جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية العلوم الإنسانية والإجتماعية

قسم العلوم الإسلامية

مراعاة الباعث وتطبيقاته في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

إعداد الطالبة:

- سارة عماري
- خولة طيبي

إشراف الأستاذ

بوجمعة حمد

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
	محمد بوضياف – المسيلة	رئيسا
بوجمعة حمد	محمد بوضياف – المسيلة	مشرفا ومقررا
	محمد بوضياف – المسيلة	ممتحنا

السنة الجامعية: 2020/2019

بسم الله الرحمن الرحيم

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
قسم: العلوم الإسلامية

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة): طيبي خولة

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم: طالبة

الحامل (ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 110152108

والصادرة بتاريخ: 2018/07/25

عن دائرة: الحمادية ولاية البرج

المسجل (ة) بكلية: العلوم الإنسانية والإجتماعية قسم: العلوم الإسلامية

والمكلف (ة) بإنجاز أعمال بحث(مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)، عنوانها: مراحاة البيئة وتطبيقاته في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري:

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 29/09/2020

إمضاء المعني

نظرا للمصادقة على إمضاء
السيد: طيبي خولة
ب.ت.و. رقم: 110152108
الصادرة في: 29 سبتمبر 2020
رئيس المجلس الشعبي البلدي
ونائب رئيس المجلس الشعبي البلدي
والمفوض منه
رئيس مكتب الحالة المدنية
مريخي حسان

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم: العلوم الإسلامية

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة): سارة عماري

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم: طالبة

الحامل (ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 096538

والصادرة بتاريخ: 2014 / 04 / 30

عن دائرة: حمّرة

المسجل (ة) بكلية: العلوم الإنسانية والاجتماعية قسم: العلوم الإسلامية

والمكلف (ة) بإنجاز أعمال بحث(مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)، عنوانها: دراسات الباعث وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 29 أكتوبر 2020

إمضاء المعني

بتفويض من رئيس المجلس العلمي
نظر وصودق على إشهاده
السيد: المحسن
يوم: 29 أكتوبر 2020

شكر وعرفان

أما الشكر فهو لله سبحانه وتعالى على ما أولانا به من نعم، وأفاض علينا من كرم، وأما التقدير والعرفان فهو للأستاذ الجليل

الأستاذ الدكتور: بوجمعة حمد

الذي قبل الإشراف على هذه الرسالة على الرغم من ضيق وقته، وكثرة عمله، ومع ذلك فقد أمدنا بكل العون، وأفاض علينا بعمله، وفضله، وكرمه، وأرشدنا بأسلوب علمي دقيق، مما كان له عظيم الأثر في إعداد هذه الرسالة التي نرجوا أن تنال القبول، وأطال الله في عمره، ومتعه بالصحة والعافية، وجزاه الله عنا، انه سميع مجيب دعوة الداعي إذا دعاه.

إهداء

إلى الوالدين الغاليين.

إلى أخواتي الكريمات.

إلى كل أساتذتي وأخواني وزملائي وكل من شارك بالجهد والدعاء،

وساهم في مساعدتي في إخراج هذه الرسالة إلى دائرة النور.

إلى هؤلاء جميعا أهدي هذا البحث.

الباحثتان:

سارة عماري

خولة طيبي

مقدمة

مقدمة:

الحمد لله المقصـــود بصـــالح الأقوال والأعمال، والمطلوب رضـــاه في الإرادات والأحوال، نحمدك اللهم على ما مننت به من التوفيق ونصـلى ونسـلم على سـيدنا محمد الهادي إلى أقوم طريق صلوات الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم.

أما بعد: إن كل أفعال الإنسان وأعماله التي يقدم عليها في حياته اليومية إلا وتحركه إليها نوايا ودوافع ومثيرات داخلية حملته على القيام بها، فلا يمكن أن يقدم شـــخص على قول أو فعل إلا إذا وجد هذا المثير الداخلي، الذي يقصد به الوصول إلى أهداف وغايات تشبع رغباته وتلبي مصالحه.

فالإنســـان لا يهدأ حتى يدرك أهدافه وإلا يبقى متحصـــرا عليها في حين لابد من محركات تدفع الإنســـان إلى تحقيقها، والتي يطلق عليها البواعث، فهي التي توضـــح ما تكنه النفوس من نواياها الخبيثة والطيبة، حيث أن لها علاقة وطيدة بالنظام الشرعي العام، فالله تعالى العالم بهذه النفوس وما تخفي فقد شـــرع لعباده أحكام وضـــوابط تنظم حياتهم وحثهم تعالى إلى العمل بنية حســـنة، فالأعمال بالنيات هي التي تلعب دورا في إثبات الفعل الذي يقوم به الإنسان، وعليه سيكون موضوع بحثنا هذا.

أهمية الموضوع:

1- إن هذه الدراسـة تظهر سـماحة الشـريعة الإسـلامية ومرونتها واتسـاعها لتشـمل جميع مصـالح العباد في كل زمان ومكان، ومدى اهتمام ومراعاة الشـريعة الإسـلامية لأحوال العباد، ودفع المشقة والضرر عنهم من خلال وضع قيود تتحكم بسلطان الإرادة وتمنع تعسفها.

2- إن دراسـة الباعث له أهمية كبيرة من حيث الحفاظ على العقد، وخاصـة عقود الأحوال الشـخصـية التي تتعلق بالجانب المادي والمعنوي معا (كالزواج وما يترتب عليه من

معاشرة ونسب وغيرها من الأحكام)، والتي تترتب عليها آثار قد لا تجبر بالتصحيح أو التعويض إذا كانت باطلة .

3- وأخيرا تتبع البواعث ودراستها والعناية بها يؤدي وظيفة اجتماعية، حيث يكشف عن تلاعب بعض النفوس السيئة التي تحيد بالعقد عن المسار الذي أسس عليه، وبهذا نحمي المجتمع والأفراد على حد سواء.

أسباب اختيار الموضوع: إن أهم الأسباب التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع بالذات هو الرغبة في دراسة قانون الأسرة، ودراسة بعض مسائلة التي ترتبط بالحياة منذ ولادة الإنسان حتى وفاته، فهي تبرز أهم المشاكل التي يتعرض لها الأفراد مما يجعل حقوقهم في بعض الأحيان ضائعة، و من ناحية أخرى رغبتنا الشديدة في تطوير مواهبنا العلمية، وهذا الموضوع بحد ذاته يشمل ويجمع أغلب فصول قانون الأسرة الجزائري، وذلك بعرض رأي الشرعي والقانوني فيه من خلال مدى تأثير الباعث على عقود الأحوال الشخصية من حيث الصحة والبطلان، ودورهما الفعال في تنظيم هذه المسائل، من خلال معرفة مدى تأثير الباعث على عقود الأحوال الشخصية.

أما السبب الأخير هو أننا وجدنا هذا الموضوع مدروس في أغلب الدراسات السابقة من حيث الأثر الذي يتركه الباعث على العقود بصفة عامة، في حين نجد ندرة في دراسة الباعث على عقود الأحوال الشخصية بصفة خاصة، إلا في دراسة واحدة معاصرة تم التطرق لمثل هذا الموضوع، لذا كان لنا الشغف للبحث في هذا الموضوع والاجتهاد في بيان علاقته بالباعث.

أهداف الموضوع:

1- محاولة الوقوف على بعض التطبيقات المعاصرة لإعمال الباعث في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

2- بيان أقوال وآراء الفقهاء في مسألة الباعث، وأن العلماء المسلمين قد سبقوا غيرهم من علماء القانون في هذه المسألة.

3- إن دراسة الباعث تساعد على حماية العقود من التحايل الذي يؤدي إلى عدم اطمئنان المتعاقدين أثناء إبرام العقد.

4- اظهار أن الشـريعة الإسـلامية شـاملة لكل جوانب ومجالات الحياة، وإنها ليسـت مقتصـرة على جانب دون آخر، فهي تهتم بالجانب الداخلي والمعنوي، كما تهتم بالجانب الظاهري والمادي، ولا تقتصـر على الشكلية في العقود بل تبحث أيضـا في النيات والقصود.

إشكالية الموضوع:

إن النفس البشرية هي وعاء تصب فيه كل الأفكار والنوايا شرها وخيرها، لذا رفع الله ـ عز وجل ـ ما توسوس به أنفسنا من مكايد ونوايا خبيثة لغيرنا ما لم نتكلم أو نعلم به أو نقدم عليه، ومن هنا يتضـح لنا أن أفعال الإنسـان متوقفة على النية من حيث الحل والحرمة، وعند الحديث عنها نكون بذلك قد وضـحنا الخفايا والبواعث والغايات كون هذه الأخيرة تملك أهمية كبيرة في كشـف الحقائق، وما تحمل من نوايا سـواء الطيبة منها أو الخبيثة، في حين أنها تصـبح أفعال فيما بعد تتجسـد في أرض الواقع، ولما كانت عقود الأحوال الشخصية هي عقود تتعلق بالأفراد والمجتمع، وجب علينا دراستها ورفع الغموض عنها. فهناك العديد من العقود التي نص عليها قانون الأسـرة الجزائري وهي من العقود التي لها علاقة وطيدة بالبواعث والقصـود كالوصـية والهبة، على غرار الفقه الإسـلامي الذي يجعل من القصود والبواعث ذات أثر كبير في صحة العقد أو فساده، وعليه سنطرح الإشكال التالي: هل تتأثر هذه العقود بالباعث من حيث الصـحة والبطلان أم لا؟ وما هو الموقف الذي يتخذه المشرع الجزائري في هذه المسألة؟

منهج الدراسة:

اعتمدت على المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن، حيث قمت بجرد كل ماله صلة بالباعث في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، كما قمت بعد جمع أقوال الفقهاء بتحليلها للوصول إلى بيان الصلة بين الباعث وبعض مسائل فقه الأسرة.

الدراسات السابقة:

1- ماصونا الخطيب الحسني، الباعث وأثره في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي، بحث لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامي وأصوله، جامعة دمشق، 1424هـ، 2003م، والإشكال الذي عالجه هذا البحث من أجله هو: هل يعد الباعث ركنا في التصرف داخلا فيه لا يمكن أن ينفصل عن النية أم لا؟، ولدراسة هذا البحث اعتمد على المنهج الموضوعي الاستقرائي المقارن.

ومن أهم النتائج التي خلص إليها من خلال دراسته هي:

1- أن دراسة الباعث من أشد الدراسات صعوبة لما يكتنف فكرة الباعث فقها من غموض، الأمر الذي أدى إلى الاستعانة بالدراسات النفسية والفلسفية والقانونية خاصة الجنائية لوضع تعريف محدد وواضح للباعث.

2- أن أثر الباعث لا يظهر إلا إذا كان غير مشروع، عندئذ يكون أداة لإبطال العقد أو التصرف عند من يعتد به، ولا يعول على الباعث غير المشروع إلا في مجال الإباحة، وضابطه المتفق عليه هو علم الطرف الآخر به.

والفرق بين ما أدرسه في هذا البحث والبحث هذا هو: أنني تطرقت في بحثي إلى دراسة ماهية الباعث من الناحية الفقهية والقانونية وتطبيقاته على مسائل الأحوال الشخصية، أما هذا البحث فيدرس لنا مدي اثر نظرية الباعث على العقود والتصرفات من الناحية الفقهية فقط دون القانونية.

2- **عادل محمود إبراهيم، النظرية العامة للبواعث الإجرامية في محالات الإباحة والتجريم والعقاب، بحث لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامي، جامعة الأزهر، 1424هـ، 2003م،** والإشكال المطروح فيها هو: دور وأثر الباعث في مجال الإباحة والتحريم والعقاب ؟، واعتمد على المنهج التحليلي المقارن لدراسة الإشكال .

ومن أهم النتائج التي توصل إليها من خلال دراسته هي:

1- أنه هناك الكثير من العوامل والتي تنمي النزعة العدوانية لدى الفرد وتثير بواعثه الإجرامية وتنشيطها، وبالتالي تدفعه إلى إتباع طريق الشر، وارتكاب الجريمة، وهذه العوامل قد تكون داخلية كالعوامل النفسية وإدمان المسكرات والمخدرات وقد تكون خارجية كالعوامل البيئية.

2- وعلى جانب آخر توحد العديد من العوامل التي تقاوم نوازع الشر والعدوان لدى الفرد، وتغلب طريق الخير على طريق الشر، ولا شك إن التنشئة الاجتماعية على أساس من تعاليم الدين هي أهم تلك العوامل التي تملك بناء مجتمع فاضل تشيع فيه الفضيلة، وتحارب فيه الرذيلة .

الفرق بين ما أدرسه في هذا البحث والبحث هذا هو: أنني تطرقت في دراستي إلى دراسة الباعث في مجال قانون الأسرة الجزائري، أما هذا البحث فيدرس الجوانب النفسية للجانحين في مجال القانون الجنائي.

3- **بكارة بوشنتوف، نظرية الباعث وتطبيقاتها على مسائل الأحوال الشخصية، بحث لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة وهران، 2013م،2014 م،** والإشكال الذي من عالج هذا الموضوع هو:هل تتأثر عقود الأحوال الشخصية بالبواعث و القصود من حيث الصحة والبطلان أم لا ؟، ولدراسة هذا الإشكال اعتمد صاحبه على المنهج الاستقرائي التحليلي.

ومن أهم النتائج التي توصل إليها من خلال دراسته هي:

1- الباعث مثير داخلي يحفز النفس ويدفعها للإقدام على أمر أو تصـــرف أو الإحجام عن تركه، فتصـرفات الإنسـان تحركها بواعث داخلية مما يؤثر على هذه التصـرفات، وبهذا نستنتج أن الباعث له تأثير في العقود من حيث الصحة والبطلان.

2- إن إعمال الباعث لـه أهمية كبيرة تتمثل في الحفاظ على ســـلامة العقود من النيات والمقاصد غير الشريفة، وبالتالي الحفاظ على حقوق المتعاقدين .

لقد أضـاف هذا البحث إلى ما درسته في بحثي رأي قانون الأسرة الكويتي والمغربي الباعث في مســـالة، وعلاقة نظرية الباعث بالنظريات الأخرى القانونية والفقهية، كما أنه اتبع المنهج التحليلي المقارن في معالجته لإشكالية بحثه، بخلاف دراسـتي التي اقتصـرت فيها على المذاهب الفقهية الأربعة و قانون الأسـرة الجزائري، بالإضـافة إلى ذكر أقسـام الباعث وخصائصه وضوابطه، كما أنني اتبعت المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن لدراسة موضوع بحثي.

3- **عبد المولى أبو القاســـم إبراهيم، أثر الباعث في العقود، رســـالة لنيل درجة الماجسـتير، جامعة مالا نج، 2014هـ**، والإشـكال الذي عالج هذا الموضـوع هو: كيفية تحديد الباعث أو السـبب الذي حمل الشـخص على إبرام العقد في الشـريعة الإسـلامية والقانون الوضـعي؟ موضـحا ماهية الباعث في الفقه والقانون، ومبرزا أثره في العقود؟، ولدراسة هذا الموضوع اعتمد صاحبه على المنهج الاستقرائي التحليلي.

ومن أهم النتائج التي توصل إليها من خلال دراسته هي:

1- إذا كان الباعث في البيع غير المشـــروع فان البيع يبطل على من يقول بالباعث في العقود، وكذلك في القانون يبل العقد، وان كان لابد من علم الطرف الآخر.

2- تعد دراسـة الباعث من أصـعب الدراسـات والسبب في ذلك يرجع للباعث نفسـه حيث انه أمر خفي في النفس البشـرية يختلف من فرد إلى آخر، وهو أمر خارج عن نطاق العقود ولهذا السبب يصعب معرفته إلا بوجود قرائن تدل عليه.

والفرق بين ما أدرسه في هذا البحث والبحث هذا هو: أني اقتصرت في دراستي على مدى تأثير الباعث على عقود الأحوال الشخصية، أما هذا البحث فيدرس لنا مدى تأثير الباعث على عقود المعاملات وكذلك عقود الأحوال الشخصية.

خطة البحث:

الفصل الأول: ماهية الباعث.

المبحث الأول: مفهوم الباعث.

المبحث الثاني: أقسام الباعث وضوابطه.

الفصل الثاني: تطبيقات الباعث على مسائل الأحوال الشخصية.

المبحث الأول: تطبيقات الباعث على مسائل إبرام عد النكاح.

المبحث الثاني: تطبيقات الباعث على مسائل التبرعات.

الفصل الأول

ماهية الباعث

تمهيد:

إن فكرة الباعث يكتنفها كثير من الغموض ســـواء في الفقه الإســـلامي أو القانون الوضــعي، وهذا ما يدعونا إلى البحث محاولين توضــيح بعض جوانبها، وذلك بتحديد ماهية الباعث.

والكلام عن ماهية الشــيء يســتلزم – بطبيعة الحال – البحث في مفهومه، وأقســامه، والضوابط التي يرتكز عليها، وذلك في مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم الباعث.

المبحث الثاني: أقسام الباعث وضوابطه.

المبحث الأول: مفهوم الباعث

يحتل الباعث مكانه كبيرة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وسنوضح ذلك من خلال إعطاء تعريف محدد له وبيان طبيعته وخصائصه، ومن ثم بيان علاقته ببعض المصطلحات المشابهة له. وتأسيسا على ذلك فقد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين الأول منها في تعريف الباعث وبيان خصائصه وعقدنا الثاني للبحث عن علاقة الباعث ببعض المصطلحات التي تماثله وتقترب منه في معناه.

المطلب الأول: تعريف الباعث وخصائصه

لقد وردت تعريفات عديدة للباعث نتيجة جدل كبير ثار حول تعريفه بين شراح القانون والشريعة، لذا قسمنا هذا المطلب إلى فرعين في الأول تناولنا تعريف الباعث وفي الثاني خصائصه وطبيعته.

الفرع الأول: تعريف الباعث

أولا: في الفقه الإسلامي

1- لغة:

من بعثه بعثا أي أرسله وحده[1].

وانبعث الشيء، وابتعت أي اندفع[2].

[1]- الزبيدي: محب الدين أبي الفيض السيد مرتضى الحسيني الواسطي الحنفي، تاج العروس من جواهر القاموس، المطبعة الخيرية المنشأ، مصر المحمية، ط1، 1304ه، ج1، ص 602،603، الرازي: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، مطبعة دار المعارف، مصر، د ط، د ت ن، ص57.

[2]- ابن منظور: أبو الفضل محمد بن مكرم (ت: 711ه)، لسان العرب، طبعة دار المعارف، مصر، د ط، د ت ن، ج1، ص 707.

فالباعث في اللغة يأتي بمعنى الدافع والمرسل والمثير، وما ينطبق على هذا المعنى[1].

2- اصطلاحا:

أ- عند القدامى:

من خلال ما اطلعت عليه من أمهات الكتب الفقهية لم أعثر على تعريف الباعث بالمعنى الصريح، ذلك أن علماء الشريعة الإسلامية قد عبروا عليه بمعاني مختلفة، فمنهم من عبر به عن القصد، بقوله: " إن الأعمال بالنيات والمقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والعادات"[2]، وقد علق المحقق على هذا بقوله: " تعرض المصنف هنا لنظرية الباعث"[3].

كما عبر عنه البعض بالعلة، بقولهم: " فإما أن تكون العلة بمعنى الأمارة أو بمعنى المعرفة أو بمعنى الباعث "[4].

وأيضا الزركشي عرف العلة بقوله: " وأن العلة بمعنى الباعث"[5].

ب- عند المعاصرين:

عرفه البعض بأنه: " هو الدافع الذي يحرك إرادة المنشئ للتصرف إلى تحقيق غرض مباشر "[6].

---

[1]- وردت كلمة الباعث في القرآن الكريم في كثير من المواضع، فوردت مثلا بمعنى الإرسال في قوله تعالى: ﴿ وَلَقَدْ بَعَثْنَا فِي كُلِّ أُمَّةٍ رَسُولًا﴾ [سورة النحل: 36]، ثم جاءت بمعنى الإيقاظ والإشارة فقال تعالى: ﴿كَذَّبَتْ ثَمُودُ بِطَغْوَاهَا * إِذِ انْبَعَثَ أَشْقَاهَا﴾ [سورة الشمس:11-12]، ثم جاءت بمعنى النشور أي البعث بعد الموت فقال تعالى ﴿ قَالُوا يَا وَيْلَنَا مَنْ بَعَثَنَا مِنْ مَرْقَدِنَا هَذَا﴾ [سورة يس:52].

[2]- الشاطبي: أبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد الخيمي، (ت: 9 70هـ)، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة، دار بن عفان، ط1، 1417هـ، 1997م، ج3، ص 7.

[3]- المرجع نفسه، ص 807.

[4]- الآدمي: علي بن محمد الآدمي (ت: 603هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، دار الصميدي، الرياض السويدي، ط1، 1424هـ، 2003م، ج 3، ص 664،665.

[5]- بدر الدين الزركشي، البحر المحيط، دار الصفوة، الغردقة، ط2، 1423هـ،1992م، ج5، ص24.

[6]- فتحي الدريني، النظريات الفقهية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1337هـ، 1977م، ص290.

والمقصـــود هنا بالغرض غير المباشـــر هو: الغرض المخالف لمقاصـــد الشـــارع أو المصلحة العامة أو يجاوز الحدود الأخلاقية ويكون عندئذ غير مشروع.

فعقد البيع مثلا: من نتائجه المباشرة انتقال ملكية المبيع للمشتري، وانتقال ملكية الثمن للبائع. أما الغرض الغير المشـــروع يمكن أن يكون باعث لأحد المتعاقدين أو كليهما، هو أن يريد أحد المتعاقدين اتخاذ المبيع لتحقيق غرض محرم، كمن يشتري منزلا من أجل الدعارة أو القمار[1].

رغم ذلك يأخذ على هذا التعريف أنه غير جامع ـ قاصر ـ لمعنى الباعث، فالباعث قد يكون مشـــروع أو غير مشـــروع، كما يلاحظ على هذا التعريف أيضـــا أنه يعمل على تحديد الوضعية العقدية للباعث، دون إعطاء تعريف الباعث لذاته.

وعرفه البعض الآخر بأنه:" النية الحاملة لصـــاحبها على إنشـــاء التصـــرف والقيام بالفعل"[2].

يأخذ على هذا التعريف كذلك أنه عرف الباعث بأنه النية وهذا غير صحيح؛ لأن هناك فرق بينهما[3]. من خلال ما تقدم يمكن القول بأن الباعث بالمعنى الدقيق هو: الدافع النفســـي الذي يحرك إرادة المتعاقد إلى تحقيق غرض معين من خلال العقد.

ثانيا: في القانون الوضعي

لم تتعرض التشـريعات الوضـعية لتعريفات الباعث، تاركة هذا الأمر للفقه[4]، وقد ذهب شراح القانون إلى تعريف الباعث بعدة تعريفات منها:

---

[1]– حليمة ايت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الحداثة، لبنان، بيروت، 1916م، ص36.

[2]– عبد الرحمان بن معم السنوسي، اعتبار المآلات و مراعات نتائج التصرفات، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط1، 1424هـ، ص210.

[3]– سيأتي الحديث بالتفصيل عن علاقة الباعث بالنية ص 18.

[4]– ورغم ذلك فقد تعرضت بعض القوانين العربية لتعريف الباعث مسمية إياه الدافع، حيث نص قانون العقوبات اللبناني في المادة 192على إن :" الدافع هو العلة التي تحمل الفاعل على الفعل، أو الغاية التي يتوخاها"، وقد نقله كل من القانون الســوري في الأردني في المادة 62، والقانون العقوبات الســوري في المادة191، محمود نجيب حســني، النظرية العامة =

" هو وسيلة احتياطية يقصد بها إبطال عقد يستهدف بوسائل مشروعة نتائج غير مشروعه"[1]، ويسمى بالسبب القصدي.

لم يبين هذا التعريف طبيعة الباعث، وإنما اقتصر على وظيفته في إبطال العقد في بعض معاملات فقط في حين أن الباعث يشمل جميع تصرفات الإنسان.

كما عرف أيضا بأنه: " هو الباعث الدافع إلى التعاقد، لا مجرد الغرض المباشر المقصود من العقد، وهو أمر نفسي خارجي عن العقد يتغير بتغير البواعث "[2].

يمكن الأخذ بهذا التعريف لأنه بين لنا طبيعة الباعث بأنه أمر نفسي داخلي، ويشمل جميع تصرفات الإنسان.

من خلال التعاريف السابقة يمكن القول بأن الباعث بالمعنى المجمل هو: " القوة النفسية الدافعة للسلوك الإداري سلبا أم إيجابا، والناتجة عن تصور عن الغاية المراد تحقيقها"[3].

الفرع الثاني: خصائص الباعث

أولا: تحديد طبيعة الباعث

انقسم الرأي في شأن تحديد هذه الطبيعة إلى اتجاهات ثلاثة:

الاتجاه الأول: يرى أنصار هذا الاتجاه أن الباعث من طبيعة نفسية محضة، خالية من أي عنصر عقلي ذهني يقوم بجانب عامل أو السبب النفسي، بمعنى أن الباعث قوة تنبعث

= للقصد الجنائي، دار النهضة العربية القاهرة، د ط، 1987م، فقرة رقم 62، ص602،ونصت المادة 54 من المشروع الأول لقانون العقوبات العربي الموحد على أن :"العلة الدافعة إلي الجريمة أو الغاية التي توخاها الفاعل من ارتكابها "،محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، ط2، بيروت، 1975م، فقرة رقم415، ص412.

[1]– عبد الحي الحجازي، النظرية العامة للالتزام، اعتناء: محمد الألفي، جامعة الكويت، د ط، 1982م، ج1، ص 369.

[2]– بد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط3، 1998م، ج1، ص369.

[3]– عادل محمود إبراهيم، النظرية العامة للبواعث الإجرامية الإباحة والتجريم والعقاب، بحث لنيل شهادة الدكتوراه في الفقه الإسلامي، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، 1428هـ، 2003م، ص19.

عن إحساس وميل أو رغبة مجرد من معنى التصور والتمثل الذي يقوم على التفكير والتخيل. وهذا ما قال به بعض رجال القانون من خلال تعريفهم للباعث[1].

الاتجاه الثاني: وحسب هذا الاتجاه فان الباعث يرجع أساسا إلى حالة ذهنية تصورية، بمعنى انه يقوم على مجرد التصور الذهني والتمثل الفكري للغاية التي يهدف إليها الشخص بسلوكه.

وهذا الرأي يؤكد العلاقة بين الباعث والغرض والغاية، فهو يجعل الباعث انعكاسا للأمرين الآخرين، كما يستبعد وجود باعث غير معلوم، أي خارج دائرة الإرادة[2].

ووفقا لهذا الاتجاه فان الباعث يقوم على عنصر عقلي فقط يصدر عن تفكير في الغاية وتصور لها، وتخيل لوسيلة البلوغ إليها، والموانع التي تحبذ الترك. وهذا ما قال به الغزالي رحمه الله[3].

الاتجاه الثالث: يذهب أصحاب هذا الاتجاه أن الباعث ليس من طبيعة واحدة ـــ كما ذهب الاتجاهين السابقين –بل هو مزيج مركب من الظواهر النفسية والعقلية المؤثرة [4]، أي أنه يجمع بين الميل والعاطفة والتصور والتمثل.

والواقع أن القول بقيام الباعث على عامل نفسي محض هو قول غير سديد، لأنه من المستحيل الرغوب في أمر من الأمور بدرجة تبعث على العقل ما لم يكن الشخص قد أدرك في الأمر ما يدعوا للرغوب فيه، حيث أن الرغبة تحصل بعد تمثل وتصور للمرغوب فيه، وبقوة فعاليتها تتحرك الإرادة.

---

[1]– علي حسن عبد الله الشرقي، الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية، الزهراء للإعلام العربي، ط1، 1406هـ، 1986م، ص33.

[2]– عبد الله الشرقي، المرجع السابق، ص32.

[3]– الغزالي: أبي حامد محمد بن محمد (ت: 505)، إحياء علوم الدين، دار ابن الحزم، بيروت، بيروت، ط1، 1426هـ، 2005م، ج4، ص 365.

[4]– عبد الله الشرقي، المرجع نفسه، ص33.

ومن ناحية أخرى فإن قيام الباعث على عنصـــر عقلي أو ذهني إدراكي محض هو اتجاه غير صائب، حيث أن الإدراك الذهني وإن كان أمرا غير لازما –في كثير من العمليات الإدراكية – لصـــدور القرار الإدراكي وصـــولا إلى الغاية المرجوة، إلا أنه لا بد من التســـليم بضرورة العنصر النفسي في تشييد فكرة الباعث، لأنه مجرد التصور أو التمثل العقلي للغاية، والإدراك الذهني للنفع أو الضرر، لا يكفي لحث الإدراك على فعل السلوك أو الامتناع عنه، بل لابد أن تقترن بذلك كله ميول ورغبة ــ تصدر درجتها إلى قدر الكافي لحث الإرادة ــ في ممارسة السلوك[1].

وخلاصـــة القول: أنه لابد من بناء الباعث على عنصـــر نفســـي داخلي مع التســـليم بأهمية العنصـــر الذهني الإدراكي، وهذا ما ذهب وأشـــار إليه أصـــحاب الاتجاه الثالث حيث أنهم لا يغفلون دور العامل العقلي الذي يتمثل في تصور النفع والضرر الذي ينتج عن سلوك ما، كما أنهم لا ينكرون دور الرغبة النفسية والاستعدادات الذاتية للسلوك. وقد أيد هذا الاتجاه كثير من شراح القانون.

ثانيا: خصائص الباعث

ومن خلال ما سبق ذكره من تعريف الباعث وبيان لطبيعته يتبين أنه يتميز بجملة من الخصائص هي كالآتي: أنه شيء خارجي، وأنه ذات، ومتغير[2].

1- الباعث أمر خارجي عن العقد:

إذ لا يقع في نطاق التصـــرف أو العقد بل يقوم في نفس المتعاقد؛ فهو ليس ركنا في التصرف داخلا في ماهيته، ولا شرطا يتوقف عليه وجوبه، لذا يجب عند إثارته عند القضاء أن يبحث عنه القاضي خارج العقد، ويستدل عليه بكل القرائن وظروف انعقاد العقد[3].

---

[1]– عادل محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص18.

[2]– فتحي الدر يني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1387هـ، 1986م، ص208.

[3]– حليمة آيت حمودي، المرجع السابق، ص 120.

2- الباعث أمر شخصي ذاتي:

فهو أمر مستكن في خفايا الضمير[1]؛ لأنه يقوم في نفس المتعاقد، يرجع إلى النية وما يثيرها من الهامات وخواطر[2].

3- الباعث أمر متغير:

نتيجة للخصيصة السابقة، فهو يتغير من عقد إلى عقد بتغير المتعاقدين، وذلك نظرا لتعدد البواعث الدافعة للتعاقد لدى المتعاقد[3].

ولو استقينا مثالا من حياتنا اليومية مثلا: بائع السيارة الذي يلتزم بنقل ملكيتها للمشتري مقابل ثمن، فقد تكون الرغبة منه بسداد الدين عليه، أو رغبة منه في شراء سيارة أخرى بدلها، أو عدم حاجته إلى تلك السيارة، أو غير ذلك من البواعث التي لا يمكن حصرها[4].

إضافة إلى هذه الخصائص الثلاث، فان الاهتمام بالباعث يؤدي وظيفة اجتماعية وهي حماية مصلحة المجتمع، لأنه يرمي إلى منع صحة عقد يبتغي بوسائل مشروعة الوصول إلى نتائج غير مشروعة، فهو وسيلة احتياطية لإبطال عقد صحيح من الناحية الفنية، خطر من الناحية الاجتماعية[5].

المطلب الثاني: علاقة الباعث ببعض المصطلحات المشابهة له

كثيرا ما يحصل الخلط بين الباعث وغيره من المصطلحات التي قد تبدوا مشابهة له، ولذلك الأمر يحتاج إلى تحديد لمفهوم هذه المصطلحات وإيضاح علاقتها بالباعث، سواء

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج1، ص60.

[2]- مصونة الخطيب الحسني، الباعث وأثره في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي، بحث لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامي وأصوله، جامعة دمشق، كلية الشريعة، 1424هـ، 2003م، ص 57.

[3]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ج1، ص38.

[4]- أسعد فاضل منديل،" أثر الباعث الغير مشروع على الالتزامات العقدية "، مجلة جامعة كربلاء العلمية، جامعة القادسية، ج4، العدد 2، 2006، ص277.

[5]- مصونة الخطيب الحسيني، المرجع نفسه، ص57.

أكان في الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي. وسوف أبين مدى هذه العلاقة في فرعين الأول في الفقه الإسلامي وخصصنا ثاني في القانون الوضعي.

أولا: الباعث والدافع

جاء لفظ الباعث في اللغة العربية بمعاني متعددة من بينهما لفظ الباعث بمعنى الدافع، فقد ورد تعريف الباعث لغة: بعثه بعثا: أرسله وحده، وانبعث الشيء وتبعث: أي اندفع[1].

أما في اصطلاح الفقهاء فقد تبين أن نصوصهم كانت تدور حول معنى واحد للباعث، حيث عرفوه بأنه الدافع النفسي الذي يحرك إرادة المتعاقد إلى تحقيق غرض معين من خلال العقد.

ومن خلال تعريف الباعث في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء يتبين أن الباعث والدافع لا يوجد ما يدعوا إلى التفرقة بينهما، فهما لفظان مترادفان.

ثانيا: الباعث والغرض والغاية

إذا كان الباعث هو الدافع النفسي الذي يحرك إرادة المتعاقد إلى تحقيق غرض معين من خلال العقد؛ فانه بهذا المعنى يخب على الإنسان إدراك الغرض الذي يريد تحقيقه وإلا كان سفيها، ويستلزم منه الغرض والغاية لتحقيق هذا الغرض[2].

فالإنسان عندما يشعر بحاجه معينه فانه يتصور الشيء الذي يمكنه من إشباعها، ثم يتصور الوسائل المتعددة التي تصلح لإشباع تلك الحاجة، ثم يختار أحد هذه الوسائل، ثم تأتي بعد ذلك الإرادة لتدفعه إلى الحركة والامتناع[3].

فالإرادة هي القوة النفسية تتجه إلى تحقيق غرض معين ـ وهو الهدف القريب الذي تتجه إليه الإرادة لتحقيق حاجتها ـ وهي الغاية من النشاط ـ وهي الهدف البعيد للإرادة، ومعنى ذلك

---

[1]– الزبيدي، المرجع السابق، ص 602،603.

[2]– الغزالي، المرجع السابق، ج1، ص 354.

[3]– عادل محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص28.

أن الغاية هي الهدف البعيد للإرادة بينما الغاية هي الهدف القريب الذي اتجهت الإرادة إلى تحقيقها[1].

أوضح ذلك بالمثال التالي:

يشعر السارق بالحاجة إلى الطعام أو الرغبة في اللهو، فيتصور أن الطريق إلى تحقيق ذلك هو الاستيلاء على المال، فيجعل ذلك الاستيلاء غرضا يسعى إليه، فيتصور الوسيلة إلى ذلك فعل الاختلاس، فتطلق لديه قوة نفسية تدفعه إلى الاختلاس[2].

فالاستيلاء على المال هو الغرض ـــ القريب ـــ المستهدف من النشاط، والإرادة هي القصد الجنائي، وإشباع الحاجة هي الغاية ـ البعيدة ـ، والدافع النفسي هو الباعث. ومن هنا تتضح علاقة الباعث بكل من الغرض والغاية.

ثالثا: الباعث والسبب

السبب لغة: كل شيء يتوصل به إلى غيره[3].

أما في الاصطلاح الفقهي هو: "عبارة عما يكون طريق للوصول إلى الحكم غير مؤثر فيه "[4].

وفي هذا الصـــدد يقول الكفوي: "والذي لابد من ذكره أن الســـبب والعلة يطلقان على المعنى واحد عند الحكماء وهو ما يحتاج إليه شـــيء آخر... لكن أصـــحاب علم المعاني يطلقون العلة على ما يوجد الشـــيء والســـبب على ما يبعث الفاعل على الفعل "[5]. ومن هنا تظهر العلاقة بين الباعث والسبب.

---

[1]– عادل محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص 28.

[2]– وهبة الزحيلي،" نظرية الباعث في العقود وفي الفقه وفي الأصول "، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ط1، 1407 هـ، 1987م، ص121.

[3]– ابن منظور، المرجع السابق، ج3، ص 1940.

[4]– الجرجاني: على بن محمد على الشريف الحنفي (ت:814هـ)، التعريفات، دار الكتب العلمية، مصر، ط1، 1983، ص133.

[5]– الكفوي: أبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني، الكليات معجم في المصطلحات والفروق الفقهية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط2، 1429هـ،1998م، ص504.

رابعا: النية والباعث

النية لغة: قصد النفس إلى العمل[1]، نويت نية: أي عزمت[2].

هناك كثير من التعاريف الاصـــطلاحية للنية وردت مطابقة للمعنى اللغوي، ومن بين هذه التعاريف أنها: " قصد الإنسان بقلبه ما يريده بفعله "[3].

وأيضا عرفها الإمام الغزالي ــ رحمه الله ــ: "فالنية عبارة عن الصفة المتوسطة وهي الإرادة وانبعاث النفس بحكم الرغبة والميل إلى هو موافق للغرض إما في الحال أو في المآل"[4]، والنية حسب هذا التعريف مرادفه للإرادة والقصد.

فالنية إذن وان استعملها العلماء في العديد من المواضع مطابقة للباعث، وخاصة من الناحية اللغوية، إلا أنها تختلف عن الباعث من حيث التعريف اللغوي والاصـــطلاحي، كما أن النية هي ميل النفس وتوجهها نحو العمل، والباعث هو المحرك لها، فالباعث أكثر ما يستعمل في العقود، بخلاف النية فانه لا يخلوا منها أي تصرف من تصرفات الإنسان، وهي نتيجة للباعث.

خامسا: الباعث والقصد

القصد لغة: استقامة الطريق، وقوله تعالى: ﴿وَعَلَى اللَّهِ قَصْدُ السَّبِيلِ﴾ [سورة النحل:9][5]، أي على الله تبيين الطريق المستقيم.

عرف العلماء النية بأنها القصـــد في كثير من المواضـــع، كما عرف آخرون القصـــد تعاريف متعددة عند تفريقهم بينه وبين النية، ومن بين هذه التعاريف: "هي إرادة الفعل في

---

[1]– مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، تصدير: إبراهيم مدكور، دار التحرير، د ط، 1989م، ص641.

[2]– إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة والصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، ط4، بيروت، لبنان، 1990م، ج2، ص273.

[3]– القرافي: شهاب الدين أحمد بن إدريس (ت:684هـ)، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1994م، ج1، ص 240.

[4]– الغزالي، المرجع السابق، ص309–310.

[5]– ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج4، ص3642.

حالة إيجاده فقط، وإذا تقدمته بأوقات لم يسمى قصدا ألا ترى أنه لا يصلح أن تقول قصدت أن أزورك غدا "[1].

كما أعطى الإمام القرافي ـ رحمه الله ـ مثالا يوضح فيه الفرق بين النية والقصد، حيث قال: "هناك فرق بين قصدنا لفعل الصلاة، وبين قصدنا لكون ذلك الفعل قربة أو فرضا أو نفلا أو أداء أو قضاء "[2].

ومن هنا يظهر الفرق بين الباعث والقصد، ذلك أن القصد غير متعدد فهو واحد، أما البواعث فقد تتعدد من تصرف لآخر، ومن شخص لآخر، كما إن بالباعث يكمن أن نكشف عن القصد، ولكن لا يكمن أن نكشف عن الباعث بهما.

[1]– القرافي، الفروق الفقهية، تحقيق : خليل منصور، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ، 1998م،ج4،ص120.

[2]– القرافي، الأمنية في إدراك النية، تحقيق: مساعد بن قاسم الفالح، مكتبة الحرمين، الرياض، ط1، 1408هـ، 1988م، ص 119.

المبحث الثاني: أقسام الباعث وضوابطه

ينقسم الباعث إلى أقسام متعددة بالاعتبارات مختلفة، وذلك نتيجة لاختلاف الناس في تقبل المؤثرات حسب الجنس والتعليم...وما إلى ذلك، وهذا ما أدى إلى اختلاف وجهات النظر في الاعتداد بالباعث والضوابط التي يرتكز عليها لإمضاء العقد إبطاله.

المطلب الأول: أقسام الباعث

على الرغم من صعوبة تقسيم البواعث تقسيما دقيقا، إلا أنه يمكن المحاولة بتصنيفها، وذلك من خلال الزاوية التي ينظر منها إلى البواعث. وسوف أتناول هذه التصنيفات في كل من الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: أقسام الباعث في الفقه الإسلامي

توجد العديد من التقسيمات للباعث في الفقه الإسلامي، سنقتصر على التقسيم الآتي:

أولا: تصنيف البواعث حسب السلوك الإنسان

إن طبيعة الإنسان تختلف عن طبيعة الحيوان من حيث الجهاز العصبي والذكاء والبيئة الاجتماعية التي يخضع لها الإنسان، ولذلك كانت البهائم وحدها مسخرة بالدوافع الغريزية فقط، بينما يتميز الإنسان بوجود العلم والإرادة، وما يكتسبه من بواعث في البيئة الاجتماعية[1].

1- البواعث الغريزية أو الفطرية:

وهي تلك الدوافع التي تظهر من الميلاد أو على أقل في سن مبكر أي قبل أن يستفيد الفرد من الخبرة أو يتأثر بعوامل العقل والتربية ؛ ومن الأمثلة هذه الدوافع : دوافع الشهوة والغضب [2]، أي الميل إلى الطعام والميل الجنسي، والانفعال والغضب .

[1]- الغزالي، إحياء علوم الدين، المرجع السابق، ج3، ص7.

[2]- المرجع نفسه، ج4، ص16.

2- البواعث المكتسبة:

وهي الدوافع التي يتعلمها الكائن الحي من البيئة المادية والاجتماعية التي يعيش فيها، ومن أمثلتها: لعب كرة القدم والعزف والموسـيقى والتدخين والمال الكثير... الخ[1]، فان هذه الأمور صـارت محبوبة بالعادة والاكتسـاب من الأسـرة أو المجتمع الذي يعيش فيه بطريقة التعليم أو التقليد أو المحاكاة[2].

ثانيا: تصنيف الباعث بالاعتبار الغاية والمقصد من التصرف

1- الباعث النوعي:

وهو المقصـد الأصـلي الذي شـرع العقد من أجله، فإذا ما كان باعث المكلف على تصرف ما المقصود الأصلي الذي شرع التصرف من أخله، فقد وافق مقصود الشارع، ـ وهذا ما يريده الشرع منه ـ وكان تصرفه ذلك صحيحا[3]، كما قال الشاطبي ـ رحمه الله ـ :" قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافق لقصده في التشريع "[4]. فالمقصود من الرجعة مثلا: الرغبة في استمرار الحياة الزوجية[5]، والمقصود من المبيع نقل ملكية المبيع إلى المشتري بعوض.

فهذه البواعث الشرعية على هذه التصرفات مقاصد من وضع الشارع، والأصل وجودها في كل عقد مهما اختلف العاقدان[6].

---

[1]- عبد الرحمان محمد العيسوي، علم النفس الفسيولوجي، دار المعرفة الجامعية، إسكندرية، د ط،1989م، ص116.

[2]- الغزالي، المرجع السابق، ج3، ص165.

[3]- خالد بن سعد بن فهد الخشلان، حقيقة الباعث في الفقه الإسلامي، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض ط1، 1428هـ،2007م، ص51.

[4]- الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، ج3، ص23.

[5]- ابن القيم الجوزية: أبي عبد الله محمد أبي بكر بن أيوب (ت: 751هـ)، إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، 1423، ج4، ص320.

[6]- خالد بن سعد بن فهد الخشلان، المرجع نفسه، ص51.

2- الباعث الشخصي:

وهو المقصود الشخصي الذي أوقع المكلف التصرف، وأخرى العمل من أجل تحقيقه، والوصول له سواء أكان هذا المقصد حسنا أم سيئا، مناقضا لمقصود الشارع أم لا[1]. فالمقصود من النكاح الاستمتاع بملك البعض، والصلة، والعشرة، ولكن قد تكون هناك بواعث شخصية وراء إقدام المكلف على هذا الفعل، كما لو كان باعثه على النكاح الرغبة في مال المرأة، أو مصاهرة أهلها[2].

ثالثا: تصنيف الباعث حسب سلوك الإنسان

الإمام الغزالي ـ رحمه الله ـ ينظر إلى نوعين من سلوك الإنسان: نوع يسير في خطوط متقاربة من سلوك الحيوان، ونوع آخر يبدوا فيه على خط معاكس له، مقتربا فيه من الملائكة، متشبها بأخلاق الربوبية. وبناءا على هذا تنوع للسلوك الإنساني أمكن تصنيف البواعث إلي:

1- باعث ديني:

هو الذي يبعث على الطاعات والحياة الصالحة، وترك المعاصي ويندرج تحته باعث الخوف من الله الرجاء فيه، كما تتصل بواعث وانفعالات وعواطف مختلفة من المحبة والشكر والتوكل ...الخ وقد خلق الله هذا الباعث مقابل في باعث الهوى[3].

2- باعث الهوى:

فهو ما يطلق عليه أحيانا النفس الأمارة، وقد قسمه إلى قسمين: باعث من جهة الشهوة، باعث من جهة الغضب[4].

---

[1]- خالد بن سعد بن فهد الخشلان، المرجع السابق، ص52.

[2]- ابن القيم الجوزية، المرجع نفسه، ص 330.

[3]- عادل محمود على إبراهيم، النظرية العامة للبواعث الإجرامية في مخال الإباحة والتجريم والعقاب، المرجع السابق، ص43.

[4]- الغزالي، المرجع السابق، ج4، ص65، خطيب الري: محمد فخر الرازي فخر الدين ابن العلامة ضياء الدين عمر(ت:604هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر، ط1، 1401هـ،1981م، ج8، ص161.

والهوى عنده يشمل: كل حظوظ الدنيا، ولذا يطلق على هذا الباعث أحيانا بحب الدنيا، فهو يشمل كل ما للإنسان فيه ميل وحظ وشهوة و نصيب[1].

المطلب الثاني: ضوابط الباعث

لما كان الباعث أمر نفسي خفي، لا يمكن الاطلاع عليه، كما أنه ليس ركنا أو شرطا تتوقف عليه صحة أو بطلان العقد، فقد اختلفت وجهات نظر العلماء في الاعتداد به، والضوابط التي يرتكز عليها لإمضاء العقد وبطلانه. وسنتدرج إلى ذلك من خلال فرعين الأول في الفقه الإسلامي والثاني في القانون الوضعي.

الفرع الأول: في الفقه الإسلامي

لا يوجد خلاف بين العلماء في أن الباعث غير المشروع إذا نص عليه في صلب العقد يبطله، أما إذا لم ينص عليه، ولم يمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد ضمنا، ففي الاعتداد به خلاف بين الفقهاء.

أولا: مذهب الحنفية

إن مذهب الحنفية لا يعتد بالباعث غير المشروع إلا إذا تضمنته صيغة العقد صراحة أو أمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد[2].

فمن الأول ما جاء في الزيلعي: " ولا يجوز الإجارة على الغناء والنوح والملاهي والمزامير؛ لأن المعصية لا يحوز استحقاقها في العقد، فلا يجب عليه الأجر من غير أن يستحق هو الأخر شيئا؛ إذ المبادلة لا تكون إلا بالاستحقاق كل واحد منها على الآخر، ولو استحق المعصية لكان ذلك مضاف إلى الشارع، من حيث انه شرع عقدا موجب للمعصية،

[1]– الغزالي، المرجع السابق، ج3، ص214.

[2]– فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مطبعة الجامعة، دمشق، ط1، 1386هـ،1967م، ص444.

تعالى الله عن ذلك علوا كبير..."[1]، حيث أنهم يجيزون نكاح التحليل إذا لم تذكر نية التحليل أثناء العقد.

وفي هذا يقول الكســـاني: "... فان تزوجت بزوج آخر، ومن نيتها التحليل فان لم يشـــترطها بالقول وإنما نوى، ودخل بها على هذه النية حلت للأول في قولهم جميعا؛ لأن مجرد النية في المعاملات غير معتبرة، فوقع النكاح صحيحا لاستجماع شرائط الصحة فتحل للأول؛ كما لو نويا التوقيت وسائر المعاني المفسدة"[2].

ثانيا: مذهب الشافعية

لا يعتد الشافعي بالباعث الغير المشروع إلا إذا ظهر في العقد صراحة، ولا يلتفت إلى القرائن والملابسات والأحوال، ودل ذلك دلالة قوية على أنه اتخذ ذريعة إلى أمر ممنوع[3].

وقد قال في كتاب الأم:" أصـل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صـحيحا في الظاهر لم يبطله بتهمة، ولا بعادة بين المتبايعين، وأخزته بصـــحة الظاهر، وأكره لهما النية، إذا كانت النية لو أظهرت تفســد البيع، وكما أكره للرحل أن يشــتري الســيف ليقتل به، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أن يقتل به ظلما لأنه قد لا يقتل به، ولا افســد عليه هذا البيع، وكما اكره للرحل أن يبيع عنب ممن يراه انه يعصــر خمرا، ولا أفســد البيع إذا باعه إياه لأنه باعه حلالا، وقد يمكن أن لا يجعله خمرا أبدا، وفي صـاحب السيف ألا يقتل به أحدا، وكما أفسد نكاح المتعة، ولو نكح رجل امرأة عقدا صحيحا وهو ينوي ألا يمسكها إلا يوما أو أقل من يوم أو أكثر، لم أفسد النكاح إنما افسد أبدا بالعقد الفاسد"[4].

---

[1]– الزيلعي: فخر الدين بن على الزيلعي الحنفي، من تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر المحمية، ط1، 1315 هـ، ج5، ص125.

[2]– الكساني: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي (ت: 857هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الحقائق، تحقيق: على محمد معوض وآخرون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1424هـ،2003م، ص404.

[3]– عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط2، 1998م، ج4، ص54،55.

[4]– الشافعي: محمد بن إدريس الشافعي(ت:204هـ)، كتاب الأم، تحقيق وتخريج: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، ط 2، 1422هـ،2001م، ج3، ص152.

وجاء في موضـع آخر:" غير أنهما إذا عقدا النكاح مطلقا لا شـرط فيه، فالنكاح ثابت ولا تفسـد النية من النكاح شـيئا، لأن النية حديث النفس وقد وضـع عن الناس ما حدثوا به أنفسـهم، وقد ينوي الشـيء ولا يفعله، وينوي ويفعله، فيكون الفعل حادثا غير النية، وكذلك لو نكحها وبنيته ونيتها، أو نية أحدهما دون الآخر، ألا يمسـكها إلا قدر ما يصـيبها، فيحللها لزوجها، ثبت النكاح ... ما لم يقع النكاح بشرط يفسده"[1].

وهكذا نستنتج: أن الحنفية والشافعية أخذوا بالنزعة الموضوعية، فلا التفات عندهم ـــ في العقود ـ إلى النيات والقصود مادام العقد وقع مستوفي الأركان والشروط.

ثالثا: مذهب الحنابلة

يعتد الإمام أحمد بالباعث غير المشروع ولو لم تتضمنه صيغة العقد، إذا علم الطرف الآخر به، ويكتفي أن يستخلص من القرائن والظروف الحال لكي يعتبر ويؤخذ به[2].

ويقول ابن القيم الجوزية في ذلك: " القصـد روح العقد والمصـححة، ومبطله فاعتبار القصـود أولى من اعتبار الألفاظ، فان الألفاظ مقصـودة لغيرها ومقاصـد العقود هي التي تراد لأجلها، فإذا ألغيت، واعتبرت الألفاظ التي تراد لنفسها، كان هذا الإلغاء لما يجب إلغاؤه"[3].

ويقول في موضـع آخر، مؤكدا على ضـرورة إعمال الباعث في التصـرفات، وان ذلك من ركائز الشريعة التي لا يجوز هدمها،" وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها، أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبادات، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات فالقصد والنية، والاعتقاد يجعل الشـيء حلالا، أو حراما أو صـحيحا أو فاسـدا"[4]، فمثلا: من باع عصير عنب إلى شخص يتجر في الخمر، فهذه قرينة على أن المشتري قد يستعمله خمرا.

---

[1]– الشافعي، المرجع السابق، ج5، ص71.

[2]– حليمة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص210.

[3]– ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، علق علية: أبو عبيدة، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط1، 1423هـ، ج3، ص84.

[4]– ابن القيم الجوزية، المرجع نفسه، ج4، ص499.

وجاء في المغني: " وبيع العصير ممن يتخذه خمرا باطل، وجملة ذلك إن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمرا حرام ...لأنه يعقد عليها لمن يعلم أنه يريد بها المعصية، فأشبه إجارة أمته لمن يعلم انه يستأجرها ليزني بها، ... فيحرم بيع العصير، ويبطل إذا علم البائع قصد المشتري ذلك ن بقوله، وأما بقرائن مختصة به تدل على ذلك فأما إن كان الأمر محتملا، ممثلا أن يشتريها من يعلم حاله، أو من يعلن الخل والخمر معا، ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر، فالبيع جائز، وهكذا الحكم في محل ما يقصد به حرام، كبيع السلاح لأهل الحرب أو لقطاع الطرق، أوفي الفتنة، وبيع الأمة للغناء، أو إجارتها كذلك، أو إجارة دار لبيع الخمر، فيها أو لتتخذ كنيسة، أو بيت نار أو أشباه ذلك ن فهذا حرام والعقد باطل "[1].

وهذا ما جاء كتاب الفروع: "ولا يصح بيع ما قصد به الحرام، كعصير عنب لمتخذها خمرا قطعا..."[2]، إذن التصرف الذي يتخذ كوسيلة إلى أمر غير مشروع يكون باطلا، لأن في تنفيذه إعانة على معصية وذلك منهي عنه بالنص.

رابعا: مذهب المالكية

يعتد المالكية بالبواعث سواء في التصرفات أو العبادات، لأنهم يعتدون بالمقاصد والنيات في العقود، فكل عقد تضمن باعث غير مشروع يقع باطل عندهم، حتى وان لم يذكر في العقد[3].

وهذا ما أشار إليه الشاطبي ـــ رحمه الله ـــ بقوله: " إن الأعمال بالنيات والمقاصد معتبرة في التصرفات والعبادات والعادات "[4].

---

[1]– ابن قدامة: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد محمد بن قدامة المقدسي (ت:620)، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وآخرون، دار عالم الكتب، الرياض، 1406هـ،1986م، ج6، ص319.

[2]– المقدسي: شمس الدين بن محمد بن مفلح المقدسي (ت: هـ763)، كتاب الفروع، تحقيق: رائد بن صبري بن أبي علقة، بيت الأفكار الدولية، عمان، الأردن، 2004م، ص872.

[3]– حليمة آيت حمودي، المرجع السابق، ص213.

[4]– الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، ج3، ص7.

وجاء أيضا في المدونة: " قال مالك: لا يعجبني أن يبيع الرحل داره ممن يتخذها كنيسة ولا يؤاجر داره ممن يتخذها كنيسة ولا يبيع شاته من المشركين إذا علم إنما اشترونها ليذبحونها لأعيادهم، وقال مالك: ولا يكري دابته منهم إذا علم أنهم إنما اشتروها ليركبوها إلى أعيادهم "[1].

وجاء في موضع آخر عن طلاق المريض" وان طلقها طلاقا بائنا وهو مريض وقد دخل بها، كان عليها عدة الطلاق ولها الميراث"[2].

وبهذا نستنتج: أن الحنابلة قد أخذوا بالنزعة الذاتية، وهذا ما ذهب إليه المالكية، فهم مشتركون في إعمال الباعث، حتى وان لم يذكر في صلب العقد.

خامسا: مذهب الظاهرية

يعتد الظاهرية بالباعث غير المشروع، فيفسخون كل عقد يتخذ وسيلة لتحقيق غاية غير مشروعة وهذا ما جاء على لسان ابن حزم: " لا يحل بيع شيء ممن يوقن أنه يعصي الله به، أو فيه، وهو مفسوخ أبدا، كبيع شيء ينبذ، أو يعصر ممن يوقن انه يعصر خمرا، وكبيع الدراهم الرديئة ممن يوقن انه يدلس بها، أو كبيع السلاح، أو الخيل ممن يوقن أنه يعدو بها على المسلمين، أو كبيع الحرير ممن يوقن انه يلبسه، وهكذا في كل شيء ... فان لم يوقن من ذلك، فالبيع صحيح، لأنه لم يعن على الإثم، فان عصى المشتري بعد ذلك فعليه "[3].

وبهذا نجد الظاهرية قد اخذوا بالنزعة الذاتية شأنهم في ذلك شأن المالكية والحنابلة، حيث يبطلون الباعث المشتمل على باعث غير المشروع، إذا علم الطرف الآخر به.

---

[1]– مالك ابن أنس الأصبحي (ت:179هـ)، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1415،1هـ،1994م، ج4، ص 435.

[2]– المرجع نفسه، ج2، ص86.

[3]– أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم(هـ456)، المحلي، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار الفكر، د ط، 1508هـ، ج9، ص 29،30.

الفرع الثاني: في القانون

إن الباعث الغير المشـروع إذا نص عليه في العقد فهذا لا يثير أي إشـكال لأنه يعتبر من ضــمن العقد، ويبطل العقد تبعا لذلك، إلا أن الإشــكال الذي اختلف فيه القانونين عندما يكون الباعث غير المشروع ليس منصوص عليه في العقد، وتبعا لذلك اشترط لبطلان العقد الذي يهدف لتحقيق غاية غير المشروعة أن يعلم كلا طرفين بهذه الغاية، لكن بعض الفقهاء لا يكتفي بدرجه العلم فقط، لإعمال الباعث غير المشروع بل يتطلب المساهمة من الطرفين، والبعض الآخر يرفعها إلى درجه الاتفاق[1].

ونأتي بالمثال يوضح المراتب المتدرجة:

شـــخص يقترض نقود من آخر ليقامر بها فالمقترض قد يجهل الغرض الذي أخذ المقترض النقود من أجله، وفي هذه الحالة لا يعتد بالباعث الذي دفع المقترض إلى التعاقد. وقد يكون المقترض صـــديقا للمقرض، عالما بغرضـــه دون أن يقصـــد بالاقتراض تمكين المقترض من المقامرة، وهذه هي مرتبة العلم. وقد يكون المقترض مرابيا يســـتثمر ماله في إقراض المقامرين، فيكون قد قصـــد إلى تمكين المقترض من المقامرة، وهذه هي مرتبة المساهمة. وقد يكون المقرض هو الشـخص الآخر الذي يقامر المقترض منه، فيتفقان على القرض للاستمرار في المقامرة، وهذه هي مرتبة الاتفاق.

أولا- رأي كابيتان:

يرى الفقيه كابيتان بوجوب الوصـــول إلى مرتبة الاتفاق، حيث يعتد بالباعث إلى يكون المتعاقدين متفقين عليه، والاتفاق وحده في نظر كابيتان هو الذي يدخل الباعث في دائرة التعاقد[2]، بينما القضاء الفرنسي فيكتفي بمرتبة العلم فقط[3].

---

[1]- حليمة آيت حمودي، المرجع السابق، ص121.

[2]- Capitant Henri: De la Cause des Obligations, Dalloz ,Paris,1823 p344.

[3]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص371.

ثانيا– رأي بوا جيزان:

يرى الفقيه بوا جيزان وجوب الوصـول إلى مرتبة المسـاهمة في المعارضـة، والاكتفاء بمرتبة العلم في التبرعات على أساس أن في المعاوضات يبذل كل متعاوض شيئا من عنده، فإرادة كل منهما، تقوم بدور أسـاسـي في تكوين العقد، أما في التبرعات فإرادة المتبرع وحدها هي الأساسية، إذ المتبرع وحده هو الذي يبذل شيء في ذمته، ومن ثم حاز الاقتصـار على مرتبة العلم، فهي كافية لاستقرار التعامل[1].

ثالثا– رأي جوسران:

يرى الفقيه جوسـران فيكتفي بالعلم بالباعث المشـروع في المعوضـات دون التبرعات، وذلك أن التبرعات تسـيطر فيها إرادة المتبرع وحده على التصـرف، فيكتفي بالوقوف عندها سـواء ذلك في الهبة التي لابد أن يتم فيها التبرع بتقابل إرادتين، أم بإرادة واحدة كالوصـية وعلى ذلك يعتد بالباعث الذي دفع المتبرع، سـواء أكان معلوم من الطرف الآخر أو كان مجهولا[2].

[1]– Bois Juzan Henri: de la cause droit Français, 1939, p575-580.

[2] ـ حليمة آيت حمودي، المرجع السابق، ص122.

ملخص الفصل الأول:

من خلال ما ســـبق ذكره من تعريفات الباعث، وبيان طبيعته في الفقه الإســـلامي والقانون الوضـعي، يتبين أن القانون الوضـعي يتفق مع الفقه الإسـلامي في ماهية الباعث، حيث أن الباعث في الفقه الإســـلامي لم يخرج عن كونه دافع نفســـي يحرك إرادة المتعاقد لتحقيق غرض معين من خلال العقد، وقد كان الحال كذلك بالنسبة لفقهاء القانون الوضعي، حيث سلكوا نفس المسلك الذي ذهب إليه علماء الشريعة الإسلامية، بأن الباعث هو دافع نفسي. كما أن القانون الوضعي والفقه الإسلامي متفقان على أن الباعث يتميز بالخصائص الآتية: أنه أمر خارجي عن العقد، وأمر شـخصـي، ومتغير. وكذلك بدراسـة علاقة الباعث بالمصطلحات الأخرى يتبين أن الرأي الراجح في القانون الوضعي يتفق مع الفقه الإسلامي في أن الباعث والدافع اســـمان لمســـمى واحد، كما أن القانون الوضـــعي يتفق مع الفقه الإسلامي في علاقة الباعث بكل من الغرض والغاية والسبب والنية والقصد. وبالمقارنة مما سبق ذكره من أقسام الباعث يتضح أن هذا التقسيم قد أخذ أشكالا مختلفة في الفقه الإسلامي بحســـب الزاوية التي ينظر منها للباعث، فقد صـــنف باعتبار الأصـــل إلى بواعث غريزية وبواعث مكتســـبة، وباعتبار الســـلوك الإنســـاني إلى باعث ديني وباعث الهوى، وباعتبار مناقضته لقصد الشارع إلى باعث نوعي وباعث شخصي، وهذه التقسيمات للبواعث تماثل ما ارتآه شـراح القانون من تقسـيمات للبواعث، وان كانت هناك بعض التقسـيمات التي قال بها شـراح القانون، إلا أن الفقه الإســلامي لا ينكرها ســواء أكانت هذه البواعث أخلاقية أو غير أخلاقية، لأن الفكر الإســلامي هو منبع الأخلاق وأصــل العادات في ذلك المجتمع. وأخير عند الحديث عن ضوابط الباعث نجد أن القانون الوضعي يتفق أيضا مع الفقه الإسلامي في أن فكرة الباعث لا تثار إلا إذا كان غير مشــروع، وفي مجال الأعمال المعمول بها شــرعا، وكان العاقد الآخر على علم بذلك.

الفصل الثاني

تطبيقات الباعث على مسائل الأحوال الشخصية

تمهيد:

تتنوع مسائل الأحوال الشخصية بصفة كبيرة وتتعدد ومع هذا حاولنا جمع بعضها ودراستها في هذا الفصل، وحكم ماله علاقة بالباعث غير المشروع، من حيث إجازته ومنعه ومحاولة تطبيقه على هذه المسائل، وذلك من خلال الكشف عن بعض الخفايا التي تقبع داخل أفعال بعض العباد ونواياهم، وقيامهم ببعض التصرفات التي يعجز العقل عن فهمها، والتي في بعض الأحيان قد تضر بالأفراد من جهة وبالنظام العام من جهة أخرى، وبهذا قد قسمنا هذا الفصل إلى مبحث خاص بمسائل انعقاد عقد النكاح ومبحث خاص بالتبرعات.

المبحث الأول: تطبيقات الباعث على مسائل إبرام عقد النكاح

لقد اهتمت الشـريعة الإسـلامية بعقد النكاح اهتماما بالغا، لما فيه من أهمية لاسـتمرار الحياة، وبناء خلايا المجتمع بناءا منظما وصحيحا، وذلك وفق ضوابط وشروط تحكمه، وفي هذا المبحث سنتطرق لدراسة هذه الضوابط، التي لها علاقة بالباعث بدءا بالخطبة ثم النكاح في مرض الموت وبعدها قد أخذنا مثالا عن الأنكحة الفاسدة وهو نكاح المتعة.

المطلب الأول: الخطبة

يعتبر عقد النكاح الرباط الغليظ الذي يجمع بين الرجل والمرأة، ولقداسـته في الإسـلام كان لابد من خطوة تسبقه لضمان الاستمرار لهذه العلاقة أم انتهائها، وذلك بغية حفظ حقوق الأفراد، والتي تتمثل في الخطبة التي من خلالها يحدث التعارف، وفي هذا المطلب سنتطرق إلى دراستها ومعرفة بعض أحكامها.

الفرع الأول: تعريف الخطبة

1- لغة:

الخطبة بكسـر الخاء، من خطبة المرأة خطبة، واختطب القوم فلان إذا دعوه لتزويج صاحبتهم والخطب: الشأن والأمر، صغر أو عظم، وقيل: الخطب سبب الأمر.[1]

2- اصطلاحا:

عرف العلماء الخطبة بعدة تعاريف من بينها:

"طلب الرجل التزويج بامرأة، والتقدم بذلك مباشـرة، أو إلى أحد من أقاربها وقد يكون الطلب من راغب الزواج، أو يكون من أحد أقاربه أو أصحابه أو أجانب، ليبعثهم للتفاهم في هذا الشأن".[2]

---

[1]- ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج2، ص1194.

[2]- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، دار التأليف، مصر، ط2، 1969م، ص28.

وفي تعريف آخر: " طلب الرجل يد إمرأة معينة للتزوج بها، والتقدم إليها أو إلى ذويها ببيان حاله، ومفاوضتهم في أمر العقد، ومطالبهم بشأنه".[1]

تعريف القانون الجزائري: وقد عرفها القانون الجزائري في المادة رقم 05 على أنه: " وعد بالزواج ".[2]

ومن خلال هذه التعاريف نستخلص أن الخطبة: "إظهار الرغبة في الزواج من المرأة، مع العلم أنها ليست عقدا أو زواجا، فلا يترتب عليها أي إلتزامات من الطرفين إلا ما يجب الوفاء به من عهود".

أولا: تطبيقات الباعث على مسائل الخطبة.

1-الخطبة على الخطبة:

نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم من خطبة الرجل على خطبة اخيه وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن هذا النهي للتحريم[3] فإذا رفضت خطبة الخاطب الاول فهنا اتفق على أنه يجوز لخاطب آخر أن يتقدم للخطبة [4] وقد استدلوا بأدلة منها، عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: " نهى الرسول صلى الله عليه وسلم أن يبيع حاضر لباد، ولا تناجشوا، ولا يبيع الرجل على بيع أخيه، ولا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفأ ما في إنائها".[5] فقد فسر مالك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن يخطب الرجل المرأة فتركن إليه، ويتفقا على صداق واحد معلوم، وقد تراضيا فهي تشترط عليه لنفسها، فتلك التي نهى أن يخطبها الرجل على خطبة أخيه، ولم يعن بذلك إذا خطب الرجل المرأة فلم يوافقها أمره ولم تكن إليه، ومحل

---

[1]- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط3، 1368هـ،1948م، ص26.

[2]- قانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 يونيو 1984م، الصادر في الجريدة الرسمية، عدد 24سنة 1984م، المعدل والمتمم بالأمر 05-02، المؤرخ في 2005/2/27م، الصادر في الجريدة الرسمية، عدد15، سنة 2005م.

[3]- عبد اللطيف محمد عامر، أحكام الاسرة في الإسلام، ط2، 1425هـ-2004م، ج1، ص56، 57.

[4]- محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص30.

[5]- البخاري في صحيحه كتاب البيوع باب لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يسوم على سوم أخيه حتى يأذن أو يترك، رقم الحديث:2140، شرح صحيح البخاري، علي بن بطال، تحقيق أبو تميم ياسر بن ابراهيم، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، (د ت ن) ج2، ص100.

التحريم ما إذا صـــرحت المخطوبة بالإجابة، وصـــرح وليها الذي أذنت له حيث يكون إذنه معتبرا، وتجوز الخطبة لو وقع التصريح بالرد، أو وقعت الإجابة بالتعريض، كقولها :"لا رغبة عنك"، أو يعلم الثاني بخطبة الأول، أولم تقبل وترفض أو أذن الخاطب الأول للثاني، وحكى الترمذي عن الشافعي في معنى الحديث: إذا خطب المرأة فرضيت به وركنت إليه فليس لأحد أن يخطب على خطبته.[1]

أ- قانون الأسرة الجزائري:

لم يتطرق المشـــرع الجزائري إلى هذا الموضـــوع، مع العلم أن القانون الجزائري قد خصص فصلا يذكر فيه موانع الزواج.

ب- صلة الباعث بتحريم الخطبة على الخطبة:

نلتمس في هذا الحكم إعمال الشـارع للباعث غير الشـريف، والأهداف الخفية في هذا الموضـوع، لأن الخاطب الثاني قد يسـعى لخطبة غيره ليبطل زواجها من الأول، ويتزوجها هو، كما قد لا يتزوجها وباعثه على ذلك الإنتقام، من الخاطب الأول أو المخطوبة أو بدافع الغيرة والحسـد، والشـرع الحنيف جاء لينظم هذه العلاقات ويصـلح الروابط، مع المحافظة عليها، ويصرف الأذى الذي قد يتولد من تدمير هذه العلاقات، وذلك بفرضه لبعض الأحكام التي تمنح لكل طرف الحماية ومنح العلاقة الإستقرار، وتحريم كل ما في شأنه إفساد هذه الروابط.

ثانيا: تحريم الخطبة في العدة

أما الخطبة في العدة فحرام إتفاقا[2] لا بطريقة التصـــريح ولا بطريقة التعريض، لأن المطلقة طلاقا رجعيا زوجيتها قائمة، وحقوق الزوج عليها ثابتة ما دامت في العدة، فله

[1]- الطهطاوي: علي أحمد عبد العال، شرح كتاب النكاح، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 2005م، ص35.

[2] - الكشناوي: أبي بكر الحسن بن حسن الكسادي (ت:1397هـ)، أحكام العلاقات الزوجية على مذهب السادة المالكية المسمى (بدر الزوجين ونفحة الحرمين)، مكتبة التراث العربي، الدار البيضاء، ط1، 1431هـ، 2010م، ص113.

مراجعتها من غير تراض في أي وقت شاء، فخطبتها كخطبة الزوجة تماما، فتكون حراما من كل الوجوه[1].

أما إن كانت معتدة من طلاق بائن، فذهب الشـــافعية انه يجوز التعريض بالخطبة في البـائن بنوعيـه لأن الخطبـة بطريق التعريض لا تركن إليهـا المرأة، كمـا تركن في الخطبـة الصــريحة، لوجود الإحتمال فيها، وأما الحنفية لا تجوز خطبتها تعريضــا ســواء كانت بائنة بينونة صغرى أم كبرى، لا يستطيع أن يعيد المرأة إلا إذا تزوجت آخر، كما لا تجوز خطبتها تصــريحا[2] اتفاقا لما يترتب على ذلك من إيجاد العداوة بين الخاطب والزوج المطلق، لأنه قد يتراءى عليه، كما أن في إجازة الخطبة مفسدة أخرى هي أنه قد يحملها الإجازة على الإخبار بانقضاء عدتها، تعجلا للزواج وهي كاذبة في واقع الأمر[3].

وإن كانت معتدة من وفاة فإنه يجوز التعريض لخطبتها أثناء العدة دون التصـريح، لأن صـلة الزوجية قد انقطعت بالوفاة،[4] قال تعالى: ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ ﴾[سورة البقرة:235]، وســياق الآية يدل على أن النســاء المذكورات هنا هنّ المعتدات من وفاة، إذا كان صدر هذه الآية هو قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْــرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِــهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴾ [ســورة البقرة:234] ولأن عدة المتوفى عنها زوجها إما بانقضاء أربعة أشهر وعشر ليال، وإما بوضع الحمل إن كانت حاملا وكلاهما لا يجوز إخفاؤه أو الكذب فيه ومن ثم فإن خطبتها تعريضــا

[1]– أبو زهرة، المرجع السابق، ص29.

[2]– بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص،37.

[3]– أبو زهرة، المرجع نفسه، ص37.

[4]–الطهطاوي، المرجع السابق، ص33.

لا يضـــر.[1] بحكم أن صـــلة الزوجية في معتدة الوفاة قد انقطعت نهائيا بالوفاة، فليس هناك حق باق للزوج متعلق بزوجته التي مات عنها، وإذا فليس هنالك ما يتحرج منه الراغب في خطبتها في عدتها، وأما منع جواز التصـــريح بالخطبة فلأنه يولد عداوة بين الخاطب وأهل الزوج المتوفى، ويثير حقدهم ونفورهم من المخطوبة لا ســـيما إذا هي اظهرت موافقتها ورضاها.[2]

1- قانون الاسرة الجزائري:

نص في الفقرة الأولى من المادة 30 منه المعدلة والمتممة بالمادة 10من الأمر رقم 05-02 على تحريم خطبة المعتدة والزواج منها حيث جاء فيها: " يحرم من النســاء مؤقتا، المحصنة، المعتدة من طلاق أو وفاة، المطلقة ثلاثا".[3]

2- صلة الباعث بالخطبة في العدة:

من خلال تتبع أراء الفقهاء في هذه المسـألة، نجد أنهم متفقون على منع خطبة المعتدة وفي هذا تطبيق للباعث، فهذه الأخيرة قد تكذب، فتدعي انقضاء عدتها بقصد الزواج من هذا الخاطب الجديد خاصـة إذا كان أفضـل حال من الأول، وهذا باعث غير شـريف صـدر من هذه المرأة، وتحريم الخطبة في العدة منع من صدوره [4] وغالبا المعتدة من طلاق بائن، عدتها بالحيض فإذا صـــمم التعريض بالخطبة ربما دفعها الطمع إلى الخيانة، فتعلن أن العدة قد انتهت[5] كما قد يكون دافع خطبة المعتدة من خاطب ثاني هو الباعث على رفض الرجعة إلى مطلقها، مما يؤدي إلى إفساد العلاقات بين المسلمين، وحتى بالنسبة للتعريض بالخطبة، كأن يقول إني اليوم راغب فيك أو إنشـــاء الله يكون خيرا، وأما المعتدة من طلاق رجعي فتحرم

---

[1]- عبد اللطيف محمد عامر، المرجع السابق، ص54.

[2]- أبو زهرة، المرجع السابق، ص38.

[3]- القانون رقم 84-11، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02.

[4]- بكارة بوشنتوف، نظرية الباعث وتطبيقاتها على مسائل الأحوال الشخصية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2013-2014، ص67.

[5]- أبو زهرة، المرجع نفسه، ص30.

خطبتها تصريحا وتعريضا عند الجميع وهذا المنع فيه تطبيق للباعث غير المشروع، الذي قد يدفع هذه المعتدة إلى رفض الرجوع إلى زوجها (مطلقها) كما أن هذا التعريض قد يكون باعثا للخاطب الثاني في إفساد هذه الزوجة على زوجها، فتطلق منه ولا يتزوجها فتكون بين ضررين، طلاقها من الأول وتفويت زواجها من الثاني.[1]

ثالثا: العدول عن الخطبة وحكم الهدايا:

جرت العادة بأن الخاطب يقدم بعض الهدايا لمخطوبته، في أثناء الخطبة تأكيدا على مودته[2] فإذا كان العدول من جهة الخاطب، فلا يرجع بشيء، ولو كان موجودا، فإذا عدلت المخطوبة، فللخاطب أن يسترد الهدايا سواء كانت هذه الهدايا قائمة أم هالكة وهو رأي المالكية[3] وأما إن كان قد هلك أو استهلك أو حدث فيه تغيير بأن كان طعاما ففسد، أو أكل أو قماشا واستهلك فليس للمهدى استرداد ذلك، ولا طلب مثله أو قيمته[4].

وفي مذهب مالك أنه ليس للخاطب أن يرجع شيئا مما أهداه، حتى لو كان باقيا على حاله لدى المخطوبة، وحتى لو كان العدول عن الخطبة من قبلها، ولكن المفتى به في هذا المذهب هو أن الخاطب لا يرجع بشيء مما أهداه إن كان العدول منه، ويرجع بكل ما أهدى إن كان العدول منها وسواء في هذا ما كان باقيا على حاله أو ما كان قد هلك، إلا إذا كان هناك عرف أو شرط فيجب عليها العمل به قال الدردير:"فإن أهدى أو أنفق ثم تزوجت غيره لم يرجع عليها بشيء، ولو كان الرجوع من جهتها، والأوجه الرجوع عليها إذا كان الإمتناع من جهتها، إلا لعرف أو شرط، أما إذا كان الرجوع من جهته فلا رجوع قولا واحدا ".[5] على أن مذهب الشافعية يرى بأن الهدايا ترد سواء كانت قائمة أم هائلة فإن كانت قائمة ردت هي

---

[1]– بكارة بوشنتوف، المرجع السابق، ص68.

[2]– عبد اللطيف محمد عامر، المرجع السابق، ص62.

[3]– القرافي، الذخيرة، المرجع السابق، ج4، ص366.

[4]– عبد اللطيف محمد عامر، المرجع نفسه، ص62، 63.

[5]– بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص40،39.

ذاتها، وإلا ردت قيمتها[1]، ويستدل على جواز العدول عن الخطبة بقول السيوطي أنها ليست لازمة بل جائزة من الجانبين قطعا ولا يمكن تضمين الخطبة قوة الألزام، ولكل من الخاطبين الرجوع عن قوله.[2]

1- قانون الأسرة الجزائري:

ورد في المادة 05 منه المتممة بالمادة 04 من الأمر 05-02 "الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عن الخطبة إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض، لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه وعليه أن يرد للمخطوبة مالم يستهلك مما أهدته له او قيمته، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها ان ترد للخاطب مالم يستهلك من الهدايا أو قيمته."[3]

2- صلة الباعث بالعدول عن الخطبة والهدايا المتبادلة:

بالنضر في كل الآراء الموجهة من قبل المالكية والشافعية والحنفية، نجد أن جميعهم يتفقون في نقطة ما إذا كان العدول من طرف أو كلاهما، ومعظمهم يتفقون على أن الطرف الذي عدل هو من يتحمل عواقب هذا العدول، والذي يجلب في بعض الأحيان أضرار نفسية أو مادية وهو الرأي الأقرب إلى الصواب، وهذا له صلة بالباعث غير المشروع، الذي قد يدفع أحد الطرفين إلى العدول عن الخطبة، للتسبب في إلحاق الضر بالطرف الآخر، ويكون عمدا، كالرغبة في الإنتقام، كطلب يد فتاة ثم تركها فيما بعد، لأهداف خفية أو هي تعدل عن الخطبة بعد الحصول على أشياء ثمينة أو أموال.

المطلب الثاني: أحكام تصرفات المريض مرض الموت المتعلقة بمسائل الزواج والطلاق

إن تصرفات المريض مرض الموت، تعتبر جميعها تصرفات مستمدة من الشريعة الإسلامية باعتبارها المنهج السامي الذي تنبع منه الأحكام، وفي هذا المبحث سنتطرق إلى

---

[1]- عبد اللطيف محمد عامر، المرجع السابق، ص63.

[2]- بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، ط1،2007م،ص86.

[3]- القانون رقم 84-11، العدل والمتمم بالأمر رقم 05-02.

تصـرفات المريض مرض الموت المتعلقة بأحواله الشـخصـية من نكاح وطلاق وهذا أهم ما سنتناوله في هذا المطلب.

الفرع الأول: نكاح المريض مرض الموت

أولا: تعريف النكاح

1- لغة:

النكاح الوطىء والعقد له، قال الأزهري "أصـــل النكاح في كلام العرب: الوطء، ونكح فلان إمرأة بنكحها نكاحا: إذا تزوجها ونكحها ينكحها: إذا باضعها".[1]

2- اصطلاحا:

يعرفه بعض الفقهاء، بانه عقد يفيد حل اســتمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشـروع، ويعرفه صـاحب الكنز بأنه عقد يرد على ملك المتعة قصـدا،[2] وقد يسـتعمل عرفا مرادا به الوطء، أي حتى يطأها وطء صحيحا حلالا.

وفي أقرب المسالك: فد تم تعريفه بأنه عقد لحل تمتع.[3]

ثانيا: تعريف مرض الموت

هو المرض الذي يخشـى فيه الموت، أو يحدث منه الموت غالبا، أو يتصـل الموت به وقد اختلف في إمارته، فقيل أن أمارته أن يلازم المريض الفراش، وقيل أن إمارته ألا يقدر على الصـلاة، وقيل أن إمارته ألا يسـتطيع المشـي إلا جمعين، وقيل أن إمارته ألا يخرج من الدار إن كان رجلا، وألا تقوم بأعمالها في البيت إن كانت إمرأة، وهكذا يختلفون في إمارته،

[1]- ابن منظور، المرجع السابق، ج6، ص4537.

[2]- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص17.

[3]- الطهطاوي، المرجع السابق، ص19.

وعلى القاضي أن يقدر مقدار انطباقه على حال المريض الذي تعرض تصرفاته عليه[1]، فهو المرض المخوف الذي حكم أهل الطب بكثرة الموت به ولولم يغلب.[2]

وجاء في حاشية ابن عابدين أن المريض مرض الموت، لا يخرج لحوائجه خارج البيت، وهو الأصح وفي الإسماعيلية من به مرض يشتكي منه وفي كثير من الأوقات، من يخرج ويقضي مصالحه لا يكون مريض مرض الموت[3].

وقد نصت المادة 1595 من مجلة الأحكام العدلية وهي تقنين للفقه الحنفي على أن مرض الموت، هو الذي يغلب فيه خوف الموت، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه داخل داره، إن كان في الإناث، ويموت على ذلك قبل مرور سنة، سواء صاحب فراش أو لا، وإن امتد مرضه ومضى عليه سنة وهو على حال واحدة كان في حكم الصحيح، ولو اشتد مرضه وتغير حاله، ومات قبل مضي سنه يعد حاله اعتبارا من وقت التغيير إلى الوفاة مرض موت.[4]

مع وجود شروط أساسية يجب أن تتوفر في المرض مرض الموت وهي كما التالي:

_ عجز المريض عن متابعة أعماله المعتادة: ويقصد بها تلك الأعمال التي اعتاد الشخص القيام بها، قبل إصابته بالمرض واتخذ من هذه الأعمال حرفة كالمحامي والطبيب، فيكون الشخص عاجزا عن متابعة هذه الأعمال، وأن تكون عدم القدرة هذه الغالبة على نشاطه المعتاد.[5]

---

[1]– أبو زهرة، المرجع السابق، ص319.

[2]– أندرو مشيل يوسف حفيري، التصرفات القانونية الصادرة في مرض الموت وفق مجلة الأحكام العدلية، رسالة ماجيستير، جامعة القدس، القدس،1439هـ،2018م، ص8.

[3]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الحديث، منشورات الحلبي الحقوقية، المرجع السابق، ج4، ص 313.

[4]– المرجع نفسه، ص313.

[5]– أندرو ميشيل يوسف حفيري، المرجع نفسه، ص 20، 21.

_أن يغلب في المرض خوف الموت: إذا كان المرض لم يصـل إلى هذا الحد من الخطورة، فإنه لا يعتبر مرض الموت ولو أعجز المريض عن قضـاء مصـالحه، مثل ذلك أن يصاب الإنسان برمد في عينه فيعجز عن الرؤية، فلا يستطيع قضاء مصالحه، فهنا لا يعتبر المريض مريض موت وإن عجز عن قضـاء مصـالحه، لأن المرض لا يغلب فيه الهلاك، فلا تكون هنا مرض موت.[1]

_ أن ينتهي المرض بالموت فعلا: وهنا تكون الغلبة للمرض إلى حد الهلاك، فإذا تعرض الإنسـان في حياته للعديد من الأمراض، والتي يعجز معها عن متابعة أعماله المعتادة، وغلب فيه الموت والهلاك[2].

_ أن يموت الإنسان قبل مرور سنه من إصابته بالمرض: اشترط الحنفية أن يكون المرض مرض موت، أن يموت المريض قبل سـنه، من إصـابته بالمرض، لأنه إذا تطاول المريض سنة ولم يحصل فيه ازدياد، صار المرض قديما، فصاحبه صحيح.[3]

ثالثا: حكم زواج المريض مرض الموت

اتفق فقهاء المسـلمين على جواز زواج المريض مرض الموت إلا أنهم اشـترطوا لذلك حصـول الدخول وبعكسـه فالعقد باطل ولا يترتب عليه أي اثر، أي أنه إذا قدم رجل مريض مرض الموت وعقد على امرأة ولم يدخل بها حتى لو ماتت هي فانه لا يرثها إذا كانت قد ماتت وهو مريض مرض الموت، واذا كان جمهور الفقه الاسلامي يذهبون إلى ان الزواج في المرض المخوف والصـحة سـواء من حيث صـحة العقد وتوريث كل واحد من الزوجين صـاحبهُ، فأنهم اختلفوا بعد ذلك فيما يثبت لها من مهر الزوجة في الزواج في مرض الموت، وهذا ما سنتناوله بشيء من التفصيل فيما يأتي:

---

[1]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 317.

[2]– أندرو ميشيل يوسف حفيري، المرجع السابق، ص26.

[3]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، 317.

الواقع ان جمهور الفقهاء قد استدل على صحة عقد الزواج في مرض الموت وعلى ثبوت التوارث بين الزوجين بما جاء في الكتاب، والأثر، والمعقول، وسنسلط الضوء على ذلك فيما يلي:

1- الكتاب:

فقد استدل الظاهرية بعموم قوله تعالى: ﴿ فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [سورة النساء:3]، وجاء في المحلى: ((اباح الله تعالى ورسوله (صلى الله عليه واله وسلم) النكاح، ولم يخص في القرآن ولا في السنة صحيحاً وصحيحة من مريض ومريضة، وما كان ربكُ نسياً، وما نعلم للمخالف حجة اصلاً لا في قرآن ولا سنة ولا قول صاحب ولا من رأي يعقل)).

2- الآثار:

ما جاء في الآثار من أقوال الصحابة الذين لم يعرف لهم من الصحابة مخالف في هذا الحكم[1].

أ- أخرج ابو عوانة بسنده عن ابن مسعود انه قال : ((لو لم يبق من اجلي الا عشرة أيام اعلم ان اموت في آخرها يوماً، لي فيهن طول النكاح لتزوجت مخافة الفتنة)). وبه استدل الظاهرية، والزيدية.

ب- أخرج ابن أبي شيبة بسنده عن معاذ بن جبل انه قال في مرضه الذي مات فيه:((زوجوني، اني اكره ان القى الله – عز وجل – عزباً)). وبه استدل الظاهرية، والزيدية، والشافعي.[2]

[1]- أسامة محمد سعيد حسين، مرض الموت وأحكامه، موقع قراءة، https://almerja.net/reading.php?idm=79873، بتاريخ (2020/08/12)

[2]- أسامة محمد سعيد حسين، مرض الموت وأحكامه، موقع قراءة، https://almerja.net/reading.php?idm=79873، بتاريخ (2020/08/12)

3- المعقول:

وهو أن النكاح من الحوائج الاصلية للإنسان، والمريض غير محجور ولا ممنوع عن حوائجه الاصلية ولا عن صرف ماله اليها كالمأكل والملبس وثمن الادوية وأجرة الطبيب والمسكن، وهو ما استدل به ايضاً الحنابلة. ومن هنا، فاذا ثبتت صحة الزواج في المرض المخوف، ثبت التوارث بين الزوجين لعموم آية الميراث بين الازواج، واذا كان هذا الذي ذكرناه هو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء فان فريقاً آخر من الفقهاء قد ذهب إلى خلاف ذلك فالمالكية لها قولان في حكم زواج المريض مرضاً مخوفاً :

الأول: أنه يجوز له التزوج اذا كان محتاجاً إلى الزواج، ولا يجوز مع عدم الحاجة، و**الثاني:** أنه لا يجوز له ان يتزوج سواء أكان محتاجاً إلى الزواج أو غير محتاج، ولو أذن له الوارث الرشيد في الحالتين، لاحتمال موت الآذن أو صيرورته غير وارث وكون الوارث غيرهُ، وهو القول الراجح في المذهب على ما ذكره الدسوقي. ويعد الزواج في مرض الموت لدى المالكية فاسداً على الارجح وذلك لان في هذا الزواج ادخالا لوارث جديد على الورثة، الامر الذي يحتم معاملة المتزوج وهو المريض مرض الموت بنقيض قصده ويحكم بفساد فعله، وان اعترض عليهم في استدلالهم هذا بعدم منعهم المريض من الوطء مع انه سبب في ادخال وارث فانهم قد ردوا على ذلك بأن في الزواج ادخال وارث محقق وليس في كل وطء حمل، وهذا كله اذا تزوج بمن ترثه. اما اذا تزوج المريض بمن لا ترثه كأمة وكتابية، فلهم في حكم زواجه قولان **أحدهما** : أنه غير جائز، وهو القول الاصح المعتمد في المذهب، لأن في نكاح المريض لأي منهما إدخال وارث، لجواز إسلام النصرانية وعتق الأمة قبل موته حيث يصيران من اهل الميراث. **والثاني:** أن هذا الزواج جائز لان كلا من العتق والإسلام طاريء ومجرد احتمال، فلا يلتفت اليه، والاصل عدم مراعاة الطواريء[1].

[1]- أسامة محمد سعيد حسين، مرض الموت وأحكامه، موقع قراءة، https://almerja.net/reading.php?idm=79873، بتاريخ (2020/08/12)

رابعا: الزواج في مرض الموت في قانون الأسرة الجزائري

لم ينص المشرع الجزائري على الزواج في مرض الموت، وإنما نص في المادة 7مكرر من قانون الأسـرة الجزائري على أنه: "يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية لا يزيد تاريخها على ثلاثة أشـهر تثبت خلوها من أي مرض أو أي عامل قد يشـكر خطرا يتعارض مع الزواج، يتعين على الموثق أو ضـابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضـوع الطرفين للفحوصـات الطبية ومن علمهما ما قد تكشـف عنه أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج."[1]

خامسا: أثر الباعث على نكاح المريض مرض الموت

من خلال تتبع كل ما تناولته المذاهب في هذا الموضـوع، نجد أنهم قد أعملوا الباعث غي المشـروع في إبطال هذا النكاح، ألا أن الباعث هو الرغبة في الإسـتلاء على أموال المريض، قصد تزوجه أو تزوجها، مع العلم أنها أو أنه مريض، ومع العلم بالوضع الذي هو فيه الطرف المريض، ثم إن الباعث الحقيقي في إبطال النكاح هو أن هناك وارث سـيدخل على الورثة الحقيقيين ومنازعتهم، لذلك منع الشـرع هذا النكاح كونه جاء ليحافظ لنا على حقوق الأفراد، ويضـمن لكل فرد في العائلة حقه ويضـمن مكانه، وهذا كله لأجل تفادي العداءات التي تكون بين الإخوة، وتحافظ على سـلامة العلاقات والروابط التي تجمع بني البشر.

[1]– القانون رقم 84–11 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02.

الفرع الثاني: طلاق المريض مرض الموت

أولا: تعريف الطلاق

1- لغة: التحرر من القيد.[1]

2- اصطلاحا: هو رفع قيد النكاح في الحال أو المآل، بلفظ مخصوص سواء أكان هذا اللفظ المخصـــوص، منطوقا أم مكتوبا أم مشـــارا به، ورفع قيد النكاح بالطلاق في الحال يكون بالطلاق البائن، أما رفع قيده بالمال فيكون بالطلاق الرجعي.[2]

ثانيا: حكم طلاق المريض مرض الموت وآراء الفقهاء فيه

اتفق الفقهاء على أن الرجل إذا طلق إمرأته، في مرض الموت، لم يرثها وإن ماتت في العدة[3]، وإن طلاق المريض مرض الموت ومن في حكمه وقع، وإن كان رجعيا فله حكم الطلاق الرجعي كاملا، وإذا مات في العدة ورثته الزوجة، لأن الطلاق الرجعي لا يمنع التوارث، في العدة ولو كان المطلق صـــحيحا، وإن كان بائنا فإن الحكم يختلف إذا اعتبر الزوج بطلاقه فارا من الميراث، بأن قامت أسباب الضن، بأنه طلقها طلاقا بائنا وكان طائعا بغير رضاه وإن كانت مستحقة للميراث، من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة من ذلك المرض، فإنه يعتبر فارا بطلاقه البائن من الميراث، فلو كان مكرها على الطلاق فرض أن طلاق المكره يجوز، كما هو مذهب الحنفية فإنه يعتبر فارا، وقد أبعد القانون ذلك الفرض، فطلاق المكره لا يقع، إن كان الطلاق بطلبها وثبت الطلب، ولابد من صلاحية استحقاقها للميراث، إلى وقت الوفاة، فلو كانت مسلمة ثم ارتدت عن الإسلام لا يعتبر الزوج فارا، لأنها أسقطت حقها في الميراث، وأزالت عقدة الزواج.[4]

---

[1]- الفيروز أبادي: مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد(ت:817هـ)، القاموس المحيط، تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة، ط8،1426هـ،2005م، المرجع السابق، ص536.

[2]- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، (د.ط)، 1998م، ص23.

[3]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط2، 1405هـ-1985م، ج7، ص453.

[4]- أبو زهرة، الأحوال لشخصية، المرجع السابق، ص 320.

وقد استدل الشافعي على أنها لا ترث، كالمطلقة طلاقا بائنا في الصحة، لأن الزوجية بالطلاق البائن قبل الموت وهي سبب التوارث بين الزوجين، فإذا ارتفعت قبل الموت، فقد زال سبب الميراث فلا يثبت، ولعبرة بمضنة الفرار، لأن أحكام الشريعة لا تناط بالنيات الخفية بل تناط بالأسباب الظاهرة، والسبب الظاهر قد زال بعمل من يملك إزالته، فلا عبرة بنيته.

أما الأثر: فإن عثمان رضي الله عنه ورث بنت الأصبغ الكلبية من عبد الرحمان بن عوف، الذي كان قد طلقها في مرضه، فبتها، وكان ذلك بمحضر من الصحابة، لفلم ينكر عليه أحد فكان اجماعا منهم.

وأما المعقول: فهو أن تطليقها بغير اختيارها يدل على قصدها من الارث، فيعاقب بنقيض قصده، كما يرد قصد القاتل إذا قتل مورثه بحرمانه من الإرث فترث المرأة حينئذ بسبب الزوجية بدع الضرر عنها.[1]

أما أحمد بن حنبل يرى أن زوجة المطلق في مرض موته الذي قصد بطلاقه الفرار من الميراث يكون لها حق الإرث ولا ينقطع حقها في الإرث إلا إذا تزوجت قبل موته، وذلك ليرد عليه قصده فترث مالم يوجد مانع يقطع فرض قيام الزوجية بينها وبين المورث قطعا تاما.

في حين يرى مالك أن حقها في الإرث لا ينقطع، ولو تزوجت قبل الموت، لأن القصد الإثم مردود على صاحبه إذا قامت القرائن، المثبتة له وقد قصد حرمانه من الميراث فيرد عليه قصده، بثبوت حقها من غير زوال كما لم يطلقها.[2]

أما أبي حنيفة وأصحابه هو الرأي الأوسط الذي يتفق مع كل الوجوه مع القياس الفقهي[3].

[1]– وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص453.

[2]– أبو زهرة، المرجع السابق، ص322.

[3]– المرجع نفسه، ص 322.

- قانون الأسرة الجزائري:

يرى قانون الأسـرة الجزائري حسـب المادة 132 "إذا توفي أحد الزوجين قبل صـدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق اسـتحق الحي منهما الإرث".[1] ومع ذلك لم يتناول قانون الأسرة الجزائري هذه المسألة إلا ما تم الإشارة له في المادة 132 مع لم يوضح إذا كان المطلق مريضـا عن إعلان الطلاق أم معافى وصـدور الحكم قد يطول فيتجاوز في ذلك العدة، في حين أن الزوج قد طلق زوجته منذ مدة طويلة وههنا تكون قد بانت منه، في حين أن القاضي قد يصدر حكما بإرجاعها.

ثالثا: صلة الباعث بطلاق المريض مرض الموت

من خلال تتبع آراء الفقهاء نجد أن الشافعية والحنفية يتفقون على أن الرجل الذي طلق زوجته وهو في مرض الموت، إذا مات والزوجة لا تزال في العدة فإنه يحق للزوجة أن ترث منه، فإذا مات قبل انتهاء العدة فإن السـبب يزول بمجرد انتهاء العدة، لأن الرابطة الزوجية انتهت حيث نلاحظ أن فقهاء الحنفية لا يعملون بالباعث، حيث أنهم يعملوا به كما يعملوا بالقواعد العامة في الميراث.

في حين نجد أن أكثر من توسع في إعمال الباعث في هذا الموضوع هم المالكية أخذا بمبدأ سـد الرائع، إعمالا للباعث على نطاق واسـع جدا، بأن الزوجة المطلقة من زوجها في مرض الموت ترث منه، حتى بعد انقضاء العدة، حيث أن استحقاق الزوجة للميراث كان في مرض الموت عقوبة للزوج[2].

ومعاملة له على خلاف مقصوده، وهو كان بقصده من طلاقها حرمانها من الإرث لذا نجد المالكية أكثر من أعمل الباعث.

---

[1]- قانون رقم 84 – 11.

[2]- عبد المولى أبو القاسم إبراهيم أبو حليقة، أثر الباعث في العقود- دراسة فقهية مقارنة بين الشريعة الإسلامية وبعض القوانين الوضعية، رسالة لنيل درجة الماجستير، جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية ملانج، كلية الدراسات العليا، 2014م، ص91.

المطلب الثالث: نكاح المتعة

لقد أحل الإسلام النكاح كونه الرابط المقدس الذي تبنى عليه الأسر، ولكن في بعض الأحيان نجد هنالك نوعيات من الأنكحة الفاسدة كنكاح المتعة وهو ما سنتطرق له حاليا

أولا: تعريف نكاح المتعة

1- لغة: المتعة بالضم والكسر، اسم للتمتيع، كالمتاع: أن تتزوج امرأة تتمتع بها أياما ثم تخلي سبيلها .[1]

2- اصطلاحا: هو أن يقول لامرأة خالية من الموانع: أتمتع بك كذا، وهو غير صحيح عند عامة العلماء[2]، وهو عقد الرجل الزواج على امرأة مدة معلومة بمهر معلوم.[3]

ثانيا: أراء الفقهاء حول نكاح المتعة:

ونكاح المتعة باطل ومفسوخ، وهو أن يتزوج الرجل المرأة بشيء مسمى إلى أجل معلوم يوما أو شهرا، أو مدة من الزمان معلومة [4] وإن تواترت الأخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بتحريمه إلا أنها اختلفت في وقعتها، ففي بعض الروايات انه حرمها يوم خيبر، وفي بعضها يوم الفتح، وفي بعضها غزوة تبوك، وفي بعضها حجة الوداع، وفي بعضها عمرة القضاء، وفي بعضها عام أوطاس[5] واشتهر عن إبن عباس تحليلها وكان يحتج بقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كِتَابَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ

---

[1]- الفيروز أبادي، المرجع السابق، ص762.

[2]- عبد اللطيف محمد عامر، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص345.

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

[4]- ابي عمر: يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي (ت:463هـ)، كتاب الكافي، تحقيق محمد أوحيد ولد ماديك الموريطاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، البطحاء، ط1، 1398هـ،1978م، ص533.

[5]- إبن رشد: أبي الوليد محمد بن احمد بن محمد بن احمد إبن رشد القرطبي الاندلسي (ت:595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تعليق عبد الحليم محمد عبد الحليم، دار الكتب الإسلامية، ط2، 1403 هـ، 1983م، ج2، ص67.

بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ [سورة النساء :24]، أما الشيعة يقولون بجواز هذا النوع من النكاح واستدلوا بنفس الآية التي استدل بها إبن عباس، والاستدلال بهذه الآية من ثلاثة أوجه.

أحدهما: أنه سبحانه وتعالى أمر بإيتاء الأجر بعد الإستمتاع، وذلك يكون في عقد الإجارة والمتعة، فأما المهر فإنما يجب في النكاح بنفس العقد، ويأخذ الزوج بالمهر أولا، ثم يمكن من الإستمتاع ويخرجون بجواز نكاح المتعة من هذا الإستدلال، وأما الرد الذي قابل هذا الإتجاه من الكتاب قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ﴾ [سورة المؤمنون: 5][1].

والدليل على أنها ليست زواجا انها ترتفع، من غير طلاق ولا فرق، ولا يجري التوارث بين الرجل والمرأة فليس احدهما زوجا للآخر، وقوله تعالى في ختام الآية: ﴿إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ [سورة المؤمنون :06] يسمى الذي يبتغي استحلال الأنثى بغير الزواج، او ملك اليمين "معتديا"، وهذا دليل على حرمة الوطء بدون هذين الشيئين وقد نهى عنها النبي صلى الله عليه وسلم وكذلك إجماع الامة امتناعها عن العمل، بالمتعة مع ظهور الحاجة لهم إلى ذلك، امتثالا لنهي النبي صلى الله عليه وسلم، وأما إحتجاج الموجيزين لنكاح المتعة لقوله تعالى "فما استمتعتم به منهن" فالإستمتاع المقصود هنا هو الإستمتاع في الزواج المشروع، لان المذكور في اول هذه الآية وآخرها هو هذا الزواج.[2]والذي يجب أن نعتمد عليه في هذا الموضوع، أنه لا يمكن الإنكار أن المتعة كانت مباحة، وبعدها صارت منسوخة[3]،حيث قال جمهور الفقهاء: "أباح النبي صلى الله عليه وسلم زواج المتعة

[1]– عبد اللطيف محمد عامر، المرجع السابق، ص346.

[2]– المرجع نفسه، ص346.

[3]– عطية محمد سالم، نكاح المتعة عبر التاريخ، مطبعة المدني، (د ط)،1396هـ، ص29.

على وجه الرخصة، ثم نهى عنه على وجه التحريم، واستقر النهي إلى وفاته صلى الله عليه وسلم، وهذه هي خلاصة ما ورد بشأن زواج المتعة في السنة النبوية الشريفة.[1]

ثالثا: رأي قانون الأسرة الجزائري:

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى هذا النوع من الأنكحة مع العلم أنه كان لابد من ذكره فعدم انتشاره ليس دليلا على عدم وجوده.

رابعا: صلة الباعث بنكاح المتعة

من خلال ما سبق نجد أن كل الآراء تتفق على إبطاله، غير أن البعض يجيزه كالشيعة، وكما نعرف أن الزواج هو الخلية لبناء أسرة تتكون من أفراد لهم حقوق وعليهم واجبات، وكل هذا لا نجده في زواج المتعة الذي يهدف فقط لإرضاء الغرائز البشرية، بالتالي هو يخلو من هذه الوظيفة السامية التي تهدف لحفظ العرق البشري، وهذا لا فرق بينه وبين البغاء، فيعقد عقدا باعثه الإستمتاع لمدة ولأجل معين وهذا ما يؤدي إلى انتشار الكثير من المشاكل، كالتفكك الأسري والعنوسة، مع العلم انه قد يترتب عن هذا النكاح أطفال فما هو الحل لهم وكيف يواجهون المستقبل وكل هذه المشاكل التي كان باعثها فقط المتعة .

[1]– عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص164.

المبحث الثاني: تطبيقات الباعث على مسائل التبرعات

أمر الإسلام بالتعاون بين الناس، وقد أعطى لكل شخص حقه ووضّح له واجبه، وجعل له ذمة مالية لا يجوز الإعتداء عليها وقد شـــرع لهذا الغرض بعض الآليات التي تحكم هذا الأمر وتنظمه تنظيما محكما ودقيقا، وتسهل لكل فرد من أفراد المجتمع إنتقال المال له سواء كان إرثا أو وصـــية أو هبة أو وقفا، وهذه بعض الطرق التي ســـتناولها في هذا المبحث مقسمين إياه إلى ثلاث مطالب مع ذكر علاقة الباعث بهذه المواضيع.

المطلب الأول: الوقف

من بين أهم طرق إنتقال المال هو الوقف، الذي يعتبر نسـمة إحسـان في الإسـلام فقد كان شـائعا منذ الإسـلام، حيث بلغ قمة ازدهاره وتوهجه حتى جاء من قضـى عليه في بلدان المســلمين، وفي هذا المطلب ســنتطرق إلى معنى الوقف، وأراء الفقهاء في بعض مســائله وصلتها بالباعث.

أولا: تعريف الوقف

1- لغة: يقال وقف الأرض على المساكين وغيرهم وقفا أي حبسها.[1]

2- اصـطلاحا: عرفه الإمام أبو حنيفة بأنه حبس العين على ملك الواقف، والتصـدق بالمنفعة إبتداءا وانتهاءا، فلا يكون لازما عندها ويجوز الواقف الرجوع فيها وله ان يتصـــرف فيه بكل أنواع التصرفات، وإذا مات يورث عنه، فهو عبارة عن التبرع بالمنفعة فقط.[2]

وقد جاء في تعريف آخر بأنه: "فالوقف هو مصـطلح فقهي إسـلامي، يعبر به عن نوع خاص من التصـدق والتبرع على سـبيل الخير والإحسـان، فيطلق على الصـدقات والتبرعات التي يكون لها بقاء واسـتمرار بحيث ينتفع بها الناس على مدى سـنين أو أجيال وقرون، وهذا

[1]- ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج6، ص4898.

[2]- محمد مصطفى شحاتة الحسيني، الأحوال الشخصية في الولاية والوصية والوقف، دار التأليف، 1396هـ، 1976 م، ص109.

يعني أن الوقف إنما يكون بأشياء يستفاد من نفعها وغلتها وفائدتها مع بقاء الشيء نفسه واستمرار عينه مدة من الزمن كالأرض، والبناء والبئر والشجرة"[1].

كما عرفه قانون الأسرة الجزائري في المادة 213 "حبس المال من التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق "[2].

ثانيا: الوقف على الولد

يرى إبن حزم أن التسوية بين الأولاد في الوقف وإن كانت واجبة فإن التفريق بينهم لا يفسد الوقف، كما أن إطلاق كلمة الولد يستحب على الولد وولد ولده، ذكورهم وإناثهم، إلا أن ولده من ولد ولده ما عاشوا إلا أن يكون فضل فيكون فصل، فيكون لولد الولد فذلك حق لحاجتهم.[3]

وعند مالك أنه ليس لولد البنات شيء إذا قال الرجل :هذه الدار حبس على ولدي فهي لولده وولد ولده، وليس لولد البنات شيء والدليل على ذلك قوله تعالى ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا فَرِيضَةً مِنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ [سورة النساء :11].

فاجتمع الناس أنه لا يقسم لولد البنات شيء من الميراث إذا لم يكن له بنات لصلبه، وإنّ بنى البنين الذكور والإناث يقسم لهم الميراث ويحجبون من يحجبه من كان فوقهم، إذا لم يكن فوقهم أحد، ولقد مات عمر بن عبد العزيز، وإنه ليريد أن يرد صدقة الناس التي أخرجوا

[1]– أحمد الريسوني، الوقف الإسلامي مجالاته وأبعاده، دار الكلمة، مصر، القاهرة، ط1، 1435هـ، 2014م، ص13.

[2]– قانون رقم 84 – 11.

[3]– عبد اللطيف محمد عامر، أحكام الوصايا والوقف، مكتبة وهبة، القاهرة، ط1، 1427هـ، 2006م، ص293 و294.

منها النســاء، وهذا يدل على أن عمر ثبت عنده أن الصــدقة كانت على البنين والبنات، وقد جاء عن المالكية أيضـــا أن الرجل إذا كان لـه أولاد وبنات فأعلن الوقف على الأولاد دون البنات، ثم أشـهد خفية أنه خصّ البنين بالوقف خوفا منهم ولكنه أيضـا يرتب إشـراك البنات في هذا الوقف، فإن تخصـــيص الوقف بالبنين لا يمضـــي ولا يجد الإلتزام بما أعلنه دون ما أخفاه، وفي أصـــول إبن حنيفة أن أبا حنيفة يرى أن عدم جواز وقف الرجل على ولده وولد ولده الذي لم يوجد بعد، وقال : كيف يجوز الحبس على من لم يخلق.[1]

وجوز ذلك أهل المدينة غير انهم قالو: لا يكون لولد البنات منه شـيئ حتى يسـميهن، ولكن الصـــحيح عند جمهور الحنفية، إعتبار ولد البنات من ولد ولده لأن الإبنة من ولده، فولدها من ولد ولده أو لأن اسم الولد مأخوذ من الولادة وهي موجودة فيها، إلا أن يقيد بالذكر بان يقول: وقفت هذا على الذكور من ولدي فلا يدخل فيه الإناث.[2]

وقد روى عن ابن حنبل، أنـه إن قال: وقفت هذه الدار على أولادي فإنها تكون وقفا على أولاده وأولاد أولاده، من البنين ما لم تكن قرينة تصـرف عن ذلك، وقد سئل مرة ما تقول في رجل وقف ضـــيعة علة ولده فمات الأولاد وتركوا النســوة حوامل؟ فقال: كل ما كان من أولاد الذكور بنات كن أو بنين فالضـــيعة موقوفة عليهم، وما كان من أولاد البنات فليس لهم فيه شـيء لأنهم من رجل آخر، وجاء أنها إذا قال: وقفت على أولادي، دخل فيه الذكر منهم والأنثى لأن الجميع أولا ولكن هل يدخل في ذلك ولد الولد؟ وفيه روايتان:

يدخلون، لأنهم دخلوا في قوله تعالى: ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ

[1]– عبد اللطيف محمد عامر، المرجع السابق، ص295.

[2]– المرجع نفسه، ص295.

لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا فَرِيضَةً مِنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴾ [سورة النساء :11]

وفي قوله تعالى: ﴿ يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴾ [سورة النساء :175]، وعلى هذا يدخل ولد البنين دون ولد البنات، لأن ولد البنين هم الذين دخلوا النص دون ولد البنات.[1]

والثانية لا يدخل ولد الولد، لأن الولد حقيقة ولد صلبه والكلام على حقيقته، إلا أن يقرن به ما يدل على إدخالهم كقوله: وقفت على أولادي لولد الذكور الثلثان، وولد الإناث الثلث ونحو ذلك.[2]

ولو وقف على عياله ومن بعدهم على الفقراء صح ودخل كل من كان في نفقته، ولو لم يكن ذا رحم محرم منه ولو وقف على أهله، دخل في ذلك كل من يعوله في منزله إستحسانا، وكذا يدخل على الصحيح كل من ولد بعد مجيء الغلة لأقل من ستة أشهر، لتحقق وجوده في بطن أمه وقت مجيء الغلة الذي هو وقت الإستحقاق فيشارك المستحقين في هذه الغلة حتى لو مات قبل القسمة، كان نصيبه ميراثا عنه، وهذا في ولد الزوجة.[3]

ثالثا: صلة الباعث بالوقف على الولد

بالنضر إلى آراء الفقهاء نرى أنهم يبيحون الوقف على الولد وولد الولد، ما عدى الحنفية فهم يمنعونه، لكن لا يكون ذريعة إلى ما يشبه الوصية وكلنا نعرف أن الوصية تكون في حدود الثلث، ونجد هنا إعمالا للباعث، حيث أن الشرع حدد للمسلم المؤمن أن الوصية

---

[1]– عبد اللطيف محمد عامر، أحكام الوصايا والوقف، المرجع السابق، ص296.

[2]– المرجع نفسه، ص296.

[3]– عبد الجليل عبد الرحمان عشق، كتاب الوقف، دار الآفاق العربية، القاهرة، ط1، 1420هـ،2000م، ص124،123.

تكون في حدود الثلث، فإذا وقف ماله كله أو بعضه كان بمثابة الوصية غير الجائزة، وبذلك يكون تعدى حدود الشرع.

رابعا: رأي قانون الاسرة الجزائري

لم يتطرق قانون الاسرة الجزائري إلى هذه المسألة، في حين كان لابد من التطرق لها ووضع ضوابط وذلك بان يكون الوقف لجميع الأولاد دون تفريق.

المطلب الثاني: الهبة

تعتبر الهبة وسيلة من وسائل التضامن والتكافل، فهي تنشر المحبة بين الناس، وتعزز الألفة بينهم، ولكن في بعض الأوقات قد يكون لها بواعث غير شـــريفة، ودوافع خفية مما يصدر منها أفعال يرفضها الشرع، فما هي الهبة؟ ومتى تكون غير مشروع؟.

الفرع الأول: تعريف الهبة

1- لغة: وهب لك الشيء يهبه وهبا ووهبا بالتحريك، وهبة، والموهوب: الولد، واتهب: قبل الهبة، أوهب لك الشيء، وأمكنك أن تأخذه أو تناله.[1]

2- اصطلاحا: هي تمليك العين بلا عوض.[2]

الفرع الثاني: الهبة للعمال والقضاة وآراء العلماء فيها

أولا- الحنفية:

ذهبوا إلى منع قبول الهبة للقاضـــي، فعليه التحرز عن قبول الهدية خصـوصـــا ممن كان لا يهدى إليه قبل ذلك، لأنه من جوالب القضاء وهو نوع من الرشوة وعليه الإحتراز من إجابة الدعوة الخاصـــة مم يطمع الناس به، أما إذا كانت عامة فيجوزله تلبيتها لأن القاضـــي يعلم أنه لم يكن مقصـــودا بتلك الدعوة، وإنما يمتنع من إجابة الدعوة الخاصـــة إذا لم يكن صاحب الدعوة، ممن إعتاد ايجاد الدعوة قبل أن يتقلد القضاء، فإن كان ذلك من عادته قبل

[1]- ابن منظور، المرجع السابق، ج6، ص 4929.

[2]- عبد اللطيف محمد عامر، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص251.

هذا فلا بأس، بأن يجيب دعوته وإليه أشـــاء في قوله ولا بأس يجيب دعوة ذي القرابة، لأن هذا بين القرابات، ولا ينبغي له أن يضيف أحد الخصمين إلا أن يكون خصمه لما روينا من نهي النبي صلى الله عليه وسلم نعم الشيء الهدية، إذا دخلت الباب ضحكت الأسكفة ولما فيها من إدخال السرور ولكن هذا في حق من لم يتعين العمل، من أعمال المسلمين فأما من تعين لذلك كالقضاة، والولاة فعليه التحرز عن قبول الهدية، خصوصا ممن كان لا يهدي إليه من قبل، وذلك لأنه من جوالب القضاء وهو نوع من الرشوة والسحت.[1]

ثانيا- المالكية:

ذهب المالكية إلى أن الهدية لا تقبل من القريب أو الصـديق وإن كافأ بأضـعافها، إلا من الوالد والولد ونحوهما من خاصـــة القرابة، التي تجمع من الحرمة أكثر من قول: يجوز قبولها ممن كان يهاديه قبل توليته القضاء لقرابة أو صحبة.[2]

حيث جاء عن **ابن حبيب:** "والإمام أخذ ما أفاد العمال"، كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم، وكان عمر رضـي الله عنه إذا ولّى أحدا أحصـى ماله لينضـر ما يزيد فيأخذه منه، وكذلك شاطر العمال لما لم يستطع تمييز الفوائد، وشاطر أبا هريرة وأبا موسى الأشعري، لما احتضر معاوية رضـي الله عنه أمر أن يدخل شطر ماله في بيت المال استنادا بفعل عمر بعماله، ولا بأس للقاضي بحضور الجنائز وعيادة المرضى، ويسلم على أهل المجلس، ويسلم على من يسلم عليه، لا ينبغي له إلا ذلك، لأنها قربات من أموالي الناس فالقربات وقال عبد الملك ومطرف: "لا ينبغي له أن يجيب الدعوة لأنها مضـــنة اكل الطعام إلا في الوليمة للحديث فيها ثم إن شـاء أكل أو شـرب، وقال ابن الأشـهب: "يجيب الدعوة عامة وليمة أو صـنيعا عاما بفرح، ولا يجيب لغير الفرح لأن العموم لعله من أجل القاضـي لا لسرور، قال

[1]- شمس الدين السرخسي (ت:483هـ)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ط1409،1هـ،1989م، ج16، ص82،81.

[2]- القرافي، الذخيرة، المرجع السابق، ص 80-81.

سـحنون :"والتنزه عن الدعوة العامة أحسـن، وقد كره مالك لأهل الفضـل أن يجيبوا أكل من دعاهم.[1]

ثالثا- الشافعية:

منع قبول الهبة للقاضـي، "ولا يقبل منه هدية وإن كان يهدي إليه قبل ذلك حتى تنفذ خصـومته"، في حين جاء عن الماوردي: "ينبغي لكل ذي ولاية أن يتنزه عن قبول هدايا أهل عمله".[2]

رابعا- الحنابلة:

ذهبوا إلى منع القاضـي من قبول الهبة، وهذا ما ذهب إليه الشافعية، فلا يقبل هدية من لم يكن يهدي إليه قبل ولايته ولأن حدوث الهدية عند حدوث الولاية يدل على أنها من أجلها، وذلك ليتوسـل بها إلى ميل الحاكم معه على خصـمه، فلم يجز قبولها منه كالرشـوة، فأما إن كان يهدي إليه قبل ولايته جاز قبولها منه بعد الولاية لأنها لم تكن من أجل الولاية، لوجود سببها قبل الولاية بدليل وجودها قبلها.[3]

وقد جاء عن النبي صـلى الله عليه وسـلم أنه بعث رجلا من الأزد، يقال له ابن اللتبية على الصدقة، فقال: "هذا لكم، وهذا أهدي لي، فقام النبي صلى الله عليه وسلم فحمد الله و أثنى عليه"، ثم قال :"ما بال العامل نبعثه، فيجيء فيقول :هذا لكم وهذا أهدي إلي،ألا جلس في بيت أمه، فينظر أيهدى إليه أم لا، والذي نفس محمد بيده، لا نبعث أحدا منكم، فيأخذ شيئا، إلا جاء يوم القيامة عمله، على رقبته، إن كان بعيرا له رغاء، أو بقرة أو خوار، أو شاة تيعر"، ثم رفع يده حتى رأينا عفرة إبطيه، اللهم هل بلغت، اللهم هل بلغت ثلاثا".[4] ولأن

---

[1]- القرافي، الذخيرة، المرجع السابق ص82.

[2]- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري (ت:450هـ)، الحاوي الكبير، تحقيق علي محمد معوض وآخرون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1414هـ،1994م، ج16، ص281.

[3]- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص58- 59.

[4]- رواه البخاري في صحيحه، كتاب الهبة، باب من لم يقبل الهدية لعلة، رقم الحديث: 2597. صحيح البخاري، محمد بن اسماعيل البخاري، تحقيق محب الدين الخطيب، المطبعة السالفية ومكتبتها، القاهرة، ط1، 1400هـ، ج2، ص235، 236.

حدوث الهدية عند حدوث الولاية يدل على أنها من أجلها ليتوسل بها على ميل الحاكم معه على خصمه، فلم يوجز قبولها لأنها كالرشوة، فإذا كان يهدى إليه قبل ولايته جاز قبولها منه بعد الولاية، قال القاضي "ويستحب له التنزه

عنها، وإن أحس انه يقدمها بين يدي خصومه أو فعلها حال الحكومة، حرم أخذها في هذه الحال لأنها كالرشوة تماما، وهذا كله مذهب الشافعي"، وروي عن أبي حنيفة وأصحابه أن قبول الهدية مكروه غير محرم، وفيما ذكرناه دلالة على التحريم، فأما الرشوة في الحكم ورشوة العامل فحرام بلا خلاف حيث جاء في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿ سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾ [سورة المائدة:42]، حيث جاء كذلك عن الحسن وسعيد بن جبير في تفسيره هو الرشوة وقال :"إذا قبل القاضي الرشوة بلغت به إلى الكفر، فإن إرتشى الحاكم، أو قبل هدية ليس له قبولها، فعليه ردها إلى أربابها، لأنه أخذها بغير حق، فأشبه المأخوذ بعقد فاسد، ويحتمل أن يجعلها في بيت مال، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر ابن اللتبية بردها على أربابها، وكذا لا ينبغي للقاضي البيع ولا الشراء فيكون كالهدية، ولأن ذلك يشغله عن النضر في أمور الناس.[1]

خامسا- قانون الأسرة الجزائري

لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري إلى مسألة الهبة للقضاة والعمال، مع أنه كان من الضروري التطرق لها، في حال حدوثها مع معاقبة فاعليها، لأن الهبة للعمال وأصحاب الهيئات هي من باب الرشوة، فكان لابد من وضع أحكام تمنع هذا الفعل، الذي سيترتب عن وقوعه ضياع الكثير من حقوق الأفراد. ولأن ق أ ج مأخوذ من الفقه الإسلامي وقد أشار في المادة 222 على أن القاضي يرجع إلى الشريعة الإسلامية في المسائل التي لا نص فيها في

[1]- ابن قدامة، المرجع السابق، ص60.

ق أ فإنه وبالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي فإن الهبة لا تجوز للقضات والعمال وذلك مما يلتمس فيها من رشاوى.

الفرع الثالث: علاقة الهبة للقضاة وأصحاب الهيئات بالباعث

تكمن أهمية الهبة في تحسين العلاقات بين الأفراد، وتليين القلوب وغرس روابط المحبة بين المسلمين، وهذا في حالة كانت الهبة لعامة الناس، فهي تعمل على توثيق الترابط بينهم، أما إذا كانت لقاضي كونه صاحب هيئة والعمال في ميدان معين، فإنها ستكون فيها بواعث خفية وهي التقرب من هذا الشخص الذي تم إهداءه هذه الهبة، من أجل قضاء الحاجيات والمآرب، فتكون بذلك رشوة بالتالي هذه العلاقة ينطوي في داخلها باعث غير مشروع، وهو كما ذكرناه ولا ينبغي للقاضي أن يقبل هذه الهبة أو العمال في ميدان معين خاصة إذا كانت هذه الأخيرة واضحة كل الوضوح أنها رشوة، من أجل قضاء مآرب ما وهو ما حرمه الإسلام ونهانا عنه، وذلك للمظالم المترتبة عن هذا الفعل.

المطلب الثالث: الوصية

لقد جاء دين الإسلام بكل اللوازم التي تسمح للمسلم بأن يعيش حياة الهناء، كما أباح له إستعمال حاجياته وفق الوجه المشروع له، ومنها المال وحتى بعد مماته، أباح له ترك جزء من ماله لمن يحبهم، وفي هذا المطلب سنتعرف على هذا المعنى ونحاول توضيح آراء الفقهاء فيه.

الفرع الأول: تعريف الوصية

1- لغة: أوصى الرجل وصاه، عهد إليه، والإسم: الوصاة والوصاية والوصية، والوصية: ما أوصيت به، والوصي الذي يوصي والذي يوصى له، وهو من الأضداد وسميت وصية لإتصالها بأمر الميت.[1]

[1]- ابن منظور، المرجع السابق، ج6، ص ص 4853- 4854.

2- اصـطلاحا: عرفها المالكية بأنها عقد يوجب حقا في ثلث المال العاقد يلزم بموته، أو يوجب نيابة عنه بعد موته[1].

وقد جاء في تعرف آخر بأنها هبة الرجل ماله لشـخص آخر أو لأشـخاص بعد موته، أو عتق غلامه سواء صـرح بلفظ الوصـية أو لم يصـرح به وهذا العقد عندهم هو من العقود الجائزة باتفاق، أعنى أن للموصـــى أن يرجع فيما أوصـــى به، ألا المدبر فإنهم اختلفوا فيه وأجمعوا على أنه لا يجب للموصى له إلا بعد موت الموصى.[2]

الفرع الثاني: مجالات الوصية

للوصية مجالات متنوعة تمثلت في يلي:

أولا: الوصية بعمل من أعمال البر

فقد يحس المرء بدنو أجله، فيحاول أن يسـتدرك ما فاته في حياته، محاولا أن ينال بره بعد وفاته، فيوصـــي بعمل من أعمال البر، ولقد كان فك الرقابة عملا يتقرب به العبد إلى ربه، حين كان الرق عادة امتدت من الجاهلية إلى صـدر الإسـلام، وكان من المتصـور أن يوصـى أحدهم بعتق عبد أو أكثر، إذا حضـرته الوفاة لعل اله يغفر له من الذنوب لقاء هذا العمل، فلقد روى أن العاص بن وائل أوصـــى أن يعتق عنه مائة رقبة فأعتق أبنه هشـــام خمسـين رقبة، وقد قال بعض العلماء : من أوصـى بإقامة لهو بعرس، فإن الوصـية تنفذ إذا كان اللهو مرخصا فيه، وبآلات مرخص في استعمالها، ولا تنفذ إذا دخله ما لا يجوز.[3]

كما ذهب الفقهاء إلى أن الوصـية لجهة معصـية غير جائزة، فإذا أوصـى مسـلم لجهة عامة، فإن الشرط فيها ألا تكون لجهة معصية، ومن ثم فلا تجوز الوصية لمؤسسات تمارس اللهو غير البرىء، ولا تجوز الوصـية لمعابد المجوس، وعبدة النار وعبدة الأوثان، ولا لعمارة

---

[1]- عبد اللطيف محمد عامر، أحكام الوصايا والوقف، المرجع السابق، ص17.

[2]- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ص ص410-411.

[3]- عبد اللطيف محمد عامر، أحكام الوصايا والوقف، المرجع السابق، ص34.

البيع والصوامع والأديرة التي يعبد فيها غير الله والوصية إذا كانت حقا من حقوق الموصى، فإنها يجب أن تكون في طاعة.[1]

ثانيا: التوصية بما يكون عليه الأمر بعده

فيوصى الإنسان قبل وفاته بأمور يجب اتباعها بعد وفاته، وقد تؤدي هذه الوصية دورا في اعتدال حياة الأوصياء، أو في رضا الموصى عنهم، ومن ذلك وصية عمر بن الخطاب إلى أهله إلى الناس بعد أن طعن وقبل أن يموت فقد قال لابنه: "انضر ما علي من دين فأده من أموال عمر وإلا فسل في مال بني عدي بن كعب، فإن لم تقف في أموالهم فسل في قريش ولا تعدهم إلى غيرهم، وبعث إلى عائشة يستأذنها في أن يدفن مع صاحبيه: الرسول صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رضي الله عنه وقال للناس: "أوصوا الخليفة من بعدي بالمهاجرين الأولين أن يعرف لهم حقهم ويحفظ لهم حرمتهم. وأوصيه بالأنصار خيرا.[2]

ثالثا: الوصية بتعهد الأولاد

فقد يخشى الوالد على مصير أولاده من بعده، فيوصي بهم أقاربه أو جيرانه، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿ وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكُوا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ وَلْيَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا﴾ [سورة النساء:9]، ففي هذه الآية لمن حضر عند الموت عن الترغيب للمحتضر بالوصية حتى يخرج إلى الإسراف المضر بالورثة، وقد جعل البخاري ذاك بابا من أبواب الوصية المشروعة وهذه الأنواع فيما من الوصايا التي حث عليها الشرع، وقذ حفز المكلفين إليها حتى يشعرهم بفضيلة أن يأخذ الإنسان من شبابه لهرمه، ومن صحته لمرضه، ومن دنياه إلى آخرته، ولعل الوصية بالمال أو ببعضه داخلة بشكل ما تحت ندب الوصية بالبر بوجه عام.[3]

---

[1]– عبد اللطيف محمد عامر، أحكام الوصايا والوقف، المرجع السابق، ص35.

[2]– المرجع نفسه، ص35.

[3]– المرجع نفسه، ص36.

رابعا: الوصية بالمنفعة

وذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة، إلى أن الوصـــية بالمنافع أو ببدلها أو بالغلة بعد الموت صـحيحة نافذة وذلك لجواز تمليكها بعقد الإجارة أو بعقد الإعارة، في حال الحياة فكان تمليكها بعقد الوصية بعد الوفاة أولى بالجواز، لأن عقد الوصية أوسع العقود، ألا يرى أنه يصح مع جهالة الموصى به ومع انعدام محله، وذلك مما تفسد معه العقود الأخرى، هذا إلى ما نعلمه من شـديد حاجة الناس إلى تمليك المنافع، وتملكها بعد الوفاة ولسـد هذه الحاجات جاء التشريع وليس في الوصية بالمنفعة تمليك الإنسان مالا يملك فالأمر الواقع أن الموصـي بوصـيته يملك الموصـى له، ما يملكه وذلك لبقاء الأعيان الموصـي بمنافعها على حكم الموصـي بعد وفاته بالنسـبة لمنافعها، وتتبعها في ذلك منافعها فتكون كذلك على حكم ملكه، وبذلك ينفذ تصرفه فيها بالوصية على أنها ملك له.[1]

كانت وصـية مطلقة عن الوقت أي كانت على التأبيد، فإنها تصـير لورثة الموصـى له كأنها تركة تنتقل بالميراث، ويسـتثنى من ذلك ما إذا كانت الوصـية بالمنفعة مقيدة بحياة الموصـى له أن يقول الموصى مثلا: "أوصيت بمنفعة هذا الدار لفلان طيلة حياته"، ففي هذه الحالة يعتبر حق الموصـى له بالمنفعة حقا شخصيا، فيسقط بوفاته، ولا ينتقل إلى ورثته.[2]

الفرع الثالث: الوصية للوارث وآراء الفقهاء فيها

المذهب الأول: أنه شرط لصـحتها، فلو أوصـى لوارث وقعت الوصـية باطلة من أول الأمر، فلا تلحقها إجازة أصـلا، وإن حصـلت من ابقي الورثة تكون هبة مبتدأة، فيلاحظ فيها شـروط الهبـة من اللفظ والقبول والقبض إلى غير ذلك، وإلى هذا ذهب أهل الظـاهر، والمزني من الشافعية وبعض المالكية وبعض الحنابلة.[3]

---

[1]– علي الخفيف، أحكام الوصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1431هـ–2010م، ص ص436، 437.

[2]– عبد اللطيف محمد عامر، أحكام الوصايا والوقف، المرجع السابق، ص37.

[3]– محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية، بيروت، ط1402،4هـ،1986م، ص86.

وقد جاء في قوله تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ [سورة البقرة:180]، فقد جعل للوالدين نصيبا في التركة عن طريق الميراث، فلا نصيب لهما فيها عن طريق الوصية، وقد استدلوا بحديث: "إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث"[1] وقد قواها جماعة من الأئمة منهم أحمد البخاري، غير أن البعض ضعفها وقالو :لا يخلوا إسناده من مقال لكن مجموعها يقتضي أن للحديث أصلا، وقد رأى الشافعي أن المتن متواتر فقال :"وجدنا أهل الفتيا ممن حفظنا عنهم من أهل المغازى وغيرهم لا يختلفون في أن النبي صلى الله عليه وسلم قال عام الفتح لا وصية لوارث، فكان هذا النقل، أي نقل عدد كثير عن عدد كثير فأشبه التواتر، وهو أقوى من نقل واحد من واحد" ورغم قول الشافعي ذلك فإنه هو الذي يرى أن القرآن لا ينسخ بالسنة[2].

ولعل القائلين بنسخ الحكم في قوله تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ [سورة البقرة:180]، يرون أن هذا النسخ يتمثل في تخصيص فرض من التركة للوالدين عن طريق الميراث، فكان تخصيص نصيب لهما في الميراث ناسخا لنصيب كل منهما، كما يستند القائلون بقولهم بعدم جواز الوصية للوارث أن الذي روى قوله صلى الله عليه وسلم :إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث هو سليمان بن عياش وأن هذا الرجل كان مريضا فعاده أبو حنيفة فوجده يوصي لابنيه، فقال أبو حنيفة :" إن هذا لا يجوز، فقال: ولماذا يا أبا حنيفة ؟

فقال: لأنك رويت لنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: لا وصية لوارث فقال سليمان لأبي حنيفة: يا معشر الفقهاء أنتم الأطباء ونحن الصيادلة، أي أن الفقهاء هم الذين

---

[1]– رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الفرائض باب من جعل ما فضل عن أهل الفرائض ولم يخلف عطية ولا مولى في بيت المال ولم يرد على ذي فرض شيئا، رقم الحديث:12405، السنن الكبرى، محمد عبد القادر عطى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 1424هـ، 2003م، ج6، ص399.

[2]– عبد اللطيف محمد عامر، أحكام الوصايا والوقف، المرجع السابق، ص98.

يرون الرأي وغيرهم يلتزم به كما يلتزم الصـيادلة مما يكتب الأطباء، ويفهم من ذلك كما يرى الحنفية وغيرهم تحول الحق من الوصية إلى الميراث كما استندوا في تعزيز هذا الاتجاه أيضا إلى سبب إنساني.[1]

المذهب الثاني: أنها صحيحة متوقفة على إجازة سائر الورثة، وإجازتهم إياها تعد تنفيذا لإرادة الموصـــي، لا عطية مبتدأة منهم، وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشـــافعية والحنابلة وهو قول ابن القصـــار وابن العطار من علماء المالكية وهو الذي نقله الباجي من فقهاء المالكية عن المذهب، ولا يكاد يختلف هذا الرأي عما جاء في المدونة.[2]

ويقولون بعد ذلك إن آية الوصـــية منســـوخة إما بآيات المواريث أو بحديث "إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه لا وصـية لوارث " لأنه حديث مشـهور أو متواتر كما قيل، والمعتبر في كونه وارثا عند هؤلاء هو كونه كذلك وقت الوفاة لا وقت إنشـــاء الوصـــية، فلو أوصـــى لشـــخص وارث ثم وجد من يحجبه عن الإرث وقت الوفاة كما لو أوصـــى لأخيه ولم يكن له ولد ثم ولد لـه إبن بعد ذلك فإن الوصـــــية للأخ في هذه الحالـة تنفذ من غير توقف على الإجازة، ولو كان الأمر بالعكس توقفت، لأن الوصـية عقد مضـاف إلى ما بعد الموت، وإنما يتحقق الوجوب له عند الموت، ولان المانع صفة الوراثة، ولا يعرف ذلك إلا عند الموت، لأن من شرطها أن يكون الوارث حيا بعد موت المورث .[3]

المذهب الثالث: القول بصـحة الوصـية لوارث في حدود الثلث، دون توقف على إجازة الورثة والوارث الموصـى له في حدود الثلث شـأنه شـأن غير الوارث، فإن الله سـبحانه يقول: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَـرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِـيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ [سورة البقرة:180].

---

[1]– عبد اللطيف محمد عامر، أحكام الوصايا والوقف، المرجع السابق، ص99.

[2]– علي الخفيف، أحكام الوصية، المرجع السابق، ص206.

[3]– محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص87.

والوصـية في هذه الآية لم تنسـخ، حيث لا نسـخ بدون ناسـخ، ولا سـيما والآية تجعل الوصـية للوالدين والأقربين حق على المتقين، وهذا الحق يظل حقا غير منسوخ، بل إن الآية لتهدد بعد ذلك من يخالف العمل بها في قوله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَـمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [سورة البقرة:181]

وإذا كان الله قد أعطى الإنسـان ثلث ماله يتصـرف فيه قبل وفاته كما أشـار إلى ذلك حديث ذكرناه في موضعه، فإن الحرية الممنوحة لصاحب المال تقتضـي أن يوجه هذا الثلث حيث شاء، وذلك دون توقف على إجازة أحد ولول كان وارثا.[1]

وقد أخذ قانون الوصية بهذا الاتجاه فصحح الوصية بثلث المال لوارث أو غير وارث دون التوقف على إجازة الورثة، وإذا جازت الوصـية لغير الأقربين في حدود الثلث دون إجازة الورثة فإنها تجوز للأقربين والورثة من باب أولى، إذ الأقربون أولى بالمعروف، ونرى أن لهذا الاتجاه وجاهته للأسباب الآتية:

– قد تكون الوصـية لوارث في بعض الأحيان هي العدالة، والعدالة هنا ليسـت عدالة مادية ولكنها عدالة التوازن في حياة الورثة، فقد يكون أحدهم مريضـا عاجزا عن الكسـب، أو صـغيرا لم تتوفر فيه أسـباب التربية والتعليم كما توفرت لأخوته أو أكثر برا بأبيه أكثر من إخوته، فتأتي الوصية لتدارك ما لم تقدر قواعد الميراث أن تدركه.[2]

– لا تتعارض الوصـية لوارث مع قواعد العدالة والمسـاواة بين الأولاد أو بين الورثة جميعا بوجه عام، إذ أن لوالد المورث إذا اتصـف بالعدل فإن غايته من الوصـية في هذه الحال ستكون هي إقامة العدالة الإنسانية بين أولاده بغض النظر عن التساوي في أنصبتهم من التركة، وإذا اتصـف بالظلم فلن يعدم من الوسـائل الأخر بغير الوصـية، ما لم يظلم بها ورثته ومحاباة بعضهم على حساب البعض الآخر.

[1]– عبد اللطيف محمد عامر، أحكام الوصية، المرجع السابق، ص101.

[2]– المرجع نفسه، ص102.

– إذا كانت الوصية لغير وارث تحتمل المحاباة، وتفضيل بعض الأبناء على بعضهم الآخر، فإن الوصية لغير الوارث وهي جائزة باتفاق، تحتمل رغبة الموصى في حرمان ورثته من بعض تركته عن طريق الوصـــية لأجنبي، ومن ثم فإن تصـــرفات الحي في ثلث تركته سواء أكانت لوارث أم لغير وارث، منوط بضميره وعدالته، وهما مما يطلع عليه إلا الله[1].

وعلى هذا كما سـبق الذكر نجد أن الوصـية المنفية في حديث لا وصـية لوارث، هي الوصـية التي كانت مشـروعة للورثة قبل شـرعية الميراث لا مطلق الوصـية، فالذي نسـخ في حق الوارث إنما هو وجوب الوصـية لا أصـل مشـروعيتها، وفيما يسـتحقه الورثة وهو الثلثان، لأن سـياق الكلام في آية الوصـية مع آيات المواريث يدل على أن المنسـوخ هو ذلك، فيكون معنى الحديث على هذا ولا تصــح وصــية لوارث من الثلثين إلا أن يجيز الورثة، وأما الثلث هو خالص حق الشـخص يضـعه كيف شاء لقريب أو بعيد، وارثا كان القريب و غير وارث، وإذا كانت الوصية مشروعة ليتدارك بها الإنسان ما فاته في حياته، وليصل بها من أراد وأباح له الشــارع أن يتصــدق بها على أجنبي فليس من المعقول أن يحرم من جعلها لقريب لتكون صـدقة وصـلة فينال بها ثواب قربتين، أو يجعلها موقوفة على إجازة أحد لأن ذلك يكون إلغاء لرغبته، وتجاهلا لإرادته.[2]

في حين نجد أن هذا الموضوع قد لاقا اهتمام واضحا من القانون وقد تأثر به في بعض ما جاء فيه من أحكام، وأهم ما قرره الفقهاء فيه:

لا نزاع في صـحة وصـية المسـلم للمسـلم مهما اختلف ديارهما وجنسـيتهما، لأن رابطة الإسلام لا تفصـلها حدود الديار، كما لا نزاع بينتهم في صـحة وصـية المسلم للذمى وهو من لم يدخل الإســلام وأقام بين المســلمين راضــيا بحكمهم يضــافي من صــفاتهم، ويعادي من عاداهم بعد دفع جزية لهم، وهذا يكون ما للمســلمين وعليه ما عليهم لأن الوصــية في ذاتها

[1]– عبد اللطيف محمد عامر، أحكام الوصية، المرجع السابق، ص102.

[2]– محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص89.

صلة وبر، وصلة أهل الذمة غير منهي عنها، أما الحربي وهو من لم يكن له ذمة ولا عهد، فإن دخل دار الإسلام بأمان ليقيم فيها مدة محدودة لتجارة أو لغيرها، ويسمى مستأمنا فوصية المسلم له جائزة في المذاهب الثلاثة، المالكية والشافعية والحنابلة، وفي الرأي الضاهر في مذهب الحنفية، لأنه كاذمى يصح أن يملكه المال حال حياته فهذا تمليك بعد وفاته.

وفي رواية عن ابي حنيفة وأبي يوسف لا تصح لأنه على وشك الرجوع إلى دار الحرب، حيث لا يمكن من الإقامة الدائمة عندنا بخلاف الذمي، وإن كان في دار الحرب، وهي المعادية للإسلام التي ليس بينها وبين دار الإسلام علاقة تناصر وتعاون، والعصمة منقطعة بينها، فالأئمة الثلاثة صححوا وصية المسلم له مالم تكن بنحو سلاح، أو بالعبد المسلم أو بما يلحق بالإسلام ضرر لأن الوصية كالهبة، وهي تصح منه له فكذلك الوصية.[1]

1- **قانون الأسرة الجزائري:** لقد أخذ المشرع الجزائري بآراء الفقهاء بأن لا وصية لوارث، حيث ورد في المادة89 "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى".[2]

الفرع الرابع: علاقة الباعث بالوصية للوارث

من خلال الموضوع المطروح نستنتج أن الرابط الذي جمع الباعث والوصية لوارث، هو رابط خفي تكمن معالمه في النوايا الخفية والغير شريفة للموصى، فهو من جهة قد يتسبب في التفريق بين الورثة وإحداث النزاعات وقطع العلاقة الأسرية التي تجمع بين الأفراد، فهو بذلك يهدف إلى تعزيز العداوة بينهم، مما يؤدي لاحقا إلى عواقب وخيمة كالقتل مثلا، وهذا أمر نهاى عنه ديننا الحنيف الذي جاء بكل القيم الأخلاقية التي تحفظ العلاقات، والذي يسعى إلى نشر المحبة والسلام بين البشر، ومن جهة نرى أن الموصى إذا أوصى لأحد الورثة عن بقيتهم فهو بهذا سيحرم الآخرين حقهم وهذا ظلم في حقهم، لذا نجد الفقهاء قد اتفقوا على بطلان الوصية لوارث.

[1]- محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص92.

[2]- قانون رقم، 84-11.

ملخص الفصل الثاني:

لقد حاولنا في الفصل الثاني جمع بعض مسائل الأحوال الشخصية ودراستها، مع توضيح علاقة الباعث بها، بدءا بالمبحث الأول والذي كان حول تطبيقات الباعث على مسائل إبرام عقد النكاح، وفيه بدئنا موضوعنا بالخطبة، والتي تعتبر وعدا بالزواج، ثم تطرقنا إلى أهم مسائلها والتي تمثلت في الخطبة على الخطبة، حيث نجد أن المشرع الجزائري قد أهمله، ثم إلى الخطبة في العدة، بعدها تطرقنا موضوع العدول عنها وحكم الهدايا، لنخلص فيه أن آراء الفقهاء كانت مختلفة إلى أن الراجح فيها كان التعويض عند حدوث العدول، مع عدم خلو هذه المواضيع من تطبيق الباعث فيها، فقد كان له أهمية كبيرة في إظهار النوايا الخفية والأهداف غير أخلاقية في هذا الطرح.

أما في موضوع مرض الموت والذي كان في المطلب الثاني، نلاحظ أن المذهب المالكي قد أعمل الموضوع فيه، وذلك من أجل إبطال هذا النكاح، لنوايا خفية تكون عند الطرف الذي يريد الزواج من المريض مرض الموت، وذلك بغية استلائه على أمواله، ومن المذاهب من أجازه، وهو الحال في طلاق المريض مرض الموت، ومع علمنا أن عقد النكاح يكون صحيحا إلا اذا استوفت فيه كل الشروط، إلا أن هناك بعض منها لا يبيحه الشرع في الأساس من بينها نكاح المتعة، والذي يكون الهدف من عقده هو الاستمتاع وفقط، كما نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق لهذا النوع من الأنكحة.

أما المبحث الثاني فقد تناول موضوع انتقال المال، بدءا بالوقف ومسألة الوقف على الولد، لنجد أن أغلب الفقهاء أجازوا هذا النوع من الوقف، إلا الحنفية فهم يمنعونه لكي لا يون ذريعة إلى ما يشبه الوصية، وكان هذا إعمالا للباعث.

كما تم عرض موضوع الهبة، والتي تعبر تمليك العين بلا عوض، وفيه تم دراسة مسألة الهبة للقاضي والعمال وأصحاب الهيئات، ليمنع الفقهاء هذا النوع من الهبة، كونها تعبر في مقام الرشوة، وقد تم إعمال الباعث فيه بصفة كبيرة.

إلى الوصول للموضوع الأخير والذي تمثل في الوصية، وقد ارتأينا إلى أن أهم شيء في موضوع صحة الوصية لوارث، أنها تكمن في ألا يكون الموصى له وارثا، وذلك بغية الحفاظ على حقوق الأفراد، ونكون بذلك قد حاولنا جمع بعض المسائل ودراستها، مع العلم أن المشرع الجزائري قد أهمل نصفها.

الخاتمة

خاتمة:

أهم ما توصلت إليه من نتائج في هذا البحث هي:

1- الباعث هو العامل النفسي أو القوة النفسية التي تحرك إرادة المتعاقد إلى تحقيق غرض معين من خلال العقد.

2- إن كلا من فقهاء الشريعة والقانون متفقون على أن الباعث يتميز خصائص أهمها: أنه أمر داخلي في العقد، وشيء ذاتي، وأنه أمر متغير.

3- دراسة تحديد ماهية الباعث، وبيان طبيعته أفضت إلى وضوح العلاقة بينه وبين المصطلحات الأخرى القريبة منه، فالباعث يتعلق بكل من الغرض (الذي هو الهدف القريب الذي تتحه إليه إرادة الشخص)، والغاية (التي هي الهدف البعيد الغير مباشر الذي يريده الشخص من نشاطه).

4- اتفاق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في تصنيف البواعث بحسب الزاوية التي ينظر منها إليها، بيد أن الفقه الإسلامي لا يعتد بالتفرقة بين الباعث الشريف، والباعث الدنيء في حالة تجسيده على أرض الواقع في صورة تنافي الشرع، واعتبر أن البواعث جميعها دنيئة وغير شريفة ما دامت تؤدي إلى ارتكاب فعل غير مشروع.

5- لقد سبق الفقه الإسلامي القانون الوضعي في فكرة الباعث، وان كان فقهاء الإسلام لم يطلقوا عليه هذه التسمية بصورة مباشرة بل سموه القصد أحيانا والعلة أحيانا أخرى، في حين أطلق عليه علماء القانون تسمية السبب.

6- إن الباعث ذو طبيعة نفسية ذهنية أدى إلى وجود اختلاف بين العلماء، حيث انقسموا إلى فريقين، فريق يرفض إعماله (الحنفية والظاهرية والشافعية) وفريق يقول به (المالكية والحنابلة)، وبناء عليه وضعوا ضوابط للكشف عن الباعث وإعماله في إبطال العقود وإجازتها، وهذه الضوابط هي علم الطرف الآخر به، وأن يمكن استخلاصه من القرائن

الدالة عليه، في حين أن علماء القانون قد أضـافوا ضـوابط آخر تكون مشـروعة، ولكن رغم وجود هذه الضوابط إلا أنه هناك صعوبة في تحديده وإثباته.

7- إن إعمال الباعث يؤدي وظيفة اجتماعية وهي حماية العقود من البواعث الغير إنسـانية، وبالتالي الحفاظ على حقوق المتعاقدين.

8- يمكن الأخذ برأي المالكية والحنابلة في مسالة تحديد الباعث، لأنه الرأي الأسلم والأقرب إلى مقاصد الشريعة، ذلك أن قضايا الأسرة تختلف مسائلها عن باقي المعاملات ن فكان لابد من ضرورة إعمال الباعث فيها.

9- يتفق الفقه الإسـلامي والقانون الوضـعي حول تأثير الباعث على العقود وكلهم يعملونه، إلا أنهم يختلفون في كيفية إثباته، خاصة إذا كان الباعث خفيا.

10- إن رأي أصحاب النزعة الذاتية هو الرأي الأنسب و الأقرب ـ حسب رأيي ـ إلى مقاصد الشريعة الإسلامية، كون أن قضايا الأسرة هي قضايا تتعلق بمسائل الأحوال الشخصية للأفراد، فأي ضـرر يلحق بها يؤدي إلى أضـرار وخيمة للمجتمع، لذا إن إعمال الباعث في هذه الحالة هو الرأي الأصح والراجح .

11- انقسـم الباعث إلى عدة انقسـامات في الفقه والقانون، منها الباعث الأخلاقي والباعث غير الأخلاقي، حيث نحد أن المتعاقدين قد تكون نظرتهم إلى الباعث شريفة، إلا أنه في نظر الشرع يكون باطلا ومفسوخا، وفي هذه الحالة يحب الالتزام بالشرع وليس بالباعث الشـريف، كما هو الحال مثلا في نكاح المتعة عندما يقدم شـخص على الزواج بغرض الاستمتاع.

12- هناك مسـائل عديدة تم التطرق لها، وكانت لها علاقة كبيرة بالباعث، كمسـألة الهبة للقضـاة والعمال، ونكاح المتعة، والوقف على الأولاد، وكل هذه المسـائل لاقت إهمالا واضـحا في قانون الأسرة الجزائري، فكونها غير موجودة أو وجودها نادر في المحاكم أو لم تطرح أسـاسـا، إلا أننا لا ينبغي علينا إهمالها، بل يحب الالتفات لها كونها أحكام

شرعية وضعها الله ــ عزوجل ــ، وتحتمل الوقوع مع أنها قد تكون في الأصل موجودة، ولكن يتم إخفائها بسبب الفضيحة.

توصيات:

1- ما يمكن أن يوصى به هو أنه يحب على أصحاب الاختصاص العناية والاهتمام أكثر بعقود المتعلقة بالأحوال الشخصية، فلا لابد من إقامة الندوات والبحوث العلمية وغيرها لنتدارك بعض ما فيه من ثغرات ونقائص.

2- إن الأسرة هي الركيزة الأساسية في الإسلام، لما لها من أهمية كبيرة في تشكيل المجتمع على النحو الصحيح، لذا منحتها الشريعة الإسلامية عناية خاصة، وهذا ما يجب أن يقوم به المشرع الجزائري من تشديد الرقابة على كل ما من شانه أن يخل بها.

3- يحتاج الفقه الإسلامي إلى عناية أكثر واهتمام وبحوث مختلفة في شتى المجالات، وذلك من أجل مواكبة مستجدات العصر.

فهرس السور القرآنية والأحاديث النبوية

فهرس السور الآيات والقرآن الكريم

السور والآيات	رقم الآية	الصفحة
سورة البقرة		
وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ	235	37
وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ	234	37
كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ	180	66-65
سورة النساء		
فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ	03	44
يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا فَرِيضَةً مِنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا	11	55-54
وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كِتَابَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا	24	50

56	175	يَسْـــتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْـفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ
سورة المائدة		
60	42	سَـمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّـحْتِ فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُـرُّوكَ شَـيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْـطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ
سورة *النحل*		
11	36	وَلَقَدْ بَعَثْنَا فِي كُلِّ أُمَّةٍ رَسُولًا
سورة المؤمنون		
51	05	وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ
51	06	إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ
سورة يس		
11	52	قَالُوا يَا وَيْلَنَا مَنْ بَعَثَنَا مِنْ مَرْقَدِنَا هَذَا
سورة الشمس		
11	12-11	كَذَّبَتْ ثَمُودُ بِطَغْوَاهَا * إِذِ انْبَعَثَ أَشْقَاهَا

فهرس الأحاديث النبوية

الحديث	الصفحة
إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث	65
بعث الرسول صلى الله عليه وسلم رجلا من الأزد، يقال له ابن اللتبية على الصدقة"، فقال: "هذا لكم، وهذا أهدي لي، فقام النبي صلى الله عليه وسلم فحمد الله وأثنى عليه"، ثم قال: "ما بال العامل نبعثه، فيجيء فيقول: هذا لكم وهذا أهدي إلي، ألا جلس في بيت أمه، فينظر أيهدى إليه أم لا، والذي نفس محمد بيده، لا نبعث أحدا منكم، فيأخذ شيئا، إلا جاء يوم القيامة عمله، على رقبته، إن كان بعيرا له رغاء، أو بقرة أو خوار، أو شاة تيعر"، ثم رفع يده حتى رأينا عفرة إبطيه، اللهم هل بلغت، اللهم هل بلغت ثلاثا	59
نهى الرسول صلى الله عليه وسلم أن يبيع حاضر لباد، ولا تناجشوا، ولا يبيع الرجل على بيع أخيه، ولا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفأ ما في إنائها".	35

قائمة المراجع

قائمة المراجع:

القرآن الكريم

أولا/ الكتب:

1. ابن القيم الجوزية، أبي عبد الله محمد أبي بكر بن أيوب، إغاثة اللهفان من مصـــايد الشيطان، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، 1423 هـ، ج 4.
2. ابن القيم الجوزيـة، إعلام الموقعين عن رب العـالمين، علق عليـة: أبو عبيـدة، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط1، 1423هـ، ج3.
3. ابن القيم الجوزيـة، إعلام الموقعين عن رب العـالمين، علق عليـة: أبو عبيـدة، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط1، 1423هـ، ج3.
4. ابن رشـد، أبي الوليد محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصـد، تعليق عبد الحليم محمد عبد الحليم، دار الكتب الإسلامية، ط2، 1403هـ،1983 م، ج2.
5. ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد محمد بن قدامة المقدسـي، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحســن التركي، عبد المفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، 1406هـ، 1986م، ج6.
6. ابن منظور أبو الفضل محمد بن مكرم، لسان العرب طبعة دار المعارف، مصر، د ط، د ت ن، ج 1، 6،2.
7. أبي عمر، يوســف بن عبد الله بن محمد، الكافي، تحقيق محمد أوجيد ولد ماديك الموريطاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، البطحاء، ط1398،1هـ،1978م.
8. أبي محمد علي بن أحمد بن ســعيد بن حزم، المحلي تحقيق أحمد محمد شــاكر، دار الفكر، د ط، 1508هـ، ج9.
9. أبي محمد علي بن أحمد بن ســعيد بن حزم، المحلي، تحقيق: أحمد محمد شــاكر، دار الفكر، د ط، 1508هـ، ج9
10. أحمد الريسوني، الوقف الإسلامي مجالاته وأبعاده، دار الكلمة، مصر، القاهرة، ط1، 1435هـ،2014م.
11. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، (دط)،1998م.

12. الآدمي علي بن محمد الآدمي، الإحكام في أصـــول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، دار الصميدي، الرياض
13. إسـماعيل بن حماد الجوهري، الصـحاح تاج اللغة والصـحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، ط 4، بيروت، لبنان، 1990 م، ج 2 .
14. إسـماعيل بن حماد الجوهري، الصـحاح تاج اللغة والصـحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم، ط4، بيروت، لبنان،1990م، ج2.
15. بدر الدين الزركشي، البحر المحيط، دار الصفوة، الغردقة، ط2، 1423هـ،1992م، ج5.
16. بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسـلام، دار التأليف، مصـر، ط2، 1969م.
17. بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضـرر المعنوي في قانون الأسـرة الجزائري، دار الخلدونية،ط1، 2007م.
18. الجرجاني، على بن محمد على الشـريف الحنفي، التعريفات، دار الكتب العلمية، مصر، ط1، 1983م.
19. حليمة ايت حمودي، نظرية الباعث في الشـريعة الإسـلامية والقانون الوضـعي، دار الحداثة، لبنان، بيروت، 1916م.
20. خالد بن سعد بن فهد الخشلان، حقيقة الباعث في الفقه الإسلامي، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض ط1، 1428هـ،2007م.
21. الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصـحاح، مطبعة دار المعارف، مصر، د ط، د ت ن.
22. الزبيدي، محب الدين أبي الفيض السـيد مرتضـى الحسـيني الواسـطي الحنفي، تاج العروس من جواهر القاموس، المطبعة الخيرية المنشأ، مصـر المحمية، ط1، 1304هـ، ج1.
23. الزيلعي: فخر الدين بن على الزيلعي الحنفي، من تبيين الحقائق شـرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر المحمية، ط1، 1315 هـ، ج5.

24. الشـــاطبي، أبي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصـــحاح، مطبعة دار المعارف، مصر، د ط،د ت ن. إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد الخيمي،، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة، دار بن عفان، ط1، 1417 هـ، 1997م، ج3.

25. الشـافعي، محمد بن إدريس الشـافعي، كتاب الأم، تحقيق وتخريج: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، ط 2، 1422هـ،2001م، ج.

26. شـــمس الدين الســـرخســـي، المبســـوط، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1409هـ، 1989م،ج16.

27. الطهطاوي، علي أحمد عبد العال، شـــرح كتاب النكاح، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 2005م.

28. عبد الجليل عبد الرحمان عشـــق، كتاب الوقف، دار الآفاق العربية، القاهرة، ط1، 1420هـ، 2000م.

29. عبد الحي الحجازي، النظرية العامة للالتزام، اعتناء: محمد الألفي، جامعة الكويت، د ط، 1982م، ج1.

30. عبد الرحمان بن معم السنوسي، اعتبار المآلات و مراعات نتائج التصرفات، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط1، 1424هـ.

31. عبد الرحمان محمد العيســـوي، علم النفس الفســـيولوجي، دار المعرفة الجامعية، إسكندرية، د ط،1989م

32. عبد الرزاق السـنهوري، الوسـيط في شـرح القانون المدني الحديث، منشـورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1998،3م، ج4.

33. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط2، 1998م، ج4.

34. عبد الكريم زيدان، المفصـــل في أحكام الأســـرة والمرأة والبيت المســـلم في الشـــريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1413هـ،1993م،ج6.

35. عبد اللطيف محمد عامر، أحكام الأسرة في الإسلام، ط2، 1425هـ، 2004م،ج1.

36. عبد اللطيف محمد عامر، أحكام الوصـــايا والوقف، مكتبة وهبة، القاهرة، ط1، 1427هـ،2006م.

37. عطية محمد سالم، نكاح المتعة عبر التاريخ، مطبعة المدني، (دط)،1996م.

38. علي الخفيف، أحكام الوصـــايا والوقف، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1431هـ، 2010م.

39. علي بن بطال، شرح صحيح البخاري، تحقيق أبو تميم ياسر بن ابراهيم، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، (د ت ن)، ج2.

40. علي حسـن عبد الله الشـرقي، الباعث وأثره في المسـؤولية الجنائية، الزهراء للإعلام العربي، ط1406،1هـ،1986م،

41. الغزالي: أبي حامد محمد بن محمد (ت: 505)، إحياء علوم الدين، دار ابن الحزم، بيروت، بيروت، ط1، 1426هـ، 2005م، ج4.

42. فتحي الدر يني، نظرية التعسف في اسـتعمال الحق في الفقه الإسـلامي، مؤسـسـة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1387هـ، 1986م.

43. فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مطبعة الجامعة، دمشق، ط1، 1386هـ،1967م.

44. فتحي الدريني، النظريات الفقهية، مؤســـســـة الرســـالة، بيروت، ط2، 1337هـ، 1977م.

45. الفيروز أبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة، ط3، 1436هـ.

46. القرافي، الأمنية في إدراك النية، تحقيق: مســـاعد بن قاســـم الفالح، مكتبة الحرمين، الرياض، ط1408،1هـ، 1988م.

47. القرافي، شـــهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1994م، ج1

48. الكساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الحقائق، تحقيق: بعلى محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1424هـ،2003م.

49. الكشناوي، أبي بكر الحسن بن الحسن الكسادي، أحكام العلاقات الزوجية على مذهب السادة المالكية، المسمى (بدر الزوجين ونفحة الحرمين)، مكتب التراث العربي، الدار البيضاء، ط1، 1431هـ، 2010م.

50. الكفوي، أبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني، الكليات معجم في المصطلحات والفروق الفقهية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط2، 1429هـ،1998م.

51. لقرافي، الفروق الفقهية، تحقيق: خليل منصور، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ، 1998م، ج4.

52. مالك ابن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1415،1هـ،1994م.

53. الماوردي، أبو الحسن بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير، تحقيق علي محمد معوض وأخرون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1414هـ، 1994م،ج16.

54. مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، تصدير: إبراهيم مدكور، دار التحرير، د ط، 1989م.

55. محمد أبو زهرة، الاحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط3، 1368هـ، 1948م.

56. محمد اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، تحقيق محي الدين الخطيب، المطبعة السالفية ومكتبتها، القاهرة، ط1، 1400هـ.

57. محمد عبد القادر عطى، السنن الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 1424هـ، 2003م، ج6.

58. محمد مصطفى شحاتة الحسيني، الأحوال الشخصية في الولاية والوصية والوقف، دار التأليف، 1396هـ، 1976م.

59. محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية، بيروت ط4، 1402هـ، 1986م.

60. محمود نجيب حسني ن شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، ط2، بيروت، 1975م،415رقم.

61. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، دار النهضة العربية القاهرة، د ط، 1987م، فقرة رقم 62

62. المقدسي، شمس الدين بن محمد بن مفلح المقدسي، كتاب الفروع، تحقيق: رائد بن صبري بن أبي علقة، بيت الأفكار الدولية، عمان، الأردن، 2004م.

63. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط2، 1405هـ، 1985م، ج5،7.

ثانيا- المقالات.

1. أسعد فاضل منديل، أثر الباعث الغير مشروع على الالتزامات العقدية، مجلة جامعة كربلاء العلمية، جامعة القادسية، ج4، العدد 2، 2006 .2

2. وهبة الزحيلي، نظرية الباعث في العقود وفي الفقه وفي الأصول، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ط1، 1407 هـ، 1987م.

ثالثا/ البحوث الأكاديمية:

1. أندرو ميشيل يوسف حفيري، التصرفات القانونية الصادرة من مرض الموت وفق مجلة الأحكام العدلية، رسالة ماجيستير، جامعة القدس، القدس، 1439هـ،2018م.

2. بكارة بوشنتوف، **نظرية الباعث وتطبيقاتها على مسائل الأحوال الشخصية**، مذكرة لنيل درجه الماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية،2013م، 2014م.

3. عادل محمود إبراهيم، **النظرية العامة للبواعث الإجرامية الإباحة والتجريم والعقاب**، بحث لنيل شهادة الدكتوراء في الفقه الإسلامي، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، 1428هـ، 2003م .

4. عبد المولى أبو القاسم إبراهيم أبو حليقة، **أثر الباعث في العقود**، رسالة لنيل درجة الماجستير، جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج، كلية الدراسات العليا، 2014م.

5. مصونة الخطيب الحسني، **الباعث وأثره في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي**، بحث لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامي وأصوله، جامعة دمشق، كلية الشريعة، 1424هـ، 2003م.

رابعا/ النصوص القانونية:

أ/ الأوامر والقوانين:

1. قانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 يونيو 1984م، الصادر في الجريدة الرسمية، عدد24 سنة 1984م، المعدل والمتمم بالأمر 05-02، المؤرخ في 27-2-2005م الصادر في الجريدة الرسمية، عدد 15، سنة 2005م.

خامسا/ المواقع الالكترونية:

1. أسامة محمد سعيد حسين، مرض الموت وأحكامه، موقع قراءة https://almerja.net/reading.php?idm=79873، بتاريخ (2020/08/12)

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

العنوان الصفحة

شكر وعرفان

إهداء

مقدمة ..... أ

أهمية الموضوع ..... أ

أهداف الموضوع ..... ب

إشكالية الموضوع ..... ج

منهج الدراسة ..... د

الدراسات السابقة ..... د

خطة البحث ..... ز

الفصل الأول: ماهية الباعث

تمهيد: 9

المبحث الأول: مفهوم الباعث 10

المطلب الأول: تعريف الباعث وخصائصه 10

الفرع الأول: تعريف الباعث 10

أولا: في الفقه الإسلامي 10

1- لغة 10

2- اصطلاحا 11

أ- عند القدامى 11

ب- عند المعاصرين 11

ثانيا: في القانون الوضعي 12

الفرع الثاني: خصائص الباعث 13

أولا: تحديد طبيعة الباعث 13

ثانيا: خصائص الباعث 15
1- الباعث أمر خارجي عن العقد 15
2- الباعث أمر شخصي ذاتي 16
3- الباعث أمر متغير 16
المطلب الثاني: علاقة الباعث ببعض المصطلحات المشابهة له 16
أولا: الباعث والدافع 17
ثانيا: الباعث والغرض والغاية 17
ثالثا: الباعث والسبب 18
رابعا: النية والباعث 19
خامسا: الباعث والقصد 19
المبحث الثاني: أقسام الباعث وضوابطه 21
المطلب الأول: أقسام الباعث 21
الفرع الأول: أقسام الباعث في الفقه الإسلامي 21
أولا: تصنيف البواعث حسب السلوك الإنسان 21
1- البواعث الغريزية أو الفطرية 21
2- البواعث المكتسبة 22
ثانيا: تصنيف الباعث بالاعتبار الغاية والمقصد من التصرف 22
1- الباعث النوعي 22
2- الباعث الشخصي 23
ثالثا: تصنيف الباعث حسب سلوك الإنسان 23
1- باعث ديني 23
2- باعث الهوى 23
المطلب الثاني: ضوابط الباعث 24
الفرع الأول: في الفقه الإسلامي 24

أولا: مذهب الحنفية 24
ثانيا: مذهب الشافعية 25
ثالثا: مذهب الحنابلة 26
رابعا: مذهب المالكية 27
خامسا: مذهب الظاهرية 28
الفرع الثاني: في القانون 29
أولا- رأي كابيتان 29
ثانيا- رأي بوا جيزان 30
ثالثا- رأي جوسران 30
ملخص الفصل الأول 31
الفصل الثاني: تطبيقات الباعث على مسائل الأحوال الشخصية.
تمهيد 33
المبحث الأول: تطبيقات الباعث على مسائل إبرام عقد النكاح 34
المطلب الأول: الخطبة 34
الفرع الأول: تعريف الخطبة 34
1- لغة 34
2- اصطلاحا 34
أولا: تطبيقات الباعث على مسائل الخطبة 35
1-الخطبة على الخطبة 35
أ- قانون الأسرة الجزائري 36
ب- صلة الباعث بتحريم الخطبة على الخطبة 36
ثانيا: تحريم الخطبة في العدة 36
1- قانون الاسرة الجزائري 38
2- صلة الباعث بالخطبة في العدة 38

ثالثا: العدول عن الخطبة وحكم الهدايا 39
1- قانون الأسرة الجزائري 40
2- صلة الباعث بالعدول عن الخطبة والهدايا المتبادلة 40
المطلب الثاني: أحكام تصرفات المريض مرض الموت المتعلقة بمسائل الزواج والطلاق 40
الفرع الأول: نكاح المريض مرض الموت 41
أولا: تعريف النكاح 41
1- لغة 41
2- اصطلاحا 41
ثانيا: تعريف مرض الموت 41
ثالثا: حكم زواج المريض مرض الموت 43
1- الكتاب 44
2- الآثار 44
3- المعقول 45
رابعا: الزواج في مرض الموت في قانون الأسرة الجزائري 46
خامسا: أثر الباعث على نكاح المريض مرض الموت 46
الفرع الثاني: طلاق المريض مرض الموت 47
أولا: تعريف الطلاق 47
1- لغة 47
2- اصطلاحا 47
ثانيا: حكم طلاق المريض مرض الموت وآراء الفقهاء فيه 47
ثالثا: صلة الباعث بطلاق المريض مرض الموت 49
المطلب الثالث: نكاح المتعة 50
أولا: تعريف نكاح المتعة 50
1- لغة 50

2- اصطلاحا 50
ثانيا: أراء الفقهاء حول نكاح المتعة 50
ثالثا: رأي قانون الأسرة الجزائري 52
رابعا: صلة الباعث بنكاح المتعة 52
المبحث الثاني: تطبيقات الباعث على مسائل التبرعات 53
المطلب الأول: الوقف 53
أولا: تعريف الوقف 53
1- لغة 53
2- اصطلاحا 53
ثانيا: الوقف على الولد 54
ثالثا: صلة الباعث بالوقف على الولد 56
رابعا: رأي قانون الاسرة الجزائري 57
المطلب الثاني: الهبة 57
الفرع الأول: تعريف الهبة 57
1- لغة 57
2- اصطلاحا 57
الفرع الثاني: الهبة للعمال والقضاة وآراء العلماء فيها 57
أولا- الحنفية 57
ثانيا- المالكية 58
ثالثا- الشافعية 59
رابعا- الحنابلة 59
خامسا- قانون الأسرة الجزائري 60
الفرع الثالث: علاقة الهبة للقضاة وأصحاب الهيئات بالباعث 61
المطلب الثالث: الوصية 61

الفرع الأول: تعريف الوصية 61
1- لغة 61
2- اصطلاحا 62
الفرع الثاني: مجالات الوصية 62
أولا: الوصية بعمل من أعمال البر 62
ثانيا: التوصية بما يكون عليه الأمر بعده 63
ثالثا: الوصية بتعهد الأولاد 63
رابعا: الوصية بالمنفعة 64
الفرع الثالث: الوصية للوارث وآراء الفقهاء فيها 64
الفرع الرابع: علاقة الباعث بالوصية للوارث 69
ملخص الفصل الثاني 70
خاتمة 72
قائمة المراجع 80

ملخص الدراسة:

إن الشـــريعة الإســـلامية هي المنهج القويم الذي جاء يحافظ على النظم التي بوســـعها تســـيير المجتمعات بطريقة منظمة، حتى ولو لم تكن قد صـــاغتها بالطريقة التي هي اليوم عليها، إلا أنها كانت تسـعى إلى تحقيق كل ما في شـأنه لتنظيم المجتمع، إلى غاية أن جاء فقهاء القانون ودارسـيه وصـاغوها على شـكل قوانين ونظريات تخص النظام العام، وكذلك أمور النـاس وأحوالهم، ومن بين هذه النظريـات، نظريـة البـاعـث والتي تطرقنـا لهـا في هذا البحث تحت إشكال هل تتأثر عقود الأحوال الشخصية بالباعث من حيث الصحة والبطلان أم لا وما هو الموقف الذي يتخذه المشرع الجزائري في هذه المسألة؟

وقد حاولنا قدر المستطاع توضيح علاقة الباعث بعدة مسائل تخص أحوال الناس، بعد المقدمة التي تناولنا فيها ما تناولناه، وفصـــلين تطرقنا فيهما إلى ماهية الباعث، وتطبيقات الباعث على مسائل الأحوال الشخصية.

الكلمات المفتاحية: الباعث. قانون الأسرة الجزائري، الطلاق، المصطلحات المشابهة، النكاح

Abstract:

The Islamic Sharia is the correct approach that preserves the systems that can govern societies in an orderly manner, even if they did not formulate them in the way it is today, but it was seeking to achieve everything in it to organize society, until the scholars and scholars of law came They formulated them in the form of laws and theories related to public order, as well as people's affairs and their conditions, and among these theories, the theory of motivation, which we have dealt with in this research under the question whether personal status contracts are affected by the emitter in terms of health and nullity or not, and what is the position taken by the Algerian legislator in this The issue?

We tried as much as possible to clarify the relationship of the emitter with several issues related to the conditions of people, after the introduction in which we dealt with what we dealt with, and two chapters in which we dealt with the nature of the emitter, and the applications of the emitter to personal status issues.

Keywords: emitter. Algerian family law, divorce, similar terms, marriage.