الباعث الدافع على التعاقد
وصلته بقاعدة اعتبار المآل في الفقه الأسلامي

د.عدنان ابراهيم عبد
جامعة الانبار / كلية القانون والشريعة

خلاصة البحث
(الباعث الدافع على التعاقد وصلته بقاعدة اعتبار المآل في الفقه الأسلامي)

لا بد لكل سياسة تشريعية تتوخى الدقة وتنشد الكمال ان لا تكتفي باباحة التصرفات المشروعة ومنع التصرفات المخالفة فقط، وانما عليها ان تأخذ بنظر الأعتبار النتائج والغايات التي قد تترتب على ما هو مشروع من التصرفات، فتحكم بمنعه ايضا.

وفي مجال العقود والتصرفات الشرعية كان الفقه الأسلامي موفقاً من خلال ما بحثه الفقهاء تحت عنوان (القصود في العقود) في ابطال كثير من العقود والتصرفات اذا ادت الى مآل غير مشروع ، وكان السلاح الذي استخدمه هذا الفقه هو (القصد والباعث) ، وهذا ما استقر عليه الحال في القوانين (لاتينية او جرمانية) على اختلاف بينهما في المواقف، لكن الفقه الأسلامي كان اكثر توفيقا من تلك القوانين وذلك لما فيه من قواعد اخلاقية واعتبارات دينية، وان كانت قاعدة اعتبار المآل موجودة في المجالين (الشرعي والقانوني) لأنه لابد من اعتبار المآل والنتيجة وان اختلفت طرق الوصول الى ذلك وتباينت وهذا ما يحاول الوقوف عنده هذا البحث.

Abstract
(Motivation motive for the contract and relationship to be considered a capital in Islamic jurisprudence)

Each legislative policy must envisages precision and perfection that seeks not only to legalize the legitimate actions and prevent illegal behavior, but it should take into consideration the results and targets may have on what is legitimate acts, may judge by preventing it also.

In the area of contracts and conduct legitimate Islamic jurisprudence was successful through his research scholars under the title (Intents in contracts) to nullify many of the contracts and whether actions led to the wrongful capital, and the weapon used by this doctrine is the (intent and motive), This settled the case in laws (Latin or Germanic) on the difference between the two positions, but the Islamic jurisprudence was more successful than those laws and rules for the ethical and religious considerations. Although the capital base as existed in the (legitimate and legal) to have to be considered capital and the result, even if they differ access roads to the varied and this is what is trying to stand by this research.

المقدمة

تحرص التشريعات –سماوية كانت او وضعية- على وضع غايات واهداف ، ترمي الى تحقيقها والوصول اليها ، من خلال القواعد والأحكام التي تسنها وتحمل الأفراد والهيئات في المجتمع على الخضوع لها والأنقياد اليها ، تدور في الغالب حول تحقيق السلم الأجتماعي والرفاه الأقتصادي والألتزام الخلقي والأزدهار في المجتمع مع تسليمنا بالنسبية والتفاوت بين رسالات السماء وتشريعات الأرض من حيث المثل والغايات، والتفاوت والنسبية بين التشريعات الوضعية يعود في الغالب لأعتبارات تتعلق بالفكر والعقيدة – الأيديولوجية- التي تسيطر على هذا النظام الحاكم او ذاك والأسس التي ينطلق منها ، والغايات التي يهدف الى الوصول اليها، فالتشريعات الوضعية في النهاية هي وليدة النظم السياسية، تنطلق منها وتطبق من قبلها وتحقق اهدافها وغاياتها.

ولسنا بصدد تقييم التشريعات السماوية او الوضعية او عقد المقارنات فيما بينهما كما لسنا بصدد دراسة النظم السياسية والقانونية لهذه الدولة او تلك ، انما غايتنا تتمثل بالدخول في مضمون السياسية التشريعية – كحالة مجردة- من خلال الوقوف على اعتبار المآل وعاقبة التصرفات او خاتمتها.

فاذا كان التشريع يتوجه الى الأشخاص في المجتمع منظما للسلوك والتصرفات بصيغة (افعل او لا تفعل) ، لنشر فضيلة – من وجهة نظر المشرع- او دفع رذيلة –من وجهة نظره ايضا- فانه سيواجه نطاقاً من التصرفات او مجالاً من المعاملات لا يكمن الخير والشر في ذاتها او ماهيتها ، وانما يترتب كنتيجة وثمرة لتصرف مشروع ولا غبار عليه من حيث الظاهر.

وفي هذه المساحة بالتحديد يبرز دور النوايا والبواعث ، وتأتي اهمية القصود والغايات في اباحة هذا التصرف او تحريمه ويظهر دور النوايا وكوامن النفوس "لتتصارع" مع الظواهر والشكليات التي تغلف التصرفات ، ولتكون الغلبة – للظاهر او الباطن- للباعث او لشكل التصرف في معركة فكرية محببة ، وجدل فقهي لا يخلو من الجمال واللطافة .

من هنا اردت بحث نظرية الباعث الدافع غير المشروع التي بحثها فقهاء القانون المدني في مجال بحثهم للسبب كركن من اركان العقد ، وصلتها بقاعدة اعتبار المآل عند الفقهاء المسلمين للوقوف على اوجه الشبه والأختلاف ولبيان الأرجحية وقصب السبق في هذا المضمار ، سائراً في البحث وفق الخطة الآتية:-

*الفصل الأول/ الباعث الدافع في الفقه الأسلامي والقانون.
المبحث الأول/الباعث في الفقه الأسلامي.
المبحث الثاني/الباعث في القانون والقضاء.
*الفصل الثاني/ قاعدة اعتبار المآل
المبحث الأول/ ادلة اعتبار المآل.
المبحث الثاني/ الأحكام المتفرعة عن قاعدة اعتبار المآل.
المبحث الثالث/ الموازنة بين نظرية الباعث وقاعدة اعتبار المآل.
*الخاتمة.

والله الموفق ومنه العون.

الباحث

الفصل الأول
الباعث الدافع في الفقه الأسلامي والقانون

نخصص لدراسة الباعث الدافع في الفقه الأسلامي وفي القانون مبحثين وكما يأتي:-

المبحث الأول/ الباعث الدافع في الفقه الأسلامي

لا تجد في كتب الفقه الأسلامي مصطلح [الباعث الدافع غير المشروع][١] بالصيغة التي يعرفها اهل القانون وهذا لايعني ان الفقهاء المسلمين لم يبحثوا هذا الموضوع او لم يعالجوه ، كل ما في الأمر انهم استخدموا في دراسته وبحثه مصطلحاتهم النابعة من هذا الفقه الجليل كما هو دأبهم وديدنهم وكما هي اصالة هذا الفقه واستقلاليته.

ان الفقه الأسلامي عرف ما يسمى (القصود في العقود) وارادوا بذلك مايريده اهل القانون بالباعث الدافع ، فالقصد والنية رديف للباعث والدافع.

ولا نرى اشكالاً في استخدام مصطلح الباعث الدافع لشهرته في مجال القانون، ولكونه مجال المقارنة والبحث، اذ العبرة (بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني)[٢] كما يقول الفقهاء.

ينقسم هذا المبحث الى مطلبين، يخصص اولهما لتحديد معنى الباعث في اللغة والأصطلاح فيما يتضمن الثاني دراسة موقف المذاهب الأسلامية منه.

المطلب الأول
معنى الباعث في اللغة والاصطلاح

الباعث لغةً : اسم فاعل مشتق من (بعث) و [بعثه: ارسله، كابتعثه فانبعث][٣] اما معناه في الأصطلاح: فهو الغرض البعيد المطلوب تحصيله بالأسباب والدوافع الى مباشرتها.[٤]

وهو في حقيقته القصد الذي كان وراء تصرف الشخص والغرض الذي انصرف ذلك القصد الى تحقيقه.

وفي الواقع فان الفاظ [النية والأرادة والقصد] في الفقه الأسلامي يراد بها معنىً واحداً هو: انبعاث القلب نحو ما يراه موافقا للغرض من جلب نفع، او دفع ضر حالا او مآلا ، والشرع قد خصصه بالأرادة المتوجهة نحو الفعل ابتغاء رضا الله وامتثال حكمه، اما المقصود فهو مباين للقصد لفظا ومعنىً إذ هو الغرض المطلوب في حين ان القصد هو ارادة تحصيله.[٥]

هذا ما تبنّاه البيضاوي والغزالي ، أما النووي فهو يعرّف النية :- بأنها قصد الشئ مقترنا بفعله، فأن قصد وتراخى عنه فهو عزم.[٦]

ولما كان العمل تابعا في الحكم للقصد كان ثواب الأعمال وعقابها مناطا بذلك القصد وكذلك صحتها او فسادها ، استنادا الى الحديث النبوي (انما الأعمال بالنيات ، وانما لكل امرئ ما نوى).[٧]

قال ابن رجب الحنبلي في شرح الحديث : الجملة الأولى دلت على ان صلاح العمل وفساده بمقتضى النية المقتضية لأيجاده ، والثانية دلت على ان ثواب العامل على عمله بسبب نيته الصالحة وان عقابه عليه بسبب نيته الفاسدة ، وقد تكون النية مباحة فيكون العمل مباحاً فلا ثواب ولا عقاب. [٨]

وقد ذهب العلماء الى ان هذا الحديث ليس على ظاهره ، اذ مقتضى ظاهر النص ان (لا عمل الا بالنية) فيقتضي نفي ذوات الأعمال ووجودها ، وهذا غير مراد بالنص وانما المراد نفي احكامها كالصحة والكمال ، والحمل على نفي الصحة أولى. قال ابن دقيق العيد[*]: الذين اشترطوا النية في العمل قدروا الحديث صحة الأعمال ، والذين لم يشترطوها قدروه كمال الأعمال ويدخل في العمل (القول والفعل).[٩]

وعلى تقدير (صحة الأعمال) فالنية روح العمل ولبه وقوامه وهو تابع لها يصح بصحتها ويفسد بفسادها.[١٠]

ويمكن القول كخلاصة لكل ما سبق ، ان الباعث الدافع هو النية في الفقه الأسلامي بالمعنى الذي ورد في الحديث الشريف ، فالنية التي تكمن وراء كل تصرف انما هي الباعث الدافع عليه ولا يمكن تصور صدور تصرف من شخص لا يبتغي من ورائه فرضا دنيويا أواخرويا ، وماذاك الا القصد والنية والباعث على هذا التصرف.

المطلب الثاني
موقف المذاهب الإسلامية من الباعث الدافع

تحتل النوايا والقصود مكانة مرموقة في الشريعة الأسلامية ، وهذا متأت من ان الشريعة دين ونظام ، ينظم امور الحياة في ذات الوقت الذي يوجه فيه الأنسان الى الحياة الأخرى وما بعد الموت، ويهتم بظاهر التصرفات ، لكنه لا يهمل البواطن والنوايا ويوليها اهمية كبيرة.

والفقهاء المسلمون عند بحثهم لموضوع القصود والبواعث تنازعهم امران:- الأول أهمية النية في صحة الأعمال وفسادها تأسيسا على الحديث الشريف (انما الأعمال بالنيات)، والثاني: ضرورة استقرار المعاملات بين افراد المجتمع وان يطمئن الناس في تعاملاتهم الى ظواهر الأمور دون ان يشعروا بـ (التهديد) وعدم الأستقرار الذي قد ينسف هذا التصرف او ذاك استنادا لأمر خفي هو (القصد الباعث).

ومن هنا قيل بأن هناك عاملين يتنازعان الفقه الأسلامي تجاه الباعث الدافع:-

- فهو اولا فقه ذو نزعة موضوعية بارزة ، يعتد بالتعبير عن الأرادة دون الأرادة ذاتها اي يأخذ بالأرادة

الظـاهرة دون الأرادة الباطنـة ، تغليبـا لجانـب التنظـيم والأستقرار في المعاملات.

- وهو من جهة اخرى فقه تتغلب فيه العوامل الأدبية والخلقية والأعتبارات الدينية بما يقتضي ان يعتد فيه بالباعث الذي يقاس به شرف النوايا وطهارتها ويناط به ثواب الأعمال او عقابها.[١١]

واذا ما اردنا الوقوف على مذاهب المدارس الفقهية الأسلامية من هذا الموضوع فاننا نجد انفسنا امام ثلاثة اتجاهات رئيسة ، انتظمت خلفها اراء الفقهاء واقوالهم وسنحاول فيما يأتي من السطور الوقوف على هذه الآراء بشيء من الأيجاز:

اولاً: اتجاه الأعتداد بالأرادة الظاهرة:- غلب على المذهب الشافعي تغليب جانب الأستقرار في المعاملات وضرورة عدم تأثر ذلك بالأمور الخفية والنوايا الكامنة في الصدور مادامت لم تظهر جلية في صيغة العقد ، وهكذا فالعبرة بالأرادة الظاهرة كما تجلت في صيغة العقد وعبارته فاذا لم تتضمن باعثا غير مشروع فالعقد صحيح ويجاز بحكم الظاهر دون بحث في النية.
يقول الأمام الشافعي: "اصل ما أذهب اليه ان كل عقد كان صحيحا في الظاهر لم ابطله بتهمة ولابعادة بين المتبايعين واجزته بصحة الظاهر ، واكره لهما النية اذا كانت لو ظهرت كانت تفسد البيع"[١٢]
وواضح من كلام هذا الأمام العظيم وعموم عبارته واطلاقها انه يصوغ نظرية في السبب تقوم على الأرادة الظاهرة ، خلافا لمن زعم ان الفقه الأسلامي لا يعرف نظرية في هذا المجال وانما يمكن التعرف على مواقف فقهائه من خلال اراء جزئية ومسائل تفصيلية .[١٣]
ويستدل الشافعي –رحمه الله- بعدة ادلة لتأييد ما يذهب اليه:

١- ان الله تعالى أمر بقتال الكافرين حتى يظهروا ايمانهم ، وامرنا بمعاملتهم وفق ما يظهرون وايكال بواطنهم الى الله تعالى – عالم السر والعلن والذي لا تخفى عليه خافية- وقد قال عليه الصلاة والسلام (لا ازال اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها فقد عصموا مني دماءهم واموالهم وحسابهم على الله).[١٤]

٢- قال تعالى مخاطبا نبيه المصطفى عليه الصلاة والسلام: (ولا تقفُ ما ليس لك به علم) [١٥] وقال (قل لا يعلم من في السموات والأرض الغيب الا الله) [١٦] فقد ظاهر –تعالى- الحجج على خلقه الا يحكموا الا بما ظهر من المحكوم عليه وان لا يتجاوزوا احسن ظاهره الى غيره لا بدلالة ولا بظن لقصور علمهم عن علم انبيائه ، وقد امر انبياءه بما سلف ذكره، فبقية الخلق اولى.

٣- ان ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة المزنية البتة ثم اتى الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله اني طلقت امرأتي سهيمة البتة والله ما اردت الا واحدة ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لركانة (والله ما اردت الا واحدة؟) فردها اليه النبي فطلقها الثانية في زمان عمر والثالثة في زمان عثمان. وهكذا اوقع طلاقه واحدة واعتبره اراد ذلك بقوله البتة ، استنادا الى ظاهر ادعائه مع ان صيغة طلاقه تحتمل غير ذلك.[١٧]

٤- قوله عليه الصلاة والسلام (انما انا بشر وانكم تختصمون الي ولعل بعضكم ان يكون الحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما اسمع فمن قضيت له بحق أخيه فإنما اقطع له قطعةً من النار))[١٨]. وفي فقه الأمام الشافعي امثلة اخرى كثيرة ، منها كراهته بيع العنب لمن يعصره خمرا ، وبيع السلاح لمن يعصي الله تعالى به[١٩] وحرمة بيع الديك للمهارشة والكبش للمناطحة والحرير لرجل يلبسه بلا عذر مع قوله بصحة البيع [٢٠] قائلا: (فمن حكم على الناس بخلاف ما ظهر عليهم استدلالا على ان ما أظهروا يحتمل غير ما اظهروا بدلالة منهم او بغير دلالة لم يسلم عندي من خلاف التنزيل والسنة)[٢١]. وفي هذا يقول الزنجاني (الأصل عند الشافعي رضي الله عنه ان الفعل اذا وجد مطابقا لظاهر الشرع حكم بصحته ولا تعتبر التهمة في الأحكام لأن الأحكام تتبع الأسباب الجلية دون المعاني الخفية)[٢٢] وبكلام الزنجاني نختم رأي الشافعية.

ثانيا/ اتجاه الأعتداد بالأرادة الباطنة:- وهو اتجاه المالكية والحنابلة من الفقهاء ومفاده الأعتداد بالباعث الدافع على التعاقد ولو لم يذكر في صيغة العقد ما دام معلوما من الطرف الآخر او كانت القرائن وظروف الحال تدل عليه ، فاذا كان الباعث مشروعا فالعقد صحيح والا فهو باطل.
ولعل ابن القيم [*] (وهو من الحنابلة) هو ابرز من تصدى لتأكيد دور القصود في العقود وتأثير الباعث الدافع على صحة العقود او فسادها وذلك في كتابه (اعلام الموقعين عن رب العالمين) مبينا الحجج والبراهين الداعمة لما ذهب اليه ، مفندا الحجج التي استند اليها المخالفون ، يقترب منه في هذا الموقف الامام الشاطبي (من المالكية).
يقول ابن القيم تحت عنوان (وجوب الأعتداد بالمقاصد والنيات في العقود) : "هل الأعتبار بظواهر الألفاظ والعقود وان ظهرت المقاصد والنيات بخلافها؟ ام للقصود والنيات تأثير يوجب الألتفات اليها ومراعاة جانبها؟ وقد تظاهرت ادلة الشرع وقواعده على ان القصود في العقود معتبرة وانها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمته ، بل ابلغ من ذلك وهي انها تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد تحليلا وتحريما فيصير حلالا تارة وحراما تارة باختلاف النية والقصد".[٢٣]
ويقول ايضا: "قاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها ان المقاصد والأعتقادات معتبرة في التقربات والعبادات ، فالقصد والنية والأعتقاد يجعل الشيء حلالا او حراما او صحيحا او فاسدا وطاعة ومعصية وكما ان القصد في العبادة يجعلها واجبة او مستحبة او محرمة او صحيحة او فاسدة".[٢٤]
ويصرح ابن القيم بأن المتعاقدين وان اظهرا خلاف ما اتفقا عليه في الباطن فالعبرة بما اضمراه واتفقا عليه

وقصداه بالعقد ، ويرى ان اعتبار القصود في العقود اولى من اعتبار الألفاظ ، فان الألفاظ مقصودة لغيرها ، ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها فاذا الغيت واعتبرت الألفاظ التي لا تراد لنفسها كان هذا الغاءً لما يجب اعتباره واعتبارا لما يسوغ الغاؤه.[٢٥]

ويقول الشاطبي [*] في موافقاته : (انما الأعمال بالنيات والمقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والعادات والأدلة على هذا المعنى لا تنحصر ، ويكفيك منها ان المقاصد تفرق بين ما هو عادة وما هو عبادة ، وفي العبادات بين ما هو واجب وغير واجب ، وفي العادات بين الواجب والمندوب والمباح والمكروه والمحرم والصحيح والفاسد وغير ذلك من الأحكام ، والعمل الواحد يقصد به امر فيكون عبادة ويقصد به شيء فيكون ايمانا ويقصد به شيء اخر فيكون كفرا كالسجود لله او الصنم ، وايضا فالعمل اذا تعلق القصد به تعلقت به الأحكام التكليفية واذا عري عن القصد لم يتعلق به شيء كفعل النائم والغافل والمجنون)[٢٦]

والأدلة التي استند اليها ابن القيم والشاطبي عديدة لعل اهمها ما يأتي[٢٧]:

١- قوله تعالى في حق الأزواج اذا طلقوا ازواجهم طلاقا رجعيا {وبعولتهن أحق بردهن في ذلك ان ارادوا أصلاحا}[٢٨] وقوله تعالى {ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا}[٢٩] وذلك نص في ان الرجعة انما ملكها الله تعالى لمن قصد الصلاح دون قصد الأضرار.

٢- قوله تعالى في الخلع {فأن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به}[٣٠] وقوله تعالى {فأن طلقها فلا جناح عليهما ان يتراجعا ان ظنا ان يقيما حدود الله} [٣١] فبين تعالى ان الخلع والرجعة المأذون فيهما انما يباحا اذا ظنا ان يقيما حدود الله.

٣- الأثر المرفوع من حديث أبي هريرة رضي الله عنه "من تزوج امرأة بصداق ينوي ان لا يؤديه اليها فهو زان ومن ادان دينا ينوي ان لا يقضيه فهو سارق" [٣٢] فجعل المشتري والناكح –كما يقول ابن القيم- اذا قصدا ان لا يؤديا العوض بمنزلة من استحل الفرج والمال بغيرعوض فيكون كالزاني والسارق في المعنى وان خالفهما في الصورة.

واستنادا لهذه الأدلة وغيرها يرى انصار هذا الرأي عدم صحة بيع العنب ونحوه لمتخذه خمرا ولا بيع سلاح في فتنة لأهل حرب او قطاع طريق ممن علم ذلك ممن يشتريه ولو بقرائن ، كما لا يجوز لديهم نكاح التحليل اذا شرط على الزوج الثاني تطليقها واذا فعل ذلك يكون نكاحه حراما باطلا.[٣٣]

كما يمنعون "للتهمة ما كثر قصده ، وهي بيوع ظاهرها الجواز ويتوصل بها الى ممنوع . . . ويسميها اهل المذهب بيوع الآجال . . ومن ذلك بيع العينة ، وهو فعلة من العون لأن البائع يستعين بالمشتري على تحصيل مقاصده " [٣٤].

ويرى هؤلاء ان علم الطرف الآخر بالقصد والباعث قد يستخلص من القرائن وظروف الحال كمن يبيع العنب لمن يتجر في صنع المسكرات وبيعها ، ولا يشترط ذلك بل يكفي ان تكون الظروف بحيث ينبغي ان يعلم به فاذا اهدى المقترض للمقرض شيئا قبل الأداء حمل ذلك على الربا، وينبغي ان يعلم المقرض بذلك الباعث حتى لو لم يكن يعلم به فعلا فلا تجوز الهدية ، واذا أهدى المشركون لأمير الجيش هدية حمل ذلك على الرشوة وينبغي ان يعلم بذلك كذلك الهدايا للقضاة وللموظفين فانها تحمل على الرشوة ، ومن كانت عنده وديعة فاداها فاهديت اليه هدية فانه لا يقبلها الا بنية المكافأة وهكذا الحال بالنسبة للهدية عند اداء سائر الأمانات.[٣٥]

ثالثا/ الأتجاه الوسط :- وهو ما تبناه فقهاء الحنفية وخلاصته "الأعتداد بالباعث الدافع اذا ذكر صراحة في صيغة العقد ، واذا امكن استخلاصه من طبيعة المحل" .

جاء في بدائع الصنائع : "لا تجوز اجارة الأماء للزنا لأنها اجارة على معصية وقيل فيه نزل قوله تعالى: {ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء ان اردن تحصنا لتبتغوا عرض الحياة الدنيا } [٣٦] وهنا طبعا يفترض المثال ان يذكر صراحة ان الغرض من الأجارة هو الزنا والعقد في هذه الحالة باطل لعدم مشروعية الباعث عليه " [٣٧] وجاء فيه ايضا "ولو كان العقد منصبا على اشياء مباحة لكن يُقصَدُ من شرائها استعمالها في أمر غير مشروع كشراء ديك على انه مقاتل او كبش على انه نطاح فالبيع فاسد عند ابي حنيفة ومحمد ، لأن هذه صفات يتلهى بها عادة والتلهي –في مثل هذه الحالات- محظور فكان هذا شرطا محظورا يوجب فساد البيع" [٣٨].

ولا يجوز عند الحنفية الأستئجار على النوح والغناء والملاهي لأن المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد فلا يجب عليه الأجر من غير ان يستحق هو على الأجر شيئا. [٣٩]

وما ذكرناه انفا يصدق على ذكر الباعث صراحة في صيغة العقد ، اما عن استخلاص الباعث من طبيعة المحل ، فقد جاء في البدائع : "واما القرد ، فعند ابي حنيفة روايتان ، وجه رواية عدم الجواز انه غير منتفع به شرعا فلا يكون مالا كالخنزير ووجه رواية الجواز انه ان لم يكن منتفعاً به بذاته يمكن الأنتفاع بجلده والصحيح هو الأول لأنه يشترى عادة للهو به، لا للأنتفاع بجلده وهو حرام فكان هذا البيع باطلا" [٤٠] .

فهنا طبيعة المحل اعطت مؤشرا على حقيقة الباعث، ويجوز عند ابي حنيفة –مع الكراهة- بيع الات العزف كالطبل والمزمار والعود ونحوها لأمكان الأنتفاع بها من جهة اخرى غير الغرض المعدة له ، كأن تجعل ظروفا او اوعية او غير ذلك من المصالح وبالتالي لو كسرها انسان فأنه يضمن قيمتها عنده ويقال مثل ذلك عن بيع النرد والشطرنج.اما عند ابي يوسف [*] ومحمد [**] فلا ينعقد بيع هذه الأشياء لأنها الات معدة للتلهي بها وموضوعة للفسق والفساد فلا تكون اموالا (اي متقومة) ومن ثم لايجوز بيعها ولا يضمن قيمتها من كسرها. [٤١]

ويستخلص من هذه النصوص والأمثلة وغيرها ، ان الباعث الدافع اذا لم يظهر صراحة في صيغة العقد او

لم تشر اليه طبيعة المحل فلا يبحث عنه بعد ذلك خارج العقد ولا يعتد به ويكون العقد صحيحا عند الحنفية بغض النظر عن مشروعية الباعث او عدم مشروعيته.
فمن كان له عصير (عنب) مثلا فلا بأس عليه ان يبيعه وليس عليه أن يقصد بذلك من لايخشى منه اتخاذ ذلك العصير خمرا دون من يخاف ذلك منه، لأن العصير حلال فيكون بيعه حلالا كسائر الأشياء المباحة مما لا يكلف البائع البحث عن غرض المشتري وباعثه على شرائها. (٤٢)
ونختم هذا المبحث بالأشارة الى ان الفقه الجعفري اقرب ما يكون الى موقف المالكية والحنابلة ، وكذا الحال بالنسبة الى الزيدية والظاهرية ومجمل ادلتهم وتطبيقاتهم تتفق مع ما ذكره انصار هذا الرأي فلا نرى موجبا لتكرارها. (٤٣)

المبحث الثاني
الباعث الدافع في القانون والقضاء

تنازع نظرية الباعث الدافع في اطار الفكر القانوني نظريتان، لاتينية وجرمانية وهما لا تختلفان من حيث الوجهة والهدف عن الآراء الفقهية السابق استعراضها في نطاق الفقه الأسلامي ، وسنقف على ماهية هاتين النظريتين في المطلبين الآتيين:-

المطلب الأول
النظرية اللاتينية

مرت هذه النظرية بمراحل من التطور على ايدي الفقهاء والقضاة ويمكن ايجاز هذه المراحل بما يأتي:-

الفرع الأول
النظرية القديمة

مرت هذه النظرية بمراحل زمنية تطورت خلالها وارتبط هذا التطور بظهور الأفكار التي تدعو الى حرية الأرادة أو (سلطان الأرادة) في انشاء العقود حيث كلما زاد دور الأرادة وضعف دور الشكل زادت اهمية السبب.(٤٤) إلا أنها استقرت أخيرا في القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤ في الصيغة التي ظهرت بها في المواد (١١٠٨، ١١٣١-١١٣٣).
تنص المادة (١١٣١) على إن الالتزام لا ينتج اي اثر اذا لم يكن مبنيا على سبب او كان مبنيا على سبب غير صحيح او سبب غير مشروع.
وتنص المادة (١١٣٢) على ان الأتفاق يكون صحيحا ولو لم يذكر سببه.
فيما تنص المادة (١١٣٣) على ان السبب يكون غير مشروع اذا حرمه القانون او اذا كان مخالفا للآداب او للنظام العام.
على ان النظرية التقليدية للسبب تميز بين ثلاثة انواع من السبب (كركن من اركان العقد): السبب الأنشائي ، السبب الدافع ، والسبب القصدي.

فالسبب الأنشائي: هو مصدر الألتزام ، وهو اما عقد او ارادة منفردة ، او عمل غير مشروع او اثراء بلا سبب او هو القانون.
والسبب القصدي: وهو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه فهو اول نتيجة يصل اليها الملتزم ، وهو في الحقيقة سبب للألتزام وليس سببا للعقد.
والسبب الدافع: وهو الباعث الذي دفع الملتزم الى ان يلتزم وهو الغرض البعيد والغاية غير المباشرة التي قصد اليها من وراء تعاقده وهذا سبب العقد في الحقيقة.(٤٥)
لكن النظرية التقليدية وقفت عند السبب القصدي للعقد، فقد استبعدت المعنى الأول للسبب لكونه مصدر الألتزام ، وله مجال بحثه الخاص ، واستبعدت المعنى الأخير لأنه خارجي عن العقد، وذاتي ، ونفسي يرجع الى النوايا، ثم هو شيء متغير في كل عقد من العقود ، ولذا لم تر هذه النظرية له اثرا في قيام الألتزام او وجود العقد سواء كان مشروعا او غير مشروع.
اما السبب القصدي الذي وقفت عنده النظرية وعولت عليه فهو داخلي في العقد ، وهو موضوعي لا يتأثر بالنوايا ، ثم هو ثابت غير متغير في كل عقد ، وبهذا يمكن ضبطه على وجه التحديد ومن هنا فقد اعتمدته النظرية التقليدية وقد نبذت غيره من معاني السبب.
ومؤدى ذلك في العقود الملزمة لجانبين ، ان سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام الآخر ، ففي البيع مثلا سبب التزام البائع بنقل ملكية المبيع هو التزام المشتري بدفع الثمن والعكس صحيح.
وفي العقود الملزمة لجانب واحد ، سبب التزام المتعاقد هو تسلمه للشيء محل التعاقد في العقد العيني (كالقرض والعارية والوديعة) وهو اتمام العقد النهائي في العقد الرضائي (كالوعد بالبيع ، او بالشراء ، او بالأجارة).
اما في عقود التبرع فسبب التزام المتبرع هو نية التبرع ذاتها.
تعرضت هذه النظرية لهجوم عنيف ، وتطوع للدفاع عنها انصار متحمسون ، ولا نريد الوقوف عند هذا الهجوم او ذلك الدفاع لأن النظرية التقليدية للسبب، او السبب طبقا لهذه النظرية لا يلتقي بقاعدة اعتبار المآل في الفقه الأسلامي كما انه لا يعبأ بالباعث الدافع ، ومن ثم ننتقل الى ما يهم بحثنا هذا وهو النظرية الحديثة للسبب. (٤٦)

الفرع الثاني
النظرية الحديثة

لم تصمد النظرية التقليدية طويلا امام مقتضيات الحياة العملية ومتطلباتها ذلك انها عقيمة مجدبة ، لا فائدة فيها ، بحيث يمكن الأستغناء عنها دون اي خسارة تلحق بالقانون ، لذا كان من الطبيعي ان تتحطم هذه النظرية تحت مطرقة القضاء الذي لم يجد فيها من المرونة

والخصوبة ما يكفي لتقويم تصرفات الأشخاص واخضاعها للمشروعية.(٤٦)
وذلك ان القضاء الفرنسي توسع في تحديد السبب واعتبره الباعث الدافع الى التعاقد راجعا في ذلك الى ما كان عليه العهد عند الكنسيين ، فأكسب نظرية السبب مرونة لم تكن عليها ، واصبحت في يده منتجة لا غنى عنها ، وتمكن من مواجهة العقود التي تكون مشروعة في ذاتها ، لكنها غير مشروعة بالنظر الى مآلها وغايتها بحسب الباعث الدافع اليها.
وهكذا اصبح السبب في نظر القضاء هو الباعث الدافع للملتزم لكي يلتزم ولا بد ان يشترط كون هذا الباعث مشروعا ، يرمي الى تحقيق غرض لا يحرمه القانون ، ولا يتعارض مع النظام العام ، ولا يتنافى مع الآداب.
واضطر الفقه الى مسايرة القضاء باحثا عن ضابط او معيار من خلاله يتم تحديد الباعث الدافع ومتى يتم الأعتداد به؟ فالباعث امر خارجي عن العقد وذاتي يتعلق بالنوايا ومتغير في العقود بل في العقد الواحد بالنظر الى اطرافه فهل يعتد بالباعث حتى لو كان الطرف الآخر يجهله؟ وما مصير العقود والمعاملات اذا ما كانت الأجابة بالأيجاب؟
لم يقف القضاء الفرنسي طويلا امام هذا الجدل الفقهي ليقول كلمته الفصل:-
فقد اعتد بالباعث الدافع على التعاقد اذا علمه الطرف الآخر او كان بأستطاعته ان يعلم به.
وبذلك تمكن القضاء الفرنسي من ابطال كثير من العقود لعدم مشروعية الباعث عليها ، فأبطل عقد البيع اذا كان غرض المشتري اعداد المبيع منزلا للقمار والدعارة ، وابطل تبرع الخليل لخليلته اذا كان غرضه الأستمرار بالعلاقة غير المشروعة بينهما وغير ذلك.
المطلب الثاني/ النظرية الجرمانية:- تأثر القانون الألماني والقوانين الجرمانية بصورة عامة (كالقانون النمساوي والسويسري) بالقانون الروماني الذي لا يفسح مجالا واسعا لنظرية السبب اكتفاءا بالسبب القصدي كمعنى واحد للسبب دون غيره.
فالقانون الألماني يوصف بانه موضوعي النزعة يقف عند حد التعبير المادي عن الأرادة ولا يتجاوز ذلك للبحث في الأرادة ذاتها وهي مكنونة في الصدور او غائبة في اعماق الضمير. واذا ما اختلفت الأرادة الظاهرة عن الباطنة فالعبرة بالأرادة الظاهرة فقط ودون تردد او لبس.
والفقهاء الألمان يقررون ان الأرادة النفسية لا ينبغي ان يكون لها اثر في القانون الا اذا ظهرت بمظهر اجتماعي هو الأفصاح عنها والتعبير عنها ، وهذا التعبير هو الذي يتوقف عنده عند التفسير وبصورة موضوعية.(٤٧)
تنص المادة (١/١٣٨) من القانون المدني الألماني على انه (يكون باطلا كل تصرف قانوني يخل بالآداب) ولم يتطرق النص الى النظام العام خشية ان يضع بيد القضاء سلاحا خطيرا يمكنه من التوسع في التفسير بحيث يهدد استقرار المعاملات.

اما الآداب العامة فمعيارها موضوعي ، يحددها ما يستقر في عرف الناس من معايير اخلاقية تحدد قواعد السلوك.
والنظرية الجرمانية تقترب في هذا من الفقه الشافعي من اهتمام بظاهر التصرفات قدر الأمكان وعدم التعويل على ما كمن في الصدور.
موقف القانون العراقي: نص القانون المدني العراقي ذو الرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ في المادة (١٣٢) منه على انه "١- يكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقد دون سبب او لسبب ممنوع قانونا ومخالف للنظام العام او للآداب.
٢- ويفترض في كل التزام ان له سببا مشروعا ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك. ٣-اما اذا ذكر سبب في العقد فيعتبر انه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك".
وبالرجوع الى النص يلاحظ ان القانون العراقي يورد كلمة (السبب) دون ان يعين هل المراد منها المعنى الضيق الذي تفهمه النظرية التقليدية، او المعنى الواسع المفهوم للنظرية الحديثة "حتى يأخذ القضاء العراقي بكل من النظريتين فيفهم السبب اولا بالمعنى الذي تفهمه النظرية التقليدية وفي هذا المعنى فائدة . . . ثم يفهم السبب ثانيا بالمعنى الواسع المفهوم في النظرية الحديثة". (٤٨)

الفصل الثاني
قاعدة اعتبار المآل

النظر الى مآلات التصرفات من السياسة التشريعية الحكيمة لأي مشرع يبتغي لتشريعه النجاح وتحقيق ما يصبو اليه من مقاصد وغايات.
ولا شك ان الشريعة الأسلامية المعصومة من خلال مصدرها المتمثل بالوحي السماوي ، قد ارتقت الى قمة الهرم في الحكمة والسمو بما في ذلك النظر الى المآل والغاية.
طبقا لهذه القاعدة ينبغي ان يعطى للتصرف حكم يتفق مع ما يؤول إليه فيما يؤدي إلى غاية مشروعة يكون مشروعا، وما يؤدي الى غاية غير مشروعة يكون غير مشروع. (٤٩)
يقول الشاطبي: "النظر في مآلات الأفعال موافقة او مخالفة وذلك لأن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة من المكلفين بالأقدام او بالأحجام الا بعد نظره الى ما يؤول اليه ذلك الفعل، سواء كان الفعل في ذاته مشروعا لمصلحة فيه تستجلب او مفسدة تدرء او غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه او مصلحة تندفع به ، ولكن له مآل على خلاف ذلك في الحالتين.
فأذا اطلق القول بالمشروعيةفربما ادى استجلاب المصلحة فيه الى مفسدة تساوي المصلحة او تزيد عليها ، فيكون هذا مانعا من القول بالمشروعية ، وكذلك اذا اطلق القول في الثاني بعدم المشروعية ربما ادى الى

مفسدة تساوي او تزيد ، فلا يصح اطلاق القول بعدم المشروعية وهو مجال للمجتهد صعب المورد الا انه عذب المذاق محمود الغب ، جار على مقاصد الشريعة". (٥٠)

وسنبحث هذه القاعدة في ثلاثة مباحث، نخصص أولها لأدلتها ، ونخصص الثاني للأحكام المتفرعة عن هذه القاعدة فيما يخصص الثالث للموازنة بين القاعدة والباعث الدافع.

المبحث الأول
أدلة اعتبار المآل

لقاعدة اعتبار المآل ادلة عديدة في القرآن والسنة والعقل السليم ، وسنتوقف عندها تباعا:-

اولا/ القرآن الكريم:- في كتاب الله تعالى ايات كثيرة تدل على اعتبار المآل نتوقف عند بعضها:-

١. قوله تعالى (كتب عليكم القتال وهو كره لكم وعسى ان تكرهوا شيئا وهو خير لكم وعسى ان تحبوا شيئا وهو شر لكم والله يعلم وانتم لاتعلمون) (٥١)

وجه الدلالة في هذه الآية ان الله تعالى فرض على المسلمين قتال اعداء الدين مع ما فيه من مشقة وشدة، وذلك بالنظر الى ما يؤول اليه هذا القتال من النصر للمسلمين والحفاظ على دينهم وعقيدتهم. (٥٢)

٢. قوله تعالى (كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون)(٥٣)

ويصدق في الأستدلال بهذه الآية ، ما ذكرناه في سابقتها ، فالغاية من فرض الصيام مع ما فيه من كلفة ومشقة التحلي بصفة التقوى من خلال كبح جماح النفس ولجم شهواتها. (٥٤)

٣. قوله تعالى (ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم) (٥٥)

وجه الدلالة ان الله تعالى نهى عن سب الهة المشركين مع ما فيه من اهانة الهة الشرك وتحقير لما عبد من دون الله ، مخافة ان يقوم المشركون بالمعاملة بالمثل وسب الله تعالى وهي كبيرة لا ينبغي السماح بها او الألجاء اليها.

قال ابن عباس(*) في سبب نزول هذه الآية قالت كفار قريش لأبي طالب اما ان تنهى محمدا وأصحابه عن سب الهتنا والغض منها، واما ان نسب الهه ونهجوه ، فنزلت الآية. (٥٦)

ثانيا/ السنّة النبوية:- من الأحاديث النبوية الدالة على اعتبار المآل:-

١. قوله عليه الصلاة والسلام (اذا كنتم ثلاثة فلا يتناجى رجلان دون الآخر حتى تختلطوا بالناس من اجل ان ذلك يحزنه). (٥٧)

فالحديث ينهى عن تناجي شخصين فيما بينهما اذا كان معهما شخص ثالث ، حتى لو كانت هذه النجوى لا تتضمن مفسدة في ذاتها او كانت في امر مندوب ومستحب ، وذلك لما يترتب عليها من ادخال الحزن في قلب ذلك الشخص الثالث الذي لا يعلم حقيقة ما يدور بين صاحبيه وقد يعتقد انه المقصود بما يتهامسان به. (٥٨)

٢. قوله عليه الصلاة والسلام (لا تقطع الأيدي في الغزو) (٥٩)

فقد روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه كتب للناس "ان لا يجلدن امير جيش ولا سرية رجلا من المسلمين حدا وهو غازٍ حتى يقطع الدرب قافلا لئلا تلحقه حمية الشيطان فيلحق بالكفار" (٦٠) ، وقول امير المؤمنين هذا هو توضيح للحكمة التي من اجلها ورد الحديث الشريف ، اذ الأصل ان اقامة الحدود واجبة في جميع الأحوال ، لكن لما نظر النبي ومن بعده صحابته الكرام الى ما يؤول اليه اقامة الحد على الجنود في سوح المعارك من التحاق ضعاف الأيمان بصفوف الأعداء اوقفوا تطبيقها لكي لا تقع تلك المفسدة وهي عظيمة اذا ما قورنت بالجريمة التي ارتكبها المقاتل، من باب اختيار اهون الشرين، وعلى كل حال فتطبيق العقوبة لا ينفذ حين المعارك ، اما بعد رجوع الجندي وانتهاء تلك المعارك فتطبيقها يعود [واذا زال المانع عاد الممنوع]. (٦١)

ثالثا/ المعقول:-

ومن الأدلة العقلية على اعتبار المآل :-

١) ان المجتهد نائب عن الشارع في الحكم على تصرفات المكلفين لذا لا بدّ له من اعتبار المسبب الذي هو مآل السبب ، لأن التكاليف الشرعية ما شرعت الا لمصالح العباد الدنيوية والأخروية وترجع المصالح الأخروية الى مآل المكلف في الآخرة بأن يكون من اهل الجنة والنعيم ، واما المصالح الدنيوية فمن حيث ان الأعمال مقدمات لنتائج المصالح فإنها اسباب لمسببات مقصودة للشارع ، باعتبار ان ما يؤدي الى المطلوب فهو مطلوب.(٦٢)

٢) يقول ابن القيم :ـ لما كانت المقاصد لا يتوصل اليها الا باسباب وطرق تفضي اليها كانت طرقها واسبابها تابعة لها معتبرة بها ، فوسائل المحرمات والمعاصي من كراهتها والمنع منها بحسب افضائها الى غاياتها وارتباطها بها ، ووسائل الطاعات والقربات في صحتها والإذن فيها بحسب افضائها الى غاياتها،فوسيلة المقصود تابعة للمقصود وكلاهما مقصود،لكنه مقصود قصد الغايات وهي مقصودة قصد الوسائل،فإذا حرّم الربّ تعالى شيئاً وله طرق ووسائل تفضي اليه فانه يحرمها ويمنع منها تحقيقا لتحريمه وتثبيتا له ومنعا من ان يقرب حماه،ولو اباح الوسائل والذرائع المفضية اليه لكان نقضا للتحريم واغراءً للنفوس به،وحكمته تعالى وعلمه يأبى ذلك كل الإباء.(٦٣)

المبحث الثاني
نتائج القاعدة وارتباطها بالباعث

يتفرع عن قاعدة اعتبار المآل قواعد فرعية نركز على اهمها:-

القاعدة الأولى:قاعدة سدّ الذرائع/والتي تعني منع الوسائل الجائزة من حيث ذاتها اذا غلب على الظن انها تؤدي الى نتائج غير جائزة ،وقد توسع فيها المالكية والحنابلة،وهذه القاعدة وثيقة الصلة بنظرية الباعث الدافع او (بالقصود في العقود) فمن خلالها تمكن الفقهاء من ابطال كثير من العقود والتصرفات الصحيحة في ذاتها اذا كان الباعث من ورائها هو التوصل الى نتائج ممنوعة شرعا اوقانونا وما الأمثلة التي مر ذكرها عند بحث الباعث الدافع الا تطبيقات جلية لقاعدة سد الذرائع.

القاعدة الثانية:- الحيل: ومفردها حيلة ، وهي في اللغة من الأحتيال [٦٤]، وفي اصطلاح الفقهاء هي ما يتوصل به الى مقصود بطريق خفي. [٦٥]

وقد ذهب بعض العلماء الى تحريم الحيل مطلقا ، وفي هذا يقول ابن القيم : "فأين من يمنع من الجائز خشية الوقوع في المحرم ممن يعمل الحيلة في التوصل اليه". [٦٦]

والحيلة عند انصار هذا الرأي لا تعدو ان تكون "تقديم عمل ظاهره الجواز لأبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر الى حكم آخر".

يقول الشاطبي: "فمآل العمل فيها – اي في الحيل- خرم قواعد الشريعة كالواهب ماله عند رأس الحول فرارا من الزكاة ، فأن الأصل في الهبة جوازها ، والأصل في منع الزكاة من غير هبة هو المنع والتحريم، فلما جمع بينهما على هذا القصد صار مآل الهبة المنع من الزكاة وهو مفسدة". [٦٧]

وواضح من الأقوال التي نقلناها ان القائلين بتحريم الحيل هم الحنابلة والمالكية وقد ذهب غيرهم الى ان حكم الحيلة يختلف باختلاف الغاية والمآل ، وهي تأخذ حكم تلك الغاية من حيث الجواز او عدمه، فاذا قصد التوصل من خلال الحيلة الى ما يجوز فعله ودفع المكروه بها عن النفس او عن الغير تكون جائزة ، واذا قصد بها التهرب من فرائض الله والتخلص مما اوجبه على الأنسان او الحصول على كسب غير مشروع فهي محرمة. [٦٨]

وهكذا يمكن القول ان الحيل نوعان: مباحة، لا تهدم مصلحة شرعية وانما يتوصل بها الى اثبات حق او دفع مظلمة او التيسير على الناس ، ومحرمة، وهي ما يقصد بها قلب الأحكام الثابتة شرعا والتوصل الى ما هو ليس بحق. [٦٩]

القاعدة الثالثة: المقدمات تأخذ حكم نتائجها :-

فالسعي الى صلاة الجمعة واجب لوجوب تلك الصلاة ، وكذا السعي الى الحج والجهاد ، والوصف واجب لأنه مقدمة للصلاة و (ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب). [٧٠]

وهناك قواعد اخرى تتفرع من قاعدة اعتبار المآل منها (اقامة المصالح الشرعية وان عرض في سبيلها بعض المفاسد والمخالفات) لرجحان المصلحة على المفسدة في الميزان وذلك بالنظر الى المآل والغاية. [٧١]

ومنها الاستحسان الذي يقوم على ترجيح العمل بدليل الحكم الاستثنائي على العمل بدليل الحكم الأصلي في واقعة معينة اذا وجده المجتهد احسن بمعيار شرعي. [٧٢]

ووجه اعتبار المآل فيه ان البقاء مع الدليل العام للحكم الأصلي يؤدي للحرج والضيق وهو ضد مقاصد الشريعة فكان الأولى العدول عنه مراعاة لذلك.

المبحث الثالث
الموازنة بين نظرية الباعث الدافع وقاعدة اعتبار المآل

بعد ان تكشف لنا حقيقة الباعث الدافع على التعاقد (او على مطلق التصرفات) ، وحقيقة القصود واثرها في العقود ، وبعد ان وقفنا على ماهية قاعدة اعتبار المآل ، يصبح واضحا لدينا ان الأعتداد بالبواعث –على التفصيل الذي ذكرناه- انما يرجع في الحقيقة الى اعتبار المآل ، وما كان الباعث الا دليلا او قرينة على ذلك المآل وتلك الغاية، فتوصلنا من خلال تحديد الباعث الى استشراف النتيجة فحكمنا على التصرف بالصحة او البطلان او (بالحل او الحرمة). ولما كان ذلك الباعث امرا نفسانيا –كما يقول شراح القانون- ويتصل بعالم الأخلاق اكثر من اتصاله بعالم القانون –الذي يحكم الظواهر والتصرفات- كان لا بد لنا ان نبحث عن معيار نحدد من خلاله الأعتداد بالباعث وعدم الأعتداد به ، ولاحظنا ان كلمة علماء الفقه الأسلامي قد التقت مع رأي الكثير من شراح القانون من ان العبرة بالباعث والأعتداد به انما يكون اذا علمه المتعاقد الآخر او كان بأمكانه ان يعلمه ، وان كان هذا المعيار قد ينقذ كثيرا من التصرفات من الحكم ببطلانها ويعيد اليها الحياة (في الشرع او القانون) لكنه في جميع الأحوال لا ينقذ صاحب التصرفات من العقاب والمؤاخذة الشرعية فقواعد الحل والحرمة في الشريعة سيف مسلط على كل متلاعب او سيء طوية ولا شك ان هذا من جمال الشريعة الأسلامية ووسعها وسيطرتها على مناطق في دائرة النفوس او دائرة العقود لا سلطان عليها الا لله تعالى الذي يعلم السر واخفى، وهذه ميزة لا وجود لها في عالم القانون الذي يهتم بالظاهر ، ويحكم الحياة الدنيا ، ويحيل ما سوى ذلك الى قواعد الأخلاق او قواعد الدين.

الخاتمة
(أهم نتائج البحث)

١. ان غلبة الأعتبارات الخلقية والدينية في الشريعة الأسلامية جعل من الآراء الفقهية في مجال

القصود في العقود اكثر توفيقا مما يناظرها في مجال القانون، ذلك ان اتجاه الأرادة الظاهرة في الفقه الأسلامي لم يهمل الأرادة الباطنة وانما اوكل امرها الى قواعد الحل والحرمة ، وهذه منطقة لا يحكمها القانون.

٢. الفقه الأسلامي في بعض مذاهبه (الشافعي والحنبلي) يعرف نظرية متكاملة في مجال القصد والباعث واثره على العقود والتصرفات ، خلافا لما هو متداول في كتب القانون من عدم وجود مثل هذه النظرية في الفقه الأسلامي.

٣. ان موقف الحنفية من اثر الباعث الدافع غير المشروع لا يتطابق مع رأي الشافعية –كما هو شائع في كتب القانون- وانما لهم موقف وسط بين ذلك الرأي ورأي المالكية والحنابلة.

٤. ان موقف الفقه الأسلامي من موضوع القصود والبواعث وثيق الصلة بقاعدة اعتبار المآل وهي ركيزة من ركائز التشريع الأسلامي وسبب من اسباب تفوقه ونبوغه ، وينبغي ان لا تخلو منه اية سياسة تشريعية تتوخى الدقة وتحقيق المقاصد المتوخاة من وراء التشريع .

٥. ان موضوع الباعث كان سلاحا فعالا بيد القائلين بتغليب (الأرادة الباطنة) لأعمال قاعدة اعتبار المآل وحماية المشروعية، لكن انصار (الأرادة الظاهرة) غلبوا اعتبارات استقرار التعامل وعدم تهديد المعاملات فتخلوا عن هذا السلاح.

٦. القضاء في الأنظم اللاتينية استخدم نظرية السبب استخداما موفقا تمكن من خلاله ابطال كثير من العقود غير المشروعة من حيث مآلها وغايتها ، على عكس الحال بالنسبة للانظمة الجرمانية التي افسحت المجال واسعا لكثير من الأنتهاكات والمخالفات.

قائمة المصادر حسب ترتيب ظهورها في البحث

١. الأربعون النووية وشرحها للإمام النووي (محيي الدين بن شرف) المطبعة السلفية ومكتبتها ، القاهرة، ١٣٦٧ هـ.
٢.احياء علوم الدين للغزالي (ابي حامد محمد بن محمد) ط دار احياء الكتب العربية بمصر.
٣.الموافقات في اصول الشريعة للشاطبي (ابي اسحاق ابراهيم بن موسى) بتعليق عبد الله دراز ، ط دار الفكر العربي – بيروت.
٤.القاموس المحيط للفيروزابادي ط دار الفكر – بيروت ، ١٩٧٨.
٥.علي احمد صالح المهداوي / نظرية السبب ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد، ١٩٩٢.
٦.فتح الباري شرح صحيح البخاري لأبن حجر العسقلاني (احمد بن علي) ط١ دار الكتب العلمية – بيروت ١٩٨٩.
٧.مسلم بشرح النووي (يحيى بن شرف) ط دار الكتاب العربي بيروت ١٩٨٧ .
٨.جامع العلوم والحكم (في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم) مكتبة الشرق الجديد ، بغداد.
٩.اعلام الموقعين عن رب العالمين (ابن قيم الجوزية) ط ادارة الطباعة المنبرية ، مصر .
١٠. د.عبد الرزاق السنهوري /مصادر الحق في الفقه الأسلامي ، دراسة مقارنة ط المجمع العلمي العربي الأسلامي – بيروت.
١١. الأم للشافعي ، ط دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٠.
١٢. د.صبحي محمصاني / النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الأسلامية ط٢ دار العلم للملايين بيروت، ١٩٧٢.
١٣. الرسالة للشافعي (ابي عبد الله محمد بن ادريس) ط١ شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٩٥٩.
١٤. المهذب في فقه الأمام الشافعي للشيرازي (ابي اسحاق ابراهيم بن علي) ط٣ شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده ، مصر، ١٩٧٦.
١٥. اعانة الطالبين على حل الفاظ متن المعين للبكري (ابي بكر محمد بن شطا الدمياطي)، ط دار الفكر – بيروت.

١٦. الأم للشافعي ط١ دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ١٩٨٠.
١٧. تخريج الفروع على الأصول للزنجاني (ابي المناقب شهاب الدين محمود بن احمد) تحقيق محمد اديب صالح ، ط مطبعة دمشق ١٩٦٢.
١٨. سنن ابن ماجه (ابي عبد الله محمد بن يزيد القزويني) بتحقيق محمد مصطفى الأعظمي ط٢ شركة الطباعة العربية السعودية المحدودة ١٩٨٤.
١٩. شرح منتهى الأرادات للبهوتي (منصور بن يونس بن ادريس) ط دار الفكر ، بيروت .
٢٠. الكافي في فقه الأمام احمد لأبن قدامة المقدسي ، تحقيق زهير الشاويش ،ط٣ المكتب الأسلامي – بيروت ١٩٨٢.
٢١. شرح الزرقاني على موطأ ابن مالك.
٢٢. مواهب الجليل لشرح مختصر سيدي خليل ، للحطاب (ابي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي) ط٢- دار الفكر – بيروت ،١٩٧٨.
٢٣. القواعد في الفقه الأسلامي لأبن رجب (ابي الفرج عبد الرحمن) ط١ مكتبة الكليات الازهرية مصر، ١٩٧١.
٢٤. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني (علاء الدين ابي بكر بن مسعود) ط٢ دار الكتاب العربي ، بيروت، ١٩٨٢.
٢٥. تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق للزيلعي (فخر الدين عثمان بن علي) ط٢ دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت.
٢٦. مختصر الطحاوي (ابي جعفر احمد بن محمد بن سلامة) بتحقيق ابي الوفا الأفغاني ، مطبعة دار الكتاب العربي ، القاهرة، ١٣٧٠ هـ.
٢٧. مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة للعاملي نسخة قديمة.
٢٨. الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية للعاملي (زين الدين الجبعي) ، ط١ منشورات جامعة النجف الدينية.
٢٩. الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للسياغي (شرف الدين الحسين بن احمد بن الحسين) ط١ مطبعة السعادة ، مصر، ١٣٨٤هـ.
٣٠. المحلى لأبن حزم (ابي محمد علي بن احمد بن سعيد) منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت.
٣١. د.انور سلطان / مصادر الألتزام ط دار المعارف ، مصر، ١٩٦٢.
٣٢. د.عبد المنعم فرج الصدة/ مصادر الألتزام ط دار النهضة العربية ، القاهرة .
٣٣. د.عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني ط٢ ، دار النهضة العربية ، مصر ،١٩٦٤.
٣٤. د. عبد الرزاق السنهوري / نظرية العقد ط دار الفكر العربي ، بيروت، ١٩٣٤.
٣٥. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي / اعداد مجموعة من القضاة ، ط مطبعة الزمان ،بغداد، ١٩٩٨.
٣٦. قواعد الأحكام في مصالح الانام (عز الدين بن عبد السلام) ط١ المكتبة الحسينية ، مصر، ١٩٣٤.
٣٧. محمد علي الصابوني / صفوة التفاسير ط دار الفكر – بيروت.
٣٨. الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (ابي عبد الله محمد بن احمد الأنصاري) ط٢ دار احياء التراث العربي ، بيروت.
٣٩. سنن ابي داود (سليمان بن الأشعث السجستاني) ط دار الفكر بيروت بتحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد.
٤٠. المغني والشرح الكبير لأبن قدامة المقدسي ط المكتبة السلفية ، المدينة المنورة.
٤١. د.عبد الكريم زيدان / الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الأسلامية ط١ مؤسسة الرسالة بيروت ، ٢٠٠١.
٤٢. الفروق للقرافي (شهاب الدين ابي العباس احمد بن ادريس) ط١ مطابع دار احياء الكتب العربية ، مصر، ١٣٤٥ هـ.
٤٣. مختار الصحاح للرازي (محمد بن ابي بكر بن عبد القادر) ط دار الكتاب العربي – بيروت.
٤٤. محمد علي الصابوني / روائع البيان في تفسير ايات الأحكام من القرآن ، دار الصابوني للنشر.
٤٥. د.محمد سلام مدكور / المدخل للفقه الأسلامي ط دار الكتاب الحديث – الكويت.
٤٦. د.عبد الحميد ابو المكارم اسماعيل/ الأدلة المختلف فيها واثرها في الفقه الأسلامي ط دار ماجد للطباعة ، القاهرة.
٤٧. د.مصطفى الزلمي/ اصول الفقه الأسلامي في نسيجه الجديد ، ط مركز عبادي للدراسات والنشر ، صنعاء ،١٩٩٦.
٤٨. شذرات الذهب في اخبار من ذهب لأبن العماد الحنبلي (ابي الفلاح عبد الحي) ط المكتب التجاري للنشر – بيروت.
٤٩. معجم المؤلفين (تراجم مصنفي العربية) عمر رضا كحالة ، ط مطبعة الترقي ، دمشق، ١٩٥٩.
٥٠. الأعلام للزركلي (خير الدين) ط٣ دار العلم للملايين ، بيروت، ١٩٦٩.
٥١. البداية والنهاية في التاريخ لأبن كثير ، ط مكتبة المعارف ، بيروت.
٥٢. الجواهر المضية في طبقات الحنفية (عبد القادر بن محمد القرشي) ، طبع في حيدر اباد، ١٣٣٢ هـ.
٥٣. الفوائد البهية في تراجم الحنفية (محمد عبد الحي اللكنوي) ط مطبعة خير كثير، الهند.
٥٤. الاستيعاب في معرفة الأصحاب لأبن عبد البر (ابي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد المالكي) تحقيق محمد علي البجاري ، مكتبة نهضة مصر ، مطبعة الفجالة.

الهوامش

(١) استعمل بعض الفقهاء مصطلح (الباعث) كالأمام النووي والغزالي عند ايضاحهم لمعنى كلمة (النية) لأنها المصطلح الشائع الأستعمال لديهم استنادا للأحاديث الشريفة التي وردت وردت فيها الكلمة ، كما اورد الأمام الشاطبي في موافقاته (٣٤٢/٢) مصطلح الباعث اذ يقول: ((ولا يعارض مخالفة مقاصد الشرع موافقة القصد الباعث على العمل لأنه لم يحصل قصد الشارع في ذلك العمل على وجه ولا طابق القصد العمل فضار المجموع مخالفا))، ينظر الأربعون النووية وشرحها للامام النووي (محيي الدين بن شرف) المطبعة السلفية ومكتبتها ، القاهرة ١٣٦٧ هـ ص١٦ واحياء علوم الدين للغزالي (ابو حامد محمد بن محمد) ط دار احياء الكتب العربية ، مصر (٣٥٣/٤-٣٥٤) والموافقات في اصول

الشريعة للشاطبي (ابي اسحاق ابراهيم بن موسى) بتعليق عبد الله دراز ط دارفكر العربي ، بيروت (٣٤٢/٢).
(٢) العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني (م ٣) من مجلة الأحكام العدلية.
(٣) القاموس المحيط للفيروز ابادي ط دار الفكر –بيروت ١٩٧٨ (١٦٢/١) .
(٤) علي احمد صالح المهداوي ، نظرية السبب ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون –جامعة بغداد، ١٩٩٢، ص ١٧٩.
(٥) فتح الباري شرح صحيح البخاري لأبن حجر العسقلاني (احمد بن علي) ط دار الكتب العلمية –بيروت ١٩٨٩ (١٦/١-١٧) واحياء علوم الدين للامام الغزالي ٤/ ٣٥٣-٣٥٤ وجاء فيه ايضا:- ان الأرادة والقصد (انبعاث النفس بحكم الرغبة والميل الى ما هو موافق للغرض اما في الحال او المآل) والمحرك الأول لهذا الأنبعاث هو الغرض المطلوب وهو الباعث ، والغرض الباعث هو القصد المنوي ، والانبعاث هو القصد والنية وانتهاض القدرة لخدمة الأرادة.
(٦) الأربعون النووية وشرحها للامام النووي ،ص١٦.
(٧) رواه الشيخان ينظر فتح الباري (١١/١ برقم ١) ومسلم بشرح النووي (يحيى بن شرف) ط دار الكتاب العربي ، بيروت ١٩٨٧ (٥٧١/٤ برقم ١٧١) قال النووي: نقلوا ان رجلا هاجر من مكة الى المدينة لا يريد بذلك فضيلة الهجرة وانما هاجر ليتزوج امرأة تسمى ام قيس فسمي (مهاجر ام قيس) وذلك لأنه ابطن خلاف ما اظهر خرج في الظاهر للهجرة وابطن خلاف ذلك فاستحق العتاب واللوم ، وهكذا فاذا كان المحرك والباعث على العمل هو الغرض الدنيوي فلا اجر له وان كان الباعث كلا الأمرين فيكون الثواب اوعدمه منوطا بالباعث او المحرك الرئيسي (المصدر السابق نفسه ص ١٩-٢٠ بتصرف يسير) .
(٨) جامع العلوم والحكم (في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم) مكتبة الشرق الجديد ، بغداد ص٨ .
(٩) فتح الباري /المصدر نفسه . وقال النووي : الحديث يحتمل ان صحة الأعمال ، او تصحيح الأعمال او قبول الأعمال او كمال الأعمال وبهذا الأخير اخذ ابو حنيفة (الأربعون النووية ص١٦).
(١٠) اعلام الموقعين عن رب العالمين (لأبن قيم الجوزية) ،ط ادارة الطباعة المنبرية ، مصر، ٩٨/٣.
(*) [٧٣٦-٨٩٥ هـ] هو ابو الفرج زين الدين عبد الرحمن بن احمد ، ولد في بغداد وتوفي في دمشق من علماء الحنابلة محدث حافظ فقيه اصولي ومؤرخ . من تصانيفه (جامع العلوم والحكم) و (ذيل طبقات الحنابلة) و (تقرير القواعد وتحرير الفوائد) ،ينظر شذرا ت الذهب ٣٣٩/٣ ، معجم المؤلفين ١١٨/٥.
(١١) عبد الرزاق السنهوري / مصادر الحق في الفقه الأسلامي – دراسة مقارنة –ط المجمع العربي الأسلامي ، بيروت ٥١/٤.
(١٢)الأم للشافعي (ط –دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ١٩٨٠) ،٧٥/٣.

(١٣) ذهب الى ذلك السنهوري ، المصدر السابق، ٥١/٤ ، و د.صبحي محمصاني في النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الأسلامية ط٢ دار العلم للملايين ، بيروت ١٩٧٢ ص ٣٤٣ وتبعهم في ذلك غالبية شراح القانون.
(١٤) رواه الشيخان ، فتح الباري ٣٣٤/٣ برقم ٣٩٩ ، مسلم بشرح النووي ١٧٠/١ برقم ٣٢.
(١٥) الأسراء / ٣٦.
(١٦) النمل /٦٥
(١٧) الأم ٣٠٩/٧ – ٣١٣.
(١٨) متفق عليه (فتح الباري ٤١٩/١٢ برقم ٦٩٦٧ ، ومسلم بشرح النووي ٣٠٢/٤ برقم ٤) وينظر اعلام الموقعين ٩١/٣ ، والرسالة للامام الشافعي (ابي عبد الله محمد بن ادريس) ط١ شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر ١٩٥٩، ص ١٥٥-١٥٦.

(١٩) المهذب في فقه الأمام الشافعي للشيرازي (ابي اسحاق ابراهيم بن علي) ط ٣ شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده مصر ١٩٧٦ ٢٦٧/١.
(٢٠) اعانة الطالبين على حل الفاظ متن المعين لـ (زين الدين المليباري) للبكري (ابي بكر محمد بن شطا الدمياطي) ط دار الفكر بيروت ٢٣/٣-٢٤.
(٢١) الأم للشافعي ط١ دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ١٩٨٠. ٣١٢/٧-٣١٣.
(٢٢) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني (شهاب الدين محمود بن احمد) ، تحقيق محمد اديب صالح ، ط مطبعة دمشق ١٩٦٢، ص ٢١٢.
(*) ابن القيم: [٦٩١-٥٧١ هـ] هو محمد بن ابي بكر بن ايوب بن سعد الزرعي ، شمس الدين ، من اهل دمشق تتلمذ على يد ابن تيمية وانتصر له وقد سجن معه بدمشق من تصانيفه (الطرق الحكمية) و (مدارج السالكين) و (اعلام الموقعين).
(٢٣) اعلام الموقعين ٩٦/٣.
(*) الشاطبي[٧٩٠ هـ] هو ابراهيم بن موسى بن محمد ، ابو اسحاق اللخمي الغرناطي من علماء المالكية ، امام محقق اصولي مفسر ، فقيه محدث نظار ثبت بارع في العلوم ، من تصانيفه (الموافقات) في اصول الفقه و (الأعتصام) ، الأعلام ٧١/١.
(٢٤) اعلام الموقعين ٨٤/٣.
(٢٥) اعلام الموقعين ٨٢/٣.
(٢٦) الموافقات للشاطبي ٣٢٣/٢-٣٢٤.
(٢٧) اعلام الموقعين ٨٤/٣-٨٧.
(٢٨) البقرة/ ٢٢٨.
(٢٩) البقرة /٢٣١.
(٣٠) البقرة/ ٢٢٩.
(٣١) البقرة/٢٣٠.
(٣٢) ابن ماجه (سنن ابن ماجه ابي عبد الله محمد بن يزيد القزويني) بتحقيق محمد مصطفى الأعظمي ط٢ شركة الطباعة العربية السعودية المحدودة ، ١٩٨٤، ٥٧/٢ برقم ٢٤٣٤.
(٣٣) شرح منتهى الأرادات للبهوتي (منصور بن يونس بن ادريس) ط دار الفكر- بيروت ١٥٥/٢ والكافي في فقه الأمام احمد لأبن قداحة المقدسي ط٣ المكتب الأسلامي –بيروت ١٩٨٢ تحقيق زهير الشاويش (١٩/٢، ٣٠٢، ٥٨/٣-٥٩) وشرح الزرقاني على موطأ ابن مالك ١٣٩/٣.
(٣٤) مواهب الجليل لشرح مختصر سيدي خليل للحطاب (ابي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي)، ط٢ ،دار الفكر بيروت ،١٩٧٨ ،(٣٨٨/٤-٤٠٤).
(٣٥) القواعد في الفقه الأسلامي لأبن رجب (ابي الفرج عبد الرحمن) ،ط١، مكتبة الكليات الأزهرية ،مصر ،١٩٧١ (ص ٣٤٨-٣٤٩).
(٣٦) النور /٣٣.
(٣٧) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني (علاء الدين ابي بكر بن مسعود) ،ط٢ ، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢ ،١٩٠/٤.
(٣٨) بدائع الصنائع ،١٩٠/٤.
(٣٩) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي (فخر الدين عثمان بن علي) ،ط٢، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ١٢٥/٥.
(٤٠) البدائع ١٤٣/٥.
(٤١) المصدر نفسه ١٤٤/٥.
(*) ابو يوسف [- ١٨١ هـ] يعقوب بن ابراهيم بن حبيب هو المقدم من اصحاب ابي حنيفة رحمه الله ، واول من سمي قاضي القضاة واول من اتخذ للعلماء زيا خاصا ، من تصانيفه (الخراج) و (ادب القاضي) و (الجوامع)، الجواهر البهية ص ٢٢٠-٢٢٢، البداية والنهاية ١٨٠/١٠.
(**) محمد بن الحسن [١٣١-١٨٩ هـ] نسبته الى بني شيبان بالولاء ، اصله من دمشق ونشأ بالكوفة امام في الفقه والأصول ثاني اصحاب ابي حنيفة رحمه الله بعد ابي يوسف ، من تصانيفه

(الجامع الكبير) و(السير الكبير) و(كتاب الآثار) ، البداية والنهاية ٢٠٢/١٠، الفوائد البهية ص ١٦٣، الأعلام ٣٠٩/٦.
(٤٢) مختصر الطحاوي (ابي جعفر احمد بن محمد بن سلامة) بتحقيق ابي الوفا الأفغاني عنيت بنشره لجنة احياء المعارف النعمانية بالهند، مطبعة دار الكتاب العربي ، القاهرة ١٣٧٠ هـ ص ٢٨٠.
(٤٣) ينظر :- مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة للعاملي (ع/٣٧)، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية للعاملي (الشهيد السعيد زين الدين الجبعي)، منشورات جامعة النجف الدينية ٢١١/٣-٢١٢ ، الروض النضير شرح مجموعة الفقه الكبير للسياغي ط١ مطبعة السعادة ، مصر ١٣٨٢هـ ، ٢٨٢/٣-٢٨٣، المحلى لأبن حزم (ابي محمد علي بن احمد بن سعيد) ، منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت، ٢٩/٩-٣٠.
(٤٤) د.انور سلطان/ مصادر الألتزام ط دار المعارف – مصر، ١٩٦٢، ص ٢٤٦-٢٤٧.
(٤٥) د.أنور سلطان/ مصادر الالتزام ط دار المعارف – مصر، ١٩٦٢، ص ٢٤٦-٢٤٧.
(٤٦) د.عبد المنعم فرج الصدة / مصادر الألتزام ،ط دار النهضة العربية ،القاهرة، ص ٢٥٣.
(٤٧) للاطلاع على تفاصيل هذه النظرية وغيرها ينظر: السنهوري / مصادر الحق، ٧/٤-١٥ . السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني ،جـ١، ط٢ ، دار النهضة العربية ، مصر، ١٩٦٤، ص ٤١٣-٤٣٥، السنهوري/ نظرية العقد، جـ ١ ،ط دار الفكر العربي، بيروت، ١٩٣٤ ،ص ٥٣٧-٥٨٤.
(٤٨) د.عبد المنعم فرج الصدة / المصدر نفسه، ص ٢٦١.
(٤٩) السنهوري ، مصادر الحق ٣٣/٤ وما بعدها ، الوسيط ٤٦٣/١ ونظرية العقد ٥٨٥/١ وما بعدها.
(٥٠) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي / اعداد مجموعة من القضاة ، ط مطبعة الزمان ، بغداد، ١٩٩٨ (١٤٥/١).
(٥١)قواعد الأحكام في مصالح الأنام (عز الدين بن عبد السلام) ط المكتبة الحسينية ، مصر، ١٩٣٤، ٥١/١.
(٥٢) الموافقات ١٩٤/٤-١٩٥.
(٥٣) البقرة /٢١٦.
(٥٤) محمد عليي الصابوني /صفوة التفاسير، ط دار الفكر، بيروت، (١٣٧/١).
(٥٥) البقرة /١٨٣.
(٥٦) محمد علي الصابوني /المصدر نفسه ١٢١/١.
(٥٧) الأنعام / ١٠٨.
(*) [ت ٦٨ هـ] هو اكبر من ان يعرّف ، عبد الله بن العباس بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف القرشي الهاشمي ، ولد قبل الهجرة بثلاث سنين ، وكان عمره (١٣) سنة عند وفاة النبي صلى الله عليه وسلم ، روي ان النبي دعا له فقال: اللهم علمه الحكمة وتأويل القرآن ، الأستيعاب ٩٩٣/٣-٩٩٧.
(٥٨) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (أبي عبد الله محمد بن احمد الأنصاري)، ط٢ ،دار إحياء التراث العربي ، بيروت، ٦١/٧.
(٥٩) متفق عليه : فتح الباري ٩٨/١١ برقم ٦٢٩٠ ومسلم بشرح النووي ٢٨/٥ برقم ٣٤.
(٦٠) إعلام الموقعين ١٣٣/٣.
(٦١) سنن أبي داود (سليمان بن الأشعث السجستاني ، ط دار الفكر ، بيروت، بتحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد ١٤٢/٤ برقم ٤٤٠٨.
(٦٢) المغني والشرح الكبير(ابن قدامة المقدسي) ط المكتبة السلفية – المدينة المنورة ٥٣٧/١٠-٥٣٨.
(٦٣) د.عبد الكريم زيدان / الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية ، ط١ مؤسسة الرسالة ، بيروت، ٢٠٠١ ، ص ٧٩.
(٦٤) الموافقات للشاطبي ١٩٧/٤، الفروق للقوافي (شهاب الدين ابي العباس احمد بن ادريس) ،ط١ ، مطابع دار احياء الكتب العربية ، مصر ١٣٤٥هـ ٣٣/٢.
(٦٥) اعلام الموقعين ١١٩/٣-١٢٠.
(٦٦) مختار الصحاح للرازي (محمد بن ابي بكر بن عبد القادر) ط دار الكتاب العربي، بيروت، ص ١٦٦ مادة (حيل).
(٦٧) فتح الباري ٤٠٤/١٢.
(٦٨) اعلام الموقعين ١٤٠/٣ -١٥٨ وينظر في قول الحنابلة ايضا فتاوى ابن تيمية (تقي الدين الحراني) ط دار الفكر ، بيروت ، ١٩٨٣
(٦٩) (١٤٥/٣).
(٧٠) الموافقات ٢٠/٤.
(٧١) محمد علي الصابوني / روائع البيان في تفسير ايات الأحكام من القرآن ، دار الصابوني للنشر، ٤٣٧/٢.
(٧٢) د.محمد سلام مدكور / المدخل للفقه الأسلامي، ط دار الكتاب الحديث ، الكويت، ص ٢٨٤.
(٧٢) د.عبد الحميد ابو المكارم اسماعيل / الأدلة المختلف فيها واثرها في الفقه الأسلامي ط دار ماجد للطباعة ، القاهرة ص ١٧١.
(٧٣) الموافقات للشاطبي ٢١٠/٤-٢١١.
(٧٤) د.مصطفى الزلمي / اصول الفقه الأسلامي في نسيجه الجديد ، مركز عبادي للدراسات والنشر ، صنعاء ١٩٩٦.