فكرة تغيّر الباعث في العقد "دراسة مقارنة".

The idea of changing the motive in the contract "A comparative study"

بحث مقدم من قبل
المدرس المساعد عباس علي صاحب
جامعة أهل البيت(عليهم السلام) / كلية القانون

الخلاصة.
يُعد الباعث أو ما يسمى بالسبب في القانون الوضعي أحد أركان العقد، فهو أمر نفسي يحرك الإرادة نحو التعاقد، إلا أن هذا الأمر النفسي عرضه للتغيّر، تارةً يحدث التغيّر في وجود الباعث فيكون موجود لحظة الأنعقاد وينتفي في لحظة التنفيذ أو قد يكون غير موجود لحظة الأنعقاد ويستجد عند التنفيذ.
وتارةً أخرى يحدث التغيّر في مشروعية الباعث فقد يكون مشروعاً لحظة الإنعقاد ويتغيّر إلى عدم المشروعية في لحظة التنفيذ أوقد يحدث العكس، وهذا التغيّر له تأثير كبير في حكم العقد، لا سيما في الحقيقة القضائية التي يتوصل إليها القضاء في حسم النزاع حول العقد، فالأمر يتوقف على اثبات وجود الباعث ومشروعيته ومدى حصول التغيّر ما بيّن الحقيقة الواقعية والحقيقة القانونية .

الكلمات المفتاحية : تغيّر، الباعث ، العقد .

Abstract
The motive or what is called the cause in positive law is one of the pillars of the contract. It is a psychological matter that moves the will towards the contract. However, this psychological matter is subject to change. Sometimes the change occurs in the presence of the motive, so it is present at the moment of concluding and negates at the moment of execution, or it may not exist at the moment of concluding. It is found upon implementation.
And at other times, a change occurs in the legality of the motive, it may be legitimate at the moment of concluding and change to illegality at the moment of implementation, or the opposite may occur, and this change has a great impact on the ruling of the contract, especially in the judicial truth that the judiciary reaches in resolving the dispute over the contract, as the matter depends on Evidence of the existence of the motive and its legitimacy and the extent of the change between the factual truth and the legal truth.

Keywords: change , motive , contract.

المقدمة.

أولا/ موضوع البحث :- أن ما يقوم به الأفراد من تصرفات الشرعية بصورة عامة وأبرام العقود بصورة خاصة ، إنما تكون صادرة بناءً على بواعث نفسية تعمل على تحرك أو دفع أرادة الأفراد نحو أتخاذ للعقد مظهر أجتماعي من أجل أشباع حاجاته، وبذلك تصل الإرادة إلى أهدافها المنشودة من البواعث التي تحرك أرادة الأفراد إلى فعلها وتحقيقها، وهذا ما يسمى بالسبب وفق النظرية الحديثة في القانون الوضعي. إلا أن هذه النوايا والرغبات النفسية هي ليست ثابتة لدى الأنسان ، وإنما تتغيّر بحسب الحاجات والظروف المحيطة به عند أبرام العقد، ومن الممكن أن يحدث هذا التغير في العقود لا سيما المستمرة منها التي تتغير مع الوقت فتستجد نوايا ورغبات جديدة أو تنتفي في مرحلة لاحقة لإبرام العقد .

ثانيا/ أهمية البحث : تبرز أهمية البحث في معرفة تأثير التغيّرفي الباعث على مبدأ العدالة التعاقدية التبادلية، التي تتمثل أحد صورها في وجود الباعث في لحظة الأنعقاد لدى المتعاقدين ، فهو يمثل ضمانة حقيقية في استمرار العقد ، ولكن التغيّر بالأنتفاء في الباعث الذي يحدث في وقت لاحق لدى احد المتعاقدين يخل بمبدأ العدالة التعاقدية التبادلية لأنه سوف يكون أحد المتعاقدين ملتزماً بالعقد من دون منفعة أوحاجة يقصد في أشباعها . كذلك تبرز أهمية البحث في معرفة مدى تأثير التغيّر في الباعث على بعض المسائل الحيوية التي تتعلق بكيان المجتمع ومصالحه الأساسية كحماية النظام العام في المجتمع، أو النصوص القانونية الآمرة التي وضعها المشرع لإسداء حماية خاصة لبعض الأشخاص أو الفئات من المجتمع لمنع التحايل عليها ، وهذا يحدث عندما يحصل التغيّر في الباعث إلى غير مشروع لمخالفته النظام العام والآداب العامة أو النصوص القانونية الآمرة .

ثالثا/ أشكالية البحث : تتجلى أشكالية البحث في أن فكرة تغيّر الباعث في العقد، تُعد من الأفكار التي آثارت جدلاً واسعاً في الفقه الأسلامي بيّن مؤيد ومعارض لها، كما أنها لم تحظى بحكم قانوني من قبل المشرع في القانون الوضعي ، ولم يدركها الفقه القانوني إلا في وقت متأخر في تحقيق التوازن في التزامات العقد، وأخيراً فأن فكرة التغيّر تُثير اشكالية على الصعيد القضائي في معرفة حدود القاضي في رقابته على الباعث عند لحظة الأنعقاد فقط أم تمتد رقابته إلى وقت لاحق من الأنعقاد لا سيما عند حدوث التغيّرفيه .

رابعا/ تساؤلات البحث : بما أن الباعث الذاتي للمتعاقد هو أمر نفسي، فمن الممكن أن يتغيّر بعد أنعقاد العقد إلى حين تنفيذه، مما يثير هذا الأمر عدة تساؤلات، تتمثل في ما هو نطاق تغير الباعث في العقد ؟هل ممكن أن يحدث في كل العقود أم أنه يحدث في طائفة معينة من العقود؟.وماهي صور تغيّر الباعث في العقد ؟وهل يؤثر هذا التغير على العقد ؟ وماهو تأثير تغير الباعث على حكم العقد من قبل القضاء بيّن الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية ؟ وهل يتطلب وجود الباعث فقط لحظة انعقاد العقد أم يجب أن يستمر هذا الباعث إلى لحظة التنفيذ ؟.

خامسا/ منهجية البحث : أن المنهج المتبع في البحث هو المنهج المقارن بين الفقه الأسلامي كُلّ من الفقه الجعفري والحنفي والمالكي والحنبلي والشافعي وبيّن القوانين الوضعية القانون العراقي أنموذجاً .

سادسا/ خطة البحث : وفقاً لما تقدم فأن خطة البحث في موضوع تغيّر الباعث في العقد ستكون على شكل مبحثين ، نتناول في الأول مفهوم تغير الباعث في العقد ، وفي الثاني نتناول آثار تغيّر الباعث في العقد.

المبحث الأول / مفهوم تغير الباعث في العقد.

نالت فكرة الباعث كركن من أركان العقد أهتمام الفقه القانوني[1]، وكذلك الباحثيّن [2] بصورة مبسوطه في تحديد معناه ، وكذلك تأصيله الشرعي ، إلا أن فكرة تغيّر الباعث في العقد لم تحظ الأهتمام من قِبَلهم في تسليط الضوء عليها في تحديد معناه وتأصيلها الشرعي، وأزاء ذلك يقتضي الوقوف على ماهية تغير الباعث في العقد، وهذا ما سَنتناوله في المَطلب الأول، ومن ثم بيان تأصيله، وهذا ما سَنتناوله في المَطلب الثاني .

المَطلب الأول/ ماهية تغير الباعث في العقد.

أن لتحديد ماهية تغيّر الباعث في العقد يتطلب الوقوف على تعريف تغير الباعث في العقد ، وهذا ما سنتناوله في الفرع الأول ، ومن ثم بيان نطاق تغيّر الباعث في العقد، وهذا ما سنتناوله في الفرع الثاني .

الفرع الأول/ تعريف تغير الباعث في العقد .

الباعث هو الخطوة الأولى التي تدفع إرادة الأفراد إلى التعاقد، فلا يمكن تصور أن تتحرك الإرادة نحو التَعاقد على وجه يثبت أثره في المَعْقود عليه، دون أن يوجد لها باعث تبتغي الوصول إليه ، والباعث له تعاريف متعددة لغة وشرعاً وقانوناً[3] ، إلا أن تلك التعريفات تنصب على فكرة واحدة، وهي أن الباعث يحتفظ بغرضه البعيد بصورة ثابته في لحظة أبرام العقد إلى حين تنفيذه، أما الباعث المتغير فيتبيّن لنا إنه ليس كذلك، فهو ذلك الباعث الذي لا يحتفظ بالغرض البعيد الذي يقصد المتعاقد الوصول إليه، إذ يكون عرضه للتغير بعد أنعقاد العقد ، وبذلك تتخذ فكرة تغيّر الباعث في العقد إحدى الصورتين :

أولهما: أن يطرأ التغير على وجود الباعث بما يؤثر على حكم العقد، فتارةً يكون الباعث موجوداً لحظة أبرام العقد وينتفي في وقت لاحق ، وتارة أخرى يكون الباعث غير موجود لحظة ابرام العقد ويستجد في وقت لاحق على الإبرام .

ثانيهما: أن يطرأ التغير على مشروعية الباعث، أن وجود الباعث لا يكفي لصحة العقد، وإنما يشترط أن يكون مشروعاً ، وهذا الشرط قابل للتغير في وقت لاحق بعد أبرام العقد ، فقد يكون الباعث مشروعاً عند أبرام العقد ويتغير عند تنفيذ العقد، تارةً إلى باعث مشروع آخر أو إلى باعث غير مشروع ، أو قد يكون الباعث غير مشروع عند أبرام العقد ويتغير عند تنفيذ العقد، تارةً إلى باعث غير مشروع آخر أو إلى باعث مشروع . مما سبق يتبين لنا أن التغيّر في الباعث يحدث تارةً على وجود الباعث وتارةً أخرى على مشروعية الباعث .

الفرع الثاني/ نطاق تغيّر الباعث في العقد.

يتحدد نطاق تغيّر الباعث في العقد بحسب نوعه ، فيما إذا كان من العقود الفورية التنفيذ، وهي التي تستأنف مرحلة تنفيذها بعد مرحلة الإبرام مباشرة، فلا يوجد فاصل زمني بيّن المرحلتين من خلالها يستطيع المتعاقد أن يعيد النَظر في الباعث، فلا يوجد مدة زمنية للمتعاقد للتفكير وأعادة النظر في الباعث الذي أنعقد عليه العزم لتغييره بباعث آخر. ومؤدى ذلك لا مجال للقول بفرضية تغيّر الباعث في العقد الفوري، لأن العملية الفنية لإنعقاد العقد يستتبعها فوراً عملية تنفيذ العقد. أما في العُقود الفورية ذات التنفيذ المؤجل، فأن حالات تغيّر ركن الباعث في العقد تَجد مجالها بصورة ضيقة ، لأن الزمن يُعد عنصراً عرضي في تحديد المقابل في العقد كالثمن مثلاً، وعنصراً جوهرياً لتحديد أجل التنفيذ أو إلى آجال متتابعة [4]، أما في العقود المستمرة، فأن حالات تغيّر ركن الباعث في العقد تجد مجالها الواسع، وذلك لأن هذه العقود تمتاز بطول مدتها، ويرجع ذلك أما لاتفاق الأطراف على استمرارها، وذلك تلبية لاحتياجاتهم [5] ، لا سيما في العقود التي تمتاز بضخامة الأعمال المطلوب القيام بها، والتي تحتاج إلى وقت طويل لإتمامها فيسعى المتعاقدان لإبرام العقود المستمرة وذلك من أجل تحقيق قدر من الأستقرار في معاملاتهم [6]. ومادام العقد ممتداً فترة في الزمن، فأنه سيكون هنالك فسحة كافيه لإعادة تفكير المتعاقد وأعادة النظر في الباعث الذي أنعقد عليه العزم لتغييره بباعث آخر، فالظروف المحيطة بإبرام عقد ممتد لإيام أو أشهر أو لعدة سنوات طويلة لا يمكن أن تبقى على حالها طوال هذه المدة، فنسبة احتمال حدوث تغيّرات تكون كبيرة، وهذا بلا شك سيؤثر على باعث المتعاقد الذي دفعه إلى التعاقد [7]. ففي مثل هذه التغيرات تؤثر على الوظيفة الأساسية للعقد وتزلزل أستقرار المراكز القانونية ، وتختل المنفعة المتبادلة بين الأطراف خلال مدة التنفيذ وهذا ما يتعارض مع مبدأ العدالة التعاقدية الذي يعد من أهم المبادئ القانونية الذي يأخذه المشرع بنظر الاعتبار عند سن التشريع، فالعدالة تقتضي في إعادة النَظر في الأحكام المتَولدة عن هذا العقد إذا ما أظهر الأطراف رَغبتهم في الأستمرار في العلاقة التَعاقدية التي تربطهم [8] .

المطلب الثاني/ تأصيل فكرة تغير الباعث .

لم نجد فيما تيسر لنا من الأطلاع على المصادر القانونية على مستوى البحوث ولا الرسائل والأطاريح ، وحتى المقالات أو الكتب، دراسة تناولت تأصيل نظرية تغيّر الباعث، رغم الآثار الكبيرة التي يرتبها هذا التغيّر عند حصوله في العقد.ونجد إن أصل هذه الفكرة موجودة في مؤلفات الفقه الإسلامي على مختلف المذاهب متنازع عليها إلى اتجاهين ، اتجاه معارض لنظرية تغير الباعث ولم يأخذ بها ، واتجاه مؤيد

لنظرية تغير الباعث ، ويرجع هذا الخلاف إلى تنازع بين عاملين رئيسيّن مسلم عند الجميع بما لكل منهما من شأن ، مختلف في تغليب أحدهما على الآخر، فالمسألة تتجسد بتنازع بين مبدأ أستقرار المعاملات من ناحية ومبدأ العدالة من ناحية أخرى. ولغرض بيان تأصيل فكرة تغيّر الباعث في العقد بصورة مفصلة، سنقسم هذا المطلب على فرعين ، نتناول في الفرع الأول الإتجاه المعارض للأخذ بفكرة تغيّر الباعث وهذا ما سنتناوله في الفرع الأول ، والإتجاه المؤيد لفكرة تغيّر الباعث وهذا ما سوف نتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الأول/ الإتجاه المعارض للأخذ بنظرية تغيّر الباعث.

أن فكرة تغيّر الباعث لا تجد لها المجال بتطبيقها في العقود لدى جانب من الفقه الأسلامي، وذلك يرجع إلى تعدد حالات الأعتداد بالباعث إلى عدة صور، والتي لا يمكن معها قبول فكرة تغير الباعث ، وتتجلى هذه الصور فيما يلي :-

الصورة الأولى: يَعتد البعض من الفقه الأسلامي بالباعث عندما تتضمنته الإرادة الظاهرة في صيغة العقد وقت انعقاده ، فإذا كان الباعث موجود ومشروع فالعقد صحيح، وبخلاف ذلك يكون العقد باطل، ولا يعتدون بعد ذلك إذا تغيّرت النوايا و الباعث في وقت لاحق بعد انعقاده ، لأن هذه المسألة يعتبرونها خارج عن العقد.

فأذا كشفا وصرحا العاقدان بالباعث الذي دفع بكل منهما إلى التعاقد عندها يتسنى للقاضي أن يحكم على العقد، فإذا كان موجوداً أو مشروعاً أعتبر العقد صحيحاً، وإذا كان غير ذلك فالعقد باطل، وهذا ما يحقق مبدأ أستقرار المعاملات، وتطبيقاً لهذه الصورة في الفقه الإمامي قال أبن ادريس الحلي " فأما إن اشترط البائع على المبتاع بأن يجعله خمراً ، وعقد على ذلك مشترطاً أو مقروناً بالعقد فهذا حرام" [9] .

وكذلك في الفقه الحنفي ما ذكره الكاساني من مثال" استأجر الذمي داراً من مسلم وأراد أن يصلي فيها أو يتخذها مصلى للعامة، لم تجز الإجارة لأنه أستئجار على المعصية" [10]. وفي موضع آخر ذكر " ولو أشترى قُمرية على أنها تصوت ، أو طير على أنه يجيء من مكان بعيد، فالبيع فاسد عند أبي حنيفة ... لأن هذه صفات يتلهى بها عادة والتلهي محظور ، فكان هذا شرطاً محظوراً فيوجب فساد البيع..."[11]، و وفي مثال آخر " ..ولو اشترى جارية على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها فالبيع فاسد ، لأن الغناء صفة محظورة لكونها لهواً .."[12] .

وذكر الزيلعي " لا يجوز الاستئجار على الغناء والنوح والملاهي لأن المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد.."[13] .

وفي مذهب الشافعي ذكر الإمام "...وأكره لهما النية إذا كانت لو ظهرت كانت تفسد البيع ..."[14]

ويفهم مما سبق أن الباعث مذكور صراحة في صيغة العقد ، فأن كان الهدف من ذكره رغبة المشتري في الكشف عن غرضه من العقد وهو أنه يريد التلهي بالشيء المشترى ، يكون العقد فاسداً ، لعدم مشروعية سببه أي باعثه ، لأن التلهي محظور فالشيء الواحد يكون مشروعاً وغير مشروع تبعاً لنية المتعاقدين .

الصورة الثانية وكذلك يذهب البعض منهم إلى عدم الأعتداد بالباعث إذا لم يتضمنه صيغة العقد، فلا يبحثون عن الباعث مادام الإرادة لم تصرح عنه ، فيعدوه خارج دائرة التعاقد ، حتى وأن كان غير المشروع ، فلا يبطل العقد وأنما يقتصر أثره على أن يأثم صاحبه شرعاً أمام الله على سوء نيته المخالفة لمقاصد الشريعة ، وهذا موقف جانب من الفقه الإمامي إذ قال أبن ادريس الحلي " لا بأس ببيع الخشب ممن يتخذه ملاهي، وكذلك بيع العنب ممّن يجعله خمراً فإنه مكروه وليس بحرام ، ويكون الإثم على من يجعله كذلك لا على بائعه، واجتناب ذلك أفضل [15].

وهذا الحكم نفسه لدى شيخ الطائفة الطوسي إذ ذكر لابأس ببيع الخشب لمن يجعله صنماً أو صليباً أو شيئاً من الملاهي ، لأن الوزر على من يجعله كذلك، لا على الذي باع الآله [16]. وفي مبسوطه قال بيع العصير لمن يجعله خمراً مطلقاً مكروه ، وليس بفاسد ، وبيعه لمن يعلم أنه يجعله خمراً حرام ولا يبطل البيع لما روي عن النبي (ص) لعن الله الخمر وبائعها ، وكذلك الحكم فيمن يبيع شيئاً يعص الله به ، من قتل مؤمن أو قطع طريق وما أشبه ذلك [17].ويفهم مما سبق إذا كان الباعث الدافع لدى المشتري غير مشروع كعمل ملاهي أو الخمر، لا يؤثر على كون العقد منعقد صحيحاً، والظاهر أنه يكتفي في العقد إذا وقع من اهله ، ومحله مشروعاً وقت أنعقاد العقد وهو الخشب والعنب في المثال السالف الذكر، وكذلك لا يعتد بالباعث

لدى المشتري ولا يؤثر على حكم العقد إذا نفذه بصورة غير مشروعة بأن صنعه ملاهي أو جعله خمراً ، وإنما يكون آثماً أمام الله ، فأنصار هذا الأتجاه يفرق بيّن منطقة أنعقاد العقد وبيّن الحل والحرمة، فالأخيره لا تبطل العقد إذا توفرت في باعث المتعاقد .وهذا الحكم ينطبق أذا كان الباعث غير ظاهر في صيغة العقد ، حتى وأن كان البائع يعلم بباعث المشتري، أما إذا ظهر في صيغة العقد بصورة غير مشروعة، فلا ينعقد العقد .

الصورة الثالثة ويذهب البعض الآخر إلى أن الباعث الذي يعتد به يستشف من ملابسات العقد المقارنة للتعبير عن الإرادة، ويجعلها ذات أثر في إعمال الباعث إذا كشفت هذه الملابسات عن عدم مشروعيته .

وتطبيق ذلك في الفقه الحنفي بيع العينة ، وطلاق الفار فهما التطبيقان يوضحان أن لعدم المشروعية أثراً على العقد، ففي الأول جزاء الباعث غير المشروع بطلان العقد نفسه، وفي الثاني جزاء عدم المشروعية خارج نطاق العقد وهو المعاملة بنقيض العقد[18] . أويستشف من طبيعة المحل ، في الكشف ضمناً عن الباعث إلى التعاقد ذكر في البدائع " وأما القرد – أي شراء القرد – فعن أبي حنيفة روايتان : وجه رواية عدم الجواز أنه غير منتفع به شرعا فلا يكون مالا كالخنزير ، وهذه الرواية هي الأصح لأنه لا يشترى للانتفاع بجلده عادة ، بل للهو به وهو حرام فكان هذا بيع الحرام للحرام ، وإنه لا يجوز ووجه رواية الثانية الجواز أنه لإن لم يكن منتفعا به لذاته يمكن الانتفاع بجلدة[19] .وكذلك في مسألة بيع آلات الملاهي من البربط والطبل والمزمار والدف ونحوذلك عند أبي يوسف ومحمد لا ينعقد بيع هذه الأشياء لأنها آلات معدة للتلهي بها موضوعة للفسق والفساد ولا تكون أموالاً فلا يجوز بيعها[20] .

الصورة الرابعة: يذهب جانب من الفقه أن الباعث الذي يعتد به هو الباعث الذي يتولد وقت انعقاد العقد ويعلمه المتعاقد الآخر ، ولا يعتدون بالباعث إذا تغير في وقت لاحق لا سيما عند تنفيذ العقد . وتطبيقاً لذلك ذكر العلامة الحلي فيما إذا كان باعث المشتري غير المشروع، غير ظاهر في صيغة العقد، ولكن علم به البائع فالحكم عنده العقد باطل ، إذ ذكر" والأقرب عندي أنه اذا كان البائع يعلم أن المشتري يعمله صنماً أو صليباً أو شيئاً من الملاهي حرم بيعه وإن لم يشترط في العقد ذلك" [21] ويعلل ذلك لأنه قد أشتمل على نوع مفسدة فيكون محرّماً ، لأنه اعانة على المنكر فيكون قبيحاً [22] .ويستند العلامة الحلي إلى عدة روايات ما رواه عمر بن أذينة في الحسن قال : كتبت إلى أبي عبد الله (ع) أسأله عن رجل له خشب فباعه ممّن يتخذه صلباناً ، فقال :لا.

وكذلك عن رواية عمر بن حريث قال : سألت أبا عبدالله (ع) عن التوت أبيعه ليصنع للصليب والصنم ؟ قال :لا . [23] .

وأحتج شيخ الطائفة على ذلك بأن الأصل الاباحة ، ولأنه عقد وقع من أهله في محلّه فكان سائغاً، ولأن عمل المشتري بعد انتقال الملك إليه لا يؤثر في وجه البيع السابق.

إلا أن العلامة الحلي يرى أن الأصل قد يرجع عنه، لوجود دليل أقوى منه ، وصدور العقد من أهله لا يقتضي اباحته ، إلا مع خلوّه عن جهات المفاسد ، والمؤثر في وجه البيع إنّما هو علم البائع بما يفعله المشتري [24] . وكذلك ذكر العلامة العاملي " المحظور الاكتساب بكل ما يكون المقصود منه حراماً ، عيناً كان كالآت اللهو ، أو غير عين كبيع السلاح لأعداء الدين وكل ما يعان به على الظلم والعدوان ولو لمدة مع العلم والقصد" [25] . وكذلك جاء في الخوانساري من فقهاء الإمامية "كل فعل لا يقع الحرام به، بل يتوقف على أمور أخرى ، كبيع العنب ممن يجعله خمراً، فهذا لا يندرج تحت الأعانه على الأثم إلا إذا قصد البايع به وتوصل المشتري بالعنب إلى التخمير. فإن الشراء الذي هو مقدمة الحرام وان لم يكن بحرام ، إلا ان البائع حيث قصد ببيعه كون المشتري متمكناً من التخمير فيندرج في الإعانة على الأثم .

ثم أنه قد يستدل بحرمه بيع العنب ممن يعلم أنه يعمله خمراً بإن دفع المنكر واجب ، ولا يتم ذلك إلا بترك البيع فيجب تركه ، فيحرم فعله" [26] وكذلك فقهاء المالكية أذ ذكر الحطاب " : يشترط في جواز البيع أن لا يعلم أن المشتري قصد بالشراء أمرا لا يجوز " [27] يحرم بيع الدار لمن يتخذها كنيسة ، وكذا لمن يجعل فيها الخمر ، وكذا بيع الخشبة لمن يعملها صليبا ، وذكر القرطبي في منع بيع العنب لمن يعصرها خمراً ، كما يحرم بيع السلاح لمن يعلم أنه يريد قطع الطريق على المسلمين أو إثارة الفتنة بينهم")[28] .

الصورة الخامسة : في هذه الصورة يكتفي جانب من الفقه بمجرد وجود قرائن على وجود الباعث غير المشروع للحكم ببطلان العقد حتى وأن لم يكن هنالك تصريح بالإرادة الظاهرة ، ومثال ذلك كون مشتري العنب خماراً ، فيستشف هولاء من مهنة المشتري قرينة تدل على الباعث غير المشروع وهو اتخاذه خمراً وهي كافيه للحكم ببطلان العقد عندهم.أو من قرائن أخرى كرؤية المشتري يعصر الخمر، أو يعتقد البائع أن المشتري سوف يعصره للخمر ، أو بيع السلاح في وقت الفتنه، او لأهل الحرب، فهذه قرينة بأن هذا السلاح سوف يستخدمه المشتري في العدوان.

وهذا ما أخذ به الفقه الحنبلي أذ ذكر بن قدامة المقدسي "ولا يصح بيع العصير لمن يتخذه خمراً، ولا بيع السلاح في الفتنة، ولا لأهل الحرب ... بيع العصير ممن يعتقد أنه يتخذه خمراً محرم" [29] .

ويستند في ذلك أنه يرى في ذلك تعاون على الأثم والعدوان ، ويؤسسون حكمهم على قول الله تعالى : (ولا تعاونوا على الأثم والعدوان) وهذا النهي يقتضي التحريم [30] .

وكذلك في قول لإبن عقيل وقد نص أحمد على مسائل نبه بها على ذلك ، فقال في القصاب والخباز إذا علم أن من يشتري منه يدعو عليه من يشرب المسكر:لايبيعه ، ومن يخرط الأقداح لا يبيعها لمن يشرب فيها .... فيكون بيع ذلك كله باطلا [31] .

الفرع الثاني / الإتجاه المؤيد للأخذ بنظرية تغير الباعث.

أن فكرة تغيّر الباعث تجد لها المجال الواسع بتطبيقها في العقود لدى جانب من الفقه الأسلامي، وذلك في صورة عندما يكون الباعث غير مذكور في صيغة العقد ، وبقى في حيز النفس ، فيذهب جانب من الفقه الإسلامي إلى أن الباعث النفسي حتى وان كان غير مشروع وقت الإنعقاد لا يعتد به للحكم ببطلان العقد ، حتى ولو قامت قرائن على وجوده، ومثال ذلك كون مشتري العنب خماراً ، أو رآهُ يعصر الخمر ، فهذه قرائن قوية في الدلالة على الباعث غير المشروع وهو اتخاذه خمراً ومع ذلك ليست كافيه للحكم ببطلان العقد عندهم ، لأنها مبنية على تهمة الظن ، لانه قد لا يجعله خمراً وقت التنفيذ، أي قد يتغيّر عنده الباعث النفسي ويستعمله أستعمالاً آخر . فتتأصل فكرة تغير الباعث في العقد لدى الفقه الشافعي، ويتناولون ذلك تحت عنوان (كراهة بيع الشيء لمن يعصي به) أذ ذكر الأمام "..ويكره بيع العنب ممن يعصره خمراً ، وبيع السلاح ممن يعصي الله تعالى به، لأن فيه إعانة على المعصية ، فإن باع منه صح البيع ، لأنه قد لا يعصره خمراً ، وقد لا يعصي الله في السلاح [32] . وفي موّرد آخر ذكر الإمام الشافعي : أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً 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 ظلماً ، لأنه قد لا يقتل به ، ولا أفسد عليه هذا البيع . وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمراً ، ولا أفسد البيع إذا باعه إياه، لأنه باعه حلالاً ، وقد يمكن ألا يجعله خمراً أبداً وفي صاحب السيف ألا يقتل به أحداً أبداً، وكما أفسد نكاح المتعة ، ولو نكح رجل امرأة عقداً صحيحاً وهو ينوى ألا يمسكها إلا يوماً ، أو أقل ، أو أكثر ، لم أفسد النكاح إنما أفسده أبداً بالعقد الفاسد [33] .

ويتبيّن لنا مما ذكره الإمام الشافعي الأمور الآتية: ان الإمام أقام قرينة بسيطة وهي صحة الباعث لكل عقد استناداً إلى الظاهر وهذا الحكم ينطبق في حالة إذا لم يذكر في العقد الباعث لدى المتعاقدين، حتى لو كانت النية غير مشروعة فمادام لم تذكر بالعقد فيأخذ بالقرينة على أساس صحة الظاهر، لأنه يرى أن النية وهي أمر نفسي وصعوبة اثباتها فحتى ولو كانت غير مشروعة فلا يعتد بها لأن فيها تهمة أي شك فلا ينبني عليها الحكم ، ويذكر (إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع) أي بمعنى لو ذكرت النية في العقد أي خرجت من مظهرها النفسي إلى مظهرها الإجتماعي ، فإن هذه القرينة تسقط ويحل محلها ماهو مذكور في العقد لأنه دليل قطعي على الباعث لدى المتعاقدين فالحكم لدية فسادالبيع أي بطلانه.

ويذكر الإمام أمثلة في حالة إذا ما بقيت النية بمظهرها النفسي ولم تذكر في صيغة العقد، ففي مثال بَيّع العنب لمن يراه أنه يَعصره خمرا ، والثاني وبيع السلاح ممن يعصي الله تعالى به أو يشتري السيف على ان يقتل به ، أي ان الباعث الدافع للمشتري هو عصر العنب للخمر في المثال الأول والمعصية أو القتل في المثال الثاني وهذا الباعث غير مشروع، وقد قامت قرينة لدى البائع من خلال مهنة المشتري لعصر

الخمر أو انه رآه في عصر العنب للخمر، أو القتل ظلما، وهذا الباعث تكون لحظة ابرام العقد، وحكم الإمام الشافعي في انه لا يحرم البيع بل حكمه مكروه، ويعد هذا الحكم الأولي في المسألة وهو الحكم لحظة الإبرام . والسبب في أعطاء الأمام الحكم وهو الكراهه لإن هنالك قرينة تدل على ان الباعث غير مشروع واستشف هذه القرينة من خلال مهنة المشتري، وهي عصر العنب ليجعل منه خمراً أو من خلال رؤيته أنه يعصر العنب للخمر أوبيع السلاح ممن يعصي الله تعالى به هذا من جانب، ومن جانب آخر أن الإمام الشافعي يرى ان هذه القرينة هي غير كافية ليعطي الحكم بحرمه البيع أو فساده لأنه لم يثبت لدية بدليل قطعي على ان الباعث الدافع للمشتري هو عصر العنب للخمر وهو يذكر أن هنالك شك في النص الأول أو تهمة في النص الثاني، بل يرجئ الحكم إلى مرحلة التنفيذ (ويذكر وقد يمكن ألا يجعله خمراً أبداً) في المثال الأول ، ويذكر(لأنه قد لا يقتل به) في المثال الثاني، ومؤدى ذلك كان الباعث مشروع ، لأن الباعث هو أمر نفسي وهو قابل للتغير فحتى ولو كان الباعث في لحظة إبرام العقد هو عصر العنب للخمر إلا أنه في مرحلة تنفيذ العقد لم يعصر العنب وكذلك لم يقتل بالسيف أو شراء السلاح لكنه لم يعصي الله به، وهذا هو الباعث الذي يعتد به ولا يعتد بالباعث في مرحلة الانعقاد لأنه استند إلى قرينة في حين الباعث في مرحلة التنفيذ يستند إلى دليل قطعي على باعث المشتري وهذا الباعث هو الرئيس لدى الإمام الشافعي وهو الذي يعتد به ،أما الباعث قبل ذلك ما هو ألا ثانوي ، فإذا ثبت في مرحلة التنفيذ أن المشتري لم يعصر العنب للخمر أو لم يقتل بالسيف فكان الباعث مشروعاً، أي ان الامام الشافعي يعطي مرونة أكثر للباعث فهو يمتد إلى لَحظة التَنفيّذ ومن الممكن ان يتغير الباعث النفسي لدى المشتري ويصحح مشروعية العقد . وقد يبدو هذا الأمر جلياً في موضع آخر عندما يتناول عقد المتعة " وإن قدم رجل بلداً وأحب ان ينكح امرأة ونيته ونيتها ألا يمسكها إلا مقامه بالبلد ، أو يوماً أو اثنين أو ثلاثة ، كانت على هذا نيته دون نيتها ، أو نيتها دون نيته أو نيتهما معاً ، ونية الولى ، غير أنما عقد النكاح مطلق لا شرط فيه فالنكاح ثابت ولا تفسد النية من النكاح شيئاً ، لأن النية حديث النفس وقد وضع عن الناس ما حدثوا به أنفسهم ، وقد ينوي الشيء ولا يفعله، وينويه ويفعله، فيكون الفعل حادثاً غير النية . وكذلك لو نكحها وبنيته ونيتها ، أو نية أحدهما دون الآخر ، أن لا يمسكها إلا قدر ما يصيبها ، فيحللها لزوجها ، ثبت النكاح مالم يقع النكاح بشرط يفسده" [34] .ويفهم مما ذكر أن الرجل كان الباعث لدية إلا يمسك الزوجة إلا يوما أو أقل أو أكثر وهذا الباعث غير مشروع وفاسد ويبطل العقد لأنه لا يجوز توقيت عقد الزواج وهذا الباعث في لحظة الإنعقاد غير أن الإمام لا يعول على هذا الباعث لحظة الإنعقاد وإنما يعطي مرونة لهذا الباعث فيرجئ الحكم إلى لحظة التنفيذ لأن الزوج قد يغير الباعث لدية من مدة محددة إلى أبدية ويستمر في الزواج ومؤدى ذلك تصحح مشروعية الباعث في عقد الزواج واصبح العقد صحيح بعد ما زال الخلل فيه وهو التوقيت ، ولكن(يفسده بالعقد الفاسد) أي ان الزوج لم يتغير الباعث لديه في مرحلة التنفيذ وهو يصرح بصورة صريحة بفساده.

وكذلك نستشف بصورة ضمنية ان الأمام أبو حنيفة يأخذ بفكرة تغير الباعث " ويجوز بيع آلات الملاهي من البربط والطبل والمزمار والدف ولكنه مكروه، ويعلل ذلك أنها يمكن الانتفاع بها شرعاً من جهة أخرى بأن تجعل ظروفاً لأشياء ونحو ذلك من المصالح ، فلا تخرج عن كونها أموالاً ، والقول أنها آلات للتلهي والفسق بها ، قلنا نعم لكن هذا لا يوجب سقوط ماليتها كالمغنيات والقيان وبدن الفاسق وحياته وماله ، ((وهذا لأنها كما تصلح للتلهي تصلح لغيره)) فبقيت على ماليتها بجهة إطلاق الانتفاع بها لا بجهة الحرمة [35] . والمتأمل من رأي أبو حنيفة أن حكم عقد بيع آلات الملاهي من بطلانه أوصحته يتوقف على الباعث الدافع، فأذا كان باعث المتعاقد لغرض التلهي بطل العقد وأن كان لغيره لباعث مشروع صح العقد ، وينبني على هذا الرأي إذا كان الباعث النفسي للمشتري وقت العقد هو التلهي بها ولكن تغيّر هذا الباعث في وقت التنفيذ بأن أستخدم هذه آلات لأستخدام مشروع ، فالعبرة بالنسبة للقضاء للحكم على العقد بالباعث الثاني، وذلك لأنه هو الباعث الرئيس بالنسبة للمشتري وهو ما استقر عليه وقت التنفيذ وماكان الباعث الأول وقت الانعقاد إلا باعث ثانوي للمشتري، كما أن الباعث الثاني هو الذي أتخذ مظهراً أجتماعياً ملموساً بتنفيذه أما الباعث الأول فبقى في الحيز النفسي للمشتري ولم يكن له مظهر اجتماعي والقانون يعي بما له مظهر أجتماعي ملموس ولا يعتد بالبواعث والنوايا ألخفية . ومن الجدير بالأشارة إلى

موقف الفقه الغربي ترجع جذور فكرة تغير الباعث إلى رأي الفقه كابيتان فهو يرى أن ركن السبب لايقتصر على لحظة الانعقاد وينتهي دوره ، وإنما يشترط بقاء ركن السبب طوال فترة حياة العقد، وان كانت غايته هي المحافظة على التوازن العقدي ومن صور التوازن العقدي هو إلا يتغير ركن السبب لأحد أطرافه أو لكليهما سواء في وجوده أم في مشروعيته[36] .

المَبحث الثاني/ آثار تغير الباعِث في العقد.

أن تغيّر الباعث في العقد يحدث أما على وجود الباعث أو على مشروعية ، وهذا التغير قد يرتب آثار عدة تؤثر على حكم العقد ، ولغرض بيان هذه الآثار بصورة مفصلة سَنقسم هذا المَبحث على مطلبين، نَتناول في الأول آثار تغيّر وجود الباعث ، وفي الثاني آثار تغيّر مشروعية الباعث .

المطلب الأول/ آثار تغيّر وجود الباعث.

تتخذ فكرة تغيّر وجود الباعث في فرضيتين : أولهما : أن يطرأ التغير على وجود الباعث بعد ان كان موجوداً لحظة الإنعقاد قد يتخلف أو ينتفي بعد مدة معينة من الانعقاد سَواء تم تَنفيّذ العقد أو لم يتم التنفيذ . وثانيهما أن يطرأ التغيّر على عدم وجود الباعث ، أي أن الباعث بعد ان كان غير موجود لحظة الإنعقاد قد يستجد بعد مدة معينة من الأنعقاد لاسيما في وقت التنفيذ، ولغرض بيان آثار الفرضيتين بصورة مفصلة ، سنقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الأول أثر تغيّر الباعث من الوجود إلى الأنتفاء وفي الفرع الثاني اثر تغيّر الباعث من الأنعدام إلى الوجود.

الفرع الأول/ أثر تغيّر الباعث من الوجود إلى الإنتفاء.

في البدء لابد من الأشارة إلى القاعدة العامة في التشريع العراقي يشترط وجود الباعث وقت التعاقد عند أبرام العقد، وقد يكون هذا الباعث مذكور ، أما أذا كان الباعث غير مذكور، فالمشرع أفترض أن لكل التزام موجود فيه سبب أي باعث ، وهذا الأفتراض مبني على قرينة قانونية بسيطة قابلة لأثبات العكس[37]، وإذا تم اثبات تخلف وجود الباعث فيُعد العقد باطلاً[38] . إلا أن تغيّر وجود الباعث في وقت لاحق بعد الأنعقاد بالإنتفاء لدى المتعاقدين أو لأحدهما ، يؤثر على العقد ويؤدي إلى أنهاءه، كما لو أجر شخص منزله لمستأجر وأحترق هذا المنزل بعد التعاقد، فأن التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الأنتفاع بالمأجور يكون باطلاً لعدم وجود محل لإلتزامه، أما التزام المستأجر بدفع الأجرة فيكون باطلاً لأنه أصبح بلا باعث وهذا التغيّر الذي حصل. وكذلك أشار المشرع العراقي في تطبيقات خاصة على تغير الباعث منها مانص في المادة 793 من القانون المدني مفاد نصها ((يجوزللمستأجر إذا كان موظفاً أو مستخدما أواقتضى ان يغير موطنه فسخ إيجار مسكنه إذا كان هذا الإيجار محددة المدة ، على ان يراعي المواعيد المبينة في المادة 741)) . ويفهم من النص إن الباعث الدافع من وراء إبرام عقد إيجار المسكن هو القرب من موطن عمله بالنسبة للموظف أو المستخدم ، ولكن إذا تم نقله بناء على أمر من الجهة التي يعمل لديها إلى موطن آخر ، ففي هذا الفرض ينتفي الباعث لدى المستأجر بعد ما كان موجودا في لحظة أنعقاد العقد ، مما يؤدي إلى الأختلال في التوازن الاقتصادي الذي ينشأ عن بقاء الإيجار نافذا في حق المستأجر بالرغم من نقله من محل سكناه إلى محل آخر بناء على مقتضيات عمله ولإمر خارج عن ارادته [39] ، فليس من العدالة التعاقدية ان يستمر عقد الإيجار نافذا أزاءه [40] .

وقد تحدث فرضية تغيّر الباعث من الوجود إلى الإنتفاء بالنسبة للمتعاقد وخلفه العام وتؤثر على حكم العقد، فمثلا نستشف في التطبيقات التشريعية للعذر الطارئ في نص المادة (783) من القانون المدني العراقي في حالة موت المستأجر لا ينهي العقد وإنما يَنْصَرِف أثر العقد كقاعدة عامة إلى المتَعاقدين وإلى الخلف العام لكل منهما، إذا بقية الباعث موجوداً لديهم ، أما إذا تغيّر الباعث لدى الخلف العام بانتفاء حاجتهم إلى عقد الإيجار، فإنه يكون مبرراً لأنهاء عقد الإيجار، أي بمعنى بعد أن كان الباعث موجوداً لدى السلف فإنه قد ينتفي الباعث لدى الخلف العام عند أنتفاء الحاجة إلى الاستمرار في عقد الإيجار، ومؤدى ذلك أنتفى الباعث في مرحلة لاحقة لعقد الايجار أما إذا بقى نفس الباعث لديهم فأنه سوف يستمر عقد الإيجار. والتطبيق الآخر الذي أشار إليه المُشرع العراقي في نَص المادة (784) من القانون المدني إذ أجاز فيه المشرع أنهاء عقد الإيجار لتغير الباعث عندما ينتفي في وقت لاحق بعد وجوده ، ومثال ذلك

الباعث الذي يبرم العقد من أجله هو حرفه المستأجر فينتفي الباعث بموت الأخير أو لإعتبارات أخرى تتعلق بشخصه، ففي هذه الفرضيتين ينتفي الباعث في مرحلة لاحقه على انعقاد العقد .

أما على الصعيد القضائي أشار في عدة قرارات على أثر تغيّر الباعث من الوجود إلى الإنتفاء، ففي قضية تتجلى وقائعها ان الزوجة أقرضت زوجها مبلغ من النقود لمدة خمس سنوات ولكنه طلقها بعد سنة ونصف، فقاضته الزوجه تطالب حلول الدين وسقوط الأجل ، فرفع القاضي القضية إلى مجلس المشاورين في قرطبة فأفتى المجلس لمصلحة الزوجة معللاً بان هذا الاتفاق كان الغرض منه هو استدامة العلاقة الزوجية بينهما فلما زال الغرض أصبح بقاء الأجل بلا سبب ومن ثم لزم ان يزول بزواله[41] . أما القضاء الفرنسي، فالتوجه الحديث له أخذ بتوسع مفهوم السبب بحيث لم يعد يكتفي بالتحقق من مجرد وجوده ، بل أمتدت رقابة القضاء إلى التحقق من كفاية هذا السبب ومراقبة توازن الأداءات المتقابلة ، ففاعلية العقد متوقفة على استمرار السبب، فلا يكفي توافره عند إبرام العقد بل يجب أن يستمر وجوده خلال تنفيذ العقد، وإلا فقد العقد فعاليته وقوته ويصبح قابلاً للإلغاء[42] . وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بفسخ العقد الذي أبرم بين شركة وخبير كيميائي بهدف مساهمته في تحسين نوعية ادوية طبية لقاء مبلغ كمقابل لخدماته، وبما انه ثبت من وقائع أمام القضاء بأن الخبير لم يؤدِ النتيجة المرجوة وأن الشركة لم تحصل على أية فائدة من الخدمات التي قدمها المحترف والتي تبرر حصوله على الأجر مقابلها[43] . وفي قضية أخرى أكدت محكمة النقض الفرنسية موقفها بشأن التوسع في مفهوم السبب واستخدامه أداة لتحقيق التوازن العقدي بين الأداءات المتقابلة بطريقة واضحة وأكثر اتساعاً من حيث مداها وذلك بقرار شهير آخر يعرف بقرار video club .

تتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم في ان زوجين يقيمان في إحدى القرى الفرنسية قررا إنشاء محل لتأجير شرائط فيديو ، من أجل ذلك قام الزوجان بابرام عقد مع إحدى الشركات (X) استأجرا بموجبه مئتي شريط فيديو لمدة ثمانية أشهر مقابل مبلغ 30 ألف فرانك فرنسي عند مطالبة الشركة للزوجين بدفع الأجرة المتفق عليها ادعيا ببطلان عقد الإيجار استناداً إلى غياب السبب، حيث أن مشروعهما التجاري المتمثل بإعادة تأجير شرائط الفيديو المتفق عليها لم يحقق النجاح المنتظر من قبلهما نظرا لقلة عدد سكان القرية، أيدت محكمة الموضوع ماطلبه الزوجين استناداً إلى تخلف السبب وأيدتها في ذلك محكمة النقض حيث قضت بأن تنفيذ العقد وفقاً للأقتصاد الذي أراده الأطراف كان مستحيلاً، ولذلك فإن محكمة الاستئناف قد أصابت في استنتاجها أن العقد كان مفتقداً للسبب[44] .

ويرى بعض الفقه الفرنسي ، في معرض التعليق على قَضاء محكمة النقض الفرنسي بشأن التجديد في مفهوم السبب ، أن السبب لم يعد يقتصر على المحافظة على حد أدنى من التوازن في العقد بحمايته كل من المتعاقدين من غياب أو تخلف الالتزام المقابل ، فهو يستخدم الآن لمراقبة الفائدة أو المصلحة من العقد من يوم إبرامة إلى حين تنفيذه وهو يفهم في هذا الإطار كهدف مشترك ينتظره الأطراف من العقد وكفائدة دفعتهم إلى أبرام العقد موضوع النزاع[45] ، وكذلك يرى البعض أن هذا القرار يظهر أن العقد لا يكون ملزماً إلا إذا كان نافعاً على الصعيد الاقتصادي [46] .

من خلال ما تقدم يتبين لنا أن الباعث الدافع يشكل عنصر توازن في الأداء المالي للعقد لإن كل متعاقد سوف يحصل على ماكان يبغي الحصول عليه ، وإذا كانت هذه النتيجة يمكن التسليم بها في مرحلة إبرام العقد إلا أن وجود هذا الباعث قد ينتفي بعد هذه المرحلة سواء بالنسبة لإحد المتعاقدين أو لكليهما ، لا سيما في طائفة العقود المستمرة التنفيذ مما يؤدي إلى أختلال في التوازن الاقتصادي، لذلك ونتيجة لإنتفاء الباعث أجاز المشرع العراقي فسخ العقد بعد توافر شروطه.

الفرع الثاني/ اثر تغيّر الباعث من الأنعدام إلى الوجود.

لايمكن تصور أن تتحرك الإرادة نحو التعاقد دون وجود باعث إلا إذا كان الملتزم فاقد الإرادة[47]، فعدم وجود الباعث وقت التعاقد وأن توفرت بقية الأركان الأخرى للعقد، لا يؤدي إلى ولادة العقد في الحقيقة القانونية ، وأن كان له وجود في الحقيقة الواقعية لدى المتعاقدين، ومع ذلك أجاز المشرع العراقي بالقاعدة الخاصة ان ينعقد العقد بلا وجود لباعث كما في حالة سندات المجاملة[48] . ومسالة تغير الباعث من الأنعدام إلى الوجود تجد له الأثر الكبير في حالة حدوث نزاع ورفع الأمر إلى القضاء ، فالحكم من الناحية

القضائية يهدف إلى مطابقة الحقيقة القانونية ، فالقاضي في تحريه عن حقيقه الباعث الدافع للتعاقد يستطيع أن يستشفه من قرينة تنفيذ العقد والتعرف على الباعث الدافع للتعاقد، ويفترض القاضي ان هذا الباعث الدافع كان موجوداً لحظة التعاقد، وهذا الأفتراض مبني على الأعم والأغلب الشائع الحدوث لدى الأفراد في عقودهم مالم يقم دليل على خلاف ذلك، وهذا من الحالات القليلة الحدوث لدى الأفراد وما يصعب اثباته في مجال القانون ، لأن الباعث أمر نفسي للمتعاقد، وشيء خاص به ، ولا يمكن معرفته إلا بالرجوع إلى نواياه ، والأخيرة يصعب أثباتها وهذا ماله دور كبير في بُعد الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية ، فالحقيقة القضائية للباعث تثبت كما حسب ما يراه القاضي في ضوء وقائع الدعوى والأدلة التي قَدمها الخصوم أو ثَبُتت من سَير المرافعة، وبذلك تكون الحقيقة القضائية للباعث هو ما ثبت للقاضي نتيجة لتحرية حقيقة الواقع للباعث أو هو ما ثبت أمام القاضي من باعث بالطرق التي حددها قانون الإثبات ، فإذا كانت العدالة تقتضي مطابقة الواقع للقانون ، فإن الحقيقة القضائية للباعث التي نتجت عن عملية الأثبات القضائي من الممكن أن تكون غيّر مطابقة للحقيقة الواقعية ، فالباعث في الواقع قد يكون غير موجود وقت التعاقد إلا أنه ليس ثمة دَليل قضائي مقبول يثبت ذلك، وهذه المفارقة بين الحَقِيقة القضائية والحقيقة الواقعية للباعث تَعزى إلى الأثبات القضائي، ذَلِك لأن نَظام الإثبات القضائي مَحدود في وسائله ، فَضلاً عن أن الحقيقة القضائية يكون نَصيبها من مطابقة الواقع بِقدر ما يكون للقاضي من سَلطة في البحث والتحري والقاضي مُقيد بما يقدم إليه من أدلة معتد بها [49]. ومؤدى ذلك لا يمكن تصور فرضية أن يحدث التغيّر من الأنعدام لحظة التعاقد إلى الوجود بعد الأنعقاد ، لأن المشرع قد حسم الأمر في الحقيقة القانونية ، والتي مفادها متى توفرت أركان العقد آنذاك تسجل ولادة العقد في الحقيقة القانونية وقبلها لا يعتد به، ومؤدى ذلك لا يمكن تصور أن نكون أمام فرضية أن يصبح العقد الباطل عقد صحيح في الحقيقة القانونية ، كما أن الحكم القضائي يتمثل بالكشف عن هذه الحقيقة القانونية، وليس منشأ لها فيصبح حكم بطلان العقد حقيقة قضائية يترتب عليها من أثر وجوبْ أعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانت عليها قبل التَعاقد، ولكن يمكن تصور فرضية أن يحدث التغيّرمن الأنعدام في لحظة التعاقد في الحقيقة الواقعية إلى ألوجود في وقت تنفيذ العقد ، فالأخيرة تُعد قرينة يستشفها القاضي على وجود الباعث لأن الإرادة لا تتحرك إلى تنفيذ العقد دون وجود باعث ، فتتكون قناعة لدى القاضي في أصدار الحقيقة القضائية وهنا يتجلى البعد ما بيّن الحقيقة القضائية والحقيقة القانونية من جانب والحقيقية الواقعية من جانب آخر.

المطلب الثاني/ آثار تغيّر مشروعية الباعث.

تتخذ فكرة التغيّر في مشروعية الباعث في العقد فرضيتين : أولهما : أن يطرأ التغير على مشروعية الباعث، أي ان الباعث بعد ان كان مشروعاً لحظة الإنعقاد قد يتغيّر بعد الانعقاد لاسيما وقت التنفيذ .

وثانيهما أن يطرأ التغيّر على عدم مشروعية الباعث ، أي أن الباعث بعد ان كان غير مشروع لحظة الإنعقاد قد يتغيّر بعد مدة معينة من الأنعقاد لاسيما في وقت التنفيذ، ولغرض بيان آثار الفرضيتين بصورة مفصلة ، سنقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الأول أثر تغيّر مشروعية الباعث وقت التعاقد ، وفي الثاني أثر تغير عدم مشروعية الباعث وقت التعاقد.

الفرع الأول/ أثر تغيّر مشروعية الباعث وقت التعاقد .

أن فرضية تغيّر مشروعية الباعث في العقد وقت التعاقد ممكن أن تحصل في أحدى الصورتين:

أولهما – أن يتغيّر الباعث من الحالة المشروعة وقت إبرام العقد إلى حالة غير مشروعة وقت التنفيذ، ومثال ذلك إذا أبرم عقد إيجار وكان الباعث وقت أبرام العقد لدى المستأجر هو السكن فيه، إلا ان لحظة التنفيذ تغيّر الباعث لديه وجعله دار للعب القمار فيه، وحدث نزاع ورفع الأمر للقضاء فهل يعتد بالباعث المشروع لحظة التعاقد وهو أمر نفسي داخلي أم يعتد بالباعث لحظة التنفيذ والذي أتخذ مظهراً اجتماعياً ؟.

أن الأجابة على هذا التساؤل انقسم الفقه الأسلامي على أتجاهين كما تبين لنا سابقاً، فالأتجاه الثاني الذي يؤخذ بالباعث لحظة تنفيذ التزامات العقد، بينما يُعتد بالباعث لحظة أنعقاد العقد لدى الأتجاه الاول من الفقه الأسلامي. أما موقف المشرع العراقي، فيلاحظ أنه أقام قرينة قانونية بسيطة قابلة لاثبات العكس وهو أفترض أن كل ألتزام له سَبب مشروع ، أي بمعنى باعث مشروع ، إذا لم يُذكر في العقد، مالم يقم الدليل

على غير ذلك، والملاحظ من العبارة الأخيرة أن المشرع العراقي أعتد بحقيقة مشروعية الباعث من خلال الأفتراض القانوني للقرينة القانونية ، وينبني على ذلك أن حكم العقد لدى القاضي في الفرضية اعلاه يعتد بالباعث المشروع لحظة التعاقد، أستناداً إلى افتراض المشرع إلا إذا أستطاع المتعاقد الآخر أثبات خلاف هذه القرينة، ويستطيع ذلك من خلال تنفيذ العقد، فإذا كان غير مشروعاً، عندئذ فالقاضي يعتد بالباعث في لحظة التنفيذ، لأنه هو الذي أتخذ مظهراً أجتماعياً ، ومؤدى ذلك تسقط القرينة القانونية البسيطة التي أفترضها المشرع، لأن تنفيذ العقد بصورة غير مشروعة فيه دلالة كافية ووافية بحيث تكون قناعه لدى القاضي في ان خلف هذا التنفيذ غير المشروع يكمن باعث غير مشروع دفع إرادة المتعاقد نحو هذا التنفيذ. فمن خلال ما تقدم يتبين لنا أن لتغيّر الباعث كان له دور كبير في تغيير حكم العقد في الحقيقة القضائية التي توصل لها القاضي ، فبعد أن كان حكم العقد مشروعاً في الحقيقة القانونية لحظة أنعقاد العقد التي أفترضها المشرع ، إلا أن الحقيقة الواقعية في وقت التنفيذ التي جاءت بصورة غير مشروعة من قِبل المتعاقد، له تأثير على حكم القاضي في أعتقاده أن هذا الباعث غير المشروع كان له وجود لحظة التعاقد مما يقضي ببطلان العقد.أما إذا كان الباعث المشروع مذكوراً بصورة صريحة في العقد، فأن القاضي يعتد بهذا الباعث لأنه اتخذ مظهراً أجتماعياً ملموساً، وينبني على ذلك حتى لو تغيّر الباعث لدى المتعاقد في لحظة التنفيذ وجاء بصورة غير مشروعة فلا تأثير له على حكم العقد في تغييّر قناعة القاضي، فيقضي في أن العقد صحيح ومستكمل كافة اركانه لحظة الأنعقاد إلا أن المتعاقد قد أخل بالتزامه في لحظة التنفيذ ولم ينفذ العقد وفقاً للباعث الذي تكون لحظة الأنعقاد ، فيقضي بالتَنفيذ العيني إذا كان ممكناً، وإذا استَحال التنفيذ يقضي بفسخ العقد مع التَعويض إذا كان له مُقتضى.

ثانيهما : أن يتغيّر الباعث المشروع وقت إبرام العقد إلى باعث آخر أيضاً مشروع وقت التنفيذ.

ففي هذه الفرضية أن التغيّر لم يؤثر على مشروعية ركن الباعث، فيبقى حكم العقد صحيح من هذه الجهة ، ولكن تغيّر الباعث لدى أحد المتعاقدين أو كلاهما قد يؤثر على العقد من جهة أخرى، ومثال ذلك لو كان باعث المستأجر لحظة التعاقد هو سكن زوجته فقط، إلا أن بعد ذلك تغير الباعث لديه بأن يسكن معه في الدار أبوية وأخوته، ففي هذا المثال تغيّر الباعث لا يسري أزاء المتعاقد الآخر، ويكون المستأجر في مركز أخلال بالتزامات العقد التي ترتبت بعد الانعقاد مما يتيح للمؤجر خيار فسخ العقد[50] ، ففي هذه الفرضية كان لتغيّر الباعث له دور كبير في تكوين الحقيقة القضائية .

الفرع الثاني/ أثر تغير عدم مشروعية الباعث وقت التعاقد.

أن فرضية تغيّر عدم مشروعية الباعث في العقد وقت التعاقد ممكن أن تحصل في أحدى الصورتين :

أولهما:- تتمثل هذه الصورة أن الباعث يتغيّر من الحالة غير المشروعة وقت إبرام العقد إلى الحالة مشروعة وقت التنفيذ ، وممكن أن تحدث هذه الفرضية في الحقيقة الواقعية ومثال ذلك كمن يشتري العنب من أجل يعصره خمراً، وبعد الشراء تغيّر الباعث لديه وأتخذه للمأكل . فالحكم في هذه الفرضية لدى الفقه الإسلامي كما تبين لنا سابقا أن العقد يعد صحيحاً لدى انصار الاتجاه الثاني ، بينما يعتبر باطل لدى انصار الإتجاه الأول. اما الحكم في التشريع العراقي فأنه يختلف فيما إذا كان الباعث مذكور في العقد أم غير مذكور ، ففي الأخير يلاحظ أن المشرع العراقي أقام قَرِينة قانونية بَسيطة قابلة لاثبات العكس وهو أفترض أن كل التزام له باعث مشروع وقت التعاقد، إذا لم يذكر في العقد، ومؤدى هذا الحكم أن الحقيقة القانونية التي جاء بها المشرع قد تختلف عن الحقيقة الواقعية ولا تطابقها فيما إذا كان الباعث غير المذكور في العقد هو باعث غير مشروع ، والملاحظ من العبارة الأخيرة من نص الفقره (2) من المادة 132 من القانون المدني" مالم يقم الدليل على غير ذلك" أن المشرع العراقي أعتد بحقيقة مشروعية الباعث من ناحية الحقيقة القضائية التي تثبت بدليل التي تسقط الحقيقة القانونية المفترضة ، وينبني على ذلك إذا كان الباعث لدى المتعاقد وقت الانعقاد غير مشروع، كباعث مشتري العنب لغرض يعصره الخمر ، فالمشرع أعط حكم خالف فيه الحقيقة الواقعية ، إلا أنه من الممكن أن يتغيّر هذا الباعث في مرحلة لاحقة من أنعقادة لا سيما في مرحلة التنفيذ، فيتخذ المشتري من العنب لغرض المأكل وفي هذا الفرض تطابقت الحقيقة الواقعية في مرحلة التنفيذ مع أفتراض المشرع للقرينة القانونية ، كما أن مرحلة

تنفيذ العقد تعطِ دليل أثبات على باعث المتعاقد، لأنه اتخذ مظهر أجتماعي ملموس و له قوة ترجح على الباعث الذي أفترض المشرع مشروعيته في وقت التعاقد.
أما في الأول إذا كان الباعث غير المشروع مذكور في العقد ، فالمشرع أعتبره الباعث الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالفه ، ويلاحظ على حكم المشرع أنه أقام حكمه على قرينة بسيطة تقبل أثبات العكس ، فيستطيع المدين أثبات أن الباعث المذكور هو باعث صوري وأن الباعث الحقيقي هو مشروع [51] ، والمتأمل في هذا الفرض لا نكون أمام تغيّر في الباعث ، وذلك لأن الباعث الصوري المذكور في العقد الغير مشروع هو غير حقيقي ، ويراد بالعقد لمجرد الظاهر فقط لستر الباعث الحقيقي المخفي ، فأذا أستطاع المدعي أثبات الباعث الحقيقي المخفي وأظهاره أمام القضاء فيعتبر العقد صحيحاً ومشروعاً .
ثانيهما:- تتمثل هذه الصورة أن يتغيّر الباعث غير المشروع وقت إبرام العقد إلى باعث آخر أيضاً غير مشروع وقت التنفيذ، وممكن أن تحدث هذه الفرضية في الحقيقة الواقعية ، ومثال ذلك كمن يستأجر الدار لغرض ممارسة الدعارة، وبعد الانعقاد أتخذه لممارسة لعب القمار ، فالحكم في هذه الفرضية لدى الفقه الإسلامي كما تبين لنا سابقا أن العقد يعد باطلاً لدى انصار الاتجاه الثاني، وكذلك أيضاً لدى انصار الإتجاه الأول،اما الحكم لدى المشرع العراقي فأذا لم يذكر الباعث في العقد فالمشرع أفترض أن كل التزام له باعث مشروع وقت التعاقد، وهذه الحقيقة التي أستند إليها المشرع تخالف الحقيقة الواقعية ، إلا أنها قرينة بسيطة، فأجاز لكل ذي مصلحة أن يقم الدليل على خلاف هذا الأفتراض ويثبت أن الباعث غير مشروع سواء كان الباعث غير مشروع لحظة التعاقد أم الذي تغيّر بعد ذلك و نكون أمام عقد باطل، عندئذ تتطابق الحقيقة الواقعية مع الحقيقة القضائية ، ولا يؤثر التغيّر على حكم بطلان العقد في هذه الصورة .

الخاتمة.

من خلال البحث توصلنا إلى عدة نتائج ومقترحات نبينها بالآتي :-

أولا/ النتائج .

1- تتخذ فكرة تغيّر الباعث في العقد إحدى صورتين :
أولهما أن يطرأ التغير على وجود الباعث بما يؤثر على حكم العقد، فتارةً يكون الباعث موجوداً لحظة أبرام العقد وينتفي هذا الباعث في وقت لاحق ، وتارة أخرى يكون الباعث غير موجود لحظة ابرام العقد ويستجد في وقت لاحق على الإبرام .
ثانيهما أن يطرأ التغير على مشروعية الباعث أن وجود الباعث لا يكفي لصحة العقد وإنما يشترط أن يكون مشروعاً ، وهذا الشرط قابل للتغير في وقت لاحق بعد أبرام العقد ، فقد يكون الباعث مشروعاً عند أبرام العقد ويتغير عند تنفيذ العقد، تارةً إلى باعث مشروع آخر او إلى باعث غير مشروع ، أو قد يكون الباعث غير مشروع عند أبرام العقد ويتغير عند تنفيذ العقد، تارةً إلى باعث غير مشروع آخر او إلى باعث مشروع .
2- أن فكرة تغيّر الباعث لا تجد لها المجال في الحقيقة الواقعية في العقود الفَورية التنفيذ ، بينما تجد لدى المَجال الواسع في العقود الفورية ذات التنفيذ المؤجل والعقود المستمرة .
3- مادام الباعث في وقت التعاقد بقى في حيز النفس فالفقه الشافعي يعطِ خيار للمتعاقد في العدول عن هذا الباعث، وتغييره بباعث آخر في وقت التنفيذ، وينسجم هذا الرأي مع سياسة تقليل من حالات بطلان العقد، فإذا كان الباعث لحظة ابرام العقد غيرموجود أو غير مشروع فيكون حكم العقد باطل ممكن ان يتحول إلى عقد صحيح إذا غير المتعاقد الباعث إلى آخر مشروع في وقت التنفيذ ، أي أن القاضي يعتد بالباعث الرئيس، وهو وقت التنفيذ ويهمل الباعث الثانوي وقت أبرام العقد إذا لم يتخذ مظهراً أجتماعياً .
4- يرى الأمام الشافعي أن الباعث هو أمر شخصي ونفسي وهو حديث النفس وقد وضع عن الناس ما حدثوا به أنفسهم ، وقد ينوي الشيء ولا يفعله، وينويه ويفعله، فيكون الفعل حادثاً غير النية ويكمن في نوايا المتعاقد في لحظة الانعقاد لا يعبر عن الباعث إلا في مظهره النفسي ، في حين ان الباعث في لحظة التنفيذ يتخذ مظهرا أجتماعياً، فالباعث الذي لم يظهر إلى العالم الخارجي لا يجوز ان يكون له أثر في دائرة العلاقات القانونية فهو شيء كامن في النفس والباعث الذي ينتج اثراً في لحظة التنفيذ هو الذي اتخذ

مظهراً اجتماعياً معينا فتنفيذ العقد هو شيء مادي محسوس يستطيع القاضي من السهولة التعرف عليه وان يرتب عليه ما يشاء من احكام دون حاجة إلى البحث فيما انطوت عليه النفس في اعماقها وفي ذلك ما فيه من استقرار المعاملات وعدم تعرضها للاضطراب .

ففكرة تغيّر الباعث تتأصل لدى الفقه الشافعي وبعض الفقه الحنفي فهم يعتبرون الباعث وقت التنفيذ هو الباعث الرئيس، وهو المعتبر لأنه هو الباعث الذي أتخذ مظهراً أجتماعياً أما الباعث الدافع لحظة التعاقد فهو أمر كامن في النفس، ولم يظهر إلى الوجود فلا يعتدون به إلا إذا اتخذ مظهراً اجتماعياً، فما بيّن وقت الأنعقاد إلى وقت التنفيذ قد يتغيّر الباعث خلال هذا الوقت .

5- أن فكرة تغيّر مشروعية الباعث في العقد لا تجد مجال للأخذ بها في الفقه الأسلامي وكذلك المشرع العراقي ،عندما يتخذ الباعث مظهراً أجتماعياً لحظة التعاقد وذلك من أجل أستقرار المعاملات ولكن هذه الفكرة تجد المجال في التطبيق عندما يكون الباعث في مظهره النفسي لحظة التعاقد ويتغيّر إلى باعث آخر عندما يتخذ مظهراً أجتماعي في لحظة التنفيذ وهذا ما يأخذ به الفقه الشافعي وجانب من الفقه الحنفي وكذلك المشرع العراقي في بعض الفرضيات السالفة الذكر.

6- أن الباعث في العقود المستمرة لا يقتصر على كونه شرطاً لصحة العقد وأنما لفاعليته على حد سواء ، ولذلك لا يكفي توافره عند إبرام العقد بل يجب ان يستمر وجوده خلال تنفيذ العقد، وإذا تغير الباعث بالأنتفاء فالعقد يفقد فعاليته وقوته ويصبح قابلاً للإنهاء.

ثانيا/ المقترحات .

1- الباعث غير المذكور في العقد يبقى شيء خاص بالمتعاقد ويختلف من شخص إلى آخر، ولا يمكن معرفته إلا بالرجوع إلى نواياه . ومؤدى ذلك من الصعوبة اثبات النوايا أمام القضاء ، وكذلك تتمثل الصعوبة بالنسبة للقاضي في التعرف أو الوصول إلى النوايا المتعاقد فيما إذا كانت مشروعة ام لا وهذا ما يؤدي إلى عدم أستقرار المعاملات ، لذا لجأ المشرع في صياغته التشريعية إلى قرينة قانونية بسيطة لتحقق نوع من الأستقرار في معاملات العقود في أثباتها، فأفترض أن لكل التزام سبب (أي باعث) موجود وكذلك مشروع ، فأقام ذلك على الاحتمال الراجح، لتعذر العلم اليقيني ومن مساوى هذه الصياغة التشريعية أنها تنطوي على قدر من العقود تبقى في منطقة الظل تخالف للحقيقة الواقعية ، في أن سببها غير مشروع ، ومع ذلك أعتبرها المشرع مشروعة، كما أن عدم ذكر المتعاقد الباعث في العقد فيه دلالة على أن المتعاقدان أرادا أخفائه لعدم مشروعيته لا سيما في العقود المستمرة ، فالمشرع كان بإمكانه أن يتخذ حلاً أفضل من ذلك وهو أن يستشف القاضي على الباعث الدافع من وقت تنفيذ العقد ، فإذا كان تنفيذ العقد مشروعاً فهذا يعني ان باعثه مشروع وإذا كان تنفيذ العقد غير مشروع فأن باعثه غير مشروع ، فتنفيذ العقد هو دليل أثبات القطعي واليقيني بحقيقة الباعث لدى المتعاقد وفيه دلالة على أنه هو الباعث الرئيس، كما أنه ينسجم مع المشرع في تقليل من حالات بطلان العقود عندما يكون الباعث غير مشروع لحظة الأنعقاد ويتغيّر إلى مشروع لحظة التنفيذ ، كما انه ينسجم مع مبدا الأمن القانوني فيمنع المتعاقدان من الأحتيال في جعل باعثه مشروع لحظة التعاقد من أجل أبرام العقد وعند التنفيذ يغيره إلى آخر غير مشروع لِذلك نَقترح على المشرع العِراقي تعديل الفقرة الثانية من نص المادة 132 لتكون بالشكل الآتي " أما إذا لم يذكر السبب في العقد فيستدل على السبب الحقيقي من تنفذ العقد" .

2- يرى الباحث أن على القضاء العراقي أن لا تقتصر رقابته إلى ركن السبب عند ابرام العقد وأنما تمتد إلى وقت تنفيذه ، ومراقبة توازن الأداءات المتقابلة ، ففاعلية العقد متوقفة على استمرار السبب، فلا يكفي توافره عند إبرام العقد بل يجب أن يستمر وجوده خلال تنفيذ العقد وإلا فقد العقد فعاليته وقوته ويصبح قابلاً للألغاء.

الهوامش.

[1] ينظر: د. السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الإلتزام، ج1، ط3، دار النهضة، القاهرة- مصر، 2011، ص413 وما بعدها. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني – مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، 1974، ص248.

[2] ينظر : د. وهبة الزحيلي، نظرية الباعث في العقود في الفقه والأصول، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون جامعة الأمارات، العدد 1، 1987، ص15 وما بعدها.

[3] الباعث لغة أسم فاعل مشتق من بعث " وبعثه أرسله كأبتعثه فأنبعث" الفَيّروز أبادي، القاموس المُحيط، ج1، بدون ذكر رقم الطبعة، مطبعة دار الفكر العَربي، بيروت - لبنان،2010، ص162. أما شرعاً فقد عرف " ما يدفع العاقد إلى ابرام العقد " ينظر: وهبة الزحيلي، نظرية الباعث في العقود في الفقه والاصول، مجلة الشريعة والقانون جامعة الامارات العربية، مصدر سابق، ص17، والملاحظ إن الأصوليين والفقهاء الأقدمين لم يستخدموا مصطلح الباعث للدلالة على معنى القصد الدافع للمكلف إلى تحقيق غرض أو غاية معينة ، وإنما ورد مصطلحات أخرى للدلالة على هذا المعنى (القصد أو النية) ومثال ذلك ما ذكره الإمام الشاطبي في الموافقات :(قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده من العمل موافقاً لقصد الله في التشريع) وكذلك في موضع آخر(ان الإعمال بالنيات ، والمقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والعادات).
أما في فقه القانون، فالتعريف المختار الذي تجاوز سلبيات من سبقهُ عُرِف بأنه الغرض البعيد الذي يدفع المتعاقد إلى ابرام العقد سواء اكان مشروعاً أم غير مشروع ينظر د. أسعد فاضل منديل، أثر الباعث غير المشروع على الالتزامات العقدية،دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مجلة جامعة كربلاء، المجلد الرابع، العدد2، 2006، ص277.

[4] ينظر د. السنهوري، مصدر سابق، ص165.

[5] ينظر د. عبد الحي حجازي، عقد المدة، مطبعة جامعة فؤاد الأول، 1950، ص2-3.

[6] ينظر لمزيد من التفاصيل، د. عبد الحي حجازي، عقد المدة ، المصدر نفسه، ص3، وكذلك ينظر ص154 وما بعدها.

[7] د. شريف غنام، أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية،ط1، مطبعة الفجيرة الوطنية، دبي – الإمارات، 2010، ص5.

[8] Gueguen, le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle, D. 1999 chronique p352.

[9] نقلاً عن الشيخ أبن ادريس العجلي الحلي، السرائر الحاوي لتحرير الفتاوي ،ج3، كتاب المتاجر والبيوع، ط1، العتبة العلوية المقدسة، النجف – العراق ،2008، ص455.

[10] نقلاً عن علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، ط2، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان، (كتاب الإجارة)، 2003، ، ص570.

[11] نقلاًعن علاءالدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ج7، ط2، دارالكتب العلمية، بيروت– لبنان2003ص11.

[12] نقلاً عن علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، مصدر سابق، ص12.

[13]نقلاً عن: فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبيان الحقائق شرح كنز الدقائق، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة مصر 1313هـ ، ص125.

[14] الإمام محمد بن إدريس الشافعي، الأم ، تحقيق وتخريج الدكتور رفعت فوزي عبد المطلب، ج4، باب النهي عن بيع الكراع والسلاح في الفتنة، ط1، دار الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة – مصر، 2001،ص152.

[15] الشيخ أبن ادريس العجلي الحلي، السرائر،ج3، مصدر سابق، ص455.

[16] شيخ الطائفة الطوسي، والمحقق الأول الحلي ،النهاية ونكتها ، تحقيق مؤسسة النشر الإسلامي ،ج2 ،ط3، 1437 هـ، ص105

[17] شيخ الطائفة الطوسي، المبسوط، ج2، ص138 ، اشار إليه الشيخ أبن ادريس العجلي الحلي، السرائر،ج3، ط1، العتبة العلوية المقدسة، النجف – العراق ،2008، ص455.

[18] ينظر لمزيد من التفاصيل: د.وهبة الزحيلي، نظرية الباعث في العقود في الفقه والأصول، مصدر سابق، ص19.

[19]علاء الدين الكاساني ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، ط2، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان 2003، ص557.

[20] علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، مصدر سابق، ص559.

[21] العلامة الحلي ، مختلف الشيعة ج5، مؤسسة النشر الأسلامي، قم- أيران، 1435هـ ، ص22.

[22] العلامة الحلي ، مختلف الشيعة ج5، المصدر نفسه ، ص23.

[23] أشار إلى الروايات العلامة الحلي ، مختلف الشيعة ج5، مصدر سابق ، ص23.

[24] ينظر : العلامة الحلي ، مختلف الشيعة ج5، مصدر سابق، ص23.

[25] ينظر: محمد جواد العاملي، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ، كتاب المتاجر ، مطبعة الشورى ، مصر، بلا سنة طبع، ص33.

[26] نقلا عن د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني – مصادر الالتزام، المكتبة القانونية ، 1974، ص248
[27] أبي عبد الله المالكي مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل ، كتاب البيوع ،ج5، ط1، دار الرضوان للنشر ، 2010، ص43.
[28] أبي عبد الله المالكي مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل ، كتاب البيوع ، المصدر نفسه، ص43.
[29] الإمام موفق الدين أبي محمد بن قدامه المقدسي، المقنع الشرح الكبير ، تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن، ج11، البيع، ط1، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة- مصر،1995، ص168.
[30] الإمام موفق الدين أبي محمد بن قدامه المقدسي، المقنع الشرح الكبير ، مصدر سابق، ص169.
[31] موفق الدين بن قدامه المقدسي، المقنع، ج11 ، مصدر سابق، ص171.
[32] أبي الحسين يحي بن أبي الخير الشافعي، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج5، ط4، دار المنهاج للطباعة والنشر والتوزيع، جدة – السعودية،2014، ص121-122.
[33] الإمام محمد بن إدريس الشافعي، الأم ، ج4،مصدر سابق، ص152.
[34] محمد بن أدريس الشافعي، الأم ،ج6، ط1، دار الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة – مصر، 2001،ص206.
[35] الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، مصدر سابق، ص559.
[36] ينظر لمزيد من التفاصيل : د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني – مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص227.
[37]ينظر: نص المادة 132 ف2.
[38] نص المادة 132 ف1/ يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً .."
[39] د. عصمت عبد المجيد، الوجيز في العقود المدنية المسماة -البيع والإيجار ، ط1، منشورات زين الحقوقية، 2015، ص583.
[40] ينظر: لمزيد من التَفاصيل : د. منصور حاتم محسن، متطلبات تحقيق العدالة التعاقدية دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الأنسانية، المجلد 26، العدد3، 2018، ص 8-9.
[41] أشار إليه د. صبحي المحمصاني ، النظرية العامة للموجبات ،ج2، ط2، دار العلم للملايين ، بيروت –لبنان، 1972، ص95-96.
[42] Cass.civ.30\10\2008 jcp2008-ll- 10000; RTDciv.2009p.118.
أشار إليه د. محمد حسن قاسم، العقد ،ج1،بدون ذكر رقم الطبعة، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية- مصر، 2017، ص325
[43] Cass. Civ.12\7\2006, RDC, 2007\2P.253 OBS.Y.M.LALTHIER.
أشار إليه د. محمد حسن قاسم، العقد ،ج1، مصدر سابق، ص324.
[44] CASS.CIV.3\7\1996D.1997P.500NOTE P.RELGNE; JCP 1997-L- 4015 OBS / LABARTHE; RTD CIV. 1996 P.903 OBS. J. MESTRE.
أشار إليه د. محمد حسن قاسم، العقد ،ج1، مصدر سابق، ص328.
[45] L . Aynés , obs, sous cass. Com . 4\1\1995D. Somm. P231.
أشار إليه د. محمد حسن قاسم، العقد ،ج1، مصدر سابق، ص329.
ويؤسس جانب من الفقه على فكرة تخلف السبب في وقت لاحق لإنعقاد العقد بالنسبة لأحد المتعاقدين أنها تؤدي إلى الأخلال بأقتصاد العقد ،التي تكون مبرراً لأنهاء العقد
J. MAURY, Une embrassante notion; Léconomie du contrat , D. 2000 chronique. P382.
[46] C.chabas , L 'iNexécution licite du contrat, LGDJ 2002 no 475.
أشار إليه د. محمد حسن قاسم، العقد ،ج1، مصدر سابق، ص329.
[47] د. محمود سعد الدين شريف، شرح القانون المَدني العراقي- مصادر الإلتزام، ج1، مطبعة العاني بغداد- العراق، 1955، ص223.
[48] ومثالة أن يوقع المدين على سند أذني لخدمة الدائن ثم يقوم الأخير بتداوله في التعامل ويقبض قيمته فوراً وإذا حل ميعاد أستحقاق هذا السند بادر هذا الدائن إلى اداء قيمته للمدين المجامل ليقوم بدفعها إلى حامل السند الأخير. ينظر لمزيد من التفاصيل : د. فوزي محمد سامي ود. فائق الشماع، الأوراق التجارية، بدون ذكر رقم الطبعة، المكتبة القانونية، بغداد – العراق ،2017، ص186.
[49] ينظر: د. مصطفى أبراهيم الزلمي ود. ياسر باسم ذنون ، الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية بين النسبية والإطلاق دراسة في ضوء قواعد علم الفلسفة، بحث منشور في مجلة بحوث مستقبلية، العدد 14، 2006، ص129 وما بعدها.
[50] ينظر نص المادة 782من القانون المدني العراقي النافذ.
[51] د. رمضان أبو السعود ، مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية – مصر، 2007، ص163.

المصادر.

أولا/ معاجم اللغة العربية .

1- الفَيروز أبادي، القاموس المحيّط، ج1، بدون ذكر رقم الطبعة، مطبعة دار الفكر العربي، بيروت- لبنان،2010.

ثانيا / مصادر الفقه الأسلامي

مصادر الفقه الجعفري

1- الشيخ أبن ادريس العجلي الحلي، السرائر الحاوي لتحرير الفتاوي ،ج3، كتاب المتاجر والبيوع، ط1، العتبة العلوية المقدسة، النجف – العراق ،2008.
2- الشيخ أبن ادريس العجلي الحلي، السرائر،ج3، ط1، العتبة العلوية المقدسة، النجف – العراق ،2008.
3- العلامة الحلي ، مختلف الشيعة ج5، مؤسسة النشر الأسلامي، قم- أيران، 1435هـ
4- شيخ الطائفة الطوسي، والمحقق الأول الحلي ،النهاية ونكتها ، تحقيق مؤسسة النشر الإسلامي، ج2، ط3، 1437 هـ.
5- علي السستاني ، الفتاوي الميسرة، تقديم عبد الهادي محمد تقي الحكيم، مطبعة دار المؤرخ العربي بيروت- لبنان، بلا سنة طبع،
6- محمد جواد العاملي، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ، كتاب المتاجر ، مطبعة الشورى ، مصر، بلا سنة طبع.

مصادر الفقه الحنفي

1- عَلاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، ط2، دار الكتب العلمية ،بيروت – لبنان، (كتاب الإجارة)، 2003.
2- علاء الدين الكاساني، بَدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، ط2، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان 2003.
3- علاء الدين الكاساني ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ط2، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان 2003.
4- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبيان الحقائق شرح كنز الدقائق،المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة مصر ، 1313هـ.

مصادر الفقه المالكي

1- أبي عبد الله المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل ، كتاب البيوع ،ج5، ط1، دار الرضوان للنشر ، 2010.

مصادر الفقه الحنبلي

1- الإمام موفق الدين أبي محمد بن قدامه المقدسي، المقنع الشرح الكبير ، تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن، ج11، البيع،، ط1، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة- مصر، 1995.

مصادر الفقه الشافعي

1- أبي الحسين يحي بن أبي الخير الشافعي، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج5، ط4، دارالمنهاج للطباعة والنشروالتوزيع،جدةالسعودية،2014.
2- الإمام محمد بن إدريس الشافعي، الأم ، تحقيق وتخريج الدكتور رفعت فوزي عبد المطلب، ج4، باب النهي عن بيع الكراع والسلاح في الفتنة، ط1، دار الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة – مصر، 2001.
3- الإمام محمد بن أدريس الشافعي، الأم ،تحقيق وتخريج الدكتور رفعت فوزي عبدالمطلب،ج6،ط1،دارالوفاءللطباعة والنشر،المنصورة، مصر2001.

ثالثا / الكتب القانونية .

1- د. السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الإلتزام، ج1، ط3، نهضة مصر، 2011.
2- د. رمضان أبو السعود ، مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية – مصر، 2007.
3- د. صبحي المحمصاني ، النظرية العامة للموجبات ،ج2، ط2، دار العلم للملايين ، بيروت –لبنان، 1972.
4- د. عبد الحي حجازي، عقد المدة، مطبعة جامعة فؤاد الأول، 1950.
5- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني – مصادر الالتزام، المكتبة القانونية ، 1974.
6- د. عصمت عبد المجيد، الوجيز في العقود المدنية المسماة -البيع والإيجار ، ط1، منشورات زين الحقوقية، 2015.
7- د. محمد حسن قاسم، العقد ،ج1، بدون ذكر رقم الطبعة، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية- مصر، 2017.
8- د. محمود سعد الدين شريف، شرح القانون المدني العراقي- مصادر الإلتزام، ج1، مطبعة العاني بغداد، 1955.
9- د. فوزي محمد سامي ود. فائق الشماع، الأوراق التجارية، بدون ذكر رقم الطبعة، المكتبة القانونية، بغداد – العراق ،2017.

رابعا / البحوث.

1- د. أسعد فاضل منديل، أثر الباعث غير المشروع على الالتزامات العقدية،دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مجلة جامعة كربلاء، المجلد الرابع، العدد2، 2006، ص277.
2- د. شريف غنام، أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية،ط1، مطبعة الفجيرة الوطنية، دبي – الإمارات، 2010.
3- د. مصطفى أبراهيم الزلمي ود. ياسر باسم ذنون ، الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية بين النسبية والإطلاق دراسة في ضوء قواعد علم الفلسفة، بحث منشور في مجلة بحوث مستقبلية، العدد 14، 2006.
4- د. منصور حاتم محسن، متطلبات تحقيق العدالة التعاقدية دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الأنسانية، المجلد 26، العدد3، 2018 .
5- د. وهبة الزحيلي، نظرية الباعث في العقود في الفقه والأصول، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون جامعة الأمارات، العدد 1، 1987.

خامسا / المصادر الفرنسية.

1- Gueguen, le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle, D. 1999.
2- MAURY, Une embrassant notion; L'économie du contrat , D. 2000.

سادسا / القوانين .

1- القانون المدني الفرنسي لسنة 1804وتعديله في المرسوم 2016/131 في 2016/2/10.
2- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 .
3- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المُعدل.