قـــواعد التبعيّة ضـــــــــوابطـــها وتطبـــــــيقـــــاتهـــــا فـــــي الفـــقـــــه الإســـــــلامي

إعـــــــداد

أيمن " محمد علي " محمود حتمل

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المشرف

الدكتور عبد الله إبراهيم زيد الكيلاني

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراة في الفقه وأصوله

كلية الدراسات العليا

الجامعة الأردنية

١٩ / آب / ٢٠٠٤م

٣ / رجب/١٤٢٥هـ

الجامعة الأردنية

نموذج تفويض

أنا الطالب أيمن " محمد علي " محمود حتمل ، أفوض الجامعة الأردنية بتزويد نسخ من أطروحتي للمكتبات أو المؤسسات أو الهيئات أو الأشخاص عند طلبها .

التوقيع

التاريخ

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

The University of Jordan

Authorization Form

I Ayman (mohammad Ali) Mahmoud Hatmal authorize the University of Jordan to supply copies of my Thesis Dissertation to libraries or establish ments or individuats on request .

Signature

Date

نوقشت هذه الأطروحة (قواعد التبعيّة ضوابطها و تطبيقاتها في الفقه الإسلامي) وأجيزت بتاريخ : ١٩/ ٨ /٢٠٠٤م

أعضاء لجنة المناقشة **التوقيع**

الدكتـــــــــور : عبد الله إبراهيم زيد الكيلاني ، مشرفاً

أستاذ مشارك في الفقه وأصوله .....

الأستاذ الدكتور : محمـــد حســـــن أبو يحيى ، مناقشا

أستـــــــــاذ في الفقه المقارن .....

الدكتـــــــــور : عبـــد المجيـــد الصـــــلاحين ، مناقشا

أستاذ مشارك في الفقه المقارن .....

الأستاذ الدكتور : محمـــد عقلـــة الإبراهيـــــــم ، مناقشا

أستـــــــــاذ في الفقه المقارن ــ جامعة اليرموك .....

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز الايداع ورسائل الجامعية

الإهـــــداء

إلى من ارتجفت أناملي رهبة للحظ بريق عينيهما .. إلى والديّ

إلى من وقع صرير قلمي على هدب آمالها .. إلى زوجتي

إلى من تضطلع وتتوقد لهم نبضات الحياة الشجيّة .. إلى إخوتي المسلمين

إلى الجمّاء الغفير ... أهدي ثمار سهر الدجى ...

الباحث

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

شــكر وتقــدير

الشكر لله في بادئ الأمـر على نعمة الإسلام والعقل ، ثم للرحمة المهداة ، نبينا محمد صلى الله عليه وسلم – على حمله لرسالة الحق والنور ، ونسأل الله عز وجل له الوسيلة .

وبعد هذا ؛ فإن المرء لا يملك عند توديع مرحلة واستهلال أخرى ، إلاّ التوجه من الأعماق بالشكر والامتنان لأساتذتنا ومعلمينا الذين نهلنا من معينهم العلم والمعرفة ، وأخص بالشكر فضيلة الدكتور عبد الله الكيلاني على توجيهاته وصبره على الباحث ، ولجنة المناقشة الكريمة على تفضلها بقبول هذه الدراسة للمناقشة ، والجامعة الأردنية الممثلة برئيسها وموظفيها على الدعم المستمر خلال مراحل الدراسة .

وكليتيّ الشريعة والدراسات العليا على الدعم المستمر والتسهيل في الإجراءات من أجل مناقشة هذه الدراسة .

وجميع الأخوة الذين كانوا خير مشجع وداعم خلال مراحل كتابة هذه الدراسة.

الباحث

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع رسائل الجامعية

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة
قرار لجنة المناقشة	ب
الإهداء	ج
شكر وتقدير	د
فهرس المحتويات	هـ
الملخص باللغة العربية	و
المقدمة	١
التمهيد	٨
الفصل الأول : حقيقة القواعد الفقهية ونشأتها	**١١**
المبحث الأول: تعريف القاعدة الفقهية، و الفرق بينها و بين القواعد الأصولية	١٢
المبحث الثاني: حجّية القواعد الفقهية	١٧
المبحث الثالث: نشأة القواعد الفقهية ويحتوي على مطلبين	٢٢
المطلب الأول : لمحة تاريخية عن القواعد الفقهية	٢٢
المطلب الثاني : مصادر القواعد الفقهية	٢٨
المبحث الرابع: مناهج المؤلفين في تدوينها	٣٢
الفصل الثاني : مفهوم قواعد التبعية وتأصيلها ومكانتها	٣٨
المبحث الأول : مفهوم قاعدة التبعية	٣٨
المبحث الثاني : تأصيلها الفقهي	٤٣
المبحث الثالث : مكانتها وأهميتها	٥٠
المبحث الرابع: حجيتها	٥٣

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المبحث الخامس: عناصرها وأقسامها ٥٢
الفصل الثالث : القواعد التي تتفرع عن قاعدة " التابع تابع " وتطبيقاتها ٥٦
المبحث الأول : قاعدة "التابع لا يفرد بالحكم " ، ويحتوي على ثلاثة مطالب ٥٩
المطلب الأول : معناها وألفاظها ٥٩
المطلب الثاني : تأصيلها وأدلتها ٦١
المطلب الثالث : الأمثلة التطبيقية عليها ٦٤
المبحث الثاني : قاعدة " التابع يسقط بسقوط المتبوع " ويحتوي على ثلاثة مطالب: ٦٦
المطلب الأول : معناها وألفاظها ٦٦
المطلب الثاني : تأصيلها وأدلتها ٦٨
المطلب الثالث : الأمثلة التطبيقية عليها ٧٠
المبحث الثالث : قاعدة " من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته ٧٢
المطلب الأول : معناها وألفاظها ٧٢
المطلب الثاني : تأصيلها وأدلتها ٧٤
المطلب الثالث : الأمثلة التطبيقية عليها ٧٦
المبحث الرابع : قاعدة " التابع لا يكون له تابع " ويحتوي على ثلاثة مطالب : ٧٧
المطلب الأول : معناها وألفاظها ٧٧
المطلب الثاني : تأصيلها وأدلتها ٧٨
المطلب الثالث : الأمثلة التطبيقية عليها ٧٩
المبحث الخامس : قاعدة " التبع يقوم بالأصل " ٨٠
المطلب الأول : معناها وألفاظها ٨٠
المطلب الثاني : تأصيلها وأدلتها ٨١
المطلب الثالث : الأمثلة التطبيقية عليها ٨٢
المبحث السادس : قاعدة " التبع يتبع الأصل في حكمه وإن لم يشاركه في علته ٨٤
المطلب الأول : معناها وألفاظها ٨٤
المطلب الثاني : تأصيلها وأدلتها ٨٥

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المطلب الثالث : الأمثلة التطبيقية عليها ٨٧
المبحث السابع : قاعدة " التبع يصير مذكوراً بذكر الأصل " ٨٨
المطلب الأول : معناها وألفاظها ٨٨
المطلب الثاني : تأصيلها وأدلتها ٨٩
المطلب الثالث : الأمثلة التطبيقية عليها ٩١
الفصل الرابع : القواعد التي ترد قيداً أو ضابطاً على قاعدة " التابع تابع " وتطبيقاتها ٩٢
المبحث الأول : قاعدة " التابع لا يتقدم على المتبوع " ٩٤
المطلب الأول : معناها وألفاظها ٩٤
المطلب الثاني : تأصيلها وأدلتها ٩٥
المطلب الثالث : الأمثلة التطبيقية عليها ٩٧
المبحث الثاني : قاعدة " يغتفر في التوابع مالا يغتفر في غيرها " ٩٩
المطلب الأول : معناها وألفاظها ٩٩
المطلب الثاني : تأصيلها وأدلتها ١٠١
المطلب الثالث : الأمثلة التطبيقية عليها ١٠٢
المبحث الثالث : قاعدة " العبرة بنية المتبوع لا التابع " ١٠٥
المطلب الأول : معناها وألفاظها ١٠٥
المطلب الثاني : تأصيلها وأدلتها ١٠٧
المطلب الثالث : الأمثلة التطبيقية عليها ١٠٩
المبحث الرابع : قاعدة " ما دخل في البيع تبعاً لا حصة له من الثمن " ١١١
المطلب الأول : معناها وألفاظها ١١١
المطلب الثاني : تأصيلها وأدلتها ١١٣
المطلب الثالث : الأمثلة التطبيقية عليها ١١٥
المبحث الخامس : قاعدة " التابع مضمون بالاعتداء " ١١٨
المطلب الأول : معناها وألفاظها ١١٨
المطلب الثاني : تأصيلها وأدلتها ١١٩

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المطلب الثالث : الأمثلة التطبيقية عليها ١٢١
الفصل الخامس : القواعد التي تستثنى من قاعدة التابع تابع ، وتطبيقاتها ١٢٤
المبحث الأول : قاعدة "قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل" ١٢٦
المطلب الأول : معناها وألفاظها ١٢٦
المطلب الثاني : تأصيلها وأدلتها ١٢٨
المطلب الثالث : الأمثلة التطبيقية عليها ١٣٠
المبحث الثاني : قاعدة " قد يثبت للتابع ما لا يثبت للمتبوع " ١٣٢
المطلب الأول : معناها وألفاظها ١٣٢
المطلب الثاني : تأصيلها وأدلتها ١٣٣
المطلب الثالث : الأمثلة التطبيقية عليها ١٣٤
المبحث الثالث : قاعدة " قد يجوز بالتبعية ما لا يجوز بالأصالة " ١٣٥
المطلب الأول : معناها وأدلتها ١٣٥
المطلب الثاني : تأصيلها وأدلتها ١٣٦
المطلب الثالث : الأمثلة التطبيقية عليها ١٣٧
المبحث الرابع : قاعدة " فيما يشك أنه من التوابع " ١٣٨
المطلب الأول : معناها وألفاظها ١٣٨
المطلب الثاني : تأصيلها وأدلتها ١٣٩
المطلب الثالث : الأمثلة التطبيقية عليها ١٤٠
المبحث الخامس : قاعدة " الزيادة تتبع الأصل إلا في الصداق " ١٤١
المطلب الأول : معناها وألفاظها ١٤١
المطلب الثاني : تأصيلها وأدلتها ١٤٣
المطلب الثالث : الأمثلة التطبيقية عليها ١٤٤
الفصل السادس : أحكام قاعدة التابع تابع وتطبيقاتها الفقهيّة المعاصرة ١٤٥
المبحث الأول : أحكام قاعدة التابع تابع في الفقه الإسلامي ١٤٦

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المطلب الأول : أحكام قاعدة التبع في نظرية الضمان ١٤٦
المطلب الثاني : مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع في الفقه الإسلامي ١٥١
المطلب الثالث : حكم المتولد وعلاقته بالتبعية ١٥٨
المطلب الرابع : شروط مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع ١٦٢
والآثار الناجمة عنها
المبحث الثاني : التطبيقات المعاصرة في قاعدة التابع تابع : ١٦٦
المطلب الأول: تطبيقات قاعدة التبع في المستشفيات والمسؤولية الطبية ١٦٦
المطلب الثاني: التبعية في الجنسية ١٧٠
المطلب الثالث: التبعية في الشقق والطوابق ١٧٢
المطلب الرابع: التبعية في الحضانة في القوانين العربية ١٧٦
المطلب الخامس: التبعية في اللقيط في القوانين العربية ١٧٩
المطلب السادس: التبعية في الهدنة ١٨١
المطلب السابع : التطبيقات المعاصرة لقاعدة التابع تابع ١٨٥
في القانون المدني الأردني
الاستنتاجات والتوجيهات ١٨٨
المراجع ١٩٠
الملاحق ٢٠٢
الملخص باللغة الإنجليزية ٢١٢

قــواعد التبعيّة ضــوابطــها وتطبــيقــاتهــا فــي الفــقــه الإســـــلامي

إعداد

أيمن " محمد على" محمود حتمل

المشرف

عبد الله إبراهيم زيد الكيلاني

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

مــلــخــص

تناولت هذه الدراسة موضوع "قاعدة "التابع تابع" ضوابطها و تطبيقاتها في الفقه الإسلامي"، هادفة إلى توضيح أهم الأحكام الفقهية المخرجة على قاعدة " التابع تابع ".

تناولت هذهِ الدراسة العديد من المجالات المهمة مثل مجال المعاملات، و مجال العبادات، و مجال العقيدة، و مجال الأحوال الشخصية، فمثلاً في مجال العبادات تناولت الدراسة علاقة المأموم بالإمام ...الخ. و في مجال المعاملات تناولت الدراسة تبعية الزوائد في المغضوب للغضب...الخ. و مجال الأحوال الشخصية تناولت الدراسة أحكام البنت بوليّها، فلا تزوج نفسها إلا بعد الأذن من الأهل، و في مجال العقيدة تناولت الدراسة علاقة الإنسان بخالقهِ.

احتوت الدراسة على التمهيد للموضوع ببيان أهمية القواعد الفقهية وقد تبين أن علم القواعد له من الأهمية بحيث لا يستطيع الفقيه أو المفتي أن يدرك أسرار النصوص إلا بتحصيل ذلك العلم.

وفي الفصــل الأول بينتُ معنى القواعد الفقهية، وصياغتها، وهــل هي حجة مقيد بها أم لا ؟ وأهم الكتب التي ألفت فيه، وما هو العصر الذهبي لهذا العلم ومناهج أهل العلم في التأليف في هذا العلم، وأيضاً نشأة هذا العلم وأول انطلاق له كعلم.

وفي فصلها الثاني تحدثتُ عن مفهوم التبعية، وأبعاده وما يتعلق به من مفاهيم، وحجية التبعية من جهة أخرى، وأهم العناصر والأقسام التي يتكون منها مفهوم التبعية.

والفصل الثالث بينت أهم القواعد المتفرعة عن القاعدة الأم " التابع تابع " منها: قاعدة أن التابع لا يفرد بالحكم كالجنين في بطن الأم لا يفرد بالبيع عن أصله، وقاعدة التابع يسقط بسقوط المتبوع، مثل بطلان صلاة المأموم إذا بطلت صلاة الإمام، وقاعدة من ملك شيئاً ملك ما هو من

ضروراته مثل حقوق الإرتفاق " حق المسيل، وحق المشرب..... الخ."، وقاعدة التابع لا يكون له تابع، وقاعدة التبع يقوم بالأصل، والتبع يتبع الأصل في حكمه وإن لم يشاركه في علته وقاعدة التبع يصير مذكوراً بذكر الأصل.

والفصل الرابع، قد ذكر فيه الباحث بعض القواعد التي تكون قيداً أو ضابطاً للقاعدة الأم " التابع تابع "، من هذه القواعد، "التابع لا يتقدم على المتبوع"، وهذا من المطردات حساً وعقلاً أن الفرع لا يتقدم على أصله، ومن هذه القواعد أيضاً قاعدة "يغتفر في التوابع مالا يغتفر في غيرها" أي المتبوعات، وقاعدة أن العبرة لنية المتبوع وليس لنية التابع، وأن الذي يدخل في المبيع في حالة التبعية لا يكون له حصة من الثمن الذي للأصل.

والفصل الخامس: تحدثت عن بعض المستثنيات على القاعدة الأم " التابع تابع "،ولم يورد الباحث هذه الاستثناءات من خلال سرد القواعد حتى لا تضعف القاعدة الأم الكلية " التابع تابع " ومن هذه القواعد التي تأتي استثناء على القاعدة الأم

قاعدة: أنه قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل، وقاعدة أنه قد يثبت للتابع ما لا يثبت للمتبوع ، وقاعدة أنه يجوز بالتبعية مالا يجوز بالأصالة ، وقاعدة فيما يشك ما هو من التوابع و ما هو ليس منها ؟ وقاعدة أن الزيادة تتبع دائماً الأصل في أحكامها إلاّ في الصداق.

ثم جاء الفصل الأخير في هذه الدراسة، حيث عمل الباحث قدر استطاعته أن يورد التطبيقات المعاصرة للفقه الإسلامي في قاعدة التابع تابع وذلك من خلال المسؤولية الطبية، مسؤولية الأطباء والممرضين والمستشفيات ، ثم التطبيقات في قاعدة الضمان وعلاقتها بالتبعية ، ثم مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع في الفقه الإسلامي هلي يكون مسؤولاً عنه أم لا ؟ ثم أحكام المتولدات : الشيء يتولد من شيء آخر وعلاقته بالتبعية ، و هناك بعض المسائل المعاصرة مثل: التبعية في الجنسية، و مسألة التبعية في الشقق و الطوابق، و مسألة التبعية في الحضانة، و مسألة التبعية في اللقيط، و مسألة التبعية في الهدنة، ثم جاءت الدراسة تبين أهم التطبيقات المعاصرة في القانون المدني الأردني لقاعدة التابع تابع ، ومسؤولية المتبوع عن أعمال التابع في القانون المدني الأردني والقوانين المدنية العربية الأخرى.

وفي نهاية المطاف ذكر الباحث الإستنتاجات والتوصيات في خاتمة البحث ثم الملاحق وقائمة المصادر والمراجع. و من النتائج التي توصّل أليها الباحث ما يلي:

- أنّ قاعدة التابع تابع من القواعد المهمة التي تنتشر ضوابطها و تطبيقاتها في كلِّ مجالات الفقه.
- هناك ربط بين التطبيقات القديمة في كتب الفقه مع التطبيقات المعاصرة للقاعدة.
- هذهِ القاعدة جاءت بمثابة الحل الأمثل لجميع المسائل المبهمة.
- من خلال دراسة هذه القاعدة المهمة تبين للباحث أنّ هناك بعض الموضوعات في مجال القواعد الفقهية التي تحتاج إلى البحث و التحليل و أشار إليها من خلال عرضهِ للخاتمة.

المـقـدمـة

الحمد لله الذي لم يخلق الإنسان عبثــاً، ولم يتركه سدى، بل خلقه ليذكره، وكلفه ليشكره، واناط سعادته وكماله بطاعته، وربط شقاءه وخسرانه بمعصيته.

وأشهد أنّ لا إله إلا الله الواحد الموجود، الموجود لا من القلة ولا من العلة، الموجود قبل الوجود، والموجود بعد الفناء، الذي قدر حيث علم، وعاقب حيث لم يظلم، الذي رفع السموات من غير عمدٍ، وبسط الساهرة من غير نصب ولا كبد، وأشهد أنّ محمداً رسول الله الرحمة المهداة، البشير النذير، صلوات الله عليه وعلى آله وصحابته أجمعين.

أما بعد:

فهذا الموضوع الموسوم بـــ " قاعدة " التابع تابع " ضوابطها وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي " بالرغم من جزئيّته البسيطة المتواضعة؛ إلا أنّه يشكل معلماً هاماً وأساسياً من معالم التفرد التي تميز بها هذا الدين الحنيف بين الأديان والرسالات الأخرى، أو إبداعات الحضارة الإنسانية في مختلف بقاع الأرض، وعلى مر الأجيال منذ أن اضطلع الإنسان بمهمة الخلافة في الأرض وعمرانها، وبعث الحياة في أرجائها.

فالشارع الحكيم جاء متميزاً بأحكامه في الزمان والمكان، فجاء مجال البحث في علم القواعد الفقهيّة، يعتبر البوابة التي ينطلق منها الفقيه والباحث للنظر في المسائل، وإمكان معرفة الحكم الشرعي فيها، إذ أنّ علم القواعد الفقهيّة يشكل صرحاً عظيماً يعتمد عليه الفقيه والقاضي في القضاء وفي إثبات الحقوق، في استيعاب القضايا والحوادث الجديدة، وهذه الدراسة تتناول أحد موضوعاته بالاهتمام والبحث؛ لبيان أهميته ومدى الأحكام الفقهيّة التي تشرع بالاستناد إلى قاعدة التابع تابع قديماً وحديثاً.

ومنذ أن استولت الاهتمامات على المفكرين المسلمين المتقدمين، والكثير من المتأخرين في الدرس والتحليل والكتابة في علم القواعد الفقهيّة، لم يفردوا موضوع " قاعدة " التابع تابع " ضوابطها وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي " باستقلالية، عندما كانوا يتطرقون إلى ذكر القواعد الفقهيّة الكليّة غير الكبرى، بعدما يذكرون القواعد الخمس الكبرى، وعلاوةً على ذلك لم أجد على ما تسنى لي أي بحث أو كتاب أو مقال في الشريعة الإسلامية يتحدث بشكل متخصص في هذا الموضوع، وإنّ السابقين قد بحثوا هذا الموضوع من غير أن يفردوه بكتاب خاص، وحاول الباحث أن يخرج بمزيد من الضوابط على هذه القاعدة.

أما أسباب كتابة هذا البحث فهي:

- أول تلك الأسباب هي السبب الشخصي، فمنذ زمن تركزت في النفس أفكار في التوجه إلى البحث في مجال القواعد الفقهيّة، والبحث في جزئية منها، واستقر الأمر على قاعدة " التابع تابع "
- إنّ هذه القاعدة تنتشر تطبيقاتها في العديد من أبواب الفقه، ورغب الباحث في جمعها في كتاب واحد؛ لتكون بين أيدي الباحثين من أجل الاستفادة المباشرة.

أما المشكلات والصعوبات التي واجهت الباحث في كتابة هذا البحث فيها:

- تكمن في ذات الموضوع، حيث إنّ الموضوع لم يطرقه المتقدمون إلا في القليل النادر، وفقهاء اليوم لم يتعرضوا له بالتفصيل، بل يذكرونه في معرض الحديث عن أنواع القواعد الفقهيّة وتقسيمها إلى كليّة كبرى، وكليّة غير كبرى.

وأيضاً تكمن صعوبة هذا الموضوع في تشتته في كتب الفقه، فأحياناً تجده في كتب القواعد الفقهيّة، وأحياناً تجده في كتب الأشباه والنظائر، وأحياناً تجده في كتب الكليات، وأحياناً تجده في كتب الضوابط الفقهيّة..... الخ.

وكان الباحث يجد الموضوع في الكتب الفقهيّة أحيانا في مجال العبادات، وأحياناً يجده في مجال المعاملات،وأحياناً كان يجده في مجال الأحوال الشخصية،وأحياناً في مجال السياسية الشرعية.... الخ

- واجهـــت الباحث صعوبة في تحقيق بعض المسائل المتعلقة بالموضوع عند بعض المذاهب.
- تأصـــيل القواعد الفقهيّة في موضوع التبعيّة من الكتاب والسنة والآثار والمعقول والإجماع.
- صعوبة الحصول على المراجع والمصادر، وخاصة أنّ كتب الأشباه والنظائر، وكتب القواعد الفقهيّة في مكتبة الجامعة كانت لا تزيد عن ثلاثين مصدراً ومرجعاً، وليـــس كلّها، قد تحدث عن قاعدة التابع تابع.
- الحصول على المعلومة من بعض المصادر والمراجع غير المفهرسة مثل المبسوط للسرخسي، والبحر الرائق لابن نجيم، والفتاوى الهندية للشيخ نظام... الخ
- تكمن في ترجمة الأعلام؛ لأنّ ذلك تطلب جهداً كبيراً مضاعفاً، وأكبر الصعوبات كما يرى الباحث هي ضيق الوقت.

وانتهج الباحث في الخاتمة ذكر النتائج والتوجيهات التي يستفيد منها الباحث وغيره من طلبة العلم.

أهمية الدراسة

لقد جاءت علوم الشريعة متناسقة بعضها مع بعض، ولا تجد موضوعا شرعياً من حيث الأساس إلا وله مساس بالجزئيات الأخرى الموجودة في كتب الشريعة، مع أنّها لا تتشابه من حيث المحتوى ولكن تتشابه في النتيجة، وهذا البحث يتناول القواعد الفقهيّة ؟ وهذا الموضوع ما زال غضاً يستجيب لحل كثير من المسائل والحوادث الجديدة، ممّا يعمل على الوصول إلى الحلول الجادة السليمة في هذه الحوادث، وخاصة عندما كثرت الفتاوى والأسئلة التي احتار فيها المفتون فيجدون ملاذاً لهم ومخرجاً من خلال تتبع القواعد الفقهيّة.

وقد كان مجموع هذه القواعد إجمالاً يمثل ثروة ذات بالٍ من الفكر التشريعي والميزان القضائي والمبادئ القانونية، وأسس النظام في حياة المجتمع.

من هذه القواعد الفقهيّة (قواعد التبعيّة)، حيث أنّ مجموع هذه القواعد تمثل تطوراً فقهياً تطبيقياً لموضوع قديم جديد يتمتع بالمرونة والملائمة مع روح العصر.

ولذلك يجب مراعاة معرفة العلاقة بين التابع والمتبوع، والعلاقة بين الأصل والفرع والعلاقة بين الأصل والمتولّد عنه، والعلاقة بين قواعد التبعيّة والمسؤولية، والعلاقة بين قواعد التبعيّة والضمان، والإجارة..... الخ.

مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

وهناك عدد من الأسئلة:

١. ما مفهوم التبعيّة وانواعها وأقسامها ؟

٢. ما قوام رابطة التبعيّة ؟

٣. ما مدى إثبات رابطة التبعيّة ؟

٤. ما مدى مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع ؟

٥. ما مدى العلاقة بين الأصل والفرع ؟

٦. ما مدى مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع في التطبيقات المعاصرة ؟

٧. ما أهم القواعد الفقهيّة المرتبطة بالتبعيّة ؟

وتهدف هذه الدراسة إلى

١. عرض أهمية القواعد الفقهيّة الإسلامية، ومدى اعتماد الإفتاء والقضاء عليها في الوصول إلى الحكم الشرعي الصواب.

٢. بيان أهميتها أي قاعدة " التابع تابع " في العديد من المسائل، خصوصاً في مسائل الضمان والإجارة، والمسائل القانونية.

٣. تزويد المكتبة الإسلامية بمرجع وسد النقص في مجال قاعدة " التابع تابع ".

٤. معالجة الموضوع بشكل متخصص وواضح وجلي.

٥. تسهل هذه الدراسة الوصول والاستفادة من جزئيات الموضوع الموزعة في الكتب، كما تساعد في معرفة المصادرة التي قامت عليها الدراسة.

الدراسات السابقة

لقد وجد الباحث حسبما تسنّى له خمس دراساتٍ قانونية في هذا الموضوع وهي كالآتي:

١. مخلوفي، محمد مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة بالقانونين المصري والفرنسي، رسالة ماجستير، معهد العلوم القانونية والإدارية، الجزائر، إشراف د. على علي سليمان، ١٩٨٩.

لكن هذه الدراسة جاءت قاصرة من حيث:

- أنّها اقتصرت على جزئيةٍ بسيطة من خلال البحث، وهي مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع.
- هذه الدراسة اقتصرت على البحث في مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع في القانون الجزائري والمصري والفرنسي، ولم تتعرض لهذا الموضوع في الفقه الإسلامي إلا ذكراً.
- أراد البـــاحث التركيز على عنصر المسؤولية أكثر من التركيز على مفهوم التبعيّة.

جميع الحقوق محفوظة
مركز ايداع الرسائل الجامعية

٢. محمد الشيخ عمر، (١٩٧٠)، مسؤولية المتبوع دراسة مقارنة، مطابع سجل العرب، القاهرة.

٣. أحمد شوقي (١٩٧٦)، مسؤولية المتبوع باعتباره حارسا، ط١ القاهرة.

٤. كتب مصادر الأحكام في القانون المدني الأردني، مثل:

- خـــاطر، نـــوري، (١٩٩٧)، القانون المدني الأردني مصادر الحقوق الشخصية، ط١، عمان، دار الفجر للطباعة.
- فرج، توفيق حسن، (١٩٩٣)، النظرية العامة للالتزام، مصادر الأحكام، ط١، دار الجامعة، بيروت.

٥. عجاج، طلال،٢٠٠٣مـــ مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع في القانون المدني اللبناني والأردني، ط١ المؤسسة الحديثة للكتابات، طرابلس.

ونجد أنّ هذه الدراسات:

١. لم تتعرض هذه الدراسات إلى القواعد أو الأحكام الفقهيّة العملية.

٢. جاءت مقتصرةً على الجانب القانوني فقط دون الجانب الفقهي.

٣. تبحث جزئية بسيطة من الموضوع الأصلي دون الاستفاضة فيه.

٤. لم تربط الجانب النظري مع الجانب التطبيقي فيها.

٥. هذه الدراسات تعرضت لموضوع مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ولم تتعرض لضوابط وتطبيقات قاعدة " التابع تابع ".

٦. هذه الدراسات تتعلق بالمسؤولية أكثر من تعلقها بالتبعيّة.

ويظهر بعد هذا كله:

١. أنّه لا توجد دراسة متخصصة في قواعد التبعيّة في الفقه الإسلامي إلا في بعض كتب القواعد الفقهيّة والأشباه والنظائر، مثل:

- القواعد/للإمام الحصني – الأشباه والنظائر/للإمام السيوطي – الأشباه والنظائر/السبكي
- الأشباه والنظائر/لابن نجيم – الأشباه والنظائر/لابن الوكيل – القواعد الفقهيّة/الندوي
- موسوعة القواعد الفقهيّة/محمد صدقي البورنو

تشتت الموضوع في كتب القواعد الفقهيّة فإنّ الكثير من هذه الكتب قد أهملت القواعد المهمة ضمن نطاق الموضوع.

مركز ايداع الرسائل الجامعية

٢. عدم ربط الأمثلة الفقهيّة النظرية بالأمثلة التطبيقية المعاصرة.

منهجية البحث

تقوم منهجية هذا البحث على المنهج الاستقرائي، وجمع المعلومات من مصادرها وتقوم المنهجية على تحليل الوقائع (المنهج التحليلي) وعلى هذا تكون المنهجيّة إن شاء الله كالآتي:

- أولا: جمع المادة العلمية من مصادرها المختلفة التي تعرضت لمسألة التبعيّة وأهميتها في الفقه الإسلامي.
- ثانيا: جمع الشروحات التي جاءت على النصوص الشرعية المتعلقة بالموضوع.
- ثالثا: دراسة النصوص (أي نصوص القواعد والضوابط المتفرعة عن القاعدة الأم) وتفسيرها، وشرحها بما يتفق مع نظرة الفقهاء؛ للوصول إلى النتيجة الحقة.
- رابعا: جمع جزئيات الموضوع المتفرقة في كتب الفقه، وإدراجها جميعا ضمن بوتقةٍ واحدة.
- خامساً: النظر في المؤلفات والكتب السابقة، سواء كانت مصادر أو مراجع وتتبع الجزئيات المختلفة للموضوع، والعمل على جمع أسلوب الأقدمين في بحث الجزئيات، ممّا تقود القارئ إلى تكوين الفكرة من غير تعقيد ولا شذوذ.
- سادسا: ربط الجانب النظري مع الجانب التطبيقي من خلال دراسة قواعد التبعيّة.

- سابعا: الاعتماد في أكثر الأحيان على الأحاديث الصحيحة، فإن لم يوجد فمن الكتب الأخرى.

وبقي أن يقول الباحث أنّه لن يصل أحد إلى درجة الكمال إلا صاحب الكمال وحده، له الملك وله الحمد، فإن أصاب فذلك من الله، وإن أخطأ فمنه ومن الشيطان.

والله أسأل السداد في الرأي والمشورة.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

قواعد التبعيّة

مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

ضوابطها وتطبيقاتها

في الفقه الإسلامي

التمهيد
أهمية دراسة القواعد الفقهيّة

تتجلى أهمية علم القواعد الفقهيّة في تطبيقاته، وآثاره من خلال النظر في الأدلة والفروع الفقهيّة إذ يعتبر هذا العلم بمثابة رب العائلة الذي يضبط من تحته في أسرته، وكذلك علم القواعد الفقهيّة فإنّه يعتبر الضابط الكليّ أو الأكثري لما تحته من الفروع، وإن اختلفت موضوعاتها فهو يمثل الضوابط الكليّة والأغلبية التي تندرج تحتها الفروع الفقهيّة.

ولا بدّ لمن أراد التبحر في أمور الشرع من الإطلاع على هذا العلم؛ حتى يرتقي إلى أعلى درجات الخير التي نوّه إليها رسـول الله – صلى الله عليه وسلم– حيث قـال: " **مـن يـرد الله به خيراً يفقهه في الدين** " [1] ولأنّ ضبط أمور الأحكام لكليات عامة أدعى لحفظها وأحسن تطبيقاً لها.

ويمكن لأي قارئ أن يتعرف إلى أهمية القواعد الفقهيّة من خلال استقراء أقوال العلماء في أهمية هذا العلم... الخ، وفيما يلي عرض لأهم آراء تلك النخبة الطيبة في هذا المضمار:

ويذكر شهاب الدين القرافي [2] في كتابه الفروق _ واصفاً القواعد الفقهيّة_:

" أنّها كثيرة العدد، عظيمة المدد، مشتملة على أسرار الشرع وحكمه، وهذه القواعد مهمة في الفقه ،عظيمة النفع ، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف ويظهر رونق الفقه ويعرف وتتضح مناهج الفتوى، وتكشف فيها تنافس العلماء وتفاضل الفضلاء، ومن فيها برع فيها فقد حاز قصب السبق، ومن ضبط الفقه بقواعد استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لأنّ دراجها في الكليات ، واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب " [3]

ويرى الإمام السبكي[4]:أنّ طالب العلم إذا أراد أن يرتقي إلى أعلى الدرجات والمقامات،فعليه بعلم القواعد الفقهيّة؛لأنّها تحتوي على الأصول والجزئيات، والتي يصل من خلالها الفقيه إلى درجة الاجتهاد، وهي ذات فوائد غير مقطوعة في الفضل.[5]

---

[1] أخرجه الإمام البخاري ، كتاب العلم ، باب من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين ، عن معاوية بن أبي سـفيان، ج١، ص١٢٣ وانظر العسقلاني ، فتح الباري،ط١، (١٦٤/١) ، رقم الحديث (٧١) ، وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه ، كتاب الزكاة ، باب النهي عن المسألة ، (٢١٨/٢) رقم الحديث (١٠٣٧) ، وأخرجه ابن ماجة في سننه في المقدمة ، باب فضل العلماء والحث على طلب العلم عن أبي هريرة (٨٠/١) رقم الحديث (٢٢٠) ، والإمام الترمذي في سننه في أبواب العلم ، (١٣٧/٤) رقم الحديث (٢٧٨٣) ، وقال: حديث حسن صحيح.**واللفظ للبخاري**

[2] القرافي: (١٢٨٥م/٦٨٤هـ): أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، أبو العباس، من علماء المالكية، وهو مصري المولد والمنشأ والوفاة، والقرافة هي المحلة المجاورة لقبر الشافعي، له مصنفات منها: " الفروق"، "الذخيرة"، "مختصر تنقيح الفصول"، "الخصائص "، (انظر: الديباج،ص٦٢، الزركلي، الأعلام، ج١، ص ٩٤-٩٥)

[3] القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، (١٢٨٥/٦٨٤هـ)، الفروق، ط١، (٤م)، عالم الكتب، بيروت، ١٩٩٨، ج١، ص ٢-٣

[4] السبكي: (١٣٦٩م/٧٧١هـ): عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي ، تاج الدين وينسب إلى سبك وهي من أعمال المنوفية بمصر له من الكتب: "الأشباه والنظائر ، "الدلالة عن عموم الرسالة " التوشيح على التنبيه " جمع الجوامع " توفي بمرض الطاعون وقيل عنه قد حصل على عدد لا بأس به من العلوم. (انظر: مقدمة كتاب الأشباه والنظائر للأمام السبكي ، ج١ ، الصفحات الأولى من مقدمة التحقيق)

[5] السبكي ، تاج الدين عبد الوهاب بن علي (ت ١٣٦٩/ ٧٧١هـ) ، الأشباه والنظائر ، ط١ ، (٢م) ، تحقيق عادل عبد الموجود / علي معوض ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠١م ، ج١ ، ص١٠

وهذا ما مال إليه الإمام الزركشي[1]عندما ذكر أنّ علم القواعد الفقهيّة يضبط الأمور المنتشرة من الفروع والجزئيات، وهذا العلم يستوعب حفظ الجزئيات، ويعمل على ضبطها.[2]

وقد أورد الإمام السيوطي [3] في الأشباه والنظائر: " أنّ فن الأشباه والنظائر فن عظيم به يطلع على حقائق الفقه ومداركه ومآخذه، وأسراره ويتمهد في فهمه واستحضاره، ويقتدر على الإلحاق والتخريج، ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة، والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على مرّ الزمان، ولهذا قال بعض أصحابنا " الفقه معرفة النظائر " [4]

حيث يرى الإمام ابن نجيم – رحمه الله– [5] إنّ أهميّة علم القواعد الفقهيّة يكمن في أنّها، يرتقي بها الفقيه إلى أعلى درجات الاجتهاد والفتوى. [6]

ومن خلال كلام العلماء يظهر أنّ للقواعد الفقهيّة أهميّة عظيمة النفع، لا يستغني عنها كلّ مشتغل بالفقه وفروعه وأصوله ، ويتمثل ذلك فيما يلي:

١. إنّ دراسة القواعد الفقهيّة تسهل أمر ضبط المسائل المنتشرة المتعددة ، وضم بعضها لبعض في سلكٍ واحد مما يكون لدى الفقيه الصورة الواضحة عن هذه الفروع .

يقول ابن رجب [7] عن هذا العلم: " تضبط للفقيه أصول المذهب ، وتطلعه من مأخذ الفقه على ما كان منه قد تغيب، وتنظم له منثور المسائل في سلكٍ واحد ، وتقيد له الشوارد وتقرّب عليه كلّ متباعد " [8]

جميع الحقوق محفوظة
مركز ايداع الرسائل الجامعية

---

[1] الزركشي: (١٣٩٢م/ ٧٩٤هـ): بدر الدين أبو عبد الله محمد بهادر بن عبد الله المصري الشافعي ، أخذ عن الأسنوي والبلقيني والأذرعي ،كان أديبا فاضلا وأصولياً فقيهاً ، له "المنثور في القواعد" ،" وتكملة شرح المنهاج" للأسنوي ،توفي بمصر (انظر: ، ابن العماد ، شذرات الذهب ، ج٦ ،ط١،(٨م)،دار الآفاق،بيروت، ص ٣٣٥، الزركلي ، الأعلام ، ج٣ ، ص ٢٦٠)

[2] الزركشي ، محمد بن بهادر ، (٣٩٢م/٧٩٤هـ) ، المنثور في القواعد ، ط٢ ، (٣م) ، تحقيق تيسير أحمد وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت ، ١٩٨٥ ، ج١ ، ص٦٥)

[3] السيوطي: (١٥٠٥م/٩١١هـ): عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين الخضيري السيوطي، جلال الدين، إمام حافظ مؤرخ أديب له نحو (٦٠٠) مصنف، له "الأشباه والنظائر"، "والكتاب الكبير" مات والده وعمره خمس سنوات كان يلقب بابن الكتب؛ لأنّ أمه ولدته بين الكتب، (انظر:السيوطي،مقدمة الأشباهوالنظائر،ص١٠، الزركلي، الأعلام، ج٣، ص ٣٠١-٣٠٢)

[4] السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر (ت ١٥٠٥م/ ٩١١هـ) ، الأشباه والنظائر، ط١ ، (١م) ، تحقيق محمد البغدادي، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٨٧ ، ص٣١

[5] ابن نجيم: (١٥٦٣م/ ٩٧٠هـ): هو زين الدين بن إبراهيم بن نجيم المصري الحنفي ، مصري الأصل ،له تصانيف كثيرة منها: الأشباه والنظائر " البحر الرائق شرح كنز الدقائق " ، "الرسائل الزينية في فقه الحنفية " (انظر:الذهبي،تذكرة الحفاظ،ج٤،ص٤٥٥، الزركلي، الأعلام ، ج ٣ ، ص ٦٤)

[6] ابن نجيم، زين الدين (ت ١٥٦٣م/٩٧٠هـ)، الأشباه والنظائر، ط١، (١م)، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، ١٩٩٦، ص ١٥.

[7] ابن رجب: (١٣٩٣م/٧٩٥هـ): هو عبد الرحمن بن أحمد بن رجب السلامي البغدادي ثم الدمشقي، أبو الفرج، من علماء الحديث ولد في بغداد، وتوفي في دمشق، له: " شرح جامع الترمذي"،"وجامع العلوم والحكم"، "القواعد الفقهيّة"،" أهوال القبور"،" لطائف المعارف"،" الاستخراج لأحكام الخراج " (انظر:ابن حجر،تهذيب التهذيب،ج٦،ص٢٤٠، الزركلي، الأعلام، ج٣، ص ٢٩٥)

[8] ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد، (ت ١٣٩٣م/٧٩٥هـ)، تقرير القواعد وتحرير الفوائد، ط١، (٤م)، تحقيق مشهور بن حسن، دارا بن عقان، السعودية،١٩٨٥، ج١، ص٤.

٢. إنّ تخريج الفروع الفقيهة استنادا إلى القواعد الكليّة يجنب الفقيه التناقض المترتب على التخريج ، وذلك من خلال تتبع جزئيات الأحكام ، واستخراجها من موضوعاتها المختلفة وحصرها في موضوع واحدٍ مع مراعاة الاستثناء من كلّ قاعدة. [1]

٣. تكون الملكة الفقهيّة عند من يعمل ويشتغل بالقواعد الفقهيّة؛ لأنّه من خلالها يحكم على كثير من الفروع التي يقرأها ولم يستظهرها ، فإنّه يجد نفسه بعد مرور الوقت يفتي في المسائل دون الرجوع إلى الأصول من خلال الكتب والمتون والحواشي.

٤. إنّ ربط الأحكام المتناثرة في خيط واحد يدل على أنّ هذه الأحكام جاءت لتحقيق المصالح المتقاربة أو لتحقيق مصلحة أكبر [2]. وهذه الأحكام المتناثرة تعود إلى أصول ترتبط بها وذلك ان دل فإنّما يدل على عظمة الشريعة الإسلامية السمحة وربانيتها.

٥. إنّ علم القواعد الفقهيّة يمثل مرحلة من مراحل البناء الفقهي ، وهي مرحلة الانتقال من الجزئيات إلى الكليّات ، فمن أراد دراسة هذه المرحلة فعليه بكتب قواعد الفقه [3].

٦. إنّ القواعد الفقهيّة تتيح لرجال القانون ، وغير المتخصصين في علم الشريعة الاطلاع على الفقه بأيسر طريق ، لأنّ الجزئيات تعتبر كثيرة العدد والفروع متجددة ومستولدة خلال العصور [4].

جميع الحقوق محفوظة
مركز ايداع الرسائل الجامعية

٧. إنّ القواعد الفقهيّة تعطينا فكرة واضحة وجليّة عن مقاصد الشريعة السمحة، وهذا لا يتيسر من الجزئيات مثل:

أ. قاعدة " المشقة تجلب التيسير " فإنّها تعطينا فكرة واضحة عن أهمية رفع الحرج ، وهذا من مقاصد الشريعة.

ب. قاعدة " الأمور بمقاصدها " ، وهنا تعطينا فكرة واضحة عن نظرية المقاصد في الشريعة الإسلامية [5].

٨. أنّها تدل الفقيه على الأصول الفقهيّة ، ووجود الاستصحاب، ورفع الحرج عن الناس الذي يتصل بالاستحسان.

٩.أنّها تكون مرجحة ، فمثلا هناك مسألة فيها جانب الحلال وجانب الحرام ، وهناك قاعدة أغلبية وهي: " إذا اجتمع الحلال والحرام غلّب الحرام "

---

[1] الباحسين، يعقوب عبد الوهاب، (١٩٩٩م)، قاعدة " الأمور بمقاصدها "، ط١، (١م)، مكتبة الرشد، الرياض، ص ١٩

[2] الندوي، علي، (٢٠٠٠م)، القواعد الفقهيّة، قدم لها الشيخ مصطفى الزرقا، ط٥، (١م)، دار القلم، دمشق، ص ٣٢٧

[3] الحصني، محمد بن عبد المؤمن، (١٤٢٧م/٨٢٩هـ)، كتاب القواعد، ط١، (٤م)، تحقيق عبد الرحمن الشعلان، مكتبة الرشد، الرياض، (١٩٩٧م)، ج١، ص ٣٧

[4] الصابوني، عبد الرحمن، (١٩٨٤م) المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، ط٤، (٢م)، دمشق، جامعة دمشق ج١، ص ٢٩٦

[5] الحصني، كتاب القواعد، ج١، ص ٣٧-٣٨، الشال، إبراهيم علي، ٢٠٠١م، القواعد والضوابط الفقهيّة عند ابن تيمية في المعاملات، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، قسم الفقه، إشراف د. عمر سليمان الأشقر، ص ٣٣

الفصل الأول

" حقيقة القواعد الفقهيّة ونشأتها " ويحتوي على أربعة مباحث:

المبحث الأول: تعريف القاعدة الفقهيّة

المبحث الثاني: حجيّة القاعدة الفقهيّة

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع رسائل الجامعة

المبحث الثالث: نشأة القواعد الفقهيّة ، ويحتوي على مطلبين:

المطلب الأول: لمحة تاريخية عن القواعد الفقهيّة

المطلب الثاني: مصادر القواعد الفقهيّة

المبحث الرابع: مناهج المؤلفين في تدوينها

المبحث الأول

تعريف القاعدة الفقهيّة

- **في اللغة**

أولا: القاعدة لغة

من الفعل قَعَدَ ، يقعُدُ ، قعوداً ، والجمع قواعد ، والقاعدة: أصل الأس ، والقواعد الأساس ، وقواعد البيت: أساسه ، وبهذا المعنى ورد قوله تعالى: **[فَأَتَى اللّهُ بُنْيَانَهم مِّنَ الْقَوَاعِدِ]**[1] ، وقولة تعالى: **[وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ]** [2]

فالقاعدة في هاتين الآيتين الكريمتين تفيد معنى: الأساس ، وهو ما يُرفع عليه البنيان وتفيد مادة (قَعَدَ) معنى الاستقرار والثبات [3].

قال الزجاج [4]: القواعد أساطين البناء التي تعمده ، وقواعد الهودج: خشبات أربع معترضة في أسفله بحيث تركب عيدان الهودج فيها [5].

قال الزمخشري [6] في كشّافه:

القواعد: جمع قاعدة وهي الأساس [7]، وورد في الحديث النبوي الشريف حين سأل النبي – صلى الله عليه وسلم– عن سحابة مرت فقال: **كيف ترون قواعدها وبواسقها** [8].

قال أبو عبيد [9]:

---

[1] سورة النحل / آية ٢٦

[2] سورة البقرة / آية ١٢٧

[3] ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (٣٩٥هـ) معجم مقاييس اللغة، ط٢، (٦م)، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٩٧٢، ج٥، ص ١٠٨

[4] الزجاج: (٩٢٣م/٣١١هـ): إبراهيم بن السري بن سهل، عالم بالنحو، ولد ومات ببغداد، علّمه المبرد، كان يناقش ثعلب، أدّب ابن الوزير عند المعتضد العباسي، له من المؤلفات: " خلق الإنسان"، "المثلث " (انظر: الزركلي، الأعلام، ج١، ص ٤٠، كحّالة، معجم المؤلفين،ج١، ص ٣٣)

[5] ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، (١٣١١م/٧١١هـ)، لسان العرب، ط١، (١٥م)، دار صادر، بيروت، ١٩٨٠، ج٣، ص ٣٦١

[6] الزمخشري: (١١٤٤ م/ ٥٣٨ هـ): هو محمود بن عمر بن محمد بن أحمد الخوارزمي الزمخشري ، ولد في زمخشر من قرى خوارزم في سنة ٤٦٧ هـ ، من أئمة التفسير واللغة ، من مؤلفاته : " الكشّاف" ، "أساس البلاغة" ، "المفصل" ، "المقامات " ، نسب إليه الاعتزال (ابن خلكان،وفيات الأعيان،ج٤،ص٢٠٢، الزركلي ، الأعلام ، ج٧ ، ص ١٧٨)

[7] الزمخشري ، أبو القاسم محمود بن عمر (١١٤٤ م/ ٥٣٨ هـ) ، الكشّاف، ط١ ، (٤م) ، دار الريان ، قطر ، ١٩٨٠ ، ج١ ، ص ١٨٧

[8] أخرجه البيهقي، أحمد بن الحسين (١٠٦٦م/٤٥٨هـ)، في شعب الإيمان، ج٢، ص١٥٨، طبعة دار الكتب العلمية، تحقيق محمد بسيوني، الهندي،كنز العمال،ج٦،ص١٧٤،رقم(١٥٢٤٧)،زغلول،موسوعة أطراف الحديث،ج٦،ص٥٢٥،صححه الألباني،سلسلة الأحاديث الصحيحة،ج٤،ص١٢٣،و **اللفظ للبيهقي**.

[9] أبو عبيد: (٨٤٠م/٢٢٤هـ)، هو أبو عبيد القاسم بن سلام البغدادي اللغوي الفقيه المحدث، صاحب كتاب: الأموال (٣م) (انظر: الذهبي، تذكرة الحفاظ، ج٢، ص٤١٧)

قواعد السحاب: أصولها المعترضة في آفاق السحاب ، شبهت بقواعد البناء [1].

وقال ابن الأثير [2]: أراد بالقواعد ما اعترض منها وسفل تشبيها بقواعد البناء [3]

ومن معاني القاعدة في اللغة: الضابط وهو: الأمر الكلي الذي ينطبق على جزئياته [4].

وكما أنّ القاعدة تطلق على الأمور الحسية، فإنّها تطلق على الأمور المعنوية ، ومثال على ذلك قواعد العلوم [5].

وعلى هذا فإنّ الناظر في أقوال العلماء يجدهم يتفقون على أنّ معنى القاعدة في اللغة: الأساس ، فإنّ قاعدة الشيء: أساسه ، وأصله الذي ينبني عليه ، وتأتي بمعنى الضابط: وهو الأمر الكلي الذي ينطبق على جزئياته.

ثانيا: تعريف الفقه:

الفقه في اللغة [6]: العلم بالشيء ، والفهم له ، والفطنة فيه ، وغلب على علم الدين لشرفه ، قال تعالى:[**قَالُواْ يَا شُعَيْبُ مَا نَفْقَهُ كَثِيرًا مِّمَّا تَقُولُ وَإِنَّا لَنَرَاكَ فِينَا ضَعِيفًا وَلَوْلاَ رَهْطُكَ لَرَجَمْنَاكَ وَمَا أَنتَ عَلَيْنَا بِعَزِيزٍ**][7]

جميع الحقوق محفوظة

الفقه اصطلاحا [8]: هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية.

- **الفقه في لغة القرآن**: ما يخوف من الله تعالى لقوله:[**وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُواْ كَآفَّةً فَلَوْلاَ نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَآئِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُواْ فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُواْ قَوْمَهُمْ**] [9]، وهذا ربط للعلم بغايته ومقاصده فالفقه خاصة بالمؤمنين [10]

---

[1] الفيومي، أحمد بن محمد، (١٣٦٨م/٧٧٠هـ)، المصباح المنير، ط١، (١م)، دار القلم، بيروت، بدون سنة نشر، ج٢، ص ٧٠٠، الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ط١، (٤م)، دار الفكر، بيروت، (١٩٨٣)، ج١، ص٣٢٨

[2] ابن الأثير: (١٢٠٩م/٦٠٦هـ)، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري، المحدث الأصولي، من كتبه:" النهاية في غريب الحديث والأثر"، توفي في إحدى قرى الموصل (انظر:كحالة،معجم المؤلفين،ج١،ص٣٣، الزركلي، الأعلام، ج٥، ص٢٧٢)

[3] ابن منظور، لسان العرب، ج٣، ص ٣٦١

[4] الفيومي، المصباح المنير، ج٢، ص ٧٠٠، مجمع اللغة العربية، ١٩٨٥، المعجم الوسيط، ط٣، (٢م)، دار عمران، القاهرة، ج٢، ص ٧٥٥

[5] ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج٥، ص ١٠٨

[6] الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ج٤، ص٢٨٩، الفيومي، المصباح المنير، ج٢، ص٦٥٦

[7] سورة هود / آية ٩١

[8] العبادي، أحمد بن قاسم، (١٤١٤م/٩٩٤هـ)، الآيات البينات، على شرح جمع الجوامع، ط١ (٤م)، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٩٩٦)، ج١، ص ٧٩-٨١، الزركشي، محمد بن بهادر، (١٣٩٢م/٧٩٤هـ) البحر المحيط، ط١، (٤م)، وزارة الأوقاف والمقدسات الإسلامية، الكويت، ١٩٨٨، ج١، ص ٢١

[9] سورة التوبة، آية ١٢٢

[10] محمود عبد الرحمن، (١٩٩٩)، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهيّة، ط١، دار الفضيلة، القاهرة، ج٣، ص٤٩

- **القاعدة الفقهيّة اصطلاحا:** تدور تعريفات الفقهاء للقاعدة حول محورين: هل هي حكم أغلبي أم هي حكم كلي ؟ وهل هي عند النحاة غير ما هي عليه عند الفقهاء، فقد عرّفها تاج الدين السبكي بقوله: " القاعدة: الأمر الذي ينطبق على جزئيات كثيرة تفهم أحكامها منها ، ومنها ما لا يختص بباب كقولنا: اليقين لا يرفع بالشك ، ومنها ما يختص كقولنا: كلّ كفارة سببها معصية فهي على الفور ، والغالب فيما اختص بباب وقصد به نظم صور متشابهة أن تسمّى ضابطاً [1].

- ولهذا يلاحظ أن الإمام السبكي عليه _رحمة الله_لا يعدّ الكلي قاعدة إلا إذا انطبق على جزئيات كثيرة. يكتفى بكون القاعدة كليّة أن تنطبق على جزئياتٍ ولا يشترط لها أن تكون كليّة.

وكان العلماء قد ذهبوا في تعريف القاعدة إلى قولين:

القول الأول: ذهب إلى اعتبار القاعدة أمراً كليّاً ينطبق على جميع جزئياته.

١. الجرجاني [2] قال بأنّها: " قضية كليّة منطبقة على جميع جزئياتها " [3] وبهذا يخالف السبكي، فهذه المسألة محل خلاف.

٢. أبو البقاء الكفوي [4] قال بأنّها: " قضية كليّة من حيث اشتمالها بالقوة (أي الاستنتاج) على أحكام جزئيات موضوعها وتسمّى فروعاً ، واستخراجها منها تفريعاً كقولنا: كلّ إجماع حق ، والقاعدة هي الأساس والأصل لما فوقها " [5]

٣. وعرفها المقري [6] بقوله: " ونعني بالقاعدة كلّ كليٍّ هو أخص من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة، وأعم من العقود وجملة الضوابط الفقهيّة الخاصة " [7]

٤. ووصفها الأستاذ مصطفى الزرقا بأنّها: " الأصول الفقهيّة الكليّة في نصوص موجزة دستورية، تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعاتها " [8]

القول الثاني: يذهب إلى أنّ القواعد الفقهيّة هي قواعد أغلبية لا كليّة .

---

[1] السبكي، الأشباه والنظائر، ج١، ص١١

[2] الجرجاني: (١٤١٣م/٨١٦هـ): علي بن محمد بن علي المعروف بالشريف الجرجاني فيلسوف من كبار علماء العربية، ولد في تاكو قرب استراباد ودرس في شيراز، توفي فيها، له نحو خمسين مصنفا منها: " التعريفات"، "مقاليد العلوم"، "رسالة في فن أصول الحديث"،" شرح المواقف " (انظر:كحالة،معجم المؤلفين،ج٧،ص٢١٦، الزركلي، الأعلام، ج٥، ص ١٥٩)

[3] الجرجاني، التعريفات، ص ٢١٩

[4] الكفوي: (١٦٥٣م/١٠٩٤هـ): هو أبو أيوب بن موسى الحسيني الكفوي، قاض بالقدس، من مؤلفاته: الكليات، يكنى بأبي البقاء (إسماعيل باشا، هدية العارفين، ج١، ص٢٢٩، كحالة، معجم المؤلفين، ج٣، ص٣١)

[5] الكفوي،أبو أيوب بن موسى(١٦٥٣م/١٠٩٤هـ)،الكليات،مؤسسة الرسالة،بيروت،ط٢ (٥م)، ١٩٩٣، ص ٧٢٨

[6] المقري: (١٣٥٧م/٧٥٨هـ) محمد بن محمد بن أحمد بن أبي بكر، أبو عبد الله القرشي التلمساني الشهير بالمقري: باحث من الفقهاء الأدباء المتصوفين من علماء المالكية، خرج من تلمسان مع المتوكل، له " القواعد"، "نفح الطيب"، "الحقائق والرقائق " توفي في فاس ودفن فيها (انظر:ابن العماد، شذرات الذهب،ج٧،ص٣٠، الزركلي، الأعلام، ج٧، ص٣٧)

[7] المقري، محمد بن محمد، (١٣٥٧م/٧٥٦هـ)، القواعد، ط١، (٤م)، دار الكتاب، بيروت، ج١، ص ٢١٢

[8] الزرقا، مصطفى أحمد، ١٩٩٨، المدخل الفقهي العام، ط١، (٣م) دار الفكر، بيروت، ج٢، ص ٩٤٨

وممن ذهب إلى هذا الرأي الحموي في غمز عيون البصائر حيث قال: " أنّ القاعدة عند الفقهاء غيرها عند النحاة والأصوليــين، إذ هــي عند الفقهاء حكم أكثري لا كليّ ، ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها " [1]

وذهب الندوي في كتابه إلى ذكر التعريفين للقاعدة:

١. " حكم شرعي في قضية أغلبية يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها "، وإلى هذا الرأي يميل الندوي

٢. " أصل فقهي كليّ يتضمن أحكاماً تشريعية عامة من أبوابٍ متعددة، في القضايا التي تدخل تحت موضوعه " [2]

واستدرك الدكتور يعقوب الباحسين في كتابه " القواعد الفقهيّة " على الذين عرّفوا القواعد الفقهيّة بأنّهم قد اكتفوا بتعريف أحد الجزأين دون الآخر (أي القواعد دون الفقهيّة) ، وقال: " يبدو لنا في تعريف القاعدة أنّها قضية كليّة " [3]، " أنّ الفقهيّة قيد في القواعد؛ لإخراج ما ليس فقهياً منها ، والفقه في اللغة: الفهم ، وفي الاصطلاح: العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية " [4]

جميع الحقوق محفوظة
مركز ايداع الرسائل الجامعية

و يردّ الباحث على استدراك الباحسين، أنّ من الفقهاء مَن قيّد تعريف القواعد بموضوع الفقه، كما نجد ذلك عند الشيخ الزرقاوالندوي، مما أشير إليه سابقاً، فلا أميل إلى قول الدكتور الباحسين في تعميمه.

فمن نظر إلى أنّ القاعدة حكم أكثري أو قضية أكثرية، أو حكم أغلبي، ينظر إلى المستثنيات والشواذ التي تخرج من القاعدة

ومن نظر إلى أنّها حكم كليّ، أو قضية كليّة نظر إليها بصورةٍ عامة [5].

لكنني أرى أنّ الذين يقولون أنّها كليّة لا ينفون خروج بعض المستثنيات من القاعدة، لكنّ هذا الخروج لا يقدح في كليتها، وبهذا يظهر أنّ الخلاف لفظي ، ولا مشاحة في الاصطلاح.

ويميل الباحث إلى القول بأنّها: حكم شرعي في قضية أغلبية يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها؛لأنّ ذكر لفظ أغلبي لا يوجب الاعتذار بأنّ فيها مستثنيات كما هو الحال في لفظ كلي.

---

[1] الحموي، أحمد بن محمد، (١٦٥٧م/١٠٩٨هـ)، غمز عيــون البصائر شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم، ط١، (٤م)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٩، ج١، ص٥١

[2] الندوي، القواعد الفقهيّة، ص ٤٤

[3] يقول الإمام الشاطبي: إن الأمر الكلي إذا ثبت فتخلف بعض الجزئيات عن مقتضاه لا يخرجه عن كونه كليًا، وأيضا فإنّ الغالب الأكثري معتبر في الشريعة الإسلامية، اعتبار الكلي، (انظر: الشاطبي، إبراهيم بن موسى (١٣٨٨م/٧٩٠هـ)، الموافقات في أصول الفقه، ط١، (٢م) دار الفكر، بيروت، بدون سنة نشر، ج٢، ص٣٥٢

[4] الباحسين، القواعد الفقهيّة، ص ٥٦

[5] هرموش، محمود مصطفى، ١٩٨٧، القاعدة الكليّة " إعمال الكلام أولى من إهماله "، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ص ٢٠، البورنو، محمد صدقي، (٢٠٠٠م)، موسوعة القواعد الفقهيّة، ط١، (٦م)، مكتبة التوبة /دار ابن حزم، ج٣، ص ٢١-٢٣، كامل، عمر عبد الله، (٢٠٠٠م)، القواعد الفقهيّة الكبرى وأثرها في المعاملات المالية، ط١، (٢م)، دار الكتب، مصر، ج١، ص ٣٥-٣٦، الحصني، كتاب القواعد، ج١، ص ٢٢-٢٤، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص ٤٢-٤٥

أو هي أصول فقهيّة،تشتمل بالقوة على الأحكام الشرعية العملية للجزئيات التي تدخل تحت موضوعاتها.

ويقول الدكتور عبد الرحمن الكيلاني : " أرى أنّ القاعدة ليست هي الحكم وإنّما هي وسيلة إظهاره، فهي تكشف عن الحكم وتظهره ، وليست هي عينه " [1] وعلى هذا يظهر ما يلي:

١. أنّه ثمة فرق بين القواعد الفقهيّة كمفهوم: هي قضية كليّة – أو أكثرية – شرعية عملية جزئياتها قضايا شرعية عملية، وبين علم القواعد الفقهيّة هو العلم الباحث في القضايا الفقهيّة الكليّة التي جزئياتها قضايا فقهية كليّة ، من حيث بيان معناها، وأركانها وشروطها ، ومصدرها ، وحجيتها، ونشأتها ، وتطورها ، ومـــا تنطبق عليه من الجزئيات وما يستثنى منها [2].

وذلك مثل قاعدة " التابع تابع " ، فهي قاعدة فقهية كليّة ، وأما دراستها من حيث معناها وأركانها ومصدرها وحجيتها وتطورها وأهميتها ، فهي موضوع بحث علم القواعد الفقهيّة.

٢. أنّ القواعد في سائر العلوم لا يمكن أن تخلو من المستثنيات والشواذ ، وبناءً على ذلك فإنّ الكليّة كليّة نسبية وليست شمولية.

٣. أنّ هناك بعض القواعد الفقهيّة مثل القواعد الأساسية الخمس ، المستثنيات فيها قليلة جداً. وهناك ما يسمى بالقواعد العقلية وهي لا تقبل الاستثناء ولا تنخرم في حال من الأحوال [3].

مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

الفرق بين القواعد الفقهيّة والقواعد الأصولية:

- من جهة المستفيد منها: القاعدة الأصولية يستفيد منها المجتهد خاصة، أمّا القاعدة الفقهيّة فيمكن أن يستفيد منها الفقيه والمتعلم،حيث أنّ كلّ قاعدة تشتمل على حكم كلي لعدد من المسائل، فالرجوع إليها أيسر من الرجوع إلى حكم كلّ مسألة على حدة.

- من جهة توقف كل منهما على الأخرى في استنتاجها، فالقاعدة الأصوليّة لا يتوقف استنتاجها والتعرف عليها على قاعدة فقهيّة، وعلى الخلاف من ذلك، فإنّ القاعدة الفقهيّة يتوقف استنتاجها على القاعدة الأصولية.

- من جهة الاستمداد: القواعد الأصولية تستمد من ثلاثة أشياء هي: علم الكلام، والعربيّة، وتصور الأحكام، أمّا القواعد الفقهيّة فإنّها مستمدة من الأدلة الشرعية.

- من جهة متعلقهما: القواعد الأصولية متعلقة بالأدلة الشرعية، أمّا القواعد الفقهيّة فإنّها متعلقة بأفعال المكلفين. [4]

---

[1] الكيلاني، عبد الرحمن إبراهيم، (٢٠٠٠م)، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي عرضا ودراسة وتحليلا، ط١، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ص ٢٩

[2] الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج١، ص ٢٣٤، عمر كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص ٣٥، الباحسين، القواعد الفقهيّة، ص ١٥-٥٦، طلافحة، محمد محمود، (٢٠٠٠م)، قاعدة: تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة وتطبيقاتها الفقهيّة والقانونية في المعاملات المالية المعاصرة، رسالة ماجستير / جامعة اليرموك، إربد، إشراف الدكتور إسماعيل أبو شريعة، ص ١٦

[3] الندوي، القواعد الفقهيّة، ص ٤٤

[4] الحصني، كتاب القواعد، ج١، ص٢٥، الندوين القواعد الفقهيّة، ص٦٧، القرافي، الفروق،ج١، ص٣

المبحث الثاني

حجيّة القواعد الفقهيّة

هل يسوغ لنا أن نجعل القاعدة الفقهيّة دليلا شرعياً كباقي الأدلة، ويمكن بناء الأحكام عليها، أم لا ؟

وللإجابة عن هذا السؤال، علينا ابتداءً تحرير محل النزاع:

أولا: إنّ الفقهاء متفقون على أنّ القواعد الفقهيّة تعتبر دليلا يحتج به إذا كان لها أصل من الكتاب أو السنة وهي كثيرة مثل قاعدة " الضرر يزال " والتي يشهد لها حديث النبي – صلى الله عليه وسلم–: " **لا ضرر ولا ضرار** " [١]، وقاعدة " الأمور بمقاصدها " والتي يشهد لها حديث " **إنّما الأعمال بالنيات** " [٢]

والقواعد التي ليس لها دليل يعضدها، هي مناط الاختلاف بين الفقهاء.

ثانيا: وذهب بعض الفقهاء إلى الاحتجاج بها مطلقا بل وبلغ ببعضهم المبالغة في اعتبارها، مثل الإمام القرافي –رحمه الله– المالكي إذ صرّح أنّه ينقض لها حكم الحاكم إذا كانت سالمة عن المعارضة، ومعلوم أنّ حكم الحاكم لا ينقض إلا بنص صريح صحيح أو بالإجماع [3]

ثالثا: وذهب البعض إلى أنّه يحتج بها إذا تعضّدت بدليل، أو كانت معبرةً عن دليلٍ أصولي وممن ذهب إلى هذا شرّاح المجلة وغيرهم [4].

قال ابن نجيم في الفوائد الزينية – كما نقله عنه الحموي في غمز عيون البصائر –:" لا يجوز الفتوى بها بما تقتضيه الضوابط؛ لأنّها ليست كليّة، بل أغلبية خصوصاً، وهي لم تثبت عن الإمام، بل استخرجها المشايخ من كلامه " [5]

وجاء في درر الأحكام شرح مجلة الأحكام ما نصه:

" إنّ المحققين من الفقهاء قد أرجعوا المسائل الفقهيّة إلى قواعد كليّة، كلّ منها ضابط وجامع لمسائلَ كثيرة، وتلك القواعد مسلّمة معتبرة في الكتب الفقهيّة تتخذ أدلة لإثبات المسائل

---

[1] سبق تخريجه

[2] أخرجه الإمام مسلم، كتاب الإمارة، باب استحباب طلب الشهادة في سبيل الله، ج٦، ص ٥٣٤، حديث رقم (١٩٠٧)، وأخرجه البخاري، برقم (١)، كتاب الإيمان، وأخرجه مالك في الموطأ (٩٨٣) برواية محمد بن الحسن، وأخرجه أحمد (١٦٨) (٣٠٠) وأخرجه أبو داود (٢٢٠١) و الترمذي (١٦٤٧) ورواه النسائي في الكبرى، ج١، ص٧٨، **و اللفظ لمسلم.**

[3] القرافي، الفروق، ج١، ص ٥–٨

[4] البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج١، ص ٤٤–٤٦، الصلاحين، مذكر في القواعد الفقهيّة، ص ٦، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص ٣٣٠–٣٣٣

[5] الحموي، غمز عيون البصائر، ج١، ص ٣٧

وتفهمـــها في بادئ الأمر، فذكرها يوجب الاستئناس بالمسائل، ويكون وسيلة لتقررها في الأذهان "[1]

ويقول الأستاذ علي الندوي:

" فالقاعدة باعتبارها فقهية لا تصلح أن تكون دليلا ، اللهم إلا إذا كانت لبعض القواعد صفة أخرى. وهي كونها معبرة عن دليل أصولي، أو كونها حديثا ثابتا مستقلا مثل: " **لا ضرر ولا ضرار** " " **الخراج بالضمان** "، **البينة على المدعي واليمين على من أنكر** "، فحينئذٍ يمكن الاستناد إليها في استنباط الحكم وإصدار الفتوى وإلزام القضاء بناء عليها.

وينبغي أن يبين هنا ان عدم جواز استناد القاضي والمفتي إلى إحدى القواعد الفقهيّة وحدها. إنّما محله فيما يوجد فيه نص شرعي يمكن الاستناد إليه ، فأما إذا كانت الحادثة لا يوجد فيها نص فقهي أصلا لعدم تعرض الفقهاء لها، ووجدت القاعدة التي تشملها. فيمكن عندئذٍ استناد الفتوى والقضاء إليها، اللهم إلا إذا قطع أو ظن فرق بين ما اشتملت عليه القاعدة وهذه المسألة الجديدة "[2]

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية

وجاء في المجلة أيضا :

" فحكّام الشرع ما لم يقفوا على نقل صريح، لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد، إلا أنّ لها فائدة كليّة في ضبط المسائل، فمن اطلع عليها من المطالعين، يضبط المسائل بأدلتها وسائر المأمورين يرجعون إليها في كلّ خصوص "[3]

رابعا: ومنهم من اعتبرها دساتير للتفقيه وتنبيه القرائح

مثل الشيخ مصطفى الزرقا– رحمه الله– يقول:

" ولذا كانت تلك القواعد الفقهيّة قلما تخلو إحداها من مستثنيات في فروع الأحكام التطبيقية خارجة عنها، إذ يرى الفقهاء أنّ تلك الفروع المستثناة من القاعدة هي أليق بالتخريج على قاعدة أخرى، أو أنّها تستدعي أحكاماً استحسانية خاصة، ومن ثم لم تسوغ المجلّة أن يقتصر القضاة في أحكامهم على الاستناد إلى شيء من هذه القواعد الكليّة فقط دون نص آخر خاص، أو عام يشمل بعمومه الحادثة المقضي فيها، لأنّ تلك القواعد الكليّة على ما لها من قيمة واعتبار، هي كثيرة المستثنيات، فهي دساتير للتفقيه لا نصوص للقضاء "[4]

ويقول الإمام الجويني[5] بعد إيراد القاعدتين المشهورتين: " الأصل براءة الذمة " " و الأصل في الأشياء الإباحة " " وغرضي بإيرادهما تنبيه القرائح، ولست أقصد الاستدلال بهما "[1]

---

[1] حيـــدر، علي، (١٩٢٥)، درر الحكم شرح مجلة الأحكام، ط١ (٤م)، المطبعة العباســية، حيفا، ج١، ص ١٠

[2] الندوي، القواعد الفقهيّة، ص ٣٣١

[3] حيدر، درر الأحكام، ج١، ص ١٠

[4] الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص ٩٣٥-٩٤٩

[5] الجويني: (١٠٨٥م/٤٧٨هـــ): هو عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، إمام الحرمين، أبو المعالي، شافعي المذهب، ولد في جوين من نواحي نيسابور، درس في المدينة المنورة بنى له الوزير نظام

الأدلـة :

العلماء الذين قالوا ان القواعد الفقهيّة تعتبر حجّة فقهيّة،إذا كان أصلها دليل شرعي،ضربوا على ذلك أمثلة:

١. قاعدة:"البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر" ،أصلها من السنّة النبويّة: عن ابن عبّاس،عن النبي – صلّى الله عليه وسلّم – قال: " **لو يعطى الناس بدعواهم لأدّعى قوم دماءَ قوم وأموالهم، ولكنّ البيّنة على من ادعى واليمين على من أنكر**"[2].

٢. قاعدة:" تبدّل سبب الملك قائم مقام تبدّل الذات" ، أصلها من السنّة النبويّة: عن أنس بن مالك – رضي الله عنه – قال: " **أتي النبي – صلى الله عليه وسلم– بلحمٍ ، فقيل: تصدّق به على بريرة، فقال: " هو لها صدقة ولنا هديّة**"[3].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية

وجه الدلالة: أنّ اللحم الوارد في الحديث في أصله صدقة، يحرم على رسول الله –صلى الله عليه وسلم– أكله وطعمته، غير أنّه لما قدم إلى الرسول –صلى الله عليه وسلم– اختلف سبب ملكه، إذ أنّه قدّم له على سبيل الهدية ، لا الصدقة، فاعتبر هذا التغير في ذات اللحم وعينه[4].

وهناك بعض القواعد التي لا تستند إلى نصوصٍ شرعية من الكتاب والسنة ، وهنا موضع الخلاف في اعتبارها حجّة، مثل قاعدة " المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"[5]

ويظهر لنا أنّ سبب اختلافهم في حجيتها ما ذكره بعض العلماء منهم:

يقول الدكتور محمد صدقي البورنو:

" أنّه لا يسوغ اعتبار القواعد الفقهيّة أدلة شرعية لاستنباط الأحكام لسببين:

الملك السلجوقي " المدرسة النظامية " له: " غياث الأمم"، "البرهان " (انظر:ابن العماد،شذرات الذهب،ج٣،ص٣٨٥ الزركلي، الأعلام، ج٤، ص ٣٠٦)

[1] الجويني، عبد الملك بن عبد الله (١٠٨٥م/٤٧٨هـ)، غياث الأمم، ط١ (١م)، مطبعة دار الدعوة، مصر، (١٩٧٩)، ص ٤٩٩، الندوي، القـواعد الفقهيّة، ص ٣٢٩، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج١، ص ٤٥

[2] أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، بشرح النووي، ج٣، ص١٣، كتاب الأقضية، باب البينة على المدعي واليمين على من أنكر، سنن الترمذي مع تحفة الأحوذي، ج٤، ص٥٧١، كتاب الأحكام، باب ما جاء في أنّ البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، **واللفظ لمسلم**.

[3] أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، ج٣، ص٢٠٦، حديث رقم ٢٥٧٨، كتاب الصدقات، أخرجه مسلم في صحيحه مع شرح النووي، ج٢، ص١٨٧، حديث رقم ١٠٧٦، كتاب الصدقات، **واللفظ للبخاري**.

[4] ابن حجر، فتح الباري، ج٥، ص٢٠٤، الكيلاني، حجيّة القاعدة الفقهيّة، ص٩١.

[5] الحموي، غمز عيون البصائر، ج١، ص٣٧، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج١، ص٤٤، القرافي، الفروق، ج١، ص٨٥، الندوي، القواعد الفقهية، ص٣٢٩، الكيلاني، حجيّة القاعدة الفقهيّة، ص ٩٠ – ٩٤.

١. إنّ هذه القواعد ثمرة للفروع المختلفة وجامع ورابط لها. وليس من المعقول أن يجعل ما هو ثمرة وجامع دليلا لاستنباط أحكام الفروع.

٢. إنّ معظم هذه القواعد لا تخلو عن المستثنيات ، فقد تكون المسألة المبحوث عن حكمها من المسائل والفروع المستثناة؛ ولذلك لا يجوز بناء الحكم على أساس هذه القواعد. ولا يسوغ تخريج أحكام الفروع عليها. ولكنها تعتبر شواهد مصاحبة للأدلة، يستأنس بها في تخريج الأحكام للوقائع الجديدة قياساً على المسائل الفقهيّة المدونة [1]

وأيضا يقول الشيخ الدكتور عبد الرحمن الكيلاني:

" والذي أراه في حجيّة القاعدة الفقهيّة: أنّ المعيار الذي ينبغي الاحتكام إليه في صلاح القاعدة أو عدم صلاحها للاستدلال ، هو مدى سلامة المعنى وصحة المضمون الذي عبّرت عنه القاعدة الفقهيّة وحددته ، وضبطته ، ثم النظر في مدى تحقق ذلك المعنى في الوقائع والجزئيات التي يراد الكشف عن حكمها الشرعي.

وتتم دراسة المعنى والمضمون على ضوء الدليل الذي أرشد إليها ، ذلك أنّ القاعدة الفقهيّة هي في حقيقتها تعبير عن حكم فقهي ، ومن المقرر أنّ الحكم يستمد حجيّته، وسلامته وصحته من خلال الدليل الذي يرشد إليه [2].

جميع الحقوق محفوظة

وإنّ شرّاح القواعد الفقهيّة ، قد ضربوا مثالا على حجيّة القاعدة الفقهيّة كالآتي:

من النصوص أما جاء في المجموع شرح المهذب للنووي": قال: " فرع": لا فرق عند أحمد بين أكل لحم الإبل مطبوخا ونيئا ومشويا ففي كله الوضوء ، وكذا قولنا القديم ، ولأحمد رواية: أنّه يجب الوضوء من شرب لبن الإبل ، ولا أعلم أحدا وافقه عليها ، ومذهبنا ،ومذهب كافة العلماء: لا وضوء من لبنها ، واحتج أصحاب أحمد بحديث أسيد بن حضير [3] – رضي الله عنه– أنّ النبي – صلى الله عليه وسلم– قال: " **لا توضئوا من ألبان الغنم وتوضئوا من ألبان الإبل** " [4] رواه ابن ماجة بإسناد ضعيف: فلا حجّة فيه لضعفه ، ودليلنا: " أنّ الأصل الطهارة ، ولم يثبت أنّه ناقض " [5]

فالملاحظ أنّ الإمام النووي قد أعمل دليل الاستصحاب بالاستناد إلى القاعدة المشهورة: " بقاء ما كان على ما كان " وقدّم القاعدة على الحديث الضعيف [6].

---

[1] البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ص ٤٥–٤٦

[2] الكيلاني، عبد الرحمن إبراهيم، ١٩٩٩، حجيّة القاعدة الفقهيّة، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، م١٤، عدد١، ص ٩٧–٩٨

[3] أسيد بن حضير: (٦٤١م/٢٠هـ): أسيد بن حضير بن سماك بن عتيك الأوسي، أبو يحيى، صحابي كان شريفاً في الجاهلية والإسلام، يعد من عقلاء العرب وذوي الرأي، وكان يسمى الكامل، شهد العقبة الثانية وشهد المشاهد كلها مع رسول الله – صلى الله عليه وسلم–، وله ١٨ حديثاً، توفي في المدينة (ابن الأثير،أسد الغابة،ج١،ص٩٢،ابن حجر،الإصابة،ج١،ص٤٩،الزركلي، الأعلام، ج١، ص ٣٣٠)

[4] رواه ابن ماجه في السنن (١٦٦/١) كتاب الطهارة باب ما جاء في الوضوء من لحوم الإبل حديث ابن ماجة ٤٩٦ ضعيف الإسناد لضعف حجاج بن أرطأة وتدليسه، ج١، ص٧١،**واللفظ لابن ماجة**

[5] النووي، يحيى بن شرف (٦٧٦/١٢٧٧) المجموع شرح المهذب، ط١، ت محمد المطيعي، (٢٣م)، مكتبة الإرشاد، جدة، ١٩٨٠، ج٢٣، ص٦٤

[6] الندوي، القواعد الفقهيّة، ص ٣٣١، السدلان، القواعد الفقهيّة الكبرى، ص ٣٦–٣٧

ويقول الندوي: وللقواعد الفقهيّة صفة أخرى وهي كونها معبرة عن دليل أصولي: هو الاستصحاب المعتبر عندهم.

والترجيح مما سبق:

ويذهب الباحث إلى ما ذكره الدكتور عبد المجيد الصلاحين [1]:

١. نوافق أنّ القاعدة الفقهيّة التي يشهد لها دليل يمكن الاحتجاج بها ، وبالتالي يسأل عن الحجة في هذه الحالة ؟ ! فإنّ الحجة تكون للدليل ، فلو لم يوجد قوله – صلى الله عليه وسلم–: " **لا ضرر ولا ضرار** " ، فإنّه لا يمكن الاحتجاج بالقاعدة " الضرر يزال " ، ولو لم يوجد قوله –صلى الله عليه وسلم– " **إنّما الأعمـــال بالنيات** " فإنّه لا يمكن الاحتجاج بالقاعدة ، الأمور بمقاصدها ".

فعندئذ يقرر أنّ الحجة كانت للنص وليست للقاعدة ذاتها ، وفي كل الأحوال تبقى الحجة للدليل وليست للقاعدة.

فهناك بعض القواعد لها أدلة أصلية مثل: قاعدة:" الضرر يزال "، يشهد لها قوله تعالى:**[وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ]**[2] وقــوله تعالى: **[يُرِيدُ اللّهُ أن يُخَفِّفَ عَنكُمْ وَخُلِقَ الإنسان ضَعِيفًا]** [3] وقاعــدة " الأمور بمقاصدها " يشهد لها قوله – صلى الله عليه وسلم–: " **إنّما الأعمال بالنيات**" [4]

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

وهنـــاك بعض القواعد يشهد لها أدلة تبعيّة مثل قاعدة " الأصل في الأشياء الإباحة " وقاعدة: " الأصل في الأبضاع التحريم "وقاعدة:" الأصل في الذبائح التحريم " يشهد لها جميعاً دليل تبعي وهو الاستصحاب وهو محل خلاف.

ولو حدثت مسألة لها دليل أصلي أو تبعي ، فهل يحتج بالقاعدة أم لا. الأصح أنّه يحتج بها [5]، لأنّ هذه المسألة خارجة عن الخلاف السابق الذي يعتبر الحجة للدليل القاعدة وليس للقاعدة ذاتها.

فعندئذ تعتبر القاعدة حجة في المسائل التي ورد فيها دليل أصلي أو تبعي، أو من مقاصد الشريعة؛ لأنّ الشارع الحكيم قد اعتبرها ، وإن لم يكن لها دليل فدليلها الاستقراء وهذا يجعلها صالحة للاحتجاج بها غير أنّ إثمار الحكم الشرعي من الدليل يحتاج إلى معرفة مخصصاته، والأدلة الأخرى المرتبطة به تحقيقاً لوحدة التشريع، وعليه تكون القاعدة الفقهيّة حجة لانشاء الأحكام، إذا علم الفقيه بالمخصصات والمقيدات الواردة عليها، والله تعالى أعلم.

---

[1] الصلاحين، مذكرة في القواعد الفقهيّة، ص ٦–٧

[2] سورة الحج، آية ٧٨

[3] سورة النساء، آية ٢٨

[4] سبق تخريجه

[5] البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج١، ص ٤٨، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص ٣٣١، الصلاحين، مذكرة في القواعد الفقهيّة، ص ٧، السدلان، القواعد الفقهيّة الكبرى، ص ٣٨

المبحث الثالث

نشأة القواعد الفقهيّة " ويحتوي على مطلبين

المطلب الأول

لمحة تاريخية عن القواعد الفقهيّة

الناظر في كتب القواعد الفقهيّة يجد أنّ القواعد الكليّة المأثورة في الفقه الإسلامي لم توضع جميعها جملة واحدة، ولكن وضعت حسب تطورات العصر، وما استجد فيه من ازدهار وتقدم وأحداث ، والمعاني الفقهيّة لهذه القواعد كانت مقررة في أذهان الأئمة المجتهدين يعللون بها ويقيسون عليها ، وقد كانت تسمى عندهم أصولا [١].

وأهم مصادر القواعد الكليّة هي نصوص الكتاب الكريم، أو نصوص السنة النبوية الشريفة ،فمنها ما جرى مجرى القاعدة ، ومنها ما استنبط حكم أصبح قاعدة معروفة، وبالإضافة إلى ذلك هناك جانب آخر أثر عن الصحابة الأطهار رضوان الله عليهم وكثير من الفقهاء و الأئمة عبارات وأقوال لهم جرت مجرى القاعدة ، وردت في تأصيل مبدأ أو تعليل لحكم من الأحكام والذي سيأتي بشيء من التفصيل في المطلب الثاني من المبحث الخامس إن شاء الله.

والذي يبدو من خلال الدراسة والإطلاع على تاريخ نشأة القواعد، أنّ المذهب الحنفي هو أقدم المذاهب التي سبقت إلى صياغة القواعد ، فأوّل الكتب التي تتحدث في هذا المجـــال " كتاب الخراج" الذي ألفه الإمام أبو يوسف [٢]، وهو من أكبر تلاميذ أبي حنيفة ، وكان تأليف هذا الكتاب في عهد هارون الرشيد [٣]؛ ليكوّن نظاماً وقانوناً تسير عليه الدولة في تنظيم الخراج ومعاملة أهل الذمة ، واشتمل الكتاب على عددٍ من العبارات التي جرت مجرى القواعد [٤].

ولعل أقدم خبر يروى عن جمع القواعد الكليّة في المذهب الحنفي من أنّ الإمام أبا طاهر الدباس [٥]، وهو ممن عاش في القرنين الثالث والرابع الهجريين – قد جمع أهم قواعد مذهب أبي حنيفة في سبع عشرة قاعدة كليّة ، وكان أبو طاهر ضريراً يكرّر كلّ ليلةٍ تلك القواعد بمسجده بعد

---

[1] الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص٩٥١-٩٦٣، أحمد الزرقا شرح القواعد الفقهيّة، ص٣٦-٤٤

[2] أبو يوسف: (٧٩٨م/١٨٢هـــ): هو يعقوب بن إبراهيم الأنصاري، صاحب أبي حنيفة، أول من نشر علمه وأول من (دعي بقاضي القضاة)، له: " الخراج"،" البيوع"،" الوكالة " (انظر: ابن حجر، تهذيب التهذيب، ج١١، ص٣٨٠، الزركلي، الأعلام، ج٨، ص١٩٣)

[3] هارون الرشيد،: (٨٠٩م/١٩٣هـــ): هو هارون بن محمد المهدي بن المنصور العباسي، خامس خلفاء الدولة العباسية، ولد بالري، نشأ في دار الخلافة في بغداد، ولداه المأمون والأمين، بويع بالخلافة بعد أخيه الهادي سنة ١٧٠هـــ، كان يحجّ عاماً ويغزو عاماً (انظر:ابن حجر،تهذيب التهذيب،ج١١،ص٨٧، الزركلي، الأعلام، ج٨، ص٦٢)

[4] البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج١، ص٥٠-٥١، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٩٠-١٥٧، أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٣٦-٤٤، الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص٩٥١-٩٦٣

[5] أبو طاهر الدباس: (٩٥٤م/٣٤٠هـــ): هو محمد بن محمد بن سفيان، ويعرف بأبي طاهر الدباس، من كبار علماء الحنفية لا يعلم بالتحديد وقت وفاته، لكن كان معاصراً للكرخي المتوفى عام ٣٤٠هـــ، وقيل أنّه توفي في السنة نفسها (مقدمة التحقيق لكتاب القواعد للإمام الحصني، ج١، ص٤١)

خروج الناس منه، وتذكر كتب القواعد أنّ أبا سعيد الهروي [١] الشافعي قد رحل إلى أبي طاهر ونقل عنه بعض هذه القواعد، ومن جملتها القواعد الخمس التي تعتبر أمهات القواعد ومباني الأحكام الشرعية من نصية واجتهادية ومنها:

١. الأمور بمقاصدها ٢. الضرر يزال ٣. العادة محكمة
٤. اليقين لا يزول بالشك ٥. المشقة تجلب التيسير [٢]

وقال الحموي في غمز عيون البصائر: الغرض من هذه الحكاية التنويه بشرف القواعد، حيث سافر مثل هذا الإمام لأجل تحصيل تلك القواعد [٣].

ولما بلغ القاضي حسيناً [٤] الخبر عن الإمام الدباس، والإمام الهروي ردّ جميع مذهب الشافعي إلى أربعة قواعد وهي:

١. الضرر يزال ٢. اليقين لا يزول بالشك
٣. والمشقة تجلب التيسير ٤. والعادة محكمة [٥].

ويمكن أن يكون الإمام الكرخي (ت ٣٤٠هـ)، وهو من أقرآن الدباس، قد اقتبس من بعض تلك القواعد وأضافها إلى رسالته المشهورة التي تحتوي على سبعٍ وثلاثين قاعدة [٦]

وفي القرن الخامس الهجري جاء الإمام أبو زيد عبيد الله بن عمر الدبوسي – رحمه الله– الحنفي (ت ٤٣٠هـ) في كتابه" تأسيس النظر" وأضاف إضافاتٍ عظيمة على كتاب الإمام الكرخي [٧]

وفي القرن السادس الهجري هناك كتاب واحد هو كتاب " ايضاح القواعد" للإمام علاء الدين بن أحمد السمرقندي (ت ٥٤٠هـ) [٨]

---

[1] أبو سعيد الهروي: (١٠٩٥م/٤٨٨هـ): محمد بن أحمد بن أبي يوسف الهروي، فقيه شافعي، من أهل هراة، قتل شهيداً مع ابنه في جامع همدان، وكان قاضياً فيها، له: "الأشراف" (انظر:السبكي،طبقات الشافعيّة،ج٩،ص٣٢، الزركلي، الأعلام، ج٦، ص٢٠٩)

[2] ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ج١، ص٢٠، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٣٥، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج١، ص٢٨

[3] الحموي، غمز عيون البصائر، ج١، ص ١٥ وما بعدها

[4] القاضي حسين: (١٠٦٩م/٤٦٢هـ): حسين بن أحمد المروروزي، قاضي من كبار فقهاء الشافعية، كان صاحب وجوه غريبة في المذهب، له: "التعليقة في الفقه"، توفي بمرو الروذ (انظر، السبكي، طبقات الشافعية، ج٣، ص١٥٥، الزركلي، الأعلام، ج٢، ص٢٧٨)

[5] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٣٦، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج١، ص٢٩-٥٥، البكري، بدر الدين البكري بن أبي بكر (١٣٧٢م/٧٧٢هـ)، الإغناء في الفروق والاستثناء، ط١ (تحقيق عادل عبد الموجود/علي معوض) (٢م)، دار الكتب، بيروت، ١٩٩١، ج١، ص١٥-١٦

[6] الندوي، القواعد الفقهيّة، ص١٣٧، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج١، ص٢٥ وما بعدها، كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص ٨٠ وما بعدها

[7] ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ج١، ص٢٠، الندوي، الفقواعد الفقهيّة، ص١٣٧، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج١، ص٣٠

[8] الندوي، القواعد الفقهيّة، ص١٣٧، هرموش، القاعدة الكليّة " إعمال الكلام أولى من إهماله " ص٣٣، وما بعدها

وكانت المرحلة الأهم في التأليف لهذا العلم الهام في القرن السابع الهجري، فكانت الكتب التالية [١]:

١. كتاب " القواعد في فروع الشافعية " للعلامة محمد بن إبراهيم الجاجرمي السهلكي [٢] (ت٦١٣هـ)

٢. كتاب " قواعد الأحكام في مصالح الأنام " للإمام عز الدين بن عبد السلام [٣] (ت٦٦٠هـ).

٣. كتاب " المذهب في ضبط قواعد المذهب " للعلامة محمد بن عبد الله بن راشد البكري القفصي ت (٦٨٥هـ)

وفي القرن الثامن الهجري وهو يعتبر العصر الذهبي في التأليف في هذا العلم ، وأهم الكتب في هذا القرن:

١. كتاب" القواعد الكبرى" في فقه الحنابلة، للعلامة نجم الدين الطوفي الحنبلي [٤]، وهو من كتب القواعد المذهبية وهو ما يزال مخطوطاً [٥].

٢. كتاب: " الأشباه والنظائر " للعلامة ابن الوكيل الشافعي (ت ٧١٦هـ)

٣. كتاب: " القواعد النورانية" تأليف شيخ الإسلام ابن تيمية(ت ٧٢٨هـ)

٤. كتاب: " القواعد الفقهيّة " للعلامة محمد بن محمد بن أحمد التلمساني [٦] (ت ٧٧١هـ)

٥. كتاب: " القواعد" للعلامة المقري المالكي (ت٧٥٨هـ)

٦. كتاب " المجموع المذهب في ضبط قواعد المذهب " للعلامة العلائي الشافعي (ت٧٦١هـ)

---

[1] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٣٥-٣٧، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ج١، ص٢٠ وما بعدها، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص١٣٨، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج١، ص٥٥-٩٥، كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٨١-٨٤، الحصني، كتاب القواعد، ج١، ص٥١-٥٥

[2] السهلكي: (١٢٢٥م/٦١٣هـ): معين الدين بن إبراهيم الشافعي، كان إماماً مبرزا، له كتاب " إيضاح الوجيز " كان يشتهر بالجاجرمي نسبة إلى جاجرم وهي بلدة في نيسابور، له في الفقه:" الكفاية"، وله في القواعد، وقد انكب الناس عليها (انظر ابن العماد، شذرات الذهب، ج٥، ص٥٦، حاجي خليفة، كشف الظنون،ج٢، ص٢٤٢)

[3] العز بن عبد السلام: (١٢٧٢م/٦٦٠هـ): هو عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم السلمي، الملقب بسلطان العلماء أخذ الفقه عن فخر الدين بن عساكر والأصول عن الآمدي، له مواقف مع السلاطين مشهورة في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وإظهار الحق، له مؤلفات منها " قواعد الأحكام"، "تفسير القرآن"، "اختصار المقاصد " (انظر مقدمة كتاب القواعد الكبرى للعز بن عبد السلام، ج١، ص٩-٢٠)

[4] الطوفي: (١٣١٤م/٧١٦هـ): هو سليمان بن عبد القوي بن سعيد الطوفي الصرصري ثم البغدادي الفقيه الأصولي، اتهم بالتشيّع، قال ابن رجب كان شيعياً منحرفاً في الاعتقاد عن السنة " وقرر النقاد من خلال كتبه أنّه ليس شيعياً، له " مختصر الروضة"، شرح مختصر التبريزي، الوصول إلى علم الأصول " (انظر ابن رجب، ذيل طبقات الحنابلة، ج٢، ص٣٦٦، مصطفى زيد، المصلحة في التشريع الإسلامي ونجم الدين الطوفي، ص٦٥-١١٠)

[5] البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج١، ص٦٥ وما بعدها، هرموش، القاعد الكليّة " إعمال الكلام أولى من إهماله " ص٣١ وما بعدها

[6] التلمساني: (١٣٧١م/٧٧١هـ) محمد بن أحمد بن علي الإدريسي الحسني، أبو عبد الله العلويني المعروف بالشريف التلمساني، من أعلام المالكية، انتهت إليه إمامتهم في المغرب، كان من قرية تسمى علوين له: "مفتاح الأصول"،" وشرح جمل الخونجي" (انظر:بابا التنبكتي،نيل الابتهاج،ص٣١٨، الزركلي، الأعلام،ج٥، ص٣٢٧)

٧. كتاب " الأشباه والنظائر " للعلامة تاج الدين السبكي (ت٧٧١هـ)

٨. كتاب " الأشباه والنظائر " للعلامة جمال الدين الأسنوي [١] (ت٧٧٢هـ)

٩. كتاب " القواعد والفوائد في الفقه والأصول " للعلامة محمد بن مكي العاملي [٢] (ت ٧٨٦هـ)

١٠. كتاب " المنثور في القواعد " بدرالدين الزركشي (ت٧٩٤هـ)

١١. كتاب " القواعد في الفقه " لابن رجب الحنبلي (ت٧٩٥هـ)

١٢. كتاب "القواعد في الفروع " لعلي عثمان الغزلي [٣] (ت ٧٩٩هـ) [٤]

وفي القرن التاسع الهجري برز أهم العلماء الذين اهتموا بهذا العلم ومنهم:

١. كتاب " العلامة ابن الملقن [٥] في القواعد (ت٨٠٤هـ)

٢. كتاب " الفوائد الجسام على قواعد عبد السلام "، نسخة مخطوطة في مكتبة السليمانية رقمها (١٠٠٠)

والكتاب من تأليف صالح بن عمر بن رسلان البلقيني [٦] (ت٨٦٨هـ) [٧]

٣. كتاب " أسنى المطالب في تحرير القواعد "لمحمد بن محمد الزبيري [٨] (ت٨٠٨هـ)

٤. كتاب "المنظومة" لابن الهائم المقدسي [١] (ت٨١٥هـ)

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

---

[1] الأسنوي: (١٣٧٠م/٧٧٢هـ): هو عبد الرحيم بن حسن بن علي الأسنوي الشافعي، أبو محمد، جمال الدين، فقيه أصولي من علماء العربية، ولد بأسنا وقدم القاهرة سنة ٧٢١هـ، فإنّتهت إليه رئاسة الشافعية، له " الأشباه والنظائر"، "جواهر البحرين"، "ونهاية السول"، "التمهيد " (انظر:ابن العماد،شذرات الذهب،ج٦،ص٢٢٣،كحالة،معجم المؤلفين،ج٥،ص٢٠٣، الزركلي، الأعلام، ج٥، ص١١٩)

[2] العاملي: (١٣٨٤م/٧٨٦هـ): محمد بن مكي بن محمد بن حامد العاملي النبطي الجزيني، الملقب بالشهيد الأول، فقيه إمامي، أصله من النبطية في بلاد عامل، سكن جزين في لبنان واتهم أيام السلطان برقوق بانحـــلال العقيدة ثم ضربت عنقه، له: "اللمعة الدمشقية"،" ورسالة الألفية" (انظر الزركلي، الأعلام، ج٧، ص٣٣٠)

[3] علي الغزي: (١٣٩٧م/٧٩٩هـ): علي بن عثمان الغزي، الدمشقي، الحنفي الملقب بشرف الدين، معه رئاسة فقهاء الحنفية الكبار في عهده، من تصانيفه: "الجواهر"، "والدرر في الفقه"، "والقواعد في فروع الفقه" (إسماعيل باشا، هداية العارفين، ج١، ص٧٢٦)

[4] الندوي، القواعد الفقهيّة، ص١٣٧-١٣٨، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج١، ص٣١-٥٥، البكري، الاعتناء في الفروق والاستثناء، ج١، ص١٥-١٨، الحصني، كتاب القواعد، ج١، ص٥١-٥٥، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ج١، ص٢٠ وما بعدها، هرموش، القاعدة الكليّة " إعمال الكلام أولى من إهماله " ص٣١ وما بعدها

[5] ابن الملقن: (١٤٠١م/٨٠٤هـ): عمر بن علي بن أحمد الأنّصاري الشافعي، سراج الدين، أبو حفص بن النحوي، المعروف بابن الملقن من أكابر العلماء بالحديث والفقه وتاريخ الرجال، أصله من وادي آش بالأنّدلس له " تصحيح الحاوي، المقنع " (الزركلي، الأعلام، ج٥، ص٢١٨)

[6] البلقيني: (١٤٦٤م/٨٦٨هـ): صالح بن عمر بن رسلان البلقيني الشافعي، شيخ الإسلام، قاضي من العلماء، توفي وهو على القضاء، له كتب عديدة منها " ديوان خطب"، "الغيث الجاري على صحيح البخاري"،" التذكرة " (ابن العماد،شذرات الذهب،ج٤،ص٤٩،الزركلي، الأعلام، ج٣، ص١٩٤)

[7] الحصني، كتاب القواعد، ج١، ص٦٥

[8] الزبيري: (١٤٠٥م/٨٠٨هـ): محمد بن محمد الزبيري، له كتاب: أسنى المطالب في تحرير القواعد، والمؤلف يعرف بالعيزري، فقيه شافعي شارك في علوم عديدة، له: "نكت على المنهاج أسماه الارتجاج على المنهاج" (انظر ابن العماد، شذرات الذهب، ج٧، ص٧٩، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص١٣٩)

٥. كتاب " القواعد " لتقي الدين الحصني (ت٨٢٩هـ)

٦. كتاب " نظم الذخائر في الأشباه والنظائر " لعبد الرحمن بن علي المقدسي المعروف بشقير[٢] (ت٨٧٦هـ)

٧. كتاب " القواعد والضوابط " لابن عبد الهادي (ت٨٨٠هـ) [٣]

ثم توالت جهود أهل العلم والعلماء في بذل الوسع والطاقة في التأليف في هذا المجال فمن الكتب المهمة [٤]:

١. كتاب " الأشباه والنظائر " لجلال الدين السيوطي (ت٩١٠هـ)

٢. كتاب " الأشباه والنظائر" لابن نجيم الحنفي (٩٧٠هـ). وقد قام بتصنيف القواعد في كتابه إلى نوعين:

- قواعد أساسية. وهي ستّ قواعد منها الخمس السابقة التي تم ذكرها ، مضافاً إليها قاعدة: " لا ثواب إلا بالنيّة "
- تسع عشر قاعدة أخرى في موضوعات مختلفة، يتفرع منها قواعد فرعية وأحكام كثيرة.

وفي منتصف القرن الثاني عشر الهجري ، جاء الفقيه الحنفي أبو سعيد الخادمي[٥] ووضع متناً في أصول الفقه أسماه " مجامع الحقائق "، وختمه بخاتمة جمع فيها مجموعة كبيرة من القواعد والفوائد الفقهيّة ".

ثم جاءت مجلة الأحكام العدلية وجمعت القواعد فبلغت تسعاً وتسعين قاعدةً. وبعد المجلة قام السيد الشيخ محمود حمزة بجمع القواعد في كتاب أسماه " الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهيّة ".

واليوم نجد أنّ أهل العلم قد اهتموا بهذا العلم اهتماماً كبيراً، وأبرز ذلك الاهتمام:

---

[1] ابن الهائم: (١٤١٢م/٨١٥هـ): محمد بن محمد بن أحمد بن محمد أبو الفتح، محب الدين ابن الهائم، فاضل، مصري الأصل، مقدسي الإقامة والوفاة، اشتغل بالفقه والحديث له: "الغرر المضيئة في شرح نظم الدرر السنية" (انظر الزركلي، الأعلام، ج٦، ص٢٢٧)

[2] شقير: (١٤٧٢م/٨٧٦هـ): عبد الرحمن بن علي بن إسحاق الخليلي المقدسي المعروف بشقير، له كتاب: "الأشباه والنظائر"، مفسر ومحدث شافعي المذهب، ولد بالخليل وتوفي بها، له: "نظم أسباب النزول للجعبري" (انظر اسماعيل باشا، هدية العارفين، ج١، ص٥٣٣، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص١٤٠)

[3] الندوي، القواعد الفقهيّة، ص١٣٨-١٤٠، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج١، ص٥٥-٩٥، الحصني، كتاب القواعد، ج١، ص٥٥-٦٨، البكري، الاعتناء في الفروق والاستثناء، ج١، ص١٥-١٨، كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٨١-٨٦، هرموش، القاعدة الكليّة " إعمال الكلام أولى من إهماله "، ص٣٣ وما بعدها

[4] ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ج١، ص٢٢ وما بعدها، السيوطي، الأشباه والنظائر، مقدمة الكتاب، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص١٣٩ وما بعدها، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج١، ص٥٥، هرموش، القاعدة الكليّة " إعمال الكلام أولى من إهماله " ص٣٣

[5] الخادمي: (١٧٦٦م/١١٧٦هـ): محمد بن مصطفى بن عثمان الخادمي وكنيته أبو سعيد، فقيه، أصولي من مصنفاته، "حاشية على درر الحكام في شرح غرر الحكام"، لملا خسرو في فروع الفقه الحنفي له: "منافع الدقائق في شرح جامع الحقائق" (انظر إسماعيل باشا، هداية العارفين، ج٢، ص٣٣٣)

١. كتاب " موسوعة القواعد الفقهيّة" للشيخ محمد صدقي البورنو، وهو من ستة مجلدات.

٢. كتاب " القواعد الفقهيّة " للشيخ علي الندوي، وهو رسالة ماجستير مطبوعة [١].

ثم توالت الرسائل العلمية في هذا المجال وخاصة كليّة الشريعة قسم الفقه في الجامعة الأردنية حيث هناك عدد من الباحثين قد اهتموا بدراسة القواعد الفقهيّة ، لكن هذا الدراسات جاءت بشكل متخصص.ومن هذه المصنفات والرسائل:

- الشال،إبراهيم علي،(٢٠٠١)،القواعد الفقهيّة عند ابن تيمية في المعاملات،رسالة ماجستير،الجامعة الأردنية،قسم الفقه،اشراف د.عمر الأشقر.

- طلافحة،محمد،(٢٠٠٠)،قاعدة تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة،رسالة ماجستير،جامعة اليرموك،إربد،اشراف،د.إسماعيل أبو شريعة.

- بني عبدالله، يحيى موسى،(٢٠٠٤)،قواعد الحل والحرمة،رسالة دكتوراة،الجامعة الأردنية، قسم الفقه، إشراف د.محمد حسن أبويحيى.

وبعد هذا الطرح للترتيب التاريخي للتأليف في علم القواعد الفقيه نلاحظ أنّ القرن الثامن الهجري هو العصر الذهبي في تدوين القواعد الفقهيّة ، فإنّ معظم كتب هذا العلم تعتبر أجود وأثمن الكتب التي يرجع إليها في كلّ الأزمان إلى يومنا هذا.

مركز ايداع الرسائل الجامعية

[1] البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج١، ص٥٥-٩٥، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص١٣٧ وما بعدها، كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٨١-٨٥، السدلان، القواعد الفقهيّة الكبرى، ص٢٧-٣١، هرموش، القاعدة الفقهيّة الكليّة " إعمال الكلام أولى من إهماله "، ص٣٣

المطلب الثاني

مصادر القواعد الفقهيّة

القواعد الفقهيّة تُستمد من الكتاب والسنة النبوية ، والإجماع ، وبقية أدلة التشريع الأخرى يستنبطها العلماء على مر العصور وعلى حسب ما تدعو إليه الحاجة وعلى حسب ما يطرأ من تغير الأمكنة والأزمنة والأحوال والأشخاص والمقاصد ، فتظهر عندئذٍ القواعد الفقهيّة في تلك المجالات التي تحتاج إلى صياغة جديدة [١].

١. القواعد الفقهيّة التي تستمد من نصوص الكتاب مثل:

- قاعدة " المشقة تجلب التيسير " فهي مستمدة من قوله تعالى: **[وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ]**[٢]، وقوله تعالى: **[يُرِيدُ اللّهُ أن يُخَفِّفَ عَنكُمْ وَخُلِقَ الإنسان ضَعِيفًا]** [٣].
- قاعدة " العادة محكمة " فهي مستمدة من قوله تعالى:**[وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لاَ تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا]** [٤] وقوله تعالى: **[فإن أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ]** [٥]

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ويفسر الإمام القرطبي [٦] قوله تعالى: **(خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ]** [٧] هذه الآية من ثلاث كلمات أي جمل تضمنت قواعد الشريعة في المأمورات والمنهيات [٨].

---

[1] البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج١، ص٣٦-٣٧، كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٥٢، السدلان، القواعد الفقهيّة الكبرى، ص٢٣، الحصني، كتاب القواعد، ج١، ص٣٣، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص١٦٢ وما بعدها

[2] سورة الحج / آية ٧٨

[3] سورة النساء / آية ٢٨

[4] سورة البقرة / آية ٢٣٣

[5] سورة الطلاق / آية ٦

[6] القرطبي: (١٢٧٣م/٦٧١هـ) هو محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنّصاري، الخزرجي، الأنّدلسي القرطبي المالكي، المفسّر، له " الجامع لأحكام القرآن"، "التذكار في أفضل الأذكار"، "التذكرة في أحوال الموتى" (انظر مقدمة كتاب التذكرة، للإمام القرطبي، ج١، ص٩-١١)

[7] سورة الأعراف / آية ١٩٩

[8] القرطبي، محمد بن أحمد (١٢٧٣م/٦٧١هـ)، الجامع لأحكام القرآن، ط١ (١٥م)، دار الحديث، القاهرة، ١٩٩٤، ج٧، ص٣٤٤

وفي قوله تعالى [**إِنّ اللّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ وَإِيتَاء ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاء وَالْمُنكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ**][1]

قال ابن العربي [2]:

" قال ابن مسعود [3] هذه أجمع آية في القرآن لخير يتمثل وشر يجتـنب... [4]، وقد تعجـب أصحاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم– مما اشتملت عليه هذه الآية من محاسن الإسلام ومكارم الأخلاق [5].

٢. استمداد القواعد الفقهيّة من السنة النبوية مثل:

- **قاعدة " الأمور بمقاصدها** " تستمد من قوله – صلى الله عليه وسلم–: " **إنّما الأعمال بالنيّات**" [6]
- **قاعدة " الضرر يزال** " تستمد من قوله عليه الصلاة والسلام: " **لا ضرر ولا ضرار** " [7]
- **قاعدة " اليقين لا يزول بالشك** " تستمد من قوله عليه السلام: " **إذا وجد أحدكم في بطنه شيئا فأشكل عليه أخرج منه شيء، فلا يخـرجنّ من المسجد حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً** " [8]

٣. ومن آثار الصحابة والتابعيين:

---

[1] سورة النحل / آية ٩٠

[2] ابن العربي: (١١٤٨م/٥٤٣هـ)، محمد بن عبد الله بن محمد المعافري الإشبيلي المالكي، أبو بكر بن العربي، قاض، من حفاظ الحديث، ولد بإشبيلية، وبلغ رتبة الاجتهاد في علوم الدين، له مصنفات كثيرة منها: " العواصم من القواصم"، "أحكام القرآن"،" المحصول في أصول الفقه " (انظر:ابن خلكان،وفيات الأعيان،ج٤،ص٢٩٦، الزركلي، الأعلام، ج٣، ص١٠٧)

[3] ابن مسعود: (٦٥٣م/٣٢هـ): عبد الله بن غافل الهذلي، من أكابر الصحابة علما، شهد المشاهد كلها مع النبي – صلى الله عليه وسلم–، وبعثه عمر بن الخطاب –رضي الله عنه– إلى الكوفة، وفي خلافة عثمان بن عفان قدم إلى المدينة المنورة، وهو من القرّاء لكتاب الله عز وجل، (ابن الأثير، أسد الغابة، ج٣، ص٢٥٦، ابن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، ج٢، ص٣٦٨)

[4] ابن العربي، محمد بن عبد الله، (١١٤٨م/٥٤٣هـ)، أحكام القرآن، ط١ (٤م)، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٨، ج٣، ص١١٧٣، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج١٠، ص١٦٥، والأثر أخرجه البخاري في الأدب المفرد في باب الظلم ظلمات ص١٧١-١٧٢، الأثر (٤٨٩) بلفظ " ما في القرآن آية أجمع لحلال وحرام وأمر ونهي من هذه الآية... " قال ابن حجر: واسناده صحيح: الفتح (٤٧٩/١٠)

[5] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج١٠، ص١٦٥، وفيه أنّها لما قرئت على علي –رضي الله عنه– تعجب، فقال " يا آل غالب اتبعوا، فوالله إنّ الله أرسله ليأمركم بمكارم الأخلاق.... " وقال عثمان بن مظعون " ما أسلمت إلا حياءً من رسول الله – صلى الله عليه وسلم– حتى نزلت هذه الآية وأنا عنده، فاستقر الإيمان في قلبي (انظر: الهيثمي، مجمع الزوائد، ج٧، ص٥١)

[6] سبق تخريجه

[7] سبق تخريجه

[8] رواه البخاري (٦٤،٧٧/١) كتاب الصلاة، رقم الحديث (٦٢٧)، و(٧٢٥/٢) ومسلم (١٦٢/٣) كتاب الحيض،باب الدليل على من تيقن الطهارة، ثم شكّ في الحدث، (٣٦٢)، وأبو داود، (١٧٦)، والترمذي رقم، (٧٥)، وابن ماجه (٥١٤)، وأحمد (٣٣٠/٢) . **واللفظ للبخاري**

- ما قاله عمر بن الخطاب [١] –رضي الله عنه–:

" مقاطع الحقوق عند الشروط " [٢] فاتخذ قوله –رضي الله عنه– قاعدة فقهية يستدل بها على الأحكام وخاصة في موضوع الشروط.

- ما أخرجه الإمام عبد الرزاق [٣] عن علي بن أبي طالب [٤] –رضي الله عنه– قوله: " من قاسم الربح فلا ضمان عليه " [٥] فيؤخذ قول علي – كرّم الله وجه –، كقاعدة فقهية في موضوع الشركات وخاصة المضاربة.

- ما رواه الإمام عبد الرزاق عن ابن عباس [٦] – –رضي الله عنه– – أنّه قال:" كلّ شيء في القرآن (أو..... أو.....) فهو مخيّر ، وكلّ شيء (فإنّ لم تجدوا) فهو الأول فالأول [٧] ويعتبر قول ابن عباس هذا حجة في باب الكفارات.

ومن الأمثلة في عصر التابعين: ما قاله شريح [٨] " من شرط على نفسه طائعاً غير مكرَه فهو عليه ومن ضمن مالا فله ربحه " [٩].

٤. ومن الإجماع:

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية

---

[1] عمر بن الخطاب: (٦٤٤م/٢٣هـ) عمر بن الخطاب بن نفيل القرشي العدوي، ثاني الخلفاء الراشدين، أول من لقب بأمير المؤمنين، أسلم قبل الهجرة بخمس سنين، شهد الوقائع كلها، لقبه الفاروق، قتله أبو لؤلؤة المجوسي، مدفون بجانب النبي – صلى الله عليه وسلم– وأبي بكر في المدينة المنورة (ابن الأثير،أسد الغابة،ج٤،ص٥٢،ابن حجر،الإصابة،ج٢،ص٥١٨،الزركلي، الأعلام، ج٥، ص٤٥)

[2] رواه الإمام البخاري تعليقا، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، فتح الباري (٢١٧/٩)، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٩٢، السدلان، القواعد الفقهيّة الكبرى، ص٢٤

[3] عبد الرزاق: (٨٢٧م/٢١١هـ): عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري، من حفاظ الحديث، والثقات، من أهل صنعاء، كان يحفظ سبعة عشر ألف حديث، له " المصنف في الحديث"، "تفسير القرآن " (ابن حجر،ج٦،ص٣١٠،الذهبي،تذكرة الحفاظ،ج١،ص٣٦٤،الزركلي، الأعلام، ج٣، ص٣٥٣)

[4] علي بن أبي طالب (٦٦١م/٤٠هـ): علي بن أبي طالب بن عبد المطلب الهاشمي القرشي، أبو الحسن، أمير المؤمنين، ورابع الخلفاء الراشدين وأحد المبشرين بالجنة، ابن عم الرسول – صلى الله عليه وسلم– وصهره، أحد الشجعان العرب، قتله عبد الرحمن بن ملجم الخارجي، وهو أول فدائي في الإسلام، يكنى بأبي تراب (انظر: ابن الأثير، أسد الغابة، ج٤، ص٩١، الزركلي، الأعلام، ج٤، ص٢٩٥)

[5] عبد الرزاق الصنعاني (٨٢٧م/٢١١هـ) المصنف، ط١ (١٢م)، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٣، ج٨، ص٢٥٣، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٩٢، السدلان، القواعد الفقهيّة الكبرى، ص٢٤، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج١، ص٣٨–٤٢

[6] ابن عباس (٦٨٧م/٦٨هـ): هو عبد الله بن عباس بن عبد المطلب الهاشمي القرشي، أبو العباس، حبر الأمة، الصحابي الجليل، ولد بمكة ونشأ في عصر النبوة، لازم النبي – صلى الله عليه وسلم–، وروى عنه الأحاديث الصحيحة، له في الصحيحين ١٦٦٠ حديثا (ابن الأثير،أسد الغابة،ج٣، ص١٩٣الزركلي، الأعلام، ج٤، ص٢٢٨)

[7] أخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن الثوري عن الليث عن مجاهد عن ابن عباس باب " بأي الكفارات شاء كفر (٣٩٥/٤)، السدلان، القواعد الفقهيّة الكبرى، ص٢٤، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٩٢

[8] شريح (٦٩٧م/٧٨هـ): شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، أبو أمية، من أشهر القضاة، أصله من اليمن، ولي القضاء في الكوفة، كان ثقة في الحديث، عمّر طويلا ومات بالكوفة (الزركلي، الأعلام، ج٣، ص١٦١)

[9] البخاري، شرح الكرماني (٥٥/١٢)، السدلان، القواعد الفقهيّة الكبرى، ص٢٤، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٩٣

- يمثل قاعدة " الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد " ، فهذه القاعدة ذات شقين شق أصولي؛ لأنّها تتحدث عن باب من أبواب الأصول وهو الاجتهاد ، وشق فقهي؛ وذلك لتطبيقاتها الفقهيّة. ومضمون القاعدة أنّ الاجتهاد السابق لا ينقض بالاجتهاد اللاحق فيما يتعلق به إذا ما كان المجتهد معتقدا وكذا إذا اتصل بالمسألة حكم حاكم [١].

وهذه القاعدة مجمع عليها من الصحابة وخاصة كبارهم ، فكان لهم اجتهادات ولم يكن يترك اجتهاد أحدهم من آخر [٢].

- قاعدة " لا اجتهاد في مورد النص " يقول الدكتور البورنو: فهذه القاعدة تفيد تحريم الاجتهاد في حكم مسألة ورد فيها نص من الكتاب أو السنة أو الإجماع ، لأنّه إنّما يحتاج إلى الاجتهاد عند عدم وجود النص ، أمّا عند وجوده فلا اجتهاد إلا في فهم النص ودلالته [٣].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

[1] البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج١، ص٣٩، الصلاحين، مذكرة في القواعد الفقهيّة، ص٦٧، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٤٣٩-٤٥٣، كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٥٣، الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص١٥٥-١٥٦

[2] مثال ذلك: أبو بكر الصديق كان يسوي في العطاء بين الناس جميعا ويحرم العبيد، وعمر فاضل في العطاء، فأعطى السابق إلى الإسلام أكثر ممن بعده، وعلي – كرّم الله وجهه- ساوى، وأمضى قضاء الصديق، ولم ينقض أحدهم قضاء الأخر، وأيضا مثل قضاء عمر في القضية العمرية أو المسألة الحمارية أو الحجرية فعمر لم يورث بادئ الأمر الأخوة الأشقاء ثم قالوا له: هب أنّ أبانا حماراً أو حجراً ملقى في البئر، أليست أمّنا واحدة، فقال: تلك على ما قضينا وهذه على ما نقضي " (انظر: عبد الرزاق، المصنف، ج١٠، ص٢٥١، ابن حزم، المحلى، ج٩، ص٢٨٦، البيهقي، سنن البيهقي، ج٦، ص٢٤٨، مالك، الموطأ، ج٢، ص٥١٠، ابن قدامة، المغني، ج٩، ص٥٥-٦٥)

[3] البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج١، ص٣٩، كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٥٣، الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٤٧، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٠١-٢٠٩

المبحث الرابع

مناهج المؤلفين في تدوينها

عند النظر في مناهج المؤلفين للقواعد الفقهيّة تتضح للباحث فكرة ألا وهي أنّ مناهج المؤلفين للقواعد الفقهيّة لم تستقر على منهج واحد؛ لأنّ طريقة التأليف تختلف من مؤلف إلى آخر، وسأتناول: أهم مناهج المؤلفين لهذه القواعد على النحو التالي:

أولا: مناهج المؤلفين في تدوين القواعد الفقهيّة من حيث المضمون والترتيب:

١. **مناهج المؤلفين من حيث المضمون:**

أ. ادخال القواعد الفقهيّة والقواعد الأصولية في منهج واحد ، مثل الإمام القرافي في الفروق عندما أورد الفرق بين الشرط والمانع واقتضاء النهي للفساد وهي مسائل أصولية في كتاب الفروق وهو كتاب فقهي [1]. ومثلما فعل الإمام العلائي في مؤلفه " مختصر قواعد العلائي [2] " إذ جعل القواعد الأصولية هي الأكثر بالنسبة لما أورده من قواعد فقهية ، مثلما أورد في كتاب الحج ثماني قواعد أصولية ، ولم يورد سوى قاعدةٍ فقهية واحدة [3] ومثلما فعل الإمام الدبوسي [4] في كتابه " تأسيس النظر " عندما أورد فيه دلالة العام [5] والخاص [6] وقول الصحابي [7].

ب. دمج القواعد الفقهيّة مع موضوعات فقهية وعقدية ، مثل الإمام الزركشي في المنثور فقد أورد أبواباً فقهية مستقلة كأحكام الفسخ ، وأحكام النّيات ،

---

[1] القرافي، الفروق، ج١، ص١٩٩، كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص ٩٢، الصلاحين، مذكرة في القواعد الفقهيّة، ص ١٠

[2] العلائي: (١٣٦١م/٧٦١هـ): خليل بن كيكلدي العلائي، شافعي المذهب من الأئمة الكبار، حافظ، له مصنفات منها: "المجموع المذهب في قواعد المذهب"، "مختصر قواعد العلائي"، "تلقيح الفهوم في تنقيح صيغ العموم" (انظر: ابن الوكيل، مقدمة الأشباه والنظائر، ط١، ص٩،مقدمة التحقيق لكتاب تلقيح الفهوم،ط١، ص٥-١٢)

[3] العلائي، خليل بن كيكلدي (١٣٦١م/٧٦١هـ)، "مختصر قواعد العلائي"، ط١، دمشق، (١٩٧٥)، ص١٢

[4] الدبوسي: (١٠٣٧م/٤٣٠هـ)، هو أبو عبد الله بن أبي زيد عبد الله بن عمر الدبوسي، صاحب كتاب تأسيس النظر في اختلاف الأئمة (انظر: خليفة، حاجي، (١٩٩٠)، كشف الظنون، ط١، ٤م، دار الفكر، بيروت، ج١، ص ٣٣٤

[5] **العام:** اللفظ الموضوع وصفا واحدا للدلالة على جميع ما يصلح له من الأفراد، على سبيل الشمول والاستغراق من غير حصر في كمية معينة أو عدد معين مثل العدّة في قوله تعالى:"**وأحصوا العدّة**"، حيث خصصت بآيات متعددة في مدّة العدّة،ومثل قوله تعالى:"**والمطلقات يتربصن....الآية**" حيث خصصت بقوله:"**وأولات الأحمال أجلهنّ أن يضعن حملهنّ...الآية**" (انظر: الصالح، محمد أديب، ١٩٩٣، تفسير النصوص، ط٤ (٢م)، المكتب الإسلامي، بيروت، ج٢، ص ٩-١٠)

[6] **التخصيص:** صرف العام عن عمومه وإرادة بعض ما ينطوي تحته من أفراد (انظر: الصالح، تفسير النصوص، ج٢، ص ٧٨)،**الخاص:**هو كل لفظ وضع لمعنى واحد على سبيل الافراد، كقوله تعالى:"**فكفارته اطعام عشرة مساكين**"،"**تحرير رقبة**"،وهنا دلالته قطعيّة.(الصالح،تفسير النصوص،ج٢،ص١٦٦)

[7] كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص ٩٢، الحصني، كتاب القواعد، ج١، ص ٤٧، الصلاحين، مذكرة في القواعد الفقهيّة، ص ١٠

وجلسات الصلاة ، وأحكام الدّين وتقسيمه إلى حالٍّ ومؤجل [1]. والإمام ابن رجب الحنبلي قد أورد في كتابه تقرير القواعد وتحرير الفوائد مباحث الدّين وتقسيمه إلى حال ومؤجل [2].

والإمام القرافي ضمن كتابه قاعدة " الحسد والغبطة "، وقاعدة " الطيرة والفأل "، وقاعدة " الغيبة والنميمة " [3].

ومع أنّ الإمام السبكي لا ينكر على العلماء اختلافهم في المناهج عند تدوين القواعد الفقهيّة (أي في مرحلة التدوين ابتداء) إلا أنّه يستنكر عليهم ادخال ما ليس من القواعد الفقهيّة في موضوعات ومضمون القواعد الفقهيّة، ويقول: " وراء هذه القواعد ضوابط يذكرها الفقهاء وليست عندنا من القواعد الكليّة، بل من الضوابط الجزئيّة الموضوعة لتدريب المبتدئين لا لخوض المنتهين ، ولتمرين الطالبين لا لتحقيق الراسخين ، والذي يكثر التشاجر فيه ويعظم الخطب ما أوردناه وأما هذه الضوابط فالخطب فيها يسير ، وهي مثل قولنا:

العصبة: كل ذكر ليس بينه وبين الميت أنثى، الولد يتبع أباه في النسب وأمه في الرق والحرية وأشرفهما في الدين وأحسبهما في الربح والنكاح وأشرفهما في الحرية.

الحجر على الصبي لنقصه، وعلى العبد لحق سيده وعلى السفيه يتردد.

وعندي أنّ إدخالها في القواعد خروج عن التحقيق ، ولو فتح الكاتب بابها لاستوعب الفقه وكرّره ورده وجاء به على غير الغالب المعهود والترتيب المقصود ، فحيّر الأذهان وضبط الأفكار ، وإذا استحسن ضم الشيء إلى نظيره، فبعض مسائل الباب أشبه ببعضها من غير ذلك، أو الترتيب على الأبواب هو الصواب.

ومنهم من يعقد فصلا لأحكام الأعمى، أو آخر لأحكام الأخرس، وآخـــر لأحكام المبعض [4] وفصلا للأحكام التي اختص بها حرم مكة ، وهذا ليس من القواعد في شيء ، وأغراض الناس تتفاوت ، ولكل مقصده ، ولسنا ننكر على أحد مقصده ، وإنّما ننكر إدخال شيء في شيء لا يليق به، ويكبر حجم الكتب بما لا حاجة إليه" [5]

والمقصود في كلام السبكي،أنّ عدم تدوين القواعد الفقهيّة حسب الأبواب يورثها الغموض،والتخبط،ولا يمكن لطالب العلم ان يحصّل المعلومة الصحيحة بسهولة ويسر؛ لأنّ عمليّة البحث ستكون بشكل فيه تخبط وتردد،بين علم القواعد الفقهيّة وعلم الفقه نفسه.

٠٢ **من حيث الترتيب** [6]: إنّ مناهج المؤلفين في تدوين القواعد الفقهيّة من حيث الترتيب جاءت على النحو التالي:

---

[1] الزركشي، المنثور، ج١، ص٤٦ وما بعدها

[2] ابن رجب، تقرير القواعد وتحرير الفوائد، ج١، ص١١٠ وما بعدها

[3] القرافي، الفروق، ج٤، ص١٣٥٣

[4] **المبعّض:** هو الذي بعضه رقيق وبعضه حر وينشأ التبعيض في الرقيق في صور كثيرة ذكرها أهل العلم. (انظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٣، ص١٥، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج٢٣، ص٨٨)

[5] السبكي، الأشباه والنظائر، ج٢، ص ٣٠٤-٣١٠

[6] الحصني، كتاب القواعد، ج١، ص٤٧-٤٨، كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٩١، الصلاحين، مذكرة في القواعد الفقهيّة، ص٩، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج١، ص٣٣-٣٤، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٣٥-٤٥

أ. ترتيبها حسب الموضوع (أي الترتيب الموضوعي) ويراعى في هذا اعتباران:

الاعتبار الأول: مقدار ما يندرج تحت القاعدة من مسائلَ وفروع ، فمثلا القواعد الخمس الكبرى أو ما تسمى الكليات الخمس [1]، فإنّها تندرج تحتها الكثير من الفروع ، يليها قواعد تحتها فروع أقل مثل: " التابع تابع " وقاعدة " إعمال الكلام أولى من إهماله " ، فيقدم أهل العلم القاعدة الأكثر فروعا على غيرها [2]

الاعتبار الثاني: مقدار الاتفاق والاختلاف ، فمثلا القواعد المتفق عليها عند جميع الفقهاء الخمس الكبرى تقدم على غيرها مما لم يتفق عليه الفقهاء ، فمثلا من القواعد التي اختلف فيها الفقهاء: قاعدة:"لا حجّة مع الاحتمال الناشئ عن دليل " ، فهذه القاعدة يعمل بها الحنفية [3] والحنابلة [4] دون الشافعية [5]، ويعمل بها المالكية بقيود [6]، وسار على هذا المنوال أصحاب الأشباه (ابن نجيم ، والسيوطي ، والسبكي).

ب. ترتيب القواعد حسب الأبواب الفقهيّة مثل الطهارة والصلاة " والصيام " " والحج " ويؤخذ على هذا الترتيب التكرار ، ومن الذين صنفوا في ذلك ، الشيخ منظوم في كتابه (المسند المذهب في قواعد المذهب)[7]، وابن الملقن في كتابه الأشباه والنظائر ، والإمام المقري في قواعده [8].

ج. الترتيب الهجائي: وهذا المنهج يعتمد على ترتيب القواعد حسب الحروف الهجائية المعروفة بحسب الحرف الأول من كلّ قاعدة ، فمثلا ، قاعدة: " الأمور بمقاصدها " توضع في حرف الألف أي في البداية ، وقاعدة: " اليقين لا يزول بالشك " توضع في حرف الياء أي في النهاية وهكذا دون ما ينتج عن القاعدة من مسائل، وأيضاً عدم الاهتمام بموضوع القاعدة ، ويظهر من

---

[1] **الكليات الخمس:** الأمور بمقاصدها، المشقة تجلب التيسير، اليقين لا يزول بالشك، لا ضرر ولا ضرار، العادة محكمة، وقد نظمها الشاعر بقوله:

خمس مقررة قواعد مــذهب للشافعي فكــن بهــن خبــيرا
ضرر يزال وعادة قد حكمت وكذا المشــقة تجلب التيســير
والشك لا ترفع به متــيقــنا والنية أخلص إن أردت أجورا

انظر: السيوطي (الأشباه والنظائر، ص٢٢)

[2] الحصني، كتاب القواعد، ج١، ص٤٧-٤٨، كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٩١، الصلاحين، مذكرة في القواعد الفقهيّة، ص٩، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج١، ص٣٣-٣٤، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٣٥-٤٥

[3] الدبوسي، تأسيس النظر، ص٢٧، أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٣٦١،البورنو، الموسوعة،ج١،ص٣٦

[4] ابن رجب، القواعد، ص٢٢٦، ابن حجــر، فتح البــاري، ج١٣، ص٣٣٠، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٤١٥، البورنو، الموسوعة، ج١، ص٣٦.

[5] الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٤١٥، البورنو، الموسوعة، ج١، ص٣٦، أحمد الزرقا، شرح القواعد، ص٣٦١، ابن جزيء، القوانين الفقهيّة، ص١٨٧، السبكي، الأشباه والنظائر، ج٢، ص١١٤

[6] الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٤١٥، البورنو، الموسوعة، ج١، ص٣٦، أحمد الزرقا، شرح القواعد، ص٣٦١، منتقى الأخبار، ج٢، ص٧٧-٧٨

[7] الحصني، كتاب القواعد، ج١، ص٤٩-٥٠، الصلاحين، مذكرة في القواعد الفقهيّة، ص١٠، كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٩١

[8] الحصني، كتاب القواعد، ج١، ص٤٩، الصلاحين، مذكرة في القواعد الفقهيّة، ص٩-١٠

هذا الأمر تكرار القاعدة كثيراً وهو مذموم ، ومثال على ذلك كتاب " المنثور في القواعد " للإمام الزركشي [1] مع سهولة هذا المنهج إلا أنّه يحمل في طياته أمراً سلبيا ، فعند البحث عن القاعدة لا يمكن أن تجدها، إلا إذا عرفت اللفظ الذي أثبته الإمام في كتابه.

ويرى الباحث أنّ من أجود وأجمع الكتب القديمة كتاب الأشباه والنظائر للإمام السيوطي ومن الكتب الحديثة المعاصرة في هذا المضمار، كتاب " موسوعة القواعد الفقهيّة " للدكتور محمد صدقي البورنو في ستة مجلدات.[2]

د. ذكر القواعد الفقهيّة دون ترتيب حسب موضوع أو حروف، وغالبا ما كانوا يلجأون إلى ذكر القواعد الفقهيّة تحت أرقام متسلسلة ، مثل: ابن رجب في قواعده ، وابن عبد الهادي في " مغني ذوي الإفهام " ، والونشريسي [3] في "إيضاح المسالك" [4].

ويخلص للباحث إلى أنّ الكتب المؤلفة في القواعد الفقهيّة حسب اعتبارين:

- الاعتبار الأول: الشكل والقالب
- الاعتبار الثاني: المضمون والمحتوى

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية

وآثر الباحث أنّ يجمع الاعتبارين تحت عنوان واحد، وهو المضمون والترتيب، فهو أسلم للباحثين في هذا المجال ومن أجود الكتب في عصرنا الحالي مجلة الأحكام العدلية – فهي قواعد ذات صياغة تشريعية فنية وقد ورد العديد من الشروح لهذه المجلة مما أدى ذلك إلى عظيم الفائدة ومنهم: الأستاذ علي حيدر في كتابه " درر الحكام شرح مجلة الأحكام " ، وكتاب " شرح القواعد الفقهيّة " للشيخ أحمد الزرقا.

---

[1] الزركشي، المنثور في القواعد، ج١، ص٦٤

[2] السيوطي،الأشباه والنظائر،(١م)، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، الأجزاء من (١-٦)

[3] الونشريسي: (١٥٠٨م/٩١٤هـ)، أحمد بن يحيى بن محمد التلمساني أبو العباس، فقيه مالكي فرّ إلى فاس سنة ٨٧٤هـ، من كتبه: " إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك"، "الفروق في الفقه"، "الحلك، القواعد في فقه المالكية " (انظر:إسماعيل باشا،هديةالعارفين،ج١،ص٦٨،كحالة،معجم المؤلفين،ج٢،ص٢٠٥، الزركلي، الأعلام، ج١،ص٢٦٩)

[4] كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٩٢، الصلاحين، مذكرة في القواعد الفقهيّة، ص١٠، هرموش، القاعدة الكليّة: " إعمال الكلام أولى من إهماله " ص٣٨-٤١، الحصني، كتاب القواعد، ج١، ص٤٨-٥٠

خلاصة هذا الفصل

١) أما اصطلاحاً فهي على تعريفات عديدة اشهرها:

هي أصول فقهية كليّة من نصوص موجزة دستورية، تتضمن أحكاماً تشريعية عامّة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعاتها.

٢) للقواعد الفقهيّة ميزات عظيمة وفوائد جمة ساعدت في تيسير الفقه الإسلامي ولم شعثه، وساعدت على الحفظ والضبط للمسائل الكثيرة، وبها عظم قدر الفقيه، وشرف وظهر بها رونق الفقه واتضحت مناهج الفتوى.

٣) ظهر هذا العلم الجليل منذ القرون الأولى من عصر الرسالة إلى زمن أئمة المجتهدين، حيث نجد أنّ بعض جوامع الكلم للنبي – صلى الله عليه وسلم– تتضح فيها القواعد الفقهيّة.

٤) في القرن الرابع الهجري ظهرت باكورة انتاج التأليف في القواعد الفقهيّة في رسالة للإمام الكرخي ثم جاء بعد ذلك كتاب " تأسيس النظر " للإمام الدبوسي.

٥) يعتبر القرن الثامن الهجري هو القرن الذهبي لهذا العلم.

٦) كثير من المؤلفين القدامى درسوا القواعد الفقهيّة تحت عنوان " الأشباه والنظائر " ويشير التاريخ إلى أنّ الإمام ابن الوكيل الشافعي هو أول من درس موضوع القواعد تحت عنوان الأشباه والنظائر في الفقه.

٧) يلاحظ أنّ بعض القواعد الفقهيّة لها مصادر من خلال الكتاب، والسنة النبوية الشريفة، والإجماع ، والآثار عن الصحابة والتابعين.

الفصل الثاني

" مفهوم قواعد " التبعيّة " وتأصيلها ومكانتها "، ويشتمل على خمسة مباحث

المبحث الأول: مفهوم التبعيّة

المبحث الثاني: تأصيلها الفقهي

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المبحث الثالث: مكانتها وأهميتها

المبحث الرابع: حجيّتها

المبحث الخامس: عناصرها وأقسامها

الفصل الثاني

مفهوم قواعد التبعيّة وتأصيلها ومكانتها ويشتمل على خمسة مباحث:

المبحث الأول

مفهوم التبعيّة

أولاً في اللغة:

تَبِعَ الشيء تبعاً وتِبَاعاً في الأفعال وتَبِعْتُ الشيء تُبُوعاً: سرت في إثره ، واتَّبَعهُ و أَتْبَعَهُ وكذلك تَتَبَّعَهُ وتَتبعْته تتبعاً ، قال القطامي [1]:

وخير الأمر ما استقبلت منه وليس بأن تتبعه اتّباعاً

وُضعَ الإتِّبَاع موضع التتبُّع مجازاً ، قال سيبويه [2]: تتبعه اتباعاً في معنى اتّبعت وفي الحديث: " **تابع بيننا وبينهم على الخيرات** " [3] أي اجعلنا نتَّبعهم على ما هم عليه.واتبعه الشيء: جعله له تابعاً، وقيل: أتبع الرجل سبقه فلحقه ، وتَبِعَه تبعاً وأتبعه: مرّ به فمضى معه ، قال تعالى: " **ثم أتبع سببا** " وتجوز التاء بالتشديد [4].

والتابع: التالي ، والجمع: تبع وتباع وتبعه ، والتبع: اسم للجمع ونظيره ، خادم وخدم ، وطالب وطلب... الخ.

والتبع يكون واحدا وجماعة ، وقوله عز وجل: [**بَرَزُواْ للّهِ جَمِيعًا فَقَالَ الضُّعَفَاء لِلَّذِينَ اسْتَكْبَرُواْ إِنّا كُنَّا لَكُمْ تبعاً فَهَلْ أَنتُم مُّغْنُونَ عَنَّا مِنْ عَذَابِ اللّهِ مِن شَيْءٍ**][5]، يكون اسما لجمع تابع ويكون مصدرا أي: ذوي تبع ، ويجمع على أتباع [6].

قال تعالى: [**أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُوْلِي الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ**][7]

---

[1] القطامي (٧٤٧م/١٣٠هـ) عمران بن شييم بن عمرو بن عباد، من بني جشم بن بكر، أبو السعيد التغلبي الملقب بالقطامي شاعر غزل فحل، كان من نصارى تغلب في العراق وأسلم، وجعله ابن سلام في الطبقة الثانية من الإسلاميين، لقبه صريع الغواني (انظر: الزركلي، الأعلام، ج٥، ٢٦٤)

[2] سيبويه (٧٩٦م/١٨٠هـ) هو عمرو بن عثمان بن قنبر الحارثي، بالولاء، إمام النحاة، أول من بسط علم النحو، ولد في شيراز لزم الخليل بن أحمد الفراهيدي، ناظر الكسائي وتوفي بالأهواز، له "الكتاب " (سيبويه، الكتاب، ج١، مكتبة الخانجي، القاهرة، ص٣،الزركلي، الأعلام، ج٥، ص٨١)

[3] لم أجد هذا الحديث في كتب الحديث، ولكن وجده الباحث في لسان العرب لابن منظور، ج٨، ص٢٧-٢٩

[4] ابن منظور، لسان العرب، ج٨، ص٢٧-٢٩، الفيومي، المصباح المنير، ج١، ص٩٩

[5] سورة إبراهيم / آية ٢١، سورة غافر / آية ٤٧

[6] المعجم الوسيط، ج١، ص٨١-٨٢، الفيومي، المصباح المنير، ج١، ص٩٩، ابن منظور، لسان العرب، ج٨، ص٢٨

[7] سورة النور / آية ٣١

" فسّره " ثعلب [١]، فقال " هم أتباع الزوج ممن يخدمه مثل الشيخ الفانّي والعجوز [٢].

والتبيع: الفحل من ولد لبقر لأنّه يتبع أمّه. وفي الحديث عن معاذ بن جبل [٣]، ان النبي – صلى الله عليه وسلم– بعثه إلى اليمن فأمره في صدقة البقر أن يأخذ من كلّ ثلاثين من البقر تبيعاً [٤].

والتَّبَعُ والتُّبُّعُ جميعاً: الظل. لأنّه يتبع الشمس. قالت سعدى الجهينة [٥] ترثي أخاها:

يرد المياه حضيرة ونفيضة ورد القطاة [٦] إذا استمأل [٧] التُّبَّعُ

والتابعة: أن يتبع الرجل الرجل ، فيقول: أنا مولاك ، قال الأزهري [٨]: أراد أنّ المعتق سائبة ماله لمعتقه [٩]. ويظهر ان التبعيّة: هي السير في إثر الشيء واللحوق به، وهي الارتباط بين شيئين أحدهما أصل والآخر فرع عليه، وتطلق على الملازمة بين شيئين لسببٍ ما.

ثانيا: الألفاظ ذات الصلة:

جميع الحقوق محفوظة
مركز ايداع الرسائل الجامعية

١. الأصل: أسفل كل شيء وأصل الشيء صار أصلاً وجمعها أصول. ومنها استأصل الله بني فلان [١٠] وأيضا من المعاني:

أ. ما يبتنى عليه غيره [١١]، سواء كان الابتناء حسياً أم معنوياً [١٢].

---

[1] ثعلب (٩١٤م/٢٩١هـ) أحمد بن يحيى زيد بن سيار الشيباني بالولاء، أبو العباس، المعروف بثعلب، كان راوية للشعر، محدثا مشهورا بالحفظ، ولد ومات ببغداد وله " الفصيح، قواعد الشعر " (كحالة، معجم المؤلفين، ج٢، ص٢٠٣، الزركلي، الأعلام، ج١، ص٢٦٧)

[2] ابن منظور، لسان العرب، ج٨، ص٢٨-٢٩

[3] معاذ بن جبل (٦٣٩م/١٨هـ) معاذ بن جبل بن أوس الأنصاري الخزرجي، أبو عبد الرحمن، صحابي جليل، كان أعلم الأمة بالحلال والحرام، أسلم وهو فتى وشهد العقبة والمشاهد كلها، بعثه النبي – صلى الله عليه وسلم– إلى اليمن قاضيا، توفي في الأردن وله ١٥٧ حديثاً (ابن الأثير،أسد الغابة،ج٤،ص٣٧٦،ابن حجر،الإصابة،ج٣،ص٤٢٦،الزركلي، الأعلام، ج٨، ص١٦٦)

[4] رواه الترمذي، ج٣، ص٢٠، كتاب الزكاة، بـــاب ما جاء في زكاة البقر، وصححه الألباني في إرواء الغليل، ج٣، ص٢٦٨، ط٢، المكتب الإسلامي

[5] سعدى الجهينة (٠٠٠٠/٠٠٠٠): سعدى بنت الشمردل الجهنية، شاعرة من شواعر العرب في الجاهلية، قـــالت الشعر ترثي أخاها، سعد بن الشمردل لما قتله بنو بهز (وهم حي من بني سليم بن منصور) (انظر كحالة، عمر رضا، ١٩٧٧، أعلام النساء، ط٣، (٥م)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ج٢، ص١٩٠)

[6] القطاة: هي انواع من الطيور مثل الحمام، وضربت الشاعرة المثل لأنّ القطا ترد المياه ليلا وقلما تردها نهارا ويقال أدل من قطاة (ابن منظور، لسان العرب، ج٨، ص٢٩)

[7] **الإسمئلال:** بلوغه نصف النهار وضموره (ابن منظور، لسان العرب، ج٨، ص٢٩)

[8] الأزهري (٩٨١م/٣٧٠هـ): محمد بن أحمد بن الأزهر الهروي، أبو منصور، أحد أئمة النحو الأدبي، مولده ووفاته في هراة بخرسان نسبة إلى جده الأزهر، وقع في إسار القرامطة له: "تهذيب اللغة". (الزركلي، الأعلام، ج٦، ص٢٠٢)

[9] ابن منظور، لسان العرب، ج٨، ص٣٠، الفيومي المصباح المنير، ج١، ص٩٩، المعجم الوسيط، ج١، ص٨١-٨٢

[10] ابن منظور، لسان العرب، ج١١، ص١٦-١٧، الفيومي المصباح المنير، ج١، ص٢١، ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج١، ص١٩

ب. ماتفرّع عنه غيره [٣]

ج. ما منه الشيء أي مادّته ، كالوالد ، والشجرة للغصن [٤]

والعلاقة بين الأصل ومفهوم التبع هي أنّ المتبوع في علاقة التبعيّة يعتبر أصلا. والتابع يعتبر فرعا.

٢. الفرع: فرع كل شيء أعلاه ، وهو مما يبتنى على الأصل [٥]، وأيضا من الفرع:

أ. الفرع هو الذي يتبنى على الغير ويفتقر إليه [٦]

ب. أو هو ما تفرع عن غيره ، أو ما دل على غيره [٧]

العلاقة بين الفرع ومفهوم التبعيّة: هو أنّ الفرع له علاقة بمفهوم التابع ، والتابع فرع من المتبوع الذي هو الأصل.

ثالثا: المعنى الاصطلاحي:

جميع الحقوق محفوظة
مركز إيداع الرسائل الجامعية

إنّ العلماء السابقين عند النظر في مؤلفاتهم لم نجدهم يعرفون التبعيّة كمفهوم مستقل، بل كانوا يتعرضون إلى قاعدة " التابع تابع "، ثم يشرحونها مع ذكر الأمثلة عليها [٨].

إلا أنّ الباحث قد وجد الإمام الشاطبي [٩] يتناول هذا المفهوم بشيء من الجمال في العبارات الأصولية المتزنة الموضوعة في سلكٍ واحدٍ منتظم. وذلك من خلال الجزء الثالث في موافقاته [١٠]

---

[1] الآمدي، علي بن أبي علي بن محمد (١٢٣٤م/٦٣١هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، ط١ (٤م)، ضبطه إبراهيم العجوز، دار الكتب العلمية، بيروت، ج٢، ص١٧١، الزركشي، البحر المحيط، ج١، ص١٦

[2] الشوكاني، محمد بن علي (١٧٦٨م/١٢٥٠هـ)، إرشاد الفحول (ط٤)، تحقيق أبو مصعب البدري (٢م) مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ١٩٩٣، ج١، ص١٧٠

[3] البصري، أبو الحسين محمد بن علي (١٠٤٣م/٤٣٦هـ) المعتمد في أصول الفقه، ط١، تحقيق محمد حميد الله (٢م) دمشق، ١٩٦٥، ج٢، ص٧٠٠

[4] الأسنوي، جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن (١٣٧٠م/٧٧٢هـ) نهاية السول شرح منهاج الوصول (ط١) عالم الكتب، (٤م)، بيروت، ١٩٨٥، ج١، ص٧، الزركشي، البحر المحيط، ج١، ص١٥

[5] ابن منظور، لسان العرب، ج٩، ص٢٥٠، الفيومي، المصباح المنير، ج٢، ص٦٤٢

[6] المحلي، جلال الدين (١٤٦١م/٨٦٤هـ) شرح جمع الجوامع (ط١) (٤م) دار الكتب العربية الكبرى، مصر، ج٢، ص٢٥٤

[7] الزركشي، البحر المحيط، ج١، ص١٦

[8] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٢٩، الحموي، غمز العيون، ج١، ص١٥٤، الزركشي، المنثور، ج١، ص٢٣٨

[9] الشاطبي (١٣٨٨م/٧٩٠هـ) إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، يشتهر بالشاطبي، أصولي حافظ، من أئمة المالكية كانوا يقولون، يكفي المالكية فخراً أن الشاطبي منهم، من أهل غرناطة، له " الموافقات في أصول الفقه"، "الإفادات والانشادات"، "الاتفاق في علم الاشتقاق " (الزركلي، الأعلام، ج١، ص٧٥)

[10] الشاطبي، الموافقات، ج٣، ص٩٦-١٢٤

فيقول: " إن سلمنا أنّ الذوات هي المعقود عليها فالمنافع هي المقصود أولا منها لما تقدم من أنّ الذوات لا نفع فيها ولا ضرر، من حيث هي ذوات ، فصار المقصود أولا هي المنافع، وحيث كانت المنافع لا تحصل على الجملة إلا عند تحصيل الذوات سعى العقلاء في تحصليها ، فالتابع إذا في القصد هي الذوات، والمتبوع هو المنافع ، فاقتضي هذا بحكم ما تحصل أولا، أن تكون الذوات مع المنافع في حكم المعدوم وذلك باطل، إذ لا تكون ذات الحر تابعة لحكم منافعه باتفاق [١].

وعند المتأخرين من العلماء ممن اهتم بدراسة القواعد الفقهيّة بعضهم تعرض إلى تعريف التبعيّة قالوا: التبعيّة: كون الشيء مرتبطاً بغيره بحيث لا ينفصل عنه. والتابع هو التالي الذي يتبع غيره كالجزء من الكل. والمشروط للشرط. ولا يخرج الاستعمال الاصطلاحي عن الاستعمال اللغوي. [٢]

وعرّف البورنو التابع بقوله: " هو مالا يوجد مستقلا بنفسه. بل وجوده تابع لوجود غيره [٣].

ويقول الندوي: " أنّ التابع لغيره في الوجود حقيقة أو حكماً، ينسحب عليه حكم المتبوع ، إذاً التابع لا يحمل وجوداً مستقلا [٤].

ويقول الدكتور الصلاحين: " أنّ التابع للشيء في الهيئة والماهية ، يتبع ذلك الشيء في الحكم ، ليعطى للتابع حكم المتبوع في ذلك ، كما أنّه لا يفرد بحكم مستقل [٥].

ويقول أحمد الزرقا " التابع: أي التابع لشيء في الوجود ، بأن كان جزءاً مما يضره التبعيض ، كالجلد من الحيوان ، أو كالجزء وذلك كالجنين وكالفص للخاتم. فلو أقر بخاتم دخل فصّه، أو كان وصفاً فيه ، كالشجر والبناء القائمين في الأرض ، أو كان من ضروراته كالطريق للدار.... الخ [٦] وعلى ذلك

فإنّ صور تبعية الشيء لآخر تكون على أحد الأشكال أو الأحوال التالية:

١. أن يكون موضوعا فيه كالشجر في الأرض أو البناء عليها.

٢. أن يكون جزءاً مما يضره التبعيض، كالجلد من الحيوان،ومثل الإطارات في الحافلة.

٣. أن يكون من ضرورات الشيء كالمفتاح للقفل. وكالغمد والحمائل للسيف،ومثل سكّة الحديد في القطارات،ومثل المصعد في البنايات الكبرى. كلّ هذه الأشياء تكون تابعة لأصلها في الحكم [٧].

---

[1] الشاطبي، الموافقات، ج٣، ص٩٨

[2] وزارة الشؤون الإسلامية، ١٩٨٧، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ط٢، وزارة الأوقاف، الكويت، ج١٠، ص٩١ وما بعدها

[3] البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٣، ص١٥٨

[4] الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٤٠٠

[5] الصلاحين، مذكرة في القواعد الفقهيّة، ص٧٣

[6] أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٢٥٣

[7] كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٢٤٩، الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٢٥٣، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٤٠١-٤٠٥

ويرى الباحث أنّ التابع: هو ذلك الشيء الذي يلحق شيئاً آخر باعتباره أصلاً له، وتكون صفة اللحوق إمّا صورةً،وإمّا حكماً.

رابعا: معنى التبعيّة في القانون:

- بعضهم عرّف المتبوع بأنّه: " الشخص الذي يلتجئ إلى خدمات شخص آخر لانجاز عمل معين لمصلحته ويصدر له الأوامر والتعليمات حول الطريقة التي يتعين عليه فيها ان يؤدي هذا العمل " [١]

- وبعضهم قال: "أنّ مفهوم التبعيّة يجب أن يتحدد على هدى فكرة المنفعة ، فالتبعيّة هنا اقتصادية أو اجتماعية. فوجودها يؤدي إلى مسؤولية المتبوع ، أمّا انتفاؤها فمعناه وجود استقلال اقتصادي.

فالتابع يعتمد في كسب قوت يومه على الأجر الذي يعطيه له سيده، ويشتغل عادة مع غيره من العمال مستعينا بالأدوات التي يقدمها له سيده. ويعول نجاحه على تحقيق انتاج تابعيه.... الخ ".[٢]

جميع الحقوق محفوظة

وبعضهم قال: " التابع كل من تعاقد مع آخر لأداء عمل معين ، وذلك حتى انجاز العمل المتفق على أدائه ، بحيث يمتنع على أي شخص آخر استخدامه فيما يمكن أن يلحق ضرراً بذلك المتبوع قبل نهاية العمل المتعاقد عليه ".[٣]

وفي تعريف آخر: " التابع هو من كان في حالة رضوخ وامتثال للطرف الآخر، وذلك فيما يتعلق بانجاز العمل المتفق عليه ".[٤]

ومن الملاحظ: أنّ هذه التعريفات تتفق على أنّ قوام علاقة التبعيّة هو القيام بعمل معين أي خدمة من جانب التابع يؤديها للمتبوع أو يقوم بها نيابة عنه. بجانب ذلك فإنّ العلاقة تلك تمنح المتبوع سلطة توجيهاته لما يقوم به التابع من خدمات ، ويلاحظ أيضاً أنّ تلك التعريفات لا تشترط المقابل كأساس لقيام تلك العلاقة.

- يستطيع الباحث أن يعرف التبعيّة: هي تلك العلاقة التي تنشأ بين التابع والمتبوع. يُتَوضَّح من خلالها أنّ المتبوع يمتلك الحق في الإشراف على الكيفية التي يتم بها انجاز ذلك العمل، بجانب حقه في توجيه التابع فيما يجب عليه عمله تجاه تحمل المسؤولية عنه فيما يفعله "، وهذا التعريف يشمل الجانب النظري مع جوانب المسؤولية. كما أنّه يشمل الجانب الشرعي،والجانب القانوني.

---

[1] عجاج، طلال، ٢٠٠٣، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع في القانون المدني اللبناني والأردني دراسة مقارنة، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ص٢٢، سوار (محمد وحيد الدين)، (١٩٧٥)، شرح القانون المدني " النظرية العامة للالتزام " ط١، (٢م)، مطبعة دار الكتاب، ج١، ص١٣٢-١٣٣

[2] عبد الرحمن، أحمد شوقي (١٩٧٦) مسؤولية المتبوع باعتباره حارسا (ط١) المطبعة العربية الحديثة، مصر، ص٢٠

[3] عبد الرحمن، أحمد شوقي، مسؤولية المتبوع باعتباره حارسا، ص٢٠، عمر، محمد الشيخ (١٩٧٠) مسؤولية المتبوع دراسة مقارنة (ط١) مطابع سبل العرب (مصر) ص١٤١-١٤٦

[4] عمر، محمد الشيخ، مسؤولية المتبوع دراسة مقارنة، ص١٤١-١٤٢

المبحث الثاني

تأصيلها الفقهي

تستمد قواعد التبعيّة تأصيلها الفقهي من الكتاب والسنة والعرف ، وفعل الصحابة ، والمعقول.

والفرق بين التأصيل الفقهي والحجة: التأصيل الفقهي هو الاستمداد الفقهي،إمّا من الكتاب،وإمّا من السنة وإمّا من العرف،أمّا الحجة:صلاح الشيءحتّى يكون مرجعاً في الفتوى والاجتهاد.

- أما تأصيل قواعد التبعيّة من الكتاب فهو كما يلي:

- قوله تعالى **[قَالَ لَهُ مُوسَى هَلْ أَتَّبِعُكَ عَلَى أن تُعَلِّمَنِ مِمَّا عُلِّمْتَ رُشْدًا، قَالَ إِنَّكَ لَن تَسْتَطِيعَ مَعِيَ صَبْرًا، وَكَيْفَ تَصْبِرُ عَلَى مَا لَمْ تُحِطْ بِهِ خُبْرًا، قَالَ سَتَجِدُنِي إِن شَاء اللَّهُ صَابِرًا وَلَا أَعْصِي لَكَ أَمْرًا،قَالَ فَإِنِ اتَّبَعْتَنِي فَلَا تَسْأَلْنِي عَن شَيْءٍ حَتَّى أُحْدِثَ لَكَ مِنْهُ ذِكْرًا]**[1].

مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

وجه الاستدلال: أنّ موسى عليه الصلاة والسلام في مقام المتعلم ، والخضر عليه السلام في مقام العالم ، والمتعلم تابع للعالم وان تفاوتت المراتب.

فموسى عليه الصلاة والسلام نبي من الله مرسل، ولا يعقل أنّ يقبل شيئاً خطئاً يضرّ في تبلغيه لرسالته ، وعلى هذا فإنّ التبعيّة على أمور الخير جائزة، وفيها المسؤولية الكاملة كالأفعال ولا تجوز في أمور الشر.

لأنّ النبي – صلى الله عليه وسلم– قال: " **يرحم الله موسى لوددنا أنّه صبر حتى يقص علينا من أمرهما**" [2].

- قول الله تعالى: **[وَدَاوُودَ وَسُلَيْمَان إِذْ يَحْكُمَان فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ،فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَان وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا وَسَخَّرْنَا مَعَ دَاوُودَ الْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَالطَّيْرَ وَكُنَّا فَاعِلِينَ]**[3]

وجه الاستدلال: أنّ التبعيّة تظهر من خلال علاقة البهائم بأربابها،ويدلّ على ذلك قوله تعالى:"**غنم القوم**"، فالحيوانات يكون صاحبها مسؤلاً عنها، وإنّ صاحب هذه البهائم معرّض

---

[1] سورة الكهف / الآيات ٦٦–٧٠

[2] أخرجه الإمام البخاري في صحيحه،كتاب التفسير،سورة ١٨،باب(٣)،حديث رقم (٤٧٢٥)،وأخرجه الترمذي،كتاب التفسير،سورة ١٨، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج١٠، ص١١–٢٣. **واللفظ للبخاري**

[3] سورة الأنبياء / الآيات ٧٨–٧٩

للضمان في حالة افسادها لممتلكات الآخرين ليلاً. فالإضافة في قوله تعالى:"**غنم القوم**" تدلّ على أنّ المضاف تابع للمضاف إليه. [1].

قول الله تعالى: **[الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ الرَّسُولَ النَّبِيَّ الأُمِّيَّ الَّذِي يَجِدُونَهُ مَكْتُوبًا عِندَهُمْ فِي التَّوْرَاةِ وَالأنجِيلِ يَأْمُرُهُم بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَاهُمْ عَنِ الْمُنكَرِ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَآئِثَ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالأَغْلاَلَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ فَالَّذِينَ آمَنُواْ بِهِ وَعَزَّرُوهُ وَنَصَرُوهُ وَاتَّبَعُواْ النُّورَ الَّذِيَ أنزِلَ مَعَهُ أُوْلَـئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُون]** [2]

وجه الاستدلال: أنّ موسى عليه السلام لما دعا قومه آمن به بعضهم ، انزل الله عليهم الرجفة ، فتوجه موسى عليه الصلاة والسلام إلى الله عز وجل ان ينجي الذين آمنوا ، وكانوا متمسكين برابطة التبعيّة بالعقيدة وبإخراج الزكاة والإيمان بآيات الله ، واتباع النور الذي معه، كان ذلك سبباً في رضى الله عز وجل عليهم؛ لأنّهم كانوا بمثابة التابعين لموسى عليه السلام الذي أجره على ربه [3].

جميع الحقوق محفوظة

- استمداد قواعد التبعيّة من السنة النبوية:

- قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم–: " **ذكاة الجنين ذكاة أمّه** " [4] وقال بعض أهل العلم :

---

[1] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج١١، ص٣١٤، الزحيلي، نظرية الضمان، ص٨٩-٩٠

[2] سورة الأعراف / آية ١٥٧

[3] الزمخشري،الكشّاف،ج١،ص٢٤٥، قطب، سيد، ١٩٩٧، في ظلال القرآن، ط٢٦ (٦م)، دار الشروق، بيروت، ج٩، ص١٣٧٨

[4] أخرجه بهذا اللفظ أبو داود في سننه من طريق جابر بن عبد الله –رضي الله عنه–، وأخرجه الترمذي من طريق أبي سعيد الخدري –رضي الله عنه–، وقال الترمذي هذا حديث حسن

- انظر:أبو داود، سنن أبي داود مع عون المعبود،ج٨، ص١٩، باب الضحايا، كتاب ذكاة الجنين واللفظ له
- الترمذي، سنن الترمذي مع التحفة، ج٥، ص٤٨، باب الصيد، كتاب ذكاة الجنين
- صحيح سنن أبي داود، ج٢، ص٥٤٤

وعند عبد الرزاق رواية عن معمر عن الزهري عن عبد الله بن كعب بن مالك، قال: كان أصحاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم– يقولون " إذا أشعر الجنين، فذكاته ذكاة أمه "

- انظر عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، حديث رقم (٨٦٤١) عن ابن عينة عن الزهري
- ذهب الجمهور إلى ان الجنين إذا خرج ميتا بعد ذكاة أمه فإنّه يكون حلالا كالمذكى، وذهب الحنفية إلى أنّه لا يؤكل الجنين إلا أن يخرج حياً من بطن أمه، فيذكى

ورد الخطابي على قول الحنفية بالرواية الثانية للحديث ومنها... " قلنا يا رسول الله ننحر الناقة وندبح البقر والشاة فنجد في بطنها الجنين انلقيه أم نأكله ؟ قال: " كلوه إن شئتم فإنّ ذكاته ذكاة أمه "، فهذه الرواية تتضمن التعليل لإباحته من غير إحداث ذكاة ثانية، وهذه الرواية قد أخرجها أبو داود وابن ماجة من حديث أبي سعيد الخدري –رضي الله عنه– وصححها الألباني، سنن أبي داود مع عون المعبود،ج٨، ص١٨،باب الضمان، كتاب ذكاة الجنين، ورواه ابن ماجة في سننه،ج٢، ص١٠٩٧،باب الذبائح،ذكاة الجنين ذكاة أمّه،**واللفظ لأبي داود**

انظر:

الجنين تابع للأم جزء منها ، فهذا مقتضى الأصول الصحيحة [١]

عن عائشة –رضي الله عنها– ، قالت: صلى رسول الله – صلى الله عليه وسلم– وهو شاك جالساً ، وصلى وراءه قوم قيام ، فأشار إليهم ان اجلسوا ، فلما انصرف قال: " **إنّما جعل الإمام ليؤتم به ، فإذا ركع فاركعوا ، وإذا رفع فارفعوا وإذا صلى جالساً فصلوا جلوساً** " [٢]

وفي رواية لعبد الرزاق عن معمر بن همام [٣]، عن أبي هريرة عن النبي – صلى الله عليه وسلم– قال: " إنّما جعل الإمام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه " [٤]

وفي الحديث الذي رواه مالك عن ابن شهاب عن أنس عن النبي – صلى الله عليه وسلم–: " **وإذا ركع فأركعوا وإذا رفع فارفعوا** "، فإنّه يدل على أنّ عمل المأموم يكون بعقب عمل الإمام وبعده [٥]

وقال أبو بكر الأثرم [٦] سمعت أحمد بن حنبل يسأل: متى يكبّر من خلف الإمام ، ومتى يركع؟! فذكر الحديث: " **إذا كبر فكبروا وإذا ركع فاركعوا** " ثم قال: يتبعه في كلّ شيء يصنعه كلما فعل شيئاً فعله بعده [٧]

- وجه الاستدلال في الحديثين: ففي الحديث الأول ذكاة الأم متبوعة. وذكاة الجنين تابعة ، وفي الحديث الثاني: الإمام متبوع ، والمأموم تابع ، فقامت العلاقة في كلا الحديثين على أساس التبعيّة.

- استمداد وقواعد التبعيّة من فعل الصحابة رضوان الله عليهم: روي ان عمر بن الخطاب أرسل في طلب مغنية [٨] فقيل لها أجيبي عمر. ففزعت المرأة وكانت حاملا ،

– الخطابي، أبو سليمان حمد بن محمد (١٠٠٢م/٣٨٨هـ) معالم السنن (ط٢) (م٣) المكتبة العلمية، بيروت، (١٩٨٣)، ج٣، ص٢٥٢

– ابن قدامة، المغني، ج٣، ص٣٠٨–٣٠٩، ابن عبد البر بن عبد الله (١٠٧١م/٤٦٣هـ) الاستذكار (ط٤) تحقيق محمد حسان (١٠م) مؤسسة النداء، الإمارات، ٢٠٠٣، ج٥، ص٤٧٨

– ابن عابدين، محمد أمين (١٨٣٠م/١٢٥٢هـ) حاشية بن عابدين، (ط١)، (١٠م)، دار الكتب العلمية، بيروت (١٩٩٤) ج٦، ص٣٠٣–٣٠٤

– الخرشي، محمد بن عبد الله (١٦٩٠م/١١٠١هـ) الخرشي على مختصر خليل (ط١) (م) دار الكتب العلمية (بيروت) ١٩٦٠، ج٣، ص٢٤

[1] سابق، السيد، ٢٠٠٠، فقه السنة (ط١)، (٣م)، المكتبة العصرية، بيروت، ج٣، ص١٩٣، كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٢٤٩، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٤٠١–٤٠٣، العبد اللطيف، عبد الرحمن بن صالح، ٢٠٠٣، القواعد الفقهيّة المتضمنة للتيسير، ط١، الجامعة الإسلامية، السعودية، ج٢، ص٥٩٨–٥٩٩

[2] أخرجه الإمام البخاري، كتاب الصلاة، باب صلاة الإمام وهو جالس (٦٨٨)، ومسلم، كتاب الصلاة (٤١٢) **واللفظ للبخاري**.

[3] معمر (٠٠٠/٠٠٠) مَعْمَر بن أبي مَعْمَر، عبد الله بن نافع القرشي العدوي، كان شيخا من شيوخ بني عدي، أسلم قديما وتأخرت هجرته إلى المدينة لأنّه كان هاجر الهجرة الثانية للحبشة، وعاش طويلا وهو من الصحابة الأفاضل (ابن الأثير، أسد الغابة، ج٤، ص٤٠٠، ابن حجر، الإصابة، ج٣، ص٤٤٨)

[4] عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، رقم (٤٠٨٢)

[5] ابن عبد البر، الاستذكار، ج٢، ص٤٤٤، كتاب صلاة الجماعة

[6] أبو بكر الأثرم (٨٧٥م/٢٦١هـ) أحمد بن محمد بن هانئ الطائي الإسكافي، أبو بكر الأثرم من حفاظ الحديث أخذ عن الإمام أحمد وآخرين، له كتاب في علم الحديث وآخر في السنن (الزركلي، الأعلام، ج١، ص١٩٤)

[7] ابن عبد البر، الاستذكار، ج٢، ص٤٤٥، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١، ص٩٨–٩٩

[8] وقيل أنّها كانت تكلم الرجال.(انظر:الآمدي، الأحكام،ج٣،ص٢٢١،عبد الرزّاق،المصنف،ج١٠،ص٦٣)

وقالت يا ويلي مالي ولعمر ، فأجهضت فاستشار عمر أصحاب النبي – صلى الله عليه وسلم– فأشار عليه بعضهم أنّ ليس عليه شيء، وإنّما هو والٍ مؤدب ، وكان علي بن أبي طالب لم يبد رأيه ، فقال عمر ما تقول، قال: ان كانوا قالوا برأيهم ، فقد أخطأ رأيهم ، وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك، أرى أنّ ديته عليك؛ لأنّك أنت أفزعتها ،وألقت ولدها في سبيلك، فقال له عمر:عزمت عليك لا تبرح حتى تقسمها على قومك [1].

الاستدلال: أنّ عمر بن الخطاب كان متبوعاً بدليل قول علي " لأنّك أنت أفزعتها " وكان عمّال عمرهم بمنزلة التابع والمتبوع هنا مسؤول عن أعمال التابع ، وهذا سيأتي إن شاء الله في الفصل الأخير من هذه الرسالة.

- استمداد قواعد التبعيّة من العرف:

يقول الإمام الشاطبي: بعض المنافع تكون حلالا، وبعضها يكون حراماً فههنا معظم نظر المسألة وهو ضربان: أحدهما أن يكون أحد الجانبين هو المقصود بالاصالة عرفاً، والجانب الآخر تابع غير مقصود بالعادة، إلا أن يقصد على الخصوص وعلى خلاف العادة، فلا إشكال في أن الحكم لما هو مقصود بالأصالة والعرف ، والآخر لا حكم له لأنّنا لو اعتبرنا الجانب التابع لم يصح لنا تملك عين من الأعيان ولا عقد عليه لأجل منافعه؛ لأنّ فيه منافع محرّمة هو أنّ الأدلة على سقوط الطلب في جهة التابع .[2]

ويقول أيضا : " من المسائل التي تتلازم في الحسن أو في القصد، أو في المعنى أو يكون بينها قلة وكثرة، فإنّ للقليل مع الكثير حكم التبعيّة ، ثبت ذلك في كثير من مسائل الشريعة وإن لم يكن بينهما تلازم في الوجود ، ولكنّ العادة جارية بان القليل إذا انضم إلى الكثير في حكم الملغى قصداً فكان كالملغى حكما ، ومنها أنّ كل تابع فهل تكون زيادة الثمن لأجله مقصود على الجملة لا على التفصيل أم هي مقصود على الجملة والتفصيل ، والحق الذي تقتضيه التبعيّة أن يكون القصد جمليـــاً لا تفصيلياً، إذ لو كان تفصيلياً لصار إلى حكم الاستقلال، فكان النهي وارد عليه فامتنع " [3]

والناظر في أحوال الناس يجد الكثير من الأحداث تتجسد فيها أساس التبعيّة مثل التعامل بين الناس من إجارة، وبيع ووصايا مثل إجارة المحلات التجارية عن طريق ما يسمى بالخلو، فهل المستأجر الثاني تابع للمالك أم للمستأجر الأول، أم أنّه غير تابع لأحد....الخ.

- استمداد قواعد التبعيّة من العقل:

العقل الإنساني بما حباه الله من القدرات، يستطيع أن يدرك بعض أساسيات الطبيعة ، ففي الطبيعة لا يوجد فرع بلا أصل ،وهذه قاعدة مطردة في المحسوسات والمعقولات ، فالشيء الذي يكون وجوده أصلاً لوجود شيء آخر يتبعه في الوجود ، يكون ذلك فرعاً مبتنياً عليه مثل الشجرة إذا (ذوي) ثمرها، ومثل الإيمان بالله عزّ وجل أصل، وجميع الأعمال فروع عليه ، فإذا سقط

---

[1] ابن أبي شيبة، المصنّف،ج٣،ص١١٧،عبد الرزّاق،المصنّف،ج١٠،ص٦٣، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٣٩٧، ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٨٣٥،الزحيلي، وهبـــة، (١٩٩٨)، نظرية الضمان (ط٢) (١م) دار الفكر (دمشق) ص٣٠، الآمـــدي، الأحكام، ج٣، ص ٢٢١، إسماعيل، شعبان محمد (١٩٩٠) الاجتهاد الجماعي ومدى الحاجة إليه في العصر الحاضر (ط١) (١م) مكتبة العلم والإيمان، مصر، ص٥٠، طه، جبار (١٩٧٩) إقامة المسؤولية المدنية عن الفعل غير المشروع على عنصر الضرر، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، ص٣٦٠-٣٦١، عجاج، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص٣٦.

[2] الشاطبي، الموافقات، ج٣، ص١٠٧

[3] الشاطبي، الموافقات، ج٣، ص١٠٦

الإيمان – والعياذ بالله تعالى – حبطت الأعمال؛ لأنّ اعتبارها مبني عليه، ومثل البنوة فلا يمكن أن توجد إلا بوجود الأبوين... وهكذا [1].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

[1] الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٧، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٢٩–٢٣٠، شبير، محمد عثمان، (٢٠٠٠) القواعد الكليّة والضوابط الفقهيّة (ط١) دار الفرقان، عمان، ص٣٠٩

المبحث الثالث

مكانتها وأهميتها

تأخذ قواعد التبعيّة أهميتها من اهتمام العلماء بها "، حيث اعتبر العلماء أنّ قاعدة "التابع تابع " من القواعد الكليّة غير الكبرى [١] ، وكانت على هذه القاعدة الكليّة قواعد فرعية وهي [٢] :

١) " التابع لا يفرد بالحكم"

٢) " من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته "

٣) " التابع لا يتقدم على المتبوع "

٤) "يغتفر في التابع مالا يغتفر في المتبوع "

٥) " إذا سقط التابع سقط المتبوع "

٦) "ذكر بعض مالا يتجزأ كذكره كله "

٧) "يثبت تبعاً مالا يثبت استقلالاً "

٨) "إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه "

٩) " الفرع يثبت بثبوت الأصل "

١٠) " الفرع يسقط بسقوط الأصل "

وقد عدّ العلماء أنّ القواعد الكليّة الكبرى هي خمس قواعد [٣]:

١) " اليقين لا يزول بالشك "

٢) " المشقة تجلب التيسير "

٣) " الضرر يزال "

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

---

[1] السيوطي الأشباه والنظائر، ص٢٢٩، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٦، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٤٠١، كامل القواعد الفقهيّة الكليّة، ج١، ص٢٤٨، أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٤٧-١٧٧

[2] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٢٩، وما بعدها، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٦، شبير، القواعد الكليّة، ص٣٠٤، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٤٠١ وما بعدها، حيدر، درر الحكام، ج١، ص٤٨-٥٠، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٤-٩٨

[3] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٣٥-١٩٦، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٢٧١-٣٢٠، أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٤٧-١٧٧، الصلاحين، مذكرة في القواعد الفقهيّة، ص١١-٤٩.

٤) " العادة محكمة "

٥) " الأمور بمقاصدها " ، وذكر السيوطي وغيره من أهل العلم انّ القاضي حسيناً ردّ القواعد إلى أربع قواعد ، لكنّ الفضلاء من أهل العلم أضافوا قاعدة " الأمور بمقاصدها "

قال العلائي: ذلك حسن جداً ، وذكر السيوطي عن بعض المتأخرين أنّ العلم لا يبنى على خمس في الفقه وأنّ هذا فيه تكلّف وتعسّف... الخ [1].

والشاهد من الأمر: أنّ العلماء قد حصلت بينهم اختلافات في وجهات النظر في اعتبار القواعد الكليّة الكبرى.

ومن هذه الإشارة يستطيع الباحث أن يخلص إلى ما يرمي إليه ، خاصة ً بعد ما قرأ في موضوع قواعد " التابع تابع " طويلا ، ويقول:

إنّ الباحث يعتبر القواعد الكليّة الكبرى ستاً وليست خمساً ، أي الخمس التي ذكرت سابقاً بالإضافة إلى قاعدة " التابع تابع " ، حتى أنّ الباحث يرى الترتيب التالي لها:

١) " الأمور بمقاصدها "

٢) " الضرر يزال "

٣) " اليقين لا يزول بالشك "

٤) " التابع تابع "

٥) " المشقة تجلب التيسير "

٦) " العادة محكمة "

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

وهذا لأنّ قاعدة " التابع تابع " تتكشف أهميتها ومكانتها من خلال دخولها في مجالات منها:

أ. مجال علوم الفقه: في العبادات مثل (علاقة المأموم بالإمام) ، والمعاملات مثل (بيع القفل مع المفتاح) والقضاء مثل(علاقة الابن بوالده)... الخ.

ب. مجال أصول الفقه: في مجال اجتماع الأمر والنهي ، والضروري مع التحسيني والمكمّل والمتمم.... الخ.

ج. مجال العقيدة: مثل علاقة الإنسان بخالقه، فالإنسان تابع (فرع) ، والخالق متبوع (أصل))

د. مجال السياسة: مثل علاقة المحكوم مع الحاكم (فالمحكوم تابع (فرع) ، والحاكم متبوع (أصل))

وهكذا نجد أنّ هذه القاعدة تدخل في مجالات عديدة غير محصورة، مما أدى إلى توجيه رأي الباحث إلى اعتبارها من القواعد الكليّة الكبرى.

---

[1] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٣٧-٣٨.

وأكبر دليل على أهميتها في عصرنا الحالي مثلا: بيع قطع السيارات ، هل تعتبر تابعةً للسيارات أم لا ؟ هل مقصودة لذاتها: أم لا ؟ ! والمنزل وتوابعه وهذا سيأتي فيما بعد بشيء من التفصيل.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المبحث الرابع

حجيّة قواعد التبعيّة

لم يتعرض الفقهاء القدامى إلى مثل هذا الموضوع بشكلٍ صريح، أو واضح لكن يمكن أن تدرس بعض الإشارات البعيدة للتدليل على حجيّة قواعد التبعيّة:

يقول الإمام الشاطبي في موافقاته: أنّ الطلب المتوجّه للجملة أعلى رتبة، وآكد في الاعتبار من الطلب المتوجه إلى التفاصيل أو الأوصاف، أو خصوص الجزئيات ، والدليل على ذلك ما تقدم من أنّ المتبوع مقصود بالقصد الثاني؛ ولأجل ذلك يلغى جانب التابع في حيث المتبوع، فلا يعتبر التابع إذا كان اعتباره يعود على المتبوع بالإبطال والإخلال، أو يصير منه كالجزء أو كالصفة أو التكملة ، وبالجملة فهذا المعنى مبسوط فيما تقدم وكلّه دليل قوة المتبوع في الاعتبار وضعف التابع "[1].

وما ذكر عن "حجيّة القواعد الفقهيّة" بشكلٍ عام وذلك من خلال المبحث الثالث من الفصل الأول[2] يطبق هنا ، فيقال:

إنّ قواعد التبعيّة تعتبر دليلا يحتج به إذا كان لها أصل من كتاب الله عز وجل أو من السنة النبوية:

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

أ. **من القرآن الكريم:**

- قال تعالى: **[وَقَالَ الْمَلأُ الَّذِينَ كَفَرُواْ مِن قَوْمِهِ لَئِنِ اتَّبَعْتُمْ شُعَيْباً إِنّكُمْ إِذاً لَّخَاسِرُونَ]**[3]

- قال تعالى: **[قَالَ لَهُ مُوسَى هَلْ أَتَّبِعُكَ عَلَى أن تُعَلِّمَنِ مِمَّا عُلِّمْتَ رُشْدًا، قَالَ إِنّكَ لَن تَسْتَطِيعَ مَعِيَ صَبْرًا،وَكَيْفَ تَصْبِرُ عَلَى مَا لَمْ تُحِطْ بِهِ خُبْرًا، قَالَ سَتَجِدُنِي إِن شَاء اللَّهُ صَابِرًا وَلَا أَعْصِي لَكَ أَمْرًا قَالَ فَإِنّ اتَّبَعْتَنِي فَلَا تَسْأَلْنِي عَن شَيْءٍ حَتَّى أُحْدِثَ لَكَ مِنْهُ ذِكْرًا]**[4]

---

[1] الشاطبي، الموفقات، ج٣، ص١١٩-١٢٠.
[2] انظر:- الفصل الأول من هذه الدراسة، المبحث الثالث.
[3] الأعراف/ آية ٩٠.
[4] الكهف/ آية ٦٦-٧٠.

وجـــه الـــدلالة: أنّ الخضر عليه السلام كان يعتبر متبوعاً، وموسى عليه السلام كان تابعاً له وهذا لا يضر بالتبليغ؛ لأنّ إرادة الله فوق كلّ هذا، ألا ترى أنّ الملائكة قد سجدت لآدم وهو أقلّ منها.والدليل على تبعية موسى للخضر، أنّ الخضر نفسه كان يملك سلطة متابعة المصاحبة أو قطعها...الخ،وهذه التبعيّة أرادهاالله عزّوجل لموسى من باب التعليم.

ب. من السنّة النبوية:

- قول الرسول – صلى الله عليه وسلم–: " **ذكاة الجنين ذكاة أمّه** " [١]

- قوله الرسول – صلى الله عليه وسلم–: " **إنّما جعل الإمام ليؤتم به فإذا كبر فكبروا ، وإذا ركع فاركعوا** " [٢]

➢ وقال بعض أهل العلم: أنّ خطاب الله تعالى للرسول – صلى الله عليه وسلم– يعم الأمة ، وحجتهم ان الرسول – صلى الله عليه وسلم– له منصب الإقتداء به في كلّ شيء ، إلا بدليل صارف على الاختصاص به ، وكلّ من هو كذلك يفهم من أمره شمول اتباعه [٣].

ولعلني أستفيد من قول الدكتور عبد الرحمن الكيلاني في بحثه حجيّة القاعدة الفقهيّة وأقول: [٤]

إنّ المعيار الذي ينبغي الاحتكام إليه في صلاح قواعد التبعيّة أو عدم صلاحها للاستدلال، هو مدى سلامة وصحة المضمون الذي عبرت عنه قاعدة " التابع تابع " وضبطته ، وحددته ، ثم النظر في مدى تحقيق ذلك المعنى في الوقائع " الجزئيات التي يراد الكشف عن حكمها الشرعي" ، ويتم دراسة المضمون والمحتوى من خلال الدليل الذي أرشد إليها.

ويظهر مدى حجيّة قواعد " التابع تبع " من خلال العديد من الأمثلة ومنها: أنّه إذا تم هناك عقد البيع بين شخصين ، فإنّ المشتري يتسلم المبيع والبائع يتسلم الثمن ، فهنا هل المشتري استلم المبيع فقط لا غير أم يشمل المبيع الحقوق الارتفاقية ، وعند الرجوع إلى قاعدة " التابع تابع "، أو قاعدة "من ملك شيئاً من ما هو من ضرورته"، يتبين بعد ذلك أنّ الحقوق الارتفاقية تدخل في المبيع ضمن عقد البيع [٥].

وعند أهل القانون: أنّ المتبوع يستطيع أن يتدخل في الدعوى الجنائية بصفته خصماً ثالثاً للدفاع عن مصلحته ، وقد نصت بذلك صراحة المادة (٢٥٤) من قانون الإجراءات الجنائية المصري فقالت: للمسؤول عن الحقوق أن يتدخل من تلقاء نفسه في الدعوى الجنائية في أيّة حالةٍ كانت عليها.

ويمكن للمدعي إدخال المتبوع باعتباره مسئولا مدنياً عن فعل المتهم ، فتفصل المحكمة الجنائية حينئذٍ في الدعوى الجنائية والدعوى المدنية في نفس الوقت .

---

[1] سبق تخريجه

[2] سبق تخريجه

[3] البورنو، محمد صدقي، ١٩٨٣، الوجيز، في إيضاح القواعد الكليّة، ط١، مؤسسة الرسالة، بيروت، ص٣٣٢.

[4] الكيلاني، بحث بعنوان، حجيّةالقاعدة الفقهيّة، ص٩٧–٩٨.

[5] انظر:– السيوطي، الاشباه والنظائر، ص٢٢٨–٢٣٢، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٤٠١–٤٠٣، كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١،ص٢٤٨–٢٥١، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٤–٩٥، شبير، القواعد الكليّة، ص٣٠٤، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٦–١٤٨.

فإذا لم يكن المتبوع طرفاً في الدعوى المرفوعة بالتبعيّة للدعوى الجنائية ، فلن يكون للحكم الجنائي حجيّة في إثبات صفته كمتبوع ، إذ أنّ هذه الواقعة ليست ضرورية للفصل في الدعوى الجنائية [١].

وهذا يتفق بشكل كبير مع المادة (٢٨٨) من القانون المدني الأردني [٢]،والتي تنص على ما يلي:

١. لا يسأل أحد عن فعل غيره، ومع ذلك، فللمحكمة بناءً على طلب المضرور، إذا رأت مبرراً أن تلزم بأداء الضمان المحكوم به على من أوقع الضرر:

أ. من وجبت عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية، أو الجسمية إلاّ إذا اثبت أنّه قام بواجب الرقابة أو أنّ الضرر كان لا بدَّ واقعاً، ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية.

ب. من كان قد وقع منه الإضرار سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه، ولو لم يكن حراً في اختياره، إذا كان الفعل الضار قد صدر من التابع في حالة تأدية وظيفته أو بسببها.

٢. أنّ المشرع يلزم المحكمة مساءلة المتبوع، وترك المساءلة لتقديرها، فهي أمر جوازي مما يعني أنّ للمحكمة أن تسأل التابع قبل أن ترجع على المتبوع، ويرى بعض فقهاء القانون بموجب النص المشار أليه، سابقا أنّ مسؤولية المتبوع مسؤولية احتياطية، فهي لا تقوم إلاّ عندما يتعذر الحصول على التعويض من التابع،وهذا يفهم من النص ضمناً.

٣. أنّ المشرع أعطى للمتبوع حق الرجوع على التابع، حتى لو كان هذا الأخير مؤمنا ضد المخاطر التي يسببها تابعيه للغير؛ لأنّ مسؤوليته هي مسؤولية احتياطية وليست أصلية، فمن حقه أن يسترجع ما كان قد خسره في دفع أقساط التامين عن الأضرار التي سببها تابعيه.

إنّ المسؤولية عن فعل الغير ليست هي لوحدها قد جاءت استثناء من القواعد العامة، بل إنّ المسؤولية عن فعل الأشياء تأتي هي الأخرى استثناء من تلك القواعد.

---

[1] أحمد شوقي، مسؤولية المتبوع باعتباره حارساً، ص١٥٥-١٥٦، مصطفى محمود محمود، (١٩٧٠) شرح قانون الإجراءات المصري ،مصر،ص٣٦

[2] خاطر، نوري، السرحان، عدنان، (١٩٩٧) ، شرح القانون المدني الأردني مصادر الحقوق الشخصيّة ، ط١ ، (١م)، الفجر للطباعة، إربد، ص٥٢٧.

المبحث الخامس

عناصرها وأقسامها

أولا: عناصر قواعد التبعيّة:

تتكون قواعد التبعيّة من عناصر رئيسة هي:

١. التابع: هو ذلك الشخص الذي يؤجر خدماته لشخص آخر بأن يؤدي عملا له، ويمتثل لأوامره ويخضع لها سواء كان ذلك بصورة مباشرةٍ أو غير مباشرة ، كما لا يشترط في الشخص لكي تتوافر فيه صفة التابع ان يتقاضى أجرا [١].

والتابع له صور عديدة منها : الأجير ، العامل ، وعامل المضاربة ، والوكيل ، وزوائد المغصوب ، والحقوق الارتفاقية للمبيع من حق المشرب، والمسيل، والطريق ، وذكاة الجنين ، والمأموم في الصلاة.....الخ [٢].

فائدة: ينصح بالرجوع إلى المبحث الأول في الفصل الثاني حول " مفهوم التبعيّة "؛ للإطلاع على تعريف التابع والمتبوع.

جميع الحقوق محفوظة

٢. المتبوع: هو ذلك الشخص الذي يلتجئ إلى خدمات شخص آخر لحسابه ومصلحته، وله الحق في إصدار الأوامر والتعليمات حول الطريقة التي يتعين على ذلك الشخص أن يؤدي العمل بمقتضاها [٣]، هذا التعريف قانوني أكثر ممّا هو شرعي.

والمتبوع له صور عديدة منها: ربّان السفينة ، والموكل ، والمؤجر ، ورب المال في المضاربـــة ، ورب الأسرة ، والإمام في الصلاة ، والحاكم للمسلمين ، والمغصوب الذي له زوائد ، ومالك الرق أو الآمر ، والمكْره ، وذكاة الأم، والمبيع الذي له حقـــوق ارتفاقية .... الخ [٤].

ويرى الباحث أنّ التعريفات السابقة،تعريفات قانونيّة،لا تشمل الصور الشرعيّة.

والتعريف الذي يراه الباحث للمتبوع :هو ذلك الشيء الذي يلحقه شيء آخر،ويكون مرتبطاً به إمّا فرعاًعليه، وإمّا من لوازمه، ويكون هذا اللحوق في الصورة والحكم.

---

[1] مخلوفي محمد، (١٩٨٩)، مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه في القانون المدني الجزائري مقارنة بالقوانين المصري والفرنسي، رسالة ما جستير، جامعة الجزائر، معهد العلوم القانونية والإدارية، إشراف: د. علي سليمان، ص٧٠، (انظر:محمد الشيخ عمر، مسؤولية المتبوع دراسة مقارنة، ص١٤١-١٤٢، احمد شوقي، مسؤولية المتبوع باعتباره حارساً، ص١٩)

[2] مخلوفي محمد، مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه، ص٣٠-٤٠، محمد الشيخ عمر، مسؤولية المتبوع، ص١٤-١٥، شبير، القواعد الكليّة، ص٣٠٨.

[3] مخلوفي محمد، مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه، ص٧٠، محمد الشيخ عمر، مسؤولية المتبوع، ص١٤٢، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٤٠١-٤٠٣، شبير، القواعد الكليّة، ص٣٠٩-٣١٢.

[4] الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٤٠٢، السيوطي، والنظائر، ص٢٢٩-٢٣١، محمد الشيخ عمر، مسؤولية المتبوع، ص١٤-١٧ مخلوفي محمد، مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه، ص٣٠-٣٩.

٣. رابطة التبعيّة: وهي الرابطة التي تربط بين التابع والمتبوع ، تربط بين رب الأسرة وأسرته وبين الموكّل والوكيل ، والمؤجّر والأجير ، وذكاة الأم وذكاة الجنين ، بين الإمام والمأموم ، وبين الحاكم والمحكومين..... الخ [١]

وعلى هذا فإنّ علاقة التبعيّة تتحق عند توافر السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه ، ومتى ما توافرت السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه، فإنّه ليس ضرورياً أن تكون هذه السلطة ناشئة عن عقد عمل كما هو الغالب ، بل أنّه ليس هناك ضرورة لوجود عقدٍ لكي تنشأ السلطة الفعلية في المراقبة والتوجيه، فالعبرة لقيام علاقة التبعيّة ليست بالعقد الذي يربط التابع بمتبوعه، بل هي لتوافر حالة خضوع التابع لرقابة متبوعه، وتنفيذ أوامره وتعليماته ، فقد تقوم علاقة التبعيّة رغم عدم وجود عقد يخوّل أحد الطرفين سلطة الرقابة والتوجيه على الآخر [٢].

ثانيا: أقسام قواعد التبعيّة:

١. ما اتصل بالمتبوع فيلحق به لتعذر انفراده عنه: مثل ذكاة الجنين، فإنّها تحصل بذكاة أمّه ويكون تابعاً لها عند الجمهور [٣]، خلافا لأبي حنيفه وزفر [٤]، وذلك عندهم بشرط أن يخرج من بطنها ثم يذكى [٥].

وأيضا مثل: الحمل ، فإنّه لا يفرد في البيع، بل يتبع أمّه من غير خلاف [٦].

٢. ما انفصل عن متبوعه والتحق به:

وهذا له أمثلة كثيرة منها: الصبي إذا أسر معه أحد أبويه ، وهذه المسألة على ثلاثة أحوال:

الحال الأول: أن يسبى الصبي منفرداً عن أبويه، فيصير مسلماً إجماعاً؛ لأنّ الدّين يثبت له تبعاً، وقد انقطعت بتبعيته لأبويه لانقطاعه عنهما [١].

---

[1] مخلوفي محمد، مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، ص٣٠-٣٩، محمد الشيخ عمر، مسؤولية المتبوع، ص١٤١-١٤٣، عجاج مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص٩٧-٩٩، شبير، القواعد الكليّة، ص٣٠٩-٣١١، كامل، القواعد الفقهيّة الكليّة، ج١، ص٢٤٨-٢٥٣.

[2] عجاج، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص٩٨-٩٩، مخلوفي محمد، مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، ص٣٠-٣٩، محمد الشيخ عمر، مسؤولية المتبوع، ص١٥٠.

[3] ابن قدامة، المغني، ج١٣، ص٣٠٩، ابن عبد البر، الاستذكار، ج٥، ص٤٧٨-٤٧٩، الخرشي، شرح الخرشي، ج٣، ص٢٤، السيد سابق، فقه السنة، ج٣، ص١٩٣، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٤٠١، كامل، القواعد الفقهيّة الكليّة، ج١، ص٢٤٩، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٢٩-٢٣١، الزركشي،المنثور،ج١،ص٢٣٤.

[4] زفر:- (٧٧٥م/١٥٨هـ):- زفر بن الهذيل بن قيس العنبري من تميم، أبو الهذيل، فقيه كبير، من أصحاب الإمام أبي حنيفة أصله من أصبهان، إمام بالبصرة، وتوفي فيها، غلب عليه الرأي، (انظر: ابن خلكان،وفيات الأعيان،ج٢،ص٧١،الزركلي، الإعلام، ج٣، ص٧٨).

[5] ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٦، ص٣٠٣، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٦-١٤٧.

[6] ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٧، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٢٩-٢٣٤، الزركشي، المنثور في القواعد، ج١، ص٢٣٤.

- البهوتي، منصور بن يونس (١٦٤١م/١٠٥١هـ)، كشّاف القناع، ط١ (٥م)، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٢، ج٣، ص١٦٦.

- الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة (١٨٠٢م/١٢٣٠هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط١ (٦م)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٦، ج٣، ص٥٧.

الحال الثاني أن يسبى مع أبويه ، فإنّه يكون على دينهما بالتبعيّة (أي تابعاً لهما) ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد [٢].

الحال الثالث: أن يسبى مع أحد أبويه ، فإنّه يتبعه عند أبي حنيفة والشافعي [٣].

وقال مالك: إن سُبي مع أبيه يتبعه ، وان سبي مع أمه فهو مسلم؛ لأنّه لا يتبعها في النسب ، فكذلك في الدين [٤].

وقال الحنابلة: من سبي من أولاد الكفار مع أحد أبويه، فإنّه يحكم بإسلامه [٥].

ويتبين من خلال هذا أنّ الضابط لرابطة التبعيّة:

كلّ ما سبق صحيح، وثابت ما لم يكن التـــابع مقصوداً لذاتـــه ، كبيع المفتاح دون القفل.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

---

[1] ابن المنذر الإجماع، ص٣١٧،الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١، ص٩٤، الجزائري، عبد الرحمن عبد المجيد، ٢٠٠٢م، القواعد الفقهيّة المستخرجة من إعلام الموقعين، دار ابن عفانّ، مصر، ج٢، ص٤٢٥

[2] ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٣، ص٢٥٢، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص٣٠٨، ابن قدامة، المغني، ج٨، ص١٣٩، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٤٢٢،الرملي،نهاية المحتاج،ج٢،ص١٠٦.

[3] ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٣، ص٢٥٢، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٣١، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٤، ابن عبد البر، الاستذكار، ج٥، ص٤٧٨.

[4] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ص٢، ص١٨٤، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٤، الصلاحين، مذكرة في القواعد الفقهيّة، ص٧٣.

[5] ابن قدامة، المغني، ج٨، ص٤٢٦، البهوتي، كشّاف القناع، ج٣، ص١٦٦، الصلاحين، مذكرة في القواعد الفقهيّة، ص٧٣.

الفصل الثالث

القواعد التي تتفرع عن " قاعدة التابع تابع " ويشتمل على سبعة مباحث:

المبحث الأول: التابع لا يفرد بالحكم.

ويحتوي على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معناها وألفاظها

المطلب الثاني: تأصيلها و أدلتها

المطلب الثالث: الأمثلة التطبيقية عليها

جميع الحقوق محفوظة
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المبحث الثاني: التابع يسقط بسقوط المتبوع.

ويحتوي على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معناها وألفاظها

المطلب الثاني: تأصيلها وأدلتها

المطلب الثالث: الأمثلة التطبيقية عليها

المبحث الثالث: من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته.

ويحتوي على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معناها وألفاظها

المطلب الثاني: تأصيلها وأدلتها

المطلب الثالث: الأمثلة التطبيقية عليها

المبحث الرابع: التابع لا يكون له تابع.

ويحتوي على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معناها وألفاظها

المطلب الثاني: تأصيلها وأدلتها

المطلب الثالث: الأمثلة التطبيقية عليها

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المبحث الخامس: التبع يقوم بالأصل.

ويحتوي على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معناها وألفاظها

المطلب الثاني: تأصيلها وأدلتها

المطلب الثالث: الأمثلة التطبيقية عليها

المبحث السادس: التبع يتبع الأصل في حكمه وإن لم يشاركه في علته.

ويحتوي على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معناها وألفاظها

المطلب الثاني: تأصيلها وأدلتها

المطلب الثالث: الأمثلة التطبيقية عليها

المبحث السابع: التبع يصير مذكورا بذكر الأصل.

ويحتوي على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معناها وألفاظها

المطلب الثاني: تأصيلها وأدلتها

المطلب الثالث: الأمثلة التطبيقية عليها

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

الفصل الثالث

القواعد التي تتفرع عن قاعدة " التابع تابع"[١] ويحتوي على سبعة مباحث

المبحث الأول " التابع لا يفرد بالحكم"، ويحتوي على ثلاثة مطالب

المطلب الأول

معناها وألفاظها

المراد بهذه القاعدة أنّ التابع الذي لا يفرد بالحكم عن متبوعه ، هو الذي لا يوجد مستقلا بنفسه ، بل يكون وجوده تبعاً لوجود متبوعه ، بأن يكون جزءاً أو كالجزء منه ، فحينئذ لا يصلح أن يكون محلاً مستقلاً في العقد لتعلق الحكم به [٢]. أي أنّ التابع يأخذ نفس حكم المتبوع ؛ لأنّه لم يصر مقصوداً بذاته.

وهذه القاعدة في معنى القاعدة الكليّة الأصلية "التابع تابع" نفسها [٣].

وقد قيد هذه القاعدة الشيخ مصطفى الزرقا: بما إذا كان التابع من قبيل الجزء أو كالجزء من غيره، فعندها لا يصلح أن يكون محلاً في العقود، أي معقوداً عليه ، أمّا ما وراء ذلك فالتابع يمكن أن يفرد بحكم ، كما في حالة التعدي..... الخ [٤].

وقيدها الشيخ أحمد الزرقا وغيره بما إذا لم يصر التابع مقصوداً: أما إذا صار مقصوداً، فإنّه يفرد بالحكم ، مثل زوائد المغصوب..... الخ [٥].

---

[1] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٢٨، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٦، أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٢٥٣ (م٤٧)، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٤٠١، كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى،ج١، ص٢٤٨، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة ص٣٠٤، الجزائري، القواعد الفقهيّة المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين، ص٤٢٣ (حيث أنّ ابن القيم قد أوردها بلفظ: التابع أضعف من المتبوع، فإذا ثبت المتبوع الأقوى فالتابع أولى، وقد أوردها ابن القيم– – رحمه الله–– في مسألة الحيلة السريجية)، انظر أيضاً: البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٣، ص١٦٤، البورنو، الوجيز في إيضاح القواعد، ص٣٣١، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٤–٩٥.

[2] أي ينزل منزلة المعدوم من حيث تعلق الأحكام، فلا يجوز إفراده بالحكم. انظر: البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٣، ص١٦٤، البورنو، الوجيز في إيضاح القواعد، ص٣٣١، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٤٠١.

[3] انظر:– أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٢٥٧، (م٤٨)، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٤٠٢، كامل القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٢٥٠، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٢٨، الزركشي، المنثور في القواعد، ج١، ص٢٣٤ شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٥، وأوردها العلامة الونشريسي في كتابه "الإيضاح في القواعد" القاعدة (٥٢) بلفظ:– "الأتباع هل يعطي لها حكم متبوعها أو حكم نفسها"(انظر: العبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهيّة، ج٢، ص٥٩٥–٦٠٣).

[4] الزرقا، المدخل الفقهي العام ج٢، ص١٠٢١، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٥.

[5] أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٢٥٧ (م٤٨)، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٤٠٢، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٥.

أو مثل غمد السيف ، أو قطع الســيارات والآلات ، فإذا صارت مقصودة، فإنّها تفرد بالحكم [١].

وقد استفاض شرّاح المجلة في تفسير هذه القاعدة وذكر التفريعات الكثيرة عليها [٢].

وقال الزركشي في منثوره: " لو أراد الجنب أن يدلي نفسه بحبل ويمكث في هواء المسجد لا يجوز؛ لأنّ الهواء في المسجد تابع لحرمة المسجد.

ولو صلّى المسلم على لوحٍ في هواء المسجد بصلاة الإمام في المسجد ، فإنّه يجوز ألا ترى أنّه لو وقف على أبي قبــيس وتوجه إلى هواء البيت وصلى يصح ، فجعلنا هواء البيت كالبيت " [٣].

وهناك بعض الأمثلة من الحياة العمليّة مثل:

أنّه لا يجوز أن يسير على سطح المسجد؛لأنّ سطح المسجد تابع للمسجد،وما دام ذلك،فإنّ له نفس الأحكام في المكان الذي يصلّى فيه.

وعلى هذا يرى الباحث أنّ سحب الدم من الإنسان المسلم خلال نهار شهر رمضان لا يفطّر؛لأنّ سحب الدم تابع للحجامة في الحكم،وقد ثبت عن النبي –عليه الصلاة والسلام–،أنّه قد احتجم وهو صائم.

---

[1] أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٢٥٧–٢٥٩ (م٤٨)، الصلاحين، مذكرة في القواعد الفقهيّة، ص٧٣.

[2] حيدر، شرح مجلة الأحكام المسمى "درر الحكام" ج١، ص٤٧–٥٠، (م٤٨). الأتاسي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج١، ص١٠، (م٤٨).

[3] الزركشي، المنثور، ج٣، ص٣١٥، ما يتعلق بأحكام أقراص (CD) المنسوخ عليها القرآن الكريم، فهل تأخذ أحكام القرآن، أم لا ؟ فهي تحتاج إلى بحث ونظر؟الجنب لا يجوز له أن يمسها؛ لأنّها تابعة للأصل وهو القرآن والذي لا يجوز للجنب مثلا أن يمسه ، وعلى هذا فإنّ الباحث يرى أنّ أقراص الحاسوب (CD) المنسوخ عليها آيات القرآن الكريم ، يحتاج إلى بحث أوسع، والله تعالى أعلم

المطلب الثاني

تأصيلها وأدلتها

يستمد تأصيل قاعدة " التابع لا يفرد بالحكم " من الكتاب والسنة النبوية الشريفة:

أولاً: من القرآن الكريم قوله تعالى:

١. **[قَالَ لَهُ مُوسَى هَلْ أَتَّبِعُكَ عَلَى أن تُعَلِّمَنِ مِمَّا عُلِّمْتَ رُشْدًا، قَالَ إِنَّكَ لَن تَسْتَطِيعَ مَعِيَ صَبْرًا،وَكَيْفَ تَصْبِرُ عَلَى مَا لَمْ تُحِطْ بِهِ خُبْرًا، قَالَ سَتَجِدُنِي إِن شَاء اللَّهُ صَابِرًا وَلَا أَعْصِي لَكَ أَمْرًا قَالَ فَإِنِ اتَّبَعْتَنِي فَلَا تَسْأَلْنِي عَن شَيْءٍ حَتَّى أُحْدِثَ لَكَ مِنْهُ ذِكْرًا]**[1].

وجه الاستدلال: كما ذكر الإمام القرطبي أنّ في هذه الآية دليلا على أنّ المتعلم تبع للعالم وان تفاوتت المراتب ، ولا يظن أنّ في تعلم موسى من الخضر ما يدل على أنّ الخضر كان أفضل منه ، فقد يشذّ عن الفاضل ما يعلمه المفضول [2].

فالناظر يلاحظ أنّ موسى عليه السلام كان تابعاً للخضر عليه السلام – المتبوع – ولم يكن ينفرد بالحكم؛ لأنّ الخضر عليه السلام طلب منه شرط الاتباع أن لا يسأله عن شيء، فإن سأله عن شيء فهو الفراق إذن ، وكلام الخضر يقتضي الارشاد ولدوام الصحبة.

وللوهلة الأولى قد يختلط على البعض ان هذا مخالف لأصول العقيدة؛لكون النبي لا يتبع الصالحين،وأقول أنّه من الممكن ذلك؛لأنّ إرادة الله تريد هذا الأمر وهو التعليم والاعتبار، والدليل على ذلك أنّ النبي _ صلّى الله عليه وسلّم _ أخذ الخبر عن تميم الداري في حديث الدجّال وجساسته،أيضاً إرادة الله سجود الملائكة لآدم وهو أقل منها مرتبةً.

٢. قال تعالى: **[فَبَدَأَ بِأَوْعِيَتِهِمْ قَبْلَ وِعَاء أَخِيهِ ثُمَّ اسْتَخْرَجَهَا مِن وِعَاء أَخِيهِ كَذَلِكَ كِدْنَا لِيُوسُفَ مَا كَانَ لِيَأْخُذَ أَخَاهُ فِي دِينِ الْمَلِكِ إِلاَّ أَن يَشَاء اللّهُ نَرْفَعُ دَرَجَاتٍ مِّن نَّشَاء وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ، قَالُواْ ان يَسْرِقْ فَقَدْ سَرَقَ أَخٌ لَّهُ مِن قَبْلُ فَأَسَرَّهَا يُوسُفُ فِي نَفْسِهِ وَلَمْ يُبْدِهَا لَهُمْ قَالَ أَنتُمْ شَرٌّ مَّكَانا وَاللّهُ أَعْلَمْ بِمَا تَصِفُونَ]**[3].

---

[1] سورة الكهف/، آية ٦٦-٧٠.
[2] القرطبي، تفسير القرطبي، ج١١، ص١٧.
[3] سورة يوسف/، الآيات ٧٦-٧٧.

وجه الدلالة: أنّ يوسف عليه السلام جعل الأخ الأصغر تابعاً لاخوته، ولم يفرده بالحكم لذلك جاء قوله تعالى: ما كان ليأخذ أخاه في دين الملك ، كما أنّ أخوة يوسف جعلوا أخيهم الاصغر تابعاً ليوسف في عرق السرقة وقد كذبوا، وأسرّ ذلك يوسف في نفسه [١].

٣. قال تعالى: **[وَدَاوُودَ وَسُلَيْمَان إِذْ يَحْكُمَان فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ،فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَان وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا وَسَخَّرْنَا مَعَ دَاوُودَ الْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَالطَّيْرَ وَكُنَّا فَاعِلِينَ]** [٢]

وجه الاستدلال: أنّ العجماء تابعة لصاحبها فإذا أفسدت شيئا فإنّ على صاحبها الضمان، المثل في المثليات أو القيمة في الاشياء ذوات القيمة إذا كان الاعتداء ليلاً، وهذه المواشي التابعة لصاحبها لم تفرد بالحكم؛ لأنّ "التابع تابع " ولا يستقل بنفسه [٣].

ثانيا: من السنة النبوية الشريفة:

١. قول النبي – صلى الله عليه وسلم–: " **ذكاة الجنين ذكاة أمه** [٤] " قال ابن القيم [٥] – رحمه الله–: " أنّ الأجنّة المذكورة جزء من أجزاء الأم،والجنين تابع للأم ، جزء منها، فهذا مقتضى الأصول الصحيحة ولو لم ترد السنة بالإباحة ، فكيف وقد وردت بالإباحة الموافقة للقياس والأصول [٦].

وبنى الإمام – رحمه الله– على هذه المسألة أموراً عدة منها: أنّ الولد تابع للأم في الحرية والعتق ، ولهذا ولد الحرّ من أمة الغير رقيق وولد العبد من الحرة حر [٧].

ونظـــيره: الولاء لما كان من آثار الرق وموجباته ، كان تابعاً له في حكمه فكان لموالي الأم [٨].

٢. قول النبي – صلى الله عليه وسلم–: " **إنّما جعل الإمام ليؤتم به فإذا كبّر فكبّروا وإذا ركع فاركعوا** " [٩].

---

[1] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٩، ص٢٣٦–٢٣٨.
[2] سورة الأنبياء /الآيات ٧٨–٧٩.
[3] القرطبي، تفسير القرطبي، ج١١ ص٣١٤، الزحيلي، نظرية الضمان، ص٨٩،٩٠.
[4] سبق تخريجه.
[5] ابن القيم: (١٣٥٠م/٧٥١هـ):– هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي، أبو عبد الله، مولده ووفاته في دمشق شيخه أبن تيمية، سجن في القلعة، له تصانيف منها: "إعلام الموقعين" "شفاء العليل" طريق الهجرتين" "الروح"،" الطرق الحكمية في السياسة الشرعية" (انظر كحالة، معجم المؤلفين، ج٩، ص١٠٦، الزركلي، الأعلام، ج٦، ص٥٦).
[6] ابن القيم، محمد بن ابي بكر، (١٣٥٠م/٧٥١هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ط١، (٤م) دار الجيل، بيروت، ١٩٨٢، ج٢، ص٣٧٢ الجزائري، القواعد الفقهيّة المستخلصة من إعلام الموقعين، ص٤٢٤، السيد سابق، فقه السنة، ج٣، ص١٩٣.
[7] ابن القيم، إعلام الموقعين، ج٢، ص٢٨–٣٠.
[8] ابن القيم، محمد بن أبي بكر، (١٣٥٠م/٧٥١هـ)، تهذيب السنن، ط٢، (٨م)، (تحقيق عبد الرحمن عثمان)، مؤسسة قرطبة المالكية السلفية، المدينة، ١٩٨٨، ج٤، ص١١٩–١٢١.
[9] سبق تخريجه

وجه الاستدلال: أنّ المأموم لا يستقل بالحكم أو أعمال الصلاة عن غير إمامه ، بل يتبع إمامه في جميع حركاته في التكبير ، والركوع ، والسجود ، وعليه أن يقتدي بإمامه.

٣. قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم–: " **الخراج** [١] **بالضمان** " [٢]

ومعنى الحديث الذي هو قاعدة فقهيّة: هو أنّ من يسأل عن ضمان شيء عند التلف ، له الحق في منفعته في مقابل تحمله تبعة الهلاك أثناء بقائه عنده [٣]

قال بعض أهل العلم: إذا كانت العلّة الضمان ، لزم أن تكون الزوائد للغاصب؛ لأنّ ضمانه أشد من ضمان غيره ، وبهذا أحتج لأبي حنيفة في قوله " أنّ الغاصب لا يضمن منافع المغصوب.

فالمغصوب أصل وزوائده تبع له ، ولا تدخل المنافع في الضمان عند أبي حنيفة [٤].

٤. قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم–: " **كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته ، والإمام راع ومسؤول عن رعيته ، والرجل راع ومسؤول عن رعيته** " [٥]

وجه الاستدلال: وجود رابطة التبعيّة بين الإمام ورعيته ، أنّ الإمام متبوع والرعية تابعه ، وهنا المتبوع مسؤول عن أعمال تابعه ، وفي الأسرة هناك علاقة التبعيّة ، فالمرأة تابعة لزوجها هي وأولادها في النسب مثلا ، والمتبوع – أي الرجل – مسؤول عن تابعه – الأسرة من حيث النفقة والمأكل والمشرب والملبس،والتبعيّة في الحكم تظهر من خلال أنّ الرعيّة تتبع إمامها وحاكمها،فيما يتولّاه من أمور السلم والحرب والهدنة،فإذا ما عقد الإمام صلحاً أو هدنة أو عزم على حربٍ مع جهةٍ معيّنة،فإنّ الرعيّة تأخذ نفس الحكم الذي أنفذه الإمام.

---

[1] **الخراج:** هناك العديد من التعريفات للخراج منها كما عرفه الزركشي في منثوره:– هو ما خرج من الشيء من عين ومنفعة وغلة. وعرّفه أيضاً الشوكاني بقوله: والخراج هو الدخل والمنفعة (انظر الزركشي، المنثور في القواعد ج٢، ص١١٩، الشوكاني، نيل الأوطار، ج٥، ص١٨١.

[2] **الضمان:**– أيضا له تعريفات كثيرة، منها:– ما عرفه ابن عرفة الدسوقي، قال الضمان شغل ذمة أخرى بالحق– وعرفه أيضاً –وهو المختار– الشيخ مصطفى الزرقا، قال:– الضمان هو التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير(انظر الدسوقي، حاسية الدسوقي، ج٣، ص٣٣٩، الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص١٠٣٢، الزحيلي، وهبة، نظرية الضمان، ص١٤–١٥).

[3] السيوطي، الاشباه والنظائر، ص٢٥٥، الزحيلي، نظرية الضمان، ص٢١٣، الأتاسي، شرح المجلة، ج١، ص٢٤٥.

[4] السرخسي، المبسوط، ج١١، ص٥٤، الكاساني، البدائع، ج٧، ص١٦٠، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص٢٣٢.

[5] أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، باب فضيلة الأمير العادل، وعقوبة الجائر، والحث على الرفق بالرعية، ج٦، ص٤٥٩، حديث رقم (١٨٢٩) واللفظ لمسلم، أخرجه أحمد (٤٤٩٥)، وأخرجه البخاري (٨٩٣)، وأطرافه في (٢٤٠٩) و (٢٥٥٤) وأخرجه الترمذي(١٧٠٥)، ورواه النسائي في السنن الكبرى ج٥، ص٩١٧٣، وأخرجه عبد الرزاق (٢٠٦٤٩)، وابن حبان (٤٤٨٩)، وأخرجه البيهقي (٢٨٧/٦)،**واللفظ لمسلم.**

المطلب الثالث

الأمثلة التطبيقية عليها

ومن الأمثلة التي أثارت نقاشاً فقهياً، وكانت محل خلاف فقهي، متى تتبع زوائد المغصوب العين المغصوبة في وجوب الضمان هنا:

ضرب أهل العلم بعض الأمثلة على هذه القاعدة الكليّة الفرعية – ومنهم الشيخ أحمد الزرقا – منها:

زوائد المغصوب المنفصلة المتولدة، فإنّها أمانة في يد الغاصب غير مضمونة عليه إلاّ بالتعدي عليها، أو منعها بعد الطلب ، فإنّه يضمنها حينئذ؛ لأنّها صارت مقصودة، [١] ثم إنّ الفقهاء قد اختلفوا في ضمان غلة، ونماء، وزوائد المغصوب على قولين:

- القول الأول: وجوب الضمان ، وهو قول الشافعية [٢] والحنابلة [٣].
- القول الثاني: عدم الضمان ، وهو قول الحنفية [٤] والمالكية [٥].

وقال أصحاب الرأي الأول – الشافعية والحنابلة –: أنّ زوائد المغصوب في يد الغاصب مضمونة ضمان الغصب عند التلف ، سواء كانت الزيادة منفصلة كولد الحيوان أو ثمرة الشجرة، أو كانت الزيادة متصلة مثل تعلم الصناعة والسِّمن؛ لأنّ الزوائد ملك للمغصوب منه قد صارت في يد الغاصب بالغصب ، فتضمن بالهلاك أو التلف مثل الأصل التي تولدت منه وهذا الرأي بني على القاعدة أو هو شاهد للقاعدة [٦].

وقال أصحاب القول الثاني –من الحنفية والمالكية –:أنّ الزيادة الحادثة في المغصوب في يد الغاصب سواء كانت متصلة به كالجمال والسِّمن ، أو منفصلة عنه كالصوف وثمرة البستان ، واللبن فإنّ هذه جميعاً تعتبر أمأنّه في يد الغاصب ، فإن هلكت فلا ضمان عليه ، إلاّ بالتعدي عليها ، كالإتلاف أو الأكل أو البيع ، أو بالإمتناع عن أدائها بعد طلبها من مالكها ، لأنّ هذه الزيادة ليست مغصوبة لفقدان شرط الإزالة عن يد المالك؛لأنّها لم تكن في يده وقت الغصب [٧].

---

[1] أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٢٥٧، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٥، الزحيلي، نظرية الضمان، ص١٢٣.

[2] الشربيني، محمد بن أحمد (١٥٧٠م/٩٧٧هـ)، مغني المحتاج، ط١ (٦م) دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤، ج٢، ص٢٨٦. الرافعي، عبد الكريم بن محمد، (١٢٢٦م/٦٢٣هـ)، فتح العزيز شرح الوجيز، ط٢، (١٢م)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧، ج١١، ص١٢٦٢.

[3] ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٢٧، ابن رجب، القواعد، ص٢١٣ البهوتي، كشّاف القناع، ج٤، ج١١٧.

[4] الزيلعي، عبد الله بن يوسف، (١٣٦٠م/٧٦٢هـ)، تبيين الحقائق، ط١ (٦ م) ٢٣٢/٥. السرخسي، محمد بن أحمد، (١٠٩٠م/٤٨٣هـ)، المبسوط، ط١، (١٥م)، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٣، ج١١، ١٥٤.

[5] ابن جزيء، محمد بن أحمد، (١٣٤٠م/٧٤١هـ)، القوانين الفقهيّة، ط١، (١م)، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٧٤، ص٣٣٠ ابن رشد الحفيد، محمد بن أحمد (١١٩٨م/٥٩٥هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط١ (١م)، دار الفكر، بيرروت، ١٩٩٢، ج٢، ص٣١٥.

[6] الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢٨٦، الرافعي، فتح العزيز، ج١١، ص٢٦٢.

[7] ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص١٤٣، السرخسي، المبسوط، ج١١، ص٥٤، الزيلعي، تبيني الحقائق، ج٥، ص٢٣٢.

كما كان الجنين جزءاً من الأم ، فإنّه لا يفرد بالحكم دون أمّه بل يكون تابعاً لها؛ لذا فإنّ الجنين في بطن أمّه لا يباع منفرداً عن أمّه ، وكما لا يباع لا يستثنى من البيع؛ لأنّ مالا يصح إيراد العقد عليه منفرداً، لا يصح استثناؤه من العقد [١].

وعلى ذلك فإنّه لا يصح أن يقال بعتك الشاة بكذا وصوفها بكذا؛ لأنّ صوفها تابع لها.

أما لو انجبت الشاة جدياً ، فقال بعتك هذه الشاة بكذا ، ونتاجها بكذا ، فيصح لأنّه ، انفصـــل.

ولا يصح أن يقال بعتك هذه الأرض بكذا وشجرها بكذا [٢].

وهناك بعض الأمثلة المطروحة في الكتب منها [٣]:

١. من أحيا شيئا له حريم [٤] ملك الحريم ، فلو باع حريم ملكه دون الملك لا يصح.

٢. ومن باع داراً بحقوقها ، فإنّ البيع تناول أرضها وبناءها وما هو متصل بها مما هو من مصلحتها كالأبواب المنصوبة ، دون غيره عما ليس من مصالحها ، كالكنز والأحجار المدفونة؛ لأنّ ذلك مودع فيها للنقل عنها ، فأشبه الفرش والستور.

٣. الدود المتولد في الطعام يجوز أكله معه ، تبعاً لا منفرداً في الأصح.

٤. ومنها قولهم: صفات الحقوق لا تفرد بالإسقاط؛ لأنّها تابعة ، فلو أسقط من له الدين المؤجل: الأجل ، لم يسقط ، ولا تمكن المستحق من مطالبته في الحال ، في الأصح؛ لأنّه صفة تابعة،والصفة لا تفرد بالإسقاط ، وكذا لو أسقط الجودة أو الصحة لا تسقط.

والذي يظهر للباحث أنّ هناك ضابطين للتابع الذي لا يفرد بالحكم:

أ- الأول هو أن يكون ذلك التابع بمثابة الجزء لذلك الشيء المتبوع.

ب- الثاني: أن يكون وجود التابع ابتداء مرتبطاً بوجود المتبوع انتهاء.

ولا بدّ أن يتحقق الضابطان حتى يكون في محل أنّه لا يفرد بالحكم.

---

[1] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٢٩، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٦، كامل القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٢٥٠ الصلاحين، مذكرة في القواعد الفقهيّة، ص٧٣، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٤٠٢، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٥.

[2] السيوطي، الاشباه والنظائر، ص٢٢٨، الصلاحين، مذكرة في القواعد الفقهيّة، ص٧٣، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٤٣.

[3] ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٦، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٢٩، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٥، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٤٠٢-٤٠٣، الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٢٥٧-٢٥٨، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٣، ص١٦٤، علي حيدر، درر الحكام، ج١، ص٤٧، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٥.

[4] **الحريم**:- أي ما يحيط بالشيء من حقوقه ومرافقه ،لأنّه يحرم على غير مالكه أن يستبد في الانتفاع به (انظر: السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٢٨، الفيومي، المصباح المنير، ج١، ص١٨٠-١٨١

المبحث الثاني

"التابع يسقط بسقوط المتبوع" ويحتوي على ثلاثة مطالب

المطلب الأول

ألفاظها ومعناها

إنّ هذه القاعدة شبه مطردة في المحسوسات والمعقولات ، فالشيء الذي يكون وجوده أصلا لوجود شيء آخر يتبعه في الوجود والعدم ، ويكون ذلك فرعاً مبتنياً عليه، مثل الشجرة إذا ذوي (ذبل) أصلها وجذروها وساقها ذوت فروعها وثمارها.

وأيضا مثل الإيمان بالله عز وجل أصل وجميع الأعمال فروعه ، فإذا زال الإيمان – والعياذ بالله تعالى – حبطت الاعمال؛ لأنّ اعتبارها مبني عليه [١].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

- ولهذه القاعدة ألفاظ عديدة منها [٢]:

١) " التابع يسقط بسقوط المتبوع "

٢) " إذا سقط الأصل سقط الفرع "

٣) " الفرع يسقط إذا سقط الأصل "

٤) " لا يثبت الفرع والأصل باطل ، ولا يحصل المسَّبب والسبب غير حاصل "

٥) " إذا فات المتبوع فات التابع "

٦) " إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه "

٧) " المبني على الفاسد فاسد "

وجاءت المادة (٥٠) من مجلة الأحكام العدلية بلفظ: " إذا سقط الأصل سقط الفرع " [٣] وهذه القاعدة يتعلق بها الكثير من أبواب الفقه: مثل فقه العبادات ، وفقه المعاملات والأحوال الشخصية..... الخ [١].

---

[1] البورنو، الوجيز في إيضاح القواعد، ص٣٣٦،السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٣١، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٧، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٥، ص٢٧١، حيدر، درر الحكام، ج١، ص٤٨، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٧، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠،ص٩٧.

[2] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٣١، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٧، البورنو، الوجيز، ص٣٣٦، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١ ص٢٥٢، الكيلاني، حجيّة القاعدة الفقهيّة، ص٩٤–٩٧، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٦، القرافي الفروق ج٣، ص١٠٧٠، الصلاحين، مذكرة في القواعد الفقهيّة، ص٧٣.

[3] حيدر، درر الحكام، ج١، ص٤٨، أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٢٦٣.

والملاحظ أنّ هذه القاعدة الفقهيّة المهمة توسع بعض العلماء في شرحها وطرق الأمثلة العديـــدة والكثيرة أكثر من غيره ، ومن هؤلاء العلمـــاء الإمام السيوطي [٢] والإمام ابن نجيم [٣].

وهذه القاعدة لها استثناءات ولكن أراد الباحث عدم ذكرها لأسباب:

١) حتى لا تضعف هذه القواعد بكثرة مستثنياتها.

٢) إفراد فصل مستقل للمستثنيات على القاعدة الكليّة الأم وهي " التابع تابع "

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

[1] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٣١، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٧، البورنو، الوجيز، ص٣٣٦، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٧، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٧.

[2] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٣١.

[3] ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٧.

المطلب الثاني

تأصيلها وأدلتها

يرجع تأصيل قاعدة " التابع يســقط بسقوط المتبوع " إلى النصوص والعقل ، وذلك كمــا يلي:

من النص:

١. ما رواه عبد الله بن عمر [١] –رضي الله عنهما_ عن رسول الله *صلى الله عليه وسلم*_: " **أنّه نهى عن بيع حَبَل الحبلة** " [٢].

وجه الدلالة: أنّ بعض الفقهاء ابتداء قد فسروا ذلك بالنهي عن بيع ولد الناقة الذي في بطنها ، واتفق الفقهاء ، على جواز بيع الناقة الحامل والشاة ونحوها حيث لم يدل دليل على المنع منه ، فهو على أصل حل البيع [٣].

وقد أجمع: أهل العلم على عدم جواز بيع الحمل في البطن [٤].

والملاحظ أنّ حَبَل الحبلة تابع لأصله ، وما دام ذلك فإنّه إذا لم يجر الحكم على الأصل لطبيعة سقوطه فإنّه يسقط التابع ،وذلك مؤكد و ثابت نصًا وعقلاً،إذا لم يجر الحكم على الأصل فإنّه لا يجر على الفرع.

قال النووي [٥] – رحمه الله– تعالى: " وقد يحتمل بعض الغرر تبعاً إذا دعت الحاجة إليه كالجهل بأساس الدار ، وكما إذا باع الشاة الحامل ، والتي في ضرعها لبن فإنّه يصح البيع؛ لأنّ الأساس تابع " للظاهر من الدار؛ ولأنّ الحاجة تدعو إليه فلا يمكن رؤيته ، وكذا القول في حمل الشاة ولبنها [٦].فإنّ معنى كلام النووي أنّ الأساس للدار تابع،والظاهر من الدار متبوع،فإذا لم يصح

---

[1] عبد الله بن عمر:– (٦٩٢م/٧٣هـ) عبد الله بن عمر بن الخطاب العدوي، أبو عبد الرحمن، صحابي نشأ في الإسلام، وهاجر مع أبيه إلى المدينة، وشهد فتح مكة، مولده ووفاته فيها، أفتى في الناس في الإسلام ستين سنة، عرضت عليه البيعة بعد مقتل عثمان فأبى كف بصره آخر حياته، له في الصحيحين ٢٦٣ حديثاً (انظر:ابن الأثير،أسد الغابة،ج٣،ص٢٢٧،ابن حجر،الإصابة،ج٢،ص٣٤٧، الزركلي، الأعلام، ج٤، ص٢٤٦).

[2] **متفق عليه**، صحيح البخاري مع الفتح ٤١٨/٤ (البيوع، بيع الغرر وحبل الحبلة)، صحيح الإمام مسلم مع شرح النووي ٨/٦ (البيوع، تحريم بيع حبل الحبلة) ومالك في الموطأ، البيوع (١٣٥٧)، باب (٢٦) ما لا يجوز من بيع الحيوان، وأحمد (٤٤٩١)، والنسائي في المجتبى (٤٦٣٦)، وابن حبان (٤٩٤٦)، والبيهقي (٣٤٠/٥) من طرق عن نافع عن ابن عمر.

[3] النووي، شرح صحيح مسلم، ج٦، ص٨، ابن عبد البر، الاستذكار، ج٧، ص٢٦٠، ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٢٢٤.

[4] ابن المنذر، الاجماع، الخ ص٥٢، ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٢٢٤–٢٩٩.

[5] النووي:– (١٢٩٥م/٦٧٦هـ) محي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي، محرر المذهب الشافعي، ولد بنوى قرية في دمشق سنة ٦٣١هـ في دمشق كان صابراً على خشونة العيش آمراً بالمعروف له: منهاج الطالبين " المجموع " روضة الطالبين ": الشرح صحيح مسلم" (ابن العماد، شذرات الذهب، ج٥، ص٣٥٤، الذهبي، تذكرة الحفاظ، رقم ١١٦٢، ج٤، ص١٤٧٠).

[6] النووي، شرح صحيح مسلم، ج٦، ص٨، عبد اللطيف، القواعد والضوابط المتضمنة للتيسير، ص٦٠٠.

بيغ الظاهر الذي هو المتبوع لا يصح بيع الأساس على ذلك، وإذا لم يصح بيع الشاة،كحالة رهنها مثلاً،فلا يصح بيع لبنها،أو ولدها أو تأجيرها بحكم التبعيّة،والمتبوع قد سقط فيسقط التابع.

ويقول أيضا : " واعلم أنّ بيع الملامسة، [١] وبيع المنابذة،[٢] وبيع حَبَل الحبلة وبيع الحصاة ، وعسب الفحل [٣] واشباهها من البيوع التي جاء فيها نصوص خاصة ، وهي داخلة في النهي عن بيع الغرر ولكن فردت بالذكر ، نهي عنها لكونها من بياعات الجاهلية المشهورة " [٤]

٢. من العقل: أنّ العقل يشير إلى أنّ هذه القاعدة مطردة في المحسوسات والمعقولات ، فالشيء الذي يكون وجوده أصلا لوجود شيء آخر يتبعه في الوجود والعدم، يكون ذلك فرعاً مبتنياً عليه [٥].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

[1] **بيع الملامسة:**- هو لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل أو بالنهار، ولا يقبله إلا بذلك (النووي شرح صحيح مسلم، ج٦، ص٧).

[2] **بيع المنابذة:** أن ينبذ الرجل إلى الرجل بثوبه، وينبذ الآخر إليه ثوبه، أو يكون ذلك بيعاً من غير تراض ولا نظر (النووي، شرح صحيح مسلم، ج٦، ص٧)

[3] **عسب الفحل:** ماء الفحل فلا يجوز بيعه، لأنّه يحتمل الغرر (النووي، شرح صحيح مسلم، ج٦، ص٧)

[4] النووي، شرح صحيح مسلم، ج٦، ص٧.

[5] البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٣، ص١٦٥، الموسوعة الفقهيّة الكويتية ج١٠، ص٩٧، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٧، البورنو، الوجيز في إيضاح القواعد، ص٣٣٦، حيدر درر الحكام، ج١، ص٤٨، الكيلاني، حجيّة القاعدة الفقهيّة، ص٩٥.

المطلب الثالث

الأمثلة التطبيقية عليها

هناك بعض التطبيقات والأمثلة التي ذكرها العلماء ، وقد أبدع في ذلك الإمامان السيوطي وابن نجيم [١]:

- إذا برئ الأصل برئ الضامن والكفيل؛ لأنّهما فرعه ، فلو أبرأ ذمة مدينه تبرأ ذمة كفيله تبعاً ، فلا حق له في مطالبة الكفيل ، أمّا إذا برأ الكفيل فلا يبرأ الأصيل [٢].

- إذا مات الموكل أو جنّ انعزل الوكيل ، لأنّ تصرّف الوكيل فرع عن تصرف الموكّل ، فإذا سقط تصرف الموكل سقط تصرف الوكيل [٣].

- إذا هلك المبيع وهو بيد البائع سقط الثمن عن المشتري؛ لأنّ الثمن عوض عن المبيع ومتفرع عنه [٤].

- من فاتــه الحج بحيث لم يقف بعرفة يومها تحلل بأفعال العمرة ولا يأتي بالرمي ولا بالمبيت؛ لأنّهما تابعان للوقوف بعرفة وقد سقط [٥].

- ومن فاتتها صلوات في أيام الحيض أو النفاس لا تقضي سننها الرواتب؛ لأنّ الأصل – وهو الفرائض – قد سقط فتسقط النوافل تبعاً [٦].

- إذا بطل أمان رجال أو أشراف ، ففي وجه عند الشافعية: يبطل الأمان في الصبيان والنساء ، والسوقة [٧]؛ لأنّهم إنّما دخلوا في الأمان تبعاً ، ولكن الأصح خلافه [٨].

---

[1] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٢٨، ابن نجيم، الأشباه والنظائر ص١٤٧.

[2] السيوطي، الاشباه والنظائر، ص٢٢٩، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٧، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٧، البورنو، الوجيز، ص٣٣٦.

[3] كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج٢، ص٢٥٢، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٢٩، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، البورنو، موسوعة القواعد، ج٣، ص١٦٥.

[4] شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٧، أحمد الزرقا،، شرح القواعد الفقهيّة، ص٢٦٣– ٢٦٤.

[5] ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٧، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٢٩، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٣، ص١٦٥.

[6] ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٧، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٢٩ البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٣، ص١٦٥، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٧، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٧.

[7] السوقة ليس المراد أهل الأسواق كما تظنه العامة، بل السوقة عند العرب خلاف الملك، قال الشاعر:
فبينا نسوس الناس والأمر أمرنا إذا نحن فيهم سوقة نتصنف
(انظر:– السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٢٨، الفيومي، المصباح المنير، ج١، ص٤٠٢–٤٠٣).

[8] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٢٩.

- إذا مات الفارس سقط سهم الفرس لأنّه تابع ، وإذا مات الفرس استحق الفارس سهم الفرس؛لأنّه متبوع [١].

- ملاحظة: الشهيد هل يأخذ أبناؤه من الغنائم حصة والدهم، أم لا ؟

- نعم يأخذون حصة والدهم، لأنّ حق الغنيمة والشفعة وغيرها من الحقوق يجري عليها الإرث [٢]

- وكذا لو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه له، سقط ضمان الرهن وانقلب أمانة ، فـــإذا هلك في يـــد مرتهنه بلا حبسه يهلك أمانة، بخلاف ما بعد إيفاء الدين ، فإنّه مضمون [٣]. لأنّه قبضه قبض ضمان؛لأنّه بالايفاء لم يسقط الدّين؛لأنّ الديون تقضى بأمثالها، فيبقى على حكم الأصل ؟

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

[1] ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٧، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٢٩، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٣، ص١٦٥، أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٢٦٣، كامل القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٢٥٢، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٧

[2] ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص١٤١، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٨، ص٤٠-٤٣

[3] أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٢٦٣.

المبحث الثالث

" من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته " ويحتوي على ثلاثة مطالب

المطلب الأول

معناها وألفاظها

هذه القاعدة فرع عن قاعدة " التابع تابع "؛ لأنّها تتناول الأصول والتوابع المتعلقة بالبيع والشراء.

ومعنى الضرورة [1] في القاعدة الضرورة العقلية المطلقة، وليس الضرورة بمعنى الاضطرار، وهي التي يحكم فيها بثبوت المحمول للموضوع. الحمل: اعتقاد السامع والمتكلم ما اشتمل عليه مراده وذلك من صفات السامع. الوضع: تحقيق شيء بشيء متى أطلق منه الشيء الثاني. أو هو: هيئة عارضة للشيء بسبب نسبتين: نسبة أجزائه بعضهما إلى بعض، ونسبة أجزائه إلى الأمور الخارجة عنه كالقيام من العقود، فإنّ كلاً منها هيئة عارضة للشخص [2]. وهذا عند أهل المنطق، وهو لا يتعارض مع المعنى الأصلي للقاعدة؛ لأنّ المناطقة يقولون ان الضرورة نسبة الأجزاء بعضها إلى بعض، وعند الفقهاء الضرورة في القاعدة السابقة نسبة الفرع إلى الأصل.

وبعبارة أخرى ومعني أوضح: اللوازم ، فمن ملك شيئا ملك ما هو من لوازمه عقلا أو عرفاً ولو لم يشترط في العقد [3]. وجاءت المادة (٤٩) من مجلة الاحكام العدلية بلفظ:

" من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته " [4] ، حيث قام الشرّاح بشرح هذه القاعدة شرحاً وافياً، وضربوا لها الأمثلة التي تدل على اعتبارها [5].

وإنّ هذه القاعدة لها ارتباط بأصلين:

- كل ما كان في الدار من بناءٍ وغيره يتناوله اسم البيع عرفا ، مثل ملحقات الدار ، كالمطبخ ، والحمام، والحجارة المثبتة في الأرض والدار، وليس الحجارة المدفونة [6].

---

[1] **الضرورة** بالمعنى العام هي:- الحاجة الشديدة وهي العذر الذي يجوز بسببه إجراء الشيء الممنوع (انظر:- حيدر، درر الحكام، ج١، ص٣٧).والمقصود هنا في هذه القاعدة ضرورات الشيء ولوازمه.

[2] محمود عبد المنعم، معجم المصطلحات الفقهيّة، ج٢، ٤٨٥، ج٣، ص٥٩٧

[3] البورنو، الوجيز في إيضاح القواعد، ص٣٣٤، الموسوعة الفقهيّة، الكويتية، ج١٠، ص٩٥، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٦ حيدر، درر الحكام، ج١، ص٤٨، الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٢٦١.

[4] حيدر، درر الحكام ج١، ص٤٩، الأتاسي، شرح المجلة، ج١، ص١١٠.

[5] حيدر، در الحكام، ج١، ص٤٩، أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٢٦١، الأتاسي، شرح المجلة، ج١، ص١١٠.

[6] الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٥، كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٢٥٠.

- ما كان متصلا ، اتصال قرار ، كالشجر ، فإنّه يدخل في بيع الأرض ، وهذا بلا خلاف عند جمهور الفقهاء [١].

ألفاظ هذه القاعدة:

١. " من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته "

٢. " من ملك شيئا ملك ما هو من لوازمه "

٣. " الأصل اتباع ما لا يستقل بنفسه بما يستقل بنفسه "

٤. " إذا صح ما هو الأصل صح ما جعل بناء عليه " [٢]

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

[1] ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٦٧، القرافي، الفروق، ج٣، ص٢٨٣، النووي روضة الطالبين، ج٣، ص٥٣٦، الزركشي، المنثور، ج١، ص٢٣٥، المرغناني، الهداية، ج٢، ص١١٥. حيدر، درر الحكام، ج١، ص٤٩، الأتاسي، شرح المجلة، ج١، ص١١١، البورنو، الوجيز في إيضاح القواعد، ص٣٣٤، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٦.

[2] شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٤، البورنو، الوجيز في إيضاح القواعد، ص٣٣٤، حيدر، درر الحكام، ج١، ص٤٩، الأتاسي، شرح المجلة، ج١، ص١١٠، أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٢٦١، كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٢٥٠، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٥، ص٣٢٠.

المطلب الثاني

تأصيلها وأدلتها

يرجع تأصيل قاعدة من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته إلى النصوص والعقل أيضا :

أما من النصوص:

١. عن أبي هريرة [١] عن النبي – صلى الله عليه وسلم– أنّه كان يقول: " **الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا ، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً وعلى الذي يركب ويشرب النفقة** [٢].

وفي رواية أخرى: " **الرهن محلوب مركوب** "أو" **مركوب محلوب** " [٣] وجه الاستدلال: أنّ المرهون هو الأصل الذي يجري عليه العقد ، لكن ليس وحده الذي يجرى عليه أمر العقد بل يوجد هناك أمر آخر يدخل من لوازم هذا الرهن، وهو الركوب واللبن في العين المرهونة.

ولذا إنّ منافع الرهن للراهن أي المالك ونماؤه يدخل في الرهن ويكون رهناً مع الأصل فيدخل فيه الولد والصوف والثمرة واللبن [٤]. هناك راهن مالك للأصل فيملك ما يتولد منه لأنّه تابع وهناك مرتهن يملك حق الاحتباس، فيملك حق احتباس ما يتولد عن الرهن أصل عين المتولد. وهذا نفسه ما جاء في المادة (٢٨) من قانون البينات، مدني أردني.

٢. عن أبي هريرة –رضي الله عنه– أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم– قال: " **لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة في جداره** " **قال أبو هريرة: مالي أراكم عنها معرضين ، والله لأرمينّ بها بين أكتافكم** [٥]، فالحقوق الارتفاقية تابعة للمالك.

وجه الاستدلال: في الحديث السابق فإنّ الشخص له حق ثابت في العين المؤجرة ، لكن ليس هذا وحده الحق، وإنّما توجد بعض الحقوق التابعة والتي تعتبر من مستلزمات الجوار وضروراته، ومنها الانتفاع بغرز الخشبة في جدار الجار الآخر.

---

[1] أبو هريرة:– (٦٧٧م /٥٩هـ) عبد الرحمن بن صخر الدوسي، أسلم عام خيبر، وشهدها مع رسول الله – صلى الله عليه وسلم–، ثم لزمه، وواظب عليه رغبة في العلم، وكان من أحفظ أصحاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم–، للأحاديث النبوية في عصره (الذهبي، تذكرة الحفاظ، ج١، ص٣٢، رقم(١٦)، ابن حجر العسقلاني، الإصابة، ج٤، ص٢٠٢).

[2] رواه البخاري، ج٢، ٨٨٨ص، كتاب الرهن، باب الرهن مركوب ومحلوب.

[3] رواه البيهقي، كتاب البيوع، باب الرهن، (٣٨/٦)، والدار قطني، كتاب البيوع، باب الرهن، (٣٤/٣)، والحاكم (٥٨/٢)، وأبو نعيم في الحلية (٤٥/٥)، والخطيب البغدادي في تاريخ بغداد (١٨٤/٦)، وذكر صاحب فيض القدير، ج٥، ص٨٢،: فيه ابراهيم بن مجشر، قال عنه ابن حبان في الثقات: يخطئ، وقال الذهبي عنه في ميزان الاعتدال: فيه مناكير الاسناد، وهو صويلح في نفسه، وقال ابن حجر: معلول بالوقف.

[4] السيد سابق، فقه السنة، ج٣، ص١٣٨، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج ٢٣، ص ١٨٣،١٨٤.

[5] أخرجه مسلم، في كتاب المساقاة والمزارعة، باب تحريم الظلم وغصب الأرض، ج٦، ص١٢٤، وأخرجه مالك في الموطأ، في كتاب الأقضية، (١٤٦٢) باب (٢٦) في القضاء، وأخرجه أحمد (٧٧٠٦) وأبو داوود (٣٦٣٤) والبيهقي (٦٨/٦)، وأبو نعيم (٣٧٨/٣)، والترمذي (١٣٥٣)، **واللفظ لمسلم**.

وروى مالك [١] عن عمر بن الخطاب أنّ الضحاك بن قيس [٢] ساق خليجا له من العريض ، فأراد أن يمر في أرض محمد بن مسلمة [٣] ، فأبى محمد، فقال له الضحاك: انت تمنعني وهو لك منفعة ، تسقي منه أولاً وآخراً ولا يضرك ؟! فأبى محمد ، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب ، فدعا عمر محمد بن مسلمة ، فأمره ان يخلي سبيله ، قال محمد: لا ، فقال عمر: لا تمنع أخاك ما ينفعه ولا يضرك ، فقال محمد: لا ، فقال عمر: والله ليمرن به ولو على بطنك ، فأمره عمر أن يمرّ به ، ففعل الضحاك [٤].

وجه الاستدلال الثاني: أنّ الضحاك له حق ثابت أصلي في جوار الأرض، وله حق تبعي يعتبر من ضرورات الحال ومستلزماته والدليل على ذلك قول عمر محمد " والله ليمرن به ولو على بطنك "،وهذا دليل على أنّ من ملك شيئا ملك ما هو عن ضروراته.

من العقل:

أنّ من ملك شيئا ملك ما هو من لوازمه عقلا وعرفا، أي ما تعارف عليه الناس والقاعدة تقول: العادة محكمة [٥] ولو لم يشترط ذلك في العقد [٦].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

[1] مالك بن انس: (٧٩٥م/١٧٩هـ) مالك بن انس الأصبحي الحميري، أبو عبد الله، إمام دار الهجرة، وأحد الأئمة الاربعة، إليه ينسب المذهب المالكي، كان بعيداً عن الأمراء، والملوك، مولده ووفاته بالمدينة، له عدة مؤلفات، منها:- "الموطأ" "المدونة" كتاب المسائل" الرد على القدرية" (انظر: ابن خاكان، وفيات الأعيان،ج٣، ص٢٨٤،الزركلي، الأعلام، ج٥، ص٢٥٧)

[2] الضحاك بن قيس، (٦٨٠م/٦٤هـ) الضحاك بن قيس بن خالد بن وهب الفهري أبو انيس شهد بدراً، ولاه معاوية الكوفة، ثم ولاه دمشق، قتل الضحاك بمرج راهط، بعد عيد الأضحى بيومين، (انظر:- ابن حجر الإصابة، في تمييز الصحابة، ج٢، ص٧٠٧).

[3] محمد بن مسلمة (٦٦٣م/٤٣هـ) هو محمد بن مسلمة الأوسي الأنصاري الحارثي أبو عبد الرحمن، صحابي من الأمراء من أهل المدينة، شهد بدراً، وما بعدها إلا غزوة تبوك، لم يشهد الجمل ولا صفين واعتزل الناس، مات بالمدينة (انظر: الزركلي، الأعلام، ج٧، ص٣١٨).

[4] ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٤٩٦، مالك، الموطأ، ج٢، ص٧٤٦، البيهقي سنن البيهقي، ج٦، ص١٥٧، ابن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبه، ج١، ص ١٥٧، مالك،الموطأ، ج٢، ص٧٦٤.

[5] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص١٨٢، أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص١١٩، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٢٩٣.

[6] شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٦، البورنو، الوجيز في إيضاح القواعد، ص٣٣٤، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٥

المطلب الثالث

الأمثلة التطبيقية عليها

هناك بعض الأمثلة التي ذكرها بعض كتاب القواعد على هذه القاعدة، لكن بعضهم لم يذكر أمثلة وبعضهم ذكر مثالا واحداً ، وبعضهم غفل عن ذكر هذه القاعدة من الأصل: ومن الأمثلة على هذه القاعدة:

- من اشترى داراً واقعة في سكة غير نافذة مشتركة بين عدة دور يملك بحكم التبعيّة حصة الدار من الطريق من هذه السكة، ولو لم ينص عليها في العقد؛ لأنّ الطريق من ضرورات الدار ولوازمها ، والدار بالطبع بدون الطريق لا يمكن الانتفاع بها أو السكنى فيها [١].
- ومن اشترى أرضا ملك ما فوقها من فضاء وما تحتها من أرض وله أن يبني الطوابق المتعددة في حدود التنظيم العام في البلد ، وله ان يحفر في الأعماق إلى ما يشاء [٢].
- ومن اشترى بقرة دخل في البيع لبنها في ضرعها ، ومن اشترى بقرة حلوباً لأجل اللبن دخل عجولها ، وكذلك من اشترى غنما دخل في البيع صوفها على ظهرها؛ لأنّ ذلك من ضرورات البيع [٣].

وجاء في مجلة الأحكام العدلية المادة (١١٧٤) والمادة (٤٩) ، كلّ من يملك أرضاً أو عقاراً يصبح مالكا ما فوقها ، فعليه يحق لمالك الأرض انشاء ما يشاء من البناء وإعلاء سمكه إلى القدر الذي يريد، كما يحق له أن يحفر في الأرض إلى أعماقها [٤].

وذكر الشيخ أحمد الزرقا وقال: " ومثال التصرف ما جاء في جامع الفصوليين: لو عرضه الدلال على ربّ الدكان وتركه عنده فهرب رب الدكان وذهب به لم يضمن الدلال في الأصح؛ لأنّه أمر لا بد منه في البيع... (الفصل الثالث والثلاثين، ص١٤١ ،برمز بعض الفتاوى الصحيحة)

فقد ملك الدلال تركه عند رب الدكان؛ لأنّه من ضرورات البيع ولا بد منه فيه ، فكان مأموراً به ، بخلاف ما لو أخذ وكيل الشراء على سوم الشراء فهلك في يده ، وقد بين الثمنفإنّه

يضمن ولا يرجع على موكله إذا لم يكن أمره بالأخذ على سوم الشراء إذ الأمر بالشراء لم يكن أمراً بالقبض على سوم الشراء" [١].

---

[1] شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٦، البورنو، الوجيز، ص٣٣٤، حيدر، درر الحكام، ج١، ص٤٩، كامل، القواعد الفقهيّة، ج١، ص٢٥١.

[2] شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٦، أحمد الزرقا، القواعد الفقهيّة، ص٢٦١، حيدر، درر الحكام، ج١، ص٤٨، البورنو، الوجيز، ص٣٣٦.

[3] البورنو، الوجيز، ص٣٣٤ أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٢٦١، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٤-٩٧.

[4] حيدر، درر الحكام، ج١، ص٤٨.

المبحث الرابع

" التابع لا يكون له تابع " ويحتوي على ثلاثة مطالب

المطلب الأول

معناها وألفاظها

هذه القاعدة لها علاقة بماا سبق من القواعد وأكثرها التابع لا يفرد بالحكم، كما أنّالتابع لا يفرد بالحكم فكذا لا يكون له تابع من باب أولى .

وألفاظ هذه القاعدة كما يلي:

١) " التابع لا يكون له تابع "

٢) " التابع لا يستتبع غيره فيما كان تبعاً "

٣) " لا تبع للتبع " [١]

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

أمّا معنى هذه القاعدة:

إنّ هذه القاعدة وردت بأسلوبين:

الأسلوب الأول: الأسلوب الخبري – وهذا موجود عند أئمة الحنفية – حيث رأوا أنّ التابع لا يستتبع غيره (أي أنّ التابع لا يصير أصلا لتابع آخر) [٣]

الأسلوب الثاني: الأسلوب الأنّشائي – وهذا الأسلوب موجود عند أئمة الشافعية – حيث وردت القاعدة عندهم بصيغة الاستفهام ، وهذا دليل على وجــود الخلاف بينهم في مضمونها [٤]

وهذه القاعدة تدخل في مجالاتٍ عديدة من مجالات الفقه منها: فقه الطهارات مثل بعض أحكام الدباغ..... وستأتي ان شاء الله.

وبعض أحكام فقه العقوبات، مثل الديات كدية الأصابع مثلا وستأتي إن شاء الله

ومثل فقه العبادات مثل التكبير خلف الإمام في صلاة العيد وستأتي إن شاء الله [٥].

---

[1] أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٢٦١.**وسوم الشراء** هو: من باب سام البائع السلعة سوماً، من باب عرضها للبيع،وسامها المشتري واستامها طلب بيعها، ومنه" لا يسوم أحدكم على سوم أخيه":أي لا يشتر.(الفيومي،المصباح المنير،ج١،ص٤٠٤)

[2] البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٣، ص١٦٣، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٨، الزركشي، المنثور في القواعد، ج١٠، ص٢٣٧.

[3] السرخسي، المبسوط، ج٢٦، ص٦٢، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٣، ص١٦٣.

[4] الزركشي، المنثور في القواعد، ج١، ص٢٣٧، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٢٨-٢٣٠، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٨، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٣، ص١٦٣.

[5] البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٣، ص١٦٣، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٨، السرخسي، المبسوط، ج٢٦ ص٨٢، الزركشي، المنثور، ج١، ص٢٣٧.

المطلب الثاني

تأصليها وأدلتها

إنّ تأصيل قاعدة " التابع لا يكون له تابع " جاء بعد عناء كبير مستخلصا من النصوص ، ومنها:

١. قال النبي – صلى الله عليه وسلم–:" **ألا لا تَؤُمَّن امرأة رجلا** [1] "وجه الاستدلال: أنّ المرأة في صلاة الجماعة تكون هي تابعة ، وفي هذا الاعتبار أي أنّها تابعة – لا يكون لها تابع بدلالة الحديث والتابع لا يكون له تابع.

٢. قال النبي – صلى الله عليه وسلم–: " **البكر بالبكر جلد مائة** [2] **ونفي عام**" [3]

وجه الاستدلال: أنّ الزاني غير المحصن عقابه الجلد مائة جلدة ، والنفي لمدة سنة تابع للجلد ، فلو نفي أكثر من السنة فإنّ التابع هذا لا يكون له تابع ، فمثلا لو مات في المدة التي تزيد عن مدة العام وكانت الوفاة بسبب النفي كانت ديته على بيت المال. كما لو ازداد عليه الحد عن مائة جلدة ومات بسبب تلك الزيادة كانت ديته على بيت مال المسلمين (الأصل الجلد، والنفي تبع، والتبع لا يكون له تبع).

مكتبة الجامعة الاردنية

والملاحظ أنّ هذه القاعدة غير مطردة في المحسوسات ولا المعقولات فإنّ هناك بعض التوابع لها توابع مثل: إذا مات شخص فإنّ الابن يرث بحكم التبعيّة ، وابن الابن تابع تابع، له الوصية الواجبة.

---

[1] رواه ابن ماجة (١٠٨١) وقال في الزوائد، إسناده ضعيف، وعند البخاري، وغيره رواية "**لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة**" (انظر: صحيح البخاري، كتاب الصلاة (١٨٤/٣)، والنسائي في سننه، كتاب الصلاة (٣٠٥/٢)، والترمذي كتاب الصلاة (٤٣/٢).

[2] وهذا ثابت بقول الله تعالى "**فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلده**" (سورة النور/ آية ٢)، فعند الشافعية فإنّه يجوز التغريب ولا يشترط الترتيب مع الجلد، للحديث، وعند غيرهم لا يجوز تغريب المرأة وردوا النص أنّها لا تجوز أن تسافر إلا بمحرم وتغريب الرجل منسوخ.(الشربيني،مغني المحتاج،ج٤،ص١٤٧،الرملي،نهاية المحتاج،ج٧،ص٤٢٢).

[3] ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص٣٢٦، حيث يوجد كلام طيب وموجز في هذه المسألة، راوه الإمام البخاري، كتاب الحدود (٤٩٥/٤)، والإمام مسلم بشرح النووي كتاب الحدود، باب حد الزنى (٢٤٩/٦)، ومالك (٨١٩/٢) وأبو داود (٤٤٤٦)، وأحمد (٢٢٧٢٩)، والترمذي (١٤٣٤)، والبيهقي (٢٢٢/٨)، وابن حبان (٤٤٢٥) وانظر أيضاً (الصنعاني، محمد بن إسماعيل (١٧٦٨م/١١٨٢هـ) سبل السلام، ط٤ (٢م)، دار احياء التراث، بيروت، ١٩٦٠، ج٤، ص٥٦٣.**واللفظ للبخاري**

المطلب الثالث

الأمثلة التطبيقية عليها

هناك العديد من الأمثلة على هذه القاعدة ، حيث جاءت بعضها واضحة في الكتب وبعضها جاءت بناء على وجهة نظر الباحث في أنّها تدخل تحت قاعدة " التابع لا يكون له تابع " ومنها

١. إذا قطع أصابع اليد وحدها وجبت فيها الدية ، فأما إذا قطع اليد من الكوع ، فلا يلزمه غير دية اليد [١] ، وتجعل الأصابع تبعاً للكف ، وإن قطع زيادة على ذلك لم يجعل تبعاً ، بل يلزمه للزيادة حكومة عدل على قدرها؛ لأنّ التابع لا يكون له تابع [٢].

٢. ومنها هل يسن تكبير العيد خلف النوافل فيه خلاف ، والأصح عند الشافعية لايسن؛ لأنّ النفل تابع للفرائض ، والتابع لا يكون له تابع [٣].

٣. مثال آخر: وكيل الوكيل،فإنّه ليس للوكيل أن يوكل غيره بدون إذن موكله؛ لأنّ الوكالة ملحوظ فيها شخص الوكيل بذاته؛ لاعتبارات تتعلق بالرأي، والخبرة، والأمانة ونحو ذلك.

والوكيل أمين فيما وكل فيه ، فلا يضمن إلا إذا حدث منه تعدٍ أو تفريط فإذا، وكلّ غيره يكون ضامناً ، وذلك كالمضارب الذي يضارب بدون إذن ربّ المال ، يستقر الضمان عليه كمضارب المضارب ، فالضمان يستقر على الوكيل الأول، وعلى المضارب الأول [٤].

والواضح في هذا المثال أنّ الموكل بمثابة المتبوع ، والوكيل بمثابة التابع فلا يصح للتابع – أي الوكيل– أن يتخذ تابعاً آخر أي وكيلا آخر.

---

[1] معلوم ان دية اليد خمسون من الإبل، قال عليه السلام "**وفي اليدين الدية**"، أخرجه النسائي (٢٥٢/٢) كتاب الديات، والدارمي (١٩٣/٢) باسناد ضعيف عن عمرو بن حزم.

[2] البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٣، ص١٦٣، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٨، الزركشي، المنثور، ج١، ص٢٣٧، السرخسي، المبسوط، ج٢٦، ص٨٢، السيد سابق، فقه السنة، ج٢، ص٣٧٤.

[3] البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٣، ص١٦٣، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٨.

- الحصني، تقي الدين أبو ثابت بن محمد، (١٤٢٥م/٨٣٩هـ) كفاية الأخيار، ط١ (ت محمد سليمان)، (١م)، دار الخير، دمشق، ١٩٩١، ص٤٦٤.
- الشربيني، مغني المحتاج، ج١، ص٥٦٠-٥٦٨.

[4] الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣١٤، ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٤٣، ابن رجب، القواعد، ص٢١٧، الزحيلي، نظرية الضمان، ص١٤٤، ابن جزيء القوانين الفقهيّة، ص٢٨٣.

المبحث الخامس

" التبع يقوم بالأصل " ويشتمل على ثلاثة مطالب

المطلب الأول

معناها وألفاظها

معنى هذه القاعدة دقيق جداً، حيث أنّها تشير إلى عدة أمور: ابتداء كما ذكر سابقاً أنّ التبع: المراد به هنا ما يكون تابعاً لغيره في وجوده، ولا يكون قائماً هو بنفسه.

والأصل: ما يكون قائما بنفسه ولا يكون وجوده تبعاً لوجود غيره أو ضمن غيره فبناءً على ذلك ، فإنّ التبع أو التابع لا يقوم بنفسه وإنّما يقوم بأصله وبالتالي لا يظهر مع ظهور أصلـــه ، ولا يأخذ حكما غير حكم أصله [١].

ولذلك قالوا: ما كان تابعاً لغيره في الوجود ، فإنّه لا يفرد بالحكم وإنّما يكون حكمه تبعاً لحكم أصله.

وإذا كان التبع لا ينفرد عن متبوعه في الأحكام ، فإنّه لا يقوم مقام أصله في إثبات الحكم به ابتداء بطريق الأولى؛ لأنّ في إثبات الحكم في التبع ابتداء قلباً للحقائق حيث يصبح التبع أصلا والأصل تبعاً [٢].

الألفاظ لهذه القاعدة [٣]:

١. التبع يقوم بالأصل
٢. التبع لا يظهر مع ظهور الأصل
٣. التبع لا يقوم مقام الأصل في إثبات الحكم به ابتداء

---

[1] البورنو موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٣، ص١٨٤، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٥-٩٨، كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٢٥٣، السرخسي، المبسوط، ج٢٢/٣، ص١٤٧/٢٢.

[2] البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٣، ص١٨٦، السرخسي، المبسوط، ج١١، ص٦١، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٢٠٥، الزركشي، المنثور في القواعد، ج٣، ص٣٧٢-٣٧٤، عبد اللطيف، القواعد والضوابط المتضمنة للتيسير، ص٦٠٥.

[3] البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٣، ص١٨٦، السرخسي المبسوط ج٣، ص٢٢، الزركشي، المنثور، ج٣، ص٣٧٢.

المطلب الثاني

تأصيلها وأدلتها

يرجع تأصل قاعدة " التبع يقوم بالأصل " إلى النصوص الشرعية:

عن هشام عن أبيه عن عائشة قالت:

تزوجني رسول الله – صلى الله عليه وسلم– لستّ سنين ، وبنى بي وأنا بنت تسع سنـــين قالت: فقدمنا المدينة فوعكت [1] شهراً ، فوفى شعري جُميمة [2] ، فأتتني أم رومان [3] وأنا على أرجوحة ،ومعي صواحبي ، فصرخت بي ، فأتيتها ، وما أدري ما تريد بي ، فأخذت بيدي ، فأوقفتني على الباب ، فقلت هه هه ، حتى ذهب نفسي ، فأدخلتني بيتاً ، فإذا نسوة من نساء الأنّصار، فقلت على الخير والبركة، وعلى خير طائر ، فأسلمتني إليهن. فغسلن رأسي، وأصلحنني، فلم يرعني إلا رسول الله – صلى الله عليه وسلم– ضحى، فأسلمنني إليه [4].

وجه الاستدلال: فقد ذكر الإمام مسلم بن الحجاج هذا الحديث تحت باب تزويج الأب البكر الصغيرة، وعلى هذا فإنّ الشارح وهو النووي يقول هذا صريح في جواز تزويج الأب البكر الصغيرة بغير إذنها لأنّه لا إذن لها، والجد كالأب عندنا [5]. فهذا صريح عند الشافعّية أنّ التبع وهي (الصغيرة البكر) تتبع في الحكم البكر البالغة وتقوم مقام الأصل بنفس الحكم، أيضا وأنّ الجدّ وهو تابع يقوم مقام الأصل – أي الأب – عند عدم وجود الأصل – أي الأب.

---

[1] **الوعك:** هو ألم الحمى، (انظر: النووي، شرح صحيح مسلم، ج٥، ص٣٢٥).

[2] **الجميمة:**– هي تصغير جمة، وهي الشعر النازل إلى الأذنين، والجمع جمم (انظر الفيومي، المصباح المنير، ج١، ص١٥٢، النووي، شرح صحيح مسلم، ج٥، ص٣٢٥).

[3] **أم** رومان:– هي أم عائشة –رضي الله عنها_، بالضم والفتح (انظر: النووي، شرح صحيح مسلم، ج٥، ص٣٢٥).

[4] أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب جواز تزويج الأب البكر الصغيرة، ج٥، ص٣٢٣، وأخرجه البخاري،كتاب النكاح،ج٤، ص١٢٨، (٣٨٩٤) وأخرجه في (٣٨٩٦) و(٥١٣٣) و(٥١٣٤) و(٥١٥٦) و(٥١٥٨) و(١٥٦٠)، وأبو داود (٢١٢١) و(٤٩٣٣)، ورواه النسائي في المجتبى (٣٢٥٥) و(٣٢٥٦) و(٣٢٥٨)، وفي السنن الكبرى (٥٣٦٦) و(٥٣٦٧)، رواه ابن ماجة(١٨٧٦)، والدرامي (٢٢٦١)، وابن حبان (٧٠٩٧)، وأبو يعلى (٤٦٠٠)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير، ج٢٣، ص٤١–٥١، وابن سعد في الطبقات، ج٨، ص٥٩، وأخرجه البيهقي، ج٧، ص١٤٨، من طريق هشام بن عروة والمعجم، كتاب النكاح، (١٦)، باب رقم (١٠).**واللفظ لمسلم.**

[5] النووي، شرح صحيح مسلم، ج٥، ص٣٢٣

المطلب الثالث

الأمثلة التطبيقية عليها

هناك العديد من الأمثلة التي تدل على هذه القاعدة ، وإن جاء استخلاص الأمثلة فيه بعض الصعوبة من المصادر الفقهيّة ومن هذه الأمثلة :

١) إذا غصب جارية أو بقرة فحملت وعند الولادة ماتت الأم وبقي الولد وفيه وفاء بقيمتها، فإذا رد الغاصب ولد المغصوبة الميتة فهل تبرأ ذمته ؟! في ظاهر الرواية عند الحنفية [١]، أنّ على الغاصب قيمة الأم يوم الغصب كاملة؛ لأنّ الولد تبع والتبع لا يقوم مقام الأصل [٢].

٢) إذا اشتمل المال – مال الزكاة – على النصاب والوقص [٣]، فهلك منهما شيء يجعل الهالك من الوقص وبالأخص ذلك في مذهب أبي حنيفة، كما لو كان له فوق النصاب ثمانون من الغنم فحال عليها الحول، ثم هلك أربعون فعليه في الباقي شاة، لأنّ الوقص تبع للنصاب باسمه وحكمه؛ فإنّه لا يستحق الوقص إلا بعد النصاب وهذا هو علاقة التبع مع الأصل ، فإنّ التبع يقوم بالأصل ، فالأصل يستغني عن التبع؛ لأنّه لو لم يوجد إلا أربعون شاة ففيها شاة [٤].

٣) إذا اشترى المضارب ببعض المال داراً في قيمتها فضل على رأس المال، فباع رجل إلى جنبها داراً وفي يد المضارب من مال المضاربة [٥] مثل ثمن الدار التي بيعت إلى جنب دار

---

[1] قال الحنفية بالنسبة للمال المثلي:- قال أبو حنيفة تجب القيمة وقت الخصومة أي وقت المحاكمة، لأنّ الوقت الذي يلجأ فيه إلى طلب القيمة، وقال أبو يوسف: تجب القيمة يوم الغصب، لأنّه لما انقطع المثل فقد التحق المغصوب بما لا مثل له في وقت اعتبار القيمة، وخلف الشيء إنّما يجب بالسبب الذي يجب به الأصل، وهو الغصب، فتعتبر قيمته يوم الغصب وقال محمد: تجب القيمة يوم انقطاع الشيء من الأسواق، لأنّه الوقت الذي حدث فيه العجز عن أداء المثل.(ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص١٢٨، السرخسي،، المبسوط، ج١١، ص ٤٩)
والمأخوذ به في مجلة الأحكام العدلية حيث جاءت المادة (٩٢١) موافقة لما ذهب إليه أبو يوسف لأنّ الضمان يجب بالغصب، والمال القيمي فتجب قيمته بالهلاك أو التلف يوم الغصب باتفاق الحنفية. (انظر: السرخسي، المبسوط، ج١١، ص٥٠، ابن عابدين، ج٥، ص١٢٨، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص٢٢٣، الزحيلي، نظرية الضمان، ص٩٨).

[2] السرخسي، المبسوط، ج١١، ص٥٠-٦١، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٣، ص١٨٦، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص٢٢٣ الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، (١١٩١م/٥٨٧هـ) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط١، (٥م) دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٠، ج٧، ص١٥١.

[3] الوقص: ما بين الفريضتين من نُصِبْ الزكاة مما لا شي فيه، وقيل الأوقاص في البقر والغنم (الفيومي، المصباح المنير، ج٢، ص٩٢١).

[4] السرخسي،المبسوط،ج٣،ص٢٢،البورنو،موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٣، ص١٨٦، الكاساني، البدائع، ج٢، ص٢٨-٣٣، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٣، ص٢٤٤-٢٥٤، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج١، ص٢٦٤-٢٧٠

[5] **المضاربة:** مأخوذة من الضرب في الأرض وهو السفر للتجارة، يقول الله عز وجل **(وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله)** (سورة المزمل/ آية٢٠)، وتسمى قراضاً وهو مشتق من القرض، وهو القطع؛ لأنّ المالك قطع قطعة من ماله ليتجر فيها وقطعة من ربحه، وتسمى معاملة، والمضاربة هي: شركة بمال من شخص، وعمل من شخص آخر، أو هي ان يدفع المالك إلى العامل مالاً ليتجر فيه، و يكون الربح مشتركاً بينهما بحسب ما شرطا.(انظر: الفيومي، المصباح المنير، ج١، ص٤٩١، السرخسي، المبسوط، ج٢٢،

المضاربة – فأراد المضارب أن يأخذ الدار بالشفعة [1] لنفسه ، لم يكن له ذلك وإنّما يأخذها على المضاربة أو يدع؛ لأنّ حق رب المال أصل، وحق المضارب تبع لرأس المال. وهو متمكن من أخذها بما هو الأصل " والتبع لا يظهر مع ظهور الأصل" [2].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ص٩٨-١٤٧، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص٦٣، السيد سابق، فقه السنة، ج٣، ص١٥٤، ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٤٣، ابن رجب، القواعد، ص٢١٧).

[1] **الشفعة:**- مأخوذة من الشفع وهو الضم، وقد كانت معروفة عند العرب، فكان الرجل في الجاهلية إذا أراد بيع منزل أو حائط أتاه الجار، والشريك، والصاحب يشفع إليه فيما باع فيشفعه، ويجعله أولى به ممن بعد منه. وهي تملك المشفوع فيه جبراً عن المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات (انظر: الفيومي، المصباح المنير، ج١، ص٤٢٢، السيد سابق، فقه السنة، ج٣ ص١٥٨، الحصني، كفاية الأخيار، ص٢٨٤-٢٨٧، الصنعاني، سبل السلام ج٣، ص٧٣-٧٥).

[2] السرخسي، المبسوط، ج٢٢، ص١٤٧، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٣، ص١٨٨، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٥-٩٨. الصنعاني، سبل السلام، ج٣، ص٧٦، السيد سابق، فقه السنة، ج٣، ص١٥٥

المبحث السادس

التبع يتبع الأصل في حكمه وان لم يشاركه في علته [١] ويحتوي على ثلاثة مطالب

المطلب الأول

معناها وألفاظها

هذه قاعدة مهمة ولها علاقة بما سبقها من القواعد، حيث أنّها جاءت ببعض الألفاظ التي تتعلق بها، ومن هذه الألفاظ [٢]:

١. " التبع يلحق الأصل في حكمه وان لم يشاركه في علّته "
٢. " الفرع يلتحق بالأصل في حكمه وان لم توجد فيه علّته"
٣. " التابع يثبت له حكم أصله "
٤. " ثبوت الحكم في التبع بثبوته في الأصل "
٥. " التابع لا يفرد بالحكم "

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية

المعنى لهذه القاعدة:

إنّ القواعد السابقة تفيد معنى متحداً، وهو ان التبع يلحق الأصل في حكمه، وذلك كما ذكر سابقا في شرح القواعد من هذا الفصل، كما أنّه لا ينفرد عن متبوعه بحكم خاص، وكل ذلك سواء كانت العلة والسبب في الحكم متحداً بين الفرع والأصل أم غير متحد بينهما [٣].

من المعروف ان الفرع وجوده مبني على وجود الأصل، وبالعكس أي عدم الأصل يستلزم عقلا وعرفا انعدام الفرع – وان هذا الفرع الذي تحقق ثبوته ابتداء من ثبوت الأصل، يتقرر أيضا ان يتبع الفرع أو التابع حكم الأصل وإن اختلفت علّة الالتحاق بين الفرع والأصل.

ويفهم من هذا أنّه لا يشترط وجود العلة الجامعة بين الفرع والأصل، حتى يلتحق الأول بالثاني [٤].

---

[1] **العلة:** هي الأصل الذي قام عليه القياس، وهي الوصف الظاهر المنضبط المناسب للحكم، كالإسكار بالنسبة للخمر، وكالقتل العمد بالسيف، وبعضهم عرفها: بأنّها الوصف المتميز الذي يشهد له اصل شرعي، بأنّه نيط به الحكم، وهذا التعريف في معناه متفق مع التعريف السابق، وأساس القياس تعليل النصوص فمن قرر تعليلها فقد قرر القياس، والعلماء انقسموا إلى ثلاثة أقسام: قسم علل النصوص حتى يقوم الدليل على خلافه، وهؤلاء هم الحنفية، وقسم قال بعدم التعليل إلا إذا قام الدليل، وقسم نفى التعليل والقياس. انظر (أبو زهرة، محمد، (١٩٥٨)، أصول الفقه، ط١، دار الفكر العربي، بيروت، ص٢٣٧).

[2] السرخسي، المبسوط، ج٢٦/١٢، ص٥٥/٢٣، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٣، ص١٩١، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٥-٣٠٧، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٤-٩٧، كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١ ص٢٤٩-٢٥٢.

[3] السرخسي، المبسوط، ج٢٦، ص٥٥، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٣، ص١٩١، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٢٨-٢٣١، ابن القيم، إعلام الموقعين، ج٤، ص٤٧٢.

[4] السرخسي المبسوط، ج٢٦، ص٥٥، السيوطي الاشباه والنظائر، ص٢٢٩، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٦-١٤٧، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٤-٣٠٨، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٤-٩٧ البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٣، ص١٩١، كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٢٤٩-٢٥٢، وان هذا خلاف القياس الأصولي

المطلب الثاني

تأصيلها وأدلتها

تأخذ هذه القاعدة – أي التبع يتبع الأصل في حكمه وإن لم يشاركه في علته – تأصيلها من ، النص كالاتي:

أولا: من النص: من السنة النبوية الشريفة

١) عن طاووس [1] عن ابن عباس – –رضي الله عنه–ما – قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم–: " **لا تلقوا الركبان ، ولا يبع حاضر لباد** [2]**، قال: فقلت لابن عباس: ما قوله لا يبع حاضر لباد ؟! قال: لا يكون له سمساراً** " [3].

وجه الاستدلال: إذا كان النهي – مع ترجيح الحرمة وعدم الصحة – عن بيع الحاضر للباد المسلم، فإنّ النصراني واليهودي تبع في حكم المسلم من عدم جواز بيع الحاضر للباد النصراني واليهودي، مع أنّه لا يشارك المسلم في نفس العلة.

مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

---

[1] طاووس: (٧٢٤م/١٠٦هـ) هو طاووس بن كيسان الخولاني الهمداني بالولاء، أبو عبد الرحمن، من أكابر التابعين أصله من الفرس، ومولده ومنشأه في اليمن، توفي حاجا بالمزدلفة، وكان من متجنبي السلطان هو وأبو ذر الغفاري والثوري، (ابن حجر، تهذيب التهذيب، ج٧، ص١٩٩، الزركلي، الأعلام، ج٣، ص٢٢٤).

[2] ان الفقهاء قد اختلفوا في هذا البيع على أقوال:-

أ- **القول بالحرمة:**- وذهب إلى هذا القول طلحة بن عبيد الله وأبو هريرة، وانس، وعمر بن العزيز، والليث، والشافعية، والراجح عند الحنابلة، والمالكية، والظاهرية، والزيدية، والإمامية، والحنفية، والإباضية، (انظر: ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٢٨٠، الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٦، ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص١٦٥، ابن جزيء، القوانين الفقهيّة، ص٢٨٥، ابن حزم، علي بن أحمد (١٠٦٤م/٤٥٦هـ) المحلى، ط١، (١١م) دار الجيل، بيروت، ١٩٨٠، ج٨، ص٤٥٣.

ب- **قول بالكراهة:** قول بعض الإمامية وبعض الزيدية، ورأي عند الحنابلة (انظر العاملي، علي بن أحمد الجعبي (١٥٥٩م/٩٦٥هـ) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، ط١، (٦م)، دار الكتب للملايين، بيروت، ١٩٨٠م، ج١، ص٢٩٢

المرداوي، علي بن سليمان، (١٤٨٠م/٨٨٥هـ)، الأنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط٢، (١٢م) دار إحياء التراث، بيروت، ١٩٨٦، ج٤، ص٣٣٣، ابن المرتضى، أحمد بن يحيى (١٤٣٦م/٨٤٠هـ) البحر الزخار، ط١ (٥م) دار الحكمة اليمينة، صنعاء، ١٩٤٧، ج٣، ص٢٩٧.

ج- **قول عدم الكرهة:** قال به الهادي من الزيدية، ورواية عند أحمد، ومجاهد، وعطاء (ابن المرتضى، البحر الزخّار، ج٣، ص٢٩٧، ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٢٨٠) والراجح فيما يراه الباحث قول الحرمة، لسلامة أدلة القائلين بالحرمة عن المعارضة، وان علة النهي كانت التوسعة على أهل البلد من المحتكرين (انظر الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٣٢، الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٦، الصنعاني، سبل السلام، ج٣، ص٦٩).

[3] هذ اللفظ في صحيح البخاري، رقم (٠٢١٥٨) ونحـــوه فيه برقم (٢١٦٣) و (٢٢٧٤)، وفي صحيح مسلم رقم (١٥٢١) وسنن أبي داود رقم (٣٤٣٩) وسنن ابن ماجة رقم (٢١٧٧) وسنن النسائي، التلقي (٧/ص٢٥٧) الشوكاني، محمد بن علي (١٨٣٤م/١٢٥٠هـ)، نيل الأوطار، ط١ (٨م)، دار الحديث، القاهرة، ١٩٩٣، ج٥، ص١٧٤، الهندي، علاء الدين المتقي بن حسام الدين (١٣٩٣م/٩٧٥هـ) كنز العمال، ط١، (١٨م) مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٣، ج٤، ص٩٢، **اللفظ للبخاري.**

٢) قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم– لمعاذ بن جبل حيث بعثه إلى اليمن: " ادعهم إلى شهادة أن لا اله الا الله محمد رسول الله، فإنّ هم أطاعوك لذلك فأعلمهم ان الله فرض عليهم خمس صلواتٍ في كل يوم وليلة، فإنّ هم أطاعوك لذلك فأعلمهم أنّ الله افترض عليهم صدقة في أموالهم تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم " [١]

وجه الاستدلال: أنّ الحديث عام يتناول جميع أصحاب الأموال، فقد قال ابن حزم [٢]: فهذا عموم لكل غني من المسلمين، وهذا يدخل فيه الصغير والمجنون إذا كانوا أغنياء [٣]، فالصغير والمجنون يتبع الأصل – وهو المسلم البالغ العاقل – في إخراج الزكاة من أموالهما وإن لم يشاركا الأصل في العلة؛ لأنّ الأساس: ان الصبي والمجنون جاء فيهما النص: " **رفع القلم عن ثلاثة عن المجنون حتى يعقل، وعن الصبي حتى يحتلم وعن النائم حتى يستيقظ** " لكن جاءت التبعيّة السابقة في إخراج الزكاة؛ لأنّ الصبي من أهل المواساة والثواب، فيواسي أقرباءه من أمواله، وينفق عليهم، كما أنّ الصبي والمجنون يضمن من أمواله بقدر ما يتلف [٤].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

[1] رواه الإمام البخاري، ج٢، ص٥٠٥، كتاب الزكاة، باب وجوب الزكاة، حديث رقم (١٣٣١)

[2] ابن حزم: (١٠٦٤م/٤٥٦هـ) علي بن أحمد بن سعد الظاهري، أبو محمد، عالم الأندلس، ولد بقرطبة، أقصته الملوك وطاردته، فرحل إلى بلدة لبلة في بلاد الأندلس، فتوفي فيها، كان صاحب لسان حادٍ على الفقهاء، له من المؤلفات "المحلى" "طوق الحمامة" "الملل والأهواء والنحل" "الأنساب" (ابن العماد، شذرات الذهب، ج٣، ص٢٩٩، الذهبي، تذكرة الحفاظ، ج٣، ص١١٤٦، الزركلي، الأعلام، ج٢، ص٢٥٤)

[3] ابن حزم، المحلى، ج٥، ص٢٩٨.

[4] ابن حزم، المحلى، ج٥، ص٢٩٨، الكاساني، البدائع، ج٢، ص٤–٥، المرغيناني، الهداية، ج١، ص٩٦، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج١، ص٢٥٢، ابن رشد، بداية المجتهد، ج١، ص٢٤٥، النووي، المجموع، ج٥، ص٢٤٥، البهوتي، كشّاف، القناع، ج٢، ص١٦٩، ابن قدامة، المغني، ج٢، ص٦٢٢.

المطلب الثالث

الأمثلة التطبيقية عليها

هناك العديد من الأمثلة التطبيقية على هذه القاعدة، منها:

١) إذا ذبح صبي أو نصراني صيدا في الحرم لم يؤكل؛ لأنّ الصبي والنصراني في حكم الذكاة تبع المسلم، فإذا لم يكن هذا الفعل من المسلم البالغ موجبا للحل، فكذلك من الصبي والنصراني؛ لأنّهما تبع للمسلم البالغ وان لم يشاركاه في علته [١].

٢) أنّ الله سبحانه وتعالى أبطل النظام الجاهلي، وفرض المماثلة والمساواة في القتلى، فإذا اختاروا القصاص دون العفو، فأرادوا انفاذه، فإنّ الحر يقتل إذا قتل حراً، والعبد يقتل إذا قتل عبدا مثله، والمرأة تقتل إذا قتلت امرأة، وهذا مأخوذ من الآية: قال تعالى: **[يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالأُنثَى بِالأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاء إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ، وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَاْ أُولِيْ الأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ]** [٢]

قال القرطبي: " وهذه الآية جاءت مبينة حكم النوع إذا قتل نوعه، فبينت حكم الحر إذا قتل حراً، والعبد إذا قتل عبدا والأنثى إذا قتلت انثى، ولم تتعرض لأحد النوعين إذا قتل الآخر "[٣] فالآية محكمة وفيها إجمال يبينه قوله تعالى: **[وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ]** [٤].

وجه الاستدلال: أنّ من المعلوم أنّه لا يجوز قتل المسلم لحرمة دمه، وذلك وارد في النصوص الكثيرة، وإنّ المسلم إذا قتل مسلما فإنّه يعاقب بالقصاص، فكذلك فإنّ النصراني أو اليهودي إذا قتل مسلما فإنّه يقاصص به؛ لأنّ النصراني واليهودي تبع للمسلم في الحكم والعقوبة وإن لم يشاركا في علته. بدليل أنّ النبي – صلى الله عليه وسلم– **قتل اليهودي بامرأة** [٥]، الحكم مشترك والعلة مختلفة، المسلم يقتل قصاصا والكتابي يقتل سياسة.

ويرى الباحث ان التدخين في الاحرام مفسد له، فهو تبع للأصل وهو الطيب، فإذا كان الطيب مفسدا للاحرام، فمن باب أولى أن يفسده التدخين، فهنا يلحق التدخين الطيب في الحكم و٩هو افساد الاحرام، وان كانت العلة مختلفة، فكان التخلص من الطيب من أجل الارتقاء في العبادة، و التخلص من التدخين من أجل الضرر.

---

[1] السرخسي، المبسوط، ج٢٦، ص٥٥، الحصني، كفاية الأخيار، ص٥١٥–٥٢٢، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٣، ص١٩١، السيد سابق، فقه السنة، ج١، ص٤٩٩، الزركشي، المنثور، ج١، ص٢٣٨.

[2] سورة البقرة، آية ١٧٨–١٧٩.

[3] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٢، ص٢٤٥–٢٥٠.

[4] سورة المائدة، الآية (٤٥).

[5] الحديث برواية عن أنس ان يهودياً رض رأس جارية بين حجرين، فأمر به النبي – صلى الله عليه وسلم– فرض رأسه بين حجرين (انظر البخاري في صحيحه، ج٢، ص٨٥٠، كتاب الخصومات، باب ما يذكر في الأشخاص والملازمة، والخصومة بين المسلم واليهودي) السيد سابق، فقه السنة، ج٢، ص ٣٤٤.

المبحث السابع

التبع يصير مذكوراً بذكر الأصل، ويحتوي على ثلاثة مطالب

المطلب الأول

معناها وألفاظها

لهذه القاعدة عدة ألفاظ، منها:

١. " التبع يصير مذكورا بذكر الأصل "
٢. " التبع يملك بملك الأصل "
٣. " هناك فرق بين ما يتبع العقد عرفا وبين مالا يتبعه "
٤. " التبع يثبت له حكم أصله " [١]

المعنى في هذه القواعد أنّ التابع يذكر بذكر أصله، ويملك بملك أصله؛ لأنّ للتابع حكم أصله، وأنّه لا يفرد بالحكم [٢].

جميع الحقوق محفوظة

وأورد القرافي في الفروق: " قال صاحب الجواهر [٣] وغيره: " إذا قال أشركتك معي في السلعة – يحمل على النصف – وبيع الأرض يندرج تحته الأشجار والبناء دون الزرع الظاهر كما في بور الثمار، فإنّ كان كامناً في الأرض اندرج على إحدى الروايتين كما تندرج الحجارة المخلوقة فيها دون المدفونة إلا على القول: أنّ ملك ظاهر الأرض ملك ما في بطنها.

قال الشافعي –رضي الله عنه–: لا يندرج في الأرض البناء الكثير، ولا الغرس وعندنا يندرج في لفظ الدار الخشب المستقر، والسلم المستقل، ويندرج المعدن في لفظ الأرض دون الكنز؛ لأنّ المعدن من الأجزاء وليس من هذا الباب [٤].

وقال الإمام أحمد: يندرج في الأرض البناء والغرس، وفي لفظ الدار والأبواب والخوابي المدفونة والرفوف المستمرة، وما هو من مصالحها دون الحجر المدفون؛ لأنّه كالوديعة، وتندرج الحجارة المخلوقة فيها والمعدن دون الكنز، وعندنا إذا باع البناء يندرج فيه الأرض كما اندرج في لفظ الدار والتوابيت ومرافق البناء كالأبواب، والرفوف، والسلم المثبت دون المنقولات، ولفظ العبد يتبعه ثيابه التي عليه إذا أشبهت مهنته دون ماله، ولفظ الشجر تتبعه الأرض واستحقاق البناء مغروسا والثمرة غير المؤبرة دون المؤبرة " [٥]

---

[1] السرخسي، المبسوط، ج٢٣، ص١٩٥، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٣، ص١٨٩، ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٨٨، الأتاسي، شرح المجلة، ج١، ص١٠٧، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٥، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٣٤

[2] السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص١٥٨، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة ج٣، ص١٨٩.

[3] يقصد: الإمام الآبي، صاحب كتاب جواهر الإكليل

[4] النووي، المجموع، ج١١، ص٢٦٨، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٨٠–٨٦

[5] القرافي، الفروق، ج٣، ص١٠٧٠، وانظر أيضاً السرخسي، المبسوط، ج٢٣، ص١٩٥، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٣، ص١٨٩، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٢٠٣–٣٠٤، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٤–٩٧، ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٨٨، الشاطبي، الموافقات، ج٣، ص١٠٨، البهوتي، كشّاف القناع، ج٣، ص٢٧٥

المطلب الثاني

تأصيلها وأدلتها

يرجع تأصيل قاعدة " التبع يصير مذكوراً بذكر الأصل " إلى النصوص والآثار والعقل:

أولا: من النصوص والآثار:

١) قال النبي – صلى الله عليه وسلم–: " **كلكم راعٍ وكلكم مسؤول عن رعيته، والإمام راع ومسؤول عن رعيته، والرجل راعٍ ومسؤول عن رعيته** " [١]

وجه الاستدلال: أنّ الإمام إذا عقد معاهدة بكونه متبوعا وأصلا، فإنّ الرعية بكونها تابعة، فإنّه ينزل عليها ما ملكه الإمام من خلال المعاهدة؛ لأنّ التبع يملك بملك الأصل [٢].

٢) عن أبي هريرة ان رسول الله – صلى الله عليه وسلم– قال: " **لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة في جداره** " [٣]

جميع الحقوق محفوظة

وجه الاستدلال: أنّ الجار يملك حقوقه للإجارة، وأيضا فإنّه يملك أمورا تابعة للأصل لا بد منها مثل غرز الخشبة في جدار الآخر؛ نظرا للحاجة، كما لا يمنع من الجلوس في فناء البيت، أو حق المرور، أو حق المسيل..... الخ.

٣) ما روى مالك عن عمر بن الخطاب، أنّ الضحاك بن قيس ساق خليجاً له من العريض، فأراد ان يمر في أرض محمد بن مسلمة، فأبى محمد، فقال له الضحاك: أنت تمنعني، وهو لك منفعة تسقى منه أولا، وآخراً ولا يضرك، فأبى محمد ، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب، فدعا عمر محمد بن مسلمة، فأمره ان يخلي سبيله، قال محمد: لا، فقال عمر: لا تمنع أخاك ما ينفعه ولا يضرك، فقال محمد: لا ، فقال عمر: والله ليمرن به ولو على بطنك، فأمره عمر أن يمر به، ففعل الضحاك [٤].

وجه الاستدلال: أنّ الضحاك –رضي الله عنه– لما كان جارا للصحابي الجليل محمد بن مسلمة، فإنّه أي الضحاك –رضي الله عنه– يملك الحق في الإجارة ويملك حقه في استخدام أرضه ، وأيضا فإنّه يملك أمورا تابعة لهذا الأصل، ومنها حق الشرب والمسيل للأرض فحاول الصحابي الجليل محمد بن مسلمة منعه من ذلك، لكن سيدنا عمر بن الخطاب لم يرضَ ذلك إلا أن يأخذ الضحاك حقه في ذلك، والدليل قول عمر رضي عنه – لمحمد؛ والله ليمرن ولو على بطنك.

---

[1] سبق تخريجه

[2] الشربيني، مغني المحتاج، ج٦، ص٨٦–٩٣، الحصني، كفاية الأخيار، ص٥١١، الصنعاني، سبل السلام، ج٤، ص٦٤–٦٦.

[3] سبق تخريجه

[4] ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٤٩٦، مالك، الموطأ، ج٢، ص٧٤٦، البيهقي، السنن الكبرى، ج٦، ص١٥٧، السيد سابق، فقه السنة، ج٣، ص١٧٠

ثانيا: من العقل:

من الأمور المعروفة عقلا وعرفاً، أنّ الإنسان إذا ملك شيئاً، فإنّ هذا الشيء يعتبر أصلا لأمور تابعة له، فالتوابع هذه تلحق بحكمها حكم الأصل، لأنّه وكما عرفنا سابقاً أنّ التابع لا يفرد بالحكم، ولا يصح أن يمنع شخص شخصاً آخر من هذه الحقوق [1].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

[1] شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٤-٣٠٦، كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٢٥٠، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٣، ص١٩٩، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٥، السيوطي، الاشباه والنظائر، ص٢٢٩-٢٣١.

المطلب الثالث

الأمثلة التطبيقية عليها

هناك العديد من الأمثلة على هذه القاعدة المهمة منها:

١) من اشترى أرضا أو دارا لها طريق، بحيث لا يوصل إليها إلا من خلالها، فإنّ الطريق، يدخل في البيع تبعاً، ويصير مذكوراً بذكر الأصل وهو الأرض أو الدار ولا يفرد بالحكم، كما أنّه يملك بملك الأرض أو الدار وليس للبائع بعد ذلك ادعاء أنّ الممر أو الطريق لم يذكر في العقد. لأنّ التبع يملك بملك الأصل، ويصير مذكورا بذكر الأصل [١].

٢) أنّ الجزية عقد يؤخذ من الرجال، ولا يؤخذ من النساء والصبيان، وأورد صاحب المنهاج قوله: " ولا جزية على امرأةٍ وخنثى، ومن فيه رق وصبي ومجنون....الخ.

وجه الدلالة: أنّ الرجال هم الذين عليهم الجزية فقط، والنساء والصبيان توابع للأصل فلا جزية عليهم أجمعين: باعتبار ان جزية الرجال جزية عنهم، أي ان هذه التوابع تملك عقد الجزية بملك الأصل لها وهم الرجال.

والدليل على ذلك ما أورده البيهقي [٢] عن عمر –رضي الله عنه–: " **أنّه كتب إلى أمراء الأجناد أن لا تؤخذ الجزية من النساء والصبيان** [٣] "

٣) جاء أيضا في المنهاج عند الشافعية: " وإذا بطل أمان [٤] رجال لم يبطل أمان نسائهم والصبيان على الأصح "؛ لأنّه قد ثبت لهم الأمان ولم يوجد منهم ناقض، فلا يجوز سبيهم، ويجوز تقريرهم في دارنا. والثاني: يبطل لأنّهم دخلوا تبعاً فيزول بزوال الأصل [٥]. وهنا الشاهد في القول الثاني؛ لأنّ الصبيان والنساء هم تبع لأمان الرجال الذين هم الأصل، وما دام كونهم تبع للأصل، فإنّ هذا التبع يملك بملك الأصل للأمان ويبطل الحكم عنه لأنّه بطل حكم الأمان عن الأصل. والتبع يصير مذكوراً بذكر الأصل أيضا .

---

[1] السرخسي،المبسوط، ج٢٣، ص١٩٥، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٣، ص١٨٩، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٤، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٥، كامل القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٢٥٠.

[2] البيهقي: (١٠٦٨م/٤٥٨هـ) أحمد بن الحسين بن علي، أبو بكر، من أئمة الحديث، نشأ في بيهق، ورحل إلى بغداد ومات في نيسابور، قال إمام الحرمين: كل الناس للشافعي عليهم فضل ما عدا البيهقي، له " السنن الكبرى" "المعارف" (ابن خلكان،وفيات الأعيان،ج١،ص٥٧،السبكي،طبقات الشافعيّة،ج٤،ص٨،الزركلي، الأعلام، ج١، ص١١٣).

[3] الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج٦، ص٦٤، أبو عبيد، الأموال ص٥١، ابن قدامة، المغني، ج٨، ص٥٠٧، عبد الرزاق، المصنف، ج١٠، ص٣٣١، ابن حزم، المحلى، ج٧، ص٣٤٧.

[4] **الأمان:** هو ضد الخوف: وأريد به هنا ترك القتل والقتال مع الكفار، وهو من مكايد الحرب ومصالحه (انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٦، ص٥١).

[5] الشربيني، مغني المحتاج، ج٦، ص٦٥، الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ط١، (٨م)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٣، ج٨، ص١٠٥، الكوهجي، (١٣١٧هـ)، عبد الله بن حسن، (١٣١٧)، زاد المحتاج، ط١، راجعه عبد الله الأنصاري، (٤م)، المكتبة العصرية، بيروت، (١٩٨٢)، ج٤، ص٣٥٨-٣٥٩

الفصل الرابع

القواعد التي ترد قيداً أو ضابطاً لقاعدة " التابع تابع " ويشتمل على خمسة مباحث

المبحث الأول : التابع لا يتقدم على المتبوع

ويحتوي على ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : معناها وألفاظها

المطلب الثاني : تأصيلها وأدلتها

المطلب الثالث : الأمثلة التطبيقية عليها

جميع الحقوق محفوظة
مركز إيداع الرسائل الجامعية

المبحث الثاني : يغتفر في التوابع مالا يغتفر في غيرها

ويحتوي على ثلاثة مطالب :

المطلب الأول معناها وألفاظها

المطلب الثاني : تأصيلها وأدلتها

المطلب الثالث : الأمثلة التطبيقية عليها

المبحث الثالث : العبرة بنية المتبوع لا التابع

ويحتوي على ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : معناها وألفاظها

المطلب الثاني : تأصيلها وأدلتها

المطلب الثالث : الأمثلة التطبيقية عليها

المبحث الرابع : ما دخل في البيع تبعاً لا حصة له من الثمن

ويحتوي على ثلاثة مطالب

المطلب الأول : معناها وألفاظها

المطلب الثاني : تأصيلها وأدلتها

المطلب الثالث : الأمثلة التطبيقية عليها

المبحث الخامس : التابع مضمون بالاعتداء

ويحتوي على ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : معناها وألفاظها

المطلب الثاني : تأصيلها وأدلتها

المطلب الثالث : الأمثلة التطبيقية عليها

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المبحث الأول

التابع لا يتقدم على المتبوع ويحتوي على ثلاثة مطالب

المطلب الأول

معناها وألفاظها

تعدّ هذه القاعدة ضابطاً لقاعدة " التابع تابع "؛ لأنّ التابع تالٍ ومتأخر عن متبوعه وذلك في الوجود والعدم، فلا يجوز أنّ يتقدّم عليه في الفعل والعمل ؛ لأنّه إذا تقدم عليه في الفعل تقدم عليه في الحكم، وهذا تناقض ؛ لأنّه تابع لمتبوعه في أحكامه [1].

ومن الأمور العقلية والبدهية ان الشيء عندما يكون لاحقا لشيء آخر وتابعاً له ، فإنّ هذا التابع لا يمكن أن يتقدم في وجوده على ذلك الشيء الثابت أصلا ، ولو تقدم لحصل التناقض [2].

الألفاظ التي جاءت متعلقة بهذه القاعدة[3] :

١. " التابع لا يتقدم على المتبوع "
٢. " التابع أضعف من المتبوع، فإذا ثبت المتبوع الأقوى فالتابع أولى "
٣. " التابع يسقط بسقوط المتبوع "

جميع الحقوق محفوظة
الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

---

[1] الزركشي، المنثور في القواعد، ج١، ص٢٣٦، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٣١، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٦، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٣، ص١٦٢، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٨، الموسوعة الفقية الكويتية، ج١، ص٩٨

[2] شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٩، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٩، البورنو، الوجيز، ص٣٣٩

[3] الزركشي، المنثور في القواعد، ج١، ص٢٦٣، ابن نجيم الأشباه و النظائر،ص ١٤٦،السيوطي، الأشباه و النظائر، ص٢٣١، ابن القيم، تهذيب السنن،ج٤،ص١١٩،البورنو، الوجيز، ص٢٣٩.

المطلب الثاني

تأصيلها وأدلتها

تأخذ هذه القاعدة تأصيلها من السنة النبوية على النحو الآتي :

١. ما رواه معـــاذ بن جبل –رضي الله عنه– قال : **خرجنا مع رسول الله – صلى الله عليه وسلم– في غزوة تبوك [1]، فكان يجمع بين الظهر والعصر، والمغرب والعشاء، فـــأخّر الـــصلاة يـــوما، ثم خرج فصلى الظهر والعصر جميعا، ثم دخل ثم خرج فصلى المغرب والعشاء جميعاً** [2].

قال الشافعية : إنّ من شروط جمع التقديم ، أن يبدأ بالأولى، بأن يصلي الظهـــر قبـــل العـــصر والمغرب قبل العشاء ؛ لأنّ الوقت للأولى ، والثانية تبع لها، والتابع لا يتقدم على المتبوع، فلـــو بدا بالثانية ، لم تصح ويعيدها بعد الأولى.

٢. قال النبي – صلى الله عليه وسلم– : " **إنّما جعل الإمام ليؤتم به فإذا كبر فكبروا، وإذا ركع فاركعوا** " [3]

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية

وجه الاستدلال : أنّ الإمام يعتبر أصلا ومتبوعا، والمأموم يعتبر تابعاً له، فـــلا تجـــوز صلاة المأموم إذا تقدم على الإمام في الأفعال والوقوف ويجب أن يتبع الإمـــام فـــي الركـــوع والسجود وباقي حركات الصلاة .

وجاء في شرح الإمام النووي لصحيح مسلم [4]: الحديث فيه وجوب متابعة المأموم لإمامه في التكبير والقيام، والقعود ، والركوع والسجود، وأن يفعلها بعد الإمام ، فيكبّر تكبيرة الإحرام بعد

---

[1] **غزوة تبوك** : كانت في شهر رجب سنة ٩ هـــ، وكان الجو حارا جدا، وأحداثها تدور أنّ النبي – صلى الله عليه وسلم– بلغه من الأنباط العرب أنّ الروم ونصارى العرب من لخم وجذام قد جمعوا الجموع لملاقاة المسلمين، فخرج إليه المسلمون في أجواء ثقيلة وصعبة، حيث تكشف فيها أمر المنافقين، وكان فيها حادثة المخلفين الثلاثة : هلال بن أمية، وكعب بن مالك، ومرارة بن الربيع، وفي الغزوة أتى أبو بكر بكل ماله، وعمر بنصف ماله، وعثمان جاء بـــ ٣٠٠ بعير وبألف دينار، ووصل المسلمون إلى تبوك، ولم يجدوا بها أحدا، وعقد النبي بعد ذلك عقد الجزية على أهل إيله وأذرج وجرباء، ورجع المدينة بعد غياب شهرين، انظر – البوطي محمد سعيد رمضان (١٩٩١)، فقه السيرة النبوية، ط١١، دار الفكر، دمشق، ص ٢٩٥ – ٢٩٧، المبار كفوري، صفي الدين، (١٩٧٦)، الرحيق المختوم، ط١، المكتبة الثقافية، بيروت، ص ٥١٨ – ٥١٩ .

[2] أخرجه الإمام مالك في موطئه في قصر الصلاة في السفر (٣٣٠)، الجمع بين الصلاتين في الحضر والسفر، وأخرجه الإمام مسلم في الصحيح بشرح النووي (٢٥/٤)، كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب الجمع بين الصلاتين في الحضر، وأخرجه أحمد (٢٣٧/٥)، وأبو داود (١٢٠٦) و (١٢٠٨)، والنسائي (٩٨/١)، وابـــن ماجة (١٠٧٠)، و الدارمي (١٥١٥) وابن حبـــان (١٥٩١)، وابن خريمـــة (٩٦٦)، والدارقطني (٣٩٢/١)، والبيهقي في الدلائل (٢٣٦/٥)، **واللفظ لمسلم.**

[3] سبق تخريجه

[4] مسلم بن الحجاج (٨٧٥م/٢٦١هـــ) هو مسلم بن الحجاج النيسابوري القشيري، أبو الحسين، حافظ من أئمة الحديث، رحل إلى مصر والحجاز والشام والعراق، أشهر كتبه " الجامع الصحيح " جمع فيه اثنا عشر ألف حديث، وله كتاب : الأسماء والكنى، كتابه بعد صحيح البخاري (ابن حجر، تهذيب التهذيب، ج١٠، ص١٢٦، الزركلي، الأعلام، ج٧، ص٢٢١)

فراغ الإمام منها، فإنّ شرع فيها قبل فراغ الإمام منها لم تنعقد صلاته، وركع بعد شروع الإمام في الركوع وقبل رفعه منه، فإنّ قارنه أو سبقه، فقد أساء ولكن لا تبطل صلاته، وكذا السجود، ويسلم بعد فراغ الإمام من السلام، فإنّ سلّم قبله بطلت صلاته، إلا أن ينوي المفارقة ففيه خلاف مشهور، وإن سلم معه لا قبله ولا بعده فقد أساء، ولا تبطل صلاته على الصحيح، وقيل تبطل [1].

٣. عن أبي أيوب الأنّصاري– رضي الله عنه– ان رسول الله– صلى الله عليه وسلّم– قال: "**من صام رمضان وأتبعه ستاً من شوال، كان كصيام الدهر**"[٢]

قال النووي: قال أصحابنا: و الأفضل أن تصام الستّة متوالية عقب يوم الفطر،فإنّ فرقها أو أخرها عن أوائل شوال إلى آخر،حصلت فضيلة المتابعة؛ لأنّه يصدق أنّه أتبعه ستاً من شوال[٣].

وجه الدلاله: أنّ صيام رمضان أصل (أي المتبوع)، وصيام سته من شوال الفرع (أي تابع)، وصيام السته من شوال لا يمكن أن يتقدم على صيام رمضان، و ذلك ثابت حساً و حكماً، فيتبيّن أنّ التابع لا يتقدم على المتبوع.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

[1] النووي، شرح صحيح مسلم، ج٣، ص٢٣٢، كتاب الصلاة، باب ائتمام المأموم بالإمام رقم الباب (١٩) وانظر أيضا : الإمام مالك، الموطأ، كتاب صلاة الجماعة (٣٠٦) باب (٥) صلاة الإمام وهو جالس، البيهقي، السنن الكبرى، ج٣، ص٧٨، وابن أبي شيبة، المصنف، ج٢، ص٣٢٥، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٨، الزركشي، المنثور، ج١، ص٢٣٦، البهوتي، كشّاف القناع، ج١، ص٤٦٤، ابن عابدين، الحاشية، ج١، ص٣٦٩

2 أخرجه مسلم في صحيحه مع شرح النووي، كتاب الصيام، باب استحباب صوم ستة من شوال اتباعا لرمضان، ج٤، ص٥٠٣، حديث رقم (١١٦٤)، وأخرجه أحمد،(٢٣٥٩٢)، وابن أبي شيبه، المصنف، ج٣، ص ٩٧، **واللفظ لمسلم.**

3 النووي، شرح صحيح مسلم،ج٤، ص٥٠٤.

المطلب الثالث

الأمثلة التطبيقية عليها

هناك العديد من الأمثلة على هذه القاعدة منها :

الأمثلة من فقه العبادات :

١. لو كان بين المأموم والإمام شخص يحصل به الاتصال، ولولاه لم تصح القدوة ولم يصح أن يحرم قبله ؛ لأنّه تابع له، كما أنّه تابع لإمامه [1].

٢. لا يصح تقدم المأموم على إمامه في الموقف، ولا في تكبيرة الإحرام ولا الخروج من الصلاة بالسلام ولا في غيرها من الأفعال قوله عليه السلام : "**إنّما جعل الإمام ليؤتم به، فإذا كبر فكبروا وإذا ركع فاركعوا** " فالائتمام الاتباع والمتقدم غير تابع فالإمام متبوع والمأموم تابع – وهذا الأخير لا يتقدم على الأول بحال من الأحوال [2].

٣. وذكر القاضي حسين أيضا أنّه لو حضر الجمعة من لا تنعقد به، كالمسافر والعبد والمرأة لم يصح إحرامهم بها إلا بعد إحرام أربعين من أهل الكمال ؛ لأنّهم تبع لهم كما في أهل الكمال مع الإمام [3] .

جميع الحقوق محفوظة
مركز ايداع الرسائل الجامعية

من فقه المعاملات :

١. إذا كان بياض – أرض غير مزروعة – متخللة بين أشجار النخيل أو العنب، فساقاه على الأشجار وزَارعه على البياض فيشترط أن يقدم لفظ المساقاه [4] على المزارعة [5] في العقد ؛ لأنّ المزارعة تابعة للمساقاه فلا يتقدم التابع على المتبوع [6].

٢. لو باع بشرط الرهن، فقدم لفظ الرهن على البيع لم يصح ؛ لأنّ الرهن تبع للبيع ولا يتقدم على متبوعه [7]، في القانون المدني الأردني لقد أعطى القانون للراهن دون غيره حقاً في أن يطلب

---

[1] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٣٢، الزركشي، المنثور، ج١، ص٢٣٦، البورنو، الوجيز، ص٣٣٩

[2] ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٦، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٣١، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٨، البورنو، الوجيز ص٣٣٩

[3] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٣٢

[4] **المساقاة** : هي ان يدفع الرجل شجره إلى آخر ليقوم بسقيه، وعمل سائر ما يحتاج إليه بجزء معلوم له من ثمره (السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٣١)

[5] **المزارعة** : هي دفع الأرض إلى من يزرعها على ان يكون الزرع بينهما (السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٣١)

[6] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٣١، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٨،كامل،القواعد الفقهيّة الكبرى،ج١، ص٢٥٢، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٨

[7] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٣١، الزركشي، المنثور، ج١، ص٢٣٦، كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٢٥٨، المساعدة، نائل علي، (١٩٩٧)، رهن الدين في التشريع الأردني، ط١، (١م)، منشورات البنك الأهلي الأردني، عمان

إلى المحكمة السماح له ببيع الشيء المرهون إذا سنحت له فرصة رابحة لبيعه قبل حلول أجل الدين فإذا أعطته هذا الإذن حددت شروط البيع بنفسها، ثم تقرر بعد ذلك في أمر إيداع الثمن وقد نصت على ذلك المادة (١٤٠٧) من القانون المدني الأردني بقولها : " يجوز للراهن أن يطلب من المحكمة إذنا ببيع الشيء المرهون إذا سنحت فرصة لبيعه صفقة رابحة ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين، وتحدد المحكمة عند الإذن شروط البيع وتفصل في أمر إيداع الثمن " [١]

من فقه الأحوال الشخصية :

١. أنّ المرأة في تزويجها لنفسها تكون تابعة لوليها، ولا يمكن ان تتقدم عليه وإذا فعلت غير ذلك فإنّ نكاحها باطل [2]، وذلك للحديث عن السيدة عائشة [3] أنّ النبي – صلى الله عليه وسلم– قال : " **أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإنّ اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له** "[4].

ويفهم من هذا أنّ النكاح بالنسبة للمرأة تابع لإذن الأهل الذي هو الأصل في هذا الموضوع، ولا يصح ان يتقدم التابع – وهو نكاحهن بغير إذن أوليائهن – على المتبوع وهو إذن الأهل ؛ وإن تقدم يبطل النكاح [5].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

---

[1] نائل مساعدة، (١٩٩٧)، رهن الدين في التشريع الأردني، ط١، (١م)، منشورات البنك الأهلي الأردني، عمان

[2] الكاساني، بدائع الصنائع، ج٢، ص٢٤٨، ابن حزم، المحلى، ج٩، ص٤٥١، ابن قدامه، المغني، ج٧، ص٣٣٧، ابن رشد بداية المجتهد، ج٢، ص٩

[3] السيدة عائشة (٦٧٨م/٥٨هـ) عائشة بنت أبي بكر الصديق –رضي الله عنه– بن عثمان من قريش، أفقه نساء المسلمين وأعلمهن بالدين، كانت تكنى بأم عبد الله (ابن أختها)، تزوجها النبي – صلى الله عليه وسلم– في السنة الثانية للهجرة، وكانت أحب نسائه إليه كانت ممن حضر معركة الجمل، وتوفيت في المدينة وروي عنها (٢٢١٠) حديثا (ابن الأثير، أسد الغابه، ج٣،ص ٣٦٠،الزركلي، الأعلام، ج٥، ص٥)

[4] رواه الإمام الترمذي في السنن، ج٣، ص٤٠٧، كتاب النكاح، باب ما جاء في تزويج الأبكار، وصححه الألباني في الجامع الصغير وزياداته، ج١، ص٥٢٦

[5] ابن تيميه، أحمد بن عبد الحليم (١٣٢٨م/٧٢٧هـ)، فتاوى ابن تيميه، ط١، (٣٢م)، دار الوفاء، مصر، (١٩٩٧)، ١٠٣/٣٢

المبحث الثاني

" يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها "، ويحتوي على ثلاثة مطالب

المطلب الأول

معناها وألفاظها

يقصد بهذه القاعدة :

أنّ الشرع يتسامح فيما الأصل عدم إباحته لوقوعه ضمن أمر مباح وتبعاً له، وقد يتساهل في بعض الشروط، فلا يشترط في التابع ما يشترط في المقصود الأصل وإن كانت صورتهما واحدة ؛ وذلك للحاجة إليه ؛ ولأنّه يحصل ضرورة لثبوت متبوعه أو ما هو في ضمنه، فلو منع منه لأدى إلى منع أصله المباح [1].

وأصل هذه القاعدة من أصول الإمام الكرخي، وهو قوله : " الأصل أنّه قد يثبت الشيء تبعاً وحكما وإن كان يبطل قصدا" [2]

ويغتفر في التابع مالا يغتفر في المتبوع، سواء كان من حقوق المتبوع المشتمل (أي جزء منه) أو لوازمه، أو عقداً، أو فسخا متضمنا له، أو من حقوق عقد متعلق به [3].

أما الألفاظ لهذه القاعدة والألفاظ المتعلقة بها [4]:

١. " يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها "

٢. " يغتفر في الثواني ما لا يغتفر في الأوائل "

٣. " أوائل العقود تؤكد بما لا يؤكد به أواخرها "

---

[1] ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٨، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٣٢، حيدر، درر الحكام، ج١، ص٥٠، المادة (٥٤)، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٨، كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٢٥١، الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٢٩١، المادة (٥٤)

[2] أصول الكرخي مع تأسيس النظر للدبوسي، ص١١٤

[3] الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٢٩١، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١، ص٩٧-٩٨، البورنو، الوجيز، ص٣٤٠، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٨-٣٠٩، ابن القيم، إعلام الموقعين، ج٥، ص٣٩٤

[4] ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٨ وانظر كلام المحقق، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٣٢، حيدر، درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، ج١، ص٥٠، المادة (٥٤)، كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٢٥١، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٨، القرافي، الفروق، ج٢، ص٣٢، البورنو، الوجيز، ص٣٤٠، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٨، الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص١٠٢٠، ابن القيم، شرح القواعد الفقهيّة، ج٥، ص٣٩٤، ابن الوكيل، الأشباه والنظائر، ج٢، ص٤٢٦، أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٢٩١، المادة (٥٤)، الدبوسي، تأسيس النظر، ص١١٤/١٦٦، الجزائري، القواعد الفقهيّة، ص٤٣٠، البهوتي، كشّاف القناع، ج٦، ص٤٣٦، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٦، ص٤٠

٤. " يغتفر في الشيء ضمناً مالا يغتفر فيه مقصودا "

٥. " قد يثبت تبعاً ما لا يثبت مقصوداً "

٦. " الأصل أنّه قد يثبت الشيء تبعاً وحكما وإن كان يبطل قصداً "

٧. " قد يثبت الشيء ضمنا وحكما ولا يثبت قصداً"

٨. " قد يغتفر في الأتباع مالا يغتفر في المتبوعات "

٩. " يغتفر في الثبوت الضمني مالا يغتفر في الأصل "

١٠. " يغتفر في الشيء إذا كان تابعاً مالا يغتفر إذا كان مقصوداً "

١١. " الأصل عند أبي يوسف يجوز أن يصير الشئ تابعاً لغيره،وإن كان لـــه حكـــم نفـــسه بانفراده"

١٢. " مالا يثبت ابتداء يثبت تبعاً "

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

١٣. " قد يسوغ في الشيء تابعاً ما يمتنع فيه مستقلاً "

١٤. " يدخل تبعاً مالا يدخل استقلالاً "

المطلب الثاني

تأصيلها وأدلتها

يعود تأصيل هذه القاعدة إلى النصوص والآثار، وهي كالآتي :

١. ما روى عن النبي – صلى الله عليه وسلم– أنّه قال : " **ذكاة الجنين ذكاة أمه** " [1]

وجه الاستدلال : أنّ الجنين الذي في بطن الناقة ونحوها إذا خرج ميتا بعد ذكاة أمّه فإنّه يكون حلالا كالمذكى، فقد جاز في الجنين – باعتباره تابعاً لأمّه– مالا يجوز في الأصل وهو حل أكله دون تذكيته، حيث اعتبر الشارع تذكية أمه تذكية له [2].

٢. ما ذكره ابن تيّمية أنّ بعض الفقهاء استدلوا بفعل عمر بن الخطاب –رضي الله عنه– وهو فرض الخراج على أرض السواد [3] وغيرها، حيث أقرّ الأرض التي فيها النخل والعنب في أيدي أهل الأرض وجعل على كلّ جريب [4] من جرب الأرض السواد والبيضاء خراجا مقدراً ، استدلوا به على أنّ مالا يتم الجائز إلا به فهو جائز [5].

وجه الاستدلال : إنّ هذه المخارجة من عمر بن الخطاب –رضي الله عنه– تجري مجرى المؤاجرة، وقد أجمع العلماء على عدم إجارة الشجر، وإنّما جرت هنا تبعاً لإجارة الأرض البيضاء ؛ لأنّها جائزة ولا تتأتى إجارتها إذا كان فيها شجر بإجارة الشجر، وفي هذا المعنى أيضاً – تجويز المزارعة عند البعض من الفقهاء تبعاً للمساقاة، وإن كانت لا تجوز عندهم ابتداء [6].

---

[1] سبق تخريجه.

[2] ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٦–١٤٨، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٢٩–٢٣١، ابن القيم، تهذيب السنن، ج٤، ص١١٩، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٤–٣٠٧، البورنو، الوجيز، ص٣٣١–٣٣٤، الموسوعة الفقهيّة الكويتية،ج١٠، ص٩٤–٩٧، أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٢٥٠–٢٦١

[3] **أرض السواد** : هي الأراضي ما بين الكوفة والبصرة، وهي سواد العراق، وسمي بذلك نظرا للخصوبة العالية، (الفيومي، المصباح المنير، ج٢، ص٣٩٩، العبد اللطيف، القواعد والضوابط، ص٦٠٠)

[4] **الجريب** : مقدار معلوم من الأرض ومن الطعام، من الأرض يساوي : ١٣٦٦,٥ متر مربع، ومن الطعام ٤٨ صاعاً (الفيومي، المصباح المنير، ج١، ص١٣٠، معجم لغة الفقهاء، ص١٦٣)

[5] ابن تيميه، القواعد النورانية، ص١٦٢–١٦٣

[6] ابن تيميه، القواعد النورانية، ص١٦٣، العبد اللطيف، القواعد والضوابط، ص٦٠١–٦٠٢، أبو عبيد، القاسم بن سلام (٨٦٦م/٢٥١هـ)، الأموال، ط١، (١م)، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ص٩٨–٩٠، ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٥٥٥، المرغيناني، الهداية، ج٤، ص٣٨٣

المطلب الثالث

الأمثلة التطبيقية عليها

هناك أمثلة على هذه القاعدة المهمة،وهي كما يلي :

١. من حلف ان يشتري خشباً، أو إسمنتاً أو رخاماً أو حديداً، فاشترى داراً لم يحنث ؛ لأنّ ما في الدار من رخام وخشب أو حديد أو إسمنت يدخل تبعاً بدون تسمية ،فلم يصر مقصودا بالعقد [1].

٢. أنّ الجنين في بطن الذبيحة الأم إذا كان تام الخلقة، جاز أكله عند الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة رحمهم الله جميعاً ؛ وذلك لأنّ الجنين تابع لأمه في الذبح ولأنّ ذكاة أمه ذكاة له، مع أنّه لا يجوز أكله بدون ذبح لو ولدته حياً، أو أخرج من بطنها بعد ذبحها وهو حي [2]

٣. وذكر ابن القيم في كتابه إعلام الوقعين في مبحث رد السنن بالمتشابه من القرآن أو من السنن في المثال الثامن والعشرين : تحت عنوان رد السنة الصحيحة في أنّ من أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح، بكونها خلاف الأصول، وبالمتشابه من نهيه – صلى الله عليه وسلم– عن الصلاة وقت طلوع الشمس، فأجاب عن هذه الشبهة :

" إنّ الأمر بإتمام الصلاة، وقد طلعت الشمس فيها أمر بإتمامها، لا بابتدائها والنهي عن الصلاة في ذلك الوقت نهي عن ابتدائها لا عن استدامتها ؛ فإنّه لم يقل : لا تتموا الصلاة في ذلك الوقت، وإنّما قال : لا تصلّوا، فأحكام التبع يثبت فيها مالا يثبت في المتبوعات، والمستدام تابع لأصله الثابت [3] أ.هـ.

٤. لو أنّ المشتري وكّل البائع قبض المبيع فقبضه، لا يصح قبضه عنه ؛ لأنّ الواحد لا يصلح أن يكون مسلماً ومستلماً في آنٍ واحد، حتى لو هلك المبيع في يد البائع، فإنّه يهلك على البائع وليس على المشتري، ولكن لو أنّ المشتري أعطى البائع أكياساً يضع فيها المبيع فقبل صح التوكيل في ضمن الأمر بالكيل والوضع في الأكياس تبعاً، وكان ذلك قبضا من المشتري، فإن ّهلك هلك على المشتري ؛ لأنّه هلك في ملكه وحيازته [4].

---

[1] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٣٣، أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٢٩٢، البورنو، الوجيز، ص٣٤١

[2] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٣٢–٢٣٣، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٩، كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٢٥٢، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٩، أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٢٩٢، البورنو، الوجيز، ص٣٤١، المرغيناني، الهداية، ج٢، ص ١٠٦، ص ١٠٦، الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص١٣٧، النووي، روضة الطالبين، ج٣، ص ٣٥٦، الزركشي، المنثور، ج١،ص٢٣٥، ابن قدامة، المغنى، القرافي، الفروق، ج٣،ص٢٣٨.

[3] ابن القيم، إعلام الموقعين، ج٥، ص٣٩٤، الجزائري، القواعد الفقهيّة، ص٤٣١، ابن القيم، محمد بن أبي بكر (١٣٥٠م/٧٥١هـ)، بدائع الفوائد، ط١، (٤م)، دار الكتب العلمية، بيروت، ج٣، ص٢٧

[4] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٣٣، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٨، البورنو، الوجيز، ص٣٤٠، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٩، أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٢٩١–٢٩٢

٥. شرى ما لم يره فوكّل وكيلا بقبضه، فقال الوكيل، قد أسقطت الخيار ويعني بذلك خيار الرؤية – لم يسقط خيار الموكل، ولو قبضه الوكيل وهو يراه سقط خيار رؤية موكله عند أبي حنيفة [1].

٦. ومنه : ما لو أعتق أحد الشريكين حصته من العبد المشترك [2]، ثم اشترى حصة شريكه الساكت فإنّه لا يصح ولا يملك الساكت نقل ملكه إلى أحد، ولكن إذا أدى المعتق الضمان لشريكه الساكت ملكه واغتفر التمليك والتملك ؛ لأنّه وجد ضمناً وتبعاً [3].

٧. ومنه : ما لو زوجه فضولي [4] امرأة، ثم أراد الفضولي فسخ النكاح فإنّه لا ينفسخ، ولكن لو وكل الرجل الفضولي أن يزوجه امرأة فزوجه إياها، أو أختها انفسخ العقد الأول ضمناً [5].

٨. أيضا ما ذكره ابن القيم في إعلامه في مبحث الحيل :

" إذا استأجر منه دارا مدة سنين بأجرة معلومة، وإذن رب الدار للمستأجر ان يكون في الدار ما يحتاج إليه أو يعلف الدابة بقدر حاجتها، وخاف أن لا يحتسب له ذلك من الأجرة، فالحيلة في اعتداده به عليه ان يقدر ما تحتاج إليه الدابة أو الدار، ويسمى له قدرا معلوما، ويحسبه من الأجرة ويشهد على المؤجر أنّه قد وكله في صرف ذلك القدر فيما تحتاج إليه الدابة أو الدار .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية

ثم أورد سؤالا : هل تجوزون لمن له دين على رجل،أن يوكله في المضاربة به، أو الصدقة به، أو إبراء نفسه منه أو يشتري له شيئا، ويبرأ المدين إذا فعل ذلك، فأجاب عن ذلك بقوله هذا مما اختلف فيه،وفي صورة المضاربة بالدّين قولان في مذهب الإمام أحمد :

القول الأول: أنّه لا يجوز ذلك، وهو المشهور ؛ لأنّه يتضمن قبض الإنسان من نفسه وإبراءه لنفسه من دين الغريم بفعل نفسه ؛ لأنّه متى أخرج الدين وضارب به فقد صار المال أمانة وبرئ منه، وكذلك إذا اشترى به شيئاً أو تصدّق به .

القول الثاني : أنّه يجوز، وهو الراجح في الدليل، وقولهم : أنّه يتضمن إجراء الإنسان لنفسه بفعل نفسه، كلام فيه إجمال، يوهم أنّه هو المستقل بإبراء نفسه وبالفعل الذي به يبرأ وهذا إيهام، فإنّه إنّما برئ بما أذن له رب الدين عن مباشرة الفعل الذي تضمن براءته من الدين، فأي محذور في ان يفعل فعلا أذن له فيه رب الدين ومستحقه يتضمن براءته ؟! فكيف ينكر أن يقع في

---

[1] ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٩، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٣٢، أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٢٩١

[2] **العبد المشترك** : هو العبد الذي يملكه أكثر من شخص (أي يكون شركة بينهم بنسبة كل واحد فيه)

[3] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٣٣، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٩، أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٢٩١-٢٩٢

[4] **الفضولي** : هو من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي، وذلك، لأنّ تصرفه صادر من غير ملك، ولا وكالة، ولا ولاية (الفيومي، المصباح المنير، ج٢، ص٦٥١، الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص١٥، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج٣٣، ص١٧١)

[5] ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٩، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٣٣، البورنو، الوجيز، ص٣٤١، أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٢٩٢، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٩

الأحكام الضمنية التبعيّة مالا يقع مثــله في المتبوعات، ونظــائر ذلك أكثر من أن تذكــر أ.هــ [1].

٩. من حلف أن لا يشتري صوفاً، فاشترى شاة على ظهرها صوف، لم يحنث ؛ لأنّ الصوف دخل في البيع تبعاً للشاة لا قصداً فاغتفر فيه [2].

١٠. كذلك الرمي على المسلمين إذا تترس بهم الكفار يجوز قصدا إلى الكفار مع أنّ قصد المــسلمين بالقتل حرام [3].

- وهناك العديد من الأمثلة ، فمن أراد تتبعها والاستزادة ينصح بمراجعة مظانها فــي المــصادر والمراجع [4].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

[1] ابن القيم، إعلام الموقعين، ج٥، ص٣٩٤، ابن القيم، بدائع الفوائد، ج٣، ص٢٧-٤١٦، الجزائري، القواعد الفقهيّة، ص٤٣١

[2] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٣٣، كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٢٥٢، البورنو، الوجيز، ص٣٤١، الأتاسي، شرح المجلة، ج١، ص١٣١

[3] شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٩، البورنو، الوجيز، ص٣٤١، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٣٣

[4] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٣٢، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٨، أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٢٩١، حيدر، درر الحكام، ج١، ص٥٠، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٨، ابن الوكيل، الأشباه والنظائر، ج٢، ص٤٢٦ .

المبحث الثالث

العبرة بنية[1] الشيء المتبوع لا التابع ويحتوي على ثلاثة مطالب

المطلب الأول

معناها وألفاظها

هذه القاعدة ليست من القواعد المنتشرة في كتب القواعد، أو الكتب التي لها علاقة بـــه[٢] ، لكنّ الباحث حاول أن يتتبع هذه القاعدة على النحو التالي:

معناها :

إنّ الشيء الذي يكون تابعاً لشيء آخر قد يثبت ابتداء ويصير أصلا أو متبوعاً – كالجندي التابع لقائده، والمأموم التابع لإمامه، والزوجة التي تكون تابعة لزوجها، فإنّ المعتبر في الأحكـــام أنّ نية المتبوع تنسحب على التابع، فيعطى حكمه، فيتبع الجندي قائده والمأموم إمامه، والزوجـــة زوجها [3]. المتبوع هو المقصود الأصلي و التابع يتبع له فالعبرة هنا بنية المتبوع لا التابع.

ولهذا كما عرفنا أنّ التابع لا يفرد بالحكم، فكذلك لا يفرد بالنية، وان الحكم فيـــه لاحـــق ومتعلق بالمتبوع، فالمعتبر نية المتبوع وليس التابع، وهذا عند الحنفية والحنابلة، والشافعية مثلهم، ولكنهم خالفو الحنفية والحنابلة في عدم جعل نية الجندي تابعة لقائده، لأنّه ليس له عليه يد[٤]، وهذا على الغالب لأنّ هناك بعض الحالات، لا يتبع التابع فيها نية المتبوع، فإذا نوى الإمام القـــصر و المأموم الاتمام فالصلاة صحيحة، ولو نوى الإمام الظهر و المأموم العصر فلا شـــئ عليهمـــا و الصلاة صحيحة.

---

[1] **النية هي** : انبعاث الإرادة نحو الفعل أو الترك تقربا لله تعالى، وهي قصد الفعل للتقرب إلى البارئ عز وجل ومحل النية القلب وشرطها الجزم ووقتها أول الفعل وفائدتها : تمييز العادات عن العبادات، وشروطها العامة : ١. الإسلام ٢. التكليف ٣. العلم بالمنوي ٤. عدم اتيان ما يخالف النية، والعلماء مختلفون في مسألة هل النية ركن أم شرط، ويرجح الباحث أنّها شرط لأنّها لو كانت ركنا لاحتاجت إلى نية أخرى لكونها عبادة، وهذا يستلزم الدور وهذا بالطبع محال ؟!! انظر :
(السبكي، الأشباه والنظائر، ج١، ص٥٤-٦٤، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٦٠-٩٠، أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٤٧-٥٣، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٢٨٢-٢٨٧، الصلاحين، مذكرة في القواعد الفقهيّة، ص١١-٢٣، النووي، شرح صحيح مسلم، ج٣، ص١٥١٥، ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج١، ص٩)

[2] الزركشي، المنثور، ج١، ص٢٣٦، السيوطي، الأشبله و النظائر، ص٢٢٨، ابن نجيم، الأشباه و النظائر، ص١٤٦، كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٢٤٩، شبيره، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٤، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص(٩٤-٩٩)

[3] الشربيني، مغني المحتاج، ج١، ص٢٦٨، السبكي، الأشباه والنظائر، ج١، ص٦٠-٦١، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٩، المرداوي، الأنّصاف، ج٥، ص٣٦٢، البهوتي، كشّاف القناع، ج١، ص٥٠٤

[4] ابن عابدين، حاشية، ج١ ص٥٣٤، البهوتي، كشّاف الصنّاع، ج١، ص ٥٠٥، النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص٣١٣، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١، ص٩٩.

ويلاحظ الباحث أنّ هذه القاعدة لها علاقة قوية بقاعدة " الأمور بمقاصدها "، والتي تعتمد على حديث النبي – صلى الله عليه وسلم– : " **إنّما الأعمال بالنيات، وإنّما لكل أمرئ ما نـــوى فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله، ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة يتزوجها فهجرته إلى ما هاجر إليه** " [1]

وجه الدلالة : أنّ المعتبر هو المقصود المتبوع وليس المقصود التابع، وسيأتي توضح ذلك من خلال الأمثلة التطبيقية في المطلب الثالث من هذا المبحث :

الألفاظ لهذه القاعدة أو ما يتعلق بها [2]:

١. " العبرة بنية المتبوع لا التابع "

٢. " التبع يصير مذكورا بذكر الأصل "

٣. " التبع يتبع الأصل ولا يسبقه "

٤. " التابع لا يتقدم على المتبوع "

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

[1] أخرجه البخاري في صحيحه، ج١، ص٩، كتاب بدء الوحي، باب كيف بدأ الوحي، إلى رسول الله – صلى الله عليه وسلم–، حديث رقم (١)، وأخرجه مسلم، ج٣، ص١٥١٥–١٥١٦، في كتاب الإمارة، باب قوله – صلى الله عليه وسلم– إنّما الأعمال بالنية ،**واللفظ للبخاري** .

[2] السرخسي، المبسوط، ج٣، ص١٧٨، الزركشي، المنثور، ج١، ص٢٣٦، السيوطي، الأشباه والنظـــائر، ص٢٢٨، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٦، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٤٠١، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٤–٩٩، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٤، كامل، القواعد الفقهيّة الكبـــرى، ج١، ص٢٤٩، حيدر، درر الحكام، ج١، ص٤٨

المطلب الثاني

تأصيلها وأدلتها

يرجع تأصيل هذه القاعدة إلى عدد من النصوص، وهي كالآتي :

١. قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم– : " **إنّما جعل الإمام ليؤتم به، فإذا كبر فكبروا، وإذا ركع فاركعوا** " [1]

وجه الاستدلال : يفهم من كلام النبي صلى الله عيه وسلم أنّه اعتبر تكبير التابع لاحقا ومترتبا على تكبير المتبوع، وركوع التابع لاحق ومترتب على ركوع المتبوع، وإنّ كلا من تكبيرة الإحرام والركوع من أركان الصلاة، فكذلك النية وهي ركن فإنّها بالنسبة للتابع لاحقة ومترتبة على نية المتبوع.

ولهذا جاء في شرح صحيح الإمام مسلم للإمام النووي : " الحديث فيه وجوب متابعة المأموم لإمامه في التكبير والقيام، والقعود والركوع، والسجود، وأن يفعلها بعد الإمام ، يكّبر تكبيرة الإحرام بعد فراغ الإمام منها، فإنّ شرع فيها قبل فراغ الإمام منها لم تنعقد صلاته، وركع بعد شروع الإمام في الركوع، وقبل رفعه منه، فإن قارنه أو سبقه، فقد أساء، ولكن لا تبطل صلاته، وكذا السجود، ويسلم بعد فراغ الإمام من السلام، فإنّ سلم قبله بطلت صلاته، إلا أن ينوي المفارقة ففيه خلاف مشهور، وإن سلم معه لا قبله ولا بعده، فقد أساء، ولا تبطل صلاته على الصحيح، وقيل تبطل " [2]. وهذا يدل على أنّ المأموم في أفعاله لاحق للأفعال الإمام، ومترتبة عليها، وهذا على الغالب و العبرة بالغالب لا بالقليل النادر.

٢. قال النبي – صلى الله عليه وسلم– :" **ألا كلكم راع، وكلكم مسؤول عن رعيته، فالأمير الذي على الناس راع وهو مسؤول عن رعيته، والرجل راع على أهل بيته وهو مسؤول عنهم، والمرأة راعية في بيت بعلها وولده، وهي مسؤولة عنهم، والعبد راع على مال سيده، وهو مسؤول عنه، ألا فكلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته** " [3].

وجه الاستدلال : أنّ الرعية تابعة ولاحقه لما يفعله الإمام الذي هو متبوع، ويترتب على هذا لحوق نية التابع لنية المتبوع، والمرأة تابعة في نيتها لنية بعلها، والعبد تابع في نيته لنية المتبوع الذي هو سيده، وهذا ظاهر في الدليل الثالث .

---

[1] سبق تخريجه

[2] النووي، شرح صحيح مسلم، ج٣، ص٢٣٢، باب ائتمام المأموم بالإمام، رقم (١٩)

[3] سبق تخريجه

٣. لما تم إبرام عقد الصلح [1] بين المسلمين والكفار، تبين أنّ الرأي العام للمسلمين كان ضد هذا الصلح ؛ لأنّهم رأوا فيه إذلالاً لهم، فأظهروا الرفض لما قام به رسول الله – صلى الله عليه وسلم–، وقد عبر الفاروق عمر –رضي الله عنه– لرفض الأمة للصلح حيث وثب –رضي الله عنه– فأتى أبا بكر –رضي الله عنه– فقال : يا أبا بكر أو ليس برسول الله ؟! أو لسنا بالمسلمين ؟! أو ليسوا بالمشركين ؟! قال : بلى : قال : فعلام نعطى الدنية في ديننا ؟ ! فقال أبو بكر – رضي الله عنه– (الزم غرزه حيث كان) فإنّي أشهد أنّه رسول الله، فقال عمر: وأنا أشهد، ثم أتى رسول الله – صلى الله عليه وسلم– فقال : يا رسول الله، أولسنا بالمسلمين ؟! أو ليسوا بالمشركين ؟! قال – صلى الله عليه وسلم– : بلى، قال : فعلام نعطي الدنية في ديننا ؟! فقال صلى الله عيه وسلم " **أناعبد الله ورسوله، لن أخالف أمره، ولن يضيعني**" [2]

وجه الاستدلال : أنّ الواضح في هذا الأمر تبعية نية التابع لنية المتبوع وهي المعتبرة، حيث أنّ المعتبر كانت نية النبي – صلى الله عليه وسلم– باعتباره إماماً ومتبوعاً لجميع المسلمين والدليل على ذلك قوله عيه السلام : " أنا عبد الله ورسوله لن أخالف أمره ، ولن يضيعني " فكان عمر بعد ذلك تابعاً في نيته لنية النبي – صلى الله عليه وسلم– كما كان أبو بكر الصديق عندما قال لعمر –رضي الله عنه– (الزم غرزه حيث كان)

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

[1] المقصود به : صلح الحديبية الذي حدث في شهر ذي القعدة آخر سنة ست للهجرة، حيث أراد رسول الله – صلى الله عليه وسلم– التوجه بالعمرة إلى مكة المكرمة، وساق الهدي معه للدلالة على عدم الحرب من قبله، وإنّ قريشا جمعت الجموع لحرب النبي – صلى الله عليه وسلم–، فاستشار النبي في بادئ الأمر الناس ثم بالتالي استقر رأيه على الصلح، وكان كاتبه علي بن أبي طالب، وكان ممثل المشركين سهيل بن عمرو، وحدث الاتفاق والصلح، انظر :
(البوطي، فقه السيرة النبوية، ص٢٣٠، المبار كفوري، الرحيق المختوم، ص٤٣٠–٤٤٧)

[2] أخرجه الإمام البخاري، في الصحيح بشرح ابن حجر، كتاب الشروط، ج٦، ص٢٧٣، وأخرجه مسلم بشرح النووي، ج٦، ص٣٩٨، كتاب الجهاد والسير، باب صلح الحديبية، رقم (١٧٨٥)، ابن القيم، محمد بن أبي بكر، (١٣٥٠م/٧٥١هـ)، زاد المعاد، ط١، (٥م)، دار الفكر، بيروت، ج٢، ص١٢٥.

المطلب الثالث

الأمثلة التطبيقية عليها

هناك العديد من الأمثلة على هذه القاعدة المهمة، وهي على النحو الآتي :

١. تصح العبادة إذا كان المنوي الآخر تبعاً أو حاصلا نواه أم لم ينوه، كأن ينوي بالصيام، الصيام والحمية، فإنّ الحمية حاصلة بالصيام ذاته نواها أم لم ينوها فنيتها لا تؤثر، وكمن توضأ بنية العبادة وهي الوضوء بالإضافة إلى نية التبرد، فالتبرد حاصل وتبع في نيته لنية الوضوء الذي هو أصل – أي المتبوع –، وكمن نوى بالصلاة الهروب من الدائن، إذ حين يعلم الدائن دخول المدين في الصلاة يرجع، وهذا في التشريك تصح العبادة، أما إذا اقتصرت نيته على الهروب من الدائن فقط، دون إرادة الصلاة،فهنا العبادة باطلة .

وكذلك أن ينوي بالطواف ملاحقة غريمه، فهذا تشريك في النية بين عبادة وغير عبادة فتصح العبادة؛ لأنّ غير العبادة حاصلة بالنية وغيرها .

وكان ينوي كذلك بقراءته القرآن التلاوة والتعليم فيثاب على الأمرين ؛ لأنّ التلاوة حاصلة بالتعليم نواها أم لم ينوها .

وكذلك أن ينوي بحجه الحج والسياحة، فيصح على كليهما [1].

والواضح من هذا الأمر ان العبادة كانت متبوعا،وغير العبادة كانت تابعاً، وان المعتبر هو نية العبادة التي هي المتبوع، ولا يؤثر نية غير العبادة لأنّها تابعة .

٢. إنّ الزوجة تابعة لزوجها، والجندي تابع لقائده، فإنّ المعتبر في السفر الذي يبيح لهما القصر والفطر نية المتبوع دون التابع، فيعطى حكمه، فتتبع المرأة زوجها، والجندي قائده وهذا عند جمهور العلماء [2]، وهذا في الراجح عند أهل العلم وفي الغالب، والعبرة بالغالب لا بالقليل النادر،وهذه القاعدة عليها استثناءات لم تذكر هنا حتى لا تضعف القاعدة.

ويقول السبكي : " والذي يقتضيه الفقه أنّ الجندي الخارج مع أمير يجب عليه طاعته كالخارج للقتال، حكمه حكم العبد والزوجة، فليحمل لفظ الجيش عليه، وإلا فهو مستقل لا تابع "[3]

---

[1] السبكي، الأشباه والنظائر، ج١، ص٥٦-٦٠، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٦١-٦٣، الصلاحين، مذكرة في القواعد الفقهيّة، ص١٦، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٢٨٢-٢٨٧، الشافعي، محمد بن إدريس (٨١٩م/٢٠٤هـ)، الأم، ط١، (٨م)، بيروت، ٢/١٣٦-١٣٧

[2] ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٤١٠، السبكي، الأشباه والنظائر، ج١، ص٥٦-٦٠، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٦١-٦٢، المرداوي، الأنّصاف، ج٥، ص٣٦٢، الشربيني، مغني المحتاج، ج١، ص٢٦٨، الشافعي، الأم، ج٢، ص١٣٦-١٣٧، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٩، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج١، ص٣٥٨، الحطاب الرعيني، محمد بن محمد (١٥٤٧م/٩٥٤هـ)، مواهب الجليل، ط١، (٨م)، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٩٩٥)، ج٢، ص١٣٨-١٥٧

[3] السبكي، الأشباه والنظائر، ج١، ص٦٠-٦١

٣. رجل تلفظ بالطلاق وادعى أنّه لم يقصده، بل سبق لسانه إليه، كأن يقول بدلا من طلبتك، يقول طلقتك، فهناك رأي عند الشافعية أنّها لا تطلق، والقول قوله (أي الزوج)، وهنا كان المعتبر نية المتبوع وهو الزوج لا نية التابع وهي الزوجة [1].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

[1] السبكي، الأشباه والنظائر، ج١، ٧٩، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٧٧-٨١

المبحث الرابع

ما دخل في البيع تبعاً لا حصة له من الثمن ويحتوي على ثلاثة مطالب

المطلب الأول

معناها وألفاظها

هذه القاعدة من القواعد المهمة في قواعد التبعيّة، لكنها ليست من القواعد المشتهرة والدارجة في كتب أهل العلم، ويمكن اعتبارها ضابطا لارتباط معظم تطبيقاتها في باب البيوع، ويتلخص معناها، بما يلي:

إنّ التابع يدخل في حكم الأصل المتبوع من غير ذكر، ويشتمل المتبوع على ما كان في حكم جزء من أجزائه فلا تقبل الانفكاك، وكذا ما جرى العرف على أنّه من مشتملات البيع [1].

وإذا كانت التوابع لا تقصد بالعقود، فبناءً على ذلك ليس لها قسط أو جزء من الثمن والضمان إلا إذا صارت مقصودة بالاستيفاء الحقيقي أو الحكمي ؛ لأنّها صارت مقصودة خرجت عن كونها توابع [2].

جميع الحقوق محفوظة
مركز الإيداع الرسائل الجامعية

أما الألفاظ لهذه القاعدة وما يتعلق بها :

١. " ما دخل في البيع تبعاً لا حصة له من الثمن "

٢. " التوابع لا قسط لها من الثمن والضمان، إلا عند صيرورتها مقصودة بالاستيفاء حقيقة أو حكما"

٣. " التوابع لا تقصد بالعقود "

٤. " التابع لا يفرد بالحكم" [3]

ويرى الباحث أنّ هذه القاعدة تختلف عن قاعدة "من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته" ذلك أنّ قاعدة "ما دخل في البيع تبعاً لا حصة له من الثمن" من الممكن أن يكون الذي الذي دخل تبعاً ليس من ضرورات الملك، كسطح البيت بالنسبة للطابق الأخير فلا يأخذ المالك من المستأجر أجرة السطح لأنّهدخل تبعاً في العقد، وهذا الاستعمال لا يعد ضروريا، وبينما وجه الاتفاق أنّ الشيء الذي يكون من

---

[1] ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٣٧٧،٥٥٥، البهوتي، كشّاف القناع، ج٤، ص١١١، الأتاسي، شرح المجلة، ج٢، ص١٥١-١٥٣، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٤، ص٥٠٩-٥١١، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص١٠٠، السرخسي، المبسوط، ج١٣، ص١٩٧

[2] السرخسي، المبسوط، ج١٣، ص١٨٧-١٨٨، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٤، ص٥٠٩-٥١١، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص١٠٠

[3] البهوتي، كشّاف القناع، ج٤، ص١١١، الأتاسي، شرح المجلة، ج٢، ص١٥١، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٣٧٧، السرخسي، المبسوط، ج١٣، ص١٨٧، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٤، ص٥١٠، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص١٠٠

ضرورات المبيع لا يكون له حصة من الثمن، وقد ذكرهما العلمـــاء المـــؤلفين فـــي الموسوعة الفقهيّة منفصلتين، فجاء في القاعدة الثانية: "من ملك شيئا ملك ما هو مـــن ضروراته" . وذكروا في القاعدة الثامنة: "ما دخل في البيع تبعاً لا حصة له من الثمن" ولو كانتا بمعنى واحدٍ ما أوردوهما منفصلتين.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المطلب الثاني

تأصيلها وأدلتها

يرجع تأصيل هذه القاعدة إلى النصوص والآثار وهي على النحو الآتي :

١. ما روى أنّ عمر بن الخطاب – رضي الله عنه– قد فرض الخراج على ارض السواد وغيرها ، حيث أقر الأرض التي فيها النخل والعنب في أيدي أهل الأرض وجعل على كل جريب من جرب الأرض السواد والبيضاء خراجاً مقدراً [1].

وجه الاستدلال : الأرض لا تتأتى إجارتها إلا بإجارة الشجر ، وعلى ذلك فإنّ الأرض لا حصة لها من الثمن – أي الإجارة –؛ لأنّ المزارعة قامت على الشجر، فيكون هو الأصل الذي قامت عليه الإجارة، وغيره تابع له، فالشجر أصل والأرض تبع، و الاجارة على الشجرة استحسان على خلاف القياس؛ لأنّ الاجارة تكون منفعة ، والمنفعة على الاجارة لا تجوز أصلا، لكنها أجيزت استحساناعلى خلاف القياس، وهذا أصل عند الأئمة الحنفية و المالكية.

٢. ما رواه عبد الله بن عمر – رضي الله عنهما – عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم– : "**أنّه نهى عن بيع حبل الحبلة** " [2]

مركز ايداع الرسائل الجامعية

وجه الاستدلال : أنّ النبي – صلى الله عليه وسلم– عندما نهى عن بيع حبل الحبلة، فكإنّما نفهم منه أنّه لا ثمن له منفصل عن الأصل، لأنّه تابع لأصله، ولا يجوز أن يفرد بالحكم.

٣. وروي عن عمر بن الخطاب –رضي الله عنه– : أنّ الضحاك بن قيس ساق خليجاً له من العريض، فأراد أن يمرّ في أرض محمد بن مسلمة، فأبى محمد، فقال له الضحاك : انت تمنعني، وهو لك منفعة، تسقي منه أولا وآخراً ولا يضرك ؟فأبى محمد، فكلّم فيه الضحاك عمر بن الخطاب – رضي الله عنه– فدعا عمر محمد بن مسلمة، فأمره أن يخلي سبيله، قال محمد : لا، فقال عمر : لا تمنع أخاك ما ينفعه ولا يضرك، فقال محمد : لا، فقال عمر : والله ليمرّنّ به لو على بطنك، فأمره عمر أن يمرّ به، ففعل الضحاك [3].

وجه الدلالة : أنّ الضحاك عندما ملك الأرض ملك حقوقاً أخرى ارتفاقية، وفيها حق المشرب والمسيل (ولم يدفع لهذه الحقوق ثمناً) ؛ لأنّها تابعة في ثمنها للأصل، والدليل قول عمر : والله ليمرن به ولو على بطنك، فلو كان لها ثمن لأمر عمر الضحاك : أن يدفع ثمناً غير ثمن الأرض، لكن لم يفعل ويثبت هذا الحق (حق الانتفاع) تبعاً لامتلاك الأرض، ولا داعي أن يدفع ثمناً لمالك الأرض التي يمر منها الماء، لأنّ حق الشرب تابع، والتابع لا حصة له من الثمن ويثبت هذا الحق (حق الانتفاع) تبعاً لامتلاك الأرض ولا داعي أن يدفع ثمنا لمالك الأرض التي يمر بها الماء؛ لأنّ حق الشِّرب تابع والتابع لا حصة له من الثمن ..... والله اعلم .

---

[1] عبد الرزاق، المصنف، ج٨،ص٢١٨،ابن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة، ج٢،ص١٠٣، ابن تيمية، القواعد النورانية، ص١٦٢-١٦٣، العبد اللطيف، القواعد والضوابط المتضمنة للتيسير، ص٦٠١، أبو عبيد، الأموال، ص٨٩، ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٥٥٥، المرغيناني، الهداية، ج٤، ص٣٨٣

[2] سبق تخريجه

[3] ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٤٩٦، مالك، الموطأ، ج٢، ص٧٤٦، البيهقي، سنن البيهقي، ج٦، ص١٥٧

المطلب الثالث

الأمثلة التطبيقية عليها

هناك العديد من الأمثلة على هذه القاعدة وهي كالآتي :

١. مثل الأوصاف التي تدخل في البيع، والتي لم ينص على ذكرها، مثل البناء والشجر في الأرض، ومثل الجودة في الوزني والكيلي،ومثل أطراف الحيوان، فإنّ هذه الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن قبل القبض [1].

٢. لو كانت الشاة حاملا فمات الجنين في بطنها قبل القبض، فهل للمشتري انقاص جزء من الثمن، **الحنفية والشافعية** قالوا إن هلك الشيء قبل القبض فهو على البائع وان هلك بعد القبض فهو على المشتري، **وفرّق المالكية** بين المبيع الذي هو أصل أو فرع والتفريق بين حق التوفية وغيره . إذا اشترى شاة فولدت قبل القبض، ثم قبضهما المشتري بجميع الثمن، ولكن بعدما قبضهما وجد في الولد عيبا، أو قتله البائع، فإنّ للمشتري رده واسترداد حصته من الثمن، والمشتري يستحق الولد بصفة السلامة، فلما وجد العيب [2] بعد القبض، كان له الرد واسترداد حصته من الثمن، وكذلك إذا قتله البائع بعد ما قبضه المشتري، فقد صار الولد مقصودا بإتلاف البائع إياه، وصار له حصة من الثمن، فيقسم الثمن على قيمة الأم وقت البيع، وقيمة الولد يوم ظهر به العيب أو قتله البائع، فما أصاب الولد بطل عن المشتري وأخذ الأم بما بقي [3].

ولقد وضع الإمام محمد بن الحسن الشيباني [4]: ضابطاً يميز بين التابع الذي له جزء من الثمن، والذي ليس له حصة من الثمن فقال : إنّ كل شيء إذا بعته وحده لا يجوز بيعه، وإذا بعته مع غيره جاز، فإذا استحق ذلك الشيء قبل القبض، كان المشتري بالخيار، إن شاء أخذ الباقي بجميع الثمن، وان شاء ترك.

وكل شيء إذا بعته وحده جاز بيعه، فإذا بعته مع غيره فاستحق، كان له حصة من الثمن والحاصل أنّ ما يدخل في البيع تبعاً إذا استحق بعد القبض، كان له حصة من الثمن، فيرجع على البائع بحصته، وإن استحق قبل القبض، فإنّ كان لا يجوز بيعه وحده كالشرب، فلا حصة له من الثمن .

---

[1] الأتاسي، شرح المجلة، ج٢، ص١٥١-١٥٣، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٥٥٥، السرخسي، المبسوط، ج١٣، ص١٨٨، البهوتي، كشّاف القناع، ج٤، ص١١٢، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٤، ص٥١١، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص١٠٠

[2] **خيار العيب** : هو حرمة كتمان العيب عن البيع، فإنّه يحرم على الأنسان ان يبيع سلعة بها عيب دون بيأنّه للمشتري، وإذا علم المشتري بالعيب أصبح البيع لازما، لأنّه يعتبر بمثابة الرضا منه (الصنعاني، سبل السلام، ج٣، ص٣٣، السيد سابق، فقه السنة، ج٣، ص١٢٣)

[3] السرخسي، المبسوط، ج١٣، ص١٨٨، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٥٥٦، الأتاسي، شرح المجلة، ج٢، ص١٥٢-١٥٣، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٤، ص٥١١، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص١٠٠ (انظر الكاساني، البدائع، ج٤، ص٢١٠، النووي، الروضة، ج٥، ص٢٢٦، البهوتي، كشّاف القناع، ج٤، ص٣٩، الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص٢٤)

[4] محمد بن الحسن الشيباني (٨٠٤م/١٨٩هـ) محمد بن الحسن بن فرقد من موالي بني شيبان، أبو عبد الله نشر علم أبي حنيفة، أصله من قرية حرسته في دمشق له كتب منها " السير الكبير"، "الزيادات، بلوغ الأماني " (ابن فلكان، وفيّلت العيان، ج٤، ص١٨٤، الزركلي، الأعلام، ج٦، ص٨٦)

فلا يرجع بشيء، بل يخير بين الأخذ بكل الثمن أو الترك، وإن جاز بيعه وحده كالشجر كان له حصة من الثمن، فيرجع على البائع .

ثم إنّ محل دخول التابع في البيع ما لم يذكر، فإن كان مبيعا قصدا، حتى لو فات قبل القبض بآفة سماوية [1] تسقط حصته من الثمن (بمعنى أنّه كان مقصودا عند الشراء بنفسه) [2].

٣. حق الشرب، وحق المسيل، وحق المرور،وباقي الحقوق الارتفاقية، فإنّها جميعاً تدخل في بيع الأرض ولا تفرد بالحكم [3].

٤. إذا اشترى شاة حاملا، فلما ولدت مات الحمل، ثم ظهرت الشاة مستحقه أو وجد فيها عيب يوجب الرد، فللمشتري الثمن الذي دفعه كاملا ، وليس للبائع أن يأخذ منه شيئا مقابل الحمل الميت، بحجة نقصان البقرة، إذا ولدت الشاة هل يعدّ الابن إذا هلك مضمونا أم لا ؟!، العلماء مختلفون في هذه المسألة هل هذا الولد عند المرتهن تكون اليد عليه يد ضمان أم أمانة، والراجح عند أكثرهم أنّه يسري إليه حكم الأصل، فتكون يد المرتهن يد ضمان، وستأتي هذه المسألة بشيء من التفصيل في أحكام المتولد إن شاء الله .

ولكن إذا رهن بدينه شاة حاملا فولدت عند المرتهن، فهي وابنها رهن بالدين لو مات إلا إذا اتفق الراهن والمرتهن على قسمة الدين على الشاة وابنها، ثم ماتت الشاة أو مات ابنها فيسقط من الدين الأقل قيمة كل منهما ومن قسطه من الدين ؛ لأنّ كل واحد منهما أصبح مقصودا بالفكاك، فكان المرتهن قد استوفى جزءا من دينه حكما بموت أحدهما عنده أو بفعله [4].

٥. الحمل يدخل في بيع الدابة تبعاً ولا يجوز إفراده بالحكم، وليس للحمل حصة من الثمن بشكل خاص ؛ لأنّه تابع في ثمنه إلى ثمن أمه [5].

٦. المزارعة يدخل ما فيها من أشجار تبعاً الأرض ولا تقصد بالعقد أصلا،ولكن في هذا الزمن أصبحت الأشجار كالنخيل، تقصد بالعقد وتباع ولو كانت قديمة في الأرض [6].

ويرى الباحث أنّ هناك العديد من المسائل التي تتصل بهذه القاعدة المهمة ومن هذه المسائل ما يلي :

---

[1] الآفة السماوية : هي العرض المفسد لما أصابه، وغالبا ما تقيد بالسماوية، وهي ما لا صنع للآدمي فيها (انظر ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٤٧، ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص١٨٨)

[2] ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٥٥٥،٣٧٧، السرخسي، المبسوط، ج١٣، ص١٣٧-١٣٨، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص١٠٠-١٠١

[3] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٣١، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٦-١٤٨، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٨، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٤، ص٥١٠

[4] السرخسي، المبسوط، ج١٣، ص١٨٨، البهوتي، كشّاف القناع، ج٤، ص١١١، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٤، ص٥٠٩-٥١١، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص١٠٠-١٠١، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٥-٣٠٩، كامل،القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٢٥٠-٢٥٢

[5] ابن نجيم البهوتي، كشّاف القناع، ج٤، ص١١١، ص١٤٦-١٤٨، السيوطي الأشباه والنظائر، ص٢٢٨-٢٣١، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٥-٣٠٨، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٤، ص٥٠-٥١١، البورنو، الوجيز، ص٣٣٣، كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٢٥٠، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ٩٥-١٠٠

[6] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٣١، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٨، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٤، ص٥٠٩-٥١١، البورنو، الوجيز، ص٣٣٩، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٨-١٠٠، السرخسي، المبسوط، ج١٣، ص١٨٧

عند بيع السيارات مثلا، فإنّ الوقود من (ديزل،وبنزين ..... الخ)، يدخل ثمنه ضمن ثمن الأصل، وهي السيارة ولا يكون له حصة من الثمن، وكذلك الإطارات فإنّ ثمنها يدخل ضمن ثمن السيارة،فلا يفرد عند البيع حصة لهذه الإطارات من الثمن، فلو أنّ شخصاً اشترى سيارة وتلف عنده شيء من إطاراتها ثم تبين أنّها مستحقه، فردّ السيارة للبائع فليس له أن ينقص من الثمن بدلا عن الإطارات التالفة، لما بينت من أن التابع ليس له حصة من الثمن وهذا المثال له شاهد رقم (٤) السابق الذكر .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المبحث الخامس

التابع مضمون بالاعتداء، ويحتوي على ثلاثة مطالب

المطلب الأول

معناها وألفاظها

يدور معنى هذه القاعدة حول الاعتداء على التابع، سواء كان ذلك الاعتداء على المتبــوع والتابع، أو بلاعتداء على التابع وحده، فإنّ الضمان يقع على المعتدي :

والتعدي هو : تجاوز الحد والحق، والتعدي ينظر إليه على أنّه واقعة مادية محضة يترتب عليها المسؤولية (أي يجب تعويض المتضرر) كلما حدثت [1].

قال الشاطبي : إنّ الخطأ في الحكم في التضمين بالأموال، مساوٍ للعمد في ترتب الغــرم في إتلافها [2].

وضابط الاعتداء : هو انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد، أو أنّه العمل الضار بدون حق أو جواز شرعي [3].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

فالطفل – أي الجنين في بطن الحامل إذا اعتدى على أمّه، فعلى من يتــسبب بالاعتــداء الضمان لأجل المعتاد بإسقاطها لــه ؛ كل ذلك يؤدي إلى ضمان ذلك الطفل من قبل المعتدي بأن يدفع الغرة ،وهي دية الجنين وشاهد ذلك من فعل عمر إذ أخبر عن امرأة ... فقضى علي عليــه بالدية [4]

وأيضا إنّ منافع المغصوب اذا وجدت، فإنّ الغاصب يتحمــل ضــمانها بــسبب غــصبه للأصل، والمنافع هنا وجدت بعد الغصب، فيكون ضامناً للزوائد قبل وبعد الغصب [5].

---

[1] الفيومي، المصباح المنير، ج٢، ص٥٤٣، العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج٢، ص١٣٣، الزحيلي، نظرية الضمان، ص١٨

[2] الشاطبي، الموافقات، ج٢، ص٣٤٧، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٦

[3] ابن جزيء، القوانين الفقهيّة، ص٣٢٣، البهوتي، كشّاف القناع، ج٤، ص١٠٠-١١١، العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج٢، ص١٣٣

[4] ابن جزيء، القوانين الفقهيّة، ص٣٢٣-٣٤٧، ابن عبد البر، الاستذكار، ج٩، ص٢٧٤، ابن حزم، المحلى، ج١١، ص٣٥، البهوتي، كشّاف القناع، ج٤، ص٩٩-١١١، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص١٠٠، حيدر، درر الحكام، ج٢، ص١٠٨، الأتاسي، شرح المجلة، ج٢، ص١٥١-١٥٣

[5] السرخسي، المبسوط، ج١١، ص٧٨-٨٠، الزيلعي، تبيين، الحقائق، ج٥، ص٢٣٣، حيدر، درر الحكام، ج٢، ص٢٦٧، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص١٠٠، البهوتي، كشّاف القناع، ج٤، ص١١١، المرغيناني، الهداية، ج٣، ص١٦٩، الزحيلي، نظرية الضمان، ص١٢١

المطلب الثاني

تأصيلها أدلتها

يبنى تأصيل هذه القاعدة على النصوص والآثار الشرعية، وهي كما يلي:

١. روي أنّ عمر بن الخطاب – رضي الله عنه– أرسل إلى امرأة يدعوها إليه، فقالت : يا ويلها مالها ولعمر، فبينا هي في الطريق فزعت، فجاءها الطلق، فألقت ولدا، فصاح الصبي صيحتين، ثم مات، فاستشار عمر أصحاب النبي – صلى الله عليه وسلم– فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء، إنّما انت وال ومؤدب، وصمت علي، فأقبل عليه عمر، فقال : ما تقول يا أبا الحسن، فقال : إن كانوا قالوا رأيهم، فقد أخطأ رأيهم، وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك، أنّ ديته عليك ؛ لأنّك أفزعتها، فألقته، فقال عمر : أقسمت عليك ألا تبرح حتى تقسمها على قومك، أي بني عدي من قريش [1].

وجه الاستدلال : أنّ المرأة تعتبر أصلا ومتبوعا، وإنّ الحمل الذي في بطنها يعتبر تابعاً لها، وإنّ هذا الحمل مضمون عند الاعتداء عليه، بدليل أنّ عليا بن أبي طالب –رضي الله عنه– لم يزل عند عمر حتى أخذ منه غرة [2] ذلك الطفل ؛ لأنّ عمر يعتبر متسببا في موت الطفل، ونلاحظ من هذا النص الرعاية الفائقة ضمن الشريعة لحق الجنين، ففعل عمر في أصله مباح إذ بلغه وعن المرأة شيء، فطلبها بناء على أنّه الخليفة ومع ذلك تحمل عمر وعاقلته الدية لما تسبب من طلب عمر وفاة الطفل، وعليه فإن قصد الإجهاض أولى بتحمل الدية والمؤاخذة .

٢. روى أبو هريرة –رضي الله عنه– قال :" **اقتتلت امرأتان من هذيل، فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها، فاختصموا إلى رسول الله –صلى الله عليه وسلم – فقضى رسول الله – صلى الله عليه وسلم– أنّ دية جنينها غرة عبد أو وليد** [3].

وجه الدلالة : أنّ الجنين يعتبر تابعاً لأمه التي هي المتبوع أو الأصل، والاعتداء عليه يؤدي إلى ضمأنّه بدليل ان النبي –عليه الصلاة والسلام– جعل على المرأة الجانية الغرة بسبب اعتدائها على المتبوع وهو الأم .

٣. عن المغيرة بن شعبة [4]، قال :

---

[1] ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٨٣٥، البهوتي، كشّاف القناع، ج٤، ص٩٩، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٣٩٧، الماوردي، علي بن حبيب، الأحكام السلطانية، ط٣، (١م)، مصطفى البابي، القاهرة، (١٩٧٣)، ص٢٣٠، وجاء في الأثر أنّه بعث إلى مغنية يطلبها.

[2] الغرة : هي (عبد أو أمة) وقيمتها خمس من الإبل أو خمسون دينارا أو خمسمائة درهم تقسط في مدة سنة واحدة عند الحنفية وذلك يساوي نصف عشر دية الرجل إذا كان الجنين ذكرا، وعشر دية المرأة إذا كان الجنين انثى (ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٤١٦ وما بعدها، حيدر، درر الحكام، ج٢، ص١٠٨، السيد سابق، فقه السنة، ج٢، ص٣٧٩)

[3] أخرجه مسلم، كتاب القسامة والمحاربين والديات، باب دية الجنين رقم (١١)، ج٦، ص٢٣٦، وأخرجه مالك في الموطأ في العقول (١٦٠٨) باب (٧) عقل الجنين، وأخرجه أحمد (٧٢٢١)، والبخاري (٥٧٥٨) والبيهقي (١٢/٨) والنسائي (٧٠٢٣/٤)، وأخرجه عبد الرزاق (١٨٣٣٨) وأبو داود (٤٥٧٧) والترمذي (٢١١١) والبغوي (٢٥٤٣)، **واللفظ لمسلم**.

[4] المغيرة بن شعبة (٦٧٠م/٥٧هـ) المغيرة بن شعبة بن أبي عامر بن مسعود الثقفي، أبو عبد الله أحد دهاة العرب، صحابي يقال له " مغيرة الرأي " شهد الحديبية، ذهبت عينه في اليرموك، ولاه معاوية الكوفة، له ١٣٦ حديثا (الزركلي، الأعلام، ج٨، ص١٩٩)

ضـــربت امرأة ضرتها بعمود فسطاط [1] وهي حبلى . فقتلتها قال : وإحداهما لحيانيـــة [2] قال : فجعل رسول الله عليه وسلم – دية المقتولة على عصبة القاتلة . وغرة لما في بطنها . قال رجل من عصبة القاتلة : أنغرم دية من لا أكل ولا شرب ولا استهل ؟ فمثل ذلك يطـــل، فقـــال رسول الله عليه السلام : " **أسجع كسجع الأعراب** " قال : وجعل عليهم الدية " [3]، وفي روايـــة " **كسجع الكهان** " [٤]

وجه الدلالة : أنّ رسول الله جعل للجنين الميت غرة ولم يلحقه بالأصل أو المتبوع وهذا دليل على أنّ التابع مضمون بالاعتداء وفيه الدية ؛ لأنّ رســـول الله لـــم يقبـــل قـــول الرجـــل واعتراضه، واعتبره النبي من باب سجع الأعراب أو كسجع الكهان .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

---

[1] فسطاط: أي الخيمة، أو البيت من الشعر والجمع فساطيط (الفيومي، المصباح المنير، ج٢، ص٦٤٧)

[2] بني لحيان : بكسر اللام وفتحها، بطن من هذيل من العدنانية، من بلادهم : رخمة، الهزوم، وألبان، وقد قامت لهم دولة في شمال الحجاز قبل الإسلام، وهم الذين قتلوا أصحاب الرجيع (عاصم بن ثابت، وخبيب بن عدي، وزيد بن الدثنة) انظر كحالة، عمر رضا، ١٩٨٥، معجم القبائل العربية، ط٥، مؤسسة الرسالة، بيروت، ج٣، ص١٠١٠

[3] أخرجه مسلم، كتاب القسامة والمحاربين، باب دية الجنين، ج٦، ص٢٣٩، وأخرجه مالك في الموطأ، كتاب العقول، باب عقل الجنين رقم (٧)، وأخرجه أحمد (١٨١٦١) والبيهقي (١١٤/٨) والنسائي (٧٠٣٠/٤) وعبد الرزاق (١٨٣٥٣) وابن عبد البر، الاستذكار، ج٩، ص٣٧٢، **واللفظ لمسلم** .

[4] أخرجه مسلم، كتاب القسامة والمحاربين، ج٦، ص٢٣٨، حديث رقم (٤٣٦٧)

المطلب الثالث

الأمثلة التطبيقية عليها

من الأمثلة على هذه القاعدة المهمة :

١. إذا أسقطت المرأة جنينها ميتاً بفعل مادي، أو معنوي، أو سلبي كالضرب والتهديد والتخويف والجرح، أو التداوي بدواء معين أو غيره، أو الصياح، أو منع الطعام أو الشراب عنها حتى تلقي الجنين، وجب على الجاني المعتدي دفع دية الجنين وهي الغرة [1].

وقد اختلف أهل العلم في تحديد الجنين الذي تجب فيه الدية، فكانوا على ثلاثة أقوال :

القول الأول : ما ذهب إليه الحنفية والشافعية، من أنّه لا تجب الدية بالجناية على الجنين إلا إذا استبان بعض خلقه وصورته، وذلك بعد مرور أربعة أشهر على حمله فإنّ ألقت مضغة أو قطعة لحم ليس فيها صورة آدمي أصلا، فلا دية،لكن تجب عند الحنفية حكومة [2] عدل [3].

القول الثاني : ما ذهب إليه المالكية والظاهرية، إلى أنّه تجب دية الجنين سواء أكان ذكرا أم أنثى، تم خلقه، أم لم يتم إذا خرج من بطن أمه ميتا، وعلى هذا : كل ما طرحته المرأة من مضغة أو علقة مما يعلم أنّه ولد، ففيه الغرة [4].

القول الثالث : ما ذهب إليه الحنابلة، إلى أنّه لا تجب الدية إلا إذا كان الجنين بصورة آدمي، فإن لم تظهر فيه صورة إنسان فلا شيء فيه، إذ لا دليل على أنّه جنين [5].

---

[١] ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٨٣٢، الماوردي، الأحكام السلطانية، ص٢٣٠، ابن عابدين، حاشية بن عابدين، ج٥، ص١٤٨، الرملي، نهاية المحتاج، ج٧، ص٩٨، الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، ص١٠٤، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص١٠٠، الزحيلي، نظرية الضمان، ص٢٣٢

[٢] حكومة عدل : هي المال الذي يقدره القاضي بمعرفة الخبراء فيما ليس فيه مقدار محدد شرعا كاليد الشلاء، ونحوها مما ذهب نفعه، والجرح والتعطيل ونحوها (انظر : ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٤١١، الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، ص٧٧، الزحيلي، نظرية الضمان، ص٣٢٨)

[٣] ابن عابدين، حاشية بن عابدين، ج٥، ص٤١٨، الرملي، نهاية المحتاج، ج٧، ص٩٨، النووي، شرح صحيح مسلم، ج٦، ص٢٣٧-٢٤٢، الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، ص١٠٥، حيدر، درر الحكام، ج٢، ص١٠٨، الماوردي، الأحكام السلطانية، ص٢٣٠

[٤] ابن جزيء، القوانين الفقهيّة، ص٣٢٣-٣٤٧، ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص٤٠٨، ابن عبد البر، الاستذكار، ج٩، ص٢٧٤، ابن حزم، المحلى، ج١١، ص٣٥

[٥] ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٨٠٦، البهوتي، كشّاف القناع، ج٤، ص١١١، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص١٠٠

٢. ومن ذلك منافع المغصوب وغلته، فإنّها مضمونة على الغاصب تبعاً للمغصوب عند المالكية والشافعية والحنابلة [1] خلافاً للحنفية [2].

وتحقيق الأمر : قال أئمة الحنفية أنّ المنافع ليست أموالا، لكن يمكن حصول التملك لها ؛ لأنّ المال في نظرهم مقصور على الأشياء المادية، والمنافع ليست ذات وجود مادي، وإنّما هي أعراض متجددة تحدث شيئاً فشيئاً على مر الزمن [3].

وجّه إلى هذا الرأي عند الحنفية نقود كثيرة وردود ؛ لأنّه يجافي المصلحة، ولا يتمشى مع الواقع وفيه إهدار للحقوق، والأموال في واقع الأمر لا يحرص عليها إلا لمنفعتها، فكيف يقوم رأيهم ؟[4]

ويقول العز بن عبد السلام : " والناس يعتادون تمول المنفعة بالاتجار فيها ، فإنّ أعظم الناس تجارة هم الباعة، والمنفعة رأس مالهم، وأثمان الأشياء تقدر بمنافعها، ولأنّ الشرع اعتبر المنفعة مالا، إذ أجاز جعلها مهراً في عقد الزواج، وإنّما ذلك لعموم الآية قوله تعالى : **[وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاء ذَلِكُمْ أن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَالِكُم]** 5

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية

وإنّ العلماء اختلفوا في ضمان غلة وثمار زوائد المغصوب على قولين:

القول الأول: وجوب الضمان وهو قول الشافعية و الحنابلة[6] وذهبوا أنّ زوائد المغصوب في يد الغاصب مضمونة ضمان الغصب عند التلف، سواء كانت الزيادة منفصلة كولد الحيوانأو ثمر الشجر، أو كانت الزيادة متصلة مثل تعلم الصناعة أو السِّمن؛ لأنّ الزوائد ملك للمغصوب منه صارت في يد الغاصب بالغصب، فتضمن بلهلاك أو التلف مثل الأصل الذي تولدت منه، وهذا الرأي يبنى على القاعدة أو شاهد على القاعدة.[٧]

القول الثاني: في عدم الضمان وهو قول الحنفية والمالكية، [٨] وذهبو إلى أنّ الزيادة في المغصوب في يد الغاصب سواء كانت متصلة كالجمال و السّمن، أو منفصلة عنه كالصوف وثمر البساتين و اللبن، فإنّ هذه جميعا تعتبر أمانة في يد الغاصب، فإن هلكت فلا ضمان عليه، إلاّ بالتعدي عليها

---

[١] الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢٨٦، البهوتي، كشّاف القناع، ج٤، ص١١١، ابن قدامه، المغني، ج٥، ص٢٢٧، ابن رجب، القواعد، ص٢١٣، العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج١، ص١٥٢، ابن عبد البر الاستذكار، ج٩، ص٢٧٣ وما بعدها، ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص٣١٥

[٢] ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص١٤٣، السرخسي، المبسوط، ج١١، ص٧٨، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص٢٣٣، المرغيناني، الهداية، ج٣، ص١٦٣

[٣] السرخسي، المبسوط، ج١١، ص٧٨، الزحيلي، نظرية الضمان، ص١٢١، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص١٠٠

[٤] الزحيلي، نظرية الضمان، ص١٢١، حيدر، درر الحكام، ج٢، ص٢٦٧

[٥] سورة النساء، آية ٢٤

[6] الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢٨٦، الرافعي، فتح العزيز، ج١١، ص١٢٦٢ن ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٢٧، ابن رجب، القواعد،ص٢١٣.

[7] الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢٨٦، البروني ، كشّاف القناع، ج٤، ص١١٤

[8] السرخسي، المبسوط، ج١١ن ص١٥٤، الزيلعي، تبين الحقائق، ج٥،ص ٢٣٢، ابن جزيء، القوانين الفقهيّة، ص١٧٤، ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص٣١٥.

كالاتلاف، أو الأكل أو البيع أو بالامتناع عن أدائها، بعد طلبها من مالكها؛ لأنّ هذه الزيادة ليست مغصوبة لزوال شرط الازالة عن يد المالك؛ لأنّها لم تكن في يده وقت الغصب.[١]

ويتبين من هذا كله : أنّ منافع المغصوب تضمن تبعاً لأصلها – المتبوع – ؛ لأنّ تلك المنافع معتبرة؛ لأنّها تضيع على صاحبها [2].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

1 ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥،ص١٤٣، الزيلعي، تبين الحقائق، ج٥، ص ٢٣٢

٢ السرخسي، المبسوط، ج١١، ص٧٨، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص٢٣٣، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص١٤٤–١٤٦، المرغيناني، الهداية، ج٣، ص١٦٩، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص١٠٠، حيدر، درر الحكام، ج٢، ص٢٦٧، الزحيلي، نظرية الضمان، ص١٢١، العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج١، ص١٥٢

الفصل الخامس

القواعد التي تستثنى من قاعدة التابع تابع ويحتوي على خمسة مباحث

المبحث الأول : " قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل "

ويحتوي على ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : معناها وألفاظها

المطلب الثاني : تأصيلها وأدلتها

المطلب الثالث : الأمثلة التطبيقية عليها

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع رسائل الجامعية

المبحث الثاني : " قد يثبت للتابع مالا يثبت للمتبوع "

ويحتوي على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : معناها وألفاظها

المطلب الثاني : تأصيلها وأدلتها

المطلب الثالث : الأمثلة التطبيقية عليها

المبحث الثالث :" قد يجوز بالتبعيّة مالا يجوز بالأصالة"

ويحتوي على ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : معناها وألفاظها

المطلب الثاني : تأصيلها وأدلتها

المطلب الثالث : الأمثلة التطبيقية عليها

المبحث الرابع : " فيما يشك أنّه من التوابع "

ويحتوي على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : معناها وألفاظها

المطلب الثاني : تأصيلها وأدلتها

المطلب الثالث : الأمثلة التطبيقية

المبحث الخامس : " الزيادة تتبع الأصل إلا في الصداق "

ويحتوي على ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : معناها وألفاظها

المطلب الثاني : تأصيلها وأدلتها

المطلب الثالث : الأمثلة التطبيقية

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المبحث الأول

قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل، ويحتوي على ثلاثة مطالب

المطلب الأول

معناها وألفاظها

هذه القاعدة مرتبطة بما سبق من القواعد، فهي استثناء على قاعدة " إذا سقط الأصل سقط الفرع "، ويمكن أن تعتبر استثناء من القاعدة الأم " التابع تابع "، لأنّ التابع كما عرف سابقا لا يثبت إلا إذا ثبت المتبوع [١]. ويستثنى من هذا الأصل، أنّه قد يحكم بثبوت شيء تابع لغيره مع عدم ثبوت المتبوع والأصل ؛ وذلك بسبب قيام الحجة على لزوم تحقق هذا الحكم.

ومن المعروف والثابت عقلا وعرفا، أنّ الفرع لا يمكن ان ينشأ ويتكون ويكون له وجود إلا بعد وجود أصله، وهذا كما عرف سابقا ان تلك قاعدة مطردة في المحسوسات والمعقولات وهي من سنن الله الطبيعية التي يعرفها كل العقلاء، لكن هذه القاعدة جاءت على خلاف هذا [٢] .

وقد أزال الشيخ مصطفى الزرقا هذا الإبهام والغموض فقال : " أنّ الأمور الحقوقية تؤثر فيها عوامل تختلف عن العوامل الطبيعية، فهذه القاعدة تعبر عن إثبات الحقوق أمام القضاء ولا تبحث عن نشؤها في الواقع .

فوجود الفرع يستلزم في الواقع وجود الأصل الذي تفرع عنه، ولكن إثبات المسؤوليات الحقوقية على الأشخاص قد يفقد وسائله المثبتة في حق الأصل وتتوافر في حق الفرع [٣] .

هذا وكما لا تلازم بين الفرع والأصل في الوجود، فكذلك لا تلازم بينهما في السقوط بعد الوجود

أما عدم سقوط الأصل بسقوط الفرع فذلك أمر ظاهر، إذ لا يلزم من إبراء كفيل المال والنفس مثلا براءة الأصيل [٤] .

---

[1] الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٣٩١، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٩، البورنو، الوجيز في إيضاح القواعد، ص٣٣٨، أحمد الزرقا، شرح القواعد، ص٤١١، كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٢٥٦ .

[2] حيدر، درر الحكام، ج١، ص٤٨، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٩، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٥، البورنو، الوجيز في إيضاح القواعد، ص٣٣٩، كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٢٥٦ .

[3] الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص١٠٢١، البورنو، الوجيز في إيضاح القواعد، ص٣٣٩، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٩ .

[4] أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٤١٣، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٩، حيدر، درر الحكام، ج١، ص٤٨ .

الألفاظ المتعلقة بهذه القاعدة المهمة :

١. " قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل "

٢. " قد يثبت الفرع دون الأصل "

٣. " قد يثبت الفرع مع سقوط الأصل "

٤. " قد يثبت الفرع وان لم يثبت الأصل " [١]

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

[1] الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٣٩١، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٣٠، حيدر، درر الحكام، ج١، ص٤٨، الأتاسي، شرح المجلة، ج١، ص١١٦، البورنو، الوجيز في إيضاح القواعد، ص٣٣٩، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج٥، ص٥٨-٥٩، أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٤١٢، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٩،، كامل القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٢٥٦ .

المطلب الثاني

تأصيلها وأدلتها

يرجع تأصيل هذه القاعدة إلى النصوص والآثار على النحو الآتي :

١. لما انتهت غزوة بني قريظة، بادر المسلمون إلى انزال اليهود على حكم رسول الله – صلى الله عليه وسلم –، وأمر رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بأسر الرجال، فوضعت القيود في أيديهم تحت إشراف محمد بن سلمة [1] الأنّصاري، وجعلت النساء والذراري بمعزل عن الرجال في ناحية، وقامت الأوس إلى رسول الله – صلى الله عليه وسلم– فقالوا : يا رسول الله، قد فعلت في بني قينقاع ما قد عملت، وهم حلفاء إخواننا الخزرج، وهؤلاء موالينا، فأحسن فيهم، فقال : ألا ترضون أن يحكم فيهم رجل منكم؟! قالوا : بلى، قال : فذاك إلى سعد بن معاذ، قالوا : قد رضينا .

فأرسل إلى سعد بن معاذ، وكان في المدينة، لم يخرج معهم، للجرح الذي كان أصاب أكحله في معركة الأحزاب، فأركب حماراً، وجاء إلى رسول الله – صلى الله عليه وسلم–، فجعلوا يقولون وهم كنفيه : يا سعد، أجمل في مواليك فأحسن فيهم، فإنّ رسول الله –صلى الله عليه وسلم– قد حكمّك لتحسن فيهم، وهو ساكت لا يرجع إليهم شيئاً، فلما أكثروا عليه، قال : لقد آن لسعد أن لا تأخذه في الله لومة لائم، فلما سمعوا ذلك منه رجع بعضهم إلى المدينة فنعى إليهم القوم.

مركز ايداع الرسائل الجامعية

ولما انتهى سعد إلى النبي – صلى الله عليه وسلم– قال للصحابة : قوموا إلى سيدكم، فلما انزلوه، قالوا : يا سعد ان هؤلاء القوم قد نزلوا على حكمك، وقال : وحكمي نافذ عليهم ؟! قالوا : نعم، قال : وعلى المسلمين ؟! قالوا نعم، قال : وعلى من هاهنا ؟! وأعرض بوجهه، وأشار إلى ناحية رسول الله – صلى الله عليه وسلم– إجلالا له وتعظيما، قال : نعم وعلي، قال : فإنّي أحكم فيهم أن يقتل الرجال، وتسبى الذرية وتقسم الأموال، فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم– : **لقد حكمت فيهم بحكم من فوق سبع سموات** [2] .

وجه الدلالة : أنّ النبي – صلى الله عليه وسلم– قد أقر سعد بن معاذ على حكمه الذي حكم بحكم الله من فوق سبع سموات وهو قتل الرجال وهم الأصل والمتبوع، وأبقى على حياة الأطفال وهم توابع، فالتابع وهم الأطفال قد ثبت، والأصل وهو(الرجال) قد سقط.

والدليل على ذلك أنّ النبي – صلى الله عليه وسلم– قد أمر بقتل من أنبت، وترك من لم يُنبتْ [3]

وعلى هذا يثبت أنّ من أنبت أصل و من لم يُنبتْ الفرع (أي الحياه)، وسقط الأصل الذي أنبت (أي الموت).

---

[1] محمد بن سلمة: (٠٠٠/٠٠٠)، هو محمد بن سلمة عبد الأسد المخزومي، قال ابن حيان له صحبه، وقال البغوي، ذكره بعض من ألف في الصحابة وانكر عليه، حكاه ابن شاهين عن البغوي. (ابن حجر، الإصابة في تمييز الصحابة، ج٣، ص٣٧٥) .

[2] البوطي، فقه السيرة النبوية، ص٢٢٤–٢٢٥، المباركفوري، الرحيق المختوم، ص٣٧٣–٣٧٤ .

[3] أخرجه مسلم في صحيحهن كتاب الجهاد، باب رقم ٢٢، حديث رقم (٦٤)، وأخرجه أحمد في مسنده، ج٣، ص٢٢،الهيتمي، مجمع الزوائد،ج٦،ص١٣٨،البهقي، سنن البهقي،ج٩،ص٦٣، المباركفوري، الرحيق المختوم، ص٣٧٣–٣٧٤، البوطي، فقه السيرة النبوية، ص٢٢٤–٢٢٥،**واللفظ لمسلم.**

١. روي عن عمر –رضي الله عنه–: " أنّه كتب إلى أمراء الأجناد أن لا تؤخذ الجزية من النساء والصبيان " [١]

وجه الدلالة: أنّ الإسلام قد جعل الجزية على الرجال دون النساء والصبيان ؛ لذا فإنّ أمان النساء والصبيان لا يتأثر بانتهاء أمان الرجال . وقد يثبت أمان المرأة (وهو التابع)، ويسقط أمان الرجل (وهو الأصل).

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

[1] ابن حزم المحلى، ج٧، ص٣٤٧، أبو عبيد، الأموال، ص٥١، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج٦، ص٦٤.
البيهقي، سنن البيهقي، ج٩، ص١٩٥، ابن قدامة، المغني، ج٨، ص٧٠٥، ابن عابدين حاشية ابن عابدين، ج٤، ص١٩٨، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج٥، ص١٧٦، عبد الزراق، المصنف، ج١٠، ص٣٣١ .

المطلب الثالث

الأمثلة التطبيقية عليها

هناك العديد من الأمثلة على هذه القاعدة ، وهي على النحو الآتي :

١. إذا ادعت فاطمة على أحمد بالنفقة لولدها خالد، فإنّكر أحمد الزوجية بينهم،أو عجزت المرأة عن إثباتها، فإنّ دعواها بالنفقة لا تسمع، ولكن لو ادعى الولد بعد ذلك كونه ابن أحمد وأثبت ذلك بدعوى أحمد إياه، فإنّه يثبت نسبه منه، ففي هذه المسألة قد ثبت النسب الذي هو فرع، ولم يثبت النكاح الذي هو ذلك الأصل [١] .

٢. لو أقر أحد لشخص مجهول النسب أنّه أخوه . فهذا الإقرار يمسّ حقوق الأب، لأنّ فيه تحميلا للنسب عليه ؛ لأنّه كونه أخاً للمقر هو فرع عن بنوته لأبيه فيحتاج إلى تصديق الأب .

فإذا انكر الأب بنوته ولم يمكن إثباتها بالبينة لا تثبت بنوته للأب، ولكن يؤاخذ بإقراره أنّه أخوه فيقاسمه حصته من ميراث الأب [٢] ، الأصل الإقرار بالبنوة والفرع التحريم .

ويقول السيوطي : إذا قال أحد الابنين فلانة بنت أبينا، وانكر الآخر، ففي حلها للمقر وجهان : والمجزوم به في النهاية : التحريم، وهو المعمول به، وقد ثبت الفرع دون الأصل [٣] .

٣. لو ادعى رجل على أسامة ألف دينار وكفله أحمد، فاعترف الكفيل (أحمد)، وانكر المدين (أسامه) وعجز المدعي عن إثبات ماله في ذمة أسامة، يؤخذ المبلغ من الكفيل ؛ لأنّ المرء مؤاخذ بإقراره، وفي هذه المسألة قد ثبت الفرع التابع، ولم يثبت الأصل المتبوع، فقد ثبت الفرع وهو (الكفالة) ولم يثبت الأصل والذي هو الدين [٤] .

٤. إذا ادعى الزوج الخلع و انكرت المرأة، ثبتت البينونة بلا خلاف، ولم يثبت المال الذي هو الأصل، فالبينونة (فرع) قد ثبتت، والمال أصل قد سقط [٥]

٥. المحرم الذي لا شعر على رأسه، يندب إمرار الموس عليه أو يجب، مع أنّ الأصل وهو الشعر قد سقط [٦]

---

[1] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٢٩-٢٣١، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٧-١٥٣، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣١٠، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج٥، ص٥٨-٥٩، أحمد الزرقا شرح القواعد الفقهيّة، ص٤١٢-٤١٣، البورنو، الوجيز في إيضاح القواعد، ص٣٣٩ .

[2] ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٦-١٥٠، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٢٩-٢٣١، شبير، القواعد الفقهيّة، ص٣١٠، البورنو، الوجيز في إيضاح القواعد، ص٣١٠، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج٥، ص٥٨-٦٠، الزرقا، المدخل، ج٢، ص١٠٢١ .

[3] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٣١ .

[4] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٣٠-٢٣١، الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص١٠٢١، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣١٠، حيدر، درر الحكام، ج١، ص٧١-٧٢، أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٤١٠-٤١٣، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج٥، ص٥٨ .

[5] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٣٠، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٦-١٥٥، شبر، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣١٠، البورنو، الوجيز في إيضاح القواعد، ص٣٣٩ .

[6] ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٦-١٥٤، البورنو، الوجيز في إيضاح القواعد، ص٣٣٩، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٣-٢٣١، حيدر، درر الحكام، ج١، ص٤٨-٤٩ .

٦. إذا مات الغازي والمجاهد والعالم من له حق منهم في ديوان الخراج، يفرض لأولادهم تبعاً ولا يسقط بموت الأصل ترغيبا في الجهاد وفي طلب العلم [١] .

٧. إذا بطل أمان الرجال لم يبطل أمان نسائهم وصبيانهم في الأصح [٢] .

٨. ومثله الوكيل بنقل الزوجة أو العبد إذا أقامت الزوجة أو العبد البينة على الطلاق، أو العتق، تقصر يد الوكيل ولا يقضي بإحداهما، فقد قضي بقصر يد الوكيل الذي هو فرع من غير أن يقضى بالمدّعى به الذي هو الأصل [٣]، والذي يراه الباحث أنّ المسألة تكون صحيحة بادعاء الانتهاء وليس بإقامة البينة لأنّها لو أقامت البينة لقضى القاضي، وتعد هذه المسألة من قضايا الأمور المستعجلة وصورتها كما يفهمها الباحث أنّ المرأة أتت بالشهود وقبل أن يحكم القاضي وتناقش الشهود فإنّه يقضي بكف يد الوكيل.

٩. وكذا لو أوقع طلاقاً على إحدى زوجتيه، وكان هذا الطلاق مبهما ثم توفيت إحداهما قبل البيان، تتعين الأخرى للطلاق، فلو أنّه قال عنيت بالطلاق التي ماتت، لا يعتبر قوله ولكن يحرم بسببه من الميراث [٤]، ويلاحظ هنا ثبوت الفرع وهو الحرمان من الميراث مع سقوط الأصل الذي هو تعيين الطلاق .

١٠. وكذلك لو غصب إنسان شيئاً فباعه، ثم تداولته الأيدي بالبيع والشراء، فأجاز المالك أحد العقود جاز العقد الذي أجازه خاصة لا ما قبله من العقود ولا ما بعده [٥] .

قال الشيخ الزرقا: " وقد يملك الفرع مالا يملك الأصل، كالمريض إذا صار مديوناً بما يحيط بماله إذا باع في مرض موته وحابى فيه ولو قليلا، فإنّ محاباته لا تجوز وإن قلّت، والمشتري منه بالخيار إن شاء وفى الثمن إلى تمام القيمة وإن شاء فسخ، وأما وصيته بعد موته إذا باع تركته لقضاء ديونه وحابى قدر ما يتغابن فيه صح بيعه ويجعل عفواً. [٦]

---

[1] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٢٩-٢٣١، البورنو، الوجيز في إيضاح القواعد، ص٣٣٩، الزركشي، المنثور، ج١،٢٢-٢٥ .

[2] الشربيني، مغني المحتاج، ج٦، ص٦٠-٦٨، البورنو، الوجيز في إيضاح القواعد، ص٣٣٩، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٦-١٥٥ .

[3] أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٤١٢، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣١٠، كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٢٥٦ .

[4] الكاساني، البدائع، ج٣، ص٢٢٥، أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٤١٢ .

[5] أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٤١٢، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٦-١٥٥، السيوطي، الأشباه والنظائر ٢٢٩-٢٣٢ .

[6] أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٤١٣، الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص١٠٢٢ .

المبحث الثاني

قد يثبت للتابع مالا يثبت للمتبوع ويحتوي على ثلاثة مطالب

المطلب الأول

معناها وألفاظها

هذه القاعدة مرتبطة بالقاعدة التي سبقتها "قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل"، ويدور معناها حول القضايا التالية :

الفرع لا يقوم من غير أصله، وإذا سقط الأصل سقط ما يتبعه، وهذه قاعدة مطردة في المحسوسات والمعقولات، مثل الفرع والغصن، فإنّها لا توجد إلا بوجود الشجرة وهي الأصل ..... الخ [١] .

ويرى الباحث أنّ هذه القاعدة مستثناة من القاعدة الأم " التابع تابع "، ولم يورد الباحث الاستثناءات على كلّ قاعدة ؛ لأنّ ذلك يؤدي إلى أضعاف القاعدة الأم وهي "التابع تابع" والتي تثبت قوتها من خلال هذه الدراسة .

و قاعدة " قد يثبت للتابع مالا يثبت للمتبوع "تعني أنّ هناك بعض الأحكام والقضايا تثبت للتابع دون ثبوتها للمتبوع، وتثبت للفرع دون ثبوتها للأصل.

وكما عرف سابقاً أنّ إثبات المسؤوليات الحقوقية على الأشخاص قد تفقد وسائل إثباتها في حق الأصل وتتوافر في حق الفرع [٢] .

أما الألفاظ المتعلقة بهذه القاعدة [٣] :

١. " قد يثبت للتابع مالا يثبت للمتبوع "
٢. " قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل"
٣. " قد يجوز بالتابع مالا يجوز بالمتبوع "
٤. " قد يجوز بالتبعيّة مالا يجوز بالأصالة "

---

[1] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٢٨-٢٣١، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٦-١٥١، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٤-٣٠٩، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٤-٩٨ .

[2] الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص١٠٢١ .

[3] ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٦-١٥١، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٢٨-٢٣١، البورنو، الوجيز في إيضاح القواعد، ص٣٣٣-٣٣٩، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٤-٩٨، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٤-٣٠٩، كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٢٤٩-٢٥٦، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٤٠١-٤٠٣، حيدر، درر الحكام، ج١، ص٤٨-٥٢، أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٤١١-٤١٣ .

المطلب الثاني

تأصيلها وأدلتها

يرجع تأصيل هذه القاعدة إلى النصوص الشرعية التالية :

١. عن نافع عن ابن عمر، قال : أصاب عمر أرضا بخيبر، فأتى النبي – صلى الله عليه وسلم– يستأمره فيها، فقال : يا رسول الله ؟أنّي أصبت أرضاً بخيبر، لم أصب مالا قط هو انفس عندي منه، فما تأمرني به ؟ قال : " **إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها**، قال: فتصدق بها عمر ؛ أنّه لا يباع أصلها، ولا يبتاع، ولا يورث، ولا يوهب . قال : فتصدق عمر في الفقراء، وفي القربى، وفي الرقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل، والضيف لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، أو يطعم صديقاً، غير متموّلٍ فيه.

قال : فحدثت بهذا الحديث محمدا، فلما بلغت هذا المكان، غير متمول فيه، قال محمد : غير متأثل [1] مالا.

قال ابن عون : وأنبأني من قرأ هذا الكتاب، أنّ فيه : غير متأثلٍ مالا [2] .

وجه الاستدلال : ما ذكره النووي ان الحديث يدل بإجماع المسلمين على صحة وقف المساجد والسقايات، وفيه أن الوقف لا يباع ولا يوهب ولا يورث، إنّما يتبع فيه شرط الواقف، وفيه صحة شروط الواقف، وفيه فضيلة الوقف،وهي الصدقة الجارية .... الخ .

يظهر للباحث أنّ الحديث أجاز بيع ما ينتج عن الأصل، وابتياعه، ووراثته ولم يأت الجواز على بيع الأصل أو ابتياعه أو وراثته.

---

[1] أثل: أثل الشيء أصله، وكل قديم للشيء، (انظر: الفيومي، المصباح المنير، ج١، ص٥، النووي، شرح صحيح مسلم، ج٦، ص١٥٨) .

[2] أخرجه مسلم، كتاب الوصية، باب:– ترك الوصية لمن ليس له شيء يوصي فيه، ج٦، ص١٥٨، وأخرجه أحمد (٤٦٠٨) (٥١٧٩) (٦٤٦٠)، أخرجه البخاري (٢٣٣٧) وأطرافه في (٢٣١٣) (٢٧٦٤)، أخرجه أبو داود (٢٨٧٨)، والترمذي (١٣٧٥)، والنسائي في السنن الكبرى، ج٤، ص٦٤٢٨، وابن ماجة (٢٣٩٦) ، أخرجه الدارقطني، ج٤، ص١٨٨–١٩٠، والبيهقي في السنن، ج٦ ص١٥٨–١٦٠، وأخرجه البغوي (٢١٩٥)، **واللفظ لمسلم** .

المطلب الثالث

الأمثلة التطبيقية عليها

هناك العديد من الأمثلة التي تندرج تحت القاعدة السابقة وهي على النحو الآتي :

١. إذا نوى القصر في الصلاة على الأركان والشرائط، ثم نوى التطويل المشروع أو السنن المشروعة، فإنّ ذلك يجزئه ؛ لاشتمال النية الأولى على الأركان والشرائط.

والثانية تشتمل على السنن التابعة، فإنّها وإن لم تكن صلاة مستقلة، فقد يثبت للتابع مالا يثبت للمتبوع، أو يكون ذلك من رخص النوافل، كما رخص للمسافر التوجه في صلاته إلى غير القبلة توسعة لتكثير النوافل .

وكذلك لو نوى التسليم بعد انقضاء التشهد، ثم بدا له أن يطول في الأدعية والأذكار [١] .

٢. لو قال رجل أنّ لفلان كذا دينارا وأنا كفيل به " أي بدون أمر المدين " وبناء على إنكار الأصيل، ادعى الدائن على الكفيل بالدين لزم على الكفيل أداؤه .

وقيل بدون أمر المدين ؛ لأنّه لو قال المدين لرجل اكفلني بالمبلغ المطلوب مني لفلان وكفله، يعتبر أمره هذا إقراراً بالدين ويؤاخذ به الكفيل . ويؤاخذ الكفيل وهو الفرع والتابع في الدين دون الأصيل الذي هو الأصل فيه فيما لو أثبت بالبينة وفاءه الدين قبل كفالة الكفيل .

وهذا المثال أيضا ينطبق على قاعدة " الإقرار حجة قاصرة " ؛ لأنّ الإقرار من الكفيل بالدين إقرار على نفسه وحجة قاصرة عليه وحده لا تتعداه إلى الأصيل [٢] .

---

[1] العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج١، ص٣٢٢، الحصني، كفاية الأخيار، ص١٣٩، النووي، شرح صحيح مسلم، ج٧، ص٦٠

[2] أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٤١١-٤١٣، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٣٠-٢٣١، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٦-١٥١، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣١٠، كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٢٥١-٢٥٣، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج٥، ص٥٨-٥٩، حيدر، درر الحكام، ج١، ص٤٨-٧١، ٥٠، الأتاسي، شرح المجلة، ج١، ص١٦١ .

المبحث الثالث

قد يجوز بالتبعيّة مالا يجوز بالأصالة "، ويحتوي على ثلاثة مطالب

المطلب الأول

معناها وألفاظها

التبع يتبع الأصل وهو يقوم به، ولا يظهر مع ظهور الأصل، وأنّ التبع يتبع الأصل ولا يسبقه، وهو لا يفرد بالحكم [١] .

وأنّه إذا وجد سبب موجب لحكم في حق الأصل، وكان للأصل هذا تبع، فإنّ الحكم يجب في حق التبع كوجوبه في حق الأصل [٢] .

والفرق بين ما ثبت تبعاً وبين ما ثبت أصالة، من حيث أنّه يغتفر في التابع أي يتسامح فيه ما دام تابعاً، مالا يغتفر فيه ؛ أي لا يتسامح فيه إذا صار متبوعاً أي أصلاً ومقصوداً [٣] .

وقاعدة " قد يجوز بالتبعيّة مالا يجوز بالأصالة "، تعتبر من باب الاستثناء على ما تكلم به الباحث من خلال عرضه السابق في هذه الدراسة .

وتعني هذه القاعدة وجود بعض الأمورالتي تناط بالتبعيّة – أي التابع أو الفرع – ولا تتعلق بالأصالة – أي المتبوع أو الأصل – وسيأتي ذكر الأمثلة على ذلك إن شاء الله .

أما الألفاظ التي تتعلق بهذه القاعدة [٤] :

١. " قد يجوز بالتبعيّة مالا يجوز بالأصالة "

٢. " قد يثبت للتابع مالا يثبت للمتبوع "

---

[1] السرخسي، المبسوط، ج٢٥، ص٣١، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٢٨–٢٣٠، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٣، ص١٩١، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠ ص٩٤–٩٨ .

[2] السرخسي، المبسوط، ج٢٥، ص٣١–٣٢، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٦–٣٠٩، كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٢٤٩–٢٥٢، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٣، ص١٩٠ .

[3] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٢٩–٢٣١، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٦–١٤٨ شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٧، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٥–٩٧ .

[4] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٢٩–٢٣١، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٤٦–١٤٨، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٥–٩٧، ابن القيم، إعلام الموقعين، ج٥، ص٣٩٤، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٣، ص١٩١، كامل، القواعد الفقهيّة الكبرى، ج١، ص٢٥٢، حيدر، درر الحكام، ج١، ص٤٨–٥٠ .

المطلب الثاني

تأصيلها وأدلتها

ويرجع تأصيل هذه القاعدة إلى النصوص الشرعية على النحو التالي:

١. قالت السيدة عائشة : سألت خديجة [١] النبي – صلى الله عليه وسلم– عن أولاد المشركين، فقال : " **هم مع آبائهم** " ثم سألته بعد ذلك،فقال :" **الله أعلم بما كانوا عاملين**" ثم سألته بعد ما استحكم الإسلام، فنزلت : قوله تعالى **[وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى]** [٢] قال : " **هم على القنطرة أو قال هم في الجنة** " [٣]

يقول القرطبي : هذا الحديث في غاية الترتيب والبيان، ويشير إلى أنّ النبي – صلى الله عليه وسلم– قال عن أولاد المشركين : " **الله أعلم بما كانوا عاملين** "، فكان هذا قبل أن يعلم أنّ أولاد المشركين في الجنة، وقبل أن ينزل عليه **[وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى]** [٤]

فذهب طائفة من أهل العلم إلى أنّ أولاد المشركين في الجنة، أو خدم لأهل الجنة.

والذي يظهر للباحث أنّ أولاد المشركين – وإن كانوا تبعاً لآبائهم نسباً – تبع للمشركين الأباء، لكن جاز في حقهم دخول الجنة ما لم يجز في حق أصولهم ومتبوعيهم من الآباء والمشركين الذين هم في النار، فهنا جاز بالتبعيّة ما لم يجز بالأصالة.

ثم أن الله سبحانه وتعالى قال :" **والذين آمنوا واتبعتهم ذريتهم بإيمان ألحقنا بهم ذريتهم** " [٥] فأخبر الله سبحانه وتعالى أنّ الذين آمنوا في الحياة الدنيا جعل ذرياتهم أتباعهم في الإيمان وأنّه يلحق بهم ذرياتهم في الآخرة، فثبت ذلك أنّ ذراري المسلمين في الجنة [٦] .

---

[1] خديجة بن خويلد (٥ ق.هـ) هي خديجة بنت خويلد بن أسد بن عبد العزى بن قصي القرشية، أول زوجة للنبي – صلى الله عليه وسلم–، وأول من آمنت به من النساء، كان جميع أولاد النبي عليه السلام منها، إلا إبراهيم من مارية القبطية، توفيت عام الحزن، ناصرت النبي عليه السلام في بداية دعوته (انظر ابن الأثير، أسد الغابة، ج٥، ص٢٦٠-٢٦٤)

[2] سورة الأنّعام / الآية ١٦٤

[3] أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب القدر، باب الله أعلم بما كانو فاعلين، باب ٣، حديث رقم (٦٥٩٧)، وأحمد في المسند، ج١، ص٣٢٨، والنسائي،في السنن، كتاب الجنائز، رقم ٦٠ ، ذكره ابن عبد البر في الاستذكار، ج٣، ص٣٥٤-٣٥٥، القرطبي، التذكرة في أحوال الموتى، ص٥٥٢-٥٥٥، وذكره ابن عبد البر يوسف بن عبد الله، (١٠٢٣م/٤١٣هـ) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ط١، تحقيق سعيد أحمد (١٠م)، المطبعة المغربية، ج١٨، ص٦٧ ، **واللفظ للبخاري** .

[4] القرطبي، محمد بن أحمد (١٢٧٣م/٦٧١هـ)، التذكرة في أحوال الموتى والآخرة، ط٣، تحقيق عبد المجيد حلبي، (١م)، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٨م، ص٥٥٥-٥٥٦ .

[5] سورة الطور / الآية ٢١ .

[6] القرطبي، التذكرة، ص٥٥٢ .

المطلب الثالث

الأمثلة التطبيقية عليها

من الأمثلة التطبيقية على هذه القاعدة:

أنّ الحمل لا يخلو حدوثه من وقتين :

الأول : أن يحدث الحمل قبل عقد الرهن، بمعنى أن يكون الحيوان المرهون حاملا عند العقد، أو عند القبض، وفي هذه الحالة لا يخلو حال الحيوان المرهون من أمرين :

١. أن يضع حمله قبل البيع

٢. أن يبقى الحيوان حاملا إلى وقت البيع

وعلى الاحتمال أنّه إذا بقي الحيوان حاملا إلى وقت البيع، فإنّ الحمل لا يمنع من بيع أمّه [١] ويتخرج هذا الحكم على النحو الآتي [٢] :

أمّا على اعتبار أنّ الحمل يعلم وله قسط من الثمن، وهو الأظهر،فيكون في هذه الحالة وكان الراهن قد رهن الأم والحمل معاً، فيصح بيعها بناءً على هذا [٣] . وعلى اعتبار أنّالحمل لا يعلم، فيعد في هذه الحالة صفة للحيوان كالسّمن، وبالتالي لا يمنع من البيع [٤] وإن وضع الحيوان حمله قبل البيع فيه خلاف :

- " فعلى القول بأنّ الحمل لا يعلم، فإنّ الولد لا يباع، كالحادث بعد العقد" [٥]
- " وأمّا، القول بأنّ الحمل لا يعلم وله قسط من الثمن، فإنّ الولد يباع مع أمه " [٦]

و يظهر للباحث من خلال هذا أنّ هناك بعض الأمور تعلقت بالجنين، وهو التابع دون أن تتعلق بالأم التي هي الأصل والمتبوع .

---

[1] الماوردي، الحاوي، ج٦، ص٢٠٧، النووي، روضة الطالبين ج٢، ص١١٣، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٢٣٥، ابن الهمام، فتح القدير، ج٩، ص١٢٩

[2] الرملي، نهاية المحتاج، ج٤، ص٢٩٠، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص١٣٩، ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص٢٤٦

[3] الرملي، نهاية المحتاج، ج٤، ص٢٨٩-٢٩٠، الشربيني مغني المحتاج، ج٢، ص١٣٩، ابن جزيء، القوانين الفقهيّة، ص٣١٩

[4] المصادر السابقة نفسها .

[5] الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص١٣٩، ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص٢٤٦ وما بعدها

[6] الرملي، نهاية المحتاج، ج٤، ص٢٨٩-٢٩٠، الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص١٣٩ .

المبحث الرابع

"فيما يشك أنّه من التوابع"، ويحتوي على ثلاثة مطالب

المطلب الأول

معناها وألفاظها

هذه القاعدة ليست من القواعد المشهورة والمتناولة في كتب أهل العلم، ويرى الباحث أنّها من القواعد التي تعتبر استثناءا من القاعدة الأم " التابع تابع " ؛ لأنّ هذه القاعدة لا ينطبق عليها شروط التبعيّة الموجودة في هذه الرسالة والتي تم ذكرها في الفصل الثالث والرابع [١] .

ومن العلماء الذين ذكروا هذه القاعدة بشكل صريح الإمام ابن الوكيل في كتابه الأشباه والنظائر [٢] .

ومفاد هذه القاعدة أنّ هناك بعض الأمور للوهلة الأولى هي توابع لكن عند التدقيق فيها يشك هل هي من التوابع أم لا ؟!.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

- والألفاظ المتعلقة بهذه القاعدة :

١. " اليقين لا يزول بالشك "

٢. " التابع لا يفرد بالحكم" [٣]

الذي تفيده هذه القاعده أنّ هناك بعض الصور والقضايا الموجوده في كتب الفقه للوهلة الأولى تظنها مرتبطه بشئ آخر يعنبر أصلا لها، وعند التدقيق تشك هل هي تابعة للأصل أم لا، فجاءت هذه القاعده تبين بعض القضايا و الأمور التي يشك في أنّها تابعة لشيء آخر.

---

[1] الشك: هو التردد بين شيئين لا مزية لأحدهما عن الآخر، فاليقين هو : الاعتقاد الجازم المطابق للواقع عن دليل، وإنّ اليقين يفيد القطع وان الشك يفيد الظن، أو الوهم، والحكم القطعي لا يمكن أن يرفعه الحكم الظني، فلا يمكن أن يرتفع القوي بالضعيف، بل لابد أن يكون أقوى منه أو يساويه .
والشك عند الفقهاء يشمل ثلاث مراتب هي :- الوهم، والشك، والظن، والشك عند الأصوليين ليس كما هو عند الفقهاء بل عندهم: الوهم، الشك، غلبة الظن، الظن، اليقين، التصور، التصديق (انظر: السيوطي، الأشباه والنظائر، ص١٢٤-١٥٤، الصلاحين، مذكرة في القواعد الفقهيّة، ص٢٤-٢٦، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٣٥٤-٣٨٠، السبكي، الأشباه والنظائر، ج١، ص١٣-٤٠) .

[2] ابن الوكيل، الأشباه والنظائر، ج١، ص٢٤٨ .

[3] ابن الوكيل، الأشباه والنظائر، ج١، ص٢٤٨، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص١٢٤-٢٦٠، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٣٥٦، أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ص٧٩-٨٦، السبكي، الأشباه والنظائر، ج١، ص١٣-١٥ .

المطلب الثاني

تأصيلها وأدلتها

يرجع تأصيل هذه القاعدة إلى النصوص،وهي على النحو الآتي :

١. عن عمران بن الحصين [١]، قال : كانت ثقيف حلفاء لبني عقيل، فأسرت ثقيف رجلين من أصحاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم– وأسر أصحاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم– رجلا من بني عقيل . أصابوا معه العضباء [٢] فأتى عليه رسول الله – صلى الله عليه وسلم– وهو في الوثاق، قال : يا محمد ! فأتاه . فقال : " **ما شأنك** " فقال : **بمَ أخذتني ؟ وبمَ أخذت سابقة الحاج ؟ فقال (إعظاما لذلك) :** " **أخذتك** بجريرة حلفائك ثقيف "ثم انصرف عنه فناداه . فقال : يا محمد ! يا محمد ! وكان رسول الله – صلى الله عليه وسلم– رحيما رقيقا، فرجع إليه فقال : " **ما شأنك** " قال : إنّي مسلم، قال: " **لو قلتها وانت تملك أمرك، أفلحت كلّ الفلاح**" ثم انصرف . فناداه، فقال : يا محمد ! يا **محمد ! فأتاه فقال :** " **ما شأنك** " **قال : إنّي جائع فأطعمني، وظمآن فاسقني، قال :**" هذه حاجتك " ففدي بالرجلين" [٣]

وجه الدلالة : أنّ الرجل الذي أسره النبي – صلى الله عليه وسلم– قد شك أنّه من التوابع لأصل المتبوع وهم بنو عقيل الذين كانوا حلفاء لبني ثقيف، لكن النبي – صلى الله عليه وسلم– قد وضح له وأزال الشك وقال له : " قد أخذتك بجريرة قومك " . أي إنّك تابع لقومك الذين عقدوا حلفاً مع بني ثقيف .

مركز ايداع الرسائل الجامعية

---

[1] عمران بن الحصين: (٦٧٢م/٥٢هـ) عمران بن الحصين بن عبيد أبو نجيد الخزاعي، من العلماء الصحابة، أسلم عام خيبر سنة ٧هـ وكانت معه راية خزاعة يوم فتح مكة، وبعثه عمر على أهل البصرة ليفقههم، توفي فيها، (انظر: الزركلي، الأعلام، ج٥، ص٢٣٢).

[2] العضباء:– ناقة رسول الله – صلى الله عليه وسلم– (انظر: النووي، شرح صحيح مسلم، ج٦، ص١٧١) .

[3] أخرجه الإمام مسلم بشرح النووي، كتاب النذر، باب لا وفاء لنذر في معصية الله، ج٦، ص١٧٠، حديث (١٦٤١)، وأخره أحمد (١٩٨٨٤) (١٩٩٠٤)، أبو داود (٣٣١٦)، وابن حبان (٤٣٩١)، وعبد الرزاق (٩٣٩٥)، والبيهقي (١٨٨/٤) والبغوي (٢٧١٤)، **واللفظ لمسلم** .

المطلب الثالث

الأمثلة التطبيقية عليها

هناك بعض الأمثلة التي تندرج تحت هذه القاعدة التي تعتبر استثناء من القاعـــدة الأم " التابع تابع"

وهي على النحو الآتي:

١. الوكيل بالخصومة [١]، هل يستوفي ؟! والوكيل بالاستيفاء هل يخاصم ؟! فيه ثلاثة أوجه عند الشافعية :

والأعدل والراجح الثالث : وهو أنّ الوكيل بالاستيفاء يخاصم لا العكس [٢] .

٢. تصرف الفضولي مثلا كالبيع، فإذا باع الفضولي بوجود المالك، فإنّ العلماء اختلفوا في حكم بيعه على قولين:

القول الأول : أنّ بيع الفضولي ينعقد موقوفا على إجازة المالك، فإنّ أجازه نفذ، وإن رده بطل، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والمالكية وأحمد في رواية [٣] .

القول الثاني : أنّ بيع الفضولي باطل، فلا ينقلب صحيحا ولو أجازه المالك بعـــد ذلـــك، وذهب إلى هذا القول الشافعية، ورأي عند الحنابلة والظاهرية [٤] .

والذي ظهر للباحث من خلال سياقه لهذا المثال أنّه يشك في أنّ الفضولي بتصرفاته يكون تابعـــاً للمالك (الأصل)، فهنا شك في تبعيته للمتبوع الأصل .

٣. الوكيل بالبيع، هل يملك قبض الثمن ؟! فيه خلاف عند الشافعية على القولين [٥] .

---

[1] التوكيل بالخصومة: هي إقامة الوكيل مقام الموكل في مطلق الجواب عنه، ويشتمل ذلك على الإقرار عن الموكل بقوله الوكيل نعم، أو الانكار عنه بقول لا .
أو هي إقامة الوكيل مقام الموكل في إثبات حق وعلى ذلك فإنّ الوكالة بالخصومة تخول الوكيل الأنكار عن موكله دون الإقرار عنه، (انظر: البهوتي، كشّاف القناع، ج٣، ص٤٧١، الكاساني، البدائع، ج٦، ص٢٤، الحطاب، مواهب الجليل ج٥، ص١٨٤) .

[2] ابن الوكيل الأشباه والنظائر، ج١، ص٢٤٨، النووي، يحيى بن شرف (١٢٧٨م/٦٧٦هـــ)، روضة الطالبين، ط١، (٨م)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٠، ج٤، ص٣٢٢ .

[3] الكاساني، البدائع، ج٥، ص١٤٨ وما بعدها، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص١٠٣، السرخسي، المبسوط، ج١٣، ص١٥٣، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص١٢، ابن جزيء، القوانين الفقهيّة، ص٢٤٥، القرافي، الفروق، ج٣، ص٣٤٣، البهوتي، كشّاف القناع، ج٣، ص١٥٧، ابن رجب، القواعد، ص٤١٧ .

[4] النووي، المجموع، ج٩، ص٢٥٨، الرملي، نهاية المحتاج، ج٣، ص٣٩٠، البهوتي، كشّاف القناع، ج٣، ص١٥٧، ابن رجب، القواعد، ص٤١٧، ابن حزم، المحلى ج٨، ص٥٠٣ .

[5] النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص٣٢٢، ابن الوكيل، الأشباه والنظائر، ج١، ص٢٤٨ .

المبحث الخامس

الزيادة تتبع الأصل إلا في الصداق ويحتوي على ثلاثة مطالب

المطلب الأول

معناها وألفاظها

هذه القاعدة يدور معناها حول ما يلي:

إنّ زيادات الحيوان والأشجار والثمار المنفصلة والمتصلة هي ملك لمن حدثت في ملكه، يضمنها الذي غصبها إذا ماتت وهلكت في يده، وإن كانت ناشئة في أمواله، فإن انتقل الملك عمن حدثت في ملكه سلمت له الزيادات المنفصلة [١] .

وأمّا الزيادات المتصلة كبسوق [٢] الأشجار ونمو الثمار وكبر الحيوان والغلمان والجوار، فالقياس يقتضي أن تختص بالمالك لاستحالتها بالقوة التي خلقها الله في الحيوان والأشجار، ولذلك يضمنها الغاصب إذا ماتت تحت يده بما بين قيمتي المغصوب زائداً وناقصاً، وهذا ظاهر متجه، وهناك العديد من الأمثلة أيضا غير زوائد الحيوان، منها الزيادة في المشفوع فإن كانت الزيادة في المشفوع متصلة غير متميزة، فقد أجمع الفقهاء على أنّها تابعة لأهلها كما لو رد بعيب أو خيار أو إقالة [٣] .

وقال بعض الفقهاء أنّ الزيادة المتولدة في الأرش والعقر مرهونة تتبع الأصل المرهون، لأنّ الرهن حق لازم فيسري إلى التبع [٤] .

وذكر الفقهاء أنّ الزيادة على الضربتين في التيمم فلا بأس بها، ما دام القصد استيعاب الوجه واليدين بالمسح، سواءً حصل ذلك بضربتين أم أكثر [٥] .

والواقع أنّ معنى " الزيادة تتبع الأصل إلا في الصداق":

أنّه إذا ثبت الرجوع في عين فزادت زيادة متصلة – كالسّمن وتعلم القرآن والحرفة– لم تمنع تلك الزيادة الاستقلال بالرجوع، كما إذا أفلس المشتري بالثمن، فإنّ البائع يرجع في المبيع بزيادته المتصلة، وكذا الواهب في الموهوب والمشتري إذا رد المبيع بعيب، يرجع في العوض مع

---

[1] الزركشي، المنثور، ج٣، ص٣٥٩، السبكي، الأشباه والنظائر، ج١، ص٣٧٥، العز بن عبد السلام، القواعد الكبرى، ج١، ص٢٧٥، النووي، شرح صحيح مسلم، ج٦، ص٣٠٢ .

[2] البسق: بسقت النخلة بسوقا، وهي مرحلة من مراحل الثمر على النخلة والجمع:– باسقات (الفيومي، المصباح المنير، ج١، ص٦٧) .

[3] الموصلي، الاختيار، ج٢، ص٥٠، الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٤، ص١٢٠، الآبي، جواهر الإكليل، ج٢، ص١٦٣، ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٤٦

[4] الكاساني، البدائع، ج٦، ص١٥٢، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٢٤٤، الآبي، جواهر الإكليل، ج٢، ص٨١، ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٤٣٠

[5] الزيلعي، تبيين الحقائق، ج١، ص٣٨، البهوتي، كشّاف القناع، ج١، ص١٧٩، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج١، ص١٥٨

الزيادة المتصلة ولا كذلك الصداق، فإنّ الزيادة المتصلة فيه تمنع استقلال الزوج بالرجوع حيث ثبت له الرجوع في نصف الصداق .

ويثبت لها الخيار، فإن أبت لم تجبر، ويعدل الزوج إلى نصف القيمة من غير تلك الزيادة، وان سمحت أجبر على القبول، فصار الصداق مستثنى من قولهم " أنّ الزيادة تتبع الأصل " [١]

الألفاظ المتعلقة بهذه القاعدة [٢] :

١. " الزيادة تتبع الأصل إلا في الصداق"

٢. " الزيادة المتصلة تتبع الأصل إلا في الصداق "

٣. " لا أثر للزيادة المتصلة إلا في الصداق "

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

[1] ابن رجب، القواعد، ص٢١٣، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص٢٣٢، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص١٤٣، ابن جزيء، القوانين الفقهيّة، ص٣٣٠، الزركشي، الأشباه والنظائر، ج١، ص٣٧٥، العز بن عبد السلام، القواعد الكبرى، ج١، ص٢٧٥، النووي، شرح صحيح مسلم، ج٦، ص٣٠٢ .

[2] العز بن عبد السلام، القواعد الكبرى، ج١، ص٢٧٥، الزركشي، المنثور ص٣٥٩، السبكي، الأشباه والنظائر، ج١، ص٣٧٥ .

المطلب الثاني

تأصيلها وأدلتها

يرجع تأصيل هذه القاعدة إلى النصوص الشرعية، ويرى الباحث أيضا إيراد النصوص المتعلقة بالقاعدة الأساس " الزيادة تتبع الأصل " وذلك على النحو الآتي:

١. عن زيد بن خالد الجهني [١]، أنّه قال : **جاء رجل إلى النبي – صلى الله عليه وسلم–، فسأله عن اللقطة فقال : " اعرف عفاصها [٢] ووكاءها، ثم عرفها سنة، فإنّ جاء صاحبها، وإلا فشأنك بها" قال : فضالة الغنم ؟! قال : " لك أو لأخيك أو للذئب "، قال : فضالة الأبل ؟! قال : " مالك ولها ؟ معها سقاؤها وحذاؤها، ترد الماء وتأكل الشجر، حتى يلقاها ربها "** [٣]

وجه الدلالة : أنّ الزيادة هنا المنفصلة والمتصلة تتبع الأصل وهذا الأساس العام، ويوضح ذلك الإمام النووي عند شرحه لقوله – صلى الله عليه وسلم– : " فإنّ جاء صاحبها وإلا فشانك بها " قال : **إن جاء صاحبها فادفعها إليه، وإلا فيجوز لك ان تتملكها، قال أصحابنا : إذا عرفها فجاء صاحبها في أثناء مدة التعريف أو بعد انقضائها وقبل أن يتملكها الملتقط، فأثبت أنّه صاحبها أخذها بزيادتها المتصلة والمنفصلة، فالمتصلة كالسّمن في الحيوان،وتعلم صفة ونحو ذلك، والمنفصلة كالولد واللبن والصوف وإكساب العبد ونحو ذلك** [٤] .

وعلى هذا قد توضح الأساس وهو أنّ الزيادة تتبع حكم الأصل، لكن أخي القارئ –يا يرعاك الله – إليك الدليل أيضا على أنّ الزيادة تتبع حكم الأصل إلا في الصداق .

٢. عن أنس بن مالك –رضي الله عنه– **أنّ النبي – صلى الله عليه وسلم– أعتق صفية، وجعل عتقها صداقها "** [٥]

وجه الاستدلال : أنّ النبي – صلى الله عليه وسلم– أعتقها ثم تزوجها، فكان العتق صداقا لها، ولم يجعل غيرها مما هو تابع لها – أي الزيادة – يتبع الأصل في العتق، فلم يعتق غيرها مما هو تبع لها .

ودليل ذلك لفظه " **أنّ النبي – صلى الله عليه وسلم– قال لجويرية لما جاءت تستعينه في كتابتها، هل لك أن أقضي عنك كتابتك وأتزوجك ؟ قالت قد فعلت** [٦] .

---

[1] زيد بن خالد الجهني: (٦٩٧م/٧٨هـ): هو زيد بن خالد الجهني المدني، صحابي، شهد الحديبية، وكان معه لواء جهينة يوم الفتح، له ٨١ حديثا توفي في المدينة عن عمر ٨٥ سنة، وهو من الصحابة الملازمين للنبي – صلى الله عليه وسلم– . (انظر:– الزركلي، الإعلام، ج٣، ص٥٨) .

[2] العفاص: الوعاء الذي تكون فيه النفقة جلداً كان أو غيره أو الجلد الذي على رأس القارورة (النووي، شرح صحيح مسلم، ج٦، ص٣٠١) .

[3] أخرجه مسلم، كتاب اللقطة، ج٦ ص٣٠٠، حديث رقم (١٧٢٢)، ورواه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية (١٤٨٢) باب (٣٨) القضاء في اللقطة وأخرجه أحمد (١٧٠٣٤)، والبيهقي (١٨٥/٦) والنسائي (٥٨١٧/٣)، وابن أبي شيبة (٤٥٦/٦)، والبخاري (٩١) وأطرافه (٢٣٧٢)، **واللفظ لمسلم** .

[4] النووي، شرح صحيح مسلم، ج٦، ص٣٠٢ .

[5] أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب فضيلة اعتاقه امته ثم يتزوجها (١٤)، ج٥، ص٣٣٣، وأخرجه البخاري، كتاب النكاح، (٣٧١)، والنسائي (٥٥٧٦/٣)، والترمذي (١١١٥)، وأبو داود (٢٠٥٤)، وابن ماجة (١٩٥٧)، **واللفظ لمسلم** .

[6] أخرجه أبو داود في السنن، ج٢، ص١٥٤، كتاب النكاح، باب في الأمة يجعل عتقها صداقها، وأخرجه الصنعاني، سبل السلام، ج٣، ص١٤٨، كتاب النكاح، حديث (٢)، **واللفظ لأبي داود** .

المطلب الثالث

الأمثلة التطبيقية عليها

هناك العديد من الأمثلة على القاعدة الأصل وهي الزيادة تتبع الأصل :

١. ويستثنى أيضا على القاعدة الأصل " الزيادة تتبع الأصل " الهبة المطلقة إذا قيل: أتقضي الثواب، فلن يثبت، وكان للواهب الرجوع بدون الزيادة المتصلة وكذلك المنفصلة، فيبذل الموهوب له القيمة، ويمسك الموهوب، والأصح خلافه جريا على القاعدة [١] .

٢. ويستثنى أيضا ما ذكره الدارمي في الاستذكار اللقطة بعد التملك، إذا جاء صاحبها، وقد زادت زيادة غير متميزة، فإنّ ذكر أنّ له الخيار بين إعطائها زائدة أو القيمة [٢] .

وهذا من المستغربات إذ أن عند الشافعية رحمهم الله تعالى الزيادة المتصلة تتبع اللقطة [٣]

٣. أنّ من أتهب غلاماً يساوي عشرة، أو فسيلا يساوي مائة، أو فصيلا [٤] يساوي خمسة عشر فربى ذلك وغذّاه، حتى شب الغلام، وتبسق الفسيل، وكبر الفصيل، فساوى ذلك أضعاف قيمته، فرجع فيه، كان رجوعه فيما حدث من الزيادة من مال المتهب إضراراً عظيماً بالمتهب ؛ لأنّ ذلك يفوت من ماليته، ولا يجوز التعليل بأنّه تابع لا يمكن فصله لوجوه :

الوجه الأول : إن تعذر الفصل بالنسبة إلى الأصل وإلى الزيادات متحقق فلم كان صاحب الأصل أحق بالزيادة التي حدثت من المالك ؟!

الوجه الثاني : ضمان الغاصب الزيادات مع تعذر الأصل

الوجه الثالث:أنّه باطل بالصداق، فإنّ زياداته غير ممكنة الفصل .

ويذكر العز بن عبد السلام ويقول : " ان القليل يتبع الكثير في موارد كثيرة من الشرع، وهاهنا لو كان الأصل يساوي عشرة، والزيادة تساوي ألفا، لم يجز ان نجعل الألف تابعاً للعشرة لأنّ الأكثر لا يتبع الأقل . والتعليل بكون الأقل أصلا والأكثر فرعاً لا مناسبة فيه وهو بمعزل عن إتباع المصالح .

فما أحسن أحكام الشرع إذا أجريت على قواعده، وما أخرج عن قواعده بغير مقتض للاخراج، كان مخرجه حائراً عن تصرف الإله ومقاصده " [٥]

---

[1] الزركشي، المنثور، ج٣، ص٣٥٩، السبكي، الأشباه والنظائر، ج١، ص٣٧٥، العز بن عبد السلام، القواعد الكبرى، ج١، ص٢٧٥.

[2] السبكي، الأشباه والنظائر، ج١، ص٣٧٠، ابن عبد البر، الاستذكار، ج٨، ص٢٣٢-٢٣٨، السيد سابق، فقه السنة، ج٢، ص١١٣ .

[3] النووي، شرح صحيح مسلم، ج٦، ص٣٠٢، الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢٩١، السبكي، الأشباه والنظائر، ج١،ص٣٧٥، العز بن عبد السلام، القواعد الكبرى، ج١، ص٢٧٥، الزركشي، المنثور، ج٣، ص٣٥٩ .

[4] الفصيل: هو ولد الناقة، وسمي بذلك لأنّه يفصل عن أمه فهو فصيل، بمعنى مغفول، والجمع فصلان بضم الفاء وكسرها، وقد يجمع فصال بالكسر (انظر: الفيومي، المصباح المنير، ج٢، ص٦٤٩) .

[5] العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج١، ص٢٧٥-٢٧٦ .

الفصل السادس

أحكام قاعدة التابع تابع وتطبيقاتها الفقهيّة المعاصرة

ويحتوي على مبحثين :

المبحث الأول : أحكام قاعدة التابع تابع في الفقه الإسلامي

المطلب الأول : أحكام قاعدة التبع في نظرية الضمان

المطلب الثاني : مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع في الفقه الإسلامي

المطلب الثالث : حكم المتولد وعلاقته بالتبعية

المطلب الرابع : شروط مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع والآثار الناجمة عنها

مكتبة الجامعة الاردنية

المبحث الثاني : التطبيقات المعاصرة في قاعدة التابع تابع :

المطلب الأول: تطبيقات قاعدة التبع في المستشفيات والمسؤولية الطبية

المطلب الثاني: التبعية في الجنسية

المطلب الثالث: التبعية في الشقق والطوابق

المطلب الرابع: التبعية في الحضانة في القوانين العربية

المطلب الخامس: التبعية في اللقيط في القوانين العربية

المطلب السادس: التبعية في الهدنة

المطلب السابع : التطبيقات المعاصرة لقاعدة التابع تابع في القانون المدني الأردني

الفصل السادس

أحكام قاعدة التابع تابع وتطبيقاتها الفقهيّة المعاصرة
ويحتوي على مبحثين

المبحث الأول

أحكام قاعدة التابع تابع في الفقه الإسلامي

ويحتوي على

اربعة مطالب

المطلب الأول

تطبيقات قاعدة التبع في نظرية الضمان

نظرية الضمان ذات مساسٍ بموضوع قواعد التبع ، حيث ان الفقهاء المسلمين يستعملون لفظ الضمان للدلالة على المسؤولية المدينة، وهو ما يقابل فكرة التعويض المدني وهو لدى فقهاء المسلمين إمّا ضمان يد أو ضمان إتلاف أو ضمان عقد [1] .

أما ما يتعلق بضمان اليد فهو : " ليست اليد سببا للضمان في جميع الأحوال، فإنّها قد تكون يد امأنّه، وقد تكون يد ضمان فإذا كانت يد امانة لم يجب على صاحبها الضمان عند تلف ما تحتها من الأموال أو نقصها،ولذلك اليد على نوعين:

١- يد أمانة ٢- يد ضمان

فإذا كانت اليد يد أمانة وهلك الشيء دون تعدٍ أو تقصير، فإنّ صاحب اليد لا يضمن، أما إذا كان الشخص قد قصّر أو تعدّى، فإنّ يده تصبح يد ضمان ، فإذا هلك الشيء ولو بآفة سماوية فإنّه يهلك عليه بمثله أو قيمته [2] .

وأمّا ما يتعلق بضمان الإتلاف : " أن يأتي شخص فعلا يلحق الضرر بآخر، كان يتلف له نفسا أو عضوا أو مالا، والإتلاف إمّا مباشرةً أو تسبباً، ويجب أن يكون هناك علاقة سببيه بين الفعل وبين الضرر، فإذا انقطعت فلا ضمان، وهذه هي المسؤولية التقصيرية [1]

---

[1] الزحيلي، نظرية الضمان، ص٦، عجاج، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص١٥، سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، ص٢٩٦، .

[2] البهوتي، كشّاف القناع، ج٢، ص٣٣٦، الرملي، نهاية المحتاج، ج٥، ص١٤١، الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٨٠، العز بن عبد السلام، القواعد، ج٢، ص١٥٤، القرافي، الفروق، ج٢، ص٢٠٦، ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص٢٨٧، ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٣١١، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢٧٩.

أمّا ضمان العقد هو "الإلتزام الناشئ من إخلال العاقد بما تقضيه طبيعة العقد": أنّ العقد مصدر للضمان إذا نص فيه صراحة على شرط من الشروط، أو كان الشرط مفهوماً ضمناً حسب العادة والعرف، وبعد ذلك أخل العاقد بما تقتضيه طبيعة العقد أو يتطلبه الشرط، فلم يقم بتنفيذ التزامه على الوجه المتفق عليه [٢] .

ويقول السيوطي : ما يضمن ضمان عقدٍ قطعاً : هو ما عين في صلب عقد بيع أو سلم أو إجارة أو صلح [٣] . وقد قال الدكتور الزحيلي في كتاب نظرية الضمان :" والضمان الناشئ عن العقد إمّا أن يكون مطلقاً في جميع الحالات سواء كان هناك تعدٍ أو تقصيرٍ، أم لا وهذه هي عقود الضمان.

كالبيع ونحوه، وإما أن يكون حال العدوان فقط، وهذه هي عقود الأمانة كالوديعة ونحوها وإمّا أن يكون في بعض الحالات، أو الأوجه وهذه هي العقود المزدوجة الأثر،كالإجارة [٤] .

فإنّ ما سبق كان تقديما لأسباب الضمان المرتبط بالتبعيّة،ومن ذلك صور منها:

١. أنّ جناية العجماء جبار [٥] فهذه قاعدة فقهيّة مشهورة عند أهل العلم وهي مأخوذة من حديث للنبي– – صلى الله عليه وسلم– " **العجماء جرحها جبار** " [٦]،والشاهد من هذا الكلام ان البهيمة تعتبر بمنزلة التابع،والمالك بمنزلة المتبوع، ومعنى القاعدة : أي ما تتلفه البهيمة أو ما تسببه من ضرر للناس يعتبر هدرا لاضمان على صاحبها، إلاّ إذا نشأ ذلك عن تعد منه أو تقصير، فلو ربط شخص فرسه في المحل المعد لها، فأتلفت فرساً لآخر، فلا ضمان على صاحبها، ولكن لو أطلق شخص دابته في مزروعات الغير أو رآها فيه دون أن يطلقها هو فلم يمنعها ويحجزها عن الزرع ضمن في الحالتين، لأنّه في الأولى يعتبر متعديا وفي الثانية يعتبر مقصراً [٧] .

فإنّه ما دامت قد قامت علاقة التبعيّة بين الدابة أو الماشية وربها – أي مالكها – ؛ فإنّه يترتب الضمان عليه عند ترك الحفظ وعند التقصير والتعدي .

---

[1] الكاساني، البدائع، ج٧، ص١٦٤، العز بن عبد السلام قواعد الأحكام، ج٢، ص١٥٥، الزحيلي، نظرية الضمان، ص٦٧–٦٨، القرافي، الفروق، ج٤، ص٢٨، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٣٥٧، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج٢٨، ص٢٢٥، مجلة الأحكام العدلية، (م ٨٨٨) .

[2] ابن رجب، القواعد، ص٢١٨، العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج٢، ص١٣١، الزحيلي، نظرية الضمان، ص٦٣، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج٢٨، ص٢٢٨، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٣٥٧ .

[3] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٧٨ .

[4] الزحيلي، نظرية الضمان، ص٦٥ .

[5] القرافي، الفروق، ج٤، ص١٨٥، حيدر، درر الحكام، ج١، ص٨٣، ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٠٦، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٤٠٦، الزحيلي، نظرية الضمان ص٢٢٨، الكاساني، البدائع، ج٧، ص٢٧٣ .

[6] أخرجه البخاري، كتاب الديات، باب:– المعدن جبار والبئر جبار، ج٦، ص٢٥٣٣، رقم (٦٥١٤) .

[7] القرافي، الفروق، ج٤، ص١٨٥، درر الحكام، ج١، ص٨٣، شرح المادة (٩٤)، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٤٠٦، الزحيلي، نظرية الضمان، ص٢٢٨، الكاساني، البدائع، ج٧، ص٢٧٣، ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٠٦، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٤٢٨، ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص٤٠٩، الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص٢٤٣ .

ويشهد لذلك قوله تعالى : [**وَدَاوُودَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ[1] إِذْ نَفَشَتْ[2] فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ، فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا وَسَخَّرْنَا مَعَ دَاوُودَ الْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَالطَّيْرَ وَكُنَّا فَاعِلِينَ**] [3]

وروى حرام بن محيصة [4] أنّ ناقة البراء بن عازب [5] دخلت حائطاً – يعني بستانا – فأفسدت فيه. فقضى النبي – صلى الله عليه وسلم– أنّ على أهل الحوائط حفظهما بالنهار، وأنّ ما أفسدت بالليل ضامن على أهلها [6] .

وجه الدلالة : قامت علاقة التبعيّة بين الأصل صاحب الدابة، فهو متبوع، والدابة تابعة فلذلك يسأل عن أعمالها مسؤولية مدنية.

وروى النعمان بن بشير [7] قال : قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم– : **من وقف دابة في سبيل من سبل المسلمين أو في سوق من أسواقهم، فأوطات بيد أو برجل فهو ضامن** " [8]

وجه الدلالة : فقد أوجب النبي – صلى الله عليه وسلم– على من تسبب في اضرار المسلمين ان يعوض من لحقه الضرر؛ لأنّ الحديث السابق يوضح أنّ الدابة تابعة لمتبوعها – وهنا قامت علاقة التبعيّة – وما دام قد قامت علاقة التبعيّة بينهما، فإنّ المتبوع يكون ضامنا لقوله عليه السلام " فهو ضامن"

ففي الآية السابقة حكم داود عليه السلام بقيمة المتلف، فدفع الغنم إلى صاحب الحرث، لأنّه وجده بقدر القيمة ،ولم يكن لصاحب الغنم مال .

---

[1] **الحرث:** يطلق على الزرع أو الثمر عامة، أو هو كرم عنب، (الزحيلي، نظرية الضمان، ص٨٨، الفيومي، المصباح المنير، ج١، ص١٧٥) .

[2] **نفشت:** النفش رعي الغنم ليلاً، وفيه معنى التفرق في الزرع بلا نظام، (الزحيلي، نظرية الضمان، ص٨٨، الفيومي، المصباح المنير، ج٢، ص٨٤٨) .

[3] سورة الأنّبياء، أية، ٧٨–٧٩ .

[4] حرام بن محيصة :–(٧٣٣م/١١٣هـ) : هو حرام بن محيصة بن مسعود بن كعب الأنّصاري، أبو سعيد المدني، وقد ينسب إلى جده هو : حرام بن ساعدة، روى عن جده، وروى عن البراء، ذكره أبن حبان في التفات وقال لم يسمع من البراء، توفي بالمدنية عن عمر ٧٠ سنة (انظر : ابن حجر تهذيب التهذيب، ج٢، ص٢٠٦).

[5] البراء بن عازب: (٦٩١م/ ٧٢هـ): هو البراء بن عازب الحارثي بن عدي بن جشم بن مجدعة، يكنى أبا عمارة، له ولأبيه صحبة، سافر مع النبي – صلى الله عليه وسلم– ١٨ شهراً، ولم يشهد بدراً لصغر سنه، مات في إمارة بن مصعب بن الزبير في الكوفة .(انظر : أبن حجر، الأصابة ، ج١، ص١٤٧).

[6] رواه الإمام أحمد في المسند، ج٤، ص٢٩٥، وانظر المسند الجامع، ج٣، ص١٢٠، حديث رقم (١٧٣٣)، ورواه الدارمي في البيوع، حديث رقم (٣٥٧٠)، وذكره الإمام المزي في كتابه تحفة الأشراف في معرفة الأطراف، ج٢، ص٦، حديث رقم (١٧٥٣)، و الحديث صحيح، **واللفظ لأحمد.**

[7] النعمان بن بشير(٦٨٤م/٦٥هـ): هو النعمان بن بشير بن ثعلبة الخزرجي الأنّصاري، شهد صفين من أجلاء الصحابة، له ١٢٤ حديثاً ولي القضاء بدمشق، هو أول مولود في الأنّصار بعد الهجرة، قتله مروان بن الحكم، وقيل قتل يوم مرج راهط، وكان من الخطباء النجباء إليه تنسب معرة النعمان بلد العلاء المعري، (ابن حجر، الاصابة،ج٣،ص٥٥٩، الزركلي، الأعلام، ج٨، ص٣٦) .

[8] رواه البيهقي، السنن الكبرى، ج٨، ص٣٤٤، ورواه الدار قطني في السنن، ج٣، ص١٧٩، وضعف البيهقي رجلين في إسناده الشوكاني، نيل الأوطار، ج٥، ص٣٢٤ .**واللفظ للبيهقي**

وأمّا سليمان فقضى على صاحب الغنم بدفع المثل، بأن يعمر البستان حتى يعود كما كان .

ويلاحظ من حكم النبي داود وابنه سليمان – عليهما السلام – أنّهما قد حكما بالضمان على صاحب الغنم بحكم التبعيّة بين الغنم وصاحبها، سواء كان ذلك بالمثل أو القيمة [١]، ويريد الباحث أن يلفت الانتباه، إلى من قاس المركبات والسيارات على الدواب في ان العلة التي جعلت المتبوع مسؤولاً عن سيارته في الليل والنهار، ذلك ان الدابة يملك أهل الحوائط أن يدفعوها بالاحتراز والوقاية اليسيرة بالهش عليها، أما السيارة، إذا اندفعت فلا يمكن دفعها بالهش ولا بالتوقيف؟؟

٢. زوائد المغصوب قد اختلف أهل العلم في ضمانها كأصلها، وذلك على قولين

القول الأول : قول بعدم الضمان، وهو قول الحنفية والمالكية [٢] .

القول الثاني : قول بالضمان، وهو قول الشافعية والحنابلة [٣] .

وذهب إلى القول الأول الحنفية والمالكية فقالوا: أنّ الزيادة الحادثة في الشيء المغصوب في يد الغاصب سواء كانت الزيادة منفصلة كالصوف والثمار، واللبن ، والولد، أو متصلة كالسمن والجمال ؛ فإنّها أمانة في يد الغاصب، وعلى ذلك لا ضمان عليه إلا بالتعدي والتقصير أو الامتناع عن الأداء بعد طلبها من قبل المالك، والسبب في ذلك أنّ الزيادة الحادثة ليست مغصوبة بعد ان أزيلت من يد المالك، وهذه الزيادة عندما حدث الغصب لم تكن في ملكه [٤] هذه الزيادة لم تزل من يد المالك إزالة حكمية بل زالت إزالة مادية.

وذهب أصحاب القول الثاني وهم الشافعية والحنابلة : على أنّ الزيادة في المغصوب تضمن ضمان المغصوب نفسه ولا فرق بين كون الزيادة متصلة أو منفصلة ؛ لأنّ الزوائد ملك للمغصوب منه، وقد صارت في يد الغاصب بالغصب ولذلك تعامل كأصلها، فإنّها تضمن بالهلاك أو التلف ؛ لأنّ الغاصب ملك بسبب غير مشروع وهو الغصب [٥] .

---

[1] الزحيلي، وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص٨٩، حيدر، درر الحكام، ج١، ص٨٣، ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٠٦، ابن القيم، إعلام الموقعين، ج١، ص٣٢٦، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٧٥، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٤٠٦، مجلة الأحكام العدلية، (م ٩٤) .

[2] السرخسي، المبسوط، ج١١، ص٥٤، الكاساني، البدائع، ج٧، ص١٦١، ابن جزيء، القوانين الفقهيّة، ص٣٣٠، ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص٣١٥، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص٢٣٠، الموسوعة الفقهيّة الكويتية، ج١٠، ص٩٤-٩٨، شبير، القواعد الفقهيّة الكليّة، ص٣٠٤-٣٠٨، البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج٣، ص١٨٧-١٩٣ ، ابن الحجام، فتح القدير، ج٧، ص٣٦٩،المرغيناني، الهداية، ج٤ ،ص١٢،، الدردير،الشرح الكبير،ج٣،ص٤٥١.

[3] العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج١، ص١٥٢، ابن رجب، القواعد، ص٢١٣، ابن قدامة، المغني،ج٥، ص٢٢٧، الزحيلي، نظرية الضمان، ص١٢٣، البورنو، الوجيز، ص٣٣٣-٣٣٩، البهوتي، كشّاف القناع، ج٤،ص٦٦،الشربيني، مفتي المحتاج، ج٢، ص٢٩١.

[4] ابن جزيء، القوانين الفقهيّة، ص٣٣٠، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص٢٣٠، البورنو، الوجيز في إيضاح القواعد، ص٣٣٥،الزحيلي، نظرية الضمان، ص١٢٣ .

[5] النووي، المجموع، ج١١، ص٢٦٢، العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج١، ص١٥٢، ابن رجب، القواعد، ص٢١٣، الزحيلي، نظرية الضمان، ص١٢٣ .

والذي يظهر للباحث أنّه من خلال القول الثاني وهو المراد هنا تظهر علاقة التبعيّة بنظرية الضمان، وذلك من خلال أنّ الزيادة تعتبر تابعة لأصلها الذي يعتبر – المتبوع لها، وما دام أنّ الأصل قد اعتدي عليه بالغصب، فإنّ الزيادة تلك تأخذ نفس حكم الأصل المغصوب، وذلك تطبيقاً لقواعد:

١. "الزيادة تتبع الأصل إلا في الصداق"

٢. " التابع تابع"

٣. " التبع يتبع الأصل ولا يسبقه " [١]

فمن خلال هذا المثال يظهر جليا علاقة نظرية الضمان بقواعد التبع من خلال علاقة الزوائد سواء كانت متصلة أم منفصلة – بأصولها، وأنّ ما يجري على الأصل يجري على الزيادة .

ويريد الباحث من هذا أيضاً العمارات والعقارات إذا غصبت ونتج عنها منافع مثل أجرتها، وكان من هذه الأجرة شراء توابع لها، فإنّ هذه التوابع المشتراة تتبع الأصل المغصوب. واذا غصب رجل أرضا، وكان فيها شجر كالزيتون مثلا، ثم قطف الزيتون وأنتج منه زيتاً، ثم باعه بمبلغ من المال، فإنّ هذا المال تابع للزيت، والزيت تابع للشجر، والشجر تابع للأرض، وبالتالي ينطبق على هذه الأشياء ماينطبق على الأرض لأنّ العلاقة تابع ومتبوع.

مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

[1] الزركشي، المنثور، ج٣، ص٣٥٩، السبكي، الأشباه والنظائر، ج١، ص٣٧٥، العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج١، ص٢٧٥، النووي، شرح صحيح مسلم، ج٦، ص٣٠٢، ابن رجب، القواعد، ص٢١٣ .

المطلب الثاني

مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع في الفقه الإسلامي

جاء دين الإسلام الحنيف فحقق مبدأ العدالة والحق، قال تعالى: **[إِنّ اللّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ وَإِيتَاء ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاء وَالْمُنكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ]** [1]، ومن هذا المبدأ فإنّه قد وضح أنّ للإنسان المسؤولية الشخصية الفردية ، فتكون هذه المسؤولية الشخصية إمّا في الحياة الدنيا ، ومطالب فيها الإنسان بالإصلاح والعمل على انشاء الحق وتحقيق الطمانينة والأمن، وإمّا في الحياة الأخرى حيث ينبغي عليه أن يصلح نفسه خوفاً من خالقه رغبة في جنته فيسارع إلى الخير والعمل لله عز وجل.

فالأصل أنّ الإنسان يسأل عن أعماله وذلك حسب مبدأ التبعة الفردية، ولا يسأل الإنسان عن تبعات غيره ولا يتحملها عنه، والأساس الشرعي لهذا الكلام:

جميع الحقوق محفوظة
مركز ايداع الرسائل الجامعية

قوله تعالى: **[وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى وإِن تَدْعُ مُثْقَلَةٌ إِلى حِمْلِهَا لَا يُحْمَلْ مِنْهُ شَيْءٌ وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى]** [2]

وقال تعالى: **[قَالُواْ يَا أَيُّهَا الْعَزِيزُ ان لَهُ أَبًا شَيْخًا كَبِيرًا فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَه انا نَرَاكَ مِنَ الْمُحْسِنِين، قَالَ مَعَاذَ اللّهِ ان نَّأْخُذَ إِلاَّ مَن وَجَدْنَا مَتَاعَنَا عِندَهُ انآ إِذًا لَّظَالِمُون]** [3]

وقال تعالى : **[وَلاَ تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلاَّ عَلَيْهَا وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ثُمَّ إِلى رَبِّكُم مَّرْجِعُكُمْ فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُون]** [4]

وقال تعالى : **[لا يكلّف الله نفساً إلا وسعها لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت]** [5]

وقال تعالى: **[قُل لَّا تُسْأَلُونَ عَمَّا أَجْرَمْنَا وَلَا نُسْأَلُ عَمَّا تَعْمَلُونَ]**[6]

---

[1] سورة النحل/ آية ٩٠
[2] سورة فاطر / آية ١٨
[3] سورة يوسف / آية ٧٨-٧٩
[4] سورة الأنعام / آية ١٦٤، وهذه نفس الآية في سورة الإسراء / أية ٢٥، سورة الزمر / آية ٧، سورة النجم / آية ٣٧
[5] سورة البقرة / أية ٢٨٦
[6] سورة سبأ / آية ٢٥

يلاحظ من الآيات السابقة أنّ الإنسان يعاقب على فعله، ولا يؤاخذ بفعل غيره ولا يتحمل تبعاًت ما يفعله غيره.

وبناءً عليه وتأسيساً على ما سبق من أنّ الإنسان لا يعاقب على جريرة غيره، بل على ما يفعله هو نفسه،إلاّ أنّه يمكن أن يسأل عن غيره ويصبح مسؤولا عنه، خاصة إذا كان الأول تابعاً للثاني والدليل ذلك، قول النبي – صلى الله عليه وسلم– :" **ألا كلكم راعٍ وكلكم مسؤول عن رعيته، فالأمير الذي على الناس راعٍ وهو مسؤول عن رعيته، والرجل راعٍ على أهل بيته وهو مسؤول عن رعيته، والمرأة راعية على بيت بعلها وولده وهي مسؤولة عنهم، والعبد راع على مال سيده وهو مسؤول عنه ألا فكلكم راعٍ وكلكم مسؤول عن رعيته**" [١]

ومن الصور التي يكون فيه المتبوع مسؤولاً عن أعمال تابعه ما يلي:

الصورة الأولى : مسؤولية الدولة عن عمالها، وعمل الأمير :

إنّ الشريعة الإسلامية قد ثبت بأحكامها النظرية والتطبيقية، مراعاتها للعدل والمساواة، والحرية ولا فرق فيها في مراعاة الحقوق بين الأمير والرعية، فالكل مسؤول أمام قانون الشريعة فقد روي أنّ عمر بن الخطاب أرسل إلى امرأة يطلبها إلى مجلسه، فقيل لها أجيبي عمر بن الخطاب ففزعت المرأة وكانت حاملا، وقالت يا ويلي مالي ولعمر، فأجهضت، فاستشار عمر أصحاب النبي – صلى الله عليه وسلم–، فأشار عليه بعضهم وقالوا: إنّما انت والٍ ومؤدب، وكان علي بن أبي طالب لم يبد رأيه، فقال عمر ما تقول يا أبا الحسن، قال : إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم، وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك، أرى أنّ ديته عليك ؛ لأنّك أنت أفزعتها، وألقت ولدها في سبيلك، فقال له عمر عزمت عليك لا تبرح حتى تقسمها على قومك [٢] الذي دفع الدية هو وعاقلته.

فالإمام يعتبر بمثابة الآمر، ويأخذ المأموم حكم المستكره، وقد روى أبو يوسف أنّ رجلا أتى إلى الخليفة عمر بن عبد العزيز، وقال له يا أمير المؤمنين زرعت زرعاً فمرّ به جيش من أهل الشام فأفسدوه، قال فعوّضه عشرة آلاف درهم. [٣]

ومن ذلك أيضا ما ذكره السيوطي : " أنّه لو قتل الجلاد رجلاً بأمر الإمام ظلماً وهو جاهل ذلك –، فالضمان على الإمام لا على الجلاد [٤] .

ومن ذلك أنّ شرطياً في أحد الولايات حفر بئراً في سوق العامة، فوقع فيه إنسان ومات فرفع الأمر للسلطان فحكم على الوالي الذي يتبعه ذلك الشرطي، بالدية لأهل القتيل [٥] .

---

[1] سبق تخريجه

[2] ابن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة، ج٣،ص١١٧،عبد الرزاق، المصنف،ج١٠، ص٦٣، الماوردي، الأحكام السلطانية، ص٢٣٠، البهوتي، كشّاف القناع، ج٤، ص٩٩، ابن حزم، المحلى، ج١١، ص٢٩، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٣٩٧، الزحيلي، نظرية الضمان، ص٣٠، عجاج، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص٣٦ .

[3] أبو يوسف، كتاب الخراج، ص٦٣، مخلوفي، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص٣٦، عجاج، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص٣٧، الشيخ عمر، مسؤولية المتبوع، ص٢٧ .

[4] السيوطي، الاشباه والنظائر، ص١٠٩–١١١ .

[5] ابن القيم، أعلام الموقعين، ج٢، ص١٧–١٩، الشيخ عمر، مسؤولية المتبوع، ص٢٧، عجاج، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص٣٦–٣٨ .

وإنّ شخصاً كلّف قصاراً تابعاً لرجل – أي يعمل عنده – بعمل ثياب، فأتلفه وتمزق منه، فشكا الشخص للوالي، فحكم على القصار صاحب المحل بالعوض [١] .

ويقول الزحيلي : " والفرق بين المسؤولية عن عمل الغير، ومسؤولية المتبوع عن أعمال التابع هو أنّ للمسؤول في الحالة الأولى نصيباً في إحداث الضرر الذي أصاب الغير من جرّاء العمل الضار، وأمّا في الحالة الثانية فليس للمسؤول نصيب في إحداث الضرر، والخطأ فيها هو خطأ التابع وليس الخطأ المفترض للمتبوع، لكنّ القانون أراد هذه المسؤولية، ولم يجز للمتبوع التخلص منها باعتباره كفيلاً للتابع " [٢]

وفي الفقه الحنفي: أن المتبوع يسأل عن أعمال تابعه، وذلك من خلال عقد الإجارة بينهما، وكان الضرر الذي صدر من التلميذ في حدود العمل الذي يشتركان في انجازه محلا وآلة وكيفية، بحسب العرف أو كان ذلك مأموراً به من قبل الأستاذ ضمناً أو صراحة، فإنّ لم يتحقق هذان الشرطان فلا ضمان على الأستاذ [٣] .

ويلاحظ أنّ التابع للدولة هو : الشرطي، والطبيب العام، ورئيس الجامعة، والأستاذ، والجندي، وعامل الخراج ،وجابي الصدقات، وخازن المال، ووزير التنفيذ، ... الخ.

ويرى الباحث أنّ التبعيّة للدولة تظهر من خلال بعض الأمور منها :

مسؤولية الدولة والمجتمع نحو ذوي الإحتياجات الخاصة، وتظهر هذه المسؤولية في تفعيل دورهم في المجتمع من خلال التعليم، والصحة، والمشاركة في الأحزاب الوطنية وغيرها ،وأيضا تكون الدولة مسؤولة عنهم في شتى المجالات ؛ لأنّهم يعتبروا بمنزلة التابع للدولة المتبوعة ، فرعايا الدولة بمثابة التابع لها، فهي مسؤولة عنهم لمنزلة التبعية، ومسؤولة عن رعاياها عند الأعمال.

أيضا مسؤولية الدول نحو أسرى الحرب ؛ لأنّهم يعتبروا بمثابة التابع لهذه الدولة وهي مسؤولة عنهم باعتبارها بمثابة المتبوع والأصل لهم، ويظهر ذلك من خلال العديد من الأدلة منها : ما أشار به عمر بن الخطاب على عبد الرحمن بن غنم الذي كان يتفاوض مع الروم حول إبرام المعاهدة شرطين آخرين ينصان على ألاّ يشتروا – أي الروم – من سبايا المسلمين، وأن يخلع عهد كلّ من ضرب مسلماً .

وقد أقر عبد الرحمن بن غنم [٤] كل من أقام من الروم في مدن الشام وفقاً لمقتضى هذين الشرطين: [٥]

---

[1] ابن القيم، محمد بن أبي بكر (١٣٥٠م/٧٥١هـ)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ط١، (١م)، مطبعة المدني، القاهرة، ١٩٨٧، ص٢٦٦، الزحيلي، نظرية الضمان، ص٢٥٧، ابن القيم، إعلام الموقعين، ج٣، ص٣٧٩-٣٨١، الشيخ عمر، مسؤولية المتبوع، ص٢٧، عجاج، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص٣٦-٣٨ .

[2] الزحيلي، نظرية الضمان، ص٢٥٥ .

[3] الكاساني، البدائع، ج٦، ص٢٠٧، السرخسي، المبسوط، ج١٦، ص١١-٣٠، الزحيلي، نظرية الضمان، ص٢٥٧ .

[4] عبد الرحمن بن غنم: (٦٩٧م/٧٨هـ):- هو عبد الرحمن بن غنم بن كريز الأشعري، شيخ أهل فلسطين، وفقيه الشام في عصره ولد في حياة النبي – صلى الله عليه وسلم-، بعثه عمر بن الخطاب إلى الشام، وكان كبير القدر، قال أبو محمد الغساني، هو علي رأس التابعين (انظر:- الزركلي، الأعلام، ج٣، ص٣٢٢) .

[5] ابن القيم، محمد بن أبي بكر، (١٣٥٠م/٧٥١هـ)، أحكام أهل الذمة، ط١، تحقيق صبحي الصالح، (٢م)، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨٣، ج٢، ص٦٥٧-٦٥٨ .

ونص محمد بن الحسن الشيباني على أنّ تخليص المسلمين من أيدي المشركين واجب، ولا يتحصل ذلك إلاّ عن طريق المفاداة [١]

ويتجلى إحساس الولاة والحكام بمسؤوليتهم عن الأعمال التي تصدر من تابعيهم عندما طلب الكثير منهم من الرعية أن لا يسكتوا على أخطائهم، وإن تعاقبهم الرعية، وهذا ما نجده مثلا من موقف محمد بن أبي بكر يقول عند توليته لمصر : " فإن يكن ما ترون من إمارتي وأعمالي طاعة الله وتقوى فاحمدوا الله عز وجل على ما كان من ذلك فإنّه هو الهادي، وإن رأيتم عاملا لي عملَ غير الحق زائفاً فارفعوه إلي وعاتبوني فيه، فإنّي بذلك أسعد وأنتم بذلك جديرون [٢] .

الصور الثانية : مسؤولية المكره

من المعلوم أنّ الإنسان لا يحاسب ولا يسأل عن فعل غيره عند احداثه للضرر، لكن هناك بعض الحالات يسأل فيها – بالإضافة إلى الصورة الأولى – مثل حالة الإكراه من قبل المكره تجاه المستكره (الذي وقع عليه فعل الإكراه) في يد المكره كالآلة، وبالتالي يكون المكره مسؤولاً عن الضرر ؛ لأنّه يعتبر بمنزلة المباشر، والمستكرَه بمنزلة الآلة أو المتسبب والقاعدة " إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الضمان إلى المباشر " [٣]

والإكراه لغة: مأخوذ من أكرهَ أو كَرِهَ، وهي تعني البغض وهي تعني ضد الرضا [٤] .

والإكراه اصطلاحاً: هو حمل الغير على مالا يرضاه لنفسه بغير حق، بحيث لا يختار مباشرته لولا الحمل [٥] .

أما أقسام الإكراه :

١. الإكراه عند الحنفية ينقسم إلى قسمين " [٦]

٢. الإكراه الملجئ : هو أن ينعدم فيه الرضى ويفسد فيه الاختيار، كان يتوعد بإزهاق نفس .. الخ . وهذا الإكراه أعدم الرضى وأفسد الاختيار .

---

[1] السرخسي، محمد بن أحمد، شرح كتاب السير الكبير لمحمد بن الحسن الشيباني، ط١، تحقيق صلاح الدين المنجد، جامعة القاهرة، معهد المخطوطات العربية، (١٩٧١)، ج٤، ص١٥٩٢، صقر، عبد العزيز، (١٩٩٦)، العلاقات الدولية في الإسلام وقت الحرب، ط١، (١م)، المعهد العالمي للفكر، القاهرة، ص١١٦

[2] الطبري، محمد بن جرير، (٩٢٣م/٣١٠هـ)، تاريخ الرسل والملوك، ط٢، (١٠م)، مطابع دار المعارف، القاهرة، ١٩٦٣، ج٤، ص٥٥٧، رضا، محمد، ١٩٩٠، الإمام علي بن ابي طالب، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص١٤٨-١٤٩، عجاج، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص٣٧-٣٨

[3] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٩٧، السرخسي، المبسوط، ج٢٦، ص١٨٥، الكاساني، البدائع، ج٧،ص١٧٩

،٢٧٥، القرافي، الفروق، ج٤، ص٢٧، ابن رجب، القواعد، ص٢٨٥، مخلوفي، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص٣٤،الشيخ عمر، مسؤولية المتبوع، ص١٩ .

[4] الفيومي، المصباح المنير، ج٢، ص٢٧٩-٢٨٠ .

[5] السرخسي، المبسوط، ج٢٦، ص١٨٥، القرافي، ج٢، ص٢٠٨، الصلاحين، مذكرة في القواعد الفقهيّة، ص٤٠، عجاج، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص٢٩ .

[6] الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص١٨٦، الكاساني، البدائع، ج٧، ص١٧٩، الصلاحين، مذكرة في القواعد الفقهيّة، ص٤١، عجاج، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ٢٩، الشيخ عمر، مسؤولية المتبوع، ص١٩-٢٠، مخلوفي، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص٣٤.

٣. الإكراه غير الملجئ : هو الذي يوجب الغم والألم كالضرب غير المبرح، والحبس غير المديد، وهذا القسم يعدم الرضى ولا يفسد الاختيار .

فمثلا " لو قال أحد لآخر أتلف مال فلان وإلاّ أقتلك، أو أقطع أحد أعضائك، وأتلف ذلك يكون الإكراه معتبراً ويلزم الضمان على المجبر فقط، وأمّا لو قال أتلف مال فلان وإلاّ أضربك، أو أحبسك، وأتلف ذلك فلا يكون الإكراه معتبراً ويلزم الضمان من المتلف فقط [١] .

أما الإكراه عند الجمهور فينقسم إلى قسمين [٢] :

١. الإكراه الملجئ : ما تنتفي فيه الإرادة والرضى وتنتفي فيه الفعل، كمن حلف ألا يدخل داراً فأدخلها عنوة، أو أضجعت امرأة فاغتصبت .

٢. الإكراه غير الملجئ : تنتفي فيه الإرادة ولا ينتفي فيه الفعل، كأن يكره بوعيد شديد يترتب عليه زهوق نفس أو عضو ..... الخ .

والذي يظهر أنّ الإكراه ثلاثة انواع [٣] :

١. الذي لا يفسد الاختيار مطلقا وينعدم فيه الرضى (غير ملجئ عند الحنفية)
٢. الذي ينتفي فيه الفعل والإرادة (ملجئ عند الجمهور)
٣. الذي تنتفي فيه الإرادة ويثبت فيه الفعل (غير ملجئ عند الحنفية)

وأما بالنسبة إلى تحمل الضمان في حالة ان يكون الإكراه تاماً، فقد ذهب العلماء فيه إلى ثلاثة أقوال :

القول الأول : **أنّ** الضمان على المُكره، ويعتبر المُسْتكَره كالآلة مسلوب الإرادة،ولا ضمان على الآلة ، وهذا هو رأي الحنفية والحنابلة وبعض الشافعية [٤] .

القول الثاني : **أنّ** الضمان على المستكَره ؛ لأنّه مباشر للضرر، وإذا اجتمع المباشر والمتسبب قدم المباشر، وهذا رأي المالكية والظاهرية وبعض الشافعية [٥] .

---

[1] الكاساني، البدائع، ج٧، ص١٧٩، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص١٨٦، مجلة الأحكام، العدلية، المواد (٩٤٨، ٩٤٩) .

[2] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٩٧، العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام،ج٢، ص١٣٢، القرافي، الفروق، ج٢، ص٢٠٨، البهوتي، كشّاف القناع، ج٤، ص٩٨، ابن حزم، المحلى ج٨، ص٣٨١، عجاج، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص٣٠-٣١، الزحيلي، نظرية الضمان، ص٧٣-٧٤، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣ ص٤٤٣ .

[3] الكاساني، البدائع، ج٧، ص١٧٩، العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج٢، ص١٣٢، الصلاحين، مذكرة في القواعد الفقهيّة، ص٤٢

[4] الكاساني، البدائع، ج٧، ص١٧٩، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص١٨٦، البهوتي، كشّاف القناع، ج٤، ص٩٨ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٩٧، العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج٢ ص١٣٢، الزحيلي، نظرية الضمان، ص٧٤، عجاج، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص٣٠ن الخطيب الشربيني ،مغني المحتاج،ج٢،ص٧ .

[5] القرافي، الفروق، ج٢، ص٢٠٩، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣ ص٤٤٣، ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص٣١١، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٩٧ وما بعدها، ابن حزم، المحلى، ج٨، ص٣٨١ .

القول الثالث : الضمان على المكره والمُستكَره ؛ لأنّ المُتسْكرَه مباشر حقيقة، والمكره متسبب، وهذا هو رأي الشافعية في الراجح عندهم [١] .

أما الإكراه الناقص : فالضمان على المُستكَره ،وهذا عند جمهور العلماء ؛ لأنّ الإكراه الناقص لا يسلب الاختيار أصلا، وهنا لم يكن المستكره كالآلة في يد المكره، فيجب الضمان عليه – أي المستكره [٢] .

والذي يميل إليه الباحث هو رأي الحنفية؛ لأنّ النبي – صلى الله عليه وسلم– قال : " **عفي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه** " [٣]، فالواضح من الحديث أنّ المستكره ليس عليه شيء وهو مرفوع عنه.فالقاعدة المطبقة هنا "التابع لا يفرد بالحكم"،و"التابع تابع" فهو لا ينفرد بالحكم لوحده، بل يتحمله المسؤول عن هذه الأعمال و هو المتبوع إما أمراً أو مكرهاً، فلا يتحمل المأمور أو المستكرَه أي شيء من ذلك.

الصورة الثالثة : مسؤولية الآمر :

إنّ مسؤولية الآمر تشبه إلى حد كبير مسؤولية المُكْره، والآمر هو : ذلك الشخص الذي يأمر غيره بأن يعمل عملا في ملكه أو في ملك الغير " [٤]

فإنّ كان الفعل المأمور به في ملك الآمر، فلا ضمان على فاعله المأمور ؛ لأنّ الأمر من نوع الإذن الصريح، وإذا كان العمل المأمور به واقعاً في ملك الغير فلا عبرة به ؛ ذلك لأنّ الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل [٥] .

جميع الحقوق محفوظة
مركز إيداع الرسائل الجامعية

وجاء في المادة (٨٩) من مجلة الأحكام العدلية:

إنّ الفعل يضاف إلى الفاعل وليس إلى الآمر، ما لم يكن الفاعل مجبراً [٦] .

وجاء فيها أيضا : أنّه لا ينفذ أمر أحدٍ إلاّ في ملكه، فلو قال لآخر خذ هذا المال وألقه في البحر، فأخذه المأمور وألقاه في البحر وهو عالم بأنّه لغير الآمر، فلصاحب المال أن يضمّن الذي ألقاه ولا شيء على الآمر ما لم يكن مجبراً [٧] .

---

[1] العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج٢، ص١٣٢، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٩٧، الزحيلي، نظرية الضمان، ص٧٥، الشيخ عمر، مسؤولية المتبوع، ص٢٠–٢١

[2] الكاساني، البدائع، ج٧، ص١٧٩، القرافي، الفروق، ج٢، ص٢٠٨، العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج٢، ص١٣٢، البهوتي، كشّاف القناع، ج٤، ص٩٨، ابن حزم، المحلى، ج٨، ص٣٨١، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص١٨٦، الزحيلي، نظرية الضمان، ص٧٤–٧٥، مخلوفي، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص٣٤ .

[3] رواه الإمام البخاري، مع الفتح، ج٥، ص١٦٠، –١٦١، وذكره الإمام الألباني في إرواء الغليل، ج١، ص١٢٣، ٢٩٤، ج٧، ص١٤٦، ١٤٧، .(وانظر موسوعة أطراف الحديث النبوي الشريف، محمد السعيد زغلول، ج٥، ص٤٥٢،)

[4] عجاج، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع ص٣٢، مخلوفي، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص٣٥، الشيخ عمر، مسؤولية التابع عن أعمال المتبوع، ص١٩–٢٠، السرخسي، المبسوط، ج٢٧، ص٤٦ .

[5] الشيخ عمر، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص١٩–٢٠، مخلوفي، مسؤولية التابع عن أعمال المتبوع، ص٣٥، عجاج، مسؤولية التابع عن أعمال المتبوع، ص٣٢ .

[6] مجلة الأحكام العدلية، (٨٩م) عجاج مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص٣٢، مخلوفي مسؤولية المتبوع عن التابع، ص٣٥ .

[7] مجلة الأحكام العدلية، (١٥١٠م)، عجاج، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص٣٣ .

ولذلك من خلال ما سبق يخلص الباحث إلى أنّ الشريعة الإسلامية قد عرفت مبدأ مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، وذلك من خلال مسؤولية الدولة عن رعاياها، ومسؤولية الآمر ومسؤولية المكره، وهذا يعتبر استثناءً من مبدأ التبعة الفردية الذي أخذت به، بحيث أنّ الإنسان في الأصل لا يحاسب على فعل غيره، ولا يتحمل تبعات الأضرار التي يصدرها الغير .

فلذلك إنّ الشريعة الإسلامية الغرّاء قد عرفت مبدأ مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، وبذلك تكون قد سبقت القوانين الحديثة في هذا المبدأ. ،

- ولهذا فإنّ الباحث لايتفق مع الأستاذ الشيخ محمد عمر في كتابه مسؤولية المتبوع، والأستاذ طلال عجاج في كتابه مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، وذلك عندما قالا أنّ الشريعة الإسلامية لم تعرف مبدأ مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع إلاّ بالقليل النادر، وهذا خطأ في الفهم، والله تعالى أعلم. وفي هذه الصور تطبيق قاعدة العبرة بنية المتبوع وليس التابع.

مسؤولية الدولة عن المسجونين :

ومن المسائل التي تظهر أهميتها : مسؤولية المتبوع وهي الدولة – عن أتباعها – المسجونين، وتظهر هذه المسألة من خلال ما ذكره أبو يوسف في كتابه الخراج تحت عنوان : على من تجب نفقة المسجون ومعاملته :

جميع الحقوق محفوظة

قال : " لا بدّ لمن كان في مثل حالهم إذا لم يكن له شيء يأكل منه لا مال ولا وجه شيء يقيم به بدنه ان يجري عليه من الصدقة أو من بيت المال، من أي الوجهين فعلت فذلك موسع عليك واجب إليّ أن تجري من بيت المال على كلّ واحدٍ منهم ما يقوته، فإنّه لا يحل ولا يسع إلاّ ذلك .

قال : والأسير من أسرى المشركين لا بدّ أن يطعم ويحسن إليه حتى يحكم فيه، فكيف برجل مسلم قد أخطأ أو أذنب، يترك يموت جوعاً، ؟! وإنّما حمله على ما صار إليه القضاء أو الجهل، ولم تزل الخلفاء تجرى على أهل المسجون ما يقوتهم في طعامهم وأدمهم وكسوتهم الشتاء والصيف، وأول من فعل ذلك على بن أبي طالب كرم الله وجهه بالعراق، ثم فعل معاوية بالشام، ثم فعل ذلك الخلفاء من بعده.

ذكر عن علي بن أبي طالب إذا كان في القبيلة أو القوم الرجل الداعر (أي أهل الفساد والشر)، حبسه فإن كان له مال أنفق عليه من ماله، وإن لم يكن له مال أنفق عليه من بيت مال المسلمين، وقال يحبس عنهم شرّه وينفق عليه من بيت مالهم [1].

ويظهر للباحث أنّ العلاقة هنا تقوم على أنّ الدولة متبوعة، وأنّ متبوعيها تابعين لها، والمتبوع مسؤول عن التابع (المسجون) من الإطعام وتأمين المكان ..... الخ.

[1] أبو يوسف، كتاب الخراج، ص١٦٣

المطلب الثالث

حكم المتولّد وعلاقته بالتبعيّة

التولّد لغة : مأخوذ من وَلَدَ، والوَلَدُ بفتحتين كلّ مَا ولده شيء ويطلق على الذكر،وهو أصل معنى النسل والنجل والأنّجاب، وتولد الشيء عن الشيء، حصل منه ونشأ عنه [١] .

التولد اصطلاحاً : لم يجد الباحث فيما تسنى له من وقتٍ تعريفاً اصطلاحياً عند أهل العلم بشكل واضح، ويظهر للباحث أنّ تعريف التولّد اصطلاحاً ما يلي : استنتاج شيءٍ من شيءٍ آخر يكون تابعاً له في الصورة والحكم.

وهناك بعض المسائل المتعلقة بالمتولدّات منها:

- تبعية المتولدات لأصولها في عقد الرهن :

لقد ذهب جمهور العلماء إلى أنّ المتولدات المتصلة تتبع أصولها في عقد الرهن، فيجري عليها حكم الأصل ؛ لعدم التمييز بين الأصل والتبع [٢] .

اختلف الفقهاء في المتولّدات المنفصلة هل تتبع أصولها في عقد الرهن، أم لا ؟! وكانوا على قولين :

١. القول الأول: أنّ المتولدات المنفصلة مثل (الثمرة، والأجرة، والولد) تتبع الأصل المرهون وتأخذ حكمه وترهن معه، ولا فرق فيها إذا كانت موجودة عند العقد أم كانت بعده.

وذهب إلى هذا القول الحنفية والحنابلة [٣] و المالكية [٤] .

٢. القول الثاني: أنّ المتولدات المنفصلة لا يمكن أن تتبع الأصل في عقد الرهن،ولا يسري عليها حكم الرهن،وهذا ما ذهب إليه الشافعية والظاهرية [٥] .

---

[1] الفيومي، المصباح المنير، ج٢، ص٩٢٥ .

[2] الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٦، ص٩٤، السرخسي، المبسوط، ج٢١، ص١٠٥، حيدر، درر الحكام، ج٢، ص١١٩، ابن جزيء، القوانين الفقهيّة، ص٢٧٨، الرملي، نهاية المحتاج، ج٤، ص٢٨٩،٢٨٨، الماوردي، الحاوي، ج٦، ص٢٠٨، البهوتي، كشّاف القناع، ج٣، ص٣٣٩ .

[3] الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٦، ص٩٤، السرخسي، المبسوط، ج٢١، ص١٠٥، البهوتي، كشّاف القناع، ج٣، ص٣٣٩، ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٤٣٠ .

[4] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٢٤٤، الخرشي، شرح الخرشي، ج٥، ص٢٤٨، ابن جزيء، القوانين الفقهيّة، ص٢٧٨، أبو حميدة،عبد الحافظ يوسف، ١٩٩٦، المتولد من المملوك، بإشراف، محمود السرطاوي، الجامعة الأردنية، ص٧٣ .

[5] الزركشي، المنثور، ج٣، ص١٦٣-١٦٤، ص٣٥٢-٣٥٦، الرملي، نهاية المحتاج، ج٤، ص٢٨٩، الماوردي، الحاوي، ج٦، ص٢٠٨، ابن حزم، المحلى، ج٦، ص٣٦٦ .

الأدلـــة :

أدلة الفريق الأول وهم الحنفية والحنابلة :

- إنّ الرهن حق ثابت في الأصل، فيصار ذلك إلى التبع ، فكما المتولّدات ملك للـــراهن تبعاً فإنّها تكون مرهونة مع الأصل ؛ لأنّ هذه المتولّدات المنفصلة تابعة لـــه عمـــلاً بالقاعدة " التابع تبع ".[١]

- كمـــا أنّ حق الحبـــس حق أصلي للرهن، وهنـــا حق تابع في الأم فيثبت في الولـــد تبعاً كالبيع[٢] .

- القياس على المتولّدات المتصلة؛ لأنّ المتولّدات المتصلة تتبع أصولها في عقد الرهن، فكذلك وجب أن تتبعها المنفصلة أيضا ؛ لأنّ كلا منهما نماء وزيادة عن أصل الرهن[٣] .

أدلة الفريق الثاني وهم – المالكية– :

الإستدلال بالقياس على البيع فالصوف والولد يتبعان الأصل في عقد البيع فكذلك يتبعانـــه في عقد الرهن[٤] .

مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

أدلة الفريق الثالث وهم – الشافعية والظاهرية– :

- عن أبي هريرة – رضي الله عنه– قال : قال رسول الله – صـــلى الله عليـــه وسلم– :" **الرهن محلوب ومركوب** "[٥]

- عن أبي هريرة – رضي الله عنه– ان النبي – صلى الله عليه وسلم– قال :" **لا يغلق**[٦] **الرهن من راهنه الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه**"[٧]

---

[1] حيدر، درر الحكام،ج٢، ص١١٩، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٦، ص٩٤ .

[2] الكاساني، البدائع، ج٧، ص٣٧٥ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٦، ص٩٤–٩٥ .

[3] ابن قدامة، المغني، ج٢، ص٤٣١، البهوتي، كشّاف القناع، ج٣، ص٣٣٩، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٦، ص٤٩٣ .

[4] ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص٢٠٨، الخرشي، شرح الخرشي، ج٥، ص٢٤٨، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٢٤٤، ابن جزيء، القوانين الفقهيّة، ص٢٧٨ .

[5] سبق تخريجه .

[6] **غلق الرهن:** إذا خرج عن ملك صاحبه الراهن واستولى عليه المرتهن بسبب عجزه عن أداء مارهنه إياه، وكان هذا عادة العرب، فنهاهم النبي – صلى الله عليه وسلم– (الفيومي، المصباح المنير، ج٢، ص٦١٧، الزحيلي، نظرية الضمان، ص١٧١، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين،ج٥ ، ص١٠) .

[7] أخرجه الشافعي (١٦٤/٦) من طريق يحيى ابن أبي أنيسة، ورواه ابن ماجة (٢٤٤١) في الرهن، من طريق مالك، وروى هذا الحديث مرسلاً: مالك (٧٢٨/٢) في الأقضية، باب ما لا يجوز من غلق الرهن، ومن طريق الطحاوي في شرح معاني الآثار (١٠٠/٤) من طريق الزهري عن سعيد، وأخرجه عبد الرزاق (١٥٠٣٣) ومن طريقه الدارقطني (٣٣/٣) وأبو داود في المراسيل (١٣٤)، وابن عبد البر في التمهيد (٤٢٩/٦)، قال (هذا الحديث بالنقل عن أهل العلم مرسل وان كان قد وصل من جهات كثيرة فإنّهم يعللونها)، ورواه الدارقطني في سننه (٣٢/٣)، والبيهقي (٣٩/٦)، من طريق عبد بن عمران العابدي عن ابن عينية من زياد بن سعد عن الزهري، وقال الدراقطني:– زياد بن سعد من الحفاظ الثقات، وهذا اسناد حسن متصل .

وجه الإستدلال: فرق النبي – صلى الله عليه وسلم– بين الرهن وغنمه، وقد علم أنّ الرهن على ملك راهنه، فيتبين إضافة غنمه إليه مخالف لما لم يضفه إليه من رهنه، ولا وجه يختلفان فيه إلاّ خروجه من الرهن وعدم دخوله فيه [1] .

مناقشة الأدلة:

أولا: مناقشة أدلة الحنفية والحنابلة:

١. رد الشافعية على استدلال الحنفية و الحنابلة بالقياس على البيع،كون النماء المالك هو الأصل ؛لأنّ المشتري مَلَك الأصل ،فكذلك الرهن لما كان على ملك راهنه ، وجب أن يكون النماء خالصا للراهن ، والقول بدخوله في الرهن يمنع خلوصه [2] .

٢. أما القياس على حبس المبيع ، فهو غير مسلّم به ؛ لأنّ الشافعية يرون أنّ البائع إذا حبس المبيع لاستيفاء ثمنه ، لم يكن له حبس النماء الحادث منه بعد العقد؛ ولذا لايصح القياس على حبس المبيع ، إذ يشترط في المقيس عليه أن يكون متفقاً عليه.

ثانيا : مناقشة أدلة المالكية :

رد الحنفية والحنابلة على تفريق المالكية بين الولد والصوف التام ، وبين سائر المتولّدات ، بأنّ كلا منهما نماء حادث من عين الرهن منفصل عنه ، فيجب أن يسري حكم الرهن إلى الجميع [3] .

جميع الحقوق محفوظة
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ثالثا : مناقشة أدلة الشافعية والظاهرية :

١. رد الحنفية على استدلال الشافعية بحديث أبي هريرة : " **الرهن محلوب ومركوب** " ، بأنّ هذه للراهن بإذن المرتهن ، وللمرتهن بإذن الراهن ، وتوقف انتفاع الراهن بهذه المتولدات على إذن المرتهن يدل على تعلق حقه بها وليس له حق إلا حق الرهينة [4] .

٢. وأما قول الشافعية بأنّ المتولدات المنفصلة مما يصح أن يفرد بالعقد ، فلا تدخل في الرهن إلا بعقد فإنّه يرد عليه ، بأنّ إفراد الشيء بالعقد لا يوجب عدم التبعية على الإطلاق بدليل أنّ سقف الدار مثلاً يدخل في بيع الدار ، مع أنّه يصح إيراد العقد عليه قصداً أو منفردا [5] .

٣. ثم إنّ حديث : " **لا يغلق الرهن** " فيه مراسيل ، ومع فرض صحة وصل هذا الحديث وأنّ غنم الرهن وكسبه للراهن ، إلا أنّه يتعلق به حق الرهن ، كالأصل

---

[1] الماوردي، الحاوي، ج٦، ص٢٠٨–٢٠٩، أبو حميدة، المتولد من المملوك، ص٧٢ .

[2] الماوردي ، الحاوي ، ج٦ ، ص٢١٠ ، الشيرازي ، المهذب ، ج١ ، ص٤١٠ ، الرملي ، نهاية المحتاج ، ج٤ ، ص٢٨٩

[3] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٧ ، ص٣٥٤ ، ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين ، ج٦ ، ص٤٩٣ ، الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج٦ ، ص٩٤ ، ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٤٣١ ، السرخسي ، المبسوط ، ج٢١ ، ص١٠٧

[4] ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين ، ج٦ ، ص٤٩٣ ، الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج٦ ، ص٩٤ ، السرخسي ، المبسوط ، ج٢١ ، ص١٠٧

[5] ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٤٣١ ، القرافي ، الذخيرة ، ج٥ ، ص١٥٧

فإنّه للراهن ، والحق متعلق به ، والفرق بينه أي (الغنم) وبين سائر مال الــراهن أنّه تبع ، فيثبت له حكم الأصل [1] .

الراجح من هذه الآراء :

و يرجح الباحث رأي الحنفية والحنابلة لقوة أدلتهم ، ولأنّ القياس صحيح بين عقد البيع وعقد الرهن؛ لأنّهما عقدان لازمان، فكما أنّ المتولّد المنفصل يتبع الأصل في عقد البيع فكــذلك يتبعه في عقد الرهن.

- ما يكون تبعاً للأصل في بيع الحيوان:

لقد أجمع جمهور أهل العلم على دخول الحمل في بطــن الأم، واللــبن فــي الــضرع، والصوف على الظهر، تبعاً في بيع الأصل، حتى وإن لم ينص صراحةً على ذلك في العقد.

فإذا حصل النص عليها صراحة في العقد فسد؛ لأنّه اشتمل على أمرين : إحداهما معلوم وهو الأصل،والآخر مجهول وهو المتولد [٢] .

وعلى هذا فإنّ كلّ شيءٍ اتصل بالمبيع اتصالَ قرار دخل في ذلك البيع تبعــاً، والولــد لا يدخل في بيع الأم [٣] .

وفي شرح المجلة جاء التقييد لهذه المسألة عندما يكون الولد حاضراً في مجلــس العقــد، وعندما يكون غائباً، فإنّه لا يدخل في بيع الأم إلاّ بالنص عليه [٤] .

والحنفية عندهم أنّ الأساس الذي يبنون عليه هذه المسألة وغيرها هو العرف [٥] .

---

[1] البيهقي ، معرفة السنن والآثار ، ج٤ ، ص٤٤١ ، ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٤٣١ ، السرخسي ، المبسوط ، ج٢١ ، ص١٠٨

[2] ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٦٣، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٥، ابن رجب، القواعد، ١٥٦، ابن حزم، المحلى، ج٧، ص٢٢٢، الرملي، نهاية المحتاج، ج٣، ص٤٦١، النووي، روضة الطالبين، ج٣، ص٢٠٤، الماوردي، الحاوي، ج٥، ص٣٣٥، الرحيباني، مصطفى بن سعد بن عبده(١٢٤٣هــ)، مطالب أولي النهى، ط١، (٦م) منشورات المكتب الإسلامي، دمشق .،١٩٦٠،ج٣،ص٢٩.

[3] الماوردي، الحاوي، ج٥، ص١٦٢، ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٧٦، ابن عابدين، الحاشية، ج٤، ص٥٤٨، الكاساني، البدائع ج٦، ص٢٩٩، حيدر، درر الحكام، ج١، ص٢١٠ .

[4] حيدر، درر الحكام، ج١، ص٢١٠، أبو حميدة، التولّد من المملوك، ص٢٢ .

[5] الكاساني، البدائع، ج٦، ص٢٩٩، ابن عابدين، ج٤، ص٥٤٨، أبو حميدة التولّد من المملوك، ص٢٢، الزحيلي، نظرية الضمان، ص١٦٩-١٧١ ، الزيلعي، تبيين الحقائق،ج٥،ص١٠٩.

المطلب الرابع

شروط مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع والآثار الناجمة عنها:

في تحقق مسؤولية المتبوع عن عمل تابعه يجب توافر شرطين :

١. الشرط الأول : قيام علاقة ورابطة التبعيّة بين التابع والمتبوع

٢. الشرط الثاني: وقوع فعل ضار من التابع في حال تأدية الوظيفة أو بسببها .

أولاً : قيام علاقة ورابطة التبعيّة بين التابع والمتبوع :

حتى يكون المتبوع مسؤولا عن أعمال تابعه، يجب أن تكون علاقة بينهما، ويكون التابع خاضعا للمتبوع أمّا بشكل مباشر أو غير مباشر.

فمثلا اعتداء العبد المحجور عليه على نفس آدمية : عبد أو أمة، فإنّ السيد مولى العبد يطالب بضمان فعل تابعه، ويلزمه بدفع مثيل المجني عليه أو قيمته [١].وذلك لقيام علاقة التبعيّة المتمثلة بخضوع العبد لأوامر سيده، وبالتالي يحاسب السيد عن أعمال عبده .

وأيضا " تلميذ الأجير المشترك"، حيث ذهب أهل العلم إلى أنّه إذا تلف الشيء المأجور بيد تلميذ – صانع – الأجير كالنجار والقصار والحداد، والخياط، ونحوه ... الخ. فلا ضمان عليه وإنّما الضمان، على معلمه؛ لأنّه هو المسؤول أصالة عن أمتعة الناس، فكأنّه فعل الضرر بنفسه؛ لأنّ التلميذ نائبه.

وعلى ذلك يعتبر أساس هذه المسؤولية شرعا هو جعل خطأ التلميذ خطأ الأستاذ، لأنّه هو الضامن أو الكفيل [٢] .

وهذا ما أخذ به القانون المدني الأردني، حيث جاءت المادة ١/٢٨٨/ بـــ/ على أنّه يشترط أن يكون للمتبوع سلطة فعلية في رقابة وتوجيه تابعه، ولو لم يكن حرّاً في اختياره [٣] .

وفي القانون أنّ علاقة التبعيّة تكون معدومة بانعدام سلطة الرقابة والتوجيه إذ لا يعتبر المقاول تابعاً لرب العمل إلاّ إذا كان لهذا الأخير عليه سلطة فعليه في الرقابة والتوجيه، وقد قضت محكمة التمييز الأردنية: " بأنّ طبيعة علاقة المقاول بصاحب العمل تتوقف على طريقة

---

[1] الكاساني، البدائع، ج٦، ص٢٠٧، ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص٤٠٥، ابن رجب، القواعد، ص٣٣٨، الزحيلي، نظرية الضمان، ص٢٥٦، السرخسي، المبسوط، ج١٦، ص١٤، ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٨٣١ .

[2] السرخسي، المبسوط، ج١٦، ص١١-٣٠، ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٨٣١، الكاساني، البدائع، ج٦، ص٢٠٧، الزحيلي، نظرية الضمان، ص٢٥٦-٢٥٧، عجاج، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص٣٥، فيض الله، محمد فوزي، ١٩٦٢، المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراة، جامعة الأزهر، ص٣٨٧-٣٩٠ .

[3] مرقس، سليمان، الوافي في شرح القانون المدني الأردني، ج٢، ص٨٣٠، عجاج، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص٩٩ .

تنفيذ العمل فإذا قام المقاول بالعمل مستقلا فإنّ علاقة التبعيّة بصاحب العمل تكون منتفية ، وإما إذا قام به تحت إشراف وإدارة صاحب العمل، فيعتبر المقاول تابعاً وصاحب العمل متبوعا" [١] .

ثانيا: وقوع فعل ضار من التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها:

لا تقوم مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع بمجرد علاقة التبعيّة، بل لا بدّ من ثبوت ارتكاب التابع فعلا يلحق الضرر بالغير.

وهذا ما نراه في الفقه الإسلامي واضحاً عندما أرسل سيدنا عمر بن الخطاب رسله إلى تلك المرأة الحامل، وقد خافت وقالت: يا ويلها مالها ولعمر، ثم فزعت فألقت ولدها في الطريق ميتاً، وكان عمر بن الخطاب قد استشار في ذلك إلى أن استقر في نهاية الأمر على رأي علي بن طالب، وهو الغرة – دية الجنين – فقال عمر، والله لا تقوم من مقامك حتى توزعها على قومك [٢] .

فالملاحظ أنّ عمر قد أصبح مسؤولا عن الضرر الذي أحدثه عمّاله في إخافة المرأة وإلقاء ولدها ميتاً، وذلك يستنتج من قول علي: " إنّما ألقت ولدها بسببك، وعلى ذلك فإنّ عمر بن الخطاب قد استبان له الحق وأدى دية الجنين"

وعلى ذلك فإنّ المتبوع يسأل عن أعمال تابعه، وذلك من خلال عقد الإجارة بينهما، وكان الضرر الذي صدر من التلميذ في حدود العمل الذي يشتركان في انجازه كيفية وآلة ومحلا بحسب العرف، أو كان ذلك مأموراً به من قبل الأستاذ صراحة أو ضمناً، فإنّ لم يتحقق هذان الشرطان، فلا ضمان على الأستاذ [٣] .

جميع الحقوق محفوظة
مركز ايداع الرسائل الجامعية

وفي القانون المدني الأردني جاء نص المادة (٢٨٨) متفقاً مع نص المادة (٢٥٦)، التي أقامت المسؤولية على الضرر، ولذلك، فإنّه يكفي لتحقيق مسؤولية المتبوع أن يرتكب التابع فعلا يصيب الغير بالضرر، وان تتحقق مسؤوليته عن هذا الفعل بحكم قضائي وهو ما أكدته محكمة التمييز الأردنية حيث قضت بأن المادة (٢٨٨)، يشترط للحكم على المتبوع بالتعويض عن الضرر الذي أحدثه التابع الشروط التالية:

١. ان يكون الذي أحدث الضرر محكوماً بالضمان.

٢. ان يصدر الفعل الضار من التابع في حالة تأدية وظيفته أو بسببها [٤] .

الآثار الناجمة في مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع:

---

[1] قرار محكمة التمييز الأردنية، هيئة عامة، رقم ٨٦/٢١٢، تاريخ ١٩٨٦/٥/٨، غير منشورة، خاطر، شرح القانون المدني الأردني، ص٥٢٦–٥٢٨، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص٩٧ .

[2] ابن أبي شيبة، المصنف، ج٣، ص١١٧، عبد الرازق، المصنف، ج١٠،ص٦٣، ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٨٣٢، البهوتي، كشّاف القناع، ج٤، ص٩٩، الماوردي، الأحكام السلطانية، ص٢٣٠، الزحيلي، نظرية الضمان، ص٣٠ .

[3] الكاساني البدائع، ج٦، ص٢٠٧، السرخسي، المبسوط، ج١٦، ص١١–٣٠، الزحيلي، نظرية الضمان ص٢٥٧

[4] خاطر، شرح القانون المدني الأردني، ص٥٢٦–٥٢٨، عجاج، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص١٠٧–١٠٨، محكمة التمييز الأردنية، قرار رقم ٨٦/٨٤٨، مجلة نقابة المحامين الأردنية، ١٩٨٩ ص٢٤٤٥، سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني، ص٣٠٠ .

هناك عدد من الآثار الناجمة عن مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه وهي:

تطبيقات قاعدة مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع في قانون الوظيفة العامة والمسؤولية التأديبية ما يلي:

١. في فرنسا تنص المادة (٩) من النظام العام للموظفين الصادر في ١٩٥٩/٢/٢٤ على ان الموظف مسؤول عن ضمان حسن سير العمل، ومسؤول تجاه رؤسائه عن السلطة التي تمنح له وعن تنفيذ الأوامر التي تصدر إليه وقد قرر القضاء الفرنسي أن للموظف الامتناع عن التنفيذ إذا كان مشوباً بعدم مشروعية جسيمة.

٢. في ألمانيا الاتحادية: تنص المادة (٥٦) من القانون الفيدرالي الصادر بتاريخ ١٩٥٣/٧/٤ على التزام الموظف بتنفيذ الأوامر التي تصدر إليه من رؤسائه، وذلك في حدود القانون، وتنص كذلك على احترام القانون .

٣. في مصر: تنص قوانين التوظيف بأنّه يتعين على الموظف أن ينفذ أمر رئيسه،ولو كان الأمر مخالفاً للقانون، لو وصلت المخالفة إلى درجة ارتكاب جريمة منصوص عليها في قانون العقوبات، حيث تنص المادة (٧٨) من القانون رقم ٤٧، لسنة ١٩٧٨ على أنّه :" لا يعفى العامل من الجزاء استناداً إلى أمر صادر إليه من رئيسه إلاّ إذا اثبت أنّ ارتكاب المخالفة كان تنفيذاً لأمر مكتوب صادر إليه من هذا الرئيس بالرغم من تنبيهه كتابة إلى المخالفة، وفي هذه الحالة تكون المسؤولية على مصدر الأمر وحده.

٤. وفي سوريا: تنص المادة ٣/٢٢، من قانون الموظفين الأساس رقم ١٣٥ لعام ١٩٤٥ على ان ينفذ الموظف ما يصدر إليه من أوامر رؤسائه في دقة ويعمل كل رئيس مسؤولية الأوامر التي تصدر عنه، وألزمت الفقرة (٦) من نفس المادة الموظف بأن يتصرف بأدب وكياسة ولياقة مع رؤسائه، ثم جاء بلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم ١٠٤/ بـ ١٥/١٦٤٠، تاريخ ١٩٧٢/٦/١١، ليوضح حدود واجب الطاعة بقوله:

- كلّ عامل في الدولة مسؤول عن أداء العمل المعهود به إليه وفق أحكام القوانين والأنظمة المرعية ولا يحله من المسؤولية الادعاء بتوجيه من رئيس أو مدير ما لم يكن التوجيه خطياً وصادراً عن مدير الإدارة أو المؤسسة أو المنشأة حيث تنتقل المسؤولية هنا إلى المدير.
- إنّ التوجيهات التي يعطيها السادة الوزراء في موضوعات معينة لا تحل العاملين في مسؤولياتهم إذا كانت مخالفة للقوانين والأنظمة.

٥. في الأردن: تنص المادة ٨١/ فقرة ب، ك من نظام الخدمة المدنية الساري المفعول أنّه يجب على الموظف تنفيذ الأوامر والتوجيهات التي يصدرها إليه رؤسائه، وأن يتصرف معهم بأدب وكياسة [1].

تبين هذه القوانين ان الموظف العام بمثابة التابع لرئيسه، ولا يتقدم على رئيسه وفقاً لقاعدة "التابع لا يتقدم على المتبوع"، فهل ينفذ الموظف أمر رئيسه باعتباره مأموراً، و الرئيس آمراً، أم بمثابة المستكرَه والرئيس هو المكره.

---

[1] العتوم، منصور إبراهيم، ١٩٨٤، المسؤولية التأديبية للموظف العام دراسة مقارنة، ط١، عمان

و يرى الباحث ان التابع يتبع متبوعه و أصله ضمن حدود القانون فقط في القانون الفرنسي و الألماني، أما في قوانين مصر و سوريا و الأردن فإنّ التابع على جميع الحالات يتبع متبوعه حتى لو كان مخالفا للقانون، فلذلك في قانون فرنسا و ألمانيا يستطيع رفض بعض الأوامر، و في القوانين لمصر و سوريا و الأردن لا يستطيع رفض الأوامر.

مسؤولية المتبوع في حال الجمادات و الحيوانات:

اتفق الفقهاء على أنّ صاحب الحيوان ضامن لما يتلفه، إذا كان سببا في الضرر بأن تعمّد الإتلاف بواسطة الحيوان أو قصّر في حفظه، أو كان صاحبه سائقاً أو راكباً. ويضمن صاحب بعض الجمادات، كالسيارة والآلات الحادة، و مثل السكين والسيف، والبندقية، ما توقعه من تلف على الآخرين [١]

قال النبي – صلى الله عليه وسلم–: "**من مر في شيء من مساجدنا أو أسواقنا ومعه نبل، فليمسك أو ليقبض على نصالها بكفه، أن يصيب أحداً من المسلمين منها شيء** " [٢]

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

[1] الزحيلي، نظرية الضمان، ص٢٦٣ .
[2] رواه الإمام البخاري في الصحيح، كتاب المساجد، باب المرور في المسجد، حديث رقم (٤٤١)، ج١، ص١٧٣

المبحث الثاني

التطبيقات المعاصرة في قاعدة التابع تابع

و يحتوي على سبعة مطالب

المطلب الأول

" تطبيقات قاعدة التبع في المستشفيات " المسؤولية الطبية "

المسؤولية في معناها العام: هي تلك الحالة التي يكون فيها الشخص عند ارتكابه لأمر يوجب المؤاخذة [١] . و مفهوم المسؤولية عند فقهاء المسلمين مضمّن في مفهوم الأهلية، وهناك مفهوم قريب من مفهوم المسؤولية ألا وهو الضمان والتضمين، وعند أهل القانون هذا المفهوم – أي المسؤولية – معناها كون الإنسان مؤاخذاً مسؤولا عن أعماله . ولعل من اللائق والأفضل أن يكون بدلا منه مفهوم " التبعة" لأسباب ستأتي [٢] .

وقد عرّفها بعضهم : أنّها التزام شخص بتعويض الضرر الذي سببه لشخص آخر [٣] .

و تكون المسؤولية شرعية أو أدبية أو قانونية، فالمسؤولية الشرعية تقسم إلى عدة أقسام : منها مسؤولية الشخص عن عمل نفسه، ومسؤولية الشخص عن فعل غيره، والمسؤولية إمّا بالتسبب، وإمّا بالمباشرة، والمسؤولية القانونية تقسم إلى مسؤولية مدنية، المسؤولية جنائية، وتقسم المسؤولية المدنية إلى عقدية وتقصيرية.

التمييز بين المسؤولية العقدية والتقصيرية :

المسؤلية العقديه هي الاخلال بالتزام تعاقدي، أمّا المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار) فتنشأ عن اخلال قانوني سابق، بعدم الاضرار بالغير ويكون الاضرار مصدرا للمسؤولية في حدود النصوص القانونية التي تحكمها.

١. الأهلية : لا يشترط في المسؤولية التقصيرية بلوغ الفاعل سن الرشد، بل يشترط فيه التمييز فقط، إن كان المشرع الأردني لم يشترط حتى التمييز، أما السن اللازمة لقيام المسؤولية العقدية، فهي بلوغ الرشد كقاعدة عامة .

٢. من حيث الخطأ : تقتصر المسؤولية العقدية على تغطية الخطأ اليسير الذي يلحق ضرراً بالمتعاقد الآخر، في حين أنّ المسؤولية التقصيرية تشتمل الخطأ اليسير والجسيم والعمدي.

٣. من حيث الإثبات : يلتزم المتعاقد المتضرر من إخلال المتعاقد الآخر بإثبات هذا الإخلال فقط، وفي المسؤولية التقصيرية يجب إثبات كل مقومات المسؤولية من فعل وضرر وعلاقة سببية .

---

[1] مرقس، سليمان، ١٩٧١، المسؤولية المدنية في تقنيات الدول العربية، ط٢، مطبعة البجلاوي، مصر، ص١، عجاج، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص١٣ .

[2] الزحيلي، نظرية الضمان، ص٦، ابن منظور، لسان العرب، ج٨، ص٢٦-٢٨، عجاج، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص١٢-١٤ .

[3] سلطان، انور، ١٩٨٧، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، ط١، (١م)، منشورات الجامعة الأردنية، فقرة ٤٣٧، ص٢٩٨، خاطر، شرح القانون المدني الأردني، ص٥٢٦-٥٢٨، عجاج، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص١٣-١٥ .

٤. من حيث مدى التعويض : في المسؤولية العقدية يسأل المسؤول عن تعويض الضرر المتوقع عند التعاقد فقط، وفي المسؤولية التقصيرية يسأل عن الضرر المتوقع وغير المتوقع.

٥. من حيث التضامن : فإنّ المسؤولية التقصيرية ترجع على المدنيين المسؤولين مجتمعين أو منفردين، وفي المسؤولية العقدية، فالتضامن لا يفترض إذا تعدد المسؤولون عن إخلال بالتزام تعاقدي.

٦. من حيث الإعفاء : يجوز الاتفاق على الإعفاء في المسؤولية عقدية، ولا يجوز الاتفاق على الإعفاء في المسؤولية التقصيرية [١] .

وتشتمل المسؤولية التقصيرية في القوانين الوضعية، سواء القانون المدني الأردني أم غيره من القوانين، مسؤولية الشخص عن فعله، و مسؤوليته عن فعل الغير، و مسؤوليته الناشئة عن الأشياء [٢] .

وهناك تعريف آخر للمسؤولية التقصيرية : هي قيام الشخص بالتعويض عن الضرر الذي أحدثه أو عن فعل من هم تحته أو رقابته من الأتباع والأشخاص، أو من هم تحت سيطرته من الحيوان أو الأشياء الأخرى غير الحية .... الخ .

إنّ المسؤولية لا بدّ من قيامها التحقق من وجود حادثة معينة توجب المسؤولية، ألا وهي الجريمة فيتم إثبات تلك المسؤولية بعد وقوع الجريمة [٣] .

وبالتالي فإنّ ما يشترط بالواقعة التي توجب المسؤولية أن تكون جريمة، في حين أن هناك شرطين يجب توافرهما فيمن يعدّ مسؤولا عن الجريمة وهما:

الأول : أن يكون الشخص أهلا لتحمل المسؤولية

والثاني : أن يكون هو من ارتكب الجريمة [٤] .

وأما الأساس الشرعي للمسؤولية الطبية، فهو : ما روى عن النبي – صلى الله عليه وسلم– : " **من تطبب وهو لا يعلم منه طب، فهو ضامن**" [٥]

وقال أيضا " **أيما طبيب تطبب [٦] على قوم، لا يعرف له طب قبل ذلك فأعنت [٧]، فهو ضامن**" [١]

---

[1] نوري خاطر، شرح القانون المدني الأردني، ص٣٦٤-٣٦٥

[2] سلطان، انور، ١٩٨٣، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، (١م)، ص٢٩١، الشيخ عمر، مسؤولية المتبوع، ص١٨٢-١٨٧، عجاج، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص١٣-١٤ .

[3] الحكيم، عبد المجيد، وآخرون، ١٩٨٠م، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني الأردني، ط١، عمان، ج١، ص١٩٨، عجاج، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص١٤، خاطر، شرح القانون المدني الأردني، ص٥٢٧

[4] جابر، حسين عبد السلام، ١٩٩٧، التقرير الطبي بإصابة المجني عليه وأثره في الإثبات في الدعوتين الجنائية والمدنية، ط١، دار الكتب القانونية، القاهرة، ص١٢٤ .

[5] أخرجه أبو داود في السنن، باب فيمن تطبب بغير علم، حديث رقم (٤٥٨٦)، وقال هذا لم يروه إلا الوليد بن مسلم، لا ندري هو صحيح أم لا، **واللفظ لأبي داود** وقد وثقه ابن حبان، وابن حاتم الرازي، والنسائي، كتاب القسامة، (٥٢/٨)، وابن ماجة في السنن باب من تطبب ولم يعلم طب (٣٤٦٦) .

[6] **تطبب:** أي طب انساناً وليس بطبيب فآذاه (الفيومي، المصباح المنير، ج٢، ص٥٠٢، الزحيلي، نظرية الضمان، ص٢٤٢) .

[7] **أعنت:** وهو من العنت: وهو الوقوع في أمر شاق (الفيومي، المصباح المنير، ج٢، ص٥٩١، الزحيلي، نظرية الضمان، ص٢٤٢) .

وعلى هذا فإنّه يظهر أنّ مسؤولية الأطباء والجراحين والصيادلة، وقياساً عليه يلحق بـــه سائر أصحاب المهن من المهندسين والمحامين والقضاة ..... الخ من أرباب المهن الفنيـــة هـــي مسؤولية عقدية .

ويقول ابن رشد : أجمع العلماء على أنّ الطبيب إذا أخطأ لزمته الدية [٢].

ويقول صاحب الشرح الكبير على مختصر خليل : " إذا جهل الطبيب علم الطـــب فـــي الواقع، أو علم، وقصر في المعالجة حتى مات المريض بسبب ذلك ؛ فإنّه يضمن، وكذا يضمن إذا داوى المريض بلا إذن، أو بإذن غير معتبر شرعا كان داوى طبيا بإذنه" [٣]، اختلف فقهاء القانون هل هناك فارق بين عمل الطبيب الفني وغير الفني من حيث المسؤولية فيرى بعـــضهم التفريـــق بحيث يكون الطبيب مسؤولاً عن العمل الفني، وإدارة المستشفى مسؤولة عن العمل غير الفني.

ويقف الباحث عند هذا الأمر، فيسأل متى يكون عمل الطبيب فنياً حتى يسأل عنه مسؤولية شخصية أو غير فني حتى تسأل عنه إدارة المستشفى بوصفها متبوعاً؟!

والعمل الفني هو ذلك العمل الذي يقوم به الطبيب من المتابعة، والعنايـــة، والجـــــراحة والعلاج .... الخ، فإنّ المسؤولية في الأعمال السابقة الذكر تقع على كاهل الطبيب وحده، وهـــو بذلك يتحمل الأعباء في نهاية المطاف، وإدارة المستشفى في المقابل فإنّها تسأل عن كل خطأ يقع بشان الرعاية والعناية وتنظيم سير العمل وحسن المتابعة للمرضى بشكل عام، وأيضا تسأل عن عمل الأجهزة وصيانتها، وتوفير الأعداد الكافية من المتخصصين والعناية بنظافة المستشفى ونظام الغذاء المقدم للمرضى [٤].

مركز ايداع الرسائل الجامعية

والقضاء في الأردن لا يميز بين الخطأ الفني وغير الفني، لتقرير مـــسؤولية الطبيـــب أو إدارة المستشفى، حيث قضت محكمة التمييز الأردنية في حكم حـــديث لهـــا بمـــسؤولية مالـــك المستشفى على الرغم من أنّ الضرر الذي لحق بالمريضة كان ناشئاً عن خطأ فـــي التـــشخيص، وهو عمل فني وقع فيه الطبيب المعالج مما أدى إلى إصابة المريضة بعاهة دائمة [٥] .

وفي الشرع أنّ الطبيب والجراح والفصاد والختان ونحوهم، وكل أجيـــر خـــاص كـــان التزامه ببذل العناية لا بتحقيق الغاية، فإنّ كان هؤلاء يقومون بعملهم على الوجه المعتاد، ثم سرى

---

[1] رواه أبو داود في سننه باب فيمن تطبب بغير علم عن عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز (٤٥٨٥) **واللفظ له**، ورواه ابن ماجـــة في السنن، باب من تطبب ولم يعلم فيه طب، ابن الأثير، مجد الله بن أبو السعادات المبارك بن محمد (١٢٠٨م/٦٠٦هـــ)، جامع الأصول، ط١، (١٥م)، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، ١٩٩٨، ج١١، ص١٤، الزحيلي، نظرية الضمان، ص٢٤٢ .

[2] ابن رشد، بداية المجتهد ج٢، ص٣١٣

[3] الدردير، أحمد بن محمد، (١٧٨٦م/١٢٠١هـــ)، الشرح الكبير، ط١، (٤م)، دار الكتب العلمية بيروت، ١٩٩٦، ج٤، ص٣٥٥ .

[4] منصور، محمد حسين، ١٩٨٠، المسؤولية الطبية، ط٨، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص٨٤-٨٥، الشيخ عمر، مسؤولية المتبوع ص١٨٢-١٨٧، خاطر، شرح القانون المدني الأردني، ص٥٢٦-٥٢٨، عجاج، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص٩٩، عبد الرحمن، مسؤولية المتبوع باعتباره حارساً، ص١٥٣-١٥٤ .

[5] محكمة التمييز الأردنية، قرار رقم ٩٠/١٢٤٦ تاريخ ١٩٩١/٥/١٢، غير منشور، مجلة نقابة المحامين، الأعداد، (١٠-١٢)، سنة ١٩٩٢، ص١٧٠٩، خاطر، شرح القانون المدني الأردني، ص٥٢٥-٥٢٨، عجاج، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص١٠٠ .

أثر العمل إلى التلف فلا ضمان عليهم ؛ لأنّه ليس في وسعهم الاحتراز عن ذلك وهذا على السراية بعد بذل الجهد [١] .

جاء نص المادة (٢٨٨) في القانون المدني الأردني، متوافقاً مع نص المادة (٢٥٦) التي أقامت المسؤولية على الضرر، ولذلك فإنّه يكفي لتحقيق مسؤولية عن هذا الفعل بحكم قضائي وهو ما أكدته محكمة التمييز الأردنية، حيث قضت " بأنّ المادة (٢٨٨) تشترط للحكم على المتبوع بالتعويض عن الضرر الذي أحدثه التابع الشروط التالية :

١. أن يكون الذي أحدث الضرر محكوماً بالضمان .

٢. أن يصدر الفعل الضار من التابع في حالة تأدية وظيفته أو بسببها [٢] .

والذي يظهر للباحث أنّ المسؤولية الطبية وعلاقتها بمفهوم التبعيّة تظهر من خلال علاقة الطبيب والممرض في المستشفى فيكون الطبيب التابع، والمستشفى هو المتبوع، وعند ظهور خطأ من الطبيب تجاه مريض ما فإنّ معرفة مدى مسؤولية الطبيب والمستشفى، يرجع فيه إلى أهل الخبرة [٣] في الطب .

مسألة : طلب الطبيب من ممرض إعطاء حقنة أدت إلى وفاة المريض، فالطبيب مسؤول عن العمل غير الفني والممرض مسؤول عن العمل الفني .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

---

[1] ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٤٧، السرخسي، المبسوط، ج٥، ص١٠٤، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص١٣٧، الزحيلي، نظرية الضمان، ص٢٤٢ .

[2] محكمة التمييز الأردنية قرار رقم ٨٦/٨٤٨، مجلة نقابة المحامين الأردنية ١٩٨٩، ص٢٤٤٥، خاطر، شرح قانون المدني الأردني، ٥٢٧، عجاج، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص١٠٧، الشيخ عمر، مسؤولية المتبوع، ص٢٧٩-٢٨١ .

[3] **أهل الخبرة:** هي الإخبار عن حقيقة الشيء المتنازع فيه بطلب من القاضي، وذلك يشمل الإخبار بالرواية والإقرار والشهادة ظاهرا وحقيقة .
فإنّ القاضي وان كان مؤهلاً من الناحية الشرعية والقانونية، إلا أنّه ليس مؤهلاً من الناحية الفنية ان يكتشف الوقائع المؤدية إلى الوفاة مثلاً أو التعرف على الصفات الوراثية، أو التعرف إلى الخارطة الجينية، ولقد حث الإسلام على التعلم ومخالطة العلماء والاستفادة من علمهم، وأمرنا الله تعالى بأن نسأل أهل الذكر حيث قال:- **(فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون)** (سورة النحل / آية ٤٣، سورة الأنبياء / آية ٧)، ولهذا فإنّ دور أهل الخبرة مهم جداً في تحديد مدى خطأ الطبيب هل يعود بأسبابه إلى المستشفى كنقص مثلاً في الأجهزة والأدوية وكثرة الإجراءات في قبول المريض عند دخوله إلى المستشفى، أم هي من خلال تجاوز الطبيب لحدود عمله ولحدود مدى الخطأ من قبله باعتباره بشراً، والبشر جميعاً ليسوا معصومين عن الخطأ .
فيقدم الخبير الطبي تقريره إلى القضاء ويوضح فيه بالتفصيل الأمر الموكل إليه، وبناءً على ذلك التقرير يحدد القاضي أو الجهة التي يتحاكم إليها هل المتبوع- أي المستشفى- مسؤول عن أعمال تابعه- الطبيب- أم لا .
(انظر: حتمل، أيمن، ٢٠٠٢م، شهادة أهل الخبرة وأحكامها دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، المفرق- الأردن، أشراف د. فاضل عبد الواحد، ص٣٩-١٣٥) .

المطلب الثاني

التبعيّة في الجنسية

الجنسية من الموضوعات المعاصرة المهمة التي يظهر فيها موضوع التبعيّة، وتتجسد العلاقة بين هذا المفهوم ومفهوم التبعيّة من خلال أمرين :

١. الأمر الأول : مفهوم الجنسية.

٢. الأمر الثاني : العلاقة بين مفهوم الجنسية ومفهوم التبعيّة .

أولا: مفهوم الجنسية :

لم يرد هذا المفهوم عند الفقهاء المتقدمين، لكنه وجد عند أهل القانون، وفي كتب المتأخرين من فقهاء السياسة الشرعية.

مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

عرّف القانون الجنسية بأنّها : رابطة قانونية سياسية بين فرد ودولة من الدول غرضها تعيين شعبها [1] .

وعرّفت الجنسية أيضا بأنّها : رابطة سياسية وقانونية بين شخص ودولة ينتج عنها حقوق والتزامات معينة متبادلة [2] .

والجنسية نوعان :

١. جنسية أصلية : تثبت للشخص فور ميلاده، وفقاً لاحد مبدأين

المبدأ الأول : مبدأ حق الإقليم، الذي يثبت للمولود في إقليم دولة جنسية الدولة التي يولد عن إقليمها.

المبدأ الثاني: مبدأ حق الدم : الذي يثبت للمولود جنسية الدولة التي ينتمي إليها أبوه مهما كان الإقليم الذي يولد فيه، وقد يعتدّ أيضا بدم الأم كما هو الحال في أغلب الدول الأوروبية [3] .

---

[1] الهداوي، حسن، ١٩٩٤، الجنسية في القانون الأردني،ط١، دار مجدلاوي، عمان، ص٥، الكيلاني،عبد الله إبراهيم،١٩٩٧،مفهوم (الشعب،الأمة، الجنسيّة) وأبعاده الحضارية، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، عدد ٢،ص ١٥٢ .

[2] رحيل الرحيل،١٩٩٩، الجنسية في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير،الجامعة الأردنية، ص ١٣.

[3] رحيل الرحيل، الجنسية في الشريعة الإسلامية ١٣-١٩، الكيلاني، مفهوم، الشعب، الأمة، الجنسية، ص ١٥٢- ١٥٧ .

ثانيا: العلاقة بين مفهوم الجنسية ومفهوم التبعيّة:

إنّ حق الدم الذي مرّ سابقاً ينتج منه اكتساب المولود للجنسية لمجرد انتمائه العائلي، وهذا الأمر وحده غير كافٍ لمنحه الجنسية في ظل الدول الإسلامية، إذ لابدّ للطفل من أن يولد لأبوين يحملان الجنسية التابعة لدولة الإسلام وقت ولادته.

وتعتد الشريعة بحق الدم الذي يثبت البنوة الشرعية لهذا الطفل، فتجعله أهلا لاثبات حقه في تبعيّته لدار الإسلام فتكون ولادته علامة أو بيّنة تؤهله لأخذ الجنسية [1].

ولا يعتبر الشخص تابعاً لدولة الإسلام لمجرد ولادته في إقليمها، فهناك عدد من الأجانب يقيمون في إقليم الدولة الإسلامية، إمّا بعقدٍ ، أو كهيئة رسول، أو دبلوماسي، أو سفير أو تاجر أو غير ذلك، فإذا ولد لهم طفل في إقليم الدولة الإسلامية، فإنّه لا يملك الحق في التبعيّة لدار الإسلام ولا يمنح الجنسية، وربما تكون ولادته أثناء مروره من ديار الإسلام بالسيارة أو بالطائرة أو بالسفينة [2] .

وحق التبعيّة الإسلامية لدار الإسلام ينتج عنه أن يصبح المولود مسلماً مواطناً في الدولة الإسلامية، ويحتل مركزاً قانونياً محدداً يرتكز إلى نصوص دستورية ضمن لوائح الدولة ووثائقها الرسمية.

جميع الحقوق محفوظة
مركز الإيداع الرسائل الجامعية

و تتناسب التبعيّة الإسلامية مع فطرة المولود ونشأته، فيخرج إنساناً متوازناً منسجماً بعقيدته، وجنسيته، ووطنيته، وعقله، وعواطفه [3] .

قال – صلى الله عليه وسلم– : " **كلّ مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرّانه أو يمجسانه** " [4]

وهذا أساس معتمد في دولة الإسلام بشكل كبير في منح جنسيتها، لأنّ المولود المسلم يفترض فيه أن يظل مسلماً شديد الولاء لدولته، عظيم الحرص والانتماء لشعبها، يضحي بنفسه وبكلّ ما يملك في سبيل خدمة دينه ووطنه وأرضه، ويعتبر ذلك إرضاءً لربه وعبادةً يبتغي بها جزاءً حسناً في آخرته، وعندها سوف يكون خلية صالحة في النسيج الإسلامي المترابط مدافعاً عن ثغور الإسلام في شتى البقاع .

---

[1] الكيلاني، مفهوم (الشعب، الامة، الجنسية) ص ١٥٢–١٥٧.
[2] رحيل الرحيل،الجنسية في الشريعة الإسلامية ص ١٣–١٨.
[3] رحيل الرحيل، الجنسية في الشريعة الإسلامية ص ١٣ وما بعدها، الكيلاني مفهوم (الشعب، الأمة، الجنسية) ص ١٥٢ وما بعدها.
[4] اخرجه مسلم في صحيحه بشرح النووي، كتاب القدر، باب معنى :– كلّ مولودٍ يولد على الفطرة، ج٨، ص٢٥٣ .

المطلب الثالث

التبعيّة في الشقق والطوابق

هذه المسألة من المسائل القديمة و المعاصرة ، ففي كتب الفقهاء المتقدمين كانت هذه المسألة ترتبط بما يسمّى بالعلو والسفل، واليوم في كتب الفقهاء المتأخرين وكتب القانون المدني الأردني تقع هذه المسألة تحت مسمّى الطبقات أو الشقق والطوابق، وفي كتب القانون تقع ضمن قانون الملكيّة.

يكون البحث في هذه المسألة من خلال المحاور التالية :

المحور الأول : مفهوم العلو والسفل .

المحور الثاني : مفهوم ملكية الشقق والطوابق .

المحور الثالث: التبعيّة في الشقق والطوابق .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية

المحور الأول : مفهوم العلو والسفل :

العلو في اللغة الارتفاع، ويطلق على الترفع، ويقال تعلّى الرجل عنّي، أي ترفع .

والعُلُوُ والعِلْوُ، والعَلُوُ للدار ضد السفل، وهو ارتفاع أصل البناء .[1]

والتعلي عند الفقهاء :

وجد الباحث هذا المعنى عند المتأخرين من الفقهاء حيث جاء عند بعضهم:

١. حق التعلي : هو أن يكون الإنسان محقاً في أن يعلو بناؤه بناءَ غيره [2] .

٢. حق التعلي : هو حق القرار الدائم الاستناد لصاحب الطبقة العليا على الطبقة السفلى والانتفاع بسقوفها. [3]

ويقصد بالسفل : الطابق الأرضي بالنسبة للطابق الأول، والطابق الأول بالنسبة للطابق الثاني، والطابق الثاني بالنسبة للطابق الثالث وهكذا ...

إلا أنّ هذا النظام ليس مقصوراً على المنزل المكوّن من طابقين، وكذلك يعرف هذا النوع من الملكيّة بالملكيّة الأفقية.[4]

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، ج١٥، ص٨٣-٩٠، الرازي، مختار الصحاح، ص١٩٠.
[2] السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج١، ص٣٤، الخفيف، أحكام المعاملات، ص١٦٥.
[3] الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ج٤، ص٦٠٨
[4] خديجه، بن شارف، ١٩٨٨، ملكيه الشقق، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد العلوم القانونية والإدارية، ص٥

وعلى هذا فإنّ حق العلو والسفل معروف في الشريعة الإسلامية، ويستمد منها وهو : أن يكون لإنسان حق في أن يعلو بناؤه بناءَ غيَره، وتحقيق ذلك بوجود دارٍ لها سفل وعلو فيبيع صاحبها علوها لآخر أو يبيع أرضها وسفلها، فيكون السفل لمالك والعلو لمالك آخر، ويكون لصاحب العلو حق القرار على السفل دون أن يمتلك سقفه، لأنّه يكون ملكاً لصاحب السفل .[1]

فإذا وجدت دار مكوّنه من ثلاث طبقات فأكثر يبيعها مالكها لثلاثة أشخاص فأكثر، لكلّ شخص طبقة من طبقاتها، فيكون للأعلى حق العلو والقرار على من يليه، ولمن يليه حق التعلي والقرار على من يليه، وهكذا إلى أرضها، ويكون سقف كلّ طبقه مملوكاً للمستعلي عليه وللمستعلي حق القرار عليه فقط، وحق التعلي نوع من حق القرار، كما هو ضرب من ضروب الجوار .[2]

وفي القانون المدني الأردني :

لا يوجد تعريف لحق التعلي، إلا أنّه قد نص على أحكام العلو والسفل ضمن أحكام ملكيّة الطبقات والشقق من حيث واجبات و حقوق صاحب العلو السفل في المواد.

من (المادة ١٠٦٩) إلى (المادة ١٠٧٤) .[3]

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المحور الثاني : مفهوم ملكية الشقق والطوابق :

جاء تعريف ملكية الشقق والطوابق في القانون: بأنّها حالة البناء الذي يتعدد ملاّكه بحيث يكون لكل منهم طبقة أو شقه خاصة به يملكها ملكيه مفرزة .[4]

وعرفت المادة الثانية من قانون ملكية الطوابق والشقق الأردني رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ الطابق بأنّه : وحدة سكنية أو أكثر في مستوى أفقي واحد وعرفت البناية بأنّها :" طابق أو أكثر مقام على العقار المعدّ له" وعرّفت الشقة بأنّها :- وحدة سكنيّة مستقلة من طابق .[5]

وقد أدى هذا النوع من الملكية والعلو والسفل، أهميّة خاصة للملكيّة – المفرزة على حساب الملكيّة الشائعة أو المشتركة، بحيث يكون مالك الطابق مالكاً للطابق بحوائطه وسقفه مالم يقم دليل على خلاف ذلك . ويكون مالكاً للسلّم الموصل لشقته، أمّا إذا كان السلّم موصلاً إلى شقتين فإنّه يكون مشتركاً بين أصحاب تلك الشقتين قياساً على الحائط المشترك، ولا يكون شريكاً على الشيوع إلا في مدخل البناء والجدران المشتركة بين مالكيها . [6]

---

[1] صياح، سامي، ١٩٩٩، حقوق و التزامات مالكي الطوابق والشقق، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، إشراف جورج حزبون ص٦.

[2] ريحان، عزام، ٢٠٠٢م، حق الارتفاق وأحكامه في الفقه والقانون، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، ص٧٨-٨٨.

[3] القانون المدني الاردني، قانون ملكية الشقق والطوابق، سنة ١٩٦٨.

[4] غانم، ١٩٨٨، بحث ملكية الطبقات، مجلة ادارة قضايا الحكومة، عدد ٢، ص٣٢.

[5] القانون المدني الاردني، قانون ملكية الطوابق والشقق، رقم (٢٥)، سنة ١٩٦٨.

[6] الخفيف، حق الملكية، ص ١٣٠، شرف، حق العلو وملكية الشقق، ص٥٦.

المحور الثالث : محور التبعيّة في الشقق والطوابق :

لهذا المحور علاقة بالآثار القانونية للأحكام المطلقة على ملكيّة العلو والسفل، وبيان الأجزاء المفرزة والأجزاء المشتركة في تلك الملكية، وبيان حقوق والتزامات كلا من صاحب العلو والسفل، وهذه الآثار على النحو التالي :

١. بالنسبة للأجزاء المفرزة والأجزاء المشتركة :

جاء الفقه الإسلامي متوسعاً في نظام العلو والسفل بالنسبة للأجزاء المفرزة على حساب الأجزاء المشتركة، فمالك الطابق يملك جميع ما في الطابق من جدران وغيرها إلاّ الأجزاء المشتركة .

كما يملك ملاك الطابق الأرضي الأرض المقام عليها البناء، والفناء الذي تطلّ عليه، إلاّ إذا كان مشتركاً بين شقتين فيكون مملوكاً لمالكيها [1] .

ويدخل في حكم الفناء، الحديقة والأسوار ولا يكون لباقي ملاك البناء – الطبقات العليا – على هذه الأجزاء سوى حق الارتفاق المطل أو المرور [2] .

وتكون حوائط الطبقات العليا ملكاً لأصحابها وكذلك يملك السقف، ولا يملك سطح سفله، وإنّما عليه حق القرار [3]، أمّا السلّم والدرج الموصل بين السفل والعلو، فهوعلى الراجح ملكاً لصاحب العلو؛ لكونه ضرورياً له، وفي حكم جزء من العلو، ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، وإذا اعتبرنا السلم ملكاً لصاحب العلو فيكون لصاحب السفل عليه حق ارتفاق [4]. والأجزاء المشتركة وفق نظام العلو والسفل هي:

- مدخل المبنى : وهو من الأجزاء الشائعة لجميع الملاك في العمارة.

- السقف : يكون مملوكاً لصاحب السفل باعتباره جزءا متمما لطابقه، ولا يعدّ مسكناً إلا به ولا يكون لصاحب العلو سوى حق الانتفاع به والقرار عليه [5] .

- سلم العمارة : إذا كان الانتفاع به مشتركاً يكون من الأجزاء المشتركة الشائعة، أمّا إذا كان الانتفاع به خاصاً فهو لمالك هذا الطابق وباقي الملاّك لهم فيه حق ارتفاق .

- الحائط المشترك بين شقتين : من الأجزاء المشتركة المملوكة على الشيوع .

- التوصيلات الرئيسة للمياه والغاز والكهرباء ومسالك الدخان والمجاري والبئر وأماكن الخدمة العامة مثل غرف البوابين؛ فإنّها جميعاً مملوكة على الشيوع [6] .

---

[1] ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٤٥٨، شرف، حق العلو والسفل، ص٤٣.
[2] ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٤٥٨.
[3] ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٤٥٨ سامي صياح، حقوق والتزمات ما لكي الطوابق،ص٢٧
[4] ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٤٥٨، ابن شارف خديجة، ملكية الشقق، ص١٦-١٩
[5] الخفيف، الملكية في الشريعة الاسلامية، ص١٣٥، سامي صياح، حقوق والتزامات مالكي الطوابق، ص٢٧، شرف، حق العلو والسفل، ص ٥٨-٥٩.
[6] الخفيف، الملكيه في الشريعة الإسلامية، ص ١٣٥، الدسوقي، حاشيه الدسوقي، ج٣، ص١٥، البهوتي، كشّاف القناع، ج٣، ص٤١٥، سامي صياح، حقوق والتزامات مالكي الشقق والطوابق، ص٢٨.

وأي خلافٍ بشأن تحديد الأجزاء الشائعة المشتركة يتم اللجوء إلى أحكام الفقه الإسلامي، لعدم ذكر القانون لها، وذلك إعمالا للمادة (٢/٢) من القانون المدني الأردني [1] .

٢. بالنسبة لالتزامات صاحب العلو والسفل :

عالج الفقه الإسلامي حقوق والتزامات كلا من صاحب العلو والسفل، حيث جعلت على كلّ منهما التزاماً لبقاء البناء بحالة جيدة أي(السفل والعلو) والوجه المقابل لالتزام أحدهما هو حق الآخر، والهدف الأساسي من ذلك هو الحفاظ على البناء، وبقاء السفل والعلو وهذا الالتزامات هي:

١) التزامات صاحب السفل :

- ترميم السفل وصيانته
- إعادة بناء السفل

٢) التزامات صاحب العلو:

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

- الامتناع عن تعلية بناء العلو، أو الزيادة فيه أو عليه بحيث تضر بالسفل
- الامتناع عن تحميل السقف بثقل لا يحمله.
- صيانة سطح سقف السفل أي أرضية العلو بحيث لا يتأثر السفل [2].

---

[1] نصت المادة (٢/٢) مدني أردني على : " إذا لم تجد المحكمة نصا في هذه القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون.

[2] سامي صياح، حقوق والتزامات مالكي الطوابق والشقق، ص ٢،بن شارف خديجة، ملكية الشقق، ص ١٥-١٨ .

المطلب الرابع

التبعيّة في الحضانة

وتدور دراسة هذه المسالة حول أمرين :

الأمر الأول: مفهوم الحضانة .

الأمر الثاني: التبعيّة في الحضانة .

اولا: مفهوم الحضانة :

الحضانة لغة : حفظ الشي وصيانته، وهي مصدر للفعل حضن وقال حضن الصبي : ربّاه وكفله ويقال رجل حاضن، وامرأة حاضن، لأنّه مشترك والمصدر حضانة [1] .

ويلاحظ في معنى أنّ الحضانة التربية، والتعهد، والحفظ، وأنّها تطلق على الرجل والمرأة على السواء.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية

الحضانة اصطلاحا :

١. عند الحنفية : هي ضمّ الولد إلى جبنها أي الأم، واعتزالها إياه من أبيه؛ ليكون عندها فتقوم بحفظه وإرساله وغسل ثيابه [2]
٢. عند المالكية : هي حفظ الولد في مبيته، ومؤنة طعامه، ولباسه ومضجعه، وتنظيف جسمه [3].
٣. عند الحنابلة : هي حفظ صغير ونحوه عما يضرّه وتربيته بعمل مصالحه [4] .
٤. عند الإباضية : حفظ الولد في نفسه ومؤنه طعامه، ولباسه ومضجعه وتنظيف جسده [5] .
٥. عند الزيدية : هي حفظ المولود وتربيته [6] .
٦. عند الإمامية : هي ولايتة وسلطته على تربية الطفل، وما يتعلق بها من مصلحة حفظه، وجعله في سريره وكحله، وتنظيفه، وغسل خرقة وثيابه ونحو ذلك [7] .

---

[1] ابن منظور، لسان العرب ج١٢٣ ص ١٢٣ المعجم الوسيط، ج، ص٤٦٢
[2] الكاساني بدائع الصنائع ج٤ ، ص٤٠
[3] الحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص٥٩٣، الدردير الشرح الكبير، ج٢،ص٥٢٦
[4] المرداوي، الأنصاف، ج٩،ص٤١٦، البهوتي كشّاف القناع،ج٥،ص٤٩٥
[5] اطفيش ، محمد يوسف، شرح النيل وشفاء العليل، ج٧، ص٤٠٧
[6] ابن المرتضى، البحر الزخّار، ج٣ ص٢٨٤
[7] العاملي، الروضة البهية شرح اللمعه الدمشقية، ج٧، ص١٨٣

٧. وعرف مشروع القانون العربي الموحد الأحوال الشـخصية في المادة (١٢٧) هي حفظ الولد وتربيـته وتعليمه ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي فـي الولاية على النفس.

ويظهر للباحث أنّ الحضانة: هي تربية الصغير ورعايته، والقيام عليه بما يصلحه.

ثانيا : التبعيّة في الحضانة :

ومن النقاط المهمة في هذه المسألة، هلّ الحضانة من حق الحاضن أم المحضون، أم من حقهما، وهل يكون المحضون تابعاً للحاضن؟ وهل يبقى الطفل تابعاً لأمه عند الزواج بأجنبي ؟

اختلف العلماء في طبيعة الحضانة على أربعة أقوال:

القول الأول : إنّ الحضانة شرعت لحق المحضون فيجبر الحاضن علـى حضانتـه، وهذا قول الحنفيـة [1] وقول الإباضية [2] والدليل على ذلك قوله تعـالى: **[وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُـنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ[3]]، وجه الدلالة :** قوله تعالى : " **يرضـعن** " خبـر لمعنى الأمر والأصل في الأمر أنّه للوجوب، ولا صارف عن الوجوب، فعلم مـن ذلـك أنّ الأم تجبر على الرضاعة، والرضاعة واجبة عليها لحق المحضون، والرضاعة من لوزام الحـضانة وما دام أنّ الطفل ملك حق النسب والبنوة ملك ما هو من لوزام تلك البنوة وهو الحضانة.

القول الثاني :إنّ الحضانة شرعت لحق الحاضن في ضم المحضون، وهذا مدار الفتـوى عنـد الحنفية [4]و المشهور عند المالكية [5] وقول الشافعية [6] وقول الحنابلة [7] .

والدليل قوله تعالى : **[وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُـتِمَّ الرَّضَاعَةَ[8]]، وجه الدلالة :** تدل الآية على الندب وليس الإيجاب والدليل على ذلك قوله تعالى " **لِمَنْ أَرَادَ** " وهذا تخيير .

وورد في الحديث عن النبي – صلى الله عليه وسلم– أنّه أتت إليه امرأة ، فقالـت : يـا رسول الله إنّ ابني هذا كان بطني له وعاء ، وحجري له حواء ، وثديي له سقاء وأنا له فـداء ، وزعم أبوه أنّه ينزعه مني و قال : " **أنت أحق به ما لم تنكحي** " [9]

قال ابن القيم : " فيه دليل أنّ الحضانة حق للأم " [1]

---

[1] ابن نجيم، البحر الرائق، ج٤، ص١٨١، ابن عابدين رد المحتار،ج٣،ص٥٦٠

[2] اطفيش، شرح النيل، ج٧،ص٤٠٧

[3] سورة البقرة /٢٣٣

[4] السرخسي، المبسوط، ج٦، ص١٦٩ ، الكاساني، بدائع الصنائع، ج٤، ص٤٠

[5] ابن جزيء، القوانين الفقهيّة ، ص١٤٩ ، الحطّاب الرعيني ، مواهب الجليل ، ج٥ ، ص ٥٩٥.

[6] السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٤٨٣ ، الغزالي، الوسيط في المذهب، ج٦ ، ص٢٣٨.

[7] المرداوي ، الأنّصاف ، ج٩ ،ص٤٢٦ ، البهوتي، كشّاف القناع ، ج٥ ، ص٤٩٦.

[8] سورة البقرة،٢٣٣

[9] سنن أبى داود ،ج٢ ، ص٧٠٧ ، سنن الترمذي ، ج٣، ص٦٢٩ ،مجمع الزوائد للهيتمي ، ج٤ ، ص٣٢٣

القول الثالث :إنّ حق الحضانة مشترك بين الحاضن والمحضون معاً ، وهذا قول بعض الحنفية وبعض المالكية [2] وبعض الحنابلة [3]

ودليلهم : قوله تعالى : **[وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ]** [4]

وجه الدلالة : الرضاع واجب إذا تعين ، وليس واجباً إذا لم يتعين .

القول الرابع : الحضانة شرعت حقاً لله عز وجلّ ، وهذا القول عند المالكية [5]،

وجاء في قوانين الأحوال الشخصية :

" إنّ الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون في القانون المدني الأردني ، حيث نصت المادة (١٦٦) على عدم السماح للحاضنة بالسفر بالمحضون خارج الأردن، إلا بموافقة ولي المحضون وبعد التحقق من مصلحة الطفل .[6]

حضانة الزوجة عند زواجها من أجنبي:

ذهب جمهور الفقهاء [7] إلى اشتراط أن تكون المرأة خلية عن زوج أجنبي غير محرّم عن الصغير، و الدليل على ذلك قوله عليه الصلاة و السلام : " **أنت أحق به ما لم تنكحي** " [8]

و لذلك تبين أنّ هذا حق للوالدة و النبي– صلى الله عليه و سلّم– قضى بسقوط حق الأم في حضانة ولدها بالزواج ؛ لأنّها إذا تزوجت انشغلت بزوجها عن الولد، فكان في ذلك إضراراً به، فتسقط حضانتها مراعاة لحق المحضون قي الرعاية، ووضع الأذى عنه و يتولى الحضانة من يليها من الحواضن

وقد جاء هذا منطبقاً مع القاعدة الفقهيّة : " إذا سقط الأصل سقط الفرع " والقاعدة الفقهيّة "التابع يسقط بسقوط المتبوع ".

فالحضانة فرع قد سقط الاستحقاق من قبل الطفل لأمّه " أي الرعاية " ،فالرعاية أصل قد سقط، و الحضانة فرع قد سقطت لسقوط الأصل .

---

[1] ابن القيم، زاد المعاد، ج٥، ص٤٥٢
[2] الحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص٥٩٥
[3] ابن القيم، زاد المعاد، ج٥، ص٤٥٢
[4] سورة البقرة / آية ٢٣٣
[5] الحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص٥٩٥–٥٩٧
[6] عمرو، عبد الفتاح، ١٩٩٠م، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية، ط١، دار يمان،عمان، ص١٢٤، قرار رقم (١٢٢٥٢)، ص ١٣٨، قرار رقم (٢٧٢٢٨٧)، ص١٢٩، قرار رقم (١٨٠٠)
[7] ابن عابدين، حاشيه ابن عابدين، ج٢، ص٦٣٢، الدر دير، الشرح الصغير، ج٢، ص٧٦٤، المطيعي، تكملة المجموع على شرح المهذب، ج ١٨، ص ٣٢٣، ابن قدامة، المغني، ج٩، ص٢٧٩.
[8] سبق تخريجه

المطلب الخامس

التبعيّة في مسألة اللقيط

عرّف الجر جاني اللقيط بأنّه بمعنى الملقوط أي المأخوذ من الأرض، و في الشرع إسم لما يطرح من صغار بني آدم خوفاً من العيلة أو فراراً من تهمة الزنا [1] .

والتبعيّة في اللقيط تظهر خلال حالات اللقيط حسبما يوجد :

الحالة الأولى : أن يجده مسلم في مكان المسلمين، و هذا مسلم بلا خلاف، فالتبعيّة فيه للإسلام [2] .

الحالة الثانية : أن يجده ذمي في مكان أهل الذمة، فيعتبر ذمياً، [3] إذن يأخذ حق التبعيّة الذمية لدار الإسلام، و يمنح الجنسية الأصلية بناء على ذلك .

الحالة الثالثة : أن يجده ذمي في مكان المسلمين .

الحالة الرابعة : أن يجده مسلم في مكان أهل الذمة [4]، و المسألتان الأخيرتان فيهما خلاف كبير، تراجع في كتب الفقه .

ويلاحظ أنّ اللقيط يكسب الجنسية الإسلامية، ويكون مسلماً إلا اللقيط الذي يجده الذمي والذي يوجد في محله كل أهلها من أهل الذمة .... والله اعلم.

وجاء في قوانين الأحوال الشخصية الإشارة إلى اللقيط في المواد (٣٥٦- ٣٦٤) و قد جاءت على النحو التالي:

١. جاء في المادة (٣٥٦) "أنّ اللقيط هو المولود الذي ينبذه أهله خوفا من العيلة أو فراراً من تهمة الريبة، يستحق الشفقة عليه من أبناء جنسه، ويأثم مضيعه ويغنم محرزه احياءً لنفسه، فمن وجد طفلا منبوذاً في أيّ مكان فعليه اسعافه والتقاطه، وهو فرض ان غلب على ظنه هلاكه لو لم يلتقطه، وإلاّ فمندوب، ويحرم طرحه و القاؤه بعد التقاطه".

٢. جاء في المادة (٣٥٩) "اذا وجد مع اللقيط مال فهو له".

٣. وجاء في المادة(٣٦١) "اذا ادعى اللقيط واحداً ولو غير الملتقط، ثبت نسبه بمجرد دعواه".

---

[1] الجرجاني، التعريفات، ص١٦٩.

[2] ابن عابدين، حاشيه ابن عابدين، ج٤، ص٢٧٣، ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص٢٣٢، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، ص٤٢٢.

[3] ابن النجار، منتهى الإردات، ج١، ص٥٥٩، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٢٧٣.

[4] ابن عابدين، حاشيه ابن عابدين، ج٤، ص٢٧٣، البهوتي، كشّاف القناع، ج٤، ص٢٢٦، ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٧٤٨، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٥٢.

٤. وجاء في المادة(٣٦٢) " اذا ادعى اللقيط إثنان خارجان، وسبقت دعوى احداهما على الآخر، فهو ابن السابق عند عدم البرهان، وإن ادعياه معاً، ووصف أحدهما علاقته فيه ووافقت الصحة، يقضى له به، ما لم يبرهن الآخر."

٥. وجاء في المادة(٣٦٣) " اذا ادعت اللقيط امرأة ذات بعل، فإنّ صدّقها أو أقامت بيّنة على ولادتها، أو شهدت لها قابلة صحت دعوتها، و ثبت نسبه منها ومن بعلها وإلاّ فلا، وإن لم تكن ذات بعل فلا بدّ من شهادة رجلين أو رجل و امرأتين."

٦. وجاء في المادة(٣٦٤) "إذا لم يكن للقيط مال، ولا ادعى أحد نسبه، وأبى الملتقط الانفاق عليه وبرهن على كونه لقيطاً، يرتب له من بيت المال ما يحتاج إليه من نفقة، و كسوة، وسكن ودواء إذا مرض.....، ويكون إرثه و لو دية لبيت المال وعليه إرش جنايته"[1]

وفي عصرنا الحالي ،كما نشاهد اليوم في أحوال النّاس،خاصة بعدما فسدت الذمم،وكثر اللقطاء،لم يكن للدول المتقدمة إلا أن تنشأ أماكن مخصصة لمثل هؤلاء.

وفي الأردن كغيره من الدول، أولى هذا الأمر الكثير من العناية والمسؤوليّة للقطاء؛ باعتبارهم بمنزلة التابع للدولة، والاهتمام بهم من خلال وزارة التنمية الاجتماعيّة.

مركز ايداع الرسائل الجامعية

[1] داود، أحمد، (١٩٩٩)، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، ط١، (٢م)، مكتبة دار الثقافة، عمان، ج٢،ص،١٠٣٨.

المطلب السادس

الهدنة وعلاقتها بالتبعية

هذه المسألة مسألة مهمة في السياسة الشرعية، ومرتبطة بموضوع التبعيّة، و سيتم البحث فيها من خلال محورين، هما :

المحور الأول : معنى الهدنة والأمان

المحور الثاني : التبعية في الهدنة ، والبحث فيها على ثلاث حالات :

الحالة الاولى : إذاعقد الحاكم الأمان لإقليم

الحالة الثانية : إذا عقد الحاكم الأمان لفرد

الحالة الثالثة : إذا عقد الفرد الأمان لفرد

المحور الأول : تعريف الهدنة والأمان :

جميع الحقوق محفوظة

الهدنة لغة : مشتقة من هَدَنَ يهدُنُ :أي سكن، وقوله : هدنة على دخن ، أي سكون على غـلّ ، وهادن القوم : وادعهم وهَدَنَهم يَهدِنهم ، هَدَنَا : رَبَّثهم بكلام ، وأعطاهم عهدا لاينوي ان يفي بـه [١].وهادنته مهادنة صالحته [٢] وتهادن الأمر: استقام ، والهدنة : المطر الخفيف الضعيف [٣]

الهدنة اصطلاحا : فيما يلي تعريف أصحاب المذاهب الأربعة للهدنة :

١. عند الحنفية – رحمهم الله : أولا وقبل ذكر تعريف الحنفية للهدنة لابدّ للباحث الاشارة إلى أنّ الحنفية يطلقون على الهدنة : اسم الموادعة والصلح والمعاهـدة والسلم ، فإذا عرفنـا أنّ الحنفية يطلقون الموادعة على الهدنة فإنّهم قد عرّفوا الهدنة، بتعريفهم الموادعة فقالوا : المعاهدة والصلح على ترك القتال [٤].

٢. عند السادة المالكية – رحمهم الله – : الهدنة : قالوا المهادنة : صلح الحربي على قتالـه مدة ليس هو فيها تحت حكم الاسلام [٥].

٣. عند أئمة الشافعية – رحمهم الله : الهدنة : مصالحة أهل الحرب على ترك القتـال مـدة معينة [٦].

٤. عند أئمة الحنابلة – رحمهم الله : الهدنة : موادعة أهل الحرب ، ومعناها أن يعقد لأهـل الحرب عقدا على يترك القتال مدة [٧].

---

[١] ابن منظور ، لسان العرب ، ج١٣ ، ص٤٣٤-٤٣٥
[٢] الفيومي ، المصباح المنير ، ج١ ، ص٢٤٣ ، الرازي ، مختار الصحاح ، ص٦٩٢
[٣] الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ، ص١٦٠٠ ، ابن منظور ، لسان العرب ، ج١٣ ، ص٤٣٤-٤٣٥
[٤] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٧ ، ص١٠٨ ، ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج٥ ، ص٨٥
[٥] الحطاب ، مواهب الجليل ، ج٢ ، ص٣٣٧ ، ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج١ ، ص٥٨٢
[٦] الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٦ ، ص٨٦ ، الكوهجي ، زاد المحتاج ، ج٤ ، ص٣٦٠
[٧] المرداوي ، الأنصاف ، ج٤ ، ص٢٠٠ وما بعدها ، ابن القيم ، أحكام أهل الذمة ، ج٢ ، ص٨٧١ وما بعدها

ويرى الباحث أنّ تعريف الهدنة هو : ترك مؤقت لقتال الحربي بشروطٍ مخصوصة .

وجه العلاقة بين التعريف اللغوي والتعريف الاصطلاحي :

إنّ وجه العلاقة واضح ، فإنّ الهدنة من معانيها الموادعة ، والموادعة المسالمة ، وقالوا أيضا : الموادعة المصالحة ، وسميت بهذا؛ لأنّها متاركة ، وهي من الوَدَع ، وهو الترك [١].

فهذا في اللغة ، أما اصطلاحا : فإنّ مقتضى التعريف الاصطلاحي للهدنة هو : ترك القتال كذلك ، فإنّ مقتضى التعريف اللغوي للهدنة هو : السكون ، والسكون في ذاته ترك لمطلق الحركة ، فيكون التعريف اللغوي ، أعم وأشمل من التعريف الاصطلاحي منبثق عن التعريف اللغوي ، وفردٌ له والله أعلم.

معنى الأمان : هو ضد الخوف ، وأريد به هنا ترك القتل والقتال مع الكفار ، وهو من مكايد الحرب ومصالحه [٢]، والأصل في الأمان قوله تعالى : **[وإن أَحَدٌ مِّنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلاَمَ اللّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ ذَلِكَ بِأَنّهمْ قَوْمٌ لاَّ يَعْلَمُونَ]** [٣].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ويكون الأمان على نوعين :

١. أمان عام
٢. أمان خاص

الأمان العام :

ما يكون لجماعة غير محصورين كأهل ولاية ولايعقده إلاّ الإمام أو نائبه مثل عقد الهدنة وعقد الذمة ؛ لأنّ هذا العقد من المصالح العامة ، التي يختص الإمام بالنظر فيها .

والعام : إمّا مؤقت وهو الهدنة ، أو مؤبد وهو عقد الذمة [٤].

الأمان الخاص :

ما يكون للواحد أو لعددٍ محصور كعشرة فما دون ، ولا يجوز لأكثر من ذلك كأهل بلدة كبيرة ، لما فيه من الافتيات على الإمام ، وتعطيل للجهاد ، وما نص عليه الحنفية من إعطاء الفرد حق تأمين أهل حصن أو مدينة لا دليل عليه ؛ لأنّ الأحاديث الواردة في الأمان محصورة في حالات فردية .

---

[١] ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج٥ ، ص٤٤٠
[٢] الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٦ ، ص٥٣-٥٧ ، ابن رشد ، بدية المجتهد ، ج١ ، ص٣٢٦ ، ابن قيم الجوزية ، زاد المعاد ، ج٣ ، ص١٢١ ، الشافعي ، الأم ، ج٧ ، ص٣٤٥
[٣] سورة التوبة ، الآية (٦)
[٤] ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين ، ج٣ ، ص٢٤٩ ، الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج٣ ، ص٢٤٧ ، ابن الهمام ، فتح القدير ، ج٤ ، ص٢٩٨ ، الكاساني ، البدائع ، ج٧ ، ص١٠٦ ، الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج٨ ، ص٤٣٠

المحور الثاني : التبعية في الهدنة ، وتحتوي على ثلاث حالات :

الحالة الأولى : إذا عقد الحاكم (الإمام) الأمان لإقليم فإنّ أهل ذلك الإقليم يأخذون الأمان بحكم التبعيّة .

وعلى هذه الحالة مثال من سيرة النبي محمد صلى الله عليه وسلم : وهي عندما فتح النبي – صلى الله عليه وسلم– مكة عام (٨هـ) ، أعطى الأمان لأهل مكة لكل واحد منهم ما لم يقاتل، إلاّ امرأتين وبعض النفر أمر النبي – صلى الله عليه وسلم– بقتلهم وان تعلقوا بأستار الكعبة لأعمال كبيرة ضد الإسلام فعلوها ، وأمر النبي – صلى الله عليه وسلم– بالأمان لمن دخل بيت أبي سفيان [١].

وجه الدلالة : إنّ مكة المكرمة تعتبر بمثابة الإقليم ، فعندما أعطى النبي صلى الله عليه وسلم الأمان لمكة ، فيلحق بذلك سكان مكة بالتبعيّة ، وتعتبر دار أبي سفيان بمثابة الإقليم فيلحق سكان تلك الدار الأمان بحكم التبعية وعلى ذلك فقد أسلم أبو سفيان في اليوم التالي من الفتح ، بعدما تيقن أنّ الأمان قد شمله [٢].

الحالة الثانية : إذا أعطى الإمام الأمان لفرد ، فإنّه يدخل ما له وأبناؤه في حكم ذلك الأمان بالتبعيّة ، ومثال ذلك :

ما رواه أنس بن مالك – رضي الله عنه – عندما فتح المسلمون تستر سنة (١٧هـ) نزل الهرمزان على حكم عمر فلما قدم به عليه استعجم – أي لم يتكلم – فقال له عمر : تكلم ، قال أكلام حي أم ميت ؟! فقال له عمر : تكلم لا بأس عليك ، فتكلم الهرمزان بكلام لم يعجب عمر فأمر بقتله ، فقال له أنس : لا سبيل إلى ذلك قد قلت له تكلم لا بأس ، وشهد بذلك أيضاً الزبير بن العوام ، فتركه عمر ولم يقتله فأسلم الهرمزان [٣].

وجه الدلالة : أنّ عمر رضي الله عنه أعطى الأمان للرجل، وما دام أعطاه الأمان؛ فإنّه يشمل زوجته وأبناءه بحكم التبعية ؛ لأنّ حكم الأمان يقتضي بثبوت الأمن والطمانينة للمستأمنين ، فيحرم قتل رجالهم ، وسبي نسائهم وأولادهم ، واغتنام أموالهم ، واسترقاقهم ، ولا يجوز أيضا ضرب الجزية عليهم ؛ لأنّ فعل شيء مما ذكر غدر ، والغدر حرام [٤].

ويشمل حكم الأمان نفس المستأمن وأولاده الصغار ، وماله عند الحنابلة [٥] والحنفية استحسانا [٦]؛ لأنّ الإذن بالدخول يقتضي ذلك .

---

[١] ابن حجر ، فتح البارئ ، ج١٦ ، ص١٢٠ ، ابن هشام ، سيرة ابن هشام ، ج٤ ، ص٣٨ ، ابن قيم ، زاد المعاد ، ج٣ ، ص١٢١ ، عبد الرزاق ، المصنف ، ج٥ ، ص٣٧٦

[٢] ابن حجر ، فتح البارئ ، ج١٦ ، ص١١٣ ، ابن قيم الجوزية ، زاد المعاد ، ج٣ ، ص٤٠١ ، عبد الرزاق ، المصنف ، ج٥ ، ص٣٧٦

[٣] رُوي ان عمر قال – بعد أن قال أنس مقالته : قتله الله – يعني الهرمزان – أخذ أماناً ولاأشعر ، وروي أنّه قال له : خدعتني ، انظر (ابن سعد ، الطبقات الكبرى ، ج٥ ، ص٦٦ ، ابن حجر فتح البارئ ، ج١٢ ، ص٢٦٤ ، السرخسي ، شرح السير الكبير ، ج١ ، ص٢٦٣)

[٤] ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج٥ ، ص٨١ ، الكاساني ، البدائع ، ج٧ ، ص١٠٧ ، ابن الهمام فتح القدير ، ج٤ ، ص٣٠٠ ، الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٦ ، ص٥٥–٦٠ ، الزحيلي ، الفقه ، ج٨ ، ص٤٣٣

[٥] ابن قدامة ، المغني ، ج٨ ، ص٥٢٩ ، البهوتي ، كشّاف القناع ، ج٣ ، ص٩٧١

[٦] ابن الهمام ، فتح القدير ، ج٤ ، ص٣٠٠ ، الكاساني ، البدائع ، ج٧ ، ص١٠٧ ، ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج٥ ، ص٨١

وقال المالكية : أنّ الأمان يتبع الشرط [١] ، وقال الشافعية [٢] : يدخل في الأمان مال المستأمن وأهله بلا شرط إن كان الإمام هو الذي أعطى الأمان .

الحالة الثالثة : إذا أعطى الفرد الأمان لفرد فلا يدخل أبناؤه وماله ؛ وهنا تزول التبعيّة والتابع هنا يُفرد بالحكم لأنّه مقصود بالذات ، والدليل على ذلك :

أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قد أنفذ أمان أمّ هانئ في أمانّها لرجل أو لرجلين من أحمائها ، فقال لها عليه الصلاة والسلام : " **قد أجرنا ما أجرت يا أمّ هانئ** " [٣]

وأيضا أجار النبي صلى الله عليه وسلم أمان ابنته زينب لزوجها أبي العاص بن الربيع الذي كان قادما بتجارة إلى المدينة ، فأصابتها إحدى سرايا المسلمين [٤].

وجه الدلالة : أنّ أمّ هانئ قد أجارت الرجلين قعد ، وانفذ النبي صلى الله عليه وسلم أمانّها ولا يتعدَ هذا الأمان إلى المال والولد ؛ لأنّ ذلك يؤدي إلى تعطيل الجهاد ويؤدي إلى الافتئات على السلطة .

وفي الحديث الثاني كان النبي *صلى الله عليه وسلم* قد انفذ أمان زينب في زوجها دون ماله الذي أصابه المسلمون .

جميع الحقوق محفوظة

والدليل على قبول أمان المسلمين في الآحاد دون غيرهم قول النبي *صلى الله عليه وسلم* : " **المسلمون تتكافأ دماؤهم ، وهم يدٌ على من سواهم ويسعى بذمتهم أدناهم** " [٥]، وقال أهل العلم إذا بطل أمان رجالٍ لم يبطل أمان نسائهم وصبيانهم [٦].

وقد نصّت المادة (٣٨) من الدستور الأردني أنّ "للملك حق العفو الخاص وتخفيض العقوبة، وأمّا العفو العام فيقرره بقانون خاص"، حيث أنه لم يرد لفظ الأمان والهدنة في القانون .

---

[١] الدردير مع الدسوقي ، ج٢ ، ص١٨٥ ، الدردير ، الشرح الصغير ، ج٢ ، ص٢٨٦ ، الحطاب ، مواهب الجليل ، ج٣ ، ص٣٨١

[٢] الرملي ، نهاية المحتاج ، ج٧ ، ص٢١٧ ، الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٦ ، ص٥٥-٦١

[٣] أخرجه البخاري مع فتح البارئ ، ج١٢ ، ص٢٦٢ ، وفي شرح العيني ، ج١٥ ، ص٩٣ ، والبيهقي ، في سنن البيهقي ، ج٩ ، ص٩٤ ، وأبو داود ، سنن أبي داود ، ج٢ ، ص١١٢ ، وعبد الرزاق ، المصنف ، ج٥ ، ص٢٢٣، **اللفظ للبخاري.**

[٤] أخرجه الطبراني عن أم سلمة وفيه ابن الهيعة وحديثه حسن وفيه ضعف ، ويؤيده أيضا حديث رواه الترمذي ، وقال : حديث حسن غريب عن أبي هريرة بلفظ " أنّ المرأة للتأخذ للقوم – يعني تجير على المسلمين " ، الزيلعي ، نصب الراية ، ج٣ ، ص٣٩٥ ، عبد الرزاق ، المصنف ، ج٥ ، ص٢٢٤

[٥] أخرجه البخاري ، بشرح ابن حجر (فتح البارئ) ، ج٨ ، ص٢١٤ ، وأخرجه ، الإمام البخاري ، صحيح البخاري ج٤ ، ص١٠٢ ، المنذري ، مختصر صحيح مسلم ، ج١ ، ص٢٠٤ ، عبد الرزاق ، المصنف ، ج٥ ، ص٢٢٦ ، وأحمد ، المسند ، ج٢ ، ص٢٩٥ ، الهيثمي ، مجمع الزوائد ، ج٦ ، ص٢٨٣، **اللفظ للبخاري.**

[٦] الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٦ ، ص٥٣-٦٢ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص١١٨ ، البورنو ، الوجيز في إيضاح القواعد ، ص٣٣٧ ، الزركشي ، المنثور ، ج١ ، ص٢٣٥ ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص١٢١

المطلب السابع

التطبيقات المعاصرة "لقاعدة التبع" في القانون المدني الأردني

اجتهد القانون المدني بجعل مسؤولية المتبوع مسؤولية احتياطية ويتضح ذلك من خلال النقاط التالية:

لقد ذكر الباحث خلال هذا الفصل عدداً من الأمور القانونية، مقارنة بما يقابلها في الشريعة الإسلامية، لكن الملاحظ أنّ أهل القانون اهتموا بهذا الجانب من باب مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه.

يفهم من ذلك ان موقف القانون على النحو التالي:

وقد عالج القانون المدني الأردني المسؤولية عن فعل الغير، مسؤولية المكلف بالرقابة ومسؤولية المتبوع في المادة (٢٨٨) مدني أردني التي تنص على ما يلي:

٤. لا يسأل أحد عن فعل غيره، ومع ذلك، فللمحكمة بناء على طلب المضرور إذا رأت مبرراً أن تلزم بأداء الضمان المحكوم به على من أوقع الضرر:

- من وجبت عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية إلاّ إذا اثبت أنّه قام بواجب الرقابة أو أنّ الضرر كان لا بد واقعاً، ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية.

- من كان قد وقع منه الإضرار سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه، ولو لم يكن حرا في اختياره، إذا كان الفعل الضار قد صدر من التابع في حالة تأدية وظيفته أو بسببها.

٥. أنّ المشرع يلزم المحكمة مساءلة المتبوع، وترك المساءلة لتقديرها، فهي أمر جوازي مما يعني أنّ للمحكمة أن تسال التابع قبل أن ترجع على المتبوع، ويرى بعض فقهاء القانون بموجب النص المشار أليه، سابقاً أنّ مسؤولية المتبوع مسؤولية احتياطية، فهي لا تقوم إلاّ عندما يتعذر الحصول على التعويض من التابع،وهذا يفهم من النص ضمنا.

٦. إنّ المشرع أعطى للمتبوع حق الرجوع على التابع، حتى لو كان هذا الأخير مؤمنا ضد المخاطر التي يسببها تابعيه للغير، لأنّ مسؤوليته هي مسؤولية احتياطية وليست أصلية،

فمن حقه أن يسترجع ما كان قد خسره في دفع أقساط التامين عن الأضرار التي سببها تابعيه.

إنّ المسؤولية عن فعل الغير ليست هي لوحدها قد جاءت استثناء من القواعد العامة، بل إنّ المسؤولية عن فعل الأشياء تأتي هي الأخرى استثناء من تلك القواعد.

ويقول الشيخ مصطفى الزرقا: " لم يبق أحد في القانون المدني الأردني مسؤولاً عن فعل غيره مسؤولية أصلية، ولكن يمكن أن يكون جسراً تعبر عليه المسؤولية إلى الفاعل الذي يستقر

عليه الضمان، وعلى هذا يكون المسؤول التبعي بمثابة كفيل بكفالة جبرية يفرضها القانون مع إعطاءه الحق بالرجوع بما دفع على المسؤول الأصلي الذي يستقر عليه الضمان [١].

كما أنّ الأستاذ الدكتور أنور سلطان يذهب إلى أنّ أساس مسؤولية المتبوع في القانون المدني الأردني تقوم على أساس كفالة المتبوع للتابع، ولكنّه لم يقدم أي تبرير أو سندٍ قانوني يدعم ما ذهب إليه " [٢]

ومن تطبيقات القضاء الأردني على الفعل الواقع من التابع بسبب الوظيفة، ما قضت به محكمة التمييز الأردنية، حيث قررت مسؤولية إحدى الشركات عن فعل تابعها الذي قام بتقليد توقيع زميله على أحد الشيكات، ثم قام بصرفه لحسابه.

ففي هذه الحالة لم يكن بإمكان التابع أن يقوم بتقليد توقيع زميله، وصرف الشيك لولا وظيفته التي لولاها لما استطاع أن يرتكب هذا الفعل، فالفعل هنا مرتبط ارتباطاً وثيقا بالوظيفة التي يمارسها التابع [٣] .

هناك بعض النظريات التي تتعلق بأساس مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه منها:

أولا: نظرية تحمل التبعة:

جميع الحقوق محفوظة
مركز ايداع الرسائل الجامعية

أي أنّ المتبوع الذي ينتفع من تابعيه، عليه أن يتحمل تبعة أخطائهم، وذلك تطبيقا للقاعدة: " الغرم بالغنم" [٤]

ومميزات هذه النظرية:

أنّها تجعل المتبوع مسؤولا ،ولو كان غير مميز، فهذا الأخير إذا كان لا يجوز قيام مسؤوليته على الخطأ، فإنّه يجوز قيامها على أساس تحمل التبعة.

وهذه النظرية لا تجيز للمتبوع التخلص من المسؤولية، حتى لو أثبت أنّه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل الذي سبب الضرر، لأنّ المسؤولية قائمة على تحمل التبعة ولا ترتفع بهذه الاستحالة لأنّ المتبوع يبقى مسؤولا ؛ لأنّه يتحمل تبعة نشاط تابعه بعد انتفاعه بهذا النشاط [٥] .

ثانيا : نظرية الحلول :

---

[1] الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، ص١٦١، الزحيلي، نظرية الضمان، ص٢٥٦، عجاج، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص٧٩ .

[2] سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، ص٣٧٢ .

[3] محكمة التمييز الأردنية، قرار رقم ٧٩/١٤٦، تاريخ ١٩٧٩/٨/٧، مجلة نقابة المحامين الأردنية ١٩٧٩، ص١٤١٦، عجاج، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص١١٣، خاطر، شرح القانون المدني الأردني، ص٥٢٦-٥٢٩.

[4] الزحيلي، نظرية الضمان، ص٢٥٦-٢٥٨، الندوي، القواعد الفقهيّة، ص٤١١، مجلة الأحكام العدلية، المادة ٨٧، خاطر، شرح القانون المدني الأردني، ص٥٢٦، عجاج، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص٨٩، الشيخ عمر، مسؤولية المتبوع، ص٧٤ .

[5] الشيخ عمر، مسؤولية المتبوع، ص٩٤، فيض الله، المسؤولية التقصيرية، ص٣٨٧، عجاج، مسؤولية المتبوع عن التابع، ص٩٣ .

وهذه النظرية تقوم على فكرة أنّ التابع يحل محل المتبوع في أعماله، حيث أنّ المتبــوع والتابع يصبحان في حكم الشخص الواحد.

وتَعتَبر هذه النظرية شخصية التابع امتداداً لشخصية المتبوع بحيث أنّ ما يقع من التــابع من أخطاء فكأنّها وقعت من المتبوع.

وأنّ التابع يعتبر بمثابة الآلة في يد المتبوع، ينفذ بها أعماله بحيث يكون بالإمكان النظــر إليهما باعتبارهما شخصا واحدا.

ثالثا: نظرية النيابة:

إنّ مبدأ هذه النظرية يقوم على أساس أنّ التابع يعمل بالنيابة عن المتبــوع، ومــن هــذا المنطلق، فإنّ المتبوع يكون مسؤولا عن أعمال التابع، ويتحمل هو بدوره النتائج.

وإذا أخطأ التابع أو نتج عنه ضرر، فإنّ المتبوع هو الذي يتحمل الخطأ والضرر.

رابعا: نظرية الضمان أو الكفالة:

وتقوم هذه النظرية على مبدأ الحالة الاقتصادية التي يكون عليها التابع، وينظر إليه هــل يعتبر معسرا، وأنّ المتبوع يتحمل عبء الإعسار الذي عليه التابع ويكون ضامناً له، وهذا الأمر لو ترك لأدى إلى إلحاق الأذى الزائد بالمضرور.

وعلى هذا فإنّ المتبوع يعتبر كفيلا لنشاط التابع في مواجهة الغير، حيث تكون الكفالة هنا تضامنية، وهذا الأمر لا يجوز معه للمتبوع ان يدفع بالتجديد [1] .

خامسا: نظرية الخطأ المفترض:

تقوم هذه النظرية على أنّه إذا ارتكب التابع خطأ، كان المتبوع مسؤولا عنه بموجب خطأ آخر يفترض في جانب المتبوع [2] .

فإنّ موضوع مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع عليه كلام كبير، وأحكام كثيرة، ومن أراد ذلك فليرجع إلى مظانّه في الكتب القانونية [3].

وبقي أن يقول الباحث أنّ مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع يندرج تحتها الكثيــر مــن الصور، منها:

الحارس، والمقاول، والطبيب، والــشرطي، والجنــدي، وعمــال الــدول، والحيوانــات، والجمادات، وذوي الاحتياجات الخاصة، والصناع ..... الخ

---

[1] الشيخ عمر، مسؤولية المتبوع، ص٧٩، خاطر، شرح القانون المدني الأردني، ص٥٢٦-٥٢٩، عجاج، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص٩١-٩٢ .

[2] عجاج، مسؤولية المتبوع، عن أعمال التابع، ص٨٨-٩١، الشيخ عمر، مسؤولية المتبوع، ص٨٥-٨٨، خاطر، شرح القانون المدني الأردني، ص٥٢٨، سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، ص٣٧٠ .

[3] سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني، ص٣٦٢- وما بعدها، عجاج، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص٨٧-٩٨، خاطر، شرح القانون المدني الأردني، ص٥٢٦- وما بعدها، الشيخ عمر، مسؤولية المتبوع، ص٨٥ ما وبعدها، مخلوفي، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ص٦٠-٩٠ .

الخاتمة

وبعد استعراض مراحل وجزئيات هذه الدراسة، فقد توصل الباحث إلى النتائج والتوصيات التالية:

- ويلاحظ أنّ هذا العلم الجليل ظهر منذ القرون الأولى من عصر الرسالة إلى زمن الأئمة المجتهدين، والملاحظ يجد أن هناك العديد من الأحاديث قد أخذ منها الفقهاء القاعدة الفقهيّة، مثل " لا ضرر ولا ضرار"، "الخراج بالضمان"
- يعتبر القرن الثامن الهجري هو القرن الذهبي لعلم القواعد الفقهيّة.
- ويلاحظ أيضاً أنّ القواعد الفقهيّة بشكل عام، وقواعد التابع تابع مصادرها من خلال كتاب الله عز وجل، والسنة النبوية، والآثار من الصحابة، والعقل.
- ويلاحظ أنّ معنى التبعيّة هي كون الشيء مرتبطاً بغيره بحيث لا ينفك عنه؛ والتابع هو التالي الذي يتبع غيره كالجزء من الكل، ولا يخرج الاستعمال الاصطلاحي عن المعنى اللغوي.
- يعود تأصيل مفهوم التبعيّة من خلال الآيات القرآنية، والسنة النبوية الشريفة، والآثار من الصحابة والتابعين ومن العرف، ومن العقل .... الخ .
- تتكون قواعد التبعيّة من ثلاثة عناصر:

١- التابع ٢- المتبوع ٣- العلاقة بين التابع والمتبوع

- تنقسم قواعد التبعيّة إلى قسمين:

أ- ما اتصل بالمتبوع فيلحق به لتعذر انفراده عنه.

ب- ما انفصل عن متبوعه والتحق به.

- ويلاحظ أنّ هناك الكثير من القواعد مما تتفرع على القاعدة الكليّة " التابع تابع"
- هناك بعض القواعد التي تصلح ان تكون قيداً أو ضابطاً على القاعدة الكليّة " التابع تابع "
- وهناك بعض القواعد التي تصلح ان تكون استثناء على القاعدة الكليّة " التابع تابع"
- وقد توضح فيما سبق أنّ الجنين في بطن الشاة إذا ذكيت أمّه لا يلزم من ذلك ذكاته بل ذكاته تابعة لذكاة الأم، كما أنّ بيع الجنين في بطن الأم لا يصح دونها لأنّه تابع لها – باعتبارها أصلاً له .
- وتوضح فيما سبق أيضاً أنّ المأموم تابع لإمامه في الركوع والسجود،والرفع والتكبير ولا يجوز التقدم عليه ؛ لأنّ الصلاة تبطل للمأموم بعدم المتابعة من قبله لإمامه.
- إنّ الجانب القانوني المتعلق بموضوع التبعيّة يختلف كثيرا عن الجانب الشرعي من خلال الضوابط والتقسيم وحتى في المفاهيم والتطبيق. أنّ الإنسان يكون مسؤولاً عن أعمال نفسه، ولا

مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

يكون مسؤولاً عن أعمال غيره، ولكن هذا الأمر غير مطرد، فقد يكون الإنسان مسؤولاً عن أعمال غيره إذا كان ذلك الشخص الآخر تابعاً وجزءاً من الأصل، أو بمثابة الجزء منه.

وهذه المسؤولية عن أعمال التابع تظهر في كثير من المجالات منها المجال الطبي: مثل مسؤولية المستشفى عن أعمال الطبيب أو الممرضين وضوابط هذه المسؤولية.

- أيضاً اتضح من خلال هذا البحث العلاقة بين نظرية الضمان وقواعد التبعيّة وهي أنّ علاقة التبعيّة بين التابع والمتبوع تقتضي أن يتحمل المتبوع ضمان ما يتلفه التابع، أو كلاهما معاً ..... الخ.

- هناك بعض الأشياء تكون متولدة عنها أشياء أخرى وتابعة لها، مثل زوائد المغصوبات، وزوائد الرهن ..... الخ، وهذه المتولّدات لها أحكام كثيرة مطروحة في كتب الفقه.

- هناك الكثير من القضايا المعاصرة التي تفتح لها أبواب الإجابة عن الأسئلة الدائرة حولها، مثل: قضية هل أقراص الكمبيوتر (CD) المسجل عليها قرآن، هل هي قرآن بحكم التبعيّة أم لا ؟

الجنين الذي ينتج من بويضة ملقحة من الأب من إحدى زوجتيه وتوضع هذه البويضة الملقحة في الزوجة الأخرى، فإلى من يتبع ذلك الجنين في النسب والإرث، وبناء الحقوق إلى الأم صاحبة البويضة أم إلى الأم التي حملت به؟

- إنّ موضوع قواعد التبعيّة يتعلق بالكثير من المجالات، منها: مجال العبادات مثل علاقة المأموم بإمامه، ومجال المعاملات مثل زوائد المغصوب، وضمان ما تتلفه الجمادات، ومجال الأحوال الشخصية: فالبنت تابعة لوليها في النكاح فلا تزوج نفسها، ومجال السياسة الشرعية: الرعية تابعة للحاكم أو ولي الأمر فيما يقوم به وهو مسؤول عن رعيته هذه..... الخ.

- هناك العديد من الموضوعات التي تكشفت للباحث من خلال عملية البحث،وينصح أن يكون هناك عدد من الباحثين لطرحها، منها:

١. التطبيقات الأصولية لقاعدة " التابع تابع"

٢. تطبيقات قواعد الفرع والبدل في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني.

٣. تطبيقات قواعد الشرط في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني.

٤. الأحكام الفقهيّة المتعلقة بأقراص الكمبيوتر (CD)، وأشرطة الكاسيت.

فهرس المصادر والمراجع

١. الآمدي، علي بن أبي علي بن محمد،(١٢٣٤م/٦٣١هـ)، **الإحكام في أصول الأحكام**، ط١، وضبطه إبراهيم العجوز، (٤م)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٨.

٢. أ.ب وفنسك (١٩٨٨)، **المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي**، ط١، دار عون، استانبول.

٣. الأتاسي، محمد خالد، (١٩٣١)، **شرح المجلة**، ط١، (٢م)، مطبعة حمص، حمص.

٤. ابن الأثير، عز الدين، علي بن محمد (٦٣٠هـ/١٢٣٢م)، **أسد الغابة**،ط١، (٤م)، دار الشعب، بيروت، ١٩٧٢.

٥. ابن الأثير، محمد الدين، أبو السعادات محمد بن محمد (١٢٠٩م / ٦٠٦هـ)، **النهاية في غريب الحديث**،ط١، دار الفكر، بيروت.

٦. إسماعيل باشا،١٩٥٥، **هدية العارفين**، ط١، (٤م)، استانبول.

٧. إسماعيل،شعبان محمد (١٩٩٠)، **الاجتهاد الجماعي ومدى الحاجة إليه في العصر الحاضر**،ط١، (١م)، مكتبة العلم والإيمان، مصر.

٨. الأسنوي، جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن، (١٣٧٠م/٧٧٢هـ)، **نهاية السول شرح منهاج الوصول**،ط١، (٤م)، عالم الكتب، بيروت، ١٩٨٥.

٩. الألباني، محمد ناصر الدين، (١٩٨٥)، **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**، ط٢، المكتب الإسلامي، بيروت.

١٠. الألباني، محمد ناصر الدين، (١٩٨٨)، **صحيح الجامع الصغير وزيادته**، ط٣، المكتب الإسلامي، بيروت.

١١. الباحسين، يعقوب عبد الوهاب، (١٩٩٩)، **قاعدة "الأمور بمقاصدها"**، ط١، (١م)،مكتبة الرشد، الرياض.

١٢. البخاري، محمد بن إسماعيل (٨٧٠م/٢٥٦هـ)، **صحيح البخاري**، ط١، (٤م)، دار الفكر بيروت،١٩٩١.

١٣. البصري، أبو الحسين محمد بن علي، **المعتمد في أصول الفقه**، ط١، تحقيق محمد حميد الله (٢م)، دمشق، ١٩٦٥.

١٤. البكري، بدر الدين البكري بن أبي بكر، **الإغناء في الفروق والاستثناء**،ط١، تحقيق عادل عبد الموجود /علي معوض، (٢م)، دار الكتب، بيروت، ١٩٩١.

١٥. ابن بلبان الفارسي، الأمير علاء الدين، **صحيح ابن حبان**، ط٢، (٤م)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٣.

جميع الحقوق محفوظة
مركز الدراسات الأردنية

١٦. البهوتي، منصور بن يونس، (١٦٤١م/ ١٠٥١هـ)، **كشّاف القناع**، ط١، (٥م)، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٢.

١٧. البورنو، محمد صدقي، (٢٠٠٠م)، **موسوعة القواعد الفقهيّة**، ط١،(٦م)، مكتبة التوبة / دار ابن حزم بيروت.

١٨. البورنو، محمد صدقي، (١٩٨٣م)، **الوجيز في إيضاح القواعد الكليّة**، ط١، (١م)، مؤسسة الرسالة، بيروت.

١٩. البوصيري، أحمد بن أبي بكر الكناني، **مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجة**، ط٢، دار العربية، بيروت،١٩٨٥.

٢٠. البوطي، محمد سعيد رمضان، (١٩٩١)، **فقه السيرة النبوية**،ط١، (١م)، دار الفكر،دمشق.

٢١. ابن بلبان الفارسي، الأمير علاء الدين، **صحيح ابن حبان**، ط٢، (٤م)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٣.

٢٢. البيهقي، أحمد بن الحسين (١٠٦٦م/٤٥٨هـ)، **شعب الإيمان**،ط١، تحقيق محمد زغلول، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٠.

٢٣. الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة (٨٩٢م/٢٧٩هـ)، **سنن الترمذي**،ط١، (٨م)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٧.

٢٤. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، (١٣٢٨م/٧٢٨هـ)، **فتاوى ابن تيمية**، ط٢، (٣٢م)، دار الوفاء، مصر، ١٩٧٧.

٢٥. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، (١٣٢٨م/٧٢٨هـ)، **القواعد النورانية**، ط٢، (١م)، مطبعة المعارف، الرياض، ١٩٨٣.

٢٦. جابر، حسين عبد السلام، (١٩٩٣)، التقرير الطبي بإصابة المجني عليه وأثره في الإثبات في الدعوتين الجنائية والمدنية، ط١، (١م)، دار الكتب القانونية، القاهرة.

٢٧. الجرجاني، علي بن محمد (١٤١١م/٨١٦هـ)، **التعريفات**، ط١، (١م)، دار الرشاد، القاهرة، ١١٩١.

٢٨. الجزائري، عبد الرحمن عبد المجيد، (٢٠٠٢م)، **القواعد الفقهيّة المستخرجة من إعلام الموقعين**، دار ابن عفانّ، مصر.

٢٩. ابن جزيء، محمد بن أحمد (١٣٤٢م/٧٤١هـ)، **القوانين الفقهيّة**،ط١، (١م)، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٧٤.

٣٠. الجويني، عبد الملك بن عبد الله، (١٠٨٥م/٤٧٨هـ)، **غيّاث الأمم**،ط١، (١م)، مطبعة دار الدعوة، مصر، ١٩٧٩.

٣١. الحاكم النيسابوري، محمد بن محمد (١٠٠٤م/٤٥٠هـ)، **المستدرك على الصحيحين**، ط١، (١٠م)، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٨.

٣٢. حتمل، أيمن،(٢٠٠٢)، **شهادة أهل الخبرة**، وأحكامها دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير، كليّة الدراسات الفقهيّة والقانونية، جامعة آل البيت، المفرق، إشراف د.فاضل عبد الواحد.

٣٣. ابن حجر، أحمد بن علي (١٤٤٩/٨٥٢هـ)، **الإصابة في تمييز الصحابة**، ط١، (٤م)، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٧٨.

٣٤. ابن حجر العسقلانّي، أحمد بن علي، (١٤٤٩م/٨٢٥هـ)، **التلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير**،ط١، (٢م)، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٦.

٣٥. ابن حجر، أحمد بن علي، (١٤٤٩م/٨٢٥هـ)، **تهذيب التهذيب**،ط١، (٨م)، مجلس وزارة المعارف النظامية، الهند، ١٩٨٦.

٣٦. ابن حجر، أحمد بن علي (١٤٤٩م/٨٢٥هـ)، **فتح الباري**، ط٢، (١٥م)، دار الفكر، بيروت ١٩٢٢.

٣٧. ابن حزم، علي بن أحمد (١٠٦٤م/٤٥٦هـ)،**المحلّى**، ط١، (١١م)، دار الجيل، بيروت، ١٩٨٠.

٣٨. الحصني، تقي الدين أبي بكر بن محمد (١٤٢٥م/٨٢٩هـ)، **كفاية الأخيار**،ط١، تحقيق محمد سليمان، (١م)، دار الخير دمشق، ١٩٩١.

٣٩. الحصني، محمد بن عبد المؤمن، (١٤٢٥م/٨٢٩هـ)، **كتاب القواعد**، ط١، تحقيق عبد الرحمن الشعلأنّ، (٤م)، مكتبة الرشد، الرياض، ١٩٩٧.

٤٠. الحطاب، محمد بن محمد (١٥٤٧م/٩٥٤هـ)، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**،ط١، (٨م)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٥.

٤١. الحكيم،عبد المجيد / وآخرون، (١٩٨٠)، **الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني الأردني**،ط١، (٢م)، عمان.

٤٢. الحموي، أحمد بن محمد، (١٦٥٧م/١٠٩٨هـ)، **غمر عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم**،ط٢، (٤م)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٥.

٤٣. أبو حميدة، عبد الحافظ يوسف، (١٩٩٦)، **المتولد من المملوك**، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، إشراف د. محمود السرطاوي.

٤٤. ابن حنبل، الإمام أحمد بن محمد (٨٥٥م/٢٤٠هـ)، **المسند**، ط١، (٦م)، مؤسسة الرسالة بيروت،١٩٩٦.

٤٥. حيدر، علي، (١٩٢٥)، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، ط١، (٤م)، المطبعة العباسية، حيفا.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية

٤٦. خاطر، نوري / السرحان، عدنان، (١٩٩٧)، **شرح القانون المدني الأردني "مصادر الحقوق الشخصية**، الفجر للطباعة، إربد.

٤٧. خديجة، بن شارف،(١٩٨٨)، **ملكية الشقق**، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد العلوم القانونية والإدارية.

٤٨. الخرشي، محمد بن عبد الله (١٦٩٠م/١١٠١هـ)، **الخرشي على مختصر خليل**، ط١، (٤م)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٦٠.

٤٩. الخطابي، أبو سليمان حمد بن محمد، (٩٧٥م/٣٨٨هـ)، **معالم السنن**، ط٢، (٣م)، المكتبة العلمية، بيروت، ١٩٨٣.

٥٠. الدار قطني، علي بن عمر (٩٩٥م/ ٣٥٨هـ)، **سنن الدار قطني**، ط١، (٦م)، دار إحياء التراث، بيروت، ١٩٩٣.

٥١. الدارمي، عبد الله بن عبد الرحمن (٨٦٩م/٢٥٥هـ)، **سنن الدارمي**،ط١، (٤م)، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٤.

٥٢. داود، أحمد، (١٩٩٩)، **القراءات الاستئنافية في الأحوال الشخصية**، ط١، (٢م)، مكتبة دار الثقافة، عمان.

٥٣. أبو داود، سليمان بن الأشعث، (٨٨٩م/٢٧٥هـ)، **سنن أبي داود**، ط١، (٤م)، دار الجيل، بيروت، ١٩٩٢.

٥٤. الدردير، أحمد بن محمد،(١٧٨٦م/١٢٠١هـ)، **الشرح الكبير**، ط١، (٤م)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٦.

٥٥. الدسوقي، محمد بن أحمد عرفة، (١٨٠٨م/ ١٢٣٠هـ)، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**،ط١، (٦م)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٦.

٥٦. الذهبي، محمد بن أحمد (١٣٤٧م/٧٤٨هـ)، **تذكرة الحفاظ**، ط١،(١٥م)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٦.

٥٧. الرافعي، عبد الكريم بن محمد، (١٢٢٦م/٦٥٣هـ)، **فتح العزيز شرح الوجيز**، ط٢، (١٢م)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧.

٥٨. ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد (١٣٩٣م/٧٩٥هـ)، **تقرير القواعد وتحرير الفوائد**، ط١، تحقيق مشهور بن حسن،(٤م)، دار ابن عفانّ السعودية، ١٩٨٥.

٥٩. الرحيباني، مصطفى بن سعد بن عبده (١٨٢٨م/١٢٤٣هـ)، **مطالب أولي النهى**، ط١، (٦م)، منشورات المكتب الإسلامي، دمشق، ١٩٦٠.

٦٠. رحيل الرحيل، (١٩٩٩)، **الجنسية في الشريعة الاسلامية**، رسالة ماجستير، قسم الفقه، الجامعة الاردنية.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية

٦١. ابن رشد الحفيد، محمد بن أحمد (١١٩٨م/٥٩٥هـ)، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ط٢، (١م)، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٢.

٦٢. رضا محمد، (١٩٩٠)، **الإمام علي بن أبي طالب**، ط١، (١م)، دار الكتب العلمية،بيروت، ١٩٨٦.

٦٣. الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، ط١،(٨م) دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٣.

٦٤. الزرقا، أحمد بن محمد،(١٩٨٩)، **شرح القواعد الفقهيّة**، ط٢، دار العلم، دمشق.

٦٥. الزرقا، مصطفى أحمد، (١٩٩٨) ،**المدخل الفقهي العام**، ط١، (٣م)، دار الفكر، بيروت

٦٦. الزركشي، محمد بن بهادر، (١٣٩٣م/٧٩٤هـ)، **المنثور في القواعد**، تحقيق تيسير أحمد، (٣م)، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ١٩٨٥.

٦٧. الزركشي، محمد بن بهادر، (١٣٩٢م/٧٩٤هـ)، **البحر المحيط**، ط١، (٤م)، وزارة الأوقاف والمقدسات الإسلامية الكويت، ١٩٨٨.

٦٨. الزركلي، خير الدين،(١٩٩٢)، **الأعلام**، ط١٠، (٨م)، دار العلم للملايين، بيروت .

٦٩. زغلول، أبو هاجر محمد السعيد بسيوني، (١٩٨٩)، **موسوعة أطراف الحديث**، ط١، (١٢م)، عالم الكتب، بيروت.

٧٠. الزمخشري، أبو القاسم محمود بن عمر (١١٤٣م/٥٣٨هـ)، **الكشّاف**، ط١، (٤م) دار الريان، قطر، ١٩٨٠ .

٧١. أبو زهرة، محمد، (١٩٥٨)، **أصول الفقه**،ط١، (١م)، دار الفكر العربي، بيروت.

٧٢. الزيلعي، عبد الله بن يوسف، (١٣٦٠م/٧٦٢هـ)، **تبيين الحقائق**،ط١، (٦م)، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٠.

٧٣. الزيلعي، عبد الله بن يوسف (١٣٦٠م/٧٦٢هـ)، **نصب الراية**، ط١، (٦م)، دار الحديث، القاهرة، ١٩٩٥.

٧٤. سابق، السيد، (٢٠٠٠م)، **فقه السنة**، ط١، (٣م)، المكتبة العصرية، بيروت.

٧٥. السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر (١٥٠٥م/٩١١هـ)، **الأشباه والنظائر**، ط١، تحقيق محمد البغدادي (١م)، دار الكتب العربي، بيروت، ١٩٨٧.

٧٦. السبكي، عبد الوهاب بن علي،(١٣٦٩م/ ٧٧١هـ)، **طبقات الشافعية الكبرى**،ط١، عبد الفتاح الحلو /محمد الطناجي، القاهرة، ١٩٧٦.

٧٧. السدلأنّ، صالح بن غانم، (١٩٩٧)، **القواعد الفقهيّة الكبرى**، ط١،(م١)، دار بلنسية، السعودية.

٧٨. السرخسي، محمد بن أحمد،(١٠٩٠م/٤٨٣هـ)، **المبسوط**، ط١، (١٥م)، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٣.

٧٩. الحافظ ابن سعد، **طبقات ابن سعد**، ط١، (٤م)، دار صادر، بيروت، ١٩٨٠.

٨٠. سلطان، انور، ١٩٨٧ ،**مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني**،ط١، (١م)، منشورات الجامعة الأردنية، عمان.

٨١. سلطان، انور (١٩٨٣)، **الموجز في النظرية العامة للالتزام**، دراسة مقارنه مع القانون المصري واللبناني، ط١، (١م)، دار النهضة العربية بيروت.

٨٢. سوار، محمد وحيد الدين، (١٩٧٥)، **شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام**،ط١، (٢م)، مطبعة دار الكتاب.

٨٣. سيبويه، عمرو بن عثمان (٧٩٦م/١٨٠هـ)، **الكتاب**، ط١، (١م)، مكتبة، القاهرة، ١٩٦٨.

٨٤. السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر (١٥٠٥م/٩١١هـ)، **الأشباه والنظائر**، ط١، تحقيق محمد البغدادي (١م)، دار الكتب العربي، بيروت، ١٩٨٧.

٨٥. الشاطبي، إبراهيم بن موسى، (١٣٨٨م/٧٩٠هـ)، **الموافقات في أصول الفقه**، ط١، (٢م)، دار الفكر، بيروت، بدون سنة نشر.

٨٦. الشافعي، محمد بن إدريس، (٨٢٠م/٢٠٤هـ)، **أحكام القرآن**، ط١،(٢م)، مكتبة نشر الثقافة الإسلامية، القاهرة، ١٩٥١.

٨٧. الشافعي، محمد بن إدريس (٨٢٠م/٢٠٤هـ)، **الأم**،ط١، الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، ١٩٩٠م.

٨٨. الشال، إبراهيم علي، (٢٠٠١م)، **القواعد والضوابط الفقهيّة عند ابن تيميه في المعاملات** رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، قسم الفقه، إشراف عمر سليمان الأشقر.

٨٩. شبير، محمد عثمان، (٢٠٠٠م)، **القواعد الكليّة والضوابط الفقهيّة**، ط١، (١م)، دار الفرقان، عمان.

٩٠. الشربيني، محمد بن أحمد، (١٥٧٠م/٩٧٧هـ)، **مغني المحتاج**، ط١ (٦م)، دار الكتب العلمية، بيروت،١٩٩٤.

٩١. الشوكاني، محمد بن علي، (١٧٦٨م/١٢٥٠هـ)، **إرشاد الفحول**،ط٤، تحقيق أبو مصعب البدري (٢م)، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ١٩٩٣.

٩٢. الشوكاني، محمد بن علي، (١٨٣٤م/١٢٥٠هـ)، **نيل الأوطار**،ط١، (٨م)، دار الحديث، القاهرة ١٩٩٣.

٩٣. الصابوني، محمد علي (١٩٨٤)، **المدخل لدراسة التشريع الإسلامي**، ط٤، (٢م)، جامعة دمشق، دمشق.

مركز إيداع الرسائل الجامعية

٩٤. الصالح، محمد أديب، (١٩٩٣)، **تفسير النصوص**، ط٤، (٢م)، المكتب الإسلامي، بيروت.

٩٥. الصلاحين، عبد المجيد، (٢٠٠٣/٢٠٠٤)، **مذكرة في القواعد الفقهيّة** – غير منشورة – محاضرات ألقاها على طلبة الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، قسم الفقه.

٩٦. الصنعاني، عبد الرزاق (٢١١هـ/٨٢٧م)، **المصنف**، ط١، (١٢م)، المكتب الإسلامي بيروت، ١٩٩٣.

٩٧. الصنعاني، محمد بن إسماعيل، (١٧٦٨م/٧٤٨هـ)، **سبل السلام**، ط٤، (٢م)، دار إحياء التراث، بيروت، ١٩٦٠.

٩٨. صياح، سامي، (١٩٩٩)، **حقوق والتزامات مالكي الطوابق والشقق**، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، اشراف د. جورج حزبون.

٩٩. الطبري، محمد بن جرير، (٩٢٣م/ ٣١٠هـ)، **تاريخ الرسل والملوك**، ط٢، (١٥ م)، دار المعارف، القاهرة، ١٩٦٣.

١٠٠. طلافحة، محمد محمود، (٢٠٠٠م)، **قاعدة تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة وتطبيقاتها الفقهيّة والقانونية في المعاملات المالية المعاصرة**، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، إربد، إشراف د. إسماعيل أبو شريعة.

١٠١. طه، جبار، (١٩٧٩)، **إقامة المسؤولية المدنية من الفعل غير المشروع على عنصر الضرر**، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، بغداد.

١٠٢. ابن عابدين، محمد أمين (١٨٣٦م/١٢٥٢هـ)، **حاشية ابن عابدين**، ط١، (١٠م)، دار المكتبة العلمية، بيروت، ١٩٩٤.

١٠٣. العاملي، علي بن أحمد الجعبي (١٥٥٩م/٩٦٥هـ)، **الروضة البهيّة شرح اللمعة الدمشقية**، (٦م)، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨٠.

١٠٤. العبادي، أحمد بن قاسم (١٥٨٨م/٩٩٤هـ)، **الآيات البينات على شرح جمع الجوامع**، ط١، (٤م)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٦

١٠٥. عبد الباقي، محمد فؤاد، (١٩٨٠)، **المعجم المفهرس لآيات القرآن الكريم**،ط١، دار الجيل، بيروت.

١٠٦. ابن عبد البر، ابن عبد البر عبد الله، (١٠٧١م/٤٦٣هـ)، **الاستذكار**،ط٤، تحقيق محمد حسان، (١٠م) مؤسسة النداء، الإمارات، ٢٠٠٣م.

١٠٧. ابن عبد البر، عبد الله ابن عبد البر، (١٠١٢/ ٤١٣هـ)، **التمهيد كما في الموطأ**، والأسانيد، ط١، تحقيق سعيد أحمد، (١٠م)، المطبعة المغربية، المغرب، ١٩٨٠.

١٠٨. ابن العربي، محمد بن عبد الله (١١٤٨م/٥٤٣هـ)، **أحكام القرآن**، ط١، (٤م)، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٨.

١٠٩. عبد الرحمن، أحمد شوقي (١٩٧٦)، **مسؤولية المتبوع باعتباره حارساً**،ط١، (١م)، المطبعة العربية الحديثة، مصر.

١١٠. ابن عبد السلام، عز الدين، (١٢٦٣م/٦٦٠هـ)، **القواعد الكبرى**، المسمى قواعد الأحكام في مصالح الأنّام،ط٣، (٢م)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٦.

١١١. العبد اللطيف، عبد الرحمن بن صالح،(٢٠٠٣م)، **القواعد الفقهيّة المتضمنة للتيسير**، ط١، (٢م)، الجامعة الإسلامية، السعودية .

١١٢. أبو عبيد، القاسم بن سلام، (٨٣٨م/٢٢٤هـ)، **الأموال**، ط١، (٣م)، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ١٩٧٤.

١١٣. عجاج، طلال، (٢٠٠٣م)، **مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع في القانون المدني اللبناني والأردني دراسة مقارنة**، ط١، (١م)، المؤسسة الحديثة للكتاب،طرابلس.

١١٤. العلائي، خليل بن كيكلدي، (١٣٥٩م/٧٦١هـ)، **مختصر قواعد العلائي**، ط١، (١م)، مجمع اللغة العربية دمشق، ١٩٧٥.

١١٥. ابن العماد، عبد الحي الحنبلي (١٦٤٨م/١٠٨٩هـ)، **شذرات الذهب**، ط١، (٤م)، مكتبة الخانجي، القاهرة، ١٩٥٠.

١١٦. عمر، محمد الشيخ، (١٩٧٠م)، **مسؤولية المتبوع دراسة مقارنة**،ط١، (١م)، مطابع سجل العرب، مصر.

١١٧. عمرو، عبد الفتاح، (١٩٩٠)، **القرارات القضائية في الأحوال الشخصية**، ط١،دار يمان ، عمان.

١١٨. ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (٩٨٢م/ ٣٩٥هـ)، **معجم مقاييس اللغة**، ط٢،(٨م) مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٩٧٢.

١١٩. الفيروز أبادي، **القاموس المحيط**، ط١، (٤م)، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٣.

١٢٠. فيض الله، محمد فوزي، (١٩٦٢)، **المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون**، رسالة دكتوراة، جامعة الأزهر، مصر.

١٢١. الفيومي، أحمد بن محمد (١٣٦٨م/٧٧٠هـ)، **المصباح المنير**، ط١، (١م)، دار العلم، بيروت بدون سنة نشر.

١٢٢. ابن قدامة، عبد الله أحمد (١٢٢٣م/٦٢٠هـ)، **المغني**، ط١، (١٥م)، دار هجر للطباعة، القاهرة، ١٩٩٢.

١٢٣. قرار محكمة التميز الأردنية هيئة عامة، رقم ٨٦/٢١٢ / تاريخ ١٩٨٦/٥/٨ غير منشورة.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية

١٢٤. قرار محكمة التميز الأردنية هيئة عامة، رقم ٧٩/١٤٦، تاريخ ١٩٧٩/٨/٧، مجلة نقابة المحامين الأردنية، ١٩٧٩.

١٢٥. القراقي، شهاب الدين أحمد بن أدريس (١٢٨٥م/٦٨٤هـ)، **الفروق**، ط١، (٤م)، عالم الكتب، بيروت، ١٩٩٨.

١٢٦. القرطبي، محمد بن أحمد (١٢٧٣م/٦٧١هـ)، **الجامع لأحكام القرآن**، ط١ (١٥م)، دار الحديث القاهرة، ١٩٩٤.

١٢٧. قطب، سيد، (١٩٩٧)، **في ظلال القرآن**، ط٢٦، (٦م)، دار الشروق، بيروت.

١٢٨. ابن القيم، محمد بن أبي بكر (١٣٥٠م/٧٥١هـ)،**أحكام أهل الذمة**،ط١، تحقيق صبحي الصالح، (٢م)، دار العلم للملايين، بيروت ن ١٩٨٣.

١٢٩. ابن القيم، محمد بن أبي بكر (١٣٥٠م/ ٧٥١هـ)، **إعلام الموقعين**، ط١، (٤م)، دار الجيل بيروت، ١٩٨٢٠.

١٣٠. ابن القيم، محمد بن أبي بكر (١٣٥٠م/٧٥١هـ)، **بدائع الفوائد**، ط١، تحقيق أحمد عبد السلام (٤م)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٣.

١٣١. ابن القيم، محمد بن أبي بكر، (١٣٥٠م/٧٥١هـ)، **تهذيب السنن**، ط٢، (٨م) تحقيق عبد الرحمن عثمان،مؤسسة قرطبة المالكية السلفية، المدينة، ١٩٨٨.

١٣٢. ابن القيم، محمد بن أبي بكر، (١٣٥٠م/٧٥١هـ)، **زاد المعاد**، (٥م)، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٧.

١٣٣. ابن القيم، محمد بن أبي بكر (١٣٥٠م/٧٥١هـ)، **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**، ط١، (١م)، مطبعة المدني، القاهرة، ١٩٨٧.

١٣٤. الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، (١١٩١م/٥٨٧هـ)،**بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ط١، (٥م)، دار الكتب العلمية،بيروت، ١٩٨٠.

١٣٥. كامل، عمر عبد الله، (٢٠٠٠م)، **القواعد الفقهيّة الكبرى وأثرها في المعاملات المالية**، ط١، (٢م)، دار الكتب،مصر.

١٣٦. كحالة،عمر رضا،١٩٧٧،**أعلام النساء**، ط٣، (٥م)، مؤسسة الرسالة، بيروت.

١٣٧. كحالة،عمر رضا، ١٩٨٥، **معجم القبائل العربية**، ط٥، (٤م)، مؤسسة الرسالة،بيروت.

١٣٨. كحالة، عمر رضا، (١٩٧٤)، **معجم المؤلفين**، (٨م)، دار أحياء التراث بيروت.

١٣٩. الكرخي، عبد الله بن الحسين، (٩٥٣م/٣٤٠هـ)، **أصول الكرخي مع تأسيس النظر للإمام أبو زيد الدبوسي**، ط١، (١م)، المطبعة الأوربية، القاهرة، ١٩٦٠.

١٤٠. الكفوي، أبو أيوب بن موسى (١٦٥٣م/١٠٩٤هـ)، **الكلّيات**،ط٢، (٥م)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٣.

١٤١. الكوهجي، عبد الله بن حسن، (١٩٠٢م/١٣١٧هـ)، **زاد المحتاج**،ط١، راجعه عبد الله الأنّصاري، (٤م)، المكتبة العصرية، بيروت، ١٩٩٢.

١٤٢. الكيلاني،عبد الله إبراهيم،١٩٩٧،**مفهوم (الشعب،الأمة، الجنسيّة) وأبعاده الحضارية**، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، عدد (٢).

١٤٣. الكيلاني، عبد الرحمن إبراهيم زيد، (١٩٩٩م)، **حجيّة القاعدة الفقهيّة**، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات م١٤، عدد (١) .

١٤٤. الكيلاني، عبد الرحمن إبراهيم زيد (٢٠٠٠م)، **قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي عرضاً ودراسة وتحليلاً**، ط١، (١م)، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، دار الفكر، دمشق.

١٤٥. ابن ماجة، محمد بن يزيد القزويني، (١٣٥٩م/٧٣٥هـ)، **سنن ابن ماجة**، ط١، (٦م)، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٦.

١٤٦. الإمام مالك، مالك بن انس الاصبحي، (٧٩٥م/ ١٧٩هـ)، **الموطأ**، ط١٢، (٢م)، دار النفائس بيروت، ١٩٩٤.

١٤٧. الماوردي، علي بن محمد (١٠٥٨م/٤٥٠هـ)، **الأحكام السلطانية**، ط٣، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٩٧٣.

١٤٨. الماوردي، علي بن محمد (١٠٥٨م/٤٥٠هـ)، **الحاوي**،ط١، (١٥م)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤.

١٤٩. المبار كفوري، صفي الدين، (١٩٧٦)، **الرحيق المختوم**، ط١، (١م)، المكتبة الثقافية، بيروت.

١٥٠. مجمع اللغة العربية، (١٩٨٥)، **المعجم الوسيط**، ط٣، (٢م)، دار عمران، القاهرة.

١٥١. محكمة التمييز الأردنية، قرار رقم ٩٠/١٢٤٦ تاريخ ١٩٩١/٥/١٢ غير منشور، نقابة المحامين الأردنيين، الأعداد (١٠-١٢) سنة ١٩٩٢.

١٥٢. محكمة التمييز الأردنية، قرار رقم ٨٦/٨٤٨، مجلة نقابة المحامين الأردنية ١٩٨٩.

١٥٣. المحلي، جلال الدين (١٤٦٠م/٨٦٤هـ)، شرح جمع الجوامع، ط١، (٤م)، دار الكتب العربية الكبرى، مصر، ١٩٦٨.

١٥٤. مخلوفي محمد،(١٩٨٩)، **مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه في القانون المدني الجزائري مقارنة بالقوانين المصري والفرنسي**، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد العلوم القانونية والإدارية، الجزائر .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية

١٥٥. ابن المرتضى، أحمد بن يحيى، (١٤٣٦م/٨٤٠هـ)، **البحر الزخّار**، (٥م)، دار الحكمة اليمينة، صنعاء، ١٩٤٧.

١٥٦. المرداوي، علي بن سليمان، (١٤٨٠م/٨٨٥هـ)، **الأنّصاف في معرفة الراجح من الخلاف**،ط٢، (١٢م)، دار إحياء التراث، بيروت ن ١٩٨٦.

١٥٧. مرقس، سليمان، (١٩٧٠)، **المسؤولية المدنية في قضايا الدول العربية**، ط٢، مطبعة البجلاوي،مصر.

١٥٨. المرغيناني، علي بن أبي بكر الجليل، (١١٩٦/٥٩٣هـ)، **الهداية شرح بداية المبتدئ**، ط١، (٢م)، المكتبة الأزهرية، مصر، ١٩٨٤.

١٥٩. الإمام مسلم، مسلم بن الحجاج النيسابوري (٨٧٥م/٢٦١هـ)، **صحيح مسلم**، ط١، مؤسسة عز الدين، بيروت، ١٩٨٧.

١٦٠. مصطفى محمود (١٩٧٠)، **شرح قانون الإجراءات المصري**، مصر.

١٦١. المقري، محمد بن محمد، (١٣٥٧م/٧٥٦هـ)، **القواعد**، ط١، (٤م)، دار الكتاب العربي، بيروت، بدون سنة نشر.

١٦٢. ابن المنذر، محمد بن إبراهيم، (١٩٨٧)، **الإجماع**،ط١، رئاسة المحاكم الشرعية، الدوحة.

١٦٣. منصور، محمد حسين (١٩٨٠)، **المسؤولية الطبية**، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.

١٦٤. ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم (١٣١١م/٧١١هـ)، **لسان العرب**،ط١،(١٥م)، دار صادر وبيروت، ١٩٨٠.

١٦٥. ابن نجيم، زين الدين (١٥٦٣م/٩٧٠هـ)، **الأشباه والنظائر**، ط٢، (١م)، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، ١٩٩٦.

١٦٦. الندوي، علي، (٢٠٠٠م)، **القواعد الفقهيّة**، ط٥، قدم لها الشيخ مصطفى الزرقا، (١م)، دار العلم، دمشق.

١٦٧. النسائي، أحمد بن شعيب (٩١٥م/٣٠٣هـ)، **سنن النسائي**،ط٢، (٨م)، دار البشائر، بيروت، ١٩٨٦.

١٦٨. أبو نعيم، أحمد بن عبد الله الأصفهاني، (١٠٢٧م/٤٣٠هـ)، **حلية الأولياء**، ط١، (٨م)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٨.

١٦٩. النووي، يحيى ابن شرف، (١٢٧٩م/ ٦٧٦هـ)، **روضة الطالبين**، ط١ (٨م)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٠.

١٧٠. النووي، يحيى بن شرف، (١٢٧٩م/٦٧٦هـ)، **شرح صحيح مسلم**، ط١، (١٠م)، دار أحياء التراث العربي،بيروت، ٢٠٠١م.

مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

١٧١. النووي، يحيى ابن شرف (١٢٧٩م/٦٧٦هـ)، **المجموع**،ط١، تحقيق محمد بخيت المطيعي، (٢٣م)، دار مكتبة الإرشاد، مصر، ١٩٨٠.

١٧٢. الهداوي، حسن، (١٩٩٤)، **الجنسية في القانون الأردني**، ط١،دار مجدلاوي، عمان.

١٧٣. هرموش، محمود مصطفى، (١٩٨٧)، **القاعدة الكليّة "إعمال الكلام أولى من إهماله"**، ط١، (١م)، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر،بيروت.

١٧٤. ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي (١٤٥٧م/٨٦١هـ)، **شرح فتح القدير على الهداية**، ط١، (١٠م)، دار الفكر، بيروت،١٩٩٠.

١٧٥.الهندي، علاء الدين المتقي بن حسام الدين (١٣٩٣م/٩٧٥هـ)، **كنز العمال**، ط١، مؤسسة الرسالة، بيروت.

١٧٦. وزارة الشؤون الإسلامية،(١٩٨٧)، **الموسوعة الفقهيّة الكويتية**، ط٢، (٤٠م)، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت .

١٧٧. ابن الوكيل، محمد بن عمر بن مكي، (١٣١٦م/٧١٦هـ)، **الأشباه والنظائر**، ط١، (٢م)، حققه أحمد العنقري، مكتبة الرشد، الرياض، ١٩٩٣.

مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

الفهارس العامة

- فهرس الآيات القرآنية
- فهرس الأحاديث الشريفة
- فهرس الأعلام

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

فهرس الآيات

الآية	رقمها	السورة	الصفحة
" إنّ الله يأمر بالعدل والإحسان "	٩٠	النحل	١٥١/٢٨
" إنّا كنا لكم تبعاً "	٢١	إبراهيم	٣٨
" أو التابعين غير أولي الأربة "	٣١	النور	٣٨
" الذين يتبعون الرسول "	١٥٧	الأعراف	٤٤
" خذ العفو وأمر بالعرف "	١٩٩	الأعراف	٢٨
" فأتى الله بنيانهم من القواعد "	٢٦	النحل	١٢
" فبدأ بأوعيتهم قبل وعاء وأخيه "	٧٧،٧٦	يوسف	٦١
" فولا نفر من كل فرقة منهم طائفة "	١٢٢	التوبة	١٣
" قال له موسى هل أتبعك "	٧٠-٦٦	الكهف	٦١/٥٠/٤٣
" قالوا يا شعيب ما نفقه كثيرا مما تقول "	٩١	هود	١٣
" قل لا تسألون عما أجرمنا "	٢٥	سبأ	١٥١
"والوالدات يرضعن أولادهنّ حولين ..."	٢٣٣	البقرة	١٧٧
"وإن أحد من المشركين استجارك ..."	٦	التوبة	١٨١
" وأتمروا بينكم بمعروف "	٦	الطلاق	٢٨
" وأحل لكم ما وراء ذلكم"	٢٤	النساء	١٢٢
" وإذ يرفع إبراهيم القواعد من البيت "	١٢٧	البقرة	١٢
" والذين آمنوا واتبعتهم ذريتهم"	٢١	الطور	١٥١
" وداود وسليمان .... كنّا فاعلين "	٧٩،٧٨	الأنّبياء	١٤٧/٦٢/٤٣
" وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن "	٢٣٣	البقرة	٢٨
" وقال الملأ الذين كفروا "	٩٠	الأعراف	٥٠

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

" وكتبنا عليهم فيها أنّ النفس بالنفس "	٤٥	المائدة	٨٧
" ولا تزر وازرة وزر أخرى "	١٦٤	الأنّعام	١٣٦/١٥١
" ولا تزر وازرة وزر أخرى وإن تدع مثقلة إلى حملها"	١٨	فاطر	١٥١
" وما جعل عليكم في الدين من حرج "	٧٨	الحج	٢٨/٢١
" يا أيها العزيز إنّ له أباً شيخاً .. لظالمون "	٧٨-٧٩	يوسف	١٥١
" يريد الله أن يخفف عنكم "	٢٨	النساء	٢٨/٢١
"يا أيّها الذين آمنوا كتب عليكم ..."	١٧٨،١٧٩	البقرة	٨٧

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

فهرس الأحاديث

الحديث	الصفحة
إذا وجد أحدكم في بطنه شيئا	٣٠
أصاب عمر أرضا في خيبر	١٣٤
أعطى رسول الله عروة البارقي دينارا	١٣٨
ألا لا تؤمنَ امرأة رجلاً	٧٩
أنّ النبي عليه السلام أعتق صفية	١٤٢
أنّ رسول الله عليه السلام بعث معاذا إلى اليمن	٤٠
إن شئت حبست أصلها	١٣٤
أنا عبد الله ورسوله لن أخالف أمره	١٠٩
إنّما الأعمال بالنيات	١٠٦/١٨/٢٢
إنّما جعل الإمام ليؤتم به	٦٣/٥٢/٤٦
أنّه نهى عن حبل الحبلة	٦٩
أيما امرأة نكحت من غير إذن وليها	٩٩
أيما طبيب تطبب	١٦٧
ادرؤوا الحدود بالشبهات	١٧
اقتتلت امرأتان من هذيل	١٢٠
بعث رسول الله معاذا إلى اليمن فقال ادعهم إلى شهادة	٨٦
البكر بالبكر جلد مائة	76
البينة على المدعي	١٩
تابع بيننا وبينهم على الخيرات	٣٩
تزوجني رسول الله لست سنين	٨٢

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

جاء رجل إلى النبي عليه السلام فسأله عن اللقطة	١٤١
الخراج بالضمان	٦٣
خرجنا مع رسول الله – صلى الله عليه وسلم– في غزوة تبوك	٩٦
"رفع القلم عن ثلاث..."	٨٧
ذكاة الجنين ذكاة أمه	٦٣/٥٢/٤٥
الرهن محلوب مركوب	١٥٩/٧٥
سأل النبي عليه السلام عن سحابة مرت	١٢
سألت خديجة رسول الله عن أولاد المشركين	١٣٧
ضربت امرأة ضرتها	١٢١
الظهر يركب بنفقته	٧٥
عفي عن أمتي الخطأ	١٥٦
قتل رسول الله عليه السلام يهودي بامرأة	٨٨
كانت ثقيف حلفاء لبني عقيل	١٤٠
كلكم راع وكلكم مسؤول	١٠٨/٩٠/٦٤
لا تلقوا الركبان	٨٦
لا توضئوا من ألبان الغنم	٢١
لا ضرر ولا ضرار	٣٠/١٧
لا يغلق الرهن	١٥٩
لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز	٩٠/٧٥
"لو يعطى الناس بدعواهم..."	٢٠
ما من مولود إلا ويولد على الفطرة	١٧١/١٢٤
من اشترى أرضا فيها نخيل	١٤٠
من باع نخلا قد أبرت	١٣٧
من تطبب وهو لا يعلم منه طب	١٦٧

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

من مر في شيء من مساجدنا	١٦٥
من وقف دابة في سبيل من سبل المسلمين	١٥٣
من يرد الله به خيرا	٨
هل لك أن أقضي عنك كتابتك	١٤٤
"يرحم الله أخي موسى ..."	٤٤

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

فهرس الأعلام

العلم	تاريخ الوفاة	الصفحة
الأثرم	٢٦١ هـ	٤٦
ابن الأثير	٦٠٦ هـ	١٣
الأزهري	٣٧٠ هـ	٤٠
الأسنوي	٧٧٢ هـ	٢٦
أسيد بن حضير	٢٠ هـ	٢١
البراء بن عازب	٧٢ هـ	١٤٨
البلقيني	٨٦٨ هـ	٢٥
البيهقي	٤٥٨ هـ	٩١
التلمساني	٧٧١هـ	٢٥
ثعلب	٢٩١ هـ	٤٠
الجرجاني	٨١٦ هـ	١٤
الجويني	٤٧٨ هـ	١٩
حرام بن ميحصة	٠٠٠٠	١٤٨
ابن حزم	٤٥٦ هـ	٨٧
الخادمي	١١٧٦ هـ	٢٧
خديجة بنت خويلد	٥ .ق.هـ	١٣٧
الدبوسي	٤٣٠ هـ	٣٣
ابن رجب	٧٩٥ هـ	٩
الزبيري	٨٠٨ هـ	٢٦
الزجاج	٣١١ هـ	١٢

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

الزركشي	٧٩٤ هـ	٩
زفر	١٥٨ هـ	٥٥
الزمخشري	٥٣٨ هـ	١٢
زيد بن خالد الجهني	٧٨ هـ	١٤٤
السبكي	٧٧١ هـ	٨
سعدى الجهينة	٠٠٠٠	٤٠
السهلكي	٦١٣ هـ	٢٥
سيبويه	١٨٠ هـ	٣٩
سيد سابق	٠٠٠٠	٤٦
السيوطي	٩١١ هـ	٩
الشاطبي	٧٩٠ هـ	٤١
شريح	٧٨ هـ	٣١
شقير	٨٧٦ هـ	٢٧
الضحاك بن قيس	٦٤ هـ	٧٦
طاووس	١٠٦ هـ	٨٦
أبو طاهر الدباس	٣٤٠ هـ	٢٢
الطوفي	٧١٦هـ	٢٥
العاملي	٧٨٦ هـ	٢٦
ابن عباس	٦٨ هـ	29
عبد الرحمن بن غنم	٧٨ هـ	١٥٣
عبد الرزاق الصنعاني	٢١١ هـ	٣١
عبد الله بن عمر	٧٣ هـ	٦٩
ابن العربي	٥٤٣ هـ	٣٠
العز بن عبد السلام	٦٦٠ هـ	٢٥

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

أبو عبيد	٢٢٤ هـ	١٢
العلائي	٧٦١ هـ	٣٣
عائشة بنت أبي بكر	٥٨ هـ	٩٩
علي الغزي	٧٩٩ هـ	٢٦
عمر بن الخطاب	٢٣ هـ	٣١
عمران بن الحصين	٥٢ هـ	١٤٠
القاضي حسين	٤٦٢ هـ	٢٤
القرافي	٦٨٤ هـ	8
القرطبي	٦٧١ هـ	٢٨
القطامي	١٣٠ هـ	٣٩
ابن القيم	٧٥١ هـ	٦٣
الكفوي	١٠٩٤ هـ	١٤
مالك بن انس	١٧٩ هـ	٧٦
محمد بن الحسن	١٨٩ هـ	١١٦
محمد بن سلمة	٠٠٠٠	١٢٩
محمد بن مسلمة	٤٣ هـ	٧٦
ابن مسعود	٣٢ هـ	٣٠
مسلم بن الحجاج	٢٦١ هـ	٩٦
معاذ بن جبل	١٨ هـ	٤٠
معمر	٠٠٠٠	٤٦
المغيرة بن شعبة	٥٧ هـ	117
المقري	٧٥٨ هـ	١٤
ابن الملقن	٨٠٤ هـ	٢٦
ابن نجيم	٩٧٠ هـ	٩

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

النعمان بن بشير	٦٥ هـ	١٤٨
النووي	٦٧٦ هـ	٦٩
ابن الهائم	٨١٥ هـ	٢٦
هارون الرشيد	١٩٣ هـ	٢٢
الهروي	٤٨٨ هـ	٢٤
أبو هريرة	٥٩ هـ	٧٥
الونشريسي	٩١٤ هـ	٣٦
أبو يوسف	١٨٢ هـ	٢٢

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

By : Ayman (Mohammad Ali) Mahmoud Hatmmal.
Supervisor: Abdullah Al-Kelani

1. Abstract

This deals with the subject of Principles of subordinations, its application and controls in Islamic fiqh explaining the most important juristic verdicts / rule concluded through the rules "the subordinate is a subordinate".

The thesis shows the legal rules which are related to cases of worship such as the subordinate of Mamoum for the Imam, the subordinate of branches for the origins monotheism for the forces and rules of reproducing in the treatment field, in the field of juristic politics, the subordinate of guardians of the ruler in leader in peace and war and in the field of personal status of the subordinate of a girl for her father in marriage, she cant married with the permission of her parents for instance.

This thesis include the preface of the importance of juristic rules, and it is found that the science of rules which the researcher search and seek should look for the unknown of this science.

The chapter one talks about the meaning of juristic rules, its expression, is it evidence depend on or not?, approaches of experts in term of writing in this science, formation of this science and its first beginning and the books that were composed and golden age of the science.

Chapter two of this thesis teal's about the concept of subordinations and its dimensions, the origin of this concept, the testimony of subordination on one hand and the testimony of rules of subordinate on the other hand, and the sections and elements of the definition of subordinate.

The third chapter shows the branched rule of the rule " subordinate is a subordinate" . such as the rule that the subordinate can not be isolated of its origin, and the rule that the branch falls by origin, such as abolishing of brayer of al

Mamoum if the Imams prayer abolished, the rule that the one who owns something, he will own what is necessary, such as subordinate right of flowage and drinking…..etc, the rule that the subordinate has no subordinate, the rule that subordinate rests on origin, the subordinate follows the origin and can not precede it, the subordinate follows the origin in its verdict, and the rule of subordinate is mentioned through mentoring origin.

The fourth chapter shows the rules that be a condition or criterion for the rule subordinate is subordinate such as the subordinate can not precede the followed, which is regarded one perceptible things mentally, that the branch can not precede its origin, and one of these rules is the rule which exceeds in subordinates and also the rule that the lesson of the intention of the origin not the branch, and what inters in selling in the state of subordinate has no share of price which is for relative, and the rules that aggression upon the subordinate has guarantee, and the subordinate of the owner in a case of parents is like the owner of slaves and booty.

مركز ايداع الرسائل الجامعية

The fifth chapter in which researcher shows the rules which excluded from the rule the subordinator is subordinate and the researcher did not show these exceptions through listing the rules so that the mother rule dose not be weak, and one of these rules which is an exception from the mother rule the rule that the branch may be proven but the origin may not be proven, and the rule that the subordinate may be proven more than the followed and the rule that what is doubtful if it is from subordinate or not ? Addition always follows the origin in it is rules expect dowry.

The last chapter of this thesis, the researcher mentions contemporary applications of Islamic fiqueh in the rule subordinate is subordinate through medical responsibility, the responsibility of doctors, nurses and hospitals, then the applications in the rule of guarantee and it is relation with subordinate, the responsibility of the followed for the deeds of subordinate in jurisprudence, if it is responsible for it or not! After that the verdicts of reproduction; the thing reproduces from the another one and its relation with subordinate, then this thesis shows contemporary applications in Jordanian civil law

of the rule subordinate is a subordinate, and the responsibility of the followed for the actions of the sub ordinate in Jordanian civil law and other Arab civil law.

Finally, the researcher mentions conclusions and recommendations then appendixes and references.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية