

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة

نيابة العمادة لما بعد التدرج
والبحث العلمي والعلاقات الخارجية

كلية الشريعة والاقتصاد
قسم الفقه والأصول

نظرية السبب دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية

تخصص : فقه وأصول

تحت إشراف
أ . د مصطفى باجو

إعداد الطالب
الضيف كيفاجي

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د محمد بوركاب	أستاذ التعليم العالي	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة	رئيسا
أ.د مصطفى باجو	أستاذ التعليم العالي	جامعة غرداية	مشرفا ومقررا
أ.د مراد كاملي	أستاذ التعليم العالي	جامعة جيجل	عضوا
د. عبد المجيد بوكرب	أستاذ محاضر	جامعة الحاج لخضر باتنة	عضوا
د. بلقاسم حديد	أستاذ محاضر	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة	عضوا
د. خالد ملاوي	أستاذ محاضر	جامعة أدرار	عضوا

السنة الجامعية 2015 - 2016

بسم الله الرحمن الرحيم

ملخص البحث

نظرية السبب دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

إنَّ نظرية السبب من النظريات التي شغلت الفكر الإنساني قديما وحديثا، ذلك لأنها وثيقة الصلة بكثير من فروع المعرفة الإنسانية، ومن ثمة فإنَّ دراستها تُعدُّ ضرورة علمية لا بد منها، لما لها من صلة بأمهات المسائل العقديَّة والسلوكية، كالتوحيد والمعجزة والحرية والمسؤولية، والقصد والإرادة وأثر ذلك في صحة التصرفات القولية والفعلية.

والسبب عند الفقهاء وعلماء الأصول، يدور حول معان ثلاثة وهي :

المعنى الأول : السبب المنشئ بمعنى مصدر التكليف والالتزام، وقد عبر عن ذلك الفقهاء في القاعدة الفقهية التي تقول : "لا يجوز لأحد أن يأخذ مَالاً أَحَدٍ بِلا سَبَبٍ شرعي".

المعنى الثاني : الحكم الأصلي للتصرف، وهو الغاية النوعية، التي شرع التصرف لأجلها، وهو مجموع الآثار المتولدة عنه. فالتصرف يبرم العقد رغبة منه في الحصول على الآثار المتولدة منه، فالآثار هي السبب الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد وهي الغرض الذي يريد الوصول إليه.

المعنى الثالث : السبب بمعنى الباعث على الالتزام. غير أنَّ المكلف قد يتعسف في استعمال حقه، فيقصد بتصرفه الإضرار بالآخرين، وقد يبتغي تحقيق نتائج غير مشروعة، ومن هنا وضع الفقهاء مجموعة من القواعد، تضبط شرعية البواعث كما تضبط شرعية النتائج، ومن بينها قاعدة "الأمر بمقاصدها" التي تضبط شرعية البواعث، وقاعدة "المآلات" التي تضبط شرعية النتائج.

أما المعايير التي تضبط نظرية السبب، فقد اتفق الفقهاء على معيار العلم، حيث حكموا ببطلان التصرف، إذا كان الطرف الآخر على علم بالسبب غير المشروع.

أما إذا كان الطرف الآخر يجهل السبب غير المشروع، فذهب الحنفية والشافعية إلى عدم بطلان العقود والتصرفات المشوبة بعدم المشروعية، إلا إذا جاء التعبير على ذلك صراحة في نص العقد، أو تم استخلاصه ضمنا من ملابسات التصرف. أما المذهب المالكي والحنبلي والإباضي، فقد اشترطوا علم الطرف الآخر بالسبب الباعث للحكم على صحة التصرف أو بطلانه، وذلك كي لا يكون محلا للنزاع ومثارا لزعزعة التعامل بين الناس؛ ويحصل علم الطرف الآخر بالسبب الباعث، إما بوجود قرائن يفترض معها علم الطرف الآخر بالسبب الباعث، أو بإقامة الكثرة التي تقوم مقام غلبة الظن.

أما مسار نظرية السبب في القانون الوضعي، منذ عهد القانون الروماني، إلى التشريعات الحديثة، العربية منها والغربية. فبين أن القانون الروماني، اعترف بفكرة السبب في بعض العقود، وهي التي ظهرت الإرادة فيها كعامل من عوامل تكوينها، وخاصة العقود الرضائية وعقود التبرع.

وإذا انتقلنا إلى القانون الفرنسي فنجد نظريتين تحكمان السبب، الأولى وهي النظرية التقليدية وتعني الغرض المباشر. والثانية وهي النظرية الحديثة وتعني الغرض البعيد غير المباشر، وهي من ابتكار القضاء، وأطلق عليها اسم السبب الباعث، وقد تبناها بعد ذلك أغلب الفقهاء في فرنسا، ومفهوم السبب في النظريتين يقف على مبادئ متناقضة عمليا وفلسفيا.

وقد نھج القانون المدني الجزائري نھج القانون المدني الفرنسي، فاشتراط أن يكون للالتزام سببا، ومعنى السبب الذي تبناه هو الباعث الدافع، وأن السبب المشروع مفترض توافره في الالتزام، حتى ولو لم يذكر في العقد، وعلى المدين الذي يطعن في العقد، عبء إثبات عدم وجود السبب، أو عدم مشروعيته.

وإذا انتقلنا إلى القانون الألماني، فنجد أن الألمان يأخذون بالتصرف المجرد كقاعدة عامة، ويأخذون بالتصرف المُسبب استثناء. فالسبب في هذا القانون جزء من التعبير عن الإرادة، حيث إن للمتعاقدین أن يُضَمِّنَا التعبير ما يريدان من دوافع وبواعث، ولهما أن يجردا التعبير من سببه أيضا، فيعبران عن الالتزام في ذاته دون ذكر سببه أو الدافع إليه، فيكون الالتزام على هذا النحو التزاما مجردا. ومن هنا جاء الإقرار بالوعد المجرد والدين المجرد، وهما قالبان يفرغ فيهما أي تصرف، فإذا ما أفرغ التصرف داخل هذين القالبين لم يُعَدَّ للمدين من سبيل للتخلص من الالتزام، إلا أن يلجأ إلى قواعد الإثراء بلا سبب.

ويختلف مفهوم نظرية السبب في الفقه الإسلامي عنه في القانون الوضعي، كما تختلف المذاهب الفقهية في درجة الأخذ بها، والمعايير التي وضعتها للحكم بها؛ وقد برز لذلك اتجاهان.

الاتجاه الأول يمثل المذهب الشافعي والحنفي، والنظرية عندهم غير بارزة ومحدودة، تماشيا مع النزعة الموضوعية السائدة في هذين المذهبين، وهذا الاتجاه يشبه اتجاه المدرسة الجرمانية.

الاتجاه الثاني ويمثله المذهب المالكي والحنبلي والإباضي، والنظرية عندهم زاهرة ويانعة تماشيا مع العوامل الدينية والأخلاقية التي لها الغلبة في الفقه الإسلامي، وهذا الاتجاه يشبه اتجاه المدرسة اللاتينية.

Théorie de la cause : étude comparative entre la jurisprudence islamique et le droit positif

Résumé :

La théorie de la cause fait parti des théories qui ont préoccupé la pensée humaine dans le passé et dans le présent. Car elle est pertinente dans la plupart des branches de la connaissance humaine. De ce fait, son étude est une nécessité scientifique, en raison de son lien avec les grandes questions idéologiques et comportementales comme la science de l'unicité, les miracles, la liberté et la responsabilité.

La théorie de la cause chez les juristes et les savants fondamentalistes tourne autour de trois significations, à savoir:

1. Le premier sens : la cause efficiente c'est-à-dire la source de l'engagement et de l'obligation. Les juristes ont exprimé cela par la règle qui dit : "Nul n'est autorisé à s'approprier le patrimoine d'autrui sans cause légitime".

2. Le deuxième sens : l'acte original d'agir, c'est l'objectif qualitatif qui rend l'action légitime. La somme des effets est le résultat de cet objectif. Le contractuel signe l'acte dans le but d'acquérir les effets générés par la cause. Donc les effets représentent la cause qui a poussé le contractuel à signer le contrat et c'est l'objectif qu'il vise à atteindre.

3. Le troisième sens : la cause impulsive de l'engagement. Toutefois, le sujet peut abuser dans l'utilisation de son droit en nuisant par sa conduite envers autrui. Il peut aussi vouloir acquérir des biens illégaux. C'est pourquoi les juristes ont mis un ensemble de règles qui définissent la légitimité des motifs et la légitimité des objectifs. Parmi ces règles, la règle : « Les choses valent par leurs intentions » qui contrôlent la légitimité des motifs, et la règle : "Des finalités" régissant la légitimité des objectifs.

Tandis que pour les critères qui régissent la théorie de la cause, les juristes sont unanimes sur la norme de la connaissance, où ils considèrent la nullité du contrat ou de l'acte, si l'autre partie est consciente que la cause est illégale.

Mais, si l'autre partie ignore la cause illégale, les Hanafis et les Shaafa'is ne considèrent pas la nullité des contrats et les actes douteux comme étant des actes non légitimes sauf si l'expression est explicite dans le texte du contrat, ou implicitement déduite des circonstances de l'acte.

Les rites des Malikis, Hanbalis et ibadites ont stipulé la condition que l'autre partie soit au courant de la cause motif de l'acte pour juger de l'authenticité de l'action ou de sa nullité. Ceci afin qu'elle ne soit pas source de contestation, et une cause de détérioration des relations entre les gens.

On considère que l'autre partie est au courant de la cause mobile : soit à l'existence d'indices qui rendent la connaissance de la cause mobile de l'autre partie plausible ou bien la multitude des faits qui indique la prédominance de la présomption.

Cela confirme l'existence de deux tendances dans la jurisprudence islamique, la tendance objective représentée par les deux écoles Hanafi et Shafi'i, et la tendance subjective représentée par les écoles Hanbali, Maliki et ibadite. Ce qui correspond dans le droit positif : pour la tendance subjective l'école latine, et pour la tendance objective l'école germanique.

La théorie de la cause dans le droit positif. J'ai retracé sa voie depuis l'époque de la loi romaine, jusqu'à la législation récente, que ce soit arabe ou occidentale.

J'ai trouvé que le droit romain, a reconnu l'idée de la cause pour certains contrats où apparaît la volonté comme un facteur qui les compose, surtout pour les contrats consensuels et les contrats pour donation.

Si nous passons à la loi française, nous trouvons deux théories qui régissent la cause : la première, la théorie traditionnelle qui concerne l'objectif direct. La seconde, la théorie moderne qui concerne l'objectif lointain indirect, qui est une innovation de la justice, on l'a nommé la cause impulsive, qui a été adoptée par la plupart des juristes français. Le concept de la cause dans chacune d'elles, repose sur des principes contradictoires philosophiquement et pratiquement.

Le droit civil algérien a suivi l'approche du droit civil français en mentionnant que l'engagement doit avoir une cause. Le sens de la cause qui a été adoptée en est la motivation. L'engagement doit comporter la cause légitime, même si elle n'a pas été mentionnée dans le contrat. Le débiteur qui conteste le contrat, doit prouver l'absence de la cause, ou sa non-légitimité.

Si nous passons au droit allemand, nous constatons que les Allemands considèrent l'acte abstrait en règle générale, et l'acte avec cause comme exception. La cause dans ce droit fait partie de l'expression de la volonté, de sorte que les contractants peuvent inscrire l'expression de ce qu'ils veulent des motivations, et ils peuvent omettre la cause de l'expression. Ils expriment l'engagement même sans citer la cause ou la motivation en elle-même. De ce fait, l'engagement sera un engagement abstrait. D'où la reconnaissance de la promesse abstraite et de la dette abstraite. Ce sont donc deux modèles qui peuvent contenir toute action. Si l'acte est contenu dans ces modèles, le débiteur n'aura plus le moyen de se débarrasser de l'obligation, sauf s'il recourt aux règles de l'enrichissement sans cause.

The theory of cause : comparative study between Islamic doctrine and positive law

Research summary

Human thinking has been interested in remote and modern times, in the theory of cause since it is closely related to several branches of human knowledge, hence, focusing on its study is a scientific necessity because it has a link with very important dogmatic and behavioral issues such as unicity, miracle, liberty and accountability.

I have searched the topic in focused on Islamic doctrine and the positive law.

The theory of cause for dogmatists and scholars specialized in (osul) turns around three meanings:

The first meaning: the cause that is source of obligation, the dogmatists have expressed this meaning via the dogmatic rue which states: «it is prohibited to take what belongs to someone else without any legitimate cause".

The second meaning: the original rule for act. And it is the purpose for which act has been ruled, and it is the total of effects derived it from it. The contractor concludes a contract so as to enjoy the effects derived from it. As a consequence the effects are the cause that makes the contractor conclude a contract and it is the purpose that he wishes to achieve.

The third meaning: the cause as a motive for obligation; nevertheless the person bearing an obligation may commit abuse in the use of his right when he intends to cause harm to others, and he may wish to achieve illegitimate results .And thus the dogmatists have set up a number of dispositions related to the legitimacy of motives and the legitimacy of results and among them, the rule that states that " everything is to be judged according to the intention ".

As far as the norms related to the theory of cause are concerned; the dogmatists agreed upon the norm of science; as regards to this norm they have ruled that a contract is null if the other contractor is aware of the illegitimacy of the cause.

But if the other contractor ignores the illegitimate cause: the Hannafite and Chaafiite have ruled that the illegitimate contracts are null. As for the Malekkite, the Hannebellite and Ibbadite they have set up as a condition for the validity and nullity of contracts that the other contractor knows the motivated cause.

So this confirms the existence of two currents in the Islamic doctrine: an objective current represented by the Hannafite and Chaafiite doctrines and a subjective current represented by the Hanbaaliste, Maâlekite and Ibâadite

doctrines, on the other part, in terms of positive law, we have the Latin School with subjective tendency and a Germanic School with objective tendency.

As far the second part, my study has focused on Cause in the positive law, I have studied Cause beginning from the era of Roman law till the modern legislations; Arabic and Occidental.

My study has resulted in the fact that the Roman law recognized the study of cause in some contracts in which willingness was one of the factors contributing in its formation

As far as the French law is concerned; we can notice two theories: the first is the classical theory and it means the direct purpose. The second is the modern theory and it means the distant indirect purpose and that's the by-product of jurisdiction; it was called the motive cause that was adopted by most dogmatists in France. And the notion of cause in each one of them reflects contradictory principles practically and philosophically.

As far the Algerian civil law is concerned; one can easily notice that it is a copy of the French civil law. It has set up as condition that the obligation must have a cause, and the cause that is referred to is motive .And the legitimate cause is presumed in the obligation, even though, it is not mentioned in the contract and the debtor is supposed to give proof of the inexistence of cause or its illegitimacy.

If we move on to Germanic law, we can notice that Abstract Acts are adopted by Germans as a general rule, and they adopt the Causing Act as an exception .Cause in this law is part of the expression of willingness .The contractors can include in the contract whatever they like as to motives, and they can also avoid expressing the cause, that is to say; they express obligation in itself without mentioning the cause or the motive. Thus the obligation can be described as Abstract Obligation.