

الفهرس

الصفحة	الموضوع
39	المحور الأول - مفهوم التبعية في العقود؛
41	المحور الثاني؛ الفرق بين قاعدة التبعية والأصالة. وبين قاعدة القلة والكثرة، وبين قاعدة الاستهلاك والغلبة، وتحقيق الصلة فيما بينها؛
49	- تحقيق الصلة بين القواعد الثلاث؛
50	- أما في قاعدة الأغلبية فتتصور التبعية على وجهين؛
51	المحور الثالث؛ - توضيح قاعدة «يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها» في ضوء شواهدا وتطبيقاتها؛
52	أ - التطبيقات تعد أدلة وشواهد على الاعتداد بقاعدة التبعية؛
52	- اغتفار العرف في عقود المعاوضات المالية تبعا؛
53	- اغتفار ربا البيوع تبعا؛
57	ب - مسائل أخرى جرى فيها تطبيق قاعدة التبعية؛
58	المحور الرابع؛ إبراز أمثلة منوطة بقاعدة الأكثرية للتمييز بينها وبين تطبيقات قاعدة التبعية؛
60	المحور الخامس؛ عرض اتجاهات الفقهاء حول التابع الذي يعد غير مقصود في العقد ويأخذ حكم المتبوع؛
67	المحور السادس؛ - تحديد الضوابط الشرعية للتبعية المسوغة للترخيص؛
68	المحور السابع؛ معالجة مسألة التعامل بوحدات الصناديق الاستثمارية التي تكثر فيها النقود والديون بناء على قاعدة التبعية؛

بسم الله الرحمن الرحيم

قاعدة التبعية في العقود وأثرها في التراخيص الشرعية

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد وآله وصحبه أجمعين، وبعد: فإنه يتبين بعد التأمل أن قاعدة التبعية هي من القواعد الفقهية الكبرى. وذلك لما تحيط بها من كثرة المسائل. وإلى هذا أشار الإمام ابن القيم بقوله: «فكيف ينكر أن يقع في الأحكام الضمنية التبعية ما لا يقع مثله في المتبوعات، ونظائر ذلك أكثر من أن تذكر». (إعلام الموقعين 3/339. طبعة: دار الجيل)

وقد توخيت هذا البحث أن أتطرق إلى بيان النقاط الأساسية التي تمس الحاجة إليها في معرفة أبعاد الموضوع الذي نحن بصدد. في ضوء الأمثلة والتطبيقات المنصوص عليها في الشرع وفي فقه الفقهاء. لكي يتأتى التخرج في القضايا المستجدة. وعلى هذا جرى تخطيط البحث في سبعة محاور على النحو الآتي:

المحور الأول: مفهوم التبعية في العقود.

المحور الثاني: الفرق بين قاعدة التبعية والأصالة، وبين قاعدة القلة والكثرة، وبين قاعدة الاستهلاك والغلبة، وتحقيق الصلة فيما بينها.

المحور الثالث: توضيح قاعدة «يفتقر في التوابع ما لا يفترض في غيرها» في ضوء شواهدا وتطبيقاتها.

المحور الرابع: إبراز أمثلة منوطة بقاعدة الأكثرية للتمييز بينها وبين تطبيقات قاعدة التبعية.

المحور الخامس: عرض اتجاهات الفقهاء حول التابع الذي يعد غير مقصود في العقد ويأخذ حكم المتبوع.

المحور السادس: اختلاف وجهات النظر في تعيين مقدار التابع الذي يكون محل «الاعتقار» في قاعدة التبعية.

المحور السادس: تحديد الضوابط الشرعية للتبعية المسوغة للتريخيس.

المحور السابع: معالجة مسألة التعامل بوحدات الصناديق الاستثمارية بناء على قاعدة «التبعية» وهالك بيان ذلك كله فيما يأتي:

المحور الأول - مفهوم التبعية في العقود:

التبعية: كون الشيء مرتبطا بغيره بحيث لا ينفك عنه.

والتابع: هو التالي الذي يتبع غيره، كالجزة من الكل، والمشروط للشرط.

ولا يخرج الاستعمال الاصطلاحي عن الاستعمال اللغوي. (الموسوعة ٩٣/١٠ تبعية) وقال الإمام الزركشي:

«التبعية ضربان: أحدهما: مع الاتصال بالمتبوع فيلتحق به لتعذر انفراده عنه. كذكاة الجنين ذكاة أمه...، وتبعية الغرس للأشجار والأس للدار.... والثاني: بعد الانفصال كالصبي إذا أسر معه أحد أبويه، فإنه يتبعه وإن كان منفصلا

عنهما.... (المنثور في القواعد ١/٢٣٨ - ٢٣٩)

وإذا نظرنا في كتب الفقه والقواعد وجدنا الفقهاء يذكرون طائفة من القواعد ترتبط بموضوع التبعية، ويجعلون القاعدة المشهورة «التابع تابع» أصلاً أساساً لها، ثم يتبعونها قواعد أخرى. ومعنى كون التابع تابعا: أنه لا ينفك عن حكم متبوعه حيث ينسحب عليه نفس الحكم والأثر.

وقد عبر عنها الإمام الغزالي بقوله «العبرة للمتبوع لا للتابع». (الوسيط ٧١/٤)، أو: «التابع حكمه حكم المتبوع» كما قال الإمام المازري. (شرح التلقين ٢٩٥/١)

وقال الشيخ أحمد الزرقا: «التابع تابع»: أي التابع لشيء في الوجود، بأن كان جزءاً مما يضره التبعية، كالجلد من الحيوان، أو كالجزة وذلك كالجنين وكالفص للخاتم، فلو أقر بخاتم دخل فسه.

أو كان وصفاً فيه، كالشجر والبناء القائمين في الأرض.

أو كان من ضروراته،... كالجنف والحماثل للسيف، فلو أقر بسيف دخل جفنه وحماثله.

«تابع» له في الحكم، فيدخل الجنين في بيع الأم تبعا وإن لم ينص عليه. (شرح القواعد الفقهية ص ٢٥٣)

ومن الملاحظ أن علماء القواعد يقرنون هذه القاعدة الكبرى بقاعدة فرعية أخرى وهي «التابع لا يفرد». (المنثور للزركشي ٢٣٤/١).

وقال ابن نجيم: «القاعدة الرابعة» «التابع تابع» تدخل فيها قواعد: الأولى: أنه لا يفرد بالحكم». (الأشباه والنظائر،

تحقيق: محمد مطيع الحافظ ص ١٢٢).

وقال ابن حجر الهيتمي: «والتابع لا يفرد بحكم عن متبوعه من الجهة التي اقتضت تبعيته له». (الفتاوى

الكبرى ٢٥٦/٢، ط: بيروت، دار الفكر)

وإذا أجلنا النظر في نصوص الفقهاء المتقدمين لمسنا فيها إشارات إلى هذه القاعدة، ومنها ما جاء في مسائل

الإمام أحمد كما في النص الآتي:

«إذا اشترى الرجل الدار اشتراها بحقوقها كلها، داخل فيها وخارج منها، وبطرفها ومسيل ماءها، ولو بيع هذا

على الانفراد لم يكن بيعاً». (مسائل الإمام أحمد، رواية ابنه أبي الفضل ٤١٧/١)

وذلك ما نبه عليه الإمام الطحاوي مع بيان الفرق بين ما يتبع العقد بدون شرط، وما لا يدخل إلا بالشرط، إذ

قال ما يأتي:

«الطرق والأقنية تدخل في البيع، وإن لم يشترط، ولا يدخل الثمر في بيع النخل إلا أن يشترط. فالذي يدخل في

بيع غيره، لا باشتراط، هو الذي لا يجوز أن يكون مبيعا وحده. والذي لا يكون داخلا في بيع غيره إلا باشتراط، هو

الذي إذا اشترط كان مبيعا، فلم يجز أن يكون مبيعا مع غيره إلا وبيعه وحده جائزاً.

ألا يرى أن رجلا لو باع دارا، وفيها متاع، أن ذلك المتاع لا يدخل في البيع، وأن مشتريها لو اشترطه في شرائه

الدار صار له باشتراطه إياه... (شرح معاني الآثار ٢٧/٤)

ففي هذه العبارات توضيح للقاعدة الأم والقاعدة الفرعية وتفسير لما فيهما من إجمال. ومن الملاحظ أيضاً

أنه لا تختلف المسائل المدرجة تحت كل منهما غالباً، وذلك لما بينهما من ارتباط وثيق، لذا لا بأس بجمعهما في سياق واحد، حيث يقال: «التابع تابع لمتبوعه فلا يفرد بالحكم ما لم يصر مقصوداً بذاته».

وهذا ما جرى به التنويه في صيغة الشيخ أحمد الزرقا حيث ذكرها بقوله: «التابع لا يفرد بالحكم ما لم يصر مقصوداً». فالجنين الذي في بطن أمه لا يباع منفرداً عن أمه ولا يرهن،... ومثل الجنين... كل ما كان اتصاله خلقه كاللبن في الضرع، واللؤلؤ في الصدف، والصوف على ظهر الغنم، والجلد على الحيوان، والنوى في الثمر.

أما إذا صار التابع مقصوداً فإنه يفرد بالحكم.... (شرح القواعد الفقهية ص ٢٥٧، م/٤٨). ولكي يتبدى مفهوم التبعية وما يترتب عليها من الرخصة بجلاء لا بد من استعراض الجوانب المرتبطة بها واستيفاء البحث فيها، ومنها بيان الفرق بين القواعد التي يلاحظ فيها وجود التبعية بوجه عام، وهذا ما أعرض له فيما يأتي:

المحور الثاني: الفرق بين قاعدة التبعية والأصالة، وبين قاعدة القلة والكثرة، وبين قاعدة الاستهلاك والغلبة، وتحقيق الصلة فيما بينها:

أ- قاعدة التبعية والأصالة: تعني اجتماع شيئين في سياق واحد أحدهما متبوع مقصود وثانيهما تابع غير مقصود على وجه الاستقلال، وقد يكون التابع مقترناً بالمتبوع أي متصلاً به مثل أساس البنيان، أو يكون منفصلاً مثل غراس الأرض، ويعطى التابع حكم المتبوع، كما تقدم في المحور الأول.

ومن الجدير بالذكر أن إعطاء التوابع حكم المتبوعات تابع من مراعاة المقصد الحاجي، بحيث لو قيل بعدم خضوع التابع للمتبوع في الحكم لأدى ذلك إلى مشقة في المعاملات وحرص للعباد، لأن التابع حينئذٍ يقتضي حكماً مستقلاً منفرداً. فعلى سبيل المثال لو قيل بعدم دخول البناء في بيع الدار لأدى ذلك إلى عدم تحقيق المصلحة من الشراء.

وهذا المعنى قد أشار إليه الإمام الشاطبي بصدد بيانه الحاجيات - وهي التي إذا لم تراعى دخل على المكلفين على الجملة الحرج والمشقة - حيث ذكر في زمرة الرخص المخففة بالنسبة إلى لحوق المشقة في المعاملات: إلقاء التوابع في العقد على المتبوعات، كثمرة الشجر، ومال العبد. (انظر: الموافقات ٢/٢١-٢٢، ط دار ابن عصفان الخبر)

فهذه القاعدة ذات ارتباط وثيق بالمقاصد، كما أن لها صلة قوية. بموضوع الأوامر والنواهي في الأصول، وعلى هذا تضمنت المسألة الثامنة من الأوامر والنواهي في «الموافقات» بحثاً مهماً حول التبعية، حيث جاء في مستهل كلام الإمام الشاطبي: «الأمر والنهي إذا تواردا على متلازمين، فكان أحدهما مأموراً به، والآخر منهيًا عنه عند فرض الانفراد، وكان أحدهما في حكم التبعية للآخر وجوداً أو عدماً، فإن المعتبر من الاقتضاءين ما انصرف إلى جهة المتبوع، وأما ما انصرف إلى جهة التابع فملغى وساقط الاعتبار شرعاً». (الموافقات ٣/٤٢٣) ومن أهم ما يدل على ذلك:

- «الفرض أن الطلبين توجهها فلا يمكن ارتفاعهما معاً، فلم يبق إلا أن يتوجه أحدهما دون الثاني، وقد فرضنا أحدهما متبوعاً وهو المقصود أولاً والآخر تابعاً وهو المقصود ثانياً، فتعين توجه ما تعلق بالمتبوع دون ما تعلق بالتابع. ولا يصح العكس لأنه خلاف المعقول».

- الاستقراء من الشريعة، كالعقد على الأصول بمنافعها وغلاتها، التي قد لا تكون موجودة وقت العقد بل قد لا توجد أصلاً وذلك مما يقتضي فساد العقد لو انضردت، لكنها لما كانت تابعة للمقصود الأصلي، جاز العقد عليها مع المتبوع، فلم تعتبر جهة النهي وهي ما فيها من الغرر والجهالة...

وهناك أمثلة كثيرة يتبين فيها وجه التبعية. ومنها أن العقد في شراء الدار أو المزرعة، أو البستان، أو الدابة أو الثوب وأشبه ذلك جائز بلا خلاف. وهو عقد على الأصول لا على المنافع التابعة لها. لأن المنافع قد تكون موجودة. والغالب أن تكون وقت العقد معدومة. وإذا كانت معدومة. امتنع العقد عليها للجهل بها من كل جهة ومن كل طريق، إذ لا يدري مقدارها ولا صفتها ولا مدتها ولا غير ذلك، بل لا يدري هل توجد من أصل أم لا. فلا يصح العقد عليها على فرض انفرادها، للنهي عن بيع الغرر والمجهول، ولكن مع تبعيتها للأصول يكون النهي ساقط الاعتبار..... وفي ذلك دلالة على أن «التوابع مع المتبوعات لا يتعلق بها من حيث هي توابع أمر ولا نهى، وإنما يتعلق بها الأمر والنهي إذا قصدت ابتداءً، وهي إذ ذاك متبوعة لا تابعة». (المصدر نفسه ٤٣٤/٣ - ٤٣٦)

فإذا تأملنا كلام الإمام الشاطبي ظهرت لنا علاقة قاعدة التبعية بمبحث أصولي مهم يتصل بصميم الأوامر والنواهي. كما ظهر لنا أن الرخصة بناء على هذه القاعدة جاءت في مسائل مراعاة للحاجيات.

وبما أن هذه القاعدة هي المرتكز الأساسي في هذا البحث أكتفي بهذا القدر في هذا المقام، حيث يبسط الحديث حولها في محاور أخرى.

ب - قاعدة القلة والكثرة: تعني أن يكون القليل تابعاً للكثير في الحكم. بالنظر إلى إعطاء الحكم للكثير بصرف النظر عن مقتضى القليل. فالمنظور إليه هنا هو الكمية والكثرة، بشرط أن لا يؤدي الأخذ بهذه القاعدة إلى معارضة أصل شرعي آخر.

ويمكن أن يقال إن هذه القاعدة من باب التقديرات: لأنه يقدر الأقل كالعدم. (قواعد المقرئ ٥١٠/٢ - ٥١١) وقد صاغها فكر كبار الأئمة، حيث ذكرها الإمام السمناني عن الإمام محمد بن الحسن الشيباني بالصيغة الآتية:

- «جعل القليل تابعاً للأكثر». (روضة القضاة ٦٢٩/٢)

وهي من قواعد الإمام الشافعي كما يستفاد من قول الإمام الشيرازي في موضع من «المهذب»:

«الحكم للأكثر» رواه المزني في «الجامع». (المهذب ١٠١/٤)

وقد طبق الفقهاء هذه القاعدة في كثير من المسائل، ويتجلى منها رفع الحرج عن العباد، وهي ليست مطردة في سائر الأحكام، وهذا ما وقع التنبيه عليه في العبارات الآتية:

- «الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من الأحكام». (تبيين الحقائق ٢١١/٥)
- «القليل يتبع الكثير في موارد كثيرة من الشرع». (قواعد الأحكام ٢٧٥/١)
- «الثلث قليل في مواضع من الشرع». (شرح التلقين ١٤٥/١)
- ولها صياغات متنوعة في كتب المذاهب كما يتجلى من نصوصها المذكورة فيما يأتي:
- الأكثر ينزل منزلة الكمال والأقل تبع للأكثر». (المبسوط ١٩/٩)
- إقامة الأكثر مقام الكل أصل في الشرع». (المصدر نفسه ١٠٠/١٦)
- «يدخل القليل في الكثير». (روضة القضاة للسمناني ١١٨٥/٣)
- «يغلب الأكثر على الأقل». (النوادر والزيادات للقيرواني ٥٩/١١)
- «اليسير في الكثير كالتبع». (الموافقات ٤٥١/٣)
- «الأقل تبع للأكثر، شائعا أو غير شائع». (البيان والتحصيل ٣٠٦/٧)
- «القليل يتبع الكثير في العقود». (قواعد الأحكام ٣١٠/٢)
- «الأكثر قد أجري مجرى الكل». (المقنع في شرح مختصر الخرفي لأبي علي البنا ٧٤٠/٢)
- «الاعتبار بالأكثر». (المغني ٤٧٧/٤)
- «الأكثر كالكل». (المبدع ٢٦٢/٢، ٣٩٣)
- «الأكثر يُعطى حكم الكل». (المبدع ٢٥١/٣، ٢٨٠)
- «حكم الأكثر كالكل». (المبدع ٣١٥/١)
- «يدخل الأقل في الأكثر». (المبدع ٣٨٠/٨)
- «الحكم للأكثر قدراً». (المبدع ٥١/١)
- «الأقل يتبع الأكثر». (مجموع الفتاوى لابن تيمية ١٢/٢٥)

وهنا ينبغي أن يطرح سؤال مهم وهو ما مقدار القليل أو اليسير الذي يسري عليه العفو بحيث لا يختص بحكم فيكون للأكثر حكم الكل؟

إذا أجلنا النظر في نصوص الفقهاء وجدنا تقديرات مختلفة في تحديد التابع، فلم يختلفوا في كونه أقل من المتبوع، ولكن تفاوتت أقوالهم فلي تحديد اليسير، حيث تتراوح ما بين أقل من الثلث إلى حد النصف.

- فأقصى ما قيل إنه يبلغ النصف: وهذا التوجه يؤيده رأي الإمام أبي يوسف، فقد ذكر الإمام الكاساني في معرض بيانه اختلاف أئمة المذهب في تقدير القلة والكثرة ما نصه كالآتي:

«وأبو يوسف جعل الأكثر من النصف كثيراً وما دون النصف قليلاً. واختلفت الرواية عنه في النصف، فجعله في حكم القليل في «الجامع الصغير»، وفي حكم الكثير في «الأصل». وجه قول أبي يوسف: أن القليل والكثير من

المتقابلات، فإنما تظهر بالمقابلة، فما كان مقابله أقل منه فهو كثير، وما كان مقابله أكثر منه فهو قليل». (بدائع الصنائع 306/1 - 307، تحقيق: محمد عدنان درويش، ط: بيروت، دار إحياء التراث العربي).

وقال العلامة الأبي المالكي في أثناء شرحه لحديث القلادة: «واختلف في التبع، فقيل: الثلث، وقيل: أدنى، وقيل: النصف». (إكمال إكمال المعلم 272/4)

- ومنهم من جعل الثلث حدا للكثير:

وذلك بناء على ما نص عليه في الحديث: «الثلث كثير». (صحيح البخاري، كتاب الوصايا، باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكفؤوا الناس 186/3، جزء من حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه)

وجاء في شرح ابن بطلال لصحيح البخاري: «قال الشافعي: وقول النبي - صلى الله عليه وسلم: «الثلث كثير» يريد أنه غير قليل. وهذا أولى معانيه». (150 - 149/8)

ويظهر هذا الاتجاه من النصوص الآتية:

- «ما دون الثلث قليل». (المفهم - شرح صحيح مسلم - للقرطبي 405/4)

- «الثلث عدل مما له بال، وحد فيما بين القلة والكثرة في الأصل» (النوادر والزيادات للقيرواني 203/6)

- «الثلث ... حد بين القليل والكثير». (المصدر نفسه 504/11)

- «الثلث آخر القليل وأول الكثير». (النظائر في الفقه المالكي، لأبي عمران الفاسي ص 48)

- «اليسير المحقق ما دون الثلث». (شرح الموطأ للزرقاني 337/2)

- «اليسير ما دون الثلث». (المصدر نفسه 341/3)

- «الثلث في حد الكثرة، وما دونه حد القلة». (المغني 179/6 - 180، وانظر: 39/8، والمبدع 171/4)

- «الثلث في حيز الكثير». (روضة القضاة وطريق النجاة، للسمناني 617/2)

وهناك من يرجع تحديده إلى العرف. كما هو ظاهر من العبارات الآتية:

- «لا حد للكثير واليسير، إنما المرجع في ذلك إلى العرف». (المغني 331/2، 96/3، 138)

- «اليسير معفو عنه، ومرجه إلى العرف». (المبدع 121/2)

- «الكثير ما كثر في العرف». (المبدع 145/4، 68/1)

وهنا لا بد من التنبيه إلى أن الحالات التي يجري فيها العفو عن المقدار اليسير لا يندرج تحتها الربا اليسير، حيث إنه أشد في حرمة من المنهيات الأخرى، وتعزيزاً لهذا المعنى أود أن أذكر نبذة من نصوص الفقهاء، جاء فيها التصريح لما أشرت إليه:

- «الربا لا يجوز قليله ولا كثيره، وليس كالغرر الذي يجوز قليله ولا يجوز كثيره». (التمهيد لابن عبد البر 213/14)

- «الربا لا يجوز منه قليل ولا كثير». (عدة البروق للونشريسي ص 388)

- «مفسدة الغرر أقل من الربا، وليس كالغرر الذي يجوز قليله ولا يجوز كثيره». (مجموع فتاوى ابن تيمية 25/29)

- «الربا لا تصح إباحته في الشرع تبعاً. (الحاوي 269/5)

ج - قاعدة الاستهلاك والغلبة: تعني وجود شيئين معا أحدهما مستهلك مغلوب والثاني غالب، فيكون الحكم للغالب. ومن معاني الغلبة: الكثرة أيضا، قال المواق: روى ابن القاسم عن مالك أن زكاة الفطر تخرج من غالب عيش البلد، (التاج والإكليل 367/2، وانظر: الموسوعة الفقهية - الكويتية - ج 40، «ندرة»)

وذكر القرافي في كتاب الوقف من نظائر «يتبع الأقل الأكثر»: «يزكى على الغالب، وإذا أدار بعض ماله، حكم للغالب في زكاة التجارة، وزكاة الفطر من غالب عيش البلد». (الذخيرة 321/6)

وهذه القاعدة من القواعد الشرعية المهمة المعول عليها. وهناك نصوص كثيرة قد أشير فيها إلى اعتبار هذه القاعدة، ومنها ما يأتي:

قال الإمام ابن بطال عند ذكر قوله: (ويسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما) - البقرة -219: «فلما جعل الغلبة للإثم علم أن ذلك محرم». (شرح ابن بطال لصحيح البخاري 36/6، كتاب الأشربة)

وذهب جمهور أهل العلم في تفسير قوله تعالى: (وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فرهان مقبوضة) - البقرة 283 - إلى «أن الله لم يذكر السفر على أن يكون شرطا في الرهن، وإنما ذكره لأجل أن الغالب فيه أن الكاتب يعدم في السفر...» (شرح ابن بطال 25/7، كتاب الرهون) وقد ذكر الإمام أبو إسحاق الشيرازي هذه القاعدة في موضع من «المهذب»، واستدل لها بآية من سورة الأعراف - وربما يعد ذلك من قبيل نواذر الاستدلال - إذ قال ما نصه:

«ولا يمكن قبول الشهادة مع الكثير من الصغائر، لأن من استجاز الإكثار من الصغائر، استجاز أن يشهد بالزور، فعلقنا الحكم على الغالب من أفعاله، لأن الحكم للغالب، والنادر لاحكم له، ولهذا قال الله تعالى: (فمن ثقلت موازينه فأولئك هم المفلحون، ومن خفت موازينه، فأولئك الذين خسروا أنفسهم بما كانوا بآياتنا يظلمون). (الأعراف، 8 -9 - ، والمهذب 599/5 - 600)

وقال الإمام أبو العباس القرطبي المحدث في شرح قوله صلى الله عليه وسلم - وقد وجد تمر في الطريق - : «لولا أن تكون من الصدقة لأكلتها» (من حديث أنس بن مالك في الصحيحين، البخاري (2055)، ومسلم (1071):

«وهذا منه صلى الله عليه وسلم وزع وتزّه، وإلا فالغالب تمر غير الصدقة، لأنه الأصل، وتمر الصدقة قليل، والحكم للغالب في القواعد الشرعية». (المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم 3/ 124)

ومما يدل على أهمية القاعدة المذكورة في الشريعة الإسلامية أن «الحكم قد ورد في الشريعة بغالب الظن كثيرا مع جواز وقوع الاختلاف فيه، وعدم الإحاطة». (شرح صحيح البخاري لابن بطال 527/3). وبناء على ذلك جعلت «غلبة الظن كاليقين في كثير من الأحكام». (المبدع 318/3)

كما جعل «الغالب» معيارا في القضاء أيضاً. قال ابن عبد البر: بالأغلب من الأمور يقضى، وعليه المدار وهو الأصل». (التمهيد 136/8)، و «ما وقع نادرا فليس بأصل بينى عليه شيء». (المصدر نفسه 193/2)، بل «الغلب تُنزل منزلة الضرورة في إفادة الإباحة ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم المسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب». (الهداية 528/10).

ويلاحظ لهذه القاعدة أثر ملموس لدى الأصوليين أيضا. فقد وضعوا هذه القاعدة محل الاعتبار في ربط الأحكام بعلمها، حيث يناط الحكم بالعلة الغالبة إذ يتعذر الاستقراء التام للجزئيات. وإلى هذا نبه العلامة ابن شاس بقوله: «الحكم إذا ثبت لعلة غالبية اكتفي بغلبتها عن تتبعها في أحاد الصور. وهذا في الشريعة كثير لمن تأمله، لا سيما على القول بحسم الذرائع». (عقد الجواهر الثمينة 524/2، في حكم طلاق المريض)

وهنا تجدر الإشارة إلى أننا إذا دققنا النظر في هذه النصوص المذكورة آنفا وفي كثير من المناسبات التي جرى فيها إعمال هذه القاعدة ظهر لنا أنه يراد بـ «الغلبة» غلبة المعاني والصفات لا كثرة العدد والقدر وهذا ما تؤيده جملة من نصوص القواعد أيضا، ومنها:

- «الغالب أُجري مجرى الحاصل في الشريعة في مواضع، كالنوم لما كان الغالب منه حصول الحدث جعل الحدث فيه كأنه قد حصل فنقض الوضوء». (شرح التلطين للمازري 230/1 - 231)

- «الحكم ينبني على العام الغالب دون الشاذ النادر». ولذا جعل سكوت البكر رضا لأجل الحياء بناء على الغالب من حال البكر، (المبسوط 2/2)

وقد عبر العلامة المقري عن هذا المعنى بقوله: «الغالب مساو للمحقق في الحكم». (قواعد المقري 241/1). كما يستفاد هذا المفهوم من صياغات أخرى ومنها: «اعتبار الغالب وإلحاق المغلوب بالعدم... هو الأصل في أحكام الشرع». أو: «المغلوب ملحق بالعدم شرعاً». (بدائع الصنائع 196/5، 48/6)

ولكن بجانب ذلك قد يرد الغالب بمعنى الكثير، وهذا الاستعمال شائع، مع ملاحظة الفرق بين الكثير والغالب في مواضع كثيرة - وليس على وجه الاطراد - وهو أن الحد الأعلى للكثير لا يتخطى نصف المقدار على أوسع الأقوال كما سبق، أما الغالب فلا يتقيد بذلك بل يكون أبلغ قدرا حيث يكون المغلوب أو المستهلك بمقدار ضئيل.

ومما يدل على أن المغلوب في كثير من الحالات يكون عبارة عن مقدار يسير جدا لا يؤبه به ما جاء في كلام الإمام الطحاوي بصدد عرضه الخلاف عن زكاة الأرض التي تسقى مرة سيعا ومرة بدالية، ونصه:

«قال أبو جعفر: اتفق الجميع على أنه لو سقاه ماء المطر يوما أو يومين لا اعتبار به، ولا يكون له حصته، فثبت أن الاعتبار بالأغلب». (مختصر اختلاف العلماء للطحاوي - اختصار الجصاص الرازي - 442/1 - 443)

وقد تعرض الإمام السرخسي لهذه القاعدة وبسط القول فيها بضرب الأمثلة لها في بعض المواضع، ومن جملة ما قال: «الحكم للغالب لأن المغلوب يصير مستهلكا في مقابلة الغالب، والمستهلك في حكم المعدوم. ألا ترى أن الاسم للغالب، فإن الحنطة لا تخلو عن حبات الشعير ثم يطلق على الكل اسم الحنطة. وعلى هذا قالوا في قرية عامة أهلها المجوس لا يحل لأحد أن يشتري لحما ما لم يعلم أنه ذبيحة مسلم، وفي القرية التي أهلها مسلمون يحل ذلك بناء على الغالب...» (المبسوط 196/10)

وقال الإمام ابن قدامة في موضع من كتاب الصلاة بصدد عرضه مسألة لبس الثوب المنسوج بالحرير: «فأما المنسوج من الحرير وغيره، كثوب منسوج من قطن وإبريسم، أو قطن وكتان فالحكم للأغلب منهما، واليسير مستهلك فيه. فهو كالضبة من الفضة، والعلم من الحرير». (المغني 307/2)

وجاء في «المبدع»: «ولا يجوز للرجل... لبس ثياب الحرير في الصلاة وغيرها في غير حال العذر...، ولأما غالبه الحرير، لأن الغالب له حكم الكل، فحرم...، والقليل مستهلك فيه، أشبه الضبة من الفضة». (المبدع في شرح المقنع 378/1)

وقد وردت هذه القاعدة على أنماط متنوعة من الصياغات، وفي كثير من الصياغات ركز على كلمة «الغالب» أو «الأغلب» بدون ذكر ما يقابل ذلك من كلمة «مغلوب» أو «مستهلك»، وأحيانا جاءت صيغة القاعدة مقرونة بإحدى الكلمتين، كما تقدم في بعض النصوص المذكورة آنفا.

وإليك نماذج أخرى من نصوص وصياغات هذه القاعدة:

- «المغلوب يصير مستهلكا بالغالب من جنسه ويكون الحكم للغالب». (المبسوط 20/24)

- «المغلوب كالهالك حكما». (شرح الجامع الكبير للخصيري ج 6/اللوحة 199)

- «المستهلك في الشيء يصير وجوده كعدمه». (المبدع 313/9)

وفي كثير من المراجع ذكرت هذه القاعدة بدون اقترانها بكلمة «مستهلك» أو «مغلوب»، وإليك طرفاً من نصوصها:

- «الحكم بالأغلب». (شرح صحيح البخاري لابن بطال 362/5 نقلا عن شرح صحيح البخاري لشيخه «المهلب»)

- «الاعتبار بالغالب». (المغني 73/6)

- «الحكم للأغلب» (المغني 161/6، 315/11)

- «العبرة بالغالب». (المبدع 54/7)

- «الحكم للأغلب في كثير من الصور» (المبدع 168/8)

- «الحكم على الغلبة». (المبدع 173/4)

- «حكم الغالب حكم القطع في كثير من الصور». (المبدع 10/8)

- «الغالب له حكم الكل». (المبدع 378/1)

وربما ذكر لفظ الغالب مقرونا بلفظ «النادر» بمقابله، والمقصود من النادر في مواضع هو المغلوب اليسير جداً، كما أريد به حكم شاذ في كثير من المواضع.

ومن نصوصها وصياغاتها الواردة الأخرى:

- «الحكم على الغالب دون النادر». (المبسوط 68/1)

- «العبرة للغالب الشائع لا للنادر». (مجلة الأحكام العدلية م / 42)

- «الحكم معلق على الغالب لا على النادر». (شرح صحيح البخاري، لابن بطال 6 / 169)

- «النادر لا يعارض الغالب». (الاصطلاح في الخلاف للسمعاني 242/3)

- «النادر من الجنس يلحق بالغالب منه في الحكم». (الحاوي 5 / 235)

- «الأصل إلحاق الفرد بالأعم الأغلب». (المبدع 61/1)

وقد يقصد بالنادر أو الفرد ما يشذ في الحكم، وهو ما جرى فيه خلاف للفقهاء كما يتبين مما يأتي:

قال المقري: «اختلف المالكية في اعتبار حكم النادر في نفسه، أو إلحاقه بالغالب؟... وتسمى بقاعدة الالتفات

إلى نواذر الصور». (القواعد للمقري 1/ 343 - 44)

وقال الزركشي: «النادر هل يعتبر بنفسه أم يلحق بنفسه؟ فيه خلاف. فقيل: تناط الأحكام بأسبابها في كل فرد .

وقيل: استقراء الآحاد يتعسر فيه، فيعتبر الغالب ويجري حكمه على ما شذ. قال الشيخ تاج الدين الفزاري: وهذا معنى

قول الفقهاء: النادر لاحكم له». (المنثور 3/ 246) أو «النادر لا اعتبار به». (رؤوس المسائل للعكبري الحنبلي 5/ 834)

فهنا العبرة للغالب بمقابل النادر، وليس بالضروري أن يكون النادر مغلوبا مستهلكا كما في القاعدة محل البحث،

على الرغم من أنه ينسحب حكم التبعية على النادر مغلوبا مستهلكا كما في القاعدة محل البحث، على الرغم من أنه

ينسحب حكم التبعية على النادر عند جمهور الفقهاء لأن «النادر لا يفرد بحكم». (كشاف القناع 3/ 477)

وقد تعرض الإمام القرافي لهذه القاعدة حيث ذكرها بصيغة: «الأصل اعتبار الغالب وتقديمه على النادر» ثم بسط

القول فيها، مع إيراد المسائل التي يعتبر فيها النادر ويلغى حكم الغالب توسعه على العباد. (الفروق للقرافي 4/ 104)

ولكن لم يسلم له في جميع ما ذكر، كما يلاحظ ذلك من كلام العلامة تقي الدين الحصني الشافعي في كتبه

«القواعد». (368/2، تحقيق: عبد الرحمن الشعلان)

- وتجدر الإشارة أيضا إلى أنه قد عبر عن مفهوم «الغالب» أحيانا بكلمة «معظم». قال الإمام الشيرازي: «معظم

الشيء يجوز أن يقوم مقام الجميع.

ولهذا لو أدرك معظم الركعة مع الإمام جعل مدركا للركعة، ولو أدرك دون المعظم لم يجعل مدركا لها». (المهذب

600/2)

- «معظم الشيء يقوم مقام كله». (المنثور 183/3)

- «المعظم كالكل». المبدع 236/3، وانظر: المغني 341/4

- تحقيق الصلة بين القواعد الثلاث:

يكاد يكون واضحاً أن القاسم المشترك بين القواعد المذكورة محل البحث - بغض النظر عن صياغاتها - هو اعتبار التبعية، مع وجود فروق فيما بينها.

ففيما يظهر أن «قاعدة التبعية» لا تناط بالكمية، إذ العبرة فيها بالقصد المعتبر في العرف، ولذا من المحتمل أن تحتوي على قدر أكثر من النصف بالنظر إلى إعطاء الحكم للمتبوع المقصود. ومما يؤيد ذلك أن الفروع المرتبطة بأصولها - مع احتمال كونها أكثر من الأصل - تكون تابعة لأصولها. كما هو واضح من نصوص القواعد الواردة في هذا المعنى. ومنها:

- «الفروع مبنية على الأصول، تابعة لها». (كتاب الأموال، للإمام أبي عبيد القاسم بن سلام ص 604)

- «الفروع تابعة لأصولها، ولاحقة في الحكم بها». (معالم السنن 180/5، الحاوي 204/6، وشرح السنة 184/8، والمبدع 132/4)

وأضف إلى ذلك أن «التبعية» أوسع نطاقاً من قاعدة الأكثرية. ويظهر امتداد أثرها في البيوع من خلال ضوابط وقواعد فرعية أخرى، ومنها:

- «القبض فرع على الملك وتابع له». (الإشراف للقاضي عبد الوهاب 553/2)

- «النماء تابع للملك». (المغني 216/14، وشرح الزركشي لمختصر الخرقى 48/4)

- «زكاة الفطر تابعة للنفقة». (المهذب 538/1)

- «الهواء تابع للقرار». (المصدر نفسه 291/3)

هذا، وأما في قاعدة الأكثرية فالكثرة هي محل الاعتبار من حيث الكمية والقدر، خلافاً لقاعدة الأغلبية فقد يكون المراد فيها بيان غلبة الصفات والكيفيات والمعاني، وهذا في أكثر الحالات. وفي بعض الأحيان يجري الغالب مجرى الكثير من حيث قد روعي فيه القدر، مع ملاحظة أن يكون مقدار القليل ضئيلاً لا سيما لو جاءت صيغة القاعدة مقترنة بكلمة «مغلوب» أو «مستهلك».

وقد يجمع بين كلمتي الغالب والكثير في سياق واحد في حال استعمالهما - في معنى واحد، كما تلحظ ذلك في الصياغات الآتية:

- «الأحكام إنما هي للغالب الكثير، والنادر في حكم المعدوم». (زاد المعاد 421/5)

- «يعتبر الغالب، لأن الأكثر له حكم الكل». (المبدع 410/3)

- «الغلبة في الأصول للكثرة لا للقلة». (الانتصار في المسائل الكبار للكلوذاني 740/2)

ومما يدل على العلاقة القائمة فيما بين قاعدتي الأكثرية والتبعية ما ذكره الإمام الشاطبي في معرض حديثه

عن التبعية، وهو قوله:

«كل شيء بينه وبين الآخر تبعية جار في الحكم مجرى التابع والمتبوع المتفق عليه. ما لم يعارضه أصل آخر - كسد الذرائع، وتقديم درء المفساد وقاعدة التعاون - كمسألة الإجارة على الإمامة مع الأذان أو خدمة المسجد، ومسألة اكتراء الدار تكون فيها الشجرة، أو مساقاة الشجر يكون بينها البياض اليسير، ومسألة الصرف والبيع إذا كان أحدهما يسيرا، وما أشبه ذلك من المسائل التي تلازم في الحس أو في القصد أو في المعنى، ويكون بينها قلة وكثرة. فإن للقليل مع الكثير حكم التبعية، ثبت ذلك في كثير من مسائل الشريعة. وإن لم يكن بينهما تلازم في الوجود، ولكن العادة جارية بأن القليل إذا انضم إلى الكثير في حكم الملقى قصدا، فكان كالملقى حكماً». (الموافقات 3/ 453 - 454)

وخلاصة المقارنة بين القواعد الثلاث: أنه تتصور التبعية في قاعدة الأكثرية من حيث القدر والعدد، أي يكون القليل تابعا للأكثر، مع ملاحظة أن أقصى حد للقليل هو أقل من النصف. إذ المناصفة بين متقابلين تقتضي التساوي، وعلى هذا لا بد من مراعاة هذه القاعدة العقلية المنطقية.

- أما في قاعدة الأغلبية فتتصور التبعية على وجهين؛

أحدهما: أن يكون المراد: غلبة المعاني والصفات والكيفيات، وهذا في أكثر الحالات، حيث جعلت الغلبة، بمثابة اليقين في كثير من الأحكام الشرعية.

والثاني: أن تكون الغلبة من حيث القدر والعدد، ولكن بدون أن يقيد ذلك بالحد الأعلى كما في قاعدة الأكثرية، إذ المغلوب قد يكون بمقدار ضئيل، ولذا يعد مستهلكا منغمرا لا يلقي له بال.

هذا، وقد ترد كلمة الغالب بمعنى الكثير أو الأغلب بمعنى الأكثر، من حيث اشتراكهما في المعنى اللغوي وحينئذ لا يبقى هناك أي فرق بين القاعدتين، وتتميز هذه الإطلاقات بإمعان النظر في مناسباتها والمسائل المنوطة بها.

وربما يحتاج إلى النظر في هذه القواعد الثلاث وإعمالها معا في بعض القضايا، ففي المعاوضات المالية مثلا إذا ترجح القول بأن العرف هو الأصل في معرفة المقصود المتبوع، وفي هذه الصورة لا تتعين التبعية بقدر معين، فيحتمل كون التابع أكثر من النصف أو أقل، ولكن فيما لو أشكل تحديدها والتبس أمرها في العرف، أمكن ربطها بكم حسي وفق أوسع الأقوال الواردة في قاعدة الأكثرية. وهو دون النصف بالنظر إلى ما جاء عن بعض أئمة السلف. وكذلك ينبغي أن تراعى قاعدة الأغلبية، فلا يتصور كون التابع أغلب على المقصود بحيث يعود المقصود مغلوباً ضئيلاً. وبهذا يتسنى الجمع والتوفيق بين هذه القواعد في بعض الحالات.

وإذا عرفنا ذلك انتقلنا إلى القاعدة الآتية المرتبطة بالتبعية، لما لها من أثر كبير في القضية محل البحث:

المحور الثالث: - توضيح قاعدة «يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها» في ضوء شواهدا وتطبيقاتها:

هذه القاعدة من القواعد الراجعة إلى القاعدة الأم «التابع تابع». وقد وردت بهذه الصيغة محل العنوان عند الإمام السيوطي. (الأشباه والنظائر ص ١٢٢) وأيضا عند الإمام ابن نجيم. (الأشباه والنظائر ص ١٢٥)

ونصها في «المجلة»: «يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع». (م / ٥٤):

وقال الشيخ أحمد الزرقا في التعليق على هذه الصيغة ما يأتي:

«يغتفر» أي يسامح ويتساهل «في التابع» أي ما اشتمل عليه غيره. سواء كان من حقوق المتبوع المشتمل أو لوازمه أو عقدا أو فسحا أو متضمنا له. - بفتح الميم - أو من حقوق عقد متعلق به... «ما لا يغتفر في المتبوع» أي يغتفر في التابع ما دام تابعا ما لا يغتفر فيه إذا صار متبوعا. أي أصلا ومقصودا. (شرح القواعد الفقهية ص ٢٩١)

وجاء في كلام العلامة محمد طاهر الأتاسي بصدد شرح هذه القاعدة: يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها... وإنما اغتفر في ذلك لأنه قد يكون للشيء قصداً شروط مانعة. وإذا ثبت ضمنا أو تبعا لشيء آخر يكون ثبوته ضرورة ثبوته لمتبوعه. أو ما هو في ضمنه. نظير ذلك الجنين في بطن الذبيحة. إذا كان تام الخلق، جاز أكله لتبعيته في الذبح، لأن ذكاة أمه ذكاة له. (انظر: شرح المجلة، للأتاسي ١ / ١٠٩ - ١١٠، المادة ٤٨)

ويكاد يسري هذا المفهوم على جميع الصياغات الواردة في مراجع الفقه والقواعد بعبارات متقاربة، ومن المناسب أن أذكر نبذة من صياغاتها الأخرى لكي تتضح آفاق القاعدة في ضوءها، فهي كما يأتي:

- «الأصل أنه قد يثبت الشيء تبعا وحكما وإن كان يبطل قصدا». (رسالة الكرخي ص ١٦٦)

- «قد يدخل في التصرف تبعا ما لا يجوز أن يكون مقصودا بذلك التصرف». (المبسوط ١٣ / ٩٤)

- «قد يدخل في العقد تبعا ما لا يجوز إيراد العقد عليه قصدا». (المبسوط، شركة المفاوضات ١١ / ١٧٩، ١٥ / ٢٧، ٢٣ / ١٧١، والهداية ٦ / ٢١٦)

- «يغتفر في الشيء ضمنا ما لا يغتفر قصدا». (الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢٥)

- «قد يسوغ في الشيء تابعا ما يمتنع فيه مستقلا، تغليبا لحكم المتبوع». قواعد المقرري ق / ١٨٧، ٢ / ٤٢٢ - (٤٢٣).

- «يغتفر في العقود الضمنية ما لا يغتفر في الاستقلال». (المنثور للزركشي ٣ / ٢٧٨)

- «يحتمل في العقود الضمنية ما لا يحتمل عند الانفراد والاستقلال». (المصدر نفسه ٣ / ٢٧٩، نقلا عن ا لرافعي)

- «يدخل تبعا ما لا يدخل استقلا». (مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩ / ٤٨٠)

- «يغتفر في الثبوت الضمني ما لا يغتفر في الأصل». (بدائع الفوائد لابن القيم ٣ / ٢٧)

- «يفتقر في التبعية ما لا يفترض في الاستقلال». (طرح التثريب - شرح التريب - ١٢٢/٦، ومطالب أولي النهى ٢٩/٣)
- «قد يفترض في الضمنيات ما لا يفترض في المقاصد». (طرح التثريب ٢٢٠/٦)
- «قد يجوز في توابع العقد ما لا يجوز أن يفرد بالعقد». (الحاوي للماوردي ٣٦٦/٧)
- «يحتمل في التابع ما لا يحتمل في الأصل». (روضة الطالبين ٥٤٦ / ٣)
- «ما جاز تبعاً لا يجوز قصداً». (مغني المحتاج ١٤٦ / ٢)
- «قد يثبت للتابع ما لا يثبت للمتبوع». (قواعد الأحكام ٣٢٢/١)
- «قد يجوز بالتبعية ما لا يجوز بالأصالة». (المصدر نفسه ٢٩٤/٢)
- «قد يدخل في البيع تبعاً ما لا يجوز إفراده». (المغني ١٠١/٤، ١٧٢)
- «قد يثبت تبعاً ما لا يثبت أصلاً». (المغني ٤٢٠/٤)
- «يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً». (تقرير القواعد وتحرير الفوائد لابن رجب ١٥/٣)
- «قد يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً». (المصدر نفسه ١٦٤ / ٣)

ونجد في هذه المواضع المحال إليها شواهد على هذه القاعدة وتطبيقاتها، أقطف منها ما أراه منها جديراً في التسجيل، وذلك لكي يتبين مدى أثر هذه القاعدة في أبواب من الفقه المالي، ويتحدد من خلالها نطاق «الاعتذار»، و أستهل بتناول ما ينبغي التركيز عليه من أمثلة تعد أدلة على تقرير هذه القاعدة ، وترمز إلى حكمة مشروعيتها في جملة من الأحكام، ثم سوف تتلوه أمثلة أخرى استكمالاً للموضوع، فإليكم بيان ما ذكرت وفق الترتيب المشار إليه:

أ - التطبيقات تعد أدلة وشواهد على الاعتداد بقاعدة التبعية:

هناك تطبيقات كثيرة ظهرت فيها الرخصة الشرعية بسبب التبعية، ومنها ما هي بمثابة أدلة لها أقدم عرضها على غيرها ويتجلى منها العفو عن الغرر، وعن ربا الفضل، فبيانها كما يأتي:

- اغتفار الغرر في عقود المعاوضات المالية تبعاً:

مما يدل على اغتفار الغرر على وجه التبعية: بيع الثمرة التي لم يبد صلاحها مع الأصل: فقد قرر الفقهاء أنه لايجوز أن تباع الثمرة التي لم يبد صلاحها مفردة، لما في ذلك من الغرر،

ولكن لو بيعت مع أصلها: جاز البيع، لقوله صلى الله عليه وسلم: «من ابتاع نخلاً قد أبرت فثمرها للبائع، إلا أن يشترط المبتاع». (أخرجه البخاري، كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل ٥ / ٤٩ / رقم ٢٣٧٩، ومسلم، كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثمر ٣ / ١١٧٢ / رقم ١٥٤٣، عن ابن عمر) ومعنى هذا أن الثمرة

التي لم يبد صلاحها إذا بيعت مع أصلها وهي الشجرة، جاز البيع. قال الإمام ابن قدامة في تعليقه لهذا الرأي: «لأنه إذا باعها مع الأصل حصلت تبعاً في البيع، فلم يضر احتمال الغرر فيها». (المغني ١٥٠/٦)

وقال الإمام ابن قدامة: «يجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع، كبيع اللبن في الضرع مع الشاة، والحمل مع الأم، والسقوف في الدار، وأساسات الحيطان، تدخل تبعاً في البيع، ولا تضر جهاتها، ولا تجوز مفردة». (المغني ١٥٠/٦، ١٤١)

وإذا أمعنا النظر في هذه المسائل وأمثالها التي عفي فيها عن الغرر بناء على قاعدة التبعية لحظنا أن العلة فيها هي الحاجة المتعينة. ومن المعلوم أن مراعاة الحاجة تتحقق بها مصلحة العباد ويرتفع العناء عنهم في المعاملات التي يمارسونها في حياتهم.

قال الإمام ابن تيمية: «وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر، وعن بيع الملامسة والمنازعة، وبيع الثمرة، وبيع حبل الحبلية، ونحو ذلك مما فيه مقامرة، وأرخص في ذلك فيما تدعو الحاجة إليه ويدخل تبعاً لغيره...» (مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٢٠/٢٤١)

وهذا ما أكد عليه في موضع آخر بقوله: «وقد أباح الشارع أنواعاً من الغرر للحاجة. كما أباح اشتراط ثمر النخل بعد التأبير تبعاً للأصل، وجوز بيع المجازفة وغير ذلك، أما الربا فلم يبيح منه». (٢٢٢/٢٢٦)

وقال بصدد ترجيحه رأي الإمام الليث بن سعد ومن تابعه في جواز بيع جميع البستان، إذا صلح نوع منه: «فإذا كان النبي صلى الله عليه وسلم قد أرخص في العرايا استثناء من المزابنة للحاجة، فلأنه يجوز بيع النوع تبعاً للنوع، مع أن الحاجة إلى ذلك أشد وأولى، ولا يلزم من منعه مفرداً منعه مضموماً. ألا ترى أن الحمل لا يجوز إفراده بالبيع، وبيع الحيوان الحامل جائز بالإجماع، وإن اشترط كونه حاملاً، ونظائره كثيرة في الشريعة...» (مجموع الفتاوى ٢٩/٤٨٢ - ٤٨٣)

- اغتفار ربا البيوع تبعاً:

جاء في الحديث المتفق عليه: «من باع عبداً وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترطه المبتاع». (متفق عليه، صحيح البخاري - مع فتح الباري -، كتاب المساقاة، باب ١٧، رقم الحديث ٢٢٧٩، ٤٩/٥، ط: دار المعرفة، بيروت، وصحيح مسلم - مع شرح القاضي عياض -، كتاب البيوع، ١٨٦/٥، ط: دار الوفاء، المنصورة) هذا النص قطعة من الحديث السابق - الوارد في المسألة الأولى المتعلقة ببيع النخل المؤبرة -، وقد تضمن هذا الجزء اغتفار ربا البيوع تبعاً.

ومن خلال هاتين المسألتين اللتين تضمنهما الحديث الوارد في الصحيحين يظهر أثر التبعية وهو العفو عما يقتضيه الغرر من المنع أصالة وكذلك العفو من ربا الفضل الذي لا يجوز استقلالاً.

وفي هذا المقام ينبغي التنبيه بأن «التبعية للأصل ثابتة على الإطلاق، غير مسألة ظهور الثمرة ومال العبد تعارض فيها جهتان للتبعية: جهة البائع وجهة المشتري، فكان البائع أولى لأنه المستحق الأول، فإن اشترطه المبتاع انتقلت

التبعية، وهذا واضح جداً، (الموافقات ٤٤٦/٣) وفي زمرة المسائل المبنية على قاعدة التبعية نجد مسألة بيع العبد ذي المال ذات أهمية قصوى حيث يستنتج منها أن العبرة في مثل هذه الصورة بالقصد المنظور إليه في العرف المتبع ، وما عداه فتبع، بناء على قاعدة «التبعية» ، وهذا حسب تقرير المالكية والحنابلة خلافاً للحنفية والشافعية ولذا يحسن أن يبسط الكلام فيه فيما يأتي:

إذا أمعنا النظر في شروح الحديث وكتب الفقه وجدنا الفقهاء يختلفون في شراء العبد مع اشتراط ماله على قولين مشهورين على النحو الآتي:

القول الأول: - جواز شراء العبد ذي المال. وهو مذهب المالكية والحنابلة. وقول عثمان البتي وقد روى الإمام مالك الحديث - محل البحث - في الموطأ. ثم قال: «الأمر المجتمع عليه عندنا أن المبتاع إذا اشترط مال العبد فهو له ، نقداً كان أو ديناً أو عرضاً يعلم أو لا يعلم، وإن كان للعبد من المال أكثر مما اشترى به. كان ثمنه نقداً أو ديناً أو عرضاً». (موطأ مالك مع شرح الزرقاني ٣ / ٢٢٦ - ٢٢٧. كتاب البيوع . ما جاء في المملوك).

وقال ابن عبد البر: «ويجوز عند مالك شراء العبد، وإن كان ماله دراهم بدراهم إلى أجل، وكذلك لو كان ماله ذهباً أو ديناً». (الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ص ٢٣٦)

وجاء في «طرح التثريب» : «قال مالك: يجوز أن يشترط المشتري مال العبد وإن كان دراهم أو دنانير والثلث دنانير، أو حنطة والثلث حنطة. لإطلاق الحديث».

وحكاه ابن عبد البر عن الشافعي في القديم. وعن أبي ثور، وقال به أهل الظاهر.... (طرح التثريب في شرح التثريب، لأبي الفضل عبد الرحيم العراقي، ولولده ولي الدين أبي زرعة ١٢٣/٦. وانظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري ٥٠/٥ - ٥١)

وقد علل أصحاب المالكية وجهة نظرهم بأن مال العبد لم تقابل حصة من الثمن لكونه تابعاً غير مقصود على وجه الاستقلال، وهذا ما يظهر من النصوص الآتية:

جاء في «طرح التثريب»: «قال مالك: يجوز أن يشترط المشتري مال العبد وإن كان دراهم أو دنانير والثلث دنانير، أو حنطة والثلث حنطة، لإطلاق الحديث.... وكأن مالكا لم يجعل لهذا المال حصة من الثمن» (طرح التثريب في شرح التثريب، للعراقي ١٢٣/٦)

وقال الإمام الزرقاني في توجيه هذا الرأي: «لأن ماله تبع، فهو غير منظور إليه، وكأنه لم يجعل له حصة من الثمن». (شرح الزرقاني على الموطأ ٤٢٧/٣)

وفي فتح الباري: «... وكان العقد إنما وقع على العبد خاصة. والمال الذي معه لا مدخل له في العقد». (فتح الباري شرح صحيح البخاري ٥٠/٥ - ٥١)

- وهذا ما اتجه إليه الحنابلة كما يتبين مما يأتي:

قال ابن قدامة: «ومن باع عبداً وله مال، فماله للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع، إذا كان قصده للعبد لا للمال. وجملة ذلك: أن السيد إذا باع عبده أو جاريته، وله مال ملكه إياه مولاه، أو خصه به فهو للبائع». «ثم قال:» وإن اشترطه

المبتاع كان له، للخبر. وروى ذلك نافع عن ابن عمر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وقضى به شريح. وبه قال عطاء، وطاوس، ومالك، والشافعي، وإسحاق.

وقال الخرقي: «إذا كان قصده للعبد لالتمال. هذا منصوص أحمد، وهو قول الشافعي، وأبي ثور، وعثمان البتي. ومعناه: أنه لا يقصد بالبيع شراء مال العبد، إنما يقصد بقاء المال لعبد، وإقراره في يده. فمتى كان كذلك: صح اشتراطه، ودخل في البيع به، سواء كان المال معلوماً أو مجهولاً، من جنس الثمن أو من غيره، عينا كان أو ديناً، وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر».

قال البتي: «إذا باع عبداً بألف درهم، ومعه ألف درهم، فالبيع جائز إذا كانت رغبة المبتاع في العبد لا في الدراهم. وذلك لأنه دخل في البيع تبعاً غير مقصود، فأشبهه أساسات الحيطان، والتمويه بالذهب في السقوف، فأما إن كان المال مقصوداً بالشراء. جاز اشتراطه إذا وجدت فيه شرائط البيع، من العلم به، وأن لا يكون بينه وبين الثمن ربا، كما يعتبر ذلك في العينين المبيعتين، لأنه مبيع مقصود، فأشبهه ما لو ضم إلى العبد عينا أخرى وباعهما».

(المغني ٦/٢٥٧ - ٢٥٨)

وجاء في «المبدع» في فقه هذا الحديث المتعلق ببيع العبد ذي المال عقب إيراد نص الرواية: «لأن العبد وماله للبايع. فإذا باع العبد. اختص به. كما لو كان له عبدان، فباع أحدهما. وظاهره أنه لا فرق سواء قلنا، العبد يملك بالتملك أو لا، وهذه طريقة الأكثر».

فإن كان قصده المال اشترط علمه، أي العلم بالمال، وسائر شروط البيع، لأنه مبيع مقصود، أشبه ما لو ضم إليه عينا أخرى، وإن لم يكن قصده المال. لم يشترط، أي: لم يشترط علمه به، ويصح شرطه وإن مجهولاً، نص عليه. لأن المال دخل تبعاً، أشبه أساسات الحيطان، والتمويه بالذهب في السقوف، وسواء كان مثل الثمن أو دونه أو فوقه. وحكاها في «المنتخب» عن الأصحاب، فعلم أنهم أناطوا الحكم بالقصد وعدمه. قال صاحب «التلخيص»: وهذا على القول بأن العبد يملك، فإن قلنا: لا يملك، فإنه يسقط حكم التبعية. ويصير كمن باع عبداً، ومالاً، وفيه نظر، لأن كلامهم مطلق». (المبدع شرع المقنع ٤/١٧٤ - ١٧٥)

وتعرض العلامة ابن قدامة لنظائر التبعية في موضوع آخر وذكر منها مسألة العبد، وقد صاغ قاعدة ترتبط بها وهي أن «ما فيه الربا غير مقصود بالبيع فوجوده كعدمه»، ومن باب زيادة التوضيح أذكر نص كلامه وهو كما يأتي:

«وإن باع ما فيه الربا بغير جنسه، ومعه من جنس ما يبيع به، إلا أنه غير مقصود، كدار مموه سقفاً، جاز. لا أعلم فيه خلافاً. وكذلك لو باع داراً بدار مموه سقف كل واحدة منهما بذهب أو فضة، جاز، لأن ما فيه الربا غير مقصود بالبيع فوجوده كعدمه. وكذلك لو اشترى عبداً له مال، فاشترط ماله وهو من جنس الثمن، جاز إذا كان المال غير مقصود...» (المغني ٦/٩٦)

وهذا ما يؤيده قول الإمام ابن مفلح أيضاً: «فأما ما لا يقصد عادة ولا يباع مفرداً كتزويق الدار، فلا يمنع من البيع بجنسه». (المبدع ٤/١٤٥)

- القول الثاني: جواز شراء العبد ذي المال ونحوه مع مراعاة قاعدة «مد عجوة»، وهو رأي الحنفية والشافعية.

ذكر الإمام محمد بن الحسن في «الحجة» عن الإمام أبي حنيفة قوله: « من اشترى عبدا فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع، فإن اشترط ذلك المبتاع نظر في ماله: فإن كان الثمن ورقا وكان في مال العبد ورق يكون مثل الورق أو أكثر - أي: مما اشترى به -، أو دين للعبد على إنسان: لم يحل البيع، لأن الدين من غرر لا يدري، أ يخرج أم لا يخرج، والورق إن كان مثل الثمن والتمن ورق أو أكثر، فهذا الورق بمثلها زيادة». (الحجة على أهل المدينة ٥٠٢/٢)

وجاء في «طرح التثريب»: «وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يصح البيع في هذه الصورة، لما فيه من الربا، وهو من قاعدة «مد عجوة». ولا يصح التمسك بهذا الحديث على الصحة في هذه الصورة، لأنه قد علم بطلانها بدليل آخر، فلا بد من الاحتراز فيه عن الربا «طرح التثريب في شرح التقريب، للعراقي ١٢٣/٦، وانظر: شرح النووي لصحيح مسلم ١٩٢/١٠»

قال الحافظ ابن حجر بصدده عرضه أقوال الفقهاء أثناء شرحه الحديث المذكور: «ويؤخذ من مفهومه: أن من باع عبدا ومعه مال وشرطه المبتاع أن البيع يصح، لكن بشرط أن لا يكون المال ربويا، فلا يجوز بيع العبد ومعه دراهم بدراهم، قاله الشافعي...» (فتح الباري ٥٠/٥ - ٥١، وانظر: فتح القدير لابن الهمام ٢٨١/٦ - ٢٨٢، ط: دار الفكر) وهنا يرد تساؤل مهم وهو أن الأصل عند المالكية عدم الجواز في صور «مد عجوة» اللهم إلا بقدر الثلث في بعض المسائل، ولكنهم أجازوا بيع العبد وله دراهم، بدراهم مطلقا، وهذه الصورة ينطبق عليها حكم الممنوع المشار إليه آنفا، فكيف يوفق بينهما؟

والجواب عن ذلك أن المالكية قد أجازوا ذلك بناء على أمرين أولهما: نص الحديث، وثانيهما: قاعدة المصالح والمقاصد - وهي التي تعبر عنها قاعدة التبعية في هذا المقام -.

أما نص الحديث فظاهر في الموضوع كما سبق ذكره.

وأما قاعدة المصالح والمقاصد فقد بينها الإمام أبو بكر بن العربي في معرض حديثه عن قاعدة المصالح - وهي إحدى القواعد الأساسية التي وضعها في بداية كتاب البيوع في شرحه «القبس شرح موطأ مالك بن أنس» -، إذ يقول إن ما جاء في مال المملوك: «ينبغي على القاعدة العاشرة وهي المقاصد والمصالح، لأن الرجل إذا اشترى عبدا، له ذهب بذهب، فالقاعدة الثالثة - وهي الصفقة إذا جمعت مالي ربا من الجهتين ومعهما أو مع أحدهما ما يخالفه في القيمة، سواء كان من جنسه أو غير جنسه، فإن ذلك لا يجوز - تمنع منه من جهة الربا، والقاعدة العاشرة في المصالح والمقاصد تقتضي جوازه، لأنه إنما المقصود منه ذاته لا ماله والمال وقع تبعا». (كتاب القبس ٨٠٥/٢ - ٧٨٧، ط: دار الغرب الإسلامي)

أما ما يتعلق بمسألة «مد عجوة» ونحوها فهو يتبين من قول المالكية بجواز بيع المحلى بشرط أن تكون الحلية بمقدار قليل. وهذا ما جاء في كلام العلامة الأبي: «فإن كانت الحلية تبعا جاز نقدا، لأن الشارع أباح تحليته ونزعه يشق، وهو قليل تبع، والأتباع لا تقصد في العقود». (إكمال إكمال المعلم ٢٧٢/٤)

فالظاهر أن مسألة العبد ذي المال مستثناة عندهم من قاعدة «مد عجوة» وضوابطها، وذلك بالنظر إلى تمييز المقصود المتبوع وهو شراء العبد فحسب من التابع غير المقصود فيه وهو مال العبد، وبه اندفع التعارض بين هذه

الصورة وبين الصور الممنوعة في قاعدة «مد عجوة» اللهم إلا في بعض المسائل المرتبطة بها، حيث يتسامح في اليسير منها من باب إعمال قاعدة الأكثرية. كما سيأتي توضيح ذلك لاحقاً.
ومما يعضد القول بأن العبرة في قاعدة التبعية بالمقصد المألوف في العرف ما جاء في النصين الآتيين من كلام الإمام ابن بطال المالكي:

- قال ابن بطال: «ونظير نهيه عليه السلام عن بيع الجنين في بطن أمه نظير نهيه عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، لأن ذلك كله من بيع ما لم يخلق ولم يتم، ومما يحتمل أن يكون موجوداً أو غير موجود، وذلك من أكل المال بالباطل. وجاز أن يكون الجنين تبعاً لأمه، والثمره تبعاً لأصلها في البيع، لأنهما إن هلكا فلم يكونا المقصد بالشراء، وإنما قصد إلى أم الجنين، وإلى أصل الثمرة، فافترقا لهذه العلة». (شرح صحيح البخاري لابن بطال ٣١٥/٦)

- وذكر عن ابن سيرين قوله: «لا بأس ببيعير ببيعيرين ودرهم، الدرهم نسيئة، فإن كان أحد البعيرين نسيئة فهو مكروه». وهذا مذهب مالك، وقد ذكره في الموطأ في مسألة الجمل بالجمل وزيادة دراهم، قال: والذي يجوز من ذلك أن يكون الجمالان نقداً، ولا يبالي تأخرت الدراهم أم تعجلت، لأن الجمل بالجمل قد حصل يدا بيد، فبطل أن يتوهم فيه السلف، وعلم أنه بيع، لأن الدراهم هاهنا تبع للجمل، وليس هي المقصد، وأما إذا كان أحد الجمالين نسيئة فلا يجوز، لأنه عنده من باب الزيادة في السلف، كأنه أسلفه جملاً في مثله واستزاد عليه الدراهم». (شرح صحيح البخاري لابن بطال ٣٥٥/٦)

ب - مسائل أخرى جرى فيها تطبيق قاعدة التبعية:

وعدا ما ذكر آنفاً، هناك مسائل أخرى نلمس فيها أثراً واضحاً لقاعدة التبعية، وإنما أكتفي هنا بذكر أمثلة ذات صلة بالمعاملات المالية، وهي ما تتمثل في المسائل والنصوص الآتية:

- وإذا اشترى الرجل شرب ماء ومعه أرض فهو جائز، لأن الأرض عين مملوكة مقدورة التسليم فالعقد يرد عليها والشرب يستحق تبعاً، وقد يدخل في البيع بيع ما لا يجوز إفراده بالبيع، كالأطراف من الحيوانات لايجوز إفرادها بالبيع، ثم يدخل تبعاً في بيع الأصل». (المبسوط ١٧١/٢٢)

- «قد يثبت حكم العقد في الشيء تبعاً وإن كان لايجوز إثباته فيه مقصوداً، كالشرب والطريق في البيع والمنقولات في الوقف». (المبسوط ٣٧/١٥، وانظر: المصدر نفسه ٩٤/١٥)

وهكذا سائر الحقوق المجردة الأخرى كحق المسيل وحتى المرور لا يجوز الاعتياض عنها لذاتها، ويجوز تبعاً للأرض. (انظر: شرح المجلة للأتاسي ١٣١/١ - ١٣٤، المادة ٥٤)

«ومنها: لو حلف لا يشتري صوفاً، فاشترى شاة على ظهرها صوف، لم يحنث، لأن الصوف دخل في البيع تبعاً للشاة لا قصداً، فاغتفر فيه. فإن دخل مقصوداً، يحنث.

وكذا لو حلف لا يشتري آجراً أو خشباً، فاشترى داراً، لم يحنث، لأن البناء يدخل تبعاً بدون تسمية فلم يكن

مقصودا بالعقد. كذلك كل شيء ثبت دلالة أو ضرورة لا قصدا يفتقر فيه ما لا يفتقر في القصد». (انظر: المصدر نفسه ١٣١/١ - ١٣٤، المادة ٥٤)

وجاء في قواعد الإمام الزركشي: «يفتقر في الشيء إذا كان تابعا ما لا يفتقر إذا كان مقصودا. كما في الشفعة لا تثبت في الأبنية والأشجار بطريق الأصالة وتثبت تبعا للأرض إذا بيعت». (المنثور ٢٧٦/٣)

وقال في موضع آخر: «قد يمنع الشيء مقصودا وإذا حصل ضمن عقد لم يمتنع. ونظيره... لو استأجر بثرا ليستقي منها لم يصح. ولو أكرى دارا ليسكنها وفيها بئر ماء، جاز أن يستقي منها تبعا». (المنثور ٢٧٦/٣ - ٢٧٧)

فمن خلال إمعان النظر في النصوص والأمثلة التي سقتها يترجح القول بأن المقصود أصالة واستقلالاً هو ما تتجه إليه الرغبة أساساً، بحيث يتميز كونه مقصودا بالرجوع إلى ما يتشوف الناس إليه عادة. وهذا يوافق رأي المالكية والحنابلة. وسيأتي مزيد من التوضيح لهذا الرأي لاحقاً بحول الله تعالى. أما المراد من «الاغتفار» في هذه القاعدة: فهو أنه يفتقر الخلل الضمني الواقع في العقد، وهو ما لا يجوز فيما لو انفرد بل يأخذ حكمه الخاص من عدم جواز بيعه منفرداً مثل بيع الجنين بعينه وهو في بطن أمه، أو عدم جواز شراء مال العبد بعينه منفرداً، إذ يترتب في المسألة الأولى: الفرر الفاحش، وكذلك في شراء العبد إذ لا يعرف قدر ماله، بالإضافة إلى ترتب محظورين آخرين فيه. أحدهما: تحقق ربا الفضل فيم لو كان مال العبد نقداً وزاد على ما يقابله من الثمن، والثاني: بيع الدين لغير من عليه الدين فيما لو كان ماله ديناً، وذلك ما يظهر إذا نظر بالتفصيل إلى هذه التوابع وجعلت مقصودة على وجه الأصالة والاستقلال، أما لو جاءت تبعا لا يتوجه القصد إليها في العرف، فحينئذ يفتقر ما يترتب على ذلك من خلل.

المحور الرابع: إبراز أمثلة منوطة بقاعدة الأكثرية للتمييز بينها وبين تطبيقات قاعدة التبعية،

وبعد أن ضربنا أمثلة تكشف عن حقيقة الأمر في قاعدة التبعية. ينبغي التنبيه إلى أنه قد يلتبس الأمر لمجرد ورود لفظ «التابع» أو نحوه في الفروع المرتبطة بقاعدة الأكثرية، فيظن كونها خاضعة لقاعدة التبعية، ولهذا الغرض لا بد من عرض أمثلة تتبين فيها تبعية الأقل للأكثر من حيث القدر والكم، لا من حيث اعتبار المقصود وإلغاء التابع غير المقصود كما هو الشأن في «قاعدة التبعية».

ويحسن أن أستهل ذلك بما ذكره الإمام مالك رحمه الله في كتاب المساقاة من «الموطأ»، لما فيه من توضيح لجواز الشيء اليسير من باب إعمال قاعدة الأكثرية بناء على عمل الناس - أي عمل أهل المدينة -، ونصه كما يأتي:

«قال مالك: إذا كان البياض تبعاً للأصل، وكان الأصل أعظم ذلك أو أكثره فلا بأس بمساقاته. وذلك أن يكون النخل الثلثين أو أكثر، ويكون البياض الثلث أو أقل من ذلك، وذلك أن البياض حينئذ تبع للأصل.

وإذا كانت الأرض البيضاء فيها نخل وكرم أو ما يشبه ذلك من الأصول، فكان الأصل الثلث أو أقل والبياض الثلثين أو أكثر، جاز في ذلك الكراء، وحرمت فيه المساقاة. وذلك أن من أمر الناس أن يساقوا الأصل وفيه البياض، وتكرى

الأرض وفيها الشيء اليسير من الأصل. أو يباع المصحف أو السيف وفيهما الحلية من الورق، بالورق، أو القلادة أو الخاتم وفيهما الفصوص والذهب بالدنانير .

ولم تزل هذه البيوع جائزة يتبايعها الناس ويتعاونها، ولم يأت في ذلك شيء موصوف موقوف عليه إذا هو بلغه كان حراماً أو قصر عنه كان حلالاً .

والأمر في ذلك عندنا الذي عمل به الناس وأجازوه بينهم: أنه إذا كان الشيء من ذلك الورق أو الذهب تبعاً لما هو فيه يبيعه. وذلك أن يكون النصل أو المصحف أو الفصوص قيمته الثلثان أو أكثر والحلية قيمتها الثلث أو أقل». (الموطأ - مع شرح الزرقاني ٤٦٨/٣ - ٤٦٩)

قال الزرقاني في تعليقه على النص المذكور: «التبعية بالثلث فأقل». (٤٦٩/٣)

وقد وردت مسائل في «المدونة» تحت عنوان «صرف الدراهم بالفلوس والفضة». حيث أشير فيها إلى التسامح في التعامل بدون مراعاة ضابط الصرف فيما تجب مراعاته من حيث الأصل. وذلك من باب تطبيق قاعدة «الأكثرية» في بعض الحالات فيما لو كان التابع قليلاً غير فاحش، ومنها ما يأتي:

«قلت: أ رأيت إن اشتريت بدرهم بنصفه فلوساً وبنصفه فضة وزن نصف درهم. أيجوز هذا في قول مالك؟ قال: لا بأس بهذا، وهو بمنزلة العرض.

قلت: فإن اشتريت بنصف درهم طعاماً وبنصفه فضة. كل ذلك نقداً، أيجوز هذا في قول مالك؟ قال: نعم.

قلت: فإن كان الثلثان فضةً والثلث طعاماً، أيجوز هذا في قول مالك؟ قال: لا.

قلت: فإن كان الثلثان طعاماً والثلث فضةً أيجوز هذا في قول مالك؟ قال: نعم يجوز في قول مالك.

قلت: لم كرهه مالك إذا كانت الفضة أكثر من الطعام وجوزها إذا كان الطعام أكثر من الفضة؟

قال: لأن الطعام إذا كان أكثر من الفضة لم يرد به الفضة في قول مالك. وإنما يراد به الطعام، وجعله مثل شراء سلعة وفضة بدراهم وجعل الفضة تبعاً للسلعة. وإذا كانت الفضة أكثر من السلعة. حمله مالك محمول ورق وسلعة بورق وجعل السلعة تبعاً للفضة، فلا يصلح أن يكون فضة وطعام. بفضة وكذلك فسر لي مالك». (المدونة ٤٠٣/٣ - ٤٠٤)

يكاد يكون جلياً من هذا النص أن المَعقود عليه إذا اشتمل على جنسين مختلفين، فالعبرة بما كان أكثر قدراً، أما الثاني القليل فيكون تابعاً للأكثر في الحكم.

- ومما يدل على الاعتداد بقاعدة الأكثرية وكون الأقل تابعاً للأكثر قول الإمام ابن عبد البر: «ومن باع أرضاً أو داراً أو جناحاً فيها نخل. وفي النخل ثمر لم يُؤبر، فالثمره لمشتري الصفقة، وسواء اشترطه أو لم يشترطه، ولا يحتاج إلى اشترطه، فإن كانت النخلة قد أبرت، فثمرتها للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع في صفقته، فيكون ذلك له بأشترطه، وإن أبر بعضها ولم يُؤبر البعض، فالمؤبر للبائع، وغير المؤبر للمبتاع، هذا إذا كانا متساويين. فإن كان أحدهما أكثر من الآخر كان الأقل تبعاً للأكثر». (الكافي لابن عبد البر، باب في ثمر الشجر إذا بيع أصلها، ومال العبد إذا بيعت رقبته، ص ٣٢٥)

وتحسن الإشارة هنا إلى التفريق الملاحظ في الحكم عند الملكية بين مسألة بيع العبد ذي المال، وبيع الثمار وفق ما ذكر آنفا - حيث طبقت قاعدة «التبعية» في المسألة الأولى من حيث النظر إلى القصد، وخلافا لذلك طبقت قاعدة «الأكثرية» في المسألة الثانية ونظائرها - راجع إلى أن قاعدة التبعية محل تطبيقها إنما هي المسائل التي يكون الاعتداد فيها بالقصد المعتبر على وجه الأصالة بحيث يفقد التابع غير المقصود حكمه الأصلي في حال انفراده، أما قاعدة الأكثرية فيجري أعمالها في المسائل التي لا يتميز فيها المقصود من غير المقصود على وجه الاستقلال، وإنما يختلف فيها حكم قليل المقدار عن حكم كثير المقدار، فيعطى القليل حكم الكثير، وإذا لوحظت التبعية في المسائل المتعلقة بقاعدة الأكثرية فهي من باب التبعية في الكم والقدر فحسب. وهي في الغالب لا تعدو أن تكون أكثر من الثلث في أكثر الحالات عند الملكية.

المحور الخامس: عرض اتجاهات الفقهاء حول التابع الذي يعد غير مقصود في العقد ويأخذ حكم المتبوع؛

وإذا عرفنا أثر التبعية في العقود في ضوء الشواهد والتطبيقات، فما هو المعيار في معرفة التابع الذي يسقط حكمه المختص به، وينسحب عليه حكم المتبوع؟

إذا نظرنا في كلام الفقهاء حول قاعدة التبعية وجدناهم يختلفون في تحديد التابع غير المقصود من التابع المقصود، وفيما يترتب على ذلك من أثر، وقد ظهر لي بعد تأمل نصوص وتطبيقات متفرقة وجود خمسة اتجاهات فيه على النحو الآتي:

الاتجاه الأول: التابع الذي يدخل البيع بدون شرط يعد تابعا غير مقصود وليس له حظ من الثمن وهو ما لا يصلح أن يكون مبيعا وحده، ومثال ذلك الطرق والأفنية، وأساسات الحيطان وما شاكلها من الأشياء التي ليس لها وضع مستقر، ولا يتصور فصلها من متبوعاتها. وهذا باتفاق الفقهاء يكون تابعا غير مقصود.

قال العلامة المرغيناني: «الأتباع لا قسط لها مما يقابل بالأصل، لأنها لم تدخل تحت العقد مقصودا...، والتبع يقابله شيء إذا صار مقصودا، كولد المبيع». (الهداية مع فتح القدير ١٠/١٩٧)

وهذا ما عناه العلامة الحصكفي بقوله: «كل ما دخل تبعاً لا يقابله شيء من الثمن». (الدر المختار - مع رد المختار لابن عابدين ٤/٣٦)

وقال الشيخ أحمد الزرقا: «ما يدخل في البيع تبعا، إذا هلك - أي في يد البائع - لا يسقط بمقابله شيء من الثمن، ويخير المشتري بين أخذه بكل الثمن أو تركه». (شرح القواعد، ص ٢٥٦ نقلا عن الدر المختار وشرحه)

وقال العلامة الأتاسي في هذا الموضوع ما خلاصته كالآتي:

قد يكون التابع من حيث عدم استقلاله غير مستقل بنفسه حقيقة، كالجنين في بطن الحيوان، وكالصفة القائمة بالموصوف، وكحق الشرب تابعا للأرض، وهذه التوابع لا يقابلها شيء من الثمن، ومن حيث تعلق الأحكام ينزل التابع

منزلة المعدوم في عدم جواز إفراده بالحكم، فلا يصح مثلا بيع الجنين في بطن أمه منفردا . وقد يكون له استقلال بنفسه، لكنه عرفا بمنزلة الجزء الحقيقي من الشيء في أنه يدخل في بيعه تبعا، كإكاف الدابة، ثياب العبد، والشجر في الأرض. فإنها تدخل في البيع من غير ذكر، فلا يقابلها شيء من الثمن لو هلك قبل تسليم المبيع، مع أنها يصح إفرادها بالحكم. (شرح المجلة، للأتاسي/١ - ١٠٩ - ١١٠، المادة ٤٨)

الاتجاه الثاني: التابع الذي لا يدخل في العقد إلا بالاشتراط، يعد مقصودا ويأخذ حكمه المختص به، ويقابله جزء من الثمن. ومثال ذلك: الثمر الذي لا يدخل في بيع النخل إلا بالاشتراط، وكذلك مال العبد . وذلك ما يستفاد مما سلف ذكره من كلام الحنفية، وهذا ما ذهب إليه المذهب الشافعي. ومما يدل على ذلك قول الإمام ابن عبد البر في «الاستذكار» في توجيه رأي الإمام الشافعي ما نصه: «قال الشافعي: لما كان بيع العبد لا يدخل في صفقة رأسه إلا بالشرط دل على أنه ليس تبعا له، لأن ما كان تبعا لا يحتاج إلى شرط في دخوله في الصفقة كجري مياه الدار ومنافعها، ولما احتاج إلى الشرط كانت صفقة واحدة، وقد جمعت شيئين، ولا يجوز من ذلك إلا ما يجوز من شراء دابة ودرهم معها، أو دار معها، أو دنانير». (٣٦ - ٣٥/١٩)

الاتجاه الثالث: التابع يعد غير مقصود وينسحب عليه حكم المتبوع ولو دخل في العقد باشتراط المشتري، على أن يكون المقصود المتبوع من المعقود عليه واضحا لا لبس فيه بحيث يكون الثمن بمقابلته فقط في العرف الجاري بين الناس، وأن لا يكون للتابع حظ من الثمن لكونه غير مقصود. وذلك لأن الحكم متوجه إلى المتبوع المقصود فحسب أصالة. وهذا ما يستفاد من نصوص المالكية والحنابلة.

ففي مسألة العبد يرد العقد على العبد فحسب، ولا ينظر إلى ماله، سواء أكان نقدا أم دينا أو عرضا. وفي هذه الصورة ليست للمال التابع حصة من الثمن على رأي عند المالكية. وهذا ما عليه المذهب. وعسى أن يكون من نافلة القول أن يذكر في هذا المقام أنه قد جرى خلاف واضح في هذا الموضوع عند المالكية، فتراهم على فريقين، ويؤكد ذلك ما جاء في قواعد «المقري»:

«قد يسوغ في الشيء تابعا ما يتمتع فيه مستقلا، تغليباً لحكم المتبوع كالأجرة على الإمامة تمتع منفردة، وتجوز مع الأذان على مشهور مذهب مالك فيهما. ثم اختلف هل يسقط لتعذر التابع شيء من العوض أولا؟» (قواعد المقري ق/١٨٧، ٢/٤٢٢ - ٤٣٣)

وفي هذا الشأن صاغ المقري نفسه قاعدة أخرى بصيغة: «الأتباع هل لها قسط من الثمن أولا في الاستحقاق وغيره؟» (المصدر نفسه ق/٢٩٥، ٢/٥٢٧)

ومما يدل على ذلك أيضا: قول ابن شاس: «هل الأتباع تعطى أحكام أنفسها أو أحكام متبوعاتها؟» . (عقد الجواهر ٢/٤٠٤)

وقد أشار الإمام ابن رشد لهذه القضية المتنازع فيها في موضع من «البيان والتحصيل»، وبين الخلاف بين كبار أئمة المذهب. فمن جملة ما ذكر: «مذهب ابن الماجشون أن ما أجزى بيعه مع غيره. وجعل في حكم التبوع له. كالزروع الذي لم يطب في الأرض، والثمر الذي لم يطب مع النخل وما أشبه ذلك. يرى أنه لم يقع عليه حصة من الثمن... ولا يرى في استحقاقه رجوعاً للمشتري. خلافاً لابن القاسم...» (٤٨٥/٧)

والمشهور من المذهب هو: «أن الأتباع لا تراعى». (عقد الجواهر ٢/٣٦٣)، الذي يؤدي إلى القول بأن: «الأتباع تعطى حكم المتبوعات» (عقد الجواهر ٢/٣٨٠). والمراد منها الأتباع غير المقصودة.

ويعضد ذلك ما أورده ابن شاس بصدده بحثه حول مسألة ترتبط بالربا في المطعومات. وإليك نص كلامه:
 «... فإن قلنا بأن الأتباع مقصودة في العقود: منعنا هذا البيع. وإن قلنا: الأتباع لاحصة لها من الثمن، وأنها غير مقصودة في العقود: جاز البيع، إن كان فيه الربا.» (عقد الجواهر الثمينة ٢/٣٩٩)
 هذا، وأما رأي الحنابلة فهو واضح من كلام ابن قدامة في النص الآتي:
 «لو باع داراً بدار مموه سقّف كل واحدة منهما بذهب أو فضة جاز. لأن ما فيه الربا غير مقصود بالبيع، فوجوده كعدمه.»

وكذلك لو اشترى عبداً له مال، فاشترط ماله وهو من جنس الثمن، جاز إذا كان المال غير مقصود. ولو اشترى عبداً بعيداً، واشترط كل واحد منهما مال العبد الذي اشتراه، جاز إذا لم يكن ماله مقصوداً. لأنه غير مقصود بالبيع، فأشبه التمويه في السقف، ولذلك لا تشترط رؤيته في صحة البيع ولا لزومه.» (المغني ٦/٩٦)

- الاتجاه الرابع: أن التابع دائماً يقابله جزء مقدر من الثمن، وهذا ما رجحه الإمام أبو عبد الله المازري بحجة أن ذلك أمر واقع محسوس في التعامل، ولكن ليس له تأثير في تغيير الرخصة المترتبة على قاعدة التبعية إذ إنها مبنية على كون التابع غير مقصود أصالة.

وهذا ما نستشف من كلامه المفصل، الذي جاء ضمن كلامه حول مسألة جواز الإجارة على الصلاة، على أنها تبع للإجارة على الأذان، وذلك في كتابه «شرح التلقين»، وهما نصه:

«وإذا قلنا بجواز الإجارة على الصلاة، على أنها تبع للإجارة على الأذان، فتعذر على المستأجر الإمامة ووفى بالأذان فهل يحط من الإجارة بسبب عجزه عن الإمامة أم لا؟

اختلف في ذلك المتأخرون، فمنهم: من يقدر أن التبوع لا حصة له من الثمن، ولا يحط من الإجارة شيئاً. ومنهم من يقدر أن للتبوع حصة من الثمن، فيحط من الإجارة ما قابله.

واعلم أن المسائل الواردة في هذا الأصل مختلف جوابها. فالمذهب في من اشترى عبداً له مال، أو شجراً مثمراً، أن استحقاق المال من يد العبد وجائحة الثمرة لا تستوجب حطيطة من الثمن.

ولو استحققت حلية السيف التي هي تبع لنصله، أو أحقر سلعة من صفقة فيها سلع، لحط من الثمن بقدر

المستحق.... وأما العبد فمالك له وإنما وقعت المعاوضة على أن يقر البائع ملكه في يده وقد أقره، لم يؤثر الاستحقاق.

وقد قال بعض المتأخرين: الأولى أن يحط من الثمن قدر ما يعلم أن المشتري زاده في الثمن، لتحمل العبد بماله وفوته به. كما قالوا: إذا تعذر على المرأة الجهاز، حط من الصداق قدر ما زاده الزوج لأجله. وإن كان الزوج لا يملكه ولا يملك انتزاعه. وهو في حكم التبوع ولكن زاد في الصداق لحصول تجمل الزوجة. واعلم أنه لا يخفى على أحد أن التجار يقصدون إلى جعل الثمن عوضاً من جميع ما عقدوا عليه قل أو جل، ويجعلون لكل جزء مما اشترروه حصة من الثمن تابعا كان أو متبوعاً. فالمخالفة ههنا لا معنى لها. لأنها كالمخالفة في أمر محسوس.

وإنما يفتقر إلى الاعتبار ما قاله أصحابنا من أن كون الشيء تبعا يرفع عنه حكم التحريم المختص به إذا انفرد في مسائل، منها حلية السيف التي هي تبع لنصله. فيحرم بيعها بجنسها. ولا يحرم ذلك وهي مضافة إلى السيف إلى غير ذلك مما في معناه. وما قالوه أيضاً من استحقاق التبوع في الصفقة لا يوجب للمشتري رد جميعها». (شرح التلقيم، الصلاة ومقدماتها، ٤٣٢/١ - ٤٣٣، تحقيق الشيخ محمد المختار السلامي)

وقد تعرض العلامة ابن شاس لكلام الإمام المازري ولخص رأيه. كما يتبين من قوله:

«هل للتبوع حصة من الثمن أم لا؟ فذكر الإمام أبو عبد الله هذا الخلاف ومأخذه. وحكى روايات في المذهب، أخذ منها القولان: ثم رجح كون الأثمان تقابل بها الأتباع، واستشهد في ذلك بعرف التجار في زيادة الأثمان بسببها، واعتذر أن فائدة التبعية إنما هي الحل، أو الاستحقاق، لا في عدم المقابلة بجزء من الثمن». (عقد الجواهر الثمينة ١٢١/١)

الاتجاه الخامس: وهو قريب من الاتجاهين السابقين، لكنه خال من بعض القيود المشار إليها فيما سبق، إذ يخلص إلى أنه لا يتوجه أمر أو نهى في إطار المعاملات إلا إلى المتبوع المقصود أصالة وعادة، وعلى هذا يكون التابع غير المقصود على وجه الاستقلال ساقط الاعتبار حكماً. وهذا ما يتمثل في كلام الإمام الشاطبي، وقد سلف ذكر طرف من كلامه في بداية البحث، وهنا لا بد من عرض نصوص أخرى توضحها لرأيه. وهي كما يأتي:

- «اعتبار ما يقصد بالأصالة والعادة هو الذي جاء في الشريعة القصد إليه بالتحريم والتحليل». (الموافقات ٤٥٩/٣ - ٤٦٠)

- «ولو كانت التوابع مقصودة شرعاً حتى يتوجه عليها مقتضاها من الطلب، لم يجز كثير من العقود للجهالة بتلك المنافع المقصودة». (٤٦١/٣)

- وبناء على ذلك: «كل ما فيه منفعة أو منافع من المعقود عليه في المعاوضات، قد يكون أحد الجانبين هو المقصود بالأصالة عرفاً، والجانب الآخر تابع غير مقصود بالعادة، إلا أن يقصد على الخصوص وعلى خلاف العادة، فلا إشكال في أن الحكم لما هو مقصود بالأصالة والعرف، والآخر لا حكم له. لأننا لو اعتبرنا الجانب التابع لم يصح لنا تملك عين من الأعيان، ولا عقد عليه لأجل منافعه، لأن فيه منافع محرمة. وهو من الأدلة على سقوط الطلب في جهة التابع...» (انظر: المصدر نفسه ٤٥٧/٣ - ٤٥٨)

ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أنه قد عني أيضا بإيراد إشكالات مثارة حول التبعية ثم تصدى لدفعها، وفي معرض تلك الإشكالات ذكر إشكالا مهما وهو الإشكال الرابع، ثم أجاب عنه، وإليك نص الإشكال والجواب عنه على النحو الآتي:

«والرابع: أن المنافع مقصودة بلا خلاف بين العقلاء وأرباب العوائد، وإن فرض الأصل مقصودا، فكلاهما مقصود، ولذلك يزداد في ثمن الأصل بحسب زيادة المنافع، وينقص منه بحسب نقصانها، وإذا ثبت هذا، فكيف تكون المنافع ملغاة وهي مثمثة، معتد بها في أصل العقد، مقصودة؟ فهذا يقتضي القصد إليها وعدم القصد إليها معا، وهو محال». (٤٣٩/٣)

وقد دفع هذا الإشكال بقوله: «والجواب عن الرابع: أن القصد إلى المنافع لا إشكال في حصوله على الجملة، ولكن إذا أضيفت إلى الأصل يبقى النظر: هل هي مقصودة من حيث أنفسها على الاستقلال، أم هي مقصودة من حيث رجوعها إلى الأصل كوصف من أوصافه؟

فإن قلت: إنها مقصودة على حكم الاستقلال، فغير صحيح لأن المنافع التي لم تبرز إلى الوجود بعد مقصودة، ويجوز العقد عليها مع الأصل، ولكنها ليست بمقصودة إلا من جهة الأصل، فالقصد راجع إلى الأصل... لا من جهة أنفس المنافع إذ هي غير موجودة بعد، فليست بمقصودة إذا قصد الاستقلال، وهو المراد بأنها غير مقصودة، وإنما المقصود الأصل.

فالمنافع إنما هي كالأوصاف في الأصل، كسواء العبد الكاتب لمنفعة الكتابة، أو العالم للانتفاع بعلمه، أو لغير ذلك من أوصافه التي لا تستقل في أنفسها، ولا يمكن أن تستقل... وحاصل الأمر أن الطالبين لم يتواردا على هذا المجموع في الحقيقة، وإنما توجه الطلب إلى المتبوع خاصة». (الموافقات ٤٤٦/٢ - ٤٤٨)

وقال العلامة عبد الله دراز ضمن تعليقاته على الإمام الشاطبي: «حاصل هذا الأصل أنه لم يحصل توارد الطالبين المتنافيين أمرا ونهيا على الأصل وتابعه، بل توجه الطلب دائما إلى المتبوع، وهذا هو المراد بكون الطلب المتوجه إلى التابع ملغى وساقط الاعتبار، أي: ما كان متوجها إليه عند انفراده لا يتوجه إليه عند كونه تابعا». (٤٤٨/٣)

وهكذا من خلال تأمل نصوص الفقهاء، برزت خمسة اتجاهات في تحديد معنى التابع وتحقيق معنى التبعية. ولكننا إذا دققنا النظر فيها، تبين لنا أن الاتجاه الثاني الذي تبنى القول بأن التابع فيما لو دخل في العقد بالاشتراط فيعد تابعا مقصودا ويراعى في حكمه - كما يرى الحنفية والشافعية - هو الاتجاه الوحيد الذي يختلف عن بقية الاتجاهات في معنى الكلمة. أما بقية الاتجاهات فليس فيها خلاف جوهري، لأنها تحوم حول اعتبار «القصد»، وذلك لأن قول بعضهم: «التابع لا حصة له في الثمن» لا يعني أنه لا اعتبار له ولا وزن له في المعاوضة فوجوده كعدمه، فإنه يستبعد أن تخلو أذهان العاقدين عن تقدير قيمة التابع غير المقصود بتاتا، على الرغم من عدم تأثير القيمة المقدرة، لأنه لم ينظر إليها على وجه الأصالة والاستقلال. وإنما المراد أن التابع يعد بالنسبة إلى أصل المبيع بمنزلة الوصف من الموصوف.

وعلى هذا يظهر القول بأن القيد المشار إليه - وهو ألا يكون للتابع حصة من الثمن - غير مؤثر في تقدير الحكم وهو إعطاء التابع غير المقصود أصالة حكم المتبوع المقصود، وفيما يترتب على ذلك من أثر وهو الاغتفار عن

خلل واقع - من غرر ونحوه - بسبب إلغاء حكم التابع المختص به في حال انفراده.

المحور الخامس: اختلاف وجهات النظر في تعيين مقدار التابع الذي يكون محل «الاغتفار» في قاعدة التبعية: وإذا ظهر لنا القول بأن الكمية ليست محل الاعتبار في قاعدة التبعية حيث يتصور وجود التابع غير المقصود أكثر من التابع المقصود أصالة وهو الذي يبينه العرف حيث يتصور وجود التابع غير المقصود أكثر من التابع المقصود أصالة وهو الذي يبينه العرف والتعامل، وحينئذ فما سواه يعد تابعا غير مقصود على وجه الاستقلال - على الرغم من القيمة المقدرة له في الذهن-، فهل يؤخذ في الاعتبار تحديد التابع بقدر معين مناسب أو يقال إنه لا قيد له ولا ضابط، فلا يلقي له بال ولا شأن له بل يظل ساقط الاعتبار حكما، مهما بلغ قدره؟

فهذا ما أتوخى تحقيقه في هذا المقام، وذلك على النحو الآتي:

لقد سلف القول بأن الأخذ بالقصد في قاعدة التبعية أمر محل النزاع بين الفقهاء، إذ تبين من خلال استعراض مسألة العبد ذي المال أن المالكية والحنابلة قد اتجه القول عندهم بأنه لا مانع من أن يكون التابع غير المقصود أكثر من المقصود المتبوع، ويعنى ذلك إلغاء قاعدة الأكثرية ضمن قاعدة التبعية بالنظر إلى القصد، أما الحنفية والشافعية فتراهم يراعون قاعدة الأكثرية ضمن قاعدة التبعية.

وبغض النظر عن الخلاف في المسائل التي جرى فيها تطبيق قاعدة التبعية، يستنتج من نصوص متعددة بأن أكثر الفقهاء على الرغم من تمييزهم بين القواعد الثلاث كما سبق بيانها في المحور الثاني، يجعلون التبعية محورا عاما فيما بينها، وقيمون وزنا لقدر التابع إما كما أو كيفا، بحيث لا يتصورون أن يكون التابع في أية حال مساويا للمتبوع سواء أكان ذلك من حيث المقدار أم من حيث الكيفية.

فمثلا ترى الحنفية يؤكدون القول في مواضع كثيرة بأن التابع لا يمكن أن يكون مساويا للمتبوع، كما تعبر عن ذلك عبارتهم المشهورة المتكررة في مناسبات كثيرة: «إنما يتبع الشيء ما هو دونه لا ما هو مثله أو فوقه». (المبسوط ١٧٦/١١، كتاب الشركة، وانظر: جمهرة القواعد الفقهية ٦٦٣/٢ - ٦٦٤)

وهذا يعني أنه يمكن أن تتحقق التبعية في بعض المسائل فيما لو لم يظهر التساوي بين التابع والمتبوع، ولكن يتضمن هذا القول تحديد التبعية إما كما وقدرًا، أو وصفا ومعنى. فكل الاحتمالين وارد، كما يتبين ذلك من بعض النصوص الواردة في «المبسوط»، و«بدائع الصنائع». ومنها ما يأتي:

- قال الإمام السرخسي بصدد ترجيحه القول الصحيح من المذهب بجواز دفع الشريك مال الشركة مضاربة ما نصه كالآتي:

«وليس لأحد الشريكين أن يشارك مع غيره بمال الشركة، فكذا لا يدفعه مضاربة، وما ذكره في الكتاب أصح. ووجه الفرق بين الشركة والمضاربة أن ما يستفاد بعقد فهو من توابع ذلك العقد، وإنما يتبع الشيء ما هو دونه لا ما هو مثله أو فوقه، والمضاربة دون الشركة.

ألا ترى أنه ليس على المضارب شيء من الوضعية، وأن المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح، فيمكن جعل المضاربة مستفادا بعقد الشركة لأنه دونه.

فأما الاشتراك مع الغير مثل الأول فلا يمكن أن يجعل من توابعه مستفادا به. فهو نظير ما تقول: إن للمضارب أن يوكل، لأن الوكالة دون المضاربة. وليس له - أي للمضارب - أن يدفع المال مضاربة، لأن الثاني مثل الأول فلا يكون مستفادا به. ولهذا لم يكن للوكيل أن يوكل بمطلق التوكيل، لأن الثاني مثل الأول». (المبسوط ١١/١٧٦)

وقد جاء بعض ما ذكر آنفا في كلام الإمام الكاساني في السياق الآتي:

«إن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره بمطلق الوكالة إلا إذا قيل له: اعمل برأيك. لأن المقصود من ذلك ليس هو التجارة وحصول الربح، بل إدخال المبيع في ملكه. وكذا الوكالة الثانية مثل الأولى، والشيء لا يستتبع مثله». (بدائع الصنائع ٨٨/٦، وفي هذا المعنى ما ذكره في الصفحات الآتية: ٩٦، ٧٤، ٦٩)

فإذا تأملنا نصوص القاعدة ظهر لنا من فحواها أنه لا يجوز أن يكون التابع مساويا للمتبوع أو أكثر منه، فمن الواضح أن معنى التساوي يقتضي المناصفة، وإذا لم يجز ذلك فبالأولى لا يجوز أن يكون التابع أكثر من المتبوع، أي أكثر من النصف.

ولكن بقي هناك احتمال ثان قوي وهو أن المراد مما ذكر أن التابع لا يمكن أن يكون في درجة الأصل المتبوع من حيث القوة والأهمية والمعنى. وإلى هذا يشير قولهم: «الأدنى يتبع الأعلى». (الهداية - مع فتح القدير - ٨/٢٩٦) فليس المقياس هنا الاعتداد بكثرة القدر والعدد، وهذا ما يتبادر إلى الذهن من خلال تدبرنا المسائل المعللة بالقاعدة، فلدى المقارنة بين الشركة والمضاربة جاء في النص: «والمضاربة دون الشركة»، ثم قيل بصدد المقارنة بين المضاربة والوكالة «الوكالة دون المضاربة»، فهذه الدونية المشار إليها لعلقة لها بالقدر والكمية، فقد تعرض فقهاء الحنفية لأمثال هذه القواعد في كتاب الشركة والمضاربة، لبيان أن الشركة قد يجوز فيها ما لا يجوز في المضاربة، لأن المضاربة بمثابة فرع وتابع للشركة، وكذلك الوكالة بالنسبة للمضاربة.

هذا، ومما يؤيد وجهة نظر الشافعية في تحديد التبعية ما جاء في النص الآتي من قول الإمام العز ابن عبد السلام.

«القليل يتبع الكثير في العقود، ولا يجوز أن يجعل معظم المقصود تابعا لأقله». وقد ذكر ذلك بمناسبة تعرضه لقاعدة: «ويجوز في التابع ما لا يجوز في المتبوع». (قواعد الأحكام ٢/٣١٠)

والذي يتضح من كلام الإمام ابن تيمية أنه يجري العفو بناء على التبعية بشرط أن لا يكون التابع كثيرا. ومما يدل على ذلك تصريحه في مواضع بأن الغرر المعفو عنه بسبب التبعية هو ما لم يكن كثيرا فاحشا، حيث قال: «ومفسدة الغرر أقل من الربا، فلذلك رخص فيما تدعوا إليه الحاجة منه، فإن تحريمه أشد ضررا من ضرر كونه غررا مثل بيع العقار جملة وإن لم يعلم دواخل الحيطان والأساس. ومثل بيع الحيوان الحامل أو المرضع، وإن لم يعلم مقدار الحمل أو المرضع، وإن لم يعلم مقدار الحمل أو اللبن، وإن كان قد نهى عن بيع الحمل مفردا....، وجوز النبي صلى الله عليه وسلم إذا باع نخلا قد أبرت: أن يشترط المبتاع ثمرتها. فيكون قد اشترى ثمرة

قبل بدو صلاحها، لكن على وجه التبع للأصل. فظهر أنه يجوز من الفرر اليسير ضمنا وتبعاً ما لا يجوز من غيره». (القواعد النورانية الفقهية، ص ١٧٢، تحقيق: د. أحمد بن محمد الخليل، ط: دار ابن الجوزي) وهذا ما يظهر أيضا من ثانيا كلامه عن قاعدة «مد عجوة» حيث قال: «إن كان المقصود هو البيع الجائز، وما فيه من مقابلة ربوي بربوي آخر هو داخل على وجه التبع. كبيع الغنم بالغنم، وفي كل منهما لبن وصوف، أو بيع غنم ذات لبن بلبن، وبيع دار مموهة بذهب، وبيع الحلبة الفضية بذهب، وعليها ذهب يسير موهت به، ونحو ذلك، فهذا: الصواب فيه أنه جائز كما هو المشهور من مذهب أحمد وغيره. كما جاز دخول الثمرة قبل بدو صلاحها في البيع تبعاً، وقد جاء مع ذلك الحديث الذي رواه مسلم مرفوعاً: «من باع عبداً له، وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع». (مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٤٦٥/٢٩)

فهذه النصوص تشعر بوجود رأي واضح يخلص إلى أن التابع لا يتصور إلا إذا كان بقدر يظل في حيز القليل، ولكن إذا صرفنا النظر عن هذه التفاصيل وأخذنا بالرأي الذي يتجه إلى اعتبار القصد أصالة وعرفاً، فهذا لا يعني حتماً أن يكون هناك أي تحديد للضابط، بل ينبغي أن يقرر في هذا الشأن ما يعد ملائماً مقبولاً غير خارق لقواعد الفقه، مع الأخذ في الاعتبار عادة الناس في التعامل والعرف الجاري بينهم في تحديد «الكثير» حسب اختلاف الأحوال والأشياء، وفق رأي المختصين الخبراء، وهذا ما يقال في تحديد التابع أيضاً. ولله در الإمام ابن القيم الذي استرعى الأنظار إلى هذا المعنى بمناسبة كلامه حول الفرر، إذ قال: «وقول القائل:» إن هذا غرر ومجهول»، فهذا ليس حظ الفقيه ولا هو من شأنه، وإنما هذا من شأن أهل الخبرة بذلك، فإن عدوه قماراً أو غرراً فهم أعلم بذلك». (إعلام الموقعين ٥/٤، ط: دار الجيل).

المحور السادس: - تحديد الضوابط الشرعية للتبعية المسوغة للترخيص:

قبل أن يخلص إلى وضع ضابط شرعي للتبعية المسوغة للترخيص يجب أن لا يغيب عن أذهاننا ما سبق بيانه من بسط قاعدة التبعية واستعراض الاتجاهات الخمسة حول التابع، وما ترجح منها وهو القول بالقصد المعتبر في التعامل على وجه الأصالة، بحيث يأخذ غير المقصود على وجه الاستقلال حكم التابع على الرغم من كونه مقصوداً ضمناً وأخذ جزءاً من الثمن المقدر.

وينبغي أيضاً أن لا يفوتنا في هذا المقام ونحن بصدد التصدي لمعالجة القضايا المستجدة التي ربما عدت من المعضلات المعقدة أن نتذكر بأنه قد جاءت الرخصة المترتبة على قاعدة التبعية من باب رفع الحرج عن العباد. وهذا راجع إلى «الحاجيات» كما سلفت الإشارة إلى ذلك في ضوء كلام الإمام الشاطبي في مستهل البحث، وقد لوحظ هذا المعنى في كلام الإمام ابن العربي المقتبس من كتابه «القبس» حيث بنى التبعية في حديث العبد ذي المال على قاعدة المقاصد والمصالح، وهذا ما وقع التنبية عليه في بعض النصوص المنقولة عن شرح الإمام ابن بطال لصحيح البخاري، وكل ذلك يقتضي بأن نضع في الحسبان بأن تكون النوازل التي ربما يتم تكييفها على قاعدة التبعية من قبيل الحاجيات، وانطلاقاً من ذلك إذا ظهر لنا أن المسألة التي سيطرق إليها في هذا البحث صالحة بأن تندرج في زمرة

الحاجيات، استقام تخريجها وتأسيسها على قاعدة التبعية المسوغة للترخيص، مع مراعاة ما تستدعيه هذه القاعدة من ضوابط تضمن صحة التأصيل، ويمكن أن تصاغ على النحو الآتي:

- الأصل أن القصد هو المنظور إليه في قاعدة التبعية، فالمقصود في العرف الجاري على وجه الأصالة متبوع معتبر، وغير المقصود على وجه الاستقلال تابع للمتبوع في الحكم. وبناء على ذلك يفترض الخلل الضمني الواقع في العقد بسبب إعطاء التابع حكم المتبوع، حيث لا يتسامح بمثله فيما لو أخذ التابع حكمه الأصلي في حال انفصاله من المتبوع، بل قد يترتب على ذلك فساد العقد.

- يجب ألا يكون التابع غالباً في قدره بحيث يعود المقصود المتبوع يسيراً مغلوباً، فيصل إلى حد الذوبان والانغمار والنضوب ويفقد هويته وما هيته، فهذا أمر مستبعد غير منسجم مع منطق العقل والعدل، وفي هذه الصورة يكون الترجيح لقاعدة الأغلبية.

- يزول حكم التبعية في حال توجه القصد إلى التابع بعينه لأنه حينئذ يصير مقصوداً بالذات على وجه الأصالة والاستقلال، وقد يدل على ذلك اشتراط المشتري التابع بعينه لأنه يشعر بكون التابع مقصوداً بذاته. وبناء على هذا المبدأ متى ما جعل التابع مقصوداً أساسياً لا ضمناً تلاشت الرخصة المترتبة بناء على قاعدة التبعية.

المحور السابع: معالجة مسألة التعامل بوحدات الصناديق الاستثمارية التي تكثرت فيها النقود والديون بناء على قاعدة التبعية؛

في الحقيقة إن هذه المسألة التي نحن بصدد معالجتها لها صلة قوية بمسألة العبد ذي المال، التي ركز عليها في البحث لأهميتها، وذلك لأن مال العبد يمكن أن يشتمل على النقود والديون المستحقة، وفي حال القول بجواز بيع العبد ذي المال مطلقاً - حسب ما قرره المالكية والحنابلة - يمكن تنزيل هذا الرأي وسحبه على تداول الأسهم ووحدات الصناديق الاستثمارية، بالنظر إلى اشتغالها على النقود والديون أيضاً.

ولكن يعوق هذا التخريج إشكال لا بد من دفعه، وهو أن المعقود عليه في مسألة العبد هو العبد فحسب، والمال المشترط تبع للعبد، أما في مسألة الوحدات الاستثمارية فالالتماس قائم في تحديد المقصود منها، بالنظر إلى مكوناتها وعناصرها من أعيان ونقود وديون بالإضافة إلى القيمة المقدرة للشخصية المعنوية للشركة المساهمة، فهل يزول الالتماس بالقول بأن الأعيان - التي تمثل نشاط الشركة - هي التي تعد محل القصد والاعتبار أصالة في العرف بحيث تعد النقود والديون تابعة غير مقصودة على الرغم ما لها من قيمة كبيرة مقدرة؟ فهل يسلم القياس بين المقيس والمقيس عليه من الاعتراض؟

ذلك ما يتعلق بقول المتوسعين في مسألة العبد، أما على رأي الفقهاء الآخرين فلا يستقيم التخريج، حيث يقتضي هذا الاتجاه مراعاة قاعدة «مد عوجة» بالنظر إلى مقابلة النقود بالنقود، وذلك فيما لو أخذ بالقول الذي يرى الجواز بشرط أن يكون المفرد من الذهب وما في حكمه من النقود أكثر من المقرون المركب من جنسه في المبيع، فحينئذ ينحل المشكل بالنسبة للنقود في بعض الحالات، وهو رأي الحنفية وقول للإمام أحمد في رواية والمختار عند الإمام ابن تيمية. ولكن تظل مشكلة الديون قائمة، لا سيما في حال كونها تمثل نقوداً، وهي الصورة العملية الواقعية

الغالبية في الأسهم والوحدات الاستثمارية.

وفيما يبدو لي أنه يكاد يتعذر تطبيق مسألة العبد ذي المال ونحوها في مسألتنا، على وجه القياس بالتفصيل، اللهم إلا أن يكون الرجوع إليها على وجه الاستئناس من حيث الجملة باعتبار كونها شاهد عدل في الأخذ بقاعدة التبعية العامة. وعلى هذا ينبغي أن توصل المسألة - محل المعالجة - على قاعدة التبعية التي تسوغ الخلل الضمني الواقع في العقد من باب الرخصة - ومعناها استباحة شيء من المحظور مع قيام الحاضر من باب رفع الحرج عن العباد -، وإخال إنه يوافق مع الاتجاه الذي أبداه الإمام الشاطبي وهو أن ينظر في تقرير هذه القاعدة إلى القصد الجملي لا إلى القصد التفصيلي لجميع عناصر المعقود عليه.

وقد نبه على ذلك الإمام الشاطبي بمناسبة ذكر ما فيه الشائبان من شائبة الاستقلال والتبعية، بحيث يتجاوز به الطرفان حيث قال: «والحق الذي تقتضيه التبعية أن يكون القصد جملياً لا تفصيلياً، إذ لو كان تفصيلياً لصار إلى حكم الاستقلال، فكان النهي وارداً عليه فامتنع، وكذلك يكون إذا فرض هذا القصد، فإن كان جملياً، صح بحكم التبعية...» (الموافقات ٤٥٤/٢)

وعلى أساس هذا الرأي يمكن النظر في هذه القضية الشائكة من القضايا المعاصرة، ومقتضى تطبيق قاعدة التبعية فيها أنه لا يمنع أن تكون للأتباع غير المقصودة في الأسهم ووحدات الصناديق قيمة مقدرة مأخوذة في الاعتبار من حيث الجملة، وهذا الذي ينسجم مع واقع التعامل، ولكن من حيث إنها غير مقصودة أصالة إذ نشأت من النشاط الفعلي في الأعيان والمنافع المقصودة أصالة واستقلالاً في محل العقد، لا يقل إن لكل جزء من التابع جزءاً من المشتري في الغالب لا يهمله تفصيل موجودات السهم ولا يتوجه قصده إليها أصالة. ويسلم هذا التكييف فيما لو نظر إلى القصد بدون النظر التفصيلي في مكونات الأسهم.

فالصواب فيما يبدو أن ينظر إلى القصد الاجمالي لا إلى التفصيلي، فإذا أردنا أعمال هذه القاعدة فيما يتصل بمعاملات تداول الأسهم بيعاً وشراءً، فالقصد الإجمالي متصور في الأسهم أو الوحدات الاستثمارية بذاتها، أما لو نظرنا إلى مكوناتها على حدة لم يتجه جواز التعامل إلا بمراعاة أحكام المكونات تفصيلاً.

ويمكن الوقوف على المقصود بالنظر إلى العرف التجاري، وهو أن عامة الناس يتوجهون إلى تداولها بيعاً وشراءً بغض النظر عن معرفة مكوناتها، إذ لا يهمهم موضوع الديون أو النقود أو السلع الأساسية التي يدور فيها نشاط الشركة بوجه عام.

وفي ختام البحث يجدر التأكيد لما سبق وهو أن اعتبار «القصد» لا يعني استبعاد قاعدة «الأغلبية» في مجال التعاملات المشار إليها، وذلك لأن الغلبة مؤثرة في مشروعية الأحكام، كما يتبين ذلك بوضوح من النصوص التي سقتها في بداية الحديث عنها، وعلى هذا إذا كانت النقود أو الديون غالبية في أكثر الحالات أو عند إجراء التعامل بمقدار سبعين في المئة مثلاً، فحينئذ تسقط الرخصة المترتبة على قاعدة التبعية لتعارضها مع قاعدة الأغلبية، إذ التبعية غير متصورة في هذه الصورة. وبهذا يتبين ارتباط وثيق لقاعدة التبعية محل البحث بقاعدتي الأغلبية والأكثرية. والله أعلم

كتبه: علي أحمد الندوي

يوم الجمعة ٢٢/٧/١٤٢٤هـ، بالرياض