مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية ISSN 2616-2148 IUGJSLS
Vol 26, No 1, 2018, pp 153-184

تاريخ الإرسال (2017-04-04)، تاريخ قبول النشر (2017-05-10)

توابع العقد المالية مفهومها وتكييفها الفقهي

أ. محمد عدنان القطاونة [1]*.

[1] وزارة التربية والتعليم – الكرك – الأردن

* البريد الالكتروني للباحث المرسل:
E-mail address: hothaifah2003@yahoo.com

الملخص:

إن كون الشريعة الإسلامية واجبة التطبيق في كل زمان ومكان فهذا يقتضي صلاحيتها لهذا الدور من خلال نصوصها العامة، ومبادئها العظيمة، وقواعدها الكلية، وهذا ما سجلته على مر الزمان، حيث أثبتت قدرتها على الإجابة على أي تساؤل.

والعقود أساس من أسس التعامل اليومي بين البشر وهي في تطور دائم، وإذ كانت العقود تنقسم في تركيبها بين الأصالة والتبعية، جاء هذا البحث ليسلط الضوء على تعريف التوابع ومن أبرزها (توابع العقد المالية)، والفرق بين الأصيل والتابع، وبيان موقف الشريعة من هذه التوابع لمعرفة ما يترتب عليها من أحكام شرعية، وهذا لا يتأتى من غير معرفة التكييف الفقهي لها ومعرفة أقسام التوابع، ولمنع حصول النزاع بين المتعاقدين ووضع الحلول عند وقوعه كان لابد من بحث المحددات للطرف المستحق لهذا التابع حتى يطالب الآخر باحترامه والقيام بالالتزام الواقع عليه.

كلمات مفتاحية:

توابع العقد، المالية، الفقهي.

Financial Contracts Subordinates its Concept and its Adaptive Jurisprudence

Abstract

The fact that Islamic Sharia is applicable at all times and places requires its validity for this role through its general text, its great principles, and its broad rules, which has been proven over time, in addition to its ability to answer any question.

Contracts are the basis of the daily dealing between human and it is constantly evolving, and since the composition of contracts are divided between principles and subordinates, this research will focus on defining the subordinates with the most prominent one being: financial contracts subordinates, and the difference between the principle and subordinate, and explaining the Sharia position regarding these subordinates, to be able to find the Sharia ruling consequences. This can't be achieved without the knowledge of related adaptive jurisprudence, and knowledge of the subordinates sections, and to prevent conflict, if any, between the contractors and solve it, it is necessary to investigate the determinants of the due party of this subordinate and to demand the other party to respect and be committed to the obligation placed upon him.

Keywords:

financial contracts, Adaptive jurisprudence

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين وبه نستعين، والصلاة والسلام على نبينا محمد خير الأنام، المبعوث رحمة وهداية للعالمين.

فقد كانت العقود وما زالت وسيلة من وسائل التواصل بين أفراد المجتمعات وبين الدول بعضها البعض، وهذه العقود متعددة الأنواع والأسباب، ولا يقف الاتفاق بين طرفين أو أكثر عند محل العقد أو صيغته، بل إن هنالك جوانب أخرى لها اثر بالغ على العقد وهي ما تعرف بتوابع العقد، ونظراً لتنوعها فان منها (توابع العقد المالية)، والتي تترك أثرها على العقد، من حيث الحِلّ أو الحُرْمَةِ، ومن حيث ضبط النزاع ومنع حدوثه بين أطراف العقد إذا استطعنا نسب كل تابع من هذه التوابع لصاحبه ومستحقه، ودرسنا أثرها على العقد وما يترتب عليها من التزامات.

مشكلة وأسئلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في بيان المقصود بتوابع العقد المالية وما يلحق العقد من التزامات وكلف مالية كأثر من آثاره، وهذه الآثار هل هي منفكة أو مرتبطة بالعقد؟ وهل يحتاج لذكرها في العقد؟ وعلى من تعود هذه الحقوق المالية التابعة للعقد؟

حدود المشكلة:

إن العقد الناشئ بين طرفين أو أكثر لا يتوقف على محل العقد أو سببه، وإنما هنالك توابع أخرى تحدث بمجرد إنشاء العقد أو تكون أثراً من آثاره، وهنا تتعدد هذه التوابع، وفي هذه الدراسة سنقف مع (التوابع المالية) فقط كأثرٍ من آثار قيام العقد.

أهداف البحث:

بيان مفهوم توابع العقد المالية لغة واصطلاحاً.

معرفة التكييف الفقهي لتوابع العقد المالية.

معرفة العوامل المحددة للطرف الذي تلحق به توابع العقد المالية.

بيان أثر توابع العقد المالية على سريان العقد.

منهجية البحث:

المنهج الاستقرائي: تتبع الجزئيات التي لها صلة بالموضوع من خلال استقراء الأنظمة والقوانين الوضعية وكتب الفقه والسير والتفاسير ومن له علاقة بموضوعنا في المذاهب الفقهية المختلفة ثم جمعها ونسب الأقوال إلى أصحابها مع ذكر أدلتهم، والراجح منها

المنهج التحليلي: من خلال جمع مادة البحث والدراسة المتعمقة بهذا الموضوع في تحليل الأقوال من النصوص، والأفكار، والاستدلال لها بما عرض في المصنفات الفقهية وبما يمكن استنتاجه من النصوص.

خطة البحث: يقع البحث في أربعة مباحث، وهي على النحو الآتي:

المبحث الأول: مفهوم توابع العقد المالية.

المطلب الأول: توابع العقد المالية لغةً.

المطلب الثاني: توابع العقد المالية اصطلاحاً.

المبحث الثاني: التكييف الفقهي لتوابع العقد.

المبحث الثالث: العوامل المؤثرة في تحديد الطرف الذي تعود عليه توابع العقد.

المطلب الأول: القصد أو الباعث على العقد.

المطلب الثاني: العرف.

المطلب الثالث: الشرط.

المطلب الرابع: القواعد الفقهية.

المبحث الرابع: أثر عدم أداء توابع العقد أو الإخلال بها للطرف المستحق في العقد.

المطلب الأول: أثر وجود الغرر في توابع العقد.

المطلب الثاني: أثر ترتب الربا على العقد إن كان من توابعه أو كان في توابعه.

المطلب الثالث: أثر موت احد المتعاقدين على الالتزامات العقدية، هل تنتقل الالتزامات المالية إلى الورثة.

الخاتمة. (النتائج والتوصيات)

المبحث الأول

المفاهيم والمصطلحات

المطلب الأول: توابع العقد المالية لغةً:

التوابع لغة:

التوابع: جمع تابع وهو اسم فاعل من تبع يتبع تبعاً، والتبع: التلو والقفو، يقال: تبعت فلاناً إذا تلوته[1]، فالتابع هو الذي يسير خلف غيره، قال تعالى: ﴿فَأَتْبَعَ سَبَبًا﴾[الكهف:85]، ومعناه اللُّحوق[2].

وهي بمعنى: ردفه أو أردفه، قال تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ خَطِفَ الْخَطْفَةَ فَأَتْبَعَهُ شِهَابٌ ثَاقِبٌ﴾[الصافات: 10].

التابع: مؤنثه تابعة والجمع(توابع)[3]، ويأتي بمعنى التالي، الخادم، والتالي الذي يتبع غيره[4]، ومنها قوله ﷺ:(تابعوا بين الحج والعمرة)[5]، أي اجعلوا أحدهما تابعاً للآخر، واقعاً على عقبه، أي: إذا حججتم فاعتمروا، وإذا اعتمرتم فحجوا[6].والتبعية كون الشيء تابعاً لغيره.

العقد لغة:

العقد: نقيض الحل والجمع عقود[7]، ويستعمل ذلك في الأجسام الصلبة كعقد الحبل ثم يستعار للمعاني نحو عقد البيع والعهد وغيرهما[8].

والعقد: ما يمسكه ويوثقه ومنه قيل عقدت البيع ونحوه، وعقّدت اليمين وعقّدتها بالتشديد توكيد ومنه قوله تعالى :﴿ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ ﴾[المائدة:89]، وعقدة النكاح وغيره إحكامه وإبرامه[9].

والعقد: الضمان والعهد[10]، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[المائدة:1].

---

(1) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة (ج1/ 160).

(2) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة (ج160/1). انظر: ابن منظور، لسان العرب (ج27/8). الأزهري، تهذيب اللغة (ج248/1–249). الجرجاني، التعريفات (ص38).

(3) الزبيدي، تاج العروس (ج5121/1).

(4) الفيروز آبادي، القاموس المحيط (ص911).

(5) [ابن حنبل: المسند، 62/1: حديث رقم 167].قال عنه الترمذي:(حسن صحيح)، جامع الترمذي (ج539/3).

(6) أبو الحسن، حاشية السندي على سنن النسائي، (ج122/5). وانظر: تعليق محمد فؤاد عبدالباقي على سنن ابن ماجة (ج964/2).

(7) ابن منظور، لسان العرب (ج309/9).

(8) الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن (ص341).

(9) الفيومي، المصباح المنير (ج575/2).

(10) الفيروز آبادي، القاموس المحيط (ج315/1).

المال لغة:

جاء في معجم مقاييس اللغة لابن فارس:" الميم والواو واللام كلمة واحدة، وهي تَمَوَّلَ الرجل: اتخذ مالاً"[11]، ويقول صاحب لسان العرب:" المال معروف، ما ملكته من جميع الأشياء أو ما ملكته من كل شيء"[12]، قال ابن الأثير:" المال في الأصل ما يملك من الذَّهب والفضَّة ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل لأنها كانت أكثر أموالهم"[13]

المطلب الثاني: توابع العقد المالية اصطلاحاً:

إن القارئ والمتأمل في كتب الفقه الإسلامي قديمها وحديثها يجد لفظ (توابع العقد) مبثوثاً في ثناياها، وقد تُطرِق لذكره مرات، ولكننا لا نجد في إحداها –كتب الفقه– تعريفاً للفظ المركب (توابع العقد) وإنما تعريفاً للفظ (توابع) وهم عندما يوردون التعريف أحياناً في أبوب العقود فإنهم يريدون به غالباً اللفظ المركب (توابع العقد) وخاصة عند الحديث في الأمثلة عن العقود كالبيع والإجارة والهبة ونحو ذلك.

تعريفات الفقهاء المتقدمين:

جاء في مجمع الأنهر لشيخي زاده تعريف التابع فقال:" ما يدخل في البيع تبعاً بغير تسمية وما لا يدخل، والأصل أن كل ما هو متناول اسم المبيع عرفاً أو كان متصلاً بالبيع اتصال قرار أو كان من حقوق المبيع ومرافقه يدخل في البيع بلا ذكرٍ صريح".

وكذا جاء عند الخطيب الشربيني تعريفه فقال:" ما لا يتوجه إليه القصد غالباً، وإن كان مقصوداً في نفسه"[14].

ومن التعريفات التي تناولته أيضاً تعريف البجيرمي:" كل منفصل توقف عليه المثبت كأبواب منصوبة"[15].

نلحظ مما سبق أن الاستعمال الاصطلاحي عند الفقهاء للفظ (التابع) لا يخرج عن المعنى اللغوي ويدخل فيه استعمال الأصوليين والفقهاء أيضاً.

تعريفات الفقهاء المعاصرين:

لقد تطرق الفقهاء المعاصرون من خلال كتاباتهم على (توابع العقد) وإن لم يتم تعريفه تعريفاً اصطلاحيا فقهياً للفظ المركب لكنهم ضمنوه – كسابقيهم من الفقهاء المتقدمين الأجِلاء– فأوردوه في سياق الحديث عن العقود أو القواعد الفقهية، وسنستعرض لبعض هذه التعاريف ومنها:

---

[11] ابن فارس، معجم مقاييس اللغة (ج934/1).

[12] ابن منظور، لسان العرب (ج635/11). الفيروزبادي، القاموس المحيط (ص954).الفيومي، المصباح المنير (ص224). أحمد الزيات وآخرون، المعجم الوسيط (ج892/2).

[13] ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر (ج373/4).

[14] الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج (ج28/2).

[15] البجيرمي، حاشية البجيرمي على الخطيب محمد الشربيني (ج333/3).

تعريف السعدي:" إن التوابع هي المتممات والزوائد، بناءً على القول بأن الأشياء ثلاثة: مقاصد كالصلاة مثلاً، ووسائل كالوضوء والمشي، ومتممات لها كرجوعه إلى محله الذي خرج منه، وكان قد قرر أن الوسائل تعطى أحكام المقاصد، فكذلك المتممات للأعمال تعطى أحكامها، كالرجوع من الصلاة والجهاد والحج، وإتباع الجنازة وعيادة المريض، ونحو ذلك، فإنه من حين خرج من محله للعبادة فهو في عبادة حتى يرجع"[16].

يؤخذ على تعريف السعدي انه اعتبر التابع من المتممات والزوائد، وهو بهذا التعريف لا يمنع من دخولها في العلوم الأخرى، هذا من جهة ومن جهة أخرى فان التوابع ليست قاصرة على الزوائد والمتممات بل هي أوسع من ذلك.

وعرف الزرقا التابع فقال:"هو كل ما كان جزءاً من غيره أو كالجزء منه في الاتصال الخلقي، كالعضو من الحيوان، والجنين في بطن أمه والصوف على الغنم، واللبن في الضرع، أو كان من ضرورات الشيء كالمفتاح من القفل"[17].

يلحظ على تعريف الزرقا انه ذكر أمثلة على التابع وارتباطه بالأصل، إلا أن هذه الأمثلة تبقى قاصرة عن جميع أقسام التوابع التي نتحدث عنها.

وعرفه بناء على العقود سعدي أبوجيب فقال:" في البيع عند الشافعية: كل منفصلٍ توقف عليه المثبت كأبواب منصوبة"[18].

يؤخذ على التعريف انه قصره على البيع فقط دون سائر العقود أو أقسام التوابع، كما أنه عرف التابع بأنه (كل منفصل) وهذا غير صحيح فإن من التوابع ما قد يكون مرتبطاً بالأصل، وهذا كله سيتضح عند الحديث عن أقسام التابع لاحقاً.

وكذلك عرف مصطفى بن كرامة الله مخدوم التوابع فقال:" وتسمى المتممات والزوائد، وهي الوسائل الواقعة تبعا للمقاصد وتتميماً لها"[19].

يؤخذ على تعريف مخدوم ما قد أخذ على تعريف السعدي من اعتباره من المتممات والزوائد ويقال فيه ما قيل هناك، وكذا يؤخذ عليه انه عرف التوابع بالوسائل وأنها نوع من أنواعها، وهذا غير صحيح فليست كل الوسائل توابع وليست كل التوابع وسائل.

وجاء تعريف محمد صدقي البورنو للتابع فقال عنه:" التابع هو ما لا يوجد مستقلاً بنفسه بل وجوده تابع لوجود غيره"[20].

يكاد يكون تعريف محمد صدقي البورنو أفضل التعريفات المذكورة للتابع، فهو جامع لأقسام التابع منفصلاً وغير منفصل عن الأصل، إلا أنه غير مانع من دخول التوابع في العلوم الأخرى، وكما يلاحظ فيه الدور إذ ذكر التابع في قوله:" بل وجوده **تابع** لوجود غيره".

بعد استعراض كل ما سبق نجد أننا بحاجة إلى تعريف جامع لأقسام التابع، مانع من دخول مالا يتعلق بالفقه أو بالعقود. ومما سبق نجد أن تعريفات المتقدمين والمعاصرين اقتصرت على التابع فقط وإن كانت توابع العقد أحد أصنافها.

---

[16] السعدي، رسالة في القواعد الفقهية (ص20).

[17] الزرقا، المدخل الفقهي العام (ج2/1022-1023).

[18] حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا (ص43).

[19] مخدوم، قواعد الوسائل في الشريعة الإسلامية (ص65-66).

[20] البورنو، موسوعة القواعد الفقهية (ج1/158).

وبناءً على ما تم ذكره يمكن تعريف (توابع العقد المالية) بأنها: **مالا يوجد مستقلاً بنفسه بل وجوده مرتبط بالعقد حقيقةً أو حكماً**، والذي أرى فيه انه جاء جامعاً لأقسام التوابع وخاصة في العقود، مانعاً من دخول غيره فيه، وأما محترزات التعريف من وجهة نظر الدراسة فهي كالآتي:

ما لا يوجد مستقلاً بنفسه: أي أنه لا يوجد مستقلاً عن العقد المبرم، بل هو مرتبط به، ولا يحصل العقد عليه مع وجود العقد القائم.

وجوده مرتبط بالعقد: أي أنه لا يفرد بعقد جديد منفصل، بل هو متعلق بأصل العقد سواء كان متصلاً به أو منفصلاً عنه[21].

حقيقةً: وهو ما كان جزءً من الأصل أومن ضروراته أو لوازمه، كالمفتاح للقفل، والجنين في بطن أمه[22].

حكماً: وهذا الذي يراد بالقاعدة الفقهية(التابع تابع)[23] وما يندرج تحتها من قواعد، ومثاله: ثبوت الميراث تبعاً لثبوت النسب[24].

المبحث الثاني

التكييف الفقهي لتوابع العقد وأطرافه

المطلب الأول: التكييف الفقهي لتوابع العقد

إن المراد بالتكييف الفقهي والغاية منه هو معرفة ما يترتب شرعاً على المسألة موضع البحث، وبيان انتمائه إلى أصلٍ معين معتبر[25]، ولا يتضح هذا الأمر إلا من خلال التصور الكامل للواقعة وتحرير الأصل الذي تنتمي إليه[26].

لهذا فإن كل أمر ارتبط بغيره ولم يستقل عنه يكيَّف على أنه تابع، وهو بهذا يأخذ حكم الأصل، وإلى هذا ذهب الطحاوي وقد فرق فيما يتبع العقد بشرط أو بدون شرط فقال:" الطرق والأفنية 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 مبيعاً وحده، والذي لا يكون داخلاً في بيع غيره إلا باشتراط هو الذي إذا اشترط كان

---

[21] فلا ينفرد بحكمٍ إلا إن أصبح مقصوداً بالعقد، وحينها يصبح أصلا لا تابعاً، ولهذا المعنى اشار الإمام المازري فقال:(التبع حكمه حكم المتبوع)، المازري، شرح التلقين، (ج295/1).وأشار اليها ابن نجيم فقال: (القاعدة الرابعة" التابع تابع" تدخل فيها قواعد: الأولى:" انه لا يفرد بالحكم")،ابن نجيم،الأشباه والنظائر (ج102/1).

[22] الزرقا، المدخل الفقهي العام (ج1022/2-1023).

[23] (فإذا ثبت لأصله حكم بالإيجاب أو التحريم أو الندب أو الكراهة أو الإباحة فإن هذا الحكم يثبت له أيضا) انظر: البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، (ج158/1).البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (ص331).

[24] الشاطبي، الموافقات (ج133/3). الندوي، القواعد الفقهية (ص400). جمعة، القواعد الفقهية المستخرجة من إعلام الموقعين (ص423).

[25] قلعجي وقنيبي، معجم لغة الفقهاء (ص123).

[26] القحطاني، منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة (ص354).

مبيعاً، فلم يجز أن يكون مبيعاً مع غيره إلا وبيعه وحده جائز، ألا أن ترى أن رجلاً لو باع درأ وفيها متاع، أن ذلك المتاع لا يدخل في البيع، وأن مشتريها لو اشترط في شرائه الدار صار له باشتراطه إياه.."[27].

ولهذا المعنى أشار المازري فقال:" التابع حكمه حكم المتبوع"[28]، وهذا ما عناه أحمد الزرقا حينما ذكره بقوله:" التابع لا يفرد بالحكم ما لم يصر مقصوداً فالجنين الذي في بطن أمه لا يباع منفرداً عن أمه ولا يرهن...."[29].

ولا تتضح صورة التابع إلا بمعرفة الأقسام التي ينتمي إليها، ولم يتناول العلماء المتقدمون الحديث عن أقسام التوابع وإنما تكلم عنها البعض منهم كالشاطبي، والزركشي.

أولاً: تقسيم الشاطبي:

إذ يقول: أن منافع الرقاب، وهى التي قلنا إنها تابعة لها على الجملة تنقسم ثلاثة أقسام:[30]

أحدها: ما كان في أصله بالقوة لم يبرز إلى الفعل لا حكماً ولا وجوداً كثمرة الشجر قبل الخروج، وولد الحيوان قبل الحمل، وخدمة العبد، والوطء قبل حصول التهيئة، وما أشبه ذلك، فلا خلاف في هذا القسم أن المنافع هنا غير مستقلة في الحكم؛ إذ لم تبرز إلى الوجود فضلاً عن أن تستقل، فلا قصد إليها هنا ألبته وحكمها التبعية كما لو انفردت فيه الرقبة بالاعتبار[31].

والثاني: ما ظهر فيه حكم الاستقلال وجوداً وحكماً، أو حكماً عادياً، أو شرعياً كالثمرة بعد اليبس، وولد الحيوان بعد استغنائه عن أمه، ومال العبد بعد الانتزاع، وما أشبه ذلك، فلا خلاف أيضا أن حكم التبعية منقطع عنه، وحكمه مع الأصل حكم غير المتلازمين فإذا اجتمعا قصداً لا بد من اعتبار كل واحد منهما على القصد الأول مطلقاً.[32]

والثالث: ما فيه الشائبتان فمباينة الأصل فيه ظاهرة، لكن على غير الاستقلال، فلا هو منتظم في سلك الأول ولا في الثاني، وهو ضربان:

الأول: ما كان هذا المعنى فيه محسوساً كالثمرة الظاهرة قبل مزايلة الأصل والعبد ذي المال الحاضر تحت ملكه، وولد الحيوان قبل الاستغناء عن أمه، ونحو ذلك.

والآخر: ما كان في حكم المحسوس كمنافع العروض والحيوان والعقار وأشباه ذلك مما حصلت فيه التهيئة للتصرفات الفعلية كاللبس والركوب والوطء والخدمة والاستصناع والازدراع والسكنى، وأشباه ذلك فكل واحد من الضربين قد اجتمع مع صاحبه من وجه وانفرد عنه من وجه ولكن الحكم فيهما واحد.

---

[27] الطحاوي، شرح معاني الآثار (ج27/4).
[28] المازري، شرح التلقين (ج295/1).
[29] الزرقا، شرح القواعد الفقهية (ص247).
[30] الشاطبي، الموافقات في اصول الشريعة (ج133/3).

[31] المرجع السابق، (ج133/3). وقد بين المحقق الشيخ عبدالله دراز أن هذا ما عناه الشاطبي بقوله(فلا خلاف هنا)، هامش الموافقات،(ج193/3).
[32] المرجع نفسه، ص133.

فالطرفان يتجاذبان في كل مسألة من هذا القسم ولكن لما ثبتت التبعية على الجملة ارتفع توارد الطلبين عنه وصار المعتبر ما يتعلق بجهة المتبوع كما مر بيانه، ومن جهة أخرى لما برز التابع وصار مما يقصد تعلق الغرض في المعاوضة عليه، أوفي غير ذلك من وجوه المقاصد التابعة على الجملة.[33]

ثانياً: تقسيم الزركشي:

فقد أورد في أقسام التابع قسمان، فقال:"التبعية ضربان :

أَحَدُهُمَا: مع الاتصال بالمتبوع فيلتحق به لتعذر انفراده عنه كذكاة الجنين بذكاة أمه، فإنه يستبيح بذبح الأم حل الجنين بشرطه، وكذلك تبعية الحمل في العتق والبيع وتبعية المغرس للأشجار.

وَالثَّانِي: بعد الانفصال كالصبي إذا أسر معه أحد أبويه، فإنه يتبعه وإن كان منفصلا عنهما"[34].

مما سبق نجد أن الشاطبي كان أوسع في بيان أقسام التابع، واستناداً إلى ما تم ذكره، ترى الدراسة أن التابع ينقسم إلى ما يلي:

القسم الأول: التابع المتصل بالمتبوع وهو على أنواع:

الأول: ما كان فيه التابع جزءاً من كل مثاله كالجنين مع أمه.

الثاني: ما كان فيه التابع من ضرورات الشيء ولوازمه كالمفتاح مع القفل.

القسم الثاني: التابع الذي استقل عن الأصل والتحق به، كالثمر الظاهر قبل زواله عن الأصل، وكالصبي الذي أسر معه أحد أبويه.

القسم الثالث: توابع تحمل الوجهين السابقين، كمنافع الأعيان.

المبحث الثالث: العوامل المؤثرة في تحديد الطرف الذي تعود إليه توابع العقد

إن العقد الذي هو اجتماع إرادتين ينبثق ويتضح من خلال الإيجاب والقبول منهما، وبإنشاء العقد تترتب آثاره وينبني عليه التزامات وحقوق لطرفي العقد، ولما كان للعقد توابع قد تكون موجودة قبل إنشائه أو حدثت ووقعت بعد قيامه، فقد يحدث الخلاف والنزاع فيمن يؤديها ومن يستحقها، لذا كان لا بد من معرفة العوامل التي من خلالها يمكن أن تكون محددات ومُعَرِّفات وقرائن قوية يمكن الاستناد إليها في تحديد المستحق لها ومن سيؤديها، ومن خلالها نستطيع أن نعرف الآثار المترتبة في حال عدم أدائها لأصحابها أو الإخلال بها وخاصة ونحن نتحدث عن (توابع العقد المالية) والتي يغلب فيها النزاع والشقاق والخلاف بين المتعاقدين.

ويمكن حصر العوامل والمحددات فيما يلي:

[33] المرجع نفسه، ص133.

[34] الزركشي، المنثور في القواعد (ج1/238-239).

المطلب الأول: القصد أو الباعث وراء العقد

يراد بالمقاصد الأغراض التي أرادها المتصرف من تصرفه. والغرض ما لأجله فعل الفاعل، وهو الأمر الباعث للفاعل على الفعل فهو المحرك الأول للفاعل، وبه يصير الفاعل فاعلاً[35].

إن الباعث من إنشاء العقد له أثر كبير على ذات العقد وما يترتب عليه من آثار، بل إن الباعث عليه والقصد من إنشاءه قد يكون سبباً من أسباب بطلان العقد وإن كانت صورته صحيحة، قال رسول الله ﷺ:(إنما الأعمال بالنيّات، وإنما لكل امرئ ما نوى، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله، فهجرته إلى الله ورسوله، ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأةٍ ينكحها، فهجرته إلى ما هاجر إليه)[36]، وقد ذهب الفقهاء في قضية تصحيح العقد والحكم عليه بالصحة وما يترتب على ذلك من آثاره الشرعية إلى مذهبين:

المذهب الأول: صحة العقد، واعتبار ظواهر العقد دون النظر إلى القصد أو الباعث من ورائه لعدم ارتباط القصد بصيغة العقد، وإلى هذا ذهب الحنفيةُ[37] والشافعية[38]. [39]

المذهب الثاني: الحكم بصحة العقد أو فساده بحسب قصد العاقدين وما يدل عليه من قرائن وأمارات، فإن دلت القرائن على أن القصد من العقد التوصل إلى غرض ممنوع حكم بفساد العقد، وإن لم يوجد دليل على ذلك حكم بصحة العقد، والى هذا ذهب المالكيةُ[40] والحنابلة [41].

ولا يُظنن قول الحنفية ومعهم الشافعية أنهم يجيزون العقود التي ظاهرها الصحة وباطنها والباعث من وراءها التوصل إلى الحرام أو غرض ممنوع، وبيان هذا يتضح من قول الشافعي إذ يقول:" الأحكام على الظاهر، والله وليّ الغيب، من حكم على الناس بالإزكان،[42] جعل

---

[35] التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون (ج2/1249).

[36] هذا حديث صحيح متفق عليه: أخرجه البخاري في الصحيح من رواية سيدنا عمر بن الخطّاب رضي الله عنه [البخاري، صحيح البخاري، كتاب بدء الوحي/باب كيف كان الوحي إلى رسول الله ﷺ، 3/1: حديث رقم 1] .[مسلم: صحيح مسلم، كتاب الإمارة / باب قول النبي ﷺ: (إنما الأعمال بالنيّة)، 1515/3: رقم الحديث 1907].

[37] ابن نجيم، الأشباه والنظائر (ص242).

[38] السيوطي، الأشباه والنظائر (ص166).

[39] قد يظن بأن موقف الحنفيّة والشافعية هذا تجاه العقود يعارض القاعدة التي نصوا عليها من أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني. وليس في ذلك معارضة، لأن مرادهم من تلك القاعدة أن العبرة في تكييف العقود بالمدلول الذي يُفهم من العبارات التي أنشئ بها العقد، لا بظاهر اللفظ ذاته، وليس مرادهم باعث العاقد ونيّته، أي إنهم يرتّبون نوع العقد على مدلول اللفظ الذي أنشئ به العقد لا على ظاهره، فلوقال العاقد مثلاً: وهبتك هذا الكتاب بمائة. فقال الآخر: قبلت. فقد قال الحنفيّة مثلاً بأن العقد هنا عقد بيع لا عقد هبة؛ مع أن الإيجاب صريح بلفظ الهبة لا البيع، فمع ذلك حكم على هذا العقد بأنه بيع، لأنّ كُلاً من الهبة والبيع يفيد التملك، وفارَقَ الثاني الأول بأنه بعوض؛ فلمّا ذكر الثمن، دلّ ذلك على أن مقصود العاقد البيع لا الهبة فكان بيعاً. انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم، (ص242).السيوطي، الأشباه والنظائر (ص166).

[40] الدسوقي، حاشية الدسوقي (ج3/76). القرافي، الفروق (ج3/268). علي، تهذيب الفروق (ج3/275). ابن جزي، القوانين الفقهية(ص140). الدردير، الشرح الصغير (ج3/69).

[41] ابن القيم، إعلام الموقعين (ج3/109-121).

[42] الإزكان: التفرّس والظن. أنظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة(زكن).

لنفسه ما حظر الله تعالى ورسوله ﷺ، لأن الله عزَّ وجل إنّما يتولّى الثواب والعقاب على المغيَّب، لأنه لا يعلمه إلا هو جل ثناؤه. وكلّف العباد أن يأخذوا من العباد بالظاهر، ولو كان لأحد أن يأخذ بباطنٍ عليه دلالة، كان ذلك لرسول الله ﷺ"[43].

يتضح لنا أن المقاصد من العقد تترك أثرها عليه حِلاً أو حرمةً ابتداءً وآثارها التبعية تالياً، ومن هنا جاءت القاعدة الفقهية الكلية " الأمور بمقاصدها"[44]، وقد جاءت عبارات الفقهاء مؤيدة لهذا المعنى، ومن ذلك ما ذكره ابن رجب الحنبلي: " يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً"[45]، ومثاله لو أن رجلاً اشترى بقرة لحليبها، فإن الحليب في الضرع لا يباع حتى يستقل عن الضرع، وكذا الجنين في بطن أمه، وشبيههما بيع الثمرة قبل بدو الصلاح، لأن ذلك كله من بيع ما لم يخلق ولم يتم،فكان الحليب تبعاً للبقرة، وكان الجنين تبعاً لأمه، وكان الثمر تبعاً للشجر[46].

وقد ناقش الفقهاء مسألة كون المقصود أصالةً أو تبعاً وذلك عندما بحثوا مسألة بيع العبد ذي المال، على قولين:

القول الأول: جواز شراء العبد ذي المال، وهذا رأي المالكية[47] والحنابلة[48]، وقد علل المالكية والحنابلة هذا الرأي بأن مال العبد لم تقابله حصة من الثمن، لكونه تابعاً غير مقصود على وجه الاستقلال، قال الزرقاني:"لِأَنَّ مَالَهُ تَبَعٌ غَيْرُ مَنْظُورٍ إلَيْهِ، وَكَأَنَّهُ لَمْ يُجْعَلْ لَهُ حِصَّةٌ مِنَ الثَّمَنِ"[49]، وكذا جاء عند ابن قدامه قوله:" فإذا باع العبد اختص البيع به دون غيره، كما لو كان له عبدان فباع أحدهما.

وإن اشترطه المبتاع كان له؛ للخبر..... ومعناه، أنه لا يقصد بالبيع شراء مال العبد، إنما يقصد بقاء المال لعبده، وإقراره في يده، فمتى كان كذلك، صح اشتراطه، ودخل في البيع به، سواء كان المال معلوما أو مجهولا، من جنس الثمن أو من غيره، عينا كان أو دينا، وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر"[50].

القول الثاني: جواز شراء العبد ذي المال، مع مراعاة قاعدة (مد العجوة)[51]، وهو رأي الحنفية[52] والشافعية[53]، فالبيع عندهم جائز ما لم يترتب على البيع ربا الفضل أو بيع الدَيْن لغير من عليه الدَيْن، ذكر محمد بن الحسن: "من اشْترى عبدا فَمَاله للْبَائِع إلا أن يشْتَرط الْمُبْتَاع فان اشْترط ذَلِك الْمُبْتَاع نظر فِي مَاله فإن كَانَ الثّمن وَرقا وَكَانَ من مَال العَبْد ورق يكون مثل الْوَرق أو أَكثر أودين للْعَبد على إنسان لم يحل البيع

---

[43] الشافعي، الأم (ج4، ص114). باب لا وصيّة لوارث. وقد أورد الشافعي أدلة كثيرة لمذهبه هذا ذكرها في هذا الموضع.

[44] السيوطي، الأشباه والنظائر (ص115). ابن نجيم، الأشباه والنظائر (ص27).

[45] ابن رجب، تقرير القواعد وتحرير الفوائد (ج15/3).

[46] ابن تيمية، مجموعة الفتاوى (ج261/29). ابن قدامة، المغني (ج536/5).

[47] ابو الفضل، طرح التثريب في شرح التقريب (ج123/6).

[48] إبن قدامة، المغني (ج257/6-258).

[49] الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك (ج384/3).

[50] ابن قدامة، المغني (ج257/6-258).

[51] أَن يَبِيع مد عَجْوَة جَيِّدَة بمدين من عَجْوَة رَدِيئَة فَإِنَّهُ رَبًّا حرَام وَإِن بَاعهَا بدرهم ثمَّ اشْترى بِهِ مَدين من الرَّدِيئَة كَانَ حَلَالا بِلَا شُبْهَة مَعَ استوائهما أَي الصَّفْقَة والصفقتين فِي الْمصَالح والمفاسد من جَمِيع الْوُجُوه، انظر: عضد الدين، المواقف (ج376/3).

[52] ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (ج60/5). السرخسي، المبسوط (ج189/12).

[53] النووي، المجموع (ج316/10). الرملي، نهاية المحتاج (ج431/3).

لأن الدّين من الغرر لَا يدْرِي أيخرج أم لَا يخرج وَالْوَرق إن كَانَ مثل الثّمن وَالثمن ورق أو أَكثر فَهَذَا الْوَرق بِمِثْلِهَا زِيَادَة"[54]، وذكر النووي نحو هذا الكلام في تعليقه على حديث بيع العبد فقال:" إن العبد إذا ملكه سيده مالاً ملكه لكنه إذا باعه بعد ذلك كان ماله للبائع إلا أن يشترط المشتري لظاهر هذا الحديث وقال الشافعي في الجديد وأبو حنيفة لا يملك العبد شيئا أصلا وتأولا الحديث على أن المراد أن يكون في يد العبد شئ من مال السيد فأضيف ذلك المال إلى العبد للاختصاص والانتفاع لا للملك كما يقال جل الدابة وسرج الفرس وإلا فإذا باع السيد العبد فذلك المال للبائع لأنه ملكه إلا أن يشترطه المبتاع فيصح لأنه يكون قد باع شيئين العبد والمال الذي في يده بثمن واحد وذلك جائز قالا ويشترط الاحتراز من الربا "[55]، وجاء في طرح التثريب:" قَالَ مَالِكٌ يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُشْتَرِي مَالَ الْعَبْدِ، وَإِنْ كَانَ دَرَاهِمَ أو دَنَانِيرَ، وَالثَّمَنُ دَنَانِيرُ. أو حِنْطَةً وَالثَّمَنُ حِنْطَةٌ لِإِطْلَاقِ الْحَدِيثِ وَحَكَاهُ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ عَنْ الشَّافِعِيِّ فِي الْقَدِيمِ، وَعَنْ أَبِي ثَوْرٍ وَقَالَ بِهِ أَهْلُ الظَّاهِرِ وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ لَا يَصِحُّ الْبَيْعُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ لِمَا فِيهِ مِنْ الرِّبَا وَهُو مِنْ قَاعِدَةِ مُدِّ عَجْوَةٍ وَلَا يَصِحُّ التَّمَسُّكُ بِهَذَا الْحَدِيثِ عَلَى الصِّحَّةِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ عُلِمَ بُطْلَانُهَا مِنْ دَلِيلٍ آخَرَ فَلَا بُدَّ مِنْ الِاحْتِرَازِ فِيهِ عَنْ الرِّبَا وَكَأَنَّ مَالِكًا لَمْ يَجْعَلْ لِهَذَا الْمَالِ حِصَّةً مِنْ الثَّمَنِ"[56].

وقد صاغ الفقهاء قواعد تضمنت القصد في العقد ومنها قولهم:

قول السرخسي: "وقد يدخل في التصرف تبعاً ما لا يجوز أن يكون مقصودا بذلك التصرف"[57] ومثاله: كَالشُّرْبِ فِي بَيْعِ الْأَرْضِ وَالْمَنْقُولَاتِ فِي وَقْفِ الْقُرْبَةِ[58].

وقول ابن نجيم: "يُغْتَفَرُ فِي الشَّيْءِ ضِمْنًا مَا لَا يُغْتَفَرُ قَصْدًا"[59]، ومثالها: من حلف لا يشتري صوفاً، فاشترى شاة على ظهرها صوفاً لم يحنث، لأن الصّوف دخل في البيع تبعاً للشاة، لا قصداً فاغتفر فيه[60].

ومنها ما جاء في طرح التثريب:" قَدْ يُغْتَفَرُ فِي الضِّمْنِيَّاتِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي الْمَقَاصِدِ"[61]، ومثالها: شهادة النساء بالولادة يثبت بها النسب، ولا يثبت النسب بشهادتهن به استقلالا[62].

وكذا في مغني المحتاج قوله:"مَا جَازَ تَبَعًا لَا يَجُوزُ قَصْدًا"[63]، ومثالها: كبيع اللبن في الضرع مع الشاة، والحمل مع الأم والسقوف في الدار، وأساسات الحيطان تدخل تبعا في البيع ولا تضر جهالتها ولا تجوز مفردة[64].

---

[54] ابن الحسن، الحجة على أهل المدينة (ج2/503).
[55] النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج (ج10/192).
[56] أبو الفضل، طرح التثريب في شرح التقريب (ج6/123).
[57] السرخسي، المبسوط (ج13/94).
[58] المرجع السابق، (ج13/94).
[59] ابن نجيم، الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ (ج1/103).
[60] البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (ص341).
[61] أبو الفضل، طرح التثريب في شرح التقريب (ج6/220).
[62] ابن رجب، تقرير القواعد وتحرير الفوائد، قاعدة(144)، (ص211). الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة (ج1/469).
[63] الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (ج3/98).
[64] ابن قدامة، المغني (ج5/536).

المطلب الثاني: العرف

يراد بالعرف:"ما استقر في النفوس، واستحسنته العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول، واستمر الناس عليه، مما لا ترده الشريعة وأقرتهم عليه"[65].

وقد استدل القائلون بحجية العرف وأنه دليل شرعي بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع العملي، ومنها:

الأدلة من القرآن الكريم:

1- قوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾[الأعراف:199].

وجه الاستدلال: أن الله أمر نبيه ﷺ بالأخذ بالعرف، وهو ما تعارف عليه الناس وجرت عليه عاداتهم في معاملاتهم، فحيث أمر الله عز وجل نبيه ﷺ بالعرف دلَّ ذلك على اعتباره شرعاً، وإلا لما كان للأمر به فائدة[66].

2- قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[البقرة: 233].

وجه الاستدلال: إن تحديد الرزق والنفقة والكسوة تابع للعرف، إذ قد أحالها الله تعالى إليه[67].

الاستدلال من السنة النبوية:

1) ما رواه ابن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال:(ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح)[68].

وجه الاستدلال: أن ما اعتاده المسلمون وعرفوه واستحسنته عقولهم، وتلقته نفوسهم بالقبول أنه حسن فهو عند الله حسن أي مقبول ومسلَّم بشرعيته[69].

2) حديث هند بنت عتبة فيما روته عَائِشَةَ، أَنَّ هِنْدَ بِنْتَ عُتْبَةَ قَالَتْ: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل علي في ذلك من جناح؟ فقال رسول الله ﷺ: (خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك)[70].

وجه الاستدلال:أن رسول الله وجه هند بنت عتبة إلى المعروف، وهو ما عُرِف انه يكفيها من الطعام وغيره عرفاً[71]، قال النووي:" في هذا الحديث فوائد منها: اعتماد العرف في الأمور التي ليس فيها تحديد شرعي"[72].

---

[65] عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي (ص52).

[66] أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء (ص23).

[67] الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج30/4).

[68] [احمد: مسند الإمام أحمد، 84/6: حديث رقم 3600]. قال عنه السخاوي، موقوف حسن، انظر: المقاصد الحسنة،(ج518/1).

[69] المباركي، العرف وأثره في الشريعة والقانون (ص115).

[70] [المرجع السابق، ج279/40: حديث رقم(24231)]. وانظر:[النووي: شرح صحيح مسلم، 12/ 7: حديث(1714)].

[71] عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي (ص182).

[72] [النووي: المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، 7/12: حديث(1714)].

الإجماع:

ومن ذلك الإجماع العملي، فقد يتعارف الناس في زمن وعصر من العصور على عمل ويستمروا عليه ولا يُنكر ذلك، ومن ذلك الإستصناع ومستنده الإجماع على ما تعارف عليه الناس[73].

يتبين مما سبق أن العرف حجة ودليل شرعي يستدل به وتبنى عليه الكثير من الأحكام الشرعية. والعرف له دور بارز في بيان وتعريف الأموال، قال السيوطي:" قال الإمام الشافعي رضي الله عنه لا يقع اسم مال إلا على ما لَهُ قيمة يُباع بها ويلزم متلفه وان قلت ومالا يطرحه الناسُ مثل الفلس وما أشبه ذالك"[74]، ويستخلص من تعريف السيوطي اعتبار العُرف في تعريف المال، ونجد هذا واضحاً في تعريف الحنابلة، إذ يقول ابن قدامة:" إن المال ما فيه منفعة مباحة لغير حاجة أو ضرورةٍ كعقار وجمل ودود القزّ وديدان الصَّيد كالحشرات وما فيه نفع محرّم كالخمر ومالا يباحُ إلا لضرورةٍ كالميتة ومالا يباح اقتناؤه إلا لحاجةٍ فليس مالاً"[75]، فما عده الناس مالاً فهو مال وما عده الناس بيعاً فهو بيع، وما عده الناس إجارة فهو إجارة[76].

وكما أن العرف له دور في بيان أنواع الأموال بين الناس، وكذلك فإن له دور في العقود، فمثلاً نجد في عقود المعاوضات أن العرف له دور بارز في بيان ما يصلح أن يباع، فقد وجدنا أن الفقهاء السابقون يعتبرون الحشرات من المستقذرات، وكذا روث الحيوانات، فلما تغيرت الأحوال وأصبحت حاجة الناس لها في حياتهم كدودة القز لنسج الحرير، والنحل لإنتاج العسل، والروث لإنتاج السماد، أصبحت هذه المستقذرات أموالا يجوز أن تباع[77].

ومن أمثلة أثر العرف في العقود، بيع المسك في فأرته، فإن المذهب الحنبلي في البداية عده من البيوع التي لا تصح للجهالة والغرر، فهو كبيع اللؤلؤ في الصدف ما لم يشاهد، وقد اختار ابن القيم صحة بيعه مستدلاً على ذلك بالعرف لجريان عادة التجار ببيعه وشرائه فيها ومعرفتهم قدره وجنسه معرِفةً لا تختلف فقال:" فلا يسمى هذا غرراً لا لغةً ولا شرعاً ولا عُرفاً"[78].

وكذا الحال فيما يلحق العقد من توابعه، فإن للعرف دور في بيانه، فما تعارف عليه الناس انه من توابع العقد فهو كذلك، جاء في حاشية ابن عابدين قوله:" الأصل أن ما لا يكون من بناء الدار ولا متصلا بها لا يدخل إلا إذا جرى العرف في أن البائع لا يمنعه عن المشتري"[79]، وجاء في مغني المحتاج:" وَيَدْخُلُ فِي بَيْعِ الدَّابَّةِ نَعْلُهَا وَبَرَّتُهَا، وَهِيَ حَلْقَةٌ تُجْعَلُ فِي أَنْفِهَا إنْ لَمْ يَكُونَا ذَهَبًا أو فِضَّةً، وَإِلَّا فَلَا يَدْخُلَانِ لِلْعُرْفِ فِيهِمَا وَلِحُرْمَةِ اسْتِعْمَالِهَا حِينَئِذٍ، وَلَا يَدْخُلُ فِي بَيْعِهَا الْعَذَارُ وَالْمِقْوَدُ وَاللِّجَامُ وَالسَّرْجُ اقْتِصَارًا عَلَى مُقْتَضَى اللَّفْظِ وَكَذَا تَدْخُلُ ثِيَابُ الْعَبْدِ الَّتِي عَلَيْهِ فِي بَيْعِهِ فِي الْأَصَحِّ لِلْعُرْفِ"[80].

---

[73] التركي، أصول مذهب الإمام أحمد بن حنبل (ص604).

[74] السيوطي، الأشباه والنظائر (ص258).

[75] ابن قدامة، المغنى (ج439/5).

[76] ابن تيمية، الفتاوى (ج346/20).

[77] المرداوي، الإنصاف (ج301/4).

[78] ابن قيم، زاد المعاد في هدي خير العباد (ج728/5).

[79] ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (ج548/4).

[80] الشربيني، مغني المحتاج (ج490/4).

من أقوال الفقهاء السابقة نجد أنهم اعتبروا العُرف في العقود، كعقد البيع وأن للعرف أثراً واضحاً في بيان ما يتبع المعقود عليه– الأصل– كالبيت يتبعه مشرب الماء في دمشق، ويتبعه السُلَّم في مِصر، وإن التوابع في العقود تتأثر بتغير العرف من مكان لآخر، ومن زمان لزمانٍ آخر.

فكان العرف بذلك إحدى الطرق التي تعرف به توابع العقد، ومن هنا جاءت القاعدة الفقهية "التعيين بالعُرف كالتعيين بالنص"[81].

المطلب الثالث: الشرط

الشرط لغة: بالتحريك العلامة، وقد سمي الشرطة لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها، وأشرَطَ طائفة من إبلِهِ وغنمه عزلها وأعلَمَ أنها للبيع[82].

الشرط اصطلاحاً: ما يتوقف وجود الشيء على وجوده وكان خارجاً عن ماهيته، ولا يلزم من وجوده وجود الشيء ويلزم عدمه العدم[83].

وتكمن مشروعية الشرط في قوله ﷺ: (المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراما)[84].

وحديثه ﷺ عندما ابتاع من جابر جملاً[85]، فعن جابر رضي الله عنه:(أنه باع من رسول الله جملاً وأشترط ظهره إلى المدينة)[86]

ووجه الاستدلال: أنه ﷺ وافقه على شرطه وكذلك ما أثر عنه ﷺ أنه قال: (مقاطع الحقوق عند الشروط ولك ما شرطت)[87]، فلو كان الشرط غير جائز لما وافقه.

---

[81] السرخسي، المبسوط (ج18/14).

[82] ابن منظور، لسان العرب (ج329/7). وانظر: الرازي، مختار الصحاح (ج141/1).

[83] القرافي، الفروق (ج62/1). وانظر: البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع (ج188/3).

[84] [ابو داوود: سنن ابي داوود، باب في الصلح، 304/3: حديث رقم 3594]. [البيهقي: السنن الصغير للبيهقي، باب الشركة، 307/2: حديث رقم 2105]. [الدارقطني: سنن الدارقطني، كتاب البيوع، 426/3: حديث رقم 2890]. قال عنه الألباني:(حديث حسن صحيح).

[85] اختلف الفقهاء في مسألة اشتراط البائع نفع المبيع إلى أقوال كما يأتي:

القول الأول : يصح أن يشترط البائع نفع المبيع، وهذا ما ذهب إليه الإمام أحمد والأوزاعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر واستدلوا بأدلة منها: حديث جابر أنه باع النبي جملاً واشترط ظهره الى المدينة.

القول الثاني: لا يصح وهو قول الحنفية والشافعي وابن عقيل من الحنابلة في رواية عنه، واستدلوا بأدلة منها: حديث نهي الرسول عن بيع وشرط.

القول الثالث: وهو قول الإمام مالك حيث فصل في الأمر فقال:(إذا اشترط سكن الدار مدة يسيرة مثل شهر فذلك جائز، وإلا فلا، وكذا إذا اشترط ركوباً إلى مكان قريب وإن كان الى مكان بعيد كره، واستدل بحديث جابر أنه باع النبي جملاً واشترط ظهره إلى المدينة).انظر: ابن قدامة، المغني (ج83/42). ابن جزي،القوانين الفقهية (ج172/1).الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي (ج276/1). السرخسي، المبسوط (ج16/13).ابن نجيم، البحر الرائق (ج194/6-195).

[86] [البخاري: صحيح البخاري، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة الى مكان، 119/3: حديث رقم 2406]. [مسلم: صحيح مسلم، باب بيع البعير واستثناء ركوبه، ج1224/3].

[87] [البخاري: صحيح البخاري، باب الشروط في النكاح، 20/7: حديث رقم 3523].

وينقسَم الشرط من حيث مصدَرِيَّتِهِ إلى قِسمين[88]:

الأول: الشرط الشرعي: وهو ما كان مصدر اشتراطه الشارع الحكيم، ومنه الشروط التي وضعها الشارع الحكيم في العبادات والتصرفات والحدود ونحو ذلك مما يعد من قبيل الشرط الشرعي الذي كان مصدره الشارع عز وجل.

ثانيا: الشرط الوضعي(الجعلي): وهو ما كان اشتراطه من إرادة المكلف المنفردة[89]، ومثاله: الشروط التي يشترطها الناس في عقودهم وتصرفاتهم، والشروط الوضعية تقسم إلى قسمين:

القسم الأول: الشرط الذي يتوقف على وجوده العقد: وهو أن يجعل المكلف تحقيق العقد معلقاً

على تحقيق الشرط الذي اشترطه هو، ومثاله: تعليق الكفالة على عجز المدين، وسمي هذا النوع من الشروط بالشرط المعلق[90].

القسم الثاني: الشرط المقترن بالعقد: فالعقد وإن كان منجزاً، إلا أنه اقترن بشرط احد المتعاقدين

ويقبله الطرف الآخر، وهو بهذا يكمل المسبب[91]، ومثالها: كأن يشترط أحد المتعاقدين لتحقيق منفعة له ويقبله الطرف الآخر، كأن يشترط بائع الدار سكناها شهراً أو أن تشترط المرأة أتزوجك على أن لا تسافر بي، أو أن يكون الطلاق بيدي، ونحو ذلك[92].

اتفق العلماء من الحنفية[93] والمالكية[94] والشافعية[95] والحنابلة[96] على أن الشروط الموافقة لمقتضى العقد ولا تحدث خللاً في العقد فهي بهذا تنفذ ويلزم الوفاء بها لما سبق من الأدلة على مشروعية الشرط ويقع أثرها على العقد.

ومن الشروط ما يتعلق بتوابعه لا بأصل العقد، وهذا يقع في الشروط المقترنة بالعقد، كأن يشترط صاحب الدار سكناها شهراً أو يشترط ثمر النخيل المؤبَّر[97].

فمن الأشياء ما يدخل العقد بشرط، ومنها ما يدخل العقد بلا شرط " التبعية للأصل ثابتة على الإطلاق، غير أن 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

---

[88] زيدان، الوجيز في أصول الفقه (ص140).

[89] التفتازاني، التلويح (ج145/2).

[90] زيدان، الوجيز في أصول الفقه (ص68). وانظر: الزرقا، المدخل الفقهي (ج505/1).

[91] ابن نجيم، الأشباه والنظائر (ج224/2). الحموي، غمز عيون البصائر (ج41/4). والشرط المكمل للمسبب: هو الذي يقوي حقيقة المسبب وركنه وذلك مثل: ستر العورة في الصلاة، فهو يكمل حقيقتها ويجعل آثارها تترتب عليها، انظر: الزركشي، البحر المحيط (ج303/1).

[92] زيدان، الوجيز في أصول الفقه (ص140).

[93] السرخسي، المبسوط (ج15/13-16). الكاساني، بدائع الصنائع (ج170/5).

[94] الخرشي، شرح مختصر خليل للخرشي (ج80/5).

[95] الشيرازي، المهذب في فقة الإمام الشافعي (ج268/1).

[96] ابن قدامة، المغني (ج4/(156-158) وص(80-81)).

[97] الطحاوي، شرح معاني الآثار (ج26/4).

واضح جداً"[98]، ومنها أيضاً حديث رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بجواز شراء العبد ذي المال عَنْ سَالِمٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ:(من باع عبدا، وله مال، فماله للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع، وَمَنْ بَاعَ نَخْلًا مُؤَبَّرًا، فَالثَّمَرَةُ لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ)[99].

من خلال هذا الحديث يظهر أثر الشرط في تبعية الأشياء في العقود، وخاصة التوابع المالية في العقود، والتي يترتب عليها أحكامها وتقع عليها وقوعها على الأصل، جاء في طرح التثريب" قَالَ مَالِكٌ يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُشْتَرِي مَالَ الْعَبْدِ، وَإِنْ كَانَ دَرَاهِمَ أو دَنَانِيرَ، وَالثَّمَنُ دَنَانِيرُ. أو حِنْطَةً وَالثَّمَنُ حِنْطَةٌ لِإِطْلَاقِ الْحَدِيثِ.... وَكَأَنَّ مَالِكًا لَمْ يَجْعَلْ لِهَذَا الْمَالِ حِصَّةً مِنْ الثَّمَنِ"[100]، أي أنه لا يقصد بالبيع شراء مال العبد، إنما يقصد بقاء المال لعبده، وإقراره في يده، فمتى كان كذلك، صح اشتراطه[101].

رابعاً: القواعد الفقهية: إن القواعد الفقهية والتي يراد بها" حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته ليتعرف أحكامها منه"[102]،إنما هي لم شتات أحكام كثيرة وفروع فقهية برباط مشترك، فدراسة القواعد الفقهية تسهم وتساهم كثيراً في فهم كثير من المسائل الفقهية، وبها يسهل الحكم على الفروع دون جمعها كلها، قال ابن نجيم:" وَهِيَ أُصُولُ الْفِقْهِ فِي الْحَقِيقَةِ، وبِهَا يَرْتَقِي الْفَقِيهُ إلَى دَرَجَةِ الِاجْتِهَادِ وَلَو فِي الْفَتْوَى"[103]، فيندرج تحتها كما قلنا مسائل فقهية وفروع متعددة، وقد يتفرع عنها قواعد فرعية.

سنتناول في هذا البند القواعد التي تتعلق وترتبط بموضوع الدراسة (توابع العقد المالية) بذكر القاعدة ومفهومها وذكر بعض الأمثلة حولها.

تعتبر قاعدة (**التابع تابع**)[104] من القواعد الفقهية الفرعية الكلية، وتأتي بصيغ متعددة، منها:

لفظ: **(التابع يثبت له حكم الأصل)**[105].

لفظ: **(ثبوت الحكم في المبيع بثبوته في الأصل)**[106].

مفهوم القاعدة: ويراد بها ثبوت حكم الأصل للتابع بالإيجاب أو التحريم أو الندب أو الكراهية أو الإباحة، فليس له حكم منفرد أو مستقل عن الأصل، يقول الشيخ الزرقا:" التَّابِع لشَيْء فِي الْوُجُود، بِأَن كَانَ جُزْءاً مِمَّا يضرّهُ التَّبْعِيض، كالجلد من الْحَيَوَان، أو كالجزء وَذَلِكَ كالجنين وكالفص للخاتم، فَلَو أقرّ بِخَاتم دخل فصه. أو كَانَ وَصفاً فِيهِ، كالشجر وَالْبناء القائمين فِي الأَرْض، أو كَانَ من ضروراته، كالطريق للدَّار

[98] الشاطبي، الموافقات (ج446/3).
[99] [مالك: الموطأ، باب في مال المملوك، 307/2: حديث رقم 2477].
[100] أبو الفضل، طرح التثريب في شرح التقريب (ج123/6).
[101] ابن قدامة، المغني (ج130/4).
[102] التفتازاني، شرح التلويح (ج35/1). الحموي، غمز عيون البصائر (ج51/1). السبكي، الأشباه والنظائر (ج23/1).
[103] ابن نجيم، الأشباه والنظائر (ج14/1).
[104] السيوطي، الأشباه والنظائر،(ص177). ابن نجيم، الأشباه والنظائر (ص120). الزرقا، المدخل الفقهي (الفقرة 634).
[105] ابن قدامة، المغني (ج43/4). الشاطبي، الموافقات (ج108/3).
[106] السرخسي، المبسوط (ج136/26).

وكالعجول للبقرة الحلوب والمفتاح للقفل وكالجفن والحمائل للسيف. فَلَو أقرّ بِسيف دخل جفْنه وحمائله (تَابع) لَهُ فِي الحكم، فَيدْخل الْجَنِين فِي بيع الْأُم تبعا وَإِن لم ينص عَلَيْهِ"[107].

مثالها: دخول الجنين في بيع الأم فلا يباع منفرداً، ودخول المفتاح في بيع القفل[108].

ويتفرع عن قاعدة (التابع تابع) قواعد فرعية، منها:

أولاً: قاعدة (التابع لا يتقدم على المتبوع)[109]:

مفهومها: أن حكم التابع إنما يكون تابعاً لحكم متبوعه " فلا يجوز أن يتقدم عليه في الفعل والعمل، لأنه إذا تقدم في الفعل تقدم في الحكم وهذا تناقض"[110].

ومثالها: عدم صحة تقدم المأموم على الإمام في الصلاة، فهو يفعلها تبعاً لإمامه وجوباً ولو فعلها استقلالاً لبطلت صلاته[111].

ثانياً: قاعدة (التابع لا يفرد بحكم)[112]:

مفهومها: هذه القاعدة بمعنى القاعدة الفرعية الكلية (التابع تابع)، وهي تقرير لما جاء فيها من أن الشيء إذا كان تابعاً لغيره فهو يتبعه في الحكم، فلا يفرد ويستقل بأمرٍ ولا نهي ولا كراهةٍ ولا إباحةٍ ولا ندبٍ، فلا ينفرد بحكمٍ إلا إن أصبح مقصوداً بالعقد، وحينها يصبح أصلا لا تابعاً[113].

مثالها: الدود المتولد في الطعام يجوز أكله معه، تبعاً لا منفرداً في الأصح[114]، وكذا بيع الحمل دون أمه[115].

---

[107] الزرقا، شرح القواعد الفقهية (ص253).

[108] المرجع السابق، (ص253).

[109] الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية (ج236/1). ابن قدامة، المغني (ج253/1). السيوطي، الأشباه والنظائر (ص119). ابن نجيم، الأشباه والنظائر (ص121).

[110] البورنو، موسوعة القواعد الفقهية (ج162/1).

[111] ابن نجيم، الاشباه والنظائر (ص103). البورنو، موسوعة القواعد الفقهية (ج162/2). البورنو، الوجيز (ص339).

[112] الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية (ج234/1). السيوطي، الأشباه والنظائر (ص117). ابن نجيم، الأشباه والنظائر (ص120). البورنو، موسوعة القواعد الفقهية (ج164/1).

[113] ولهذا المعنى اشار الإمام المازري فقال:(التبع حكمه حكم المتبوع)، المازري، شرح التلقين (ج295/1). واشار اليها ابن نجيم فقال:(القاعدة الرابعة" التابع تابع" تدخل فيها قواعد: الأولى:" انه لا يفرد بالحكم")،ابن نجيم،الأشباه والنظائر (ج102/1).

[114] السيوطي،الاشباه والنظائر (ج263/1).

[115] " نهى رسول الله عن بيع حبل الحبلة":[البخاري: صحيح البخاري، كتاب البيوع/ باب بيع الغرر وحبل الحبلة، 753/2: حديث رقم 2036]. [مسلم: صحيح مسلم، كتاب البيوع/ باب تحريم بيع حبل الحبلة، 221/10 حديث رقم 1514].

ثالثاً: قاعدة (التابع لا يستتبع غيره فيما كان تابعاً)[116]

مفهومها: ويراد بها أن التابع لا يصير أصلاً لغيره[117].

مثالها: إذا قطع أصابع اليد وحدها وجبت الدية فيها، فإن قطع اليد من الكوع، لم يلزمه أكثر من الدية أي دية اليد، ويجعل الكف تبعاً للأصابع[118].

رابعاً: قاعدة (التابع يسقط بسقوط المتبوع)[119]:

مفهومها: الشيء الذي يكون وجوده مرتبطاً بوجود الأصل، فالتابع يسقط بسقوط المتبوع ولا يصح العكس،يعني أن المتبوع لا يسقط بسقوط التابع أولا يسقط الأصل إذا سقط الفرع[120].

والمراد بالتابع الذي يسقط بسقوط متبوعه هو ذلك التابع الذي يتبع غيره في الوجود حساً كمنافع العروض والحيوان والعقار، أو عقلاً كسائر أنواع التوابع التي لا يتصور وجودها بدون الأصل.

مثالها: لو بريء الأصيل من الدين تبرأ معه ذمة الكفيل، فلا يجوز مطالبة الكفيل إذا برأت ذمة المدين الأصيل، ولو برأت ذمة الكفيل لا يلزم منها براءة ذمة المدين الأصيل[121].

خامساً: قاعدة (يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها)[122]:

مفهوم القاعدة: يغتفر في التابع إذا كان تابعاً ويتسامح فيه ويتساهل فيما لا يتسامح فيه لو كان أصيلاً، فإذا صار التابع متبوعاً أي أصيلاً ومقصوداً لا يغتفر ولا يتسامح فيه، وأصل هذه القاعدة عند الكرخي قوله:" الأصل أنه قد يثبت الشيء تبعاً وحكماً وإن كان يبطل قصداً"[123].

مثالها: الجنين في بطن الذبيحة إذا كان خلقاً تاماً جاز أكله عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومالك والشافعي واحمد رحمهم الله، لتبعيته لأمه أي بالذبح، لِأن ذكاة أمه ذكاة له، مع أنه لا يجوز أكله بدون ذبح لو ولدته حياً فمات أو خرج من بطنها بعد ذبحها وهو حي[124].

---

[116] الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية (ج237/1).

[117] البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (ص343).

[118] السرخسي، المبسوط (ج82/26).

[119] الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية (ج235/1). السيوطي، الأشباه والنظائر(ص118). ابن نجيم، الأشباه والنظائر (ص121). البورنو، موسوعة القواعد الفقهية (ج165/1).

[120] الزرقا، المدخل الفقهي العام (ج1119/2). البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (ص334).

[121] الزرقا، شرح القواعد الفقهية (ص283-284).

[122] الحموي، غمز عيون البصائر (ج51/1). السيوطي، الأشباه والنظائر (ص118). ابن نجيم، الأشباه والنظائر (ص121). البورنو، موسوعة القواعد الفقهية (ج165/1). الزرقا، المدخل الفقهي العام (ج1119/2). البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (ص334).

[123] الكرخي، أصول الكرخي مع تأسيس النظر (ص111). البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (ص411).

[124] البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (ص411).

ومثالها أيضاً أن من شروط النسب أن يكون بشهادة ذَكَرَينِ، فلا تقبل شهادة النساء فيه، بينما تقبل شهادتهن بالولادة لأنها مما لا يطلع عليه الرجال، فلو شهدت بالولادة على الفراش قبلت شهادتهن وثبت بها النسب تبعاً[125].

هذه طائفة من القواعد الفرعية والتي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمضمون التوابع لما تشتمل عليه وتحيط به من المسائل الكثيرة، فكانت قاعدة (التابع تابع) أصلاً وأساساً لهذه القواعد وهي بمجموعها تتطرق وتتناول (توابع العقد المالية) بوجه خاص، وتجنبنا في الدراسة ذكر القواعد الفقهية التي تتناول التبعية بوجه عام.

المبحث الثالث: أثر عدم أداء توابع العقد أو الإخلال بها للطرف المستحق في العقد

المطلب الأول: أثر وجود الغرر في توابع العقد

الغرر لغة: هو الخطر[126]، ومنه: سمي الشيطان بالغرور[127] كما في قوله تعالى:﴿ وَلَا يَغُرَّنَّكُم بِاللَّهِ الْغَرُورُ ﴾[لقمان: 33]، ويطلق على: الغفلة ومنه قولهم: صبحهم الجيش وهم غارون أي: غافلون[128]، ويطلق أيضاً على: مجهول العاقبة [129],أو المعرض للهلاك ومنه: حبل غرر: غير موثوق به [130],وقيل: هو ما كان له ظاهر يغر المشتري وباطن مجهول[131].

الغرر اصطلاحاً: عرَّفه السرخسي: بأنه "ما يكون مستور العاقبة"[132]، وعرَّفه القرافي: بأنه "الذي لا يُدرى هل يحصل أم لا"[133]، وعرَّفه السبكي: بأنه "ما انطوى عليه أمره، وخفي عليه عاقبته"[134].

فالغرر اسم جامع لما كان مجهولا والذي لا يُعلَم حدوثه مستقبلاً من عدمه، وهنالك من جعل من فروع الغرر الجهالة، يقول ابن تيمية:" وَأَمَّا الْغَرَرُ فَإِنَّهُ ثَلَاثَةُ أَنْوَاعٍ: إمَّا الْمَعْدُومُ، كَحَبَلِ الْحَبَلَةِ، وَبَيْعِ السِّنِينَ، وَإِمَّا الْمَعْجُوزُ عَنْ تَسْلِيمِهِ كَالْعَبْدِ الْآبِقِ، وَإِمَّا الْمَجْهُولُ الْمُطْلَقُ، أو الْمُعَيَّنُ

---

[125] المرجع السابق، (ص286).

[126] الفيومي، المصباح المنير (ج496/6). الرازي، مختار الصحاح(ج488/1). الفارابي، الصحاح في اللغة(ج16/2). أحمد الزيات وآخرون، المعجم الوسيط (ج648/2). الزبيدي، تاج العروس (ج216/13). ابن منظور، لسان العرب (ج11/5). الرازي، مختار الصحاح (ج488/1). ابن فارس، معجم مقاييس اللغة (ج381/4).

[127] الفارابي، الصحاح في اللغة (ج16/2).

[128] الزمخشري، أساس البلاغة (ج331/1).

[129] الجرجاني، التعريفات (ج208/1). ابو البقاء، الكليات (ج1069/1).

[130] احمد الزيات وآخرون، المعجم الوسيط (ج648/2).

[131] الزبيدي، تاج العروس (ج216/13). ابن منظور، لسان العرب (ج11/،5).

(132) السرخسي، المبسوط (ج68/13).

(133) القرافي، الفروق (ج265/3).

(134) السبكي، تكملة المجموع (ج257/9).

الْمَجْهُولُ جِنْسُهُ أو قَدْرُهُ، كَقَوْلِهِ: بِعْتُكَ عَبْدًا، أو بِعْتُكَ مَا فِي بَيْتِي، أو بِعْتُكَ عَبِيدِي"[135]، وقد عرف ابن تيمية الغرر: بأنه" المجهول العاقبة"[136].

فالجهالة لغة: هي من جهلت الشيء خلاف علمته ومثلها الجهل، والجهالة أَنْ تَفْعَل فِعْلاً بِغَيْرِ عِلْمٍ [137].

و**الجهالة اصطلاحاً:** يستخدمونها للإنسان الذي لا يعرف أمراً خارجاً عنه غير متعلقٍ به، كالإجارة، والإعارة، والمبيع، والشراء ونحو ذلك[138].

يلاحظ مما سبق أن الغرر أعم من الجهالة، فكل مجهول غرر، وليس كل غرر مجهول[139]، والغرر ينقسم من حيث تأثيره على العقد إلى غرر مؤثر و غرر غير مؤثر[140]، والغرر المؤثر له شروط، وهي:

1. أن يكون الغرر كثيراً.

قال القرافي:" الغرر والجهالة أي في البيع ثلاثة أقسام: كثير ممتنع إجماعاً...، وقليل جائز إجماعاً...، ومتوسط اختلف فيه"[141]، وفي ضبط الكثرة والقلة يقول الباجي:"الغرر الكثير هو ما غلب على العقد حتى أصبح العقد يوصف به" [142].

2. أن يكون الغرر في المعقود عليه أصالة: أما إذا كان الغرر تابعاً للمعقود عليه فإنه لا يؤثر في العقد، وفي القواعد الفقهية:"يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها" [143].

3. ألَّا تدعو للعقد حاجة: فإن كان للناس حاجة لم يؤثر الغرر في العقد، وكان العقد صحيحاً. قال النووي: "مدار البطلان بسبب الغرر، والصحة مع وجوده: أنه إذا دعت الحاجة إلى ارتكاب الغرر، ولا يمكن الاحتراز عنه إلا بمشقة، أو كان الغرر حقيراً – يسيراً– جاز البيع وإلا فلا"[144].

4. أن يكون الغرر في عقد من عقود المعاوضات المالية: أما عقود التبرعات والاشتراكات فلا يؤثر فيها الغرر[145].

---

[135] ابن تيمية، الفروق النورانية (ج171/1).

[136] المرجع السابق، (ص138).

[137] الزبيدي، تاج العروس (ج99/5). ابن منظور، لسان العرب (ج90/2). قلعجي وقنيبي، معجم لغة الفقهاء (ج168/1). أحمد الزيات وآخرون، المعجم الوسيط(ج144/1).

[138] الموسوعة الفقهية الكويتية (167/16)

[139] الضرير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي (ص39).

[140] ابن رشد، بداية المجتهد (ج187/2).

[141] القرافي، الفروق (ج265/3).

[142] الباجي، المنتقى (ج41/5).

[143] السيوطي، الأشباه والنظائر (ص228).

[144] السبكي، المجموع (ج258/9).

[145] ابن رشد، بداية المجتهد (ج402/2). ابن تيمية، مجموع الفتاوى (ج270/31). ابن القيم، إعلام الموقعين (ج9/2).

المطلب الثاني: أثر ترتب الربا على العقد إن كان من توابعه أو كان في توابعه.

حرم الله تبارك وتعالى الربا تحريماً قاطعاً، قال تعالى:﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾[البقرة: 275]، بل وحذر منه أشد تحذير قال تعالى:﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ﴾[البقرة: 275]، وقد توعد الله أكل الربا والمتعامل به بالحرب، قال تعالى:﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ (278) فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ(279) ﴾[البقرة: 278-279].

ولقد أكدت السنة النبوية على هذا المعنى، جاء في السنة النبوية من تحذير المصطفى ﷺ، فعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ:(اجْتَنِبُوا السَّبْعَ المُوبِقَاتِ)، قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ وَمَا هُنَّ؟ قَالَ: (الشِّرْكُ بِاللَّهِ، وَالسِّحْرُ، وَقَتْلُ النَّفْسِ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالحَقِّ، وَأَكْلُ الرِّبَا، وَأَكْلُ مَالِ اليَتِيمِ، وَالتَّوَلِّي يَوْمَ الزَّحْفِ، وَقَذْفُ المُحْصَنَاتِ المُؤْمِنَاتِ الغَافِلاَتِ)[146]، والشارع الحكيم وإن تجاوز عن الغرر اليسير إلا أنه لم يتجاوز في الربا عن اليسير منه، بل نجده قد تسامح مع الغرر لأجل الضرورة والحاجة ولم يتسامح فيها مع الربا، لأن مفسدة الربا أعظم من مفسدة الغرر، وقد بين ذلك ابن تيمية بقوله:" ومفسدة الغرر أقل من الربا، فلذلك رخص فيما تدعو إليه الحاجة بخلاف الربا؛ فإن تحريمه أشد ضررًا من ضرر كونه غررًا، مثل بيع العقار جملة وإن لم يعلم دواخل الحيطان والأساس، ومثل بيع الحيوان الحامل أو المرضع، وإن لم يعلم مقدار الحمل أو اللبن، فظهر أنه يجوز من الغرر اليسير ضمنًا وتبعًا ما لا يجوز من غيره"[147]، وأكَّد السبكي صحة المعاملة بالغرر للضرورة، وعدم صحتها في الربا فقال: "ولا يلزم من جعله تابعًا في انتفاء الغرر أن يكون تابعًا في انتفاء الربا، كالثمرة قبل بدو الصلاح إذا بيعت مع أصلها تابعة من غير شرط القطع جاز، ولو باع نخلة مثمرة بتمر لم يصح فكان ربا، فتبعت في انتفاء الغرر، ولم تتبع في انتفاء الربا" [148].

ولقد بينت لنا السنة المطهرة الأصناف الربوية، قال ﷺ:(الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح مِثْلاً بِمِثْلٍ، يدًا بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى، الآخذ والمعطي فيه سواء)[149]، كما بينت السنة المطهرة لنا الأموال الربوية كذلك بينت الشروط الواجب تحرّيها لتجنب الوقوع في الربا قال ﷺ:(لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا سواءً بسواء، والفضة بالفضة إلا سواءً بسواء، وبيعوا الذهب بالفضة، والفضة بالذهب كيف شئتم)[150]، إذ بينت لنا وجوب التماثل والتقابض بين ماليين ربويين إذا بيع أحدهما بالأخر وكانا من جنس واحد أو وجوب التقابل في المجلس إذا اختلف الجنس وكانا من علة واحدة.

وعلى ضوء هذه الأحاديث النبوية، اتفق الفقهاء على ضرورة اشتراط التماثل والتقابض يداً بيد في مجلس العقد، فيُحكم بصحة العقد إذا توافرت فيه هذه الشروط الشرعية، ويُحكم بفساده إذا لم تتوافر فيه تلك الشروط.

---

[146] [البخاري: صحيح البخاري، باب قول الله:" الذين يأكلون الربا"، 10/4: حديث رقم 2766]. [مسلم: صحيح مسلم، باب بيان الكبائر وأكبرها، 92/1 حديث رقم 89].

[147] ابن تيمية، القواعد النورانية (ج172/1).

[148] السبكي، المجموع شرح المهذب مع تكملة السبكي والمطيعي (ج145/11-153).

[149] [مسلم: صحيح مسلم، كتاب المساقاة/باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا، 48/5: حديث رقم 4148].

[150] [البخاري: صحيح البخاري، كتاب البيوع/ باب بيع الفضة بالفضة، 97/3: حديث رقم 2175].

جاء في القواعد الفقهية "يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها"[151] وقاعدة "الأصل أنه قد يثبت الشيء تبعاً وحكماً وإن كان يبطل قصداً"[152]، وقاعدة "يغتفر في الشيء إذا كان تابعاً مالا يغتفر إذا كان مقصوداً"[153]، وقاعدة" يُغْتَفَرُ فِي الشَّيْءِ ضِمْنًا مَا لَا يُغْتَفَرُ قَصْدًا"[154]، وهذه القواعد بمجموعها تحمل معنى واحد وهو أن الشرع قد تسامح في الشيء إن كان تبعاً ما لا يتسامح فيه لو كان هو ذاته مقصوداً أصيلاً.

فلو اشترط في الشاة أو البقرة أنها تحلب قدراً معيناً من الحليب، لم يصح العقد لتعذر الوفاء به، جاء في الحديث عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قَالَ:(مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ، فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ، وَمَنْ بَاعَ نَخْلًا مُؤَبَّرًا، فَالثَّمَرَةُ لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ)[155]، وللعلماء في هذه المسألة وأشباهها في اغتفار الربا في توابع العقد المالية ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب أصحاب هذا القول إلى جواز اغتفار الربا في التابع مطلقاً، وذلك لإطلاق الحديث بجواز صحة اشتراط المشتري مال العبد، وممن ذهب إلى هذا القول المالكية[156] والشافعي في القديم[157] وبعض الشافعية[158].

وقد بين ذلك مالك بوضوح في قوله: " الأمر المجتمع عليه عندنا أن المبتاع إن اشترط مال العبد فهو له، نقداً كان أو ديناً، أو عرضاً يعلم، أو لا يعلم، وإنْ كان للعبد من المال أكثر مما اشترى به كان ثمنه نقداً أودينا أو عرضاً"[159]، وأوضح الرمْلِيُّ الشافعي مسألة اغتفار الربا والتسامح فيه من قبل الشارع في التابع مطلقًا حيث قال:" لا أثر للجهل بالمفسد في باب الربا محله في غير التابع، أما التابع فيتسامح بجهله"[160]

القول الثاني: جواز اغتفار الربا في التابع بشرط الاعتبار للقصد، فإن كان القصد للعبد لا للمال صحَّ بذلك اشتراطه، وممن ذهب إلى هذا القول بعض المالكية[161] والحنابلة[162].

---

[151] الحموي، غمز عيون البصائر (ج1، ص51). السيوطي، الأشباه والنظائر (ص118). ابن نجيم، الأشباه والنظائر (ص121). البورنو، موسوعة القواعد الفقهية (ج165/1). الزرقا، المدخل الفقهي العام (ج1119/2). البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية (ص334).

[152] الكرخي، أصول الكرخي (ص114).

[153] الزركشي، المنثور (ج376/3).

[154] ابن نجيم، الأشباه وَالنَّظَائِرُ (ج103/1).

[155] [مالك: موطأ الإمام مالك، باب في مال المملوك، 307/2: حديث رقم 2477]. [ابن حنبل، مسند ابن حنبل، مسند عبدالله بن عمر، 153/8: حديث رقم 4552]، قال عنه شعيب الأرنؤوط: إسناده صحيح على شرط الشيخين.

[156] الخطابي، معالم السنن (ج179/3). ابن عبدالبر، الكافي في فقه أهل المدينة (ج689/2).

[157] أبو الفضل، طرح التثريب (ج123/6).

[158] الماوردي، الحاوي الكبير (ج268/5).

[159] مالك، الموطأ (ج308/2).

[160] الرمْلِيُّ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (ج440/3).

[161] ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (ج399/2).

[162] ابن قدامة، المغني (ج129/4-130).

ذكر ابن شاس أنه إذا كان الأتباع في العقود مقصودة فالبيع ممنوع عنه وغير صحيح، وإذا كانت غير مقصودة، فالبيع صحيح وإنْ كان فيها الربا؛ لأنها لا حصة لها من ثمن المبيع[163]. وصرح ابن قدامة بهذا الاغتفار بسبب التبعية، وصحة التعامل به، وقال:" لا أعلم فيه خلافًا"، معللاً ذلك بأنه غير مقصود بالبيع، فوجوده في العقد كعدمه من حيث التأثير، كدار مموه سقفها بالذهب"[164].

القول الثالث: ذهب أصحاب هذا القول بمنع اغتفار الربا في التابع مطلقاً وعدم صحة العقد، لأن الربا لا يغتفر لا في التابع ولا المتبوع الأصيل، وممن ذهب إلى هذا القول الحنفية[165] والشافعي في القول الجديد[166]، وقد استدلوا بحديث رسول الله الذي رواه مسلم من طريق علي بن رباح اللخمي يقول :سمعت فضالة بن عبيد الأنصاري الذي يقول: (أتي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بخيبر بقلادة فيها خرز وذهب، وهي من المغانم تباع، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده، ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم: (الذهب بالذهب وزناً بوزن)، وجاء في رواية أخرى عن مسلم أيضاً:(لا تباع حتى تفصل)[167].

يدل هذا الحديث على النهي عن بيع الذهب بالذهب ومع أحد البدلين شيء غير الذهب، ولو تأملنا دليلهم لوجدناهم يجوزون بيع العبد مع ماله بشرط التحرز من الربا[168].

من الأقوال السابقة نجد أن الفقهاء يكادوا أن يجمعوا على اغتفار الربا في توابع العقد لولا بعض الفوارق البسيطة في الأدلة التي استدلوا بها، ومع هذا كان لابد من ضوابط يجب مراعاتها لاغتفار الربا في توابع العقد:

أولاً: أن يكون المال تابعاً وليس أصلاً في مال الربا[169].

ثانياً: أن لا يكون التابع مقصوداً في العقد والمعاملة، لِأن العقد يتوجه نحو الأصل، وهو غير مقصود لذاته[170].

ثالثاً: أن لا ينفرد التابع بحكم خاص، فإذا انفرد بحكم خاص لم يعد تابعاً[171] لأن" التابع لا يفرد بحكم"[172].

---

[163] ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (ج399/2).

[164] ابن قدامة، المغني (ج30/4).

[165] ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (ج381/5).

[166] الْمُزنِي، مختصر الْمُزنِيّ (ج181/1).

[167] [مسلم: صحيح مسلم، كتاب المساقاة/ باب بيع القلادة فيها خرز وذهب، 1214/3 : حديث رقم 1591].

[168] [النووي:المنهاج شرح صحيح مسلم، كتاب البيوع/من باع نخلا قد أبرت، 190/10-191: حديث رقم 1543].

[169] ذكر ابن رجب الحنبلي أن الربا إذا كان غير مقصود بالأصالة، وإنما هو تابع لغيره فهذا على ثلاثة أنواع :أحدها :أنّ المال الذي أضيف إليه التابع ليس مالاً ربويًا، كالدار المموه سقفها بالذهب أو الفضة وتباع بجنسها، وبيع النخلة مع الرطب فهذا جائز لأن المال الربوي في التابع، والثاني: ما يقصد تابعًا لغيره وهو ليس أصلاً لمال الربا، كبيع العبد الذي معه مال بمال آخر من جنسه ثمنه، إذا كان المقصود الأصلي في العقد العبد لا المال؛ والنوع الثالث: ما لا يقصد عادة وهو تابع، وهومال ربوي في الأصل إذا بيع بما فيه، والتابع منه ما يجوز إفراده بالبيع، كبيع مال العبد، ورطب النخلة برطب، أولا يجوز إفراده بالبيع، كبيع حيوان لبون بلبن، أو ذات صوف بصوف، أو بيع الثمر بالنوى. ابن رجب، القواعد الفقهية (ج286/1).

[170] الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة (ص468-469).

[171] المرجع السابق، (ص441).

[172] الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية (ج234/1). السيوطي، الأشباه والنظائر(ص117). ابن نجيم، الأشباه والنظائر (ص120). البورنو، موسوعة القواعد الفقهية (ج164/1).

المطلب الثالث: أثر موت أحد المتعاقدين على الالتزامات العقدية،

هل تنتقل الالتزامات المالية إلى الورثة بموت أحد المتعاقدين

إذا مات الإنسان انقطعت علاقته بالدنيا، وانقطعت علاقته المباشرة بماله، وانتقلت الى أشخاص آخرين هم الورثة، ولقد أعطى الله عز وجل الإنسان حقاً بسيط في أمواله يتصرف به عند موته حسب إرادته بعد وفاته، ولهذا شرع الله الوصية، قال تعالى:﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْدَيْنٍ﴾[النساء الآية 12]، وقوله ﷺ:(إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم)[173]، فإذا كان هذا التصرف مما أذن به الشرع للمسلم ويلزم به الورثة وجوباً بعد وفاته في ثلث التركة بعد سداد الديون. والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن بخصوص إرادة الإنسان والالتزامات التي أنشأها قبل وفاته، هل يلزم بها الورثة من بعده أم لا.

لما كان الحديث عن الحقوق المالية في العقود ومنها توابع العقد المالية، فهي إحدى أمرين: إما أن تكون حقاً للمتوفى وجبت له، أو حقاً عليه وجب أداؤها للطرف الآخر. أنواع الحقوق التي يقوم بها الورثة مقام مورثهم، ذكر ابن رجب الحنبلي أن الحقوق التي يقوم بها الورثة مقام مورثهم نوعان،حقٌ له، وحقٌ عليه[174].

النوع الأول: حقوق تجب للمتوفى، وقد جعلها في قسمين:

القسم الأول: فإن كانت من الحقوق المالية، فإنها تنتقل للورثة، ولهم المطالبة باستيفائها سواء طالب المتوفى بها في حياته أم لم يطالب بها.

القسم الثاني: حقوق غير مالية، فإن كان قد طالب بها في حياته فإنها تنتقل للورثة، وإن لم يطالب بها أو لم تكن له رغبة لأنها لا تنتقل للورثة، ومثالها حق الشفعة.

النوع الثاني: وهي الحقوق التي تكون على المورِث، وهي كسابقتها جُعِلت على قسمين:

الأول: حقوق لازمة: يقوم الوارث مقام مورثه فيها، كالديون والوصية.

القسم الثاني: حقوق جائزة: إذا بطلت بوفاته فلا يلزم بها الورثة، كالهبة والأعطية حال الصحة. إذا لم تبطل فالوارث يقوم مقام مُوَرِّثِهِ كتسليم المرهون للمرتهن.

ولما كانت (توابع العقد المالية) تعد أموالاً، فإن كانت من الصنف الأول فإنها تنتقل إلى الورثة باعتبارها جزءً من التركة ولهم المطالبة باستيفائها، وإن كانت تلك الحقوق المالية وهي توابع العقد المالية حالّة النفاذ فلهم المطالبة بأدائها على الفور[175].

---

[173] [ابن ماجه: سنن ابن ماجه، باب التصدق بالثلث، 904/2: حديث رقم 2709].

[174] ابن رجب، القواعد لابن رجب (ص315).

[175] الجرجاني، شرح السراجية (ص4). مالك، المدونة (ج58/9). الدردير، الشرح الكبير (ج457/4).

قال الزركشي:" وَأَمَّا حُقُوقُ الْآدَمِيِّينَ الْمَالِيَّةُ فَإِنَّمَا تَجِبُ بِسَبَبِ مُبَاشَرَتِهِ مِنْ الْتِزَامٍ أو إتْلَافٍ وَلَا تَسْقُطُ بِالْعَجْزِ أَصْلًا، ثُمَّ إنْ كَانَتْ مُؤَجَّلَةً فَلَا تُسْتَحَقُّ إلَّا بِحُلُولِ الْأَجَلِ"[176]، أما إن كانت هذه الحقوق المالية مؤجلة لأجل فقد اتفق الفقهاء[177]على أن موت الدائن لا يحل بسببه الدين المؤجل، فلا يجوز للورثة المطالبة قبل حلول الأجل[178].

وأما إن كانت توابع العقد المالية من الحقوق المالية التي تجب على المتوفى، فهي كذلك إحدى حالتين:

الأولى: أن تكون الحقوق منجَّزة:

فإن كانت متعلقة بعين معينة من التركة، فقد اتفق على وجوب الوفاء بالحقوق المتعلقة بعين معينة كحق المشتري في استلام المبيع إذا أدى ثمنه ومات البائع قبل تسليمه إياه، فيُقدم هذا الحق على سائر الديون المتعلقة بالتركة [179].وإن لم تكن الحقوق متعلقة بعين معينة بذاتها، فما كان من التزام مالي فإنه ينفذ من التركة[180].

أما إن كان الحق المالي هو التزام بعمل معين، فإن كان رب العمل اشترط عمل المتوفى بنفسه، ففي هذه الحال يحق لرب العمل فسخ العقد لتعذر استيفاء المعقود عليه[181]، وإن لم يشترط رب العمل العمل بنفسه فيقوم الورثة مقام مورثهم أو يمكن استئجار من يقوم بالعمل مقامه من تركته[182].

الثانية: أن تكون الحقوق مؤجلة:
كحق السلم إذ هو بيع آجل بعاجل، أو كبيع المرابحة مع التقسيط، فإن تعلق الحق بدينٍ مالي مؤجل فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[183] والمالكية[184] والشافعية[185] والحنابلة[186] في إحدى روايتين عندهم إلى القول بحلول الأجل والتزام الورثة بسداد دين مورثهم في حدود تركته على وجه الحلول لا التأجيل.

---

[176] الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية (ج60/2).

[177] ابن نجيم، الأشباه والنظائر (ص304). الدسوقي، حاشية الدسوقي (ج266/3). القرافي، الذخيرة (ج172/8). السيوطي، الأشباه والنظائر (ج330/1). البهوتي، كشاف القناع (ج438/3).

[178] البهوتي، كشاف القناع (ج266/3-267). ابن مفلح، المبدع (ج151/4).

[179] الحصكفي، الدر المختار (ج759/6). الزيلعي، تبيان الحقائق (ج229/6-230).

[180] الخطاب، مواهب الجليل (ج550/2).

[181] المرجع السابق، (ص550). ابن رجب، القواعد (ص306).

[182] الحقوق المتعلقة بذمة المدين المتوفى قد تكون حقاً لله تعالى، أو حقاً للعباد بسبب النسب أو القرابة، أوقد تكون ناشئة عن العقود المختلفة ومنها عقود المعاوضات، وهذه الديون التي التزم بها الشخص قبل وفاته تعتبر أمثلة على ديون ثابتة في ذمة الملتزم المدين المتوفى. البخاري،كشف الأسرار (ج435/4).

[183] ابن نجيم، الأشباه والنظائر (ص308).

[184] الدسوقي، حاشية الدسوقي (ج266/3).

[185] الشرواني، حواشي الشرواني (ج121/5).

[186] ابن قدامة، المغني (ج281/4). ابن قدامة، الشرح الكبير (ج59/5-60).

وذهب الحنابلة في الرأي المعتمد[187] عندهم بانتقال الالتزام إلى الورثة وبقاءه على الأجل المضروب المتفق عليه ابتداءً، ولكنهم اشترطوا توثيق الورثة لهذا الدين بما لا يفوق تركته[188].

أما وإن تعلقت الحقوق بعقود مؤجلة كعقد السلم أو الاستصناع، فإن كانت وفاة (المسلَّم إليه) قبل القبض، فإن العقد يفسد أو يبطل بموته[189]. وأما إن توفي (رب السلم) بعد القبض فإن التزام(المسلم إليه) بأداء (المسلم فيه) يبقى إلى أجله ويؤديه لورثته في وقته[190]، وإن توفي (رب السلم) فلا خلاف بحلول أجل (المسلم فيه) إذا كان موجوداً وقت موته أو مما لا ينقطع من أيدي الناس[191].

لكن الخلاف إن كان (المسلَّم فيه) غير موجود وقتها:

فقد ذهب الحنفية[192] إلى القول بانتقال الالتزام إلى الورثة، وبحلول الأجل بوفاة مورثهم[193].

وذهب المالكية[194] إلى التفصيل في المسالة: فقالوا بحلول الأجل (للمسلم فيه) إذا كان مما لا ينقطع من أيدي الناس، وإن كان مما ينقطع من أيدي الناس ويوجد في أوقات معينة فقالوا: بعدم حلول الأجل وبقاءه على أجله[195].

وذهب الشافعية[196] والحنابلة[197] في أحد قولين عندهم إلى القول بحلول الأجل سواء وجد (المسلم فيه) أم لم يوجد، فإن وجد (المسلم فيه) أخذه (رب السلم) معجلاً وإن لم يكن موجوداً فلهم قولان في المسألة[198]:

القول الأول: وهو تخيير (رب السلم) بين الفسخ أو الانتظار للأجل وهو الأظهر.

القول الثاني: انفساخ العقد بمجرد التعذر، ويلزم الورثة بدفع (راس مال السلم) (لرب السلم) من مال التركة.

وما قيل بخصوص عقد السلم يقال بحق عقد الاستصناع مع بعض الفروق البسيطة لطبيعة كل عقد من العقود.

---

[187] الجصاص، مختصر اختلاف العلماء (ج269/4).

[188] البهوتي، كشاف القناع (ج438/3).

[189] البهوتي، شرح منهى الارادات (ج37/2). ابن مفلح، المبدع (ج151/4).

[190] الكاساني، بدائع الصنائع (ج13/5). ابن نجيم، الأشباه والنظائر(ص308). مالك بن انس، المدونة الكبرى (ج58/9). الدسوقي، حاشية الدسوقي(ج266/3). السيوطي، الأشباه والنظائر (ج330/1). البهوتي، كشاف القناع (ج438/3).

[191] ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (ج215/5). ابن رشد، الجد، المقدمات الممهدات (ج352/1). الشربيني، مغني المحتاج (ج106/2). البهوتي، كشاف القناع (ج304/3).

[192] ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (ج215/5).

[193] استندوا إلى اشتراطهم وجود (المسلم فيه) من حين العقد إلى حين المحل، وذلك لتدوم القدرة على التسليم فيما لو مات المسلم إليه قبل الأجل، حيث يحل الدين المؤجل بموته، فإذا كان المسلم فيه منقطعاً عند العقد موجوداً عند المحل، أو منقطعا عند المحل موجوداً عند العقد، أو منقطعاً فيما بين ذلك، لأنه لا يجوز السلم ابتداءً: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (ج215/5).

[194] مالك بن انس، المدونة (ج58/9). ابن رشد، الجد، المقدمات الممهدات (ج352/1). القرافي، الذخيرة (ج172/8).

[195] القرافي، الذخيرة (ج172/8).

[196] الشربيني، مغني المحتاج (ج106/2). الشرواني، حواشي الشرواني (ج14/5). النووي، روضة الطالبين (ج11/4-12).

[197] البهوتي، كشاف القناع (ج438/3). ابن تيمية، المحرر في الفقه (ج334/1). ابن قدامة، المغني (ج281/4).

[198] البهوتي، كشاف القناع (ج304/3) و(ج438/3). ابن قدامة، المغني (ج196/4).

الخاتمة:

في ختام بحثي لموضوع (توابع العقد المالية مفهومها وتكييفها الفقهي)، أرجو من الله تبارك وتعالى، أن أكون قد وفقت في إعطاء صورة واضحة عنها، والإحاطة بجزئياتها المتناثرة في بطون الكتب، وأود أن أبين أهم النتائج التي توصلت إليها، ثم التوصيات، كما يلي:

النتائج، وهي على النحو الآتي:

1- توابع العقد المالية يراد بها:" ما لا يوجد مستقلاً بنفسه بل وجوده مرتبطٌ بالعقد حقيقةً أو حكما".
2- للتبعية أقسام ذكرها بعض الفقهاء وإن لم يفصّلوا فيها أو يحيطوا بجميع جوانبها.
3- القواعد الفقهية كثيرة جداً يندرج تحتها مالا يحصى من الفروع والتطبيقات الفقهية، التي نجدها متناثرة في مختلف أبواب الفقه، وهنا تظهر أهميتها وحاجة الفقيه الملحّة إليها.
4- يدور المعنى العام لقاعدة " التّابع تابع " وما يندرج تحتها من قواعد كليه حول مفهوم التبعية وآثارها.
5- عند إنشاء العقد لا ينظر للألفاظ التي يستعملها العاقدان في الإيجاب والقبول، بل ينظر إلى مقاصدهم الحقيقية؛ لأن المقصود الحقيقي هو المعنى وليس اللفظ.
6- يصح اشتراط الشروط واقترانها بالعقود المالية إذا كانت مما يقتضيه العقد أو يؤكد مقتضى العقد، أوفيه منفعة لأحد المتعاقدين.
7- لا يجوز اشتراط الشروط المناقضة لمقصود العقد أو المخالفة للكتاب والسنة والإجماع، أو مما يستحيل الوفاء به.
8- يحكم الفقهاء على العقود التي لم تتوافر فيها الشروط الشرعية كعقود المحرمة، بسبب أن النشاط التعاملي محرم، أو لقيام العقد على الربا، أو بنائه على الغش والتدليس أو الغرر وغيرها من مفسدات العقود.

التوصيات:

1. دراسة القضايا الفقهية المستجدة المتعلقة بتوابع العقد في العقود والمعاملات.
2. إعادة النظر في الضوابط التي يُحكم من خلالها على العقود بالصحة أو البطلان، وهل المقاصد –وحدها– مناط الصحة أو الألفاظ الدالة على الإيجاب والقبول لظهورها.
3. تفعيل قاعدة:(التابع تابع) وبيان أثرها في العقود والمستجدات.
4. تفعيل القواعد الخاصة بالمعاملات، ومن أهمها قاعدة لها علاقة بالموضوع، وهي:"العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني" وأن تكون أساسًا للاجتهاد الفقهي في المستجدات.
5. مراجعة بعض الشروط المقترنة بالعقود لتنسجم مع مقاصد الشريعة في العقود والمعاملات.

وفي الختام أسأل الله تعالى أن يجعل أعمالنا كلها خالصة لوجهه الكريم وأن أكون قد وفقت. فإن أحسنت فمن الله وحده فهو حسبي وهو نعم المولى ونعم النصير، وإن أخطأت فمن نفسي والشيطان. وآخر دعوانا أن الحمد لله ربِّ العالمين والصلاة والسلام على رسوله الأمين وعلى آله وصحبه أجمعين.

المراجع:

ابن الأثير، مجد الدين أبو السعادات الجزري، (ت: 606هـ)، (1979م)، *النهاية في غريب الحديث والأثر*،(د.ط)، بيروت: المكتبة العلمية.

ابن الحسن، أبو عبدالله محمد الشيباني (ت: 189هـ)، (1403هـ)، *الحجة على أهل المدينة*، تحقيق: مهدي حسن الكيلاني، ط3، بيروت: عالم الكتب.

أبو الحسن، نور الدين السندي، (1406هـ)، *حاشية السندي على سنن النسائي*، ط2، حلب: مكتب المطبوعات الإسلامية.

أبو الفضل، عبدالرحيم العراقي،(2000م)، *طرح التثريب في شرح التقريب*، بيروت: دار الكتب العلمية.

إبن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين (ت: 751هـ)، (1973م)، *إعلام الموقعين*، بيروت: دار الجيل.

الأزهري، محمد بن احمد الهروي، (2001م)، *تهذيب اللغة*، تحقيق:عبدالسلام محمد هارون، الطبعة الأولى، بيروت: دار إحياء التراث العربي.

الأصفهاني، ابو القاسم الحسين بن محمد، (1412هـ)، *المفردات في غريب القرآن*، تحقيق:صفوان عدنان الداودي، ط1، بيروت: دار القلم.

الألباني، أبو عبدالرحمن محمد ناصر الدين (ت 1420هـ)، *صحيح وضعيف سنن إبن ماجه*، مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة، الإسكندرية.

البابرتي، جمال الدين الرومي (ت 786هـ)، *الهداية مع تكملة فتح القدير وشرح العناية*، (د.ط). مصطفى الحلبي بالقاهرة.

البابرتي، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبدالله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي (ت786هـ)، *العناية شرح الهداية*، بيروت: دار الفكر.

البجيرمي، سليمان بن عمر، (1951م)، *حاشية البجيرمي على الخطيب محمد الشربيني*، (د.ط)، القاهرة: مطبعة مصطفى البابي الحلبي.

البخاري، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد(ت:730هـ)، (1974م)، *كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي*، بيروت: دار الكتاب العربي.

البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله الجعفي،(1422هـ)، *صحيح البخاري*، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، شرح وتعليق مصطفى ديب البغا، الطبعة الأولى، بيروت: دار طوق النجاة.

البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس،(د ت)، *كشف القناع عن متن الإقناع*، الرياض: مكتبة النصر الحديثة.

البورنو، محمد صدقي، (1996م)، *الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية*، الطبعة الرابعة، بيروت: مؤسسة الرسالة.

البورنو، محمد صدقي، (1997م)، *موسوعة القواعد الفقهية*، ط1، الرياض: مكتبة التوبة.

البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن الخراساني(ت 458هـ)، (2003م)، *شعب الإيمان*، حققه وراجع نصوصه وخرج أحاديثه عبد العلي عبد الحميد حامد، ط1، الرياض: مكتبة الرشد للنشر والتوزيع بالتعاون مع الدار السلفية ببومباي بالهند.

التركي، عبد الله بن عبد المحسن، (1990م)، *أصول مذهب الإمام أحمد بن حنبل*، ط3، بيروت: مؤسسة الرسالة،.

ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم، (1422هـ)، *القواعد النورانية*، تحقيق: أحمد بن محمد الخليل، ط1، السعودية: دار ابن الجوزي.

ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام (ت 728هـ)، (1987م)، *الفتاوى الكبرى لابن تيمية*، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية.

الجرجاني، أبو الحسن علي بن محمد بن علي الحسيني (ت 816 هـ)، (2000م)، *التعريفات*، وضع حواشيه وفهارسه محمد باسل عيون السود، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية.

الجزي، محمد بن أحمد الكلبي الغرناطي، (1397هـ)، *القوانين الفقهية*، تحقيق عبدالسلام هارون، ط4، القاهرة: مكتبة الخانجي.

جمعة، أبو عبدالرحمن عبد المجيد الجزائري، (1421هـ)، *القواعد الفقهية المستخرجة من إعلام الموقعين*، ط1، الرياض: دار ابن القيم.

الجوهري، أبو نصر إسماعيل بن حماد الفارابي (ت393هـ)،(1987 م)، *الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية*،تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، ط4، بيروت: دار العلم للملايين.

حبيب، سعدي أبو حبيب، (1424هـ)، *القاموس الفقهي لغة واصطلاحا*، ط1، دمشق: دار الفكر.

الحطاب، شمس الدين أبو عبدالله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي (ت 954هـ)،(1992م)، *مواهب الجليل في شرح مختصر خليل*، ط3، دمشق:دار الفكر.

ابن حنبل، أبو عبدالله أحمد بن محمد بن هلال بن أسد الشيباني (ت241هـ)، (2001 م)،*مسند الإمام أحمد بن حنبل*، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرون، الطبعة الأولى، بيروت: مؤسسة الرسالة.

أبو داوود، أبو سليمان بن الأشعث السجستاني(ت 275هـ)، (1993)، *سنن أبي داوود*، تحقيق محمد محي الدين عبدالحميد، ط1، بيروت: المكتبة العصرية.

الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد بن احمد العدوي(ت: 1201هـ)، (1995م)، *الشرح الصغير*، مطبوع مع كتاب بلغة السالك للصاوي، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية.

الدسوقي شمس الدين محمد عرفة (ت 1230هـ)،(د.ت)، *حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير*، القاهرة: طبعة عيسى الحلبي.

ابن رجب، زين الدين بن عبدالرحمن بن احمد الحنبلي، (1998م)، *تقرير القواعد وتحرير الفوائد*، تحقيق: مشهور ال سلمان، ط1، السعودية: دار عفان.

ابن رشد الجد، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي (ت 520هـ)، (1988م)، *المقدمات الممهدات*، ط1، بيروت: دار الغرب الإسلامي.

ابن رشد الحفيد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد (ت595هـ)،(2004م)، *بداية المجتهد ونهاية المقتصد*، القاهرة: دار الحديث.

الزبيدي، محمد بن محمد الحسيني، (1988م)، *تاج العروس*، (د ت)، القاهرة: المطبعة الخيرية.

الزحيلي، محمد مصطفى، (د ت)، *القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة*، ط1، دمشق: دار الفكر.

الزحيلي، وهبة مصطفى،(1997م)، *الفقه الإسلامي وأدلته*، الطبعة الرابعة، دمشق: دار الفكر المعاصر.

الزرقا، احمد محمد، (1989م)،شرح القواعد الفقهية، ط2، دمشق: دار القلم.

الزرقا، أحمد بن الشيخ محمد (ت 1357هـ)،(1989م)، *شرح القواعد الفقهية*، صححه وعلق عليه مصطفى أحمد الزرقا، ط2، دمشق: دار القلم.

الزرقا، مصطفى أحمد،(د ت)، *المدخل الفقهي العام، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد*، ط١، دمشق: دار الفكر.

الزرقاني، محمد بن عبد الباقي بن يوسف،(د ت) *شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك*، تحقيق: طه عبد الرءوف سعد، ط1، القاهرة: مكتبة الثقافة الدينية.

الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر (ت 794هـ)، (1421هـ)، *المنثور في القواعد*، تحقيق محمد حسين اسماعيل، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية.

السبكي، تقي الدين أبو الحسن، (1995م)، *الإبهاج في شرح المنهاج*،ط3، بيروت: دار الكتب العلمية.

السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل (ت 483هـ)،(1993م)، *المبسوط*،(د ط)، بيروت: دار المعرفة.

السعدي، عبدالرحمن بن ناصر، (1994م)، *رسالة في القواعد الفقهية*، ط1، بيروت: عالم الكتب.

السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين (ت 911هـ)،(1990م)، *الأشباه والنظائر* ط1، بيروت: دار الكتب العلمية.

الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي (ت 790هـ)، (1997م)، *الموافقات*، تحقيق مشهور بن حسن آل سلمان، ط1،القاهرة: دار ابن عفان.

الشافعي، أبو عبدالله محمد بن إدريس (ت 204هـ)،(1990م)، *الأم*،(د ط)، بيروت: دار المعرفة.

الشافعي، محمد بن إدريس،*الرسالة*، (1407هـ)، تحقيق احمد شاكر، ط1، بيروت: المكتبة العلمية.

شبير، محمد عثمان،(1998م)،*المعاملات المالية المعاصرة*،دار النفائس،عمان ط2.

الشربيني، محمد بن احمد الخطيب، (2005م)*مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج*، بيروت: دار الفكر.
الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله (ت: 1250هـ)، (1999م)، *إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول*، تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، ط1، بيروت: دار الكتاب العربي.
شيخي زاده، عبدالرحمن بن محمد الكليوبي، (1419هـ)، *مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر*، تحقيق خليل عمران، ط4، بيروت: دار الكتب العلمية.
الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (ت476هـ)،(1992م)، *المهذب في فقة الإمام الشافعي*، بيروت: دار الكتب العلمية.
الضرير، الصديق محمد الأمين، (1990م)، *الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي*، الطبعة الثانية، بيروت: دار الجيل.
الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن كثير(ت310هـ)، (2000م)، *جامع البيان في تأويل القرآن*،تحقيق أحمد محمد شاكر، ط1، بيروت: مؤسسة الرسالة.
الطحاوي، أبو جعفر احمد بن محمد بن سلامه،(د ت)، *شرح معاني الآثار*، تحقيق محمد زهري النجار، بيروت: دار الكتب العلمية.
ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (ت1252هـ)، (1992م)، *رد المحتار على الدر المختار–المعروف بحاشية ابن عابدين*، ط2، بيروت: دار الفكر.
عضد الدين، أبو الفضل عبد الرحمن بن أحمد بن عبد الغفار الإيجي (ت: 756هـ)، (1997م)، *المواقف*، تحقيق: عبدالرحمن عميرة، ط1، بيروت: دار الجيل.
عوض، السيد صالح، (1989م)، *أثر العرف في التشريع الإسلامي*، ط1، القاهرة: دار الكتاب الجامعي.
العيني، بدر الدين محمود بن أحمد العيني(ت 855 هـ)، (1981م)، *البناية في شرح الهداية*، تحقيق محمد عمر الرامفوري، ط1، بيروت: دار الفكر،.
ابن فارس، أحمد بن زكريا الرازي القزويني (ت 395هـ)،(1399هـ)، معجم *مقاييس اللغة*، المحقق: عبد السلام محمد هارون، ط1، بيروت: دار الفكر.
الفيروز آبادى، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب(ت817هـ)، (2005 م)، *القاموس المحيط*، تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسُوسي، الطبعة الثامنة، بيروت: مؤسسة الرسالة.
الفيومي، احمد بن محمد بن علي المقري،(د ت)، *المصباح المنير*، ط4، القاهرة: المطبعة الأميرية.
القحطاني، مسفر بن علي،(2003م)، *منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية*، ط1، الرياض: دار ابن حزم.
ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي،(1347هـ)، *المغني ويليه الشرح الكبير*،تحقيق محمد رشيد رضا، ط2، القاهرة: مطبعة المنار ومكتبتها.
القرافي، شهاب الدين أبو العباس احمد بن إدريس(ت 684هـ)،(1346هـ)، *أنواء البروق في أنواء الفروق*،ط1، القاهرة: طبعة عيسى الحلبي.
القرافي، شهاب الدين أبو العباس احمد بن إدريس (ت 684هـ)، (1994م)، *الذخيرة*، تحقيق محمد بو خبزة، ط1، بيروت: دار الغرب الإسلامي.
قلعجي، محمد رواس، *معجم لغة الفقهاء*، (1988م)، ط2، عمان: دار النفائس.
القليوبي، شهاب الدين احمد بن سلامه القليوبي (ت:1069هـ)، (1997م)، *حاشيتا القليوبي على كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين*،ط1، بيروت: دار الكتب العلمية.
ابن قيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين الجوزية (ت: 751هـ)، (1994م)، *زاد المعاد في هدي خير العباد*، الطبعة السابعة والعشرون، بيروت: مؤسسة الرسالة، الكويت: مكتبة المنار الإسلامية.
الكاساني، أبو بكر علاء الدين بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت 587هـ)،(1986م)، *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*، ط2، بيروت: دار الكتب العلمية.

الكرخي، أبو الحسن عبيدالله بن الحسين(ت: 340هـ)،(1979)، *أصول الكرخي مع تأسيس النظر*، تحقيق: مصطفى الدمشقي، بيروت: دار الفكر.

ابن ماجة، أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني (ت 273هـ)،(2009)، *سنن ابن ماجه*، محمد فؤاد عبد الباقي، ط1، بيروت: دار الرسالة.

المازري، أبو عبدالله محمد بن علي، (1997م)، شرح التلقين، تحقيق محمد المختار السلامي، ط1، بيروت: دار الغرب الاسلامي.

الماوردي، أبو الحسن،على بن محمد بن حبيب، (1994م)*الحاوي الكبير*، لبنان، بيروت: دار الفكر.

المباركي، أحمد بن علي،(1412هـ)، *العرف وأثره في الشريعة والقانون*، الطبعة الأولى، الرياض: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

مجمع اللغة العربية بالقاهرة، دت، *المعجم الوسيط*، أحمد الزيات وإبراهيم مصطفى وحامد عبد القادر محمد النجار، القاهرة: دار الدعوة.

مخدوم، مصطفى بن كرامة الله، (1999م)، *قواعد الوسائل في الشريعة الإسلامية*، ط1، الرياض: دار اشبيليا.

المرداوي، علي بن سليمان، (ت 885هـ)، (1980م)، *الإنصاف في معرفة الراجح على مذهب احمد بن حنبل*، تحقيق محمد حامد الفقي، ط2، بيروت: دار إحياء التراث العربي.

مسلم، محمد بن مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (ت261هـ)، (د ت)، *المسند الصحيح*، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت: دار إحياء التراث العربي.

ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد (ت884هـ)، (1997 م)، *المبدع في شرح المقنع*، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية.

ابن منظور، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين(ت711هـ)، (1414هـ)، *لسان العرب*، ط3، بيروت: دار صادر.

ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد(ت 970هـ)، (1983م)، *الأشباه والنظائر*، ط1، بيروت: دار الفكر.

نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد(ت 970هـ)،(د ت)، *البحر الرائق شرح كنز الدقائق*، وفي آخره تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت 1138 هـ)، ط2، بيروت: دار الكتاب الإسلامي.

الندوي، علي بن احمد، (1994)، *القواعد الفقهية*، ط1، دمشق: دار القلم.

النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (ت 676هـ)،(1392هـ)، *المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج*، ط2، بيروت: دار إحياء التراث العربي.

النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (ت 676هـ)، (2005)، *منهاج الطالبين وشرحه لجلال الدين المحلي مع حاشيتي قليوبي وعميرة*، ط1، بيروت: دار الفكر.

النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف الدين (ت 676هـ)، (2011)، *المجموع شرح المهذب*، بيروت: دار الكتب العلمية.

وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، (1990م)، *الموسوعة الفقهية الكويتية*، الطبعة الثانية، الكويت، دار السلاسل.