الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة وهران

كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية

قسم العلوم الإسلامية

نظرية الباعث وتطبيقاتها على مسائل الأحوال الشخصية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

من إعداد الطالب:

- بكارة بوشنتوف

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

* د/ حوالف عكاشة

أعضاء لجنة المناقشة: 2014/06/19

الإسم واللقب	الجامعة	الصفة
د/ بن عمار الزهرة	جامعة وهران	رئيسا
د/ حوالف عكاشة	جامعة وهران	مقررا
د/ حبار أمال	جامعة وهران	مناقشا
د/ أحمد عمراني	جامعة وهران	مناقشا

السنة الجامعية: 1433-1434هـ/ 2013- 2014م

إهداء

إلى الوالدين الغاليين.

إلى أخواتي الكريمات.

إلى زوجتي العزيزة.

إلى ولدي الحبيبين.

إلى كل من علمني حرفا.

إلى كل طاقم كلية الحضارة الإسلامية.

شكر

الشكر أولاّ إلى الله – عزوجل- على توفيقه وتيسيره لي عملي.

قالوا من علمني حرفا صرت له عبدا وقد تركت كلماتي حرة طليقة كي تشكر وإن كان الشكر لا يكفِ مع ما قدّمه السيد المشرف ، الدكتور حوالف.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى الدكتور داودي على كل ما قدمه.

وأتقدم بالشكر أيضا إلى أعضاء لجنة المناقشة الموقرة على تفضلهم بقبول مناقشة هذه الرسالة رغم كثرة ارتباطاتهم.

إلى كل من ساندني بكلمة أو حرف أو حتى ابتسامة كانت لي دافعا الى الأمام.



الحمد لله الذي يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور ، تعبّد الناس بكل الأفعال و الأقوال الظاهرة والباطنة ، وأصلي وأسلم على خير من أرشد وعلّم صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين وبعد:

إن الإنسان لا يقدم على قول أو فعل إلا وتحركه إلى ذلك نوايا ودوافع ومثيرات داخلية، فلا يمكن أن يصدر من الشخص قول أو فعل إلا إذا وجد هذا المثير الداخلي والذي يسمى الباعث، ويطلق عليه البعض –كما سيأتي– القصد، وقد تطرق له العلماء بالبحث والتقعيد فكانت نظرية الباعث التي ستكون موضوع هذا البحث.

أسباب اختيار الموضوع:

من أسباب اختيار هذا الموضوع هو ولوج عالم البحث وتنمية الملكة العلمية والرغبة في دراسة قانون الأسرة لتعلّقه بأحوال الناس الشخصية وأيضا الجدل الواسع الذي أحدثه تعديل قانون الأسرة الجزائري، وعليه فقد اخترت موضوعا يبحث ويشمل معظم أبواب وفصول هذا القانون، وتبيين رأي الشرع فيه وهذا من خلال معرفة مدى تأثير الباعث على عقود الأحوال الشخصية من حيث الصحة والبطلان.

وأمر آخر وهو أن هذا الموضوع وبهذا الشكل لم يتطرق إليه أحد من قبل وكل الدراسات السابقة –في حدود ما بحثت– كانت حول الباعث وعلاقته بالعقود بصفة عامة وليس بعقود الأحوال الشخصية.

أهمية الموضوع:

إن عقود الأحوال الشخصية ليست مثل باقي العقود التي تتعلق بالجانب المادي حيث يمكن جبرها بإعادة إبرامها أو بالتعويض عن الضرر اللاحق بالمتعاقدين من جرائها، لكن عقود

الأحوال الشخصية تتعلق بالجانب المادي كما تتعلق بالجانب الشخصي للإنسان (كالزواج وما يترتب عليه من المعاشرة والاستمتاع والنسب وغيرها من الأحكام) فهي تتعلق بتكوين الأسرة وما فيها من حقوق وواجبات، وبالتالي تكوين المجتمع، وهكذا فإنها تترتب عليها آثار قد لا تجبر بالتعويض أو التصحيح إذا كانت باطلة ومن بين الأمور التي لها علاقة بصحة هذه العقود أو بطلانها البواعث والقصود فكان هذا البحث كدراسة لهذه العلاقة ومدى تأثير الباعث على عقود الأحوال الشخصية.

فدراسة الباعث له أهمية كبيرة من حيث الحفاظ على العقد من تلاعب بعض أصحاب النفوس والنوايا السيئة التي تحيد بالعقد عن مساره الذي أسّس عليه، وبهذا نحمي المجتمع والأفراد على حد سواء.

أهداف البحث:

- بيان آراء الفقهاء في مسألة الباعث، وأنّ العلماء المسلمين سبقوا غيرهم من علماء القانون لهذه النظرية.
- إظهار شمولية الفقه الإسلامي لكل الجوانب والمجالات، وأنه ليس مقتصرا على جانب دون آخر فهو يهتم بالجانب الظاهري والمادي كما يهتم بالجانب الداخلي والمعنوي، فلا يقتصر على الشكلية في العقود بل يبحث أيضا في النيات والقصود.
- تعتبر دراسة الباعث طريقة موصلة إلى معرفة ما تنطوي عليه النفس البشرية من قصود وصفات حسنة وسيئة.
- معرفة الباعث تعين على حماية العقود من التلاعب والاضطراب الذي يؤدي إلى عدم اطمئنان المتعاقدين عند إبرام هذه العقود.

– بيان الآثار المترتبة عن إعمال الباعث من حيث تصحيح أو إبطال العقد تساعد في ردع وزجر أصحاب النفوس المريضة الذين يسعون لتحقيق مآرب خبيثة ودنيئة عند معرفتهم لما يترتب عن إعمال الباعث.

الدراسات السابقة:

من خلال جرد الدراسات السابقة في هذا الباب وجدت بحوثا مختلفة تناولت الباعث بالدراسة ومن بين هذه الدراسات:

– الباعث وأثره في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي وهو بحث لنيل درجة الماجستير من اعداد الباحثة مصونة الخطيب بجامعة دمشق.

– الباعث الشريف وأثره على الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي وهو بحث لنيل درجة الماجستير في الفقه من إعداد الباحثة ريما عبد اللطيف حسن الصالح، جامعة آل البيت.

– الدافع والباعث على الجريمة وأثرهما في العقوبات التعزيرية ،بحث لنيل درجة الماجستير في التشريع الجنائي الإسلامي، من إعداد الباحث سرور محمد العبد الوهاب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بالرياض.

– نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي للباحثة حليمة آيت حمودي.

– الباعث على العقود في الفقه الإسلامي وأصوله للدكتور وهبة الزحيلي.

منهج البحث ومنهجيته:

اعتمدت المنهج الاستقرائي حيث قمت بجرد كل ماله علاقة بالباعث في الفقه والقانون المدني وقانون الأسرة الجزائري، كما اعتمدت المنهج التحليلي ، حيث قمت بعد جمع آراء الفقهاء بتحليلها للوصول إلى بيان العلاقة بين الباعث ومسائل فقه الأسرة، وقد اتبعت في هذا المنهجية التالية:

عزو كل قول إلى صاحبه، مع ذكر الكتاب الذي نقلت عنه المعلومة.

واقتصرت في دراستي على المذاهب الفقهية الأربعة وقانون الأسرة الجزائري وهذا في الفصل الثاني إضافة إلى القانون المدني وشروحه في الفصل الأول، كما ذكرت رأي قانون الأسرة الكويتي والمغربي إن وجد فيه رأي في المسألة محل البحث ، ولم أقم بمناقشة هذه الآراء و تبيان الراجح منها، لأن البحث كان الهدف منه معرفة صلة آراء الفقهاء بالباعث، كما اعتمدت في بعض الأحيان على ذكر أدلة كل فريق لنفس السبب السابق.

وقمت بعزو الآيات القرآنية إلى مواضعها، والأحاديث النبوية إلى مصادرها، واكتفيت بالصحيحين إن كان الحديث موجودا فيهما، وإن لم يكن موجودا فيهما اعتمدت على غيرهما مع ذكر درجة الحديث إن تمكنت من الوصول إلى ذلك وإلا اكتفيت بعزو الحديث إلى مصدره مع ذكر الكتاب والباب ورقم الحديث والجزء والصفحة.

وقمت بشرح بعض المفردات الغريبة، أما الأعلام فلم أترجم لأي واحد منهم، لأني لم أر من ضرورة لذلك، باعتبار البحث دراسة فقهية قانونية الغرض منها استقراء آراء الفقهاء وبيان الصلة بينها وبين الباعث ، وبيان مكانة الباعث في الفقه الإسلامي والقانون المدني وقانون الأسرة الجزائري.

وأما التهميش فقد اعتمدت ذكر الكتاب ثم مؤلفه ثم المحقق إن وجد ثم مؤسسة الطبع وبلد المؤسسة ورقم الطبعة وسنة الطبع، وإذا لم يوجد رقم أو سنة أو بلد الطبع لم أشر إلى ذلك، ثم الجزء والصفحة ، وقد اعتمدت طريقة ذكر الكتاب أوّلا لأن بعض المؤلفين له أكثر من كتاب فوجدت مشكلة عندما أذكر عبارة المرجع السابق.

أما المراجع ، فقد رتبتها ترتيبا ألفبائيا حسب اسم الكتاب ، ولم أراع الألف واللام .

إشكالية البحث:

إن كان الله عز وجل رفع عن الناس ما حدثوا به أنفسهم كما في الحديث الشريف الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:"إن الله تجاوز بي عن أمتي ما وسوست به صدورها ، ما لم تعمل او تكلم"[1] ، إلا أن هذا متوقف على عدم التكلم بهذه الوسوسة أو الإقدام على فعلها ولكن حديث "إنما الأعمال بالنيات"، يبين أنّ أفعال وأقوال الإنسان متوقفة على النية من حيث الحل والحرمة ، وعند التكلم عن النية فسينسحب الكلام على القصود و البواعث لأنها هي الأخرى لها أهمية بارزة في الكشف عن خفايا النفوس ، الحسنة منها والخبيثة ، ولما كانت العقود–خاصة عقود الأحوال الشخصية– من التصرفات التي يقوم بها الإنسان ويحاسب عليها يوم القيامة فهل تتأثر هي الأخرى بالبواعث والقصود من حيث الصحة والبطلان؟ مع العلم أنّها قد تقع من الناحية الشكلية صحيحة مستوفية الأركان والشروط فهل يتم الحكم عليها من هذا الجانب فقط أم يتم إعمال الباعث؟ والباعث أمر نفسي داخلي فهل يعتد به فقط إذا كان ظاهرا؟ أم يمكن البحث عنه والاعتداد به حتى وإن كان خفيا؟ وهل نظرة المشرّع الجزائري له هي نفسها نظرة الفقه الإسلامي؟ أم يوجد بينهما اختلاف؟

وللإجابة عن هذه الأسئلة كانت الخطة التالية :

خطة البحث :

قسمت البحث إلى فصلين:

---

[1]– رواه البخاري في صحيحه، رقم الحديث 2528، كتاب العتق، باب الخطاء والنسيان في العتاقة والطلاق، تحقيق محب الدين الخطيب، المطبعة السلفية ومكتبتها، القاهرة، ط1، سنة1400هـ، ج2، ص215.

الفصل الأول: نظرية الباعث و علاقتها بنظريات و مبادئ أخرى

المبحث الأول: مفهوم نظرية الباعث

المطلب الأول: تعريف نظرية الباعث .

المطلب الثاني: الفرق بين الباعث والنية والقصد.

المطلب الثالث: ضوابط معرفة الباعث و آراء العلماء في الأخذ به.

المبحث الثاني: علاقة نظرية الباعث بنظريات أخرى.

المطلب الأول: نظرية الباعث وعلاقتها بنظرية السبب.

المطلب الثاني: نظرية الباعث وعلاقتها بنظريتي الإرادة الظاهرة و الإرادة الباطنة.

المطلب الثالث: نظرية الباعث وعلاقتها بنظرية التعسف في استعمال الحق.

المبحث الثالث: علاقة نظرية الباعث بأصول وقواعد فقهية أخرى .

المطلب الأول: علاقة نظرية الباعث بمبدأ سد الذرائع.

المطلب الثاني: علاقة نظرية الباعث بمبدأ المآل .

المطلب الثالث: علاقة نظرية الباعث بالحيل.

الفصل الثاني: تطبيقات نظرية الباعث على مسائل الأحوال الشخصية.

المبحث الأول: تطبيقات نظرية الباعث على مسائل إبرام عقد النكاح.

المطلب الأول: الخطبة .

المطلب الثاني : نكاح المريض مرض الموت .

المطلب الثالث: نكاح التحليل.

المطلب الرابع: نكاح الشغار.

المطلب الخامس: نكاح المتعة

المبحث الثاني: تطبيقات نظرية الباعث على مسائل انحلال عقد النكاح.

المطلب الأول: طلاق المريض مرض الموت(الفار).

المطلب الثاني: خلع المريضة مرض الموت .

المطلب الثالث: العضل.

المطلب الرابع: الرجعة.

المبحث الثالث: تطبيقات نظرية الباعث على مسائل طرق انتقال المال.

المطلب الأول: الوقف .

المطلب الثاني: الهبة.

المطلب الثالث: الوصية.

المطلب الرابع: الميراث.

الخاتمة : تناولت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها.

الفصل الأول : نظرية الباعث وعلاقتها بنظريات ومبادئ أخرى

وفيه ثلاث مباحث :

المبحث الأول : مفهوم نظرية الباعث

المبحث الثاني : علاقة نظرية الباعث بنظريات أخرى

المبحث الثالث : علاقة نظرية الباعث بمبادئ فقهية أخرى

المبحث الأول: مفهوم نظرية الباعث

تحتل نظرية الباعث مكانة كبيرة في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي ، رغم أنها في هذا الأخير يعبر عنها نظرية السبب ، وعبر عنها علماء الفقه الإسلامي بتعبيرات مختلفة سيأتي ذكرها في المطلب الثاني من هذا المبحث ، كما أنهم لم يسموها نظرية ، وإنما هذه التسمية معاصرة ، لم تكن معروفة ي القديم ، وفيما يلي مفهومها.

المطلب الأول: تعريف نظرية الباعث

سأتطرق في هذا المطلب لمعنى النظرية ثم معنى الباعث لغة واصطلاحا

الفرع الأول: تعريف النظرية

1- لغة: النَّظرُ: تأمل الشيء ، تقول نظرت إلى كذا وكذا من نظر العين والقلب، ونظرت في الأمر: أي تفكرا فيه وتدبرا بالقلب[1].

والنظر: الفكر في الشيء، تقدره وتقيسه، والتكهن والحكم بين القوم.[2]

والنظر: تقليب البصيرة لإدراك الشيء ورؤيته ، وقد يراد به المعرفة الحاصلة بعد الفحص[3].

والنظرية: قضية تثبت ببرهان [4].

---

[1]- لسان العرب ، ابن منظور الإفريقي المصري ، دار المعارف، تحقيق عبد الله علي الكبير و محمد أحمد حسب الله وهاشم محمد الشاذلي ، ج6 ، ص4465 ، 4466 ، و الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، إسماعيل بن حماد الجوهري ، تحقيق : أحمد عبد الغفور عطار ، دار العلم للملايين ، بيروت ، لبنان ، ط 4 ، سنة 1990م ، ج2 ، ص830 ، 831 .

[2]- القاموس المحيط ، مجد الدين محمد الفيروز آبادي ، تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة ، مؤسسة الرسالة ، ط8 سنة1426هـ ، 2005م ، ص.484

[3]- تاج العروس ، محمد الزبيدي ، مكتبة دار الحياة ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1306هـ ،ج3 ، ص573 ، 574.

[4] - المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية ، مكتبة الشروق الدولية ، ط4 ، سنة1425هـ ، 2004 م ، ص932.

2- **اصطلاحا:** لم أجد – في حدود علمي- تعريفا للنظرية عند المتقدمين من علماء الفقه الإسلامي والظاهر أنّ هذا المصطلح لم يكن مستعملا عندهم ، أمّا الذين تطرقوا لهذا المصطلح فهم العلماء المعاصرين خاصة منهم الذين اعتنوا بالدراسات القانونية ، إضافة إلى أهل الفلسفة وعلم النفس .

ففي مجال الفلسفة جاء في أحد التعاريف أنها :

« إنشاء تنظيري للعقل ، يربط النتائج بالمبادئ وهي مقابل لكلمة ممارسة ، ومقابل المعرفة العامية ، أي ما يكون موضوعا لتصور منهجي منظم نسقيا ، ومرتبطا من ثم في صورته ببعض القرارات أو الموضوعات العلمية التي لا تنتمي إلى المعنى العام »[1]

وفي علم النفس فقد ورد تعريفها في معجم علم النفس أنها :

«مبدأ عام يوضع لتفسير مجموعة معينة من الوقائع .»[2]

هذه التعاريف تناول أصحابها مفهوم النظرية حسب تخصصاتهم ، كما أن التعريف الأول اعتبر النظرية عكس التطبيق ، والتطبيق عكسه النظري ، كما اعتبرها عكس المعرفة العامية ، وهذه الأخيرة عكسها المعرفة العلمية ، كما استعمل في التعريف كلمة : تنظيري و من عيوب التعريف استخدام أحد مشتقات المصطلح المراد تعريفه ، كما أنه ورد طويلا بحيث يتبادر للقارئ أنه يشرح مسألة معينة.

أما عند فقهاء الإسلام ، فمن بين تعريفاتهم :

أنها :«مفهوم كلي قوامه أركان وشرائط وأحكام عامة ، يتصل بموضوع عام معين ، بحيث يتكون من كل أولئك نظام تشريعي ملزم ، يشمل بأحكامه كل ما يتحقق فيه مناط

---

[1]- موسوعة لالاند الفلسفية ، أندريه لالاند ، تعريب : خليل أحمد خليل ، منشورات عويدات ، بيروت ، باريس ط2 سنة 2001 ، ج3 ، ص1454.

[2] - معجم علم النفس ، فاخر عاقل ، دار العلم للملايين ، بيروت ، لبنان ، ط2 ، سنة1977م ،ص115.

موضوعه .»[1]

هذا التعريف مثل التعريف السابق ورد طويلا ، إذ ينبغي للتعريف أن يكون مختصرا ودالاّ على المعنى بشكل دقيق.

كما جاءت في تعريف آخر أنها :« المفهوم العام الذي يؤلف نظاما حقوقيا ، تنطوي تحته جزئيات موزعة في أبواب الفقه المختلفة .»[2]

الفرع الثاني : تعريف الباعث

لقد عبر علماء الشريعة الإسلامية بالباعث عن معان مختلفة فمنهم من عبر به عن العلة فمثلا جاء في كتاب الكليات « قد توجد العلة بدون المعلول لمانع ، وأما المعلول بلا علة فهو محال ولا يجوز عقلا اجتماع علتين على معلول واحد سواء عرفت بالمؤثر أو المعرف أو الباعث»[3] ، وكذا في البحر المحيط : « وأن العلة بمعنى الباعث »[4].

كما عبر عنه آخرون بالقصد ،كالشاطبي في كتابه الموافقات بقوله :«إن الأعمال بالنيات ، والمقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والعادات »

وقد علق المحقق على هذا بقوله : «تعرض المصنف هنا لنظرية الباعث أو الدافع »[5] ، ونفس التعبير ورد في إعلام الموقعين : « وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها أن المقاصد

---

[1] – النظريات الفقهية ، فتحي الدريني ،منشورات جامعة دمشق ، ط4، سنة 1996 ،1997م ،1416، 1417هـ ،ص140.

[2] – الفقه الإسلامي وأدلته ، وهبة الزحيلي ، دار الفكر ، دمشق ، ط2 ، سنة 1405هـ ،1985م ، ج4 ، ص7.

[3] – الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية ،أبي البقاء الكفوي ، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، ط2، سنة1419هـ ،1998م ، ص622.

[4] – البحر المحيط ، بدر الدين الزركشي ، دار الصفوة ، الغردقة ، ط2 ، سنة1413هـ ، 1992م،ج5، ص124

[5] – الموافقات ، إبراهيم الشاطبي ، تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سليمان ، دار ابن عفان ، ط1 ، سنة1417هـ ،1997م ،ج3 ،ص7.

والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات ، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات »[1]، كما اختلفت تعاريف الباعث حسب اختلاف التخصصات ، كما هو الحال في علم النفس ، وفي التشريع الجنائي ، وفي القانون المدني ، وسأقتصر على تعريفه عند فقهاء الإسلام ، كما سأتناوله في القانون المدني في المبحث الثاني من هذا الفصل.

الباعث لغة :

من بَعَثه ، وابتَعَثه أي أرسله[2].

وانبعث: الشيء اندفع وهبَّ، وبعثتُ الناقة: أرسلتها، وبعثَ الموتى: نَشَرَهم ليوم البعث، وبعثَ الشيء : أثَارَه ، وبعثه من نومه : أيقظه ونبَّهَهُ[3].

وبعثَه على الشيء، حمَله على فعله، والباعث والباعثة: السبب والداعي[4].

انبعَثَ فلان لشأنه: إذا ثار ومضى ذاهبا لقضاء حاجته [5].

الباعث اصطلاحا :

هو : « الدافع الذي يحرك إرادة المنشئ للتصرف إلى تحقيق غرض غير مباشر».[6]

---

[1] – إعلام الموقعين عن رب العالمين ، ابن قيم الجوزية ،أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سليمان ، دار ابن الجوزي، السعودية ، ط1 ، رجب 1423هـ ، ج4 ،ص499.

[2] – تاج العروس ، ج1 ، ص602 ، والمحكم والمحيط الأعظم ، علي بن سيده ، تحقيق : عبد الحميد هنداوي ، دار الكتب العلمية ، ط1 ، سنة1421هـ ، 2000م ، ج2 ، ص96 ، و الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ،ج1 ، ص273 ، و القاموس المحيط ، ص165.

[3] – العين ، أبي عبد الرحمن الفراهيدي ، تحقيق : مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي ، دار ومكتبة الهلال ،ج2 ، ص112 ، و الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، ج1، ص273 ، وأساس البلاغة ، جار الله الزمخشري ، تحقيق : محمد باسل عيون السود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ،سنة 1419هـ ،1998،ج1،ص66.

[4] – المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق، بيروت، ط42، سنة2007 ، ص42، ولسان العرب، ج3 ، ص307.

[5] – لسان العرب ، ج3 ، ص307.

[6] – النظريات الفقهية ، ص288 . و نظرية التعسف في استعمال الحق ، فتحي الدريني ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط2 ، سنة1977م ، 1337هـ ، ص207 .

وفي تعريف آخر : « هو الدافع البعيد الذي دفع المتعاقد إلى العقد».[1]

هذا التعريف استعمل صاحبه تعبير(الدافع الذي دفع) وكان الأفضل أن يستعمل مفردة أخرى مثلا : الذي حرّك ، أو الذي حمل المتعاقد...

وهذان التعريفان – في حدود علمي- هما التعريفان الوحيدان للباعث عند المختصين في الفقه الإسلامي، وإن كان قد ورد تعريفه في بعض البحوث الخاصة بنيل شهادة الماجستير مثل التعريف التالي الذي اجتهد صاحب الرسالة في وضعه:

– هو: « المحرك للقوة النفسية المدركة للغاية والمحركة للإرادة نحو تحقيق غرض غير مباشر من التصرف» [2].

من خلال التعاريف السابقة يمكن القول بأن الباعث هو :

مثير نفسي يحرك إرادة المتعاقد إلى تحقيق هدف خفي من خلال العقد.

فاستعمال كلمة مثير أفضل من كلمة الدافع الواردة في التعريفين الأوّلين لأن هناك من فرق بين الدافع والباعث مثل التعريف التالي : « الباعث هو مثير خارجي يحرك الدوافع داخل الفرد ، مما يجعله يقوم بسلوك إرادي ، والباعث نوع من المنبهات الخارجية يثير الدافع ويرضيه في آن واحد»[3].

---

[1] – الفقه الإسلامي وأدلته ، ج5 ،ص185 .

[2] – الباعث وأثره في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي ، مصونة الخطيب ، بحث لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامي وأصوله ، إشراف الدكتور وهبة الزحيلي ، جامعة دمشق ، كلية الشريعة ، سنة 1424هـ ، 2003 م ، ص34 .

[3] – الدافع والباعث على الجريمة وأثرهما في العقوبات التعزيرية ، سرور بن محمد العبد الوهاب ، بحث لنيل شهادة الماجستير في العدالة الجنائية ، تخصص التشريع الجنائي ، إشراف جبريل محمد البصيلي ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض سنة1424هـ ، ص37 ، نسخة إلكترونية مأخوذة من موقع المجد ، والظاهر أن هذا التعريف من اجتهاد صاحب الرسالة حيث لم ينسبه إلى أي شخص آخر.

هذا التعريف ورد طويلا ، كما أنّه عبر عن الباعث بأنّه مثير خارجي ، مع أنّ الباعث أمر نفسي داخلي .

المطلب الثاني: الفرق بين الباعث والنية والقصد:

سبق الذكر بأن فقهاء الإسلام استعملوا بعض المصطلحات كالنية والقصد وأرادوا بها الباعث في بعض مؤلفاتهم ، ممّا يوحي بأنّها مصطلحات مترادفة ، ولكن عند التدقيق يظهر بينها بعض الفروق ، وهذا ما سأبيّنه في هذا المطلب.

الفرع الأول: تعريف النية:

لغة: مأخوذة من نوَيتُ أي : عزَمتُ[1] ، ونوى الشيء يَنوِيهِ نِيَةً: قصدَهُ وعزمَ إليه [2].

والنَّوى: التّحوُّل من دار إلى دار، والنِّية: الوجه الذي تنويه وتقصِدُه[3].

ويقال نَوَاكَ اللهُ : أي حفِظَكَ الله وصحبك في سفرك[4] .

وأنوى الرجل : تباعد ، أو إذا كثرت أسفاره ، وأنوى حاجته : قضاها[5].

والنِّيةُ : توجُّهُ النفس نحو العمل [6].

---

[1] – الزّاهر في غريب ألفاظ الشّافعي ، محمد الأزهري ، تحقيق : عبد المنعم طوعي بشنّاتي ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1419هـ ، 1998م ، ص13 ، و الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، ج6 ، ص4589 .

[2] – القاموس المحيط ، ص1341 . لسان العرب ، ج6 ، ص4589 ، والمعجم الوسيط ، إبراهيم مصطفى ، أحمد الزيات ، حامد عبد القادر ، محمد النجار ، تحقيق مجمع اللغة العربية ، دار الدعوة ، ج2 ، ص965 .

[3] – معجم مقاييس اللغة ، أبو الحسين بن فارس ، تحقيق : عبد السلام محمد هارون ، دار الفكر ، سنة1399هـ ، 1979م ،ج5 ، ص366 ، و تهذيب اللغة ، أبومنصور الأزهري ، تحقيق : محمد عوض مرعب ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط1 ، سنة2001م ، ص399 ، ولسان العرب ،ج6 ، ص 4589 .

[4] – تهذيب اللغة ، ص103، و الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، ج6 ، ص2516.

[5] – تاج العروس ، ج10 ، ص380 .

[6] – المعجم الوسيط، ج2، ص966.

اصطلاحا : وردت الكثير من تعاريف العلماء للنية اصطلاحا مطابقة لمعناها اللغوي ، ومن هذه التعاريف تعريف الإمام القرافي حيث عرّفها بأنها :

« قصد الإنسان بقلبه ما يريده بفعله»[1] .

كما أن هناك من العلماء من اعتبر النية مطابقة للإرادة والقصد ، مثل حجة الإسلام أبو حامد الغزالي حيث اعتبرها كلمات تؤدي نفس المعنى ثمّ عرف النية بقوله :

«فالنية عبارة عن الصفة المتوسطة وهي الإرادة وانبعاث النفس بحكم الرغبة والميل إلى ما هو موافق للغرض إما في الحال وإما في المآل» [2].

وهذا نفس ماذهب إليه النووي – رحمه الله– في شرحه لصحيح مسلم عندما تكلم عن النية بقوله :

« إن القصد ، والعزم ، والإرادة ، والنية متقاربات ، فيقام بعضها مقام بعض»

ثم ذكر بأنّ العرب تقول نواك الله بحفظه ؛ أي قصدك بحفظه [3].

كما عرفها القرافي تعريفا آخر بقوله :

« هي إرادة تتعلق بإمالة الفعل إلى بعض ما يقبله لا بنفس الفعل من حيث هو »[4].

ثم عرفها تعريفا قريبا من هذا التعريف ، فقال: « هي الإرادة الخاصة المميلة للفعل من جهة الأحكام الشرعية»[5].

---

[1] – الذخيرة ،شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي ، تحقيق : محمد حجّي ، دار الغرب الإسلامي ، ط1 ، سنة1994هـ ، ج1 ، ص240 .

[2] – إحياء علوم الدين ، أبو حامد الغزالي ، وبهامشه : المغني عن حمل الأسفار في تخريج ما في الإحياء من أخبار لأبي الفضل عبد الرحيم العراقي ، دار الفكر ، ج4 ، ص309 ، 310 ،.

[3] – صحيح مسلم بشرح النووي ، يحي بن شرف النووي ، مكتبة الإيمان ، المنصورة ، ج1 ، ص50.

[4] – الأمنية في إدراك النية ، شهاب الدين القرافي ، تحقيق : مساعد بن قاسم الفالح ، مكتبة الحرمين، الرياض ، ط1، سنة 1408هـ ، 1988م ، ص119 .

[5] – المرجع نفسه ، ص127 .

من خلال هذه التعاريف يمكن القول أن النية هي:

عمل قلبي يسبق أي تصرف يقوم به الإنسان.

فالنية إذا وإن كان العلماء قد استعملوها مرادفة للباعث في الكثير من المواضع ، وخاصة من الناحية اللغوية ، إلا أنها تختلف عن الباعث من حيث التعريف اللغوي و الإصلاحي ، كما أن الباعث – حسب التعاريف السابقة – هو المحرك للنية ، فهذه الأخيرة هي ميل النفس وتوجهها نحو العمل ، والباعث هو الدافع المثير لهذا الميل ، كما أن الباعث أكثر ما يستعمل في العقود والمراد بالباعث – موضوع هذا البحث – هو الباعث غير المشروع إما أن يوجد فيلحق بالعقد الفساد أو البطلان ، وإما أن ينعدم فلا تأثير له عليه ، عكس النية فإنه لا يخلو منها أي تصرف من تصرفات الإنسان وهي المحدد لها إن كانت خالصة لله أو أشرك فيها معه غيره ، فتكون صحيحة كما قد تكون فاسدة .

الفرع الثاني : تعريف القصد :

لغة : القصدُ : استقامةُ الطريق ، وفي قوله تعالى : ﴿ **وَعَلَى ٱللَّهِ قَصْدُ ٱلسَّبِيلِ وَمِنْهَا جَآئِرٌ وَلَوْ شَآءَ لَهَدَىٰكُمْ أَجْمَعِينَ** ﴾ النحل: 9 ، أي على الله تبيِينُ الطريق المستقيم ، والقصدُ : الاعتماد والأمّ [1]، وإتيان الشيء ، وقصَدتُ قَصدَهُ : نحوت نحوه ، والقصد في الشيء : خلاف الإفراط وهو ما بين الإسراف والتقتير [2].

قال ابن جني: أصل مادة (ق ص د) ومواقعها في كلام العرب: الاعتزام والتوجه والنهود والنهوض نحو الشيء، على اعتدال كان، أو جور [3].

---

[1] – لسان العرب ، ج5 ، ص3642 ، والمحكم و المحيط الأعظم ، ج6 ، ص185.

[2] – لسان العرب ، ج5 ، ص3642 .

[3] – المحكم والمحيط الأعظم ، ج6 ، ص187 .

وقصدَ لهُ وإليهِ: توجه إليه عامدا، وفي الحكم: عدل ولم يمل ناحية [1].

اصطلاحا : عرّف الكثير من العلماء النية بأنّها القصد— تقدم هذا في تعريف النية- كما عرف آخرون القصد تعاريف مختلفة عند تطرقهم للتفرقة بينه وبين النية ومن هذه التعاريف : تعريف القرافي- رحمه الله- بأنه :

«إرادة الفعل في حال إيجاده فقط ، وإذا تقدمته بأوقات لم يسم قصدا ألا ترى أنه لايصح أن تقول

قصدت أن أزورك غدا »[2].

وبهذا التعريف فرق القرافي — رحمه الله- بين النية والقصد ، كما ضرب مثالا يوضح فيه هذا الفرق ، حيث قال :« فرق بين قصدنا لفعل الصلاة ، وبين قصدنا لكون ذلك الفعل قربة أو فرضا أو نفلا أو أداء أو قضاء »[3].

وقد فرّق ابن القيم— رحمه الله- بين النية والقصد أيضا- وإن كان قد اعتبر النية بأنها القصد - فذكر بينهما فرقين ،

أحدهما : أنّ القصد معلق بفعل الفاعل نفسه وبفعل غيره، والنية لا تتعلق إلاّ بفعله نفسه، فلا يمكن أن ينوي الرجل فعل غيره .

ثانيهما : إن القصد لا يكون إلاّ بفعل مقدور يقصده الفاعل ، وأما النية ، فينوي الإنسان ما يقدر عليه وما يعجز عنه ، فعن أبي كبشة الأنماري رضي الله عنه قال سمعت رسول الله -صلى الله عليه وسلم- يقول : «ثلاث أقسم عليهن وأحدثكم حديثا فاحفظوه — قال- أما الثلاث الذي أقسم عليهن ، فإنه ما نقص مال من صدقة ، ولا ظلم عبد بمظلمة فيصبر

---

[1] - المعجم الوسيط ، ص738.

[2] - الأمنية في إدراك النية ، ص121.

[3] - المرجع نفسه ،ص119.

عليها ، إلا زاده الله – عزوجل- بها عزا ، ولا يفتح عبد باب مسألة إلا فتح الله له باب فقر ، وأما الذي أحدثكم حديثا فاحفظوه- فأنه قال- إنما الدنيا لأربعة نفر ، عبد رزقه الله- عزوجل- مالا وعلما فهو يتقي فيه ربه ويصل فيه رحمه ويعلم لله- عزوجل- فيه حقه -قال- فهذا بأفضل المنازل- قال- وعبد رزقه الله – عزوجل- علما ولم يرزقه مالا – قال- فهو يقول : لو كان لي مال عملت بعمل فلان ، فأجرهما سواء- قال- وعبد رزقه الله مالا ولم يرزقه علما ، فهو يتخبط في ماله بغير علم ، لا يتقي فيه ربه- عزوجل- ولا يصل فيه رحمه ولا يعلم لله فيه حقه ، فهذا بأخبث المنازل- قال- وعبد لم يرزقه الله مالا ولا علما فهو يقول : لو كان لي مال لعملت بعمل فلان – قال- هي نيته ، فوزرهما فيه سواء» [1].

فالنية تتعلق بالمقدور عنه والمعجوز عنه ، بخلاف القصد والإرادة ، فإنهما لا يتعلقان بالمعجوز عنه لا من فعله ولا من فعل غيره[2].

يمكن القول إن بين الباعث والقصد اختلافا – رغم أن الكثير من العلماء يطلقون أحدهما ويريدون به الآخر- حيث يختلفان في المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي ، كما أن القصد هو العزم على فعل أو إرادة شيء معين ، فالقصد بهذا هو مرحلة من مراحل الإرادة ، ومثله أيضا النية والعزم ، مرحلتان من مراحلها [3]، بخلاف الباعث ، فمثلا شخص يفكر في أن يتزوج ، فهذه نية ، ثم يخطب امرأة ، فهذا قصد ، ثم يجري الترتيبات اللازمة للزواج فهذا

---

[1] – رواه أحمد بن حنبل في المسند ، حديث رقم17954 ، تحقيق : حمزة أحمد الزين ، دار الحديث ، القاهرة ، ط1 ، سنة1416هـ ، 1995م ، ج4 ، ص 41 ،42 ، و الترمذي في سننه حديث رقم2325 ، باب ما جاء مثل الدنيا مثل أربعة نفر ، تحقيق : بشار عواد معروف ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ط2 ، سنة1998م ، ج4 ، ص153 ، قال هذا حديث حسن صحيح.

[2] – بدائع الفوائد ، ابن قيم الجوزية ، تحقيق : علي بن محمد العمران ، دار عالم الفوائد ، ج3 ، ص1143 ، 1144 .

[3] – الموسوعة الفقهية الكويتية ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت ، ط1 ، سنة1425هـ ، 2004م ، ج42 ، ص60 .

عزم ، فهذه مراحل للإرادة ، ولكن قد يكون هذا الزواج لأجل غاية خفية كتحليل هذه المرأة لزوجها ، فهذا هو الباعث وهو خارج عن هذه المراحل .

وبالباعث يمكن أن نكشف عن النية والقصد ، ولكن لايمكن أن نكشف عن الباعث بهما[1] .

كما أن النية والقصد واحدة وغير متعددة ، أما البواعث فقد تتعدد من تصرف لآخر ، ومن شخص لآخر[2].

المطلب الثالث : ضوابط الباعث و آراء العلماء في الأخذ به .

لما كان الباعث أمرا ذاتيا خفيا ، لا يمكن الإطلاع عليه ، كما أنه ليس ركنا أو شرطا تتوقف عليه صحة أو بطلان العقد ، فقد اختلفت وجهات نظر العلماء في الاعتداد بالباعث ، و الضوابط التي يرتكز عليها لإمضاء العقد أو إبطاله ، وفي ما يلي آراؤهم في المسألة :

الحنفية : لا يعتدّون بالباعث إلاّ إذا كان منصوصا عليه في صلب العقد[3]، كما أنهم يعتدون به في حال أمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد ،كأن يكون المشتري خمارا [4].

فالعقد عندهم إذا لم يتضمن ذكر الباعث لا صراحة ولا ضمنا ، فهو عقد صحيح ، حيث

---

[1] – نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، حليمة آيت حمودي ، دار الحداثة ، بيروت ،ط1 ، ص14 ، و أثر الباعث في المسؤولية الجنائية ، محمد بن مفلح أبوداسر ، بحث لنيل درجة الماجستير ، المشرف : إبراهيم بن ناصر الحمود ، كلية الشريعة ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، سنة1424هـ ، نسخة إلكترونية، مأخوذة من موقع الفقه الإسلامي ، في الخاتمة .

[2] – نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، ص16 ، و أثر الباعث في المسؤولية الجنائية ، ذكر هذا في الخاتمة.

[3] – الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون ، فتحي الدريني ، مطبعة جامعة دمشق ، ط1 ، سنة 1386هـ ، 1967م ، ص444.

[4] – المرجع نفسه ، ص438.

إنهم يجيزون نكاح التحليل إذا لم تذكر نية التحليل أثناء العقد يقول الكاساني « ... فإن تزوجت بزوج آخر ، ومن نيتها التحليل فإن لم يشترطا ذلك بالقول وإنما نويا ، ودخل بها على هذه النية حلّت للأوّل في قولهم جميعا ؛ لأن مجرد النية في المعاملات غير معتبرة ، فوقع النكاح صحيحا لاستجماع شرائط الصحة فتحل للأول ؛ كما لو نويا التوقيت و سائر المعاني المفسدة »[1].

كما أجازوا بيع الدار لذمّي ليتخذها بيعة ، وبيع العصير لمن يعلم أنه يتخذه خمرا ، كما أجازوا بيع العينة ، قال في رد المحتار: «وشرط جعلها بيعة والمشتري ذمي ، بأن اشترى دارا من مسلم على أن يتخذها بيعة جاز البيع وبطل الشرط وكذا بيع العصير على أن يتخذه خمرا »[2].

وقال في موضع آخر : « وجاز بيع عصير عنب ممن يعلم أنه يتخذه خمرا ؛ لأن المعصية لا تقوم بعينه بل بعد تغيره »[3]

وفي موضع ثالث عن بيع العينة[4] : « قال أبو يوسف : لا يكره هذا البيع ؛ لأنه فعله كثير من الصحابة ، وحمدوا على ذلك ، ولم يعدّوه رِبًا ، حتى لو باع كاغدة[5] بألف ، يجوز ولا يكره »[6].

---

[1] – بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، علاء الدين الكاساني ، تحقيق: علي محمد معوض ، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط2 ، سنة 1424هـ ، 2003م ، ج4 ، ص404.

[2] – رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ابن عابدين محمد أمين ، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود ، دار عالم الكتب ، الرياض ، سنة1423هـ ، 2003م ، ج7، ص148.

[3] – المرجع السابق ، ج9، ص560.

[4] – العينة: كبيع سلعة بثمن مؤجل إلى مدة بمائة ليرة، ثم شراؤها من المشتري في الحال بمائة وعشرة . الفقه الإسلامي وأدلته ، ج4 ، ص186 .

[5] – الكاغِد و كغد: القِرطاس، وهو فارسي معرّب، لسان العرب، ج5، ص3892 ، والقاموس المحيط ، ص315.

[6] – رد المحتار على الدر المختار ، ج7 ، ص613.

الشافعية : لا يعتد الشافعية بالباعث إذا لم تتضمنه صيغة العقد صراحة ، حيث يرون أن العقد صحيح إذا لم يذكر فيه الباعث غير المشروع صراحة ، فلا يجوز البحث في النوايا الخفية [1] .

قال الشافعي–رحمه الله– : « أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحا في الظاهر لم أبطله بتهمة ، ولا بعادة بين المتبايعين، وأجزته بصحة الظاهر ، وأكره لهما النية ، إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع، وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به ، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظلما لأنه قد لا يقتل به ، ولا أفسد عليه هذا البيع ، وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمرا ، ولا أفسد البيع إذا باعه إياه لأنه باعه حلالا، وقد يمكن أن لا يجعله خمرا أبدا ، وفي صاحب السيف ألاّ يقتل به أحدا أبدا ، وكما أفسد نكاح المتعة ، ولو نكح رجل امرأة عقدا صحيحا وهو ينوي ألاّ يمسكها إلاّ يوما أو أقلّ أو أكثر ، لم أفسد النكاح إنّما أفسده أبدا بالعقد الفاسد »[2].

كما حذا الشافعية حذو الحنفية في إجازة عقد نكاح التحليل، حيث يقول الشافعي— رحمه الله–:« وكذا لو نكحها ونيته ونيتها أو نية أحدهما دون الآخر أن لا يمسكها إلاّ قدرا يصيبها فيحللها لزوجها ، ثبت النكاح، وسواء نوى ذلك الولي معها أو نوى غيره أو لم ينوه ولا غيره »[3].

وهكذا نستخلص :أن الحنفية و الشافعية أخذوا بالنزعة الموضوعية ، فلا التفات عندهم –في العقود– إلى النيات والقصود ما دام العقد وقع مستوفي الأركان والشروط ، حيث يقول

---

[1] – مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، عبد الرزّاق السّنهوري ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان ، ط2 ، سنة1998م ، ج4 ، ص54 ، 55.

[2] – الأم، محمد بن إدريس الشافعي، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، ط1، سنة 1422هـ، 2001م، ج4، ص152.

[3] – المرجع نفسه ، ج6، ص206.

الشافعي– رحمه الله– : « لأنّ النية حديث النفس ، وقد وضع الله عن النّاس ما حدثوا به أنفسهم ، وقد ينوي الشيء ولا يفعله وينويه ويفعله ، فيكون الفعل حادثا غير النية »[1].

المالكية[2]: خالف المالكية رأي الحنفية والشافعية إذ أنهم يعتدون بالمقاصد والنّيات في العقود ، فكل عقد تضمن باعثا غير مشروع فإنه باطل عندهم ، حتى وإن لم يذكر في العقد[3] اكتفاء بمظنّته واحتياطا لدرء المفسدة[4].

جاء في مواهب الجليل: يحرم بيع الدار وكراؤها لمن يتخذها كنيسة ، أو بيت نار ... وكذا لمن يجعل فيها الخمر، وكذا بيع الخشبة لمن يعملها صليبا ...كما يحرم بيع السلاح لمن يعلم أنّه يريد قطع الطريق على المسلمين أو إثارة الفتنة بينهم [5].

وجاء في الشرح الصغير « يمنع بيع كل شيء علم أن المشتري قصد به أمرا لا يجوز ، كبيع جارية لأهل الفساد أو مملوك ، أو بيع أرض لتتخذ كنيسة أو خمّارة ، أو خشبة لمن يتخذها صليبا ، أو عنبا لمن يتخذه خمرا ، أو نحاسا لمن يتخذه ناقوسا ، أو آلة حرب للحربيين ، وكذا كل ما فيه قوة لأهل الحرب »[6].

وجاء في المدونة : « قال مالك : لا يعجبني أن يبيع الرجل داره ممن يتخذها كنيسة ، ولا يؤاجر داره ممن يتخذها كنيسة ، ولا يبيع شاته من المشركين إذا علم أنّهم إنّما يشترونها

---

[1] – المرجع نفسه ، ج6 ، ص206

[2] – أخّرت ذكر المالكية – على الرغم من أنهم متقدمون عن الشافعية من حيث الزمن– لأن الشافعية يشتركون مع الحنفية في نفس الرأي ، فرأيت أن أذكر آراءهما متتابعين.

[3] – مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج4 ، ص71 ،72

[4] – النظريات الفقهية ، ص246.

[5] – مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، الحطاب الرعيني ، تحقيق: زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1416هـ ، 1995م ، ج6 ، ص49 ، 50 .

[6] – الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، أحمد الدردير ، بهامشه حاشية أحمد الصاوي ، تحقيق : مصطفى كمال وصفي ، دار المعارف ، القاهرة ، ج3 ، ص20 .

ليذبحوها لأعيادهم ، قال مالك : ولا يكري دابّته منهم إذا علم أنّهم إنّما استكروها ليركبوها إلى أعيادهم »[1].

وجاء في موضع آخر عن طلاق المريض « إن طلّقها طلاقا بائنا وهو مريض وقد دخل بها ، كان عليها عدة الطّلاق ولها الميراث»[2].

إلاّ أنّ للمالكية رأي آخر ، وهو أنّ العقد غير باطل ، بل ينعقد مع وجود الباعث غير المشروع ، إلاّ أنّه واجب الفسخ ، وهذا إذا لم يعلم البائع بقصد المشتري ، ويجبر هذا الأخير إخراجه من ملكه[3].

ورد في الشرح الصغير « وبيع مصحف أو جزئه وكتب حديث لكافر ،كتابي كان أو غيره ، والبيع صحيح على المشهور، وإن منع ولذا قال: وأجبر الكافر المشتري بلا فسخ للبيع على إخراجه عن ملكه ببيع أو عتق ناجز»[4].

وجاء في فتاوى الشّاطبي « وأمّا صنع الشّمع للنّصارى فإن كان لأنّهم يستعينون به علينا فيمنع ، وأمّا ما يعلم أنّهم يصنعونه لآلهتهم ، فينبغي ألاّ يصنع لهم ، ولا يباع منهم نظير ما قاله ابن القاسم في بيع الشّاة منهم مع العلم بأنّهم يذبحونها لأعيادهم ، فإنّه يكرهه كراهيّة تنزيه ، وأنّ البيع إن وقع لم يفسخ وهو في العتبية »[5].

بهذا نجد أنّ للمالكية في الاعتداد بالباعث رأيان :

---

[1] – المدونة الكبرى ، مالك بن أنس رواية سحنون بن سعيد ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1415هـ ،1994م ، ج3 ، ص435

[2] – المرجع نفسه ، ج2 ، ص86.

[3] – النظريات الفقهية ، ص244 .

[4] – الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، ج3 ، ص20.

[5] – فتاوى الإمام الشاطبي ، ابراهيم بن موسى الأندلسي ، تحقيق : محمد أبو الأجفان ، مطبعة الكواكب ، تونس ، ط2 ، سنة1406هـ ، 1985م ، ص146 ، 147 ، ويبدو أن هذا الكتاب هو فتاوى جمعت للإمام الشاطبي.

– **الأول** : أنّ العقد لاينعقد بتأثير الباعث غير المشروع ، ويقع باطلا ، إذا علم من الطرف الآخر .

– **الثاني** : أنّ العقد ينعقد ، ولكنّه واجب الفسخ إذا لم يعلم البائع بقصد المشتري ، بل يجبر على إخراجه من ملكه[1].

ولكن باستقراء أراء فقهاء المالكية في المسألة ، يمكن استنتاج أنّ الراجح عندهم هو الرأي الأوّل ، ومن ذلك ما ذكر سابقا من أقوال في إبطال العقود المتضمّنة لباعث غير مشروع ، وكذا إبطالهم لبيع العينة ، والهبة على رأس الحول لإسقاط وجوب الزّكاة ، وإبطال نكاح التحليل .

وهذا ما رجّحه الدريني حيث يقول :« نرجّح أنّ المذهب المالكي يميل إلى الأخذ بالنظرية الذّاتية»[2].

الحنابلة : يعتد الحنابلة بالباعث ولو لم يذكر في العقد ، إذا علم الطرف الآخر به ، ويكفي أن يستخلص – الباعث – من القرائن وظروف الحال لكي يعتبر ويؤخذ به ، فمن باع عصير عنب إلى شخص يتجر في الخمر ، فهذه قرينة على أنّ المشتري قد يستعمله خمرا، وإذا أهدى المقترض للمقرض شيئا قبل الأداء ، فيحمل هذا على الرّبا ، أو كأن يهدي الأعداء لأمير الجيش هدية ، فيحمل ذلك على الرشوة لو اختص به [3].

جاء في المغني : فإنما يحرم البيع و يبطل إذا علم البائع قصد المشتري ذلك ، إمّا بقوله ، وإمّا بقرائن مختصة به تدل على ذلك ... وهكذا الحكم في كل ما قصد به الحرام ، كبيع السلاح

---

[1] – النظريات الفقهية ، ص244 .

[2] – المرجع السابق ، ص244 .

[3] – الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون ،ص37 ، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج4 ، ص73.

لأهل الحرب ، أو لقطّاع الطّريق ، أو في الفتنة ، وبيع الأمة للغناء ، أو إجارتها كذلك ، أو إجارة داره لبيع الخمر فيها ، أو لتتّخذ كنيسة ، أو بيت نار ، وأشباه ذلك ، فهذا حرام ، والعقد باطل[1].

كما ورد في كتاب الفروع « ولا يصح بيع ما قصد به الحرام ، كعصير لمتخذه خمرا ، قطعا . نقل الجماعة : إذا علم . وقيل : أو ظنّا ، واختاره شيخنا»[2].

وفي كشّاف القناع : ولا يصح بيع ما قصد به الحرام ، كعنب وكعصير لمتخذها خمرا ... ولابيع سلاح ونحوه في الفتنة لأهل الحرب أو قطّاع طريق إذا علم البائع ذلك من مشتريه ، ولو بقرائن[3].

وبهذا نستنتج أنّ الحنابلة قد أخذوا بالنّزعة الذّاتية ، شأنهم في هذا شأن المالكية ، فهم مشتركون في إعمال الباعث ،حتى وإن لم يذكر في العقد .

الظاهرية : يرى الظاهرية فسخ العقد المشتمل على باعث غير مشروع بشرط علم الطرف الآخر به وهذا ما جاء على لسان ابن حزم : ولا يحلّ بيع شيء ممن يوقن أنّه يعصي الله به أو فيه ، وهو مفسوخ أبدا ، كبيع كلّ شيء ينبذ أو يعصر ممن يوقن أنه يعمله خمرا ، أو كبيع السّلاح أو الخيل ممن يوقن أنّه يعدو بها على المسلمين ، أو كبيع الحرير ممن يوقن أنّه يلبسه ، وهكذا في كلّ شيء ... فإن لم يوقن من ذلك فالبيع صحيح[4].

---

[1] – المغني ، ابن قدامة المقدسي ، تحقيق : عبد الله عبد المحسن التركي ، عبد الفتّاح محمد الحلو ، دار عالم الكتب ، ط3 ، سنة1417هـ ، 1997م ، ج6 ، ص319.

[2] – كتاب الفروع ، ابن مفلح المقدسي ، معه تصحيح الفروع لعلي المرداوي ، تحقيق: رائد بن صبري بن أبي علفة، بيت الأفكار الدولية ، عمّان ، الأردن ،سنة2004م ،ص872 .

[3] – كشّاف القناع على متن الإقناع ، منصور البهوتي ، تحقيق : محمد أمين الضّنّاوي ، عالم الكتب ، بيروت ، لبنان، ط1 ، سنة1417هـ ، 1997م ،ج2 ، ص488 .

[4] – المحلى ، علي بن حزم ، تحقيق: محمد منير الدمشقي، إدارة الطباعة المنيرية، سنة1351هـ ، ج9، ص29، 30.

وبهذا نجد الظاهرية قد أخذوا بالنزعة الذاتية ، مثل المالكية والحنابلة ، حيث يبطلون العقد المشتمل على باعث غير مشروع ، إذا علم الطرف الآخر به ، بل إنّ ابن حزم –رحمه الله – اشترط أن يكون هذا العلم إلى درجة اليقين ، فإذ لم يكن كذلك فالعقد عنده صحيح ، بخلاف أصحاب الرأي الأوّل الذين يأخذون بالنزعة الموضوعية ، حيث يرون أنّ العقد صحيح ما لم يذكر الباعث في العقد .

من خلال الآراء والأقوال السابقة نجد الفقهاء مختلفين في ضوابط الباعث ، فمنهم من اشترط للاعتداد بالباعث أن يكون منصوصا عليه صراحة في صلب العقد ، أو يمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد ، وهؤلاء هم الحنفية والشافعية ، أصحاب النّزعة الموضوعية ، ورأي آخر ذهب أصحابه إلى اعتبار الباعث إذا علم من الطرف المتعاقد الثاني أو بوجود قرائن يفترض معها هذا العلم ، وهذا هو مذهب المالكية والحنابلة ، أصحاب النّزعة الذّاتية ، ووافقهم الظاهرية في الشّطر الأوّل من هذا الشرط ، ورأي ثالث اكتفى أصحابه بمظنّة الباعث البعيدة ، فلم يشترطوا وجود الباعث غير المشروع في كلّ معاملة من المعاملات التي يكثر فيها هذا القصد ، اكتفاء بالكثرة دون غلبة الظّن عملا بالاحتياط الذّي يوجب اعتبار هذه الفكرة في مرتبة الأمور الظّنية الغالبة ، كما اشترط علم الطّرف الآخر بالباعث غير المشروع ، أو أن يكون بحيث يفترض فيه هذا العلم ، و هذا رأي بعض المالكية و منهم الشاطبي [1].

المبحث الثاني : علاقة نظرية الباعث بنظريات أخرى فقهية وقانونية.

من خلال استقراء بعض النظريات الفقهية و القانونية مثل نظرية التعسف في استعمال الحقّ ونظرية السبب نجد أنّها قد تشترك مع نظرية الباعث في بعض المبادئ والأفكار ، كما قد

[1] – نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص218.

تتطابق معها في بعض فروعها وجزئياتها ، وهذا ما سأدرسه في هذا المبحث من خلال مناقشة ثلاث نظريات هي : نظرية السبب ، نظرية الإرادة الظاهرة والباطنة ، ونظرية التعسف في استعمال الحق .

المطلب الأوّل : نظرية الباعث وعلاقتها بنظرية السبب .

عرفت نظرية السبب دراسات كثيرة ، تناولت مفهومها ، وتطورها التاريخي ، وشروط الأخذ بالسبب وآراء رجال القانون فيها ، وتطبيقاتها في أنواع العقود المختلفة ، وغير هذا من الجزئيات المتعلقة بهذه النّظرية ، وقد اقتصرت في دراستي هذه على مفهوم السبب ، والسبب في النظريتين القديمة والحديثة ، للوصول في الأخير إلى العلاقة بين هذه النظرية ونظرية الباعث ، وهذا هو الهدف المنشود ، فلم أتناول كلّ فروع وجزئيات نظرية السبب.

الفرع الأوّل : تعريف السبب .

لغة : ما توسّل به إلى الشيء ، وقد تسبَّبَ به إليه ، والجمع أسباب ، وأسباب السّماء مراقيها ، قال تعالى :﴿ مَن كَانَ يَظُنُّ أَن لَّن يَنصُرَهُ ٱللَّهُ فِي ٱلدُّنْيَا وَٱلْآخِرَةِ فَلْيَمْدُدْ بِسَبَبٍ إِلَى ٱلسَّمَآءِ ثُمَّ لْيَقْطَعْ فَلْيَنظُرْ هَلْ يُذْهِبَنَّ كَيْدُهُۥ مَا يَغِيظُ ﴿١٥﴾ ﴾ الحج: 15 ، والسبب الحبل والسماء السقف ، أي فليمدد حبلا في سقفه ثمّ ليقطع ؛ أي ليمدّ الحبل حتى ينقطع، فيموت منخنقا ، و السبب :كلّ شيء يُتوصّل به إلى غيره ، وجعلت فلانا سببا لي إلى فلان في حاجتي و وَدَجًا ؛ أي وُصلةً وذَريعةً .

وقوله تعالى :﴿ وَتَقَطَّعَتْ بِهِمُ ٱلْأَسْبَابُ ﴿١٦٦﴾ ﴾ البقرة: 166 قال ابن عباس : المودّة ، وقال مجاهد : تواصلهم في الدّنيا ، وقال أبو زيد : الأسباب المنازل ، وقيل المودّة .

والسبب : اعْتِلاَقُ قرابة ، وأسباب السّماء : نواحيها .

وقوله عزّوجلّ :﴿ لَّعَلِّيٓ أَبْلُغُ ٱلْأَسْبَٰبَ ﴿٣٦﴾ أَسْبَٰبَ ٱلسَّمَٰوَٰتِ ﴾ غافر: 36، 37

أبوابها ، وارتقى في الأسباب ؛ كان فاضل الدّين .

والسبب من الحبال : القوي الطويل ، وهو الحبل الذي يتوصل به إلى الماء ، ثمّ استعير لكلّ ما يتوصل به إلى شيء آخر كقوله تعالى: ﴿ وَتَقَطَّعَتْ بِهِمُ ٱلْأَسْبَابُ ﴿١٦٦﴾ ﴾البقرة: 166 الوصل و المودّات .

وقطع الله به السبب ؛ أي الحياة[1].

اصطلاحا : جاءت التعاريف الإصطلاحية للسبب متشابهة تقريبا ولكن بالتعبير عنه مرّة بالغرض ؛ كما في التعريف التّالي:

هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه [2].

نسب السنهوري في هذا التعريف السبب إلى الالتزام وليس إلى العقد ، وبهذا سار مع أصحاب النظرية التقليدية[3] التي وجهت لها انتقادات كثيرة ، وهو من بينهم .

أو التعبير عنه بالهدف كما جاء في التّعريف التّالي :

هو الهدف الذي من أجله التزم المدين[4].

وهذا التعريف هو الآخر نحا فيه صاحبه نحو التعريف السابق ، من حيث نسبة السبب إلى الالتزام ، إلاّ أنّه عاد فنسبه إلى العقد في موضع آخر ، حيث عرّفه بأنّه :

---

[1] – لسان العرب ، ج3 ، ص1910 ،1911 ، و المحكم والمحيط الأعظم ، ج8 ، ص424 ، والمخصص ، علي بن سيّده ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ج9 ، ص172 ، و ج12 ، ص224 .

[2] – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، عبد الرزاق السّنهوري ، أضاف حواشيها : عبد الباسط جميعي و مصطفى محمد الفقي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ط3 ، سنة1998م ، ج1 ، ص451 .

[3] – ستناقش لاحقا في ص27.

[4] – النظرية العامّة للإلتزام في مصادر الإلتزام (مع مقارنة بين القوانين العربية) ، توفيق حسن فرج ، الدّار الجامعية ، ط3 ، ص202 .

المصلحة التي يسعى المتعاقد إلى الحصول عليها من العقد ، أو الغرض الذي يقصد الوصول إليه من طريق العقد[1].

أو اعتباره المقصد كما في تعريف وهبة الزحيلي ، فقد عرّفه بقوله :

السبب في الفقه الإسلامي هو المقصد الأصلي للعقد أي مجموع الآثار المتولّدة التي دفعت العاقد إلى التعاقد[2].

هذان التعريفان الأخيران نسبا السبب إلى العقد ، وهذا ما يؤخذ به في القانون اليوم ، وهو ما جاءت به النظرية الحديثة للسبب ، والتي تعتبره –كما سيأتي – سببا للعقد .

فالسبب إذا هو الغاية التي يسعى المتعاقدان للوصول إليها من خلال التعاقد .

والسبب قد يكون مباشرا أو غير مباشر[3]، فالبائع مثلا ، يسعى إلى الحصول على الثمن ، والمشتري يسعى إلى الحصول على السلعة ، وهذا ما سماه بعض فقهاء القانون السبب المباشر ، ولكن قد يسعى المتعاقدان ، أو أحدهما من خلال العقد ، إلى تحقيق غرض خفي، غير معلن عنه وهذا ما سماه البعض الآخر من فقهاء القانون بالسبب المباشر ، و هذان الرأيان كانا محور نظريتين مختلفتين حول السبب هما النظرية التقليدية والنظرية الحديثة .

الفرع الثاني: النظرية التقليدية :

لم يول القانون الروماني للسبب في بداية الأمر أيّ قيمة في إنشاء أو إبطال العقود ، لأنّ العقود كانت شكلية ، ثم أخذ هذا القانون يتطوّر مع انتشار التجارة ، فبدأ ظهور عقود غير شكلية كعقود التبرع والعقود العينية والعقود الرضائية ، وأكثر هذه العقود تتدخل الإرادة في تكوينها فصار يعتد بالإرادة في العقود ، والإرادة لابد لها من سبب وبالتالي

---

[1] – المرجع نفسه ، ص202 ، 203 .

[2] – الفقه الإسلامي وأدلّته ، ج4 ، ص184.

[3] – النظرية العامّة للالتزام في مصادر الالتزام ، ص203 .

البحث عن السبب[1] الذي تتجه إليه الإرادة ، وهكذا ظهرت النظرية التقليدية[2].

ومضمون هذه النظرية ؛ أنّ العقد يكون تاما صحيحا إذا توفر فيه الرّضا والمحل والأهلية[3].

ويسمي أصحاب هذه النظرية السبب بتسميات متعددة كلها تعبر عنه ، فيسمونه أحيانا الغرض القريب المباشر أو السبب القصدي أو سبب الالتزام أو السبب الإنشائي[4] كما يطلق عليه السبب الفني[5].

و السبب في هذه النظرية يختلف باختلاف أنواع العقود حيث يختلف من عقد لآخر ، وإن كانت تعتبره داخلا في تكوين العقد ، وركنا من أركانه ، ولا يختلف باختلاف الأفراد ، ففي العقود التبادلية (الملزمة لجانبين) ، سبب الالتزام[6] هو التزام كل متعاقد من المتعاقدين ، ففي عقد البيع مثلا ، فالسبب هو التزام البائع بنقل ملكية المبيع ، والتزام المشتري بدفع الثمن والعكس[7] .

---

[1] – ينسب السبب في هذه النظرية إلى الالتزام ، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري) ، علي علي سليمان ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط8 ، سنة2008م ، ص75 ، والنظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام ، ص219 ، والفقه الإسلامي وأدلّته ، ج4 ، ص184 ، 185 .

[2] – النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري) ، ص73 ، و التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، محمد وحيد الدين سوار ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان ، الأردن ، ط2 ، سنة1998م ، ص471 ، والوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج1 ، ص 455 – 460.

[3] – النظرية العامّة للالتزام في مصادر الالتزام ، ص203 ، بالهامش .

[4] – المرجع نفسه ، ص204 ، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج4 ، ص16 ، والنظرية العامّة للالتزام (مصادر الالتزام) ، نبيل إبراهيم سعد ، دار المعرفة الجامعية ، سنة1994م ، ج1 ، ص173 ، 174.

[5] – التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، ص471 .

[6] – سماه عالما القانون الفرنسي القديم ؛ دوما وبوتييه ، الالتزام المقابل . النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري) ، ص74 .

[7] – التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص472 ، والنظرية العامّة للإلتزام (مصادر الإلتزام) ، ج1 ، ص174، 175 ، و النظرية العامّة للإلتزام في مصادر الإلتزام ، ص206 ، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج4، ص17.

وفي العقود الملزمة لجانب واحد ، إذا كان عينيا[1] (قرض ، عارية ، وديعة ، رهن حيازة) ، فالسبب هو تسليم الشيء المتعاقد عليه أو القيام بالأداء ، أمّا في عقود التبرّع (كالهبة مثلا) فالسبب هو نية التبرع ذاتها[2].

شروط السبب في النظرية التقليدية : يشترط أصحاب هذه النّظرية في السبب ثلاثة شروط هي: – أن يكون موجودا .

– أن يكون صحيحا .

–أن يكون مشروعا [3].

وفيما يلي تفصيل ذلك :

1– شرط وجود السبب : فكل التزام يفترض أن يكون له سبب ، فإذا انعدم السبب ، انعدم ، أو بطل مع الالتزام ، وينعدم السبب في حالات : كإكراه أحد المتعاقدين على الإقرار بسبب غير موجود ، كالقرض أو الدين ، ففي مثل هذه الحالة يكون العقد باطلا لانعدام السبب ، وينعدم أيضا في حال العقود الاحتمالية [4] .

ولا يمكن اعتبار وجود السبب شرطا يجب توفره في الشيء ، بل هو الشيء ذاته[5] .

---

[1] – « هو عقد يلتزم به شخص ، ضمانا لدين عليه أو على غيره ، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي ، يعينه المتعاقدان ، شيئا يرتب عليه للدائن ، حقا عينيا ، يخوله حبس الشيء ، إلى أن يستوفي الدين ». المادة 948 من القانون المدني الجزائري ، دار الجزيرة للنشر والتوزيع ، سنة2010 ، 2011م ، ص182 .

[2] – النظرية العامّة للإلتزام في مصادر الإلتزام ، ص207 ، والنظرية العامّة للإلتزام (مصادر الإلتزام) ، ج1 ، ص175 ، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج4 ، ص17 ، والتعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص472 ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج1 ، ص479.

[3] – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،ج1 ، ص481 ، والنظرية العامّة للالتزام في مصادر الالتزام ، ص208، والنظرية العامّة للالتزام (مصادر الالتزام)، ج1 ، ص175 ، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج4 ، ص18.

[4] – هي العقود التي يكون السبب فيها احتمال المكسب والخسارة في كل من الجانبين كعقد التأمين مثلا. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج1 ، ص482 ، ذكر هذا في الهامش .

[5] – مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج4 ، ص18 ، والوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج1 ،ص481 .

2 – شرط صحة السبب : وتتجلى عدم صحة السبب في حالتين هما : السبب المغلوط أو الموهوم ، والسبب الصوري [1].

فالسبب الموهوم ؛ كتخارج وارث مع شخص يعتقد أنّه وارث معه ، ثمّ يتضح أنّه غير وارث بعد أن يعطيه مبلغا من المال حتى يتخلّى عن نصيبه في التركة ، فهذا العقد باطل لأنّ له سبب موهوم [2].

أمّا السبب الصوري ؛ فكأن يتفق زوج عليه ديون مع زوجته على أن يبيعها شيئا من ماله بغرض الفرار من دائنيه ، على أن لا أثر لهذا البيع ، وبهذا يكون العقد منعدما لعدم وجود سبب الالتزام [3].

3 – شرط مشروعية السبب : السبب المشروع هو الذي لا يحرمه القانون ، ولا يكون مخالفا للنّظام والآداب العامّة [4]، كتعهد شخص لآخر بارتكاب جريمة مقابل مبلغ من النقود فالتزام الشخص الأوّل بارتكاب جريمة سبب غير مشروع [5].

نقد النظرية التقليدية : تعرضت هذه النظرية لعدة انتقادات منها ، أنّها غير صحيحة وغير مفيدة ، ويمكن الاستغناء عنها ، كما أنّ السبب يختلط بالمحل في العقود الملزمة لجانبين ،

---

[1] – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1 ، ص482 ، 483 ، والنظرية العامّة للالتزام في مصادر الالتزام ، ص208 ، والنظرية العامّة للالتزام (مصادر الالتزام)، ج1، ص176 ، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي،ج4 ، ص19 .

[2] – مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج4 ، ص19 ، والنظرية العامّة للالتزام في مصادر الالتزام ،ص210 ، والنظرية العامّة للالتزام (مصادر الالتزام) ، ج1 ، ص176 ، والوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، ص483.

[3] – النظرية العامّة للالتزام (مصادر الالتزام) ، ج1 ، ص176.

[4] – النظرية العامّة للالتزام (مصادر الالتزام) ،ج1، ص176 ، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج4، ص20 ، والنظرية العامّة للالتزام في مصادر الالتزام ،ص213 ، والوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج1 ، ص484 .

[5] – مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج4 ، ص20 ، النظرية العامّة للالتزام (مصادر الالتزام) ، ج1 ،ص176.

وبالرضاء في عقود التبرع[1].

يمكن القول من خلال استقراء هذه النّظرية ، بأنّ السبب والباعث شيئان مختلفان ، ولا توجد أيّ علاقة بينهما ،كما أنّ هذه النظرية لم تحدد السبب بشكل واضح ودقيق ، فما اعتبرته سببا هو في حقيقة الأمر أحد أركان العقد[2] التي لا قيام ولا وجود للعقد بدونها ، فهو يختلف باختلاف نوع العقد ، ففي العقود الملزمة لجانبين التي تعتبر السبب التزام كل واحد من المتعاقدين ، هو في حقيقة الأمر ركن الصيغة ، وفي العقود العينية التي يعتبر السبب فيها هو التسليم ، هو عبارة عن ركن المعقود عليه ، وفي عقود التبرع التي سببها نية التبرع ، هذا أيضا عبارة عن شرط من الشروط المتعلقة بالعاقدين وهو الرضا .

فالسبب في هذه النّظرية ليس ركنا متميزا فلا معنى ولا ضرورة له ، بل هو بهذا المعنى تعبير عن الإرادة وليس سببا [3].

الفرع الثالث: النّظرية الحديثة .

يسمّى السبب في هذه النّظرية بسبب العقد[4] ، أو السبب المصلحي ، أو سبب السبب ، أو السبب الدافع أو الباعث [5].

وقد عرّف فقهاء القانون السبب تعاريف متطابقة تقريبا ، حيث اعتبروا السبب بأنّه الباعث الذي دفع المتعاقدين إلى إبرام العقد ، وهذه بعضها :

---

[1] – مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج4، ص22 ، النظرية العامّة للالتزام (مصادر الالتزام) ،ج1 ، ص177 ، و الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،ج1 ،ص486 ،487.

[2] – أركان العقد هي : العاقدان ، الصيغة ، المعقود عليه ، الفقه الإسلامي وأدلّته ، ج4 ، ص92 .

[3] – التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص482 ، و الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،ج1 ،ص486.

[4] – العقد هو توافق إرادتين على وجه ينتج أثره الشرعي ، الفقه الإسلامي وأدلّته ، ج4 ، ص188.

[5] – الفقه الإسلامي وأدلّته ، ج4 ، ص185 ، والتعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص475، والنظرية العامّة للالتزام في مصادر الالتزام ، ص218.

«السبب هو الباعث أو الدافع الشخصي الذي يحمل المتعاقد على إنشاء العقد»[1].

وورد في تعريف آخر: «السبب هو الباعث الذاتي أو الدافع البعيد الذي دفع العاقد إلى العقد» [2] وبنفس هذين التعريفين عرف علي سليمان و السنهوري السبب [3].

وفي تعريف ثالث : «السبب هو الباعث الدافع الموجّه للملتزم في أن يلتزم »[4] .

نجد من خلال هذه التعاريف ، أنّ السبب والباعث شيء واحد في هذه النّظرية ، بل إنّها خلطت بينهما خلطا تامّا في سائر العقود ، حيث تجد أنهم كلما عرفوا السبب إلاّ وذكروا معه الباعث[5].

شروط السبب في النظرية الحديثة : وضع فقهاء القانون للسبب شرطين : أن يكون مشروعا ، وأن يكون الطرف الآخر على علم به [6]، وقد اقتصر بعضهم على شرط واحد ؛ وهو أن يكون مشروعا[7].

ويقصد بالمشروعية في السبب ألّا يكون مخالفا للآداب و النّظام العام ولا يحظره القانون ، وهذا ما ورد في أحد التعاريف للسبب غير المشروع بأنّه :

الدافع غير المشروع ، أو اللاخلقي الذي حتم الرضا[8].

---

[1] – النظرية العامّة للالتزام في مصادر الالتزام ، ص218 ، 219 .

[2] – الفقه الإسلامي وأدلّته ، ج4 ، ص185 .

[3] – النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري) ص75، و مصادر الحق ،ج4 ، ص25 .

[4] – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج1 ، ص497 .

[5] – المرجع السابق ، ج1 ، ص497 .

[6] – مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج4 ، ص27 ، والنظرية العامّة للالتزام (مصادر الالتزام) ، ج1 ، ص181.

[7] – النظرية العامّة للإلتزام في مصادر الإلتزام ،ص220.

[8] – النظرية العامّة للإلتزام في مصادر الإلتزام ،ص218 ، والمطوّل في القانون المدني (تكوين العقد) ، جاك غاستان ، ترجمة : منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع ، بيروت ، لبنان ، ط1،سنة2000م ، 1420هـ ، ص1003.

ومن الأمثلة على هذا ، كراء شقة لممارسة الدعارة ، والاقتراض للعب القمار[1] .

أمّا بالنسبة للشرط الثاني ، وهو علم الطرف الآخر بالسبب غير المشروع ، فقد وقع اختلاف بين فقهاء القانون ، حول هل يكفي علم الطرف الآخر حتى يمكن إبطال العقد ، أم ينبغي أن يكون الطرفان متفقين عليه ، أم يشترط أن يكون الطرف الآخر مساهم في الباعث غير المشروع [2].

فحسب كابيتان- عالم القانون الفرنسي- لا يُعتد بالباعث إلاّ إذا كان متفقا عليه بين المتعاقدين ، أما أنصار النظرية الحديثة للسبب فلا يقولون بهذا الشرط ، بل هم منقسمون بين اشتراط علم الطرف الآخر ومرتبة المساهمة [3].

لقد أخذت القوانين اللاتينية ، مثل القانون الإيطالي والقانون الفرنسي[4]، بنظرية السبب الحديثة ، وهم بهذا يتفقون مع المالكية والحنابلة والظاهرية- أصحاب النزعة الذاتية- الذين يعملون الباعث غير المشروع في إبطال العقد غير المشروع ، أما القانون الألماني- ذو النزعة الموضوعية-[5] فإنه خالفهم في هذا الرأي ، فهو لا يعتدّ بالباعث غير المشروع إلا إذا كان مصرحا به في العقد ، وهو بهذا يتفق مع المذهبين الحنفي والشافعي .

وقد ذهب المشرع الجزائري إلى القول بازدواجية السبب ، فمرة ينسبه إلى الالتزام (المعنى

---

[1] – المطول في القانون المدني ، ص1004 ، و النظرية العامّة للإلتزام (مصادر الإلتزام) ، ج1 ، ص183 .

[2] – مثال هذا أن يقرض شخص صديقه مبلغا من المال ، وهو يعلم أن هذا الصديق يمارس القمار ، فهذه مرتبة العلم ، وقد يكون المقرض ممن يقرضون بفائدة ، فيقرضه قرضا بفائدة ، مع علمه بأنه سيستعمله في لعب القمار ، فهذه مرتبة المساهمة ، وقد يكونان كلاهما مقامرين ، فيقرضه للاستمرار في اللعب ، فهذه مرحلة الاتفاق . الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج1 ، ص499 .

[3] – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج1 ، ص499 ، و مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج4 ، ص27.

[4] – مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج4 ص31 ، 32.

[5] – المرجع نفسه ، ج4 ، ص33 ، والتعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص481 .

التقليدي) ، وينسبه مرة أخرى إلى العقد (بمعنى الباعث)[1] .

ففي الفقرة الأولى من المادة 98 من القانون المدني ، اعتبره سببا للالتزام حيث جاء فيها: «كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك » ، ثم عاد في الفقرة الثانية من المادة نفسها، فاعتبره سببا للعقد في قوله :

« ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي ، حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ».

ثم عاد مرة أخرى في الفقرة نفسها ، فأسند السبب للالتزام بقوله :

«فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه»[2].

خلاصة القول: أن هذه النظرية في مفهومها للسبب اعتبرته متطابقا مع الباعث وهذا ما ورد في التعريفات السابقة من اعتباره–السبب– الباعث أو الباعث الذاتي أو الباعث الدافع، وورد أيضا في الشرط الثاني للسبب ؛ وهو علم الطرف الآخر به ، و هذا نفسه ما اشترطه الحنفية و الشافعية في الباعث .

المطلب الثاني : نظرية الباعث وعلاقتها بنظريتي الإرادة الظاهرة والباطنة .

من أركان العقد الصيغة ، وهي الإيجاب والقبول ، ولما كان هذا الأمر باطنيا خفيا ، كان لزاما إظهاره بما يدلّ عليه من قول أو فعل أو ما يقوم مقامهما ، فإذا اتفق هذا الأمر مع نية المتعاقدين ، نشأ العقد ، ولكن قد يحدث ألّا يتطابق التعبير عن الإرادة مع النية ، فما حكم العقد في هذه الحالة ؟ هل نحكم عليه من خلال النية ، أم أنّه لابدّ من التعبير؟

من هنا ظهرت في الفقه الإسلامي ، ثمّ في الفقه الغربي نظريتان هما نظريتا الإرادة الظاهرة

---

[1] – النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري) ، ص75.

[2] – القانون المدني الجزائري ، ص22.

والباطنة ، وهذا المصطلح يستعمله فقهاء القانون ، أمّا فقهاء الإسلام فيعبّرون عنه بمصطلح الإرادة والعبارة[1].

الفرع الأول :تعريف الإرادة .

لغة : مأخوذة من رَوَد : أي الطلب ، وراد الكلأ يروده رودا وريادا ، وارتاده ارتيادا ،أي طلبه ، والإرادة : المشيئة[2].

و أَرَاد الشيء : شاءَه وأحَبّه وعَنِيَ به، وأراد فلان على الأمر: حمله عليه [3].

اصطلاحا : هي في الأصل :

قوة مركبة من شهوة وحاجة وخاطر وأمل ، ثمّ جعلت اسما لنزوع النفس إلى شيء مع الحكم فيه أنّه ينبغي أن يفعل أو أن لا يفعل [4].

وهذا تعريف للإرادة بشكل عام ، وقد تعددت التعاريف على هذا المنوال ، أمّا فيما يخص تعريفها في باب العقود فلم أقف – في حدود علمي – إلا على بعض التعريفات ، منها أنّها : القوة المولدة للعقد [5].

والإرادة في مجال العقود نوعان : ظاهرة و باطنة.

الفرع الثاني: الإرادة الظاهرة.

هي كل ما يدل على نية المتعاقدين في إنشاء العقد ويظهرها من تعبير أو فعل أو ما يقوم

---

[1] – المدخل للفقه الإسلامي تاريخه ومصادره ونظرياته العامّة ، محمد سلام مذكور ، دار الكتاب الحديث ، ط2 ، سنة 1996م ص568 ، والشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود ، بدران أبو العينين بدران ، مؤسسة شباب الجامعة ، ص405.

[2] – القاموس المحيط ، ص284 ، و الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، ج2 ، ص478.

[3] – لسان العرب، ج3 ، ص1772 ، و المحكم والمحيط الأعظم ،ج9 ، ص423 ، و المعجم الوسيط ، ص381.

[4] – الكليات معجم في المصطلحات و الفروق اللغوية ، ص74.

[5] – الفقه الإسلامي وأدلّته ، ج4 ، ص188.

مقامهما [1] ، وكل ما دلت عليه قرائن الأحوال والأعراف ، كأن يؤجّر شخص مسكنا ولم يتفق مع المؤجّر على كيفية الانتفاع به ، فلا بد من الرجوع إلى العرف في تحديد ذلك ، فالعرف يقتضي أنّ أي شخص يستأجر مسكنا ،فإنّ غرضه أن يسكنه هو وأهله ، ويستقبل فيه كلّ من يزوره[2].

ومن بين من أخذ بهذه النظرية من المذاهب الفقهية ، الشافعية [3].

ويميل إلى هذا الرأي الحنفية في فروعهم المختلفة [4].

وذهب بعض الفقهاء إلى أن الفقه الإسلامي ككل قد أخذ بهذه النظرية[5].

ولعلّ – فيما يبدو لي – ما قاله الدريني أفضل خلاصة لهذه الآراء ، حيث قال :«إنّ الأصل في صيغة العقد في الفقه الإسلامي الأخذ بالإرادة الظاهرة ، إذا كانت هذه الإرادة واضحة ، فإن تمحّضت الصيغة للحال انعقد العقد ، وإن تمحّضت للاستقبال لا ينعقد ، أمّا إذا كانت الصيغة محتملة غير واضحة بأن احتملت الحال والاستقبال ، تعيّن الأخذ حينئذ بالإرادة الباطنة ، و الرجوع إلى النية »[6]. أمّا من جانب الفقه الوضعي فقد أخذ بهذه النظرية القانون الألماني [7].

---

[1] – المرجع نفسه ، ج4 ، ص189 ، والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، ص300 .

[2] – ضوابط العقد في الفقه الإسلامي ، عدنان خالد التركماني ، دار الشروق للنشر و التوزيع ، ط1 ، سنة 1401هـ ، 1981م ، ص147 ، 148 .

[3] – المدخل للفقه الإسلامي تاريخه ومصادره ونظرياته العامّة ، ص553 ، وص568 ، والملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، ص243.

[4] – الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، ص246.

[5] – مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج6 ، ص34 ، والتعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص303.

[6] – النظريات الفقهية ، ص265 .

[7] – مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج4 ، ص 33 ، وقاعدة الأمور بمقاصدها (دراسة نظرية وتأصيلية) ، يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين ، مكتبة الرشد ، الرياض ، ط1 ، سنة 1419هـ ، 1999م ، ص131 .

حجة أصحاب هذه النظرية : يرى أنصار هذه النظرية أنّ إرادة المتعاقد شيء خفي لا يمكن الاطلاع عليه إلاّ من خلال التعبير عنه أو ما يقوم مقام ذلك ، كما أنّ البحث في النّيات وخفايا الأنفس يهدم الطمأنينة في النّفوس ، ويفقد الثقة في الألفاظ و المعاملات ، والعمل بالإرادة الظاهرة يؤدي إلى استقرار التعامل ، والبعد عن مواطن النزاع [1].

واستدلّوا بقاعدة: «المعتبر في أوامر الله المعنى ، والمعتبر في أوامر العباد الاسم واللفظ »[2]، وفسّروا قاعدة : «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني ، لا للألفاظ والمباني» بأنّ المبنى يقصد به المعنى الحرفي ، والمعنى هو الإرادة الظاهرة وهو مدلول العبارة التي أنشئ بها العقد[3].

الفرع الثالث: الإرادة الباطنة.

هي النية أو القصد[4]، أو هي : «قصد العقد و الرغبة في إنشائه ، مع الرضا بما يترتب عليه من آثار»[5].

وتقوم هذه النظرية على أنّ الإرادة أساس التصرف ، وعليها الاعتماد وهي التي يعتد بها ، وأمّا التعبير ؛ فهو وسيلة تكشف عمّا تنطوي عليه الإرادة الحقيقية [6].

---

[1] – قاعدة الأمور بمقاصدها (دراسة نظرية وتأصيلية)، ص131، و المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، ص304 ، و ضوابط العقد في الفقه الإسلامي ، ص148 ، و التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص281 ، 304 ، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج4 ، ص34 ، 35 .

[2] – غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر ، أحمد الحموي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة 1405هـ ، 1985م ، ج2 ، ص266 .

[3] – التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص555 ، 557.

[4] – الفقه الإسلامي وأدلّته ، ج4 ، ص189 ، و المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية و العقود فيه ، محمد مصطفى الشلبي ، مطبعة دار التأليف ، سنة 1382هـ ، 1962م ، ص402 .

[5] – النظريات الفقهية ، ص367.

[6] – النظرية العامّة للإلتزام (في مصادر الإلتزام) ، ص83 ، والتعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص281 ، والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، ص300 ، و قاعدة الأمور بمقاصدها (دراسة نظرية وتأصيلية) ، ص129 .

وقد أخذ بهذه النظرية كلّ من الحنابلة و المالكية [1] كما أخذت بها التشريعات اللاّتينية ، وعلى رأسها القانون الفرنسي[2].

حجة أصحاب هذه النظرية: يرون أنّ العقد لا ينعقد إلاّ إذا كان في نيته وإرادته الالتزام بذلك[3]،كما أنّ الألفاظ ماهي إلا ترجمة لما في النفس من الأغراض و النيات ، فإذا ثبت خلاف ما وضعت له بقرينة من القرائن لم تكن معبّرة عمّا جعلت دليلا عليه فلا تعتبر[4]، لأن العبرة في ترتب الأحكام تكون بما انعقد عليه العزم وتحقق به الرضا والقصد إلى السبب وليس على الألفاظ إذ الأعمال بالنيات[5].

وقد اعتبر بعض الفقهاء أنّ الإرادة الظاهرة ليست دليلا قاطعا على الإرادة ، وسمّاها مظنّة ، لأنّه قد يوجد دليل قاطع أو قرينة قوية تبطلها ،كأن تصدر من صبي غير مميّز أو مجنون[6] .

ودليل آخر هو أنّ الأعمال إنّما تعتبر صحيحة أو فاسدة أو مقبولة تترتب عليها آثارها ، أو مرفوضة ،كلّ هذا يكون على أساس النيات.

واستدلّوا أيضا بقاعدة « العبرة في العقود للمقاصد و المعاني ، لا للألفاظ والمباني»[7] .

و حديث «إنّما الأعمال بالنيات»[8].

---

[1] – الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود ، ص405 ، والمدخل للفقه الإسلامي (تاريخه ومصادره ونظرياته العامّة) ، ص562 ، و المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ، ص421 ، 422 .

[2] – النظرية العامّة للإلتزام (في مصادر الإلتزام) ، ص83 ، و قاعدة الأمور بمقاصدها ، ص129 ، 130 .

[3] – التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص282 .

[4] – المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ، ص421 .

[5] – المدخل للفقه الإسلامي تاريخه ومصادره ونظرياته العامّة ، ص568 ، و الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود ، ص405.

[6] – النظريات الفقهية ، ص294 .

[7] – قاعدة الأمور بمقاصدها (دراسة نظرية وتأصيلية) ، ص130 .

[8] – رواه البخاري في صحيحه ،كتاب بدء الوحي ، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلّم ، الحديث رقم1 ، ج1 ، ص13، وسيأتي بتمامه في الصفحة الموالية.

وقد أخذ المشرّع الجزائري بكلا النظريتين [1]، فقد جاء في المادة 111من القانون المدني: «إذا كانت عبارة العقد واضحة ، فيجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين ، أمّا إذاكان هناك محلّ لتأويل العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف الجاري في المعاملات»[2].

فقد أخذ بالإرادة الظاهرة إذا كانت العبارة لا تحتمل أي شك في معناها ، ثم بالإرادة الباطنة ، إذا شاب عبارات العقد إبهام أو غموض[3].

ويمكن القول أنّه لابد من الاعتداد بالإرادة الظاهرة ، لأنّه لا يمكن الاطلاع على النيّات ، ولأجل استقرار المعاملات ، مالم تظهر النية أو يعلن عنها ، فهنا ينبغي الرجوع إلى الإرادة الباطنة والاعتداد بها ، لأنّ المسلم مطالب باتّباع الشرع وتعاليمه التي تدعوا إلى اعتبار النية في كل الأعمال ، حيث يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : «إنّما الأعمال بالنيات ، وإنّما لكلّ امرئ ما نوى ، فمن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها ، أو إلى امرأة ينكحها ، فهجرته إلى ما هاجر إليه»[4] ، وفي هذا يقول الإمام ابن قيم الجوزية : «وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها ، أنّ المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات كما هي معتبرة في التقرّبات والعبادات ، فالقصد والنية والاعتقاد ، يجعل الشيء حلالا أو حراما و صحيحا أو فاسدا وطاعة أو معصية ، كما أنّ القصد في العبادة يجعلها واجبة أو مستحبة أو محرّمة أو صحيحة أو فاسدة»[5].

---

[1] – النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري) ، ص33 .

[2] – القانون المدني الجزائري ، ص26 .

[3] – النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري) ، ص102 .

[4] – سبق تخريجه في الصفحة 33 .

[5] – إعلام الموقعين عن رب العالمين ، ج4 ،ص499 ، 500 .

علاقة الباعث بنظريتي الإرادة الباطنة والظاهرة: يوجد بين الباعث وبين هاتين النظريتين صلة ، لدرجة أنّ بعض الباحثين جمع بينهما في عنصر واحد واعتبرهما شيئا واحدا ، مثل ابن القيم ، و وهبة الزحيلي ، وعبد الله الجليلي[1].

والباعث هو الغرض غير المباشر الذي اتجهت إليه الإرادة، كما أنّه قد يكون جزء من التعبير عنها ، وهنا يأخذ القاضي بالإرادة الظاهرة ، وما تحويه من بواعث ، ويقف عندها [2].

كما أنّ الباعث يلتقي مع الإرادة الباطنة في أنّهما أمر نفسي متعلّق بالنية ، ويعتد بهما في مجال العقود ، إمضاء وإبطالا ، ويلتقي مع الإرادة الظاهرة في أحد حالاتها[3] التي لا تتطابق فيها مع النية (الإرادة الباطنة) وهي حالة القصد غير المشروع ؛ أي حالة صدور العبارة ، وأريد بها تحقيق غرض خفي غير معلن في العقد .

المطلب الثالث : علاقة نظرية الباعث بنظرية التعسف في استعمال الحق

لقد كرّم الله الإنسان بجملة من النعم ، ومن هذه النعم ، جعل له حقوقا يتمتّع بها ، وهذا لكلّ إنسان ، ولكنه قد يستعمل هذه الحقوق استعمالا خاطئا فيتعدى حدود حقوقه على حساب غيره فيكون متعسفا ، وهذا ما سأناقشه في هذا المطلب.

---

[1] – الفقه الإسلامي وأدلّته ، ج4 ،من ص185– 188 ، و التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص531 ، 532 ، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج4 ، ص33 .

[2] – المرجع السابق ، ج4 ، ص33 ، و التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص516 ، 517 .

[3] – هي حالات يحدث فيها خلل في الإرادة ، أو عدم تطابق الإرادتين الظاهرة والباطنة وهي حالات : السكر والنوم والجنون و عدم فهم العبارة كالأعجمي والتعلم والتعليم والتمثيل والهزل والاستهزاء والخطأ في العبارة والإكراه والتلجئة أو المواضعة والقصد غير المشروع ، الفقه الإسلامي وأدلّته ج 4 ، من ص190– 195 ، والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، ص300 – 303 .

الفرع الأول :تعريف التعسف .

لغة : العسْفُ : الظلم ، وتَعسَّفَ فلان فلانا : إذا ركبه بالظلم ولم ينصفه[1]، و العَسْف : الأخذ على غير الطريق[2]، وعسَفَ الطريق: سار فيه على غير هدى ، ويقال عسَفَ عنه: أي عدل وحاد ، وعسَفَ في الأمر : سار فيه بلا روية و لا تدبر، وعَسَفَ فلانا: أخذه بالعنف والقوة وظلمه[3] ، والعَسُوف : الظلوم التارك للعدل[4].

اصطلاحا : هو ارتكاب ما لايجوز ، ويطلق على ارتكاب مالا ضرورة فيه[5].

يبدو أن هذا التعريف ، وسع من معنى التعسف ، حيث جعله يشمل كل محرم.

وبالنظر إلى معناه لغة ، يمكن القول بأنّه: الأخذ على غير الطريق الصحيح.

الفرع الثاني : تعريف الحق.

لغة : الحقُّ خلاف الباطل ، وحقَّ الشيء : وَجَب[6] ، والحقُّ: اسم من أسماء الله تعالى ، والأمر المقضي ، والعدل ، والإسلام ، و المال ، والملك ، والموجود الثابت ، والصدق[7].

اصطلاحا : جاءت تعريفات الفقهاء القدامى للحق تدور في غالبها حول معناه اللغوي[8]، وأمّا الفقهاء المعاصرين فقد تطرقوا له بتعريفات مختلفة ، وهذه بعضها :

---

[1] – لسان العرب ، ج4 ، ص2943 ، و المنجّد في اللغة ، علي بن الحسن الهنائي ، تحقيق : أحمد مختار عمر ، ضاحي عبد الباقي ، عالم الكتب ، القاهرة ، ط2 ، سنة1988م ، ج2 ، ص266.

[2] – الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، ج4 ، ص1403.

[3] – المعجم الوسيط ، ص600 .

[4] – مجمل اللغة ، أحمد بن فارس ، تحقيق : عبد المحسن سلطان ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط2 ، سنة1406هـ ، 1986م ، ج3، ص667 .

[5] – الكليات ، ص294 .

[6] – الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ج4 ، ص1460 ، 1461 ، والمحكم والمحيط الأعظم ، ج2 ، ص472.

[7] – القاموس المحيط ، ص874.

[8] – النظريات الفقهية ، ص117.

هو اختصاص يقرّ به الشرع سلطة على شيء، أو اقتضاء أداء من آخر ، تحقيقا لمصلحة معينة[1].

وهناك تعريف قريب من هذا التعريف ، ورد فيه أنّ الحق هو:

اختصاص يقرّ به الشرع سلطة أو تكليفا [2].

تمّ تأسيس هذين التعريفين على أساس أنّ الحق منحة من الشرع للشخص لتحقيق مصلحة معينة[3] .

الفرع الثالث : تعريف التعسف في استعمال الحق [4] .

أن يمارس الشخص فعلا مشروعا في الأصل بمقتضى حق شرعي ثبت له- بعوض أو بغير عوض- أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعا ، على وجه يلحق بغيره الإضرار ، أو يخالف حكمة المشروعية[5].

وقد ذكر في التعريف محترز : فعلا مشروعا و إباحة مأذون فيها شرعا ، تمييزا للتعسف عن التعدّي ، أو الفعل الضّار ، الذي يكون فيما هو غير مشروع [6].

الفرع الرابع : معايير التعسف في استعمال الحق .

1-**تعمد الإضرار** ، فإذا قصد الشخص من استعماله لِحَقِّه ، إلحاق الضرر بالغير كان متعسفا ووجب منعه ، كالرجعة بقصد تطويل مدة العدة.

---

[1] – المرجع نفسه ، ص123.

[2] – الفقه الإسلامي وأدلّته ، ج4 ،ص9 ، وقد نسب هذا التعريف للأستاذ مصطفى الزرقاء .

[3] – النظريات الفقهية ، ص123.

[4] – لم يستعمل فقهاء الإسلام مصطلح التعسف ، ولكن استعملوه بمصطلحات أخرى ، مثل الاستعمال المذموم ، الموافقات ، ج3 ، ص507 ، فالتعسف مصطلح حديث استعمله فقهاء القانون الوضعي .

[5] – النظريات الفقهية ، ص129 ، ونظرية التعسف في استعمال الحق ، ص46 ، 47

[6] – الفقه الإسلامي وأدلّته ، ج4 ، ص29.

2- **القصد أو الباعث غير المشروع** ، بأن يقصد من استعمال حقه تحقيق غرض غير مشروع ، مخالف لما يراد تحقيقه من العقد[1].

3- **إلحاق ضرر عام أكبر من مصلحة صاحب الحق** ، وصورته تلقي الركبان[2]، وبيع الحاضر للبادي[3].

4- **استعمال الحق بشكل غير معتاد ممّا يلحق بالغير ضررا** ، كاستئجار سيارة أو دابّة وتحميلها فوق طاقتها .

5- **استعمال الحق مع الإهمال أو الخطأ** : كما إذا أطلق صياد النار على شيء من بعيد ، يظنه صيدا فإذا به إنسان[4].

وقد لخّص الدريني هذه المعايير في ثلاثة هي:

تمحض قصد الإضرار ، الباعث غير المشروع، الموازنة بين النفع و الضرر[5] .

أمّا بالنسبة للمشرّع الجزائري فهو الآخر أورد ثلاث معايير هي:

1- توفر نية الإضرار بالغير .

2- أن تكون الفائدة المراد تحقيقها من الحق ، أقل من الضرر المترتب عنها.

3- أن يكون استعمال الحق بقصد الحصول على فائدة غير مشروعة [6].

---

[1] – المرجع السابق ، ج4 ، ص32 ، و النظريات الفقهية ، ص132 .

[2] – هو تلقي التاجر للقادمين من الريف إلى المدينة لبيع سلعهم، فيشتريها منهم بسعر أقل من سعر السوق، ويبيعها بثمن مرتفع ، الفقه الإسلامي وأدلّته ، ج4 ، ص34 . وبيع الحاضر لباد : فهو أن لايبيع الشخص من المدينة سلعته إلّا لأهل البادية طمعا في زيادة الثمن ، الفقه الإسلامي وأدلّته ، ج4 ، ص239 .

[3] – نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص191 ، و الفقه الإسلامي وأدلّته ، ج4 ،ص33.

[4] – الفقه الإسلامي وأدلّته ، ج4 ، ص36 .

[5] – نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص199 – 201 .

[6] – النظرية العامّة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، ص223 .

وردت هذه المعايير في المادة 124 مكرر[1] من القانون المدني.

الفرع الخامس : صلة نظرية التعسف في استعمال الحق بنظرية الباعث .

إنّ هاتين النظريتين وإن كانتا مختلفتين من حيث مفهومهما وقواعدهما وضوابطهما ، إلاّ أنهما ترتبطان مع بعضهما في بعض الجوانب ، حيث يمكن اعتبار الباعث غير المشروع استعمالا خاطئا للحق ، وهذا ما يمكن استخلاصه من المعيار الثاني من معايير التعسف في استعمال الحق ، والذي هو معيار القصد غير المشروع ، ومن خلال هذا المعيار أيضا اعتبار نظرية التعسف في استعمال الحق تطبيقا لفكرة الباعث[2]،كما أنّ كلا النظريتين يبطل بهما التصرف دنيويا ، ويترتب الإثم أخرويا .

المبحث الثالث : علاقة نظرية الباعث بأصول وقواعد فقهية أخرى.

يبني الإنسان أفعاله – من تصرفات وعقود – على جانبين : جانب القصد والباعث و جانب الوسائل للوصول إلى الغاية أو النتيجة التي يصبو إليها ، فيكون الباعث والوسائل مرتبطين بالنتيجة المتوصّل إليها يصحان بصحتها ويفسدان بفسادها، وقد ناقش العلماء هذه الوسائل كقواعد أصولية ، مثل قاعدة الذرائع وضمنوا هذه القاعدة أصل اعتبار المآلات وقاعدة الحيل ، وسأناقش هذه القواعد في هذا المبحث ، مع صلتها بنظرية الباعث

المطلب الأوّل : علاقة نظرية الباعث بمبدأ سد الذرائع

الأصل أنّ هذا المبدأ يسمّى مبدأ الذرائع ، ولكن غلب عليه هذه التسمية ، وسنتعرف إلى معناه في هذا المطلب ، وعلاقته بالباعث.

---

[1] – المادة 124 مكرر« يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية : إذا وقع بقصد الإضرار، إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير ، إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة » القانون المدني الجزائري ، ص32.

[2] – نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص217 .

الفرع الأول : تعريف الذريعة .

لغة : هي الوسيلة ، والسبب إلى الشيء ، والذريعة : جَمَل يُخْتَل به الصيد ، يمشي الصياد إلى جنبه فيرمي الصيد إن أمكنه[1].

اصطلاحا : عرّفها العلماء تعاريف كثيرة تقترب كلها من التعريف التالي وهو:

ما كان وسيلة وطريقا إلى الشيء[2].

ويلاحظ أنّ هذا التعريف لم يخرج عن المعنى اللغوي للذريعة .

وقد غلب–كما سبق ذكره– إطلاق الفقهاء عليها سدّ الذرائع وهي:

حسم مادة وسائل الفساد دفعا لها[3].

وفي تعريف آخر : هي الحيلولة دون الوصول إلى المفسدة ، إذا كانت النتيجة فسادا[4].

يلاحظ أنّ هذا التعريف كرّر كلمة المفسدة والفساد ، وكان من الأفضل الإقتصار على واحدة منهما ، كأن يقول: ...إذا كانت النتيجة تؤدي إليها ؛ أي المفسدة.

والذريعة تسد وتفتح حسب ما تؤدي إليه ، وفي هذا يقول القرافي– رحمه الله– «اعلم أنّ الذريعة كما يجب سدّها يجب فتحها ، وتكره وتندب وتباح ، فإنّ الذريعة هي الوسيلة ، فكما أنّ وسيلة المحرّم محرّمة ، فوسيلة الواجب واجبة»[5].

---

[1] – لسان العرب ، ج7 ، ص1498 ، و القاموس المحيط ، ص717 ، والمحكم والمحيط الأعظم ، ج2 ،ص80 .

[2] – إعلام الموقعين عن رب العالمين ، ج4 ، ص553 .

[3] – المرجع السابق، ج2 ، ص450 .

[4] – أصول الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ، دار الفكر ، دمشق ، ط1 ، سنة 1406هـ ، 1986م ،ج2 ، ص873 .

[5] – أنوار البروق في أنواء الفروق(الفروق) ، شهاب الدين القرافي ، تحقيق : مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية ، محمد أحمد سرّاج ، علي جمعة محمد ، دار السلام ، القاهرة ، ط1 ، سنة1421هـ ،2001م ، ج2 ، ص451 .

الفرع الثاني : أقسام الذريعة .

قسّمها ابن القيم رحمه الله- إلى أربعة أقسام هي :

1-وسيلة موضوعة للإفضاء إلى المفسدة ، كشرب الخمر المفضي إلى مفسدة السكر.

2- وسيلة موضوعة للمباح قصد بها التوسّل إلى المفسدة ، كعقد النكاح للتحليل .

3- وسيلة موضوعة للمباح لم يقصد بها التوسّل إلى المفسدة ، لكنّها مُفضية إليها غالبا ، ومفسدتها أرجح من مصلحتها ، كسبّ آلهة المشركين بين أظهرهم .

4- وسيلة موضوعة للمباح وقد تفضي إلى المفسدة ومصلحتها أرجح من مفسدتها ، كالنظر إلى المخطوبة[1] .

الفرع الثالث : صلة مبدأ الذرائع بالباعث .

إنّ موارد الأحكام قسمان؛ مقاصد (مصالح ومفاسد) ووسائل، وهي الطرق المفضية إليها، وحكمها واحد ، فالوسيلة المؤدية إلى مباح مباحة ، والوسيلة المؤدية إلى محرم محرّمة [2].

و لاعتبار هذه الوسائل (الذرائع) ، ينظر إلى جانبين :

1-**النظر إلى المآل** : أي النظر إلى النتائج و الثمرات ، فإذا كانت نتيجة العمل وثمرته فيها منفعة عامة ، كان العمل واجبا ، وإن كانت نتيجته مفسدة ، كان العمل فاسدا[3]، وهذا دنيويا أمّا ديانة فلابد من النظر إلى النية و الباعث .

2-**النظر إلى الباعث الذي يحرك ويدفع الشخص إلى الفعل** : كأن يعقد عقدا يقصد به أمرا محرما ، فإذا قامت الدلائل التي تظهر هذا الباعث ، كان هذا العقد باطلا ، لأنّ اعتبار النية التي قام عليها دليل مادي ظاهر اقترن بإنشاء العقد ، أولى من اعتبار الألفاظ

---

[1] - إعلام الموقعين عن ربّ العالمين ، ج4 ، ص554 ، 555 .

[2] - المرجع نفسه ، ج4 ، ص553 ، والفروق ، ج2 ، ص451 .

[3] - أصول الفقه الإسلامي ، ج2 ، ص880 .

المجردة ، فإنّ النظر إلى الباعث من حيث التأثيم أوّلاً ، ثم من حيث بطلان التصرف إن قام الدليل على ذلك .

فمبدأ سد الذرائع ينظر فيه إلى النيات والمقاصد مع النتيجة ، أو إلى النتيجة فقط[1]، ففي كليهما تقاس الوسيلة بالنظر إلى النتيجة ، ويوجد بينهما تلازم من حيث أنّ كليهما يهدف إلى حماية المجتمع عن طريق إبطال مظانّ الفساد[2] .

كما أنّ الباعث يتداخل مع الذرائع في القسم الثاني من أقسام الذرائع وهي (الوسيلة الموضوعة لمباح المتوسل بها إلى مفسدة) .

المطلب الثاني : علاقة الباعث بمبدأ المآل .

لم يتطرق الفقهاء في القديم لهذا المبدأ بالدراسة بشكل منفرد بل كانوا يشيرون إليه في دراساتهم كالشاطبي مثلا ، وفي عصرنا وجدت دراسات متخصصة في المآل ، وفيما يلي معناه ، وعلاقته بالباعث.

الفرع الأول : تعريف المآل.

لغة : من الأَوْل ، وهو الرجوع ، آلَ الشيء يؤول أَوْلًا ومآلًا : رجع ، ويقال طبخت الشراب فآل إلى قدر كذا وكذا، أي رجع[3]، والتَّأْويل تفعيل من أَوَّلَ يؤوّل تأويلا ، وثلاثيه، آلَ ، قال أبو عبيد في قوله تعالى ﴿ **وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُۥٓ إِلَّا ٱللَّهُ** ﴾ آل عمران:7 قال التأويل ، المرجع والمصير ، مأخوذ من آل يَؤُول إلى كذا أي صار إليه [4].

---

[1] – المرجع نفسه ، ج2 ، ص880 ،881.

[2] – التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص543.

[3] – لسان العرب ، ج1 ، ص 171 ، و الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، ج4 ، ص1628.

[4] – لسان العرب ، ج1 ، ص172 .

اصطلاحا : أغلب التعاريف التي توصلت إليها هي للمعاصرين من العلماء ، أما القدامى فرغم تطرقهم للمآل في دراساتهم إلاّ أنهم لم يعرفوه اصطلاحا، ومن هذه التعاريف:

هو تحقيق مناط الحكم بالنظر في الاقتضاء التبعي الذي يكون عليه عند تنزيله ؛ من حيث مقصده ، والبناء على ما يستدعيه ذلك الاقتضاء[1].

وقد ذكر صاحب هذا التعريف مفهوما آخر للمآل لما تكلّم عن حالات انخرام المآل المشروع بقوله :

هو الغاية النوعية من التصرفات ، والثمرة المرجوّة من سائر المشروعات[2]

وفي تعريف آخر: هو النظر إلى النتائج دون اعتبار لما أدّت إليه من أسباب ووسائل[3].

الفرع الثاني : أدلّة هذا المبدأ .

الكثير من العلماء يدرجون هذا المبدأ ضمن قاعدة الذرائع ، لذا فأغلب أدلّته هي نفس أدلة هذه القاعدة ، ومن بين هذه الأدلة :

من القرآن :

-قوله تعالى:﴿ وَلَا تَسُبُّواْ ٱلَّذِينَ يَدۡعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّواْ ٱللَّهَ عَدۡوَۢا بِغَيۡرِ عِلۡمٖۗ كَذَٰلِكَ زَيَّنَّا لِكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلَهُمۡ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِم مَّرۡجِعُهُمۡ فَيُنَبِّئُهُم بِمَا كَانُواْ يَعۡمَلُونَ ﴾ الأنعام: 108 ، فسبّ آلهة المشركين مشروع ولكنّه يمنع إذا كانت نتيجته ومآله، سبّ الله عزوجل.

---

[1] – اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات ، عبد الرحمن بن معمر السنوسي ، دار ابن الجوزي ، السعودية ، ط1 ، سنة 1424هـ ، ص19 .

[2] – المرجع السابق ، ص65 .

[3] – الاجتهاد المقاصدي حجيته، ضوابطه ، مجالاته ، نور الدين الخادمي ، بحث منشور في مجلّة الأمّة الصادرة عن وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية ، قطر ، العدد65 ، جمادى الأولى 1419هـ ، أوت ، سبتمبر1998م ، ط1 ، ج1 ، ص142 .

-قوله تعالى : ﴿ قُلِ ٱدۡعُواْ ٱللَّهَ أَوِ ٱدۡعُواْ ٱلرَّحۡمَٰنَۖ أَيّٗا مَّا تَدۡعُواْ فَلَهُ ٱلۡأَسۡمَآءُ ٱلۡحُسۡنَىٰۚ وَلَا تَجۡهَرۡ بِصَلَاتِكَ وَلَا تُخَافِتۡ بِهَا وَٱبۡتَغِ بَيۡنَ ذَٰلِكَ سَبِيلٗا ﴾ الإسراء: 110 نهى الله نبيه عليه الصلاة والسلام عن الجهر بالقراءة في الصلاة لأنّ مآل ذلك هو سماع المشركين له فيسبّون الله والدين والقرآن .

قوله تعالى : ﴿ وَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا تُقۡسِطُواْ فِي ٱلۡيَتَٰمَىٰ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا تَعۡدِلُواْ فَوَٰحِدَةً أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡۚ ذَٰلِكَ أَدۡنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُواْ ﴾النساء: 3 نهى المولى عزوجل الرجال عن الزواج بأكثر من أربعة نساء لأنّ مآله التقصير في حقهن والعجز عن واجب العدل بينهن [1].

ومن السنّة [2]:

قول عمر للنّبي – صلى الله عليه وآله وسلم– «ألا نقتل يا نبي الله هذا الخبيث؟»– يقصد ابن أبي سلول– فقال النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – «لا يتحدث الناس أنّه كان يقتل أصحابه»[3]. فقتل من ظهر كفره جائز ، ولكن لمّا كان مآله خوف الناس من الإقبال على الإسلام خشية أن يُقتلوا ، منع النبي– صلى الله عليه وآله وسلم– ذلك .

-قوله– عليه الصلاة والسلام– للسيدة عائشة – رضي الله عنها– :«... لولا أنّ قومك حديث عهدهم بالجاهلية فأخاف أن تنكر قلوبهم أن أدخل الجَدْر[4]في البيت و أن ألصق

---

[1] – اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات ، ص124 – 126 .

[2] – الموافقات ، ج5 ، ص180 .

[3] – البخاري في صحيحه ، كتاب المناقب ، باب ما ينهى من دعوى الجاهلية ، رقم الحديث3518 ،ج2 ، ص508 ، وهو جزء من حديث طويل.

[4] – الجدر : الجدار ، والمراد به هنا حجر إسماعيل–عليه السلام– . صحيح البخاري ، ج1 ، ص488 ، ذكر هذا الشرح في الهامش.

بابه بالأرض»[1].

فخاف النبي- صلى الله عليه وآله وسلم- من مآل تلاعب الناس ببيت الله عزوجل .

-حديث الأعرابي الذي بال في المسجد فأراد الصحابة- رضوان الله عليهم- معاقبته ، فأمرهم النبي-صلى الله عليه وآله وسلم- أن يتركوه حتى يتمّ بوله فقال : «لا تُزرِموه[2]» ثمّ دعا بدلو من ماء فصب عليه [3].

إذ لا فائدة من منعه في هذه الحالة لأنّ مآل ذلك أنّه سيُنَجِّس ثيابه ، وجسمه ، وأماكن أخرى من المسجد ، وقد يصاب بضرر صحي نتيجة الاحتقان الناتج عن قطعه لبوله[4].

والأدلة على هذا المبدأ كثيرة ، فكل ما يُنهى عنه لما يؤول إليه من مفسدة ، أو يترك النهي عنه لما فيه من مصلحة داخل تحت هذا الباب .

الفرع الثالث : صلة المآل بالباعث.

يشكّل المآل مع الباعث معياري الحكم على التصرفات؛ فالمآل هو المعيار المادي الموضوعي؛ حيث يحكم على الأفعال بالمشروعية أو عدمها ، وينظر إليها إذا كانت مفاسد أو مصالح ، بالنظر إلى ما تؤول إليه (النتيجة المترتبة عنها) ، أمّا قصد المكلّف ، فيشكّل المعيار الذاتي النفسي بالنظر إلى البواعث والدوافع المحرّكة للمكلّفين للقيام بأفعالهم[5].

إضافة إلى أنّهما (المآل والباعث) يبيّنان ويوضحان مدى حرص الشارع على سلامة تصرفات المكلفين من بدايتها إلى نهايتها ، وذلك بالنظر إلى البواعث والنيّات التي حرّكت

---

[1] – البخاري في صحيحه ،كتاب الحج ، باب فضل مكة وبنيانها ، رقم الحديث1584 ، ج1 ، 488 .

[2] – لا تزرموه أي لا تقطعوا عليه بوله ، صحيح البخاري ، ج4 ، ص96 ، في الهامش.

[3] – البخاري في صحيحه ،كتاب الأدب ، باب الرفق في الأمر كله ، رقم الحديث6025 ، ج4 ، ص96 .

[4] – اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات ، ص139 .

[5] – قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي (عرضا ودراسة وتحليلا) ، عبد الرحمن إبراهيم الكيلاني ، دار الفكر ، سوريا ، ط1 ، سنة 1421هـ ، 2000م ، ص360 .

الفعل ، وتستمر هذه العناية إلى نتيجة وآثار هذا الفعل[1].

كما أنّ رعاية الباعث تشكّل مساحة معتبرة من اهتمام النظر المآلي ، وهذا ما يستدعي ضرورة الإحاطة بطرق ضبطه ومعرفته ، حيث أنّ أكثر الحالات التي يخرم فيها المآل المشروع لا تخرج عن القصد الفاسد ، إذ أنّه يؤدي إلى نتائج ضررية ، ولما كانت الأمور بمقاصدها ، فإنّ أساس كل من نظرية الباعث والمآل هو قطع المضار المتوقعة ، ممّا يجعل الصلة بينهما ترتبط بمفهوم حفظ مقاصد الشريعة .

وأمر آخر ، هو أنّ لكل منهما (المآل والباعث) دورا وقائيا ؛ لأنّ مجال عملهما يرتكز على تناول ما ليس له تشخص محسوس يوقف عليه، باعتبار أنّ الوظيفة الوقائية غالبا ما تستند إلى التوقع والاحتياط، وهما أمران ذاتيان [2].

المطلب الثالث : علاقة نظرية الباعث بقاعدة الحيل .

استعمل الفقهاء قديما هذه القاعدة في مسائل متعددة من شؤونهم ، حيث استعملوها للخروج من بعض المعضلات التي كان يقع فيها الناس ، وقد اختلفت آراء الفقهاء خول حكمها ، وفيما يلي معناها وحكمها وأقسامها وصلتها بالباعث .

الفرع الأول : تعريف الحيل .

لغة: جمع حِيلة بالكسر ، اسم من الِاحتِيَال [3] ، والحيلة : القوة والحِذق وجودة النظر ، والقدرة على دِقَة التصرف[4] ، والحيلة : ما يُحَوِّل العبد عمّا يكرهه إلى ما يحبه[5].

---

[1] – المرجع نفسه ، ص361 .

[2] – اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات ، ص221 .

[3] – لسان العرب ،ج2 ، ص1073 ، والصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، ج4 ، ص1681 ، ومختار الصحاح ، ص167.

[4] – لسان العرب ، ج2 ، ص1055.

[5] – معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ، محمد عبد الرحمن عبد المنعم ، دار الفضيلة ، ج1 ، ص608 .

وهي وسيلة بارعة تحيل الشيء عن ظاهره ابتغاء الوصول إلى المقصود ، والحيلة : الخديعة[1].

اصطلاحا : اختلفت تعاريف الفقهاء للحيل ، حسب نظرتهم لها من جانب الجواز والمنع ، فمن بين التعاريف التي تطرقت لها من جانب المنع أنّها :

تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر[2].

وفي تعريف آخر قريب منه بأنّها :

إبراز عمل ممنوع شرعا في صورة عمل جائز[3] .

أمّا التعاريف التي عرفّتها من جانب الإباحة ، فمنها :

هي ما يتوصل به إلى مقصود بطريق خفي[4].

ويقرب منه تعريف آخر هي:

الحذق في تدبير الأمور ، وهي تقليب الفكر حتى يهتدي إلى المقصود [5].

ويبدو أنّ هذا التعريف هو الأقرب إلى حقيقة الحيل ، إذ أنّه لم يحدد حكمها إذا كانت جائزة أو ممنوعة ، حيث ذكر أنّها توصل إلى المقصود ، سواء الشريف أو الخبيث .

الفرع الثاني : حكم الحيل .

يختلف حكم الحيل بحسب المقصود المتوصل إليه بها ، فتكون محرّمة إذا توصل بها إلى إبطال حق أو إثبات باطل ، وتكون واجبة أو مستحبّة إذا أدّت إلى إثبات حق أو دفع باطل ،

---

[1] – المعجم الوسيط ، ص209 .

[2] – الموافقات ، ج5 ، ص187 .

[3] – مقاصد الشريعة الإسلامية ، محمد الطاهر بن عاشور ، دار سحنون للنشر والتوزيع ، تونس ، ودار السلام ، القاهرة ، مصر ، ط2 ، سنة1428هـ ، 2007م ، ص106 .

[4] – فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، ابن حجر العسقلاني ، تحقيق : عبد العزيز بن باز ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ج12 ، ص326 .

[5] – غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر ، ج4 ، ص219 .

وتكون مستحبّة أو مباحة إذا توصّل بها إلى السلامة من الوقوع في مكروه ، وتكون مكروهة إذا أفضت إلى ترك مندوب[1].

وقد ذكر ابن القيّم-رحمه الله- نفس الحكم وزاد عليه أنّ بعض الحيل تكون كفرا ، وبعضها كبيرة ومنها ما هو صغيرة[2].

الفرع الثالث : أقسام الحيل .

قسّم الشاطبي- رحمه الله- الحيل إلى ثلاثة أقسام هي:

1- **الحيل الباطلة** : مثل حيل المنافقين والمرائين .

2- **الحيل الجائزة** : كالنطق بكلمة الكفر في حال الإكراه عليها .

3- **الحيل المشتبهات** : وهذا القسم اختلف حوله العلماء هل هو من القسم الأوّل ، أو من القسم الثاني[3].

وقد قسمها ابن القيم- رحمه الله- إلى ما يقارب هذا التقسيم ، حيث قسمها إلى : حيل محرّمة ، ومباحة ،

ثمّ قسم الحيل المحرّمة إلى أربعة أنواع هي :

1- ما كان محرّما ، ويتوصّل به إلى محرّم ، كالتحيّل على أخذ أموال الناس بالباطل .

2- أن تكون مباحة في نفسها ، ويقصد بها المحرّم ، كالسفر لقطع الطريق .

3- ما تكون مباحا ووضع للإفضاء إلى مباح ، ولكنّ المتحيّل يتخذها سلّما إلى الحرام .

ثمّ علق على هذا النوع قائلا: «وهذا معترك الكلام في هذا الباب، وهو الذي قصدنا الكلام فيه بالقصد الأوّل».

---

[1] - فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، ج12 ، ص326 .

[2] - إعلام الموقّعين عن رب العالمين ، ج5 ، ص190 .

[3] - الموافقات ، ج3 ، ص124 ، 125 .

4- أن يقصد بالحيلة أخذ حق ، أو دفع باطل[1].

أمّا الحيل المباحة فقد قسّمها إلى قسمين :

1- أن تكون الطريق مشروعة ، وما تفضي إليه مشروعا ، كالبيع والإجارة ...

2- الاحتيال على الوصول إلى الحق بطريق مباحة ، لكنّها لم تشرع له [2].

الفرع الرابع : صلة الحيل بنظرية الباعث .

يتصل الباعث بالحيل من عدة وجوه ، منها :

أنّ كلا منهما يقوم على فعل ظاهره الإباحة ، ويفضي إلى غاية أو هدف غير مشروع ، كما أنّ كلاهما فيه مناقضة للشارع ، وتفويت لمقاصد الشرع ، وهدم للشريعة[3] .

ومن جانب آخر فإنّهما يتداخلان في القسم الثاني من تقسيم ابن القيم للحيل- حالة الحيلة المباحة في نفسها ويقصد بها المحرّم-ومن هنا يمكن اعتبار الحيل تطبيقا للباعث غير المشروع.

---

[1] - إعلام الموقّعين عن رب العالمين ، ج5 ، ص301 ، 302 .

[2] - المرجع نفسه ، ج5 ، ص303 - 305 .

[3] - هذا في حال الحيل المحرمة و الباعث غير المشروع .

الفصل الثاني: تطبيقات نظرية الباعث على مسائل الأحوال الشخصية.

المبحث الأول: تطبيقات نظرية الباعث على مسائل إبرام عقد النكاح.

المبحث الثاني: تطبيقات نظرية الباعث بمسائل انحلال عقد النكاح.

المبحث الثالث: أثر النظرية في عقود التبرعات.

الفصل الثاني : تطبيقات نظرية الباعث على مسائل الأحوال الشخصية.

مسائل الأحوال الشخصية كثيرة و متنوعة ، وقد حاولت بذل الوسع في استقراء كل ما له صلة بالباعث غير المشروع من حيث إجازته ومنعه ، وقسمتها إلى ثلاثة مباحث ؛ مبحث خاص بمسائل انعقاد وإبرام عقد النكاح ، ومبحث خاص بحالات انحلاله ، ومبحث ثالث خاص بمسائل طرق انتقال المال أو التبرعات .

المبحث الأول : تطبيقات الباعث على مسائل انعقاد و إبرام عقد النكاح .

أوْلَت الشريعة الإسلامية عقد النكاح أهمية كبيرة ، فهو ليس عقدا كباقي العقود ، بل تترتب عليه الكثير من الأحكام الشرعية ، لذا وضعت له الكثير من الضوابط والشروط لكي يقع صحيحا ، وسأتناول في هذا المبحث بعض هذه الضوابط و التي لها علاقة بالباعث ، وسأتناول في البداية أحكام الخطبة ، ثم النكاح في مرض الموت ، وبعد هذا أحكام بعض الأنكحة الفاسدة ، وهي : التحليل و الشغار و المتعة .

المطلب الأول : الخطبة .

لابد لأي شيء يقدم عليه الإنسان من مقدّمة من خلالها يسهل عليه التعرف على هذا الأمر المقبل عليه فيستمر فيه أو ينقطع عنه ، ومن باب أولى عقد النكاح ، هذا الرباط المقدس في الإسلام ، فكان لابد له من مقدمة تسبقه يتعرف فيها كل من الطرفين على الآخر إن كان يصلح لأن يصبح زوجا له مدى الحياة ، فيقدم على الارتباط معه أو الإحجام عن ذلك ، وهذه المقدمة تسمى الخطبة ، والتي سيتم بحثها في هذا المطلب ، ومعرفة بعض أحكامها التي لها صلة بالباعث غير المشروع .

الفرع الأول : تعريف الخطبة .

لغة : الخِطبة بكسر الخاء ، من خَطبْتُ المرأة خطبة ، واختطب القوم فلانا إذا دعوه لتزويج صاحبتهم[1]، والخِطب الذي يخطب المرأة ، وهي خِطبُه ، والخَطْب : الشأن والأمر ، صغر أو عظم ، وقيل : الخطب سبب الأمر[2].

اصطلاحا : عرف العلماء الخطبة تعاريف متعددة ، تفيد بمجموعها ، بأنّ الخطبة هي تقدّم رجل إلى امرأة من غير المحارم ، مع إبداء الرغبة في الزواج منها .

ومن بين هذه التعاريف :

-«هي أن يتقدم الرجل إلى امرأة معينة تحل له شرعا ، أو إلى أهلها ليطلب الزواج بها ، بعد أن توجد عنده الرغبة في زواجها»[3].

وفي تعريف آخر : « هي : طلب الرجل التزوج بامرأة ، والتقدّم بذلك إليها مباشرة ، أو إلى أحد من أقاربها »[4].

وفي تعريف ثالث :«هي طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج بها ، والتقدم إليها أو إلى ذويها ببيان حاله ، ومفاوضتهم في أمر العقد ، ومطالبه ومطالبهم بشأنه»[5].

وقد عرفها قانون الأسرة الجزائري في المادة رقم05 بأنها :

---

[1] – لسان العرب ، ج2 ، ص1194، والصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ،ج1 ، ص121 ، والقاموس المحيط ، ص81 ، والمحكم والمحيط الأعظم ، ج5 ، ص122.

[2] – لسان العرب ، ج2 ، ص1194.

[3] – أحكام الأسرة في الإسلام (دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري ، والقانون) ، محمد مصطفى شلبي ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، ط4 ، سنة 1403هـ ، 1983م ، ص67 .

[4] – أحكام الزواج والطلاق في الإسلام (بحث تحليلي ، ودراسة مقارنة) ، بدران أبو العينين بدران ، مطبعة دار التأليف ، مصر ، ط2 ، سنة 1961م ، ص28 .

[5] – الأحوال الشخصية ، محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربي ، ط3 ، سنة1368هـ ، 1948م ،ص26 .

«وعد بالزواج»[1].

يلاحظ من خلال هذه التعاريف أنّ الخطبة ليست عقدا أو زواجا ، فلا يترتب عليها أي التزامات من الطرفين إلا ما يجب الوفاء به من عهود ، يقول الله تعالى :﴿ وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا ﴾ الإسراء: 34 .كما أنه من صفات المنافقين ، فعن أبي هريرة رضي الله عنه أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : «آية المنافق ثلاث : إذا حدّث كذب ، وإذا ائتمن خان ، وإذا وعد أخلف»[2] .

الفرع الثاني : تطبيقات الباعث على مسائل الخطبة .

1- الخطبة على الخطبة :

اتفق الفقهاء على تحريم خطبة المسلم مخطوبة أخيه المسلم ، إذا ركنت إليه ورضيت به هي أو وليّها [3]، زوجا لها ، فإذا أذن له الخاطب الأول أو ترك خطبتها ، جاز للثاني التقدم لخطبتها.

---

[1] – قانون رقم84-11، المؤرخ في09يونيو1984م ، الصادر في الجريدة الرسمية ، عدد24 ، سنة1984م ، المعدل والمتمم بالأمر رقم05-02، المؤرخ في27-02-2005م، الصادر في الجريدة الرسمية ، عدد15، سنة2005م .

[2] – البخاري في صحيحه ،كتاب الشهادات ، باب من أمر بإنجاز الوعد ، رقم الحديث2682 ، ج2 ، ص262.

[3] – البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ابن نجيم المصري ، ومعه منحة الخالق على البحر الرائق ، لابن عابدين ، تحقيق: زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ،ط1 ، سنة1418هـ ، 1997م ، ج4 ، ص255 ، والمنتقى شرح موطأ مالك ، سليمان بن خلف الباجي ، تحقيق : محمد عبد القادر أحمد عطا ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة 1420هـ ، 1999م ، ج5 ، ص4 ، والشرح الصغير ، ج2 ، ص343 ، والأم ، ج6 ، ص108 ،109 ، والحاوي الكبير(شرح مختصر المزني) ، علي بن محمد الماوردي ، تحقيق : علي محمد معوض ، و عادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1414هـ ، 1994م ، ج9، ص251، 252 ، والكافي ، عبدالله بن قدامة المقدسي ، تحقيق : عبد الله بن محسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات العربية والإسلامية بدار هجر ، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان ، مصر، ط1، سنة1418هـ، 1997م ، ج4 ، ص283 ، 284 ، وكشاف القناع على متن الإقناع ، ج4 ، ص17 ، 18.

واستدلوا بأدلة منها :

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيع حاضر لباد ، ولا تناجشوا ، ولا يبيع الرجل على بيع أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه ، ولا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفأ ما في إنائها»[1].

قانون الأسرة الجزائري : لم يتطرق المشرع الجزائري إلى هذا الموضوع ، مع أنه خصص الفصل الثاني من هذا القانون لموانع الزواج ، فكان يجدر به أن يشير إلى منع خطبة مخطوبة الغير ، فهذا أمر حرمه الشرع ، إضافة لما قد ينجر عنه من فساد ذات بين المسلمين.

صلة الباعث بتحريم الخطبة على الخطبة : نلمس في هذا الحكم إعمال الشارع للباعث غير الشريف ، لأنّ الخاطب الثاني قد يسعى إلى خطبة مخطوبة غيره فيبطل زواجه منها ويتزوجها هو كما قد لا يتزوجها ، وباعثه على ذلك إبطال هذا الزواج فقط بدافع الغيرة والحسد مثلا أو الانتقام ، والشرع الحنيف جاء آمرا بالمحافظة على صلاح ذات البين وحرّم كل ما من شأنه إفساد هذا ، والخطبة على الخطبة من الأمور التي تفسد العلاقات بين المسلمين.

2-تحريم الخطبة في العدّة :

الحنفية والمالكية: ذهبوا إلى تحريم خطبة المرأة معتدة الغير من طلاق أو وفاة ، وحتى من دخول في نكاح فاسد ، أو شبهة نكاح[2].

---

[1] – البخاري في صحيحه ،كتاب البيوع ، باب لا يبيع على بيع أخيه ولا يسوم على سوم أخيه ، حتى يأذن له أو يترك ، رقم الحديث 2140 ، ج2 ، ص100 ، وفي كتاب النكاح ، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع ، رقم الحديث 5142 ، ج3 ، ص373 .

[2] – الشرح الصغير على أقرب المسالك مذهب الإمام مالك ، ج2 ، ص343 ، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، علاء الدين الكاساني ، تحقيق : علي محمد معوض ، و عادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط2 ، سنة1424هـ ، 2003م ،ج3 ، ص451 ، 452 ، والكافي ، ج4 ، ص282 .

الشافعية: لا يجوز عندهم خطبة المعتدة من وفاة أو من طلاق سواء كان رجعيا أم بائنا بينونة كبرى أو صغرى ، وإذا صرّح رجل بخطبة معتدّة ، وتزوجها بعد انقضاء عدتها كان النكاح جائزا [1].

الحنابلة : قالوا بتحريم التعريض بخطبة الرجعية ، وإباحة ذلك بالنسبة للمتوفى زوجها أو البائنة[2] .

وفي هذا يقول الله تعالى: ﴿ وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ﴾ البقرة: 235 فالآية الكريمة تضمنت النهي عن إيقاع عقد النكاح في مدة العدة والعزم عليه فيها[3]، وقد ذهب مالك وأحمد والشعبي إلى أنّ من نكح امرأة في عدّتها وبنى بها ، فسخ النكاح و أدّب[4]وحرمت عليه تأبيدا[5]، و به قضى سيدنا عمر- رضي الله عنه- حيث بلغه أنّ امرأة من قريش تزوجها رجل من ثقيف في عدّتها ، فأرسل إليهما ففرّق بينهما ، وعاقبهما ، وقال : لا ينكحا أبدا وجعل الصداق في بيت المال[6] ، وإن كان – رضي الله عنه- رجع إلى قضاء سيدنا علي –رضي الله عنه- حيث جعل الصداق إلى المرأة بما

---

[1] – الحاوي الكبير ، ج9 ، ص247 ، 248 ، والمهذّب في فقه الشافعي ، أبي إسحاق الشيرازي ، وبذيله : النظم المستعذب في شرح غريب المهذّب ، محمد ابن بطّال ، تحقيق : زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1416هـ ،1995م ، ج2 ، ص448.

[2] الكافي ،ج4 ، ص282.

[3] – أحكام القرآن ، أحمد بن علي الجصاص ، تحقيق : محمد الصادق قمحاوي ، دار إحياء التراث العربي ، ومؤسسة التاريخ العربي ، بيروت ، لبنان ، سنة1412هـ ، 1992م ، ج2 ، ص132 .

[4] – المنتقى شرح الموطأ ، ج5 ، ص5 .

[5] – أحكام القرآن ، أبي بكر ابن العربي ، تحقيق: محمد عبد القادر أحمد عطا ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، ط2 ، سنة 1424هـ ، 2003م ، ج1 ، ص289 .

[6] – أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، باب الاختلاف في مهرها ، وتحريم نكاحها على الثاني ، رقم الحديث 15542 ، تحقيق محمد عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط3، سنة 1424هـ، 2003م، ج7، ص726 .

استحلّ من فرجها ، وقال يفرّق بينهما ، و لا يجلدا ، وتكمل عدتها من الأوّل ، ثم العدّة من الثاني ويكون خاطبا بعد ذلك ، وهذا الرأي قال به أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وزفر وهو قول الثوري والشافعي[1]وهو رأي ابن حزم[2].

قانون الأسرة الجزائري : نص في الفقرة الأولى من المادة 30 منه المعدلة والمتممة بالمادة10 من الأمر رقم05- 02 على تحريم خطبة المعتدة والزواج منها حيث جاء فيها : «يحرم من النساء مؤقتا : المحصنة ، المعتدة من طلاق أو وفاة ، المطلقة ثلاثا»[3].

صلة نظرية الباعث بالخطبة في العدة : من خلال تتبع آراء العلماء في هذه المسألة نجد أنهم متفقون على منع خطبة المعتدة ، وفي هذا تطبيق لنظرية الباعث ، فهذه المعتدة قد تكذب ، فتدّعي انقضاء عدّتها بقصد الزواج من هذا الخاطب الجديد خاصة إذا كان أفضل حال من زوجها الأول ، وهذا باعث غير شريف صدر من هذه المرأة ، وتحريم الخطبة في العدة منع من صدوره .

كما أنّ سيدنا عمر- رضي الله عنه – تصرف معهما بنقيض قصدهما وباعثهما غير المشروع فعاقبهما ، وفرّق بينهما تأبيدا وتابعه في ذلك المالكية ، والحنابلة .

كما أنّ خطبة المعتدّة من خاطب ثان ، قد يكون باعثا لها على رفض الرجعة إلى مطلقها ، ممّا قد يؤدي إلى إفساد العلاقات بين المسلمين .

وحتى بالنسبة للتعريض بالخطبة ، كأن يقول لها إنّي اليوم فيك راغب أو معجب أو إن شاء الله يكون خيرا[4]، وما شابه هذا من عبارات التلميح بالرغبة في الخطبة ، فقد منع الحنفية

---

[1] – أحكام القرآن للجصاص ، ج2 ،ص133 .

[2] – المحلّى ، ج9 ، ص478 .

[3] – القانون رقم 84-11 ، المعدل والمتمم بالأمر رقم05-02.

[4] – الشرح الصغير على أقرب المسالك مذهب الإمام مالك ، ج2 ، ص348 .

خطبة المعتدّة من طلاق ، سواء كان بائنا ، أو رجعيا ، لا بطريق التصريح ، ولا بطريق التلميح[1] ، أمّا المعتدّة من طلاق رجعي فتحرم خطبتها تصريحا و تعريضا عند الجميع[2].

و هذا المنع فيه تطبيق للباعث غير المشروع ، الذي قد يدفع هذه المعتدّة إلى رفض الرجوع إلى زوجها (مطلقها) ، طمعا في الزواج من المعرّض لها بالزواج ، كما أنّ هذا التعريض قد يكون باعثا للخاطب الثاني في إفساد هذه الزوجة على زوجها ، فتطلّق منه ولا يتزوجها ، فتكون بين ضررين ، طلاقها من الأوّل ، وتفويت زواجها من الثاني .

3- العدول عن الخطبة و حكم الهدايا : لم تكن مسالة الهدايا المتبادلة بين المتخاطبين مطروحة بنفس القوة التي هي عليها اليوم ، ولعل هذا راجع إلى أنّ المسلمين الأوائل كان يحكمهم الإيمان القوي والمروءة والرجولة ، فلم يكن عندهم العدول إلا لأسباب موضوعية ومشروعة ، وكان للوعد عندهم مكانة عظيمة ، هذا من جهة ومن جهة أخرى ، فإنّ الخطبة لم يكن معها هذا التصنع ، وهذه التكاليف الباهضة التي ابتدعها الناس في عصرنا هذا ، والتي لا طائل من ورائها ، إلا إثقال كاهل المقدمين على الزواج ، فكان هذا من بين الأسباب التي دفعت بالكثير من الشباب إلى العدول عن الزواج . وقد تناول المعاصرون هذا الموضوع محاولين إعطاءه حقه من الدراسة ، وهذا ما سأتناوله فيما يلي.

سبق القول بأنّ الخطبة ، مجرد وعد بالزواج ، وهي فترة ليتعرف كل خاطب على زوج المستقبل ، ولذا فإنّ من حق كل واحد من الخاطبين العدول عنها ، فلا تترتّب عليها أي التزامات ، فكل طرف ، يعتبر أجنبيا عن الآخر ، ولكن في المقابل ، ينبغي أن يكون العدول لأسباب موضوعية وجيهة ، ويمكن أن تحدد هذه الأسباب في قانون الأسرة ، لكي لا يتعسف أحد الطرفين في استعمال هذا الحق ، وتكون هذه المادة مستندا للقاضي في

---

[1] - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج4، ص445 ، 446 .

[2] - الأحوال الشخصية ، ص29 ،30 .

إصداره للحكم في حال وقوع التعسف ، خاصة في أيامنا هذه حيث ضعفت في الناس المروءة والرجولة ، وصار الخلاف بين الناس والتقاطع والتدابر لأتفه الأسباب ، حتى بين الإخوة والآباء والأزواج ، ولذا فقد اختلف الفقهاء – في حالة فسخ الخطبة– حول الضرر الذي قد يلحق بأحد الطرفين ، والنّزاع حول الهدايا المتبادلة.

ذهب البعض إلى أنّه لا تعويض عن العدول ، لأنّه لا يعقل أن يغرّم شخص على استعماله حقه ، كما أنّ كلا الطرفين ، يعلم مسبقا أنّ الخطبة ليست زواجا ، وإنّما وعدا به فقط ، فيحتمل العدول من أي طرف في أي وقت شاء[1].

يردّ على هذا الرأي بأنّ هذا الكلام يكون معقولا في حالة تم الاتفاق كلاما دون أن يتبع ذلك أفعال ونفقات ، ولم تطل مدة الخطبة ، أمّا إذا طالت المدة وسمع الناس بها ، وتم تبادل الهدايا ، فالأمر في هذه الحالة مختلف ، وسنكون أمام أضرار مادية[2]ومعنوية تلحق بالطرفين أو بأحدهما ، ويتكلم الناس عن هذا الأمر ويصبح الخاطب المعدول عنه (خاصة المرأة) مثل اللقمة السائغة في أفواه الناس ويكثر القيل والقال ، لذا كان لابد من تعويض يجبر هذا الضرر ويجعل الخاطب يفكر مليا قبل أن يعدل ، وقد اختلف الفقهاء في هذا كما يلي :

الحنفية : لم يفرّقوا بين المتسبب في فسخ الخطبة ، هل هو الخاطب أم المخطوبة ، فهم يرون أنّ الهدايا حكمها حكم الهبة ، فللواهب حق الرجوع فيها إذا لم يوجد مانع شرعي يمنع من الرجوع ، فما كان قائما ولم يستهلك أو يضيع فله استرداده ، وأمّا ما استهلك أو هلك كقماش خيط ثوبا أو طعاما استهلك ، فليس للخاطب المطالبة بقيمته ، لأنّ هلاك

---

[1] – الأحوال الشخصية ، ص35 ، 36

[2] – حسب أحد المحامين : تجاوزت قيمة الهدايا مائة وعشرون مليون سنتيم جزائري ، أخذتها مخطوبة من خاطبها ، ثم قررت العدول ، وفي حالات أخرى ، تمثلت الهدية في مسكن ، أو سيارة ، أو قطعة أرض ، أو قيمة كبيرة من الذهب ... ، فالكلام هنا ليس عن ألبسة ، أو طعام ، أو قطع من الحلوى .

الموهوب وخروجه من يد الموهوب له مانع من موانع الرجوع في الهبة[1].

المالكية : ذهب بعضهم إلى أنّه ليس للخاطب أن يرجع بشيء ممّا أهداه ، حتى وإن لم يستهلك ، وحتى لو كان العدول من المخطوبة ، وذهب البعض الآخر- وهذا الرأي هو المفتى به- إلى التفصيل بين كون العدول من طرف الخاطب ، فلا يرجع بشيء ممّا أهداه ، أمّا إذا كان العدول من جهة

المخطوبة ، فله الرجوع بكل ما أهداه إن كان باقيا على حاله أو بدله إن هلك أو استهلك[2].

الشافعية : حسب رأيهم في الهبة ، إذا كانت في مقابل عوض ولم يتم العوض ، فإنّ للواهب أن يرجع في العين الموهوبة إن كانت باقية ، أمّا إن كانت تالفة فلهم في المسألة قولان[3].

وهنا الهدايا المقدمة كانت بمقابل وهو الزواج ولم يتم هذا المقابل ، فللطرف المتضرر الرجوع في هداياه التي قدمها .

الحنابلة : رأيهم موافق للرأي الثاني للمالكية [4].

---

[1] – رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، محمد أمين بن عابدين ، تحقيق : علي محمد معوض ، وعادل أحمد عبد الموجود ، دار عالم الكتب ، الرياض ، السعودية ، سنة 1423هـ ، 2003م ، و أحكام الأحوال الشخصية ، في الشريعة الإسلامية (وفق مذهب أبي حنيفة ، وما عليه المحاكم) ، عبد الوهاب خلاّف ، دار القلم ، الكويت ، ط2، سنة 1410هـ، 1990م ،ص21 ، 22، وشرح قانون الأحوال الشخصية محمود علي السرطاوي ، دار الفكر ، عمان ، الأردن ، ط3 ، سنة1431هـ ، 2010م ، ص22.

[2] – الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، ج2 ، ص348 .

[3] – البيان في مذهب الإمام الشافعي ، يحي بن أبي الخير العمراني ، تحقيق : قاسم محمد النوري ، دار المنهاج للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، ط1، سنة1421هـ ، 2000م ، ج8 ، ص135 .

[4] – منار السبيل في شرح الدليل ، إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان ، تحقيق : زهير الشاويش ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، دمشق ، ط5 ، سنة1402هـ ، 1982م ، ج2 ، ص198 .

وفي فتوى لابن تيمية–رحمه الله– أنّ الشخص إذا خطب امرأة وركنت إليه وأهدى إليها ، لكنّ والدها زوّجها من غيره ، فإنه يرد للخاطب الأول كل ما أخذه منه[1].

قانون الأسرة الجزائري : ورد في المادة 05 منه المتممة بالمادة 04 من الأمر05- 02 : «الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عن الخطبة : إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض .

لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه ، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته ، وإن كان العدول من المخطوبة ، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من الهدايا أو قيمته»[2].

صلة نظرية الباعث بالعدول عن الخطبة والهدايا المتبادلة : بالتأمل في هذه الآراء ، نجد أنّ المالكية والشافعية و الحنابلة آراؤهم متفقة حول التفصيل بين ما إذا كان العدول من هذا الطرف أو الطرف الآخر ، وقد وافق هذا الرأي قانون الأسرة الجزائري .

يمكن القول بأنّ الرأي الذي يرى بأنّ الطرف العادل هو الذي يتحمّل تبعة الأمر ، هو الرأي الأقرب إلى الصواب ، فهذا الرأي له صلة بالباعث غير المشروع الذي قد يدفع أحد الخاطبين إلى العدول عن الخطبة لإلحاق الضرر بالطرف الثاني ، فقد يخطب الرجل امرأة وتطول المدة ثم يتخلى عنها من دون سبب مشروع سوى إلحاق الضرر بها ، أو قد تعدل هي بعد أن تحصل على هدايا قيّمة ، وبالحكم على الطرف العادل بالتعويض ، نكون قد عاملناه بنقيض مقصوده السيء ، ونحافظ على حقوق الطرف الآخر ، وهذا كله إذا كان العدول دون سبب مقنع.

---

[1] – مجموع الفتاوى ، أحمد بن تيمية ، تحقيق : عامر الجزار ، وأنور الباز ، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع ، مصر، ط3 ، سنة1426هـ ، 2005م ، ج32 ، ص10 .

[2] – القانون رقم 84-11 ، المعدل والمتمم بالأمر رقم05-02.

4- الهدايا المقدمة لولي المخطوبة : ورد في حديث رواه سيدنا عمرو بن العاص أنّ النبي-صلى الله عليه وسلم- قال :«أيّما امرأة نكحت على صداق أو حِباء[1] أو عِدة قبل عصمة النكاح ، فهو لها ، وما كان بعد عصمة النكاح ، فهو لمن أُعطيه ، وأحق ما يكرم عليه الرجل ابنته وأخته»[2].

فقد يعطى الولي أو يوعد بعطاء غير الصداق ، فذهب بعض العلماء إلى أنّ ما كان قبل عقد النكاح فهو للبنت ، وما كان بعد العقد فهو تكريم للولي ، ولا شيء لابنته فيه ، ومن هؤلاء العلماء : سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير ومالك والأوزاعي[3].

وذهب بعضهم إلى عدم التفرقة بين كون الحِباء قبل عقد النكاح أو بعده ، بل جعلوا كل ذلك من حق المخطوبة ، ومن هؤلاء العلماء: عطاء وطاووس والزهري وعمر بن عبد العزيز والثوري وأبي عبيد- رحمهم الله-[4].

---

[1] – الحباء بكسر الحاء ، العطاء بلا عوض . الإستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار ، يوسف بن عبد البر النمري ، تحقيق : عبد المعطي أمين قلعجي ، دار قتيبة للطباعة والنشر ، بيروت ، دمشق ، و دار الوغى ، حلب ، القاهرة ، ط1 ، محرم 1414هـ ، جويلية 1993م ، ج16 ، ص110 .

[2] – أحمد بن حنبل في مسنده ، مسند عمرو بن العاص ، رقم الحديث6709 ، تحقيق : شعيب الأرنؤوط ، محمد نعيم العرقسوسي ، إبراهيم الزيبق ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1417هـ ، 1997م ، ج11 ، ص313 ،وخرجه أحمد الطحاوي في شرح مشكل الآثار ، باب مشكل ما روي عن رسول الله- صلى الله عليه وسلم- في الحباء والعدة والصداق قبل عصمة النكاح وفي ذلك بعد عصمته ، رقم الحديث4471 ، تحقيق : شعيب الأرنؤوط ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1415هـ ، 1994م ، ج11 ، ص324 ، وعلق عليه شعيب الأرنؤوط بقوله : «إسناده حسن ، وتضعيف الألباني في ضعيفته (1007) هذا الحديث بعنعنة ابن جريج مردود بتصريح ابن جريج بالتحديث في رواية النسائي والطحاوي ».

[3] – الإستذكار ، ج16 ، ص110 ، و113 ، و عمدة القاري شرح صحيح البخاري ، بدرالدين محمود العيني ، تحقيق : عبدالله محمود محمد عمر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1، سنة1421هـ، 2001م ، ج13 ، ص426 .

[4] – عمدة القاري شرح صحيح البخاري ، ج13 ، ص426 .

وقضى بهذا سيدنا عمر بن الخطاب–رضي الله عنه– [1].

و قد ذهب أحمد– رحمه الله– إلى أن الحباء لا يكون لأحد من الأولياء غير الأب[2].

تطبيقات نظرية الباعث على الهدايا المقدمة للولي :

ذهب أكثر العلماء إلى أنّ الهدايا المقدمة للولي ، هي من نصيب مُوَلِّيتِه عملا بحديث سيدنا عمرو بن العاص–رضي الله عنه– السابق ، وفي هذا تطبيق للباعث ، لأن الولي قد يدفعه الطمع في الحباء ، ممّا يجعله يجبر مولّيته على الزواج ممّن لا ترضى ، وفي هذا فساد كبير ، كما قد يتفق مع الخاطب على مهر أقل من مهر مثيلات مولّيته والصداق حق للمرأة وليس لوليها، و في هذا إهدار لحقّها ، وهو صداق فاسد ولها مهر المثل[3] ، سدا لذريعة الباعث غير المشروع .

المطلب الثاني : نكاح المريض مرض الموت

الأصل أنّ الإنسان يعقد نكاحه في أحوال عادية ، يكون فيها سليما معافا في كامل قواه العقلية والبدنية ، فيقع العقد صحيحا تترتب عليه جميع آثاره الشرعية ، ولكن قد يتم العقد في بعض الحالات الاستثنائية ، كالمرض الذي يخشى معه الموت ، فما هو حكم النكاح في هذه الحالة ؟ هذا ما سأتناوله في هذا المطلب ، مع بيان صلته بنظرية الباعث .

الفرع الأول : تعريف النكاح .

لغة : النكاح : الوَطء ، والعقد له ، قال الأزهري : أصل النكاح في كلام العرب : الوطء ،

---

[1] – الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، علاء الدين المرداوي ، تحقيق : محمد حسن محمد الشافعي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1418هـ ، 1997م ، ج8 ، ص250 .

[2] – معالم السنن ، أحمد الخطابي البستي ، تحقيق : محمد راغب الطباخ ، المطبعة العلمية ، حلب ، ط1 ، سنة1352هـ ، 1933م ، ج3، ص216 .

[3] – الأم ، ج6 ، ص211 .

ونكح فلان امرأة يَنْكحها نكاحا : إذا تزوجها ، ونكحها ، ينكحها : إذا باضعها[1] .
وناكِح وناكِحَةٌ : ذات زوج ، ونَكحَ النعاس عينه : غلبها[2]، والنِّكاح : البضع ، وذلك في نوع الإنسان خاصة ، وأَنكَحه المرأة : زوَّجها ، واستَنْكح في بني فلان ، تزوج فيهم[3].

اصطلاحا : من خلال الاطلاع على التعاريف المختلفة للنكاح[4]وجدت أنّها لا تخرج عن كونه عقد من أجل تملك المتعة بالمرأة .

وقد اخترت التعريف التالي : «عقد يفيد حِلّ العِشرة بين الرجل والمرأة ، وتعاونهما ، ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات»[5]، لأنه وسّع من معنى النّكاح الذي حصرته التعاريف السابقة في مجرد التمتع- وإن كانت المتعة جزء منه- فالنكاح عقد يشمل التعاون بين الزوجين ، وتحمّل كلّ طرف مسؤوليته وواجباته .

الفرع الثاني : ماهية مرض الموت .

ورد في مفهوم مرض الموت تعاريف كثيرة ، تهدف كلها إلى اعتباره المرض الذي يكون معه الموت غالبا ومن هذه التعاريف :

---

[1] – لسان العرب ، ج6 ، ص4537.

[2] – لسان العرب ، ج6 ، ص4537 ، والقاموس المحيط ، ص246.

[3] – المحكم والمحيط الأعظم ، ج3 ، ص46 .

[4] – التعريفات ، علي الجرجاني ، مكتبة لبنان ، بيروت ، سنة1985م ، ص317 ، و شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي ، كمال الدين محمد بن الهمام ، تحقيق: عبد الرزاق غالب المهدي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1424هـ ، 2003م ، ج3 ، ص177 ، و الواضح في شرح مختصر الخرقي ، نور الدين البصري الضرير ، تحقيق : عبد الملك بن عبد الله بن دهيش ، دار خضر ، بيروت ، لبنان ، ط1، سنة1431هـ، 2000م ، ج3، ص363 ، و شرح حدود بن عرفة ، محمد الأنصاري الرصاع ، تحقيق: محمد أبو الأجفان ، الطاهر المعموري ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1993م ، ص235 ، و البجيرمي على الخطيب المسمى تحفة الحبيب على شرح الخطيب ، سليمان البجيرمي الشافعي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1417هـ ، 1996م ،ج4 ،ص78

[5] – الأحوال الشخصية ، ص17 .

«المراد بالمريض مرض الموت من غلب على الظن هلاكه»[1].

وفي تعريف وسّع من أماراته عرفه بأنّه : المرض الذي يعجز الرجل عن القيام بمصالحه خارج البيت ، ويعجز المرأة عن القيام بمصالحها داخل البيت ويتصل به الموت ويلحق بمرض الموت المحكوم عليه بالإعدام ، ومن خرج من الصف للمبارزة ، ومن كان في السفينة واشتدّت بها العاصفة [2] .

وعلى العموم فهو المرض الذي غالبا ما يتصل به ، أو يعقبه الموت[3].

الفرع الثالث : آراء الفقهاء في مرض الموت .

الحنفية : يرى الحنفية أنّ نكاح المريض أو المريضة مرض الموت صحيح ، وأنّهما يتوارثان ، وللمرأة الصداق الذي سمى لها[4].

المالكية : ذهب المالكية إلى أنّ هذا النكاح لا يجوز ، فإن تزوج رجل بامرأة وهي مريضة وماتت كان لها الصداق إن كان مسها ، ولا ميراث له منها ، وإن مات هو وقد مسها ، فلها الصداق ولا ميراث لها ، وإن كان لم يمسها فلا صداق لها ولا ميراث[5].

الشافعية : ذهب الشافعي-رحمه الله- إلى جواز نكاح المريض، قال الماوردي: وهذا صحيح إذا تزوج امرأة صح نكاحها ولها الميراث والصداق ، والمريضة أيضا إذا نكحت رجلا

---

[1] – رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، ج5 ، ص3 .

[2] – أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، ص147 ،148 ، والمدخل للفقه الإسلامي (تاريخ الفقه الإسلامي الملكية ونظرية العقد) ، أحمد فراج حسين ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، سنة2002م ، ص499 .

[3] – الأحوال الشخصية ، ص319 ، و شرح قانون الأحوال الشخصية ، ص124 .

[4] – الحجة على أهل المدينة ، محمد بن الحسن الشيباني ، تحقيق : مهدي حسن الكيلاني ، عالم الكتب ، بيروت ، لبنان ، ج3 ، ص495 .

[5] – المدونة الكبرى ، ج2 ، ص170 .

صحيحا ، صح نكاحها وورثها الزوج ، وعليه صداقها[1].

الحنابلة : ذهبوا إلى أن نكاح المريض ، صحيح[2].

قانون الأسرة الجزائري: لم يتناول مسألة نكاح المريض ماعدا ما كان في المادة07 مكرر[3] والتي توجب على الطرفين تقديم شهادة طبية لايزيد تاريخها عن 03 أشهر ، تثبت خلوهما من أي مرض أو عوامل تشكل خطرا عليهما .

كما يوجد اجتهاد للمحكمة العليا يمنع الميراث بين الزوجين إذا انعقد النكاح في مرض الموت حيث ورد فيه :« إن النكاح الواقع في مرض الموت سواء للزوجة أو للزوج لا إرث فيه (فقه). وإن القضاء برفض دعوى الطاعنة للزواج الواقع في مرض الموت بحجة انعدام النص في الشريعة هو مخالفة للشرع»[4].

الفرع الرابع : تطبيقات الباعث على نكاح المريض .

من خلال تتبع آراء الفقهاء في هذه المسألة وجدت أنّ المالكية ، قد أعملوا الباعث غير المشروع في إبطال هذا النكاح ، والباعث هنا هو إدخال وارث على الورثة الأصليين فينازعهم حقهم المشروع في الميراث ، فالشارع الحكيم منع الشخص من الوصية بماله كله ، ماعدا الثلث ، حفاظا على حقوق الورثة ، والمريض في حالته هذه ليس بحاجة إلى النكاح ، إذ لا معنى لزواجه وهو يواجه الموت إلاّ إذا حرّكه هذا الباعث ، وبمنعه تحفظ حقوق الورثة.

وقد وفقت المحكمة العليا في قرارها منع التوارث بين من عقدا نكاحهما في مرض الموت.

---

[1] – الحاوي الكبير، ج8 ، ص279 .

[2] – المغني ، محمد بن أحمد بن قدامة ، تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي ، و عبد الفتاح محمد الحلو ، دار عالم الكتب ، الرياض ، ط3 ، سنة1417هـ ،1997م ، ج10 ، ص189 .

[3] – القانون رقم 84-11 ، المعدل والمتمم بالأمر رقم05-02.

[4] – قرار رقم :251656 ، موقع بوابة القانون الجزائري.

المطلب الثالث : نكاح التحليل.

قد يكون النكاح صحيحا من الناحية الشكلية ، ولكن قد تشوبه بعض العيوب التي قد تؤثر في صحة انعقاده فيقع باطلا ، كأن يكون قصد الزوجين أو أحدهما مخالفا لما شرع له النكاح من بناء أسرة مستمرة للأبد وإنجاب ذرية ... وغيرها من المقاصد التي يرجى تحقيقها من الزواج ، بل لأجل مقاصد أخرى كتحليل امرأة لزوجها مثلا ، فهل يصح مثل هذا الزواج شرعا وقانونا ؟ هذا ما سيناقش في هذا المطلب.

الفرع الأول : تعريفه .

لغة : من حَلَّل، وحَلَّ بالمكان ، نزول القوم بِمَحلّة ، والحَليل والحَلِيلَة : الزَّوجان ، وحَلَّ المحرم من إحرامه ، يَحِلّ ، حِلاًّ وحلالاً : إذا خرج من حرمه ، والحَلال : ضد الحرام ، أحلَلَ المرأة لزوجها، وكل شيء أباحه الله فهو حلال[1]،

وحلَّ الشيء: صار مُبَاحًا ، والمرأة: جَازَ تزوجها ، والمحَلِّل : متزوج المرأة المطلقة ثلاثا لتحلّ للزوج الأوّل[2]، وهذا لك حِلّ : أي حلال ، واستَحلَّ الشيء : اتخذه حلالا، والمحلل من الفرس، الثالث من خيل الرهان[3].

اصطلاحا : وردت عدة تعاريف لنكاح التحليل ، وكلها تصب في نفس المعنى ، وهو أن يتزوج رجل من امرأة مطلقة ثلاثا ، ثم يطلقها بقصد تحليلها لزوجها الأول .

ومن هذه التعاريف :

هو نكاح عقده الزوج الثاني قاصدا تحليل المطلقة المثلثة[4] .

---

[1] – لسان العرب ج2 ، ص973 – 976 .

[2] – المعجم الوسيط ، ص193 ، 194.

[3] – المحكم والمحيط الأعظم ، ص526 – 528.

[4] – شرح حدود ابن عرفة ، ص251 .

وفي تعريف آخر : هو الذي يقصد بنكاحه تحليل المطلقة ثلاثا لزوجها الذي طلقها[1] .

وفي تعريف ثالث : هو الذي يقصد بنكاحه تحليل المطلقة ثلاثا[2].

وبهذا نجد أنّ هذه التعاريف تكاد تكون متطابقة ، وحتى ابن منظور- وهو من أهل اللغة- وافقهم نفس التعريف بقوله : أن يطلق الرجل امرأته ثلاثا ، فيتزوجها رجل آخر ، بشرط أن يطلقها بعد مواقعتها إياه لتحلّ للزوج الأوّل[3].

الفرع الثاني : آراء الفقهاء في نكاح التحليل.

الحنفية: يرى الحنفية أنّ نكاح التحليل مكروه ، واستدلوا على ذلك بأنّ الرسول عليه الصلاة والسلام ، سمّاه محللا فدلّ على صحة النكاح ، لأنّ المحلل هو المثبت للحل ، فلو كان فاسدا لما سماه محللا ، بل ذهبوا إلى نفي الكراهة عنه إذا كان بنيّة التحليل من غير شرط ، وتحلّ للأول ، بل ذهب بعضهم إلى أنّ من فعل ذلك فهو مثاب مأجور[4].

وإن تزوجت المبتوتة ، بزوج آخر ، ومن نيتها التحليل ، فإن لم يشترطا ذلك بالقول ، وإنّما نويا ، وتم الدخول ، حلت للأول ، فالنية غير معتبرة في المعاملات ، والنكاح صحيح لاكتمال شروطه ، وإن اشترطت التحليل ، فإنّ النكاح صحيح ، وتحلّ للأول عند أبي حنيفة و زفر، وهو مكروه للزوج الأول والثاني ، وهو صحيح أيضا عند محمد ، غير أنّها لاتحل للأول ، أما أبو يوسف فاعتبر النكاح فاسد وإن وطئها فإنها لاتحل للزوج الأول[5].

---

[1] – الفقه الإسلامي وأدلّته ، ج7 ، ص117 .

[2] – بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، محمد بن رشد القرطبي ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ط6 ، سنة1402هـ ، 1982م ، ج2 ، ص58 .

[3] – لسان العرب ، ج2 ، ص975.

[4] – البناية في شرح الهداية لمحمود العيني ، محمد عمر الرامفوري ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ، لبنان ، ط2 ، سنة 1411هـ ، 1990م ، ج5 ، ص259 ،260 .

[5] – بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج4 ،ص404 ، 405 .

واستدل أبوحنيفة–رحمه الله – بقوله تعالى:﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۗ وَتِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوۡمٖ يَعۡلَمُونَ ﴿٢٣٠﴾ ﴾ البقرة: 230 ، فعمومات النكاح تقتضي الإباحة دون الفصل بين اشتراط الحل أم لا ، فتنتهي الحرمة بوجود النكاح [1].

الملاحظ أنّ الحنفية يبيحون هذا النوع من النكاح ، وفي المقابل يبطلون النكاح المؤقت[2]، مع أنّ نكاح التحليل في الواقع نكاح مؤقت ، ينتهي بمجرد إصابة الزوجة ، ثمّ يطلقها ، فكان من الأولى إبطال النوعين ، التحليل والمؤقت.

المالكية : اعتبروا هذا النكاح باطل ، فإذا كانت نية الرجل من زواجه بامرأة أن يحلّها لزوجها ، وإن لم يكن باتفاق بينه وبينها أو بينه وبين الزوج الأوّل ، فهو نكاح فاسد لا تحلّ به المرأة لزوجها الذي طلّقها باتفاق من مالك وأصحابه.

وذهب بعض المالكية إلى جواز نكاحها بنية تحليلها ، ويؤجر على ذلك ، وهو قول ابن القاسم وسالم وربيعة ويحي بن سعيد[3].

وقد اختلفوا في حكمه إذا وقع ، فذهب مالك وجميع أصحابه وأكثر أهل العلم إلى أنّه فاسد ، ويفسخ قبل الدخول وبعده ، ويكون فيه الصداق المسمى ، وقيل صداق المثل[4]،

---

[1] – المرجع السابق ، ج4 ، ص 405.

[2] – البناية في شرح الهداية ، ج4 ، ص567 .

[3] – البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة ،أبي الوليد ابن رشد القرطبي ، ومعه المستخرجة من الأسمعة المعروفة بالعتبية ، محمد العتبي القرطبي ، تحقيق : أحمد الشرقاوي إقبال ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، ط2 ، سنة1408هـ ، 1988م ، ج4 ، ص385.

[4] – المرجع نفسه ، ج4 ، ص386 .

واستدلوا بخبر عن سيدنا عمر- رضي الله عنه- فعن يزيد بن عياض أنّه سمع نافعا يقول : إنّ رجلا سأل ابن عمر-رضي الله عنهما- عن التحليل ، فقال : عرفت عمر بن الخطاب- رضي الله عنه- لو رأى شيئا من هذا لرجم فيه[1].

واستدلوا أيضا بأثر لسيدنا عثمان-رضي الله عنه- عن أبي مرزوق التجيبي أنّ رجلا طلّق امرأته ثلاثا ثم ندما وكان لهما جار ، فأراد أن يحلل بينهما بغير علمهما ، قال: فلقيت عثمان بن عفان وهو راكب على فرسه ، فقلت يا أمير المؤمنين إنّ لي إليك حاجة فقف علي ، فقال : إني على عجل فاركب ورائي ، ففعل ثم قص عليه الأمر فقال له عثمان :لا إلا بنكاح رغبة غير دلسة[2] .

الشافعية : اعتبر الشافعي-رحمه الله- نكاح التحليل ضربا من نكاح المتعة ، وهو نكاح مفسوخ ، لا ميراث فيه بين الزوجين و لا طلاق و لا ظهار و لا إيلاء و لا لعان إلا بولد ، ولا مهر لها قبل أن يصيبها ، ولها مهر مثلها ، إن كان أصابها ، لا ما سمّى لها ، وتجب عليها العدة ، وإن تزوجها بعد ذلك فهي عنده على ثلاث[3].

وذكر الماوردي-رحمه الله- أنّه باطل ، وأنّه على ثلاثة أقسام :

---

[1] - المدونة الكبرى ، ج2 ، ص211 ، و بيان الدليل على بطلان التحليل ، أحمد ابن تيمية ، تحقيق حمدي عبد المجيد ، المكتب الإسلامي ، ص355 ، وقد علق عليه ابن تيمية بقوله : «وهو مشهور محفوظ عن عمر رووه بالأسانيد الثابتة » وقد وجدت هذا الأثر مرويا في مصنف ابن أبي شيبة بلفظ « ذلك السفاح ، لو أدركتكم عمر لنكّلكم» ،حديث رقم17249 ، تحقيق : حمد بن عبد الله جمعة ، محمد إبراهيم اللحيدان ، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ط1 ، سنة1425هـ ، 2004 م ، ج6 ، ص221 .

[2] - المدونة الكبرى ،ج2 ،ص211 ، والحديث أخرجه البيهقي في سننه الكبرى ،كتاب النكاح ، باب من عقد النكاح مطلقا لا بشرط فيه فالنكاح ثابت ، وإن كانت نيتهما أو نية أحدهما التحليل رقم الحديث 14192 ، ج7 ، ص340 ، وقد ورد إختلاف في بعض الألفاظ عما في المدونة ، مثل لفظ ، رغبة ، بدل دلسة ، وعبارة ، إني أردت أن أحتسب بنفسي ومالي فأتزوجها ثم أبتني بها ثم أطلقها فترجع إلى زوجها الأول.

[3] - الأم ، ج6 ، ص205 ،206 .

– أحدها : أن يشترطا في العقد أن يتزوجها فيصيبها ثم يطلقها ، وهذا نكاح باطل .

– ثانيها : أن يشترط في العقد تطليقها بعد إصابتها ، وهذا القسم فيه قولان :

قول الشافعي في القديم أنّه صحيح ، وقول في الجديد ، وهو في الأم أنّه باطل، وهذا القول هو الأصح .

– ثالثها : أن يشترط عليه ذلك قبل العقد ، ويتزوجها من غير شرط ، ولكنّه ينويه ويعتقده فالنكاح صحيح ، وهو مكروه .

هذا بالنسبة لحكم هذا النكاح ، فإذا وقع فهل تحل لزوجها الأول أم لا؟

قولان : قوله في القديم أنه يحلها ، وقول في الجديد أنها لاتحل وهذا القول الصحيح [1] .

الحنابلة: ذهب الحنابلة إلى أنّ هذا النكاح حرام باطل[2].

واستدلوا[3] على هذا بما روى عبد الله بن مسعود–رضي الله عنه– قال : «لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الواصلة والموصولة ، والمحِلَّ والمحلل له ، والواشمة والموشومة ، وآكل الربا ومطعمه»[4]. وما رواه عقبة بن عامر–رضي الله عنه– قال : قال رسول الله–صلى الله عليه وسلم–«ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا بلى يا رسول الله ، قال : هو المحلِّل ، لعن الله المحلِّل و المحلَّل له »[5]،

---

[1] – الحاوي الكبير ، ج9 ، ص332 – 334 .

[2] – شرح الزركشي على متن الخرقي ، شمس الدين الزركشي ، تحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش ، مكتبة الأسدي ، ط3 ، سنة1430هـ ، 2009م ، ج3 ،ص247 ، والكافي ، ج4 ، ص291 .

[3] – الكافي ،ج4 ، ص292 .

[4] – رواه أحمد في المسند ، مسند عبد الله بن مسعود –رضي الله عنه– حديث رقم4403 ، ج7 ، ص412 ، علق عليه الأرنؤوط : إسناده صحيح على شرط البخاري .

[5] – ابن ماجة في السنن الكبرى ،كتاب النكاح ، باب الرجل يطلق امرأته ثلاثا فتتزوج فيطلقها ، حديث رقم 1935، تحقيق : فريق بيت الأفكار الدولية ، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع ، الرياض ، السعودية ، عمان ، الأردن ، ص210 ، قال البوصيري : هذا إسناد مختلف فيه من أجل أبي مصعب ، وقال الحاكم ، صحيح الإسناد .

سمي محللا لقصده التحليل وليس لأنه يقع به التحليل.

وما رواه نافع-رضي الله عنه-أنّ رجلا قال لابن عمر-رضي الله عنهما- «امرأة تزوجتها أحلها لزوجها ولم يأمرني ولم يعلم . قال: لا ، إلاّ نكاح رغبة ، إن أعجبتك أمسكتها وإن كرهتها فارقتها ، وإن كنا نعدّه على عهد رسول الله-صلى الله عليه وسلم- سفاحا ، ولا يزالان زانيين وإن مكثا عشرين سنة»[1].

كما ذهب ابن تيمية-رحمه الله- إلى نفس رأي الحنابلة ، أي أنّ نكاح التحليل ، حرام باطل ، وأنّ هذا هو المأثور عن الصحابة ، وعامة التابعين-رضي الله عنهم- مثل سعيد بن المسيب والحسن البصري وإبراهيم النخعي وعطاء بن أبي رباح[2].

قانون الأسرة الجزائري : لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري لهذا النوع من النكاح ، بل تكلم في الفصل الثالث منه ، عن النكاح الفاسد و الباطل ، حيث جاء في نص المادة 32 منه : «يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد»[3]، فلم يوضح بشكل دقيق هل نكاح التحليل داخل ضمن هذه الأنكحة أم لا، في حين نجد أن قانون الأسرة المغربي قد تطرق له صراحة عندما تكلم عن حالات فسخ النكاح الفاسد، حيث ذكرت المادة61 منه ثلاث حالات منها:

---

[1] – رواه الحاكم في مستدركه ، كتاب الطلاق ، بذيله التلخيص للحافظ الذهبي ، تحقيق : يوسف عبد الرحمن المرعشلي ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ج2 ، ص199 ، و البيهقي في سننه الكبرى ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في نكاح المحلل ، حديث رقم 14189 ، ج7 ، ص339 ، غير أنّهما لم يذكرا الزيادة –ولا يزالان زانيين وإن مكثا عشرين سنة– التي ذكرها في الكافي ، وعلق الحاكم-رحمه الله- على الحديث قائلا : هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه .

[2] – بيان الدليل على بطلان التحليل ، ص17 ، 18 .

[3] – القانون رقم 84-11 ، المعدل والمتمم بالأمر رقم05-02.

«إذا قصد الزوج بالزواج تحليل المبتوتة»[1].

لما كان هذا النوع من النكاح باطلا كان من الضروري التطرق له في قانون الأسرة الجزائري ، بتخصيص مادة تبيّن حكمه ، أو يضيف إلى المادة 32 فقرة تحدد هذه الأنكحة الفاسدة ومن ضمنها نكاح التحليل.

من خلال تتبع آراء الفقهاء ، يمكن القول بأن نكاح التحليل نكاح حرام باطل ولا يمكن أن تحل به المبتوتة لزوجها الأول ، وهذا الرأي هو رأي عامة العلماء ، ولم يخالف هذا الرأي سوى الحنفية ، وحتى هؤلاء اختلفوا حوله، كما أن ظواهر النصوص و الآثار تدل على بطلانه.

الفرع الثالث : صلة نظرية الباعث بنكاح التحليل .

إنّ تحريم الشارع لهذا النوع من النكاح ، فيه إعمال للباعث غير المشروع ، وهو نية التأقيت في النكاح ونية التحايل على الشرع ، بتحليل المرأة المبتوتة لزوجها الأول ، وهذا باعث غير مشروع ، فالله عز وجل شرع الزواج وشرع في المقابل الطلاق ، وأعطى هذا الحق للرجل ومنحه فرصتين يمكنه من خلالهما إبقاء هذه الزوجة في عصمته والحفاظ على أسرته ، فإذا أوقع الطلاق للمرة الثالثة ، حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره ، فيطلقها هذا الأخير أو يموت ، وفي هذا تأديب للرجل وتحذير له من أن يتخذ آيات الله لعبا ، كما أن إبطاله ردع ومنع للرجل من أن يتخذ الطلاق سيفا يشهره في وجه زوجته في كل حين لأنّه يعلم أنّه باستطاعته تحليلها ، كما أن فيه إذلال كسر لجبروت بعض الرجال الذين يظنون أن الطلاق من الرجولة .

---

[1] – ظهير شريف رقم 22. 04. 1 صادر في12ذو الحجة 1424هـ ، 2004/2/13م ، بتنفيذ القانون رقم 03. 70 بمثابة مدونة الأسرة ، الجديدة الرسمية المغربية الصادرة بتاريخ 14ذو الحجة 1424هـ ، 5فبراير2004م، عدد5184 .

فلمثل هذه الحكم وغيرها حرّم الشرع هذا النوع من النكاح ، إذ لو أباحه لتيسر على الناس الطلاق، ثم يدفع الرجل بزوجته إلى رجل يصيبها ثم يطلقها ليتزوجها من جديد ، وهكذا تصير آيات الله لهوا ولعبا ، خاصة في عصرنا هذا الذي ضعفت فيه الرجولة والمروءة حيث صار البعض يحلف بالطلاق عشرات المرات في اليوم الواحد –والله المستعان– وحتى الحنفية أيضا أعملوا الباعث في نكاح التحليل، فقد ذهب محمد بن الحسن–رحمه الله– إلى أن النكاح عقد مؤبد ، فكان شرط الإحلال استعجال ما أخره الله لغرض الحل ، فالشرط باطل والنكاح صحيح ، لكن لا يحصل به الغرض ، وهو–التحليل– كمن قتل مورثه [1].

المطلب الرابع: نكاح الشغار.

ظهر في الجاهلية أنكحة مختلفة أدرك الإسلام بعضها ومنها الشغار والذي سنتناوله في هذا المطلب لنتعرف على معناه وحكم الإسلام فيه وصلته بنظرية الباعث.

الفرع الأول : تعريفه .

لغة: الشَّغْر: الرفع ، شَغَر الكلب يَشْغر شَغْرا : رفع إحدى رجليه ، بال أو لم يبل .

وقيل شَغَر المرأة ، وبها : رفع رجلها للنكاح ، وبلدة شاغرة : لم تمتنع من غارة أحد، وشَغَرتِ الأرض : لم يبق بها أحد يحميها ويضبطها ، والشِّغار : الطرد ، يقال شغروا فلانا عن أرضه : طردوه ونفوه، والشّغار : الفارغ ، والبئر الكثيرة الماء[2].

والشِّغار : نكاح كان في الجاهلية ، وهو أن تزوج الرجل امرأة ما كانت على أن يزوجك أخرى بغير مهر ، وخص بعضهم القرائب ، ويكون مهر كل واحدة منهما بضع الأخرى[3].

---

[1] – بدائع الصنائع ، ج4 ، ص405 .

[2] – المعجم الوسيط ، ص386 .

[3] – لسان العرب ، ج4 ، ص2283 ، 2284 ، والمحكم والمحيط الأعظم ، ج5 ، ص392 .

اصطلاحا :

تعددت التعريفات لهذا النكاح ، وكلها متفقة على نفس المفهوم تقريبا وهو: أن يزوج الرجل موليته للرجل على أن يزوجه هذا الأخير مولّيته بغير مهر ، ومن هذه التعريفات :

– أن يزوج الرجل بنته ، على أن يزوج المتزوج بنته أو أخته ، ليكون أحد العقدين عوضا عن الآخر[1].

الملاحظ أن التعريف ذكر في الأول البنت فقط ، وفي المرة الثانية ذكر البنت أو الأخت ، كما أنه لم يذكر هل يسمى المهر أم لا.

وجاء في تعريف آخر: أن يزوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته ، ولا مهر بينهما[2].

الفرع الثاني : آراء الفقهاء في نكاح الشغار.

الحنفية: يرى الحنفية أنّ هذا النكاح جائز ، وحملوا النهي الوارد في الحديث «لا شغار في الإسلام» أو «نهى رسول الله– صلى الله عليه وسلم– عن الشغار»[3] إنما كان من أجل عدم تسمية المهر ، وهذا عادة أهل الجاهلية[4]، قال السرخسي : النكاح بهذه الصفة يجوز عندنا ولكل واحدة منهما مهر مثلها ، واشتراط أحد العقدين في مقابلة البضع لا يصلح أن يكون صداقا وهو شرط فاسد والنكاح لا يبطل بمثله[5]، فاشتراط أن يكون بضع كل واحدة منهما مهر الأخرى شرط فاسد، فالبضع لا لايصلح مهرا والنكاح لا تبطله الشروط

---

[1] – البناية في شرح الهداية ، ج4 ، ص679 .

[2] – المغني ، ج10 ، ص43 .

[3] – رواه البخاري في صحيحه ، كتاب النكاح ، باب الشّغار ، حديث رقم5112 ، ج3 ، ص366 ، وهو مروي عن ابن عمر– رضي الله عنهما– وزاد فيه : « و الشّغار أن يزوج الرجل ابنته ، على أن يزوجه الآخر ابنته ليس بينهما صداق».

[4] – البناية في شرح الهداية ، ج4 ، ص689 .

[5] – المبسوط ، ج5 ، ص105 .

الفاسدة، فهو صحيح والشرط فاسد[1].

المالكية :ذهبوا إلى فسخ هذا النكاح قبل وبعد البناء ، وحملوا رواية علي بن زياد أن مالك- رحمه الله- قال بأنه لا يفسخ بعد الدخول ، على ما إذا سمي الصداق مع النكاح[2]، وذكروا ثلاث صور لنكاح الشغار :

إحداها : أن لا يذكر الصداق ، فالعقد فاسد .

الثانية : أن يسمى لكل واحدة منهما ، فالصداق فاسد ، وفي هذا خلاف في إمضاء العقد أو فساده .

الصورة الثالثة : أن يسمى لإحداهما فقط ، فيصح نكاح المسمى لها ، ويفسخ نكاح التي لم يسمى لها قبل وبعد البناء ، ولها بعد البناء صداق المثل .

والمشهور هو فسخ نكاح الشغار قبل البناء وبعده[3].

الشافعية : اعتبره الشافعي-رحمه الله- محرما ، وهو عنده النكاح الذي لم يسم فيه صداق ، وهو مفسوخ ، ولكل واحدة منهما مهر مثلها بعد الدخول وعليهما العدة ، وله نفس أحكام النكاح الفاسد[4]، أما الصورتين الأخريين ، من تسمية الصداق لهما ، أو تسمية الصداق لإحداهما ، فلم يعتبره الشافعية شغارا ، وهو عندهم نكاح ثابت والمهر فاسد ولكل واحدة منهما مهر مثلها بعد البناء ، ونصف مهر مثلها إن طلقت قبل الدخول بها[5].

---

[1] – بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج3 ، ص492 ، 493 .

[2] – البيان والتحصيل ، ج5 ، ص65 ، 66 .

[3] – الذخيرة ، ج4، ص384، 385 ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن عرفة الدسوقي، وبهامشه تقريرات محمد عليش، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ج2 ، ص307 ، 308 ، والمدونة ، ج2 ، ص98 ،99.

[4] – الأم ، ج6 ، ص 199 .

[5] – المجموع شرح المهذب ، محي الدين النووي ، تحقيق : محمد نجيب المطيعي ، مكتبة الإرشاد ، جدة ، السعودية ، ج17 ، ص352 ، 353 ، والحاوي الكبير ، ج9 ، ص323 – 325 .

الحنابلة : اعتبروا هذا النكاح باطلا ، سواء ذكرا أن بضع كل واحدة مهر الأخرى أم لا ، أما إذا سمّوا صداقا ، فهو عند أحمد-رحمه الله- صحيح ، واعتبره الخرقي غير صحيح ، أما إذا قال زوجني ابنتك ، وأزوجك ابنتي ، ومهر كل واحدة مائة وبضع الأخرى ، فالنكاح فاسد[1].

من خلال تتبع آراء الفقهاء نجد أنّهم متفقون على تحريم هذا النوع من النكاح ، في حالة إذا لم يُسمَّ المهر ، واختلفوا في باقي صوره .

قانون الأسرة الجزائري : لم يتناول قانون الأسرة الجزائري هذا النوع من النكاح ، وإن كان أشار إلى بطلان العقد إذا كان بدون صداق في المادة33 منه ، حيث ورد فيها «يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا . إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل»[2].

في حين نجد أنّ قانون الأسرة المغربي قد تطرق لهذا النكاح- وإن لم يذكره صراحة- في المادة 13 منه عندما تكلم عن الشروط الواجب توفرها في عقد النكاح ، فذكر من هذه الشروط: «عدم الاتفاق على إسقاط الصداق»[3]، وهذا ماكان ينبغي أن يفعله المشرع الجزائري ، بأن يتناول هذا النكاح بتبيين حكمه وتجريمه لأنه نكاح محرّم فلا يمكن إهماله[4].

---

[1] - المغني ، ج10 ، ص43 ، 44 ، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج8 ، ص157 ،158 ، وشرح الزركشي على مختصر الخرقي ، ج3 ، ص240 ، 241 .

[2] - القانون رقم 84-11 ، المعدل والمتمم بالأمر رقم05-02.

[3] - ظهير شريف رقم 22. 04. 1، بتنفيذ القانون رقم 03. 70.

[4] - حسب أحد المحامين- بدائرة اختصاص مجلس قضاء معسكر- أنه لا توجد عندنا قضايا فيها نكاح التحليل ، أو الشغار ، قلت ولكن ربما قد يقع نكاح التحليل على المستوى الفردي بعيدا عن أنظار السلطة ، فلو أدرج كمادة في قانون الأسرة وخصّصت له عقوبة لامتنع الناس عنه ، أو على الأقل من يتولون العقد - الفاتحة- كما يفعلون اليوم من الامتناع عن تولي العقد إلا إذا استظهر الطرفان العقد المدني(ورقة توثيق عقد النكاح) خوفا من العقاب.

الفرع الثالث : صلة نظرية الباعث بنكاح الشغار .

يبدو أن بينهما علاقة واضحة ، لأن قصد الوليين من هذا العقد ، هو إسقاط المهر والتخلص من تبعاته ، بحيث يسهل على كل واحد منهما الحصول على امرأة يتزوجها دون أن يدفع أي مهر ، وهذا هو عين الباعث غير الشريف ، فالقصود يجب أن تكون سليمة من السوء موافقة للشرع ، كما أن المهر ليس حقا للأولياء يمكنهم التصرف فيه، بل هو حق للمرأة أعطاه لها الله- عز وجل- حيث يقول سبحانه وتعالى: ﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا ﴾ النساء: 4 ، فلا يجوز للولي إسقاطه ، أو أخذه منها ظلما.

إن عقد النكاح أمر عظيم تترتب عليه آثار كبيرة ، وحقوق وواجبات ، وقد يكون من آثاره الأولاد ، فما مصير هؤلاء ، كما هو الحال في نكاح التحليل أو المتعة[1] ، لذا ينبغي أن تخصص مادة تتطرق لهذه الأنكحة ، توضع فيها ضوابط تمنع من الوقوع في المحظور.

المطلب الخامس: نكاح المتعة.

يعتبر هذا النكاح هو الآخر من الأنكحة التي أدركها الإسلام ، فما هومفهومه ؟ وماهو حكم الشرع فيه ؟ وما هي صلته بالباعث؟

الفرع الأول : تعريفه .

لغة : جبل مَاتِع : طويل مرتفع ، والماتع : الأكبر ، ومَتعَك الله بكذا ، ومتَّعَك ، وأَمتَعك : أطال لك الانتفاع به[2]، مَتَع النهار مُتُوعًا : ارتفع قبل الزوال ، والضحى : بلغ غايته ، والحبل : اشتد .

---

[1] – سيذكر هذا النوع من الأنكحة في المطلب الموالي .

[2] – أساس البلاغة ، ج2 ، ص192 .

والمتْعَة بالضم والكسر ، اسم للتَّمتِيع ، كالمتَاع : أن تتزوج امرأة تتَمَتَّع بها أياما ثم تخلي سبيلها[1] تتمتع بها لا تريد إدامتها لنفسك ، وسميت متعة ؛لانتفاع المرأة بما يعطيها الرجل، وانتفاعه منها بقضاء شهوته وحاجته .

والمتعة العمرة إلى الحج[2]، والمتاع : كل ما انتفع به ، وأصله النفع الحاضر[3].

اصطلاحا :

وردت فيه تعاريف كثيرة كلها تصب في نفس المعنى ، وهو أنّه : عقد رجل على امرأة يتمتع بها مدة معلومة ، بمقدار معين من المال ، ومن هذه التعريفات :

1-هو عقد الرجل الزواج على امرأة ، مدة معلومة بمهر معلوم[4].

يلاحظ أن هذا التعريف ورد فيه لفظ الزواج ، مع أنّ الفقهاء متفقون-كما سيأتي- على بطلانه ، فكان الأولى أن يستعمل لفظا آخر كالمتعة ، كما هو الحال في التعريف التالي :

2-هو أن يقول الرجل لامرأة خذي هذه العشرة ، وأتمتع بك مدة معلومة ، فقبلته[5].

الملاحظ على هذا التعريف أنّه إضافة لعدم استعماله لفظ الزواج أو النكاح ، جعل الكلام موجه للمرأة وليس لوليها.

وسنرى من خلال دراسة آراء الفقهاء في المسألة ، تعريف كل مذهب له ، وأنهم لم يستعملوا عبارة عقد الزواج أو النكاح في دراستهم لهذه المسألة .

---

[1] – القاموس المحيط ، ص762 .

[2] – المحكم والمحيط الأعظم ، ج2 ، ص64 ، و الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي ، ص419 ، والمعجم الوسيط ، ص853.

[3] – المغرب في ترتيب المعرب ، ناصر الدين المطرّزي ، تحقيق : محمود فاخوري ، وعبد الحميد مختار ، مكتبة أسامة بن زيد ، حلب ، سورية ، ط1 ، سنة 1399هـ ، 1979م ، ج2 ، ص256 .

[4] – المفصل في أحكام الأسرة والمرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية ، عبد الكريم زيدان ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة 1413هـ ، 1993م ، ج6 ، ص163 .

[5] – التعريفات ، ص316 .

الفرع الثاني : آراء الفقهاء حول نكاح المتعة .

الحنفية : عرّفوه بأن يقول لامرأة أتمتع بك كذا من المدة بكذا من البدل ، وهو بهذا الشكل باطل[1]، واستدلوا على هذا بأدلّة منها:

ما رواه محمد بن الحنفية عن علي بن أبي طالب– رضي الله عنهم – أن منادي رسول الله – صلى الله عليه وسلم – نادى يوم خيبر :«ألا إنّ الله تعالى ورسوله ينهيانكم عن المتعة»[2].

وحديث الربيع بن سبرة الجهني عن أبيه أنه قال : أذن لنا رسول الله– صلى الله عليه وسلم– في المتعة عام الفتح ، فانطلقت أنا ورجل آخر إلى امرأة شابة ، كأنها بَكْرَة عَيْطاء ، لنستمتع بها ، فجلسنا بين يديها ، وعليه برد وعلي برد ، فكلمناها ومهرناها بردينا ، وكنت أشب منه ، وكان برده أجود من بردي ، فجعلت تنظر إلي مرة وإلى برده مرة ثم اختارتني ، فنكحتها فأقمت معها ثلاثا ، ثم إن رسول الله– صلى الله عليه وسلم– نهى عنها ففارقتها[3].

وذكروا أحاديث وآثار أخرى تدل كلها على تحريم المتعة ، ولم تثبت الإباحة المطلقة في المتعة

---

[1] – المبسوط ، ج5 ، ص152 .

[2] – رواه البزار في مسنده (البحر الزخار) ، مسند علي بن أبي طالب ، رقم الحديث 658 ، تحقيق : محفوظ الرحمن زين الله ، مؤسسة علوم القرآن ، بيروت ، لبنان ، ومكتبة العلوم والحكم ، المدينة المنورة ، السعودية ، ط1 ، سنة1409هـ ، 1988م ، ج2 ، ص252 ، ولكن ورد بلفظ «أن المتعة حرام» ، وأخرجه البخاري أيضا في صحيحه ، رقم الحديث5115 ، ج3 ، ص366 ، 367 ، عن الحسن بن محمد بن علي ، وأخوه عبد الله عن أبيهما أن عليا– رضي الله عنه– قال لابن عباس– رضي الله عنهما– إن النبي– صلى الله عليه وسلم– «نهى عن المتعة ، وعن لحوم الحمر الأهلية ، زمن خيبر».

[3] – رواه ابن حبان في صحيحه بترتيب ابن بلبان ، كتاب النكاح ، باب نكاح المتعة ، رقم الحديث4146 ، علاء الدين بن بلبان الفارسي ، تحقيق : شعيب الأرنؤوط ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، ط2 ، سنة1414هـ ، 1993م ، ج9 ، ص453 ،454 ، علق عليه الأرنؤوط بقوله : إسناده صحيح على شرط مسلم .

قط ، وإنما ثبتت مؤقتة بثلاثة أيام[1]، وقد قسم الأحناف المتعة إلى نوعين : أحدهما أن يكون بلفظ التمتع، والثاني أن يكون بلفظ النكاح والتزويج[2] .

فالأول باطل عند عامة العلماء[3] والثاني فاسد عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وقال زفر النكاح جائز والشرط باطل[4].

المالكية : عرّفوه بأن يقول الرجل للمرأة متعيني بنفسك يوما أو شهرا أو مدة من الزمان معلومة بكذا وكذا[5]، وهو عندهم باطل[6]ويفسخ هذا النكاح بغير طلاق ، وقيل به ، ويعاقب فيه الزوجان على المذهب وقيل يُحدّان .

وهو نوعان : أن يذكر عند العقد الأجل للمرأة أو وليها ، أو لا يذكر ذلك في العقد ، وإنما قصده الزوج في نفسه ، وفهمت المرأة أو وليها المفارقة بعد مدة فإنه لا يضر[7]، ولكن القرافي – رحمه الله– اعتبر هذا النوع متعة أيضا إذا علمت المرأة بذلك[8] ، وهذا الذي ذهب إليه المازري ، حيث حكى الإجماع على حرمة المتعة إلى يوم القيامة ، وشرط فساد هذا النكاح ، إعلام الزوجة بالتأقيت[9].

---

[1] – المبسوط ، ج5 ، ص152 .

[2] – بدائع الصنائع ، ج3 ، ص467 ، 468 .

[3] – المرجع نفسه ، ج3 ، ص473 .

[4] – المرجع نفسه ، ج3 ، ص479 .

[5] – التفريع ، عبيد الله بن الحسين بن الجلاّب ، تحقيق : حسين بن سالم الدهماني ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1408هـ ، 1987م ، ج2 ، ص48 .

[6] – المدونة الكبرى ، ج2 ، ص130 ، و الذخيرة ، ج4 ، ص404 .

[7] – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج2 ، ص239 .

[8] – الذخيرة ، ج4 ، ص404 .

[9] – الفواكه الدّواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، أحمد بن غنيم النفراوي ، تحقيق : عبد الوارث محمد علي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1418هـ ، 1997م ، ج2 ، ص18 .

لابد من إعادة النظر في مثل هذه الفتاوى التي تجيز مثل هذا النكاح ، لأن هذا الأمر ليس عقد بيع أو شراء بل هو عقد وضع لتحقيق بعض المقاصد الكلية للشريعة الإسلامية وهي النسل والعرض ، فكيف يعقل أن يفتى بالحل للشخص أن يتمتع بامرأة إذا لم تكن تعلم ، فما هو مصير هذه المسكينة التي ضحك عليها هذا الشخص تم تركها ثيّبا ، وقد يتركها وهي حامل فما مصير هذا المولود ، خاصة إذا كانت الفتوى صادرة عن عالم كبير مثل الدردير – رحمه الله– حيث أشار إلى أنها فتوى مناسبة للمتغرّب[1]، بل كان من المفروض أن يشدد في الفتوى ، بحيث يجعلها خاصة بالمغتربين فقط في حالة تأكدهم من الوقوع في الفاحشة ، أو يحثهم على الصبر أو الصوم ، أو منعها مطلقا ، خاصة في زمن كثر في الطلاق و الزنا والتشرد والكثير من الآفات الاجتماعية ، فلا يمكن لأي مسلم أن يرضى ذلك لابنته أو أخته.

الشافعية : عرّفوه بأن يقول الرجل للمرأة : أنكحك يوما أو عشرا أو شهرا ، أو أنكحك حتى أخرج من هذا البلد ، أو أنكحك حتى أصيبك فتحلين لزوج ، فأفارقك[2].

الملاحظ أنهم جمعوا في التعريف بين نكاح المتعة والتحليل ، فالتحليل في الأصل ، نكاح مؤقت ، ينتهي بإصابة المرأة حتى تحل لزوجها ، ثم يفارقها .

وقد ذهبوا إلى أن كل نكاح مؤقت سواء كانت المدة معلومة أو مجهولة ، فالنكاح باطل مفسوخ ، وبه قال جميع الصحابة والتابعين والفقهاء– رضي الله عنهم– فلا ميراث بين الزوجين ، وليس بينهما شيء من أحكام الزواج ، ولا مهر للمرأة قبل الدخول ، ولها مهر مثلها بعد الدخول ، وعليها العدة ، ولا نفقة لها في العدة ، وإن كانت حاملا ، وإذا عقد

---

[1] – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج2 ، ص239 .

[2] – الأم ، ج6 ، ص205 .

النكاح مطلقا بدون شرط فهو صحيح ، ولا تفسد النية من النكاح شيئا[1].

الحنابلة : عرّفوا هذا النكاح بأن يتزوجها إلى مدة.

وهذا التعريف هو الآخر جاء شاملا لكل نكاح محدد بمدة معينة ، فيدخل تحته أيضا التحليل ، كما أن إطلاق كلمة مدة فيه نظر ، فالمدة قد تكون لفترة لا يمكن أن يبقى الطرفان لها أحياء .

وهذا النكاح عندهم باطل سواء كانت المدة معلومة أو مجهولة ، وهذا الرأي هو الصحيح عندهم ، وخالف هذا بعضهم كأبي بكر وأبي الخطاب وابن عقيل قالوا بأنّه مكروه ، وهو صحيح[2].

أما بخصوص وجوب الحد على المتمتع ، فلهم رأيان ، كما ذهبوا إلى أنه لو اشترط عليها أن يطلقها في وقت معين فله حكم المتعة ، بل ذهبوا إلى أنّ النية كافية في إبطال النكاح[3].

قانون الأسرة الجزائري : لم يتطرق المشرع الجزائري لنكاح المتعة ، في حين كان ينبغي له إدراج هذا النوع من النكاح في قانون الأسرة خاصة في أيامنا هذه التي كثر الحديث عنه خاصة في أوساط الشيعة ، وكذا انفتاح المجتمع الجزائري على هذه المجتمعات من خلال الفضائيات ووسائل الإعلام ، لذا ينبغي الإشارة إليه وتبيين حكم القانون فيه هو وغيره من الأنكحة السالفة الذكر.

---

[1] – الأم ، ج6 ، ص206 ، والعزيز شرح الوجيز (الشرح الكبير) ، عبد الكريم الرافعي القزويني ، تحقيق : علي محمد معوض ، عادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1417هـ ، 1997م ، ج7 ، ص505 ، والبيان في مذهب الشافعي ، يحي العمراني ، تحقيق : محمد قاسم النوري ، دار المنهاج للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1421هـ ، 2000م ، ج1 ، ص275

[2] – المغني ، ج10 ، ص46 ، و الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج8 ، ص160 .

[3] – شرح الزركشي ، ج5 ، ص 229.

صلة المتعة بنظرية الباعث : من خلال تتبع آراء الفقهاء في المسألة ، يمكن استنتاج أنهم متفقون على إبطال هذا النوع من النكاح ، ماعدا في بعض التقسيمات ، وفي هذا علاقة بالباعث غير المشروع ، فالأصل في الزواج ، التأبيد والدوام وإنجاب الأولاد وتربيتهم وترتب واجبات وحقوق ، وطلاق وتوارث ، وغير هذا من الأحكام التي تترتب على العقد المشروع والتي هي مفقودة في هذا النكاح – أو التمتع إذ ليست فيه صفة النكاح الشرعي– فبالباعث غير المشروع يصبح الزواج مجرد متعة – إذ لا فرق بينه وبين البغاء– خاصة في وقت عزف فيه الشباب عن الزواج ، لأسباب متعددة ،وما ترتب عنه من انتشار للعنوسة بشكل مخيف ، ولعل الحنابلة هم أكثر من توسعوا في إعمال الباعث ، حيث اعتبروا المتعة باطلة ، حتى وإن نوى الزوج ذلك ولم يصرح به ، وبهذا حافظوا على النكاح من أن يصير متعة لكل من أراد أن يقضي وطره ، فيعقد عقد النكاح ولكن باعثه التمتع ، فنكون أمام معضلة كبيرة ، لا حل ولا علاج لها ، حيث يؤدي إلى التفكك الأسري ، كما قد ينشأ عن هذه العلاقة أطفال ، فما هو مصيرهم ومن يتكفل بهم ، وقد يكون ذريعة للزنا بحجة المتعة، وغير هذا من الآفات والمشاكل التي يتخبط فيها المجتمع من دون وجود هذا النكاح ، فما بالك إذا أبيح وفشا أمره في المجتمع . ولو كان في هذا النّوع من النكاح خير ، فهل يرضى أي واحد ممن يفتي بجوازه أن تتزوج إحدى محارمه بهذه الصيغة من الزواج ؟

المبحث الثاني : تطبيقات نظرية الباعث على مسائل انحلال عقد النكاح .

الطلاق هو فك لرابطة الزوجية ، ويكون آخر حل إذا استحال مواصلة الحياة الزوجية ، وقد جعله الله في يد الرجل يوقعه إذا رأى أنه أصبح ضروريا ، كما قد تكون المرأة بحاجة إلى فك هذه الرابطة في حالة تعرضها للضرر ، فجعل لها الحق في المطالبة بذلك ، ولكن قد يحيد به أحد الطرفين عن الهدف الذي وضع له ، فقد يطلق الرجل زوجته لقصد غير شريف ، كما

قد تطالب المرأة به ولها نيات غير مشروعة ، وهذا ما عالجه الشرع في بعض المسائل المتعلقة بفك الرابطة الزوجية ، والتي سأناقشها في المطالب الآتية :

المطلب الأول : طلاق المريض مرض الموت (الفار) .

الأصل في الشخص أن تقع تصرفاته في الحالات العادية صحيحة ، و تترتب عليها كل آثارها الشرعية ، ولكن هناك بعض الحالات قد يشوب هذه التصرفات خلل ، كأن يعتري أهليته عارض من العوارض كمرض الموت[1] ، فما هو تأثير ذلك على مسألة الطلاق وعلى الخلع في حال المرض ؟

الفرع الأول : تعريف الطلاق.

لغة : الطَّلْق : وجع الولادة ، والطَّلْقة : المرة الواحدة ، وطلاق المرأة : بَيْنُونتها عن زوجها ، وطَلَّق البلاد : تركها ، وطلَّقت القوم : تركتهم ، وناقة طَلَقٌ وطُلُق : لاعقال عليها ، وطَلَاق النّساء له معنيان : أحدهما: حَلُّ عقدة النكاح ، والثاني : بمعنى التَّخْلِية والإرسال[2].

وأَطلَقت الأسير وهو طَليق : خَلَّيْته ، وقد أُطلِق من إِسَارِه ، وناقة طَالِق : ترعى حيث شاءت ، لا تمنع [3] .

وطُلِّقت المرأة من زوجها طلاقا : تحللت من قيد الزواج وخرجت من عصمته ، واليد : جادت ، والوجه : تهلل واستبشر ، واللسان : فصح وعذب منطقه[4] .

شرعا : ورد في تعريف الطلاق الكثير من التعاريف ، وفي غالبها تفيد بأنه : حل للرابطة الزوجية ، أو عقدة النكاح بلفظ الطلاق أو ما يفيد معناه ، وفي ما يلي بعضها :

---

[1] – وهو من العوارض السماوية ، المدخل الفقهي العام ، مصطفى أحمد الزرقا ، دار القلم ، دمشق ، ط1 ، سنة1418هـ ، 1998م ، ج1 , ص835 ، والبناية شرح الهداية ، ج5 ، ص204 .

[2] – لسان العرب ، ج4 ، ص2692 ، 2693 .

[3] – الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، ج4 ، ص1518 ، وأساس البلاغة ، ج1 ، ص611 .

[4] – المعجم الوسيط ، ص563 .

1- هو حل عقدة التزويج فقط[1].

وهذا التعريف ورد مختصرا جدا ، ولم يوضح كيف يكون الطلاق وماهي ألفاظه وممن يكون.

هو رفع قيد النكاح في الحال أو في المآل بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو في معناها[2].

وقد أورد أحمد فراج حسين هذا التعريف نفسه للطلاق[3].

وهذان التعريفان لم يبيّنا من له الحق في إيقاع الطلاق كما هو موضح في التعريف التالي :

3- هو حل رباط الزوجية الصحيحة في الحال أو المآل ، بعبارة تفيد ذلك صراحة أو دلالة تصدر من الزوج أو من القاضي بناء على طلب الزوجة[4].

فالطلاق إذا هو فراق بين الزوجين ، يوقعه الزوج بإرادته أو بطلب من الزوجة ، ويكون بعبارة الطلاق أو أحد مشتقاتها أو ما يفيد معناها سواء نطقا أو كتابة أو إشارة .

فالله- سبحانه وتعالى- جعله حقًّا للرجل ، يوقعه إذا استحالت العشرة بينهما ، ولكن قد تتضرر الزوجة ، فجعل لها الشرع الحق في أن ترفع أمرها إلى القاضي ، فتطلّق .

الفرع الثاني : آراء الفقهاء في طلاق المريض .

الحنفية : يرون أن المريض إذا طلق زوجته فإنّها ترث ما دامت في العدة[1]، إذا كان الطلاق ثلاثا أو واحدة بائنة ، وفي قول لأبي ليلى ترثه بعد انقضاء عدتها ما لم تتزوج بزوج آخر[2].

---

[1] - أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية ، مصطفى بن العدوي ، مكتبة ابن تيمية ، القاهرة ، مصر ، ط1 ، سنة1409هـ ، 1988م ، ص9.

[2] - الأحوال الشخصية ، ص279 .

[3] - أحكام الأسرة في الإسلام (الطلاق ، وحقوق الأولاد ، ونفقات الأقارب) ، أحمد فرّاج حسين ، الدار الجامعية ، بيروت ، لبنان ، سنة1998 ، ص23 .

[4] - أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، ص128.

[1] - شرح فتح القدير ، ج4 ، ص129 ، والبناية شرح الهداية ، ج5 ، ص204 .

[2] - المبسوط ، ج6 ، ص154 ، 155 ، وشرح فتح القدير ، ج4 ، ص129 .

ومن أدلتهم على القول الأول : قول شريح : أتاني عروة البارقي من عند عمر في رجل يطلق امرأته ثلاثا في مرضه «إنها ترثه مادامت في العدة ، ولا يرثها»[1].

ومن أدلتهم على القول الثاني : توريث عثمان بن عفان ، امرأة عبد الرحمن بن عوف– رضي الله عنهما– منه حين طلقها في مرضه بعد انقضاء العدة[2] .

المالكية : ذهب المالكية إلى أن مطلقة المريض ترث ، فإن كان الطلاق قبل البناء بها ، فلها نصف الصداق ولها الميراث ولا عدة عليها ، أما إذا طلقها وهو مريض بعد الدخول طلاقا بائنا ، فإنها تعتد عدة طلاق ولها الميراث ، ولها الميراث كذلك إذا طلقها في مرضه وانقضت عدتها وهو على قيد الحياة ثم مات بعد ذلك ، وهذا حتى لو تزوجت من زوج آخر ، أو تزوجت مرات عديدة وطلقت بهذه الطريقة ، فإنها ترثهم كلهم .

ولا فرق بين إن كان طلاقا أو فسخا كاللعان ، أو أحنثته ، كأن يقول لها إذا دخلت دار فلان فأنت طالق فدخلتها فإنها ترثه ، أو كانت أَمَة وعتقت بعد العدة ، أو ذِمّية وأسلمت بعدها ، فإنها ترث ، فإن ماتت امرأة المطلِق في مرض الموت ، فلا ميراث له منها إلا أن يكون طلاقه إياها رجعيا ، ومات في العدة [3].

واستدلوا على هذا بما فعله عثمان بن عفان من توريث امرأة عبد الرحمن بن عوف– رضي

---

[1] – رواه أبوبكر ابن أبي شيبة في مصنفه ، كتاب الطلاق ، باب من قال : ترثه مادامت في العدة منه إذا طلق وهو مريض ، حديث رقم19259 ، ج6 ، ص609 .

[2] – رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ، كتاب الطلاق ، باب ما قالوا في الرجل يطلق امرأته ثلاثا وهو مريض ، هل ترثه ؟ حديث رقم 19259 ، ج6 ، ص609 .

[3] – المدونة الكبرى ، ج2 ، ص86 – 88 ، ومواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، محمد الحطاب الرعيني ، تحقيق : زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1416هـ ، 1995م ،ج5 ، ص284 ، 285 ، والكافي في فقه أهل المدينة ، يوسف ابن عبد البر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، ط2 ، سنة1413هـ ، 1992م ، ص280 ، 281.

الله عنهما- منه [1].

الشافعية : اعتبروا طلاق المريض والصحيح سواء ، وذكر الماوردي- رحمه الله- أن الطلاق ثلاثة أقسام :

- قسم لا توارث فيه بين الزوجين ، وهو الطلاق البائن سواء في الصحة أو المرض غير المخوف.

- وقسم لا يقطع التوارث ، وهو الطلاق الرجعي ، سواء كان في الصحة أو المرض.

- وقسم مختلف فيه ، وهو الطلاق البائن في مرض الموت[2].

وهذا القسم الأخير قال عنه الشافعي- رحمه الله- أن فيه قولان في المذهب ، منهم من قال أنها لا ترث مثلما أن الزوج لا يرثها لو ماتت هي ، وهذا لأنه لا يوجد بينهما سبب من أسباب الميراث ، فهما ليسا زوجين ، واستدل أصحاب هذا الرأي بخبر ابن أبي مليكة- رضي الله عنه- أنه سأل ابن الزبير- رضي الله عنه- عن الرجل يطلق المرأة فيبتها ثم يموت وهي في عدتها ، فقال عبد الله بن الزبير : طلق عبد الرحمن بن عوف تماضر بنت الأصبغ الكلبية فبتها ، ثم مات عنها وهي في عدتها ، فوَرَّثها عثمان ، قال ابن الزبير : وأما أنا فلا أرى أن ترث المبتوتة[3].

وأما القول الثاني ؛ فإنها ترث وإن كانت مبتوتة وإن انقضت عدتها ، وذهب بعضهم إلى أنها ترث وإن نكحت زوجا غيره ، واستدل هؤلاء بخبر أبي سلمة بن عبد الرحمن أن عبد

---

[1] - سبق تخريجه ، ص83.

[2] - الحاوي الكبير ، ج10 ، ص263 ، 264 .

[3] - رواه البيهقي في السنن الصغير ،كتاب الخلع والطلاق ، باب توريث المبتوتة في مرض موته، حديث رقم2698، تحقيق : عبد المعطي أمين قلعجي ، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع ، المنصورة ، مصر ، ط1 ، سنة1410هـ ، 1989م ، ج3 ، ص126 .

الرحمن بن عوف- رضي الله عنه- طلق امرأته البتة وهو مريض ، فورّثها عثمان- رضي الله عنه- منه بعد انقضاء عدتها[1]، وخالف الشافعي- رحمه الله- هذا الرأي[2].

الحنابلة : ذهبوا إلى توريث المبتوتة في مرض الموت مادامت في عدتها ، واستدلوا بقضاء عثمان- رضي الله عنه- مع امرأة عبد الرحمن بن عوف- رضي الله عنه-.

أما بعد انقضاء عدتها فلهم في هذه المسألة قولان ، أما إذا تزوجت بعد ذلك فلا ميراث لها منه ، أما إذا طلقها في مرض موته باختيارها بأن سألته الطلاق أو علق طلاقها على أمر ففعلته ، فلا ترث[3].

قانون الأسرة الجزائري : لم يتناول قانون الأسرة الجزائري هذه المسألة ، وكان ينبغي أن يتطرق إليها ، لأن في طلاق المريض حرمان لصاحب حق من حقه ، وإن كان أشار في المادة 132 منه إلى بقاء حق الحي من الزوجين في الميراث قائما إذا توفي أحدهما قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة طلاق[4]، ولم يوضح إذا كان المطلق مريضا عند إيقاع الطلاق أو سليما .

وفي انتظار صدور الحكم بالطلاق مشكلة لأن صدور الحكم قد يطول في الكثير من الأحيان فيتجاوز مدة العدة ، حيث يكون الزوج قد طلّق زوجته منذ مدّة طويلة قبل أن يتقدما إلى القضاء ، وهنا تكون قد بانت منه ، ثم قد يصدر القاضي حكما برجوعها

---

[1] - سبق تخريجه ، ص83.

[2] - الأم ، ج6 ، ص643 ، 644 .

[3] - الكافي ، ج4 ، ص123 ، 124 ، و الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج7 ، ص333 ، 334 ، و كشاف القناع على متن الإقناع ، منصور بن يونس البهوتي ، تحقيق : محمد أمين الضناوي ، عالم الكتب ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1417هـ ، 1997م ، ج3 ،ص 652 .

[4] - قانون رقم84-11 ، المؤرخ في09رمضان1404هـ ، الموافق ل09يونيو1984 ، المنشور في الجريدة الرسمية الصادرة يوم الثلاثاء12رمضان1404هـ .

كما ورد في المسألة اجتهاد للمحكمة العليا جاء فيه :

«أما اذا طلقها وهو مريض مرض الموت ولو كان طلاقا باتّا ومات أثناء عدتها وثبت أنه قصد حرمانها من الميراث ، فأنها تعتد بأطول الآكلين الطلاق والوفاة وعليه فالطعن في الحكم الحالي في غير محله ويرفض» [1].

الفرع الثالث : صلة طلاق الفار بنظرية الباعث.

من خلال تتبع آراء الفقهاء نجد أنهم متفقون على توريث المرأة التي طلقها زوجها في مرض موته ، وفي هذا إعمال للباعث غير المشروع ، لأن في توريثها معاملة للفارّ بنقيض مقصوده، حيث أنّه من خلال تصرفه هذا ، كان باعثه حرمان زوجته من نصيبها في الميراث ، وقد علّق صاحب رد المحتار على هذا قائلا : «فيرد عليه قصده»[2] ، كما أن العلماء أطلقوا عليه تسمية الفارّ ، من خلال قصده الفرار من توريث زوجته .

والمالكية هم أكثر من أعمل الباعث غير المشروع حيث ورّثوها حتى وإن أحنثته ، ويمكن القول بأن رأي الحنابلة هو الرأي المقبول في مسألة تطليق الزوجة باختيارها فليس من المعقول أن تطلب هي الطلاق أو يعلّقه على أمر وفعلته ثم توَرّث بحجة أنه طلقها في مرض موته.

المطلب الثاني : خلع المريضة مرض الموت [3].

كما أن الرجل قد يطلق زوجته في مرض موته وباعثه في ذلك حرمانها من الميراث ، فقد تطلب الزوجة الخلع ولها باعث سيء ، فما حكم الخلع في هذه الحالة؟

---

[1] – موقع منتديات الحقوق والعلوم القانونية ، بتاريخ 21/ 1993/12 ملف رقم 101444.

[2] – رد المحتار ، ج5 ، ص3 .

[3] – تناولت طلاق الفار وخلع المريضة في هذا الموضع ، مع أنهما لهما علاقة بالميراث ، لأني سأتناول مسائل أخرى خاصة بالميراث ، كما أن كل الفقهاء– ماعدا الحنابلة– تناولوا هاتين المسألتين مستقلتين عن الميراث.

الفرع الأول : تعريف الخلع .

لغة : خلع امرأته خُلعا بالضّم ، وخَلَاعًا فاختلعت ، وخَالَعَهَا : أزالها عن نفسه ، وطلَّقها على بَذْل منها له ، فهي خَالِع ، وسمّي ذلك الفراق خُلْعا ؛ لأن الله تعالى جعل النساء لباسا للرجال والرجال لباس لهن ، فإذا أبانها منه ، فقد خلع كل واحد منهما لباس صاحبه[1] ، خَلَع الرجل ثوبه ونعله ، وخلع الفرس عَذَاره ، وخلَعَ عليه : إذا نزع ثوبه وطرحه عليه[2] ، وخلع الوالي : عُزِل ، وتخالع القوم : إذا نقضوا الحلف بينهم . خالعت المرأة بعلها: أرادته على طلاقها ببذل منها له[3]، وخلع الشيء : نزعه ، وخَلَع الدَّابة : أطلقها من قيدها[4].

اصطلاحا :

الخلع هو إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه[5].

الملاحظ على هذا التعريف أنه لم يتطرق إلى العوض عن الخلع الذي تلتزم به الزوجة ، كما أنه استعمل لفظ قبول المرأة ، والخلع يكون بطلب من الزوجة .

وفي تعريف آخر هو: فراق الرجل زوجته ببذل قابل للعوض يحصل لجهة الزوج[6].

كما جاء في تعريف ثالث : هو حل عقدة الزوجية بلفظ الخلع أو ما في معناه ، في مقابلة عوض تلتزم به الزوجة[7].

---

[1] – لسان العرب ، ج2 ، ص1232 .

[2] – أساس البلاغة ، ج1 ، ص262 .

[3] – الصحاح ، ج3 ، ص1205 .

[4] – المعجم الوسيط ، ص250 .

[5] – أحكام الزواج والطلاق في الإسلام ، ص259 .

[6] – أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية ، ص64 .

[7] – أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، ص152 .

لم يبيّن هذان التعريفان أن الخلع يكون بطلب من الزوجة وليس من الزوج أو القاضي أو غيرهما .

من خلال هذه التعاريف يمكن القول بأنّه :

فك رابطة الزوجية بطلب من الزوجة مقابل عوض ، تؤديه له .

الفرع الثاني : آراء الفقهاء في خلع المريضة .

الحنفية : يقع عندهم خلع المريضة ، لأنه معلق على قبول المال من الزوج ، وقد وجد القبول ، ويستحق المخالع بدل الخلع ، ويكون من ثلث التركة ولا يزيد عن الثلث ولا عن نصيبه من الميراث إن ماتت وهي في العدة ، لأنه مادامت العدة قائمة فسبب الميراث مازال قائما ، ويخشى أن يكون القصد من المخالعة إعطاؤه أكثر من نصيبه في التركة ، فلا يزيد بدل الخلع عليه ، كما أن الخلع هنا بمثابة وصية فلا يجوز أن يزيد عن الثلث ، فيستحق الأقل من ثلث المال أو بدل الخلع أو ثلث نصيبه من التركة .

أما إن كانت وفاتها بعد انتهاء العدة فقد انقطع سبب الميراث فلم يبق له إلاّ الأقل من بدل الخلع وثلث التركة[1].

وخالف زفر- رحمه الله- هذا حيث اعتبر بدل الخلع من جميع المال لا من ثلثه[2].

المالكية : اختلفوا في هذه المسألة على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه جائز إذا كان بخلع مثلها .

والثاني : أنه لا يجوز مطلقا .

والثالث : أنه جائز إن كان مقدار البدل عن الخلع لا يتجاوز قدر ميراثه منها ، ولا يجوز إذا

---

[1] - رد المحتار، ج5، ص116 ، و المبسوط ،ج6 ، ص192 ،193، و الأحوال الشخصية ، ص338 ، 339 .

[2] - المبسوط ، ج6 ، ص192 .

كان أكثر من ذلك[1].

الشافعية : يجوز خلع المريضة إذا لم يتجاوز مهر مثلها ، فإن خالعته بأكثر من مهر مثلها ومات جاز لها مهر مثلها من الخلع ، وما زاد يعتبر من الثلث كالوصية ، ولا توارث بينهما مطلقا ولو مات أحدهما وهي في العدة[2].

الحنابلة : إذا خالع زوجته في مرضها بأكثر من مهرها ، فلورثتها أن لا يعطوه أكثر من ميراثه منها ، فيكون له الأقل من العوض أو ميراثه منها[3]. فالخلع عندهم صحيح ، لأنه معاوضة ، فهو كالبيع[4].

قانون الأسرة الجزائري : هذه المسألة هي الأخرى أهمل التطرّق لها ، و كان لابد من الإشارة لها خاصة وأنّه تطرق لمسألة الخلع .

أما المشرع الكويتي ، فقد أشار في قانون الأسرة إلى هذا الأمر في المادة:119 منه والتي جاء فيها:

«يصح خلع المريضة مرض الموت ، ويعتبر العوض من ثلث مالها عند عدم إجازة الورثة .

إن ماتت وهي في العدة ، فللمخالع الأقل من ميراثها ومن العوض ومن ثلث المال .

---

[1] – المدونة ، ج2 ، ص253 ، 254 ، والبيان والتحصيل ، ج5 ، ص291 ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج2 ، ص354 ، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد ، محمد بن رشد القرطبي ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ط6 ، سنة 1402هـ ، 1982م ، ج2 ، ص69 ، والمعونة ، ج1 ، ص592 .

[2] – الأم ، ج6 ، ص508 ، 509 ، والحاوي الكبير ، ج10 ، ص101 ، 102 ، ومختصر المزني في فروع الشافعية ، إسماعيل بن يحي المزني ، تحقيق : محمد عبد القادر شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1419هـ ، 1998م ، ص254 .

[3] – المغني ، ج8 ، ص501 ، وشرح الزركشي ، ج5 ، ص369 ، ومنتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات ، تقي الدين محمد الفتوحي ، معه حاشية المنتهى لعثمان بن أحمد النجدي ، تحقيق : عبد الله بن عبد المحسن التركي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1419هـ ، 1999م ، ج4 ، ص217 .

[4] – المغني ، ج10 ، ص313 ، وشرح الزركشي ، ج5 ، ص369 .

إن ماتت بعد العدة ، أو قبل الدخول ، فله الأقل من العوض ومن ثلث المال»[1]

الفرع الثالث : علاقة خلع المريضة بنظرية الباعث .

من خلال تتبع آراء الفقهاء في المسألة نجد أنهم متفقون على إيقاعه واعتباره صحيحا ، وفي كل مذهب يوجد قول بأن بدل الخلع لا يمكن أن يتجاوز مقدار نصيب المخالع من التركة ،وفي هذا إعمال للباعث غير المشروع ، وهو هنا قصد المرأة إعطاء زوجها المخالع قدرا أكبر من المال يفوق نصيبه من الميراث ، وهذا ما ذكره ابن قدامة في قوله : «لأنها متهمة في أنها قصدت إيصال أكثر من ميراثه إليه»[2]، وبهذا حافظ الشرع على أنصبة الورثة من خلال إعمال الباعث .

وما يلاحظ أن الحنفية والشافعية أعملوا الباعث ، رغم أنهم لا يقولون به ولا اعتبار له عندهم كما تم مناقشته في الفصل الأول من هذا البحث .

المطلب الثالث : العضل

العضل نوعان عضل الولي موليته وعضل الزوج لزوجته لكي تفتدي منه بعوض ، ولم يناقش العلماء مسألة عضل الولي بشكل مستقل بل تطرقوا لها ضمن مسألة الخلع ، وسأبحث المسألتين في هذا المطلب .

الفرع الأول : تعريفه.

لغة : وعَضَل المرأة عن الزوج: حبسها ، يقول الله تعالى: ﴿ **فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْاْ بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ** ﴾ البقرة: 232 .

أما قوله تعالى:﴿ **وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُواْ بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ** ﴾ النساء: 19 فإن

---

[1] – قانون الأحوال الشخصية الكويتي ، القانون رقم51 لسنة1984م ، مأخوذ من موقع شبكة المعلومات القانونية.

[2] – المغني ، ج8 ، ص502 .

العضل هنا هو أن يضار الزوج زوجته ولا يحسن عشرتها ليضطرها بذلك إلى الافتداء منه بمهرها ، وسماه الله عضلا لأنه يمنعها حقها من النفقة وحسن العشرة[1].

وعَضَلَ عليه : ضيّق ، وعَضَل به الأمر: اشتد ، والمرأة يَعضِلها عَضْلا وعِضلانا[2]، وأمر مُعْضِل : يغلب الناس أن يقوموا به ، وعُضِلت المرأة : إذا لم تطلّق ولم تترك ، ولا يكون العضل إلا بعد التزويج[3].

اصطلاحا :

هو أن يمنع الولي المرأة عن نكاح من ترضاه[4].

وقد ورد في تعريف آخر أنّه :

منع الولي المرأة العاقلة البالغة من الزواج بكفئها إذا طلبت ذلك ، ورغب كل واحد منهما في صاحبه[5].

أمّا عضل الزوج فهو: أن يضارّها ولايحسن عشرتها فهو لا يعاملها معاملة الأزواج ، ولا يتركها تتصرّف في نفسها[6].

الفرع الثاني : آراء العلماء في مسألة العضل .

الحنفية : لا يجيزون للولي أن يمنع من تحت ولايته من الزواج بمن ترضى ، فلو زوجت المرأة نفسها من كفء ، وبلغ الأمر وليها فامتنع عن إجازته ، فرفعت أمرها إلى الحاكم ، فإنه

---

[1] – لسان العرب ، ج4 ، ص2988 .

[2] – القاموس المحيط ، ص1032، 1033، والمعجم الوسيط، ص607، والمحكم والمحيط الأعظم ، ج1، ص407.

[3] – كتاب العين ، ج3 ، ص178 .

[4] – أحكام القرآن لابن العربي ، ج1 ، ص271 .

[5] – الفقه الإسلامي وأدلته ، ج7 ، ص215 .

[6] – جامع البيان في تأويل القرآن ، ابن جرير الطبري ، تحقيق : محمود محمد شاكر ، مكتبة ابن تيمية ، القاهرة ، ط2 ، ج4 ، ص464.

يجيزه في قول أبي يوسف ، أما محمد-رحمهما الله- فذهب إلى أن العقد يستأنف ، فالولي بامتناعه يصير عاضلا ، فخرج عن كونه وليا ، وتصير الولاية إلى الحاكم[1].

أمّا مسألة عضل الزوج فقد ورد في قوله تعالى :

﴿ وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ ﴾ النساء: 19 ، ومعناه لا تضيقوا عليهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن، فإذا كان النشوز من جانب الزوج فلا يحل له أخذ شيء من العوض وهذا ديانة أمّا حكما فإن أخذ شيئا جاز ذلك وكان لازما[2] .

المالكية : عرفوا العاضل بأنه : الرادّ للأكفاء مرة بعد مرة ، وقيل : الراد أول كفء[3].

وقد ذكر ابن أبي زيد نقلا عن الواضحة أن الله- سبحانه وتعالى- نهى الأولياء عن العضل[4].

وذهب المالكية إلى أن للمرأة إذا ثبت عضل الأب إياها أن ترفع أمرها إلى السلطان فيزوجها إذا علم أن الأب إنما هو مضار في رده للخاطب ، وهذا بالنسبة للثيب ، أما بالنسبة للبكر فللأب أن يمنعها الزواج بمن ترضى ، وليس للسلطان تزويجها ، وقد فعل مالك- رضي الله عنه- ذلك مع بناته[5].

وأمّا مسألة عضل الزوج ، فقد ذهبوا إلى أن المرأة إذا افتدت من زوجها للحصول على الطلاق ، فإن ثبت أنه كان يضر بها ، وجب أن يرد عليها ما أخذ منها[6].

---

[1] – بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج3 ، ص372 .

[2] – المرجع نفسه ، ج4 ، ص323 .

[3] – شرح حدود بن عرفة ، ص246 .

[4] – النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات ، عبد الله بن أبي زيد القيرواني ، تحقيق : محمد حجّي ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1999م ، ج4 ، ص388 .

[5] – المدونة الكبرى ، ج2 ، ص107 ، والنوادر والزيادات ،ج4 ، ص389 ، والشرح الصغير ، ج2 ، ص376 .

[6] – البيان والتحصيل ، ج5 ،ص257 .

الشافعية : يكون العضل من الولي إذا دعت المرأة البالغة العاقلة إلى كفء وامتنع الولي من تزويجه ، فإذا عضل القريب ؛ أي امتنع من تزويج موليته ، زوجها السلطان[1].

وذهب الشافعي-رحمه الله- إلى أنه لا يجوز للولي عضل موليته إذا رضيت أن تنكح بالمعروف[2]، ويمكن للسلطان أن يزوج أو يوكل وليا غيره ليزوجها ،

ويكون العضل إذا كان الخاطب كفئا لها أو فوقها ، والولي عاص بالعضل ، أمّا إذا لم يكن الخاطب كفئا لها لم يلزم الولي إجابتها إليه[3]، أما بخصوص مسألة عضل الزوج ، فقد ذكر الشافعي- رحمه الله- في تفسير قوله تعالى : ﴿ **وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ** ﴾ النساء: 19، أنها نزلت في الرجل يكره المرأة فيمنعها حق الله في عشرتها بالمعروف ويحبسها مانعا لحقها ؛ ليرثها عن غير طيب نفس منها ، فحرم الله تعالى ذلك على هذا المعنى ، وحرم على الأزواج أن يعضلوا النساء ليذهبوا ببعض ما أوتين[4].

الحنابلة : معنى العضل عندهم هو منع المرأة من التزويج بكفئها إذا طلبت ذلك ، ورغب كل واحد منهما في صاحبه[5].

فإذا امتنع الولي الأقرب من تزويجها ، انتقلت الولاية إلى الولي الأبعد ثم الحاكم[6].

---

[1] – مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، شمس الدين محمد الشربيني ، على متن منهاج الطالبين ليحي بن شرف النووي ، تحقيق : محمد خليل عيتاوي ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1418هـ، 1997م، ج3، ص206 ، 207 .

[2] – الأم ، ج6 ، ص32 .

[3] – المرجع نفسه ، ج6 ، ص35 ، والمجموع شرح المهذب ، ج17 ، ص284 .

[4] – الأم ، ج6 ، ص301

[5] – المغني ، ج9 ، ص382 .

[6] – المقنع ، عبد الله بن قدامة المقدسي ، ومعه الشرح الكبير ، عبد الرحمن بن قدامة المقدسي ، ومعه الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، علي بن سليمان المرداوي ، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي ، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان ، الجيزة ، مصر ، ط1، سنة1416هـ ، 1996م ، ج20 ، ص184، والمغني ،ج9 ، ص382.

أما عضل الزوج زوجته فبأن يؤذيها ويمنعها حقوقها ظلما لتفتدي نفسها منه ، وقد قال الله تعالى : ﴿ وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ ﴾ النساء: 19، فإن طلقها في هذه الحالة بعوض ، فإنه لا يستحقه لأنه عوض أكرهت على بذله بغير حق[1].

قانون الأسرة الجزائري : لم يتكلم عن العضل باعتبار أن الولي صار أمرا شكليا في عقد الزواج إذ يمكن للمرأة أن تختار أيا كان من الناس ليتولى عقد نكاحها ، بحيث صار الولي هو المعضول[2] ، كما لم يتطرق لمسألة عضل الزوج إذ لم يعد هناك داع لذلك بعدما عُدّلت المادة 54 منه بالمادة 14[3] التي تسهل الخلع على أي امرأة أرادت ذلك حتى وإن لم يوجد سبب لذلك ، ومن دون موافقة الزوج.

الفرع الثالث :صلة العضل بنظرية الباعث .

لقد اتفق الفقهاء على منع العضل وتحريمه ، وأن المرأة التي تم منعها من الزواج يمكنها أن ترفع أمرها إلى السلطان ، الذي يمكنه رفع هذا الظلم عنها بأن يأمر وليها بتزويجها أو يتولى هو تزويجها ، وفي هذا صلة بالباعث ، فالولي قد يمنع موليته من الزواج لقصد غير مشروع ، كالانتفاع بمالها أو مرتبها الوظيفي ، أو استبقائها في البيت للقيام بخدمته[4] ، مع أن الأصل في الولي وخاصة الأب ؛ الشفقة والرحمة بموليته ورعاية حقوقها وصيانتها ، خاصة من بعض الأشخاص الذين لا همّ لهم من المرأة إلا قضاء وطره أو طمعا في مالها ، أما أن يتعسف في استعمال هذا الحق فيمنع من تحت ولايته الزواج من الكفء الذي يمكن أن تسعد معه

---

[1] – الكافي ، ج4 ، ص407 .

[2] – الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، عبد القادر داودي ، دار البصائر ، حسين داي ، الجزائر، ط1 ، سنة2007م ، ص132 .

[3] – الأمر رقم05-02.

[4] – الفقه الإسلامي وأدلته ، ج7 ، ص216 .

بإقامة أسرة صالحة ، ففي هذا إضرار بالمرأة ، ولهذا حرّم الشّرع العضل ، وجعل للمرأة مخرجا من هذا الظلم وهو اللجوء إلى القاضي الذي يتولى تزويجها ، أو يسند الولاية إلى الولي الأبعد.

أمّا عضل الزوج لزوجته فهذه مسألة هي الأخرى لها صلة بالباعث غير المشروع والذي بينه الله حين بين أنّ سبب العضل هو باعث دفع الزوجة إلى طلب الفراق والإفتداء للتخلّص من الضرر اللاحق بها وهذا ماحرّمه الشرع الحنيف ، واتفقت عليه المذاهب الأربعة.

المطلب الرابع : الرجعة .

جعل الله –سبحانه وتعالى– الطلاق بيد الرجل كم جعل الطلاق مرتّان وهما بمثابة الفرصة لكي يتدارك فيها الزوجان أخطاءهما ، ويصلحانها قبل أن يقع الطلاق للمرة الثالثة والأخيرة والتي يصبح الزوجان بعدها أجنبيان عن بعضهما ولا يمكن للمطلق أن يراجع مطلقته كما هو الحال بالنسبة للطلاق في المرتين الأوليين ، فما معنى الرجعة ؟ وماهي أحكامها ؟ وما هي صلة الرجعة بالباعث إذا شابها خلل؟

الفرع الأول : تعريفها.

لغة : المراجَعَة : المعاوَدة ، يقال رَاجَعَه الكلام ، واستَرْجَعَتُ منه الشيء : إذا أخذت منه ما دفعته إليه[1]. وراجع الشيء : رجع إليه ، وأَرْجَعَه ناقته : باعها منه ثم أعطاه إياها ، وتَرَاجَع القوم : رَجَعُوا إلى محلهم ، وارْتَجَعَ إِلَيَّ الأمر : رَدَّه إليّ . وارْتَجَعَ المرأة ورَاجَعَهَا مُرَاجَعَة و رجاعا ، رَجَعَها إلى نفسه بعد الطلاق ، والاسم: الرِّجعة ، والرَّجعة ، والرُّجعى[2].

والطلاق الرجعي : ما يجوز معه للزوج رد زوجته إلى عصمته من غير استئناف عقد[3].

---

[1] – الصحاح ، ج3 ، ص1218 .

[2] – المحكم والمحيط الأعظم ، ج1 ، ص317 ، 318 .

[3] – المعجم الوسيط ، ص331 .

شرعا : عرفها الفقهاء بتعريفات عديدة ، تدل في مجملها على أنها رد الزوجة إلى زوجها من غير عقد إذا كان الطلاق غير بائن ، ومن هذه التعاريف :

1- هي رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن في العدة على وجه مخصوص[1].

2- هي عودة الزوجة المطلقة طلاقا غير بائن للعصمة الزوجية ، بلا تجديد عقد ، بقول أو فعل أو نية[2].

الفرع الثاني : آراء الفقهاء في الرجعة . إن المقصود بالرجعة في هذا الموضوع ؛ الرَّجْعَة الضِّرَار التي لا يقصد منها الزوج الإصلاح والحفاظ على عش الزوجية، بل يقصد أمرا آخر، وفي ما يلي آراء الفقهاء في ذلك:

الحنفية : لا يجوز عندهم للزوج مراجعة مطلقته لتطول عدتها إضرارا بها ، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟ ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ ۚ ﴾ البقرة: 231[3]، وقد جاء في تفسير هذه الآية أنه : «تطويل العدة عليها بالمراجعة إذا قاربت انقضاء عدتها ، ثم يطلقها حتى تستأنف العدة ، فإذا قاربت انقضاء العدة راجعها ، فأمر الله بإمساكها بمعروف ونهاه عن مضارّتها بتطويل العدة عليها» والرجعة واقعة رغم هذا[4].

المالكية : ذهبوا إلى أنه يكره أن يراجع الرجل مطلقته ثم يطلقها لإطالة عدتها ؛ لأن في

---

[1] – مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، ج3 ، ص439 .

[2] – الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، ج2 ، ص604 .

[3] – المبسوط ، ج6 ، ص25 ، والبناية في شرح الهداية ، ج5 ، ص247 ، 248 ، وشرح فتح القدير ، كمال الدين بن الهمام ، على الهداية شرح بداية المبتدي ، برهان الدين المرغياني ، تحقيق : عبد الرزاق غالب المهدي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1423هـ ، 2003م ، ج4 ، ص144 .

[4] – أحكام القرآن ، للجصاص ، ج2 ، ص99 .

هذا إضرارا بها[1]، فالرجعة يشترط أن تكون فيها إرادة الإصلاح ، واستدلوا بالآية 231 من سورة البقرة [2]، واعتبروا فاعل ذلك ظالم لنفسه وتُرَدُّ رجعته إذا علمت منه نية الإضرار ، أما إذا لم تعلم هذه النية ، فتنفذ الرجعة[3].

الشافعية : ذهب الشافعي- رحمه الله- إلى تحريم إرجاع الزوجة إضرارا بها ، بقوله بعد الاستدلال بالآية 231 من سورة البقرة :«إذا شارفن بلوغ أجلهن ، فراجعوهن بمعروف ، أو دعوهن تنقضي عددهن بمعروف ، ونهاهم أن يمسكوهن ضرارا ليعتدوا ، ولا يحل إمساكهن ضرارا»[4] ، ومع هذا فالرجعة عندهم صحيحة مع قصد الإضرار[5].

الحنابلة : لهم في المسألة روايتين :

الأولى : أن الزوج إذا راجع مطلقته ولم يرد إصلاحا ، فإن الرجعة صحيحة مع النهي على ذلك[6].

والرواية الثانية : لا يمكّن المرتجع من الرجعة إلا إذا أراد بها إصلاحا ، وإمساك زوجته بالمعروف[7]، وأما إن نوى برجعته إهانتها بالفراق ، فلا تصح الرجعة[8] .

قانون الأسرة الجزائري : لم يتطرق إلى هذه المسألة .

---

[1] – الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني ،ج2 ، ص50 ، والمنتقى شرح الموطأ ،ج5 ، ص369، ص373.

[2] – المنتقى شرح الموطأ ، ج5 ، ص374 .

[3] – أحكام القرآن لابن العربي ، ج1 ، ص270 .

[4] – الأم ، ج6 ، ص629 .

[5] – الحاوي الكبير ، ج10 ، ص303 .

[6] – شرح الزركشي على متن الخرقي ، ج3 ، ص388 ، ومعونة أولي النهى شرح المنتهى ، محمد بن أحمد الفتوحي(ابن النجار) ، تحقيق : عبد الملك بن عبد الله دهيش ، مكتبة الأسدي ، مكة المكرمة ، ط5 ، سنة1429هـ ، 2008م ، ج10 ، ص7 .

[7] – الفروع ، ص1389 .

[8] – معونة أولي النهى في شرح المنتهى ، ج10 ، ص8 .

ولكن ينبغي للمشرع الجزائري أن يتطرق لهذه المسألة ويضع لها أحكاما وجزاء في قانون الأسرة ، لأن هذا الأمر يقع كثيرا في المجتمع ، ولابد من التصدي له للحفاظ على حق هذه المرأة التي ذاقت مرارة الطلاق ، ثم الإهانة بالرجعة الضرار.

ورغم هذا فقد وقع اجتهاد للمحكمة العليا في مثل هذه المسألة جاء فيه :

« من المقرر قانونا أنه يمكن للزوجة أن تطلب التطليق إذا توافرت أسبابه ومن ثم فان النعي على القرار المطعون بانعدام الأسباب ومخالفة القانون ليس في محله .

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الزوج تماطل في إرجاع زوجته ووقف موقفا سلبيا فان المجلس بقضائه بتطليق الزوجة لتماطل الزوج في إرجاع زوجته صحيح القانون .

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن»[1] .

الفرع الثالث : صلة الرجعة الضرار بنظرية الباعث .

بالنظر في آراء الفقهاء نرى بأنّهم متفقون على تحريمها ، والبعض منهم اعتبرها غير صحيحة ، كالمالكية والحنابلة ، وبهذا يتجلى إعمالهم للباعث غير الشريف ، فقصد الزوج من ارجاع مطلقته لم يكن بغرض الإصلاح ، أو الحفاظ على الأسرة ، بل إضرارا بها ، فكان قصدا فاسدا ، لأن الله سبحانه أمر الزوج إما أن يمسكها بمعروف إن كانت نيته استمرار العلاقة بينهما ، وإما أن يسرحها بمعروف ، فإذا أمسكها ضرارا فإنه ظالم لنفسه ، معتد على حق غيره ، وفي هذا يقول ابن العربي :«فإن قصد أن يمنعها النكاح ويقطع بها في أملها من غير رغبة اعتداء عليها فهو ظالم لنفسه ، فلو

عرفنا ذلك نقضنا رجعته ، وإذا لم نعرف نفذت ، والله حسيبه»[2].

---

[1] – موقع منتديات الحقوق والعلوم القانونية ، ملف رقم : 50519 قرار بتاريخ :1988/09/26.

[2] – أحكام القرآن لابن العربي ، ج1 ، ص270 .

المبحث الثالث : تطبيقات نظرية الباعث على مسائل طرق انتقال المال .

جعل الشرع لكل شخص ذمة مالية لا يجوز الاعتداء عليها ، وفي المقابل أمر بالتعاون والتكافل بين الناس ، ولهذا الغرض شرع بعض الوسائل والآليات التي تحقق ذلك ، سهل من خلالها انتقال المال من مالكه إلى غيره من أقاربه أو أصحابه أو من عامة المسلمين ، وهذه الطرق سأبحثها في المطالب التالية :

المطلب الأول : الوقف .

تعددت طرق انتقال المال من المالك إلى شرائح مختلفة من المجتمع ، ومن بين هذه الطرق ؛ الوقف الذي كان شائعا في صدر الإسلام والقرون التي تلته ، إلى أن جاء المستدمر فقضى عليه في بلدان المسلمين ، وسنتناول في هذا المطلب معنى الوقف ، وآراء الفقهاء في بعض المسائل التي تتعلق به ، وصلة هذه المسائل بالباعث.

الفرع الأول : تعريفه

لغة : وَقَفَ الأرض على المساكين وغيرهم وقفا : حَبَسَها[1].

والوَقْفُ : سِوَار من عاج ، ووَقَفْتُ على ذنبه ، أَطْلَعْتُهُ عليه ، وكل شيء تُمسِكُ عنه تقول : أَوْقَفْت ، ووَقَفَ يَقِفُ وُقُوفًا : دَامَ قائما ، والدار : حَبَّسَهَا[2].

اصطلاحا : سأذكر تعريفه عند كل مذهب من المذاهب الأربعة وفي قانون الأسرة الجزائري،

الحنفية : حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية[3].

المالكية : إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديرا[4].

---

[1] – لسان العرب ، ج6 ، ص4898 ، والمحكم والمحيط الأعظم ، ج6 ، ص578 .

[2] – الصحاح ، ج4 ، ص1440 ، والقاموس المحيط ، ص860 .

[3] – البناية شرح الهداية ، ج6 ، ص889 .

[4] – شرح حدود ابن عرفة ، ص539 .

الشافعية والحنابلة : تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة أو الثمرة[1].

قانون الأسرة الجزائري : عرفه بأنه : حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق[2].

سأتناول مسألتين لهما صلة بنظرية الباعث هما :

الفرع الثاني : الوقف على الولد وآراء الفقهاء فيه .

الحنفية : ذهبوا إلى منع الوقف على الولد وولد الولد وكل من لا تجوز له وصية[3].

المالكية والشافعية والحنابلة : أباحوا الحبس على الولد وولد الولد بشرط التسوية بين الجميع وعدم تفضيل بعضهم على بعض خاصة إذا خصّ به الذكور دون الإناث[4].

قانون الأسرة الجزائري : لم يتطرق لهذه المسألة ، ويبدو أنه سار على رأي الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة)، إذ لو كان ممنوعا لتطرّق لذلك .

ولكن لابد من التطرق لهذه المسألة ووضع ضوابط لها ، بأن يكون الوقف لجميع الولد دون تفريق ، أو كانت عند أحد الأولاد حالة خاصة كأن يكون معاقا أو فقيرا ، فلا يتجاوز الثلث .

الفرع الثالث :صلة الوقف على الولد بنظرية الباعث . بالنظر في آراء الفقهاء في هذه المسألة نجد أنهم يبيحون الوقف على الولد وولد الولد ماعدا الحنفية الذين أبطلوه ومنعوه ،

---

[1] – الحاوي الكبير ، ج7 ، ص511 ، والمغني ، ج8 ، ص184 ، والإنصاف ،ج7 ، ص3 .

[2] – قانون رقم84-11.

[3] – إعلاء السنن ، ج13 ، ص99 ، 100 .

[4] – المدونة الكبرى ، ج4 ، ص419 ،420 ، والبيان والتحصيل ، ج12 ، ص204 – 206 ، وحواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، عبد الحميد الشرواني و أحمد بن قاسم العبادي ، المكتبة التجارية الكبرى ، مصر ، ج6 ، ص261 ، ومطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ، مصطفى الرحيباني ، ومعه تحريد زوائد الغاية والشرح ، حسن الشطي ، منشورات المكتب الإسلامي ، دمشق ، سوريا ، ج4 ، ص358 .

لكي لا يكون ذريعة إلى ما يشبه الوصية بأكثر من الثلث ، ومن هنا نجد أن في رأي الحنفية إعمال للباعث ، حيث أن الشرع لم يبح للمسلم أن يوصي بأكثر من ثلث ماله ، فإذا وقف ماله أو بعضه كان ذلك بمثابة الوصية غير الجائزة .

الفرع الرابع : الوقف في مرض الموت وآراء الفقهاء فيه .

الفقهاء كلهم متفقون على إبطال الوقف في مرض الموت ، فالمريض يمنع من التصرف في ماله ماعدا في الثلث[1].

قانون الأسرة الجزائري : لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري لمسألة الوقف في مرض الموت ، وكان لابد للمشرع الجزائري أن يتناول هذه القضية ويخصص لها حكما خاصا ، لأن في إباحة هذا الأمر تضييع لحقوق الورثة .

الفرع الخامس : صلة الوقف في المرض بنظرية الباعث .

إن اتفاق الفقهاء على منع الواقف في حالة المرض من التصرف في ماله ماعدا في الثلث فيه إعمال للباعث غير المشروع، لأن تصرف الشخص في ماله وهو يصارع الموت فيه شبهة وجود باعث يدفعه لهذا التصرف ، فهذا الواقف قد يكون قصده منع ورثته أو بعضهم من الميراث ، أو تفضيل بعضهم على البعض الآخر وهذا الأمر محرّم شرعا.

المطلب الثاني : الهبة .

تعتبر الهبة وسيلة من وسائل التضامن والتكافل بين المسلمين ، كما أنّها تنشر المحبة والألفة بين الناس ، وتذهب الشحناء والبغضاء بينهم ، ولكن قد تكون لها بواعث غير شريفة ،

---

[1] – بدائع الصنائع ، ج8 ، ص388 ، و رد المحتار على الدر المختار ، ج6 ، ص530 ،531 ، و التفريع ، عبيد الله بن الجلاب ، تحقيق حسين بن سالم الدهماني ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1408هـ ، 1987م ، ج2 ، ص308 ، والشرح الصغير ، ج4 ، ص110 ، والبيان في مذهب الشافعي ، ج8 ، ص95 ، والمغني ، ج8 ، ص218 .

تجعلها مرفوضة من الشرع ، فما هو تعريف الهبة؟ ومتى تكون غير مشروعة؟

الفرع الأول : تعريفها .

لغة : وَهَبَ لك الشيء يَهَبُه وَهْبا وَوَهَبًا بالتحريك ، وهبة ، والموهوب : الولد ، واتّهَبَ : قبل الهبة ، والمِوْهِبة : العَطِيَّة ، وأَوْهَبَ لك الشيء : أعدَّه ودام ، وأمكنك أن تأخذه أو تناله[1].

اصطلاحا : استعمل فقهاء المذاهب الأربعة نفس التعريف وهو :

«الهبة تمليك لمال بلا عوض»[2].

الفرع الثاني : الهبة للعمال وللقضاة وآراء العلماء فيها.

الحنفية : ذهبوا إلى منع القاضي من قبول الهبة من أجنبي لم تجر العادة أن يهدي له قبل توليه القضاء ، كما ذهبوا إلى منعه من تلبية الدعوة إذا كانت خاصة ، أما إذا كانت عامة كالعرس والختان فيجوز له تلبيتها [3].

المالكية : ذهبوا في المسألة إلى ثلاثة أقوال :

قول: بأن لا يقبلها أبدا وإن كانت ممن جرت العادة بأن يهاديه قبل ذلك ، ولا حتى من أقاربه وأصدقائه .

والقول الثاني: لا يقبلها ممن يخاصم .

---

[1] – لسان العرب ، ج6 ، ص4929 ، والمحكم والمحيط الأعظم ، ج4 ، ص339 ، 340 .

[2] – البناية في شرح الهداية ، ج6 ، ص196 ، مواهب الجليل ، ج8 ، ص3 ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ، محي الدين النووي ، ومعه المنهاج السوي في ترجمة الإمام النووي ، ومنتقى الينبوع فيما زاد على الروضة من فروع ، تحقيق : عادل أحمد عبد الموجود ، علي محمد معوض ، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع ، الرياض ، السعودية ، سنة1423هـ ، 2003م ،ج4 ، ص426 ، و الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج7 ، ص107 ، وقد أضاف الماوردي في التعريف محترز « في حياته» .

[3] – المبسوط ، ج16 ، ص82 ، و الاختيار لتعليل المختار ، عبد الله الموصلي ، وعليه تعليقات محمود أبو دقيقة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ج2 ، ص86 .

والقول الثالث: يجوز قبولها ممن كان يهاديه قبل توليته القضاء لقرابة أو صحبة أو صلة[1].

الشافعية : ذهبوا إلى حرمة قبول الهبة على القاضي ممن لم تجر له العادة بالهدية قبل توليته ، وحتى بالنسبة لمن جرت له العادة بالهبة إن كانت له خصومة ، فمنع من قبولها ، وإن لم تكن له خصومة فالأولى له أن لا يقبلها[2] ، قال الشافعي- رحمه الله- «ولا يقبل منه هدية وإن كان يَهدِي إليه قبل ذلك حتى تنفذ خصومته»[3].

قال الماوردي- رحمه الله- «ينبغي لكل ذي ولاية أن يتنزه عن قبول هدايا أهل عمله»[4].

الحنابلة : ذهبوا مثل الشافعية إلى منع قبول القاضي أو العامل الهبة ماعدا ممن كان يهدي إليه قبل توليه هذه الولاية بشرط أن لا تكون له خصومة ، وعلق صاحب الإنصاف على هذا الرأي بقوله : وهذا المذهب ... وعليه جماهير الأصحاب[5].

وقد اعتبرها ابن قدامة مثل الرشوة بقوله : «لأن الهدية يقصد بها في الغالب استمالة قلبه ، ليعتني به في الحكم ، فتشبه الرشوة»[6].

واستدل معظم الفقهاء بحديث رواه أبو حميد الساعدي-رضي الله عنه- قال : «استعمل النبي -صلى الله عليه وسلم- رجلا من الأزد يقال له ابن اللُّتبية على الصدقة ، فلما قدم قال : هذا لكم وهذا أهدي لي ، قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: فهلاّ جلس في بيت أبيه - أو بيت أمه - فينظر أيهدى إليه أم لا ؟ والذي نفسي بيده لا يأخذ أحدكم شيئا إلا جاء به يوم القيامة يحمله على رقبته، إن كان بعيرا له رغاء أو بقرة لها خوار أو شاة

---

[1] - الذخيرة ، ج10 ، ص80 ، والشرح الصغير ، ج4 ، ص192 ، ومواهب الجليل ، ج8 ، ص113 .

[2] - البيان في مذهب الشافعي ، ج13 ، ص32 ،33 ، والحاوي الكبير ، ج16 ، ص281 .

[3] - الحاوي الكبير ، ج16 ، ص281 .

[4] - المرجع نفسه ، ج16 ، ص281 .

[5] - الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج11 ، ص198 ، المغني ، ج14 ، ص58 .

[6] - المغني ، ج14 ، ص58 .

تَيْعَر- ثم رفع بيده حتى رأينا عُفرة إبطيه- اللهم هل بلغت ، اللهم هل بلغت ثلاثا »[1]، وفي الحديث كراهية قبول هدية طالب العناية و المديان و المقارض وكل من لهديته سبب غير سبب الجيرة أو الصداقة أو صلة الرحم[2].

واستدلوا بحديث «هدايا العمال غلول»[3].

قانون الأسرة الجزائري : لم يتطرق إلى هذه المسألة ، في حين كان ينبغي أن توضع لها أحكاما تمنعها وتعاقب فاعليها لأن الهبة للعمال وأصحاب الهيئات تعتبر بابا للرشوة كما تكون سببا لضياع حقوق ومصالح الناس وهذا ما سيذكر في صلتها بالباعث.

علاقة الهبة للقضاة وأصحاب الهيئات بنظرية الباعث : إن الغرض من الهبة كسب محبة المهدى إليه ، وتوطيد العلاقات بين المسلمين ، وهذا إذا كانت لشخص من عامة الناس أما إذا كانت لصاحب هيئة كالقاضي ، والعمال في ميدان معين ، فإنها سيكون لها باعث غير مشروع ، وهو التقرب من هذا المهدى إليه وقضاء المآرب فتكون بمثابة الرشوة ، وفي هذا يقول الشوكاني- رحمه الله- «فكل هدية تهدى إلى القضاة أو العمال ونحوهم هي نوع من الرشوة ، إذا لم تكن من قبيل ما اعتاد عليه المهدي ، وإلاّ فإنها ستكون لغرض ، وهو إما لتقويته على باطله ، أو التوصل بها إلى تحقيق منفعة وأقل الأحوال أن تكون بغرض التقرب من الحاكم وتعظيمه و الأمن من الخصوم »[4].

---

[1] - رواه البخاري في صحيحه ، كتاب الهبة ، باب من لم يقبل الهدية لعلة ، حديث رقم2597، ج2 ، ص235 ، 236 .

[2] - شرح صحيح البخاري ، علي بن بطال ، تحقيق : أبوتميم ياسر بن إبراهيم ، مكتبة الرشد ، الرياض ، السعودية ، ج7 ، ص112 .

[3] - رواه أحمد في مسنده ، من حديث أبي حميد الساعدي ، حديث رقم23601 ، ج39 ، ص14 ، حقق هذا الجزء شعيب الأرنؤوط ، وعادل المرشد ، علق عليه المحقق بأن إسناده ضعيف ، كما ضعفه ابن حجر في الفتح، ج5، ص221 .

[4] - نيل الأوطار ، ج15 ، ص441 .

كما أن للهدية تأثير على القلوب ، فتميل إلى المهدي وتزيغ عن الحق ، ولهذا ذكر الشوكاني-رحمه الله- أنه بعد توليه القضاء امتنع عن قبول الهدية ممن كان يهدي إليه من قبل ، ومن أقاربه[1].

المطلب الثالث : الوصية .

أباح الإسلام للإنسان التصرف بماله إذا كان ذلك في الأوجه المشروعة ، وهذا في حياته كما أباح له أن يتدارك هذا بعد مماته بأن يجعل جزءا من ماله لمن يحبهم ، أو لهم فضل عليه أو غيرهم ممن يرغب في الإحسان إليهم ، ومن هذه الأوجه الوصية التي سنتعرف على معناها في هذا المطلب ، وآراء الفقهاء حولها.

الفرع الأول : تعريفها .

لغة : أَوْصَى الرجل و وَصَّاه : عهد إليه ، والاسم : الوَصاة والوَصاية والوَصِيَّة ، والوصية : ما أوصيت به ، والوَصِيُّ الذي يُوصِي والذي يُوصَى له ، وهو من الأضداد . وسميت وصية لاتصالها بأمر الميت[2]، ووَصَّى إليه وله بشيء : جعله له ، ووَصَّى فلانا : جعله وصِيُّه يتصرف في أمره وماله وعياله بعد موته[3].

اصطلاحا : اتفقت تعاريف المذاهب الأربعة وقانون الأسرة الجزائري على تعريف واحد هو: الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت .

وقد أضاف المالكية محترز: بطريق التبرع[4].

---

[1] – المرجع نفسه ، ج15 ، ص441 .

[2] – لسان العرب ، ج6 ، ص4853 ، 4854 ، المحكم والمحيط الأعظم ، ج8 ، ص394 ،395 .

[3] – المعجم الوسيط ، ص1038 .

[4] – تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، محمد بن حسين القادري ، تحقيق : زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1418هـ ، 1997م ، ج9 ، ص211 ، ومواهب الجليل ، ج8 ، 513 ، البيان في مذهب الشافعي ، ج8 ، ص147 ، قانون رقم84-11، المادة 184.

وعرفها الحنابلة بأن : الوصية بالمال هي التبرع به بعد الموت[1].

الفرع الثاني : الوصية للوارث وآراء الفقهاء فيها.

الفقهاء كلهم متفقون على عدم جواز الوصية لأحد الورثة ، لأن الشارع أعطى لكل واحد حقه[2].

واستدلوا بحديث «إن الله عز وجل أعطى كل ذي حق حقه لا وصية لوارث»[3].

قانون الأسرة الجزائري : سار المشرع الجزائري على نفس رأي الفقهاء ، بمنع الوصية للوارث ، حيث ورد هذا في المادة 189 منه: «لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي»[4].

الفرع الثالث : علاقة نظرية الباعث بالوصية للوارث .

إن العلاقة بين الباعث غير المشروع والوصية لوارث من الورثة تكمن في أن الموصي قد يكون قصده حرمان باقي الورثة أو بعضهم من حقه في التركة ، ولهذا نجد أنّ العلماء قد اتفقوا على بطلان الوصية لأحد الورثة ، لأن في هذا التصرف ظلم لبقية الورثة .

كما أنّ فيه تفريق بين الورثة ممّا قد يؤدي إلى نشر العداوة والبغضاء بينهم ، وكره هؤلاء الورثة للموصي ، كما قد يتسبب في عقوق الورثة للموصي إذا كان والدهم أو أمهم .

---

[1] – المغني ، ج8 ، ص389 .

[2] – بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج10 ، ص476 ، وتكملة البحر الرائق ،ج9 ، ص231 ، 214 ، والبيان والتحصيل، ج13 ، ص223 ، والذخيرة ، ج6 ، ص306 ، والأم ، ج5 ، ص234 ، والحاوي الكبير ، ج1 ، ص28 ، و ج8 ، ص188 ، والمغني ، ج8 ، ص396 ، وشرح الزركشي ، ج2 ، ص656 .

[3] – رواه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب الفرائض ، باب من جعل ما فضل عن أهل الفرائض ولم يخلف عطية ولا مولى في بيت المال ولم يرد على ذي فرض شيئا ، حديث رقم12405 ، ج6 ، ص399 ، قال عنه الترمذي : وهو حديث حسن ، سنن الترمذي ، ج3 ، ص621 .

[4] – قانون رقم84-11.

كما قد يؤدي إلى شعورهم بالظلم والحرمان مما قد ينتج عنه بعض الاضطرابات النفسية .

وقد اعتبر الله عز وجل هذا الأمر إثم ، ويجب على المسلمين السعي في إصلاح ذلك[1]،

حيث يقول سبحانه : ﴿ فَمَنْ خَافَ مِن مُّوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ البقرة: 182 .

المطلب الرابع : الميراث

إن الإنسان يسعى ويكد ويشقى في هذه الحياة فيجمع الأموال والأملاك ، ولكنه حتما سيموت ويتركها مغادرا إلى دار أخرى ، فما هو مصير هذه الممتلكات بعد وفاته ؟ هذا ما سأناقشه في مطلب الميراث مبينا معناه ، وآراء الفقهاء فيه وصلته بالباعث .

الفرع الأول : تعريفه .

لغة : وَرِثه ماله ومجده ووَرِثَه عنه ، وِرْثا و رِثة و وراثة و إِرَاثة و الوَرْث و الإِرث والتُّراث والميراث : ما وُرث ، وقيل الورث والميراث في المال ، والإرث في الحسب ، ويقال ورِثت فلانا مالا ، أرثه وِرثا وَوَرثا إذا مات مورّثك ، فصار ميراثه لك[2]، والوَارِثُ : الباقي بعد فناء الخلق[3] ، و وَرِث فلان المال : صار إليه بعد موته[4].

اصطلاحا : لم يتطرق الكثير من العلماء لتعريفه ، بل عرفوا علم الفرائض وعلم الميراث ، ومن بين تعاريفه :

هو ما خلفه الميت من الأموال والحقوق التي يستحقها بموته الوارث الشرعي[5].

---

[1] – أحكام القرآن لابن العربي ، ج1 ، ص105 .

[2] – لسان العرب ، ج6 ، ص4808 ، 4809 ، والمحكم والمحيط الأعظم ، ج10 ، ص210

[3] – القاموس المحيط ، ص177 .

[4] – المعجم الوسيط ، ص1024 .

[5] – الفقه الإسلامي وأدلته ، ج8 ، ص243

أمّا علم الفرائض فهو:

علم المواريث وعلم الحساب الموصل لمعرفة ما يخص كل ذي حق حقه من التركة[1].

وعلم الميراث :

هو قواعد فقهية وحسابية يعرف بها نصيب كل وارث من التركة[2].

الفرع الثاني : ميراث القاتل وآراء الفقهاء فيه.

الحنفية : منعوا القاتل من الميراث ، ونوع القتل الذي يمنع بسببه القاتل من الميراث هو الذي يتعلق به وجوب القصاص أو الكفارة[3].

وذهب البعض ومنهم أبو حنيفة–رحمه الله– إلى أن القاتل لا يرث سواء كان متعمدا أو مخطئا[4]، ويبدو أن هذا هو الرأي الراجح عندهم[5].

المالكية : يمنع القاتل من الإرث إذا كان القتل عمدا عدوانا[6].

الشافعية : اتفقوا على منع القاتل العمد من الإرث ، واختلفوا في القتل الخطأ ، فذهب بعضهم إلى أنه يرث من المال ولا يرث من الدية ، وذهب البعض إلى أنه لا يرث شيئا مثل القاتل العمد[7].

الحنابلة : لا يرث القاتل عندهم من المقتول شيئا عمدا كان أم خطأ[8].

---

[1] – البيان في مذهب الشافعي ، ج9، ص7.

[2] – الفقه الإسلامي وأدلته ، ج8 ، ص243 .

[3] – تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق ،ج9 ، ص386 .

[4] – المبسوط ، ج30 ، ص46 ، 47 ، والحجة على أهل المدينة ، ج4 ، ص370 .

[5] – المبسوط ، ج30 ، ص47 وما بعدها .

[6] – الذخيرة ، ج13 ، ص17 ، والتفريع ، ج2 ، ص339 .

[7] – الأم ، ج5 ، ص149 ، 150 ، والبيان في مذهب الشافعي ، ج9 ،ص23 .

[8] – المغني ، ج9 ، ص150 – 153 ، والكافي ، ج4 ، ص121 ، 122 .

قانون الأسرة الجزائري : هو الآخر ذهب إلى منع القاتل من الميراث ، وقد توسع في نوع القتل المانع من الميراث حيث ذهب إلى اعتبار عدم التبليغ عن القتل مانع ، وهذا ما جاء في المادة135 منه والتي نصها :

«يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم :

1-قاتل المورث عمدا أو عدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا.

2-شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه .

3-العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية»[1]

أما القتل الخطأ فإن فاعله يرث من المال ويمنع من الدية أو التعويض ، وهذا ما جاء في المادة137 «يرث القاتل خطأ من المال دون الدية أو التعويض»[2].

وقد وردت اجتهادات للمحكمة العليا منها الإجتهاد التالي والذي جاء فيه:

« من المقرر قانونا أن "قاتل المورث عمدا، والممنوع من الإرث شرعا لا يحجب غيره"

ولما تبين في قضية الحال أن القاتل هو والد الطاعن –في القضية الراهنة- وإذا كان الأب هو القاتل فإن الابن لا يحرم من الميراث كعاصب لأن والده لا يحجبه طبقا لأحكام المادة 136 من قانون الأسرة وعليه فإن قضاة الموضوع لما اعتبروا الطاعن محجوبا حجب حرمان بسبب القتل الذي قام به والده فإنهم أخطئوا في تطبيق القانون مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه [3]».

الفرع الثالث :صلة نظرية الباعث بميراث القاتل .

إن العلماء متفقون على منع قاتل مورثه من الميراث ، وفي هذا علاقة بالباعث غير المشروع

---

[1] – قانون رقم84-11.

[2] – المرجع نفسه ، ص37 .

[3] –منتديات الحقوق والعلوم القانونية ، قرار رقم 122724 بتاريخ 25/ 07/ 1995 .

، لأن في منعه عقاب له بنقيض مقصوده بأن يتعجل الحصول على نصيبه من التركة ، وفي هذا يقول السرخسي- رحمه الله- :«فذلك القاتل قصد استعجال الميراث أصلا أن كل قاتل قصد استعجال الميراث ولو توهم في القتل العمد ذلك منه فإنه يحرم من الميراث عقوبة له أو ردا لقصده عليه»[1] ، و القاعدة أن من تعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه [2].

[1] – المبسوط ، ج30 ، ص47 .

[2] – المنثور في القواعد الفقهية ، بدر الدين الزركشي ، تحقيق : تيسير فائق أحمد محمود ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت ، ط2، سنة1405هـ ، 1985م ، ج3 ، ص205 .

الخاتمة

بعد هذا البحث الذي أردت أن أوضح من خلاله نظرية الباعث ومدى صلتها بمسائل الأحوال الشخصية خلصت إلى ما يلي:

1- الباعث مثير داخلي يحفز النفس ويدفعها للإقدام على أمر أو تصرف أو الإحجام عنه وتركه ، فتصرفات الإنسان تحركها بواعث داخلية ممّا يؤثر على هذه التصرفات ، وبهذا نستنتج أن الباعث له تأثير في العقود من حيث الصحة و البطلان.

2- إن الفقه الإسلامي كان سبّاقا إلى فكرة الباعث حيث أنه بنى الكثير من مسائل الأسرة على الباعث وإن كان فقهاء الإسلام لم يطلقوا عليه هذه التسمية بل سموه القصد أحيانا والنية أحيانا أخرى، في حين أطلق عليه علماء القانون تسمية السبب ، والباعث الذاتي والباعث الدافع.

3- السبب عند رجال القانون هو الباعث ، وقد مرت نظرية السبب بمرحلتين هما مرحلة : - النظرية التقليدية ؛ والتي أهملت السبب واهتمت بالشكلية في العقود.

- النظرية الحديثة ؛ وقد ظهرت بعد تعرض النظرية التقليدية للنقد ، فاهتمت بالسبب وأعملته ،حيث أطلق عليه اسم السبب الدافع أو الباعث ، وهكذا حذا رجال القانون حذو الفقهاء المسلمين في إعمال الباعث ، ممّا يبين الأهمية البالغة التي يكتسيها الباعث في تكوين العقود.

4- إن الباعث ذو طبيعة نفسية وهذا ما جعل العلماء ينقسمون إلى فريقين، فريق يرفض إعمال الباعث (الحنفية والشافعية والظاهرية ومِن بعدهم القوانين الجرمانية) وفريق يقول به(المالكية والحنابلة ومِن بعدهم القوانين اللاتينية)، وأصحاب هذا الرأي وضعوا ضوابط للكشف عن الباعث وإعماله في إبطال بعض العقود أو إجازتها، وهذه الضوابط هي علم الطرف الآخر بالباعث ، وأن يمكن استخلاصه من القرائن وظروف الحال، في حين أن علماء القانون وضعوا له

ضابطين ؛ أن يكون مشروعا ، وأن يكون الطرف الآخر على علم به ، ومع هذه الضوابط فإن هناك صعوبة في إثباته.

5- إن أصحاب الرأي القائل بعدم إعمال الباعث إلاّ إذا كان منصوصا عليه في صلب العقد محقّون من جانب وهو الحفاظ على استقرار المعاملات ، ولكن ينبغي اعمال الباعث في الحالات التي يمكن استخلاصه من العقد ، أو كان أحد الطرفين على علم به ، كما أن مسألة إعمال الباعث أو عدم إعماله في قضايا الأسرة تختلف عنها في باقي المعاملات ، لأنّ قضايا الأسرة متعلقة بالأحوال الشخصية للناس وقد يترتب عنها نتائج وخيمة على الأفراد والمجتمع ، لذا يمكن القول بأن رأي المالكية والحنابلة هو القول الأسلم و الأقرب إلى مقاصد الشريعة ؛ لأن الأمور في هذه الشريعة بمقاصدها ، وسيحاسب الله -سبحانه- العباد حسب نياتهم .

6- إن إعمال الباعث له أهمية كبيرة تتمثل في الحفاظ على سلامة العقود من النيات والمقاصد غير الشريفة ، وبالتالي الحفاظ على حقوق المتعاقدين .

7- إن الباعث قد يكون في نظر المتعاقدين شريفا، ولكنه في نظر الشّرع فاسد مردود، يبطل به العقد ، فيجب في هذه الحالة التقيد بالشرع وليس بالباعث الشريف كما هو الحال في نكاح التحليل مثلا عندما يقدم شخص على الزواج من مبتوتة بغرض تحليلها لزوجها.

8- يوجد بعض المصطلحات تشبه الباعث كالقصد والنية والإرادة غير أن بينها وبينه فروقا، وإن كان الفقهاء خاصة القدامى يطلقونها ويريدون بها الباعث.

9- إن الباعث وقاعدة الذرائع والحيل والمآل وإن كانت تختلف عن بعضها ، إلاّ أنّها تعتبر بمثابة معايير التي يمكن الحكم من خلالها على التصرفات .

10- إن الفقهاء الذين أنكروا العمل بالباعث(الحنفية، الشافعية) أعملوه في مسائل كثيرة مثل منع قاتل مورثه من الميراث.

11- إن الفقهاء ومعهم علماء القانون متفقون حول تأثير الباعث على العقود وكلهم يعملونه إلا أن الاختلاف بينهم هو في كيفية إثباته، خاصة في الحالة التي يكون فيها خفيا.

12- يوجد الكثير من المسائل التي لها علاقة بالباعث، أهمل قانون الأسرة الجزائري التطرق إليها مثل مسألة الهبة للقضاة والعمال، والوقف في مرض الموت والوقف على الأولاد، والرجعة الضرار وخلع المريضة والمريض ونكاح الشغار والمتعة والتحليل، فيجب على المشرّع الجزائري مراجعة هذا الأمر وأخذ هذه المسائل بعين الاعتبار، فكون بعض المسائل غير موجودة في الوقت الحالي داخل الوطن أو لم تطرح أمام المحاكم كالشغار أو المتعة ، فلا يعني إهمالها وعدم تقنينها ، بل ينبغي الالتفات لها لأنّها أحكام شرعية وضعها الله-عزوجل- كما أنّها محتملة الوقوع في أي وقت ، أو قد تكون موجودة في الواقع ولكنّها محصورة على أصحابها وتكتنفها السريّة خشية الفضيحة .

13- تعدد وتنوع مصادر وقواعد الفقه الإسلامي ، مما يبين لنا مرونته وصلاحيته لكل زمان ومكان ، كما أنّ الاختلاف الواقع بين فقهائه راجع إلى هذا التنوع ، وكل هؤلاء أراد الحق برأيه ، فلا ينبغي إساءة الظن بأي واحد منهم.

توصيات

1- ما يمكن أن يوصى به أنّ قانون الأسرة الجزائري يحتاج إلى عناية أكثر من أهل الشرع والقانون سواء من المتخصصين أو من طلبة العلم -وخاصة من فقهاء الشريعة- فلابد من إقامة الندوات والمؤتمرات والبحوث العلمية لتدارك بعض ما فيه من النقائص.

2- إنّ للأسرة في الإسلام أهمية بالغة في النواة الأولى التي يتكون منها المجتمع المسلم ، لذا أحاطها بعناية خاصة ، وهذا ما ينبغي أن يقوم به المشرع الجزائري من

تشديد الرقابة على كل ما من شأنه أن يساهم في تفكيكها ، كما هو الحال بالنسبة للباعث غير المشروع الذي أهمل إعماله في الكثير من المسائل .

3- إن مقولة «ما ترك الأول للآخر شيء» فكرة خاطئة ، فالفقه الإسلامي بحاجة إلى عناية أكثر وبحوث مختلفة في شتى مجالاته ، لإيجاد حلول لما استجدّ من مشكلات ، وتنقيته ممّا أدخل فيه وهو ليس منه خاصة في عصرنا هذا الذي أصبح فيه العالم الإسلامي مفتوحا على العالم كلّه في غياب الرقابة من طرف سلطات الدول الإسلامية التي يجب عليها القيام بهذا الدور المتمثل في فرض الرقابة على كل ما يدخل بلدانها لتأمين الدين ، وأفكار المسلمين من كل فكرة هدّامة تؤدي إلى إبعاد المسلمين على دينهم وانسلاخهم من مقوماتهم ومبادئهم ، فالإسلام اليوم بحاجة إلى كل أبنائه للدفاع عنه.

4- إن النظريات الحديثة في القانون الوضعي- كنظرية الباعث ونظرية التعسف في استعمال الحق- الكثير منها كان الفقه الإسلامي سبّاقا لها ، غير أنّها لم تكن بهذه الصياغة التي هي عليها اليوم ، لذا يجب إظهار فضل الفقه الإسلامي في هذا المجال من خلال بحوث أكاديمية ترد هذه النظريات إلى أصولها.

والحمد لله رب العالمين.

قائمة المصادر والمراجع

1) أحكام الأسرة في الإسلام (الطلاق ، وحقوق الأولاد ، ونفقات الأقارب) ، أحمد فرّاج حسين ، الدار الجامعية ، بيروت ، لبنان ، سنة1998م.

2) أحكام الأسرة في الإسلام (دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري ، والقانون) ، محمد مصطفى شلبي ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، ط4 ، سنة 1403هـ ، 1983م.

3) أحكام الزواج والطلاق في الإسلام (بحث تحليلي ، ودراسة مقارنة) ، بدران أبو العينين بدران ، مطبعة دار التأليف ، مصر ، ط2 ، سنة 1961م.

4) الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، عبد القادر داودي ، دار البصائر ، حسين داي ، الجزائر ، ط1 ،سنة2007م.

5) أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية ، مصطفى بن العدوي ، مكتبة ابن تيمية ، القاهرة ، مصر ، ط1 ، سنة1409هـ ، 1988م.

6) أحكام القرآن ، أبي بكر ابن العربي ، تحقيق : محمد عبد القادر أحمد عطا ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط2 ، سنة 1424هـ ، 2003م.

7) أحكام القرآن ، أحمد بن علي الجصاص ، تحقيق : محمد الصادق قمحاوي ، دار إحياء التراث العربي ، ومؤسسة التاريخ العربي ، بيروت ، لبنان ، سنة1412هـ ، 1992م.

8) الأحوال الشخصية ، محمد أبوزهرة ، دار الفكر العربي ، ط3 ، ستة1368هـ ، 1948م.

9) إحياء علوم الدين، أبو حامد الغزالي ، وبهامشه: المغني عن حمل الأسفار في تخريج ما في الإحياء من أخبار لأبي الفضل عبد الرحيم العراقي ، دار الفكر.

10) الاختيار لتعليل المختار ، عبد الله الموصلي ، وعليه تعليقات محمود أبو دقيقة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان.

11) أساس البلاغة ، جار الله الزمخشري ، تحقيق : محمد باسل عيون السود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ،سنة 1419هـ ،1998م.

12) الإستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار ، يوسف بن عبد البر النمري ، تحقيق : عبد المعطي أمين قلعجي ، دار قتيبة للطباعة والنشر ، بيروت ، دمشق ، و دار الوغى ، حلب ، القاهرة ، ط1 ، محرم ، سنة1414هـ ، جويلية ، سنة1993م.

13) أصول الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ، دار الفكر ، دمشق ، ط1 ، سنة 1406هـ ، 1986م .

14) إعلام الموقعين عن رب العالمين ، ابن قيم الجوزية ، تحقيق : مشهور آل سليمان ، دار بن الجوزي ، العربية السعودية ، ط1 ، سنة 1423هـ .

15) الأم ، محمد بن إدريس الشافعي ، تحقيق : رفعت فوزي عبد المطلب ، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع ، المنصورة ، ط1 ، سنة 1422هـ ، 2001م.

16) الأمنية في إدراك النية ، شهاب الدين القرافي ، تحقيق : مساعد بن قاسم الفالح ، مكتبة الحرمين ، الرياض ، ط1 ، سنة 1408هـ ، 1988م.

17) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، علاء الدين المرداوي ، تحقيق : محمد حسن محمد الشافعي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1418هـ ، 1997م.

18) أنوار البروق في أنواء الفروق ، شهاب الدين القرافي ، تحقيق : مركز الدراسات الفقهية والإقتصادية ، محمد أحمد سرّاج ، علي جمعة محمد ، دار السلام ، القاهرة ، ط1 ، سنة1421هـ ،2001م .

19) البجيرمي على الخطيب المسمى تحفة الحبيب على شرح الخطيب ، سليمان البجيرمي الشافعي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1417هـ ، 1996م.

20) البحر الزخار (مسند البزار) ، البزار ، تحقيق : محفوظ الرحمن زين الله ، مؤسسة علوم القرآن ، بيروت ، لبنان ، ومكتبة العلوم والحكم ، المدينة المنورة ، السعودية ، ط1 ، سنة1409هـ ، 1988م.

21) البحر المحيط ، بدر الدين الزركشي ، دار الصفوة ، الغردقة ، ط2 ، سنة1413هـ ، 1992م.

22) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، محمد ابن رشد القرطبي ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ،ط6 ، سنة1402هـ ، 1982م.

23) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، علاء الدين الكاساني ، تحقيق : علي محمد معوض ، عادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط2 ، سنة 1424هـ ، 2003م.

24) بدائع الفوائد ، ابن قيم الجوزية ، تحقيق : علي بن محمد العمران ، دار عالم الفوائد.

25) البناية في شرح الهداية لمحمود العيني ، محمد عمر الرامفوري ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، ط2 ، سنة 1411هـ ، 1990م.

26) بيان الدليل على بطلان التحليل ، أحمد ابن تيمية ، تحقيق حمدي عبد المجيد ، المكتب الإسلامي.

27) البيان في مذهب الإمام الشافعي ، يحي بن أبي الخير العمراني ، تحقيق : قاسم محمد النوري ، دار المنهاج للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، ط ، سنة1421هـ ، 2000م.

28) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة ،أبي الوليد ابن رشد القرطبي ، وضمنه المستخرجة من الأسمعة المعروفة بالعتبية ، محمد العتبي القرطبي ، تحقيق: أحمد الشرقاوي إقبال ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، ط2 ، سنة1408هـ ، 1988م.

29) تاج العروس ، محمد الزبيدي ، مكتبة دار الحياة ، بيروت ، لبنان ، ط1، سنة 1306هـ.

30) التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، محمد وحيد الدين سوار ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان ، الأردن ، ط2 ، سنة1998م.

31) التعريفات ، علي الجرجاني ، مكتبة لبنان ، بيروت ، سنة1985م.

32) التفريع ، عبيد الله بن الحسين بن الجلاّب ، تحقيق: حسين بن سالم الدهماني ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1408هـ ، 1987م.

33) تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، محمد بن حسين القادري ، تحقيق : زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1418هـ ، 1997م.

34) تهذيب اللغة ، أبومنصور الأزهري ، تحقيق : محمد عوض مرعب ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط1 ، سنة2001م.

35) جامع البيان في تأويل القرآن ، ابن جرير الطبري ، تحقيق : محمود محمد شاكر ، مكتبة ابن تيمية ، القاهرة ، ط2.

36) الجامع الصحيح (سنن الترمذي)، محمد بن عيسى الترمذي، تحقيق : بشار عواد معروف ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ط2 ، سنة1998م.

37) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن عرفة الدسوقي ، وبهامشه تقريرات محمد عليش ، دار الفكر للطباعة والنشر و التوزيع.

38) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني ، علي بن محمد الماوردي ، تحقيق : علي محمد معوض ، وعادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ،1414هـ ، 1994م.

39) الحجة على أهل المدينة ، محمد بن الحسن الشيباني ، تحقيق: مهدي حسن الكيلاني، عالم الكتب ، بيروت ، لبنان.

40) الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون ، فتحي الدريني ، مطبعة جامعة دمشق ، ط1 ، سنة 1386هـ ، 1967م.

41) حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، عبد الحميد الشرواني و أحمد بن قاسم العبادي ، المكتبة التجارية الكبرى ، مصر.

42) الذخيرة ،شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي ، تحقيق : محمد حجّي ، دار الغرب الإسلامي ، ط1 ، سنة1994هـ.

43) رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، محمد أمين بن عابدين ، تحقيق : علي محمد معوض ، وعادل أحمد عبد الموجود ، دار عالم الكتب ، الرياض ، السعودية، سنة 1423هـ ، 2003م .

44) روضة الطالبين وعمدة المفتين ، محي الدين النووي ، ومعه المنهاج السوي في ترجمة الإمام النووي ، ومنتقى الينبوع فيما زاد على الروضة من فروع ، تحقيق : عادل أحمد عبد الموجود ، علي محمد معوض ، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع ، الرياض ، السعودية ، سنة1423هـ ، 2003م.

45) الزّاهر في غريب ألفاظ الشّافعي ، محمد الأزهري ، تحقيق : عبد المنعم طوعي بشنّاتي، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، لبنان ،ط1 ، سنة1419هـ ،1998م.

46) السنن الصغير ، البيهقي ، تحقيق : عبد المعطي أمين قلعجي ، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع ، المنصورة ، مصر ، ط1 ، سنة1410هـ ، 1989م.

47) السنن الكبرى ، البيهقي ، تحقيق: محمد عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط3 ، سنة 1424هـ ، 2003م.

48) السنن الكبرى، ابن ماجة ، تحقيق : فريق بيت الأفكار الدولية ، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع ، الرياض ، السعودية ، عمان ، الأردن.

49) شرح الزركشي على متن الخرقي ، شمس الدين الزركشي ، تحقيق:عبد الملك بن عبد الله بن دهيش ، مكتبة الأسدي ، ط3 ، سنة1430هـ ، 2009م.

50) الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، أحمد الدردير ، بهامشه حاشية أحمد الصاوي ، تحقيق : مصطفى كمال وصفي ، دار المعارف ، القاهرة.

51) شرح حدود بن عرفة ، محمد الأنصاري الرصاع ، تحقيق : محمد أبو الأجفان ، الطاهر المعموري ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1993م.

52) شرح صحيح البخاري ، علي بن بطال ، تحقيق : أبوتميم ياسر بن إبراهيم ، مكتبة الرشد ، الرياض ، السعودية.

53) شرح فتح القدير ، كمال الدين بن الهمام ، على الهداية شرح بداية المبتدي ، برهان الدين المرغياني ، تحقيق : عبد الرزاق غالب المهدي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1423هـ ، 2003م.

54) شرح قانون الأحوال الشخصية محمود علي السرطاوي ، دار الفكر ، عمان ، الأردن، ط3 ، سنة1431هـ ، 2010م.

55) شرح مشكل الآثار ، أحمد الطحاوي ، تحقيق : شعيب الأرنؤوط ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1415هـ ، 1994م.

56) الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود ، بدران أبو العينين بدران ، مؤسسة شباب الجامعة.

57) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، إسماعيل بن حماد الجوهري ،تحقيق : أحمد عبد الغفور عطار ، دار العلم للملايين ، بيروت ، لبنان ، ط 4 ، سنة 1990.

58) صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان ، علاء الدين بن بلبان الفارسي ، تحقيق: شعيب الأرنؤوط ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، ط2 ، سنة1414هـ ،1993م.

59) صحيح البخاري ، محمد بن إسماعيل البخاري ، تحقيق محب الدين الخطيب ، المطبعة السلفية ومكتبتها ، القاهرة ، ط1 ، سنة1400هـ.

60) صحيح مسلم بشرح النووي ، يحي بن شرف النووي ، مكتبة الإيمان ، المنصورة.

61) ضوابط العقد في الفقه الإسلامي ، عدنان خالد التركماني ، دار الشروق للنشر و التوزيع ، ط1 ، سنة 1401هـ ، 1981م.

62) العزيز شرح الوجيز (الشرح الكبير) ، عبد الكريم الرافعي القزويني ، تحقيق : علي محمد معوض ، عادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1417هـ ، 1997م.

63) عمدة القاري شرح صحيح البخاري ، بدرالدين محمود العيني ، تحقيق : عبدالله محمود محمد عمر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1421هـ ، 2001م.

64) العين ، أبي عبد الرحمن الفراهيدي ، تحقيق : مهدي المخزومي وإبراهيم السمرائي ، دار ومكتبة الهلال.

65) غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر ، أحمد الحموي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة 1405هـ ، 1985م.

66) فتاوى الإمام الشاطبي ، ابراهيم بن موسى الأندلسي ، تحقيق : محمد أبو الأجفان ، مطبعة الكواكب ، تونس ، ط2 ، سنة1406هـ ، 1985م.

67) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، ابن حجر العسقلاني ، تحقيق: عبدالعزيز بن باز ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان.

68) الفقه الإسلامي وأدلته ، وهبة الزحيلي ، دار الفكر ، دمشق ، ط2 ، سنة 1405هـ ،1985م.

69) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، أحمد النفراوي ، تحقيق: عبد الوارث محمد علي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1418هـ ، 1997م.

70) قاعدة الأمور بمقاصدها (دراسة نظرية وتأصيلية) ، يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين ، مكتبة الرشد ، الرياض ، ط1 ، سنة 1419هـ ، 1999م.

71) القاموس المحيط ، مجد الدين محمد الفيروزآبادي ، تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة ، مؤسسة الرسالة ، ط8 سنة1426هـ-2005م.

72) قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي (عرضا ودراسة وتحليلا) ، عبد الرحمن إبراهيم الكيلاني ، دار الفكر ، سوريا ، ط1 ، سنة 1421هـ ، 2000م .

73) الكافي ، عبدالله بن قدامة المقدسي ، تحقيق : عبد الله بن محسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات العربية والإسلامية بدار هجر ، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان ، مصر ، ط1 ، سنة1418هـ ،1997م.

74) الكافي في فقه أهل المدينة ، يوسف ابن عبد البر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط2 ، سنة1413هـ ، 1992م.

75) كتاب الفروع ، ابن مفلح المقدسي ، معه تصحيح الفروع لعلي المرداوي ، تحقيق : رائد بن صبري بن أبي علفة ، بيت الأفكار الدولية ، عمّان ، الأردن ،سنة2004م.

76) كشّاف القناع على متن الإقناع ، منصور بن يونس البهوتي ، تحقيق : محمد أمين الضّنّاوي ، عالم الكتب ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1417هـ ، 1997م.

77) الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية ، أبي البقاء الكفوي ، مؤسسة الرسالة ناشرون ، بيروت ، ط2 ، سنة1419هـ ،1998م.

78) لسان العرب ، ابن منظور الإفريقي المصري ، تحقيق عبدالله علي الكبير و محمد أحمد حسب الله وهاشم محمد الشاذلي، دار المعارف.

79) مجمل اللغة ، أحمد بن فارس ، تحقيق : عبد المحسن سلطان ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط2 ، سنة1406هـ ، 1986م.

80) مجموع الفتاوى ، أحمد بن تيمية ، تحقيق : عامر الجزار ، وأنور الباز ، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع ، مصر ، ط3 ، سنة1426هـ ، 2005م.

81) المجموع شرح المهذب ، محي الدين النووي ، تحقيق : محمد نجيب المطيعي ، مكتبة الإرشاد ، جدة ، السعودية.

82) المحكم والمحيط الأعظم ، علي بن سيده ، تحقيق : عبد الحميد هنداوي ، دار الكتب العلمية ، ط1 ، سنة1421هـ ، 2000م.

83) المحلى ، علي بن حزم ، تحقيق : محمد منير الدمشقي ، إدارة الطباعة المنيرية ، سنة1351هـ.

84) مختصر المزني في فروع الشافعية ، إسماعيل بن يحي المزني ، تحقيق : محمد عبد القادر شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1419هـ ، 1998م.

85) المخصص ، علي بن سيّده ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان.

86) المدخل الفقهي العام ، مصطفى أحمد الزرقا ، دار القلم ، دمشق ، ط1 ، سنة1418هـ ، 1998م.

87) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية و العقود فيه ، محمد مصطفى الشلبي ، مطبعة دار التأليف ، سنة 1382هـ ، 1962م.

88) المدخل للفقه الإسلامي (تاريخ الفقه الإسلامي الملكية ونظرية العقد) ، أحمد فراج حسين ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، سنة2002م.

89) المدخل للفقه الإسلامي تاريخه ومصادره ونظرياته العامّة ، محمد سلام مذكور ، دار الكتاب الحديث ، ط2 ، سنة 1996م.

90) المدونة الكبرى ، مالك بن أنس رواية سحنون بن سعيد ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1415هـ ،1994م.

91) المستدرك على الصحيحين، الحاكم محمد النيسابوري، تحقيق : يوسف عبد الرحمن المرعشلي ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان.

92) المسند، أحمد بن حنبل ، تحقيق : حمزة أحمد الزين ، دار الحديث ، القاهرة ، ط1 ، سنة1416هـ ، 1995م.

93) المسند ، أحمد بن حنبل ، تحقيق : شعيب الأرنؤوط ، محمد نعيم العرقسوسي ، إبراهيم الزيبق ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1417هـ ، 1997م.

94) مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، عبدالرزّاق السّنهوري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ط2 ، سنة1998م.

95) مصنف ابن أبي شيبة ، تحقيق : حمد بن عبد الله جمعة ، محمد إبراهيم اللحيدان ، مكتبة الرشد ، الرياض ، السعودية، ط1 ، سنة1425هـ ، 2004 م.

96) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ، مصطفى الرحيباني ، ومعه تجريد زوائد الغاية والشرح ، حسن الشطي ، منشورات المكتب الإسلامي ، دمشق ، سوريا.

97) المطوّل في القانون المدني (تكوين العقد) ، جاك غاستان ، ترجمة : منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع ، بيروت ، لبنان ، ط1،سنة2000م ، 1420هـ.

98) معالم السنن ، أحمد الخطابي البستي ، تحقيق : محمد راغب الطباخ ، المطبعة العلمية ، حلب ، ط1 ، سنة1352هـ ، 1933م.

99) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ، محمد عبد الرحمن عبد المنعم ، دار الفضيلة.

100) المعجم الوسيط ، إبراهيم مصطفى ، أحمد الزيات ، حامد عبد القادر ، محمد النجار، تحقيق: مجمع اللغة العربية ، دار الدعوة.

101) المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية ، مكتبة الشروق الدولية ، ط4 ، سنة1425هـ، 2004م.

102) معجم علم النفس ، فاخر عاقل ، دار العلم للملايين ، بيروت ، لبنان ، ط2 ، سنة1977م.

103) معجم مقاييس اللغة ، أبو الحسين بن فارس ، تحقيق : عبد السلام محمد هارون ، دار الفكر ، سنة1399هـ ،1979م.

104) معونة أولي النهى شرح المنتهى ، محمد بن أحمد الفتوحي(ابن النجار) ، تحقيق : عبد الملك بن عبد الله دهيش ، مكتبة الأسدي ، مكة المكرمة ، ط5 ، سنة1429هـ ، 2008م.

105) المغرب في ترتيب المعرب ، ناصر الدين المطرّزي ، تحقيق : محمود فاخوري ، وعبد الحميد مختار ، مكتبة أسامة بن زيد ، حلب ، سورية ، ط1 ، سنة1399هـ ، 1979م.

106) المغني ، محمد بن أحمد بن قدامة ، تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي ، و عبد الفتاح محمد الحلو ، دار عالم الكتب ، الرياض ، ط3 ، سنة1417هـ ،1997م.

107) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، شمس الدين محمد الشربيني ، على متن منهاج الطالبين ليحي بن شرف النووي ، تحقيق : محمد خليل عيتاوي ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1418هـ ، 1997م.

108) المفصل في أحكام الأسرة والمرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية ، عبد الكريم زيدان ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، 1413هـ ، 1993م.

109) مقاصد الشريعة الإسلامية ، محمد الطاهر بن عاشور ، دار سحنون للنشر والتوزيع ، تونس ، ودار السلام ، القاهرة ، مصر ، ط2 ، سنة1428هـ.

110) المقنع ، عبد الله بن قدامة المقدسي ، ومعه الشرح الكبير ، عبد الرحمن بن قدامة المقدسي ، ومعه الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، علي بن سليمان المرداوي ، تحقيق : عبد الله بن عبد المحسن التركي ، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان ، الجيزة ، مصر ، ط1 ، سنة1416هـ ، 1996م.

111) منار السبيل في شرح الدليل ، إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان ، تحقيق : زهير الشاويش ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، دمشق ، ط5 ، سنة1402هـ ، 1982م.

112) المنتقى شرح موطأ مالك ، سليمان بن خلف الباجي ، تحقيق : محمد عبد القادر أحمد عطا ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة 1420هـ ، 1999م.

113) منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات ، تقي الدين محمد الفتوحي ، معه حاشية المنتهى لعثمان بن أحمد النجدي ، تحقيق : عبد الله بن عبد المحسن التركي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1419هـ ، 1999م.

114) المنثور في القواعد الفقهية ، بدر الدين الزركشي ، تحقيق : تيسير فائق أحمد محمود ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت ، ط2، سنة1405هـ ، 1985م

115) المنجّد في اللغة ، علي بن الحسن الهنائي ، تحقيق : أحمد مختار عمر ، ضاحي عبد الباقي ، عالم الكتب ، القاهرة ، ط2 ، سنة1988م.

116) المنجد في اللغة والإعلام ، دار المشرق ، بيروت ، ط42 ، سنة2007م.

117) المهذّب في فقه الشافعي ، أبي إسحاق الشيرازي ، وبذيله : النظم المستعذب في شرح غريب المهذّب ، محمد ابن بطّال ، تحقيق : زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1416هـ ،1995م

118) الموافقات ، إبراهيم الشاطبي ، تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سليمان ، دار ابن عفان ، ط1 ، سنة1417هـ ،1997م.

119) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، محمد الحطاب الرعيني ، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1416هـ ، 1995م.

120) الموسوعة الفقهية الكويتية ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت ، ط1 ، سنة1425هـ ، 2004م.

121) موسوعة لالاند الفلسفية ، أندريه لالاند ، تعريب خليل أحمد خليل ، منشورات عويدات ، بيروت ، باريس ، ط2 ، سنة2001م.

122) النظريات الفقهية ، فتحي الدريني ، منشورات جامعة دمشق ، ط4 ، سنة 1996م ،1997م ، 1416هـ ، 1417هـ.

123) نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، حليمة آيت حمودي ، دار الحداثة ، بيروت ، ط1.

124) نظرية التعسف في استعمال الحق ، فتحي الدريني ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط2 ، سنة1977م ،1337هـ.

125) النظرية العامّة للالتزام (مصادر الالتزام) ، نبيل إبراهيم سعد ، دار المعرفة الجامعية ، سنة1994م.

126) النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري) ، علي علي سليمان ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط8 ، سنة2008م.

127) النظرية العامّة للالتزام في مصادر الالتزام (مع مقارنة بين القوانين العربية) ، توفيق حسن فرج ، الدّار الجامعية ، ط3.

128) النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات ، عبد الله بن أبي زيد القيرواني ، تحقيق: محمد حجّي ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1999م.

129) الواضح في شرح مختصر الخرقي ، نور الدين البصري الضرير ، تحقيق : عبد الملك بن عبد الله بن دهيش ، دار خضر ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، سنة1431هـ ، 2000م.

130) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، عبد الرزاق السّنهوري ، أضاف حواشيها : عبد الباسط جميعي و مصطفى محمد الفقي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ط3 ، سنة1998م.

المجلات و الرسائل الجامعية

1) أثر الباعث في المسؤولية الجنائية ، محمد بن مفلح أبوداسر ، بحث لنيل درجة الماجستير ، المشرف : إبراهيم بن ناصر الحمود ، كلية الشريعة ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، سنة1424هـ ، نسخة إلكترونية ، مأخوذة من موقع الفقه الإسلامي.

2) الإجتهاد المقاصدي حجيته، ضوابطه ، مجالاته ، نورالدين بن مختار الخادمي ، بحث منشور في مجلّة الأمّة الصادرة عن وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية ، قطر ، العدد 65 ، جمادى الأولى 1419هـ ، أوت ، سبتمبر1998م ، ط1 ، ج1.

3) اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات ، عبد الرحمن بن معمر السنوسي ، دار ابن الجوزي ، السعودية ، ط1 ، سنة 1424هـ .

4) الباعث وأثره في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي ، مصونة الخطيب ، بحث لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامي وأصوله ، إشراف الدكتور وهبة الزحيلي ، جامعة دمشق ، كلية الشريعة ، سنة 1424هـ ،2003.

5) الدافع والباعث على الجريمة وأثرهما في العقوبات التعزيرية ، سرور بن محمد العبد الوهاب ، بحث لنيل شهادة الماجستير في العدالة الجنائية ، تخصص التشريع الجنائي ، إشراف جبريل محمد البصيلي ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض سنة1424هـ ، ص37 ، نسخة إلكترونية مأخوذة من موقع المجد.

القوانين

1) قانون الأحوال الشخصية الكويتي ، مأخوذ من موقع شبكة المعلومات القانونية ، القانون رقم51 لسنة 1984 .

2) قانون رقم84-11، المؤرخ في09 يونيو1984م، الصادر في الجريدة الرسمية، عدد 24، سنة1984م ، المعدل والمتمم بالأمر رقم05-02، المؤرخ في27-02-2005م، الصادر في الجريدة الرسمية ، عدد15، سنة2005م .

3) - القانون المدني الجزائري ، دار الجزيرة للنشر والتوزيع ، سنة2010 ، 2011م.

4) - ظهير شريف رقم 22. 04. 1 صادر في12ذو الحجة 1424هـ ، الموافق ل 2004/2/13م ، بتنفيذ القانون رقم 03. 70 بمثابة مدونة الأسرة ، الجديدة الرسمية المغربية الصادرة بتاريخ 14ذو الحجة 1424هـ ، 5فبراير2004م، عدد5184 .

مواقع إلكترونية

1)– موقع بوابة القانون الجزائري.

2)– موقع منتديات الحقوق والعلوم القانونية.

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية

الآية	السورة	رقم الآية	الصفحة
﴿إِذْ تَبَرَّأَ ٱلَّذِينَ ٱتُّبِعُواْ مِنَ ٱلَّذِينَ ٱتَّبَعُواْ وَرَأَوُاْ ٱلْعَذَابَ وَتَقَطَّعَتْ بِهِمُ ٱلْأَسْبَابُ﴾	البقرة	166	21
﴿إِذْ تَبَرَّأَ ٱلَّذِينَ ٱتُّبِعُواْ مِنَ ٱلَّذِينَ ٱتَّبَعُواْ وَرَأَوُاْ ٱلْعَذَابَ وَتَقَطَّعَتْ بِهِمُ ٱلْأَسْبَابُ﴾	البقرة	166	21
﴿فَمَنْ خَافَ مِن مُّوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾	البقرة	182	111
﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۗ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾	البقرة	230	69
﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُواْ ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ﴾	البقرة	231	100
﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْاْ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ﴾	البقرة	232	94
﴿وَلَا تَعْزِمُواْ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ ۚ﴾	البقرة	235	56
﴿۞ وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُۥٓ إِلَّا ٱللَّهُ﴾	آل عمران	07	43
﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُواْ فِى ٱلْيَتَٰمَىٰ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُواْ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُواْ﴾	النساء	03	44
﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾	النساء	04	78

﴿ وَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ لِتَذۡهَبُواْ بِبَعۡضِ مَآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ ﴾	النساء	19	95
﴿ وَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ لِتَذۡهَبُواْ بِبَعۡضِ مَآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ ﴾	النساء	19	96
﴿ وَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ لِتَذۡهَبُواْ بِبَعۡضِ مَآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ ﴾	النساء	19	97
﴿ وَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ لِتَذۡهَبُواْ بِبَعۡضِ مَآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ ﴾	النساء	19	98
﴿ وَلَا تَسُبُّواْ ٱلَّذِينَ يَدۡعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّواْ ٱللَّهَ عَدۡوَۢا بِغَيۡرِ عِلۡمٖۗ كَذَٰلِكَ زَيَّنَّا لِكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلَهُمۡ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِم مَّرۡجِعُهُمۡ فَيُنَبِّئُهُم بِمَا كَانُواْ يَعۡمَلُونَ ﴾	الأنعام	108	44
﴿ وَعَلَى ٱللَّهِ قَصۡدُ ٱلسَّبِيلِ وَمِنۡهَا جَآئِرٞۚ وَلَوۡ شَآءَ لَهَدَىٰكُمۡ أَجۡمَعِينَ ﴾	النحل	09	09
﴿ وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا ﴾	الإسراء	34	54
﴿ قُلِ ٱدۡعُواْ ٱللَّهَ أَوِ ٱدۡعُواْ ٱلرَّحۡمَٰنَۖ أَيّٗا مَّا تَدۡعُواْ فَلَهُ ٱلۡأَسۡمَآءُ ٱلۡحُسۡنَىٰۚ وَلَا تَجۡهَرۡ بِصَلَاتِكَ وَلَا تُخَافِتۡ بِهَا وَٱبۡتَغِ بَيۡنَ ذَٰلِكَ سَبِيلٗا ﴾	الإسراء	110	44
﴿ مَن كَانَ يَظُنُّ أَن لَّن يَنصُرَهُ ٱللَّهُ فِي ٱلدُّنۡيَا وَٱلۡأٓخِرَةِ فَلۡيَمۡدُدۡ بِسَبَبٍ إِلَى ٱلسَّمَآءِ ثُمَّ لۡيَقۡطَعۡ فَلۡيَنظُرۡ هَلۡ يُذۡهِبَنَّ كَيۡدُهُۥ مَا يَغِيظُ ﴾	الحج	15	21
﴿ وَقَالَ فِرۡعَوۡنُ يَٰهَٰمَٰنُ ٱبۡنِ لِي صَرۡحٗا لَّعَلِّيٓ أَبۡلُغُ ٱلۡأَسۡبَٰبَ ٣٦ أَسۡبَٰبَ ٱلسَّمَٰوَٰتِ ﴾	غافر	36،37	21

فهرس الأحاديث والآثار

1) أتاني عروة البارقي من عند عمر في رجل يطلق امرأته ثلاثا.....87
2) أذن لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمتعة عام الفتح.....80
3) استعمل النبي صلى الله عليه وسلم أن رجلا من الأزد.....108
4) الأعرابي الذي بال في المسجد.....45
5) ألا أخبركم بالتيس المستعار.....71
6) ألا إن الله ورسوله ينهيانكم عن المتعة.....80
7) ألا نقتل يا نبي الله هذا الخبيث.....45
8) امرأة من قريش تزوجها رجل من ثقيف.....56
9) إن الله تجاوز عن أمتي ما وسوست به صدورها.....هـ
10) إنّ الله عزوجل أعطى كل ذي حق حقه.....110
11) أن رجلا قال لابن عمر امرأة تزوجتها أحلها لزوجها.....72
12) أن رجلا سأل ابن عمر عن التحليل.....70
13) أن رجلا طلق امرأته ثلاثا ثم ندما.....70
14) إنما الأعمال بالنيات.....هـ ، 35
15) آية المنافق ثلاث.....54
16) أيما امرأة نكحت على صداق أو حباء.....62
17) ثلاثة أقسم عليهن وأحدثكم حديثا فاحفظوه.....11
18) عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه طلق امرأته البتة.....87 ، 88 ،89
19) عن أبي مليكة أنه سأل ابن الزبير عن الرجل يطلق المرأة فيبتها.....88
20) لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الواصلة والموصولة.....71
21) لولا أن قومك حديث عهدهم بالجاهلية.....45
22) نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيع حاضر لباد.....54

23) نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشغار.....75
24) هدايا العمال غلول.....108

فهرس الموضوعات فهرس الموضوعات

الموضوع **الصفحة**

الإهداء

الشكر

المقدمة.....أ- ز

الفصل الأول : نظرية الباعث وعلاقتها بنظريات ومبادئ أخرى.....1

المبحث الأول: مفهوم نظرية الباعث.....2

المطلب الأول: تعريف نظرية الباعث.....2

الفرع الأول: تعريف النظرية.....2

الفرع الثاني: تعريف الباعث.....4

المطلب الثاني: الفرق بين الباعث والنية والقصد.....7

الفرع الأول: تعريف النية.....7

الفرع الثاني: تعريف القصد.....9

المطلب الثالث: ضوابط الباعث وآراء العلماء في الأخذ به.....12

الفرع الأول: مذهب الحنفية.....13

الفرع الثاني: مذهب الشافعية.....14

الفرع الثالث: مذهب المالكية.....15

الفرع الرابع: مذهب الحنابلة.....18

الفرع الخامس: مذهب الظاهرية.....19

المبحث الثاني: علاقة نظرية الباعث بنظريات أخرى..... 20
المطلب الأول: نظرية الباعث وعلاقتها بنظرية السبب.....20
الفرع الأول: تعريف السبب.....21
الفرع الثاني: النظرية التقليدية.....23
شروط السبب في النظرية التقليدية.....24
نقد النظرية التقليدية.....26
الفرع الثالث: النظرية الحديثة.....27
شروط السبب في النظرية الحديثة.....28
المطلب الثاني: نظرية الباعث وعلاقتها بنظريتي الإرادة الظاهرة والباطنة.....30
الفرع الأول: تعريف الإرادة.....30
الفرع الثاني: نظرية الإرادة الظاهرة.....31
حجة أصحاب نظرية الإرادة الظاهرة.....32
الفرع الثالث: نظرية الإرادة الباطنة.....33
حجة أصحاب نظرية الإرادة الباطنة.....33
الفرع الرابع: علاقة نظرية الباعث بنظريتي الإرادة الظاهرة والباطنة.....35
المطلب الثالث: علاقة نظرية الباعث بنظرية التعسف في استعمال الحق.....36
الفرع الأول: تعريف التعسف.....36
الفرع الثاني: تعريف الحق.....37
الفرع الثالث: تعريف التعسف في استعمال الحق.....38
الفرع الرابع: معايير التعسف في استعمال الحق.....38
الفرع الخامس: صلة نظرية الباعث بنظرية التعسف في استعمال الحق.....39

المبحث الثالث: علاقة نظرية الباعث بأصول وقواعد فقهية.....40
المطلب الأول: علاقة نظرية الباعث بمبدأ سد الذرائع.....40
الفرع الأول: تعريف الذريعة.....40
الفرع الثاني: أقسام الذريعة.....41
الفرع الثالث: صلة مبدأ الذرائع بنظرية الباعث.....42
المطلب الثاني: علاقة الباعث بمبدأ المآل.....42
الفرع الأول: تعريف المآل.....43
الفرع الثاني: أدلة هذا المبدأ.....44
الفرع الثالث: صلة المآل بالباعث.....46
المطلب الثالث: علاقة نظرية الباعث بقاعدة الحيل.....47
الفرع الأول: تعريف الحيل.....47
الفرع الثاني: حكم الحيل.....48
الفرع الثالث: أقسام الحيل.....49
الفرع الرابع: صلة قاعدة الحيل بنظرية الباعث.....50
الفصل الثاني: تطبيقات نظرية الباعث على مسائل الأحوال الشخصية.....51
المبحث الأول: تطبيقات نظرية الباعث على مسائل إبرام عقد النكاح.....52
المطلب الأول: الخطبة.....52
الفرع الأول: تعريف الخطبة.....53
الفرع الثاني: تطبيقات الباعث على مسائل الخطبة.....54
1- الخطبة على الخطبة.....54
رأي قانون الأسرة الجزائري.....55

صلة الباعث بتحريم الخطبة على الخطبة.....55
2- تحريم الخطبة في العدة 55
رأي قانون الأسرة الجزائري.....57
صلة الباعث بتحريم الخطبة في العدة.....57
3- العدول عن الخطبة وحكم الهدايا.....58
رأي قانون الأسرة الجزائري.....61
صلة الباعث بالعدول عن الخطبة والهدايا المتبادلة.....61
4- حكم الهدايا المقدمة لولي المخطوبة.....62
تطبيقات نظرية الباعث على الهدايا المقدمة للولي.....63
المطلب الثاني: نكاح المريض مرض الموت.....63
الفرع الأول: تعريف النكاح.....63
الفرع الثاني: ماهية مرض الموت.....64
الفرع الثالث: آراء الفقهاء في مرض الموت.....65
الفرع الرابع: رأي قانون الأسرة الجزائري.....66
الفرع الخامس: تطبيقات نظرية الباعث على النكاح في مرض الموت.....66
المطلب الثالث: نكاح التحليل.....67
الفرع الأول: تعريفه.....67
الفرع الثاني: آراء الفقهاء في نكاح التحليل.....68
الفرع الثالث: رأي قانون الأسرة الجزائري.....72
الفرع الرابع: صلة نظرية الباعث بنكاح التحليل.....73
المطلب الرابع: نكاح الشغار.....74

الفرع الأول: تعريفه.....74
الفرع الثاني: آراء الفقهاء حول نكاح الشغار.....75
الفرع الثالث: رأي قانون الأسرة الجزائري.....77
الفرع الرابع: رأي قانون الأسرة المغربي.....77
الفرع الخامس: صلة نظرية الباعث بنكاح الشغار.....78
المطلب الخامس: نكاح المتعة.....78
الفرع الأول: تعريفه.....78
الفرع الثاني: آراء الفقهاء حول نكاح المتعة.....80
الفرع الثالث: رأي قانون الأسرة الجزائري.....83
الفرع الرابع: صلة المتعة بنظرية الباعث.....84
المبحث الثاني: تطبيقات نظرية الباعث على مسائل انحلال عقد النكاح.....84
المطلب الأول: طلاق المريض مريض الموت(الفار).....85
الفرع الأول: تعريف الطلاق.....85
الفرع الثاني: آراء الفقهاء حول طلاق المريض.....86
الفرع الثالث: رأي قانون الأسرة الجزائري.....89
الفرع الرابع: صلة طلاق الفار بنظرية الباعث.....90
المطلب الثاني: خلع المريضة مرض الموت.....90
الفرع الأول: تعريف الخلع.....91
الفرع الثاني: آراء الفقهاء حول خلع المريضة.....92
الفرع الثالث: رأي قانون الأسرة الجزائري والكويتي.....93
الفرع الرابع: علاقة خلع المريضة بنظرية الباعث.....91

المطلب الثالث: العضل.....94
الفرع الأول: تعريفه.....94
الفرع الثاني: آراء الفقهاء في مسألة العضل.....95
الفرع الثالث: رأي قانون الأسرة الجزائري.....98
الفرع الرابع: صلة العضل بنظرية الباعث.....98
المطلب الرابع: الرجعة.....99
الفرع الأول: تعريفها.....99
الفرع الثاني: آراء الفقهاء حول الرجعة.....100
الفرع الثالث: قانون الأسرة الجزائري.....102
الفرع الرابع: صلة الرجعة الضرار بنظرية الباعث.....102
المبحث الثالث: تطبيقات نظرية الباعث على مسائل طرق انتقال المال.....103
المطلب الأول: الوقف.....103
الفرع الأول: تعريفه.....103
الفرع الثاني: الوقف على الولد وآراء الفقهاء.....104
الفرع الثالث: رأي قانون الأسرة الجزائري.....104
الفرع الرابع: صلة الوقف على الولد بنظرية الباعث.....105
الفرع الخامس: الوقف في مرض الموت وآراء الفقهاء فيه.....105
الفرع السادس: رأي قانون الأسرة الجزائري.....105
الفرع السابع: صلة الوقف في المرض بنظرية الباعث.....105
المطلب الثاني: الهبة.....106
الفرع الأول: تعريفها.....106

الفرع الثاني: الهبة للعمال والقضاة وآراء الفقهاء فيها.....106
الفرع الثالث: رأي قانون الأسرة الجزائري.....108
الفرع الرابع: علاقة الهبة للقضاة وأصحاب الهيئات بنظرية الباعث.....109
المطلب الثالث: الوصية.....109
الفرع الأول: تعريفها.....109
الفرع الثاني: الوصية للوارث وآراء الفقهاء فيها.....110
الفرع الثالث: رأي قانون الأسرة الجزائري.....111
الفرع الرابع: علاقة نظرية الباعث بالوصية للوارث.....111
المطلب الرابع: الميراث.....111
الفرع الأول: تعريفه.....112
الفرع الثاني: ميراث القاتل وآراء الفقهاء فيه.....112
الفرع الثالث: رأي قانون الأسرة الجزائري.....113
الفرع الرابع: صلة نظرية الباعث بميراث القاتل.....114
الحاتمة.....115
قائمة المصادر والمراجع.....120
الفهارس.....137
فهرس الآيات القرآنية.....138
فهرس الأحاديث و الآثار.....140
فهرس الموضوعات.....142

بسم الله الرحمن الرحيم

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية

ملخص

الطالب : بكارة بوشنتوف المشرف : د/حوالف عكاشة

عنوان الرسالة : نظرية الباعث وتطبيقاتها على مسائل الأحوال الشخصية

لقد كانت الشريعة الإسلامية سبّاقة لوضع النظم والقوانين التي تنظم سير المجتمعات والدول، وإن لم تكن قد صاغتها بالشكل الذي هي عليه اليوم ، حيث جاء فقهاء القانون الوضعي وجعلوها عبارة عن نظريات و قوانين يرجع إليها في كل ما يخص النظام العام وشؤون الناس، ومن بين هذه النظريات ؛ نظرية الباعث والتي تطرقت لها في هذا البحث ، والذي قسمته إلى فصلين ، بعد المقدمة التي تناولت فيها ما تناولته في البحث وطريقة العمل .

الفصل الأول : نظرية الباعث وعلاقتها بنظريات ومبادئ أخرى.

الفصل الثاني : تطبيقات نظرية الباعث على مسائل الأحوال الشخصية.

وقد ختمت البحث بخاتمة وضعت فيها أهم النتائج المتوصل إليها مع بعض التوصيات.

كلمات مفتاحية : الباعث – الأحوال الشخصية – نظرية – قانون الأسرة – السبب– النكاح – الخطبة – طرق انتقال المال – سد الذرائع – الحيل .

الملخص

لقد كانت الشريعة الإسلامية سبّاقة لوضع النظم والقوانين التي تنظم سير المجتمعات والدول، وإن لم تكن قد صاغتها بالشكل الذي هي عليه اليوم ، حيث جاء فقهاء القانون الوضعي وجعلوها عبارة عن نظريات و قوانين يرجع إليها في كل ما يخص النظام العام وشؤون الناس، ومن بين هذه النظريات ؛ نظرية الباعث والتي تطرقت لها في هذا البحث ، والذي قسمته إلى فصلين ، بعد المقدمة التي تناولت فيها ما تناولته في البحث وطريقة العمل .**الفصل الأول :** نظرية الباعث وعلاقتها بنظريات ومبادئ أخرى.**الفصل الثاني :** تطبيقات نظرية الباعث على مسائل الأحوال الشخصية.وقد ختمت البحث بخاتمة وضعت فيها أهم النتائج المتوصل إليها مع بعض التوصيات.

الكلمات المفتاحية :

الباعث؛ الأحوال الشخصية؛ قانون الأسرة؛ السبب؛ النكاح؛ الخطبة؛ الطلاق؛ طرق انتقال المال؛ سد الذرائع؛ الحيل.

نوقشت يوم 19 جوان 2014