا الذي ذهب اليه ابن تيمية والشوكاني وغيرهم يمثل الدور الوقائي
للشريعة ، المتجسد في القواعد المقررة مثل «يدفع الضرر بقدر الامكان»^(٤) ومنه دفع
الضرر قبل وقوعه ، لأنّ «الدفع أسهل من الرفع» .

فكان عدم تمكين الزوج المضارّ من الرجعة منعا للاضرار بالزوجة ذلك أنه اذا
ما أرجعها فسيضارّها ، ثم لا بد من اجباره على رفع الضرر ، حتى عند الحنفية
والشافعية ، الذين يقولون بصحة الرجعة ، فهم مع هذا يقولون بأنه اذا أضّرّ الزوج
بزوجته أثناء الحياة الزوجية ، فللقاضي أن يؤدبه عند الحنفية كما له أن يطلقها عليه
عند الشافعية .

فكان اتخاذ الخطوات الاحتياطية بمنعه من الارجاع الذي يقصد منه الاضرار
أولي من ايقاع الضرر بها ثم فسخ العقد ، وفي هذا صيانة للكرامة الانسانية عن
الايذاء أيضاً .

(١) نيل الأوطار ٦/٢٦٨ .

(٢) الانصاف في معرفة الراجع من الخلاف ٩/١٥٠ .

(٣) المرجع السابق في استدلاله لكلام ابن تيمية .

(٤) المدخل الفقهي للاستاذ مصطفى الزرقاء ، ص ٩٧٥ ، ف ٥٨٧ .

ومن التطبيقات العملية لتقييد حق الرجعة بعدم المضارة :

١ - ما أفتى به ابن حزم^(١) باعتبار ان من لم يعلم زوجته المطلقة بارجاعها فرجعتة غير صحيحة، لأن عدم الاعلام مخالف لمعنى الامساك بالمعروف، وعدم المضارة.

اذا هو باخفائه للارجاع، قد أضرَّ بها حقيقة باطالة مدة التربص عليها، وحرمانها من حقها في النفقة والسكنى والكسوة.

٢ - إن الزوج اذا أرجع زوجته ثم طلقها قبل ان يمسهَا، فان قصد بذلك المضارة، بتطويل العدة بنت على ما سبق، وان لم يقصد استأنفت، هذا عند الامام مالك^(٢).

وأما الشافعي في القديم وأحمد في رواية فقالوا : تبني مطلقاً وقال أبو حنيفة تستأنف مطلقاً ووافقه الثوري والشافعي في الجديد ورواية عن أحمد^(٣).

على أن الحنفية ذهبوا الى أن من أرجع زوجته قاصداً مضارتهَا، فالرجعة صحيحة مع الاتفاق على الحرمة.

قال الجصاص^(٤) : ويدل على صحة الرجعة قوله تعالى : «ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه» بعد قوله «ولا تمسكوهن ضرارا»، فدللت هذه الآية على وقوع الرجعة وان قصد مضارتهَا لولا ذلك ما كان ظلماً لنفسه، اذ لو لم تكن الرجعة معتبرة، لم يثبت حكمها وصارت رجعتة لغوا.

قال القرطبي^(٥) : «والرجعة بقصد المضارة صحيحة وان ارتكب النهي وظلم نفسه، ولو علمنا نحن ذلك المقصد طلقنا عليه».

ومعنى هذا ان الباعث غير المشروع اذا ثبت كان مؤثراً في ابطال حكم الرجعة.

(١) المحلى : ٣٥٦/١٠.

(٢) التعسف في استعمال الحق، دريني ١٠٤ : جامع العلوم والحكم (ابن رجب) ٢٦٧.

(٣) المواجع السابقة.

(٤) تفسير آيات للجصاص، ج ٢ : ٩٩.

(٥) تفسير القرطبي ٣ : ١٢٣.

أقول : وأما ما استدل به الامام الجصاص على صحة الرجعة فانه استدلال باللزوم العقلي أي بدلالة الاشارة، فالآية لم تقصد أن تدل على هذا المعنى، انما قصدت الدلالة على الاثم . وفهمنا النهي عن المضارة من آيات صريحة كقوله تعالى : «ولا تمسكوهن ضاراً» .

ودلالة العبارة مقدمة على دلالة الاشارة، ذلك أن دلالة العبارة جاء النص ليدل عليها، والاشارة فهمت من اللزوم العقلي .

ثم ان الآية التي يتمسك بها الامام الجصاص تحتل وجهاً آخر من التفسير وهو أنه ظلمها بهذا القصد، وهو قصد وأراد ولكن جاء المانع فوق ارادته .

ثم هذا الآية من أساليب القرآن في التهذيب الوجداني الذي يجعل من الضمير حارساً على تصرفات الانسان حتى عند تعذر سلطان القانون، على أنني أرى أن ما ذهب اليه الحنفية من ثبوت حق الرجعة ولو مع قصد الاضرار، راجع الى تكييفهم للرجعة .

«فالرجعة عندهم هي ابقاء لما كان على ما كان، واستدامة لحكم النكاح الأول»^(١) .

وبالتالي فليس هناك تصرف جديد يستدعي السؤال عن باعته، وانما يكون معنى الآية عندهم : ان يلتزم الزوج بحسن العشرة والأمسك بالمعروف .

ولعل الحنفية في رأيهم هذا، يقللون من حالات الطلاق، ويحافظون على قيام كيان الأسرة، ثم انهم في الوقت نفسه يمنعون الزوج من المضارة، فاذا آذى زوجته فإن القاضي يجبره على رفع الضرر^(٢)، ولو استدعى الأمر تأديبه وهذا وجهة نظر جيدة .

وإلى مثل رأى الحنفية ذهب الحنابلة^(٣)، فقد نصوا في كتبهم على أن من قال

(١) الوجيز في الأحوال الشخصية : محمد سلام مذكور ٣٠٧ .

(٢) شرح قانون الأحوال الشخصية للأباني ٢٢٠/١ .

(٣) المغني لابن قدامة ٤٦٤/٧، المبدع شرح المقنع، ابن مفلح، ٣٩١/٧ .

لزوجته أرجعتك للأهانة، قاصداً اهانتها، فالرجعية صحيحة، لأنه أتى باللفظ وبين سببه وهذا هو رأى الشافعية أيضاً.

إذا يقولون في تفسير قوله تعالى : «ان أرادوا اصلاحاً» أي اصلاح الفرقة بالرجعة^(١)،

أقول وهذا التفسير يلزم منه أن يكون «الشرط» في الآية لا معنى له ولا فائدة، فكأنه قال «وبعولتهن أحق بردهن ان أرادوا ردهن» وهذا لا ينسجم مع بلاغة القرآن.

على أن النبي عن «الاضرار» في حق الرجعة ثابت في غير هذا النص فكان الواجب اعماله.

نخلص مما سبق: أن الآية «نص» في حرمة الارجاع اذا كان الباعث غير مشروع.

وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء.

- توسع بعض الفقهاء في اعمال الباعث قضاء أيضاً كابن حزم والشوكاني وابن تيمية.

- خالف الحنابلة والشافعية والحنفية في اعمال «الباعث» قضاء في هذه المسألة واعتبروا الرجعة صحيحة مع الأثم.

- ذهب القرطبي الى أن الرجعة صحيحة، ولو قصد الاضرار ولكن اذا ثبت هذا القصد طلق القاضي عليه.

أقول: والتطبيق على الزوج ابطال للرجعة واقعا.

- وبهذا التطبيق يظهر اشراف القضاء على التصرفات في الحقوق الزوجية حتى تكون «الحقوق» مسددة الى غاياتها لتحقيق الأغراض من أصل مشروعيتها.

(١) المجموع للنووي ٢٦٦/٧.

- يتمكن القضاء من دفع ضرر متوقع بالزوجة، وقاية لها اذا ظهرت البواعث غير المشروعة ولو بالقرائن .

ورّد القصد السيء الى من ظهر منه قبل تنفيذه .

الدليل الرابع : قوله تعالى «والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ، لمن أراد أن يتم الرضاعة ، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ، لا تكلف نفسا إلا وسعها لا تضار ، والدة بولدها ولا مولود له بولده»^(١) .

تناول هذه الآية فيما تناول ، موضوع إرضاع الولد بعد انفصال الوالدين^(٢) .

وقد نهت الآية كلا الزوجين أن يقصدا الى المضاربة ببعضهما وذلك لما في مسألة «الرضاعة والأجرة المترتبة عليها ، مع انفصال الزوجين ، من ظروف تمكن كلا من الزوجين من استعمال حقه للاضرار بصاحبه .

ولهذا جاءت هذه في موضوع يحتمل فيه استعمال الحق للمضاربة جاءت بقيد على بواعث كلا الزوجين .

قال مجاهد^(٣) في تفسير قوله تعالى : «لا تضار والدة بولدها» أي لا تأب أن ترضعه ضرارا ، ليشق على أبيه ولا يضار الوالد بولده فيمنع أمه ، ليحزنها بذلك» .

وقد نص الطبري^(٤) في تفسيره على انعقاد الاجماع على حرمة اضرار كل من الزوجين بصاحبه .

وعليه ، فقد منع الفقهاء عدة تصرفات يكمن وراءها بواعث محرمة مؤداها قصد الاضرار من قبل أحد الزوجين بالآخر :

أ - أن تطلب الزوجة المطلقة أجرا مقابل الرضاع أكثر من أجر غيرها ، فعندها يحق للزوج أن يستأجر مرضعة أخرى بالأجر الأقل .

(١) البقرة / ٢٣٣ .

(٢) أحكام القرآن : ابن عربي ٢٠٤/١ .

(٣) تفسير مجاهد / ١٠٩ .

(٤) تفسير الطبري ٤٩: ٥ .

يقول السرخسي معللاً^(١) . . . ولأنها قصدت الاضرار بزواجها في التحكم وطلب الزيادة». أقول فلما كانت بواعثها محرمة، لم تُمكن من قصدها وان كانت بالأصل هي أحق من غيرها لأنها أشفق، ولبنها أوفق إلا أن الباعث المحرم ألغى هذه الأحقية، دفعا ووقاية للزوج من الاضرار المتعمد؛ إذ لم تشرع هذه الأحقية، حصناً يعتصم به صاحبه، للأضرار بغيره.

ب - وان رضيت بمثل ما رضي به غيرها - لأرضاعه - فليس للأب أن يدفعه - الولد - إلى غيرها^(٢)، صونا لحقها، ولانتفاء القصد المشروع لدى الأب. ويعلل السرخسي هذا الحكم فيقول:

- لأنها أشفق، ولبنها أوفق للصبي من الظئر، وهذا مقصد شرعي لا يخفى جليل أثره.

- وأيضاً - الأب في هذا الحال قاصد للأضرار، والتعنت إذ رضي بدفع مقدار إلى الظئر ولم يرض بدفع مثله إلى الأم.

يتبين لنا أن الحنفية وضعوا معياراً يدل على الباعث وهو أنه:

«إذا أمكن تحقيق المصلحة - وهي هنا الارضاع - من جهتين يلزم من أحدهما مضرّة، دون الأخرى، فاختيار الجهة التي يلزم منها المضرّة، قرينة على قصد الاضرار، إذ كان له نُدحة أن يختار الأخرى ولا يستضرُّ من ذلك أحد وهذا المعنى أشار اليه السرخسي بقوله: « . . . والأب في هذا الموضع قاصد للاضرار».

ج - تجبر الأم البائنة على ارضاع ولدها - وان كان الأصل في مثل حالها أنه لا ارضاع عليها إلا أن تشاء هي^(٣).

إذا لم يوجد مرضعة ترضعه غيرها - بأن لا يقبل ثدي غيرها مثلاً أو كان الأب معسراً^(٤).

(١) المسوط ٢٠٨/٥ - ٢٠٩، البحر الرائق، لابن نجيم ٢٢١/٤.

(٢) تفسير الطبري ٥٤:٥، تفسير القرطبي ١٦٧:٣.

(٣) تفسير ابن عطية، المحرر الوجيز ٢٩١/٢.

(٤) تفسير الطبري ٥: ٢٤، المحرر الوجيز ٢٩١/٢.

قال الحنفية: «الوجوب ديانة لا قضاء»^(١).

ويعلل الطبري سبب اجبار الأم قضاء فيقول:

«لأن في امتناع الأم، مضارة للرضيع، وإذا كانت الآية الكريمة قد نهت كلاً من الوالدين ان يضارَّ صاحبه بسببه، فلاضرار به أخرى أن يكون محرماً - لتوقف حياته على هذا الارضاع، ولا أشدَّ من الاضرار بفوت الحياة. وعليه فالعلم بلزوم المضرة، دليل القصد اليه فلا يشرع.

د - اذا أراد أحد الزوجين السابقين - بعد الطلاق وفي حال الحضانة - السفر من مكان اقامتهما، وكان السفر سفر اقامة ومأمونا وبعيدا، فإن حق الأم في الحضانة يلغى، ويلحق الولد بأبيه ذلك لأن الطفل محتاج الى أبيه، لاثبات النسب، ولتأديبه، وهذا ما لا تستطيع الأم أن تحصله بشكل كاف، بينما يمكن أن يعوض عن الشفقة والحنان الذي يأخذه من الأم على نقص كما يرى جمهور الفقهاء - ولنا تحفظات على التعميم - ولكن استدلالنا بالمبدأ وليس بالفروع.

الآ أن الأب لا يُمكن من أخذ الصبي ان كان قصده المضارة بنزعه من أمه^(٢)، دون مسوغ قوي.

جاء في «الانصاف» ان كان قصد المنتقل مضارة الآخر وانتزاع الولد منه، لم يجب اليه، بل يعمل ما فيه مصلحة الولد.

أقول ان قوله «بل يعمل ما فيه مصلحة الولد» اذا كان قصد الأب المضارة اشارة منه الى أن من كان باعته المضارة لا يتوقع منه تحقيق مقصد الشارع بنزع الحضانة وهو التأديب وحفظ النسب، فكان المقصد غير الشرعي هادما للمقصد الشرعي كما ترى.

(١) التعسف في استعمال الحق، د. فتحي الدريني ٩٢.

(٢) الانصاف ٢٢٤/٨، والمبدع ٢٣٤/٨.

ومن تطبيقات الحنفية^(١) لهذه الآية :

أنهم قالوا: ليس للمرأة المطلقة طلاقاً بائناً والحاضنة لابنها - في الأصل - أن تخرج بولدها إلا إلى موطنها وبشرط أن يكون عقدها قد أبرم في ذلك الموطن .
ذلك أن في السفر بالولد اضراً بأبيه ،

فاذا خرجت إلى موطنها ، وكان قد نكحها ثم ، فلها ذلك ، لأنه التزم المقام فيه عرفاً وشرعاً ، فكان اذا ضمنيا منه بذلك وبالأذن ينتفي الاضرار .

ثم أن لها مصلحة في المقام بين أهلها - فباعثها كما يظهر من القرائن - تحقيق مصلحة مشروعة وهي انضمامها إلى أهلها .

هذا ويجوز لها أيضاً أن تخرج بولدها من القرية إلى المصر ، لأن في خروجها إلى المصر ، مصلحة جدية للولد ، حيث تتوفر المدارس ومراكز العلم ، والمعلمون الأكفيا والحياة الأفضل وليس في هذا ضرر بالأب على الإطلاق .

يتبين لنا مما سبق : ان الحنفية وضعوا معياراً يدل على الباعث ومفاده أنه اذا كان في الفعل مصلحة ومضرة ، وكانت المصلحة أرجح فالعبرة بالمصلحة الراجحة ، ولا يتهم المكلف بالقصد إلى المضرة ، وغدت المفسدة المرجوحة في حكم العدم .

اذا كان يلزم عن الفعل مضرة ، فان لم يكن هناك سبب مقبول لاتيانه ، فإن اتيانه مظنة القصد للاضرار ، كما اذا انتقلت من قرية إلى قرية مماثلة ، ولم يظهر وجه لتفضيل هذه على تلك .

أما المالكية والشافعية فكان معيارهم موضوعياً ، ولم يتناولوا أثر الباعث^(٢) وانما أمن المكان المنتقل اليه لأخذ الولد من أمه عند الانتقال ، وأن يكون سفر إقامة واستقرار ، لانه لا مصلحة للولد بالانتقال معه اذا كان سفراً لقضاء حاجة طارئة ،

(١) شرح الاحكام الشرعية في الأحوال الشخصية - للاباني ، ج ٢ / ٨٠ .

(٢) المجموع ٣٤١ / ١٨

ألا أن تسافر الحاضنة معه، فتبقى مستحقة للحضانة .

ومن المسائل التي تتصل بالباعث في موضوعنا رأى الشافعية في فطام الصبي قبل الحولين ومدى اعتدادهم بالباعث في هذه المسألة .

يرى الشافعية، أنه يشترط أن يكون الباعث مشروعاً، لفطام الصبي وهو مصلحة الطفل الحقيقية .

يقول الشافعي^(١) عند تفسير قوله تعالى : «والوالدات يرضعن أولادهن» . . «وذلك لا يكون - أي الفطام قبل الحولين - إلا بالنظر - أي مراعاة المصلحة - للمولود من قبل والديه، بأن يريا أن فطامه قبل الحولين خير من اتمام الرضاعة لعله تكون به أو بمرضعه، أو أنه لا يقبل رضاع غيرها وما أشبه هذا» .

ويمكن أن نتصور الباعث غير المشروع على طلب الفطام في حالة كون المرأة مطلقة، والزوج أو الولي يدفع لها أجره الرضاع، فأراد رغبة في التوفير فطام الولد، بقطع النظر عن مصلحة الولد نفسه وعليه فطلب الزوج فطام الصبي لا بد أن يكون له «باعث» مشروع بحق مصلحة الولد وفي هذا الفطام، وآلا كان طلبه غير مشروع .

الدليل الخامس : قوله تعالى : «من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار، وصية من الله والله عليم حكيم، وتلك حدود الله . . . ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده، يدخله ناراً خالداً فيها وله عذاب مهين»^(٢) .

تدل هذه الايات الكريمة على أن الوصية مقدمة على الارث لقوله تعالى : «من بعد وصية، بشرط أن لا يكون فيها مضارة للورثة، لقوله تعالى : «غير مضار» .

كما تدل أيضاً على أن المضارة تعدّ لحدود الله، وعليه، فقد استحق هذا المعتدى العذاب المبين . وهذا العذاب لا يكون مهيناً إلا على فعل محرم بل هو جرم عظيم^(٣) .

(١) احكام القرآن للشافعي ٢٥٨/١ - ٢٥٩ .

(٢) النساء/١٤ .

(٣) احكام القرآن للجصاص ٣٦/٣ .

ويؤيد هذا السنة الثابتة فقد روى أبو هريرة رضي الله عنه «أن الرجل لعمل بعمل أهل الجنة سبعين سنة فإذا أوصى، حاف في وصيته، فيختم له بشر عمله فيدخل النار»^(١).

والضرار في الوصية يكون على نوعين:

- ١ - بأن يزيد على الثلث، أو يوصي لوارث على ما ذهب اليه جمهور الفقهاء^(٢) في تفسير هذه الآية وهذا ممنوع وباطل، قصد الاضرار أم لم يقصد لأنه منهي عنه لذاته بقطع النظر عن القصد، وهذا خارج عن موضوعنا.
- ٢ - أن تكون - الوصية - بما دون الثلث لكن بقصد المضارة، وهذا مذهب أحمد وابن تيمية^(٣) وتلميذه ابن القيم، والشوكاني والقنوجي^(٤)، وهو رواية عن مالك^(٥).

وبه قال الزمخشري^(٦) والقرطبي^(٧)، وكثير من الفقهاء المحدثين^(٨)، وبه أخذ القانون المصري.

هذا وما ذهب اليه جمهور الفقهاء من حصر وصية «الضرار» في ما جاوز الثلث أو كان لوارث - وكلاهما غير مشروع لذاته بقطع النظر عن

(١) أخرجه الترمذي، ج ٤ : ٤٣١، فيه شهر بن موشب؛ قيل فيه ضعيف، ولكن صحح الترمذي حديثه هذا وقال حسن صحيح غريب، وللحديث شواهد، ر جامع الأصول ج ١١ : ٦٢١

(٢) الكافي لابن عبد البر ٥٣٤، المجموع ١٥ : ٤٠٠ شرح الاحكام الشرعية للأبياني ٨٠/٢ وما بعدها.

(٣) الفتاوى ١٢٥/٣، الروضة الندية للقنوجي، شرح الدر البهية للشوكاني ٤٦٠/٢.

(٤) هو الإمام الملك أبو الطيب صديق بن حسن بن علي الحسين القنوجي البخاري، توفي سنة (١٣٠٧) للهجرة، وهو في كتابه لا يقلد مذهبا معينا وإنما يصدر عن اجتهاداته الخاصة، وفهمه للدليل. (من مقدمة كتابه، الروضة الندية).

(٥) الكافي لابن عبد البر ٥٤٣.

(٦) الكشف/٤٨٦.

(٧) تفسير القرطبي ٨٠/٥ - ٨١.

(٨) شرح قانون الأحوال الشخصية، أبو زهرة ٤٨ - ٥٠.

كتاب الوصية، أحمد ابراهيم بك، والتعسف في استعمال الحق، دريني ١٠٦.

الدوافع والبواعث، وعدم تعرضهم للبائع على الوصية بما دون الثلث، - بناء على أن من استخدم حقه فليس بمضار.

ولكننا نرى - كما يرى كثير من الفقهاء المحدثين وكما قال شيخ الإسلام ابن تيمية وغيره - أن آية الوصية اذ قيدت الأذن بالثلث، قيدته بعدم الضرر^(١) وذلك لاطلاق النص من قوله تعالى: «غير مضار» فيشمل النص باطلاقة وصية الضرر بما زاد عن الثلث أو لوارث، أو كان الدافع الى الوصية غير مشروع ولو في حدود الثلث لغير وارث، فالمطلق يجرى على اطلاقه.

هذا وان تفسير «الضرر» بأنه ما زاد عن الثلث أو كان لوارث وان كان يستدعي التشديد والوعيد من رب العالمين . كما جاء في صريح قوله تعالى بعد ذكر عدم الضرر بالوصية «ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله ناراً خالداً فيها» وكما فسرهُ ابن عباس بأنه المضارة بالوصية - مع أنها وصية باطلة في ذاتها، فإنه يستدعي العقاب أيضا اذا كانت الوصية قد اتخذت ستارا لغرض غير مشروع من باب أولى،

ذلك أن الجريمة - كما فسرّها الجمهور - ليست لحرمان الورثة، فالحرمان لا يتحقق لأن الوصية باطلة، وانما للقصد السيء فالمعمول عليه هو الباعث صحة وفسادا في كلتا الحاليتين الموضوعية - بالوصية لوارث أو بما زاد عن الثلث - والذاتية - القصد السيء من وراء الوصية - غير أن الباعث في الصورة الموضوعية صريح وفي الثانية مستكن وهو أخطر أثرا من الأولى لمكان الاحتيال.

كما أننا لاحظنا من خلال تطبيقات الجمهور «للباعث» أنهم أبطلوا التحيل على الوصية بالاقرار للوارث في مرض الموت، أو بيعه بالمحابة وغيره مما سيأتي تفصيلا، ولم يبطلوا التحيل بالوصية للاضرار بالورثة في حالة الوصية لأجنبي بما دون الثلث، مع أن العلة واحدة وهي حرمان الورثة.

(١) الروضة الندية ٢/ ٤٦٠.

كما أن الفقهاء عامة قد نصوا على أن الوصية انما شرعت ليتدارك الانسان ما فاتته من عمل الخير لقوله عليه السلام: «ان الله أعطاكم ثلث أموالكم في آخر آجالكم زيادة في حسناتكم»^(١)، فلا تصح ان كانت بمعصية كأن يوصي لمن يرتكب محرماً أو لبناء ملهى، أو بالسلاح لأهل الحرب. لأن هذه كلها ليست قربات والوصية لا بد أن تكون بقربة حتى الشافعية قالوا^(٢): ان من أوصى ان يباع شيئاً من ملكه من فلان الأجنبي بلا محابة لا تجوز الوصية، لأن الوصية لا بد أن تكون قربة والبيع بلا محابة ليس بقربة.

وعليه إذا كان المعيار هو هل الوصية قربة او ليست قربة فيلزم منه ان لا تصح الوصية اذا كان باعثها محرماً، لانه لا تكون القربة الا بالقصد اليها، وهذا لا يجتمع مع القصد المحرم.

وأما التطبيقات على «الباعث» على الوصية عند الفقهاء فاليك أمثلة منها:

- الاقرار في مرض الموت:

ذهب أبو حنيفة وأحمد الى أنه لا يجوز الاقرار للوارث في مرض الموت، الا أن يجيز الورثة، وذلك سدا لذريعة التحايل على الوصية^(٣).

وذهب مالك^(٤) إلى أن الاقرار للوارث، المتهم فيه الموصي غير صحيح الا أن يجيز الورثة ومثاله أن يقر لابنته، ومعه من يشاركها من غير الولد، كابن العم مثلاً، لأنه يتهم في محابة ابنته وكذلك إذا أقر لزوجته المعروف بحبه لها وميله اليها.

وكان بينه وبين ولده من غيرها تباعد، لا سيما اذا كان منها له ولد في تلك

(١) أخرجه الطبراني: ركن العمال، ج ١٦، ح (٤٦٠٥٥) عن خالد بن عبيد الله السلمي.

(٢) ٤١٣/١٥ من المجموع.

(٣) شرح الاحكام الشرعية، الابياني ٣١٩/٢.

(٤) بداية المجتهد ٣٢١/٢، شرح الاحكام الشرعية ٣٢٢/٢، للأبياني.

الحال وكذا الاقرار للصديق الملاطف في مرض الموت اذا كان الورثة ليسوا من أبنائه، وقد اختار هذا الوجه الروياني من الشافعية أيضاً.

وعليه فان مدار الأمر عندهم - المالكية - على التهمة وعدمها فان انتفت حاز وآلاً فلا، وهي تعرف بقرائن الأحوال كما صرح بتلك صاحب تكملة المجموع^(١).

أقول والتهمة هنا قرينة تدل على الباعث قصد الاقرار حقيقة أم قصد التحيل.

وأما الأقرار الأجنبي في مرضه، فذهب الحنفية الى أن الاقرار صحيح ولو بجميع التركة إلا ان يتهم، فتجوز في الثلث وكانت كالهبة^(٢).

فالوصية في الثلث لأجنبي جائزة ولو كان متهماً أما لوارث فلا يجوز حفاظاً على مقادير الارث الثابتة بالشرع، وحفاظاً على ثلثي التركة كحد أدنى فلا يجوز حرمان الورثة بتفضيل أحد الورثة ولكن يجوز بتفضيل أجنبي!

لأن للوارث ان يتبرع بثلث ماله دون ان تختل مقادير الأثر التي لا يجوز التلاعب بها، وبالتالي تبطل «البواعث» والتصرفات الصادرة عن مثل هذه البواعث التي مؤداها التلاعب بالمقادير والنسب الأثرية، أو الزيادة على الثلث في الوصية، فهم قد أعملوا الباعث فيما فهموا منه التحريم.

ومن الأمثلة : ما ذهب اليه الحنفية^(٣) من أن اقرار المريض مرض الموت لمطلقة أو الوصية لها، ان كان الطلاق بطلب منها استحقت أقل الشئيين الأثر والدين المقربة أو الموصى لها به،

والسبب في ذلك، تهمة المواضعة - أي ان يكون باعته التحيل - بين الزوجين اذ يُحتمل ان الزوج يريد ان يعطي زوجته أكثر مما تستحقه في الميراث، فيحتالان لذلك، وعليه فيرد عليهما قصدهما السيء حفظاً لحقوق الورثة.

(١) المجموع ١٥ : ٤٢٥، شرع الأحكام الشرعية ٣٣٢/٢، للأبياني.

(٢) مادة ١٦٠١ المجلة، شرع الأحكام الشرعية ٣٣٢/٢.

(٣) شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية - للأبياني ٣١٩/٢.

ومن التطبيقات أيضاً^(١) :

الهبة للوارث في مرض الموت ، فلا تصح مطلقة إلا إذا أجاز الورثة لأن فيها ايثارا لبعض الورثة ومدعاة للتباغض ، ولهذا فهي موقوفة على ايجازتهم .

وان باع الوارث في مرضه بمثل القيمة ذهب أو حنيفة الى أن البيع موقوف على اجازة الورثة لأنه محاباة بالعين .

ولأن الناس لهم أغراض في الأعيان فلا يملك ايثار بعض الورثة ، أما في حق غير الورثة فهو ملزم بحفظ «المالية» فليس له ان يحايي بأكثر من ثلث ماله .

وأما صاحبان فذهبا الى صحة البيع للوارث في مرضه - أي مرض المورث القيمة ، ولم يعتبروا البيع بمثل القيمة تهمة لتمكن الورثة من شراء مثلها بالثمن الذي أخذه الوارث .

فالحنفية هنا أخذوا بالتهمة ، واعملوا الباعث ، فحكموا على تصرفات بالوقف ومنع النفاذ مع أن الأصل انها صحيحة نافذة^(٢) .

ومن التطبيقات : المخالعة في مرض الموت :

ذهب المالكية^(٣) ان خلع الزوجة المريضة في مرض الموت غير جائز ، ويحرم على الزوج أخذه لاعانتها على المعصية - وهي التلاعب في مقادير الورثة . وينفذ الطلاق ولا توارث بينهما .

ومحل المنع ان زاد الخلع على مقدار الأرث لأنه في هذه الصورة تحيل على المقدار الواجب في الأرث .

وذهب للبخمي من المالكية الى أنه يأخذ مقدار ارثه وبهذا عمل «الباعث» في هذا الموضع حيث كانت التهمة ومُنعت من تحقيق قصدها بحرمان بقية الورثة بعض حقوقهم .

(١) شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للأبياني ٣١٩/٢

(٢) وهذا يلزم منه ان يمنوا بيع العنب للخمار لأن التهمة أوكد بل هي حقيقة وليس تهمة .

(٣) الشرح الصغير ٥٢٩/٢ .

وفي قول المالكية : «يحرم الأخذ لاعانته على المعصية»، اشارة منهم إلى أن الوسيلة الى المحرم محرمة، ولما كان الباعث المحرم وسيلة الى المحرم كان محرماً، ومن هنا تتضح العلاقة بين مبدأ سد الذرائع ونظرية الباعث. فجاء مبدأ سد الذرائع توثيقاً لمشروعية الباعث.

الدليل السادس : قوله تعالى «أنا حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير، وما أهلّ به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه، ان الله غفور رحيم»^(١).

وقوله تعالى : «حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهلّ لغير الله به . . فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لأثم فإن الله غفور رحيم»^(٢).

تبين هاتان الآيتان الكريمتان، تحريم أنواع من الأطعمة واستثناء حالة الضرورة، حيث تجوز الأكل منها حفظاً للحياة بشرط^(٣) أن لا يكون عادياً، أو باغياً، أو متجانفاً لأثم.

وبيان ذلك :-

أن الباغي هو من يطلب المحرم ويرغب فيه لذاته لا لدفع الضرورة.

«والباغي» هنا مشتق من البغي بمعنى الرغبة، وهي واردة في اللغة بهذا المعنى وشاهده قوله عليه السلام : «يا باغي الخير أقبل، ويا باغي الشر أدبر». وهذا التفسير للباغي هو رأى السدي ومجاهد وعكرمة^(٤)، وبه قال الشيخ محمد عبده^(٥)، والقاسمي^(٦).

وأما العادي : فهو الذي يتجاوز الحدود الموضوعية للرخصة بأن يأكل فوق

(١) البقرة / ١٧٣ .

(٢) المائدة / ٣ .

(٣) أحكام القرآن للشافعي ٩٢/٢ .

(٤) تفسير الطبري ١٧٣/٣ ، وتفسير القرطبي ٢٢٣/٢ .

(٥) تفسير المنار ٩٨/٣ .

(٦) تفسير القاسمي ٣٨٣/٣ .

ما يدفع به الضرورة، وهو ما يسدّ الرّمق أو حدّ الشّع والرّي^(١)، على اختلاف عند المفسرين.

والمتجانف للأثم : فهو والباغي والعادي بمعنى واحد كما قال القرطبي^(٢).

ويعلل الأمام الشافعي^(٣) تحريم الزيادة على حدّ الشّع فيقول :
«لأن مجاوزة حدّ الشّع والرّي هي الى الضرر أقرب منها الى النفع» .
أقول وهذا بين اذ في أكل الميتة ما لا يخفى من الأضرار ولهذا يقتصر على ما يدفع به الضرورة، لأنه ان زاد كان الى الضرر أقرب منه الى النفع .
وعليه فعلى المجتهد - كما يفهم من كلام الشافعي - ان يراعي مآل الحكم اذ ان الأحكام، انما شرعت لغايات فان تقاعد تحصيلها لتلك الغايات بطل الاحتجاج .

وجه الاستدلال بما سبق على «الباعث» ان الباعث غير المشروع الذي لا يقصد من الفعل ما قصده الشارع أصلاً، وانما يتوسل به الى غيره من مقاصد وغاياته، ان هذا الباعث سيؤول الى مفسدة مجسدة ولن يقضي الفعل الى غايته التي شرع الحكم لتحصيلها، فيجب ان يبطل العمل، لما تلوّث بالباعث غير المشروع .

بعد هذا الاستطراد والاستنتاج من كلام الشافعي نعود الى الآيتين - موضوع الاستدلال - .

يلاحظ الباحث أن الايتين الكريميتين تضعان شرطين لمشروعية الرخصة الواردة في الآية :

الشرط الأول : أن يقصد بالأكل نفع الضرورة وليس التلذذ والتشهي أو طلب الأكل لذاته فلا بدّ ان يكون باعته موافقاً لمقصد الشارع .

(١) تفسير الطبري ١٧٣/٣ ، تفسير القرطبي ٢٢٣/٢ ، أحكام القرآن، للشافعي ٩٢/٢ .

(٢) تفسير القرطبي ٦٤/٦ .

(٣) أحكام القرآن للشافعي ٩٢/٢ .

الشرط الثاني : أن لا يتجاوز الحدود الموضوعية للرخصة، وهي مقدار الضرورة لأنه أن تجاوز فقد ناقض الغاية التي شرعت الرخصة من أجلها كما وضّح الأمام الشافعي في النص السابق.

على أنه قد ذهب بعض المفسرين^(١) الى أنّ الباغي في الآية الكريمة هو الذي خرج في سفره لمعصية، أو الباغي على الامام العادل فهذا لا يحل له الأكل، وان اضطر بناء على هذا لكن يرد على هذا التفسير، ان يلزم منه اهلاك نفس العاصي، وهذا من اكبر المعاصي، فلا تكون المعصية مبيحة^(٢) لمعصية أكبر منها، بل يدفع الضرر الأشد بالضرر الأخف على ما هو مقرر في قواعد الفقه. على أن تفسير «الباغي» كما سبق - عند بعض المفسرين وجمهور الفقهاء - بأنه من خرج لمعصية، بالرغم من الاعتراض الوارد عليه على النحو الذي بيّنّا. فان في هذا التفسير أعمال للبائع من قبل ان «الباعث» ذو أثر في تحديد وصف الفعل من حيث كونه طاعة أو معصية.

وفي هذا يقول الشافعي في كلامه على نيّة المسافر اذا اضطر الى أكل المحرم «اني أنظر الى نيّته في حال الضرورة، فان كان نوى بسفره المعصية فلا يباح له، وان نوى الطاعة ابيح له»^(٣).

هذا ومن الجدير بالذكر أن امتناع المضطر عن أكل المحرم مع علمه بلزوم هلاكه محذور، الآ أن كان له «باعث» مشروع، وكانت الظروف تسمح بوجود مثل هذا الباعث.

فقد جاء المغني تفسير لهذا الباعث، أنّ طاعة الروم، حبس الصحابي عبد الله السهمي، ولم يقدم له من الطعام الآ الخمر والخنزير المشوي.

(١) انظر تفسير الطبري ١٧٣/٣، وهو قول جمهور الفقهاء في تفسيرهم للآية.
انظر المغني ٤١٥/٩، الشرح الصغير ١٨٢/٢، تفسير الجصاص ٣٠٧/٣، أحكام القرآن للشافعي ٩٣/٢.

(٢) انظر تفسير الطبري ١٧٣/٣، وهو قول جمهور الفقهاء في تفسيرهم للآية، انظر المغني ٤١٥/٩.
الشرح الصغير ١٨٢/٢، تفسير الجصاص ٣٠٧/٣، أحكام القرآن للشافعي ٩٣/٢.

(٣) أحكام القرآن للشافعي ٩٣/٢.

فلم يأكل عبد الله حتى مال رأسه من الجموع والعطش وخشوا موته،
فاخرجوه .

فقال عبد الله : قد كان الله أحله لي ، لأنني مضطر ولكن لم أكن لأشمتك
بدين الاسلام .

وقد ندب للانسان أن يأخذ العزيمة في مثل هذه المواقف لأن تناول المحرم
في هذا الحال وان كان مباحاً لحفظ المهجة غير انه قد تعارض فيها مآلان،
احدهما حفظ النفس والثاني حفظ الدين اما العدو فندب له الأخذ بالعزيمة اعلاء
لشأن الدين، الذي يقدم على حفظ النفس كما هو مقرر.

رَفْعُ
عبد الرحمن بن عبد الحميد
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المبحث الثاني أدلة النظرية من السنة

أولاً : قوله عليه الصلاة والسلام:

«إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى، فمن كانت هجرته الى الله ورسوله فهجرته الى الله ورسوله، ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها، أو امرأة ينكحها، فهجرته الى ما هاجر اليه»^(١).

يبين الحديث الشريف، أن الإنسان لا ينال من الجزاء إلا ما نواه وابتغاه وقصد اليه، وإن فساد العمل وصلاحه رهن بالباعث عليه وإن الباعث هو معيار مشروعية الفعل بقطع النظر عن صورته المادية.

هذا وقد مثل الرسول عليه الصلاة والسلام - لهذا الأصل العام - وهو أن الأعمال بالنيات، مثل له بالهجرة، فالهجرة في صورتها المادية ومعناها الجغرافي هي الانتقال من بلد الى بلد. فالهجرة المرادة في الحديث هي الهجرة من دار الشرك الى دار الايمان^(٢)، وليست هذه الصورة المادية هي التي يترتب عليها الجزاء، أو بالمقبولة عند الله تعالى في حد ذاتها، وإنما الهجرة المقبولة هي الهجرة العقائدية التي تكون لنصرة الدين واعلاء كلمة الله^(٣)، وهذا المعنى لا يتم إلا بأن تكون النية الباعثة عليها هي اعلاء كلمة الله التي ما شرعت الهجرة إلا لأجلها.

فهذه الصورة المادية للهجرة، صورة واحدة بالنسبة الى جميع المهاجرين يومئذ، ولكن حكمها عند الله تعالى يختلف باختلاف البواعث عليها، فذاك مهاجر

(١) أخرجه البخاري ٩/١ - ١٧، في بدء الوحي ومسلم حديث رقم ١٩٠٧، ج ٣، ص ١٥١٥.
عن عمر بن الخطاب يرفعه الى رسول الله ﷺ.

(٢) جامع العلوم والحكم لأبن رجب ٤٤.

(٣) جامع العلوم والحكم لأبن رجب ٢٧.

لله ورسوله، والآخر خاطب وصاحبه تاجر، وكلّ ونيته وباعثه، وليس التاجر كالمهاجر، وان كانت الصورة المادية للهجرة واحدة، غير أنّ الباعث عليها والمحرك لارادات المكلفين نحو غاياتهم متباين .

هذا وينبغي في هذا المقام أن نبين أن النية تطلق باطلاقين^(١)

أحدها : النية بمعنى الاخلاص لله ، وان يتبغي المكلف من وراء عمله الأجر من الله .

الثاني : النية التي يمكن أن نسميها (نية تمييزية) ، إذ تميّز العبادات عن بعضها، كالفرض من النفل، فلا يتم التمييز إلا بالنية .

كما لا يتم تمييز العبادات عن العادات إلا بها، فالصيام قد يكون قرابة وقد يكون حمية، والنية بهذا المعنى هي المقصودة في كتب الفقهاء غالباً .

ونحن نلاحظ أنّ النية بهذا المعنى التمييزي تدخل في تكييف الفعل وتفسير الارادة كالفرض من النفل، ومثلها أيضاً عقد النكاح بصيغة البيع، ولكن الباعث هو وراء الارادة وهو المحرك لها .

ففي مثال عقد النكاح بصيغة البيع مثلاً، هناك النية التي تفسر الارادة، فيفهم أنّ مراده النكاح لا البيع، وهناك نية أخرى وهي الغرض الباعث على النكاح هل أرادها لمالها^(٢) أو لاقامة أسرة أو لتحليلها لمطلقها ثلاثاً .

والذي يظهر لنا أن النية بمعنى الغرض الباعث على العمل هي من جنس النية بمعنى الاخلاص لله . إذ أنها هي الغاية النهائية المحركة للارادة .

والنية بمعنى الباعث أشار اليها القرآن في عدة أساليب وان كان الباعث المتكلم عنه الاخلاص أو طلب الدنيا كما جاء في قوله تعالى : «من كان يريد

(١) جامع العلوم والحكم . ص ١٤ .

(٢) للنكاح مقاصد أصلية وهي اقامة أسرة ومقاصد فرعية وهي اقامة الأواصر بين العائلات والاقتراب من النسب الشريف كما أشار الحديث تنكح المرأة لأربع .

فلو كان باعث المكلف تحصيل أيا من هذه المقاصد فقصده مشروع لأنه مقصود للمشروع أما قصد التحليل لقصد المشروع، فهو مناقض .

حرث الآخرة نزل له في حرثه»^(١).

وقد يعبر القرآن عن الباعث بلفظ الابتغاء وما يشتق منه كما في قوله تعالى :

«مثل الذين ينفقون أموالهم ابتغاء مرضات الله»^(٢).

والباعث هنا هو الأجر الأخروي ونيل رضا الله سبحانه وتعالى .

هذا وإن النظر للبواعث أصل عام يندرج فيه كثير من الفروع والأمثلة .

كما في الحديث النبوي : «الرجل يقاتل عصبية»

«سئل رسول الله - ﷺ - عن الرجل يقاتل بشجاعة ، ويقاقل حمية ويقاقل رياء ، أي ذلك في سبيل الله ؟ فقال : من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا فهو في سبيل الله»^(٣).

وفي قوله أيضاً : «من تعلم علماً مما يبتغى به وجه الله لا يتعلمه»^(٤) إلا ليصيب به عرضاً من الدنيا لم يجد عرف الجنة يوم القيامة».

فالباعث كما ترى مناقض لغرض المشرع بشكل سافر ولهذا كان عقابه شديداً أليماً والعياذ بالله .

(١) الشورى / آية ٢٠ .

(٢) البقرة : آية ٢٦٥ .

(٣) أخرجه البخاري ٢١/٦ ، في الجهاد ومسلم ٤ : ١٩ ، في الامارة ان من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا ، والترمذي (١٦٤٦) في فضائل الجهاد باب من يقاتل رياء .

(٤) أخرجه أبو داود ج ٤ ، ص ٧٢ في العلم باب من طلب العلم لغير الله ، وقال عبد القادر الأرناؤوط في تحقيقه لجامع الأصول ٤ : ٥٤٤ ، سنده حسن .

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المبحث الثالث

مدى صلة الاستحسان بنظرية الباعث

الاستحسان أصوليا هو: العدول بالمسألة عن حكم نظائرها، لضرورة موجبة، أو مصلحة مقتضية، استوجبت هذا العدول^(١).

ويمكن أن نقول: للدليل أقوى يقتضي هذا العدول.

فمحله اذن، عندما يكون اضطراد القياس، أو القواعد العامة أو النصوص العامة موقعا في الحرج المدفوع في الدين^(٢)، فهو - أي الاستحسان - علاج لغلو القياس «والتفات الى المصلحة والعدل»^(٣).

وهذا الالتفات الى روح التشريع، نجده واضحا في تعريف السرخسي^(٤) للاستحسان اذ يقول: «الاستحسان: ترك القياس، والأخذ بما هو أوفق للناس، وقيل طلب السهولة في الاحكام، فيما يتلى فيه الخاص والعام».

فطلب السهولة في الاحكام هو تحقيق لمقصد الشارع في التيسير والتفات الى مبادئ الشريعة الكبرى «وما جعل عليكم في الدين من حرج» «يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر».

نخلص مما سبق أن الاستحسان هو الشّرفة التي يطلّ منها الفقيه على تطبيق الاحكام في الواقع، مراقبا لتتائجها.

(١) المدخل الفقهي - الاستاذ مصطفى الزرقاء ١: ٨٦.

(٢) نظرية الاستحسان: ص ٦٧ - للفرفور.

(٣) بداية المجتهد ٢: ١٠٢.

(٤) أصول السرخسي: ٢/ ٢٠٤.

فما كان فيه حرج رفعه، وما أدى الى ضرر عدله بما يكفل رفع الضرر» اذ النظر في مآلات الافعال معتبر شرعا بناء اعتبار الشارع لمسببات الأسباب»^(١).

وعليه فمعالجة البواعث، وتبين ما ترمي اليه من مقاصد تخالف مقاصد التشريع، عن طريق الاستحسان الذي هو استثناء المسألة أو الحادثة عن حكم نظائرها، باعتبار ما تفضي اليه من غاية غير مشروعة، واجبا شرعا حماية لمقاصد التشريع، والمصلحة، والعدل، وهذا من الدور الوقائي للشريعة.

لأنه يحول دون وقوع المخالفة أو الضرر أو الظلم، وكل وجه أو دليل من وجوه أو أدلة الاستحسان، ينهض بدرء هذا الضرر أو المخالفة قبل الوقوع، وهو وجه أرجح من اعتبار دليل المسألة في الأصل، ولأن الدفع أسهل من الرفع^(٢).

وعلى هذا تبدو علاقة الاستحسان بالباعث، أن الاستحسان فرع من مبدأ النظر في المآلات والمقاصد الشرعية، وهو مبدأ مقصود معتبر شرعا^(٣).

والبواعث يؤول تنفيذها الى تحقيق المقاصد الشخصية للمكلف، فاذا كانت تؤذي المقاصد الشرعية، فيجب استثناء الأفعال التي تتخذ لتنفيذ تلك البواعث من عموم أحكامها الأصلية.

هذا وغالبا ما يكون الاستحسان استثناء من المنع والحظر بخلاف سد الذرائع، فانه يكون بمنع الجائز، اذا اتخذ وسيلة لتحقيق أمر غير مشروع أو لهدم واجب أو تحليل محرم.

ومن الأمثلة التي توضح صلة الباعث بمفهوم الاستحسان أن الامام^(٤) محمد

(١) الموافقات - للشاطبي ٤: ١٩٦.

(٢) أي ان دفع ومنع وقوع الشيء غير المرغوب فيه اذا ظهرت اماراته أسهل من تركه حتى يقع ثم العمل على معالجة آثار الاضرار الواقعة.

فمنع بيع العنب للخمر وإبطال التصرف أسهل من تصحيح التصرف ثم العمل على مراقبة الخمر ومنعه من تحويله الى خمر أو السماح له بتحويله الى خمر ومنعه من بيعه لأنه قد يبيعه سرا، بالإضافة الى الحاجة الى تشكيل جهاز متابعة للخمّارين مثلا.

(٣) الموافقات، ج ٤، ص ١٩٦، وما بعدها.

(٤) رد المختار ٤/ ١٨٦.

من الحنفية قد استحسن جواز استقراض الخبز بين الجيران، وزنا وعددا، وإن كان متفاوتا في الوزن إذ تختلف الأربعة بالوزن ضرورة: بناء على اختلاف صانعها وفي ذلك شبهة الربا، ولكن الأمام محمد جَوَّز اقتراض الخبز بين الجيران بالرغم من هذا التفاوت رفعا للحرص. ومستند الأمام محمد، أنَّ الجيران قد أهدروا تفاوته بينهم للحاجة^(١)، فانتفت فكرة الاسترباح، وكانت البواعث لا علاقة لها بالربح أو الترابي.

وانما الهدف منها التعاون، وسدَّ حاجة الجيران، فكانت اجازة التصرف - وهو الاقتراض - موافقة لمراد الشارع بتحقيق التعاون بين الجيران.

وقد كانت تفاهة التفاوت هي المعيار الموضوعي الذي دلَّ على انتفاء البواعث على فكرة الاسترباح.

فلاستثناء - كما هو واضح - من المنع، وأجيز استحسانا لدفع الحرج البين. ومن الأمثلة أيضا:

توريث زوج المرتدة في مرض الموت استحسانا معاملة لها بنقيض قصدها، عند أبي يوسف^(٢)، استثناء من الأصل العام، وهو عدم توريثه، لمكان الارتداد القاطع لعري الزوجية التي هي سبب التوريث، وبانتفاء السبب ينتفي المُسبَّب. ولكن جرى توريثه استثناء، معاملة لها بالنقيض لأن الباعث على الارتداد، هضم حق التوريث الثابت شرعا للزوج، وقرينة الباعث هي مرض الموت، فكان الباعث على ذلك غير مشروع، فعمل بالنقيض استحسانا، ولو جرينا على مقتضى القاعدة لمنع من الأثر وهضم بالتالي حق الزوج..

(١) شرح فتح القدير ٦: ١٧٧.

(٢) تعليل الاحكام ٣٥٧/١، مصطفى الشليبي.

رَفْعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المبحث الرابع

أدلة كلية على نظرية الباعث وحكمها

يقول الامام الشاطبي مستدلاً لأعمال الباعث :

«قصد الشارع من المكلف ان يكون قصده من العمل موافقاً لقصد الله في التشريع» وهذا الاصل الكلي تنهض به أدلة كثيرة نوردتها فيما يلي :

أ - ان الشارع اذ شرع الأحكام، فقد قصد بها تحقيق مصالح العباد الضرورية، وما يلحق بها من حاجة وتحسينية، وهذا لا يتحقق إلا بأن يقصد المكلف الى ما قصد الشارع^(١).

ونشرح هذا الدليل بالمثال التوضيحي الآتي :

إن الشارع قد أعطى لولي الأمر سلطة تفويضية الى حد ما ليتمكن من سياسة البلد، وإدارة شؤونها، تدبير الأمر فيها، فإذا ما استخدم هذه السلطة أو عمل بمقتضى التفويض على عزل الأكفيا وتقريب الرفاق والندماء، دون مراعاة للكفاءة والأمانة، فإن المصلحة التي أرادها الشارع من هذه السلطة المخولة لولي الأمر، تهدر، وتنفوت بسبب هذا الباعث المحرم.

وترى ان مقصد المكلف على النقيض من مقصد المشرع، وهذه المناقضة هي علة بطلان التصرف بباعث غير مشروع.

ومثال آخر: أن الشارع قد ندب الى الهبة لتكون تزكية لنفس الواهب، باستئصال نزعة الشح من نفسه، ثم للتوسيع على الفقراء وتوطيد أواصر المودة في المجتمع وما شابهها من الغايات النبيلة التي يحرص عليها المشرع.

(١) الموافقات ٢/ ٣٣٠.

فاذا ما قصد المكلف من وراء الهبة، اسقاط فريضة الزكاة حتى يحول عليه الحول، وهو لا يملك النصاب، ثم يقوم الواهب باعادتها اليه بعد مرور الحول تواطؤاً منهما حتى تكون الهبة صورية فإنه بهذا القصد قد أبطل مقاصد الشريعة من الهبة وناقضها، فاذا كانت الهبة تستأصل نزعة الشح في الفرد فانه بهذا القصد قد وطلدها، ويمكن لها في نفسه، فكان القصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي كما ترى.

ب - ومما يشهد لهذا الأصل الكلي: عقيدة الاستخلاف التي نطقت بها آيات صريحة، كما في قوله تعالى:

«ويستخلفكم فينظر كيف تعملون»^(١)، وقوله أيضاً: «هو الذي جعلكم خلائف الأرض، ورفع بعضكم فوق بعض درجات ليبلوكم فيما آتاكم»^(٢). وقوله تعالى: «اني جاعل في الأرض خليفة»^(٣).

فهذه الايات وغيرها تدل على أن الانسان مستخلف في هذه الارض.

قال ابن جرير^(٤) في تفسيره لهذه الآية عن ابن مسعود رضي الله عنه عن بعض أصحاب رسول الله - ﷺ - عن الرسول - ﷺ - ان الله جلّ ثناؤه قال للملائكة: «اني جاعل في الأرض خليفة» قالوا: ربنا وما يكون ذلك الخليفة قال: يكون له ذرية يفسدون في الأرض ويتحاسدون ويقتل بعضهم بعضا.

قال ابن جرير: فكان تأويل الآية على هذه الرواية - وهنا موضع الشاهد - اني جاعل في الأرض خليفة عني يخلفني الحكم بالعدل^(٥) بين خلقي وان ذلك هو آدم ومن قام مقامه في طاعة الله والحكم بالعدل بين خلقه. أما الافساد وسفك الدماء بغير حقها فمن غير خلفائه.

(١) الأعراف / ١٢٩.

(٢) الانعام آية ١٦٥.

(٣) البقرة آية ٣٠.

(٤) تفسير ابن جرير ٤٤٩/١.

(٥) [العدل]: وردت في رواية ابن كثير ٧٠/١ نقلاً عن ابن جرير، ولم ترد في كتاب ابن جرير المطبوع.

يظهر لنا من هذا التأويل للاستخلاف انما هو اناطة الله سبحانه غاياته من الحكم بالعدل، بين عباده، بالعبد المستخلف.

وهذا المعنى يقرره قوله تعالى: «هو الذي جعلكم خلائف الأرض ليلوكم فيما آتاكم»^(١). أي ليختبركم هل حققتم مراده وأهدافه التي أرادها واستخلف عباده لتحقيقها «فيختبر الغني في غناه ويسأله عن شكره والفقر في فقره ويسأله عن صبره»^(٢).

وفي صحيح مسلم: «ان الدنيا حلوة خضرة وإن الله مستخلفكم فيها فناظر ماذا تعملون، فاتقوا الدنيا واتقوا النساء»^(٣).

فاذا تقرر لدينا أن عقيدة الاستخلاف انما هي خلافة عن الله^(٤) في عمارة أرضه والحكم بين عباده بالعدل، فإن هذه الغايات لا تتحقق إلا بأن يقصد المكلف عين ما قصد الشارع وهذا واضح من الأمثلة السابقة.

«ليكون التجرد الكامل لله بكل خالجة في القلب وبكل حركة في الحياة بالصلاة والاعتكاف، وبالمحيا والممات، بالشعائر التعبدية والحياة الواقعية، ليكون التسليم لله رب العالمين فلا يتبقى بقية في النفس ولا في الحياة لا يعبدها لرب العالمين، ولا يحتجز دونه شيء من البواعث في الضمير ولا في الواقع»^(٥) امتثالا لقوله تعالى: «قل ان صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك الله وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين»^(٦).

(١) الانعام آية ١٦٥

(٢) ابن كثير ٢/٢٠٠.

(٣) أخرجه مسلم، ج ٤: ٢٠٩٨، ح (٢٧٤٢).

(٤) المنار ١/٢٦٠، الأساس في التفسير ١/١١٥.

(٥) في ظلال القرآن ٣/١٢٤٠.

(٦) الانعام ١٦٢.

رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المبحث الخامس

أصل عام يشهد للنظرية

يقول الشاطبي في تقريره للأصل الذي يستند اليه في أعمال الباعث ما نصه :

«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»^(١).

نلاحظ ان الامام الشاطبي قد استدل على هذا الأصل بطريقة منطقية وهي : ان ابتغاء أو قصد غير مراد الشارع من التكليف مناقض للشريعة . والمناقضة باطلة فيكون القصد - وهو الباعث - مبطل للعمل اذا كان مخالفا للشريعة .

وقد استدل الشاطبي لهذا الأصل بما يلي : «أما أن المخالفة في القصد مناقضة :

أولا : ان المكلف اذا قصد من وراء تصرفه غير ما قصد الشارع كالمحلل في نكاح التحليل مثلا ، فالشارع قصد من النكاح السكن والمودة وانشاء اسرة وتربية الأولاد وهذا لا يتحقق الا اذا كان النكاح مؤبدا .

فاذا قصد المكلف غير ما قصد المشرع فقد جعل ما قصده الشارع مهمل الاعتبار ، وما أهمل الشارع مقصودا معتبرا ، وهذه مضادة للشريعة ظاهرة .

(١) الموافقات ٢/ ٣٣٣ .

ثانيا : ان حاصل هذا القصد أنه يرجع الى أن ما رآه الشارع حسنا فهو عنده ليس بحسن وهذا مضادة أيضا .

ثالثاً : وعليه : فان القاصد لخلاف ما قصد الشارع يشمل قوله تعالى : «ومن يشاقق الرسول، من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نولّه ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيرا»^(١)

ذلك أن المشاقّة هي في اللغة من العداوة والخلاف وسمي ذلك مشاقّة لان كل فريق قصد شقا - أي ناحية - غير شق صاحبه^(٢) .

والذي يشاق الرسول هو الذي يقصد شقا وجانبا وصفاً غير الصف والجانب الشقّ الذي يأخذه النبي - ﷺ^(٣) .

ولا ريب ان الذي يخالف قصد المشرّع من الفعل مشمول في عموم هذه الآية، فالذي يتصدّق تهربا من الزكاة، أو يبيع العينة تحايلا على الربا، قصد جانبا غير جانب الرسول، وشاقّ الرسول فاستحقّ العذاب المنصوص عليه في الآية «ومن يشاق الرسول - من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نولّه ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيرا» .

وانّ في الآية التي سبقت هذه الآية تصريحاً باشتراط سلامة البواعث لصحة التصرف وقبوله عند الله تعالى : «لا خير في كثير من نجواهم الاّ من أمر بصدقة أو معروف أو اصلاح بين الناس ومن يفعل ذلك ابتغاء مرضاة الله فسوف نؤتيه أجرا عظيما»^(٤) . . ومن يشاق الرسول» .

وان في هذا الترابط بين الآيتين اشارة الى ان ابتغاء غير مرضاة الله هو من المشاقّة اذ أنه بلا ريب ابتغاء غير مراد الله ، وقصد غير قصده ، وهذه مشاقّة ظاهرة .

(١) النساء آية ١١٥ .

(٢) لسان العرب لابن منظور، مادة شقق : مشاقّة جـ ٣٤٢/٢ .

(٣) في ظلال القرآن ٥ : ٧٥٩

(٤) النساء آية ١١٤ .

رابعاً : فإنّ الذي يأتي بالفعل ، يتغيّاً من ورائه ، غير ما قصد الشارع هو مستهزىء بآيات الله وقد بيّن الله هذا صراحة .

اذ قال بعد ذكر أحكام شرعها وبعد نهيه - تعالى - عن التذرع بهذه الاحكام لاغراض مشروعة في سياق نهيه عن الرجعة بقصد الاضرار ، قال تعالى : «ولا تتخذوا آيات الله هزوا»^(١) . وعليه فان العمل الذي قصد به غير ما قصد الشارع مناقض للشريعة .

وأما أنّ العمل المناقض باطل ، فذلك أنّ الشارع انما فرض الفرائض لتحقيق غايات ومصالح وليس لمجرد اعتقال الارادة ، أو العبث ، أو التحكم .

وتأسيساً على هذا ، فاذا قصد المكلف غير ما قصد المشرّع كان كالفاعل لغير ما أمر به ، والتارك لما أمر به لانه لم يحقق الغاية من الفعل والتي ما شرع الفعل الآ لأجلها ، وهذا لا يصار اليه لبطلانه بداهة «اذ كل أمر تقاعد عن تحصيل مقصوده بطل الاحتجاج به»^(٢) .

وفي هذا المعنى يقول الشاطبي «أمّا ان العمل المناقض باطل فظاهر ، فان المشروعات انما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد ، فاذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولف بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة»^(٣) .

نلاحظ ان الشاطبي قد استدلّ على أنّ المناقضة علّة البطلان بمعقولية الشريعة وغائية الأحكام .

(١) البقرة / ٢٣١

(٢) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام .

(٣) الموافقات ٢ / ٣٣٣ .

رَفْعُ
عبد الرَّحْمَنِ النَّجْدِي
أُسْكُنْهُ النَّبِيَّ الْفَرْدِي
www.moswarat.com

المبحث السادس منشأ الحق في الفقه الاسلامي وصلته بشرعية الباعث قيда يرد عليه

إن الفقه الاسلامي يرى أن الحق منحة وعطاء من الشارع،
وبيان ذلك : ان الحكم الشرعي - بما هو مصدر تقرير الحقوق والحريات
العامة - هو : «خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين»^(١) فالانسان في الاسلام هو
انسان التكليف والمسؤولية^(٢) قبل أن يكون صاحب حق وحرية .

والحكم الشرعي هو الذي أنشأ الحقوق، وبه تثبت الحقوق، لكنه يثبتها
بطريق الأوامر، والنواهي، وكل واجب يقابله حق، وكل نهي أو تحريم فهو لصيانة
حق أن ينبغي عليه، فحق الحياة أثبتته آيات تحريم قتل النفس وإيجاب صيانتها
وجوب الزكاة لصيانة حق الفقراء وسائر المصارف .

وفي هذا المعنى يقول الإمام الشافعي في تفسير قوله تعالى :
«أيحسب الانسان ان يترك سدى»^(٣) أي : لا يظمر ولا ينهى»^(٤) .

فالتكليف هو الذي أخرج الانسان من مرحلة السدوية والأهمال وأعطاه
الحقوق ليتمكن بها من أداء المهمة التي أناطها الشارع به اذ لا تكليف بلا ارادة،
وبلا مسؤولية .

(١) شرح الكوكب المنير ١/ ٣٣٤ .

(٢) الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده د. الدريني ، ص ٧٠ .

(٣) القيامة / ٣٦

(٤) الرسالة للشافعي ف ٦٩ ، ص ٢٥ .

ولما كان منشأ الحق هو التكليف فإن الحق مقيد بغايات هذه التكليف، اذ لم يمنح الانسان الحق الا لتحقيق غايات هذه التكليف.

ومن المقرر أنه لا يثبت حق الا بإقرار الشارع له، واقاراه انما يكون بحكم شرعي، ومن المقررات الشرعية: ان الأسباب جعلية وانما أثبتت آثارها بجعل الله لها، وهذا ما عبر عنه الشاطبي بقوله: «لأن ما هو حق للعبد انما ثبت كونه حقاً باثبات الشرع ذلك له لا لكونه مستحقاً لذلك بحكم الأصل»^(١).

يترتب على هذا:

أن الحق اذا كان ممنوحاً لغاية ومصلحة قصدها الشارع، تعين أن يكون تصرف المكلف مقيداً بتلك المصلحة أداء وقصداً لأنها لا تتحقق الا بهما^(٢).

(١) الموافقات للشاطبي، ٣١٦/٢

(٢) الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، د. الدريني ٧٢.

المبحث السابع مدى صلة سياسة التشريع بنظرية الباعث

السياسة الشرعية هي : تدبير الشؤون العامة للدولة ، بما يكفل تحقيق المصالح فيها ، ودرء المفساد عنها ، وصيانة حقوق الأفراد أيضاً ، ومصالحهم المعترية شرعاً ، وتنميتها مما لا يتعدى «مبدأ المشروعية الثابت»^(١) ، ولا يخرج عن أصول الشريعة الكلية التي تنهض بمبدأ السياسة الشرعية .

وهذا في حقيقة الأمر متابعة للسلف الأول في مراعاة المصالح ومسايرة الوقائع^(٢) .

وفي هذا المعنى يقول الامام ابن قيم الجوزية محدداً معنى السياسة الشرعية بما لا يخرج عن «متابعة السلف الأول في مراعاة المصالح المعترية شرعاً ومسايرة الوقائع»^(٣) .

هذا وان أحكام السياسة الشرعية في الظروف المتغيرة ، مادية أو معنوية - ومنها العوامل النفسية - تنطلق من قواعد مُحَكَّمة «كقاعدة الذرائع» ، وقاعدة «الاستحسان» ، وقاعدة «المعاملة بالنقيض» ، وقاعدة «درء المفساد مقدّم على جلب المصالح» ، اذا كانت الأولى مساوية أو راجحة ، وغير ذلك من القواعد ، لدرء الخطر عن مقاصد الشريعة الأساسية بجميع مراتبها الشاملة لجميع نواحي الحياة .

(١) انظر مناقشة القائلين بتغير المشروعية .

(٢) السياسة الشرعية ، ص ٥ ، للشيخ عبد الوهاب حلاف .

أعلام الموقعين ٤ : ٣٧٢ - ٣٧٣ .

الطرق الحكمية ، ص ١٣ ، ابن القيم .

(٣) أعلام الموقعين ، ٣٧٢ .

وتحمي المصالح المعتبرة، للدولة، وللأفراد، على السواء، وتوفق بينهما عند التعارض ما أمكن، وتقدم المصلحة العامة عند التعارض المستحكم درءاً لأعظم الشرين،

كل ذلك يثبت : أن التشريع، ولا سيما في الظروف الاستثنائية تستند مشروعيتها الثابتة الى قواعد محكمة في الشريعة.

هذا ولا ريب أن «البواعث النفسية»، بما هي عوامل ذاتية متغيرة، موجهة للإرادة أبان التصرف - ما دامت مستكنة في النفس - لا أثر لها في الخارج.

حتى اذا قامت القرائن على قيامها أبان التصرف، وجب عندئذ أن تتحرى، لتبين نوعيتها، فاذا كان «الباعث» مشروعاً، فآثاره ستكون حتماً مشروعة، لأن الباعث - كما نوهنا - هو الذي يحرك الارادة، ويوجهها الوجهة التي تحقق الغاية التي ينشد تحقيقها.

وهنا لا يتنافى «الباعث المشروع» لدى المكلف مع حقائق التشريع والمصالح المعتبرة فيه، وهي «الغايات» التي شرعت الأحكام من أجلها، ويكون قصد المكلف حينئذ، موافقاً لقصد الله في التشريع، وهذه «الموافقة» أصل عتيد من أصول شرعية الفعل.

يقول الامام الشاطبي : «قصد الشارع من المكلف ان يكون قصده من العمل موافقاً لقصد الله في التشريع والدليل على ذلك، ظاهر من وضع الشريعة لمصالح العباد على الاطلاق، والعموم والمطلوب من المكلف ان يجرى على ذلك في أفعاله وان لا يقصد خلاف ما قصد الشارع»^(١).

أقول : وهذا بين إذ موافقة قصد المكلف في العمل، لقصد الله في التشريع، عامل أو ظرف نفسي، يشكل أصلاً عاماً في شرعية التصرف، كيلا تكون المناقضة بين بواعث النفس الانسانية ومقاصد المشرع، لأن المناقضة هي علة بطلان التصرف لكونه آيلاً الى هدم القصد الشرعي فيه، اذ القصد غير الشرعي

(١) الموافقات للشاطبي ٢/٣٣١.

هادم للقصد الشرعي^(١) بداهة .

وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي : «كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل ممن ابتغى في تكاليف الشريعة ما لم تشرع له فعمله باطل»^(٢)

اذن تنفيذ الباعث غير المشروع، الموجّه للإرادة الى تحقيق غرض غير مشروع يكون خطراً على مقاصد الشريعة فيجب الحيلولة دون وقوع آثاره في الخارج، اذا قام الدليل على ثبوته^(٣)

وهذا هو «الدور الوقائي» لنظرية الباعث، ولا شك أنّ التوقي من الخطر قبل الوقوع، أفضل من ازالة آثاره بعد الوقوع وقد يطول أمد هذه الازالة أو يتعذر.

ومن هنا تتدخل سياسة التشريع عوناً لنظرية الباعث، اذ المحافظة على المصالح الأساسية للدولة والأفراد، هي غايتها، وتدير شؤون الحياة الإنسانية على أكل نظام، وذلك بسدّ الذرائع المفضية الى الفساد، فتضطلع سياسة التشريع - ومبدأ سدّ الذرائع من أصل قواعدها - بسد كل ذريعة يتوسل بها المكلف ذو القصد غير الشرعي الى تنفيذه، احتيالا على مقاصد الشريعة في اسقاط واجب أو تحليل محرم .

فسياسة التشريع تتفق مع نظرية الباعث في هذا الدور الوقائي .

(١) المرجع السابق، ص : ٣٣٣ .

(٢) المرجع السابق، ص ٣٣٣، وقد بحثنا هذا الأصل تفصيلاً ضمن الأدلة .

(٣) وقد اختلفت المذاهب في هذا الدليل، فبعضها، اشترط أن يكون نصاً في صيغة التصرف، وبعضها اكتفى بالقرائن، على ما يجيء بحثه في موضعه .

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المبحث الثامن

مدى صلة نظرية الباعث بالاجتهاد في تعليل النصوص

ذهب جمهور فقهاء المسلمين، الى وجوب تعليل النصوص التشريعية، لاستكناه علل أحكامها، اذ ما من حكم - في الشريعة الاسلامية - خلا الأحكام التعبدية منها^(١)، والمقدّرات، وما جاءت في خصوصيات لا تتعدى الى غير مجالها، بما قام الدليل على هذه الخصوصيات.

- أقول : ما من حكم في الشريعة الاسلامية فيما خلا ما ذكر - الا وهو معلل بما يفسّر معقوليته، ويحدد غايته، وأساس تشريعه، وأعني به «العلّة» التي يدور معها الحكم، وجوداً، وعدمًا، وذلك لتكون قناعة المكلف بجدوى هذا التشريع، وليحمله على الامثال الطوعي بعد ادراكه للحكمة، التي هي غاية الحكم.

وبذلك يكون الامثال ثمرة لقناعة المكلف، وعدالة التشريع، فضلاً عن الدافع العقدي^(٢) - بفتح العين والقاف - وليس وراء ذلك من شيء يبتغى .

وأيضاً، العلّة - بما هي ضابط حكمه التشريع - تدل على مقصد الشارع من تشريع الحكم وهذا «المقصد» يجب تحقيقه في كل واقعة تتحقق فيها علّة الحكم، تنفيذاً لمراد الشارع في أوسع مدى، ولا يتأتى ذلك الا بالتعليل، ضرورة.

(١) هي التي لا تدرك عللها، فكانت - كما يقول الأصوليون - غير معقولة المعنى كالمقدّرات من أعداد الركعات، وفرائض الأوث.

(٢) العقدي : نسبة الى عقيدة.

هذا، وإذا كانت العلة معرفة للحكم، وأمانة عليه، والغاية التي من أجلها شرع، كما قدّمنا، فينبغي تحديدها بالطرق والمسالك التي تدلّ على مشروعيتها واعتبارها، بغية أن تقارن بالباعث الدافع المحرّك لأرادة المكلف أبان مباشرته للتصرفات والعقود - بل وفي نشاطه الحيوي كلّه لأنه إذا كان التشريع بمقاصده، فأعمال المكلفين بنتائجها^(١)

فإذا كانت هذه الأعمال - كما يقول الشاطبي^(٢) - موافقة ظاهراً وباطناً «أي أداء وقصد»، للتشريع ومقاصده، فهي على سنن المشروعات.

وإذا كان الظاهر موافقاً، والباطن أو القصد مخالفاً، لم تكن كذلك بل كانت «المناقضة» بين قصد المكلف وقصد الشارع.

والمناقضة علة البطلان، ولا يعرف ذلك، إلا بالتعليل، والتعليل ضرب من الاجتهاد بالرأي في التطبيق، وهذا الاجتهاد باق ما بقيت الدنيا!

والآ، فانت مقاصد التشريع جملة، وهذا لا يجوز المصير اليه بحال ! ولا يجوز شرعاً سدّ باب الاجتهاد بالرأي، لا في الاستنباط، ولا في التطبيق.

اذ أنّ معظم أحكام القرآن قد جاءت على نحو كلي، وما جاء فيه من أحكام جزئية، فهو مندرج تحت الكلّي، ومعلوم أنّ الكلّي من الأحكام من حيث هو كلي لا تحقق له في الخارج، اذ هو مفهوم عقليّ مجرد، فلا بدّ أن يتحقق في جزئيات، وسبيل ادراج الجزئيات في كلياتها انما هو «العقل» والاجتهاد بالرأي بداهة.

فثبت أن ما مناص من سلوك سبيل الاجتهاد بالرأي في سبيل تحقيق احكام القرآن الكريم نفسها في مواقع الوجود^(٣)، ولا سبيل غيره.

(١) فصلنا القول في هذه المسألة في بحث تحقيق المناط وصلته بالاعتداد بالباعث.

(٢) الموافقات للشاطبي ٢/ ٢٨٩، وما بعدها.

(٣) المرجع السابق ٨٩/٤

هذا فضلاً عن «التدبير» المأمور به شرعاً، لادراك ما وراء النصوص من أسباب بنيت عليها الأحكام، وما انطوت عليه تلك الأسباب من «مقاصد» هي الحكم التشريعية التي اقتضت تشريعها.

هذا وإذا كانت «مقاصد المشرّع» تمثل الغايات من التشريع، وقد شرع لها الأحكام لتحقيقها، وانها من العدل والمصلحة بسبب وثيق، كان الاجتهاد بالرأي في التشريع ذا صلة وثقى بمفهوم العدل فيه اذ به يعرف وبه يتحقق.

فلا عناء عن الاجتهاد بالرأي في تشريع الاسلام، ألا اذا تخلينا عن «مفهوم العدل» نظراً وتطبيقاً، وذلك لا يقول به عاقل.

هذا وإذا كانت غايات النصوص تمثل مفهوم العدل والمصلحة في الشريعة فان هذه المصلحة لا تتحقق إلا اذا كان الباعث لدى المكلف موافقاً لمقصد المشرّع الذي يتبينه المجتهد بالتعليل والاستنباط.

«اذ القصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي»^(١) فتجب الحيلولة دون التسبب في هذه المناقاة، بإبطال التصرف - تأييداً لقصد الشارع ولا سبيل الى معرفة قصد الشارع إلا بتعليل النص.

فالتلازم قائم بين مسروعية الباعث وثمره تعليل النص، كما ترى!

وأيضاً فان نظرية الباعث انما أرسيت أصولها في هذا التشريع العظيم، لحماية مقاصد التشريع والمحافظة على القيم العليا الماثرة في قواعده وأحكامه وهذا ما يدعوا الى بحث نظرية الباعث على وجه التفصيل.

(١) الموافقات للشاطبي ٢/ ٢٨٩، وسنبحثه تفصيلاً في تناولنا لتطبيقات نظرية الباعث.

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الرابع

شروط وضوابط أعمال الباعث

كلامنا هنا في التصرفات المأذون فيها ابتداء والتي يلزم عنها اضرار بالآخرين لأن التصرفات غير المأذون فيها ممنوعة قبل أن يسأل عن الباعث عليها. وتقسم هذه الضوابط الى قسمين:

- ١ - قسم يتعلق بالأدلة والقرائن الكاشفة عن وجود الباعث.
 - ٢ - القسم الآخر يتعلق بمنحل إعمال الباعث، ونبحث فيه الموافقة من جهة الأداء والمخالفة من جهة القصد أو الموافقة قصدا والمخالفة أداء.
- أما بالنسبة للقسم الأول:

فمن الأدلة التي تكشف عن الباعث:

- ١ - انتفاء المصلحة المشروعة من العمل مع لزوم المضرة بالآخرين، فإن هذه الصورة، لا وجه لتفسيرها إلا أن صاحبها قصد العبث أو الاضرار، وكلاهما غير مشروع^(١). فانتفاء المصلحة المشروعة قرينة قوية على القصد غير المشروع.

هذا، والعمل أو التصرف الذي نتكلم عنه قد يكون ايجابيا أو سلبيا، فمن صور العمل الايجابي التي يمنع فيها صاحب الحق من استخدام حقه لانتفاء

(١) التعسف في استعمال الحق، د. فتحي الدريني ٢٤٧.

المصلحة المشروعة مع لزوم المضرة بالآخرين، ما أفتى به الامام مالك بعدم جواز قلع الغراس المزروعة في الارض المعارة للغراس، الى أجل، اذا انتهى الأجل ولم يكن لصاحب الأرض منفعة في نقض الغراس^(١).

كما يمنع صاحب الحق من استخدام حقه في الموقف السلبي وصورته ان يمنع غيره من الارتفاق بأرضه مثلاً اذا ترتب على الارتفاق نفع لكليهما، كما جاء في قضاء عمر - رضي الله عنه - في قضية محمد بن مسلمة، اذ أراد الضحاك بن خليفة ان يسوق خليجاً له من واد بالمدينة يسمى العريض ليمر به من أرض محمد بن مسلمة الى أرضه ليسقيها فأبى محمد ان يسمح للضحاك بالارتفاق بأرضه.

فقال الضحاك: لم تمنعني وهو لك منفعة تشرب به أولاً وآخراً ولا يضرك، فأبى محمد فكلم الضحاك فيه عمر بن الخطاب فدعا عمر محمد بن سلمه فأمره ان يخلي سبيله فقال محمد: لا:

فقال له عمر: والله ليمرن به ولو على بطنك^(٢).

نلاحظ من هذا النص ان عمر - رضي الله عنه - منع صاحب الحق من استخدامه على وجه يضر بالآخرين، ولا مصلحة له ترتجي من هذا التعسف في استخدام حقه.

٢ - ومن الأدلة التي تكشف عن الباعث أيضاً:

أن يكون في تحصيل الفعل مصلحة مشروعة، ولكن يلزم عنه اضرار بالآخرين وقد أمكن تحصيل المصلحة من جهة أخرى لا يلزم عنها اضرار فيصّر جالب المصلحة على تحصيل المصلحة من الجهة التي يترتب عليها الاضرار فيعتبر عمله في هذه الصورة متمحضاً لقصد الاضرار^(٣)، لأنه يمكنه تحصيل

(١) المدونة ١٥: ١٦٥.

(٢) الموطأ ٢: ٧٤٦، التعسف، د. الدريني ١٦٣.

(٣) الموافقات للشاطبي ٢/ ٣٤٩.

المصلحة من وجه آخر بدون ضرر، فلا معنى لاختيار هذا الوجه إلا للمضرة الناشئة منه، وعليه فيمنع من هذا التصرف لأن الضرر لا يشرع التسبب فيه.

٣ - ومن الأمور التي يشترط توفرها لأعمال النظرية هي علم الطرف الآخر أو أن يكون في وسعه أن يعلم بالقرائن.

وأحياناً لا يشترط علم الطرف الآخر بل يكفي قيام الدليل على الباعث غير المشروع كما في نكاح التحليل.

ومن القرائن التي تدل على علمه أو امكانية علمه هي^(١):

الاقدام على الفعل مع الظن بوقوع المفسدة مع عدم الاستضرار فيما لولم يقدم، والحقيقة أن هذه الحالة لا تكشف عن الباعث وإنما عن العلم بباعث الطرف الآخر، وهو شرط لأعمال الباعث في المعاقبات، وصورته بيع العنب مع الخمار.

وبيع ما يغش به مِمَّنْ شأنه الغش، فهذا التصرف مظنة قصد المعصية، والذي غلب الظن هو سلوك المشتري.

يفترض في البائع ان يعلم باعث مشتري هذه السلعة، اذ كان بإمكانه ذلك. هذا وقد وقع خلاف بين الشافعية والحنفية^(٢) من جهة، وبين الجمهور من جهة أخرى^(٣)، وكانت وجهة الشافعية مراعاة جانب الاذن الابتدائي، ووجهة الجمهور، النظر لما يحتف بالمسألة امن أحكام التطبيق تستدعي النظر للمال، وتجعل مصلحة الأصل مغمورة بمفسدة المال. ورجح قول الجمهور طبيعة الشريعة المبنية على الاحتياط، وسد ذرائع الفساد، ومن هنا فلا يطلق القول بالمشروعية أو عدمها إلا بعد النظر للنتائج الواقعية، والباعث هو أمر واقع في ماله اذا نفذ، فهو المستقبل المتوقع في مرحلة التجسد.

(١) ر التطبيقات، حيث بحثت هذه المسائل تفصيلاً، ص ١١٤ وما بعدها.

(٢) مغني المحتاج ٣٤/٢، للشرييني، فتح القدير ٤٩٤/٨.

(٣) المغني ١٩٩/٤ - ابن قدامة.

هذا وقد لاحظنا في الأمثلة التطبيقية التي عرضناه، أن الشافعية قد اعتبروا القرائن للدلالة على الباعث، فقالوا بكراهية بيع ديك يستخدم للصراع، بسعر مثله، بل يباع بسعر الديكة التي لا تستعمل للصراع.

كما أن الحنفية قد أخذوا بالباعث. ان ظهرت الامارات عليه، ولو لم يظهر صراحة في صلب العقد، كما في بيع كبش على أنه نطاح، فان اراد بالشرط رفع ثمنه، فالعقد فاسد، وان أراد البراءة من العيوب فالعقد جائز، تبعا للقصد وطبيعته في كل، ويدل على الباعث الثمن لأنه قرينة على المقصود وهو ان يستخدم للنطاح وهو غرض غير مشروع.

والذي خلصنا اليه - كما بينا في استعراضنا للتطبيقات على النظرية عند المذاهب - أن الحنفية والشافعية قد عدلوا من موقفهم: بعدم الاعتداد بالباعث الا ان يظهر في صلب العقد.

فان متأخريهم كما لاحظنا عدلوا من هذا الموقف واعتبروا القرائن للكشف عن الباعث وفي هذا التفات الى روح الشريعة وقواعدها العامة مثل قاعدة: «لا ضرر ولا ضرار»^(١)، وقاعدة «كل أمر تقاعد عن تحصيل مقصوده بطل الاحتجاج به»^(٢).

هذا واذا كان الحنفية والشافعية قد ضيقوا من أدلة كشف الباعث في العقود مراعاة لاستقرار المعاملات - بالرغم من توسع متأخريهم الا أنهم بشكل عام لا يتوسعون في الكشف عن الباعث. فانهم قد توسعوا في أعمال القرائن في التصرفات الانفرادية، والتي لا تقوم على المعاوضة واعتبروا القرائن كافية لدلالة، كما في الهدية للامراء ممن من شأنه أن يهديه، فزاد مقدار الهدية بعد تولي المهدي اليه للامارة^(٣) فكانت هذه الزيادة قرينة على أن باعته ليس هو بدافع الصداقة السابقة وانما للامارة الطارئة.

(١) المدخل الفقهي، ص ٩٧١ ف ٥٨٦، للاستاذ مصطفى الزرقاء.

(٢) سبق تخريجها، قواعد الأحكام.

(٣) تحقيق القضية في الفرق بين الرشوة والهدية، ص ١٧٧.

هذا وان الحنفية والشافعية - وهم الطرف المتشدد في أعمال الباعث في المعاملات قد نصوا على أن شرعية الباعث من شروط صحة تصرف ولي اليتيم، والولي العام، وقد بحثنا هذا مفصلاً عند تناولنا البحث في التطبيقات .

٤ - هذا ومن القرائن التي تكشف عن الباعث «السلوك العام» وليس السلوك الفردي، وفي هذا اقامة للمجتمع ككل مقام الفرد، واعتبار الباعث الاجتماعي قائماً مقام الباعث الفردي .

ومن تطبيقاته أن الامام مالك حرم بيع العينة لأن أكثر المتبايعين يستخدمه بقصد الربا .

ومن أمثله أيضاً ما أفتى به الحنفية من عدم جواز بيع القرد وان أمكن نظرياً الانتفاع بجلده لأنه لا يستخدم عادة لهذا الغرض، بل بقصد التلهي، وهو أمر محظور .

شروط أعمال الباعث وصلته باستقرار التعامل :

يشترط لأعمال الباعث أن يعلم الطرف الآخر به أو ان يكون في وسعه أن يعلم^(١)، وفي بيّنا ان القرائن : مثل سلوك الرجل المعتاد، أو العرف الاجتماعي العام، يجعل الطرف في وسعة أن يعلم والآ كان مقصراً وعليه تقع تبعة تقصيره .

هذا واذا كان التصرف انفرادياً فلا يشترط علم الطرف الآخر، لأنها تصرفات تنشأ بارادة منفردة، والارادة الأخرى لا تتوقف عليها نشأة الالتزام فلا يسأل عن باعثها، أما اذا كان الطرف الآخر في وسعه ان يعلم فإنه يعتبر كأن عالم به كما في الهدايا للأمرء ممن ليس من شأنه أن يهديه .

القسم الثاني :

وأما بالنسبة للشرط المتعلق بمحل اعمال الباعث فهو ألا يكون المآل مناقضاً أو الأداء من جهة الصورة المادية للفعل - لغرض المشرع، فاذا كان المآل مناقضاً، فلا عبرة بالباعث لأن المناقضة غير مشروعة لذاتها .

(١) التعبير عن الارادة - وحيد الدين سوار، ص ٥١٥ .

فالمخالفة المذكورة تكون على صورتين:

١ - أن يخالف أداء ويوافق قصداً، وصورتها ارتكاب المحرمات بنية القربة، فهذا العمل بمجموعه مناقض لغرض المشرع لأن العمل المشروع هو ما وافق مراد الشارع أداء وقصداً. ولا عبرة للبائع، لأن البائع لم يلاق محلة^(١).

ط - أما الصورة الثانية وهي ان يوافق مراد الشارع من جهة البائع، ويخالفه من جهة المآل. وصورته أن يسبب الهة الكفار قاصداً تسفيه رموز الكفر، وهو غرض مشروع بلا ريب، إلا أن المآل، مخالف لغرض المشرع، ذلك أنهم سيسببون الله عدواً بغير علم، فكانت المفسدة المتوقعة راجحة على المصلحة المقصودة فيمنع من هذا التصرف، على ما جاء في النص الشريف «ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم»^(٢).

فلا عبرة بالبائع في هذه الصورة، ذلك ان الاعتداد بالبائع انما هو من جهة أنه يدل على المآل فيما لو تحقق هذا البائع، ومن هنا نعالج الضرر قبل وقوعه اتقاء له لان «الضرر يدفع بقدر الامكان».

وفي هذا المعنى يقول الشاطبي^(٣): «وان كان العمل مخالفاً مع الجهل بالمخالفة، والقصد موافقاً فانه وافق قصداً إلا أنه خالف عملاً فإن قصد الشارع بالأمر والنهي، الامثال - أي أن تأتي بالعمل موافقاً صورة وباعثاً - فاذا لم يمثل فقد خولف قصد الشارع، ولا يعارض المخالفة القصد البائع على العمل، لأنه لم يحصل قصد الشارع في ذلك العمل على وجه ولا طابق القصد العمل فصار المجموع مخالفاً كما لو خولف فيهما معا فلا يحصل الامثال».

«ثم ان القصد الموافق لم يصادف محلاً، واذا لم يصادف محلاً: صار غير

(١) الموافقات للشاطبي ٣٤٢/٢

(٢) سورة الانعام/١٠٨.

(٣) الموافقات للشاطبي ٣٤٢/٢.

موافق، لأن القصد في الأعمال ليس بمشروع على الانفراد».

أي أن الله لم يتعبدنا بمجرد النوايا، بل بالأعمال الموافقة والنوايا الموافقة. ومن الأمثلة على المخالفة من جهة المآل وإن كان القصد حسنا ما مثل له الرسول - ﷺ - في حديث السفينة (سفينة الأمة) التي تبحر بالأمة أفرادا وجماعات ونص الحديث: عن النعمان بن بشير - رضي الله عنه - أن النبي - ﷺ - قال:

«مثل القائم في حدود الله والواقع فيها، كمثل قوم استهموا في سفينة، فأصاب قوم أعلاها وبعضهم أسفلها فكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم، فقالوا: لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقا، ولم نؤذ من فوقنا؟ فإن تركوهم وما أرادوا هلكوا جميعا وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعا»^(١).

يبين هذا الحديث الشريف أن باعث من أسفل السفينة باعث حسن وهو أنهم أرادوا عن حسن نية ألا يزعجوا من فوقهم وإن يخرقوا خرقا في نصيبهم مستعملين حقهم في حصتهم، ولكن لا ينظر لحسن الباعث هنا لأن مآله مفسدة عظيمة تؤدي إلى هلاك من في أسفل السفينة وأعلاها، كما يبين هذا الحديث الشريف أن تقييد حرية الفرد ولو كان حسن النية لم يكن اعتباطا ولا تحكما أو مصادرة لها كما قد يُتوهم بل كان لصالحه، وصالح المجتمع الذي يعيش بين ظهرانيه بدليل وحدة المصير التي صورها الحديث.

فتقييد حرية الفرد إذن مجرد توجيه إلى النجاة ووقاية للمجتمع من الانهيار لأن وحدة المصير المحتوم تدل على أن المصلحة الخاصة لا تنفصل عن المصلحة العامة^(٢).

(١) أخرجه البخاري ٩٤/٥، في الشركة، باب هل يقرع في القسمة، والترمذي حديث (٢١٧٤) في الفتن، باب ما جاء في تغيير المنكر باليد.

(٢) خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم ٣١٦، د. الدريني.

رَفْعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الخامس

المشروعية أصل ثابت في التشريع الاسلامي

لا ينبغي أن يذهب الظنّ ببعض الكاتبيين المحدثين، أو الفقهاء الوضعيين الى أن «مبدأ المشروعية» في التشريع الاسلامي ليس أمراً ثابتاً^(١) مستشهدين على ذلك بظاهرة الاختلاف بين فقهاء المذاهب، بل بين فقهاء المذهب الواحد، في حكم المسألة المطروحة، لتبين حكمها، اذ تراهم يصدرون في اجتهاداتهم فيها، عن آراء متباينة، في زمن واحد، فضلاً عن اختلافهم في حكمها من زمن الى آخر بحيث لا يستقرّ على «تكييف شرعي معين»، ويعلمون ذلك بعدم استقرار فكرة المشروعية التي هي الأصل العام، لما صدروا عنه من آراء واجتهادات، فظاهرة اختلاف الأحكام في مسألة معينة بين الفقهاء دليل بين على عدم ثبات «مبدأ المشروعية» في التشريع الاسلامي. إذ لو كانت ثابتة محددة في أذهانهم وفي الواقع لما كان ثمة اختلاف، وتنازع على هذا النحو، فمنشأ الاختلاف اذن هو فكرة «المشروعية» وذلك آية عدم استقرارها وتعيينها وتحديدها، يقول الاستاذ السنهوري في هذا الصدد ما نصّه: «... إنّ فكرة المشروعية - أي في الفقه الاسلامي - ليست أمراً ثابتاً بل هي تختلف فيها الانظار، ثم هي فكرة تتطور، فما كان غير مشروع بالأمس، قد يكون مشروعاً اليوم، وما كان مشروعاً من قبل، قد يكون بعد ذلك غير مشروع فننظر أولاً في بعض الحالات التي تختلف فيها الأنظار في فكرة المشروعية ثم ننظر كيف تتطور هذه الفكرة من زمن الى زمن»^(٢).

(١) مصادر الحق، ج ٤: ص ٦٥، وما يليها.

(٢) المرجع السابق.

وانما اكتسبت هذه المصادر حجيتها، لأنها ترد من حيث ثبوتها الى المصدرين الأولين: الكتاب والسنة، اذ هما اللذان تضمنتا الأدلة المتضافرة على ثبوت مشروعية الأحكام التي استنبطت عن طريقها بدليل انهما أحالا عليها، كل ما لم يرد فيه نص على ما هو معروف، ومبسوط في المصادر المعتمدة في علم الأصول.

مبدأ المشروعية الثابت لا يُمس - على الرغم من الاختلاف في الفروع والجزئيات - من حيث النظر الكلي وما يستهدفه من تحقيق مقاصد التشريع الأساسية.

اختلاف الأحكام في الفروع، قد يكون مرده اختلاف الملابسات والظروف المحتقة بالواقعة مما يكون ذا أثر في تشكيل علّة الحكم وتحقق مناطه في الفرع، فيختلف الحكم لاختلاف علته، وهذا ما يقضي به منطق التشريع.

فالذي يقضي «باختلاف الأحكام باختلاف الأزمان» انما هو مبدأ المشروعية الثابت ذلك أن مناط الحكم يتغير بتغير الظروف، إذ للوقائع والظروف الملازمة أثر في تكيف الحكم.

فليس الحكم الفرعي أو الجزئي هو الذي يقضي على مبدأ المشروعية بالتغيير كما ظن بعض الوضعيين، وانما انضباط مبدأ المشروعية هو الذي قضى بتغير الحكم الفرعي لما لابس الحادثة من الظروف مما جعل تطبيق الحكم الأصلي غير محقق لمراد الشارع.

وما يقال عن تغير الحكم بتغير الزمن، هو مقول في اختلاف الاحكام المستنبطة عن طريق الدليل الظني لوحدة القاعدة العامة التي هي المنطلق العام، أو مصدر التفريع، ووحدة الغاية الكبرى التي تستقطب كافة أحكام الشريعة القطعي منها والظني.

وهذا ملحظ دقيق مستخلص من النظر الأصولي المتعمق في أدلة التشريع العامة ومقاصدها الرئيسية، وينبغي ألا يغيب عن أذهان المجتهدين والعلماء، وفقهاء القانون الوضعي بوجه خاص حتى لا يذهب بهم الظن وربما الوهم بعيدا عن جلّية الأمر في مبدأ المشروعية في الشريعة الاسلامية، المهيم على توجيه

الاجتهاد في الفروع بحيث يغير الأحكام الفرعية - لاختلاف العلل والظروف - بما يتفق ومضمونه ومقتضاه، لا العكس .

وتوضيح هذا الأصل العظيم فيما نوره من تطبيقات على وحدة «مبدأ المشروعية» وأنه هو القاضي على كل حكم اجتهادي بالتغيير، اذا تغير مناطه، بفعل تطور الحياة بالناس، وفي ذلك حجة دامغة على قدرة الشريعة الاسلامية على مواجهة الوقائع والأحداث المتجددة، بما تمدها من أحكام عادلة مناسبة في كل عصر بحيث لا تجد بين أي منها وبين مقتضى «مبدأ المشروعية» الثابت تنافياً أو تضاداً.

الأمثلة التوضيحية لمبدأ «وحدة المشروعية العليا في التشريع الاسلامي وتحليلها أصولياً.

أ - مسألة خروج النساء الى المساجد .

ثبت شرعاً أن للمرأة أن تؤدي الفرائض في المساجد، فالمجتهد يبحث عن علة هذا الحكم والعلة هي ضابط الحكمة التشريعية أو المصلحة المتوخاة من تشريعه، فوجد ان في خروج المرأة الى المساجد «مصلحة دينية» من حيث إنه يورثها التعلق بالعبادة على نحو أبلغ من أدائها في منزلها، بحكم وجودها في بيت الله تعالى، وحضورها صلاة الجماعة، وما لذلك من أثر في تثبيت عقيدتها الدينية، وتعويدها على أداء الصلوات في أوقاتها وهذه «المصلحة» معتبرة ومعقولة، فكانت غاية للحديث الشريف: «لا تمنعوا إماء الله مساجد الله، وليخرجن تفلات»^(١). وهذا حكم ثابت الى يوم القيامة، ما دام مناطه أو علته، والمصلحة المتوخاة فيه، قائمة وثابتة، لأنه من غير الممكن أن تنقلب المصلحة مفسدة.

أما اذا تغير حال الزمن، فأصبح النساء يخرجن الى المساجد متبرجات، متعطرات غايتهن وبواعثهن مخالفة لمراد الشارع ولزم عن ذلك مفسد راجحة نتيجة لدراسة واقع الحال من قبل الخبراء، والمطلعين على أحوال الناس، فقد

(١) ر، ص ١٠٤

هذا وقد اعتمد الاستاذ السنهوري على بعض «الفروع» التي اقتبسها من كتاب «البدائع» للكاساني «وتبيين الحقائق» للزيلعي، و «الفتاوى الخانية»، واستعرض الاجتهادات الفقهية في أحكام هذه الفروع، وذلك من مثل اباحة أخذ الأجرة على تعليم القرآن بعد أن كان أخذها حراما .

وكذلك أخذ الأجر على إقامة الشعائر الدينية، وغيرها من الأذان والامامة، وتعليم الفقه وخروج النساء الى المساجد حيث منعه عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - وقد كان مباحا أو مندوبا في عهد النبوة، لقوله - ﷺ : «لا تمنعوا إماء الله مساجد الله وليخرجن تفلات»^(١).

ولقوله - ﷺ : «إذا شهدت إحداكن المسجد فلا تمسّن طيبا»^(٢) الى غير ذلك من الوقائع التي اختلفت الأنظار في أحكامها.

هذا وقد شاع بين الفقهاء أيضا قاعدة - قد توهم الوضعيين - عدم ثبات مدلول «المشروعية» في الفقه الاسلامي، تلك القاعدة هي قاعدة «تغير الأحكام بتغير الأزمان»^(٣) أي تغيرها بتغير الظروف والأحوال المادية والمعنوية.

لذا أصبح لزاما - فيما اعتقد ان أفصل وأحرر القول في مبدأ المشروعية، لنقف على جليلة الأمر فيه، من خلال الفقه الاسلامي، ومقاصد التشريع الاساسية، وفي ضوء القواعد المحكمة. التي تنهض بسياسة التشريع التي تدبر الأمر في الأمة أو الدولة بما يحفظ عليها كيانها ويصون «مصالحها الاساسية» كما يحقق - في الوقت عينه - المصالح الحقيقية المعتبرة على مستوى الأفراد، رغم اختلاف الظروف وطرؤ الحالات المتغيرة.

اذن تحرير القول في مبدأ المشروعية أصوليا يركز على أمرين هامين :

الاول : خطورة القول بتغير هذا المبدأ، لما يترتب عليه من ضياع المصالح الأساسية على مستوى الأفراد والدولة.

(١) أخرجه أبو داود ج ١، ص ٣٨١، ح (٥٦٥)، قال عبد القادر الأرناؤوط في تخريجه لجامع الأصول ج ٢٠١/١١، اسناده حسن.

(٢) أخرجه مسلم ج ١، ص ٣٢٨، ح (١٤٢)، ومالك في الموطأ ط ١ : ١٩٨ عن زينب الثقفية.

(٣) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء، ص ١٧٣ - قاعدة رقم (٣٨).

الثاني : لمنافاة القول بتغير مبدأ المشروعية للشاب قطعا، في الكتاب، والسنة، وفقه الصحابة، والسلف بعامة، وأئمة المذاهب بخاصة، إذ نفى القرآن الكريم أن يكون ثمة تناقض فيما يقرر من أصول محكمة ومقاصد أساسية .

وذلك آية كون هذا التشريع من عند الله سبحانه :

«ولو كان من عند غير الله ، لوجدوا فيه اختلافا كثيرا»^(١).

وتفصيل ذلك :

أن أدلة الشرع منها ما هو قطعي ثبوتا ودلالة، وهذه لا مجال للعقل في تغييرها، أو تأويلها، لأنها تمثل ارادة المشرع الحقيقية التي تتركز فيها «المشروعية العليا» ولا يجوز بالتالي التخلف عن أدائها على مستوى الدولة، والأفراد، على السواء .

لأنها قوام «أساسيات الشريعة» التي لا مجال لاختلاف الأنظار في تفهمها وتبينها لأنها بيّنة - في ذاتها - وأن «سيادة التشريع» والهيمنة العامة على شؤون الأفراد والمجتمع تتركز في هذه الارادة البيّنة لله سبحانه، وهذا هو مفاد قول الله عز وجل : «ان الحكم الا لله»^(٢).

كما أن هناك آيات ظنية الدلالة لاعتبارات تتعلق بكمال الشريعة اقدارها على الوفاء بكل احتياجات المجتمع الانساني عبر العصور، وهذه النصوص الظنية الدلالة تؤلف معظم آيات الكتاب العزيز .

أضف الى ذلك ان ثمة نصوصا كثيرة جدا، وردت في السنة الصحيحة الثابتة ظنية الثبوت والدلالة معا، كأحاديث الأحاد فهي حجة للاستدلال .

على أن أدلة التشريع ومصادره - فيما عدا الكتاب والسنة والاجماع الصريح - من مثل القياس والاستحسان والاستصلاح والاستصحاب والعرف، ظنية الدلالة أيضا، فيكون ما يستنبط منها من أحكام ظني الدلالة بالضرورة، ولا يمس ذلك من حُجِّيَّتها، أو مشروعيتها من حيث وجوب العمل بها .

(١) النساء / ٨٢

(٢) الأنعام / ٥٧ .

أصبح خروجهنّ لا يحقق المصلحة المتوخاة التي من أجلها شرع الحكم ابتداءً، وعندئذ يأتي «مبدأ المشروعية» نفسه ويحرّم الخروج في مثل هذا الحال، صيانة للمشروعية نفسها أن تنتهك.

فالمشروعية هي التي قضت بالمنع في حال دون حال تبعا للمصلحة والمفسدة.

وعلى هذا فإن حكم الحاليين: الحال الأولى، والحال الثانية يقيان أبد الدهر، لأنهما حكمان شرعهما الله تعالى ولا تبديل فيهما، وانما التغيّر في التطبيق، حيث يجب أن يراعى فيه تحقيق المصلحة الجزئية في الخروج التي ترجع الى حفظ المقصد الأصلي العام الذي يستقطبها، فكان الجزئيّ مندرجا في الكلّي العام، وهذا معنى قولنا: ان «مبدأ المشروعية» ثابت من حيث النظر الكلّي! وعلى هذا يبدو لنا جليّا، أنّ القول بتغيّر «مبدأ المشروعية العليا» في التشريع الاسلامي، بتغيّر الأحكام الجزئية، لتغيّر الظروف والأحوال، ناتج عن نظر مبتسر، أو هو من بادىء الرأي الذي يفتقر الى التعمق في أصول الشريعة ومقاصدها، ومحكم قواعدها.

ب - ومن الأمثلة التي توضح ان الاختلاف في التطبيق مرده الى مراعاة مراد الشارع الذي لا يتغيّر في المنع والايجاب للحالة الواحدة - مسألة التسعير الجبري في الفقه الاسلامي حيث اختلفت في تكييفها الأنظار، على الرغم من أنّ ظاهراً الأحاديث الشريفة التي وردت بحكم التسعير، تنم عن أنّ الرسول - ﷺ - لم يرضه، بل حرّمه، في الحديث الذي رواه أبو هريرة: «ان رجلا جاء، فقال: يا رسول الله سَعَر، فقال: بل «أدعو»، ثم جاءه رجل فقال: «يا رسول الله سَعَر» فقال: «بل الله يخفض ويرفع، واني لأرجو أن القى الله، وليس لأحد عندي مظلمة»^(١).

وحدّث أنس بن مالك «ان الناس قالوا: يا رسول الله غلا السعر فسعّر لنا، فقال رسول الله - ﷺ - : ان الله هو المسعّر القابض الباسط الرازق، واني لأرجو أن

(١) سنن أبي داود ج ٣: ٣٧٠، سبل السلام ٣، ص ٢٥.

ألقى الله، وليس أحد منكم يطالبني بمظلمة في دم أو مال»^(١).

وظاهر كل من الحديثين، يحرم التسعير باطلاق، لأنه مظلمة في حق المال، يساوى مظلمة الاعتداء على النفس، من حيث ان كلا منهما جريمة، الأولى : جريمة مالية، والثانية : جريمة جنائية تتعلق بازهاق النفس البريثة .

وهذا أعلى مستوى من الحرام أو الحظر يستلزم الكفّ حتما عن التسعير . وعلى الرغم من أنّ ظاهر كل منهما مطلق، يتناول حال الرخاء وحال الغلاء، على السواء، حال الاستيراد والجلب، وحال عدمه بأن كانت السلع موجودة في البلد ومن انتاجه الصناعي والزراعي فالحكم واحد عملا باطلاق منطوق الحديثين، والمطلق يجرى على اطلاقه .

غير أن جمهور الفقهاء وإن كانوا قد ذهبوا الى هذا الرأي وعللوا وجهة نظرهم هذه بأن الناس مسلطون على أموالهم والتسعير حرج عليهم،

والامام مأمور برعاية مصلحة المسلمين، وليس نظره في مصلحة المشتري برخص الثمن، أولى من نظره في مصلحة البائع بتوفير الثمن .

واذا تقابل الأمران وجب تمكين الفريقين من الاجتهاد لأنفسهم، والزام صاحب السلعة أن يبيع بما لا يرضى به مناف لقوله تعالى : «الآن تكون تجارة عن تراض منك»^(٢) .

أقول : أنّ الجمهور وإن ذهبوا الى هذا الرأي من التحريم المطلق، عملا باطلاق النص، كما ذكرنا، فإن تكييف الفريق الآخر للمسألة يختلف عن هذا التكييف وبيان ذلك :

أنّ الجمهور رأى أنّ في مسألة التسعير قد تعارضت مصلحتان فرديتان متساويتان - في نظر الشارع - من حيث الاعتبار، وليست احداها بأولى بالرعاية من الأخرى، وفي التسعير ترجيح لمصلحة المشتري، وهذه المحاباة اذ ليست مصلحة المشتري بأولى من مصلحة البائع، فوجب النظر لهما بتركهما يتبايعان

(١) المرجع السابق .

(٢) النساء/٢٩ - نيل الاوطار ٥/٢٢٠ - الشوكاني .

دون حجر، كيلا ينتفي التراضي، الذي هو أساس حلّ مال كل منهما للآخر، وبالتسعير ينتفي التراضي، الذي هو أساس انعقاد البيع شرعا، فيغدوا بانتفائه باطلا.

وأما الفريق الآخر، ولا سيّما متأخري الحنابلة، والمالكية^(١). فرأوا ان هذا التكييف غير سليم، اذ التعارض في هذه المسألة بين مصلحة طائفة التجار وبين مصلحة جماعة المسلمين، وهي مصلحة عامة.

والقاعدة المحكمة التي تعتبر مصدرا من مصادر المشروعية: «أن المصلحة العامة مقدّمة»^(٢) وعلى هذا اذا تعيّن التسعير الجبري لرفع هذا التعارض، حماية للصالح العام وجب المصير اليه، للقاعدة المحكمة الأخرى التي تعتبر مصدرا من مصادر المشروعية أيضا ومفادها: «أنّ ما لا تمّ الواجب الآ به فهو واجب»، وهي قضية عامّة يقرها العقل والشرع!

في حين أنّ ما ذهب اليه الجمهور من تكييف للمسألة تحكمه قاعدة عامة أيضا وهي استواء المصلحتين الفرديتين في الاعتبار فينبغي رعايتهما، بعدم التسعير لأنّ فيه محاباة وظلما لاحدى المصلحتين على حساب الأخرى.

وهذا غير جائز، فلم يجز التسعير لهذا التكييف الاجتهادي، وهو لا يخرج عن مبدأ المشروعية كما ترى!

وفي هذا المعنى يقول الامام ابن تيمية: «التسعير منه ما هو ظلم، ومنه ما هو عدل جائز بل واجب»^(٣).

هذا ولا بدّ في كل حكم شرعي عملي من مناط هو ضابط حكمه التشريع ولهذا رأينا ابن القيم - تلميذ ابن تيمية - يبيّن مناط كلّ من التسعير العدل الواجب والتسعير الظالم، الحرام، بيانا يدل بوضوح على أنّ لكلّ من الحل والحرم، متعلّق خاص، يتضمن مفسدة راجحة أو مصلحة راجحة، فكان كل من حكم وجوب

(١) الفقه المقارن، د. الدريني، ص ٢٢٠، المنتقى شرح المطأ، ج ٥، ص ١٤ وما بعدها.

(٢) القاعدة رقم (٢٥)، من المجلة، شرح القواعد الفقيه للشیخ أحمد الزرقاء، ص ١٤٣.

(٣) الحسبة، ص ١٤.

التسعير وحكم حظره وسيلة متعينة لتحقيق المصلحة الراجحة ودرء المفسدة الراجحة، وهذه قاعدة عامة محكمة خالدة، لا تتبدل بتبدل الزمن، وهي مصدر مبدأ المشروعية، وفي هذا المعنى يقول ابن القيم:

«فاذا تضمن - التسعير - ظلم الناس، واكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه أو منعهم مما أباح الله لهم فهو حرام، وإذا تضمن العدل بين الناس، مثل اكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل، ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ الزيادة على عوض المثل فهو جائز بل واجب»^(١).

وعلى هذا، فقد تبين لنا، ان العبرة في الحكم الشرعي - نصا أو دلالة - بتحقيق مناطه، ولكن الحكم الشرعي نفسه، ثابت أبد الدهر ولا تتغير مشروعيته، عملاً «بمبدأ المشروعية» نفسه الذي ينهض به مصادره الشرعية من القواعد المحكمة على النحو الذي بينا فلا تطور لمبدأ المشروعية، والألا ندرت معالم الشريعة، وانمحت قواعده، وهذا لا يقول به من له أدنى مسكة من عقل أو علم.

وفي هذا المعنى يقول ابن القيم: «وجماع الأمر، أن مصلحة الناس اذا لم تتم إلا بالتسعير، سقر عليهم، تسعير عدل، ولا وكس فيه ولا شطط، واذا اندفعت حاجتهم بدونه لم يفعل»^(٢).

وفي هذه اشارة الى أن التسعير منوط بالمصلحة والعدل وأيضا يؤخذ من قوله «واذا اندفعت حاجتهم بدونه لم يفعل» أي لم يسقر، أن التسعير الجبري اقتضته ظروف الأمة وسيلة متعينة لدفع ظلم التحكم في أقواتها وحاجاتها المادية والمعنوية على السواء، وهذا هو «الوجه الثاني من المشروعية، بما تواجه به الظروف غير العادية مجابتهها للظروف العادية، في جزئيات الوقائع الطارئة بأحكام مناسبة، لكل منها، ويدخل في ذلك ظرف الحاجة الماسة، كما رأيت، كما يدخل ظروف الضرورة من باب أولى رفعا للخرج وتيسيرا لمطالب الحياة وحاجات الأمة، فضلا عن مراعاة مصالحها الأساسية خشية فواتها، مما يتسبب في انهيار كيانها، وهو

(١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص ٢٨٢، وما يليها، لابن القيم.

(٢) الطرق الحكمية، ص ٢٨٩، وما يليها.

أصل عام مقرر يقوم عليه، مبدأ المشروعية الذي يستهدف في الحالتين : العادية وغير العادية عين المقاصد الأساسية للمجتمع .

ولا ريب ان وحدة الغاية تؤذن بوحدة المبدأ العام القيم عليها .

فالمشروعية - كما ترى - أصل ، عام ، ثابت ، مقرر لمجابهة الظروف كلها على اختلاف أنواعها ، مهما تغايرت ، لمجابهتها بما يناسب كلا منها من الاحكام ، بحيث لا تجد حكما يجابه ظرفا ما ، الا وهو محكوم بالمشروعية ، بما يحقق العدل ، والمصلحة المعتبرة ، وليس خارجا عنها ولا منافيا لمقتضاها ، إذ العدل أو المصلحة أساسه .

هذا والاحكام الشرعية العملية التي تفي بحاجات الأمة في كل عصر ، وبيئة ، على هذا النحو من العدل والمصلحة ، ثابتة لا تغير فيها ولا تبديل ، ولا نسخ ، لأنها شرع الله .

وانما التغيير في تطبيق الحكم المناسب ، تبعا لتحقيق مناطه في الجزئيات والوقائع المستجدة ، لا في أصل الحكم الشرعي ، فظهر الفرق الحاسم الذي يحول دون الخلط بينهما .

وبديهي أن هذا الأصل العام ، يتنافى مع قول بعض فقهاء القانون الوضعي ، من أن مبدأ المشروعية ، في الشريعة الاسلامية أمر غير ثابت وهو متطور ، الأمر الذي يؤدي الى اندراس معالم الشريعة ، مبادئ وأصولا ، وأحكاما ، وهو باطل قطعاً !!

هذا وقد أدرك الفقيه المالكي ، الامام سحنون^(١) هذا المعنى حيث بين أن المسألة مدارها «تحقيق المناط» ، وليس أصل الحكم الشرعي العملي ، أو تطور المشروعية ، لأنه ثابت شرعا لا يعتريه تبديل أو تغيير غير ان «مناطه» الذي ينطوي على جلب مصلحة أو درء مفسدة في الواقعة التي يحكمها ، قد تطرأ ظروف تلابسها فينشأ عنها لوازم تجعل مآله يتكيف بها حكما من مصلحة راجحة أو مفسدة راجحة ، فيدور هذا الحكم الشرعي مع المآل ، سلبا وإيجابا بحسب هذا المآل ، لأن

(١) المنتقى شرح الموطأ ١٧/٥ ، الفقه المقارن ، د. الدريني ، ص ١٩١ .

الحكم الشرعي منوط بنتيجة الفعل، وهذا المبدأ ثابت لا يتغير أبد الدهر، لأنه جار على وفق سنن المشروعات ولا نقصد بالمشروعية الآ هذا.

وسنن المشروعات ثابت، فمبدأ المشروعية ثابت، ما دام جاريا على وفقه ومقتضاه، اذ لا ينبغي أن تكون المشروعية الآ على مقتضى سنن الشرع في التشريع الثابت بالاستقراء^(١).

وعلى هذا، فالتغير - اذا طرأ - فانما يتعلق باللوازم، من المصالح أو المضار، أعني: في مناطات الأحكام، والحكم شيء، ومناطه شيء آخر - وان كانا متلازمين.

ولكل حكم شرعي عملي مناطه الذي يناسبه، فالمجتهد انما يبذل أقصى طاقته العلمية - اجتهادا بالرأى - في تطبيق الحكم المناسب لمناطه المتحقق في الواقعة المعروضة، ملابسة بالظروف والأحوال الطارئة، ومثال ذلك - على ما أفصح عنه الامام سحنون - مبدأ التراضي: فمبدأ المشروعية يحكم على العقد القائم عليه، اذا تحقق مناطه، يحكم بصحته، وتترتب أثاره عليه، لأنه العدل اذا توافرت أركانه وشرائطه، وهذا هو «الأصل العام» في العقود الملزمة للجائين كافة، غير أن مبدأ «الأكراه على التعاقد» أصل عام ثابت أيضا، يفرضه مبدأ المشروعية نفسه اذا تحقق «مناط العدل فيه»، وعجز مبدأ التراضي عن تحقيقه في حالة من الحالات العارضة.

فمبدأ الأكراه، ومبدأ التراضي، في الحالتين المتغايرتين، يحكمها مبدأ المشروعية، دفعا للظلم أو المفسدة.

ولا ريب أن هذا من صميم مبدأ المشروعية في الفقه الاسلامي لوحدة المآل الذي يشكّل علة الحكم الشرعي في الظرف الجديد، وهذا الحكم ثابت لا يتغير، بل هو ثابت شرعا أبد الدهر، فالأكراه - كما يقول الامام سحنون - لا تترتب أثاره عليه، لأن الأكراه ظلم من المكره، ولهذا نهى الشرع عن الأكراه، لما فيه من

(١) الموافقات للشاطبي ج ٥/٢، وما يليها.

الظلم حتى في العقيدة «لا اكراه في الدين» حتى اذا كان الاكراه بحق فأن آثاره تترتب عليه لأنه أصبح مناطا للعدل»^(١).

وهل يقال حينئذ أن «مبدأ المشروعية» أمر غير ثابت، ما دامت آثاره مناطا للعدل في حالة التحريم أو الإيجاب؟؟!!

إن مبدأ المشروعية، أصل عام ثابت لا يتغير لأنه منوط بغايات التشريع، ومقاصده الأساسية التي هي المصالح الحقيقية للمجتمع الانساني، كما ذكرنا.

والاجتهاد في التطبيق - تحرياً لمناطات الأحكام، وتبييناً لمبلغ تحققها في الوقائع - لا يقل خطراً وأثراً عن الاجتهاد في الاستنباط، اذ به تتحقق مصالح الناس، واقعا وعملا.

ومن هنا نشأ في الفقه الاسلامي ما يسمى «سياسة التشريع» التي تستند الى مبادئ الشريعة العامة وخططها التشريعية، لمعالجة الواقع بظروفه المتغيرة، توفيقاً بين الحكم النظري والواقعة المستجدة بما يحقق مقاصد الشريعة الأساسية، وهذا دليل بين على واقعية التشريع الاسلامي.

وفي هذا المعنى يقول ابن القيم: ان السياسة الشرعية لا تخرج عن «متابعة السلف الأول في مراعاة المصالح المعتبرة شرعا ومسايرة الوقائع»^(٢)

هذا والقول بتطور «مبدأ المشروعية» انما هو قول بتبدلها رأساً، وهذا مما يستلزم المنافاة بين سياسة التشريع وحقيقة الشريعة، وهو عين الخطأ الذي وقع فيه بعض العلماء قديماً وأشار اليه ابن القيم بقوله: «انها - أي السياسة الشرعية - لم تناف ما جاء به الرسول، وان نافيت ما فهموه من شريعته باجتهادهم»^(٣).

واذا لم تناف ما جاء به الرسول - ﷺ - من كتاب وسنة كانت مطابقة لحقيقة الشرع الثابت، ولا نقصد بثبات مبدأ المشروعية إلا هذا!!

(١) الفقه الاسلامي المقارن، الدكتور الدريني، ص ١٨٦.

(٢) تبين الحقائق للزليعي ١٢٥/٥

(٣) الطرق الحكمية لأبن القيم ص ١٣

وإذا تبين هذا، نناقش الدكتور السنهوري في المثال الذي أتى به مستدلاً على ادعائه تطوراً مبدأً المشروعية وعدم ثباته وهو:

أخذ الأجرة على تعليم القرآن وأنه أصبح مشروعاً بعد أن لم يكن كما جاء في الفتاوى الخائية^(١) ما نصه: «وان استأجر رجلاً لتعليم القرآن لا تصح الاجارة عند المتقدمين، ولا أجر له بين لذلك وقتاً أولم يبين، ومشايخ بلخ - رحمهم الله تعالى - جاوزوا هذه الاجارة»^(٢).

هذا والذي يبدو أن الدكتور السنهوري، لم يمعن النظر في «التعليل» الذي انتهض عليه جواز أخذ الاجرة وعدمه، ولو فعل لرأى أن «المشروعية» هي التي حكمت بذلك، بالنظر الى نتيجة الفعل في الحالين.

فالمبدأ ثابت، يُحكّم النتائج، فالمشروعية نفسها هي التي حكمت على التعليم بالجواز، وعدمه في أخذ الأجرة، في ضوء نتيجته، وليس ذلك أثراً لتطور المشروعية.

يدلك على هذا، التعليل الذي يبين أساس الحكم في كل حال، إذ يقول صاحب الفتاوى، معللاً لحكم عدم الجواز «انما كره المتقدمون الاستئجار، لتعليم القرآن، وكرهوا أخذ الأجرة على ذلك، لأنه كان للمعلمين عطيات في بيت المال في ذلك الزمان وكان لهم زيادة رغبة في أمر الدين واقامة الحسبة، وفي زماننا، انقطعت عطياتهم وانقصت رغائب الناس في أمر الآخرة، فلو اشتغلوا بالتعليم مع الحاجة الى مصالح المعاش، لاختل معاشهم فقلنا بصحة الاجارة ووجوب الأجرة للمعلم»^(٣).

وهكذا ترى، أن الفقهاء القدامى والمحدثين منهم، قد عالجوا «الواقع» الذي يعيشه الناس محافظة على مصالحهم، وأعطوا الحكم المناسب الذي يصون تلك المصالح، ولا يورثها الخلل أو الضياع.

(١) ج ٢ ص ٣٢٢

(٢) مصادر الحق ٤/٦٩

(٣) المرجع السابق

فالمعلمون كانوا يتقاضون أجره تعليمهم، سابقا، من بيت المال فلا يجوز أن يتقاضوا أجره أخرى عليه، لثلا تجتمع أجرتان على فعل واحد، لما يؤدي ذلك، الى ظلم بحق الدولة أو بالمستأجرين من الناس، فلما انقطعت أجرتهم من بيت المال وجب أن تراعى مصلحتهم في أخذ الأجرة من الناس كيلا تختل مصالحهم من جهة أو يختل صالح الدين بالانصراف عن تعليم القرآن جملة، للضعف في وازع الدين، فلا يبذلون جهدا في اقامة الحسبة تطوعا، أو للانصراف الى كسب العيش، لتأمينه ضرورة، فأين تطوّر المشروعية في هذا المثال الذي أدرجه الدكتور السنهوري في استدلاله؟

غاية ما في الأمر أنه تحقق في الحاليين مناط المشروعية الثابت الذي أتى به الامام الشاطبي، وأقام الأدلة عليه حيث يقول: أصل النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا سواء كانت الأفعال موافقة أم مخالفة»^(١).

ذلك، لأن نتائج الأفعال وثمراتها - ضررا كانت أم نفعاً - هي التي تكيف الفعل بالجواز وعدمه، أو الوجوب أو الندب، تبعا لقوة المصلحة، أو حجم مفسدة، وهذا الأصل العام الذي يضبط الموازنة بين الضرر والنفع، بتأثير ذات الفعل، أو بظروفه التي تلابسه، مادية أو معنوية، هذا الأصل العام، ثابت أبد الدهر، إذ يقضي به العقل أيضا فضلا عن الشرع ولا يعتريه تبديل أو تغيير، أو تطوّر، والآنقلبت المصالح مفاسد، أو العكس، وهذا محال لأنه، تبديل لطبائع الأشياء، وحقائق الشرع، وهذا من سياسة التشريع بسبب، إذ هي تدبير شؤون الأمة، والأفراد في كل الظروف، والبيئات، المختلفة، وهو الذي عبّر عنه الفقهاء «بتغير الأزمان».

وعلى هذا، فإن قاعدة «اختلاف الحكم بتغير الزمن» ليست على ظاهرها بل على المعنى الذي أشرنا، وما ينطبق على هذا المثال من الأصل العام الثابت،

(١) الموافقات ٤/ ١٩٦

والمقرر شرعا، الذي أصّله الامام الشاطبي^(١)، استقراء في كتابه الموافقات في أصول الشريعة، لتحقيق مناطه فيه هو مقول على سائر ما أتى به الدكتور السنهوري، من الأمثلة في الاستدلال خطأ على ما ادعى به من تطور في مبدأ المشروعية فظهر بطلانه على ما قدّمنا.

(١) الموافقات ٤/١٩٦

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل السادس

أثار النظرية

لا خلاف بين الفقهاء في الاعتداد بالبائع ان ظهر في صلب العقد، وأنه شرط لصحة التصرف عند ظهوره.

وانما الخلاف في وسائل الاثبات، وما حكمه وأثره اذا ظهر، وهل القرينة تُغني عن التصريح^(١).

فالمذهب الشافعي الذي أهمل اعمال البائع في كثير من التصرفات مثل بيع العينة مثلاً وبيع العنب من الخمار^(٢)، يصرّح بأنه يُفسد التصرف اذا ظهر القصد الفاسد صراحة فيقول: «وأكره لهما النية اذا كانت لو ظهرت تُفسد البيع»^(٣).

وهم يُصرّحون - أي الشافعية - أنه اذا نكحها على أنه اذا وطئها طُلقت منه فان العقد باطل^(٤).

وفي المذهب الحنفي ثلاثة أقول^(٥) في نكاح التحليل اذا صُرّح فيه بالبائع بأن قال: تزوجتك لأحلّلك لزوجك الأول:

القول الأول: ان العقد يكون صحيحاً لأن العقد لا تبطله الشروط الفاسدة فتحل زوجها الأول بعد دخول الثاني بها، وطلاقها منه، وانقضاء عدتها، غير أنه يكون مكروهاً تحريماً لقوله - ﷺ - «لعن الله المحلل والمحلل له».

(١) هذا وقد بحثنا رأي كل مذهب وأدلته تفصيلاً في باب التطبيقات

(٢) (الم) - ٦٥/٣

(٣) المرجع السابق

(٤) المرجع السابق

(٤) المجموع ٢٢٥/١٦

(٥) البدائع ١٨٧/٣ - ١٨٨

القول الثاني: وعند أبي يوسف هو عقد فاسد، لأنه في معنى الزواج المؤقت فيفوت شرط صحة العقد الذي هو التأيد، اذ التأيد شرط في صحة الزواج، والتحليل تأييت ينافي التأيد.

وعليه، فلا تحل لزوجها الأول، بعد تطبيق الثاني لها.

القول الثالث: ويرى محمد صحة العقد الثاني للسبب الذي رآه الأمام ولكنه لا يحله لزوجها الأول، لأنه استعجل ما أخره الشرع فيكون جزاؤه منع ما قصده، وهو أن تكون حلالا له، وهذا كله اذا عقد النكاح بشرط التحليل.

وأما موقف الحنابلة والمالكية وخصوصا الامام الجليل ابن تيمية وتلميذ ابن القيم، والامام الشاطبي فهم حاملو لواء الباعث، فقد كتب ابن تيمية كتابا في بطلان التحليل، وأفرد الشاطبي نصف الجزء الثاني من موافقاته للبحث في مقاصد المكلف، وموافقتها لمقاصد الشارع.

وبشكل عام بالمذهب الحنبلي والمالكي أكثر توسعا في اعمال الباعث والاعتداد به ولو ظهر بالقرائن.

بقي أن نبحت في اعتبار الباعث من حيث موضعه من الأحكام الجعلية أو بعبارة أخرى الأحكام الوضعية لا التكليفية، هل هو سبب أو ركن أو شرط أو مانع؟ لا خلاف في أنه ليس بسبب لانشاء التصرف، لأن التصرف لا ينشأ به. كما انه ليس ركنا أيضا، اذ الركن داخل في الماهية والباعث عنصر خارج العناصر البنوية للتصرف.

بقي ان نقرر هل هو شرط أو مانع؟

نقول: ان اثار العقد لا تترتب الا بعد وجود السبب، واستيفاء الشروط، وانتفاء الموانع. وأقل ما يمكن ان يُقال في شأن الباعث غير المشروع، أنه مانع من صحة التصرف، لأنه من المُقرر شرعا انه «لا يتصور استيفاء المعصية بالعقد»^(١).

(١) تبين الحقائق للزيلي ٦ : ٢٩

اذ ترتب الآثار على أسبابها حكم جعلي، فلا يعقل، ولا يصح أن يأمر الشارع بالشيء وينهى عنه في وقت واحد على ما علم في بحث المحكوم فيه في أصول الفقه^(١) للتناقض المنصب على جهة واحدة.

على أن بعض الفقهاء، قد اعتبروا طهارة الباعث شرطاً لصحة بعض التصرفات، اذ قرروا «أنه لا يُقر محلل على نكاحه ويُفسخ العقد، ولا تحل به لزوجها الأول»^(٢).

وظاهر هذا الكلام، أن موافقة الباعث لمراد الشارع، شرط صحة، وليس عدم الموافقة مانعاً، اذ من المقرر أنه «إذا زال المانع عاد الممنوع». ولو كان مانعاً، لأمكن تصحيح الباعث ومن ثم تصحيح التصرف، وعليه فترتب آثار التصرف عليه. ولكن لما كانت الآثار لا ترتب ولا يُستدام العقد، فهذا دلالة على أنه شرط وليس مانعاً.

ولكن هل هو شرط صحة أو شرط انعقاد؟

من المعلوم أن هذا التقسيم خاص بالحنفية، أما الجمهور، فشرائط الصحة وشرائط الانعقاد بمعنى واحد، اختلافها يؤدي الى بطلان العقد.

أما عند الحنفية، فالذي رأيناه أنهم قد أعملوا الباعث في حالات، وان لم يظهر في صلب العقد - كما في مسألة بيع القرد -^(٣)، لكنه مستخلص من محل العقد، فقد صرح الكاساني: «بعدم جواز بيع القرد، لأنه بيع يُقصد به الحرام» واعتبر المحل غير صحيح، لهذا القصد، وان كان في الأصل محتملاً استخدامه في أوجه مباحة، ولكن الغالب استخدامه للتلهي.

وهكذا يكون الباعث مستخلصاً من المحل - هذا في بعض الحالات في كل الحالات كنكاح التحليل مثلاً - ، وعائداً على تكييف المحل، باعتبار ما سيؤول اليه، وان كان «الباعث» و«المحل» متباينين من حيث المفهوم، ولا ريب ان قابلية

(١) أصول الفقه : عبد الوهاب خلاف ص ١٣٠

(٢) تفسير القرطبي ١٥٠/٣

(٣) بحثنا المسألة تفصيلاً في باب التطبيقات

محل العقد لحكمه من شرائط الانعقاد^(١).

وقد اعتبر الجمهور العقد على المحرمات باطلاً، وإن كانت المرأة المحرمة كامرأة صالحة لتحقيق مقاصد النكاح، فكان معنى قابلية محل العقد لحكمه معنى زائداً على مجرد صلاحية المحل لتحقيق مقاصد التصرف. فالقابلية لا ينظر إليها من حيث الواقع، بل من حيث اعتبار الشارع، وما اعتبره الشارع عدماً، فهو غير موجود حكماً، فالمعدوم شرعاً كالمعدوم حساً على ما عُرف في نظرية البطلان.

هذا وإن للباعث أثراً في العقد من جهة أخرى، فالعقد هو:

«ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يظهر أثره في محله».

فلا عبرة بارتباط الإيجاب بالقبول إلا إذا كان على وجه مشروع، والوجه المشروع لا يتحقق إلا إذا استوفى العقد أركانه، وشرائط انعقاده، وشرائط الصحة.

بالإضافة إلى أن يكون باعته مشروعاً، حتى لا يتخذ العقد أو التصرف المشروع في ذاته، وسيلة لتحقيق غرض غير مشروع يهدم مقاصد التشريع^(٢).

فكان الباعث متصلاً بانعقاد العقد أصلاً، أو بصحته عند الجمهور، ولما كان خارجاً عن الركن - وهو الإرادة أو الإيجاب والقبول - إلا أنه هو المحرك لها، فيجدر اعتباره شرطاً للركن، وهذا ينطبق على جميع الصور التي تصدر عن باعث غير مشروع، مثل نكاح التحليل وطلاق الفرار على الراجع.

وهو الذي تدلّ عليه عبارات الفقهاء الذين اعتبروا الباعث في هذه الصور، هم الجمهور.

على أن الفريق الآخر من الفقهاء الذي لم يعتبر القرائن كافيةً للدلالة على الباعث، لم يُمكن صاحب الباعث السيء من قصده وعالج المسألة بأسلوب آخر وهو إجباره على إخراج المبيع من ملكه وإن كان التصرف صحيحاً، ففي حاشية قليوبي على شرح المحلي:

(١) المدخل الفقهي للاستاذ مصطفى الزرقاف ١٦٤ - ص ٣٦٧

(٢) النظريات الفقهية د. فتحي الدريني

«ان من باع أمة لمن يُكرهها على الزنا فللحاكم ان يبيعها على مالکها قهرا عليه»^(١)، ومثله مذكور في حاشية الشلبي على الكنتز^(٢).
وهو قول عند المالكة.

وهكذا يبدو لنا جلياً ان لا خلاف بين الفقهاء في عدم تمكينه - ذي الباعث غير المشروع - من قصده، وانما الخلاف في اثبات الباعث، فان ظهر عند الانشاء بطل التصرف على الصحيح. وان ظهر عند التعامل بعد الانشاء أجبر على اخراج المبيع.

(١) حاشية القليوبي على شرح المحلي ١٨٤/٢

(٢) تبين الحقائق ج ٦ : ٢٩

رَفْعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الباب الثاني

دراسة مقارنة لتطبيقات نظرية الباعث
في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الباب الثاني

دراسة مقارنة

وهو مقسم الى فصول:

- ١ - الفصل الأول : تطبيقات في مجال الطهارة
 - ٢ - الفصل الثاني : تطبيقات من نظام الأسرة
 - ٣ - الفصل الثالث : تطبيقات من أحكام المعاملات.
 - ٤ - الفصل الرابع : تطبيقات من مسائل الدعوى والقضاء.
 - ٥ - الفصل الخامس : تطبيقات من القانون الاداري .
- «تقييد صحة القرار الاداري بشرعية الباعث قيلاً يرد عليه».

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الأول

تطبيقات الباعث في مجال الطهارة

أمثلة من فقه العبادات :

ذهب المالكية والحنابلة^(١) في رواية الى أنّ اللّمس الناقض للوضوء هو اللّمس بقصد التلذّذ فان لم يكن قاصدا التلذّذ فلا ينقض الوضوء .

فقد جاء في كتاب الكافي لابن عبد البر^(٢) :

«فمن قبل امرأة لشهوة، كانت من ذوات محارمه أو غيرهنّ وجب عليه الوضوء، التّدّ أم لم يلتدّ. فان كانت من ذوات محارمه، فقبلها رحمة وبراً كالأم والابنة والأخت، فلا وضوء عليه إلا أن يقصد الى ما لا ينبغي فليتدّ ويشتهي .

وليس لمس المرأة للرجل - وهو لا يريد ذلك - بموجب عليه شيئاً إلا ان يلتدّ

ويريده» .

- نلاحظ من هذا النص ان الباعث هو المعيار، فان قصد ولو لم يلتدّ فعلا وجب عليه الوضوء، اعتبارا للباعث .

- وان لمسته وهو لا يريد، لا شيء عليه، لانتفاء القصد ونلاحظ أيضا ان الباعث كان من مقومات السبب، فما لم يقصد باللمس التلذّذ، فلا يتحقق سبب نقض الوضوء .

(١) الكافي، لابن قدامة ٥٦ - ٥٧ .

(٢) الكافي لابن عبد البر، ص ١١ .

تطبيقات من نظام الأسرة على نظرية الباعث

تصرف الزوجة بمالها رهن بشرعية الباعث قيدا يرد عليه .

الأصل العام أن للزوجة أن تتصرف بمالها لاستقلال ذمتها عن ذمة زوجها .
غير أنه ليس لها ان تتصرف في مالها بزيادة على الثلث تبرعا إلا باذن زوجها عند
الامام مالك^(١) واحدى الروائين على مذهب الامام أحمد^(٢) .

واستدل أصحاب هذا الرأي ، بما روى عن الرسول - عليه الصلاة والسلام -
« اذ جاءته امرأة كعب بن مالك بحلي لها ، فقال لها النبي - ﷺ - لا يجوز للمرأة
عطية حتى يأذن زوجها ، فهل استأذنت كعبا ، فقالت : نعم ، فبعث رسول الله - ﷺ -
الى كعب فقال : هل أذنت ، فقال : نعم ، فقبله رسول الله »^(٣) .

وبما روى أبو داود^(٤) عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده : « لا يجوز لامرأة
عطية في مال زوجها ، إلا ان يأذن زوجها ، اذ هو مالك عصمتها » .

ولا ريب أن منع التبرع بما زاد عن الثلث ، هو معيار موضوعي اذ يمنع هذا
التصرف بقطع النظر عن القصد .

ولكن ان كان الباعث سيئا والقصد هو الاضرار بالاسرة بتبرعها فانها تمنع
من هذا التصرف ، ولو كان التبرع دون الثلث ، كما قال الامام مالك واختاره ابن
حبيب من المالكية^(٥) .

(١) الشرح الصغير ، كتاب الحجر ج ٣ / ٣٨١ .

(٢) المغني - كتاب المفلس ٤ / ٥١٧ .

(٣) رواه ابن ماجة - ج ٢ / ٧٩٨ ، ح (٢٣٨٩) .

(٤) رواه أبو داود ٣ / ٨١٦ .

(٥) الشرح الصغير ٤ / ٢٠٤ .

على أن التبرع بما زاد عن الثلث ووقفه على اجازة الزوج للتبرع وان كان معياره موضوعيا، ألا أنه فيه أعمال للبائع من جهة أن الذي يتبرع بما زاد عن الثلث، وان كان قاصدا للمصلحة العامة كالشروع لدرا خيرية مثلا، أو التصديق على الفقراء، فان في هذا التبرع احتمال اهمال مصلحة الاسرة، ولا يكفي لصحة التصرف من انتفاء قصد الاضرار بالاسرة بل لا بد من قصد مصلحتها بشكل ايجابي .

وقد يقول قائل : لم لم يرد هذا القيد على الرجل ، وهو المسؤول الأول عن الانفاق عن الاسرة فنقول : ان من أصول الشريعة المتفق عليها بين العلماء، أن بذل المال لا يجوز إلا لمنفعة في الدين أو الدنيا، ومن خرج عن ذلك كان سفيها وحجر عليه عند جمهور العلماء الذين يحجرون على السفية لأنه مبذر لماله ومضيع له^(١).

كما أن من تبرع بماله وقد تعلق به حق شرعي ، وكان بتبرعه يضيع حق أهل الحقوق، فإن تبرعه باطل، كما هو مذهب مالك، وأحمد في رواية، من جهة أن قضاء الدين واجب، ونفقة الولد^(٢) واجبة، فيحرم عليه أن يدع أداء الواجب، ويصرفه فيما لا يجب^(٣).

(١) فتاوى ابن تيمية جـ ٣٢/ص ٣٢.

(٢) قد يذهب بعض الباحثين الى ان هذا الذي ذهب اليه المالكية ضعيف لا يتناسب مع القول بكمال أهلية المرأة، ولكننا نرى أنه يجوز الحجر على الرجل المدين اذا كانت ديونه أكثر مما يملك، وان كانت أهليته كاملة، فالمسألة لا تتعلق بكمال الأهلية، وانما بمراعاة مصلحة الغير، وعلى الزوجين مسؤولية رعاية الأسرة.

(٣) فتاوى ابن تيمية جـ ٤٤/٣٠.

توريث المبتوتة في مرض الموت ومدى صلته بالاعتداد بالباعث عند الفقهاء

ذهب جمهور الفقهاء، المالكية^(١) والحنفية^(٢) والحنابلة^(٣)، والشافعية^(٤)، في القديم، ونصّ عليه في الأمالي فيكون جديدا، ذهبوا الى أن من طلق زوجته طلاقا بائنا، في مرض الموت، فانها ترث منه، وان كان الطلاق في حال الصحة، فانها لا ترث بالأجماع، ووجه ما ذهبوا اليه من توريث المبتوتة في مرض الموت ان الطلاق في هذا الظرف قرينة على أن باعته حرمانها من الارث، ذلك أن الحياة الزوجية تستتعي بالموت ضرورة، فلا معنى لأنها بالطلاق، ألا أن يكون قصده - غالبا - حرمانها من الارث، فيعامل بنقيض قصده.

وذهب الشافعية في الجديد على قول، الى أنها لا ترث منه ان طلقها في مرض الموت، جريا على القياس العام، وهو أن الطلاق يقطع سبب الارث وهو الزوجية.

ومرض الموت^(٥) هو: المرض الذي يكون الغالب فيه موت المريض بحيث يعجزه عن القيام بمصالحة خارج البيت، ان كان رجلا، وداخل البيت ان كان امرأة، ويلحق به كل من غلب احتمال هلاكه كالمقاتل في ساحة المعركة، ومن كان في سفينة يخشى غرقها.

هذا والقياس أن لا ترث المبتوتة في مرض الموت، ذلك ان سبب الارث هو

(١) المدونة ٦: ٣٤، بداية المجتهد ٨٢/٢ - ٨٣.

(٢) المبسوط ٦/١٥٤، بدائع الصنائع: ٣/٢١٩.

(٣) المغني: ابن قدامة - ٦/٣٧٣.

(٤) زاد المحتاج ٣/٣٧٨ - مغني المحتاج ٣/٢٩٤.

(٥) شرح الاحكام الشرعية للابناني: ١/٣٧٥.

الزوجية، ووقته عند التحقق من موت الزوج وبما أن الزوجية قد انتهت بالطلاق البائن، فقد زال سبب الأثر «والحكم لا يثبت بدون سببه»^(١).

ولأنه ان مات لا يرثها، فأمّا أن يُقال أن الطلاق وقع بجميع أحكامه أو لم يقع^(٢).

ولكن يثبت لها الارث استحساناً^(٣)، وعدولا عن القياس لوجه فيه التفات الى المصلحة والعدل. ووجه الاستحسان: أنه - أي الزوج - في تطليقها في مرض الموت متهم بالفرار من الارث. اذ أن الطلاق قد شُرع لانتهاء الحياة الزوجية بعد تعذر الاستمرار بها على الوجه المشروع. والحياة الزوجية في هذا الظرف مُنتهية بالموت ضرورة، فلا معنى للطلاق إلا الفرار من الأثر

- ولما كان قاصدا لمضارتها، فانه يعاقب بنقيض قصده، فيثبت لها الأثر استحساناً^(٤). كما عوقب قاتل مورثه بحرمانه من الارث معاملة له بنقيض قصده السنيء.

- ولأن في تمكينه من تحقيق غرضه، اعانة له على المعصية، وهو منهي عنه بالنص لقوله تعالى: «ولا تعاونوا على الاثم والعدوان»، وعليه فلا يُشرع هذا التصرف ولا يمكن من تحقيقه.

وقد أشار ابن سيرين الى هذا اذ سُئل عن طلاق الفرار فقال: «من فرّ من كتاب الله ردّ اليه»^(٥).

- ويؤكد هذا، ان عثمان - رضي الله عنه - ورّث زوجة عبد الرحمن بن عوف - رضي الله عنه - اذ طلقها في مرض موته، فقال له عثمان: «اذا مت ورثتها، واني لا أتهمك ولكني أريد السنة»^(٦).

(١) المبسوط ١٥٤/٦.

(٢) بداية المجتهد ٨٢/٢ - ٨٣.

(٣) المبسوط ١٥٤/٦.

(٤) مغني المحتاج ٣/٣٧٨، اعلام الموقعين ٣/١٤٣، المغني لابن قدامة ٦/٣٧٣.

(٥) المبسوط: ٦ : ١٥٤.

(٦) المبسوط ٦ : ١٥٤، الموطأ ٢/٥٧١ بالفاظ قريبة.

- وليس قول عثمان، اني لا أتهمك، اهمالا للباعث، وانما كان التوريث لأن المطلق في مرض الموت متهم كما صرح الفقهاء في تعليلهم، ولكن الاحكام تجري على الغالب، وان كان مقام الصحابي فوق التهم.

- وقد أرسل عمر - رضي الله عنه - الى شريح : اذا طلق المريض امرأته ثلاثا فمات وهي في العدة، ورثته.

وقد نقلت هذه الأخبار عن الصحابة، ولم يعلم مخالف، فكان اجماعاً^(١).

وما روى من خلاف ابن الزبير، اذ قال - لما سمع ان عثمان ورث زوجة عبد الرحمن بن عوف - رضي الله عنهم جميعاً - : «لو كنت انا ما ورثتها»^(٢) فيحتمل هذا القول عدة أوجه منها:

١ - أنه أراد: لم يتضح لي وجه الحق في المسألة الى أن قضى بها عثمان^(٣).

٢ - ثم ان قول ابن الزبير هذا، مسبوق بالاجماع، لأن عمر - رضي الله عنه - قد أرسل الى شريح، قبل قضاء عثمان بمدة، وعثمان قد قضى قبل ان يفتي ابن الزبير بفتواه.

٣ - هذا وقد اختلف الفقهاء الذين اعملوا الباعث في مدى اعماله فقال الحنفية^(٤)، والشافعية في القديم، وقول في الجديد، قالوا^(٥).

ترثه اذا مات في عدتها، أما بعدها فلا، ذلك أن سبب الارث هو الزوجية، وتبقى بعض أحكام الزوجية مستمرة الى انتهاء العدة، فيجعل الارث منها، لا الى ما بعد انتهاء العدة «اذ لم يعهد بقاء شيء من آثار النكاح»^(٦) بعدها.

(١) المبسوط ٦: ١٥٤، المغني لابن قدامة ٦: ٣٧٣.

(٢) بدائع الصنائع ٣/ ٢١٩.

(٣) بدائع الصنائع ٣/ ٢١٩.

(٤) شرح الاحكام الشرعية للابياني ١/ ٣٧٨.

(٥) مغني المحتاج ٣: ٢٩٤.

(٦) شرح الاحكام الشرعية للابياني ١/ ٣٧٨.

نلاحظ هنا ان الحنفية يعملون القواعد العامة كما يعملون الباعث فلا يخرمون القواعد القياسية بشكل واسع، وانما من وجه دون وجه، وضمن القواعد القياسية ما أمكن.

مذهب الحنابلة:

أما الحنابلة، فقد توسعوا في اعمال الباعث، فقالوا: ترثه ما لم تتزوج - لأن سبب توريثها، فراره من ميراثها، وهذا السبب لا يزول بانقضاء العدة^(١).

فان تزوجت، فقد رضيت باسقاط حصتها، لانها فعلت باختيارها ما ينافي النكاح الأول، فأشبه ما لو كان فسخ النكاح من قبلها.

أقول:

١ - اذ أنهم لما قالوا بتوريثها، فقد استصحبوا حكم النكاح الأول الى أن مات الزوج، فلما تزوجت زوجا جديدا، فعلت ما ينافي حكم النكاح الأول.

٢ - ولأن التوارث في حكم النكاح - أو هو أثر من اثاره - فلا يجوز اجتماعه مع نكاح آخر^(٢).

٣ - انها وارثة من زوجها الجديد، فلا ترث من زوج آخر، اذا لم يُعْهَد ان ترث امرأة من زوجين^(٣).

يلاحظ هنا، ان العلة التي دعت الحنابلة الى القول بتوريثها، بعد انتهاء العدة وهي فرارة من ميراثها، لا يزول بنكاحها من زوج جديد.

الآ أنهم رأوا، ان زواجها، كأنه فسخ للنكاح من قبلها، فاعتبروه رضا منها باسقاط حقها في الارث.

مذهب المالكية:

ذهب المالكية الى أنها ترث، ولو تزوجت زوجا آخر، استمراراً في تطبيق

(١) المغني لابن قدامة: ٣٧٣/٦.

(٢) المغني لابن قدامة: ٣٧٣/٦.

(٣) الحقوق المتعلقة بالتركة، أحمد داود: ٣١٩.

الباعث، اذ ان الزوجية لا تتغير في استحقاقها للأثر الذي ثبت لها معاملة للزوج المطلق بنقيض قصده^(٢). ولأن الامام مالكا يكتفي بوقوع الطلاق أو الفسخ في مرض الموت بشرط أن يموت من مرضه، ليثبت للزوجة المطلقة حق الأثر، حتى ولو كان الفسخ بطلبها، أو باللعان.

وليس هذا الموقف من الإمام مالك، اهمالا منه للباعث، كما يُتهم بادی الرأي، ذلك أنه اذا كان بطلبها، فلا يُعقل ان يُتهم أنه فرّ من الأثر!

الآ أن الامام مالكا صرح في تعليقه لتوريث المطلقة في مرض، بأن التهمة هي علة اثبات الارث، اذ يقول: «ان ارتدّ في مرض موته لا يرثه ورثته المسلمون، لأنه لا يتهم أحد بفراره بميراثه عن ورثته بالشرك في مرض الموت»^(٣).

ويوضح هذا الموقف الذي قد يبدو غريبا، بتوريث الزوجة، ولو كان الطلاق بطلبها، ان الامام مالكا ينظر نظرة موضوعية، لا تتناول الصور في آحادها بل في مجموعها، تطهيرا للمجتمع من الفساد «ولهذا»^(٤) فهو يكتفي بوقوع الطلاق أو الفسخ في مرض الموت - وهي مظنة الفرار - ليحكم بتوريثها.

(١) المدونة ٣٤/.

(٢) المغني لابن قدامة ٣٧٣/٦.

(٣) المدونة ٣٤/٦.

(٤) التعسف في استعمال الحق - د. فتحي الدريني ١٧١.

موقف القانون من الطلاق التعسفي وصلته بالباعث

بينّا عند كلامنا على موقف الشريعة من توريث المبتوتة في مرض الموت ان الطلاق التعسفي على صورتين:

١ - أن يكون الطلاق في حالة الصحة .

٢ - أن يكون في حالة المرض - مرض الموت - .

أما اذا كان في حالة الصحة وكان الباعث على الطلاق غير مشروع، وغير معقول، فانه يعتبر طلاقاً تعسفياً لأنه قد جاوز الغايات التي شرع الطلاق من أجلها.

هذا وقد استلهم قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة ١٩٧٥، روح الشريعة حيث قرر في المادة (١٣٤) منه ان الطلاق لغير سبب معقول هو طرق تعسفي «وأنه اذا طلبت الزوجة من القاضي التعويض عن هذا الطلاق التعسفي حكم لها على مطلقها بالتعويض الذي يراه مناسباً بشرط أن لا يتجاوز نفقة عن سنة ويدفع هذا التعويض جملة أو قسطاً حسب مقتضى الحال، ويراعى في ذلك حال الزوج يسراً وعسراً، ولا يؤثر ذلك على باقي الحقوق الزوجية الأخرى للمطلقة بما فيها نفقة العدة».

ومما يؤخذ على قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة ١٩٧٥، تقييده التعويض بما لا يزيد عن نفقة سنة، وكان الأولى ان يترك للقاضي الحكم بالتعويض الذي يراه متناسباً مع درجة التعسف، وهذا ما لاحظته مشروع قانون الأحوال الشخصية لسنة ١٩٨٥، اذ عدّل نص المادة بالنسبة لمقدار التعويض ونص المادة المعدّل: «اذا طلق الزوج زوجته تعسفاً دون ما سبب معقول وطلبت من المحكمة الشرعية الحكم لها بحق المتعة بعد أن أصبح الطلاق بائناً، فعلى القاضي ان يحكم لها على مطلقها بالمتعة بمبلغ يتناسب مع حال الزوج عسراً

ويسرا، على ان لا يقل في مقداره عن نفقة سنة ولا يزيد عن نفسه خمس سنوات».

هذا وان في تحديد القانون مقدار التعويض بما لا يزيد عن نفقة خمس سنوات توخيا للعدالة بمنع القاضي من الغلو في التقدير، والغلو خروج عن سنن التشريع وتعسف فيه.

وهكذا نرى، ان القانون الأردني قد قرر التعويض جزاء على الباعث غير المشروع، مع القول بوقوع الطلاق، وهذا ينسجم مع روح الشريعة، وطبيعة الحق في الشريعة الاسلامية، فإن حق انهاء النكاح الذي منحه الشارع الحكيم للمكلف لم يُمنح ليكون وسيلة اضرار اذ «لا ضرر ولا ضرار» وانما مُنح من باب اختيار أهون الضررين عندما تصبح الحياة الزوجية جحيماً لا بُطاق، ولما خالف المكلف قصد المشرع استحق العقوبة على هذا التصرف، وهي التغريم بالمال، لكن الطلاق واقع على الرغم من التعسف.

هذا وان مبدأ تعويض الزوجة المطلقة ينسجم مع احكام الشريعة اذ هو مستحب عند الجمهور وواجب عند بعض الشافعية^(١) ان يتمتع الزوج مطلقته بمقدار من المال لقوله تعالى: «وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين»^(٢)، والأمر للوجوب ما لم يصرفه صارف ولا صارف.

قال ابن جرير^(٣): «يعني تعالى بذلك، أن لمن طلق من النساء على مطلقها من الأزواج متاع، وهو ما يستمتع به من ثياب وكسوة ونفقة أو خادم أو غير ذلك مما يستمتع به، وأكد ذلك بقوله حقاً على المتقين، وهم الذين اتقوا الله في أمره ونهيه وحدوده، فقاموا بها على ما كلفهم القيام به من خشية منهم له ووجلا منهم من عقابه».

(١) شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، مغني المحتاج ٢٢٩/٣، تبين الحقائق ١٤١/٢.

(٢) البقرة / ٢٤١.

(٣) تفسير ابن جرير ٣٦٣/٢.

ويقول القاسمي^(١) في تفسير قوله تعالى : «ومتعوهن وعلى الموسر قدره . . .»^(٢).

« . . . فأمر الله تعالى المطلقين ان يُسرحوا نساءهم راضيات عنهم ، داعيات لهم ذاكرات لجميلهم ومعروفهم واحسانهم ان يحسن اليهن بما يمتعهن به على قدر اليسر والعسر».

هذا وان الباحث يعجب من ابتعاد الناس عن أحكام دينهم حتى صارت محاكم الطلاق تياراً لأمواج شكايات المظلومات وميداناً لجولات دعاوي الزوجات .

فاذا كانت المتعة واجبة في حالة الطلاق الموافق لغايات الشرع المبتعد عن التعسف ، دفعاً لضرر متوقع بل ليكون انهاء للعلاقة الزوجية بقلوب صافية ، فان تقرير التعويض في الطلاق التعسفي مع ما فيه من أضرار ، وكسر قلوب ، ان تقرير التعويض فيه من باب أولي . رفعاً لأثار الضرر وزجراً ، وهذا ما جاء في أسباب ايجاب التعويض^(٣) ، وأنّ للحاكم أن يأمر بإيجاب المندوب أو المباح أو أن يرفع الواجب الدياني الى قضائي ردعا وزجراً كما نص عليه ابن عابدين في حاشية كتاب القضاء -

مواقف قوانين الدول العربية :

ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري مادة (١١٧) الى ان للقاضي - في حالة الطلاق التعسفي - ان يفرض تعويضاً للزوجة ان كانت فقيرة وكان هذا الطلاق يعرضها للبؤس والفاقة ، وقدر النفقة بما لا يتجاوز سنة لأمثالها ، ثم عدل القانون مقدار النفقة واستعاض عن عبارة مبلغ نفقة سنة بعبارة مبلغ نفقة ثلاث سنوات .

(١) تصحيح أنكحة الناس . جمال الدين القاسمي .

(٢) البقرة / ٢٣٦ .

(٣) ج ٤ / ٣٤٤ ، ج ١ / ٥٥ من حاشية ابن عابدين ، وقانون الاحوال الشخصية الأردني ، الأسباب الموجبة لتعديل المادة ١٣٤ .

وموقف مشروع القانون الموحد للدول العربي موافق للقانون السوري ، فقد قرر في المادة (٩٧) منه ان للزوجة اذا تعسف الزوج في استعمال حقه في طلاقها ان تطلب التعويض ويقدره القاضي بما لا يزيد عن نفقة ثلاث سنين غير ان مشروع القانون الموحد قد أثبت للزوجة في كل الظروف حق طلب المتعة ، وتقدر بحسب يسار الزوج واعساره .

الصورة الثانية للطلاق التعسفي موقف القانون من الطلاق في مرض الموت

سكت قانون الأحوال الشخصية الأردنية عن تناول الطلاق في مرض الموت نصاً في مواده، ونحن نرى انه يتنازعه عموم مادتين :

المادة (١٣٢) التي نصت على الطلاق التعسفي، وجعلت معياره ان يطلقها لغير سبب معقول^(١)

وظاهر الأمر ان الطلاق في مرض الموت، لغير سبب معقول اذ الحياة الزوجية منتهية بسبب الموت الذي ظهرت أمارته فلا معنى للطلاق الآ الفرار من الارث.

كما يتنازعه عموم المادة (١٨٣) - «ملا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه الراجع من مذهب أبي حنيفة».

وهو ما أخذ به القانون السوري في المادة (١١٦) منه :

«من باشر سبباً من أسباب البينونة في مرض موته أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك طائعا بلا رضى زوجته ومات في ذلك المرض أو في تلك الحالة والمرأة في العدة فانها ترث منه بشرط ان تستمر اهليتها للأرث من وقت الابانة الى الموت».

ويمكن ان يقال ان القانون الأردني نص على ثبوت النفقة للتعسف وسكت في الأرث بسبب الطلاق في مرض الموت، فيرجع فيه الى الراجع من مذهب أبي حنيفة، وعليه فيثبت للمطلقة في مرض الموت ونفقة، عقوبة على تعسفه، بينما يكتفي القانون السوري برد قصده السيء عليه.

وقد بينا عند تناولنا لموقف الفقهاء من توريث المبتوتة، ان بين الفقهاء خلافاً

(١) المادة قبل التعديل، قانون سنة ٧٥، لم تجعل عدم معقولة السبب معياراً وحيداً على التعسف، وانما جعلته مثلاً عليه، فكان نصها «كان يطلقها لغير سبب معقول».

في توريثها، وهل ترث اذا مات بعد العدة، وهو ما ذهب اليه المالكية والحنابلة، وقصره الحنفية على موته حال العدة.

وكانت وجهة نظر الحنفية التوفيق بين القواعد العامة، وهي ان لا ترث امرأة بعد انتهاء النكاح، إذ يلزم منه وجود الأثر بعد انتهاء المؤثر، ووجود المسبب بعد زوال السبب، ذلك أنَّ الأثر سببه قيام بالزوجية بالنسبة للزوجة، ولكن بعض اثار الزواج تمتد الى العدة فيُجعل الأثر منها في حالة الفرار منه بالطلاق، توفيقاً بين القواعد العامة في الأثر، وبين رد القصد السيء على صاحبه.

ولكن الحنابلة والمالكية رأوا أنَّ النظر للبواعث أصل عام يقيد الحقوق والقواعد العامة أيضاً، لأنه اذا كان الباعث غير مشروع، فقد تحقق مناط خاص يمنع تحقق مناط القاعدة العامة فيمنع تطبيقها، ثم أنَّ قول عثمان - رضي الله عنه - لعبد الرحمن بن عوف - اذا طلق زوجته تماضر - «لأن مت لأورثنها» مُطلق فيشمل موتها في العدة وبعد انتهائها.

ولهذا فنحن لا نرى اشتراط هذا الشرط، وهو أن يموت الزوج - وهي في فترة العدة - لأنه اذا كان الطلاق تعسفياً، فلن يُصبح مشروعاً بانتهاء العدة، وموت الزوج بعد انتهاء العدة لا يغيّر من تكييف الطلاق بأنه تعسفي وهو علة توريثها، كما هو صريح تعليل الفقهاء - وقد بحثناه في تناولنا لأراء الفقهاء من توريث المبتوتة في مرض الموت.

ولعلّ هذا ما لاحظته القانون العراقي في المادة (٣٥) منه لسنة ١٩٨٠ :

لا يقع طلاق الأشخاص الآتي ببيانهم : وذكر منهم .

«المريض في مرض الموت أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك اذا مات في تلك الحالة وترثه زوجته» ولكن يؤخذ على هذا القانون أنه لم يوقع الطلاق مع أنه واقع عند المذاهب الأربعة بدليل ثبوت اثاره من العدة، وجواز الزواج من غيره... الخ مما لا يصح إلا بعد انتهاء الزواج.

حكم نكاح التحليل ومدى صلته بأثر «الباعث»

نكاح التحليل من المسائل التي يظهر فيها مدى اعمال الفقهاء للباعث، ذلك أنّ المحلل هو : «الذي يتزوج المطلقة ثلاثا بقصد أن يحلها لزوجها الأول»^(١).

وقد تناول حكم التحليل، عدة أحاديث نبوية، وآثار عن الصحابة والتابعين. لكن الفقهاء اختلفوا في توجيه هذه الأحاديث والآثار.

أ - الأحاديث التي تناولت نكاح التحليل :

١ - ما رواه النسائي عن عبد الله بن مسعود : «لعن رسول الله - ﷺ - الواشمة والمستوشمة، والواصلة والمستوصلة، وآكل الربا ومؤكله والمحلل والمحلل له»^(٢).

وعن أحمد والترمذي والدارقطني بلفظ «لعن الله المحلل والمحلل له».

ب - الآثار عن الصحابة والتابعين :

١ - عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه قال : «لا أوتي بمحلل ولا محلل له إلا رجمتهما»^(٣).

٢ - وعن ابن عمر : «التحليل سفاح، لا يزالان زانيين ولو أقاما عشرين سنة»^(٤) - ولا خلاف في أنه لا رجم عليهما وإنما ورد على سبيل التشديد والوعيد^(٥).

٣ - سئل ابن عباس عن التحليل فقال : «لا، إلا نكاح رغبة، لا استهزاء بكتاب

(١) بداية المجتهد ٥٨/٢، تفسير آيات الأحكام للسايس ١٤٧/١

(٢) النسائي ١٤٩/٦، والترمذي ٤١٨/٣ - ٤١٩، والترمذي ٤١٨/٣ - ٤١٩، وقال حسن صحيح.

(٣) مصنف ابن أبي شيبة، كنز العمال ج ٩، ح (٢٨٠٥٤).

(٤) مجمع الزوائد للهيتمي ج ٤ / ٢٦٧، والطبراني في الأوسط.

(٥) تفسير القرطبي ١٤٩/٣ وما بعدها.

الله ، ثم تذوق العسيلة»^(١).

ومثله مروى عن عثمان^(٢).

الى غير ذلك من الأدلة التي ستتطرق اليها عند تناولنا لأراء الفقهاء .
هذا وقد اختلف الفقهاء في تفسيرهم «للمحلل» بناء على اعتدادهم
بالباعث، ولا اعتبارات اخرى . لا تتعلق بموضوعنا :

- فذهب الامام مالك، ومثله الامام أحمد، الى بطلان نكاح التحليل، سواء
شرط عليه ذلك أو لم يشترط، فالعبرة بنية الناكح ولا عبرة بكون الزوج
المطلق عالماً بذلك أو جاهلاً .

فالنكاح الذي يحل المرأة لمطلقها «انما هو نكاح الرغبة»^(٣).

«وليس لنية المرأة أثر، لأن العصمة بيد الرجل»^(٤) ويعني بالعصمة الطلاق .
ودليل الامام مالك ، واحمد على بطلان نكاح التحليل، عموم اللعنة التي
استحقها المحلل، فعموم اللفظ : «المحلل» يشمل كل من قصد
التحليل .^(٥)

ويؤكد ما ذهب اليه الامام مالك وأحمد، الخبر المروى عن ابن عباس
وعثمان، والذي مؤداه، «أنه لا يحلها الا نكاح رغبة» .
وقول ابن عمر : «كنا نعدّ هذا زنى» .

قال ابن حبيب من المالكية^(٦) : ان خلط البواعث، فتزوجها على أن اذا
اعجبته أمسكها وآلّا حللها لزوجها، لم يجز التحليل .
وعليه ، فلا يقرّ محلل على نكاحه، ويفسخ هذا العقد، ولا تحلّ به لزوجها
الأول، وهذا قول الثوري والاوزاعي من فقهاء التابعين أيضاً^(٧).

(١) تفسير آيات الأحكام للسايس (١/١٤٧).

(٢) المجموع ٢٤٩/١٦.

(٣) تفسير القرطبي ١٥٠/٣ - وما بعدها، الكافي لأبن عبد البر ٢٣٨، المغني لأبن قدامة ٦/٦٤٩.

(٤) المراجع السابقة.

(٥) بداية المتهد ٥٨/٢ - ٥٩، تفسير القرطبي ١٥٠/٣.

(٦) القرطبي ١٥٠/٣.

(٧) القرطبي ١٤٩/٣.

ب - وذهب الشافعية الى أن نكاح التحليل باطل اذا صرح بالنية في صيغة العقد، بأن قال : «أتزوجها على أن أطأها، فاذا وطئتها، فلا نكاح بيننا»، أو أنه «يتزوجها على أنه يحللها لزوجها الأول» فالعقد باطل^(١).
ودليل البطلان - حديث لعن الله المحلل والمحلل له، ووصفه بالبتيس المستعار^(٢).

وأتى الشافعية بدليل عقلي مؤداه «أنه نكاح شرط انقطاعه دون غايته فشابه به نكاح المتعة»^(٣).

هذا وان قال : زوجتك على أنك اذا وطئتها طلقها، أو قال : على انني اذا احللتك طلقتك ففيه قولان .

والفرق بين هذه الصورة والصورة السابقة ان التوقيت هناك في نفس العقد، «فلا نكاح بيننا»، أما هنا فهو عائد لارادة المحلل، «طلقتك». وأما القولان في المذهب الشافعي :

١ - بطلان النكاح، لعموم «اللعن»، ولأنه شرط انقطاعه دون غايته، وعليه، فلا تحل بهذا النكاح «لأن الباطل غير موجود شرعاً» ولا أثر له .

٢ - بطلان الشرط لأن العقد وقع مطلقاً من غير توقيت وأنه^(٤) شرط على نفسه الطلاق، فلا تحل أيضاً بهذا العقد، لمطلقها فهم يعتدون بالبائع اذا كان من صلب العقد وظاهراً في الصيغة، فان كان شرطاً فيه، ففيه قولان :

١ - ابطال العقد .

٢ - ابطال الشرط .

فهم يعملون البائع اذا ظهر ويختلفون في مجال اعماله .

٣ - وان شرط عليه أنه يطلقها بعد ان يحللها، والعقد مطلق عن الشروط فيكره

(١) المجموع ٢٥٥/١٦ .

(٢) ابن ماجه، ج ١ ص ٦٢٣ .

(٣) المجموع ٢٤٩/١٦ .

(٤) المجموع ٢٤٩/١٦ .

ذلك والعقد صحيح .

لما روى عن ابن سيرين : أنه حصل في زمن عمر - رضي الله عنه - أن رجلاً طلق امرأته ثلاثاً، فندم، فجاءت امرأة الى رجل مسكين يسمى ذا الرقعتين فقالت له : هل لك أن تنكح فلانة فإن أحللتها طلقتها، قال : نعم، فلما نكحها أبى أن يطلقها، فرفع الزوج الأول ذلك الى عمر، فدعاه عمر فقال له : هل تطلق زوجتك، فقال : لا، قال عمر : أما لو قبلت لأوسعتك ضرباً بالسوط^(١).

ووجه الاستدلال ، ان عمر أقره على نكاحه ولم يطلقها عليه فدلّ على ان النكاح صحيح ، .

نقول : لا وجه للاستدلال بهذا الحديث، لأنه مردود من جهة السند وان صح فلا يدل على ما أردتم، ذلك أنه لا دليل على أنه نوى التحليل، وان في قول عمر - كما جاء في المغني - لو طلقها لأوسعتك ضرباً، اشارة منه الى انه لو طلقها لكان متحياً ولهذا يضره .

وأما من جهة السند، فالحديث لا سند له من ابن سيرين الى عمر بن الخطاب، كما نص الامام احمد^(٢).

قال أبو عبيد : هو مرسل ومخالف للمشهور عن عمر بن الخطاب أنه قال : «لا أوتي بمحلل ولا محلل له الا رجمتهما»^(٣).

وان نكحها واعتقد أنه يطلقها اذا وطئها كره ذاك^(٤).

وفي المذهب القديم للشافعي قول ببطلان العقد على نية التحليل، ولو من دون شرط^(٥). ودليل المذهب الجديد على صحة العقد مع الكراهة - ان قصد التحليل دون شرط - أن رجلاً أتى عثمان - رضي الله عنه - فقال له : «إن جاري

(١) المجموع ٢٥٦/١٦، المغني لابن قدامة ١٠٧/٧ .

(٢) المغني لابن قدامة ١٠٧/٧ .

(٣) سبق تخريجه . ت ص ٩٩

(٤) المجموع ٢٤٩/١٦ .

(٥) تفسير القرطبي ١٤٩/٣ .

طلق امرأته في غضبه، ولقي شدة، فأردت أن احتسب نفسي ومالي، فأتزوجها ثم ابني بها ثم أطلقها»، فقال عثمان «لا تنكحها إلا نكاح رغبة».

أقول : لا دليل في هذا الخبر المروى عن عثمان على الكراهة بل على التحريم، لأن الأصل في «النهي» التحريم، والتحريم يقتضي البطلان،
الآ أنهم فهموا الكراهة بناء على الأصل العام الذي يقولون به وهو «ان العقد انما يبطل بما شرط لا بما قصد»^(١)

وقد صرح الامام الشافعي عن أصله هذا، فيما يتعلق بأثر الباعث في التصرفات، اذ يقول في كتابه الأم :

«أصل ما ذهب اليه ان كل عقد كان صحيحا في الظاهر، لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين، وأجزته بصحة الظاهر وأكره لهما النية اذا كانت، لو ظهرت، كانت تفسد العقد . . . ولو نكح رجل امرأة، عقد صحيحا، وهو ينوي أن لا يمسكها ألا يوما، أو أقل أو أكثر، لم أفسد النكاح، انما افسده بالعقد الفاسد»^(٢)

فهو كما صرح، لا يعتد إلا بالأمور الظاهرة ولا يسأل عن النوايا والمقاصد، اكتفاء بصحة الظاهر.

ويستدل لهذا الأصل بقوله عليه السلام : «انما انا بشر وانكم تختصمون اليّ ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئا فانما أقطع له قطعة من النار»^(٣).

ونحن نلاحظ ان الشافعي قد فرق في تفصيطة هذا بين ظهور الباعث كشرط في العقد، وبين تأخر الشرط عن العقد مع اتفاقهم عليه، وهذا التفريق لا يتناسب مع منهج التشريع الذي ينيط الأحكام بالحقائق والمعاني، لا بالصور والأشكال.

(١) المجموع : ٢٤٩/١٦.

(٢) الأم : ٣ : ٦٥ للشافعي.

(٣) الام : ٦ : ٢٠٢ - الشافعي لأبي زهرة ٣٢٤.

ذلك ان الشرط المتقدم لن يغير من حقيقة التوقيت شيئاً التي اعتبرها الشافعي علة البطلان فيما اذا ظهر الباعث في صلب العقد كما في مسألة «أتزوجها لأحللها» .

بل ان في التواطؤ على الباعث تحيلاً ومخادعة تقتضي مزيداً من التحريم ، وفي هذا المعنى يقول ابن القيم : «أي غرض للشارع وأية حكمة في تقديم الشرط وتسبيقه حتى تزول به اللعنة . . . وهل كان عقد التحليل مسخوفاً لله ورسوله لحقيقته ومعناه أم لعدم مقارنة الشرط له ، وحصول نكاح الرغبة ، مع القطع بانتفاء حقيقته ، وحصول نكاح التحليل»^(١)

ثم ان هذا التحيل على «التحليل» يصدق فيه قول الرسول - ﷺ - «يأتي زمان على أمتي يستحلون فيه المحرمات ، يسمونها بغير أسمائها . . . يستحلون الزنى بالنكاح»^(٢) وما ذلك ألا بأن يزني بالمرأة لا غرض له سوى قضاء وطره ، ويتوصل لذلك باسم النكاح واطهار صورته . «وقد علم الله ورسوله انه محلل ، لا ناكح ، انما هو تيسر مستعار للضراب»^(٣) .

ثم ان القول بصحة العقد ان تواطأ عليه ، يخالف القول بسد الذرائع لأنه «لا أسهل من الوصول الى المحرم بالتواطؤ عليه قبل العقد»^(٤)

وأما استدلال الامام الشافعي ، باصله العام في اعتبار القصد ، اذ يقول : «ان العقد اذا استوفى شروطه وأركانه اقتضى حكمه ولا يؤثر فيه القصد»^(٥) وقوله : «العقد انما يبطل بما شرط لا بما قصد»^(٦) .

فهو معارض بما يلي :

١ - عموم قوله عليه السلام : «انما الاعمال بالنيات ، وانما لكل امرئ ما نوى» .

(١) اعلام الموقعين ١١٤/٣ .

(٢) اعلام الموقعين ١١٤/٣ . ولم نثر عليه فيما اطلعنا عليه من مصادر .

(٣) اعلام الموقعين ١١٤/٣ .

(٤) المرجع السابق .

(٥) الأم ٤ : ٤٢ .

(٦) اعلام الموقعين ١٣٢/٣ .

٢ - أن العقد على نية التحليل ليس سببا للتحليل لأن سبب التحليل كما جاء في القرآن هو عقد النكاح وليس عقد التحليل بصورة النكاح.

ذلك ان المحلل وان تلفظ النكاح فهو لا يقصد حقيقة اللفظ ومعناه، وانما يقصد أثر ما بعد الطلاق^(١).

فهو في حقيقته اتصال يقصد به الانقطاع، ذلك انه يقصد رفع حكم العقد، فكان اخباره عما في نفسه بلفظ «نكحت» اخبارا كاذبا وانشاء باطلا^(٢).

ولأن قصد النكاح وقصد الطلاق في آن معا، تناقض والمتناقضان لا يجتمعان، وبيان ذلك ان الطلاق انتهاء للنكاح، وعقد النكاح انشاء له.

هذا ومن المعلوم ان التحليل، يقصد به ثمرة ما بعد الطلاق، فلا ينشأ بهذه النية - نية التحليل - عقد النكاح وما أبعد القول بأنه استوفى شروطه وأركانه، عن الصحة اذا كان التناقض قائما بين قصد المكلف من العقد وقصد الشارع فيما شرع لأجله.

ج - وذهب الحنفية^(٣) الى كراهة الزواج بشرط أن يُحلّها لزوجها الذي طلقها ثلاثا، بأن يقول تزوجتك على أن أحلك أو قالت المرأة ذلك.

أما اذا نويّا ذلك بقلبيهما، ولم يشترطاه بالقول، فلا عبرة بمجرد النية، ويكون الرجل مأجورا لقصد اصلاحه ولأن مجرد النية في المعاملات غير معتبرة^(٤).

لكن أبو يوسف يرى ان النكاح باطل اذا شرط التحليل لأنه في معنى المتعة، اذ انه لا يحقق غاية النكاح وحقيقته التي لا تتحقق الا بالدوام.

ولهذا قال عمر - رضي الله عنه - لا أوتي بمحلل، ولا محلل له الا رجمتها.

(١) الفتاوى ١٧٥/٣، بن تيمية. بطلان التحليل.

(٢) اعلام الموقعين ١٣١/٣.

(٣) تبين الحقائق للزيلعي ٢٥٩/٢

(٤) بدائع الصنائع ١٨٧/٣. اقول: وهذا قول لا ينسجم مع مبادئ التشريع، اذ كيف يكون مثاباً مع أن قصده من النكاح مناقض لقصد المشرع؟! ر ص ١٠٨.

وقال عثمان - عن التحليل - «ذلك السفاح».

ولهذا لعنه رسول الله - ﷺ - .

أما الامام محمد فقال : يصح هذا النكاح ، ولا تحل للأول ، لأنه ليس ثمة توقيت للنكاح - وهذا رده على أبي يوسف - ولكنه استعجل بالمحظور - وهو الشرط الفاسد - ما هو مؤخر شرعا فيعاقب بالحرمان ، كقتل الوارث .

وقد اعترض على قول (محمد) بأنه استعجال لما أخر الله بأن هذا الاستعجال لا يتصور ، لأن الله اذا ضرب أجلا لا يتقدم ولا يتأخر .^(١)

ويدفع هذا الاعتراض ، بأن استعجال الشيء قبل أوانه المحدد له شرعا واقع مشهود ، ألا ترى قاتل مورثه ليرثه انه استعجل الشيء قبل أوانه ، فأضيف اليه القتل لأنه من كسبه ، ذلك أن الاحكام مبنية على العلل الظاهرة ، والأول لم يكن كذلك لما استحق القاتل القتل ، لأنه أجل محتوم ثم أن الإحلال ، فعل المكلف ، وهو بوسعه ان لا يخالف أمر الله لكنه خالف بارادته بمقتضى سنة الابتلاء .

كما اعترض على استدلال أبي يوسف «ببطلان التحليل اذا شرط في العقد

لأنه في معنى المتعة» بما يلي : ان المفسد له هو التوقيت نصا ، ألا ترى ان كل نكاح مؤقت ، فانه يتوقت بالطلاق والموت ، وغير ذلك ، واذا لم يوجد التوقيت نصا فلا يفسد^(٢) .

ويدفع هذا الاعتراض :

بأن الموت يقطع الحياة ، فينقطع النكاح ضرورة ، وهذا معنى التأييد لا التوقيت ، لأننا لا نعني بالتأييد الخلود ، اذ لم يكتب الخلود لأحد من البشر فمعنى التأييد هو الدوام والاستمرار طوال الحياة التي تنتهي بالموت فيبطل قول الامام النعمان ، ان النكاح مؤقت شرعا ، بل هو مؤبد بهذا المعنى .

(١) البدائع ٣/١٨٧ - ١٨٨ .

(٢) البدائع ٣/١٨٧ .

وأما أنه موقت بالطلاق، فالطلاق عارض، ولم يكن متزامنا مع إبرام العقد، ولا داخلا في نية أحد المتعاقدين عند الانشاء فنشأ سليما، فالعبرة بالتوقيت أو عدمه، يوم الإبرام لا بما يعرض مستقبلا.

أما قولهم: «لا عبرة للنية في العقود» فقد فصلنا الرد فيها، في معرض ردنا على الامام الشافعي.

وخلاصته ان هذه النية - نية التحليل - تتصل بالارادة المنشئة، فكانت مشمولة بالقاعدة الفقهية «العبرة في العقود للمعاني».

ثم ان الحنفية أنفسهم اعملوا القصد في المعاملات فقالوا بفساد بيع القرد للتلهي مع أن هذا الباعث لا يناقض الغرض الخاص من البيع، وانما يناقض مبدأ عاما للمشرع، وهو عدم الاعانة على المعصية، بينما التحليل يناقض الغاية الخاصة من النكاح - وهو الديمومة - مع منافاته لغرض الشرع، بدليل لعنه كما جاء في الحديث «لعن الله المحلل».

نخلص مما سبق، ان الامام النعمان لم يُعمل الباعث في هذه المسألة وخالفه صاحبان. ودليل أبي حنيفة قوله عليه السلام: «لعن الله المحلل»^(١) وجه الاستدلال في تسميته محللا: فهذا يلزم منه انها صارت حللا، وهذا الكلام مردود من وجوه:

١ - لا يلزم منه انها صارت حللا لقوله عليه السلام:

«ما آمن بالقرآن من استحل محارمه»^(٢)

وانما سمي محللا، لأنه قصد التحليل في موضع لا يحصل فيه الحل.

٢ - ومما استدل به الامام النعمان:

ان النكاح [لا يفسد] بالشروط الفاسدة، ومعن «اللعن» عنده الوارد في الحديث، لما في التحليل من هتك للمروءة، واعارة للنفس لغرض الغير.

(١) بدائع الصنائع ٣/١٨٧.

(٢) مجمع الزوائد ١/١٧٧ رواه الطبراني في الكبير.

الخلاصة:

لم يعمل أبو حنيفة الباعث في مسألة التحليل وأعماله الصاحبان اذا ظهر.
ولعلّ وجهة الامام النعمان، أنه لا يعتبر نيّة التحليل نيّة سوء، بل يكون
الرجل مأجورا اذا «حلل» دون شرط. وهذا بعكس مذهب المالكية الذي قال
العبرة بنيّة الزوج.

ثمّ ان ما ذهب اليه الامام النعمان معارض بالاثار التي اثبتناها في بداية
البحث ومنها قول عثمان «لا يحللها الاّ نكاح رغبة».

تطبيقات على الباعث في تصرفات وليّ اليتيم

من المقرر عند الفقهاء، أن تصرفات وليّ اليتيم، لا بدّ ان تراعي الأفضل والأحسن وتتوخاه، فاذا تصرف الوليّ تصرفاً لم يكن هو الأفضل، مع امكان تحصيله كان خائناً للأمانة، ويتحمل مسؤولية هذه الخيانة.

وهذا بيّن من دلالة قوله تعالى: «ولا تقربوا مال اليتيم الآبائي هي أحسن»^(١) فلم يقل الحسن وإنما قال الأحسن.

ومن المعقول، وهو ان الولي ما نُصّب الآ ليراعي مصلحة الطفل اليتيم فاذا لم يراع هذه المصلحة فقد ناقض الغاية التي نُصّب لتحقيقها.

ومن هنا فقد وضع الفقهاء ضوابط يستشفون من خلالها الباعث لدى الولي، ويوجهونه ويصححونه، حتى تكون تصرفات المكلفين موافقة ومحقة لغاية المشرع.

فعلى سبيل المثال: جاء في البيان والتحصيل^(٢): «سئل ابن القاسم عن الرجل يكون في حجره يتيم له مال فيريد ان يزوجه ابنته فقال: ان كان لابنته مال مثل الذي لليتيم، ومثلها كانت تصلح له فذلك جائز، فاذا لم يكن لها مال وانما رغب في مال اليتيم - فباعه كما ترى رغبة في مال اليتيم وليس مصلحة اليتيم - فان ذلك النكاح غير جائز».

قال ابن رشد، فعلة - أي فعل الولي - محمول على غير السداد لأنه متهم في ابنته وفي نفسه.

وهنا نلاحظ ان ابن رشد قد التفت الى أنّ هذا التصرف يقصد فيه غالباً مصلحة بنت الولي، وهو متهم في هذه الحال حتى يثبت العكس.

(١) الانعام ١٥٢، الاشراء ١٠٧.

(٢) البيان والتحصيل ٤٨١/٤.

وثبوت باعته هل هو مصلحة البنت أم مصلحة اليتيم يظهر بالنظر لملائمة البنت لهذا الصبي، وهل مثلها يصلح له، وأن مهرها هو مهر المثل الى آخر ما هنالك من مواطن قد تكون هي الباعث وليس من بينها مصلحة الطفل.

ومن هنا فان رُفِعَ أمر هذا النكاح للقضاء فإن القاضي ينظر في حال البنت «فان كانت دنيّة لا تشبه مناكحه فسخ النكاح، وان كانت تشبه مناكحه إلا أنه استكثر لها من ماله في الصداق أمضى النكاح وطرح عنه الزيادة دخل بها الزوج أو لم يدخل»^(١).

وهنا نلاحظ ان هذه التفصيلات مردّها الى البحث عن الباعث بعد ان تجسّد في الواقع، ومحاولة ازالة آثار الأضرار ما أمكن برد التصرف الذي صدر عن باعث غير مشروع، كما فسخ النكاح عندما كان لا مصلحة للطفل فيه، وابقائه وتعديل الصداق الى مهر المثل عندما كان الضرر في الزيادة لا في أصل العقد. وحيث وجد الباعث غير المشروع ردّ على صاحبه قصده.

أما أن زوّج الولي اليتيم من امرأة اجنبية ففعله محمول على السداد حتى يثبت العكس. لأنه في الاصل ليس بمتهم.

هذا ولما كان فسخ النكاح في بعض الصور السابقة، اذا صدر عن باعث غير مشروع، انما هو لأزالة الوقائع المادية للضرر بعد ان تجسّد الباعث واقعا ملموسا، وإن هذه الازالة أو التعديل لا تار الباعث انما هي رفع للضرر ما أمكن.

ومن هنا يجب أن يلاحظ ضرورة ان لا يترتب على هذا التعديل أو الازالة لا تار الباعث ضرر أكبر ولهذا نص ابن رشد: «انه لا يصح الفسخ اذا كان الفسخ ليس بنظر فيمضي العقد استحسانا»^(٢).

يلاحظ من هذا التفصيل أنهم يعملون الباعث لمعالجة الضرر الناشئ فيبطلون التصرف الصادر عن باعث غير مشروع، إلا اذا كان الابطال لا يحقق

(١) البيان والتحصيل ٤: ٤٨١.

(٢) البيان والتحصيل ٤/ ٤٨١.

المصلحة، فليس الاعتداد بالبائع لذاته، وإنما لأنه يمثل الدور الوقائي الذي يمنع الضرر قبل وقوعه - وقد مرّ تأصيل هذا عند ذكر شروط تطبيق البائع.

ومن التطبيقات أيضا:

أنه إذا عضل الولي ابنته عن الزواج بلا سبب معقول كان مُتعسفاً، وحق الولاية إنما شرع أصلاً ليحقق المصلحة للمولى عليها، إذ الولي أعرف بطبائع الرجال، ومن هنا، فإذا امتنع عن تزويجها لغير سبب معقول، وإنما ظلماً وعدواناً، كان خارجاً عن الحدود الغائية للحق وكان ظالماً فلا يشرع هذا التصرف.

وفي هذا يقول ابن عابدين^(١):

«إذا خطبها كفوء وعضلها الولي، تثبت الولاية للقاضي نيابة عن العاضل، فله التزويج، والعضل عند خوف فوت الكفوء، إذا قبل بمهر المثل أمّا لو امتنع من غير الكفوء؛ أو لكون المهر أقلّ من مهر المثل فليس بعاضل».

وإذا امتنع عن تزويجها ليزوجها من غيره، قال ابن عابدين:

«إن كان الكفوء الآخر حاضراً فليس امتناعه بعضل وإن لم يكن حاضراً فلا يفوت المتحصل بانتظار المؤمل».

يلاحظ من هذا النص أنه لا يجوز للولي أن يمنعها من النكاح تشهيّاً، لأن هذا البائع غير مشروع.

والنظر للمال يحكم البائع وبقيدته، حتى لو كان امتناع الولي لقصد حسن وهو انتظار خاطب آخر، إلّا أن المال فيه اضرار بالفتاة، فلا يشرع هذا التصرف وتزول ولاية الولي تحصيلاً للمصلحة.

(١) الحاشية، رد المحتار على الدر المختار ٣١٥/٢.

ومن التطبيقات على الباعث في هذا المجال أيضا:

أن ولي اليتيم، يجوز له ان يبيع أموال اليتيم المنقولة بسعر لا غبن فاحشا فيه لان في بيعها تحصيل منفعة للصغير، اذ المنقول يغلب فيه الهلاك فيكون بيعه بالدنانير فيه مصلحة للطفل اليتيم .

أما العقار، فلا يجوز بيعه إلا اذا وجد مسوَّغ معقول، ذلك أنَّ وضعه كعقار أفضل من بيعه، هذا بشكل عام، وللمسألة استثناءات تعتبر مسوغات لبيعه، منها: أن يخاف الولي على العقار من تسلط جائر ذي شوكة عليه ونزع العقار من تحت يده وعدم امكان استرداده اذا أخذه^(١).

فالخوف أمر نفسي هو الباعث الشرعي الذي سوَّغ البيع .

وهكذا نجد ان تحقيق الغاية من الولاية رهن بشرعية الباعث، ومن هناك ان اهتمام الفقهاء بشرعية الباعث.

(١) شرح الاحكام الشرعية للاباني ١٦٢/٢ .

تطبيقات مسائل من المعاملات

المذهب الحنفي:

١ - بيع السلاح لأهل الحرب

ذهب الحنفية^(١) الى أنه لا ينبغي أن يباع السلاح لأهل الحرب ولا ينبغي أن يجهز اليهم، ولا أن يباع في الفتنة.

قال ابن عابدين في حاشيته^(٢) نقلاً عن النهر: ان ما قامت المعصية بعينه، فيكره بيعه تحريماً، كبيع السلاح للمحاربين، وذلك لنهاه - عليه السلام - عن بيع السلاح وحمله اليهم^(٣)، ولأن في بيعه لهم وتجهيزه اليهم، تقويتهم على قتال المسلمين، فيمنع من ذلك، وكذا الحكم في الخيول والدروع التي يستخدمونها للحرب^(٤) لأن المعنى والعلة واحدة وهي الاعانة.

«وكذا لا ينبغي ان يباع الحديد اليهم، لأنه أصل السلاح، وكذا بعد المودعة لأنها على شرف الانقضاء»^(٥) فالنظرة اذن بما سيحدث - ولو بعد حين - وهذا هو القياس في الطعام والثياب.

الآن اننا لم نقل به، لورود النص بخلاف ذلك، اذ اذن الرسول - عليه الصلاة والسلام - لثمامة أن يبيع لأهل مكة^(٦).

هذا وقد ذهب ابن عابدين الى أن المعصية ان كانت لا تقوم بعين المبيع مباشرة وانما بعد تحويلها فيكره تنزيهاً، لأن البائع وان لم يكن معيناً فانه متسبب بالاعانة.

(١) فتح القدير ٢٠٩/٥.

(٢) حاشية ابن عابدين ٢٥٠/٥ - ٢٥١.

(٣) سنن البيهقي ٣٢٧/٥، عن عمران بن حصين.

(٤) فتح القدير ٢٠٩/٥.

(٥) المصدر نفسه.

(٦) المرجع السابق.

أقول : بل ينبغي ان يكره تحريماً لأن مادة الشيء التي يصنع منها تأخذ حكمه من حيث المآل، ولأنه متوقع ما دامت الحال منذرة بالحرب.

ثم ان النهي عن الاعانة على المعصية الأصل فيه التحريم لا الكراهة، فينبغي لذلك أن تقول بالتحريم لا الكراهة في المسألة السابقة، وموقف الحنفية من الباعث غير المشروع، لا يقتصر على الجانب الديني فقط بل يتجاوز الى الجانب القضائي، ففي حاشية الشلبي الكنز «إذا اشترى المسلم الفاسق عبداً أمرد وكان ممن يعتاد اتيان الأمرد يجبر على بيعه»^(١) ومن التطبيقات أيضاً:-

٢ - بيع العنب ممن يعصره خمراً:

ذهب صاحبان الى كراهية بيع العنب للخمر وقال أبو حنيفة لا بأس ببيعه. ووجه قول أبي حنيفة : «ان المعصية لا تقوم بعين العنب بل بعد تخميره بخلاف بيع السلاح في أيام القتال، لأن المعصية تقوم بعينه، ولأن العنب يستخدم لأشياء مشروعة كالأكل والتحليل»^(٢)

وأما وجه قول صاحبين فهو ان في بيعه مساعدة على المعصية، وان الرسول - عليه السلام - «قد لعن في الخمرة عشرة»^(٣) ومنهم كل من ساعد عليها، وهذا الذي ذهب اليه صاحبان هو الاستحسان وقول الامام هو القياس^(٤).

وعليه فيكره حمل الخمر للخمر تحريماً والعصير للخمر تنزيهاً، وباعث المحمول اليه واضح من قرينة الحال، لا يحمل الخمر للخمر ليريقه وانما ليسقيه.

نخلص مما سبق ان الحنفية قد اعملوا الباعث فيما اذا ظهر الباعث لدى الطرف الآخر من قرينة الحال، ولو كانت المعصية لا تقوم بعين المبيع فيكره

(١) فتح القدير ٤٩٤/٨، حاشية ابن عابدين ٢٥٠/٥ - ٢٥١.

(٢) حاشية الشلبي مطبوعة مع تبين الحقائق ج ٦ : ٢٩.

(٣) تبين الحقائق ج ٦ : ٢٩

(٤) المرجع السابق.

تنزيهاً، وقد عدلوا عن القياس، واستحسنوا تطبيقاً لنص الآية الكريمة : «وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان». ويجبر صاحب الباعث غير المشروع على اخراج المبيع من ملكه كما يقول الشلبي (١).

هذا ومن القرائن التي تكشف عن الباعث «العرف العام»، جاء في البدائع : «وأما شراء القرد، فعن أبي حنيفة روايتان :

١ - جوازه، لأنه ينتفع بجلده.

٢ - عدم الجواز، لأنه لا يشتري للانتفاع بجلده عادة بل للهويه.

فكان هذا بيع الحرام للحرام وانه لا يجوز (٢)

يفهم من هذا النص : أن الحنفية، رجحوا عدم الجواز، لأن «الباعث العام» هو أنه يشتري للهويه.

نص الكاساني على حرمة البيع لأنه بيع يقصد به الحرام اذ يقول «بيع الحرام للحرام» مع ان فقهاء الحنفية يقولون بكراهة بيع ما يقصد به الحرام، وهذا تصعيد لأعمال الباعث، نلاحظ إذن أن الحنفية أقاموا قرينة «العادة محكمة» في الكشف عن الباعث، وأقاموا الباعث الاجتماعي العام مقام الباعث الفردي، وهذا يدل على ان ظهور الباعث غير مقصور على التعبير الكلامي في صيغة العقد بل قد يظهر من اسلوب الاستعمال أو العرف العام.

كما قد يدل الشرط أحياناً على الباعث، جاء في البدائع (٣) : «ان من اشترى ديكا على أنه نطاح، فالبيع فاسد عند أبي حنيفة لأنه شرط فيه غرر، ولأن هذه الصفات يتلها بها عادة والتلها محظور فكان هذا شرطاً محظوراً فيوجب فساد العقد».

ولو قال انه نطاح على سبيل الرغبة فالبيع فاسد، ولو قال انه نطاح على سبيل اظهار العيب جاز وهنا لا خيار له في الفسخ ان لم يكن نطاحا.

(١) حائية ابن عابدين ٥ : ٢٥١، وتبيين الحقائق ٦ : ٢٩.

(٢) البدائع ٥/١٦٩.

(٣) البدائع، ٥/١٦٩.

وهكذا نرى أنه اذا ظهر الباعث من الشرط كان البيع فاسداً.

وقد بينا أن في المذهب اتجاهات تهمل الباعث كفتوى ابي حنيفة بجواز حمل الخمر للخمار، لكنها مرجوحة لأن مستند من لم يميزها الاستحسان لأن في الحمل اعانة على المعصية والاعانة عليها نقض للتحريم.

هذا وعند التحقيق يظهر لنا ان أبا حنيفة لم ير ان مجرد الحمل كاف للدلالة على الباعث «فهو يقول لأنه قد يحملها للتخليل»^(١).

«لكن ان قصد بالحمل أو العصر الخمرية فيكره ولا يجوز»^(٢).

هذا ومن القرائن التي تكشف عن الباعث بوضوح، ان يظهر الباعث من محل العقد جاء في تبين الحقائق «ولا يجوز الاستئجار على الغناء والنوح والملاهي لأن المعصية لا يتصور استيفاؤها بالعقد، فلا يجب الأجر من غير ان يستحق هو مقابل الأجر شيئاً».

أقول يدل هذا التعليق : على ان ترتيب آثار العقد عليه، هو حكم شرعي، ولا يعقل ان يوجب الشارع الالتزام بالمعصية، اذ كيف يسبغ الشارع على المعاصي المخالفة لارادته، الحماية الشرعية اذا ما كانت موضوع العقد ومقتضاه، فان هذا انقض للتحريم، واستهزاء بالشرعية!

وان هذا المعنى الذي لأجله فسد التصرف، موجود في التصرفات التي تنزع عن باعث غير مشروع، ان ظهر بالقرائن ولو لم يصرح بها.

واذا تساوى الفرع والأصل في العلة، تسرب حكم الأصل الى الفرع ولا معنى للقياس إلا هذا. ولا فارق يعتبر بين الأصل والفرع، اذ الظهور بالقرائن يدل بشكل واضح وكاف، وقد لاحظنا ان الحنفية اعتبروا قرينة العرف العام كافية للدلالة على الباعث كما في بيع القرد، وان كان نظرياً يمكن أن يتنفع بجلده، ولكن الباعث العام انه يقتنى للتلهي.

(١) فتح القدير ٥ : ٢٠٩.

(٢) حاشية ابن عابدين ٥ : ٢٥١، وتبيين الحقائق ٦ : ٢٩.

مذهب الشافعية :

في حكم بيع الأشياء ممن يقصد بها استخدامها للمعصية مثل بيع العنب من الخمار، وبيع السلاح من المحاربين وما شابه ذلك، نص الامام الشافعي في كتاب الأم : «أن ما أذهب اليه، أن كل عقد صحيح في الظاهر، لا أبطله بتهمة، ولا بعادة بين المتبايعين، وأجيزه بصحة الظاهر. إلا أن النية اذا كان لو ظهرت تفسد العقد، فهي مكروهة وهي مُسترة»^(١).

ويقول أيضاً «أكره للرجل ان يشتري السيف على أن يقتل به، ولا يحرم على بائعة أن يبيعه، كما أكره للرجل ان يبيع العنب ممن يراه يعصره خمرًا، ولا أفسد البيع»^(٢).

يُلاحظ ان الشافعي - رضي الله عنه - قال بكراهة التصرف الصادر عن بواعث لو ظهرت كانت تفسد العقد، ولا يفسده بناء على الباعث المستتر، ولو ظهر بقرينة سلوك الرجل كبيع العنب ممن يراه يعصره خمرًا.

غير أن فقهاء المذهب الشافعي صعدوا من اعمال الباعث ولم يتوقفوا عند الكراهة، ففي معنى المحتاج : «يحرم بيع العنب من الخمار اذا كان يعلم ذلك، أو يظن ظناً غالباً، وبيع السلاح من المحاربين، وكذا كل تصرف يفضي الى^(٣) معصية» ولا يبطل البيع لأن النهي لمعنى خارج العقد^(٤)» كما نص القليوبي على أن من باع أمة لمن يكرهها على الزنى، فللحاكم ان يبيعه على مالها قهراً عليه^(٥).

هذا وان في الفقه الشافعي مسائل تسمح بالقول ببطان البيوع التي يقصد بها الأعانة على المعصية، اذا قامت أدلة على القصد الباعث.

(١) الأم ٦٥/٣.

(٢) المصدر نفسه.

(٣) معنى المحتاج ٣٦/٢.

(٤) معنى المحتاج للخطيب الشربيني ٣٤/٢.

(٥) حاشية القليوبي على شرح المحلي ١٨٤/٢ - الموسوعة الفقهية ٢١٢/٩.

جاء في مسألة العينة ، أنه اذا أصبح للرجل عرف غالب أنه يبيع عينة ، فيبطل هذا البيع ، لأنه أصبح كالمشروط ضمناً أي كالمشروط صراحة لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً^(١) .

نلاحظ من هذا النص المنقول عن القليوبي ان الشافعية لم يُمكنوا صاحب القصد السيء من تحقيق قصده ، فيجبر على اخراج المبيع من ملكه أو يخرجه الحاكم عليه ، وان كان الملك قد ثبت له .

وفي بيع الديك الذي يستخدم للصراع ، والكبش النطاح ان كان يساوي مئة ساذجا ومئتين على أنه نطاح - وهو باعث محرم ان يقتني بقصد إقامة مباريات نطاح لأن فيه تعذيباً للحيوان - فان باعه بمئة فلا خوف في صحته ، وان باعه بمئتين ففي ذلك ثلاث روايات :

١ - يصح البيع ، لأنه عين طاهرة ، منتفع بها ، فجاز البيع بأكثر من قيمتها كسائر الأعيان ، وهذه نزعة موضوعية كما هو واضح .

٢ - لا يصح لأن المئة الثانية تصير في معنى المقابل للنطاح ، وهذا الرأي قد استشف الباعث من قرينة السعر ، وحكم على الغالب .

٣ - الوجه الثالث : ان قصد النطاح بطل والآ فلا ، وهذا قد أعمل الباعث وأبطل التصرف استناداً اليه .

كما يرى الباحث تطبيقات أخرى أعمل فيها الشافعية الباعث اذا ظهر من قرينة الحال : ففي شراء الكلب مثلاً ، فهو منهى عنه ، ولا يصح قبض الثمن في مقابله^(٢) إلا ان كان المشتري صياداً ، أو راعياً لأنه يستخدمه في غرض مشروع .

فهذا الاستثناء ملاحظ فيه ان باعث الصياد ، هو استخدامه في الوجه المشروع ، وهو المسوّغ لتصحيح التصرف .

ومن التطبيقات أيضاً :

(١) انظر بيع العينة . ص ١٢٧ .

(٢) الأم ، ٩/٣ .

أن بيع آلات اللهو، ان كانت لو تلفت يمكن أن ينتفع بها مواد خام،
فللشافعية وجهان^(١) :

الوجه الأول : والأصح : أنه لا يجوز.

الوجه الثاني : يجوز لجواز ان ينتفع بها مواد خام، وقد عورض هذا الوجه، بأنه لا
يقصد بها ان تستخدم كمواد خام، وانما كالات لهو، وهذا غرض غير مشروع،
فهم قد استدلوا على الباعث من العرف العام للاستعمال.

من هذه الأمثلة نلاحظ ان في فقه الشافعية فروعاً يمكن ان يخرج عليها انه
يصح اعمال الباعث اذا ظهر بالقرائن، مع أنهم يسلمون بأعماله اذا ظهر كشرط
مقترن بالعقد كما صرح الشافعي في قوله : «ان القصد اذا كان لو ظهر يُبطل
التصرف فأكرهه وهو مستتر»^(٢).

تطبيقات من المذهب الحنبلي :-

مسائل من المعاملات :

أ - بيع العصير للخمار :

ذهب الحنابلة^(٣) الى حرمة بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمرأً، وأنه بيع
باطل.

وعلة ذلك، أنه اذا كان يعلم بباعثه، ثم عَقَدَ معه العقد أو كان بإمكانه ان يعلم
فانه يكون معاوناً له على الاثم والعدوان، وهو منهي عنه بالنص الصريح في قوله
تعالى : «وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان».

ويؤكد ما ذهبوا اليه الحديث الشريف انه «لعن في الخمر عشرة ومنهم كل
من عاون عليها وساعد فيها»^(٤)

(١) زاد المحتاج : ١٢/٢ .

(٢) الأم ٦٥/٣ .

(٣) المغني ٤/١٩٩، الكافي لأبن قدامة ٢٠٠ - ٢٠١ .

(٤) المغني ٤/٢٠٠ .

ولا ريب ان الذي يبيع العصير للخمار، يكون معاوناً، ومساعداً فيها، وقد كان هذا الفهم واضحاً عند سعد بن أبي وقاص، اذ اخبره قيّم له على مزرعته ان العنب فيها لا يصلح ان يُباع الا لمن يعصره خمراً، فأمر سعد - رضي الله عنه - بقطع العنب، وقال:

«بئس الشيخ أنا، ان بعت الخمر»^(١).

فقد لاحظ هذا الصجابي الجليل ان بيع العنب للخمار هو بيع للخمر مآلاً. هذا واذا كان الأصل في البيع الحل، لقوله تعالى: «وأحلّ الله البيع» فإن هذه الآية، مخصوصة بصور كثيرة، فيخصّ منها حل النزاع بالأدلة المذكورة^(٢).

واذا كان العقد قد استوفى شروطه وأركانه، اذ الارادة سليمة، والايجاب والقبول قد ارتبطا ارتباطاً شرعياً وتوافرت سائر شرائط العقد، الا أنه قد وجد المانع^(٣) الذي يمنع اقتضاء السبب لحكمه^(٤)، وهو الباعث غير المشروع، حفاظاً على قواعد الشرع أن تنخرم، عدواناً وظلماً.

ويلحق في بيع العنب للخمار قياساً - ما في معناه - كل ما يقصد به قصداً محرماً^(٥) لوحدة العلة، وذلك كبيع السلاح لأهل الفتنة، وإجارة الدار لقوم يعرفون من حالهم أنهم يستخدمونها وكراً للتخريب، وبيع الأقداح من الخمار لأنها تستخدم للشرب المحرم، وبيع الدباج من الرجال، وبيع الجوز من الصبيان، لأنهم يستخدمونه للقمار، وبيع اللحم والخبز ممن يعلم البائع أنه يستخدمه للمعصية.

فان كان الأمر محتملاً^(٦)، ان يقصد به قصداً مشروعاً وغيره على السواء أو لم يعلم القصد ولو بالقرينة ولم يكن العلم، فالبيع جائز، ومثاله: ان يشتري

(١) المصدر السابق ٢٠٠/٤.

(٢) المصدر نفسه ٢٠٠/٤.

(٣) هذا أقل ما يقال بالباعث، وقد رأينا أنه شرط انعقاد ر، اثار النظرية. وانظر ص ٨٤

(٤) المغني ٢٠٠/٤.

(٥) المغني ٢٠٠/٤، كشف القناع ١٤٦/٣.

(٦) المغني ٢٠٠/٤.

العنب من يعمل الخَلّ والخمر معا، لأنه لا دليل يرجح أنه يقصد الخمر لا الخَلّ، لأنّ الاحتمالين متساويان^(١)

يتبين مما سبق أنّ الامام أحمد قد أعمل الباعث في مثل هذه الحال حيث أبطل التصرف الذي يقصد به المعصية، ولم يفرّق بين قيام المعصية بعين المبيع أم بعد تغيّره - كما هو مذهب الحنفية - فالنظر للقصد لا للمبيع.

هذا والباعث قد يكون واضحاً من حال المشتري كالبيع من الخَمَار أو بيع الجوز من الصبيان فانهم يستخدمونه للقمار، وقد يدل على الباعث السعر الذي يعرض ثمناً للسلعة، فقد سئل الامام أحمد عن رجل يملك سلعة تصلح لاستعمال محرم، ولا استعمال مشروع، وان كانت تصلح للمحرّم فهي تساوي ألفي درهم، وان كانت لا تصلح فتساوي ألفاً، فقال أحمد^(٢) لا يجوز بيعها إلّا بألف.

ووجه الاستدلال : انها عرضت بألفي درهم، علّم أنها تصلح للمعصية وانها ستستخدم للمعصية فظهر الباعث من السعر الذي تباع فيه ولهذا لا يجوز بيعها إلّا بسعر السلع التي لا تصلح إلّا لوجه مشروع.

(١) اقول : القواعد الاصوليّة تقتضي المنع اعمالاً للقاعدة دَرءُ المفساد أولى من جلب المصالح.

(٢) الكافي لأبن قدامة ٢٠٠ - ٢٠١

حكم بيع العينة ومدى صلته بنظرية الباعث

في بيع العينة يظهر لنا كيفية إعمال الفقهاء للباعث في هذا النوع من المسائل، ذلك أنّ العينة هي : أن يبيع سلعة الى شخص بثمان مؤجل ، ثم يشتريها منه بثمان أقل نقداً قبل الأجل^(١).

ولا بدّ في بيع العينة ان تتوافر الشروط التالية :-

أولاً : ان يكون العقد الثاني ، قبل قبض الثمن الأول .

ثانياً : أن يكون المشتري الثاني هو البائع الأول، أو وكيله أو أي شخص ثالث بينه وبين البائع تواطؤ.

ثالثاً : أن يشتريها المشتري الثاني من البائع الأول أو وكيله .

رابعاً : أن يكون الثمن الثاني نقداً من جنس الثمن الأول^(٢).

فهما لا يقصدان من وراء هذا الشراء والبيع امتلاك السلعة، وانما يقصدان التوصل الى قرض مال من الأول مقابل ان يتقاضى من الثاني أكثر منه بعد أجل معين فتكون الزيادة دون عوض . فهذا البيع في حقيقته توسل للتوصل الى الربا، والسلعة غير مقصودة، وانما عقد البيع لغو بينهما.

هذا وقد وردت دلائل تضمنتها نصوص تفيد النهي عن بيع العينة :-

الدليل الأول :-

ما ورد عن عائشة - رضي الله عنها - اذ دخلت عليها أم ولد زيد بن أرقم فقالت لعائشة : اني بعثت من زيد غلاماً بثمانمئة درهم نسيئة، واشتريته بستمئة

(١) المغني : لأبن قدامة ١٥٧/٤ ، بداية المجتهد ١٤٠/٢ ، روضة الطالبين ٤١٩/٣ ، فتح القدير ٦ : ٧١ .

(٢) مجلة البحوث الاسلامية العدد الرابع عشر، ذي الحجة ١٤٠٥ - محرم صفر ١٤٠٦ هـ تحت بيع العينة للدكتور عبد الطريفي، ص ٢٦١ .

نقدًا. فقالت عائشة - رضي الله عنها :- أبلغني زيدا، أن قد أبطل الله جهادك مع رسول الله - ﷺ - إلا أن تتوب ، بشئ ما اشتريت وبشئ ما شريت»^(١).

وفي رواية عبد الرزاق عن معمر «... فقالت المرأة - أم ولد زيد - أرايت ان أخذت رأس مالي ورددت عليه الفضل؟؟».

فقالت عائشة - رضي الله عنها : «فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف»^(٢).

فهذا الحديث يدل على تحريم «العينة» ووجه الدلالة : أن عائشة - رضي الله عنها - قالت لها : «أخبري زيدا أن قد أبطل الله جهادك».

وهذا الحكم الخطير الأثر - وهو اسقاط مثوبة أجل فريضة - لا يصدر عن اجتتهاد وانما عن سماع عن رسول الله - ﷺ - ، ولا يكون إلا على كبيرة من الكبائر، لخطورة أثره.

وأیضا فان في استشهاد عائشة بقوله تعالى : «فان تبتم فلك رؤوس أموالكم»^(٣) اشارة منه الى ان بيع العينة «ربا»، ذلك أن الآية نزلت في حكم المرابين، وان التوبة من ذلك لا تكون إلا بتجريد رأس المال من الزيادة.

ونجد فهم عائشة هذا واضحا في ذهن فقيه الأمة ابن عباس - رضي الله عنهما - اذ سئل عن بيع العينة فقال : «مئة بخمسين بينهما حرير»^(٤).

الدليل الثاني :-

ما رواه ابن عمر : «اذا ضنَّ الناس بالدينار والدرهم وتبايعوا بالعينة، واتبعوا أذناب البقر، وتركوا الجهاد في سبيل الله أنزل الله بهم بلاء، فلا يرفعه حتى

(١) فتح القدير ٦ : ٧١. كنز العمال ج ٤ / ١٠١٢٦ ونسبه لعبد الرزاق وابن أبي حاتم.

(٢) فتح القدير ٦ : ٧١

(٣) البقرة / ٢٧٩.

(٤) المغني لأبن قدامة ٦ : ١٥٧. ولم أعثر عليه فيما اطلعت عليه من مصادر.

يراجعوا دينهم»^(١).

وجه الاستشهاد : أن ادخال العينة في جملة ما استحققت به الأمة من البلاء، لا يكون إلا على ذنب عظيم.

ثم ان جعل العينة في منزلة واحدة مع ترك الجهاد - وترك الجهاد دون عذر اثم كبير - يشعر بعظم ذنب من يمارس هذا البيع .

وان في قوله : «فلا يرفعه حتى يراجعوا دينهم» اشارة واضحة الى أن هذه التصرفات تخالف النظام الشرعي العام، وليست مخالفات يسيرة.

هذا ويلاحظ ان الموضوعات التي تناولها الحديث يشملها جميعاً صدورها عن نزعة أنانية مفرطة، هي : حب الاستكثار من المال بطريق غير مشروع، ذلك أن الضنّ بالدينار والدرهم واتباع أذئاب البقر، وترك الجهاد من أجله - وهو من أعظم القربات - لا يصدر إلا عن نفس متعلقة بالدنيا وحطامها ناسية للاحقة وأجرها.

وان هذا التعليق بالدنيا جاء في القرآن في معرض الذم في قوله تعالى : «بل تؤثرون الحياة الدنيا»^(٢).

الدليل الثالث :-

عن رسول الله - ﷺ - : «ليأتين زمان على أمتي يستحلون فيه الربا بالبيع»^(٣)

وبيع العينة من أكثر التصرفات وبيع الأجل مصدرا للربا وفي هذا يقول ابن تيمية : «ان تجويز العينة نقض لتحريم الربا فلا يشاء مراب ان يستلم ربويا بأكثر منه الآ قال : بعثك لكذا وابتعتك بهذا الثمن .

فتصبح مباحة بصورة عقد هي عبث ولعب يضحك بها ويستهزء بها»^(٤).

(١) هامش روضة الطالبين ٤١٩/٣، وقال رواه أحمد... وأبو داود... ج ٣، ص ٧٤٠.

(٢) الأعلى / ١٦.

(٣) نيل الأوطار ٥ : ٢١٩، روضة الطالبين ٤١٩/٣، وشبه الشوكاني كما ذكره ابن القيم مروي عن الأوزاعي يرسله، وقال الشوكاني له ما يشهد له.

(٤) الفتاوي .. عدد المجلدات خمسة - ١٩٣/٣ - ابن تيمية . بطلان التحليل .

الدليل الرابع :

سئل أنس وابن عباس - رضي الله عنهما - عن العينة فقالا : « هذا مما حرّمه الله ورسوله ، ان الله لا يُخدع »

وهذا القول من الصحابي له حكم المرفوع .

وفيه دلالة على أنّ العينة مخادعة لله ، مما يستدعي تغليظ العقاب وابطال التصرف .

مذاهب الفقهاء في بيع العينة :

وتأسيساً على هذا، ذهب جمهور الفقهاء الحنفية^(١) والمالكية^(٢) والحنابلة^(٣) والإباضية^(٤)، والامام الشوكاني^(٥) الى حرمة بيع العينة، وفساده عند الحنفية، وبطلانه عند الجمهور.

هذا وقد علل الحنفية فساد العقد لمشابهته للربا، ذلك أنه « اذا عاد اليه عين ماله بالصفة التي خرج بها عن ملكه ، فصار بعض الثمن قصاصاً ببعض فيبقى له الفضل بلا عوض »^(٦).

هذا ويخيل لنا ان هذا التعليل لا علاقة له بالباعث، لأنه ينظر إلى مآل هذه المعاملة، وهو « فضل بلا عوض » بقطع النظر عن البواعث.

غير أننا نقول : ان قصد المقترض الى هذا العقد بالذات، وقرينة لغو السلعة، في شرائها ثم ارجاعها، وانها غير مقصودة بالتبادل بين الجانبين، كل اولئك يشير اشارة بيّنة الى « الباعث » ، لأنه نوع احتيال للحصول على الربا المحرم، من وراء القرض، وتقديم أمر ظاهر الجواز، وهو صورة البيع، فالباعث هو المستكن وراء هذه الصيغة من البيع.

(١) فتح القدير ٦ : ٧١، تحفة الفقهاء ٨١/٢.

(٢) بداية المجتهد ١٤٠/٢، الكافي لأبن عبد البر : ٣٢٥.

(٣) المغني لأبن قدامة ١٥٧/٤.

(٤) شرح النيل ٨ :

(٥) نيل الأوطار ٥ : ٢١٩.

(٦) مشروع تقنن الشريعة على مذهب الامام أبي حنيفة ، ص ٢٠٥.

ولهذا نجد المالكية والحنابلة يعللون ابطال العينة بالنظر «للباعث» غير المشروع.

فقد جاء في بداية المجتهد^(١): «ان وجه الامام مالك من التحريم والأبطال، أنه ذريعة الى قصد وبيع الذهب بالذهب الى أجل، والى بيع ذهب وعرض بذهب» وهذه من صور الربا المنهي عنها.

ويلاحظ من تعليل الفقيه الكبير ابن رشد، ان الامام مالكا قد أعمل «الباعث» صراحة، وأخذ به، كخطوة وقائية، لمنع الضرر، قبل وقوعه، حيث سدّ الذرائع على المتحيلين.

وقد بين الامام الشاطبي^(٢) عن توجه الامام مالك لاتخاذ الخطوات الوقائية اذا لاحظ ان البواعث تتجه لاستخدام التصرف المباح أصلاً استخداماً غير مشروع.

اذ يقول: «ومن التصرفات ما يكون أداؤه الى المفسدة كثيراً لا غالباً ولا نادراً، فالأصل فيه الحمل على أصل الصحة للأذن الابتدائي وهذا مذهب الشافعي وغيره، لأن العلم والظن بوقوع المفسدة متفيان، اذ ليس هنا الا احتمال مجرد بين الوقوع وعدمه، ولا قرينة ترجح.

لكن القرينة التي رجحت اعتبار المنع عند الامام مالك هي «كثرة القصد وقوعاً» لكون أكثر هذه التصرفات يقصد بها التحيل على الربا.

هذا وإن كان القصد لا ينضبط في نفسه لأنه من الأمور الباطنة المستكنة، لكن له مجال هنا، «وهو كثرة الوقوع في الوجود» أو هو مظنة ذلك، فكما اعتبرت المظنة وان صح التخلف كذلك تعتبر الكثرة لأنها مجال القصد».

وأما تعليل الحنابلة لبطلان العينة، «فهو لما فيه من توسل الى الربا»^(٣).

والتوسل في حقيقته، تصرف لا يراد لذاته وانما ليتوصل به الى غيره،

(١) بداية المجتهد ١٤١/٢.

(٢) الموافقات، للشاطبي ٣٦١/٢.

(٣) المغني ١٥٧/٤.

فالباعث عليه هو ما وراء التصرف الأول، أي هو الربا.

مذهب الشافعية :-

خالف الشافعية الجمهور^(١) فقالوا بصحة بيع العينة سواء صارت العينة عادة للبائع غالباً أم لا.

واستدلوا لصحة العينة، بأن المبيع قد انعقد صحيحاً، وانهما بيعتان منفصلتان.

وقد عبّر الشافعي^(٢) عن مذهبه الذي لا يعتدّ بالباعث إلا اذا ظهر في صيغة العقد، اذ يقول: «ولا أفسد عقداً بالنية انما أفسده بالعقد الفاسد».

غير أن بعض فقهاء الشافعية لاحظوا ما ينشأ عن استطراد هذا الأصل الذي قال به الشافعي من مفاسد عند التطبيق، وأنه يتخذ ذريعة للتحيّل على للربا، ولهذا أفتى أبو اسحق الاسفرائيني، والشيخ أبو محمد^(٣) بأنه اذا صارت العينة عادة له، صار للبيع الثاني كالمشروط في الأول، فيبطلان جميعاً، وما قاله أبو اسحاق هو تطبيق للقاعدة الفقهية «العادة محكمة» وهي - أي العادة - قرينة قوية الاشارة في الكشف عن الباعث.

هذا ويستدل الامام الشافعي لما ذهب اليه من صحة بيع العينة، بقوله عليه السلام: «بيع الجمع - وهو نوع من التمر - بالدراهم واشتر بالدراهم جنيهاً^(٤)، فالحديث باطلاً يشمل بيع العينة^(٥)، ويدفع هذا الاستدلال بما يلي:

١ - ان هذا الحديث مطلق يشمل البيع من المشتري الأول ومن غيره، وقد قيّد هذا الاطلاق الوارد في الحديث حديث «لعن الله المحلل والمحلل».

وحديث النهي عن بيعتين في بيعة، والأحاديث السابقة في النهي عن بيع العينة

(١) روضة الطالبين ٤١٩/٣.

(٢) الأم ٦٥/٣.

(٣) روضة الطالبين ٤١٩/٣.

(٤) الموطأ ٦٢٣/٢، عن عطاء بن يسار يرسله.

(٥) الفتاوى لأبن تيمية ١٩٨/٣ - ١٩٩، بطلان التحليل.

التي لم يثبت تخصيصها، مع أنَّ الحديث الذي استدل به الشافعية مخصص قطعاً بالبيع الصحيح دون الفاسد فكان أضعف دلالة من تلك الأحاديث^(١).

فوجب تقييد هذا الحديث في حالة البيع لغير المشتري الأول، وفي هذا يكون بيعاً صحيحاً، يسدّ به ذريعة الربا.

كما استدل الشافعية لما ذهبوا اليه بدليل عقلي وهو:

ان العقد قد انعقد ظاهراً وأنه استوفى شروطه وأركانه،

ويدفع هذا الاستدلال، بأنه من المتفق عليه بأن الرضى بمقتضى العقد من شرائط انعقاده اذ المكروه لا عقد له، ولا يكفي صحة العبارة وفي مسألتنا هذه، فان المتعاقدين لا يُريدان حقيقة العقد وان السلعة بينهما لغو وعيب. وان صورة العينة لا يصح ان تسمى بيعاً.

«ذلك أنَّ أيَّ بائع يعلم أنَّ من قال له اشترى منك هذا الى أجل بدينار وأبيعه منك قبل حلول الأجل بتسعين قرشاً حالاً، انه ليس ببائع ولا مبتاع»^(٢).

فهو لا يقصد بهذا اللفظ حقيقة البيع وانما هو عيب لا غرض له بالبيع والشراء.

نفهم من هذا الاعتراض الذي دفع به ابن تيمية استدلال الشافعية باستيفاء العقد شروطه وأركانه.

ان البائع وان كان وراء الارادة فهو محركها، وليس هو الارادة الا أنه يؤثر عليها من جهة موضعها الذي اتجهت اليه فلم تتجه الارادة نحو البيع وانما نحو الربا، فكان شرط العقد مختلاً.

أقول واذا سلمنا باستيفاء العقد لمقوماته البُيُوتية من شرائط وأركان، فان السبب لا يقتضي أثره الا اذا زال المانع، ونحن نرى ان هذا البائع غير المشروع الذي دلت عليه القرائن مانعاً من صحة العقد «اذ لا يتصور استيفاء المعصية

(١) الفتاوي لابن تيمية ٣/١٩٨ - ١٩٩، بطلان التحليل.

(٢) فتاوي ابن تيمية ٣/١٩٣.

بالعقد»^(١).

ذلك أن اقتضاء السبب لحكمه انما يكون بجعل الشارع له سببا، وهو ارادة الشارع، فكيف يقال ان الشارع اراد تحقق ذلك الأمر وهو معصية، ثبت ان الشارع يطلب نفيها من الوجود.

وفي هذا المعنى يقول ابن تيمية «ومن قال بأن الشارع مكن الانسان مما حرّم عليه فقد تناقض»^(٢).

هذا وقد ذهب الحنابلة؟^(٣) بناء على تعليلهم السابق - التوسل للربا - الى ابطال أنواع شبيهة بالعينة «ان قصد بها التحيل على الربا» لوحدة العلة. فمن باع سلعة بنقد حال ثم اشتراها بأكثر منه نسيئة - وهي عكس مسألة العينة - لم يجز إلا أن يعتبر السلعة أو النقد.

ويحتمل أن يجوز شراؤها بجنس الثمن بأكثر منه إلا ان يكون عن مواطاة أو حيلة فلا يجوز وان وقع اتفاقاً من غير قصد جاز، لأن الأصل حلّ البيع ولأن التوسل بهذه الصورة أقل من الصورة الأولى فلا تلحق بها.

من هذا التخريج والتفريق، يتضح لنا أن الفقهاء قد استشفوا «الباعث» من كثرة الوقوع في الوجود» على حدّ تعبير الامام الشاطبي، وفي هذا اعتبار الباعث الاجتماعي - ان صح التعبير - قرينة على الباعث الفردي.

(١) تبين الحقائق للزليمي ١٢٥/٥.

(٢) الانصاف، ١٥٠/٩.

(٣) المغني ١٥٧/٤.

موقف القانون من نظرية الباعث في العقود والمعاملات - القانون المدني -

في القانون المدني الوضعي نزعتان ، نزعة ذاتية ، وهي التي يمثلها الاتجاه الفرنسي الذي يأخذ بالنظرية الحديثة للسبب ، والنزعة المادية الموضوعية التي يمثلها الاتجاه الألماني ، وهذا الأخير لا يعتد بالسبب الباعث الدافع إلا إذا ظهر في التعبير عن الإرادة .

ومنشأ الاختلاف عندهما : هل العبرة للإرادة الظاهرة أم للإرادة الباطنة؟ يذهب الفقه الفرنسي الى أن العبرة للإرادة الباطنة باعتبارها أصل الإرادة الظاهرة - أي الصيغة أو المظهر المادي المحسوس - وما الإرادة الظاهرة إلا تعبير مادي عنها، غير أن الإرادة الباطنة يجب ان يتوافر شرطان لاعتبارها^(١) :

أولاً : خلوها من العيوب كالغلط والاكراه والتدليس .

ثانياً : مشروعية الباعث عليها .

كما سيتضح من التطبيقات في القضاء الفرنسي .

هذا وحرصاً على استقرار المعاملات فقد اشترط الفقه الفرنسي ان لا تبقى الإرادة مختلجة في الضمير ، بل لا بد أن يمكن التعرف عليها ، وقد اختلف الفقهاء والقضاء الفرنسي في الضابط لأعمال الباعث ونعرض^(٢) له فيما يلي :

ان امكان ظهور الباعث لدى الطرف الآخر في العقود يمرّ في أربع مراحل :

١ - انتفاء العلم به ، وذلك عند اجراء عقد قرض مثلاً مع شخص لا يوجد لدى المقرض أي فكرة سابقة عنه .

٢ - العلم بالباعث لدى الطرف الآخر ، وذلك كاقراض مبلغ من المال لشخص مقامر ، يغلب على الظن من قرينة سلوكه ان سيستخدمه للقمار .

(١) مصادر الحق ٤ : ٤٦ ، سنهوري .

(٢) مصادر الحق ٤ : ٢٧ .

٣ - القيام بعمل ايجابي يتجاوز مرحلة العلم بالبائع، وذلك في صورة اقراض مال المقامر من مراب يستثمر ماله في الأقراض، فيمكنه من ان يقامر به، فالمرايبي هنا يعلم بالبائع غير المشروع، وله مصلحة فيه، وقد قام بعمل ايجابي، لتحقيقه وهو التمكين من المقامرة باقراض المقام.

٤ - الاتفاق أو التواطؤ على البائع غير المشروع، وذلك في صورة اقراض المال لمقامر من شريكه في اللعبة ليستمر في القمار. وهذا الرأي باشتراط الاتفاق هو رأي الفقيه كابيتان.

أما أنصار النظرية الحديثة للسبب فهم منقسمون بين اشتراط المساهمة لعمل ايجابي وبين الاكتفاء بالعلم بالبائع.

فقد ذهب يوجيزان الى اشتراط مساهمة الطرف الآخر في المعاولات، أما في التبرعات فيكتفي مرتبة العلم.

أما القضاء الفرنسي فقد اشترط العلم بالبائع خلافاً للفقهاء الفرنسي الذي اشترط العلم به في المعاولات دون التبرعات لأن التبرعات يصدر بارادة واحدة^(١). أما اذا كان التبرع موجهاً الى شخص معلوم، لزم ان يكون ذلك الشخص بحيث يستطيع ان يعلم به فاذا أمكن العلم فيعتبر البائع ويؤثر حينئذ في صحة التصرف.

أما اذا لم يمكن علم الطرف الآخر بالبائع لدى التعاقد مثلاً، فان العقد يكون صحيحاً بالرغم من عدم مشروعية البائع، وتستند صحة التصرف - بالرغم من عدم مشروعية البائع - الى الارادة الظاهرة، وشأنه شأن العقد الذي يقوم على ارادة معيبة بغلط، ولا يعلم المتعاقد الآخر بالعيب^(٢)

فقد يعقد مؤجر عقد ايجار مثلاً لشخص مجهول الحال، ولكن باعته تحويل واستعمال المأجور كماخور لهو، أو دار دعارة، وهذا البائع لم يظهر ولم يمكن العلم به ففي هذه الحال يعتبر العقد صحيحاً لأنه لا دليل على هذا البائع.

(١) مصادر الحق، سنهاوري ج ٤ : ٢٧.

(٢) مصادر الحق ٤ : ٢٩ - ٣٠.

هذا وأن في اشتراط امكانية العلم بالبائع رعاية لاستقرار المعاملات من الزعزعة بدعوى عدم مشروعية البائع، غير أننا لاحظنا ان الفقه الاسلامي قد عالج مثل هذا التصرف، فأجبره على اخراج السلعة من ملكه منعاً له من مخالفة النظام العام^(١).

تطبيقات:

هذا ومن تطبيقات البائع في القضاء الفرنسي والمصري أيضاً انهما ابطلا تبرع أحد الأشخاص لخليته بمبلغ من المال، بقصد ديمومة العلاقة غير المشروعة - وهو قصد غير مشروع - ولهذا كان جزاؤه ابطال التصرف، أما اذا كان البائع هو تعويض الخلية عما أصابها من الضرر بسبب هذه المعاشرة غير الشرعية بعد أن انقطعت، فالبائع يكون صحيحاً وعليه فالتصرف صحيح^(٢) عندهما^(٣).

ومن تطبيقات القضاء الفرنسي:

اذا وقع البيع أو الاجارة على منزل يريد المشتري أو المستأجر ادارته للعاهرة، كان البائع أو المؤجر عالماً بقصد المشتري أو المستأجر كان العقد باطلاً طبقاً لأحكام القضاء الفرنسي^(٤).

كما ويطلق القضاء الفرنسي أيضاً قرضاً يكون قصد المقترض من ورائه ان يتمكن من المقامرة ويكون المقرض عالماً بهذا القصد، سواء كان مشتركاً معه أو لم يكن وسواء كان يفيد من هذه المقامرة أو لم يكن^(٥).

(١) مسألة بيع السلاح من المحاربين - تطبيقات من المعاملات في الفقه الاسلامي .

(٢) مصادر الحق : ٤ : ٣، قرار محكمة الاستئناف الوطنية ١٣ يونيو ١٩٠٩ م.

(٣) (تعليق) ولا يخفى مخالفة هذا السلوك للشرعية الاسلامية إذ لا تقر الشريعة مهر البغي ولا تعويضاً عن عمل غير مشروع أصلاً بل هو مستحق للعقاب وفي التعويض اقراراً للتصرف المعوض عنه .

(٤) مصادر الحق : ٤ : ٣١

(٥) قرار محكمة النقض الفرنسية ٤ يوليو ١٨٩٢ م.

الباعث في الفقه الألماني ذي النزعة الموضوعية

يذهب الفقه الألماني الى أن الارادة عنده هي الارادة الظاهرة، ذلك أنها هي التي تدل، وبها تعتبر الارادة الباطنة، فلا تأخذ الارادة مظهرًا اجتماعيًا إلا في صورة الارادة الظاهرة والقانون يهتم بالظواهر الاجتماعية لا بالظواهر النفسية. ولو أن الفقه الألماني اعتبر الارادة الظاهرة دليلاً على الارادة الباطنة لاتفق مع الفقه الفرنسي، إلا أنه اعتبر الارادة الظاهرة هي الارادة الحقيقية وهي دليل لا يقبل اثبات العكس.

فلا يصح الاعتداد - وفق هذا المذهب - بالباعث، اذا لم يتضمنه التعبير عن الارادة حتى لو كان الباعث معروفاً من المتعاقد الآخر، إلا اذا اندرج في التعبير فيصبح جزءاً منه^(١).

هذا وليست الصيغة هي طريقة التعبير الوحيدة، فالمهم ألا تقتصر الارادة أو الباعث على عمل نفسي، وعلى هذا يكون السكوت في بعض الحالات تعبيراً كافياً عن الباعث^(٢).

ومن تطبيقات المذهب الألماني على الباعث ابطاله التصرف الذي يشوبه الاستغلال^(٣) الفاحش بالنظر الى عدم مشروعية الباعث لدى المستغل، ويلاحظ أن المذهب الفرنسي (الذاتي) جعل العقد قابلاً للأبطال بالنظر لتعيب الارادة بالاستغلال خلافاً للمذهب الظاهري المادي الذي ذهب الى بطلانه مطلقاً بالنظر للباعث لدى المستغل^(٤). فالمذهب (الذاتي) لا ينظر للباعث اذا كانت ارادة احد الطرفين معيبة، فكأن الباعث عنده شرط احتياطي.

الضابط الذي تقوم به مشروعية الباعث :-

هذا وان الضابط الذي يقوم به مشروعية الباعث هو موافقته للأداب والنظام

(١) مصادر الحق ٤ : ٤٢ عن كتاب «التعبير عن الارادة» لسالس ف ٣٢، ٣٨، ٤٩.

(٢) مصادر الحق ج ٤ : ٣٥.

(٣) كأن يكون للمشتري حاجة ماسة للغرض أو طيش أو عدم تجربة فيستغل البائع هذه الحالة لبيعه بسعر فاحش فلا بد من توفر الطيش وما شابه والسعر الفاحض، فلا يكفي أحد الشرطين.

(٤) مصادر الحق ٤ : ٤٦.

العام حتى اذا خالفت هذا النظام بطل التصرف، وهذا الضابط غير منضبط^(١) في نفسه، فقد ذهب الشراح الى صعوبة تعريف النظام العام.

يقول أحد القضاة الأنجليز : « اذا حاولت تعريف النظام العام، فانما تركب حصاناً جامحاً لا تدري على أي أرض سيلقي بك ».

وعلى الجملة فان النظام العام يعبر عن ارادة الحياة لدى الشعب تلك الارادة التي تتهدها بعض المبادرات الفردية في اطار العقود.

ويرى د. وحيد سوار : بأنه من الممكن تشبيه النظام العام بالسقف العظيم الذي أقيم لحماية الأفراد والتفيؤ بظله، على ان يتحمل كل فرد جزءاً من عبء حمل هذا السقف واقامته، وهذا العبء يتمثل في تقييدهم بعدم الخروج عن أحكام النظام العام^(٢).

موقف القانون المدني الأردني من الباعث

جاء في المادة ١٦٥ من القانون المدني الأردني :

السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد ويجب ان يكون موجوداً وصحيحاً ومباحاً غير مخالف للنظام العام أو الآداب.

وفي المادة ١٦٦ :

- ١ - لا يصح العقد اذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه.
- ٢ - ويفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة، ما لم يقم الدليل على غير ذلك.

وقد جاء تفسير السبب في المذكرة الايضاحية^(٣)، أنه السبب الباعث الدافع الى التعاقد.

(١) الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني الجديد - وحيد سوار، ص ١٤.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المذكرة الايضاحية ١ : ٥٨.

ويرى الاستاذ أنور سلطان^(١) بأن المادة (١٦٥) تتناول مقتضى العقد أو سبب الالتزام^(٢) على حد تعبير القانونيين بينما يرى وحيد سوار ان صرف المادة الى سبب الالتزام يأباه نص المادة وأنه^(٣) ينصرف الى سبب العقد الباعث لهم .
والمادة (١٦٦) تتحدث عن سبب العقد^(٤) وهو الباعث على التعاقد، وأنه لا يشترط بالنسبة للباعث (سبب العقد) إلا شرطاً واحداً هو المشروعية^(٥).

ويرى وحيد سوار ان اعتداد القانون بالباعث المحرك للارادة انحياز واضح للارادة الباطنة .

ولكننا لسنا مع هذا القول بأطلاقه اذ ان القانون الألماني ذي النزعة المادية والارادة الظاهرة قد اعتد بالباعث اذا ظهر بشكل مادي .

فليس مجرد الاعتماد بالباعث دليل على باطنية النزعة لأن الاعتماد به أمر مشترك بين المذهب المادي الظاهري والمذهب الباطني الذاتي .

وانما تظهر نزعة القانون من وسائل اثبات الباعث، فالمذهب الألماني كما بينا لا يعتد بالباعث ان لم يظهر بشكل مادي، وان كان معلوماً من الطرف الآخر، بينما يرى المذهب الفرنسي - بشكل عام - الاعتماد بالباعث ان كان معلوماً من الطرف الآخر. فما هو موقف القانون الأردني؟

بيّنت المادة (٢/١٦٦) من القانون الأردني «أنه يفترض في العقود وجود مشروعة ما لم يقدّم دليل على غير ذلك» .

ولكن هناك تفصيل بالنسبة لظهور الباعث:

ان كان السبب (الباعث) المذكوراً في العقد صراحة فهو بيّنة يُقبل اثبات صورته .

-
- (١) مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني ، ص ١٣٢ ، أنور سلطان .
 - (٢) سبب الالتزام : هو جواب من يسأل لماذا التزم المدين وهو أثر الالتزام ولا يتغير في النوع الواحد ، فسبب الالتزام في البيع مثلاً امتلاك المبيع ، / مصادر الالتزام - أنور سلطان ، ص ١٢٠ .
 - (٣) الاتجاهات العامة في القانون الأردني ، وحيد سوار ، ١٤ .
 - (٤) سبب العقد : هو : الدافع الذاتي وهو يتغير بتغير المتعاقدين - مصادر الالتزام ١٢٨ .
 - (٥) مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني ، ص ١٣٤ ، أنور سلطان .

وان لم يذكر السبب في العقد فيفترض ان السبب هو تحصيل اثار العقد الشرعية، لأن هذا هو الأصل العام حملاً لحال المتعاملين على الصلاح ويكون عبء اثبات العكس على المدعي خلاف ذلك^(١).

فقبول القانون لاثبات عكس ما هو وارد في صيغة التعاقد مخالفة للمذهب الجرمانى وميل نحو المذهب الذاتى، .

أما بالنسبة لقرائن الاثبات وهل يعتبر علم الطرف الآخر كافياً فقد صرحت المذكرة الايضاحية انها أخذت برأى الحنابلة بالاعتداد بالبائع.

كما بيّنت المذكرة الايضاحية ان بيع العنب من يعلم انه يستخدمه خمراً وبيع السلاح ممن يقطع به الطريق باطل، وما أخذت به المذكرة ينسجم مع المذهب الحنبلي كما بيّنا^(٢).

اذن يعتبر العلم بالبائع أو امكانية العلم كما هو مذهب الحنابلة وهو ما أخذ به القانون، يعتبر شرطاً كافياً لاعتبار البائع، وهذا يوافق المذهب الذاتى المعتقد بالارادة الباطنة.

هذا ومن النصوص التي تدل على اعتبار القانون الأردني للبائع نص المادة (٦٦) منه في كلامه على معايير التعسف:

يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع، ويكون استعمال الحق غير مشروع:

- ١ - اذا توفر قصد التعدي .
- ٢ - اذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة .
- ٣ - اذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر .
- ٤ - اذا تجاوز ما عليه العرف والعادة .

(١) مصادر الالتزام ، ص ١٣٤ ، أنور سلطان .

(٢) المذكرة الايضاحية ١ : ١٥٧ .

ويرى الاستاذ وحيد سوارآن المعيار الأول يستند الى الباعث والمعايير الثلاثة الأخرى موضوعية^(١). ولكننا نقول ان المصلحة المرجوة من الفعل في ظاهرها موضوعية، ولكن يمكن ان تدل القرائن المُحتفّة على أنها مقصودة فيشترك فيها عامل الذاتية والموضوعية، كما ان النية في كثير من الأحوال تكون هي النافية لصفة المشروعية عن المصلحة، وأبرز تطبيق عليه اساءة الحكومة لسلطانها كفصل الموظفين لتحقيق مآرب لا تمت للصالح العام بمصلة^(٢). كما أن المعيار الثالث يكون قرينة على قصد الاضرار^(٣).

تطبيقات على الباعث في مسائل الدعوى والقضاء

فمن تطبيقات الباعث في مجال الدعوى ما يلي :

١ - أن من شروط الدعوى، المصلحة المشروعة، فحيث لا يكون للمدعي مصلحة في رفع الدعوى، لا تقبل.

وهذا الشرط متفق عليه عند الفقهاء - وان اختلفت تسمياته في كتبهم - ذلك أنه اذا لم يكن هناك مصلحة من اقامة الدعوى، كان باعثها العبث^(٤)، والعبث لا يشرع.

وشروط المصلحة، ان تكون مشروعة، والمصلحة المشروعة، هي : كل مصلحة لم يتناولها نص شرعي بالالغاء، عملاً بالمصلحة المرسلّة.

فلا يشترط ان تكون مصلحة منصوباً عليها، بل يكفي بعدم وجود نص يلغيها، ومن هنا، فيمكن ان تقام دعاوي تستند الى المصالح المرسلّة مثل الدعوى التي يرفعها المؤلف ضد الناشر، يطالبه بالامتناع عن طبع نسخ أخرى الآ بأذنه،

(١) الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني ، ص ٤١ .

(٢) المذكرة الايضاحية ١٨/١ .

(٣) المرجع السابق ١٨/١ .

(٤) يسمي الحنفية الدعوى التي لا مصلحة فيها للمدعي، الدعوى العبثية، ونظرية الدعوى د. محمد نعيم ياسين، ص ٣٠٤ .

فهذه مصلحة مرسله اذ لم يرد عن الشارع دليل يعتبرها بعينها أو يلغيها بعينها. فكانت لذلك مرسله، وهي مشروعة تسوّغ رفع الدعوى بشأن تحصيلها.

فاذا لم تكن المصلحة مشروعة - بالمعنى المشروع - كالدعوى الكيدية فإنّ هذه الدعوة لا تسمع، وهي غير معتبرة وملغاة، بل قد يعاقب المدعي.

هذا وإن بعض المصالح التي كانت محمية من الشارع في الأصل، قد يتخلى عن حمايتها اذا أدت الحماية وما يترتب عليها من حقوق الى مفسدة أعظم منها^(١).

فاذا كانت المصلحة تافهة، وقد مثل لها الفقهاء بحبة قمح، فلا تقام الدعوى بهذه المصلحة التافهة، لأن في تعطيل مصالح الناس ومرفق القضاء، لهذه المصلحة التافهة، ضرراً أكبر من المنفعة التافهة المرتجاة، فيراعى المبدأ العام «يُتحمل الضرر الخاص في سبيل رفع الضرر العام»^(٢).

أقول : وإذا كان الفقهاء قد رفضوا النظر في الدعوى التي تكون المصلحة فيها مشروعة ولكنها تافهة، فإنّ هذا يلزم منه رفض النظر في الدعوى التي تصدر عن باعث غير مشروع من أساسه كالدعوى الكيدية.

وأيضاً تردّ الدفع، التي لا غرض منها إلا المماطلة في الدعوى وتأخير الحكم^(٣) وهو باعث غير مشروع.

هذا ويمكن أن يقال - بوجه عام - أنه اذا ثبت أمام القضاء، أن لا غرض للمدعي إلا الأضرار بالخصم، فللخصم ان يطالبه بالتعويض عن كل ضرر مسّه جراء تعطيل مصالحه، ودفعه لساحة المحكمة^(٤) دون سبب جدّى إلا الانتقام والاضرار.

هذا وقد وضع الفقهاء معايير وقرائن تكشف عن الغرض والباعث على

(١) نظرية الدعوى : محمد نعيم ياسين، ص ٣٠٥.

(٢) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء، ص ١٤٣.

(٣) النظرية العامة في الدعوى في المرافعات والأصول المدنية، ص ٤٩، د. صلاح الدين الناهي.

(٤) النظرية العامة في الدعوى في المرافعات والأصول المدنية، ص ٤٩، د. صلاح الدين الناهي.

الدعوى، فقالوا : « ان من شروط صحة الدعوى : ان لا تكون مستحيلة عادة »^(١) .
لأنه اذا كانت مستحيلة عادة فان الغالب أنها دعوى كيدية ، لا هدف من ورائها الا التشهير .

ومن أمثلة الدعوى المستحيلة عادة : ^(٢) لو ادعى فقير على آخر بأموال عظيمة قائلاً أنه أقرضها له مرة ، وكان ذلك المدعى معروفاً بالفقر وأنه يأخذ من الأغنياء صدقة وزكاة ، ولم يرث غنياً ولم تصل الى يده أموال بوجه آخر فلا تسمع دعواه .

هذا وقد قسم ابن تيمية^(٣) الدعاوي الى قسمين : دعوى التهمة ، ودعوى غير التهمة ، اما دعوى التهمة ، فهي التي يكون المدعى به فعلاً يحرم على المطلوب ويوجب عقوبته كالقتل والزنى ، وقطع الطريق والسرقة ، والقذف ، وما شابه .
وأما دعوى غير التهمة فهي التي لا يكون فيها سبب فعل محرم مثل دين ثابت في الذمة من ثمن بيع ، أو دعوى عقد من بيع أو قرض .

أما دعوى التهمة ، فينظر الى حال المدعى عليه ، فان كان لا يعرف بهذه الأعمال ، بل كان حسن السيرة والسلوك ، فلا تجوز عقوبته اتفاقاً ، واختلفوا في عقوبة المتهم له ، - ذلك لأنها دعوى كيدية في الغالب - ، على وجهين :
الوجه الأول : « لا أدب على المدعى الا أن يقصد أذية المدعى عليه وشمته فيؤدب »^(٤) .

الوجه الثاني : أنه يؤدب ، صيانة للبراء من تسلط أهل الشر عليهم^(٥) ،
ونلاحظ أن هذا الوجه اعتبر المظنة واقامها مقام المثنة ، فلم ينظر للمآلات

(١) شرح مجلة الأحكام الأحكام لعلي حيدر ، م ١٦٢٩ .

أدب القضاء لابن أبي الدم ١٨٨ - تحقيق الزحيلي .

(٢) شرح مجلة الأحكام الأحكام لعلي حيدر ، م ، ١٦٢٩ .

(٣) الفتاوى الكبرى ، ٣٥ / ٣٩٥ .

(٤) تبصرة الحكام لابن فرحون ١٥٦ .

(٥) تبصرة الحكام لابن فرحون ١٥٦ .

منفردة، قصد أم لم يقصد بل نظر الى المجموع، وان الغالب ان يقصد بها التشهير.

وهل يحلف المدعي عليه في هذه الصورة^(١)؟ في المسألة تفصيل:
فان كان المدعي به حقاً لله لم يحلف، وان كان حقاً لأدمي فعن مالك قولان مبنيان على جواز سماع هذه الدعوى، والصحيح أنها لا تسمع، ولا يحلف المدعي عليه لثلاثا يتطرق الاراذل الى أذية أهل الفضل بانزالهم الى ساحة المحكمة والاستهانة بهم.

وهكذا نجد أن الامام مالكا، قد لاحظ أنه وان كان الأصل أن إقامة الدعوى حق لكل مواطن، لكن هذا الحق لم يشرع ليستخدم للاضرار بالآخرين ظلماً وبغياً، فكان لا بد من تقييد هذا الحق، ومعاملة الأشرار بنقيض قصدهم حتى لا يستخدم الحق الآ فيما أراده شارعهم، وغياهم به.

أما دعوى غير التهمة، مثالها : دعوى الدين الثابت في الذمة من ثمن بيع . . . الخ فيرى ابن تيمية انه اذا أقام المدعي فيه حجة سمعت، وآلاً فالقول قول المدعي عليه مع يمينه.

الآ أن الامام مالكا^(٢) توسع في تحري الباعث حتى في دعوى غير التهمة فقال : اذا أقام المدعي الدعوى على شخص ليس بينه وبين المدعي عليه خلطة ولم يثبت امكان هذه العلاقة ، فلا يطلب من المدعي عليه حلف اليمين عند الانكار. لأن انتفاء الخلطة بينهما، وعدم جريان العرف في قيامها بين المدعي والمدعي عليه، لتفاوت شاسع في المنزلة الاجتماعية يعتبر قرينة على فساد القصد وانتفاء مشروعيته.

(١) تبصرة الحكام لأبن فرحون ١٥٦، الطرق الحكمية، ١٠١.

(٢) الكافي لأبن عبد البر، ٤٧٨.

تطبيقات على الباعث في التبرعات

(الهدية)^(١)

كلامنا في هذا الموضوع على الهدايا للأمرء والقضاة وأمثالهم من ذوي السلطة .

الأصل أن الهدايا للأمرء والقضاة ان تكون ممنوعة، لأنّ الغالب فيها ان تكون مقابل مصلحة يريدّها من القاضي أو الأمير أو المسؤول، وقبول الهدية يثير الشكوك حول نزاهته وعدالته .

الآ أنه يستثنى من هذا الأصل، من كانت عادته الهدية لصديقة ثم أصبح قاضياً، أو صاحب سلطة، فإنّ للقاضي أن يقبل منه الهدية ويردّ ما زاد عن ما كان يهدى اليه من قبل .

ويلاحظ من هذا التفصيل والتفريق بين ما كان يهدى اليه من قبل وبين ما زاد عنه انه التفات الى أنّ هذه الزيادة في هذا الظرف، تكون مقابل المنصب وليس للصدقة القديمة فلا تشرع .

الآ أنه قد يكون مهديه صاحب زرع مثلاً، فيهدية من نتاج أرضه، وقد زاد هذا النتاج فرغب في الزيادة فعندها لا بأس بالزيادة .

هذا ولا يجوز بحال ان يقبل صاحب سلطة الهدية من صديقه اذا كان له أمام القاضي خصومة أو مصلحة لأنها في هذه الحال مظنة المحاباة .

وما قيل في قبول الهدية يقال في قبول الدعوى والوائم وما شابهها .

(١) تحقيق القضية في الفرق بين الرشوة والهدية - عبد الغني النابلسي، ١٧٧ .

تطبيقات على الباعث

في المرافعات عند القانونيين

يشترط لسماع الدعوى من قبل القضاء، أن يكون في اقامة الدعوى مصلحة، حتى ذهب بعض الشراح الى أن المصلحة هي الشرط الوحيد فقالوا: ومن العبارات الشعارية «حيث لا مصلحة فلا دعوى»^(١)

ولا شك أن انتفاء المصلحة من وراء اقامة الدعوى، قرينة على أن الدعوى عبثية أو كيدية، وهذا باعث لا يشرع، فكان اشتراط المصلحة ملحوظا فيه شرعية الباعث على اقامة الدعوى.

على أن المصلحة المعتبرة شرعا، لا بد أن يتوافر فيها شروط، منها: أن تكون المصلحة قانونية^(٢)، أو «مصلحة يقرها القانون» على حدّ تعبير القانون المصري^(٣).

واتفق الشراح على أن معنى هذا الشرط، أن تستند المصلحة الى حق او مركز قانوني ولكن اختلفوا فيما يخرج بهذا القيد، فذهب فريق من الفقهاء^(٤) الى القول بأن المراد باقرار القانون للمصلحة، استبعاد المصالح التي يحرمها القانون ومنها المصالح التي نصّ على عدم مشروعيتها في القانون وهي:

١ - اذا لم يقصد باستعمال الحق - وهو هنا حق رفع الدعوى - سوى الاضرار بالغير.

(١) النظرية العامة في الدعوى والمرافعات والأصول المدنية - ١١٨ صلاح الناهي .

أصول المرافعات الشرعية ومسائل الاحوال الشخصية - ١٤٣ - أنور العمروسي .

(٢) نظرية الدعوى بين الشريعة، قانون المرافعات المدنية ٣٣٣ د. محمد نعيم ياسين .

(٣) م^٤ من القانون القديم ١٩٤٩ - م^٤، من القانون رقم ١٣، سنة ١٩٦٨ .

(٤) قواعد المرافعات ٥٧٣ - للعشماوى - نظرية الدعوى ٣٣٤ - د. محمد نعيم ياسين .

٢ - اذا كانت المصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر.

٣ - اذا كانت المصلحة غير مشروعة.

نلاحظ ان هذه المعايير للكشف عن المصلحة غير القانونية تستند الى الباعث بشكل واضح، فقصده الاضرار باعث غير مشروع، والمصلحة التافهة. وان كانت معيارا موضوعيا فانها قرينة على عدم مشروعية الباعث.

وعليه فان استعمال حق ممارسة الدعوى لا لغرض سوى الاضرار يعتبر تعسفا في استعمال الحق لانتفاء المصلحة المشروعة، فلا تسمع الدعوى من قبل القضاء، لانتفاء شرط سماعها وهو المصلحة القانونية المشروعة^(١).

وكذلك الحال بالنسبة للدفع التي لا غرض منها سوى المماطلة وتأخير الدعوى كما أصبح بالامكان، المطالبة بالتعويض، لأن الدعوى كيدية، ألا أن الفقهاء الوضعيين قد لاحظوا ما يمكن أن يترتب على التوسع في هذا المبدأ من أحجام الناس عن رفع الدعاوى، فحصرُوا المطالبة بالتعويض في الدعاوى الكيدية وطرق التنفيذ في حالة الاسراف في طلب الحجر الاحتياطي وشموله معظم أموال المدين، واعتماده مع علم الحاجز بأن بعض هذه الاموال يتكفل بحقه.

ونلاحظ هنا ان هذه الاجراءات من الحجز على مال المدين مع أن بعضه يسد الدين، قرينة على قصد الاضرار.

هذا ويرى الفقيه سولس^(٢): أن المصلحة التي تسوّغ الطلب القضائي ينبغي تقديرها بالنظر للنتائج المحتملة والفوائد المنشودة من الطلب مع افتراض كون الطلب قائما على أساس من القانون..

وهكذا نلاحظ ان الفقيه سولس، قيّد اقامة الدعوى بشرعية المآل أو النتائج، وبشرعية الباعث (الفوائد المنشودة) الذي حمل على اقامة الدعوى في آن معا، فتخرج المصلحة التافهة والدعاوى الكيدية.

(١) النظرية العامة في الدعوى للناهي ٤٩.

(٢) المصدر السابق ١٢٢ على سولس.

المصلحة التافهة باعثا لرفع الدعوى

موقف القضاء الفرنسي :

تردد القضاء الفرنسي في الحكم في حالة المصلحة التافهة، وهل يصح سماع الدعوى بها؟

والظاهر ان الجواب يتوقف على أهمية الحق نفسه، ونوعه، فحق الملكية يعد كل تجاوز عليه في نظر القضاء - مهما كان تافها - عملا يستحق ايقاع المؤيدات المناسبة لحفظ هذا الحق.

موقف الفقه الفرنسي :

غير أن موقف الفقه الفرنسي من المصلحة التافهة يتلخص في أنه اذا دلت هذه التفاهة على شرارة الطلب، وتوفر قصد الاساءة لديه، كان التقدّم بطلب قائم على مثل هذه المصلحة تعسفا وأمكن منطقيا رد الدعوى لعدم المصلحة^(١)، ولا ريب ان هذا اكثر منطقية من رأى القضاء الفرنسي مع مقتضى نظرية التعسف.

وذهب كثير من الفقهاء الى أن المصلحة التافهة لا تصلح أساسا للدعوى^(٢)، ذلك أن المطالبة بالمصلحة التافهة وان لم يكن بذاتها تعسفا، إلا أن مبدأ النظر بين مفسدة شغل هذا المرفق المهم - وهو القضاء - عن مصالح الناس الجدّية بهذه المصلحة التافهة الشاغلة، يلزم منه عدم سماعها^(٣) كما أشار الى ذلك الفقيه سولس، بضرورة الموازنة ومراعاة النتائج والفوائد المنشودة.

(١) النظرية العامة في الدعوى للناهي ١١٨ - سولس ١٩٩/١.

(٢) نظرية الدعوى ٣٣٤ - د. محمد نعيم ياسين.

(٣) النظرية العامة للناهي ١١٨.

مقارنة بين الشريعة والقانون في إعتبار الباعث في قانون المرافعات

نلاحظ مما سبق أنّ اشتراط «المصلحة» شرط متفق عليه عند الفقهاء في الشريعة والقانون، فإذا عرت الدعوى عن المصلحة كانت دعوى عبثية لا فائدة ترتجى منها، فلا تشرع، وبالتالي لا يصح شغل القضاء بسماعها، اذ هو تصرف عقيم لا ينتج عنه فائدة.

وكذا ان لم يكن للمدعي غرض سوى الاضرار بالمدعي عليه، فلا تسمع دعواه حتى لا يمكن من تحقيق الباعث غير المشروع.

ففي الفقه المالكي: لا تسمع الدعوى على من لا خلطة بينه وبين المدعي فعدم الخلطة وعدم احتمالها أيضا، قرينة على أن الباعث من وراء رفع الدعوى هو مجرد اضاءة وقت المدعي عليه، أو الاستهانة بأهل الفضل، وذلك بانزالهم الى ساحة القضاء ايلاما وامتهانا، وهذا باعث غير مشروع وتعسف في استخدام حق رفع الدعوى، فلا يُشرع^(١).

كما لاحظنا ان الفقه الحنفي قد ردّ طلب المدعي عليه تحليف المدعي، اذا كانت بينته حاضرة، لان هذه اليمين لا فائدة منها، فكانت لمجرد الاطالة والمماطلة فلا يُشرع^(٢).

أما بالنسبة لسماع الدعوى بالمصلحة التافهة، فالفقهاء المسلمون بشكل عام، لا يسوّغون سماع الدعوى لهذه المصلحة^(٣).

أمّا الجنبلة^(٤) فلهم تفصيل: فان جاء المدعي عليه الى ساحة القضاء جاز سماع الدعوى وان كانت المصلحة تافهة، اذ انّ المانع من سماعها - في رأى

(١) تبصرة الحكم لابن فرحون ١٥٦.

(٢) التعسف في استعمال الحق، د. فتحي الدريني.

(٣) نظرية الدعوى، د. محمد نعيم ياسين، ص ٣٠٥.

الامام أحمد - هو تعطيل مصالح الناس ، وقد زال بحضور المدعى عليه الى ساحة القضاء .

وموقف أهل القانون موافق لموقف الشريعة بشكل عام فلا يسوِّغون سماع الدعوى بالمصلحة التافهة إلا أنهم يشترطون ان تدل التفاهة على شرارة الطلب ، وتوفر قصد الاساءة لدى المدعي ، وكان ملحظ فقهائنا حفظ وقت القضاء مما استدعى رد الدعوى ، ولو كانت البواعث حسنة ، فالقضية محكومة بالمآل والباعث في آن معا ، وهذا ما حاول أن يتوصل اليه الفقيه سولس كما بينا .

تطبيقات على الباعث

تقييد صحة القرار الإداري بشرعية الباعث عليه

ان أي شخص يستلم منصبا إداريا كمدير مؤسسة، أو رئيس قسم مثلا يعطى صلاحيات، تفويض في اتخاذ بعض القرارات، وهذا القرار الذي يصدره مستخدما هذه الصلاحيات الإدارية لا بد أن يتوفر فيه شروط حتى يكون قرارا صحيحا معتبرا شرعا، منها:

أن يكون قراره واختياره هو الأحسن والأفضل، فلا يجوز له أن يختار المفضل مع وجود الأفضل، لما في ذلك من مناقضة للغاية التي عُيِّن لأجلها المسؤول في هذا المنصب.

فانه لم يُعَيَّن إلا لتحقيق مصلحة الأمة، والمجموع - ولا ريب - أن اختيار المفضل مع وجود الأفضل ليس بمصلحة للأمة، بل هو خيانة للأمانة، والمسؤولية أمانة.

وفي هذا يقرر ابن تيمية ان تصرفات المسؤولين والحكام لا بد أن تصدر عن بواعث مشروعة تنغيا للمصلحة، اذ يقول:

«مدار السياسة الشرعية على آيتين: «ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها واذا حكمتكم بين الناس ان تحكموا بالعدل»^(١)، وقوله تعالى: «أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم»^(٢)، فطلب من الحكام ان يديروا الحكم بأمانة، يتغون المصلحة ولا يصدرون عن هوى، ومصالح شخصية، ثم طلب من الرعية ان تطيع مثل هؤلاء الحكام»^(٣).

واذا نهى الله عن قربان مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن فقال: «ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن» مع أن الضرر خاص في فرد، فإن نهى الولاية

(١) النساء/ ٥٨

(٢) النساء/ ٥٩

(٣) الفتاوى الكبرى ٢٨ : ٢٤٧

والمسؤولين عن أن يفعلوا غير الأحسن والأفضل من باب أولى اذ الضرر فيه أعم^(١).

وقد بين رسول الله - ﷺ - جزاء من لم يقصد الى مصلحة من وليّ عليهم اذ يقول : «من ولي من أمور أمتي شيئاً، ولم يجتهد لهم، ولم ينصح، فالجنة عليه حرام»^(٢).

وعليه، فيكون الولاة معزولين عما ليس فيه بذل الجهد وعما لا يقصد فيه المصلحة العامة. فلا يجوز للقضاة مثلاً ان يتصرفوا تصرفاً لا مصلحة فيه ولا مضرة.

قال الشافعي : «لا يبيع الوصي صاعاً بصاع، لأنه لا فائدة في ذلك». ويعلق القرافي على قول الشافعي فيقول : «ولا يفعل الخليفة ذلك في أموال المسلمين، ويجب عليه عزل الحاكم، اذ ارتاب فيه رفعا لمفسدة الريبة عن المسلمين».

ومن هنا، فليس للحاكم أيضاً ان يعزل موظفاً بلا سبب بيديه لأنه اذا فعل، ولم يكن له سبب، كان باعته غير مشروع، فلا يشرع هذا التصرف لفساد الباعث عليه.

وهذا ما قرره السيوطي وغيره من فقهاء المسلمين، اذ يقول : «ان من القواعد الكلية أن تصرف الامام على الرعية منوط بالمصلحة»^(٣). فلا يجوز لولي الأمر أن يسقط بعض الجند من الديوان لغير سبب.

ويقول ايضا : «واذا تخير في الأسرى بين القتل والمنّ وأفداء، لم يكن له ذلك بالتشهي، - لاحظ البواعث وأثرها في تقييد القرار - بل بأن يرى المصلحة في هذا أو ذاك. حتى اذا لم يظهر له وجه المصلحة يحبسهم الى أن يظهر».

(١) الفروق للقرافي ٤ : ٣٩.

(٢) الفروق للقرافي، ٤ : ٣٩.

(٣) الاشباه والنظائر ١/١٢١. للسيوطي.

«وإذا قسم الزكاة يحرم عليه التفضيل مع تساوي الحاجات» .

«وإذا خيّر بين القصاص أو الدية، فعل المصلحة منهما» .

ويؤكد ابن عابدين^(١) انه لا يصح تصرف المسؤول اذا تعسّف في استعمال حقه، ولم يكن له سبب معقول، لأن في هذه الحالة يصدر عن بواعث غير مشروعة، اذ يقول «وإذا ولي السلطان مدرسا ليس بأهل، لم تصحّ توليته، لان فعله مقيد بالمصلحة خصوصا .

وإذا أعطى السلطان غير المستحق فقد ظلم مرتين :

مرة بمنع المستحق، ومرة باعطاء غير المستحق، أقول : وثالثة اذ أنه بتوليته الأضعف حرم الأمة من الانتفاع بالقوى الأمين» . ويقول ابن عابدين أيضا : «لا يصح عزل صاحب وظيفة بغير جنحة» .

هذا وقد نص ابن تيمية^(٢) على عدم صحة تصرفات المسؤولين التي تصدر عن بواعث غير مشروعة، اذ يقول : «كما لا يجوز للمسؤول ان يعيّن بالقرابة والمرافقة . . فهذا كله خيانة للأمانة، فان عدل عن الأحق والأصلح الى غيره لأجل قرابة بينهما أو صداقة أو مذهب أو طريقة أو جنس أو لرشوة، أو غير ذلك من الاسباب، أو لضغن في قلبه على الأحق أو عداوة، فقد خان الله ورسوله، ودخل فيما نهى عنه في قوله تعالى : «ولا تخونوا الله ورسوله، وتخونوا أماناتكم وأنتم تعلمون» .

وهذا النص من ابن تيمية، «نص» في بطلان البواعث غير المشروعة.

هذا ويذهب بعض الباحثين^(٣) في استدلالهم على عدم صحة عزل الموظف «ببواعث» وأحقاد من المسؤول عنه، يستدلون بالتكليف والتوصيف الفقهي للعلاقة بين الموظف والمسؤول، فقد قرر الفقهاء ان العلاقة بين الموظف

(١) حاشية ابن عابدين : ٣ : ٣٨٦ .

(٢) الفتاوى الكبرى ٢٨ : ٢٤٨ .

(٣) نظام الادارة في الاسلام : القطب طبلية ١٦٢ .

والمسؤول هي عقد وكالة، ألا أنه وكيل لمصلحة الأمة، وليس لمصلحة المسؤول، وعليه، فلا يجوز عزله إلا إذا كان في ذلك مصلحة للأمة.

أقول. وليس هذا فحسب بل، من واجبات الدولة ان تهىء الوظيفة لكل مواطن، فالوظيفة حق لكل مواطن، ومن هنا فلا يصح حرمانه من هذا الحق بلا سبب مشروع، ومن هنا، فلا ينفذ شرعا قرار العزل إلا اذا كان مُحققا، ومتوخيا للمصلحة والعدل، وليس لتحقيق مآرب شخصية.

هذا وقد عرف الفقه الاسلامي ما يسمى بالتحقيق الشامل قبل عزل الموظف، وفي هذا التحقيق توخ للحقيقة، وصدور عن بواعث تنغيا للمصلحة، فقد جاء في كتاب تاريخ قضاة قرطبة: (١)

قال الخشني: «كان بين يحيى بن معمر ويحيى بن يحيى عدواة، فسعى يحيى بن يحيى في عزل يحيى بن معمر عند الأمير عبد الرحمن، وأقام عليه البيّنات من أهل العلم، والعدول فشهدوا على يحيى بن معمر بأحوال قبيحة نسبت اليه فرفع يحيى بن معمر عدواة يحيى، وأنه هو ضَمّ الفقهاء والعدول الى الشهادة فطاعوا له بها، فأخرج الأمير عبد الرحمن عهدا الى الوزراء يأمرهم أن يرسلوا في وجوه التجار فيسألوهم عن يحيى بن معمر فأرسل الوزراء في غير واحد، فكان قول التجار من شاكلة الشهادات المتقدّمة، فعزلة الامير عبد الرحمن».

نستنتج مما سبق، أن تصرفات الوالي، والمسؤول الاداري لا بدّ ان تكون متوخية ومحققة للمصلحة، فاذا اتخذ المسؤول قرارا ما، جاز لنا ان نسأله عن سبب اتخاذه لهذا القرار، وأين وجه المصلحة فيه، حتى نتأكد من سلامته من العيوب ومن صحة البواعث عليه.

وقد قرر مبدأ المساءلة هذا، الخليفة أبو بكر - رضي الله عنه - اذ طلب من الولاة أن يرفعوا اليه حسابهم، ليتبيّن له مدى صحة قراراتهم، فقد طلب رضي الله عنه من معاذ ان يرفع حسابه، فقال معاذ: أحسابان، حساب الله، وحساب منكم،

(١) كتاب نظام الحكم (والسلطة القضائية) ، لطايف القاسمي ١٧٤، نقلا عن كتاب تاريخ قضاة قرطبة

لا والله لا ألي لكم عملاً أبداً»^(١).

وجاء في فتوح البلدان^(٢)، أن عمر - رضي الله عنه - قاسم اثني عشر عاملاً أموالهم، دفعة واحدة، لثبوت اثرائهم غير المشروع.

هذا ومن الشروط التي ينبغي أن تتوفر في القرار الإداري الصحيح «انتفاء التهمة» لأنه إذا كان متهماً كان هذا مظنةً باعته غير المشروع. وفي هذا يقول صاحب تهذيب الفروق :

«قد يتخذ المسؤول قراراً يصادف فيه الحجة والدليل والسبب، غير أنه متهم فيه، كقضائه لنفسه فإنه يفسخ»^(٣).

وقد وضع الفقهاء قاعدة أن كل من لا تجوز شهادته له لا يجوز قضاؤه له لأن القضاء فوق الشهادة^(٤).

وتطبيقاً على شرط انتفاء التهمة يقول صاحب تهذيب الفروق :

«إذا كان في المسألة حق للقاضي، وحق لله كالسرقة من مال القاضي، فقال محمد : يقطعه وقال ابن عبد الحكم : يرفعه لمن فوقه. أما ماله فلا يحكم له»^(٥).

نفهم من هذا «النص» أن الحق الشخصي لا يجوز للقاضي أن يقضي فيه لنفسه لأنه متهم بالمحاباة.

أما الحق العام ففيه خلاف، إذ قد تؤثر هذه العداوة، ولهذا افتى ابن عبد الحكم برفع الأمر لمن فوقه حتى يبقى المسؤول طاهر الثوب، فوق مستوى الشبهات، والقليل والقال.

هذا وإن عمر - رضي الله عنه - قال في خطبة له :

«ألا واني والله ما أرسل عمالي ليضربوا أبشاركم ولا ليأخذوا أموالكم،

(١) ندوة النظم الإسلامية - الرقابة الذاتية - محمد طاهر عبد الوهاب، ٢٤٥.

(٢) نظام الحكم، لطاهر القاسمي ٥٢٨ - عن فتوح البلدان.

(٣) تهذيب الفروق بهامش الفروق ٤ : ٨٣ - ٨٤.

(٤) تهذيب الفروق ٨٤.

(٥) تهذيب الفروق ٨٤.

ولكن أرسلهم اليكم ليعلموكم دينكم وستنكم - لاحظ تقييد الصلاحيات ، بالغاية من الوظيفة - فمن فعل سوى ذلك فليدفعه الي فوالذي نفسي بيده لأقصنه»^(١).

وهكذا نرى أن الخلفاء - رضي الله عنهم - قد قرروا مبدأ تحريك الرقابة الادارية، اذ طلبوا من الناس ان يرفعوا دعوى على الظالم.

كما باشر الخلفاء الرقابة بأنفسهم، فتوفر تحريك الرقابة ومباشرة الرقابة.

هذا وقد تخصص ديوان المظالم في النظر في ظلمات الولاية^(٢).

هذا وقد جاء في القرار ٨٣/٦٤، ص ٢١، عدد ١ سنة ١٣ لمحكمة العدل

العليا:

١ - «ان عيب اساءة استعمال السلطة يخوّل المحكمة أن تمتد رقابتها الى البواعث والدوافع التي حملت الادارة على اصدار قرارها بصرف النظر عن كون القرار قد صدر عن شخص مختص، واستوفى الاجراءات الشكلية، وأنه مطابق للقانون».

- اذ لا عبرة بالشكل مع فساد الباعث - .

٢ - على رجل الادارة ان يستهدف في أي قرار يصدره، تحقيق الهدف الذي خصصه القانون لممارسة السلطة التقديرية فاذا لم يهدف الى تحقيق ذلك الهدف، كان القرار مشوباً بعيب اساءة استعمال السلطة»^(٣).

واستنادا الى ما سبق، فقد ألغى القضاء الأردني، عدة قرارات ادارية، لأن باعثها لا يمت الى الصالح العام بصلة، أو لأن الباعث ليس هو الهدف الخاص الذي توخاه المشرع^(٤).

ومن الأمثلة على النوع الأول، «قرار محكمة العدل العليا»^(٥) . . ان

(١) ندوة النظم الاسلامية ٢٤٥ .

(٢) الاحكام السلطانية للماوردي ١٠٠ - ١٠٢ .

(٣) مبادئ القضاء الاداري في الأردن - ٢٢٧، عمر الشوبكي .

(٤) القضاء الاداري في الأردن ٤٥٠ - حنانة .

(٥) القضاء الاداري في الأردن من ٤٥٠ - حنانة .

القرار المطعون به^(١) بحالة المستدعي على التقاعد، لا يتفق مع الهدف الذي أراده واضع القانون مع منح مجلس الوزراء سلطة احالة الموظفين على التقاعد، لأن هذا القرار ما كان ليصدر لو رضى المستدعي الى طلب مجلس الوزراء، وسحب دعوى طعنه بقرار نقله، ونفذ قرار نقله، وبذلك يكون الهدف من اصدار القرار المطعون به^(٢) غير متفق مع الهدف الذي أراده واضع القانون، من منح المستدعي ضده، سلطة احالة الموظفين على التقاعد وفق المادة ١٥ من قانون التقاعد المدني، ويكون القرار المطعون فيه مشوباً بعيب اساءة استعمال السلطة^(٣).

(١) الاصح «فيه»

(٢) الاصح «فيه»

(٣) القضاء الاداري في الأردن ، ص ٤٥٠ - حنانة.

أثر الباعث في القرارات الادارية في القانون

اعتبر القانون الوضعي للباعث أثراً هاماً في القرارات الادارية حتى أنّ الانحراف بالبواعث على هدف المشرع يعتبر أمراً معيباً للقرار الاداري ومسوّغاً لألغائه لكونه اساءة لاستعمال السلطة. (١).

ففي القانون الأردني مثلاً جاء في نص البند (و) من الفقرة الثالثة للمادة العاشرة من قانون تشكيل المحاكم النظامية في الأردن : «ان عيب اساءة استعمال السلطة سبب من أسباب الطعن في القرار الاداري،» (٢) والمراد باساءة استعمال السلطة :

١ - أن تكون البواعث التي تكمن من وراء القرار الاداري ، لا تمت للصالح العام بصلة .

٢ - أو تكون ماسة للصالح العام ، ولكن لم يجعل القانون هذا الفعل بالذات وسيلة لهذه المصلحة وهذا النوع الثاني ، يسمى الانحراف في استعمال السلطة في مقابل النوع الأول اساءة استعمال السلطة . (٣) والفرق بين النوعين :

أن اساءة استعمال السلطة : يكون الهدف فيها لا يمت للصالح العام بصلة كأن يكون الباعث لدى مصدر القرار الانتقام الشخصي أو مزاجية منه ، أما الانحراف في استعمال السلطة فهو انحراف في تحقيق الأهداف المخصصة يريد الصالح العام ولكن لم يجعل المشرع هذه الطريقة وسيلة لتحقيق تلك المصلحة كأن يكون هدف أمانة العاصمة عن عدم منح شخص رخصة البناء ان يقوم بدفع الضرائب المترتبة عليه ، ولكن القانون قد حدد طرق تحصيل الضرائب ولم يمنح

(١) التعسف في استخدام السلطة - الطحاوي

(٢) مبادئ القضاء الاداري في الأردن ٢٢١ - عمر الشوبكي .

(٣) نلاحظ أنّ الانحراف في استعمال السلطة هو قسم من اساءة استعمال السلطة لكنهم عند التفصيل جعلوه قسماً لنوع منه أطلقوا عليه نفس الاسم ، فكانه عند الاطلاق يشمل النوعين .

الامانة هذه الصلاحية لهذه الغاية وانما للتأكد من أن البناء يسير وفق قواعد التنظيم وأسس البناء المعتمدة^(١).

فالباعث الكامن من وراء اصدار القرار - المشار إليه سابقاً - هو تحاشي تنفيذ قرار محكمة العدل العليا بوجوب اعادة الموظف الى وظيفته المنقول منها، وهو باعث لا يمت الى الصالح العام بصله، وقد كانت القرينة التي كشف عن الباعث لدى الجهة المستدعي ضدها هي طريقة اصدار القرار^(٢). فان اصدار قرار الاحالة على التقاعد بعد رفع المستدعي دعوى الغاء قرار النقل، قرينة واضحة أن الباعث من القرار المطعون فيه - الاحالة على التقاعد - هو التخلص من تنفيذ قرار محكمة العدل العليا بالغاء قرار النقل.

وهذا باعث مضاد لأهداف المشرع، لأن السلطة لم تمنح لتكون وسيلة للتهرب من رقابة القضاء، وهو باعث لا يمت للصالح العام بصله، كما ذكرنا.

هذا ومن العيوب التي تسوّغ الغاء القرار الاداري، استعمال السلطة بقصد تحقيق نفع شخصي، ولكن يجب ان يكون تحقيق النفع الشخصي هو الدافع الرئيسي لاصدار القرار، أما ان كان الدافع الرئيسي تحقيق مصلحة عامة، وتحقق له - في الوقت نفسه - مصلحة شخصية، فلا يعتبر القرار معيباً باساءة استعمال السلطة، وفي هذا يقول قرار محكمة العدل العليا^(٣): «لم يقدم وكيل المستدعين، ما يثبت أن الغرض من وضع المشروع المطعون فيه، هو تحقيق نفع شخصي لرئيس البلدية، أما مجرد كون الشارع المقرر تنظيمه يمر بحذاء أرض لرئيس البلدية، فإن ذلك لا يكفي للدلالة على أن تنظيم الشارع كان لغرض تحقيق مصلحة شخصية.

ومن التطبيقات على اساءة استعمال السلطة، التمييز بين الناس في الحقوق عند استوائهم في مقتضيات استيفاء الحقوق، فإن هذا التمييز قرينة على سوء

(١) القضاء الاداري في الأردن - حنانة، ص ٤٥٥.

(٢) القضاء الاداري في الأردن ٤٦٣ - حنانة.

(٣) قرار رقم ٦٦/١٠٢ عدد ٣ سنة ١٥، ص ٢٦٦ - ٢٦٩، القضاء الاداري في الأردن ٤٥٢ - حنانة.

استعمال السلطة، كما في منح قطعة ارض رخصة تجارية، وحجبها عن أرض بجانبها مساوية لهذا تماماً في اقتضاء الحق^(١).

أما الصورة الثانية لاساءة استعمال السلطة، هي الانحراف في تحقيق الأهداف (الانحراف في استعمال السلطة).

وقد مرّ تفسير المراد من هذا الاصطلاح،

وهدف المشرع من القانون قد يكون محددا صراحة بنص القانون أو مستخلصا ضمنا من طبيعة السلطة^(٢) المعطاة، فالصلاحية الممنوحة لوزير الصحة مثلاً، تتعلق عادة بالصحة العامة^(٣)

هذا ومن صور الانحراف في استعمال السلطة، استخدام وسائل لتحقيق القانون غير الوسائل التي أجاز القانون استعمالها، اذا كان القانون قد حدد الوسائل، فعلى سبيل المثال^(٤) : القانون قد منح سلطة تنظيم المدن صلاحية في منح أو رفض البناء، والغاية التي هدف اليها القانون من منح هذه الصلاحية هي : التحقق من أن البناء المزمع انشاؤه يتفق مع مشاريع التنظيم، فاذا رفضت السلطة منح الترخيص حتى يدفع طالب الرخصة ضرائب مستحقة عليه، فالقانون مشوب بعيب الانحراف في استعمال السلطة، ذلك ان القانون نصّ على طريقة تحصيل هذه الرسوم، ولم يمنح القانون سلطة الترخيص صلاحية منح الرخص من أجل استيفاء الضرائب، وانما للتحقق من ان البناء ينسجم مع مشاريع التنظيم.

يتبين أن هذا العيب ليس لأن الباعث لا يمت للمصلحة العامة بصلة بل فيه تحقيق للمصلحة العامة كما هو واضح، ولكن العيب هو أنه استخدم وسيلة أخرى، وكان الباعث على التصرف ليس موافقا للمقصد الخاص للمشرع.

(١) القضاء الاداري في الأردن، حنانة ٤٥٢، قرار محكمة العدل العليا عدد ١٠ سنة ٣، ص ٥٧٧.

(٢) القضاء الاداري في الأردن - ٤٥٥ - حنانة.

(٣) القضاء الاداري في الأردن ٤٥٨ - حنانة

(٤) المرجع السابق ٤٥٨

طبيعة الرقابة على السلطة التقديرية

ان الرقابة على السلطة التقديرية هي رقابة مشروعية وليست رقابة ملائمة^(١).

والمراد بالرقابة الملائمة : ان يبحث القاضي في ظروف اتخاذ القرار وهل كان اختيار هذا البديل دون ذاك هو المرئم أم لا فهي مرافقة على صحة اجتهاده .
أما رقابة المشروعية فان القاضي يبحث في استناد القرار الاداري الى مستند قانوني ونزاهة البواعث على اتخاذ القرارا وانسجامها مع هدف المشرع .

وأما ان الرقابة لا تخضع لها ملائمة القرارات فذلك أن المشرع مهما حاول لا يستطيع ان يتصور جميع ملابسات وظروف الوظيفة الادارية بحيث يضع لكل حالة حكمها ويقدم لكل مشكلة حلها ولذا كان من المتعين ان يترك للجهة الادارية المسؤولة - وهي تمارس وظيفتها - حرية وتفويضاً في تقدير ملائمة اعمالها للظروف والمسائل الواقعة^(٢).

ومن هنا فان رقابة القضاء الاداري لا ينسبط سلطانها على تقدير ملائمة الحكم ، ولكنها تبحث عن بواعث اتخاذ القرار وموافقتها لغرض المشرع .

وهذه الرقابة تتصل بمشروعية العمل اذ مشروعية الباعث شرط من شروط صحة العمل القانونية^(٣).

الآ ان رقابة القضاء تتناول ملائمة القرار للمشكلة في حالات خاصة استثنائية وقد حصرها القضاء الفرنسي في ثلاث حالات^(٤).

١ - القرارات المتعلقة بالحريات الشخصية ، باعتبار القضاء حام الحريات ، فانه يتدخل في ملائمة القرار أيضاً .

(١) القضاء الاداري في الأردن ٤٦٦ - القضاء الاداري ، محمود حافظ ٤٨ .

(٢) القضاء الاداري - ٤٨ - محمود حافظ .

(٣) المصدر السابق ، ص ٥٠ .

(٤) القضاء الاداري في الأردن - مدة ٤٦٧ .

٢ - ملائمة الجزاء التأديبي .

٣ - اختيار وقت التدخل .

فبالنسبة للنوع الأول، يعتبر اتخاذ المسؤول الاداري قرارا بتقييد حرية مواطن مع وجود بدائل اخرى، قرارا غير ملائم للظرف ويخضع لرقابة القضاء .

وبالنسبة للنوع الثاني : فان القانون منح الادارة سلطة تفويضية في تقدير العقوبة، دون تعقيب على ذلك من محكمة العدل العليا^(١).

ولكن ان غالت السلطة التأديبية في فرض العقوبة بحيث لا يكون هناك تناسب بين الذنب المقترف والعقوبة المفروضة، فقد ذهب رأي الى أنّ الغلو في التقدير هو ضرب من اساءة استعمال السلطة فالقضاء يتدخل في ملائمة القرار، واعتبر الغلو في اتخاذ القرار عيباً يسوّغ الغاءه .

وكذا الحال بالنسبة لوقت اتخاذ القرار، فاذا ارتكب موظف مخالفة فإنّ للادارة الحرية في اختيار الوقت المناسب للتدخل .

الآ أن مبدأ استقرار المعاملات المدنية يقضي بوجوب التدخل خلال وقت معقول، ولا يجوز للادارة بعد انقضاء وقت معقول ان تتدخل^(٢).

نظرية اعمال السيادة في القانون :-

هذا وان القانون قد حصّن عدة أنواع من القرارات رقابة القضاء أو من الطعن فيها. ويرى الفقهاء ان اعمال السيادة تعتبر بحق ثغرة خطيرة في بناء الشرعية، واستثناء حقيقياً على مبدأ الشرعية .

هذا وقد قسم قرار محكمة العدل العليا الأعمال التي تصدر عن الادارة الى قسمين :

(١) قرار رقم ٦٧/٥٧، عدد ١٠ سنة ١٥، ص ١٠٦٨ - حنانة ٤٧٧ .

(٢) القضاء الاداري في الأردن حنانة ٤٧٧ .

١ - أعمال إدارية .

٢ - أعمال سياسية .

أما الأعمال السياسية فلا تخضع لرقابة القضاء الإداري لأنها ليست من اختصاص المحكمة فالمسألة، مسألة اختصاصات، ولا مانع من توزيع الاختصاصات على المحاكم، المهم أن تخضع التصرفات للرقابة .

ولكن قد حصن المشرع الأردني بعض القرارات التي هي إدارية بحكم طبيعتها، وليست سياسية، وعليه فتعتبر من أعمال السيادة التي لا تخضع لرقابة القضاء .

وهذه الأعمال قد تصدر عن بواث غير موافقة لهدف المشرع إلا أنها لا معقبة عليها، ولهذا اعتبرها الفقهاء صغرة في بناء الشرعية .

الخاتمة والخلاصة

تناولت هذه الرسالة نظرية الباعث وأثرها في العقود والتصرفات، والباعث هو : ذلك الأمر النفسي المحرك للإرادة نحو هدف معين، وهو ركن النظرية. وهذا الباعث يكون مشروعاً، ويكون غير مشروع، فإن كان مشروعاً، بمطابقته لمراد الشارع وغايته من تشريع الحكم، يكون الفعل عندها مشروعاً ظاهراً وباطناً، أداء وقصداً.

وان لم يكن مشروعاً، وتناقضت بواعث المكلف مع غايات المشرع لا يكون التصرف مشروعاً، ويمنع صاحبه من تنفيذه صيانة لمقاصد المشرع عن الأهدار والافتئات.

هذا وقد نهضت بالنظرية أدلة كلية ومبادئ عامة كمبدأ النظر بالمآلات، ومبدأ السياسة الشرعية، ومبدأ المعاملة بالنقيض مما يعطي النظرية قوة وثباتاً بالاضافة الى استنادها الى منشأ الحق بل غاية التشريع كله وهو كما يقول العزبن عبد السلام : «جلب المصالح ودرء المفاسد».

وهذا لا يتحقق إلا بأن يكون مراد المكلف موافقاً لغايات التشريع لأنه إذا كانت احكام الشريعة منوطة بغاياتها، فاحكام المكلفين منوطة بنتائجها، والنتائج ثمرات جنيّة للبواعث.

هذا وقد بحثنا النظرية نظرياً وتطبيقاً، وقد لاحظنا ان في الفقه الاسلامي اتجاهين : اتجاه يتوسع في اعمال النظرية اعتبار الأدلة التي تكشف بواعث المكلفين، ويُمثل هذا الاتجاه ائمة المذهب الحنبلي كابن تيمية وتلميذه ابن القيم وغيرهم، والشاطبي من المالكية وغيره. على أن الاتجاه الآخر من الفقهاء، الذي لم يعتدّ بالقرائن أدلة تكشف عن الباعث، قد اتخذ اجراءً وقائياً آخر منع منه

صاحب القصد السيء من تحقيق قصده ورده عليه وذلك باجباره على اخراج المبيع مثلاً من ملكه ان قصد من وراء تصرفه اهدار مقاصد الشريعة .

فالخلاصة ان فقهاء المذاهب كافة متفقون على منع صاحب القصد المضاد لقصد المشرع من تحقيق قصده ، ومنهم من أبطل التصرف قبل وقوعه «لأن الضرر يدفع بقدر الامكان» .

ومنهم من صحح التصرف ولكن اذا رأى انه سيستعمله لأغراض غير مشروعة أجبره على اخراجه من ملكه .

رَفْعُ
عبد الرحمن النخعي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

قائمة المراجع

- ١ - الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني الجديد، دراسة موازنة بالقانون المدني السوري .
- بقلم وحيد رضا سوار، الناشر بلا، الطبعة بلا.
- ٢ - الإحكام في أصول الأحكام، سيف الدين أبو الحسن علي، ابن أبي علي محمد الأمدى . عدد المجلدات أربعة، الطبعة الأولى ١٣٨٨ هـ، الناشر: مؤسسة نور، ت+ليق: عبد الرزاق عفيفي .
- ٣ - أحكام القرآن، لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أربعة أجزاء، الطبعة الأولى ١٣٧٦ هـ-١٩٥٧ م، الناشر: شركة البابي الحبي .
- ٤ - أحكام القرآن، لحجة الاسلام أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، خمسة أجزاء، الطبعة بلا، الناشر دار المصحف، تحقيق محمد صادق قمحاوي .
- ٥ - أحكام القرآن، للأمام محمد بن ادريس الشافعي، جزأين، طبعة ١٩٧٥ م، الناشر دار الكتب العلمية، بيروت، مقدمة محمد زاهد الكوثري .
- ٦ - أدب القضاء وهو الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات، للقاضي: شهاب الدين أبي اسحق المعروف بابن أبي الدم الحموى، جزء واحد، الطبعة الثانية، ١٩٨٢ م، الناشر: دار الفكر، تحقيق: محمد مصطفى الزحيلي .
- ٧ - الأساس في التفسير، لسعيد حوى، أحد عشر جزء، الطبعة الأولى، سنة ١٩٨٥ م، الناشر: دار السلام للطباعة والنشر .
- ٨ - الأم، للأمام أبي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي، عدد المجلدات: سبعة، الطبعة بلا، الناشر: أبناء مولوى محمد بن غلام رسول .

٩ - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام المبجل أحمد بن حنبل،

المؤلف: علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي الحنبلي،
الناشر: بلا، تحقيق وتصحيح: محمد حامد الفقي .

١٠- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تأليف الامام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، سبعة مجلدات، الطبعة الأولى، سنة ١٩١٠م، الناشر: مطبعة الجمالية، مصر.

١١- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تأليف: العلامة زين العابدين بن نجيم الحنفي، ثمانية أجزاء، الناشر: دار المعرفة للطباعة والنشر، لبنان، الطبعة الثانية.

١٢- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تأليف: أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، الأجزاء: اثنان، الطبعة بلا، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى، مصر.

١٣- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة، المؤلف: أبو الوليد ابن رشد القرطبي، عدد الأجزاء: عشرون، طبعة سنة ١٩٨٤م، الناشر: دار الغرب الاسلامي تحقيق: أحمد الحيابي .

١٤- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، المؤلف: برهان الدين ابراهيم بن علي بن أبي القاسم ابن محمد بن فرحون المالكي المدني .

الأجزاء اثنان، الطبعة الأولى، ١٩٨٦م.

الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية، راجعه طه عبد الرؤوف سعد .

١٥- تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، وبهامشه حاشية الشلبي على الشرح،

المؤلف: فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي،

عدد الأجزاء: ستة، الناشر: دار المعرفة للطباعة والنشر، الطبعة الثانية.

- ١٦- تحقيق القضية في الفرق بين الرشوة والهدية، المؤلف: عبد الغني بن اسماعيل النابلس، مجلد واحد، الناشر: وزارة الأوقاف، الكويت، تحقيق: محمد عمر بيوند فائق، مراجعة: عبد الستار أبو غدة.
- ١٧- التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي، المؤلف، وحيد الدين سوار، الطبعة الأولى سنة ١٩٦٠م. الناشر: مكتبة النهضة المصرية.
- ١٨- التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي، المؤلف: الدكتور فتحي الدريني، جزء واحد، الطبعة الرابعة ١٩٨٨، مؤسسة الرسالة.
- ١٩- تحليل الأحكام، المؤلف: محمد مصطفى شلبي، جزء واحد، طبعة سنة ١٩٤٣، الناشر: مطبعة الأزهر.
- ٢٠- تفسير آيات الاحكام، المؤلف: محمد علي السائيس. عدد الأجزاء: أربعة، طبعة سنة ١٩٥٣، الناشر: دار القلم، بيروت.
- ٢١- تفسير ابن عطية «المقرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز»، المؤلف: أبو محمد عبد الحق بن عطية الأندلسي، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ، الناشر: مؤسسة دار العلوم.
- ٢٢- تفسير القاسمي «محاسن التأويل»، المؤلف: محمد جمال الدين القاسمي، سبعة عشر جزء، الطبعة الأولى ١٩٥٧م، الناشر: شركة البابي الحلبي، تصحيح وتخريج وتعليق: محمد فؤاد الباقي.
- ٢٣- تفسير القرآن الحكيم (المنار)، المؤلف: محمد رشيد رضا، الطبعة الرابعة ١٩٥٤م، الناشر: دار المنار، مصر.
- ٢٤- تفسير مجاهد، المؤلف: أبو الحجاج مجاهد بن جبر التابعي المكي المخزومي، جزء واحد، مطابع الدوحة الحديثة، تحقيق: عبد الرحمن بن طاهر بن محمد السورني.
- ٢٥- تفسير المراغي، المؤلف: أحمد مصطفى المراغي، ثلاثون جزء في خمسة عشر مجلدا، الطبعة الأولى ١٩٤٦م، الناشر: شركة البابي الحلبي.

٢٦- جامع البيان عن تأويل القرآن (تفسير الطبري)، المؤلف: أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، الطبعة بلا، الناشر: دار المعارف، بمصر، تحقيق: محمود شاكر، تخريج: أحمد شاكر.

٢٧- جامع العلوم والحكم شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، المؤلف: عبد الرحمن بن شهاب الدين بن أحمد بن رجب البغدادي، طبعة سنة ١٣٤٦هـ، الناشر: شركة البابي الحلبي.

٢٨- الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، طبعة سنة ١٩٦٧م، الناشر: دار الكاتب العربي للطباعة والنشر، القاهرة.

٢٩- الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، المؤلف، الدكتور فتحي الدريني، مجلد واحد، الطبعة الثالثة ١٩٨٤م، الناشر: مؤسسة الرسالة.

٣٠- خصائص التشريع الاسلامي في السياسة والحكم، المؤلف: الدكتور فتحي الدريني، مجلد واحد، الطبعة الأولى سنة ١٩٨٢م، الناشر: مؤسسة الرسالة.

٣١- درر الحكم شرح مجلة الأحكام، تأليف علي حيدر، تعريب فهمي الحسيني، طبعة ١٩٢٠م.

٣٢- ردّ المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، المؤلف: محمد أمين الشهير بابن عابدين، الطبعة بلا، الناشر بلا.

٣٣- الرسالة، للأمام محمد بن ادريس الشافعي، جزء واحد، الطبعة بلا، تحقيق وشرح: أحمد شاكر، الناشر بلا.

٣٤- روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، المؤلف: أبو الفضل شهاب الدين السيد محمد الألوسي البغدادي، الطبعة بلا، الناشر: ادارة الطباعة المنيرية.

٣٥- روضة الطالبين، المؤلف: الامام أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، الطبعة بلا، الناشر: المكتب الاسلامي للطباعة والنشر.

- ٣٦- الروضة الندية شرح الدرر البهية، المؤلف: صديق بن حسين بن علي بن الحسين القنوجي البخاري، جزأين، طبعة سنة ١٩٨٧م، الناشر: دار احياء التراث الاسلامي، قطر، راجعه: عبد الله بن ابراهيم الأنصاري .
- ٣٧- زاد المحتاج بشرح المنهاج، المؤلف: الشيخ عبد الله بن حسن الكوهجي، أربعة أجزاء، الطبعة الثانية ١٩٨٧م، الناشر: دار احياء التراث الاسلامي، قطر، راجعه: عبد الله بن ابراهيم الانصاري .
- ٣٨- سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، المؤلف: السيد الأمام محمد بن اسماعيل الكحلاني ثم الصنعاني، الاجزاء: أربعة، الطبعة الثانية ١٩٥٠م، الناشر: مصطفى البابي الحلبي .
- ٣٩- سنن ابن ماجة، المؤلف: الحافظ أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة، الاجزاء: جزأين، الطبعة بلا، الناشر: شركة البابي الحلبي .
- ٤٠- سنن أبي داود، المؤلف: الامام الحافظ أبو داود سليمان بن الأشعث السحستاني الأزدي، الاجزاء خمسة، الطبعة الأولى ١٩٦٩م، الناشر: دار الحديث للطباعة والنشر، بيروت، اعداد وتعليق: عزت الدعاس، وعادل السيد .
- ٤١- سنن الترمذي، المؤلف: أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، الاجزاء: خمسة، الطبعة الأولى، الناشر: شركة البابي الحلبي، تحقيق: أحمد شاكر، لأول جزأين .
- ٤٢- السياسة الشرعية أو نظام الدولة الاسلامية، المؤلف: عبد الوهاب خلاّف، طبعة سنة ١٣٥٠هـ، المطبعة السلفيّة .
- ٤٣- الشافعي، المؤلف: محمد أبو زهرة، جزء واحد، الطبعة الثانية، الناشر: دار الفكر العربي .
- ٤٤- شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، المؤلف: محمد زيد الأبياني، عدد الأجزاء ثلاثة، الطبعة بلا، الناشر: مكتبة النهضة .

٤٥- الشرح الصغير على أقرب المسالك الى مذهب الامام مالك وبهامشه حاشية الصاوي، المؤلف: أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الأجزاء: أربعة، الطبعة سنة ١٣٩٣هـ، الناشر: دار المعارف، اخراج: الدكتور مصطفى كمال وصفي .

٤٦- شرح فتح القدير مع التكملة، المؤلف: كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد المعروف بابن الهمام، الاجزاء: تسعة، الطبعة بلا، الناشر: مصطفى البابي الحلبي .

٤٧- شرح الكوكب المنير المسمى (بمختصر التحرير)، المؤلف: محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحي المعروف بابن النجار، المجلدات: أربعة، الطبعة الأولى ١٩٨٧م، الناشر: جامعة أم القرى، تحقيق: محمد الزحيلي، ونزيه حماد.

٤٨- صحيح مسلم، المؤلف: الامام أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، الاجزاء خمسة، الطبعة بلا، الناشر: دار احياء التراث العربي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي .

٤٩- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي (ابن قيم الجوزية) مجلد واحد، الطبعة بلا، الناشر: دار الكتب العلمية، تحقيق: محمد حامد الفقي .

٥٠- الفتاوى الكبرى (مجموع فتاوى شيخ الاسلام أحمد بن تيمية)، المؤلف: أحمد بن تيمية، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، بمساعدة ابنه، الطبعة بلا، عدد المجلدات: سبعة وثلاثين مع الفهارس، الناشر: مكتبة الفارق، الرباط، المغرب .

٥١- الفتاوى الكبرى (كتاب بطلان التحليل) المجلد الثالث، المؤلف: شيخ الاسلام تقي الدين ابن تيمية، عدد الاجزاء خمسة، الطبعة الأولى ١٩٨٧م.

٥٢- فتح الباري بشرح صحيح الامام البخارى، المؤلف: الامام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، الطبعة بلا، الاجزاء: ثلاثة عشر، الناشر: المطبعة السلفية، ترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، تصحيح محب الدين الخطيب.

٥٣- الفتوى في الإسلام، المؤلف: جمال الدين القاسمي، جزء واحد، الطبعة الأولى ١٩٨٦م، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، تحقيق: محمد عبد الحكيم القاضي.

٥٤- الفقه الاسلامي المقارن مع المذاهب، المؤلف: الدكتور محمد فتحي الدريني، مجلد واحد، الطبعة الثانية ١٩٨٦م، المطبعة الجديدة، دمشق.

٥٥- الفروق، وبهامشه تهذيب الفروق والقواعد السنية، المؤلف: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن ادريس بن عبد الرحمن، الصنهاجي المشهور بالقرافي. أربعة أجزاء في مجلدين، الطبعة بلا، الناشر: عالم الكتب بيروت.

٥٦- في ظلال القرآن، المؤلف: سيد قطب، ستة مجلدات، الطبعة الثالثة ١٩٧٧م، دار الشروق.

٥٧- القضاء الاداري في الأردن، المؤلف: حنا ابراهيم ندة، طبعة سنة ١٩٧٢م، الناشر بلا.

٥٨- الكافي في فقه الامام المبجل أحمد بن حنبل، المؤلف: شيخ الاسلام أبو محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، الاجزاء ثلاثة، الطبعة الأولى سنة ١٩٦٣م، الناشر: المكتب الاسلامي للطباعة والنشر.

٥٩- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي،

المؤلف: شيخ الاسلام أبو عمر يوسف بن عبد البر بن محمد النمري القرطبي، جزء واحد، الطبعة الأولى ١٩٧٨م، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت.

٦٠- مبداء الرقابة على أعمال الإدارة في الأردن
المؤلف : عمر محمد مرشد الشوبكي ، طبعة سنة ١٩٨١ ، جزء واحد ، الناشر :
جامعة الدول العربية .

٦١- المبدع في شرح المقنع
المؤلف : أبو اسحق برهان الدين ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح ، عشرة
أجزاء ، طبعة سنة ١٩٨٠ م ، الناشر : المكتب الاسلامي .

٦٢- المبسوط
المؤلف : شمس الدين السرخسي ، عدد الأجزاء ثلاثون ، الطبعة الثانية ، الناشر :
دار المعرفة للطباعة والنشر .

٦٣- المجموع شرح المذهب :
المؤلف : الإمام أبو زكريا محيي الدين بن شرف النووي ، عدد الأجزاء عشرون ،
الطبعة بلا ، الناشر : دار الفكر .

٦٤- مجلة البحوث الاسلامية /
العدد الرابع عشر ، محرم ، صفر ، ١٤٠٦ هـ

٦٥- المُحَلَّى
المؤلف : أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، عدد الأجزاء أحد عشر جزء ،
الطبعة الأولى ١٣٤٧ هـ ، الناشر : ادارة المطبعة المنيرية ، تحقيق : أحمد
شاكر .

٦٦- المدخل الفقهي :
المؤلف : الاستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ، الطبعة الثامنة ، الناشر بلا .

٦٧- المدونة الكبرى :
المؤلف : امام دار الهجرة الامام مالك بن أنس الأصبحي ، رواية الامام سحنون ،
سته عشر مجلدا ، الطبعة الأولى ، ١٣٢٣ هـ ، الناشر : مطبعة السعادة .

- ٦٨- المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ، عدد الأجزاء أربعة .
- ٦٩- مُذكرة في بيان الالتزامات :
- المؤلف : أحمد ابراهيم بك ، مجلد واحد ، الطبعة الأولى سنة ١٩٤٤م ، الناشر : مكتبة عبد الله وهبة .
- ٧٠- مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني «دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي» :
- المؤلف : الدكتور أنور سلطان .
- جزء واحد ، الطبعة الأولى ، الناشر : الجامعة الأردنية .
- ٧١- مصادر الحق في الفقة الاسلامي :
- المؤلف الدكتور : عبد الرازق السنهوري ، عدد المجلدات ستة ، الطبعة الثالثة ، سنة ١٩٦٨م ، الناشر : معهد البحوث والدراسات العربية / جامعة الدول العربية .
- ٧٢- المعيار العرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل افريقية والأندلس والمغرب ،
- المؤلف : أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي ، الطبعة بلا ، عدد الأجزاء ثلاثة عشر جزء ، الناشر : وزارة الأوقاف ، المغرب خرّجه : جماعة من الفقهاء باشراف الدكتور محمد حجي .
- ٧٣- المغني :
- المؤلف : أبو عبد الله محمد بن أحمد محمد بن قدامة .
- مطبعة الامام ، ١٣ شارع قرقول ، تصحيح الدكتور محمد خليل هراس .
- ٧٤- مغني المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج ، شرح محمد الشربيني الخطيب ،
- عدد الأجزاء : أربعة ، الطبعة ١٩٥٨ ، الناشر : شركة البابي الحلبي .
- ٧٥- الموافقات في أصول الشريعة ، وعليه شرح عبد الله دراز :
- المؤلف : أبو اسحق الشاطبي ، ابراهيم بن موسى اللخمي الغناطي المالكي عدد الأجزاء : أربعة ، الطبعة بلا ، الناشر : دار المعرفة ، لبنان .

- ٧٦- نظام الادارة في الاسلام ، دراسة مقارنة بالنظم المعاصرة :
 المؤلف : الدكتور القطب محمد طبلية ، جزء واحد ، الطبعة ١٩٨٥م ، الناشر : دار
 الفكر العربي بالقاهرة .
- ٧٧- نظام الحكم في الشريعة والتاريخ :
 المؤلف : ظافر القاسمي ، مجلد واحد ، طبعة سنة ١٩٧٤م ، الناشر : دار النفائس
 بيروت .
- ٧٨- نظرية الاستحسان في التشريع الاسلامي وصلتها بالمصالح المرسلة
 المؤلف : الدكتور محمد عبد اللطيف صالح الفرفور ، جزء واحد ، الطبعة الأولى ،
 سنة ١٩٨٧ ، الناشر : دار دمشق للطباعة والنشر .
- ٧٩- نظرية التعسف في استخدام السلطة (الانحراف بالسلطة) دراسة مقارنة
 المؤلف سليمان محمد الطحاوي ، الطبعة الثانية ١٩٦٦م ، جزء واحد ، الناشر : دار
 الفكر العربي .
- ٨٠- نظرية الدعوى بين الشريعة الاسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية :
 جزأين ، الطبعة بلا ، الناشر : وزارة الأوقاف ، الأردن
- ٨١- النظرية العامة في الدعوى والمرافعات والأصول المدنية .
 المؤلف : د. صلاح الدين عبد اللطيف الناهي ، جزء واحد ، الطبعة الأولى
 ١٩٨٨م ، الناشر : دار الجليل ، ودار عمّار .
- ٨٢- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار :
 المؤلف : الامام محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، ثمانية أجزاء ، الطبعة الثانية
 ١٩٥٢م ، الناشر : شركة البابي الحلبي .
- ٨٣- الوجيز لأحكام الأسرة ، المؤلف محمد سلام مذكور ،
 جزء واحد ، طبعة سنة ١٩٧٢ ، الناشر : دار النهضة العربية .

نظرية الباعث

عبد الله ابراهيم زيد الكيلاني

الفهرس

الموضوع	رقم الصفحة
الاهداء	٣
مقدمة الاستاذ فتحي الدريني	٥
مقدمة المؤلف	٢١
الباب الأول (النظرية تأصيلاً واستدلالاً)	٢٥
● الفصل الأول	٢٧
- تحديد معنى الباعث لغة واصطلاحاً عند الأصوليين والفقهاء	٢٧
- النية والباعث	٢٩
● الفصل الثاني	٣١
- (أصل تحقيق المناط وأثره في الاعتداد بالباعث	
عند الأصوليين والفقهاء)	٣١
- تعريف المناط، وتحقيق المناط	٣٢
- أثر تحقيق المناط في اختلاف الفقهاء في الباعث	٣٦
● الفصل الثالث : أدلة النظرية	٣٩
أولاً : من القرآن الكريم	٤١
١ - «وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة»	٤٣
٢ - «والذين اتخذوا مسجداً ضراراً وكفراً»	٤٥

- ٣ - «واذا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمَّا بَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ . .
- ٤٦ ولا تَمْسُكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا
 - «وَيَعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا
 ٤٧ بحث الآراء الفقهية مِنَ الرجعة بقصد المضارة
 ٤ - والوالدات يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلِينَ كَامِلِينَ . .
 ٥٢ لَا تَضَارُّ وَالِدَةُ بَوْلِهَا
 - بحث الآراء الفقهية من المضارة بين الزوجين
 ٥٢ في الرضاعة والحضانة
 ٥ - «من وصية يوصى بها أو دين غير مضار
 ٥٦ وصية من الله والله عليم حكيم
 ٥٧ - نوعا الضرر الحاصل في الوصية :
 ٥٣ أ - الضرر من جهة الباعث
 ٥٧ ب - الضرر بالزيادة على الثلث
 ٥٩ - صور من المضارة :
 ٥٩ * الاقرار في مرض الموت
 ٦١ * الهبة في مرض الموت
 ٦١ * المخالعة في مرض الموت
 ٦ - انما حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ . . فمن أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ
 ٦٢ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ
 - تعريف الباغي والعادي
 ٦٧ ثانيًا : أدلة النظرية من السنة
 ٦٧ - «إنما الأعمال بالنيات»
 ٦٨ - أنواع النية، النية الباعث، والنية المميّزة
 ثالثًا : مدى صلة الاستحسان بنظرية الباعث
 ٧١ - تعريف الاستحسان
 ٧١ - صلة الاستحسان بالباعث
 ٧١ صلة الاستحسان بالباعث

- ٧٢ أمثلة توضح العلاقة بين الباعث والاستحسان
- رابعاً : دليل كُليّ «قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده
٧٥ من العمل موافقاً لقصد الله في التشريع»
- المصالح الشرعية هي غايات الأحكام ، ولا تتحقق
- ٧٥ ألا بأن يكون الباعث موافقاً لغايات المشرع
- ٧٦ أدلة تشهد لهذا الأصل الكلي
- ٧٩ خامساً : أصل عام يشهد للنظرية
- «كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد
٧٩ ناقض الشريعة وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل»
- ٨٣ سادساً : منشأ الحق في الفقه وصلته بشرعية الباعث فيبدأ يرد عليه
- ٨٥ سابعاً : مدى صلة سياسة التشريع بنظرية الباعث
- ثامناً : مدى صلة نظرية الباعث بالاجتهاد بالرأي في
٨٩ تعليل النصوص

● الفصل الرابع

- ٩٣ «شروط وضوابط إعمال النظرية»
- ٩٣ ١ - أدلة تكشف عن الباعث
- ٩٣ ١ - انتفاء المصلحة المشروعة مع لزوم المضرة من جراء العمل
- ٢ - امكان تحصيل المصلحة من وجه آخر واختيار الوجه
الذي يلزم عنه الاضرار بالآخرين
- ٩٥ ٣ - العلم بوقوع المفسدة
- ٩٧ ٤ - السلوك العام
- ب - ألا يكون المال مناقضاً لمراد الشارع :
- ١ - الموافقة قصداً والمخالفة اداءً كالبدع بدية العزلى
- ٢ - الموافقة قصداً والمخالفة مالا ومثاله : سب الهة الكفار

- ١ - شروط إعمال الباعث وصلته باستقرار التعامل ٩٧
- ب - ألا يكون المال أو الاداء مناقضاً لغرض المشرع
وذلك في صورتين ٩٨
- ١ - الموافقة قصداً والمخالفة اداءً كالبدع بذية العزى ٩٨
- ٢ - الموافقة قصداً والمخالفة مالا ومثاله سبب الهة الكفار ٩٨
- الفصل الخامس : ١٠١
- المشروعية أصل ثابت في الشريعة الاسلامية ١٠١
- مناقشة القائلين بتغير المشروعية ١٠١
- خطورة القول بتغير مبدأ المشروعية ١٠١
- اختلاف الأحكام في الفروع قد يكون مرده اختلاف
الظروف المحققة بالواقعة التي تؤثر على مناط الحكم ١٠٢
- مناقشة مسألة خروج النساء إلى المساجد ١٠٣
- مسألة التسعير ١٠٦
- الفصل السادس : ١١٧
- آثار النظرية ١١٧
- آراء الفقهاء ١١٧
- هل صحة الباعث ركن أم شرط أم عدم الصحة مانع ١١٨
- اتصال الباعث بانعقاد العقد أصلاً ١٢٠
- الباب الثاني : - دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي
والقانون الوضعي ١٢٣
- تطبيقات من فقه العبادات ، اللبس بقصد التلذذ هو
المنافض للوضوء عند الملكية والحنابلة ١٢٧
- تطبيقات من نظام الأسرة ١٢٨
- تصرف الزوجة بما لها رهن شرعية الباعث ١٢٨
- توريث المبتوتة في مرض الموت ١٣٠

- موقف القانون من الطلاق التعسفي ١٣٥
- موقف القانون من الطلاق في مرض الموت ١٣٩
- نكاح التحليل ١٤١
- تصرفات ولي اليتيم ١٥١
- عضل الولي لابتته ١٥٣
- بيع الولي عقار اليتيم ١٥٤
- تطبيقات من المعاملات ١٥٥
- المذهب الحنفي : بيع السلاح لأهل الحرب ١٥٥
- القرائن التي تكشف عن الباعث ١٥٨
- رأي الامام الشافعي من بيع العنب للخمار ١٥٩
- رأي الشافعية ١٥٩
- تطبيقات من المذهب الحنبلي / بيع العصير للخمار ١٦١
- حكم بيع العنبة ١٦٤
- أدلة بطلان البيع وتحريمه ١٦٤
- مذاهب الفقهاء في بيع العينة ١٦٧
- مذهب الشافعية ١٦٩
- موقف القانون من نظرية الباعث في العقود ١٧٢
- والمعاملات - القانون المدني ١٧٢
- تطبيقات من القانون ١٧٤
- الباعث في الفقه الألماني ذي النزعة الموضوعية ١٧٥
- ضابط المشروعية ١٧٥
- موقف القانون المدني الأردني من الباعث ١٧٦
- معايير التعسف في القانون المدني الأردني ١٧٨
- تطبيقات من مسائل الدعوى والقضاء ١٧٩
- شرط المصلحة المشروعة ١٧٩
- تقسيم ابن تيمية للدعاوي ، دعوى تهمة ودعوى غير تهمة ١٨١
- تطبيقات (الهدية للأمراء) ١٧٣

١٨٤	- تطبيقات على الباعث في المرافعات عند القانونيين
١٨٤	- شروط المصلحة
١٨٦	- المصلحة التافهة
١٨٧	- مقارنة بين الشريعة والقانون
١٨٩	- تطبيقات على الباعث ، تقييد صحة القرار الاداري بشرعية الباعث
١٩٦	- أثر الباعث في القرارات الادارية في القانون
١٩٩	- طبيعة الرقابة على السلطة التقديرية
٢٠٠	- نظرية أعمال السيادة في القانون
٢٠٢	● الخاتمة والخلاصة
٢٠٥	● قائمة المراجع
٢١٥	● الفهرس

رَفْعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

مطابع

وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية

للشريعة - الرصيفة - ص.ب ٢٥٢٢ تلفون ٨٨٨١٨١ / ٨٨٨١٨٢

الصفحة	الخطأ	الصواب
١١ - حاشية ٣	لا تحدوها	لا تعدوها
٤٦ - حاشية (١)	المنار ج ١١ -	البقرة ٢٣١
٤٧ - حاشية ٥	الموافات	الموافقات
٤٨ - حاشية ٢	الراجع	الراجع
٤٨ - حاشية ٤	الزرفا	الزرقاء
٤٩ حاشية (٣)	المواقع	المراجع
٤٩ حاشية ٤	تفسير ايات الجصاص	آحكام القرآن للجصاص
٥٠ سطر ٨	ثم هذا	ثم إن هذه
٥٢ سطر ٦	نفسا	نفس
٥٣ حاشية (١)	موشب	حوشب
٦٢ حاشية ٢	المادئة	المائدة
٧٢ حاشية ٤	رد المختار	رد المحتار
٧٥ سطر ٤	ان	إن
٧٦ ٨	ويستخلفكم فينظر	ويستخلفكم في الأرض فينظر
٨٣ سطر ١٠	يُظمر	يؤمر
٨٥ حاشية ٢	خلاف	خلاف
٩١ سطر ٧	عناء	غناء
٩١ سطر ٧	الاجتهاد	الاجتهاد
٩١ سطر ١٥	مسروعية	مشروعية
٩٨ سطر ٦	ط	ب
١٠٧ سطر ١	٢	١
١٠٧ سطر ١٦	منك (١)	منكم (٢)
١٠٨ سطر ٤	متأخرى	متأخري
١١٢ حاشية ٢	تبين الحقائق	تبين الحقائق
١١٣ السطر قبل الأخير	يعشه	يعيشه
١٠٧ حاشية (١)	الاشراء ١٠٧	الاسراء / ٣٤

١٤٠ سطر ١٠	أَنّ	إِنَّ
١٤١ حاشية ٣	مصنف ابن	مصنف ابن
١٤٢ حاشية ٥	بداية المتهد	بداية المجتهد
١٤٣ حاشية ٢	ابن ماجه	ابن ماجه
١٤٤ سطر ٩	النكاح الصحيح ،	النكاح الصحيح :
١٤٤ حاشية ٣	ت ص ٩٩	ر ص ٩٩
١٤٥ سطر ٩	ذهب	أذهب
١٤٥ سطر ١٢	ألا	إلا
١٤٥ سطر ١٠	المتبايعين	المتبايعين

١٤٥ سطر ٢٠	تفصيلة	تفصيلة
١٤٧ حاشية ١	بن تيمية	ابن تيمية
١٤٩ آخر الصفحة	المروؤة	المروؤة
١٥٣ سطر ٩	كفوؤ	كفوؤ

١٥٧ حاشية ١	حائية	حاشية
١٦٧ حاشية ٦	تقنن	تقنن
١٧٥ حاشية ٣	والسعر الفاحض	والسعر الفاحش
١٧٧ حاشية ٢	انوا سلطان	أنور سلطان
١٧٧ حاشية ٥	انوع سلطان	أنور سلطان
٢٠٥ المرجع ٣	البابي الحبي	البابي الحلبي
١٨٥ حاشية ٢	على سلوس	نقلًا عن سولس .

٢٠٩ المرجع ٣٩	ابن ماجه	ابن ماجه
٢١٠ المرجع ٤٦	بن عبد الحميد	ابن عبد الحميد
٢١٠ المرجع ٥٠	مكتبة الفارق	مكتبة المعارف
٢١١ المرجع ٥٢	بن علي	ابن علي
٢١١ المرجع ٥٢	تصحيح	تصحيح

٢١١ المرجع ٥٣	عيد الحكيم	عبد الحكيم
٢١١ المرجع ٥٧	حنا ابراهيم	حنا ابراهيم
٢١٢ المرجع ٦٠	مبدأى الرقابة	مبادئ الرقابة

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

www.moswarat.com