



التقعيد الفقهي للعرف وأثره على المعاملات المعاصرة

JURISPRUDENCE OF CUSTOM AND ITS EFFECT ON CONTEMPORARY TRANSACTIONS

^{1,2,*} Ammar Abdulla Al-Bahandy & ¹ Muneer Ali Abdul Rab

¹ Faculty of Syariah and Law, Universiti Sains Islam Malaysia

² Ministry of Education, United Arab Emirates (U.A.E.)

*Corresponding author. E-mail: albahandy@gmail.com

ABSTRACT

The objectives of this study summarized on the effect of jurisprudence in the field of custom on contemporary transactions, and to show the extent to which these customary legal rules formulated in directing the *mujtahid* to verdict guidelines on contemporary jurisprudential matters in the field of transactions. The researcher followed three methods in this paper namely inductive, descriptive and analytical methods. This study limited the most important elements in jurisprudence rules in the issues of custom, which amounted to twelve jurisprudential bases after extrapolating their implications. This was done after explaining their sources, meanings, evidence and their impact on important group of contemporary transactions. These customary rules express different aspects of custom, namely: the authority of custom, the conditions of custom, the verbal authority of custom, and the practical authority of custom and it affects important areas in modern transactions such as, virtual currencies, moral rights, finance officer, vacancy allowance, contemporary sales, hiring sales, mixed stocks, inflation, buying gold, smart contracts, e-commerce and others. This study concluded that the customary jurisprudence rules have a major role in legislating the rulings and controlling the jurisprudential branches and sections of jurisprudence in general, and in the field of transactions in particular. These customary rules highlighted a form of comprehensiveness and flexibility in Islamic Sharia, as these rules covered the most important issues of emerging transactions, so many calamities in the field of transactions do not deviate from these customary rules. The researcher expects that the study will have a contribution at the international level by directing the *mujtahid* to issue sound judgments for several commercial transactions traded globally.

Keywords: *Jurisprudence, jurisprudence rules, custom, contemporary transactions*



ملخص البحث

تتلخّص مادة هذا البحث حول إظهار أثر التقعيد الفقهي في مجال العرف على المعاملات المعاصرة، وبيان مدى قدرة هذه القواعد الفقهية العرفية المصاغة على توجيه المجتهد إلى إصدار الأحكام على الجزئيات الفقهية المعاصرة في باب المعاملات على وجه التحديد، فقامت هذه الدراسة الموجزة بحصر أهم القواعد الفقهية المشخّصة لقضايا العرف والتي بلغت اثنا عشر قاعدة فقهية بعد استقراء مظانها، مع بيان مصادرها ومعانيها وأدلتها وأثرها على جملة مهمة من المعاملات المعاصرة، وهذ القواعد العرفية تعبّر عن جوانب مختلفة في العرف، وهي: حجبية العرف، وشروط العرف، والسلطان اللفظي للعرف، والسلطان العملي للعرف، وتؤثر على مجالات مهمة في المعاملات العصرية، كالعملات الافتراضية، والحقوق المعنوية، وضابط التمول، وبدل الخلو، وبيع المعاطاة المعاصرة، وبيع الاستجرار، والأسهم المختلطة، والتضخم، وشراء الذهب، والتجارة الإلكترونية، ومفهوم الجوائح، والقبض الحكمي، وخلّص البحث إلى أن للقواعد الفقهية العرفية دور كبير في تشريع الأحكام، وضبط الفروع الفقهية في عامة أبواب الفقه على وجه العموم وفي باب المعاملات على وجه الخصوص، وأبرزت هذه القواعد العرفية صورة من صور الشمولية والمرونة في الشريعة الإسلامية، حيث غطت هذه القواعد أهم مسائل المعاملات المستجدة، فلا تزال كثير من النوازل في باب المعاملات لا تخرج عن هذه القواعد العرفية.

الكلمات المفتاحية: التقعيد الفقهي، القواعد الفقهية، العرف، المعاملات المعاصرة.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد. فإن الشريعة الإسلامية تميزت بجملة من الخصائص أبرزها الشمولية والصلاحية لكل زمان ومكان، وتوفرت فيها أدوات الاستنباط والاجتهاد الكفيلة بالحفاظ على تلك الشمولية والصلاحية، والقادرة على إعطاء الحكم المناسب للمستجدات والنوازل، ولعل من أبرز تلك الأدوات الاجتهادية: مجال التقعيد الفقهي وصياغة القواعد الفقهية، فقد كان لها الدور البارز في مجال تشريع الأحكام وتوجيه المجتهد والناظر إلى الحكم الصحيح في المسألة.

ومن صور التقعيد المؤثرة في الأحكام: القواعد الفقهية المتعلقة بمجال العرف، فقد صيغت هذه القواعد لتعبر عن قضايا نظرية العرف والتي تؤثر في مجال التشريع الفقهي وضبط الأحكام الفقهية وتفسيرها، وجاءت هذه



القواعد الفقهية العرفية معبرة عن قضايا عرفية مهمة وهي: حجية العرف، وشروط العرف، وسلطان العرف القولي، وسلطان العرف العملي، تجتمع هذه القواعد مع بعضها مُشكِّلةً نظرية العرف.

وفي جانب التطبيقات فإن مجال المعاملات المعاصرة ومستجداتها متأثر وبقوة بالعرف، فللعرف دور في تفسير المجملات في العقود كتحديد ضابط التفرق في مجلس العقد، وتحديد مفهوم القبض والعيب، وللعرف كذلك دور في تقييد المطلقات كتحديد نوع النقد في العقد أو معيار الوزن في المبيعات، ويقوم العرف كذلك مقام الإيجاب والقبول وهي عملية جوهرية تبنى على أساسها العقود والمعاملات، وللعرف هنا سلطان على طريقة ابتداء العقود وإنشائها فيما يسمّى ببيع المعاطاة، وهي عملية مهمة لا تنفك عنها عامة العقود والمعاملات.

فمن أجل الدور الكبير الذي تقوم به القواعد الفقهية في تشريع الأحكام وضبطها، ونظير تلك الأهمية أيضاً في نطاق العرف وأثره في تشريع الأحكام وضبطها، جاء اختيار هذا الموضوع وفي هذه الورقة المختصرة، مع قابليتها للتوسع.

والأسئلة التي يتضمنها هذا البحث:

ما هي القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف؟ وما هي مضمونها من حيث المعنى؟ وما هي التطبيقات الفقهية المتأثرة بها في باب المعاملات المعاصرة؟

أما أهداف هذا البحث فهي:

1. تحديد القواعد الفقهية المعبرة عن العرف ومسائله، وبيان مصادره.
2. الكشف عن معاني هذه القواعد ومضامينها.
3. إبراز أثر هذه القواعد على مجال المعاملات المعاصرة.

اتبع الباحث المنهج الاستقرائي من خلال تتبع مصادر القواعد الفقهية لتحصيل أهم القواعد المعبرة عن العرف، وكذلك تتبع التطبيقات المعاصرة لإلحاقها بالقواعد المناسبة، واتبع الباحث أيضاً المنهج الوصفي لعرض مضامين القواعد الفقهية العرفية والمنهج التحليلي في دراسة العلاقة بين التطبيق الفقهي المعاصر والقاعدة العرفية.

أما عن جانب الدراسات السابقة، فإن الناظر في ما كُتب في مجال العرف يجد أن البحوث فيها يغلب عليها الجانب التأصيلي والتنظيري للعرف، وهي بحوث كثيرة أشهرها وأقدمها: (العرف والعادة في رأي الفقهاء) للدكتور أحمد فهمي أبو سنة، وهي رسالة دكتوراه نوقشت سنة 1941م وكتاب (أثر العرف في التشريع الإسلامي) للدكتور سيد صالح عوض، والمنشور سنة 1969م، و(نظرية العرف) للدكتور عبدالعزيز الخياط، والمنشور سنة



1977م، وفي جانب أثر العرف على المعاملات يأتي بحث الدكتور عادل عبدالقادر قوته: (العرف حجيته وأثره على فقه المعاملات المالية عند الحنابلة) المنشور 1997م، وغيرها من البحوث والمقالات.

يتكون هذا البحث من مقدمة وثلاثة عشر مبحثاً وخاتمة، بدء البحث بتعريف التقعيد الفقهي والعرف، ثم جاءت المباحث الاثني عشر على عدد القواعد الخاضعة للدراسة مع تطبيقاتها.

التعريف بمصطلحي (التقعيد الفقهي) و (العرف)

معنى التقعيد الفقهي

التقعيد في اللغة مصدر الفعل الرباعي: (فَعَّدَ)، أصله الثلاثي (فَعَدَ)، والذي اشتقت منه أيضاً القاعدة، التي هي بمعنى الأصل والأساس، وجمعها: قواعد، وقواعد البيت: أساسه وأصوله (Ibn Manthor, 1994)، وهذا الفعل مشتق بواسطة القياس اللغوي من لفظ (القاعدة) ليدل على عملية إنشاء القاعدة وتركيبها وصياغة عناصرها (AIRokey, 1994)، أما النسبة إلى الفقه، فالمشهور في كتب أصول الفقه أن الفقه هو: (العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية) (Al-Asfahani, 1999)، ومع تركيب اللفظين فإن التقعيد الفقهي يعرف بأنه: (عمل علمي فقهي ينتهي بالفقيه إلى صياغة الفقه قواعدً وكليات، تضبط فروعهِ وجزئياته، فالقاعدة حكم كلي، والتقعيد هو إيجادها واستنباطها من مصادرها) (AIRokey, 1994)، وهذا ما قام به الفقهاء حين صاغوا قواعد العرف من خلال الاستنباط والنظر في نصوص الشريعة، والنظر كذلك في الفروع الفقهية ليتوصلوا مع النظر فيها إلى أمر كلي تجتمع تحته هذه الجزئيات، فقاعدة مثل: (العبرة بالغالب الشائع لا النادر) على سبيل المثال، تم تقعيدها بهذه الصياغة لضبط جملة كبيرة من الفروع المتناثرة، وفي أبواب مختلفة، تجتمع تحت معنى كلي نصت عليها الشريعة، ولاحظها المجتهدون في استنباطاتهم.

معنى العرف

تدور كلمة العرف في اللغة على معان منها: تتابع الشيء متصلاً ببعضه ببعض، ومنه: عُرفَ الفرس، وسمي بذلك لتتابع الشَّعر عليه، وتدل كذلك على السكون والطمأنينة، ومنه المعرفة والعرفان؛ لأنَّ من أنكر شيئاً توَحَّش منه (Ibn Faris, 1979).

أما في الاصطلاح فالحاصل من التعريفات الكثيرة المذكورة: أن العرف أمر اطمأنت إليه النفوس، وعرفته وألْفَتْه مستندة في ذلك إلى استحسان العقل، والذوق السليم في الجماعة، ويحصل هذا الاستقرار في النفوس والقبول في الطباع بالاستعمال المتكرر الصادر عن ميل ورغبة (Abu Sinna, 2016).



المبحث الأول: قاعدة استعمال الناس حجة يجب العمل بها:

وهي من القواعد التي تعبر عن حجية العرف، وجاء النص عليها في مجلة الأحكام العدلية في المادة (37) (Haidar Ali,2003)، وأشار إليها كذلك ابن رجب الحنبلي في قواعده (Ibn Rajab,2010) في القاعدة 121 و122.

المطلب الأول: شرح القاعدة:

لفظ الاستعمال في هذه القاعدة له معنيان:

المعنى الأول: الأمر المتكرر عند الناس، وهو بهذا المعنى يطابق معنى العادة، فيكون معنى الاستعمال حينئذ: عادات الناس القولية والعملية حجة ودليل يجب العمل بها (Al-Kurdi,2019).

المعنى الثاني: أنه نُقِلَ اللفظ عن موضعه الأصلي واستعماله في معناه المجازي شرعاً، مع غلبة استعماله فيه، وعلى هذا المعنى يكون معنى القاعدة: أن المرجع في تفسير ألفاظ الناس وعباراتهم هو استعمالهم لها حقيقة أو مجازاً، فإن كان أكثر استعمالهم للفظ في الحقيقة فيكون الحكم للحقيقة، وإن كان أكثر استعمالهم للفظ في المجاز فيكون الحكم للمجاز (Al-Dousary,2007).

المطلب الثاني: أدلة القاعدة:

أما أدلة هذه القاعدة فهي مبنية على تحديد أحد المعنيين السابقين، فإن كان المراد من الاستعمال هو المعنى الأول وهي العادة، كانت أدلة القاعدة هي نفس أدلة حجية العرف والعادة، أما إذا كان المعنى المراد هو الثاني وهو الاستعمال اللفظي، فيكون دليل القاعدة هو إجماع الناس على تحديد المعنى للفظ المستعمل، وهذا صارف للفظ من معناه الحقيقي إلى معناه المجازي.

المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة وأثرها في المعاملات:

من التطبيقات المرتبطة بمفهوم استعمال الناس، صفة الرّواج في العملة، والتي تجعل من الأوراق النقدية أو الفلوس من غير الذهب والفضة في حكم الأثمان، وهذا الرّواج أو ما يمكن التعبير عنه بالاصطلاح على الثمنية صورة من صور الاستعمال الذي يكون حجة بين الناس، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: (وأما الدرهم والدينار فما يعرف له حدّ طبيعي ولا شرعي، بل مرجعه إلى العادة والاصطلاح). (Ibn Taymeah,1995)

وهذا الرّواج والاستعمال ينطبق في العصر الحديث على ما يسمى بالعملات الافتراضية، وهي نقود مشفرة يتم إصدارها وتداولها عن طريق الشبكة، ولا تخضع لأي جهة حكومية، حصل لها مؤخراً قبول عالمي واستعمال



يتسع تدريجياً، وتداول على منصات إلكترونية خاصة، وصارت لها قيمة تضاهي قيمة الأموال (Abdulsalam,2018)، وعُرفت أيضاً بكونها: وحدة اعتبارية ليس لها وجود فيزيائي أو كيان مادي ملموس، ولا تصدر عن أي بنك أو هيئة نقد معينة، ولا تقترن بأي عملة نقدية محلية أو عالمية، ويمكن تحويلها وتخزينها إلكترونياً، وإصدارها يتم بواسطة حواسيب متطورة من خلال عمليات التعدين، ومن أشهر هذه العملات (البتكوين) (Bitcoin) وهي الأكثر تداولاً (Al-najjar,2019).

وما زالت العملات الافتراضية محل نقاش ودراسة، إلا أن القائمين بجواز استعمالها استندوا في تجويزها على تحقق معنى النقدية في العملات الافتراضية، وتحقيق القبول والاستعمال العام للعملة، فإذا كان تعريف النقد عند الفقهاء هو: (كل شيء يلقي قبولاً عاماً كوسيط للتبادل مهما كان ذلك الشيء وعلى أي حال يكون) (Ibn Munae,1984)، فهذا يؤكد على أن العملات الافتراضية مثلها مثل الأوراق النقدية أو الفلوس الرائجة التي تلحق بالأثمان من جهة كونها عملة رائجة من غير الذهب والفضة، بل تجاوزَ الرُجْحان في العملات الافتراضية الحدود الجغرافية، واعتمدتها شركات ضخمة، وصارت تستعمل في المطاعم والعقارات وخدمات الإنترنت، واعتمدت في أجهزة الصراف الآلي في عدد من الدول الأجنبية والعربية (Abdulsalam,2018)، فوظائف النقود منطبقة على العملات الافتراضية في نظر المبيحين لها من حيث كونها: وسيطاً للتبادل، فيحصل من خلالها عمليات البيع والشراء فهي معيارٌ للقيم والسلع، وهي كذلك مستودعٌ للثروة أو مخزن للقيمة، وقد نصَّ الفقهاء على أن الفلوس الرائجة توصف بالثمنية، قال السرخسي: (أما عندنا فالفلوس الرائجة بمنزلة الأثمان لاصطلاح الناس على كونها ثمناً للأشياء) (Al-sarakhasi,2000)، وقال الإمام مالك: (لو أن الناس أجازوا الجلود بينهم حتى يكون لها سكة وعين، لكرهتها أن تباع بالذهب والورق نظراً) (Al Imam Malik,1984)، وهذا لأنَّ الجلود صارت أثماناً بالاصطلاح، فأخذت حكم الربويات.

المبحث الثاني: قاعدة: (الأحكام المرتبة على العوائد، تتبع العوائد وتتغير عند تغييرها):

تعتبر هذه القاعدة من القواعد التي تُبرز لنا مظاهر التيسير ورفع الحرج في التشريع الإسلامي، وتبين مرونة الفقه الإسلامي وملائمته لكل زمان ومكان، وقدرته على استيعاب كل المستجدات، وقد أوردها القرافي في عدة مواضع من مصنفاته وبألفاظ مختلفة، فعبر عنها في كتابه الفروق بقوله: (الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت) (Al-Qarafi,2003)، وقد أشار ابن القيم إلى مضمون هذه القاعدة قائلاً: (فصل: في تغيير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد) (Ibn Alqaem,2013).

المطلب الأول: شرح القاعدة:

إنَّ الأحكام الشرعية المستندة على الأعراف والعادات تدور معها وجوداً وعدمياً، فإذا تغيرت الأعراف والعادات بتغير احتياجات الناس، وتغيّر نمط الحياة بتغير الزمان والمكان والأحوال، تتغير الأحكام الشرعية التي بُنيت



عليها، فتحلّ محلها أحكام جديدة مبنية على ما استجد من أعراف وعادات، دفعاً للحرج والضرر وتيسيراً على الناس (Majma Alfiqh al islami, 2013).

وعلى وجه التفصيل فإن العوائد المقصودة في سياق القاعدة هي العوائد التي لم يرد فيها شرعاً نفي ولا إثبات، وهي مما يتغير ويتبدل، ويمكن توضيحها من خلال الأقسام التالية:
أولاً: العوائد المتغيرة من حسن إلى قبح أو العكس، فتكون بعض العادات قبيحة في مكان وحسنة في مكان آخر، ككشف الرأس مثلاً (Al-Shatibi, 2009).

ثانياً: العوائد المتغيرة المتعلقة بتغير الألفاظ المستعملة للمعاني، فيصبح للمعنى عبارة أخرى تغلب على العبارة الأصلية المستعملة (Al-Hamawi, 1985).

ثالثاً: العوائد المتغيرة والمؤثرة في العقود والمعاملات، من ذلك أن الفقهاء أجمعوا على أن المعاملات التي أُطلق فيها الثمن تُحمل على غالب النقود، فإذا انتقلت العادة إلى غيره عيّنًا ما انتقلت العادة إليه ويُلغى الأوّل لانتقال العادة عنه (Al-Qarafi, 2009).

رابعاً: العوائد المتغيرة الخارجة عن المكلف، كالبلوغ، وسن الاحتلام المتغير في البيئات والأقاليم، وسنّ الحيض، وعادة النساء في ابتداء الحيض، وعدد الأيام المعتبرة للمعتادة إما بالعادة العامة أو قريبات المرأة (Al-Shatibi, 2009).

المطلب الثاني: أدلة القاعدة:

نقل القرافي في كتبه الثلاثة: الذخيرة، والفروق، والإحكام: الإجماع على إعمال هذه القاعدة، فقال في الذخيرة: (فإذا تغيرت تلك العوائد تغيرت تلك الأحكام إجماعاً) (Al-Qarafi, 2009)، وفي الفروق يقول القرافي: (وغير ذلك مما هو مبني على العوائد مما لا يحصى عدده، متى تغيرت فيه العادة تغير الحكم بإجماع المسلمين) (Al-Qarafi, 1994).

المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة وأثرها في المعاملات:

تموّل ما ليس له قيمة فيما مضى ثم أصبح مما يُتمول، فمالية الشيء متوقفة على إذن الشارع وحاجة الناس العرفية إلى تداوله، قال ابن نجيم الحنفي: (والمالية إنما تثبت بتموّل الناس كافة أو بتقوم البعض.. فما يكون مباح الانتفاع بدون تمول الناس لا يكون مالا كحبة حنطة، وما يكون مالا بين الناس ولا يكون مباح الانتفاع لا يكون متقومًا كالخمر) (Ibn Nujaim, nd).

وتفريعاً عمّا سبق تأصيله من تغير مفهوم التمول بتغير العوائد؛ فإن من أشهر صور التمول ملكية الحقوق المعنوية، أو ما يسمّى أيضاً بحقوق الملكية الفكرية، وحقيقتها: (اختصاص الإنسان الحاجز بنتاج فكره وإبداعه، اختصاصاً يحوّل له شرعاً الانتفاع به والتصرف فيه وحده ابتداءً إلا لمانع) (Al-Gamidi, 2008)، وموقف الفقه



الإسلامي من هذه الحقوق جعلها من جملة الأموال، لأن لها قيمة بين الناس، وجاز شرعاً الانتفاع بها، فإذا قام به الاختصاص تكون حقيقة الملك قد وجدت، ومن أشهر الأمثلة على الحقوق المعنوية ما يلي:

أولاً: العلامة التجارية، فقد أعطيت قيمة بسبب الجهود الذهنية والمالية والأوقات المبذولة، ويدخل تحت مصطلح العلامة التجارية ثلاثة أمور: الشعار التجاري الذي يكون عنواناً وهو ما يسمى بالماركة المسجلة، والاسم التجاري الذي أصبح عنواناً ونال الشهرة مع الزمن، والوصف الذي يتمتع به المحل من حيث الموقع والمكان (Al-Quradagi,2009).

ثانياً: الترخيص التجاري، وهو الحصول على موافقة الدولة باستيراد بضائع أو منتجات صناعية أو زراعية من الخارج، فهو إذن تمنحه جهة مختصة بإصداره لشخص طبيعي أو اعتباري للانتفاع بمقتضاه، فيبذل التاجر جهداً ووقتاً ومالاً للحصول على هذه الرخصة، ويحصل بها على صفة قانونية تحقق له تسهيلات من الحكومة، فيصبح للترخيص قيمة مالية في عرف التجارة (Al-Quradagi,2011).

ويُلحق بما سبق عقود الترخيص وهي عقود حديثة مستجدة يمكن تعريفها بأنها: (عقد معاوضة يمنح بموجبه صاحب الملكية الفكرية لطرف آخر حق استغلال الملكية الفكرية مدة معينة مقابل التزام الأخير بدفع مبلغ من المال بحسب الاتفاق) (Al-Amer,2013)، ويمكن توضيح هذا التعريف بمثال معاصر: ففي الصناعات الدوائية توجد شركات عالمية لها براءة اختراع في صناعة دواء معين، فتقوم هذه الشركات بإجراء عقد ترخيص مع شركة أخرى وفي بلد آخر ليقوم المرخص له بإنتاج الدواء وبيعه وتسويقه بالعلامة التجارية الخاصة بالمرخص، ويكتب عليها غالباً صنعت في دولة كذا بموجب ترخيص من الشركة الأصلية.

ثالثاً: الملكية الأدبية والفنية، أو الذهنية، أو حقوق التأليف ويشمل هذا: المصنفات المكتوبة في أي علم من العلوم، والتسجيلات الصوتية العلمية، وبرامج الحاسوب، وهذا الحق يعطي المؤلف الحق في الاحتفاظ بنتائج جهده الفكري، ونسبة هذا الجهد إليه، واحتجاز المنفعة المالية التي يمكن الحصول عليها من نشره وتعميمه (Baker,1988).

رابعاً: براءة الاختراع، وهو حق متعلق بالأعمال الصناعية، يمنح من جهة رسمية، ويترتب عليه حق استغلال المخترع لاختراعه واستغلال الورثة له بعد وفاته بمدة معينة تقدرها القوانين، ويترتب عليه كذلك حق المخترع في أن ينسب الاختراع إليه (Shubair,2007).

وقد صدر قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت 1409هـ، في موضوع الحقوق المعنوية، حيث قرر ما يلي: (الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف والاختراع أو الابتكار، هي حقوق خاصة لأصحابها، أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها) (Al-Jezani,2019).



المبحث الثالث: قاعدة: (العرف الخاص يؤثر كالعرف العام):

ينقسم العرف من حيث من يصدر عنه هذا العرف إلى قسمين: عرف عام، وعرف خاص، وقد صيغت هذه القاعدة لبيان أن للعرف الخاص تأثيراً كما للعرف العام، وقد أشار إلى هذه القاعدة عدد من العلماء، منهم: الزركشي في كتابه المنشور (Al-Zarkashi, 1985)، وتبعه في ذلك السيوطي في الأشباه والنظائر (Al-Suyutie, 2011).

المطلب الأول: شرح القاعدة:

المراد بالعرف العام: ما يكون فاشياً في جميع البلاد وبين جميع الناس، مثل بيوع المعاظة، وهي المبيعات التي تخلو من إيجاب وقبول لفظي (Al-Zuhaily, 1997)، والعرف الخاص: ما يكون مخصوصاً ببلد أو مكان دون آخر، أو بين فئة دون أخرى، وهذا العرف متجدد ومتنوع؛ لأن مصالح الناس وتسهيل احتياجاتهم متجدد، مثل تعارف أهل بلد كمصر والعراق على عرف يخصهم، وكتعارف أرباب الحرف والصناعات على أمور لا توجد عند غيرهم (Majma Alfiqh al islami, 2013)، ويترتب على هذه القاعدة إلحاق العرف الخاص بالعرف العام من حيث التأثير والمرجعية، ويكون هذا الإعمال خاصاً بأهل هذا العرف الخاص، فلا يتعدى هذا العرف إلى غيره من الأماكن والبلدان والفئات، يقول القرافي: (لو خرجنا نحن من ذلك البلد إلى بلد آخر عوائدهم على خلاف عادة البلد الذي كنا فيه، أفتيناهم بعادة بلدهم، ولم نعتبر عادة البلد الذي كنا فيه، وكذلك إذا قدم علينا أحد من بلد عادته مضادة للبلد الذي نحن فيه لم نُفتته إلا بعادة بلده دون عادة بلدنا) (Al-Qarafi, 2009).

وقد ذكر السيوطي أنه لو جرى عرف الناس بأن يحفظوا زرعهم ليلاً ومواشيهم نهاراً، ففي اعتبار هذا العرف الخاص وجعله في منزلة العرف العام وجهان أصحهما اعتبار العرف الخاص. (Al-Suyutie, 2011).

المطلب الثاني: أدلة القاعدة:

جميع الأدلة التي تم الاستدلال بها في بيان حجية العرف واعتباره تصلح دليلاً لهذه القاعدة، فالاحتجاج بالعرف عامٌ يشمل الأعراف الخاصة والعامة، وإفراد العرف الخاص بالذكر هو لبيان نوع من أنواع العرف الذي يتمثل في واقع الناس، وهو بحاجة إلى حكم يبيّن مدى حجيته واعتباره.

المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة وأثرها في المعاملات:

من الأعراف الخاصة المعتمدة والتي قيل بها بناء على حجية العرف الخاص مسألة بدل الخلو، وهو: (مبلغ من المال يدفعه الشخص نظير تنازل المنتفع بعقار-أرض أو دار أو محل أو حانوت- عن حقه في الانتفاع به) (Wahba, 1988)، وقد بيّن ابن نجيم الحنفي ارتباط مسألة بدل الخلو بحجية العرف الخاص فقال بعد أن بيّن أن معتمد المذهب الحنفي عدم اعتبار العرف الخاص: (ولكن أفتى كثير من المشايخ باعتباره؛ فأقول على اعتباره: ينبغي أن يُفتى بأن ما يقع في بعض أسواق القاهرة من خلّو الحوانيت لآزم، ويصير الخلوّ في الحانوت حقاً له؛ فلا يملك



صاحب الحانوت إخراجها منها ولا إجارته لغيره، ولو كانت وقفاً (Ibn-Nujaim,1999) ، ويمكن تقسيم بدل الخلو إلى ثلاث حالات (Al-Ashqar,1988):

الأولى: أن يأخذ المالك بدل الخلو من المستأجر، ولا يمكن المالك المستأجر من وضع يده على العقار إلا بعد الحصول على البديل، وهو عرف جار في كثير من البلدان في إجارة الحوانيت المعدة للتجارة أو الصناعة.

الثانية: أن يأخذ المستأجر بدل الخلو من المالك، ومن صور ذلك: أن يكون المستأجر لا يزال في مدة التعاقد فله أن يتمسك بالعقد ويرفض إخلاء المكان إلا ببذل يرضاه يأخذه من المالك، لأن ذلك البذل هو في الحقيقة ثمن بيع باقي المدة المتفق عليها.

الثالثة: أن يأخذ المستأجر بدل الخلو من مستأجر لاحق، لأن المستأجر الأول قد ملك منفعة الخلو بطريقة شرعية، فله أن يبيعه لغيره بما شاء من المال ما دام شيء من مدة الخلو باقياً.

وقد جاء نص قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته الرابعة سنة 1988م على جواز بدل الخلو في الحالات المذكورة آنفاً (Majalla Almqima Alfiqhi,1988).

المبحث الرابع: قاعدة: (العبرة للغالب الشائع لا للنادر):

تتعلق هذه القاعدة بقاعدة: (إنما تعتبر العادة إذا اطرّدت) من جهة التأكيد على معنى الاطرّاد أو الغلبة، وهي إحدى شروط اعتبار العرف، وقد نص على هذه القاعدة عدد من علماء أولهم أبو الحسن الكرخي الحنفي في رسالته التي تعتبر أقدم المصادر في القواعد الفقهية، ونصّها في كتابه: (الأصل أن السؤال أو الخطاب يمضي على ما عمّ وغلب لا على ما شدّ وندر) (Al-Karkhi,1994) ، ونصّ عليها في مجلة الأحكام العدلية في المادة (42) (Haidar,2003).

المطلب الأول: شرح القاعدة:

يمكن تعريف الغالب في الاصطلاح بأنه: الأكثر أو الأظهر حسناً أو معنى (Jubari,2016) ، والمراد بالشائع: ما يصبح معلوماً بين الناس وذائعاً (Haidar,2003) ، والنادر: ما شدّ وخرج عن الجمهور (Ibn manthor,1994) ، فالمتحصّل من ألفاظ القاعدة على هذا المعنى أن المعتدّ به هو: (العمل بما شاع وانتشر وكثر وكان سلوكاً للجمهور الغفير، ولا يؤثر في ذلك القليل الخارج عن العمل) (Al-Bahussain,2010).

والمعنى الثاني للغلبة واعتبارها: كونها وسيلة من وسائل ضبط الأحكام في الأحوال التي تحتاج إلى ترجيح وحكم نهائي، أو عند تضارب النّسب والمقادير مع تعذر التمييز، ففي مجال الزكاة مثلاً يرحّج القائلون بسقوط الزكاة عن الذهب المستعمل هذا القول تعليلاً لجانب الثّنية على جانب الادّخار (Al Rasoni,2010).



المطلب الثاني: أدلة القاعدة:

من خلال تتبع الأحكام الشرعية في الأبواب الفقهية المختلفة يجد الباحث أن اعتبار الغالب وتقديمه على النادر يصلح أن يكون أصلاً من أصول الشريعة، فهي من خصائص التشريع الإسلامي، يقول القراني: (اعلم أن الأصل اعتبار الغالب وتقديمه على النادر، وهو شأن الشريعة، كما يقدم الغالب في طهارة المياه، وعقود المسلمين، ويقصر في السفر ويفطر بناء على غالب الحال وهو المشقة، ويمنع شهادة الأعداء والخصوم لأن الغالب منهم الحيف، وهو كثير في الشريعة لا يحصى كثرة) (Al-Qarafi, 2003)، ومن جملة الأدلة المفصلة التي يمكن ذكرها للاستدلال على هذه القاعدة قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾ (البقرة: 219)، ودلالة هذه الآية على الأخذ بالغالب واعتباره واضحة، فالإثم الكبير الذي في شرب الخمر من حيث السكر، وإضاعة الصلوات، وفساد العقل، والعداوة، والمشاقمة، أكبر من منفعة الشرب باللذة والفرح والتجارة بها، ودالاتها على القاعدة هو في تغليب مفسد شرب الخمر الكثيرة، على مصالحه النادرة والقليلة، واعتبار هذا الغالب في الحكم (Ibn Aljawzi, 2003).

المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة وأثرها في المعاملات:

التطبيق الأول: تجويز المساهمة في الشركات التي تمارس نشاطاً حلالاً مع وجود بعض التعاملات المحرمة اليسيرة والنادرة، إذا كان المخاطب المحرم يسيراً تابعاً، وذهب إليه بعض العلماء المعاصرين: كالشيخ عبدالله بن منيع (Ibn Munae, 1996)، والدكتور علي القره داغي (Alquradagi, 2003)، واستدلوا بقاعدة: (للاكثر حكم الكل)، وهي من القواعد المعبرة عن قاعدة: (العبرة بالغالب الشائع لا النادر)، ووجه الدلالة من القاعدة: أن غلبة الحلال في الأسهم المختلطة على الأموال المحرمة القليلة يعطي الغالب الحلال حكم الكل، فيصبح حكم الأسهم حكم الحلال الغالب دون اعتبار لليسير المحرم.

التطبيق الثاني: القول بتحريم المساهمة في شركات الصكوك ونحوها من الشركات المساهمة إذا كان الغالب على المستثمرين قصد الجوائز، والدخول في السحوبات الشهرية والسنوية للحصول على المبالغ الضخمة منها، مع عدم التفاهم إلى المقصد الأساسي من هذه الصكوك وهي الأرباح المستثمرة منها، أو قصدتها بشكل تبعية وليس أصلياً لكونها يسيرة، فهذه المقاصد ونحوها تغير صورة المساهمة إلى صورة من صور اليانصيب والمقامرة، خصوصاً إذا كانت شركة الصكوك يغلب عليها الترويج المستمر لشراء الصكوك عن طريق برامج المكافآت كالسحوبات على السيارات أو المكافآت النقدية، فيغفل المستثمرون تماماً عن هدف الربح الناتج عن الصكوك، وسبب وصفها بالمقامرة هو أن مبلغ المساهمة المدفوع لشراء الصكوك مقدم بهدف الدخل في السحوبات والمكافآت النقدية، وهذا يجعل المستثمر دائراً في حالته هذه بين العُثم والغرم، فقد يربح المكافأة وينال مقصوده، وقد لا يربح شيئاً منها.



ومن أبرز الأمثلة على هذا النوع من الصكوك، الصكوك الوطنية الإماراتية، وهي عبارة عن شهادات استثمار (مضاربة)، تتولى شركة الصكوك الوطنية حيازتها واستثمارها وإدارتها بصفتها المضارب، وفي نفس الوقت هذه الصكوك مؤهلة لدخول السحوبات فور قبول الطلب الخاص بالصكوك، والحد الأدنى للصكوك المشتراة هي عشرة صكوك، وسعر الصك الواحد عشرة دراهم إماراتية (Al-Skouk Alwatania, 2010)، وقد أفتى بعض المعاصرين بتحريم المشاركة في هذه الصكوك تحديداً لأنها معاوضة نقد بنقد مع التفاضل و التأخير والجهالة، فيدخلها الربا والميسر، ثم الغالب على الشركة إعلانات جوائز السحب كما يظهر ذلك بوضوح على الموقع الرسمي، وتشجيع الجمهور على الاشتراك طمعاً في الجوائز وليس في الأرباح الاستثمارية (Sami Alsuwailm, 2011).

المبحث الخامس: قاعدة: (كل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر):

تعبّر هذه القاعدة عن شرط من شروط الاحتجاج بالعرف، وهو شرط عدم مصادمة العرف للنص، وممن نص عليه الإمام السرخسي في كتابه المبسوط بقوله: (العرف إنما يعتبر فيما لا نصّ بخلافه) (Alsarkhasi, 1986)، ونصّ عليه من المالكية الونشريسي بقوله: (ولا يعتبر بما جرت به العادة إن كانت مخالفة لعادة الشرع) (Al-Wansharisi, 1981)، وهذه القاعدة من القواعد المتفق عليها في الجملة بين جميع الفقهاء الذين يحتجون بالعرف (Majma Al fiqhi Al Islamy, 2013).

المطلب الأول: شرح القاعدة:

المراد بالنص في القاعدة: نصوص الكتاب والسنة، ويُلاحق بها الإجماع وأي أصل شرعي قطعي، فلا عبرة بالعرف في حال تعطيلها للنصوص، ومصادمتها للإجماعات وقواعد الشريعة وأصولها المتفق عليها، وحتى تتضح معالم القاعدة لابد من تفصيل العلاقة بين العرف والشرع، وتحديد الأحوال التي يكون العرف فيها مصادماً للنص، والأحوال التي يُجمع فيها بين النص والعرف، وعليه فالعلاقة بينهما إجمالاً على عدة أحوال:

الحالة الأولى: إذا تعارض العرف مع نص شرعي خاص من كتاب أو سنة فتكون المعارضة حينها للشرع من كل وجه، كسائر المحرمات الشرعية المنتشرة في هذه الأزمنة من شرب الخمر والسماح ببيعها، والتعامل بالربا والقضاء به في المحاكم الوضعية (Al-Khayat, 1977).

الحالة الثانية: إذا تعارض العرف مع نص شرعي في بعض وجوهه، فكان النص عاماً شاملاً للأمر الذي يجري فيه العرف، وجاء العرف الذي هو فردٌ من أفراد هذا العموم مخالفاً لهذا العموم، فهنا ننظر إلى نوع هذا العرف: فإن كان عرفاً لفظياً فإنه معتبر، فينزل النص العام على المعنى العرفي، مثاله: لفظ البيع والشراء والصيام والصلاة والحج وغيرها من الألفاظ الواردة في النصوص الشرعية، تُحمل على المعنى العرفي وإن اختلفت المعاني الوضعية اللغوية، وهذا متفق عليه بين الأصوليين (Ameer Badshah, 1996)، وإن كان العرف عملياً صار مخصّصاً للنص الشرعي



العام كما هو مذهب الحنفية (Ameer Haj, 1983)، مثاله: جواز عقد الاستصناع بالعرف العام المخصّص لعموم النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان (Aladin Albukari, 1997).

الحالة الثالثة: إذا كان النص حين نزوله مبنياً على عرف قائم ومعللاً به، فيدور حكمه مع العرف، مثاله: المقياس في الأموال الربوية، فالأصل أن الأجناس الربوية المتماثلة كبيع القمح بالقمح مثلاً لا تجوز الزيادة في أحدهما، فإذا اختلفت الأجناس جاز التفاضل كالقمح مع الشعير، لكن في حال تغير المقياس في العرف بأن أصبح المكييل يقاس بالوزن فإن أبا يوسف صاحب أبي حنيفة يرى بأن المقياس يتبدل بتبدل العرف، وعليه فلا يكون اعتبار العرف هنا رداً للنص (Alaine, 2000).

المطلب الثاني: أدلة القاعدة:

1. الآيات التي ذمّت تمسك المشركين بما كان عليه الآباء والأجداد من عادات واعتقادات فاسدة، ومنه قول الله تعالى: ﴿بَلْ قَالُوا إِنَّا وَجَدْنَا آبَاءَنَا عَلَىٰ أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَىٰ آثَارِهِم مُّهْتَدُونَ﴾ (الزخرف: 22).
2. حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو ردّ) (Imam Muslem, 2007)، فإذا كانت الأعمال الشرعية تُردُّ لكونها على غير أمر النبي صلى الله عليه وسلم من حيث متابعتها سنّته، فمن باب أولى الأعراف والعادات التي وضعها البشر وفقاً لهواهم وهي معارضة للنصوص. 3. النص هو الذي أعطى العرف قوّته، كما في الحديث الموقوف على ابن مسعود-رضي الله عنه- (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن) (Ahmed Ibn Hanbal, 2010)، فكيف يقدم العرف عليه.

المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة وأثرها في المعاملات:

حصل عند جمهور كبير من الناس إقبالٌ واسع جداً على الشراء من الإنترنت، وخصوصاً في زمن الوباء الذي نعيشه، فقد زاد هذا الإقبال، وتيسرت سبله، وتنوعت منصّاته على الشبكة، فصار الشراء من الإنترنت سمةً غالبيةً على جميع البلاد، ولا شك أن عامة الناس يتعاملون مع هذه المواقع والتطبيقات بصورة مستمرة ومعتادة، ومن غير انتباه لحقيقة كثير من المعاملات التي تشملها، وأصبحت هذه المعاملات على الإنترنت عادةً وعرفاً لا ينفكّون عنها بسبب عموم البلوى بها، ومن جملة هذه المعاملات التي كثرت التعامل بها: شراء الذهب من خلال منصّات البيع الإلكترونيّة، سواء أكان الذهب سبيكة أم حليّاً للزينة، وبالتأمل في طبيعة هذه المعاملة يجد الباحث بأن اعتماد الناس شراء الذهب من الإنترنت بالطريقة المنتشرة اليوم لا يخلو من محذور شرعي كالربا بنوعيه النسبيّة والفضل، فشراء الذهب من الإنترنت لا يخلو من أحوال:



الحالة الأولى: أن يكون الشراء بالنقد المؤجل عند وصول الذهب إلى المنزل، وهذا من الربا الصريح؛ لأنه يبيع لأجناس ربوية متماثلة في صفة الثمنية وبدون تقابض في المجلس، فكلا الثمن والمثمن يشتركان في علة الثمنية، فهو كبيع الذهب بالذهب نسيئة، وهذا مخالف للنص الصريح الذي يحرم بيع الذهب بالذهب بلا تقابض، وهو قوله صلى الله عليه وسلم: (الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواء بسواء، يدا بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يدا بيد) (Imam Muslim, 2007)، ومنع بيع الذهب بالذهب نسيئة متفق عليه عند الفقهاء (Ibn Hazm, 1998).

الحالة الثانية: شراء الذهب عن طريق البطاقات الائتمانية، والمقصود تحديداً هنا البطاقات الائتمانية غير المغطاة، وهي التي يكون الدفع فيها من حساب المصدر ثم يعود على حامل البطاقة في مواعيد دورية، وفي هذا النوع من الشراء يحصل التأجيل للثمن والمثمن، فالذهب يتأخر المشتري في قبضه، والثمن يتأخر البائع في قبضه أيضاً؛ لأن الشراء بالبطاقة الائتمانية هو في حقيقته اقتراض من البنك، فالبنك هو الذي يسدد للتاجر ثم يقوم المشتري بسداد ما عليه من قيمة المشتريات في نهاية الشهر، فيحصل بهذا تأجيل في سداد الثمن، لذلك جاء قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بتحريم شراء الذهب والفضة والعملات النقدية بالبطاقة غير المغطاة (Majma Al fiqhi Al Islami, 2000).

الحالة الثالثة: شراء الذهب الذي دخلته الصنعة (الحلي) بالأجل، إما بالنقد المؤجل أو بالبطاقة الائتمانية كما سبق، وغرض المشتري الانتفاع بالحلي كما هو حال أكثر النساء، أو حاجة الشركات المختصة ببيع الحلي إلى بيعه بالأجل، فهذه البيوع كثر وانتشرت واعتمد عليها الناس في هذه الأزمنة، وخصوصاً شراء أنواع الحلي من منصّات البيع الإلكترونية، وهذا العرف مخالف للنص الصريح المحرم لبيع الذهب بالذهب نسيئة كما سبق ذكره، فبيع حلي الذهب بالنقد الذي له حكم الذهب هو من بيع الذهب بالذهب، وتأجيل أحدهما في القبض من ربا النسيئة، وهو الحاصل في بيع الحلي بأجل، فالذهب الذي يُمنع فيه الربا هو الذهب المصوغ وغير المصوغ كالسبائك ونحوها، والنصوص لم تفرّق بين المصوغ وغيره، قال القاضي عياض: (الحديث عام في جميع أجناسها من مشكول، ومصنوع، وتبر، وجيد، وردي، ولا خلاف في هذا) (Alqadi Eyadh, 1998)، والنص الصريح الوارد في هذه المسألة هو حديث فضالة بن عبيد-رضي الله عنه- حينما اشترى قلادة بائني عشر ديناراً فيها ذهب وخرز، ففصلها فوجد فيها أكثر من اثني عشر ديناراً، فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال له: (لا تباع حتى تُفصل) (Imam Muslim, 2007)، والشاهد من النص: أمر النبي صلى الله عليه وسلم بفصل القلادة حتى تتماثل الأموال الربوية ويتساوى الذهب مع الذهب.



المبحث السادس: قاعدة: (لا عبرة بالعرف الطارئ):

تعبر هذه القاعدة عن شرط من شروط الاحتجاج بالعرف، وهو شرط اقتران العرف وقت التصرف، وقد نصّ على هذه القاعدة عدد من العلماء، كابن نجيم الحنفي (Ibn Nujaim, 1999)، والسيوطي في الأشباه والنظائر (Al-Suyuti, 2011)، وجاء التعبير عنها بمُجمل مختلفة، منها ما ذكره الزركشي في المنشور (Al-Zarkhashi, 1985): (العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن أو السابق).

المطلب الأول: شرح القاعدة:

تفيد هذه القاعدة اشتراط كون العرف مقترناً للعمل المصاحب له، وسابقاً لوجوده، فيجب أن يكون العرف الذي يُحمّل عليه التصرف قائماً وقت إنشاء التصرف، فيسبق العرف التصرف، ثم يستمر إلى زمان التصرف فيقارنه، سواء أكان العرف قولاً أم فعلاً، ويخرج بهذا الشرط أمران:

الأول: العرف الطارئ الذي يحدث بعد التصرف، فلو تعارف الناس على مفاهيم محددة لألفاظ متداولة في الأوقاف والوصايا، فلا عبرة للأعراف الحادثة في تفسير هذه التصرفات بل تُحمّل على العرف الأول، فلو تغير عرف الناس في تحديد ما يكون عيباً في المبيع، أو ما يدخل في المبيع تبعاً للمبيع، فلا يسري العرف الحادث على التصرفات السابقة ولا يُبدل منها شيء، بل تخضع التصرفات الجديدة له فقط (Al-Zarqa, 2012).

الثاني: إذا كان العرف سابقاً على التصرف وتغيّر العرف قبل إنشاء التصرف، فلا يحمل التصرف على العرف السابق بل يحمل على اللاحق؛ لأن السابق تغير وانقرض، وجاء التصرف في حال قيام العرف الجديد، فالعقود التي تنشأ بعد العرف الطارئ الجديد وتذكر فيها الأثمان فإنها تحمل على النقود القائمة وقت العقد (Abu Sinna, 2016).

المطلب الثاني: أدلة القاعدة:

ودليل هذه القاعدة تعليل، فالمقصود من اللفظ دلالة على المراد، فالوصول إلى المعنى هو المقصود الحقيقي، ولا يمكن إدراك المقصود إلا بحمل كلام المتكلم على العرف الموجود عند التلفظ، وإلزام الناس بعرف غير قائم وقت التصرف إلزام بما لا يلزم (Awad, 1969).

المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة وأثرها في المعاملات:

تظهر آثار هذه القاعدة على جملة من التطبيقات الفقهية في أبواب المعاملات، ولعل أشهر هذه التطبيقات، وأكثرها أهمية، الأحكام المترتبة على تغير حال العملة، فمن جملة الظواهر الاقتصادية التي يمكن ربطها بالقاعدة ما



يسمى بالتضخم النقدي، وهي: مشكلة اقتصادية تتمثل في انخفاض القوة الشرائية للنقود مع غلاء الأسعار، سببها الرئيسي الزيادة الملموسة في كمية النقود (Al-Mosleh,2007).

وللتضخم آثار اقتصادية كثيرة من أبرزها ما يترتب على انخفاض قيمة العملة وتغيّرها من تغيير في قيمة السداد في القروض والبيوع المؤجلة، فلا يتساوى المدفوع في بداية العقد مع المدفوع لاحقاً وقت السداد، وفي حقيقة الأمر يكون العاقدان بين عرف سابق في قيمة العملة، وعرف لاحق طارئ، هذه التغيرات في قيمة العملة الورقية ترتبط ارتباطاً وثيقاً بقضايا الديون والقروض وسدادها، فلو اقترض شخص مبلغاً معيناً من آخر، أو اشترى بثمن مؤجل، ثم بعد زمن طويل حصل انخفاض أو ارتفاع في قيمة هذه العملة بسبب التضخم أو الانكماش، أو حتى في بعض الأحيان قيام بعض الحكومات بهذا الخفض، أو من أجل العرض والطلب، فما هو المعتبر وقت السداد؟ هنا حصل الخلاف بين الفقهاء، وحتى لا يخرج البحث عن هدفه فإن القول الذي يتخّرج على قاعدة: (لا عبرة في العرف الطارئ) هو ما ذهب إليه الحنفية في قول أبي حنيفة خلافاً لأبي يوسف والمفتي به (Ibn Abden,1992)، والمالكية في المشهور (Al-Httab,1992)، والشافعية (AlNawawi,1991)، والحنابلة (AIR uhaibani,1994)، من أن الواجب على المدين هو نفس النقد المحدد في العقد والثابت في الذمة دون زيادة أو نقصان، وليس للدائن سواء، وهذا القول كما هو ظاهر يلغي اعتبار هذا العرف الطارئ الذي حصل به غلاء أو رخص في النقود، ويقتصر على العرف الأول الذي حصل وقت قيام الدين، فيبني السداد على القيمة التي كانت عليها وقت حصول التعامل دون التفات إلى العرف الطارئ، وفي بيان وجه هذا القول يقول ابن قدامة: (وأما رخص السعر فلا يمنع ردها سواء كان كثيراً مثل إن كانت عشرة بدائق فصارت عشرين بدائق، أو قليلاً؛ لأنه لم يحدث فيها شيء، إنما تغير السعر فأشبهه الحنطة إذا رخصت أو غلت) (Ibn Qudama,2005).

المبحث السابع: قاعدة: (الحقيقة تترك بدلالة العادة):

تتفرع هذه القاعدة عن القاعدة الكلية: (العادة محكمة) من جهة تعلقها بقسم من أقسام العرف وهو العرف القولي، وتندرج تحت مسألة تعارض اللغة مع العرف اللفظي، وقد نصّ على هذه القاعدة ابن نجيم في الأشباه والنظائر (Ibn Nujaim,1999)، وهي نصّ المادة (40) من مجلة الأحكام العدلية (Haidar,2003).

المطلب الأول: شرح القاعدة:

معنى هذه القاعدة إجمالاً: أنّ دلالة اللفظ الحقيقية تُترك ولا تُعتبر إذا دلّ العرف والعادة على استعمال هذه اللفظة استعمالاً مغايراً لمعناها الحقيقي، فيبني الحكم على المعنى الذي دل عليه العرف والعادة (Al-Gizzi,2002)، وتفصيلاً فالمراد بالحقيقة: اللفظ المستعمل فيما وضع له أولاً (Al-Amedi,2003)، وتنقسم الحقيقة إلى ثلاثة أقسام (Al-Asfahani,1986):



الأول: الحقيقة اللغوية: وهو اللفظ المستعمل فيما وضع له لغة، كلفظ الدابة لكل ما دبّ على الأرض.

الثاني: الحقيقة الشرعية: وهي الألفاظ التي وضعها الشارع للدلالة على معانٍ خاصة، كالصلاة، والزكاة، والصوم والحج.

الثالث: الحقيقة العرفية: وهي الألفاظ التي غلب استعمالها في غير معناها اللغوي، وتكون الحقيقة العرفية عامةً كما في لفظ (الدابة)، فالعرف خصصها في ذوات الأربع، وتكون الحقيقة العرفية خاصةً كما في الاصطلاحات الخاصة عند النحاة كقولهم: مرفوع، ومنصوب.

والأصل في الكلام حملُه على الحقيقة (Alrazi,1997)، فيجب استعمال كلِّ لفظ في معناه الحقيقي عند عدم القرينة الصارفة، لكن قد يترك هذا المعنى الحقيقي بسبب العرف، فيتعارف الناس على خلافه، فيكون العرف حينئذ قرينة صارفة عن إرادة المعنى الحقيقي، والأسباب التي تصرف عن المعنى الحقيقي إما أن يكون بسبب التعذر، كأن يحلف ألا يأكل من الشجرة وهي مما لا يؤكل عينها فهذا متعذر حسناً، وإما أن يكون بسبب هجر استعمال اللفظ في معناه الحقيقي في عرف الناس كمن يحلف ألا يضع قدمه في بيت فلان، فهو محمول على الدخول لا وضع القدم (Alatasi,nd).

المطلب الثاني: أدلة القاعدة:

تعتمد هذه القاعدة على تعليلين:

التعليل الأول: أن الأحكام تؤخذ من دلالة الألفاظ لأنها تكشف عن مراد المتكلم، فإذا اعتاد الناس على معنى آخر لا يدل عليه اللفظ وكان يكشف عن مراد المتكلم وجب تقديمه على المعنى اللغوي (Al-Shashi,2002).

التعليل الثاني: اعتياد الناس وتعارفهم على استعمال اللفظ في معنى من المعاني يجعل منه حقيقة؛ لأنه هو المتبادر في الاستعمال، وصار المعنى اللغوي بالنسبة له مجازاً (Al-Zarqa,2000).

المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة وأثرها في المعاملات:

التطبيق الأول: في الزمن المعاصر يغلب على الناس بيع المعاطاة، ومن صورها أن يتلفظ أحدهما بالإيجاب ويقبله الثاني بالفعل، كأن يقول البائع: (خذ هذا بدرهم)، فيأخذه المشتري مع السكوت، أو يقول المشتري: (أعطني بهذا المبلغ خبزاً)، فيعطيه البائع ما يرضيه والمشتري ساكت، أو يقول المشتري: (بكم تبيع الخبز؟) فيقول البائع: (كذا بدرهم) (AlBahouti,2000)، والأمثلة المعاصرة تختلف باختلاف البلاد واللغات.



ويُضاف إلى صور المعاطاة المعاصرة والتي تُترك فيها الحقيقة بدلالة العادة، المعاطاة التي ينتفي فيها الإيجاب والقبول اللفظي من الطرفين، ومن أشهر صورها في هذه الأزمنة الشراء من المكائن والأجهزة الإلكترونية من خلال وضع النقود فيها، للحصول على الأغذية أو الأشرطة أو أي نوع من أنواع البضاعة من دون تعامل شخصي أو تلقّظ، وتكون السلعة في بعض الأحيان موجودة ومرئية خلف الزجاج، وغالباً ما تكون من المعلّبات المعروفة، وأحياناً تكون موصوفة أو مرسومة على الأزرار كأنواع الشاي والقهوة، والذي يتعلق بالقاعدة جانب الصيغة، فالبيع الحاصل خالٍ من أي صيغة لفظية، والذي يُنشئه هو دلالة العرف بأنّ وضع المبلغ في المكان المحدّد ثم استلام السلعة من الفتحة المخصصة يقوم مقام الصيغة، وقد نصّ على أصل هذه الصورة المعاصرة الفقهاء من الحنابلة حين جوّزوا للمشتري أن يضع الثمن ويأخذ المثلث بعد ذلك من غير إيجاب أو قبول، حتى لو كان مالك السلعة غائباً كما هو الحال في الصورة المعاصرة التي ذكرناها، مع اشتراطهم أن يكون هذا في اليسير من المبيعات، قال الرحيباني الحنبلي: (أو وضعَ مشتري ثمنه المعلوم لمثله عادة، وأخذه؛ أي: الموضوعُ ثمنه، عقّبه؛ أي: عقب وضع ثمنه من غير لفظ لواحد منهما، وقال في المبدع: ظاهره الصحة، ولو لم يكن المالك حاضراً؛ للعرف، ويتجه صحة هذا، أي: وضع الثمن وأخذ المثلث في غيبة المالك في مبيع يسير عرفاً، كحزم البقل ونحوها، مما هو معلوم ثمنه) (AIRuhaibani, 1994).

التطبيق الثاني: من جملة المعاملات التي تنطبق على قاعدة (الحقيقة تترك بدلالة العادة) بعض صور بيوع الاسترجار، وهي من البيوع التي استحدثها الناس للحاجة إليها، وحقيقتها: أخذ الحوائج من البائع شيئاً فشيئاً مع تأجيل دفع الثمن (Al-Haskafi, 2002)، وترتبط هذه المعاملة ارتباطاً وثيقاً ببيع المعاطاة المذكور سابقاً من حيث الاستغناء عن لفظ الإيجاب والقبول والاعتماد على العرف في عقد البيع، ومن صور هذه المعاملة:

أولاً: أن يتفق المشتري مع البائع على استلام البائع على دفعات، ثم دفع ثمنها بعد استلام جميع السلع، وفي كل مرة يأخذ المشتري السلعة لا يجري بينهما أي صيغة إيجاب أو قبول، فيكتفيان بدلالة العادة، من ذلك مثلاً: أن يتفق المشتري مع البائع على أن يأخذ منه كل يوم خبزاً بدرهم، ثم يحاسبه بعد مدة محددة، فيكون التعامل بينهما خالياً من الصيغ اللفظية خلال مدة أخذ الخبز، ويكون البيع حينئذ من المعاطاة، وينعقد البيع بدلالة العادة دون اعتبار للألفاظ وحقائقها، وهذه الصورة في بيع الاسترجار نصّ عليها الإمام أحمد كما في مسائل أبي داود عنه حيث قال: سمعت أحمد سئل عن الرجل يبعث إلى البقال فيأخذ منه الشيء بعد الشيء، ثم يحاسبه بعد ذلك؟ قال: (أرجو أن لا يكون بذلك بأس، قيل: يكون البيع ساعتئذ؟ قال: لا) (Abu Dawoud, 1999).

ومن الصور المعاصرة لهذه المعاملة دفع الفواتير الشهرية لخدمات الكهرباء والمياه، فالعميل يستهلك الطاقة الكهربائية أو الجالونات المائية شيئاً فشيئاً، وفقاً لتسعيرة محددة ومعلومة، وفي نهاية الشهر يجتمع المبلغ المطلوب ليدفعه، فكل دفعة من دفعات الطاقة الكهربائية أو الجالونات لها سعر محدد، وفي فترة الاستهلاك ينعقد البيع لكل دفعة من غير إيجاب أو قبول، بل بدلالة العادة، ومثل الكهرباء في ذلك فواتير الهاتف، وفواتير الإنترنت.



ثانياً: وفي صورة أخرى لبيع الاستجرار يتفق البائع والمشتري على أن المشتري يأخذ السلعة يومياً وبسعر السوق يوم أخذ السلعة، فلا يحدّدون سعراً معيّناً، بل تتم المحاسبة بشكل دوري على أساس سعر السوق للسلعة وقت الأخذ-(Al-Ashqar,nd)، وقال بهذه الصورة الحنابلة، يقول البهوتي عن هذه الصورة: (وهذا العقد جارٍ مجرى الفاسد لكونه لم يعيّن فيه الثمن، لكنّه صحيح إقامةً للعرف مقام النطق)(Al-bahouti,2000)، وفي كلام البهوتي ربط واضح بقاعدة: (تترك الحقيقة بدلالة العادة)، فالحقيقة التي يحصل بها الإيجاب والقبول ويحصل بها تحديد الثمن تُركت ليحل محلها العرف. ومن التطبيقات المعاصرة لهذه الصورة: شراء الصحف اليومية أو غيرها من السلع الاستهلاكية والتموينية والتي يضعها البائع أمام المنازل، ويكون لها سعر منضبط لا يتفاوت، فينعقد البيع على أساس سعر السوق، وفي نهاية الشهر يتم دفع الحساب، ويتم التعاقد فترة استلام السلعة بدلالة العادة، بدون إيجاب أو قبول، فتترك الحقيقة بدلالة العادة.

ثالثاً: أن يدفع المشتري مبلغاً مقدماً ثم يأخذ السلع على فترات، ويحاسب المشتري بعد استلام السلع في نهاية الشهر أو السنة، فيكون المبلغ كالقرض عند البائع إلى أن يقع البيع عند استلام السلعة، حينئذ يتم مقاصة القرض بثمن المبيع، وقد نص عليها الإمام مالك بقوله: (ولا بأس بأن يضع الرجل عند الرجل درهماً ثم يأخذ منه بثلث أو ربع أو بكسر منه معلوم سلعة معلومة)(Imam Malik,1985)، وهو قول الحنابلة أيضاً، ويجعلونه من صور السلم، يقول الزركشي: (وإذا أسلم في شيء واحد على أن يقبضه في أوقات متفرقة أجزاء معلومة فجائز، مثل أن يسلم إليه عشرة دراهم في قنطار خبز، يأخذ منه كل يوم عشرة أرطال، أو في عشرين رطل لحم، يأخذ كل يوم رطلين، ونحو ذلك، لحصول الرفق الذي لأجله شرع السلم)(Al-Zarkhashi,2000).ومن التطبيقات المعاصرة لهذه الصورة: الاشتراك في المجالات الدورية وغيرها من الاشتراكات السنوية المدفوعة مقدماً، فالمبلغ المدفوع أولاً هو للاشتراك السنوي في مطلع كل سنة، ثم يستلم المشترك شهرياً نسخة من المجلة، ويحصل البيع لكل عدد عندما تصل المجلة إلى المشتري، ويتم التعاقد في فترة استلام المجالات بدلالة العادة فلا وجود للإيجاب والقبول اللفظي، فتترك الحقيقة بدلالة العادة.

المبحث الثامن: قاعدة: (الكتاب كالخطاب):

وهي من القواعد المعبرة عن السلطان العرفي اللفظي وأثره في الأحكام، وهذه صورة من صور تحكيم العادة، وتبيّن كذلك ما يقوم مقام اللفظ مما يبيّن مراد المتكلم ومقصده، فكلاً من الكتابة والعادة يشتركان في أداء معنى غير ملفوظ، وقد نصّ على هذه القاعدة أهل العلم كابن نجيم في الأشباه والنظائر(1999, Ibn Nujaim)، ومجلة الأحكام العدلية في المادة (69)(2003, Haidar)، ونصّ عليها المرغيناني في كتاب الهداية وهو أهم مختصر عند الحنفية، وبالصيغة المشهورة المتداولة في كتب القواعد الفقهية: (الكتاب كالخطاب)(Al-Merginani,2019).



المطلب الأول: شرح القاعدة:

العبارات الكتابية كالمخاطبات الشفهية من حيث الأحكام المترتبة عليها، فما يترتب على الكلام الشفوي يترتب على الكلام الكتابي، فكما يجوز لاثنين أن يُعقد بينهما مشافهة عقدَ بيع أو إجارة أو كفالة أو حوالة أو رهن، فكذلك يجوز هذا العقدُ مكاتباً (Haidar,2003)، وحتى تُعتبرَ الكتابةُ وتكونَ مقبولةً شرعاً لا بد أن تتوفر بعض الشروط فيها لتكون في منزلة الخطاب:

أولاً: الكتابة المستبينة، وهي الكتابة الواضحة المميّزة، وتكون على قسمين:

الأول: كتابة مرسومة: بمعنى أنها كُتبت بالطريقة التي اعتادها الناس بعنوان في صدر الكتاب، وموقّعة ومختومة من المرسل، وهذه حجة كالنطق على الصحيح، نصّ على ذلك الحنفية (Ibn-Abdeen,1992)، والمالكية (Ulaish,1989)، والحنابلة (Al-Karmi,2007).

الثاني: كتابة غير مرسومة: بمعنى أن تكون صورة الكتابة على ما اعتاده الناس، لكنها مكتوبة على شيء غير معتاد كأوراق الشجر أو الحجر، وهذا القسم يكون من اللغو ولا يصح إلا بما يقارنه من نية أو شهادة، نص على ذلك الحنفية (Al-Kasani,1986).

ثانياً: أن تكون موثقة أو مختومة من قبل المرسل (AlBahusain,2010).

ثالثاً: أن تكون مصدّرة بالعنوان، ويكتب في بدايتها من فلان إلى فلان، ويكفي في هذه الأزمنة الختم والتوقيع (AlBahusain,2010).

المطلب الثاني: أدلة القاعدة:

1. قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَابَيْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ (البقرة:282)، والشاهد منه: الأمر بالكتابة لتوثيق الديون والحقوق، وهذا يدل على اعتبارها، وكونها حجة في حال الاختلاف والإنكار، فقامت مقام الكلام في بيان الحق.

2. ما ذكره الكاساني بقوله: (لأنّ الكتابة المرسومة جارية مجرى الخطاب، ألا ترى أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان يبلّغ بالخطاب مرة، وبالكتاب أخرى، وبالرسول ثالثاً، وكان التبليغ بالكتاب والرسول كالتبليغ بالخطاب، فدل أن الكتابة المرسومة بمنزلة الخطاب) (Al-Kasani,1986).

3. جرى عليه عمل الصحابة في زمن الخلفاء الراشدين ومن بعدهم في مكاتبة ولائهم وقضائهم، (AlBahusain,2010).



المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة وأثرها في المعاملات:

لعل أشهر التطبيقات الفقهية المتأثرة بهذه القاعدة في باب المعاملات المالية التعاقد بالوسائل الكتابية في العقد الإلكتروني، وهذا النوع من التعاقد يشمل صورتين مشهورتين، وهي التعاقد من خلال: البريد الإلكتروني، وبرامج المحادثات المكتوبة.

وفي هذه الوسائل يحصل الإيجاب والقبول كتابياً، إما عن طريق المراسلات التي تكون عن طريق البريد الإلكتروني، فيقوم الموجب بكتابة الإيجاب مباشرة في البريد، ثم يرد عليه القابل برسالة أخرى تفيد القبول مباشرة أو متراجحاً.

وفي برامج المحادثة الفورية كذلك، يتم الإيجاب والقبول بالكتابة المباشرة، فيردّ القابل كتابةً بالموافقة، أو يقوم الموجب بعرض السلعة بالصور والفيديو فيقبل المشتري بالكتابة.

هذه الطرق المتنوعة للتعاقد تجتمع كلها في اعتبار الكتابة كوسيلة للتعاقد، وهذه الكتابة الإلكترونية تنطبق عليها شروط الكتابة المذكورة سابقاً وهي: كونها كتابة مستبينة مرسومة ومميّزة، فهي متعارف عليها من حيث صورة الكتابة، ومتعارف عليها من حيث ما يكتب عليه من وسائل إلكترونية غير مادية، ويكون الطرفان المتعاقدان معلومين لبعضهما من خلال عنوان البريد الإلكتروني أو رقم الهاتف، أو التوقيع الذي يكون في ذيل البريد الإلكتروني، أو لكون أحدهما جهة اعتبارية أو شخصاً اعتبارياً، أو شركة معروفة ونحو ذلك، وهذه الكتابة وإن لم تكن بخط العاقد إلا أنّها نقلٌ لما كتبه وتأخذ أحكام التعاقد بالكتابة (Al-Asiri,2017).

وفي بيان اعتبار العرف فيما يكتب عليه من الوسائل جاء في درر الأحكام شرح مجلة الأحكام: (ولكن إذا كتبت كتاب في زماننا على غير الورق مثلاً، يُنظر إذا كان المعتاد أن تُكتب الكتب على غير الورق، يعتبر ذلك الكتاب كما لو كتب على ورق، وإلا فلا، والحاصل أن كل كتاب يجزّر على الوجه المتعارف من الناس حجة على كاتبه كالنطق باللسان) (Haidar,2003).

أما بالنسبة لوقت إبرام العقد من خلال الكتابة في الإنترنت، فإن الوسائل الكتابية الفورية يكون التعاقد فيها مباشراً من الطرفين، فتأخذ حكم التعاقد بين الحاضرين بالكتابة، ونص على صحة التعاقد بين الحاضرين بالكتابة: المالكية (Al-Dusuqi,nd)، والشافعية في وجهه (Al-Nawawi,2003)، والحنابلة في قول (Albuhuti,2000)، وحجتهم في ذلك: أن حصول التراضي بين المتعاقدين هو الأصل في صحة العقد، ومن خلال الكتابة عُلم الرضا بينهما.

أما التعاقد عبر البريد الإلكتروني فإبرام العقد فيه يكون في حكم التعاقد بين الغائبين بالكتابة، وذهب إلى صحة التعاقد بين الغائبين بالكتابة: الحنفية (Alaine,2000)، والمالكية (Al-Dusuqi,nd)، والحنابلة



(AIRuhaibany,1994) والشافعية(AlShurbini,1994) ، وحجتهم في ذلك: ما ذكره السرخسي في المبسوط بقوله: (فإن الكتاب له حروف ومفهوم يؤدي عن معنى معلوم، فهو بمنزلة الخطاب من الحاضر)(Al-Zarkhashi,2000) . وقد صدر في حكم المكاتبة بين المتبايعين قراراً في مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية سنة 1990م، حيث قرّر ما يلي(Al-Jizani,2019) :

أولاً: إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد ولا يرى أحدهما الآخر معاينة، ولا يسمع كلامه وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة، وينطبق ذلك على البرق والتللكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي، ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله.

ثانياً: إذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في مكانين متبايعين، وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي، فإن التعاقد بينهما يعتبر تعاقداً بين حاضرين، وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء.

ثالثاً: إذا أصدر العارض بهذه الوسائل إيجاباً محدد المدة يكون ملزماً بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة وليس له الرجوع عنه .

المبحث التاسع: قاعدة: (كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط فيه، ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف):

تمثل هذه القاعدة جانباً مهماً من جوانب تحكيم العرف والاحتجاج به في المجال اللفظي، وتفسير الألفاظ والنصوص في حال غياب وسائل البيان الأخرى، وقد نصّ على هذه القاعدة عدد من العلماء، كالسيوطي(Al-Suyuti,2011)، والزركشي(Al-Zarkhashi,1985) ، وابن قدامة المقدسي(Al-Ibn Qudama,1997) .

المطلب الأول: شرح القاعدة:

لا يخفى على أحد أن الأحكام الشرعية تُستنبط من نصوص الشريعة، وهذا الاستنباط مبني على فهم النصوص، ومن جملة ما ورد في النصوص الأسماء التي أنزلها الله في القرآن وجاءت على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم وعُلِّقت عليها الأحكام الشرعية، وهذه الأسماء التي عُلِّقت عليها الأحكام لها ثلاثة أحوال (Ibn Alqayem,2013):

الأولى: أسماء جاء حُدُّها وبيانها في الشرع، كاسم الصلاة، والزكاة، والصيام، والحج، والإيمان، والإسلام، والكفر والنفاق.

الثانية: أسماء جاء حُدُّها في لغة العرب، كالشمس والقمر والسماء والأرض.

الثالثة: أسماء لم يأت حُدُّها في الشرع ولا في اللغة، ويختلف معناها وتفسيرها باختلاف عادات الناس، فيرجع فيها إلى عرف الناس، كاسم البيع، والقبض، والنكاح، والدرهم، والدينار، والتفرّق الملزوم للبيع، والنفقة الواجبة، والحرز في السرقة، ووقت الحيض، وإحياء الموات، والمعاطاة، وغيرها، فيصبح للعرف هنا سلطاناً في تحديد المراد بهذه الأسماء.



وهذه القاعدة محل اتفاق بين المذاهب مع اختلاف في التطبيقات التي تندرج تحتها، وتؤكد في مضمونها على سماحة الإسلام ويسر الشريعة من خلال إعطاء المجال الواسع في تحديد وتقدير معاني الألفاظ الواردة في الشرع، وهذا يحقق المقصود من هذه الأسماء في كل زمان ومكان حسب الأعراف السائدة.

المطلب الثاني: أدلة القاعدة:

كل الأدلة التي يرجع إليها في الاحتجاج بالعرف عموماً تصلح دليلاً لهذه القاعدة، ومن جملة هذه الأدلة الرئيسية في موضوع الاحتكام إلى العرف في تحديد ما لا نص فيه حديث عائشة - رضي الله عنها - : قالت هند أم معاوية لرسول الله صلى الله عليه وسلم: إن أبا سفيان رجل شحيح، فهل علي جناح أن آخذ من ماله سرا؟ قال: (خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف) (AIBokhari,2002)، قال النووي في فوائد هذا الحديث: (اعتماد العرف في الأمور التي ليس فيها تحديد شرعي) (AINawawi,1970)، وقد عقد الإمام البخاري باباً في صحيحه أورد فيه جملة من النصوص التي يُحتج بها في تحكيم العرف في الأمور التي لا نص فيها، فقال: (باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن، وسننهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة) (AIBokhari,2002)، ثم أورد عدداً من الآثار والأحاديث التي تؤكد هذا المعنى.

المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة وأثرها في المعاملات:

الجوائح المعتبرة شرعاً والتي تطبق عليها أحكام وضع الجوائح يُرجع في تقديرها للناس وعاداتهم، فما سُمي جائحة تعلق به الحكم، وما لا يسمى جائحة كالذي تأكله الطيور في الزرع، أو ما جرت العادة بسقوطه من الثمار فلا يفسخ به العقد، وما زاد على ذلك فهي جائحة (Ibn Taymeah,1995)، قال ابن قدامة المقدسي مبيّناً الحجّة في هذا القول: (وذلك لأنّ الشرع أمر بوضع الجوائح ولم يجعل له حدّاً، فوجب ردّه إلى ما يتعارفه الناس جائحة) (Ibn Qudama,2011).

وقد نص بعض العلماء على أن مفهوم الجائحة أوسع من ذلك ليشمل تلف المتاع، يقول الخطابي: (والجائحة في غالب العرف هي ما ظهر أمره من الآفات كالسيل يغرق متاعه، والنار تحرقه، والبرد يفسد زرعه وثماره في نحو ذلك من الأمور، وهذه أشياء لا تخفى آثارها عند كونها ووقوعها) (AIKattabi,1932)، وقد قرر ابن حزم الظاهري أيضاً التوسع في مفهوم الجائحة استناداً على عموم قول النبي صلى الله عليه وسلم: (لو بعث من أخيك ثمراً، فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟) (Imam Muslem,nd) فلم يُخصّ الحديث بجائحة محدّدة، وجعل ابن حزم من جملة الجوائح الخسارة بسبب انحطاط الأسعار (Ibn Hazm,nd)، وعلى هذا يندرج في مفهوم الجائحة الجوائح الاقتصادية التي سببها التسعير أو الاحتكار، والجوائح التي تعصف بالعملات وقيمتها فيحصل بسببها التضخم والانكماش.



وقد انتشر في الزمن الحاضر مصطلح الجائحة واعتمد عالمياً للتعبير عن جائحة فيروس كورونا، وآثار هذه الجائحة توسعت في ضررها لتصيب المجال الزراعي وغير الزراعي، فعلى صعيد الزراعة يترتب على حظر التجول وانتشار المرض ضرر كبير على المزارع من جهة نقص المزارعين وعدم خروجهم للعمل، ومن جهة توقيف المرتبات التي تدفعهم إلى العمل، مما يؤدي إلى قصور ونقص في المزروعات وبالتالي في الحصاد، وهذا الضرر الحاصل بجائحة كورونا يمكن إلحاقها بالجوائح والآفات، باعتبار أن سبب هذه الأضرار آفة لا علاقة للإنسان بها، وأدت إلى نفس النتيجة التي تؤدي إليها الآفات السماوية المتلفة للزروع والثمار، حينئذ يمكن تطبيق مبدأ وضع الجوائح المقرر عند الفقهاء فيما ترتب على جائحة كورونا من تلف وأضرار في المجالات المختلفة الزراعية أو التجارية كالعقود.

ويرتبط مفهوم الجائحة أيضاً بنظرية الظروف الطارئة في العقود، فإن جوائح الأوبئة تؤثر على العقود من حيث استمرارها أو فسخها بسبب الضرر المادي المترتب على الجائحة، ويظهر هذا تحديداً في عقود الإجارة عندما يطرأ على عقد الإيجار ظرف طارئ يضرب بأحد المتعاقدين بعد المضي في العقد، كأن يكون الضرر في استيفاء العقود عليه مثل من استأجر أرضاً ليزرعها ثم عجز عن ذلك بسبب الجوائح، أو أفلس من استأجر دكاناً لبيع فيه بسبب الجوائح، هنا يناقش الفقهاء حكم اعتبار الأعذار العامة سبباً لوضع الجوائح وفسخ هذه العقود، تشبيهاً لها بجائحة الثمار حين يبطل عقد البيع في الثمار التي أصابها جائحة ويرجع المشتري بما دفعه من الثمن (AlMutairat, 2001). فقد ذهب الحنفية (Al-Sarakhsi, 2000) إلى أن الإجارة تفسخ بالأعذار، فللمستأجر أو المؤجر الفسخ عند الضرر العام على الطرفين، وذكروا صوراً مختلفة للأعذار التي تكون كالجوائح في حكمها وتعطي حق فسخ العقد، فمن ذلك: رغبة المستأجر في السفر، وتغيير النشاط الاقتصادي، أو أن يلحق المؤجر ديناً فادحاً لا يمكن قضاؤه إلا من ثمن المستأجر (Al-Khasani 1986).

وعند المالكية (Ulaish, 1989) أعذار أعمامة أخرى منها: أن يأمر السلطان بإغلاق الحوانيت وهي المحلات والدكاكين، ومنها: من استأجر فندقاً أو حماماً فغادر أهل البلد عنه، أو قلّ دخله ولم يجد من يسكنها فلا أجرة عليه، وقد نصّوا على إلحاق هذه الأعذار بالجوائح السماوية.

وعند الحنابلة (Ibn Qudama, 1997) أيضاً صور مختلفة للأعذار العامة فمن ذلك: الخوف العام الذي يمنع من السكنى في المكان المستأجر، أو حصار البلد فلا يتمكن من الخروج إلى مزرعته التي استأجرها، أو استأجر ما يوصله إلى مكة ثم توقف الحج في عامه، فله حينئذ فسخ الإجارة، وقد أفتى شيخ الإسلام ابن تيمية بما يؤكد ما سبق فقال: (إذا استأجر ما تكون منفعة إيجاره للناس، مثل الحمام والفندق والقيسارية ونحو ذلك، فنقصت المنفعة المعروفة مثل أن ينتقل جيران المكان، ويقل الزبون لخوف أو خراب أو تحويل ذي سلطان لهم ونحو ذلك، فإنه يحط من المستأجر من الأجرة بقدر ما نقص من المنفعة المعروفة) (Ibn Taymea, 1997)، وجميع هذه الصور واقعة في جائحة كورونا.



المبحث العاشر: قاعدة: (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً):

تمثل هذه القاعدة صورة من صور السلطان العرفي العملي على المعاملات والتصرفات التي يقوم بها المكلفون من حيث التقييد والاشتراط، ومن حيث الأثر في إنشاء الحقوق والالتزامات، وقد نص على هذه القاعدة غير واحد من أهل العلم، فقد ورد ذكرها في كتب الفروع وبصيغ مختلفة، من ذلك قول السرخسي: (المعلوم بالعرف كالمشروط بالنص)(Al-Sarkhasi,2000)، وتداول المالكية هذه القاعدة في كتبهم بكثرة، وتناقلوها بقولهم: (العرف كالشرط) (Alqarafi,1994)، وعلى صعيد كتب القواعد فقد جاء ذكر هذه القاعدة في عدد منها، من ذلك: الأشباه والنظائر للسيوطي(Al-Suyuti,2011)، ونصت عليها مجلة الأحكام العدلية(2003)(Haidar).

المطلب الأول: شرح القاعدة:

المعنى الإجمالي للقاعدة: أن المتعارف عليه بين الناس في معاملاتهم وإن لم يُذكر صراحة فإنه يقوم مقام الاشتراط من حيث الالتزام والتقييد، وهذا مشروط بأن لا يصادم هذا العرف الشرع. وقد نصّ على أن العرف كالشرط، الحنفية(1999)(Ibn Nujaim)، والمالكية(1994)(AlQarafi)، والحنابلة (Ibn Qudama,1997)، ومستند هذا القول هو نفسه الأدلة الدالة على حجية العرف، ومن الفروع الفقهية المخرجة على هذه القاعدة ما ذكره الحنفية من أنه إذا استأجر شخص دابة من مدينة إلى الكوفة فإنه يجوز له أن يسير بها إلى منزله ولو كان المنزل في أطراف الكوفة(2000)(Al-Sarakhsi)، ومن الفروع المخرجة على هذه القاعدة أيضاً عند المالكية: إذا استأجر قميصاً ليلبسه فإنه يجب عليه أن ينزعه في أوقات نزعه عادة، لأن العرف كالشرط (Ibn Almqawq,1994).

المطلب الثاني: أدلة القاعدة:

لكون هذه القاعدة فرعاً من فروع القاعدة الأم وهي قاعدة: (العادة محكمة) وتعبر عن العرف وأثره في مجال الشروط، فإن الأدلة الدالة على حجية العرف هي نفسها دالة على أن العرف حجة في وضع الشروط، وبيان ذلك أن الشارع قد نصّ على جملة من الأحكام ولم يضبط حدودها، فجاء الحكم مطلقاً فيها، ثم أحال الشرع إلى العرف، وإحالة الشرع إلى العرف شامل لتقييد ما قيده العرف.

المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة وأثرها في المعاملات:

أثر هذه القاعدة على باب المعاملات كبير وواسع، فتطبيقاته متنوعة في عامة أبواب المعاملات، وسيذكر الباحث جملة من الأمثلة:

التطبيق الأول: التراخيص التجارية التي يحصل عليها المواطنون لها قيمة معتبرة في العرف، فيبذل التاجر أو الفرد جهداً كبيراً ومالاً لاستخراجها، وهي في واقعها حقّ يحصل عليه صاحب الرخصة لممارسة النشاط التجاري الذي تم تحديده في الرخصة وغيرها من التسهيلات والصلاحيات، وهذا يعطي للرخصة قيمة معنوية كبيرة بين التجار،



وقد تعارف كثير من الناس أفراداً وتجاراً وخصوصاً في دول الخليج على بيع هذه الرخص أو إجارتها، وليس في اللوائح والقوانين المتعلقة بالرخص التجارية ما يمنعها، ومن الصور المتعارف عليها قيام غير المواطن الراغب في النشاط التجاري باستخدام رخصة تجارية باسم كفيله المواطن، ثم يعطي المكفول كفيله المواطن مبلغاً سنوياً ثابتاً يقدر في الغالب بعشرة آلاف درهم سنوياً، وفي هذه الحالة يستفيد الكفيل من هذا الحق الذي يملكه في الدولة وهو حق تملك الرخصة التجارية، ويكون المبلغ المدفوع من قبل المكفول مشروط من جهة العرف، وقد عرّف مجمع الفقه الإسلامي الدولي هذه المعاملة بقوله: (موافقة المواطن الحاصل على ترخيص بعمل تجاري على قيام غير المواطن باستخدام الترخيص لنشاط خاص به وتمويل كامل منه، دون أي إسهام مالي للمواطن أو التزام منه بالعمل، باستثناء قيامه بالإجراءات التي تتطلبها مزاولة العمل بموجب الترخيص حيث يظهر المواطن بمظهر المالك للمشروع) (Majma Alfiqh Alislamy, 2021)، وقد صدر قرار من مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي في سنة 2005م بجواز هذه المعاملة ونص القرار على أن: (استخدام غير المواطن للترخيص صورة مستحدثة ليست من باب الكفالة المعروفة فقهاً، ولا هي من باب شركة الوجوه، وإنما هي حق معنوي يملكه المواطن بحكم القانون ثم ينقله لغيره بغير عوض، أو بعوض على سبيل البيع أو الإجارة، وهذا التعامل لا مانع منه شرعاً إذا انتفى الغرر والتدليس ومخالفة ولي الأمر) (Majma Alfiqh Alislamy, 2021).

التطبيق الثاني: من الأعراف المتداولة بين الناس في البيع والشراء الاستغناء عند شراء العين الغائبة بذكر الأوصاف الميِّنة للعين دون الكشف عن المبيع لتكرار البيع والشراء وتعرض هذه البضاعة المبيعة للفساد والتلف بسبب كثرة إخراجها من غلافها أو وعائها ونحو ذلك، فحصل الاكتفاء حينئذ بذكر الأوصاف الدقيقة الجامعة، وهي معاملة ذكرها الفقهاء باسم: البيع على البرنامج، وحقيقة هذا البيع شرعاً: هو الدفتر أو الورقة التي كُتِبَ فيها وصف ما في المغلف أو الوعاء من سلع، فيستغنى بهذه الأوصاف المكتوبة عن رؤية المشتري لعين السلعة لما في نشر البضاعة من حرج ومشقة (Al-Nafrawi, 1995)، وهي من المصطلحات التي اعتنى بها المالكية أكثر من غيرهم، وفصلوا فيها، فقد نص الإمام مالك عليها كما في الموطأ: (قال مالك: في الرجل يُقَدِّمُ له أصناف من البزّ، ويحضره السؤام، ويقرأ عليهم برنامجهم، ويقول في كل عدل كذا وكذا ملحفةً بصريّةً، وكذا وكذا ربطةً سابريّةً، ذرعها كذا وكذا، ويُسمّي لهم أصنافاً من البزّ بأجناسه، ويقول اشتروا مني على هذه الصفة، فيشترون الأعدال على ما وُصِفَتْ لهم، ثمّ يفتحونها فيستغلّونها ويندمون، قال مالك: ذلك لازم لهم إذا كان موافقاً للبرنامج الذي باعهم عليه) (Imam Malik, 1985)، والأعدال المذكورة في كلام الإمام مالك جمع عدل أي: المثل (Alrazi, 1999)، بمعنى أن التاجر يعرض هذه البضاعات المجمعة في حزمة واحدة، ويبيع كلّ الحزم المتماثلة بالوصف.

ووجه هذا القول عند القائلين به هو أن الوصف بالكتابة المفصلة تنفي الجهالة عن العين المبيعة، والمهم في هذه المعاملة مما له علاقة بالعرف هو المستند الذي ذكره المالكية ضمن أدلة إباحة هذا النوع من المعاملات، فقد



جعلوا العرف والعمل مستنداً لتصحيح هذه المعاملة، قال الإمام مالك في كلامه عن بيع البرنامج: (وأنه لم يزل من يبيع الناس الجائزة، والتجارة بينهم التي لا يرون بأساً؛ لأن بيع الأعدال على البرنامج على غير نشر لا يُراد به العَرر، وليس يشبه الملامسة) (Imam Malik, 1985)، وهنا يمكن أن يقال بأن تعارف الناس على الاكتفاء بهذه الأوصاف المكتوبة يكون من المعروف الذي يشترط بين المتبايعين بلا حاجة إلى أن ينصوا عليها.

وفي الزمن المعاصر يتمثل بيع البرنامج من خلال إعلان البائع عن مواصفات السلعة مكتوبةً ومنشورةً في كافة وسائل التواصل المقروءة والمسموعة والمرئية، ومن خلال المنشورات الخاصة بالسلعة المعروضة للبيع والتي تصف السلعة وصفاً ينفي عنها الجهالة المؤدية إلى النزاع.

المبحث الحادي عشر: قاعدة: (المعروف بين التجار كالمشروط بينهم):

تعبّر هذه القاعدة عن السلطان العملي في نطاق مخصّص وهو نطاق المعاملات التجارية الجارية بين التجار، ولها ارتباط بالقاعدة السابقة من جهة كونها أخص، وهذا من أجل الاهتمام بشأن المعاملات التجارية والأعراف المتداولة بين التجار، وقد نصّت مجلة الأحكام العدلية على هذه القاعدة برقم (44) (Haider, 2003).

المطلب الأول: شرح القاعدة:

ما تعارف عليه أهل التجارة في المعاملات التجارية القائمة في الأسواق، وما يتعلق بها من طرق البيع والشراء، تكون كالمندروس عليها بين التجار وإن لم ينصوا عليها لفظاً، فتكون هذه الأعراف هي الحكم بينهم، وهي المفسرة لأقوالهم وتصرفاتهم، وتجري هذه الأعراف في مجالات تجارية مختلفة: كالتقبض، والنقل، ودفع الأثمان، وما يدخل في المبيع تبعاً وما لا يدخل، وفي استعمال الشبكات والنقود، وغيرها من التطبيقات المرتبطة بالأسواق التجارية، فما يقع بين التجار من المعاملات التجارية ينصرف عند الإطلاق إلى الأعراف السائدة في الوسط التجاري، فكل عمل تجاري لم يذكر فيه شرط أو قيد فالمرجع فيه العرف المتبع بين التجار (AlNadawi, 1999).

ومن جملة ما يدخل في هذه القاعدة ما يطلق عليه في القوانين المعاصرة بالعرف التجاري، وهو نوع من أنواع العرف الخاص، يمكن تعريفه بأنه: (مجموعة من القواعد غير المكتوبة، تنشأ من أطراد سلوك الأفراد في مسألة معينة على وجه معين مع اعتقادهم في إلزامها وضرورة احترامها) (Al-Jaber, 1996)، فهذه الأعراف المتداولة بين التجار شكّلت مجموعها القوانين التجارية المطبّقة في دول العالم في مجالاتها المختلفة، وتُشرف على هذه الأعراف من حيث التحديد عُرف التجارة والصناعة الخاصة بكلّ دولة، وهذه الأعراف التجارية تبدأ كعادة بين التجار يستقرّ العمل بها بينهم ليصرفوا أمورهم بناءً عليها، ومع مرور الزمن وشيوع هذه العادة بينهم يتولد بينهم اعتقاد بضرورة الالتزام بهذه الأعراف (Ragad Fawzi, 2009)، وتخضع هذه الأعراف التجارية لشروط العرف من حيث الاطراد، والشيوع بين التجار، وقيام العرف وقت الإنشاء، وعدم معارضته للشرع أو منصوص المتعاقدين، ونظير العرف



التجاري أيضاً الأعراف المصرفية العالمية المتعلقة بالمعاملات البنكية، كتعارف البنوك التقليدية على الفوائد وهي من الأعراف الفاسدة، وتعارفهم على أن طبيعة الحسابات البنكية تكون قروضاً، ونحوها من المعاملات.

المطلب الثاني: أدلة القاعدة:

بما أن العرف التجاري هو فرع من فروع العرف بمفهومه العام، فجميع ما ورد من الأدلة الدالة على حجية العرف العام، يكون دليلاً على حجية العرف القائم بين التجار، فالمعروف بين التجار عرف خاص، والعرف الخاص يؤثر كالعرف العام كما سبق.

المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة وأثرها في المعاملات:

أثر هذه القاعدة في مجال المعاملات التجارية كبير جداً، وأمثلتها كثيرة، فتأثيرها ظاهر في عامة أبواب البيوع، وفي هذا المطلب سيذكر الباحث أهم المجالات المتأثرة بهذه القاعدة في باب المعاملات:

أثر العرف التجاري في ضابط القبض عند التجار، فمع كثرة المبيعات وتنوعها صارت صور القبض متعددة ومختلفة، وهذا يحتاج إلى ضابط يضبط طريقة القبض، وهو شرط لصحة العقد في عدد منها كعقد الصرف، وكلام الفقهاء في القبض الحقيقي كثير في المدونات الفقهية القديمة، لكن ظهرت في العصور المتأخرة صور كثيرة للقبض أصبح فيها القبض الحقيقي محصوراً قليلاً، وغلب على واقع التجار ما يمكن تسميته بالقبض الحكمي، ويعود هذا إلى التطور التقني الهائل، والكم الكبير من الأموال المتبادلة، وسعي العالم نحو سرعة الإنجاز.

وقد أشار الفقهاء إلى حقيقة القبض عموماً من خلال جملة من التعريفات، ومن أجمع هذه التعريفات التي تتضمن نوعي القبض الحقيقي والحكمي أن يقال: القبض: (هو التخلية أو المناولة من العاقد والمعقود عليه- في غير طعام- على وجه يتمكن من التسلم بلا مانع ولا حائل حسب العرف)(Aladin Junco,2004)، أما القبض الحكمي وهي الصورة الغالبة في الأعراف التجارية اليوم فتنوعت كذلك التعريفات في بيان حقيقته، ومن أجمع التعريفات: (تنزيل مبيع ونحوه تعذر أخذه والتمكّن من التصرف فيه حسناً منزلة المأخوذ على ذلك الوجه لمسوّغ شرعي)(Asim Abahussain,2015).

والقبض من الأسماء المطلقة، وهذه الأسماء تحتاج إلى ما يحددها ويضبطها، وقد نصّ الفقهاء من المذاهب الأربعة على جعل العرف ضابطاً في تحديد أنواع القبض، فمن ذلك ما نصّ عليه الكاساني من الحنفية بقوله: (معنى القبض هو التمكين والتخلي، وارتفاع الموانع عرفاً وعادة حقيقةً)(Al-Kasani,1986)، ومثل ذلك عند الشافعية، حيث يقول النووي: (قال أصحابنا: الرجوع في القبض إلى العرف)(Al-Nawawi,2003)، وعند المالكية يقول خليل بن إسحاق: (والقبض في غير المثلي والعقار ما يعد في العرف قبضاً، كاختبار الثوب، وإعطاء رسن



الدابة)(Khalet Ibn Ishaq,2008) ، وعند الحنابلة يقول ابن قدامة: (ولأن القبض مطلق في الشرع، فيجب الرجوع فيه إلى العرف، كالإحراز، والتفرق، والعادة في قبض هذه الأشياء ما ذكرنا)(Ibn Qudama,1997).

وصدر بشأن القبض وصوره المستجدة قرار في مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته السادسة بمدينة جدة سنة 1990م يربط حقيقة القبض بالعرف، حيث نص القرار على أن: (قبض الأموال كما يكون حسيباً في حالة الأخذ باليد، أو الكيل أو الوزن في الطعام، أو النقل والتحويل إلى حوزة القابض، يتحقق اعتباراً وحكمًا بالتخلية مع التمكين من التصرف ولو لم يوجد القبض حساً، وتختلف كيفية قبض الأشياء بحسب حالها واختلاف الأعراف فيما يكون قبضاً لها)(Majma Alfiqh Aleslami,2021).

وبعد بيان علاقة العرف بالقبض، سيذكر الباحث هنا عدداً من المعاملات المالية الجارية بين التجار يتحقق فيها القبض الحكمي عرفاً بين التجار:

أولاً: البطاقات البنكية التي يستعملها الزبائن في نقاط البيع، وهي مما اتفقت الأعراف الدولية التجارية على قبولها واستعمالها، ضمن شبكات واسعة، وعلاقة هذه البطاقات بعرف التجار هي من جهة اعتبار القبض الحكمي فيها في عرف التجار دون اشتراط القبض الحقيقي، ومن صور هذا القبض الحكمي في البطاقات البنكية ما يلي:

الصورة الأولى: استعمال البطاقات البنكية في عقود الصرف، ك شراء العملات من خلال البطاقات الائتمانية التي ليس لها رصيد في المصرف، فيكون استعمال البطاقة قرضاً من المصرف، ولن يحصل هناك قبض حكمي حينها في عقد الصرف، وهذا محرم لانتفاء التقابض بين الربويين، والقول بالتحريم هو نصّ قرار مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورتها الثانية عشر(2000, Majma Alfiqh al Islamy)، مع العلم بوجود رأي آخر عند المعاصرين يقول بحصول القبض الحكمي في البطاقات الائتمانية من حيث اعتبار توقيع حامل البطاقة وسيلة دفع مؤكدة ومضمونة الوصول، كحال الشيك المصدّق وقيامه مقام قبض ما تضمنه(2000, Abu Guda)، واستدلوا كذلك بأن عرف التجار هو اعتبار القيد عبر الشبكة قبضاً، فحتى مع عدم وجود رصيد في البنك لصاحب البطاقة فإن هذا القيد المصرفي في حكم القبض، ويعفى عن تأخر القبض بسبب طبيعة التعامل مع هذه البطاقات (Asim,2015).

الصورة الثانية: استعمال البطاقات البنكية في شراء الذهب أو الفضة، من خلال البطاقة الائتمانية، فإن القبض الحكمي غير متحقق، والمالان ربويان، فتحرم هذه الصورة(2000, Al Darer) ، وجوّزت بعض الهيئات الشرعية كاللجنة الشرعية في بيت التمويل الكويتي استخدام البطاقات الائتمانية في شراء الذهب والفضة لأن مستند البيع أو قسيمة الدفع الموقعة من حامل البطاقة تعتبر وسيلة دفع مؤكدة(2000, NazeH Hmmd).

الصورة الثالثة: إذا استخدم حامل البطاقة بطاقته في خارج دولته، سواء في نقاط البيع، أو سحب النقود من الجهاز، فالمصدر للبطاقة يسدد المبلغ بالعملة الأجنبية، ثم يخضم من صاحب البطاقة بعملة بلده حسب سعر



الصرف المحدد في ذلك اليوم أو المتفق عليه مسبقاً، والقبض الحكمي حاصل أثناء عملية السحب (Aladin Junco,2004).

ثانياً: في مجال تجارة الذهب قد يكون قبض الذهب حقيقياً وقد يكون حكماً، فمن المعلوم أن الأصل في قبض الذهب أنه قبض حقيقي بالمناولة في مجلس العقد سواء أكان ذهباً بذهب أم نقداً بذهب، كما هو نصّ قوله صلى الله عليه وسلم: (الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواء بسواء، يبدأ بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يدا بيد) (Imam Muslim, n. d.)، وهذا أمر مجمع عليه عند الفقهاء، كما نقل ذلك ابن المنذر (Ibn Monther, 1999).

وقد يحلّ محلّ القبض الحقيقي القبض الحكمي، ويكون معتبراً في عرف التجار، فالعرف في الأسواق الدولية اليوم على أن يبيع الذهب يكون عن طريق شهادات الذهب المعينة دون تسليم حقيقي لما تمثله الشهادات، وهذه الشهادات تمثل ملكاً للسبيكة المعينة برقم تسلسلي خاص يبين رقم السبيكة، ووزنها وصفاتها، ومكان التخزين، وتكون في مخازن مرخصة، فالتداول بيعاً وشراءً يكون عن طريق هذه الشهادات من خلال القبض الحكمي دون تسلّم حقيقي للذهب (Abdula Alshubaily, 2019).

وقد نصّ على جواز هذه المعاملة المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في المعيار: (57)، وهيئة الشرعية لبنك الراجحي في قرار رقم: (159)، فقد جاء في المعايير الشرعية ما نصه: (يشترط لبيع سبائك الذهب بالنقود قبض البدلين في مجلس العقد، ويتحقق قبض المشتري للسبيكة بقبض عينها بنفسه، أو عن طريق وكيله قبضاً حقيقياً أو حكماً، ويتحقق القبض الحكمي بتعيين السبيكة وتمكين المشتري من التصرف بها، أو بقبض شهادة تمثل ملك سبيكة معينة مميزة عن غيرها بأرقام للسبيكة..) (Almaer alshareah, 2017).

وجاء في قرار الهيئة الشرعية لبنك الراجحي بياناً للحجة التي استند عليها المحجّزون للقبض الحكمي في الذهب، حيث قالوا: (وذلك لظروف التجارة والمعاملات وتبادل العملات بين المؤسسات المالية في بلدان العالم اليوم، وضخامة المبالغ التي تقع فيها المدابنات والتبادل، والتي يكاد يستحيل فيها النقل الفعلي، بل حتى العدّ) (Masraf AIRajhi, 2010).

الخاتمة:

في ختام هذه الدراسة، فقد تلخّص للباحث عدد من النتائج المهمة يمكن إجمالها فيما يلي:
أولاً: مجال التعقيد الفقهي يمثل صورة واضحة من صور الشمولية والمرونة في الفقه الإسلامي، فالقواعد الفقهية مصدر خصب من مصادر التشريع، وأساس مهم لجمع النظائر الفقهية تحت قانون واحد.
ثانياً: نظرية العرف والعادة وما يتعلق بها من قواعد أصولية أو فقهية تعدّ من محاسن الشريعة الإسلامية، حيث أحالت الشريعة على العرف فيما لا نصّ فيه تيسيراً على الناس، وضبطاً للمطلقات والمجملات في الشريعة.



ثالثاً: باب المعاملات المالية من الأبواب الحيوية في حياة البشر، وقد أحالت الشريعة الإسلامية جملة كبيرة من مسائل المعاملات إلى العرف ضبطاً وتقييداً وإنشاءً، وصار لقواعد العرف دور جوهري في أحكام المعاملات المالية. رابعاً: من المجالات البحثية المهمة بيان أثر القواعد الفقهية في مجال مخصوص على أبواب معينة من أبواب الفقه؛ لأنها تبرز مكانة القواعد الفقهية وتُظهر أثرها المباشر على الفروع الفقهية المندرجة تحتها. خامساً: يوصي الباحث بأن تتوسع الدراسات في مجال العرف؛ لأن الكتابات التأصيلية والتطبيقية فيها قليلة، وكثير منها قديم، وقد استجدت مسائل كثيرة في الفقه الإسلامي لها ارتباط بالعرف والعادة في مجال المعاملات أو الأحوال الشخصية، وعلى صعيد كُنُب التراث فإنها مملوءة بالفروع الفقهية المتعلقة بالعرف والعادة وهي بحاجة إلى استخراج ودراسة.

المراجع:

- Aba Hussain, Asim. (2015). *AlQabd Alhukmi Fe Al Amwal*. Al-Riyadh: Kunooz Eshbilia.
- Abu Dāwud, Sulaymān bin al-Ash'ath bin Ishāq bin Bashīr al-Sijistānī. (n.d.). *Sunan Abī Dāwud*. Beyrūt: Maktabah al-'Aşriyyah.
- Abu Guda, Abdullsattar. (2000). *AlBetakat Al Etimaniah*. Saudi Arabia: Majallat Al majma Alfiqhi.
- Abu Zayd, Baker Bin Abdulla. (1988). *Mulkeat Al Ta'aleef Tareekhan Wa Hukman*. Saudi Arabia: Majallat Almajma Al fiqhi Al islamy.
- Abu-Sinna, Ahmed Fahmi. (2016). *Al Urf Wal Aada Fe Rai AL Fuqaha*. Egypt: Almaktaba Al Azharia.
- al-Aine, Badrulldeen. (2000). *Al Binaya Sharh Al hidaya*. Beirut: Dar Al kutub Al Elmiah.
- al-Amedi, Abullhassan. (2003). *Al Ehkam Fe Usul Al Ahkam*. Al-Riyadh: Dar Al Sumaie.
- al-Amer, saleh Abdullatif. (2013). *Ahkam Aqd Al tarkhes*. Al-Riyadh: Dar Knooz Ishbilia.
- al-Asfahani, Shamsudeen Mahmood. (1999). *Sharh Al- Menhaj Lilbaydawi*. Al-Riyadh: Maktabat Al Rushd.
- al-Asfahani, Shamsuldeen. (1986). *Bayan AlmoKhtasar Shrh Moktasr Ibn Al Hajib*. Saudi Arabia: Dar Al madani.
- al-Ashqar, Mohammed Sulaiman. (1988). *Badal Al Kholow*. Saudi Arabia: Mijllat Al majma Al fiqhi.
- al-Ashqar, Mohammed Sulaiman. (1994). *Bhooth Fiqhia Fe Qdaya Iqtisadia*. Amman: Dar Al nfaiss.
- al-Ashqar, Mohammed Sulaiman. (nd). *Aqd Al Istijrar*. Qatar: Kuleat Al Sharia.
- al-Atasi, Mohammed Khaled. (n.d). *Sharh Mujalla Al Ahkam Al Adleah*. Bishawr: Maktabat Al Rashedea.
- al-Bahussain, Yaqoob Bin Abdullwahab. (2004). *Qaeda Al A'ada Muhakama*. Al-Riyadh: Maktabat al Rushd.
- al-Bahussain, Yaqoob Bin Abdullwahab. (2010). *Al Mufasal Fe Al Qwaed Al Fiqhea*. Al-Riyadh: Dar Al Tadmora.
- al-Baldahi, Abdulla Ibn Mahmood. (1937). *Al Ekhtiar Li Taleel Al Mokhtar*. Cairo: Matbaat Al Halabi.
- al-Baloushi, Ahmed Khaled. (2019). *Muqdemā An Al Oqud Al Thakiah*. Jedda: Nadwa Albaraka.
- al-Bokhari, Mohammed Ibn Ismaeel. (2002). *Saheh Al Bokhari*. Saudi Arabia: Dar Toq Al najat.



- al-Buhūti, Mansūr bin Yūnus bin Solah al-Din bin Hasan bin Idris. (2000). *Kashāf al-Qannā' 'an matn al-Iqnā'*. Saudi arabia: Wizarat Al Adel
- al-Dareer, Alsiddiq mohammed. (2000). *Bitakat Al Etiman*. Saudi Arabia: Mijallat Majma Al Fiqh Al Islami.
- al-Dousary, Musallam Bin Mohammad. (2007). *Al Mumti Fe Al Qwaed Al Fiqhea*. Al-Riyadh: Dar Zidny.
- al-Dusuqi, Mohammed Arafa. (nd). *Hashia't Al Dusuqi Ala Al Sharh Al Khabeer*. Egypt: Essa Al babi.
- al-Gamidi, Naser Bin Mohammed. (2008). *Himayat Al Mulkeya Al fikreah fe Al fiqh Al Islamy*. Saudi Arabia: Dar Ibn Al Jawzi.
- al-Gizzie, Mohammed Sidqi. (2002). *Alwajeez Fe Edah Qwaed Al Fiqh Al Kulleah*. Beirut: Moasasat Al risalah.
- al-Gizzie, Mohammed Sidqi. (2003). *Mawsuaat Al Qwaed Al Fiqhea*. Bierut: Moasasat Al risalah.
- al-Hamawi, Shihabulldin. (1985). *Gamz Oyun Al Basaer*. Beirut: Dar Al Kutub Al Elmiah.
- al-Hattab, Al Ruaini. (1992). *Mawaheb Al Jaleel Fe Shrh Mokhtasar Khalil*. Beirut: Dar Al fikr.
- al-Imam Malik, Malik Ibn Anas. (1985). *Al moata*. Beirut: Dar Ihea Al Turath Al Arabi.
- al-Imam Malik, Malik Ibn Anas. (1994). *Al Modawana*. Beirut: Dar Al Kutub AL Elmia.
- al-Imam Muslim, Muslim Ibn Hajjaj. (nd) *Sahih Muslim*. Beirut: Dar Ihea Al turath.
- al-Jaber, Mohammed Hasan. (1996). *Al Qanoon Al Tijari Al Saudi*. Al-Riyadh: Maktabat Al malik Fahad.
- al-Jizani, Mohammmad Husain. (2019). *Waathaeq Al Nawazil*. Saudi Arabia: Dar Ibn Al Jawzi.
- al-Junco, Alaudinn. (2004). *Al Tqabud Fe Al Fiqh Al Islami*. Amman: Dar Alnafais.
- al-Kasāniy, 'Ala al-Din. (1986). *Badāi' al-Sanāi' fi Tartib al-Syarāi'*: Dar al-Kutub al-'Elmiah.
- al-Kharmy, Maree Bin Yousuf. (2007). *Gayat Al Muntaha*. AlKuwait: Moasasat Giras.
- al-Khathlan, Saad. (2010). *Ahkam Al Awraq Al Tijariah*. Al-Riyadh: Dar Knooz Eshbilia.
- al-Khattabi, Abu Sulayman. (1932). *Ma'alim al-Sunan Sharh Abi Dawud*. n.p.: al-Matbaah al-Alamiyyah
- al-Khrkhy, Abulhassan. (1994). *Ta'ases Al Nathar wa Usol Al Kharkhy*. Cairo: Maktabat Al Khanje.
- al-Khyyat, Abdull Aziz. (1977). *Nathariat Al Urf*. Amman: Maktabat Al Aqsa.
- al-Kurdi, Ahmed Al Haji. (2017). *Al Qwaed Al Fiqhia Al Kuleah*. Kuwait: Markaz Rasikhoon.
- al-Majmoa'a Al Shrea Fe Masraf Al Rajihi. (2010). *Qrarat al Haeaa Al Sharea*. Al-Riyadh: Dar Knooz Ishbilia.
- Al-Marghīnānī, Burhan al-Din. (2019). *Al-Hidāyah fi Sharh Bidāyat al-Mubtadī*. Al madina al monawara: Dar Al Siraj.
- al-Mawwaq, Abu Abdulla. (1994). *Al taj Wal Ekleel Le maktasar Khaleel*. Beirut: Dar Al kutub Al Elmia.
- al-Mosleh, Khaled. (2007). *Al Tadakhum Al Nakdi Fi Al Fiqh Al Islamy*. Saudi arabia: Dar Ibn Jawzi.
- al-Motairat, Adel. (2001). *Ahkam Al Jawaeh Fe Al Fiqh al Islamy*. Egypt: Jamia Al Qahira.
- al-Nadawi, Ali Ahmad. (nd). *Aqd Al Istisna*. Egypt: Kuleat Dar Al Ulom.
- al-Nadawi, Ali Ahmad. (1999). *Mawsuat AL Qwaed Wal Dhwbet Al Hakema Lil Muamalat*. np. Dar Alam Almarifa.
- Al-Najjar, Ahmed Hesham. (2019). *Al Umlat Al Efradia Al Mushaffara*. Amman: Dar Alnafais.
- al-Nawawi, Moheedin. (1991). *Rodat Al Talibin Wa Omdat Al Mufteen*. Bierut: Almaktab Al Islamy.
- al-Nawawi, Moheedin. (2003). *Al Majmoo Shrh Al Mohathab*. Beirut: Dar Alam Al Kutub.
- al-Osairy, Rashid. (2017). *Al Ahkam Al Fiqheah Lil Tijara Al Electronia*. Alrydh: Dar Almayman.
- al-Qarafi, Shihabuldeen Ahmad Ibn Idrees. (1994). *Al Thakhera*. Beirut: Dar Al Gharb.



- al-Qarafi, Shihabuldeen Ahmad Ibn Idrees. (2009). *Al Ehkam Fe Tameez Al fatawa an Al Ahkam*. Bierut: Dar Albashaer.
- al-Qarafi, Shihabuldeen Ahmad Ibn Idrees(2003). *Al Forooq*. Bierut: Dar Al risalah.
- al-Quradagi, Ali Mohyedin. (2000). *Al qabd Suwaroho Wa Ahkamoh*. Saudi Arabia: Mijallat Almajma Al Fihi.
- al-Quradagi, Ali Mohyedin. (2004). *Al Huqooq Al malih Wa Mada Jwaz Al Eteath minha*. Bierut: Dar Albasher.
- al-Quradagi, Ali Mohyedin. (2004). *Al Istithmar Fe Al Ashum*. Saudi Arabia: Mijallat Almajma Al Fihi.
- al-Quradagi, Ali Mohyedin. (2009). *Bohooth Fe Fiqh Al Moamalat Al Malia Al Mooasera*.Beirut: Dar Albashaer.
- al-raisoni, Ahmad. (2010). *Nathariat Al Taqreeb Wa Al Tagleeb*. Egypt: Dar AL Kalima.
- al-Razi, Zainuladin. (1999). *Mokhtar Al Sihah*. Bierut: almaktab Al Asreah.
- al-Rokey, Mohammad. (1994). *Nathariat Al-Takeed Al- Fiqhy*. Al-Ribat: Jamia Mohammad Al-Khamis.
- al-Ruhaibany, Mustafa. (1994). *Matalib Oly Alnoha Fe Shrh Gayat Almontaha*. Bierut: Almaktab Al Islami.
- al-Sarkhasi, Shams al-Din. (2000). *al-Mabṣūṭ*. Beirut: Dar al-Fiker
- al-Shabeeb, AbdulAziz. (2010). *Baye Al Istijrar Wa Tatbicato Al Moaserah*. Saudi Arabia: Jamia Al Imam.
- al-Sharbinī, Shams al-Din al-Khāṭib. (1994). *Mughnī al-Muhtāj ilā Ma'rifat Ma'ānī alfāz al-Minhāj*. Beirut, Lubnan: Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah.
- al-Shashi, Abu Ali. (2002). *Usol Al Shashi*.Beirut: Dar Al Kutub Al Elmiah.
- al-Shatibi, Ebrahim Ibn Mosa. (2009). *Al Mwafaqat*.Jordan: Dar Ibn Affan.
- al-Shubaily, Abdulla Bin Yusuf. (2019). *Ahkam Al Ta'amol Billthahab Fe aswaq Al Sela'a*.Al-Riyadh: Dar Al mayman.
- al-Shubaily, Abdulla Bin Yusuf. (2019). *Al Ta'amol Bil Ajal Fe Tijarat Hly Al Thahab*. Al-Riyadh: Dar Almayman.
- al-Sijistani, Abu Dawood. (1999). *Masaal Al Emam Ahmad*. Egypt: Maktabat Ibn Taymiah.
- al-Subki, Tajuldeen. (1991). *Al Ashbah Walnathaer*.Beirut: Dar Alkutub Al Elmia.
- al-Suwailim, Sami. (2011). *Al Skook Al Watania*. Almawqe Al Rasmi Lil Doctor Sami Al Suwalim.
- al-Suyūṭī, Jalāl al-Dīn 'Abd Rahman. (2011). *Al-Ashbāh wa al-Nazāir*. Egypt: Dar Al-Alsalam.
- al-Thahiry, Ibn Hazm. (1998). *Maratib Al Ijma*. Beirut: Dar Ibn Hazm.
- al-Thahiry, Ibn Hazm. (nd). *Al Mohalla*. Cairo: Dar Al Tutath.
- al-Zarkashi, Badr al-Din. (1985). *al-Manthur fi al-Qawa'id al-Fiqhiyyah*. Kuwait: Wizarah al-Awqaf al-Kuwaitiyah.
- al-Zarkhashi, Shamsuldeen. (2000). *Sharh Mokhtasar Al Kheraqi*. Beirut: Dar Al kutub Al Elmiah.
- al-Zarqa, Ahmed Mostafa. (2000). *Sharh Al Qwaed Al Fiqhea*. Dimashq: Dar Alqalam.
- al-Zarqa, Ahmed Mostafa. (2012). *Al Madkhal Al fihi Al A'am*. Dimashq: Dar Alqalam.
- al-Zuhayli, Wahbah Mustafa. (1997.). *Al-Fiqh al-Islāmī wa Adillatuhu*. Damascus: Dār al-Fikr.
- al-Zuhayli, Wahbah Mustafa. (2009). *AlQwaed Al Fiqhea Wa Tatbekatuha Fe Al Mathaheb Al Arba'a*. Dimashq: Dar Al Fiker.
- Alnafrawi, Ahmed Ganem. (1995). *Al Fawakeh Al Dawani*.Beirut: Dar Al Fiker.
- alwansharisi, AbulAbbas. (1981). *Almeaar al moreb Wal Jame'a Al Mogreb*. Morocco: Wizarat Al Awqaf Al Magribia.
- Awad, Ali Jmaluddin. (1995). *Al Awraq Al Tijariah*. Egypt: Matbaa Jamiat Al Qahira.



- Awad, Alsayed Saleh. (1969). *Athar Al Urf Fe Al Tashree*. Cairo: Dar Kitab Al Jamee.
- Haia'at Al Rqaba Al Shareah Fe Sharikat Al Skook Al Watania. (2010). *Nashrat Esdar Al Skook*. Almamwqe Al Rasmi Li Sharkat Al Skook Alwataniah.
- Haiaat Al Mohasaba WalMurajaa. (2017). *Al Mi'yaar Al Shareea*. Al-Riyadh: Dar Almayman.
- Haidar, Ali. (2003). *Dorar Al Hukkam Sharh Mejallat Al Ahkam*. Al ryadh: Dar Alam AL Kutub.
- Hdad, Elyas. (1987). *Al Awraq Al Tijaria Fe Al Nitham Al Tijari Al Saudi*. Saudi Arabia: Ma'ahad Al Idara Al A'ama.
- Ibn Abd al-Salām, 'Izz al-Din Abdul 'Aziz. (2015). *Qawā'id al-Aḥkam fi Maṣāliḥ al-Anām*. Dimashq: Dar Al Qalam
- Ibn abdeen, Mohammed Amen. (1992). *Rad Al Mohtar Ala Al Dor Al Mokhtar*. Beirut: Dar Al fiker.
- Ibn Fāris, Ahmad bin Zakariya' al-Qazwīnī (1979). *Mu'jam Maqāyīs al-Lughah*. n.p.: Dār al-Fikr.
- Ibn Manthor, Jamaluddin Mohammad Ibn Makram. (1994). *Lisan Al Arab*. Beirut, Lubnan: Dar Sader.
- Ibn Munae, Abdulla bin Sulaiman. (1984). *Al Waraq Al Naqdi*. (np)
- Ibn Munae, Abdulla bin Sulaiman. (1996). *Bohooth Fe Al Eqtisad Al Islami*. Beirut: Al Maktab Al Islami.
- Ibn Qudāmah, Abū Muḥammad Muwafiq al-Dīn 'Abdullah. (2005). *Al-Mughnī*. Al-Riyadh: Dar Alam Alkutub.
- Ibn Rajab, Zainudeen Abdulrahman . (2010). *Taqrir Al Qwaed Wa Tahrir AlFawaed*. Cairo: Dar Ibn Affan.
- Ibn Taymiyyah, Ahmed Ibn Abdulhalem. (1995). *Majmo Al Fatawa*. Saudi Arabia: Mjma Almalik Fahad.
- Ibn- Al Qaeem, Mohammed Ibn Abe Baker. (2013). *Elam Almoqeen An Rab Al Alameen*. Saudi Arabia: Dar Ibn Al Jawzi.
- Ibn- AlJawzi, Jamaludden. (2002). *Zad Al Maseer Fe Elm AlTafseer*. Beirut: Dar Ibn Hazm.
- Ibn- Almonther, Abu Baker. (1999). *Al Ijmaa*. Emirates: Mktabat Makka.
- Ibn- Nujaim, Zainulldeen. (1999). *Al Ashbah Wal nathaer*. Beirut: Dar Alkutub Al Elmeah.
- Jubari, Sharaf. (2016). *Qaeda Al Ebra Bilgalib*. Algeria: Jamiat Adrar.
- Majma Al Fiqhi Al Islami. (2013). *Malamat Zayed Lil Qwaed Al Usolea Wal Fiqhiea*. (np)
- Maktabat Al Abhath Le Nadwat Al Baraka. (2019). *Abhath Nadwat Al baraka Al Tasea Wa Al thlathen*. Almamwqe Al Rasmi li Nadwat Al Baraka.
- Munthamat Al Mutamar Al Islamy. (1990). *Mijallah Almajma Alfiqhi*. np
- Nazeh, Hammad. (1987). *Tageerat Al nqood*. Saudi Arabia: Mujallat Al Majma Al Fiqhi.
- Nazeh, Hammad. (2000). *Bitaqat Al Etiman Ger Al Mogata*. Saudi Arabia: Mujallat Al Majma Al Fiqhi.
- Ulaish, Mohammed bin Ahmed. (1989). *Minah Al Jaleel Sharh Mokhtasar Khalil*. Beirut: Dar Alfiker.



AL-MAQĀSID

INTERNATIONAL JOURNAL OF MAQĀSID STUDIES & ADVANCED ISLAMIC RESEARCH

E-ISSN: 2735-1149, Vol. 3, No. 1, 2022, pp. 22-56

** Disclaimer: Facts and opinions in all articles published on Al-MAQASID Journal are solely the personal statements of respective authors. Authors are responsible for all contents in their article(s) including accuracy of the facts, statements, citing resources, and so on. Al-MAQASID Journal disclaims any liability of violations of other parties' rights, or any damage incurred as a consequence to use or apply any of the contents of this journal.*