''معيار التبعية في المعاملات المالية: حالاته وضوابطه''

مقدم إلى الندوة العلمية التي ينظمها

مجمع الفقه الإسلامي الدولي بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية

بعنوان: ''الغلبة والتبعية في المعاملات المالية: حالاتهما، وضوابطهما، وشروط تحققهما''

في الفترة ١٧-١٩/١٢/٢٠١٤م

جدة – المملكة العربية السعودية

د. محمد علي القري

جامعة الملك عبدالعزيز (سابقاً)

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم... أما بعد:

١) مقدمة:

لم تختلف كلمة الفقهاء في ان العقود انما شرعت للحاجة والمصلحة لا لمحض العبادة وان للناس ان ينشؤوا من العقود ما تدعوهم الحاجة إليه وما تتحقق مصالحهم به، قال ابن تيمية رحمه الله في الفتاوى[١] "كل ما احتاج الناس إليه في معاشهم ولم يكن سببه معصية كترك واجب أو فعل محرم لم يحرم عليهم لأنه في معنى المضطر الذي ليس بباغ ولا عاد"، ويقول السرخسي في المبسوط: "حاجة الناس أصل في شرع العقد فيشرع على وجه ترتفع به الحاجة ويكون موافقاً لأصول الشرع[٢]. ولصيغ العقود غرض ووظيفة تقوم بها وهي تحقيق الاستقرار والعدالة بين المتعاملين ومنع هذه المعاملات من ان تفضي إلى النزاع والتظالم وقد بين ذلك القرافي رحمه الله في الذخيرة في كلامه عن الغرض من

١ - ابن تيمية، الفتاو، ج٢٩، ص٦٤.

٢ - السرخسي، المبسوط،ج١٥، ص٧٥.

العقود فقال: "ومقصود صاحب الشرع صلاح ذات البين وحسم مادة الفتن حتى بالغ في ذلك بقوله: لن تدخلوا الجنة حتى تحابوا"[١].

وان المتأمل في تطور صيغ العقود عند المسلمين يلحظ أولاً أن أكثرها لم يرد النص عليه في كتاب الله ولا في سنة نبيه ﷺ ولكنها عادات الناس وما تعارفوا عليه في التجارة والمعاش وقع ضبطها من قبل الفقهاء بضوابط الشريعة وأصولها، فالشركة والمضاربة على سبيل المثال مع أهميتهما وجلال قدرهما في المعاملات حتى خصص لها الفقهاء في مدوناتهم باباً للشركة والمضاربة، لم يرد في كتاب الله ولا في سنة نبيه ﷺ نص يتعلق بالشركة أو المضاربة[٢].

قال ابن تيمية رحمه الله: "ان العقود والشروط من باب الأفعال العادية والأصل فيها عدم التحريم فيستصحب فيها عدم التحريم حتى يدل دليل على التحريم".

ولم يمنع المسلمين ما ورد في كتب الفقه من صيغ للعقود من استحداث صور جديدة وصيغ لم تكن موجودة عند من سبقهم. وأظهر مثال على ذلك عقد الاستصناع الذي لم يكن معروفاً في عهد النبوة ولا في القرن الأول وقد تطور متدرجاً فكان تصور الفقهاء له أول الأمر انه سلم في الصناعة[٣] أو انه اجارة على

---

١ - ذكر ذلك ابن حزم في المحلى، والشوكاني وقال ابن تيمية في الفتاوى، والمضاربة جوزها الفقهاء كلهم اتباعاً لما جاء فيها عن الصحابة رضي الله عنهم مع انه لا يحفظ فيها بعينها سنة عن النبي ﷺ.

٢ - السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص٧٥.

٣ - فلا يستحق الثمن إلا بتسليم المبيع الموصوف.

الصناعة[1] حتى إذا جاءت مجلة الأحكام العدلية الحنفية جعلته عقداً مستقلاً لا يقاس على السلم أو الإجارة له احكامه الخاصة به.

ومع ذلك فإن ما نحن بصدده ليس استحداثاً لصور جديدة ولا ابتكاراً لصيغ لم تكن معروفة فيما مضى وإنما هو البناء على ما كان معهوداً في القديم لإيجاد حلول مواكبة لحاجة الناس المعاصرة.

ان أكثر المعاقدات التي تقع بين أطراف النشاط الاقتصادي في يوم الناس هذا هي "منظومات عقدية" بمعنى انها نادراً ما تكون عقوداً بالصفة والصيغة المشتهرة في كتب الفقهاء. فالسفر بالطائرة وان ظهر وجه الاجارة فيه واضحاً فإنه لا يتمحض إجارة بل هو منظومة عقدية يدخل فيها الإجارة والبيع والتأمين والاشتراك في برامج واستخدام صالات المطار ...إلخ، وجميعها تقع بإيجاب وقبول واحد ولا يمكن تبعيضها ليستقل كل جزء بعقد خاص به.

وكذا العلاج في المستشفى، وخدمة الهاتف، والعلاقة التي تنشأ بين الفرد والمصرف وتملك أسهم الشركات والاشتراك في تغطية تأمينية أو برنامج للتقاعد ...إلخ.

كل ذلك منظومات عقدية وليست عقوداً مسماه. وتكون كل منظومة على صفة اتفاقية تضم ضمن شروطها وأحكامها مجموعة من العقود. ولا مناص من

---

١ - فيستحق الأجرة بقيامه بالعمل.

ان يكون بعضها تابعاً وبعضها متبوعاً فما كان مقصوداً بالعقد فهو المتبوع، فتسري أحكامه على كامل المنظومة وان كان فيها من المكونات ما له من أهمية واعتبار، والمسلم يتوق إلى ان يبرأ لدينه وعرضه بترك المحرمات والحرص على الحلال والمباح من المعاملات فأضحى مطلب معرفة مشروعية هذه المعاملات حاجة ماسة، إلا ان تفكيك هذه المنظومات والنظر لكل مكون بصفة مستقلة لمعرفة حكمه لا يؤدي إلى نتيجة لأن هذه المنظومات كتلة واحدة لا يمكن عملياً تخير جزء منها وترك ما بقي. ولا تؤدي غرضها وما صممت من أجله إلا ان تكون كل لا يتبعض. ولكن الشريعة صالحة لكل زمان ومكان وقادرة على مواكبة حاجة الناس وفيها من القواعد والضوابط ما يلائم مستجدات المعاملات ولذلك فإن المنهج الملائم والطريق الصحيح هو التفريق بين ما هو تابع وما هو متبوع في هذه المنظومات واعطاء المعاملة حكمها بناء على تلك التبعية.

٢) التبعية وأثرها في الأحكام:

معنى التبعية:

التابع في اللغة من الفعل تبع الشيء تبعاً وتباعاً وتبعت الشيء تتبعاً، سرت في أثره وفي اصطلاح الفقهاء التابع ما كان جزءاً من غيره أو كالجزء منه في الاتصال الخلقي كالعضو من الحيوان والجنين في بطن أمه والصوف من الغنم واللبن في الضرع أو كان من ضرورات الشيء كالمفتاح من القفل.

فالتابع هو ما لا يوجد مستقلاً بنفسه بل وجوده تابع لوجود غيره فالمقصود في المعاقدة غيره، (انظر رسالة في القواعد الفقهية للسعدي المدخل الفقهي العام للزرقا، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو).

قاعدة التابع تابع:

قاعدة التابع تابع من القواعد الفقهية الكلية وقد وردت في القواعد الفقهية التي استندت إليها مجلة الأحكام العدلية كما وردت في كتب الأشباه والنظائر للسيوطي وابن نجيم وغيرهم. ومعناها ان التابع لا ينفرد بحكم وإنما حكمه حكم متبوعه. فالشيء الذي جعل تابعاً لشيء آخر حقيقة أو حكماً لا بد ان يكون تابعاً له في الحكم، ومن القواعد الملحقة أو المنبثقة من هذه القاعدة والتي تدور حول نفس الموضوع وتحمل نفس المعنى قواعد كثيرة منها:

أ) التابع لا يفرد بالحكم لأنه إنما جعل تابعاً، (وقد ترد بلفظ التابع لا يفرد بالحكم ما لم يكن مقصوداً):

ذكرها السيوطي في الأشباه والنظائر، ومن تطبيقاتها لو أحيا شيئاً له حريم ملك الحريم تبعاً له ولو باع الحريم دون الملك لم يصح، ومنها الحمل يدخل في بيع الأم تبعاً ولا يفرد ببيع، ومنها الدود المتولد من الفاكهة يجوز أكله تبعاً لا مفرداً، ومنها جلد الحيوان يتبع حكم الحيوان فإن كان طاهراً كان كذلك.

ب) التابع يسقط بسقوط المتبوع:

ذكرها السيوطي في الأشباه والنظائر، ومن تطبيقاتها لو مات الفارس سقط سهم الفرس لأنه تابع ومنها إذا برئ الأصيل برئ الضامن لأنه فرع له. ومن فاتته صلاة أيام الجنون لا يستحب قضاء رواتبها لأن الفرض سقط فسقطت لأنها تابعة.

ج) التابع لا يتقدم على المتبوع:

ذكرها ابن نجيم في الأشباه والنظائر ومن تطبيقاتها ان المزارعة على البياض بين النخل جائزة تبعاً للمساقاة بشرط ان يتقدم لفظ المساقاة فلو قدم

لفظ المزارعة فقال زراعتك على البياض وساقيتك على النخل لم يصح لأنه قدم التابع على المتبوع. ومنها لو باع بشرط الرهن فقدم لفظ رهن على لفظ البيع لم يصح عن الشافعية.

د) يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها:

ذكرها السيوطي في الأشباه والنظائر ومن تطبيقاتها حريم المسجد ليس له حكم المسجد في حرمة المبيت فيه للجنب ومنها الوقف على نفسه لا يصح ولو وقف على الفقراء ثم صار منهم استحق تبعاً ومنها لو حضر القتال اعمى لم يسهم له ولو عمى في القتال اسهم له، ومنها سجود التلاوة يجوز قطعاً على الراحلة تبعاً لجواز النوافل على الراحلة، ومنها يجوز بيع البذور في الأرض مع الأرض.

هـ) يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء (وقد ترد بلفظ: البقاء أسهل من الابتداء):

وهي القاعدة الثالثة والخمسين من قواعد المجلة والمقصود انه يتسامح ويتساهل في الاستمرار على الأمر باعتباره تابعاً لا يعطي حكماً لكن لو ابتدأه يطبق عليه الحكم وهو المنع.

ومن ذلك استحباب تطيب المحرم قبل الاحرام وعقد النية وإذا أحرم لم يجز له فعل ذلك ولكن يتسامح ببقاء أثر الطيب ورائحته الزكية، ولو ابتداء ذلك بعد احرامه للزمه الفدية. ومن ذلك من ابتدأ صلاة التطوع في غير وقت النهي ثم اطال الصلاة حتى دخل عليه وقت النهي لا بأس بذلك بخلاف ما لو ابتدأ فيه فإنها لا تصح.

من الفروع المتخرجة على هذه القاعدة ان الوكيل بالبيع لا يملك التوكيل بدون إذن موكله أو تفويضه ولكن إذا باع فضولي عنه فبلغه فأجاز جاز.

و) يجوز تبعاً ما لا يجوز استقلالاً:

وهو تفريع على القاعدة المذكورة لأنه لما كان الحكم للمتبوع وان التابع غير مؤثر في الحكم جازت بناء عليه كثير من التصرفات التي لا تجوز مستقلة بذاتها. من ذلك ان من منع الأجر على الإمامة، أجاز ذلك إذا جمعت وظيفة المؤذن والامام وكان الأجر على الآذان، فلما كانت تابعة لما هو جائز جازت حتى لو كان ملحوظاً في الأجر[١]، ومنها المساقاة على الزرع إذا كان فيه شجر تابع فيكون الحكم للمتبوع وهو الشجر، ومنها صلاة الحاج عن غيره ركعتي الطواف في الحج لأنها تحصل تبعاً وضمناً للحج وان كانت الصلاة مستقلة لا تقبل النيابة"[٢].

١ - الموافقات ج٣، ص٤٥٤.

٢ - قواعد ابن رجب ص٢٨٧.

ز) يثبت ضمناً ما يمتنع مقصداً:

أوردها ابن عابدين في رد المحتار[١]، وإنما الفرق بين ما كان ظناً وما كان مقصوداً هو ان الضمني تابع للمقصود والتابع تابع لا يستقل بحكم، وأوردها الرملي في فتاواه بلفظ يغتفر في الضمني ما لا يغتفر في المستقل.

ح) قد يمنع الشيء مقصوداً وإذا حصل في ضمن عقد لم يمنع:

أوردها الزركشي في المنثور، ومعناها ان التابع لا يستقل بحكم وإنما حكمه حكم متبوعه.

ط) قاعدة للأكثر حكم الكل:

بمعنى ان الأقل يتبع الأكثر في الحكم حتى يصبح حكم الأكثر هو حكم للكل، وقد وردت في كتب الفقه بألفاظ مختلفة منها قولهم "قيام الأكثر مقام الكل أصل في الشريعة"[٢]، وقولهم القليل أبداً تبع للكثير"[٣]، وقولهم: "معظم الشيء مقام كله"[٤]. ومن تطبيقاتها ما ذكره الحنفية، لا تجب الزكاة في مال

١ - رد المحتار على الدر المختار، ج٤، ص ١٧٠، دار الكتب العلمية.

٢ - كشف الأسرار ج٢/٧٢.

٣ - الذخيرة للقرافي ج٦/ص١٤٠.

٤ - نسبها الندوي إلى الزركشي في قواعده الندوي ص ٦٥.

المجنون جنوناً أصلياً أما الجنون الطارئ فإن كان سنة كاملة كان في حكم الأصل وان كان أفاق أكثر السنة وجبت عليه الزكاة لأن القليل يلحق حكمه بالكثير.

ومنها لو سقى الزرع في بعض السنة سيحاً وفي بعضها بآلة يعتبر في الزكاة بالغالب لأن للأكثر حكم الكل.

وعند المالكية وان سقى أكثرها بأحد الصنفين كان القليل تبعاً للكثير[١]، وعند الحنابلة في قواعد البعلي في مسألة الأكل من مال من ماله حرام، قال: "ان كان الأكثر الحرام حرام وإلا فلا اقامة للأكثر مقام الكل"[٢].

١ - النوادر والزيادات لابن رشد الجد ج٢، ص٢٦٤.

٢ - نقله الندوي ص ٢٧٦.

٣) أدلة ثبوت قاعدة التابع تابع:

هذه القاعدة استدل عليها الفقهاء وعلماء الأصول من السنة والاجماع، وأدلتها من السنة قوله عليه السلام: "من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا ان يشترط المبتاع"، والأصل ان الثمر لا يباع حتى يبدو صلاحه لقوله عليه السلام: "لا تبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحه" ولكنه لما كان تابعاً للنخل اختلف حكمه فأخذ حكم متبوعه وهو النخل فكان حكمه الجواز، ومنها قوله عليه السلام: "ذكاة الجنين ذكاة أمه"، فالأصل ان الجنين إذا لم تقع تذكيته فإنه ميته يحرم أكل لحمها، لكن الحكم اختلف لكونه تابعاً فإذا حل لحم أمه بالذكاة كان تابعاً لها ومنها ما وراه ابن عمر عن رسول الله ﷺ "من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا ان يشترط المبتاع"، فلو باع عبداً بألف درهم ومعه ألف درهم فالبيع جائز لأن رغبة المشتري في العبد لا في المال فكان الحكم للعبد والمال دخل في البيع تبعاً فلا يفرد بحكم.

ورتبوا على هذه التبعية أحكاماً منها ما ذكره صاحب البدائع "لا عبرة بفوات التابع عند وجود الأصل"[١].

وقوله: "العبرة للمتبوع دون التابع"[٢]، ومثل لذلك بالثوب المعلم والجبة المكفوفة بالحرير والاناء المطلي بالذهب وفي المغني لابن قدامة: "لا يجوز ابطال المتبوع لامتناع حصول التابع"[٣].

وأجازوا بناء على حكم التبعية الأجرة على الإمامة إذا كانت تابعة للآذان فلما كانت تابعة كما هو جائز جازت. وكذا المساقاة على الزرع إذا كان فيه شجر تابع له بأن كان أقل من الثلث، ويكون الحكم للمتبوع وهو الشجر. وأجازوا شراء الشجر قبل بدو الصلاح إذا كان تابعاً، وهكذا.

١ - بدائع الصنائع في ترتب الشرائع، ج١، ص١٠٥.
٢ - ج٥، ص ١٣٢.
٣ - المغني ج٧، ص٤٣.

٤) تحليل المسألة ومناقشتها:

قد ظهر من كل ما ذكر ان قاعدة التابع تابع، وان التابع لا يفرد بحكم وإنما حكمه حكم متبوعه قاعدة ثابتة ولا اختلاف عليها بين الفقهاء والأصوليين، وهي قاعدة ثابتة بالدليل الشرعي ويستدعيها الدليل العقلي إذ لا يتصور ان يكون الحكم للتابع إذا اختلف حكمه عن المتبوع، فقواعد المنطق تقتضي انه عند تعذر وجود حكمين مختلفين للمسألة، ان حكم المتبوع غالب على حكم التابع، ولكن وان كان الجانب النظري في المسألة واضح لا لبس فيه لا من ناحية المعنى ولا من جهة مستند القول بالقاعدة فان الجانب التطبيقي لها يحتاج إلى نظر وتأمل حتى تحصل الفائدة منها وسوف نحاول تقليب المسألة بالإجابة على الأسئلة التالية:

(أ) هل المتبوع ما غلب حكمه ام ان للتبعية قياس يتحدد بناء عليه الحكم؟

(ب) هل المعول في التوصل إلى الحكم صفة العقد ومكوناته أم هو القصد والنية؟

(ج) هل يلزم للقول بالتبعية ان لا يكون للتابع أثر في تحديد الثمن في العقد الذي يتضمن تابعاً ومتبوعاً؟

(د) هل يتغير حكم التصرف من الحرمة إلى الحل إذا كان تابعاً؟

(هـ)هل يجوز افتعال التبعية لغرض إعمال القاعدة؟

(أ) هل المتبوع ما غلب حكمه ام ان للتبعية قياس يتحدد بناء عليه الحكم؟

الذي يتبادر إلى الذهن ان منهج الفقهاء في التوصل إلى حكم العقود التي تتضمن عنصرين مختلفين في الحكم إلى الابتداء بتحديد ما هو تابع وما هو متبوع ثم اطلاق حكم الأكثر أو المتبوع على العقد والقول بان التابع لا حكم له وان للكثير حكم الكل، ولكن مثل هذا الطريق يقتضي وجود مقياس يجري بناء عليه تحديد ما هو التابع وما هو المتبوع مثل الحجم أو القيمة أو الطول ... إلخ، والواقع انه ليس ثم قياس كهذا، ولذلك يمكن القول ان المتبوع هو ما غُلب في الحكم والتابع هو ما وقع تجاهله فلم يستقل بحكم، ولا نحتاج إلى سبر وتقسيم وإنما ننظر في المصالح والمفاسد فما غلب فيه المصلحة كان غيره تابعاً له فلا يستقل بحكم وما غلبت في المفسدة لم يغير حكمه وجود مصلحة قليلة، فالاعتبار انما هو للمصالح والمفاسد وليس للحجم أو القيمة أو الوزن أو نحو ذلك، وأوضح الأدلة شراء العبد بالذهب وماله معه الذي ربما كان ذهباً يزيد عن ثمنه، ولقول بان تداول أسهم الشركة التي نشاطها مباح جائز مع وجود الدين في ميزانيتها، ما كان مبيناً على القول اننا لو سلخنا الديون من ميزانية الشركة لبقي

للشركة قيمة تزيد على مجموع مبالغ تلك الديون، وانما ننظر فيه إلى المصلحة بالقول بجواز التداول وإلغاء حكم يتعلق ببيع الدين ليكون تابعاً لا حكم له.

(ب) هل المعول في الحكم على صفة العقد ومكوناته أم هي على القصد والنية للمتعامل؟

ان الحالات التي تستدعي تطبيق قاعدة التابع تابع هي الحالات التي ينتظم فيها أمران في عقد واحد، ولكن يمكن انفصالهما عن بعضهما البعض واستقلالهما كل واحد بعقد، اما ما كان غير قابل للانفصال والاستقلال فليس مناط قاعدة التابع تابع فلا يقال مثلاً ان أرجل الدابة تابع فلا تفرد بحكم لأنها لا يمكن ان تستقل أصلاً ولكن يقال ان حليبها تابع لأنه يمكن ان ينفصل.

فإذا قيل ان التابع لا يفرد بحكم لأنه غير مقصود فهل يكون هذا ضابطاً بحيث يقال ان كان هو المقصود صار الحكم للتابع؟

معنى القصد:

القصد والنية بمعنى واحد وهي مقصد الشيء مقترناً بفعله، قال الماوردي: "أما النية فهي القصد إلى الشيء والعزيمة عليه ومنه قول الجاهلية: نواك الله بحفظه أي قصدك به"[1]. وقال الشاعر:

---

١ - الماوردي، ج١، ص١٢٩.

إلى الله أشكو نية شقت العصا *** هي اليوم شتى وهي أمس جميع

قال البوطي في ضوابط المصلحة في أثر القصد والنية على العقود ان أحداً من الأئمة لم يقل ببطلان العقد قضاء إذا ثبت ان العاقد قد قصد به المحرم وان الكل متفق على ان العقد متى توافرت شروطه وأركانه فانه لا يبطل بالقصد المحرم والباعث غير المشروع وان ظهر هذا القصد وثبت ذلك الباعث.

ان الفتوى بجواز معاملة بالاستناد إلى قاعدة التابع تابع انما يعتمد على ما كثر قصده وكان غرض غالب المتعاملين فيقال مثلاً لا مانع من شراء أسهم شركة مع وجود الديون في ميزانيتها لأن الدين تابع، لأن هذا وصف صادق بالنسبة لقصد وغرض أكثر المتعاملين أو ربما السواد الأعظم منهم.

ولكن هل يبقى لنية الفرد وقصده أثر في مسألة التبعية؟ فلو ان رجلاً اشترى أسهم شركة وما كان له من غرض إلا ديونها ومالها في ذمم الغير مما لا يجوز شرائه إلا بشرطه فهل يختلف الحكم؟ اما من ناحية صحة العقد فالعقد صحيح قضاء لا يجادل في ذلك، ولكن هل في المسألة جانب تعبدي بالقول انه آثم بهذا القصد فالديون في حالته لم تعد تابعة وإنما هي متبوعة ومقصوده فاقدم على شرائها غير آبه بتطبيق قواعد بيع الدين. الذي يظهر لي انه ما دام انها لم تفرد بعقد فإنها لا تفرد بحكم وحقيقة الأمر انه اشترى سهم الشركة ولم يشتر

الدين وكل ما اختلف فيه عن اقرانه ان الديون ملحوظة في قرار الشراء بالنسبة له وليس ذلك مستدعياً اختلاف الحكم.

(ج) هل يلزم للقول بالتبعية ان لا يكون للتابع أثر في تحديد الثمن في العقد الذي يتضمن تابعاً ومتبوعاً؟

إذا قلنا ان التابع لا ينفرد بحكم وإنما الحكم للمتبوع فهل يعني هذا ان على العاقدين ان يتجاهلا التابع ولا يعتبرانه أو يلحظانه في تحديد الثمن؟

الجواب عن ذلك ان التابع مؤثر في الثمن مع بقاءه غير مؤثر في الحكم ولكنه تأثيره على الثمن تأثير على الجملة وليس على التفصيل بمعنى انه لا يستقل بثمن يضاف إلى ثمن مقصود العاقد. جاء في الموافقات: "كل تابع قصد فهل تكون زيادة الثمن لأجله مقصودة على الجملة لا على التفصيل أم هي مقصودة على الجملة والتفصيل والحق الذي تقتضيه التبعية ان يكون القصد جملا لا تفصيلياً إذ لو كان تفصيلياً لصار إلى حكم الاستقلال فكان النهي وارداً عليه فامتنع وكذلك يكون إذا فرض هذا القصد فإن كان جملا صح بحكم التبعية وإذا ثبت حكم التبعية فله جهتان، جهة زيادة الثمن لأجله وجهة عدم القصد إلى التفصيل فيه فإن فات ذلك التابع فهل يرجع بقيمته أم لا؟ يختلف في ذلك ولذلك اختلفوا في مسائل داخله تحت هذا الضابط كالعبد إذا رد بالعيب وقد

كان أتلف ماله فهل يرجع على البائع بالثمن كله أو لا وكذلك ثمرة الشجرة وصوف الغنم ..."[1].

فالشركة التي لها في ذمم الغير ديون تبلغ مائة ألف لا شك يزيد ثمن سهمها عن أخرى مماثلة لكن ما لها في ذمم الغير لا يزيد عن خمسين ألفاً. ولا يقال ان الزيادة في قيمة السهم تساوي الفرق بينهما في الديون لكنه ملحوظ مأخوذ في الاعتبار دون تفصيل.

(د) هل يتغير حكم التصرف من الحرمة إلى الحل إذا كان تابعاً في كل حال؟

قد يتبادر إلى الذهن ان القول بجواز شراء العبد بالذهب وله مال من الذهب أو الفضة أو ديون في ذمم الغير بمثل ثمنه أو أكثر منه قد يتبادر إلى الذهن اننا نقول ان التبعية اجازت صرف الذهب بالذهب متفاضلاً أو حسم الديون بشرائها بأقل من مبلغها قبل الأجل من غير المدين.

لا شك ان ثمرة إعمال قاعدة التابع تابع يترتب عليه تغيَّر الحكم بالنسبة للتابع من الحرمة إلى الحل. فشراء العبد وله مال أو ديون في ذمم الغير لو استقلت عنه لكان لازماً ان نطبق عليها قواعد الصرف ولكن تبعيتها لمقصود

١ - الموافقات للشاطبي، ج٣، ص٤٥٤.

العاقدين وهو العبد جعل بيعها دون تطبيق قواعد الصرف متسامح فيه والأصل انه محرم لأنه ربا. لكن الفقهاء لا يقولون بتغير حكمه لكن يقولون "لا حكم له" بمعنى ان حكم المعاملة حكم واحد وهو حكم المتبوع وليس التابع، أما الحال التي يكون حكم التابع والمتبوع الاباحة فهذه لا تندرج تحت هذه القاعدة أصلاً.

إذا كان الأمر كذلك فهل يقال ان كل تابع لا حكم له حتى لو كان محرماً لذاته؟ من المعلوم ان المحرمات كما قال ابن القيم وغيره نوعان محرم لذاته لا يباح بحال ومحرم تحريماً عارضاً في وقت دون وقت، قال القرافي في الفروق: "الحرمة عندنا في المحرم لعارض والكراهة في المكروه لعارض أخف منها في المحرم لذاته والمكروه فأفهم". فلو اشترى مائة أردب من القمح ومعها ظرف خمر فهل يقال هذا تابع لا حكم؟ الجواب إذا كان غرضه هراق هذا الخمر فربما قيل لا بأس بذلك اما غير ذلك فليس لقاعدة التابع تابع مناط هنا.

(هـ) هل يجوز إفتعال التبعية لغرض اعمال القاعدة؟

لما علمنا بان التابع لا حكم له، فهل يجوز لنا ان ننشئ معاملة وقد جعلنا فيها مكونان أحدهما مما يجوز بيعه والآخر لا يجوز بيعه إلا بشروط لا يتيسر التقيد بها من الناحية العملية أو في ظروف معينة. الغرض من هذا الترتيب ان يكون حكمها حكم الغالب فيها وهو الجواز. من أوضح الأمثلة على ذلك تكوين

محفظة من أصول وديون والغالب فيها من حيث القيمة هي الأصول التي يجوز بيعها وتداولها بحيث يكون لها الغلبة والأقل من مكوناتها هو الديون حيث لا تمثل إلا أقل من النصف (أو لا تزيد عن الثلث في بعض التطبيقات) فالجواب: الذي يظهر لنا انه لا بأس بذلك وهو قائم على قاعدة للكثير حكم الكل، بمعنى ان القليل تابع في حكمه للكثير ولا يغير من الأمر ان هذه المحفظة قد أنشأت لكي تنطبق عليها القاعدة فهي مناط للحكم كسائر حالات التبعية. وكل حالات التبعية إنما هي مصنوعة ولا تتكون في الطبيعة فلم يعد للتفريق بين الحالات معنى.

٥) ضوابط التابع الذي لا يستقل في حكمه عن المتبوع:

الضبط لزوم الشيء وحبسه وقال أهل اللغة "الضبط لزوم الشيء لا يفارقه في كل شيء".

الضابط الأول: لا يعد التابع تابعاً إلا إذا كان له قابلية للاستقلال لكنه جعل في العقد تابعاً ولم يستقل عن متبوعه بعقد، فالحليب في الضرع تابع للشاة لأنه قابل للاستقلال عنها، أما رأسها وأرجلها فلا يقال لها تابع لأنها لا تقبل الاستقلال أصلاً، فالضابط الأول هو القابلية للاستقلال فما لم يكن قابلاً للاستقلال ليس مناطاً لقاعدة التابع تابع. مفتاح القفل وصوف الشاة، والحليب في الضرع وحريم البئر ...إلخ، كل ذلك قابل للاستقلال عن متبوعه ولكن لما لم يستقل جعل تابعاً ولم يفرد بحكم.

الضباط الثاني: المعول عليه في التفريق بين التابع والمتبوع هو القصد:

لا مستند للقول بان التابع يلزم ان يكون أقل حجماً أو قيمة أو وزناً من المتبوع وإلا لم يعد تابعاً، وإنما المعول عليه في تقرير التبعية هو القصد فما كان مقصوداً فهو المتبوع وما كان غير مقصود فهو التابع. والقصد والاعتبار في القصود إنما هو ما كثر

قصده من قبل الناس وغلب في تعاملاتهم، ولا يقتضي ان يكون هو قصد كل متعامل، فإن قَصَدَ المتعامل التابع ولم يكن قصده المتبوع وكان بيده ان يفرق بين التابع والمتبوع كان عمله غير جائز لأن قصده ترتب عليه عمل غير جائز وهو التفريق بين التابع والمتبوع والتصرف بكل واحد منهما مستقلاً عن الآخر والحال ان التابع يقتضي شروطاً للصحة لم يتقيد بها، ولذلك جاء في فقه حديث من باع عبداً وله مال قولهم متى كان قصده العبد لا المال دخل ماله في البيع" سواء كان المال معلوماً أو مجهولاً من جنس الثمن أو من غيره عيناً كان أو ديناً وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر" أورده صاحب المغني ونسبه إلى عمر بن الخطاب وشريح القاضي وعطاء وطاوس ومالك والشافعي واسحاق وقال وهذا منصوص أحمد وأبي ثور وعثمان البتي. أما إذا لم يكن بيده التفريق بينهما فلا أثر لقصده ولا تأثير له. فإذا اشترى اسهم شركة وقصده ديونها والحال انه لا يقدر على التفريق بينها وبين ديونها لم يكن عمله محظوراً.

الضابط الثالث: ان لا يكون التابع محرماً تحريماً أصلياً أي تحريم مقاصد مثل الخمر والميسر والزنا ونحو ذلك لأن هذه لا تجوز بحال وليست

مناطاً لقاعدة التابع تابع وإنما مناط القاعدة ما كان محرماً تحريم وسائل وهو تابع أي ما كان محرماً في حال وجائز في حال أخرى، فالصرف (ذهب بذهب) في أصله جائز إذا كان يداً بيد مثلاً بمثل، وغير جائز إذا كان متفاضلاً، ولكن لو اشترى العبد وله مال من الذهب مساوٍ لثمنه من الدنانير فالأصل فيه عدم الجواز لوجود التفاضل ولكنه أجيز بناء على ان التابع لا يفرد بحكم.

٦) من تطبيقات قاعدة التابع تابع في المعاملات المعاصرة:

لهذه القاعدة تطبيقات متعددة في القديم والحديث وقد أورد الفقهاء أصنافاً من التطبيقات على هذه القاعدة وعلى تفريعاتها المختلفة في كتب الأشباه والنظائر وكتب الفقه، كما ان لها تطبيقات معاصرة كثيرة وبخاصة في المعاملات المالية لعل من أهمها:

أ. تداول أسهم الشركة المساهمة مع وجود الديون:

من المعلوم ان الدين لا يجوز بيع إلا لمن هو عليه، وإذا وقع بيعه إلى غير من هو عليه لزم ان يكون ذلك بشرط عدم الحسم منه مقابل التعجيل، وعلى ذلك لا يجوز تداول الأوراق المالية التي تمثل الديون.

إذا كان للشركة ديون في ذمم الغير مثل ان تكون شركة تبيع منتجاتها بثمن مؤجل، فإن هذه الديون سوف تظهر على صفة أصول في ميزانيتها وقد اتجه بعض الفقهاء إلى القول بان تداول أسهم مثل هذه الشركة لا يجوز إذا غلبت الديون على جملة الأصول لأن المحل المتعاقد عليه في عقد البيع يضحى الديون لغلبتها، فإذا قلنا ان المقصود بالشراء ليس الديون وإنما الشركة ذاتها والديون تابعة اختلف الحكم فلا تنفرد الديون بحكم مخالف لمتبوعها، فهي مقصودة بذاتها وإنما المقصود هو الشركة والديون إلى مجمل أصول الشركة لا يعود أمراً

مؤثر طالما كان تابعاً وليس مقصوداً بذاته وقد أفتى بمثل ذلك الشيخ محمد ابراهيم آل الشيخ مفتي الديار السعودية الأسبق حيث قال رحمه الله بعد أن أجاز تداول أسهم الشركات: "فإن قيل ان للشركة ديوناً في ذمم الغير أو ان على تلك السهام المبيعه قسطاً من الديون التي قد تكون على أصل الشركة وبيع الدين في الذمم لا يجوز إلا لمن هو عليه بشرطه، فيقال وهذا أيضاً من الأشياء التابعة التي لا تستقل بحكم بل هي تابعة لغيرها والقاعدة انه يثبت تبعاً مالا يثبت استقلالاً ويدل على ذلك حديث ابن عمر .... ومما يوضح مما ذكر ان هذه الشركة ليس المقصود منها موجوداتها الحالية ... وإنما المقصود منها نجاحها ومستقبلها وقوة الأمر في انتاجها والحصول على أرباحها المستمرة غالباً" (فتاوى ومسائل الشيخ محمد بن ابراهيم آل الشيخ المجلد السابع).

ب. تداول أسهم الشركة المساهمة بعد الطرح مباشرة:

جرت الأعراف التجارية والقوانين المنظمة لعمل الشركات ان يجري طرح أسهم الشركات الجديدة فيجمع من خلال ذلك رأس المال الذي يكون نقوداً في الحسابات المصرفية فإذا وقع بيع الأسهم كان ذلك مظنة ان يكون محله تلك النقود مع تعذر تطبيق قواعد الصرف ثم تبدأ في تكوين وإنشاء فعالياتها الاقتصادية وتباشر نشاطها المستهدف وقد يستغرق ذلك بعض الوقت الذي

يطول أو يقصر، وقد صدرت الفتاوى بأنه لا يجوز تداول أسهم هذه الشركات حتى تتحول النقود إلى أصول قابلة للتداول بالبيع، ومن ذلك قرار المجمع الفقهي الإسلامي الدولي لكن في تطبيق هذه القاعدة سعة ومخرج، في معرض الإجابة عن سؤال حول الاسهام في الشركات حيث قال فيه بالجواز ثم أضاف، فإن قيل: "ان في هذه الشركات نقوداً وبيع النقد لا يصح إلا بشرطه فيقال ان العقود هنا تابعة غير مقصودة وان كانت بهذه المثابة فليس لها حكم مستقل فانتفى محذور الربا كما سيأتي في حديث ابن عمر".

ج. إجازة الاحتفاظ بالأسهم في المحفظة لمدة ٩٠ يوماً مع المخالفة:

من الإجراءات المعتمدة من قبل مديري صناديق الاستثمار ومحافظ الأسهم التي تتبنى معايير الاستثمار في الأسهم الإسلامية الاحتفاظ بالسهم الذي خرج من حدود المعايير لمدة ٩٠ يوماً قبل التخلص منه مع انه لا يجوز ضمه إلى المحفظة لو كان خارجها ومعلوم ان معايير الاستثمار في الأسهم قد أجازتها العديد من الهيئات الشرعية وبناء عليها يجري اعداد مؤشرات الأسهم الإسلامية من قبل الجهات المتخصصة في ذلك والتي تحتوي قائمة من الأسهم المستوفية لتلك المعايير وقد أجازت الهيئات الشرعية مسألة الاحتفاظ بالسهم الذي خرج من إطار المعايير مثل زيادة الديون أو القروض ...إلخ لمدة ٩٠ يوماً بناء على قاعدة

التبعية، ذلك ان من القواعد المنبثقة من قاعدة التابع تابع قاعدة يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء وقد تقدم شرحها.

د. الأجر على مجرد الالتزام في عقود الخدمات:

مما تعارف عليه الناس في عقود تقديم خدمات الكهرباء والهاتف وما شابها ان يدفع المشترك مبلغاً شهرياً يتكون من جزئيين، الأول مقابل ما استهلكه من كيلوات الكهرباء، أو كمية المياه في ذلك الشهر والثان هو مبلغ مقطوع لا يتأثر بكمية الاستهلاك وحقيقته انه أجر مقابل التزام الشركة مقدمة الخدمة بتوفير هذه الخدمة للمشترك، وقد يسمى أجرة العداد أو مقابل الاشتراك أو نحو ذلك لكن حقيقته كما أسلفنا انه أجر على التزام الشركة بتقديم الخدمة إذ ان العداد يبقى مملوكاً للشركة وهي التي تنتفع به وليس المشترك، والأجر على مجرد الالتزام مما وقع الاختلاف في حكمه بين الفقهاء ومع ذلك فإن شركات تقديم الخدمات تعمل بالعقود بالصيغة المذكورة أعلاه بلا منازع من الفقهاء المعاصرين. ولعل ذلك راجع إلى ان مقصود المشترك هو الحصول على الكهرباء أو الماء أو الهاتف وما بقي فهو تابع لا يفرد بحكم، وهذا تطبيق لقاعدة التابع تابع فلم ينفرد ذلك الالتزام بحكم لكونه تابعاً لمقصود المشترك وهو الخدمات.

هـ. الأجر على الضمان:

مسألة الأجر على الضمان مما اختلف فيه الفقهاء قديماً وحديثاً وقد تباينت قرارات الهيئات الشرعية للمصارف الإسلامية في مسألة الضمان فمنهم من أجازها اعتماداً على القاعدة الفقهية الأصولية ان الأشياء على الاباحة حتى يرد الشرع بالمنع، وفي التمهيد لابن عبدالبر "الأصل في الأشياء الاباحة حتى يصح المنع بوجه لا معارض له ودلل غير محتمل للتأويل"[1]، والحال انه لم يرد في كتاب الله ولا في سنة رسوله ﷺ منع للأجر على الضمان، والقول بالإجماع فيه نظر إلا ان بعض الهيئات الشرعية سارت على ما ورد في المدونات الفقهية من القول بالإجماع وفي نفس الوقت لمست حاجة الناس إلى الضمان وتعذر تقديمه من قبل البنوك إلا بأجر فاتجهت إلى افتراض ان الضمان تابع للإجراءات الإدارية التي يجوز أخذ الأجر عليها فيصبح حكمه حكم متبوعه وهو الجواز.

و. تكوين وعاء تغلب فيه الأصول لغرض التصكيك:

من المعلوم ان التصكيك من الأدوات التي تستخدمها الشركات لغرض إدارة المخاطر وتدوير رأس المال، فالشركة التي تبيع بالتقسيط أو تعمل في مجال الإجارة التمويلية لا تستطيع الانتظار حتى يتم تسديد جميع الديون والمستحقات

١ - ابن عبدالبر، التمهيد، ج٦، ص٣٤٤.

في ذمم عملائها لكي تقوم بتدوير رأس المال. ولكنها تعمد إلى بيع هذه الديون والأصول المؤجرة إلى مستثمرين واستخدام حصيلة البيع لتوليد أصول جديدة، لكن الدين لا يجوز بيعه إلا لمن هو عليه وتجوز الحوالة وكلاهما لا يحقق الغرض المطلوب لذلك أجازت العديد من الهيئات الشرعية تكوين محفظة يكون غالب مكوناتها من الأصول الحقيقية كالسيارات أو المنازل المؤجرة، ويمكن أن يضاف إليها سندات لأمر تمثل الديون الناتجة عن البيوع المقسطة ولكن فيما دون ٥٠% من القيمة الإجمالية للمحفظة فأصبحت الديون تابعاً لا يفرد بحكم ولكن الحكم للغالب وهو الأصول المؤجرة التي يجوز بيعها وهو تطبيق للقاعدة التابع تابع، ويمكن إصدار أوراق مالية على صفة صكوك أو شهادات قابلة للتداول بحكم كون الغالب عليها هو مما يجوز بيعه وتداوله.