نظرية الباعث في العقود
في الفقه والأصول

بقلم
الأستاذ الدكتور / وهبة الزحيلي[1]

---

* رئيس قسم الشريعة، جمع بين الدراستين: الشرعية والقانونية، وله أكثر من عشرين مؤلفاً، منها آثار الحرب في الفقه الإسلامي، ونظرية الضرورة الشرعية، ونظرية الضمان، والفقه الإسلامي وأدلته (ثمانية مجلدات) وأصول الفقه الإسلامي (مجلدان) وشرح العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية في دولة الامارات والقانون الأردني.

إن الباعث الذاتي أو الدافع البعيد الذي يدفع العاقد إلى إبرام العقد هو أحد الأركان أو العناصر الأساسية التي يرتكز عليها العقد لدى واضعي القانون المدني الحديث، فأصبحت وظيفة الباعث أو السبب في النظرية الحديثة هي منع صحة العقد الذي يبتغيه العاقدان بوسائل مشروعة للوصول إلى نتائج غير مشروعة، وأضحى الهدف من هذه النظرية تحقيق مصلحة المجتمع وحماية الأخلاق أو النظام العام والآداب الاجتماعية، أي أن السبب المصلحي يتضمن فكرة الجزاء على خطأ، وهو إرادة المتعاقدين تحقيق غاية غير مشروعة.

هذا ... وقد عرف الفقه الإسلامي من قديم هذه النظرية، وكان له فضل السبق في تقديرها، وإعطائها الأهمية الكبرى التي تستحقها، وتأثيرها على كثير من العقود في الحياة المدنية، مع أن بعض العاقدين أغفلوا دورها في المعاملات المعاصرة، واقترفوا الحرام، وأكلوا الربا أو أعطوه، لعدم التفاتهم إلى هذه النظرية، وعدم إصغائهم للبواعث الداخلية أو القصود والنيات الخبيثة أو غير المشروعة التي أضمروها عند إبرام العقد، أو تناسيهم وإهمالهم لها، طمعاً في المكسب، وحباً للمال دون تفريق بين كونه من حلال أو حرام، فتذرعوا بظاهر العقد، وتحايلوا على شرع الله ودينه بما لا يتقبله مفكر واع أو أي مسلم ورع صادق الإيمان أو أي شخص فطن لمقاصد الشريعة وغاياتها الأصيلة البعيدة المدى.

وقد تجرأ بعض المسلمين في بعض العواصم الإسلامية، ففتح المكاتب لبيوع الآجال أو بيوع العينة التي تصادم هذه النظرية، كما سأبين، ولا أدري هل أفتاهم بعض الجاهلين أو المتحايلين بحلها أو إباحتها، مع أنها تحايل واضح على أخذ الفوائد الربوية باستخدام عقد البيع لبضاعة أو سلعة كسكر أو أرز مثلاً جسراً للحرام، وربما سوغوا عملهم بأن هذا البيع صحيح في الظاهر، وأجازه بعض أئمة المذاهب، لكنهم نسوا أن القول بصحة هذا العقد ظاهراً لا يعني إباحته شرعاً.

فقد يكون العقد صحيحاً لاشتماله على الأركان والشروط المطلوبة شرعاً، لكن يكون عاقده آثماً عاصياً أمام الله تعالى لارتكابه الحرام بطرق ملتوية، فوقع في مخالفتين:

اقتراف الحرام والتحايل عليه بادعاء حله، وهذا ما صرح به الفقهاء الذين أجازوا العقد في الظاهر قائلين: ونترك القصد المؤثم لله عز وجل، لأن المهم في الأحكام الشرعية هو النظر إلى الأشياء من ناحية الحل والحرمة في الحقيقة والباطن أو القصد والنية، لا من حيث الصحة، والمفروض شرعاً أن يتطابق العقد مع هذه النظرة القلبية الداخلية، ولأن معيار تصحيح الأعمال كلها شرعاً هو النية والقصد، لقوله عليه الصلاة والسلام ـ فيما يرويه البخاري ومسلم عن عمر رضي الله عنه ـ «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرىء ما نوى» فهذا الحديث أصل من أصول الإسلام الكبرى، وقاعدة من قواعده العتيدة التي قامت عليها الاجتهادات الفقهية، فقررت بناء عليه قاعدة: «الأمور بمقاصدها» عند الكل وقاعدة «العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني» عند الأكثر.

ويتضح ذلك ببيان موقف الفقه الإسلامي من نظرية السبب بالمعنى الحديث لدى القانونيين، أي الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ومدى تأثيرها في العقود، ويتجاذب هذا الموقف اتجاهان: اتجاه يغلب فيه النظرة الموضوعية، واتجاه يلاحظ فيه النوايا والبواعث الذاتية.

أما الاتجاه الأول ـ فهو مذهب الحنفية والشافعية والظاهرية[1]: الذين يأخذون بالإرادة الظاهرة في العقود، ولا يعتدون بالإرادة الباطنة، أي أنهم حفاظاً على مبدأ استقرار المعاملات لا يأخذون بنظرية السبب أو الباعث، لأن فقههم ذو نزعة موضوعية بارزة أو نظرة ظاهرية، كالفقه الجرماني (الألماني وتوابعه). أما السبب أو الباعث الذي يختلف باختلاف الأشخاص، فهو عنصر ذاتي داخلي قلق يهدد المعاملات.

ولا تأثير للسبب أو للباعث على العقد إلا إذا كان مصرحاً به في صيغة التعاقد، بأن تتضمنه الإرادة الظاهرة، كالاستئجار على الغناء، والنواح على الميت، والملاهي وغيرها من المعاصي. فإذا لم يصرح به في صيغة العقد، بأن كانت الإرادة الظاهرة لا تتضمن باعثاً غير مشروع، فالعقد صحيح، لاشتماله على أركانه الأساسية من إيجاب وقبول وأهلية المحل لحكم العقد، وحكم العقد: هو أثره النوعي الجوهري المترتب عليه شرعاً، وهو في البيع مثلاً نقل ملكية المبيع للمشتري، واستحقاق الثمن في ذمة المشتري للبائع.

ولأنه قد لا تحصل المعصية بعد العقد، ولا عبرة للسبب أو الباعث في إبطال العقد.

والنتيجة المقررة عندهم هي أن العقد صحيح في الظاهر، دون بحث في النية أو القصد غير المشروع (الباعث) لكنه مكروه تحريماً عند الحنفية، بسبب النية غير المشروعة.

وبناء عليه، قال الحنفية والشافعية بصحة العقود التالية، مع الكراهة التحريمية عند الحنفية، والكراهة العادية لظاهر العقد لدى الشافعية والظاهرية وتأثيم ناوي الحرام وهي:

١ ـ **بيع العينة** : أي البيع الصوري المتخذ وسيلة للربا الحرام، كبيع سلعة بثمن مؤجل إلى مدة بمائة وعشرة دراهم، ثم شراؤها من المشتري في الحال بمائة درهم، فيكون الفرق ربا، لكن الإمام أبو حنيفة رحمه الله ـ استثناء من مبدئه في عدم النظر إلى النية غير المشروعة ـ اعتبر هذا العقد فاسداً إن خلا من توسط شخص ثالث بين المالك الذي هو المقرض في الحقيقة، والمشتري الذي هو المقترض في الواقع.

٢ ـ **بيع العنب لعاصره خمراً** : أي أن يبيع صاحب العنب عنبه لمن يعلم أنه سيتخذه خمراً، أو يظنه ظناً غالباً، فإن شك في اتخاذه خمراً أو توهمه فالبيع ذاته مكروه. أما في حال العلم فتحرم النية الآثمة، والعقد نفسه.

٣ ـ بيع السلاح في الفتنة الداخلية أو لمن يقاتل به المسلمين أو لقطاع الطرق المحاربين، ومثله بيع أدوات القمار، وإيجار دار للدعارة أو للقمار (الميسر) وبيع الخشب لمن يتخذ منه آلات الملاهي، والإجارة على حمل الخمر لمن يشربها ونحو ذلك.

٤ ـ **زواج المحلل** : وهو الذي يعقد زواجه على امرأة مطلقة طلاقاً ثلاثاً، وهي البائن بينونة كبرى، بقصد تحليلها لزوجها الأول بالدخول بها مرة واحدة، ثم يطلقها ليصح لزوجها الأول العقد عليها من جديد، بعد انتهاء العدة عقب كل من الطلاق الأول والثاني عملاً بظاهر الآية القرآنية : «فإن طلقها، فلا تحل له من بعد، حتى تنكح زوجاً غيره». (البقرة : ٢٣٠).

يظهر من هذه الأمثلة أن هذا الاتجاه لا يأخذ بالسبب أو الباعث إلا إذا كان داخلاً في صيغة العقد، وتضمنه التعبير عن الإرادة ولو ضمناً، ولا يعتد به إذا لم تتضمنه صيغة العقد.

وأما الاتجاه الثاني ـ فهو مذهب المالكية والحنابلة والشيعة[٢] : الذين ينظرون إلى القصد والنية أو الباعث، فيبطلون التصرف المشتمل على باعث غير مشروع، بشرط أن يعلم الطرف الآخر بالسبب غير المشروع، أو كان بإمكانه أن يعلم بذلك بالظروف والقرائن التي تدل على القصد الخبيث، كإهداء العدو هدية لقائد الجيش، والإهداء للحكام والموظفين، فذلك مقصود به الرشوة، فتكون للدولة، وهبة المرأة مهرها لزوجها، من أجل استدامة الزواج، فإن طلقها بعدئذ، كان لها الرجوع فيما وهبت[٣].

هذا الاتجاه يأخذ تقريباً بنظرية السبب أو بمذهب الإرادة الباطنة في الفقه اللاتيني (الفرنسي وتوابعه) مراعاة للعوامل الأدبية والخلقية والدينية، فإن كان الباعث مشروعاً، فالعقد صحيح، وإن كان غير مشروع، فالعقد باطل حرام، لما فيه من الإعانة على الإثم والعدوان.

قال الشوكاني[٤] : لا خلاف في تحريم بيع العنب لمن يعصره خمراً في حال القصد وتعمد البيع إلى من يتخذه خمراً، أما مع عدم القصد والتعمد للبيع، فذهب جماعة من أهل العلم إلى جوازه مع الكراهة، ما لم يعلم أنه يتخذه لذلك.

وهذا الكلام يؤكد ما قررناه في البداية أن المعول عليه في التحريم هو القصد والنية، فهي التي تفصل في الأمر، وتضفي على العقد صفة الحل أو الحرمة، سواء قلنا في الظاهر بصحة العقد أو عدم صحته.

وبناء عليه، قال المالكية والحنابلة ومن وافقهم ببطلان العقود السابقة، وأضاف لها المالكية أنهم لا يجيزون بيع أرض بقصد بناء كنيسة، أو بيع خشب بقصد صنع صليب، أو شراء عبد بقصد أن يكون مغنياً، أو استئجار كراريس فيها عبارات النوح، وبيع ثياب حرير ممن يلبسها[٥].

أما عدم صحة بيع العنب للخمار، وبيع السلاح للأعداء ونحوهما، فلأنه إعانة على الحرام، أو عقد على شيء لمعصية الله به، فلا يصح.

وأما فساد زواج المحلل فلأنه يتنافى مع أغراض الزواج السامية، وهو أنه عقد مؤبد قصد به تكوين أسرة دائمة، وهذا الزواج اتخذ لتحليل المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول في وضع مؤقت، فهو حيلة لرفع تحريم مؤبد، وهو قصد غير مشروع.

وأما فساد بيع العينة أو بيوع الآجال فلأنه اتخذ البيع حيلة لتحليل التعامل بالربا، ولم يكن الغرض الحق هو البيع والشراء، فهو وسيلة لعقد محرم غير مشروع، فيمنع سداً للذرائع المؤدية إلى الحرام.

أما بيع الأجل : فهو ان يبيع شيئاً لأجل كشهر، ثم يشتريه البائع نفسه من المشتري بجنس ثمنه نقداً بأقل من الثمن الأول المؤجل أو إلى أقرب من الأجل، أو بأكثر من الثمن إلى أبعد من الأجل، فلا تجوز هاتان الصورتان للتهمة وأدائها إلى ممنوع، وهو اجتماع بيع وسلف، أو سلف جرّ نفعاً أو ضمان بجعل.

وأما بيع العينة : فهو أن يقول شخص لآخر : اشتر سلعة بعشرة نقداً، وأنا آخذها منك باثنى عشر لأجل، فلا يجوز لما فيه من سلف جرّ نفعاً[٦].

يتبين مما ذكر أن هذا الاتجاه يعتد بالمقاصد والنيات في إبطال العقود، ولو لم تذكر في العقود، بشرط أن يكون ذلك معلوماً للطرف الآخر، أو كانت الظروف تحتم علمه، لأن النية روح العمل ولبه، ويكون هذا الاتجاه آخذاً بنظرية السبب بالمعنى القانوني الحديث، تلك النظرية التي تتطلب أن يكون السبب مشروعاً، فإن لم يكن سبب العقد مشروعاً، فلا يصح العقد.

أما الاتجاه الأول فهو وإن لم يبطل العقد بالباعث غير المشروع فإنه يجعل العقد حراماً، يأثم عاقده، ويحاسب بين يدي الله على سوء نيته المصادمة لمقاصد الشريعة. ومن المعروف أن النظرة الشرعية الغالبة هي للإثم وعدمه وللحرمة والحل، أما ظاهر العقد فصحيح لاستكمال الأركان والشروط المطلوبة شرعاً، ويترك أمر التأثيم لله عز وجل، وهذا بذاته هو ما قاله الإمام الشافعي عن بيع العنب لعاصره خمراً، وبيع السلاح في الفتنة : العقد صحيح أي في الظاهر، وأدع القصد المؤثم لله عز وجل.

منشأ الخلاف بين الاتجاهين :

إن سبب الخلاف بين الفريق الأول القائل بعدم تأثير الباعث على العقد إبطالاً وإفساداً، وبين الفريق الثاني القائل بتأثير الباعث على العقد في الإبطال والإفساد، يرجع إلى مسألة مهمة في الشريعة الإسلامية هي مسألة «النية واللفظ في العقود» وبالتالي إلى الشيء، يعطي حكم ذلك الشيء نفسه، فما كان وسيلة إلى المباح فهو مباح وهو مبدأ الذرائع، ومعناه الأخذ بالذرائع إذا كانت النتيجة مصلحة، وما كان وسيلة إلى الشيء الممنوع المشتمل على مفسدة فهو ممنوع، وهو مبدأ سد الذرائع ومعناه الحيلولة دون الوصول إلى المفسدة إذا كانت النتيجة فساداً، لأن الفساد ممنوع.

ومبدأ سد الذرائع لا ينظر فقط إلى النيات والمقاصد الشخصية، بل يقصد مع ذلك إلى النفع العام، أو إلى دفع الفساد العام، فهو ينظر إلى القصد مع النتيجة، أو إلى النتيجة وحدها.

أما مسألة النية واللفظ في العقود فإن الفقه الإسلامي اتجه فيها الاتجاهين السابقين :

الأول : مذهب الشافعي وأبي حنيفة وداود الظاهري : ومقتضاه الاعتداد بالألفاظ في العقود، دون النيات والقصود، إذ إن نية السبب والغرض غير المباح شرعاً مستترة، فيترك أمرها لله وحده، يعاقب صاحبها عليها، ما دام أثم بنيته. ومن هنا قرروا أن «المعتبر في أوامر الله العبادات المعنى (أي النية أو القصد) والمعتبر في أمور العباد (المعاملات) الاسم واللفظ» أي فيما إذا لم يكن في العقد ما يدل على النية والقصد صراحة، فإن ظهر القصد في العقد صراحة أو ضمناً بقرائن، فيعمل بقاعدة «العبرة في العقود بالمعاني، لا بالألفاظ والمباني»[٧].

وهكذا فكل عقد في هذين المذهبين تؤخذ أحكامه من صيغته، ومما لابسه واقترن به، ففساده يكون من صيغته، وصحته تكون منها، ولا يفسد العقد لأمور خارجة عنه، ولو كانت نيات ومقاصد لها إمارات، أو ولو كانت مآلات مؤكدة ونهايات ثابتة.

الثاني : مذهب المالكية والحنابلة : ومقتضاه التشدد بحق في رعاية النية والقصد دون اللفظ.

وقد انتصر ابن قيم الجوزية لهذا المذهب، وأكد أن القصود في العقود معتبرة، وأنها تؤثر في العقد صحة وفساداً، حلاً وحرمة، وأفاض في بيان ذلك، وتفصيله في كتابه أعلام الموقعين، وإني أوجز رأيه فيما يأتي[٨] :

(ا) إن اتفقت نية العاقد مع ما تدل عليه عبارته، انعقد العقد، وترتب عليه أثره الشرعي.

(ب) إن قصد غير ما تدل عليه عبارته، ولكن لم يدل شيء على نيته، كان مؤاخذاً بنيته ديانة، أي أمام الله تعالى، إلا أنه يلزم قضاء حكم العقد، كما يؤخذ من عبارته.

(جـ) إن كشفت قرينة على هذه النية، وكانت لا تنافي الشريعة، صح العقد، وإلا

كان فاسداً لا أثر له.

وأما مبدأ الذرائع: فإن الاتجاه الأول - وهو النظر إلى الأحكام الظاهرة وإلى الأفعال عند حدوثها، دون النظر إلى غاياتها ومآلاتها، أخذ به الإمام الشافعي في الذرائع، بل إنه عمم تلك النظرة الظاهرية المادية على كل نواحي الشريعة، وطبق قاعدته على العقود والتصرفات[٩]. ويلتقي معه الإمام أبو حنيفة في إنكار الأخذ بالذرائع.

وخالفهما في تلك النظرة الإمامان مالك وأحمد، فقررا الأخذ بالذرائع، وحكما بها، ونظراً إلى المآلات والغايات نظرة مجردة، كما نظرا إلى البواعث أيضاً، فمن عقد عقداً قصد به أمراً محرماً، واتخذ العقد ذريعة له، فإن المآل والباعث يحرمان العقد، فيأثم عند الله تعالى، ويكون العقد باطلاً، لأنه قصد أمراً محرماً، فيبطل سداً للذريعة.

وعند الترجيح والاختيار لا أجد بداً من اختيار مذهب مالك وأحمد رحمهما الله تعالى، لأنه متمش مع قاعدة «الأمور بمقاصدها» وحديث «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرىء ما نوى» فبيّن النبي عليه السلام في الجملة الأولى أن العمل لا يقع إلا بالنية، وبين في الجملة الثانية أن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه، وهذا يعم العبادات والمعاملات والأيمان والنذور وسائر العقود والأفعال، وهذا دليل على أن من نوى بالبيع عقد الربا حصل له الربا، ولا يعصمه من حرمه الربا صورة البيع.

ثم إن هذا المسلك أنزه في الدين، وأقرب إلى رعاية مقاصد الشريعة العامة التي جاءت لإصلاح الناس، على أسس صالحة من الخير والسداد في النظم الاجتماعية والاقتصادية والسياسية[١٠].

وبه أصبح مبدأ الذرائع أصلاً من أصول الفقه عند الإمامين: مالك وأحمد، وأخذ به الشيعة أيضاً.

تحقيق موضع الخلاف بين العلماء في الذرائع:

اتفق العلماء على أنه لا يجوز التعاون على الإثم والعدوان مطلقاً، وأن ما يؤدي إلى إيذاء جماعة المسلمين ممنوع، كحفر الآبار في الطريق العامة، أو إلقاء السم عملاً بمقتضى قوله تعالى: «ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله، فيسبوا الله عدواً بغير علم». (الأنعام: ١٠٨). ونحوها من المسائل التي اتفقوا على منع التوسل بها.

واتفقوا أيضاً على أن ما يكون طريقاً للخير والشر، وفي فعله منفعة للناس لا يكون محظوراً، كغرس العنب، فإنه يؤدي إلى صنع الخمر، ولكن لم يكن غرسه لهذا الغرض بأصله، وإنما الانتفاع بغرسه أكبر من حصول الإضرار به، والعبرة للغالب. ومثله أيضاً المجاورة في البيوت خشية الزنى.

واما موضع الخلاف فهو في بيوع الآجال وبيوع العينة، مثل أن يبيع البائع سلعة بعشرة دراهم إلى أجل، ثم يشتريها من المشتري بخمسة نقداً، وهذه البيوع يقال: إنها

تصل إلى ألف مسألة، قال الشاطبي: قامت الأدلة على اعتبار الشرع سد الذرائع في الجملة، وهذا مجمع عليه، وإنما النزاع في ذرائع خاصة، وهي بيوع الآجال[١١].

ومثل ذلك كل مباح تذرع به إلى مفسدة، كالنظر للضرورة إلى المرأة الأجنبية، والتحدث معها، من حيث إنه ذريعة إلى الزنى، ومثل الحالات السابقة من العقود التي اختلفوا فيها بسبب اختلافهم في تأثير الباعث في العقد.

وموطن الخلاف الدقيق في بيوع الآجال، ليس في الحالة التي يظهر فيها القصد إلى الربا، فإن ذلك لا يجوز بحال. وإنما الخلاف هو في هذه الحالة التي لم يظهر منها القصد إلى الممنوع.

فالمالكية والحنابلة يبطلون هذه البيوع، لأن العقد نفسه يحمل الدليل على قصد الربا، إذ إن مآل هذا العقد هو بيع خمسة نقداً بعشرة إلى أجل والسلعة فيما بين ذلك لغو لا معنى لها.

وأما أبو حنيفة فهو وإن لم يقل بحكم الذرائع، إلا أنه يبطل هذه البيوع على أساس آخر: وهو أن الثمن إذا لم يستوف لم يتم البيع الأول، فيصير الثاني مبنياً عليه، أي أنه ليس للبائع الأول أن يشتري شيئاً ممن لم يتملكه، فيكون البيع الثاني فاسداً، ويؤول الأمر إلى بيع خمسة في عشرة لأجل، وهو ربا فضل ونسيئة معاً، فيصبح العقد الثاني فاسداً، لأن فيه معنى الربا.

وهناك علة أخرى وهي أن البيع الثاني بيع شيء لم يقبض غالباً، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع شيء قبل قبضه، قائلاً لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك»[١٢]. وقائلاً أيضاً: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا بيع ما ليس عندك، ولا ربح ما لم يضمن» أي ما لم يقبض[١٣].

وأما الإمام الشافعي فيصحح هذه البيوع قضاء، ويترك ناحية القصد الباطن إلى الإثم والعقاب الأخروي، فهو كما قدمنا يقول: «العقد صحيح، وأدع القصد المؤثم والنية الباطنة إلى الله عز وجل» والمعنى أن العقد حرام للنهي عنه، لكن النهي لا يبطل العقد في كل بيع يؤدي إلى مفسدة، وكذا كل تصرف يفضي إلى معصية، مادام مستوفياً أركانه وشروطه الصحيحة، فالعقدان صحيحان في الظاهر، حتى يقوم الدليل على قصد الربا المحرم»[١٤].

أدلة المالكية والحنابلة على تحريم البيوع الربوية:

البيوع الربوية أو بيوع الآجال تسمى أيضاً عند الجمهور بيوع العينة، وفرق بينها المالكية في اصطلاحهم كما تقدم بيانه، والمعنى واحد عند غيرهم، لأنه يتوسط في التعامل بالربا عين، كأن يبيع الشخص عيناً بثمن مؤجل، ثم يبيعها لبائعها بثمن معجل أقل، فيكون الفرق ربا.

واستدلوا على تحريم هذه البيوع بسد الذرائع إلى الربا، وبحديث تكلم بعض العلماء في سنده، وهو ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا ضنّ الناس بالدينار والدرهم، وتبايعوا بالعينة، واتبعوا أذناب البقر - أي اشتغلوا بالزراعة - وتركوا الجهاد في سبيل الله، أنزل الله عليهم بلاء، فلا يرفعه، حتى يراجعوا دينهم»[١٥].

وأضاف المالكية دليلين آخرين هما:

١ - إن هذه البيوع، وإن كانت على صورة بيع جائز في الظاهر، إلا أنها لما كثر قصد الناس بها التوصل إلى ممنوع في الباطن، كبيع بسلف، وسلف بمنفعة، منعت قياساً على الذرائع المجمع على منعها، بجامع أن الأغراض الفاسدة في كل هي الباعثة على عقدها، لأنه المحصل لها.

٢ - بحديث ذكره الإمام مالك في الموطأ وهو «أن أم ولد زيد بن أرقم قالت لعائشة رضي الله عنها: يا أم المؤمنين إني بعت من زيد بن أرقم عبداً بثمانمائة درهم إلى العطاء، واشتريته منه بستمائة نقداً، فقالت عائشة رضي الله عنها: بئس ما شريت وبئس ما اشتريت، أخبري زيد بن أرقم أنه أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب، قالت: أرأيتني إن أخذته برأس مالي؟ فقالت عائشة رضي الله عنها: «فمن جاءه موعظة من ربه، فانتهى، فله ما سلف، وأمره إلى الله» (البقرة: ٢٧٥)»[١٦].

فهذه صورة النزاع، قال القرافي: «وهذا التغليظ العظيم لا تقوله رضي الله عنها إلا عن توقيف، فتكون هذه الذرائع واجبة السدّ، وهو المقصود»[١٧].

وقال ابن رشد الجد في المقدمات الممهدات: «هذه المبالغة كانت بين أم ولد زيد بن أرقم ومولاها قبل العتق، فيخرج قول عائشة على تحريم الربا بين السيد وعبده، مع القول بتحريم هذه الذرائع، ولعل زيداً لا يعتقد تحريم الربا بين السيد وعبده»[١٨].

أدلـة الشافعية:

أجاب الزركشي من الشافعية على أدلة المالكية: بأن عائشة قالت ذلك باجتهادها، واجتهاد واحد من الصحابة لا يكون حجة على الآخر بالإجماع، ثم قولها معارض بفعل زيد بن أرقم، ثم إنها أنكرت البيع لفساد التعيين، فإن البيع الأول فاسد بجهالة الأجل، لأن وقت العطاء غير معلوم، والثاني بناء على الأول، فيكون فاسداً[١٩].

ثم انتقل الشافعية من منع أدلة المالكية في الجملة إلى إثبات مدعاهم، فقالوا: وإذا اختلف الصحابة كما ذكر، فمذهبنا القياس، واحتجوا بثلاثة أدلة:

١ - قوله تعالى في حل البيع: «وأحل الله البيع وحرم الربا». وأجابهم القرافي: بأن هذا النص عام، وما استدلت به المالكية من حديث عائشة خاص، والخاص مقدم على العام، على ما تقرر في علم الأصول[٢٠].

٢ ـ ثبت في السنة أن رسول الله ﷺ : «أتي بتمر جنيب ـ نوع جيد من أنواع التمر ـ فقال : أتمر خيبر كله هكذا؟ فقالوا : إنا نبتاع الصاع بالصاعين من تمر الجمع ـ التمر المختلط الردىء ـ فقال عليه السلام : لا تفعلوا هذا ، ولكن بيعوا تمر الجمع بالدراهم ، واشتروا جنيبا »[٢١] . فهذا بيع صاع بصاعين . وإنما توسط بينهما عقد الدراهم ، فأبيح .

وأجاب القرافي : بأن المالكية يمنعون أن يكون العقد الثاني من البائع الأول ، وليس ذلك مذكوراً في الخبر ، مع أن بيع النقد إذا تقابضا فيه ، ضعفت التهمة ، وإنما المنع حيث تقوى التهمة .

٣ ـ إن العقد المفضي إلى الفساد لا يكون فاسداً إذا صحت أركانه ، كبيع السيف من قاطع الطريق ، والعنب من الخمار ، مع أن الفساد في قطع الطريق أعظم من سلف جر نفعاً ، لما فيه من ذهاب النفوس والأموال .

وأجاب القرافي : بأن كل ذلك إذا لم تكن الأغراض الفاسدة هي الباعثة على العقد ، وإلا منع كما في عقود صور النزاع ، وهناك فرق بين هذه البيوع وبيع السيف من قاطع الطريق ونحوه ، فإن البيع للقاطع ليس محصلاً لقطع الطريق وعمل الخمر ، إذ الفساد ليس مقصوداً من البيع بالذات ، حتى يكون باعثاً على عقده ، كصورة النزاع .

والذي أراه في هذا المباح الذي يتذرع به إلى المفسدة : هو أنه ينبغي سد الباب أمام المحتالين والمفسدين الذين يعملون على التحلل من قيود الشريعة وأحكامها ، فإن الشريعة جاءت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد ، وهي إنما تنظر في الحقيقة إلى غايات الأشياء ومآلاتها ، فإن كانت هذه الغايات مفاسد وأضراراً منعت من أسبابها ، وسدت الوسائل والطرق التي يتذرع بها إليها ، ولو كانت هذه الوسائل في نفسها جائزة ، وحينئذ يكون مذهب المالكية والحنابلة في هذه المسألة ـ وهو القول بتأثير الباعث في العقد ، وسدّ الذريعة إلى الحرام ـ أسد وأحكم ، والعمل به أوجب وألزم .

هل ينظر في الذرائع إلى الباعث أو إلى المآل والغاية؟

ينظر إلى الوسائل أو الذرائع من جانبين :

أحدهما ـ النظر إلى الباعث الذي يبعث الشخص على الفعل ، سواء أكان قصده أن يصل إلى حلال أم يصل إلى حرام .

ثانيهما : النظر إلى المآلات المجردة ، من غير نظر إلى البواعث والنيات .

أما الأول : وهو النظر إلى الباعث : فهو كأن يعقد شخص عقداً لا يقصد به مقتضاه الشرعي ، بل يقصد به أمراً محرماً ، كمن يعقد عقد زواج على امرأة ، لا يقصد به أصل العشرة الدائمة ، بل يقصد به أن يحلها لمطلقها الأول بالثلاث (نكاح المحلل) وكمن يعقد عقد بيع ، لا يقصد به مجرد نقل الملكية وقبض الثمن ، بل يقصد به التحايل على الربا (بيع العينة) فإنه في هاتين الحالتين وأشباههما يكون العاقد آثماً ، ولا يحل ما

عقد عليه فيما بينه وبين الله تعالى، أي ديانة.

وإن قامت الدلائل عند إنشاء العقد على نيته، اعتبرت تلك النية الظاهرة سبباً في فساد العقد وبطلانه، لأن اعتبار النية التي قام عليها دليل مادي ظاهر، اقترن بإنشاء العقد، أولى من اعتبار الألفاظ المجردة، بل إن العمل بالنية تفسير لهذه الألفاظ، لأن قرائن الأحوال تعيّن المراد، وتكيف المقاصد، وإن الألفاظ موضوعة للدلالة على مقاصد العاقدين، فإذا ألغيت تلك المقاصد، واعتبرت العبارات مجردة، كان ذلك إلغاء لما يجب اعتباره، واعتباراً لما لم يقصد لذاته.

ونرى في هذه الحالة أنه كان النظر إلى الباعث من حيث التأثيم أولاً، ثم من حيث بطلان التصرف إن قام الدليل.

وأما الثاني: وهو النظر إلى المآل من غير اعتبار للباعث، فالاتجاه فيه إلى الأفعال وما ينتهي في جملتها إليه، فإن كانت تنحو نحو المصالح التي هي المقاصد من معاملات الناس، بعضهم مع بعض، كانت مطلوبة بمقدار يناسب طلب هذه المقاصد. وإن كانت مآلاتها تنحو نحو المفاسد، فإنها تكون محرمة بما يتناسب مع تحريم هذه المقاصد، وإن كان مقدار التحريم أقل في الوسيلة.

والنظر إلى المآلات على هذا النحو لا يكون إلى مقصد العامل ونيته، بل إلى نتيجة العمل وثمرته، وبحسب النية والثمرة يحسن العمل في الدنيا أو يقبح، ويطلب أو يمنع، لأن الدنيا قامت على مصالح العباد، وعلى القسطاس والعدل، فمن سب الأوثان مخلصاً العبادة لله سبحانه وتعالى، فقد احتسب نيته عند الله في زعمه، ولكنه تعالى نهى عن السبّ إن أثار ذلك حنق المشركين، فيسبوا الله عدواً بغير علم، فقد قال الله تعالى: «ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله، فيسبوا الله عدواً بغير علم» (الأنعام: ١٠٨). فكان الملاحظ في هذا النهي النتيجة الواقعة، لا النية المحتسبة.

ونستدل منه أن المنع فيما يؤدي إلى الإثم، لا يتجه فيه إلى النية فقط، بل إلى النتيجة المثمرة أيضاً، فالأصل في اعتبار الذرائع هو النظر إلى مآلات الأفعال، فيأخذ الفعل حكماً يتفق مع ما يؤول إليه، سواء أقصده أم لم يقصده، فإذا كان الفعل يؤدي إلى مطلوب فهو مطلوب، وإن كان لا يؤدي إلا إلى شر، فهو منهي عنه، ممنوع بسبب النتيجة، وإن كان قد علم الباعث الحسن والنية المخلصة.

وقد يقصد الشخص الشر بفعل المباح، فيكون آثماً فيما بينه وبين الله تعالى، ولكن ليس لأحد عليه من سبيل، ولا يحكم على تصرفه بالبطلان الشرعي، كمن يرخص في سلعته، ليضر بفعله تاجراً ينافسه، فإن هذا بلا شك عمل مباح، وهو ذريعة إلى إثم، هو الإضرار بغيره، وقد قصده. ومع ذلك لا يحكم على عمله بالبطلان بإطلاق، ولا يقع تحت التحريم الظاهر الذي ينفذه القضاء، فإن هذا العمل من ناحية النية ذريعة للشر، ومن ناحية الظاهر قد يكون ذريعة للنفع العام والخاص، فإن البائع بلا شك ينتفع من

بيعه ومن رواج تجارته، وينتفع العامة من ذلك الرخص، وقد يدفع إلى نزول الأسعار، ومع ذلك كرهه الإمام أحمد إن تبين أن فيه إضراراً بصاحبه التاجر الآخر.

وهكذا يتبين لنا أن سد الذرائع لا ينظر فيه فقط إلى النيات والمقاصد الشخصية كما رأينا، بل يقصد فيه مع ذلك إلى النفع العام، أو إلى دفع الفساد العام، فهو ينظر إلى القصد مع النتيجة أو إلى النتيجة وحدها.

وقد افترض الشاطبي صورة يقصد فيها العامل إلى نفع نفسه، وإلى ضرر غيره معاً، وليس في القضية نفع عام ولا فساد عام، فقال:

«لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار، لثبوت الدليل على ألا ضرر ولا ضرار في الإسلام، لكن يبقى النظر في هذا العمل الذي اجتمع فيه قصد نفع وقصد إضرار غيره، أيمنع منه، فيصير غير مأذون فيه، أم يبقى على حكمه الأصلي، من الإذن، ويكون عليه إثم ما قصد؟.

هذا مما يتصور فيه الخلاف في الجملة، ومع ذلك فيحتمل في الاجتهاد تفصيلاً: وهو أنه إما أن يكون إذا رفع ذلك العمل، وانتقل إلى وجه آخر في استجلاب تلك المصلحة، أو درء تلك المفسدة، حصل له ما أراد أو لا.

فإن كان ذلك، فلا إشكال في منعه منه، لأنه لم يقصد ذلك الوجه، إلا لأجل الإضرار، فلينقل عنه ولا ضرر عليه، كما يمنع من ذلك العقل إذا لم يقصد إلا الإضرار. وإن لم يكن له محيص عن تلك الجهة التي يستضربها غيره، فحق الجالب أو الدافع مقدم، وهو ممنوع من قصد الإضرار»[٢٢].

الحكم الدنيوي في الذرائع وأوجه الاتفاق والاختلاف مع نظرية الباعث:

عرفنا مما سبق أن أصل الذرائع من حيث الحكم الدنيوي لا تعتبر فيه النية، على أنها الأمر الجوهري في المنع أو الإباحة، إنما النظر الجوهري إلى النتائج والثمرات، فإن كانت نتيجة العمل مصلحة عامة، كان واجباً بوجوبها، وإن كان يؤدي إلى فساد، فهو ممنوع بمنعه، لأن الفساد ممنوع، فما يؤدي إليه ممنوع، والمصلحة مطلوبة، فما يؤدي إليها مطلوب. وإن المقصود بالمصلحة العامة: النفع العام، وبالفساد: ما ينزل من الأذى بعدد كبير من الناس.

وحينئذ تلتقي الذرائع مع نظرية الباعث في التأثيم والحكم الأخروي دائماً، وقد تلتقى معها في الحكمين الدنيوي والأخروي، فيأثم العاقد ويبطل التصرف، كبيع العنب لعاصر الخمر، والبيوع الربوية، ولكن تنفرد الذرائع عن نظرية الباعث في الحكم الدنيوي البحت.

فإذا كان ما هو مباح للشخص من المنافع الخاصة يؤدي الاستمساك به إلى ضرر عام، أو يمنع مصلحة عامة، كان منع الاستمساك مطلوباً، سداً للذرائع، وإيثاراً للمنفعة

العامة على الخاصة[٢٣]، مثل تلقي الركبان أو تلقي السلع قبل نزولها الأسواق[٢٤]. إنه ممنوع، لأنه، وإن كان في أصله جائزاً، لأنه بيع وشراء، ولكن إن أجيز، كان الناس في ضيق، ولم تستقم حرية التعامل، فيكون في بقاء الإذن ضرر عام، فيمنع الشراء لسد الذرائع، ويكون المنع عاماً، ولو كان لبعض المتلقين نية حسنة محتسبة، وفوق ذلك، فإن هناك غبناً محتملاً على البائع، فأثبت الإمام أحمد الخيار له مطلقاً، وكذلك الإمامان: مالك والشافعي أيضاً، سواء غبن البائع بالفعل أم لا[٢٥].

ومثل احتكار الطعام، وما يحتاج إليه الناس، إنه حرام، لقول النبي ﷺ: «لا يحتكر إلا خاطىء[٢٦]». ولولي الأمر أن يمنع الاحتكار منعاً من إضرار الناس، وله إجبار المحتكرين على البيع بمثل الثمن أو بقيمة المثل عند ضرورة الناس إليه. وتدخل ولي الأمر في هذا يعتبر سداً لذريعة الفساد والأذى الذي ينزل بالناس.

وجملة القول: إن البيوع الربوية أو بيوع العينة، وبيع العنب لعاصره خمراً، وبيع السلاح في الفتنة، وزواج المحلل ونحوها يأثم عاقدها بالاتفاق، ويبطل عقدها عند المالكية والحنابلة والشيعة، على أساس كل من نظرية الباعث في العقد، وأصل الذرائع أو مبدأ الذرائع إذا دلت القرائن والأمارات على أن العاقد يقصد بعقده التوصل إلى الحرام. والقرينة الواضحة أو القاطعة تأخذ حكم العلم، فيبطل العقد، وهو الأصح والأولى، وخصوصاً تصرفات الناس اليوم الذين غلبت عليهم المادة، وضعف لديهم الوزاع الديني، أو الورع والاحتياط، فهم لا يقصدون غالباً من تصرفهم إلا التحايل على شرع الله ودينه، وأي فرق بين التوسل إلى الحرام بطريق الاحتيال والمكر والخداع، والتوسل إليه بطريق المجاهرة التي يوافق فيها السر الإعلان، والظاهر الباطن، والقصد اللفظ، بل سالك هذه الطريقة قد يكون عاقبته أسلم وخطره أقل من سالك تلك من وجوه كثيرة، كما أن سالك طريق الخداع والمكر عند الناس أمقت، وفي قلوبهم أوضع، وهم عنه أشد نفرة ممن أتى على وجهه، ودخله من بابه، كما قال ابن القيم[٢٧].

وخلاصة البحث ما يأتي:

١ ـ ليس الخلاف في نظرية الباعث فيما إذا دل العقد على قصد الحرام، كظهور قصد الربا في البيع، وظهور قصد تحليل المرأة المطلقة ثلاثاً لزوجها، وليس هو أيضاً في حال تعمد الوقوع في الحرام، كتعمد بيع العنب لمن يعصره خمراً، وإنما الخلاف حيث لم يظهر القصد إلى الممنوع، ولم يتعمد العاقد ارتكاب الحرام، وكان الاتفاق ضمنياً أو خفياً بعيداً عن العقد، ولم يجزم العاقد أنه يقصد الانغماس في المعصية، وظن أنه يفعل مباحاً، اعتماداً على ظاهر العقد.

٢ ـ الأخذ بنظرية الباعث يتفق مع مقتضيات أبسط العقول، وخصوصاً في عصرنا الحاضر، فلا يعقل ولا يتقبل منطق إنساني أن يحرم الشرع أو أي قانون شيئاً، ثم

يسمح أو يأذن بتحايل الناس على تجاوزه بحيل باطلة، وعقود لا يقصد منها إلا التلاعب بها، واتخاذها جسراً للحرام، بل إن الخداع في حد ذاته حرام، والله لا تخفى عليه خافية في الأرض ولا في السماء.

٣ ـ كذلك الأخذ بالذرائع سداً وفتحاً، بمعنى منع كل ما يؤدي إلى المفسدة، وإباحة كل ما يؤدي إلى المصلحة، هو الشيء المحتم والراجح شرعاً، لاتفاقه مع مقاصد التشريع العامة.

٤ ـ إن الإمامين أبا حنيفة والشافعي اللذين لا يأخذان بنظرية الباعث ولا بمبدأ الذرائع، ويصححان في الظاهر بيوع الآجال وغيرها مما ذكر، يقولان بحرمة هذه البيوع وبتأثيم عاقدها. ويزيد أبو حنيفة على ذلك القول بفسادها بسبب آخر وهو انبناؤها على عقد لم يتم، وكونها مشتملة على بيع الشيء قبل القبض.

٥ ـ تختلف الذرائع عن نظرية الباعث في أنه ينظر فيها إلى جانبين: الباعث والمآل، فيبطل العقد أحياناً بسبب سوء القصد، ولكن الأصل في الذرائع هو أن ينظر إلى مآلات الأفعال. وأما نظرية الباعث فينظر فيها إلى النية والقصد غير المشروع فقط.

وأخيراً أستطيع القول بأن المقارنة بين نظريتي الباعث والذرائع جديدة في هذا البحث، إذ لم أطلع في حدود علمي ورجوعي إلى مختلف المصادر الفقهية والأصولية، القديمة والحديثة، على هذا النحو ولا على من أسهم بشيء في هذا المضمار، وقد أوضحت تماماً أوجه الاتفاق والاختلاف بين النظريتين.

الهوامش

(١) راجع مذهب الحنفية في مختصر الطحاوي : ص ٢٨٠، تكملة فتح القدير : ١٢٧/٨، البدائع : ١٨٩/٤، تبيين الحقائق : ١٢٥/٥.

وراجع مذهب الشافعية في الأم للشافعي : ٨٥/٣، المهذب للشيرازي : ١٢٧/١، مغني المحتاج شرح المنهاج : ٣٧/٢ وما بعدها، الباجوري على ابن القاسم : ٣٥٣/١.

(٢) راجع مذهب المالكية في بداية المجتهد لابن رشد : ١٤٠/٢، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي : ٩١/٣، مواهب الجليل للحطاب : ٤٠٤/٤، ٢٦٣، القوانين الفقهية : ص ٢٥٨، ٢٧١ وما بعدها، الموافقات للشاطبي : ٢٦١/٢، الفروق للقرافي : ٢٦٦/٣ وما بعدها.

وراجع مذهب الحنابلة في المغني لابن قدامة : ١٧٤/٤ وما بعدها، و٢٢٢/٤، أعلام الموقعين : ١٠٦/٣، ١٠٨، ١٢١ وما بعدها، ١٣١، ١٤٨، غاية المنتهى : ١٨/٢.

وانظر مذهب الظاهرية في المحلّى : ٣٦/٩، ومذهب الشيعة الجعفرية في المختصر النافع في فقه الإمامية : ص ١٤٠، ومذهب الشيعة الزيدية في المنتزع المختار : ١٩/٣ وما بعدها.

وانظر المذاهب في كتابي «الفقه الإسلامي وأدلته» ١٨٥/٤ وما بعدها، ٤٦٧ وما بعدها، ٤٧٦ وما بعدها.

(٣) القواعد لابن رجب الحنبلي : ص ٣٢٢.

(٤) نيل الأوطار : ١٥٤/٥.

(٥) مواهب الجليل للحطاب : ٢٦٣/٤ وما بعدها.

(٦) القوانين الفقهية لابن جزي : ٢٥٨، ٢٧١، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي : ٧٧/٣، ٧٨، ٨٨، الشرح الصغير وحاشية الصاوي : ١١٨/٣ - ١٣٢.

(٧) الأشباه والنظائر لابن نجيم : ص ١١٠ وما بعدها، حاشية الحموي على الكتاب السابق : ١٢/٢ وما بعدها، الأشباه والنظائر للسيوطي : ص ٤٠، ١٤٨ - ١٤٩، ط التجارية، مغني المحتاج : ٣٧/٢ - ٣٨، الملكية ونظرية العقد للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة : ص ٢١٥ وما بعدها، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي للباحث :

ص ٤٣١ وما بعدها، ٤٤٨ وما بعدها، ط ثالثة.

(٨) أعلام الموقعين: ١١٧/٣ ـ ١١٩ وما بعدها، و٤٠٠/٤ وما بعدها.

(٩) الأم: ٣٣/٣، ٧٠/٧.

(١٠) كتاب ابن حنبل للمرحوم الأستاذ محمد أبو زهرة: ص ٣٢٧، وكتاب «مالك» له أيضاً.

(١١) الموافقات للشاطبي: ٣٠٤/٣ وما بعدها.

(١٢) أخرجه أحمد والبيهقي وابن حبان بإسناد حسن بلفظ: «إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه».

(١٣) أخرجه أصحاب السنن إلا ابن ماجه عن عبد الله بن عمرو.

(١٤) مغني المحتاج: ٣٧/٢ ـ ٣٨.

(١٥) رواه أبو داود عن ابن عمر رضي الله عنهما، وفي إسناده مقال، ولأحمد من رواية عطاء، ورجاله ثقات، وصححه ابن القطان (سبل السلام: ٤١/٣).

(١٦) أخرجه عبد الرزاق في مصنفة عن عائشة (تخريج أحاديث تحفة الفقهاء للباحث مع الأستاذ محمد المنتصر الكتاني: ٧١/٢٠).

(١٧) الفروق للقرافي: ٢٦٧/٣.

(١٨) إرشاد الفحول للشوكاني: ص ٢١٧.

(١٩) المرجع والمكان السابق.

(٢٠) الفروق: ٢٦٨/٣.

(٢١) متفق عليه بين البخاري ومسلم عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة رضي الله عنهما. والجنيب: الصلب او الطيب أو الذي أخرج منه حشفه ورديئه. وتمر الجمع: هو التمر الردىء المجموع من أنواع مختلفة (سبل السلام: ٣٨/٣).

(٢٢) الموافقات: ٣٤٩/٢، ط التجارية.

(٢٣) المراجع السابقة: ٣٤٨/٢.

(٢٤) روى الحديث أحمد والبخاري ومسلم عن ابن مسعود، ورووه أيضاً مع أصحاب السنن عن أبي هريرة إلا البخاري (نيل الأوطار: ١٦٦/٥).

(٢٥) ابن حنبل، المرجع السابق: ص ٣١٧ ـ ٣١٨.

(٢٦) رواه أحمد ومسلم وأبو داود عن معمر بن عبد الله العدوي (نيل الأوطار: ٢٢٠/٥).

(٢٧) أعلام الموقعين: ١٢٠/٢ وما بعدها.