السلسلة القانونية

حليمة آيت حمودي

نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

المحتويات

المقدمة ٥
خطة البحث .....

الباب الأول : مفهوم نظرية الباعث وصلتها بغيرها من النظريات ٩

الفصل الأول : المفهوم العام لنظرية الباعث ١١

المبحث الأول التمييز بين النية والباعث ١٣
المبحث الثاني : التمييز بين البواعث المختلفة ١٥
حقيقة هذا التمييز ١٥
انواع البواعث ١٧
المبحث الثالث : الباعث في القانون الجنائي ١٩
١ ـ مفهوم الباعث من زاوية القانون الجنائي ١٩
٢ ـ اثر الباعث على المسؤولية الجنائية ٢٠

الفصل الثاني : نظرية الباعث في العقود وفي التصرفات القانونية بوجه عام ٢٣

المبحث الأول : دور الارادة في التصرفات في الفقه الاسلامي ٢٣

- مدى تأثير الارادة في العقد ٢٦
المبحث الثاني : دور الارادة في التصرفات في القانون الوضعي ٢٨
١ - المراحل التي مر بها مبدأ سلطان الارادة في القانون الوضعي . ٢٩
٢ - اثر مبدأ سلطان الارادة في العصر الحاضر ٣٣
المبحث الثالث : تعريف الباعث ٣٥
١ - بعض التعاريف الواردة في الباعث ٣٥
٢ - التعريف الدقيق للباعث ٣٦
المبحث الرابع : مفهوم المشروعية في كل من القانون الوضعي والشريعة الاسلامية ٣٨
الفرع الأول : مفهوم النظام العام والآداب في القانون الوضعي ٣٨
١ - قواعد النظام العام ٣٩
٢ - قواعد الآداب ٣٩
٣ - معيار النظام العام والآداب ٣٩
٤ - بعض التطبيقات للتصرفات التي يكون الباعث عليها مخالفة الآداب والنظام العام في القانون ٤٠
١ - القواعد الدستورية والحريات العامة ٤٠
٢ - النظم الادارية والمالية ٤٠
٣ - القوانين الجنائية ٤١
٤ - الاحوال الشخصية ٤١
٥ - الاتفاقات المخالفة للآداب ٤١
الفرع الثاني : فكرة النظام العام والآداب في الشريعة الاسلامية ٤٢
١ - أصل المشروعية في الفقه الاسلامي ٤٥
٢ - اثر النزعة الخلقية في الفقه الاسلامي ٤٩

٣ ـ بعض التطبيقات لبعض التصرفات المخالفة للاداب في
الشريعة الاسلامية ٥١
١ ـ النهي عن خطبة الرجل على خطبة اخيه ٥١
٢ ـ تحريم نكاح التحليل ٥٢
٣ ـ تحريم الربا ٥٢

الفصل الثالث : نظرية الارادة الباطنة ونظرية الارادة الظاهرة وصلتها بنظرية الباعث ٥٤

المبحث الأول : نظرية الارادة الظاهرة والارادة الباطنة في
الفقه الاسلامي ٥٦

الفرع الأول : الاسس التي تقوم عليها الارادة في
الفقه الاسلامي ٥٦
١ ـ عند الحنفية ٥٦
٢ ـ عند الشافعية ٥٧
٣ ـ عند الحنابلة والمالكية ٥٨

الفرع الثاني : موقف فقهاء الشريعة من الارادة الظاهرة
والارادة الباطنة ٥٨
أولاً ـ المذهب الشافعي والمذهب الحنفي ٥٨
ثانياً ـ مذهب الحنابلة والمالكية ٥٩

الفرع الثالث : تطبيق نظرية الارادة الظاهرة والارادة الباطنة
في مسائل الباعث غير المشروع ٥٩
أولاً : بيع العصير لمن يتخذه خمراً ٥٩
ثانياً : بيع العينة ٦٠
ثالثاً : زواج المحلل ٦١

المبحث الثاني : نظرية الارادة الباطنة ونظرية الارادة الظاهرة في القانون الوضعي ٦٢
الفرع الأول : اثر هاتين النظريتين في التقنين المدني الجزائري ، وبعض التقنينات العربية الاخرى ٦٢
الفرع الثاني : صلة هاتين النظريتين بنظرية الباعث ٦٧

الباب الثاني : التطور التاريخي لنظرية السبب في القانون الوضعي ٧١

الفصل الأول : نظرية السبب في القوانين القديمة ٧٣
المبحث الأول : نظرية السبب في القانون الروماني والقانون الكنسي ٧٤
المطلب الأول : نظرية السبب في القانون الروماني ٧٤
الفرع الأول : السبب في العصور الاولى للقانون الروماني ٧٤
الفرع الثاني : في العصر العلمي او المعهد المدرسي ٧٦
المطلب الثاني : فكرة السبب عند الكنسيين ٧٩
المبحث الثاني : نظرية الفقيه دوما في السبب ٨١
الفرع الأول : مفهوم السبب عند الفقيه دوما ٨١
١ ـ بالنسبة للمعاوضات ٨١
٢ ـ بالنسبة للتبرعات ٨٢
الفرع الثاني : انصار نظرية دوما ٨٣
المبحث الثالث : النظرية التقليدية في السبب ٨٥
الفرع الأول : تحديد معنى السبب في النظرية التقليدية ٨٥
الفرع الثاني : السبب في الأنواع المختلفة من العقود في النظرية التقليدية ٨٦

الفرع الثالث : خصائص السبب كما تقررها النظرية التقليدية .. ٨٩
الفرع الرابع : شروط السبب في النظرية التقليدية ٩٠
١ ـ ان يكون السبب موجوداً ٩٠
٢ ـ ان يكون السبب صحيحاً ٩٠
٣ ـ ان يكون السبب مشروعاً ٩٠
الفرع الخامس : نقد النظرية التقليدية ٩٥
الفرع السادس : دفاع كابيتان عن النظرية التقليدية ٩٩
المبحث الرابع : وظيفة السبب والنظرية التقليدية ١٠١
الفرع الأول : رأي الفقهاء القائلين بالوظيفة المزدوجة للسبب . ١٠١
الفرع الثاني : رأي الفقهاء القائلين بالوظيفة الوحيدة للسبب .. ١٠٥

الفصل الثاني : نظرية السبب في القوانين الحديثة ١١٣
المبحث الأول : فكرة السبب في القضاء الفرنسي ١١٣
الفرع الأول : تطبيقات لفكرة السبب مقتبسة من القضاء
الفرنسي ١١٤
الفرع الثاني : السبب في النظرية الحديثة هو الباعث الدافع ... ١١٩
١ ـ خصائص الباعث ١٢٠
٢ ـ مرونة الباعث وضابطه ١٢١
المبحث الثاني : نظرية السبب في التقنين المدني الجزائري وفي تقنينات
بعض الدول العربية ١٢٣
الفرع الأول : السبب في التقنين المدني الجزائري هو الباعث
الدافع ١٢٥
الفرع الثاني : السبب في بعض التقنينات العربية الاخرى ١٢٥
١ ـ في القانون الليبي والكويتي ١٢٥
٢ ـ في القانون المدني المصري ١٢٥

٣ ـ في القانون اللبناني والسوري ، والسوداني ، والعراقي
والتونسي ١٢٧
المبحث الثالث : نظرية السبب في القانون الانجليزي ١٣٠
الفرع الأول : ما هو الاعتبار ١٣٢
الفرع الثاني : انواع الاعتبار وشروطه ١٣٣
الفرع الثالث : خصائص الاعتبار ١٣٥
الفرع الرابع : تقدير هذه النظرية ١٣٦
المبحث الرابع : النظرية الايطالية في السبب ١٣٨
الفرع الأول : مفهوم هذه النظرية ١٣٨
الفرع الثاني : تقدير هذه النظرية ١٣٩
المبحث الخامس : نظرية السبب في القوانين الجرمانية ١٤١
الفرع الأول : نظرية السبب في القانون الجرماني من خلال التصرفات المسببة ١٤٢
الفرع الثاني : نظرية السبب في القانون الجرماني بالنسبة للتصرفات المجردة ١٤٣

الباب الثالث : نظرية الباعث في الشريعة الاسلامية ١٤٦

الفصل الأول : صياغة نظرية السبب في الفقه الاسلامي ١٤٨
المبحث الأول : العقد كاساس لدراسة نظرية السبب ١٤٨
الفرع الأول : تعريف العقد ١٤٩
الفرع الثاني : اركان العقد ١٥١
المبحث الثاني : شروط المعاوضة المعتبرة شرعا ١٥٦

الفصل الثاني : ادلة النظرية في الأصول التشريعية والقواعد الفقهية ١٦١
المبحث الأول : ادلة النظرية في الأصول التشريعية ١٦١

الفرع الأول : اصل النظر في مآلات الافعال ١٦٢
الفرع الثاني : آراء العلماء في هذا الأصل - اي اصل النظر في مآلات الافعال ١٦٤
المبحث الثاني : ادلة النظرية في القواعد الفقهية ١٦٦
المطلب الأول : قاعدة الذرائع ١٦٦
الفرع الأول : تعريف الذريعة ١٦٦
الفرع الثاني الادلة على مبدأ الذرائع ١٧٠
- ما يستخلص من هذه الأدلة ١٧٦
المطلب الثاني : اقسام الذرائع بالنسبة الى مآلاتها عند الاصوليين وبيان وجه الخلاف فيها ١٧٩
الفرع الأول: أقسام الذرائع عند الامام القرافي والامام ابن قيم الجوزية ١٧٩
- حكم كل قسم من هذه الاقسام ١٨١
الفرع الثاني : اقسام الذرائع عند الامام الشاطبي ١٨٦
الفرع الثالث : ما يستنتج من هذه الاحكام ١٩٦
المطلب الثالث : قاعدة الحيل وقاعدة الامور بمقاصدها ١٩٨
الفرع الأول : قاعدة الحيل ١٩٨
الفرع الثاني : قاعدة الأمور بمقاصدها ٢٠١

الفصل الثالث : الباعث غير المشروع في المذاهب الفقهية المختلفة .. ٢٠٤

المبحث الأول : الباعث في مذاهب اهل السنة ٢٠٤
الفرع الأول : مذهب الحنفية ٢٠٤
الفرع الثاني : مذهب الشافعية ٢٠٧
الفرع الثالث : مذهب الحنابلة ٢١٠
الفرع الرابع : مذهب المالكية ٢١٣

المبحث الثاني : الباعث في المذاهب الاخرى غير مذاهب
اهل السنة ٢١٥
الفرع الأول : مذهب الظاهرية ٢١٥
الفرع الثاني : مذهب الزيدية ٢١٧
الفرع الثالث : مذهب الجعفرية ٢١٨
الفرع الرابع : مقارنة بين المذاهب ٢١٩

الباب الرابع : مجال نظرية الباعث واثرها ٢٢٤

الفصل الأول : مجال نظرية الباعث ٢٢٤

المبحث الأول : نظرية الباعث في عقود المعاوضات ٢٢٤
المطلب الأول : اهمية المعاوضة في الشريعة الاسلامية .. ٢٢٥
المطلب الثاني : بعض التطبيقات للباعث غير المشروع
في عقود المعاوضات ٢٢٧
الفرع الأول : العقود التي يكون الباعث عليها الا خلال
بالمعاوضة ٢٢٧
١ ـ بيع العينة ٢٢٧
٢ ـ الشراء بقصد الاحتكار ٢٢٨
أ ـ معنى الاحتكار ٢٢٨
ب ـ ادلة منع الاحتكار ٢٢٩
جـ ـ آراء الفقهاء في الاحتكار ٢٣٠
د ـ حكم الاحتكار ٢٣١
الفرع الثاني : العقود التي يكون الباعث عليها مخالفاً
للنظام العام والآداب ٢٣٢
المبحث الثاني : نظرية الباعث في عقود التبرع ٢٣٣

المطلب الأول : الهبة ٢٣٤
١ ـ انعقادها ٢٣٤
٢ ـ الرجوع في الهبة ٢٣٤
٣ ـ الغاية المشروعة من الهبة ٢٣٥
٤ ـ بعض التطبيقات للهبات التي تتضمن الباعث غير المشروع ٢٣٥
أ ـ الهدية للقاضي ٢٣٥
ب ـ هدية المقترض للمقرض ٢٣٥
جـ ـ هدية العمال الى الامراء ٢٣٥
د ـ الهدية لعامل الزكاة ٢٣٦
س ـ الهبة لمن يشفع في شفاعة عند السلطان ٢٣٦
ص ـ هبة الأب لاحد ابنائه ٢٣٧
المطلب الثاني : الوصية ٢٣٧
١ ـ انعقادها ٢٣٧
٢ ـ الغاية من الوصية ٢٣٨
٣ ـ بعض التطبيقات للوصية غير المشروعة ٢٣٩
المطلب الثالث : القرض ٢٣٩
١ ـ انعقاده ٢٣٩
٢ ـ الغاية من القرض ٢٤٠
المطلب الرابع : العارية ٢٤١
١ ـ انعقادها ٢٤١
٢ ـ الغاية من العارية ٢٤٢
الفصل الثاني : حكم النظرية واثرها ٢٤٣
المبحث الأول : معيار الباعث وضابطه ٢٤٣
الفرع الأول : معيار الباعث وضابطة في الفقه الاسلامي ٢٤٣

- في مذهب الشافعية ٢٤٣
- في المذهب الحنفي ٢٤٤

في مذهب الحنابلة

- في مذهب المالكية ٢٤٤
الفرع الثاني : معيار الباعث وضابطة في القانون الوضعي ٢٤٥
- عند الفقيه كابيتان ٢٤٥
- عند الفقيه بوا حيزان ٢٤٦
- في القانون المدني الجزائري ٢٤٧
المبحث الثاني : اثبات الباعث ٢٤٨
الفرع الأول : حالة عدم ذكر الباعث في العقد ٢٤٨
الفرع الثاني : حالة ذكر الباعث في العقد ٢٤٩
المبحث الثالث : جزاء الباعث ٢٥١
الفرع الأول : الجزاء على مخالفة الباعث المشروع ٢٥١
حالة عدم تحقق الباعث بسبب الغلط فيه ٢٥١
حالة ذكر الباعث في متن العقد ٢٥١
حالة عدم ذكر الباعث في العقد ٢٥٢
الفرع الثاني : الجزاء على الباعث غير المشروع ٢٥٢
معنى البطلان في كل من الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي ... ٢٥٣
أ - في القانون الوضعي ٢٥٣
ب - في الشريعة الاسلامية ٢٥٥
- الجزاء على الباعث غير المشروع في المذهب المالكي . ٢٥٦

الخاتمة : ٢٥٧
بيان المراجع ٢٦٢
أولاً : باللغة العربية ٢٦٢
ثانياً : باللغة الاجنبية ٢٧٠