

T.C
İSTANBUL SABAHATTİN ZAİM ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
İSLAM İKTİSADI VE HUKUKU ANABİLİM DALI
İSLAM İKTİSADI VE HUKUKU BİLİM DALI

ŞAFİİ MEZHEBİNDE ÖRFÜN MALİ UYGULAMALARA
ETKİSİ (ÖZGÜRLÜK VE UYGULAMALI BİR ÇALIŞMA)

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Ghias Ebrahim RAZOUK

İstanbul
Ocak, 2020

T.C
İSTANBUL SABAHATTİN ZAİM ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
İSLAM İKTİSADI VE HUKUKU ANABİLİM DALI
İSLAM İKTİSADI VE HUKUKU BİLİM DALI

ŞAFİİ MEZHEBİNDE ÖRFÜN MALİ UYGULAMALARA
ETKİSİ (ÖZGÜRLÜK VE UYGULAMALI BİR ÇALIŞMA)

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Ghias Ebrahim RAZOUK

Tez Danışmanı

Dr. Öğr. Üyesi Suhel Ahmad Fadel HAWAMDEH

İstanbul
Ocak, 2020

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

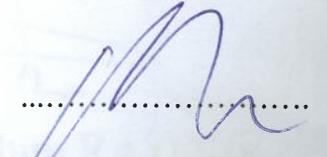
Bu çalışma, jürimiz tarafından İslam İktisadı ve Hukuku Anabilim Dalı, İslam İktisadı ve Hukuku (Arapça) Bilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Danışman Dr. Öğr. Üyesi Suhel A. F. HAWAMDEH



.....

Üye Dr. Öğr. Üyesi Abdelkader CHACHI



.....

Üye Dr. Öğr. Üyesi Mohammad Anas SARMINI



.....

Onay

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.



.....
Prof. Dr. Ömer ÇAHA
Enstitü Müdürü

BİLİMSEL ETİK BİLDİRİMİ

Yüksek Lisans olarak hazırladığım " ŞAFİİ MEZHEBİNDE ÖRFÜN MALİ UYGULAMALARA ETKİSİ (ÖZGÜRLÜK VE UYGULAMALI BİR ÇALIŞMA)" adlı çalışmanın öneri aşamasından sonuçlandığı aşamaya kadar geçen süreçte bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle uyduğumu, tez içindeki tüm bilgileri bilimsel ahlak ve gelenek çerçevesinde elde ettiğimi, tez yazım kurallarına uygun olarak hazırladığımı, bu çalışmamda doğrudan veya dolaylı olarak yaptığım her alıntıya kaynak gösterdiğimi ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğumu beyan ederim.

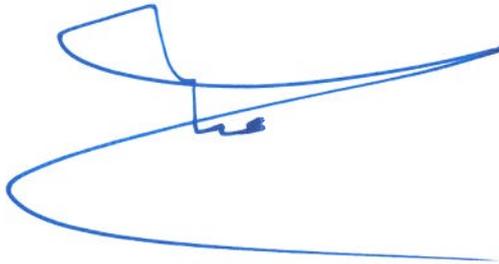


Ghias Ebrahim RAZOUK

إقرار بالتزام القواعد العلمية والأخلاقية

لقد التزمت خلال الفترة من مرحلة اقتراح رسالتي تحت عنوان " أثر العُرف على المعاملات المالية في المذهب الشافعي " {دراسة تأصيلية تطبيقية} وحتى نهاية إعدادي لهذه الدراسة بالقواعد الأخلاقية العلمية. أقر بأنني قد قمت بإعداد جميع المعلومات في الرسالة وفقاً لقواعد كتابة الرسالة التي حصلت عليها في إطار الأخلاقيات العلمية والتقاليد، وأنَّ جميع الاقتباسات التي استخدمتها في رسالتي بشكل مباشر أو غير مباشر هي كما وثقتها وأثبتتها في قائمة المراجع.

غياس إبراهيم رزوق



ÖNSÖZ

أتقدم بخالص شكري إلى مشرفي الأستاذ الدكتور سهيل حوامده الذي كان لي سنداً في إعداد رسالتي في كلّ مراحل إعدادها، كما أتقدّم بالشكر كذلك لأساتذتي الأفاضل الذين أفادونا من علومهم في مرحلة الدروس، البرفسور محمد حرب والبرفسور محمود الخالدي والأستاذ الدكتور أشرف دوابه والأستاذ الدكتور عدنان درويش وإلى كلّ الأساتذة الأفاضل ، كما أتقدم بخالص شكري إلى الأستاذ الدكتور عبد المطلب آربا رئيس قسم الاقتصاد الإسلامي الذي كان مثلاً للمرشد والموجه لكلّ طريق يسير لإتمام هذه المرحلة الدراسية، وأتوجه بكامل شكري وامتناني لأعضاء اللجنة المناقشة لقبولهم مناقشة فصول هذه الرسالة ولتكرمهم في تقديم النصح والإرشاد فالطالب قليل بنفسه كثير بأساتذته.

الإهداء

- ✓ إلى من كنت أمِّي النَّفس أنْ يكونَ شاهداً على عملي والدي رحمه الله . . .
- ✓ إلى الدَّموع الحانية التي ما جفت رغم طول الفراق أمِّي المريضة ...
- ✓ إلى زوجتي الغالية وأولادي قرة عيني ...
- ✓ إلى من طال غيابهم إخوتي وأخواتي ...
- ✓ إلى أخي واصل البائر البرور ...
- ✓ إلى كلِّ من وقف معي ...



غياس إبراهيم رزوق

شكر وتقدير

- ✓ أتقدم بالشكر الجزيل لفضيلة الدكتور سهيل حوامده لقبوله الاشراف على هذه الرسالة
فله فائق الاحترام والتقدير
- ✓ وعرفان بالجميل أشكر أخي الصديق الصدوق ضياء علي وقد أوتي من العلم والفهم
فكان خير ناصح في إتمام فصول هذه الرسالة.
- ✓ ثم شكري وامتناني لمن كان الأخ الكبير صاحب القلب الطيب الدكتور عبد العزيز
ابن حامد بن حسن السيد فله محبتي قبل شكري وتقديري.
- ✓ ومقابلة بالإحسان كلّ الشكر للمربية الفاضلة الأستاذة عبير قدسي التي كانت مثال
الأخت الكريمة فلها جزيل امتناني.
- ✓ وجزيل امتناني وتقديري لأخي وصديقي الطيب مجتبي الذي كان مثال الأنصار في
وطني الجديد تركيا.

غياس إبراهيم رزوق

ÖZET

ŞAFİİ MEZHEBİNDE ÖRFÜN MALİ UYGULAMALARA ETKİSİ (ÖZGÜRLÜK VE UYGULAMALI BİR ÇALIŞMA)

Ghias Ebrahim RAZOUK

Yüskek Lisans, İslam İktisadı ve Hukuku

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Suhel Ahmad Fadel

HAWAMDEH

Ocak - 2020 – 160 Sayfa+ xv

Bu çalışma, Şafi'i okulunda örflerin finansal işlem hükümlerinin uyarlanması üzerindeki etkisinin ne ölçüde ortaya çıktığını göstermeyi amaçlamaktadır. Bu iş Örfle amel etmenin hiçbir sakıncasının olmayacağı bir şekilde bununla alakalı esaslar konulmak suretiyle tamamlanmıştır. Şafi mezhebinde örfle amel edildiğine dair tafsili yönetime ek olarak genel bir yöntem de ortaya koydum. Şafi mezhebinde örfle istidlal hususunda uygulama kısmına geçtiğimizde örfün bütün mali muamele içeren akitlere şamil geldiğini görmekteyiz. Örfün tatbiki boyutuna baktığımızda Şafi mezhebinde her türlü mali muamelede örfün etkisini görmekteyiz. Keza teberrü Akitleri ve diğer mali muamelelerde de görmek mümkündür. Bu çalışma sırasında ortaya çıktı ki Şafiler örfle amelin çerçevesini akdi yapanların sarahaten bir ifade kullanmamaları ile sınırlamıştır. Şafiler örfle amelin çerçevesini akdi yapanların sarahaten bir ifade kullanmamalarıyla sınırlandırmışlardır.

Çalışmamız sadece geçmişle sınırlı olmasın ve toplumun maslahatını sağlayacak bir şekilde islami ekonomiyi muasır suretiyle desteklemeye olan arzumuzdan dolayı bu çalışmamız bir bölüm güncel mali muameleleri ve örfle amelin en geniş mefhumuyla Şafi mezhebinde etkisini gösterdiği muameleleri içermiştir. Bunların başında da kabzın şekli ile alakalı örfe itimat ve yine akdin muktezasına muhalif olmayan yeni yöntemler gelmektedir.

Anahtar Kelimeler: Şafiî Mezhebi, örf, muâvaza akdi, satım akitleri, günümüz mali uygulamaları.

مُلخَص الرِّسَالَة

أثر العُرف على المعاملات المالية في المذهب الشافعي {دراسة تأصيلية تطبيقية}

غياس إبراهيم رزوق

رسالة ماجستير: قسم الاقتصاد الإسلامي والفقہ

إشراف الدكتور: سهيل أحمد فاضل حوامده

كانون الثاني (يناير) - 2020، 160 صفحة + xv

تهدف هذه الدراسة إلى بيان الحدِّ الذي ظهر فيه أثر العرف على تكييف أحكام المعاملات الماليّة في المذهب الشافعي، وقد تمّ هذا الأمر من خلال وضع الأسس الضابطة للعمل بالعرف بما لا يُترك مجالاً للخلل في الأخذ به، وقد وضعتُ في سبيل ذلك المنهج العامّ للأخذ بالعرف بالإضافة للمنهج التفصيليّ للأخذ به عند الشافعية.

وبالانتقال إلى القسم التطبيقيّ في الاستدلال لأثر العرف عند الشافعية فقد تمّ تناول أثره على كلّ من عقود المعاوضات الماليّة على اختلاف أنواعها، ثمّ على عقود التبرّع، ثمّ على باقي المعاملات الماليّة الأخرى، وقد تبين من خلال هذه الدراسة أنّ الشافعية يحدّدون نطاق العمل بالعرف في حدود ما لم يصرّح به العاقدان.

وحتى لا تبقى دراستنا حبيسة الماضي، وحرصاً منّا لرفد علم الاقتصاد الإسلاميّ بصورته المعاصرة بما يحقق مصلحة المجتمع، فقد أتت الدراسة على مجموعة من المعاملات الماليّة المعاصرة والتي أثمر العمل بالعرف فيها بمفهومه الواسع عند الشافعية، في جعل هذه الصيغ التعاقدية في دائرة الجائز المسموح، وفي مقدّمة ذلك الاعتماد على العرف في هيئة القبض، والاعتماد عليه أيضاً فيما يترتب على العقد من الأشكال الجديدة للالتزامات التي لا تخالف مقتضى العقد وغير ذلك.

كلمات مفتاحية: المذهب الشافعي، العُرف، عقود المعاوضة، البيوع، المعاملات المالية المعاصرة.

ABSTRACT

THE IMPACT OF CUSTOM ON FINANCIAL TRANSACTIONS IN SHAFI'I SCHOOL (AN EMPIRICAL AND SOURCING STUDY)

Ghias Ebrahim RAZOUK

Master, Islamic Economics and Law

Thesis Supervisor: Dr. Öğr. Üyesi Suhel Ahmad Fadel

HAWAMDEH

January- 2020 ,160 pages + xv

This study aims to show the extent to which the effect of custom on the adaptation of the provisions of financial transactions in the Shafi'i school has appeared, and this was done by clarifying the controlling foundations for custom application so that there is no room for imbalance when applied, and for that I have put the general approach and the detailed approach for applying custom at the Shafi's.

And by moving to the application section in the inference of the effect of custom in the Shafi'i , a consideration for its effect on the financial compensation contracts of various types, then on donation contracts, then on the other financial transactions, and it was found through this study that Shafi'is define the scope of custom application within the limits in which the two contractors have not declared.

And in order not to keep our study trapped in the past, and in our keen to provide the Islamic economics with its contemporary form in a way that serves the interest of society, the study came on a set of contemporary financial transactions in which custom application in its wide concept of Shafi'i resulted in making these contractual forms in the permissible circle, and at the forefront of that reliance on custom at the receivables committee, and reliance on it as well, in terms of contract consequences of a new form of obligations that does not breach the contract requirements and so.

Key words: Shafi'i school, custom, netting contracts, sales, contemporary financial transaction

فهرس المحتويات

i	TEZ ONAYI
ii	BİLİMSEL ETİK BİLDİRİMİ
ii	إقرار بالتزام القواعد العلمية والأخلاقية
iii	ÖNSÖZ
iv	الإهداء
v	شكر وتقدير
vi	ÖZET
vii	مُلخّص الرّسالة
viii	ABSTRACT
ix	فهرس المحتويات
1	الفصل الأول: الإطار العام للدراسة
1	1.1. المقدمة
2	1.2. مشكلة البحث
2	1.3. أهداف البحث
3	1.4. أهمية البحث
3	1.5. أسباب اختيار البحث
3	1.6. الصعوبات التي واجهت الباحث
4	1.7. الدراسات السابقة
6	1.7.1. الجديد في الدراسة الحالية
6	1.8. منهج البحث
7	1.9. هيكل البحث
8	الفصل الثاني: العُرْف في الشريعة الإسلامية (تعريفه - حجيته واعتباره - العرف عند الشافعية)

2.1. التعريف بالعرف	8
2.1.1. العُرف في اللغة والاصطلاح	8
2.1.2. الفرق بين العُرف والعادة	13
2.2. حجية العُرف في الشريعة الإسلامية	15
2.2.1. أدلة حجية العُرف	15
2.3. ضوابط اعتبار العُرف	24
2.4. أقسام العُرف وأنواعه	32
2.4.1. العُرف القولي والعملي	33
2.4.2. العُرف العام والخاص والشرعي	35
2.4.3. العُرف الصحيح والفاقد	37
2.5. العرف عند الشافعية	38
2.5.1. معنى العرف في اصطلاح الشافعية	38
2.5.2. حدود تطبيقات العمل بالعرف عند الشافعية	39
الفصل الثالث: أثر العُرف على عقود المعاوضات المالية في المذهب الشافعي	42
إعمال العُرف في عقود المعاوضة وفيها (البيوع – الإجارة – الجعالة)	42
3.1. أولاً: البيوع	42
3.1.1. أثر العُرف في شروط عقد البيع من خلال (الصيغة، المبيع، الثمن)	43
3.1.2. أثر العُرف في بعض البيوع المنهي عنها	45
3.1.3. أثر العُرف في تحديد وضبط الأموال الربوية	47
3.1.4. أثر العُرف في ضبط التعامل بالخيارات	51
3.1.5. أثر العُرف في بيان القبض وما يتعلق بذلك	55
3.1.6. أثر العُرف في بيان الربح ورأس المال في عقد المراهقة	57
3.1.7. أثر العُرف في بيع الأصول والثمار	59

3.1.8. أثر العُزف على أركان عقد السّلم (الصّيغة، رأس مال السّلم، المسلم فيه)	60
3.2. ثانياً: الإجارة	62
3.2.1. أثر العرف على شروط صحة الإجارة من حيث (العين المؤجرة، المنفعة، مدة الإجارة، الأجرة)	63
3.2.2. أثر العُزف في بيان ما يلزم المؤجر والمستأجر	67
3.2.3. أثر العُزف في ضبط الخلاف بين المؤجر والمستأجر	69
3.2.4. أثر العُزف في انفساخ عقد الإجارة	71
3.3. ثالثاً: الجعالة	72
3.3.1. أثر العُزف على صيغة عقد الجعالة وأثره على العمل الذي يُستحق به الجعل	72
إعمال العُزف في عقود التوثيق وفيها (الرهن – التّفليس – الكفالة).....	73
3.4. أولاً: الرهن	73
3.4.1. أثر العُزف في شروط (المرهون)	74
3.4.2. أثر العُزف على انتفاع الراهن بالعين المرهونة بعد لزوم الرهن	75
3.4.3. أثر العُزف على الاختلاف في الرهن وما يتعلق به	76
3.4.4. في الرهن في مال المولى عليه	77
3.5. ثانياً: التّفليس	77
3.5.1. أثر العُزف فيما يُفعل في مال المحجور عليه بالفلس، وعلى رجوع المعامل للمفلس عليه بما عامله به ولم يقبض عوضه	78
3.5.2. أثر العُزف على التّصرف في مال المحجور عليه	79
3.6. ثالثاً: الكفالة	81
3.6.1. أثر العُزف على صيغة الكفالة	82
إعمال العُزف في عقود المشاركة وفيها (الشركات-الوكالة-المساقاة والمزارعة)	82

82.....	3.7. أولاً: الشركات
82.....	3.7.1. أثر العُزف على تقسيم الربح والخسارة في شركة العنان
83.....	3.7.2. أثر العُزف في تحديد صلاحيات الشريكين
83.....	3.8. ثانياً: الوكالة
84.....	3.8.1. أثر العُزف في شروط الموكل فيه
84.....	3.8.2. أثر العُزف في أحكام الوكالة بعد صحتها
87.....	3.9. ثالثاً: المساقاة والمزارعة
88.....	3.9.1. أثر العُزف في حجية المساقاة
88.....	3.9.2. أثر العُزف على أركان المساقاة (العاقدان، العمل والصيغة)
91.....	الفصل الرابع: أثر العُزف على عقود التبرع، وعلى العقود الأخرى، وعلى العقود المعاصرة
91.....	إعمال العُزف في عقود التبرع وفيها (العارية - الوقف - الهبة والهدية - الوصية - الإيضاء)
91.....	4.1. أولاً: العارية
91.....	4.1.1. أثر العُزف في بيان ما للمعير والمستعير في عقد العارية
93.....	4.1.2. أثر العُزف في شروط العارية (الصيغة)
93.....	4.1.3. أثر العُزف في أحكام الاختلاف في العارية
94.....	4.2. ثانياً: الوقف
94.....	4.2.1. أثر العُزف في أحكام الوقف اللفظية
96.....	4.2.2. أثر العُزف في النظر على الوقف وشرطه ووظيفة الناظر
97.....	4.3. ثالثاً: الهبة والهدية
97.....	4.3.1. أثر العُزف في أحكام الهبة
98.....	4.3.2. أثر العُزف في أحكام الهدية
99.....	4.4. رابعاً: الوصية
99.....	4.4.1. أثر العُزف في أحكام لفظية للموصى له وبه

103.....	4.5. خامساً: في الإيضاء
104.....	4.5.1. أثر العُزف في أركان الإيضاء (الموصى فيه)
104.....	4.5.2. الوصايا على أموال اليتامى
	إعمال العُزف في معاملات أخرى وفيها (الإقرار - الغصب-الضمان - الشفعة - القراض - إحياء الموات - المنافع والأعيان المشتركة - اللقطة - الوديعة)
105.....	4.6. أولاً: الإقرار
106.....	4.6.1. أثر العُزف في شروط الإقرار (الصيغة، المقر به)
107.....	4.7. ثانياً: الغصب
108.....	4.7.1. أثر العُزف في تعريف الغصب وتحديد ماهيته
108.....	4.8. ثالثاً: الضمان
108.....	4.8.1. أثر العُزف في أحكام الضمان
109.....	4.8.2. أثر العُزف في اختلاف المالك والضامن
109.....	4.9. رابعاً: الشفعة
110.....	4.9.1. أثر العُزف في ضوابط الأخذ بالشفعة
110.....	4.10. خامساً: القراض
111.....	4.10.1. أثر العُزف في أحكام عقد القراض
112.....	4.11. سادساً: إحياء الموات
113.....	4.11.1. أثر العُزف في ماهية وضوابط إحياء الموات
115.....	4.12. سابعاً: المنافع والأعيان المشتركة
115.....	4.12.1. تعريف المنفعة والأعيان لغةً واصطلاحاً
116.....	4.12.2. أثر العُزف في التزام على الحقوق المشتركة
117.....	4.12.3. أثر العُزف في حكم الأعيان المشتركة المستفادة من الأرض
117.....	4.13. ثامناً: اللقطة
118.....	4.13.1. أثر العُزف في حكم اللقطة

118.....	4.13.2. أثر العُرف في التّعريف باللقطة
119.....	4.13.3. أثر العُرف في التقاط المنبوذ الذي يوجد معه شيء
120.....	4.14. تاسعاً: الوديعة
120.....	4.14.1. أثر العُرف في ضمان الوديعة
121.....	4.15. أثر العُرف على المعاملات المالية المعاصرة
121.....	4.15.1. أثر العُرف في تحديد مالية الأشياء
124.....	4.15.2. ضوابط الأموال الربوية
125.....	4.15.3. المال المثلي والقيمي
127.....	4.15.4. أنواع العقود وأثر العُرف في تكييف نتائجها
129.....	4.15.5. دلالة صيغ العقود المعاصرة على الرضا وأثر العُرف في ذلك
131.....	أولاً: أثر العُرف في الدلالة على الرضا في التجارة الإلكترونية
133.....	ثانياً: أثر العرف في الدلالة على الرضا في العقود الخالية من الإيجاب والقبول
134.....	4.15.6. أمثلة تطبيقية لأثر العُرف على العقود المعاصرة
134.....	أولاً: في عقود المعاوضات
138.....	ثانياً: في عقود التوثيق (الكفالة)
139.....	ثالثاً: في عقود المشاركة (الوكالة)
141.....	رابعاً: في معاملات أخرى (الحوالة- الضمان- اللقطة)
143.....	الفصل الخامس: النتائج والتوصيات
143.....	5.1. النتائج
144.....	5.2. التوصيات
145.....	5.3. فهرس الكتب الواردة في المتن
159.....	5.4. قائمة المختصرات
159.....	5.5. السيرة الذاتية

الفصل الأول: الإطار العام للدراسة

1.1. المقدمة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين معلّم النَّاسِ الخَيْرِ وهاديهم بشرعه القويم، والصَّلَاةَ والسَّلَامَ على سيدنا محمد ﷺ المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وأصحابه أجمعين وبعد...

فإنّ مما لا شكّ فيه أنّ علم الاقتصاد الإسلامي بصورته المعاصرة من العلوم الجديدة، ومما لا شكّ فيه أيضاً، أنّ لهذا العلم الناشئ أساس متين يتمثل بثروة فقهية كبيرة، لم تنل حقها الكامل في البحث والدراسة، أملاً في أنّ توضع الحلول للكثير من المشكلات الاقتصادية التي تعصف بأمّتنا الإسلامية، وهذه الثروة الفقهية العظيمة دون ريب أهل لذلك، بالإضافة لما تتميّز به أحكام الشريعة من مرونة قادرة على الاستجابة لكلّ جديد، وبناء عليه فقد جاءت هذه الرسالة، لتسلّط الضوء على جانب مهم من هذا الفقه في أحد أعمدته الأساسية وهو المذهب الشافعي، وعلى وجه الخصوص من حيث تأثير الأخذ بالعرف فيه على المعاملات المالية، وهذا البحث وإن اشترك مع غيره في مقدماته الأصولية إلا أنني وفضلاً عن متابعة غيري في ذلك، فقد حررت موضوع العرف أصولياً من جهة، ومن جهة أخرى فقد قمتُ بدراسة المعاملات في هذا المذهب بشكل شامل وعلى غير مثال سابق، وحتى لا تبقى هذه الدراسة حبيسة الماضي فقد جاء الفصل الأخير لبحث في جزءٍ منه أثر العرف على المعاملات بصورتها المعاصرة، بالمقارنة مع ما توصّلنا إليه في دراستنا لأثر العرف على المعاملات عند الشافعية، وهو الأمر الذي تميّزت به جامعة إسطنبول صباح الدين زعيم، وذلك من خلال استضافة المؤتمرات والندوات والفعاليات المختلفة للاقتصاد الإسلامي، ومن خلال سعيها الدائب لرفد كوادرها العلمية بنخبة من العلماء المتميّزين، دعماً لهذا العلم الجديد والمتجدد على أيدي أساتذتنا الأفاضل، ومن خلال جهود طلابها المجدين أيضاً.

أخيراً أرجو من الله العليّ القدير أنّ يسهم هذا العمل في وضع لبنة في بناء علم الاقتصاد الإسلامي، وأن يكون زاداً يَنْتَفَعُ به كلّ طالب يبغى الفهم والعلم القويم وآخر دعوانا إنّ الحمد لله رب العالمين.

1.2. مشكلة البحث

ما هو أثر العُرف في المذهب الشافعي على المعاملات المالية؟

ويتفرّع عن هذا السؤال الرئيسي الأسئلة التالية:

- ما هو العُرف؟ وما حكم الاحتجاج به في الشريعة الإسلاميّة؟
- ما هو أثر إعمال العُرف والأخذ به في فقه المعاملات المالية في المذهب الشافعي من خلال دوره في تحديد نطاق الالتزامات المترتبة على العقود، سواء منها المنعقدة بإرادة منفردة أو التي تحتاج إلى طرفي تعاقد لكي تنعقد، وسنتبيّن ذلك من خلال التالي:
 - أولاً - عقود المعاوضة.
 - ثانياً - عقود التبرع.
 - ثالثاً - عقود التوثيق.
 - رابعاً - عقود المشاركة.
 - خامساً - معاملات أخرى.
- كيف أسهم الأخذ بالعرف في المذهب الشافعي في تحديد نطاق الالتزامات المترتبة على عقود المعاملات المالية المعاصرة، وسنتبيّن ذلك من خلال التالي
 - أولاً: أثر العُرف في تحديد ماليّة الأشياء.
 - ثانياً: أثر العُرف في تحديد نطاق الالتزامات المترتبة على عدد من العقود المتعارف عليها في عصرنا الحاضر.

1.3. أهداف البحث

- يسعى البحث لإظهار مدى اعتبار العُرف في اجتهاد الفقه الشافعي من خلال أثره على تكييف نتائج الالتزام بالأحكام العقدية تخصيصاً أو تقييداً أو إلغاءً.
- يُظهر البحث تأثر الاجتهاد الشافعي كغيره من المذاهب بالأعراف المنبثقة عن طبيعة تصرّفات النَّاس الخاضعة للتغيّر والتبدّل عبر الزمن واستجابته لذلك.
- يبرز دور العُرف كمصدر لتفسير وتبيين أحكام المعاملات المالية المعاصرة في ضوء اجتهادات فقهاء المذهب الشافعي وتفسيرهم لكيفيّة العمل بالعرف وحدود ذلك.

1.4. أهمية البحث

- أنه يتناول بالدراسة ولأول مرة أثر العُرف في المعاملات المالية بأبوابها المختلفة والمتعددة عند مذهب السادة الشافعية.
- أنه يضع أطر وضوابط واضحة للعرف المعمول به، وإلى أي مدى يمكن أن يكون العرف ملزماً ويجب العمل به.
- يُبرز مرونة الشريعة التي راعت أعراف النَّاس المتغيِّرة بتغيُّر المكانِ والزَّمان.

1.5. أسباب اختيار البحث

يرجع سبب اختيار موضوع البحث أنني لم أجد من تناول المذهب الشافعي بالدراسة والبحث من حيث تأثير العُرف في المعاملات المالية بالرغم من أن هذا المذهب يمثل جزءاً أصيلاً من تراث هذه الأمة المتمثل في أعمدة مذاهبها الأربعة الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة فوجدت من سبقني في هذه الدراسة للمذاهب الثلاثة ولم أجد من تناول هذا الموضوع عند مذهب الشافعية وما ذكرته في الدراسات السابقة مما هو متعلق ببحث العُرف وأثره عند الشافعية لا يخرج عن كونه بحث أصولي أو أنه يتناول الأمر من نطاق ضيق كمذهب الشافعي في مصر وعلى سبيل النفي لا الإثبات.

1.6. الصعوبات التي واجهت الباحث

لقد اعتمدت في دراستي لأبواب المعاملات المالية عند السادة الشافعية مزيجاً من كتب المتقدمين والمتأخرين من علماء المذهب حيث مالت كتب المتقدمين منهم إلى سهولة العبارة مع الاسترسال في سرد الأقوال المتعدد لعلماء المذهب من دون معرفة الراجح منها وهذا ما أعوزني إلى الرجوع إلى كتب المتأخرين حيث أحكم المذهب وترجّحت أقواله فكان الحكم الراجح في المذهب مع ما امتازت به عبارة هذه الكتب من درجة عالية من السبك والدقة احتجت معه إلى التركيز والدقة والرجوع إلى أكثر من حاشية وأكثر من شرح لكي يتضح المعنى وهذا ما تطلّب مني جهداً كبيراً.

قول الشافعية في كتبهم مُحتَمَل بفتح الميم الثانية إشارة منهم لترجيح الحكم في مسألة ثانية لقربها من المعنى أمّا قولهم مُحتَمَل بكسر الميم الثانية فإشعار منهم بمعنى قابل للتأويل ليس بقوة

الأول والصعوبة في الأمر أنني كنت أجد هذه المصطلحات غير مضبوطة الشكل أو غير ملحقة -على عادة الكتب القديمة- بما يبيّن أي الكلمتين هي المقصود فيلتبس المعنى ولا يظهر الحكم بناء على الاختلاف في مؤدى كلا المصطلحين. تشعب موضوع العُرف وانبساط أفراده في أبواب المعاملات إلى حد يصعب الامام بها كلّها في مثل هذه الرسالة.

1.7. الدراسات السابقة

العوائد في فقه الشافعي قضية تأثر الشافعي بالبيئة المصرية: للدكتور لمين الناجي أستاذ بدار الحديث الحسنية - الرباط وهو بحث منشور في مجلة دار الحديث الحسنية العدد الأول: يتناول موضوع تأثر الامام الشافعي بالبيئة المصرية وفقاً للعرف الجديد الذي اطلع عليه وقد أبطل هذا الادعاء ولم يسلم به، وخلصت الدراسة لتؤكد أنّ تعدد الأقوال في المذهب سببه أنّ الإمام الشافعي دائم الفحص للأدلة ودائم المناظرة مع تلامذته ومع غيرهم فهو يقول القول ثم يرجع عنه، فاخصت هذه الدراسة بموضوع العُرف من حيث القديم والجديد ولم تدرس العُرف مستقلاً عن اعتبارهما.

الاجتهاد المصلحي بالعرف وتطبيقاته في المذهب الشافعي حنان عبد الكريم القضاة، محمد خالد منصور وهو بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون المجلد 43 العدد الثاني عام 2016م كلية الشريعة الجامعة الأردنية: والبحث غلب عليه الطابع الأصولي حيث تناول العُرف باعتباره جزءاً من الاجتهاد بناء على المصلحة مع الاستشهاد ببعض الفروع الفقيه من المعاملات المالية ومن غيرها وخلص إلى عدة نتائج أهمها إثبات أنّ العُرف معمول به في المذهب الشافعي من خلال الاجتهاد المبني على المصلحة ورفع الحرج.

القديم والجديد من أقوال الإمام الشافعي من خلال كتاب منهاج الطالبين دراسة مقارنة بأشهر المذاهب الفقهية: محمد سمّيعي سيّد عبد الرحمن الرّسّاق دار ابن حزم بيروت لبنان ط 1 1426 هـ - 2005م الكتاب رسالة دكتوراه في الفقه المقارن قدمت بجامعة أم درمان الإسلامية كلية الشريعة والقانون بالسودان عام 1425 هـ - 2004م: جمع فيها

الباحث أقوال الإمام الشافعي القديم والجديد من خلال كتاب منهاج الطالبين، ثمّ قام بدراستها مقارنة بالمذاهب الفقهية المشهورة ليتوصل لعدة نتائج، من أهمّها ليس تسمية القديم والجديد من عنونة الإمام الشافعي وإنّما من فعل فقهاء الشافعية الذين أتوا بعده وربّما وصل القديم إلى ثلاثة أقوال في مقابل قول واحد في الجديد وربّما كان القول القديم أقوى حجّة ودليلاً من الجديد، ولم تخص الدراسة المعاملات المالية في المذهب.

إعمال العُرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي: محمد عبد الله بن التمين: كتاب محكم علمياً مقدم لدائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي ط 1 1430هـ - 2009م: وهي دراسة غلب عليها الطابع الأصولي في دراسة العُرف، ثمّ ليأتي القسم الثاني منها على دور العُرف على صيغ العقود سواء منها العقود المالية أم غيرها، وكل ما سبق بشكل خاص في المذهب المالكي ومن أهمّ النتائج التي خلص لها سعة المذهب المالكي بالأخذ بالعرف عن غيره من مذاهب.

العُرف حجيته - وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة: عادل بن عبد القادر قوته: رسالة ماجستير في الفقه وأصوله بكلية الشريعة جامعة أم القرى، المكتبة المكيّة مكّة المكرمة السعودية ط 1 1418هـ - 1997م: قدم فيه الكاتب رسالته في فصلين الأوّل بحث العُرف أصولياً من حيث الحجية والاعتبار والأنواع وغير ذلك، والثاني تناول أبواب المعاملات المالية عند الحنابلة بمنهج استقرائي لعدد من المدونات في المذهب، ومن أهمّ ما خلص إليه البحث، أنّ للعرف دور أصيل في كتب المذهب تأصيلاً وتحكيمياً وتفريعاً، وقد كان للأخذ بالعرف عند الحنابلة أثر كبير في رحابة المذهب في استيعاب كلّ ما جد ويجد من معاملات مما لم ينه عنه الشرع.

أثر العُرف في التشريع الإسلامي: السيد صالح عوض، والكتاب رسالة دكتوراه من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، دار الكتاب الجامعي القاهرة (د-ط) (د-ت)، وقد حرص الباحث في هذه الرسالة على إبراز مرونة الشريعة الإسلاميّة ومسايرتها لكل مستجدات الحياة، والاستشهاد لذلك من الفقه الإسلامي عامة دون التقيّد بمذهب معيّن أو باب معيّن ومن أهمّ نتائجه التي خلص إليها مرونة الشريعة واستجابتها لمتطلبات الفطرة

السليمة وتفوقها في ذلك على القوانين الوضعية وكل ذلك من خلال تأكيد دور العُرف بأقسامه وأنواعه المختلفة في الأحكام الشرعية الضابطة لأفعال المكلفين.

1.7.1. الجديد في الدراسة الحالية

- تميّزت دراستي في أنّها تناولت أثر العُرف في أحكام المعاملات المالية سواء منها ما انبنى على القول القديم أو الجديد أو غيرها من أقوال، فالعبرة في كلّ ذلك سلطان العُرف وأثره وليس نوع الاصطلاح المستعمل مما تعدد أنواعه في كتب الشافعية، وأنّ هذا الأمر تمّ مراعاته من خلال دراسة العرف في غالب كتب الشافعية وليس بخصوص كتاب واحد.

- تميّزت دراستي بتحرير موضوع العُرف من الجانب الأصولي، وأضافت إلى ذلك من الناحية الفقهية أنّها بحثت العرف في المعاملات المالية على طول أبوابها، وهذا ما أعطى سعة للوقوف على أثره عليها بشكل دقيق، ثمّ استخلص نتائج صحيحة مبنية على هذا الجانب العملي الذي جعل الله تبارك وتعالى به قوام الحياة.

- اختصت دراستي بأكثر الجوانب العملية في حياة الناس مما للأعراف كبير تأثير فيها، وهي المعاملات المالية، فالعبادات مثلاً توقيفية ولا مجال للقول فيها بما يتعارفه الناس، فلم أتطرق إليها في دراستي.

- اختصت دراستي بتبيان أثر العرف على المعاملات المالية عند الشافعية دون غيرهم من المذاهب، مع اسقاط تأثير الأخذ بالعرف على جوانب من المعاملات المالية بصورتها المعاصرة.

1.8. منهج البحث

تُقسّم الرّسالة إلى قسمين رئيسيين، القسم الأوّل ويتناول موضوع العرف من الناحية الأصولية حيث قمت باستخدام المنهج التحليلي بغية تحديد ماهية العرف المقصود بالدراسة، وفي سبيل ذلك فقد قدّمت للأمر بذكر التعاريف المشهورة للعرف، ثمّ ذكر ما هو الفرق بينه وبين العادة، ثمّ ذكر أدلّة حجّيته، ثمّ وضع الضوابط الناظمة للعمل به، ثمّ ذكر الصور والأشكال التي يتجلّى بها، وأخيراً منهج الشافعية في العمل به.

أمّا القسم الثاني فيتناول تطبيقات العمل بالعرف في أبواب المعاملات المالية عند الشافعية، وقد استعملت في سبيل ذلك المنهج الاستقرائي الجزئي، من خلال تتبع غالب المعاملات المالية التي كان للعرف أثر ظاهر في تكييف أحكامها، وقد جاء هذا الجانب التطبيقي من خلال تتبع هذه المعاملات في غالب كتب الشافعية، ثمّ قمت بعد ذلك بجمع هذه المعاملات، ثمّ تصنيفها في خمس زمر موضوعية وذلك حسب طبيعة العقود ونوع الالتزام المترتب عليها، وفي بحث المعاملات المالية المعاصرة، أتيت على طائفة من المعاملات الرائجة في زماننا الحاضر وذلك بهدف عقد مقارنة بينها وبين صورها المشابهة لما نصّ عليه الشافعية في ما للعرف أثر فيه، فاستنتجت أوجه التوافق فيما بينها.

وأخيراً فإنني لم أتعرض للمسائل التي تخص أحوال العبيد إلا ما كان منها من الأمثلة ما يصلح ليكون شاهداً لأشباهه في كلّ زمان، ثمّ إنني قمت أيضاً بعزو الآيات الكريمة الواردة في البحث إلى مواطنها في القرآن الكريم، وقمت بتخريج الأحاديث الشريفة بالاعتماد على كتب الحديث المعتمدة مع الحكم على درجة الحديث من الكتب المختصة بهذا الفن باستثناء ما رواه الشيخان، وقمت بشرح المفردات الغريبة الواردة في البحث، بالإضافة لترجمة الأعلام.

1.9. هيكّل البحث

الفصل الأوّل: الإطار العام للدراسة: ويتضمن (المقدمة، ومشكلة البحث، وأهدافه، وأهميته، وأسباب اختياره، والصعوبات التي واجهت الباحث، والدراسات السابقة، والجديد في الدراسة الحالية، وهيكل البحث)

الفصل الثاني: العُرف في الشريعة الإسلامية: ويتضمن التعريف بالعرف، وحجّيته، وأقسامه، ومنهج الشافعية في الأخذ به.

الفصل الثالث: أثر العُرف على عقود المعاوضات الماليّة في المذهب الشافعي: من خلال إعمال العرف في عقود (البيوع - الإجارة - الجعالة) (الرهن - التفليس - الكفالة) (الشركات - الوكالة - المساقاة والمزارعة)

الفصل الرابع: أثر العُرف على عقود التبرّع، وعلى العقود الأخرى، وعلى العقود المعاصرة

من خلال إعمال العرف في عقود التبرع (العارية - الوقف - الهبة والهدية - الوصية - الإيضاء) وإعماله في باقي العقود الأخرى المبسوطة في أبواب المعاملات المالية عند الشافعية وفيها (الإقرار - الغصب- الضمان - الشفعة - القراض - إحياء الموات - المنافع والأعيان المشتركة - اللقطة - الوديعة) وأخيراً إعمال العرف في جانب من المعاملات المالية المعاصرة.

الفصل الخامس: وفيه النتائج والتوصيات، ثم يليه الفهرس وقائمة المختصرات والسيرة الذاتية.

الفصل الثاني: العُرف في الشريعة الإسلامية (تعريفه - حجته واعتباره - العرف عند الشافعية)

2.1. التعريف بالعرف

2.1.1. العُرف في اللغة والاصطلاح

معنى العُرف في اللغة: ورد للعرف في اللغة معانٍ عدة:

المعنى الأول: يدلُّ على تتابع الشيء متصلاً ببعضه ببعض، ومنه عُرف الفرس، وسُمِّي بذلك لتتابع الشَّعر عليه.¹

المعنى الثاني: يدل على السكون والطَّمأنينة: ومنه المعرفة والعرفان، حيث نقول: عُرف فلان فلاناً عرفاناً ومعرفةً، وهذا أمر معروف، أي يدل على السكون إلى الشيء لأنَّه من أنكر شيئاً توحَّش منه ونَبأ عنه.²

¹ انظر أبو الحسين، أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة (دار الفكر) (د-ط) (د-ت) (281/4) وانظر الجوهري، إسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، الطبعة 2 (بيروت: دار العلم للملايين، 1979م) (1401/4)

² انظر أبو الحسين، مقاييس اللغة (281/4) وانظر الصالح، صبحي، دراسات في فقه اللغة، الطبعة 3 (بيروت: دار العلم للملايين، 1968م) (177) وانظر الجوهري، الصحاح (1401/4)

المعنى الثالث: تميز أعلى الشيء أو ظاهره بلمح يدل عليه أو على أمر فيه ومنه (عُرِفَ الرَّمْلُ والجبل: ظَهْرُهُ وأعالیه)³

العرفان: العلم، ورجل عُرُوفٌ: عَارِفٌ يَعْرِفُ الأمور والعارِفُ: العالم. وأمر عَرِيفٌ وعارِفٌ: مَعْرُوفٌ. وعَرَفَهُ الأمر: أَعْلَمَهُ إِيَّاهُ وعرفه بيته: أَعْلَمَهُ بِمَكَانِهِ وعَرَفَهُ به: وَسَمَهُ. والمَعْرُوفُ: ضِدُّ المنكر والعرف: ضِدُّ التُّكْرِ والتَّعْرِيفُ: الإِغْلَامُ، وضِدُّ التَّنْكِيرِ.⁴

وقد ورد استعمال لفظه في القرآن الكريم بحسب المعاني السابقة في أكثر من موضع فجاء مرة مفرداً ومرة مجموعاً فمثال المفرد قوله تعالى: {وَالْمُرْسَلَاتِ عُرْفًا} (المرسلات: 1) حيث فُيِّسَ بالرياح المتتابعة كعرف الفرس، وقوله تعالى: {خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ} (الأعراف: 199) وهو كلَّ خصلة حسنة ترتضيها العقول وتطمئن إليها النفوس ومثال ما جاء مجموعاً قوله سبحانه وتعالى: {وَعَلَى الْأَعْرَافِ رِجَالٌ} (الأعراف: 46) وهو الحجاب الحاجز أي السور أي على أعراف السور وهي شُرْفُهُ⁵

³ جبل، محمد حسن حسن، المعجم الاشتقاقي المؤصل لألفاظ القرآن الكريم، الطبعة 1 (القاهرة: مكتبة الآداب، 2010م) (1448) وأنظُرُ الجوهري، الصحاح (1401/4)

⁴ ابن منظور، أبو الفضل، جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب (بيروت: دار صادر) (9/36) والفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، الطبعة 8 (بيروت: مؤسسة الرسالة، 2005م) (836-837) وأنظُرُ الجوهري، الصحاح (1401/4)

⁵ أنظُرُ البأحسين، يعقوب بن عبد الوهاب، قاعدة العادة محكمة، الطبعة 2 (الرياض: مكتبة الرشد، 2012م) (33) وأنظُرُ جبل، محمد حسن حسن، المعجم الاشتقاقي المؤصل (1450 وما بعدها) وأنظُرُ الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن، الطبعة 1 (القاهرة: دار هجر، 2001م) (583-580/23) وأنظُرُ النسفي، أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود، تفسير النسفي، مدارك التنزيل وحقائق التأويل، الطبعة 1 (دمشق، بيروت، دار الكلم الطيب، 1998م) (626/1) وأنظُرُ القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنته من السنة وآي الفرقان، الطبعة 1 (بيروت: مؤسسة الرسالة، 2006م) (226/9)

معنى العُرف في الاصطلاح الشرعي

وردت عدة تعريفات للعرف بالمعنى الشرعي أذكر منها تعريفين:

التعريف الأوّل: وهو يضم عدة تعريفات تكاد تجتمع فيما بينها على مفردات واحدة وهي

تعريف الجرجاني⁶ ما استقرّت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقّته الطباع بالقبول وهو حُجّة.⁷

تعريف الشيخ زكريا الأنصاري⁸ ما استقرّت عليه النفوس بشهادة العقول وتلقّته الطباع بالقبول وهو حُجّة.⁹

تعريف الكفوي¹⁰ هو ما استقرّ في النفوس من جهة شهادة العقول وتلقّته الطباع السليمة بالقبول.¹¹

شرح التعريفات السابقة: هذه التعريفات معناها واحد لكن بعضها قيّد الطباع بالسليمة وبعضها أطلق ذلك والأمر في هذا هيّن، والذي تفيده التعريفات المذكورة، أنّ العُرف هو

⁶ الجرجاني، علي بن محمد بن علي، المعروف بالشريف الجرجاني. ولد في تاكو قرب استراباد ودرس في شيراز ومات فيها (740-816هـ، 1340-1413م)، فيلسوف من كبار العلماء بالعربية وله قرابة خمسين مصنفاً، منها التعريفات، وشرح مواقف الإيجي، وشرح السراجية في الفرائض، والكبرى والصغرى في المنطق، ورسالة في فن أصول الحديث، وشرح التذكرة للطوسي... وغير ذلك. انظر الزركلي، خير الدين، الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين، الطبعة 15 (بيروت: دار العلم للملايين، 2002م) (7/5)

⁷ الجرجاني، علي بن محمد بن السيد الشريف، معجم التعريفات (القاهرة، دبي: دار الفضيلة) (125)

⁸ زكريا زين الدين الأنصاري، ولد سنة 823 هـ في مصر، عالم بالقراءات والفقه والقضاء وسائر العلوم الشرعية حتّى أذن له بالإفتاء ومن أساتذته ابن حجر العسقلاني وغيره ومن تلاميذه، شهاب الرملي وولده شمس الرملي وابن حجر الهيتمي وله الكثير من المؤلفات كشرح الروض، وشرح البهجة، والمنهج وشرحه الذي يعتبر عمدة كلّ مدرس عاش 103 سنوات وتوفي سنة 926 هـ، انظر الغزّي، نجم الدين محمد بن محمد، الكواكب السائرة بأعيان المائة العاشرة، الطبعة 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1997م) (198/1-203 و207)

⁹ الأنصاري، زكريا بن محمد، الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، الطبعة 1 (بيروت: دار الفكر المعاصر، 1991م) (72)

¹⁰ أبو البقاء، (1094-1683م) أيوب بن موسى الحسيني القريني الكفوي، أبو البقاء، صاحب الكلّيات، كان من قضاة الأحناف، عاش وولي القضاء في كفه بتركيا، وبالقدس، وبغداد. وعاد إلى إستانبول فتوفي بها، ودفن في تربة خالد، وله كتب أخرى بالتركية. الزركلي، الأعلام (38/2)

¹¹ الكفوي، أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني، الكلّيات، الطبعة 2 (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1998م) (617)

الأمر الذي اطمأنت إليه النفوس وتحقق في قراراتها وألفته وفقاً لاستحسان العقل وتلقاه أصحاب الذوق السليم في الجماعة بعدم الانكار، وهذا الاستقرار والقبول إنما هو نتيجة الاستعمال الشائع المتكرر الصادر عن الميل والرغبة، والتعريفات شاملة لكل ما استقر في النفوس سواء كان قولاً أو فعلاً.¹²

فيخرج من التعريف

ما حصل اتفاقاً وبطريق الندرة مما لم يعتبره الناس حيث لا يعتبر عُرفاً لأنه لم يستقر في النفوس. كما يخرج ما استقر لا من جهة العقول كتعاطي المسكرات وأنواع الفجور التي استقرت من جهة الأهواء والشهوات وما استقر في النفوس بسبب حادث خاص كفساد الألسنة المستقرة من اختلاط العرب بغيرهم وكالأمور الاتفاقية وغيرها مما لم يتأت من جهة العقول. كما يخرج من التعريف ما لم تتلقه الطباع السليمة بالقبول لكونه حينئذ نكراً لا عُرفاً فإذا ما تم تحقق الاستعمال المعقول الشائع المتكرر الصادر عن الميل والرغبة فحصل به الاستقرار في النفوس وقبول أصحاب الطباع السليمة له فقد تحقق العُرف قولاً أو عملاً ولكن ذلك لا يعني أنه معتبر من قبل الفقهاء لأن الاعتبار له شروط وراء حقيقة العُرف.¹³

التعريف الثاني: عادة جمهور قوم في قول أو فعل.¹⁴

شرح التعريف: يفهم من التعريف السابق أمور عدة وهي:

1- إن العُرف هو نوع من العادة.¹⁵

¹² انظر أبو سنة، أحمد فهمي، العرف والعادة في رأي الفقهاء (مطبعة الأزهر، 1947م) (د-ط) (8) وانظر الباحثين، قاعدة العادة محكمة (34-35) وانظر عوض، السيد صالح، أثر العرف في التشريع الإسلامي (القاهرة: الناشر دار الكتاب الجامعي) (د-ت) (د-ط) (51)

¹³ انظر أبو سنة، العرف والعادة (8-9) وانظر الباحثين، قاعدة العادة محكمة (35)

¹⁴ الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، الطبعة 1 (دمشق: دار القلم، 1998م) (2/ 872)

¹⁵ انظر أبو زهرة، محمد، أصول الفقه (دار الفكر العربي) (د-ط) (د-ت) (273) وانظر الزرقا، المدخل الفقهي العام (2/ 873) وانظر السدلان، صالح بن غانم، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، الطبعة 1 (الرياض: دار بلنسية، 1417هـ) (334)

2- كلمة (الجمهور) في التعريف تدل على أنه لا يسمى أمر من الأمور عُرفاً حتى يتحقق موضوعه في مقدار عددي من الناس وهم أكثر القوم وذلك في المكان الذي يجري به، فإذا لم يتحقق ذلك فهو أمّا عادة فردية، أو عادة مشتركة إذا تساوت أعداد فاعلوه وتاركوه وهو بطبيعة الحال لا يأخذ حكم العُرف ولا ينضوي تحته عند الاطلاق.¹⁶

3- يدل التعريف أنّ للعرف أنواع فمن جهة يُقسم إلى عُرف قولي وعرف لفظي وهو المستفاد من عبارة (في قول أو فعل) ومن جهة أخرى يؤخذ من ذكر لفظة (قوم) مُنكَرَةً وجود عُرف عام وعرف خاص فما كَانَ من الأفعال قاصراً على جماعة معينة كالتجار مثلاً فهو عُرف خاص وما توسّع منها ليشمل كلّ النَّاس فهو عُرف عام.¹⁷

4- أخيراً يستفاد من عبارة (من قول أو فعل) أنّ ما ينطبق عليه اسم العُرف من الأقوال والأفعال هو ما كَانَ نابعاً منها عن تفكير واختيار كاستعمال وحدة الوزن لبعض الأصناف والكيل لبعضها الآخر والعدد لأصناف أخرى وهكذا... ومثل التعامل ببعض أنواع من العقود كالاستصناع مثلاً، وأما ما يتكرر من الأمور التي لا تنبعث عن تفكير واختيار كسرعة البلوغ في الأقاليم الحارة وتأخّر ذلك في الباردة فهذه الأشياء لا تسمى عُرفاً حتى لو اطردت وغلبت في بعض الأماكن، لأنّها ناتجة عن أحوال الطبيعة وليس عن تدبّر وعقل ويخرج من التعريف أيضاً ما استقر من جهة لا من جهة العقول فكان مبعثه الهوى مثل الفجور.¹⁸

والذي يظهر من التعريفات السابقة أن استعمال العُرف في الاصطلاح يوافق ما ذكرناه من الأصول اللغوية المذكورة، ففيه تتابع أي متابعة بعض النَّاس بعضاً

¹⁶ انظر الزرقا، المدخل الفقهي العام (873/2) وانظر السدلان، القواعد الفقهية الكبرى (336)

¹⁷ انظر الزحيلي، وهبة، أصول الفقه الإسلامي، الطبعة 1 (دمشق: دار الفكر، 1986م) (828/2) وانظر أبو زهرة، أصول الفقه (274) وانظر الزرقا، المدخل الفقهي العام (873 /2) وانظر البركتي، محمد عميم الإحسان المجدي، التعريفات الفقهية، الطبعة 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 2003م) (145)

¹⁸ انظر الزرقا، المدخل الفقهي العام (874-873/2) وانظر الحسين، وليد بن علي، مجالات إعمال العرف (بحث للمؤلف) (9-10) (د-ط) (د-ت) (د-د)

والاستمرارية على العمل بما ارتفع من المحسوسات وكرم من المعاني، كما أنّ فيه طمأنينة النفس وارتياحها للأخذ به.¹⁹

2.1.2. الفرق بين العُرف والعادة

تعريف العادة لغةً واصطلاحاً

العادة في اللغة: الدَّيْدُنُ بفتح الدال الأولى وكسرهما.²⁰ يقال: ما زال ذلك دِينَكَ ودَأْبَكَ ودَيْدِنَكَ: كلُّه من العادة.²¹ والعُود: الرجوع تجدد وتكرر لوجود الشيء في المكان أو لوجود الحال.²²

العادة في الاصطلاح: للعادة تعريفات عدة ذكرها العلماء في كتبهم إلا أنني وجدتهم يتفقون على التعريف الذي أورده ابن أمير الحاج²³ لها حيث قال في تعريفها: هي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية.²⁴

فإِذَا كَانَ تَكَرُّرُهَا نَاشِئاً عَنْ عِلَاقَةٍ عَقْلِيَّةٍ وَهِيَ الَّتِي يَحْكُمُ فِيهَا الْعَقْلُ بِهَذَا التَّكَرُّارِ لَمْ يَكُنْ عِنْدُنَا مِنْ قَبِيلِ الْعَادَةِ بَلْ مِنْ قَبِيلِ التَّلَازِمِ الْعَقْلِيِّ وَذَلِكَ مِثْلَ تَكَرُّرِ حَدُوثِ الْأَثَرِ كُلَّمَا حَدَثَ مَوْثَرُهُ ذَلِكَ لِأَنَّ الْمَوْثَرَ عِلَّةٌ لَا يَتَخَلَفُ عَنْهَا مَعْلُومُهَا كَتَحَرُّكِ الْحَاتِمِ بِحَرَكَةِ الْإِصْبَعِ وَتَبَدُّلِ مَكَانِ الشَّيْءِ

¹⁹ البأحسين، قاعدة العادة محكمة (33) وأنظر أبو سنة، العرف والعادة (7)

²⁰ أنظر الفيروز آبادي، القاموس المحيط (1195)

²¹ أنظر ابن منظور، لسان العرب (368 / 1)

²² جبل، المعجم الاشتقاقي المؤصل (1419)

²³ محمد بن حسن بن علي بن سليمان بن عمر بن محمد الشمس الحلبي الحنفي ويكنى بابن أمير حاج وبابن الموقت.

ولد سنة 825 بجلب ونشأ بها حفظ القرآن عند إبراهيم الكفرناوي وتفقه على العلاء الملقبي وأخذ العربية والمنطق عن الزين عبد الرزاق أحد تلامذة العلاء البخاري، ورحل إلى حماة والقاهرة طلباً للعلم ولازم ابن الهمام في الفقه، شرح منية المصلى وتحرير شيخه ابن الهمام وتصدى للإفتاء والافتاء، وتوفي سنة 79. أنظر السخاوي، شمس الدين محمد بن عبد الرحمن، الضوء اللامع لأهل القرن التاسع (بيروت: دار الجيل) (د - ط) (د - ت) (211-210/9)

²⁴ الحلبي، ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير على التحرير في أصول الفقه لكامل الدين ابن الهمام الحنفي، الطبعة 1 (بيروت:

دار الكتب العلمية، 1999م) (340/1)

بحركته فهذه ليست من العادات حتى لو تكررت لأنه ناشئ عن تلازم وارتباط في الوجود بين العلة والمعلول يقضي به العقل وليس ناشئاً عن الطباع أو الميول أو العوامل الطبيعية.²⁵

يتبين من هذا التعريف الاصطلاحي للعادة أن لها مفهوم شامل، فلفظ الأمر الذي يُعتبر من أوسع ألفاظ اللغة دلالة على العموم، يشمل كل ما تكرر من أقوال وأفعال، سواء الصادر منها عن الفرد كعاداته في نومه أو ما يصدر عن الجماعة، والذي يصدر عن الجماعة سواء أكان مصدره العقل والتفكير الحسن فهو العرف، وسواء أكان مصدره الهوى والشهوة كأكل المال بالباطل والظلم وهو الذي يُعرف بفساد الزمان، وتشمل العادة أيضاً ما كان مصدره أمراً طبيعياً كتأخر البلوغ في الأقاليم الباردة وإسراعها في الأقاليم الحارة، وتشمل ما ينشأ عن الحوادث الخاصة كانتشار اللحن الناشئ عن اختلاط العرب بالأعاجم، فكل ما تقدم هو في نظر الفقهاء من قبيل العادات وله اعتبار لديهم في الأفضية والافتاء.²⁶

فما كان منها موافقاً للعرف في مفهومه أخذ حكمه وما خالفه اختص بأحكام أخرى والله أعلم.

العلاقة بين العرف والعادة

اختلف العلماء في العلاقة بين العرف والعادة فمنهم من ساوى بينهما، فاعتبروهما بمعنى واحد نظراً للنتيجة الواحدة التي يُفضيان إليها²⁷، فوجدهم يستعملونهما في تعريف واحد بقولهم: العادة والعرف ما استقر في النفوس... إلخ²⁸ وفي ذات السياق نجد من العلماء من يؤكد تساويهما في المعنى بقولهم: العرف والعادة في لسان الشرعيين لفظان مترادفان معناهما واحد²⁹، ومنهم من جعل العرف مختص بالأقوال، أما العادة فمختصة بالأفعال، والذي يتبين مما سبق

²⁵ أنظر الزرقا، المدخل الفقهي العام (871/2) وأنظر أبو سنة، العرف والعادة (10).

²⁶ أنظر الزرقا المدخل الفقهي العام (871/2-872) وأنظر أبو سنة، العرف والعادة (10-11)

²⁷ أنظر البغا، مصطفى ديب، أثر الأدلة المختلف فيها، (دمشق: دار الامام البخاري) (د-ط) (د-ت) (243)

²⁸ أنظر أبو سنة، العرف والعادة (12) نقلاً عن المستصفي للنسفي

²⁹ أنظر خالاف، عبد الوهاب، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، الطبعة 6 (الكويت: دار القلم، 1993م)

من التعريفات التي اخترناها لكليهما أن العادة أعم من العرف لأنها تشمل العادة الناشئة عن الفرد، كما تشمل عادة الجمهور التي هي العرف فيكون النسبة بينهما العموم والخصوص المطلق الذي يعني أن أحدهما أعم مطلقاً والآخر أخص مطلقاً وعلى هذا فالعادة أعم دائماً والعرف أخص دائماً فيقال عن كلِّ عُرْف عادة ولا يقال عن كلِّ عادة عُرْف لأنَّ العادة قد تكون فردية وقد تكون جماعية، وهناك رأي يقول إنَّ العرف هو الأعم والعادة هي الأخص وهذا على خلاف الرأي السابق.³⁰

وخلاصة القول في تبيين النسبة بين العرف والعادة في اصطلاح علماء الشريعة الإسلامية، هو أن هذين اللفظين تمَّ استعمالهما في ميدان التشريع الإسلامي، كمفهومين لم تضح حدود كلِّ منهما بشكل واضح، بل استعمالاً بشكل مترادفٍ أيضاً وذلك في غالب الأوقات، أمَّا علماء القانون الذين يعتبرون العرف أحد مصادر الحقوق المباشرة، فهو قاعدة قانونية عندهم، فقد ميَّزوه عن العادة، بأنه ملزمٌ لطرفي العقد حتى لو كانا يجهلان به، أمَّا العادة فإنَّها غير مُلزمة لهما إلا إذا قصدا التعويل عليها صراحة أو دلالة.³¹

2.2. حجية العرف في الشريعة الإسلامية

2.2.1. أدلة حجية العرف

إنَّ العمل بالعرف عند الشافعية مبنيٌّ على الأخذ بالمصلحة المعتبرة شرعاً في عموم نصوص الشريعة.³²

فبالنظر إلى العرف الذي ينشأ في أوساط النَّاس، نجد أنَّه منذ وجوده يحقق لهم مصلحة هم بحاجة لها، وهذا دليل استمراره بينهم، فإذا أريد إلغاؤه ونزعهم عنه، فسوف يؤدي ذلك إلى

³⁰ انظر الزامل، عبد المحسن بن عبد الله، شرح القواعد السعدية، الطبعة 1 (الرياض: دار أطلس، 2001م) (96-97) وانظر الزرقا، المدخل الفقهي العام (874/2) وانظر أبو سنة، العرف والعادة (13) وانظر دُومَرُز، إبراهيم كافي، دراسات فقهية وأصولية، الطبعة 1 (إستانبول: نشرات وقف الديانة التركي، 2019م) (156)

³¹ انظر المرجع السابق (م.س) (157)

³² انظر حنان عبد الكريم القضاة ومحمد خالد منصور، الاجتهاد المصلحي بالعرف وتطبيقاته في المذهب الشافعي (وهو بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون المجلد 43 العدد 2 عام 2016م كلية الشريعة الجامعة الأردنية) (695)

وقوعهم في الضيق والحرج، لذلك فالأولى أن تُقرّ هذه الأعراف ويعمل بها رفعاً للحرج عنهم، وعند ذلك لا يكون بناء الأحكام على العرف من باب أنه دليل شرعيّ مستقلّ كالقرآن والسنة وإنما من باب المصلحة برفع الحرج المقرر في كتاب الله وفي سنة رسول الله ﷺ { يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ } (البقرة: 185) { وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُم فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ } (الحج: 78).³³

والأدلة التالية من القرآن والسنة ووجه الاستدلال بها يؤكّدان هذا المبدأ الذي بيني الأخذ بالعرف على المصلحة المرعية في التيسير على الناس والتي نصّت عليها عموم أدلة الشرع.

من القرآن الكريم

الدليل الأوّل: قوله تعالى { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَأْذِنَكُمْ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ مِنْ قَبْلِ صَلَاةِ الْفَجْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُمْ مِنَ الظَّهيرةِ وَمِنْ بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ ثَلَاثُ عَوْرَاتٍ لَكُمْ } (النور: 58) ووجه الاستدلال بالآية الكريمة على حجية العرف أمره جل شأنه بطلب الأذن في أوقات جرى فيها العرف بالابتدال³⁴ وخلع الثياب والتعريّ فانبنى الحكم الشرعي على وفق ما جرى به العرف.³⁵

الدليل الثاني: قوله تعالى { وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا } (البقرة: 233) فقد فسّر المعروف في هذه الآية بما تعارفه الناس³⁶

وقوله تعالى { بالمعروف } يدل على أن الواجب من النفقة والكسوة هو على قدر حال الرجل في إعساره ويساره إذ ليس من المعروف إلزام المعسر أكثر مما يقدر عليه ويمكنه، ولا إلزام الموسر

³³ انظر شلي، أصول الفقه الإسلامي (335)

³⁴ البذل، ضد المنع. والابتدال، ضد الصيانة. والمبتدلة من الثياب، ما يلبس ويمتحن ولا يُصان. انظر ابن منظور، لسان العرب (50/11)

³⁵ انظر العلائي، أبو سعيد خليل بن كيكليدي الشافعي، المجموع المذهب في قواعد المذهب، الطبعة 1 (الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1994م) (401/2) وانظر، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (332/15) وانظر الحسين، مجالات أعمال العرف (12-13)

³⁶ انظر الباحثين، قاعدة العادة محكمة (121-122)

الشيء الطفيف، ويدل أيضاً على أنّها على مقدار الكفاية مع اعتبار حال الزوج وقد بين ذلك بقوله عقيب ذلك { لا تكلف نفس إلا وسعها } فإذا اشتطت المرأة وجلبت من النفقة أكثر من المتعارف لمثلها لم تُعطَ وكذلك إذا قصر الزوج عن مقدار نفقة مثلها في العُرف لم يحل ذلك وأجبر على نفقة مثلها³⁷

فمن الملاحظ أنّ الله تعالى أرجع أمر النفقة للعرف لأنّ أمرها لم يكن معلوماً لمن أراد تطبيق حكمها ولو كان ظاهراً ما أدخله الله تعالى في المعروف.³⁸

الدليل الثالث: من الأدلة على حجية العُرف في القرآن الكريم قوله تعالى في الطلاق: { لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا } (الطلاق: 7) أيضاً في هذه الآية لم يحدد الله تعالى مقدراً للإنفاق فلم يكن له بذلك نصاب محدد بل أحيل أمرها إلى العُرف فالعرف من الأدلة الأصولية التي أناط الله تعالى بها أحكام الحلال والحرام، وأيضاً هذا الاعتبار متحقق في الكفارة بقوله تعالى { فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ } (المائدة: 89) وبقوله تعالى: { فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا } (المجادلة: 4) ووجه الاحتجاج بهذه الآيات وما شابهها ظاهر من خلال ترك بيان مقدار النفقة وإحالة ذلك للوسط والسعة وهذا يدل على أنّ تقديرها منوط بالمتعارف عليه.³⁹

³⁷ الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن (بيروت: دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، 1992م) (106-105/2) وأنظر الباحثين، قاعدة العادة محكمة (122)

³⁸ أنظر ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، الطبعة 3 (بيروت: دار الكتب العلمية، 2003م) (274/1) وأنظر الباحثين، قاعدة العادة محكمة (122)

³⁹ أنظر ابن العربي، أحكام القرآن (290-289/4) وأنظر الباحثين، قاعدة العادة محكمة (122)

من السنة المطهرة

أولاً: السنة القولية

الدليل الأول: ما روي عن النبي ﷺ: (مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن) ⁴⁰ فقد قرر علماء الشافعية أنّ جميع مسائل الفقه تعود إلى قواعد خمس وإن القاعدة الرابعة من هذه القواعد هي قاعدة {العادة محكمة} مستندين في ذلك إلى نصّ هذا الحديث بل إنهم قرروا أنّ هذا الحديث أصل لهذه القاعدة. ⁴¹

وقد اعترض على هذا الدليل من وجهين:

الوجه الأول: أنّه ليس حديثاً وإنما هو أثر مروى عن ابن مسعود رضي الله عنه فلم يوجد له أصل في كتب الحديث يكون به مرفوعاً ولا حتى بسند ضعيف وإنما هو قول لعبد الله بن مسعود موقوف عليه. ⁴²

⁴⁰ أخرجه مالك، أبو عبد الله مالك بن أنس الاصبحي عالم المدينة، موطأ الإمام مالك، ورقم الحديث (241)، الطبعة 2 (المكتبة العلمية) (91) وأخرجه ابن حنبل، الإمام أحمد، مُسند الأمام احمد بن حنبل، ورقم الحديث (3600)، الطبعة 1 (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1999م) (84/6) وأخرجه الحاكم، أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرک على الصحيحين، رقم الحديث (4465) قال الحاكم هذا حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه وله شاهد أصح منه إلا أن فيه إرسالاً، وقال الذهبي في التلخيص، صحيح، الطبعة 2 (بيروت: دار الكتب العلمية، 2002م) (84-83/3)

⁴¹ انظر السبوتي، جلال الدين عبد الرحمن، الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، الطبعة 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1983م) (7) وانظر ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الاشباه والنظائر على مذهب ابي حنيفة النعمان، الطبعة 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1999م) (79) وانظر البأحسين، قاعدة العادة محكمة (123-124) وانظر عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي (176-177) وانظر الزرقا، المدخل الفقهي العام (1/144) ⁴² انظر العلاني، المجموع المذهب، (400-399/2)

الوجه الثَّاني: يرى بعض العلماء أن هذا الحديث دليل على حجية الاجماع: قال الآمدي⁴³ "فإنَّ قوله (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن) إشارة إلى اجماع المسلمين"⁴⁴

الدليل الثَّاني: ما رُوِيَ عن النَّبي ﷺ قوله: (المكيال مكيال أهل المدينة والوزن وزن أهل مكَّة)⁴⁵

⁴³ عليّ بن أبي عليّ بن محمد بن سالم التعلبي سيف الدّين الآمدي الأصولي المتكلم، أحد أذكى العالم: ولد بعد سنة 550 بقليل بمدينة آمد في ديار بكر، وقرأ بها القرآن ثمّ قرأ القراءات في بغداد، تفقّه على أبي الفتح الحنبلي ثمّ انتقل للشافعية وسمع الحديث من ابن شاتيل وعلم الخلاف من ابن فضلان واتفق علم النّظر واصول الدّين والفقّه حتّى أخذ عنه ذو الفهم العلم بأنواعه ومن كتبه في أصول الفقّه (الإحكام - المنتهى - منائح القرائح) توفي بدمشق سنة 583. انظر السبكي، تاج الدّين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي، طبقات الشّافعية الكبرى، الطبعة 2 (مصر: مطبعة هجر، 1992) (306/8-307) وانظر ابن خلكان، أبو العباس شمس الدّين أحمد بن محمد بن أبي بكر، وفيات الأعيان، (بيروت: دار صادر، 1978م) (294/3)

⁴⁴ الآمدي، علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، الطبعة 2 (دمشق- بيروت: المكتب الإسلامي، 1402هـ) (159/4) وانظر ابن التمين، محمد عبد الله، إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي، الطبعة 1 (دبي: دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري: 2009م) (65-66)

⁴⁵ أخرجه أبو داود، سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني الأمام الحافظ، سنن أبي داود، رقم الحديث (3340)، الطبعة 1 (دمشق: دار الرسالة العالمية، 2009) (227/5-228) قال المناوي، صححه ابن حبان والدارقطني والنووي وابن دقيق العيد والعلائي ورواه بعضهم عن ابن عباس قيل وهو خطأ ورمز المصنف لحسنه، المناوي، محمد عبد الرؤف المناوي، فيض القدير شرح الجامع الصغير، الطبعة 2 (بيروت: دار المعرفة، 1972) (374/6) وأخرجه النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخرساني النسائي، المجتبى من السنن، السنن الصغرى للنسائي، بشرح السيوطي وحاشية السندي، رقم الحديث (2520)، الطبعة 2 (بيروت: دار البشائر الإسلامية، 1994م) (54/5)

قال العلائي الشافعي⁴⁶ "ووجه الدلالة منه أن أهل المدينة لما كانوا أهل نخيل وزرع اعتبر عرفهم في مقدار الكيل، وأهل مكة كانوا أهل متاجر فاعتبرت عرفهم في الوزن - والمراد بذلك فيما يتقدر شرعاً كنصاب الزكوات ومقدار الدّيات وزكاة الفطر والكفارات وغير ذلك"⁴⁷

الدليل الثالث: (قضاء النبي ﷺ في ناقة البراء بن عازب رضي الله عنه لما دخلت حائطاً فأفسدت عليه ففضى النبي ﷺ أنّ على أهل الحوائط حفظها بالنهار وعلى أهل المواشي حفظها بالليل)⁴⁸

فيلاحظ أن النبي ﷺ أقام الصّمان وفقاً لما كانت تجري به الأعراف آنذاك فقد تعارفوا ترك الماشية ترعى نهاراً فيما كانوا يجسونها في الليل عند المبيت، أمّا عُرف أصحاب الأراضي والزرع فهي أن يكونوا عند هذه الأموال بالنهار فقط أمّا بالليل فتكون بلا أصحابها.⁴⁹

⁴⁶ خليل بن كيكليدي بن عبد الله صلاح الدين أبو سعيد العلائي الدمشقي المقدسي ولد بدمشق سنة 694 وأخذ علم الحديث عن المزي وغيره وأخذ الفقه عن الشيخين برهان الدين الفزاري وكمال الدين ابن الزمكاوي، درس بدمشق ثمّ القدس تميّز بالحفظ والاتقان، وكان إماماً بالفقه والأصول والحديث والرجال صنّف في الحديث كتاب (المراسيل) وله كتاب في المدلسين وصنّف في النظائر الفقهية كتاب (القواعد) حيث جمع فيه علمي الأصول والفروع توفي سنة 761. أنظر ابن قاضي شبهة، أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن محمد تقي الدين، طبقات الشافعية، الطبعة 1 (بيروت: عالم الكتب، 1987م) (3/91-93)

⁴⁷ العلائي، المجموع المذهب، (2/403-404) وأنظر شرف الحق، أبي عبد الرحمن الشهير بمحمد أشرف بن أمير العظيم آبادي، عون المعبود على سنن أبي داود، رقم الحديث (3340) (1437) (عمّان، الرياض: بيت الأفكار الدولية) (1437)

⁴⁸ أخرجه، أبو داود، سنن أبي داود رقم الحديث (3569) (5/421) وأخرجه ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه القزويني، السنن، رقم الحديث (2332)، الطبعة 1 (دمشق: دار الرسالة العالمية، 2009م) (3/423) والحديث صححه العيني، أنظر العيني، بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد، عمدة القاري شرح صحيح البخاري (دمشق: دار الفكر) (د-ط) (د-ت) (9/103) وقال الزرقاني، الحديث من مراسيل الثقات وتلقاه أهل الحجاز وطائفة من العراق بالقبول وجرى عمل أهل المدينة عليه. أنظر الزرقاني، العلامة سيدي محمد، شرح الزرقاني على صحيح الموطأ للإمام مالك بن أنس، وبهامشه صحيح سنن المصطفى ﷺ جمع أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني (المطبعة الخيرية) (د-ط) (د-ت) (3/212)

⁴⁹ أنظر العلائي، المجموع المذهب، (2/404-405) وأنظر ابن النجار، محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوح الحنبلي، شرح الكوكب المنير المسمى بـ مختصر التحرير أو المختبر المبتكر شرح المختصر في أصول الفقه، (الرياض: مكتبة العبيكان، 1993م) (د-ط) (4/452) وأنظر الحسين، مجالات إعمال العرف (13)

وقد اعتبر العلائي الشافعي وابن النجار الحنبلي⁵⁰ أنّ هذا الحديث أدلّ شيء على اعتبار العُرف في الأحكام الشرعية.⁵¹

وسياًتي في فروع هذه الرسالة تأكيد ما قرره العلائي وغيره من أنّ هذا الحديث أصل لكل ما ليس له ضابط في الشّرع مما يندرج في أبواب الضّمان في مثله.

الدليل الرَّابِع: ما روي عن السيدة عائشة رضي الله عنها أنّ هند بنت عتبة قالت: (يا رسول الله إنّ أبا سفيان -زوجها- رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلّا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال ﷺ خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف)⁵²

وقوله ﷺ في حجة الوداع بشأن الزوجات فيما صح عنه ﷺ من الأحاديث⁵³ (ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف)⁵⁴

فالمقصود بالمعروف في الحديثين السابقين ما تعارف عليه النَّاس، أي مقدار ما عُرف وفقاً لأعرافهم أنّه يضمن كفاية احتياجات الزوجة.⁵⁵

⁵⁰ أحمد بن عبد العزيز بن علي شهاب الدّين الفتوحيّ الحنبليّ المعروف بابن النجار، قاضي قضاة الحنابلة بالديار المصرية ولد سنة 862 يزيد مشايخه على مائة وثلاثين وسمع منه ابن الحنبلي تولى القضاء مكرها ثم تركه وعاد لطلب العلم حتّى انتهى له الرئاسة في تحقيق مقول مذهبه وفي علوّ السند بالحديث وفي علم الطب والمعقولات. توفي سنة 949. انظر الغزّي، الكواكب السائرة (113/2)

⁵¹ انظر العلائي، المجموع المذهب (405-404/2) وانظر ابن النجار، مختصر التحرير أو المختبر المبتكر شرح المختصر في أصول الفقه (452/4)

⁵² أخرجه البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري، صحيح الإمام البخاري المسمى الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، رقم الحديث (5364) (مصر: المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، 1312هـ) (66-65/7) وأخرجه مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، رقم الحديث، (1714)، الطبعة1(بيروت: دار إحياء الكتب العربية، دار الكتب العلمية، دار الحديث، 1991م) (1338/3)

⁵³ مسلم، صحيح مسلم، رقم الحديث (1218) (890 /2)

⁵⁴ انظر عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي (176)

⁵⁵ انظر البأحسين، قاعدة العادة محكمة (124)

ومن الفوائد المستنبطة من حديث هند السابق أنّ فيه اعتماد على العُرف في الأمور التي ليس فيها تحديد شرعي.⁵⁶

ثانياً: السنة التقريرية

ويقصد بالسنة التقريرية: "أنّ يسكت النبي ﷺ عن إنكار قول قيل بين يديه أو في عصره وعلم به أو يسكت عن إنكار فعل حصل بين يديه أو في عصره وعلم به فإنّ ذلك يدل على الجواز وذلك (كأكل الضب بحضرته)⁵⁷58

وصورة ما سبق بأن يصدر من الصحابة أو من بعضهم فعل ما ويراهم النبي ﷺ أو يسمع عن ذلك الفعل ويكون هذا الفعل محمول على طاعة أو فرض أو عمل يلزم بيان حله أو حرمة... فلا ينهاهم عنه⁵⁹، قال الشوكاني⁶⁰: "ومما يندرج تحت التقرير إذا قال الصحابي كُنا نفعل كذا أو كانوا يفعلون كذا وأضافه إلى عصر رسول الله ﷺ وكان مما لا يخفى مثله عليه وإن كان مما يخفى مثله عليه فلا".⁶¹

⁵⁶ انظر النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، المنهاج شرح صحيح مسلم، الطبعة 1 (المطبعة المصرية بالأزهر، 1929م) (8/12) وانظر ابن حجر، أحمد بن علي، فتح الباري بشرح صحيح البخاري (المكتبة السلفية) (د - ط) (د - ت) (9/ 509-510)

⁵⁷ (متفق عليه) أخرجه البخاري، صحيح البخاري رقم الحديث (2575) (3/155) وأخرجه مسلم، صحيح مسلم رقم الحديث (1947) (3/1544-1545)

⁵⁸ الشوكاني، محمد بن علي، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، الطبعة 1 (الرياض: دار الفضيلة، 2000) (221/1) وانظر الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي، البحر المحيط في أصول الفقه، الطبعة 1 (طباعة وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية في دولة الكويت، 1988م) (4/201)

⁵⁹ انظر المصدر السابق (م.س) (4/201)

⁶⁰ محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني ولد سنة 1173، نشأ بصنعاء وقرأ القرآن على مشايخها، وكان حافظاً مجداً في طلب العلم فدرس على والده ومن مشايخه في الفقه العلامة أحمد بن محمد بن الحرازي واجتهد في النحوي والاعراب وسمع البخاري ومسلم وسنن الترمذي وغيره على علماء عصره حتى أجزى له الرواية بما حمل من أسانيد، وتفرغ لتعليم الطلبة التفسير والحديث والأصول والفقه وغير ذلك، ومن كتبه (شرح المنتقى) (الدرر البهية) (إرشاد الفحول) انظر الشوكاني، شيخ الإسلام محمد بن علي، البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع (القاهرة: دار الكتاب الإسلامي)

(د-ط) (د-ت) (2/214-219 و224)

⁶¹ الشوكاني، إرشاد الفحول (1/222)

ويستوي في هذا العُرف من حيث الاعتبار ما كان مصدره الفعل كمعيار الأموال الربوية وتداول ما ضُرب من أموال غير المسلمين وغير ذلك من عقود التجارة والمصنوعات، كما يدخل ما كان ناتجاً عن تركهم لأشياء مع تحقق لزوم الفعل، بل إن النبي ﷺ قام بفعل أمور أقرهم عليها، "فقد روي أنّ النبي ﷺ استصنع خاتماً ومنبراً"⁶²، فعقد الإستهناك كان متعارفاً عليه بينهم وشاركهم ﷺ العمل فيه وهذا يؤكد الأدلة التي تعتبر العُرف من خلال سنة التقرير.⁶³

وقد ثبت أيضاً أنه ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان فقال: يا حكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك⁶⁴ وعندما قدم المدينة وجدهم يتعاملون بالسلف (السلم) وهو نوع من بيع ما ليس عند الإنسان فأقرهم عليه بعد أن نظمه لهم مراعيماً في ذلك عُرف العرب وفي هذا روي عنه ﷺ عن ابن عباس أنه قال: "من أسلف فليسلف في كيل معلوم إلى أجل معلوم"⁶⁵.

⁶² حديث استصناع الخاتم (متفق عليه) البخاري، صحيح البخاري، رقم الحديث، (5876) (7/ 157) وأخرجه مسلم، صحيح مسلم، رقم الحديث (2091) (3/ 1655) أما حديث المنبر فأخرجه البخاري: صحيح البخاري، رقم الحديث (2569) (3/ 154)

⁶³ انظر أبو سنة، العرف والعادة (40) وانظر ابن التمين، إعمال العرف (67) وانظر قوته، عادل بن عبد القادر بن محمد ولي، العرف حُجتيه، وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، الطبعة 1 (مكة المكرمة: المكتبة المكية، 1997م) (133-135) وانظر عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي (182-184)

⁶⁴ أخرجه، أبو داود، سنن أبي داود رقم الحديث (3503) (5/ 362) وأخرجه الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الكبير رقم الحديث، (1232)، الطبعة 1 (بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1996م) (2/ 512) وأخرجه النسائي، السنن الصغرى رقم الحديث، (4613) (7/ 289) وأخرجه ابن ماجه، السنن، رقم الحديث (2187) (3/ 308) هذا الحديث رواه الأربعة وحسنه الترمذي. انظر الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف، نصب الراية لأحاديث الهداية (مؤسسة الزّيتان) (د-ط) (د-ت) (9/4)

⁶⁵ (متفق عليه) أخرجه البخاري، صحيح البخاري رقم الحديث، (2240) (3/ 85) وأخرجه مسلم، صحيح مسلم رقم الحديث، (1604) (3/ 1226-1227)

⁶⁶ أهل، عطا موسى أحمد، تخصيص العموم بالعرف، (الجامعة الإسلامية بغزة، 2007م) (98-99)

لكن تجدر الإشارة إلى أنّ ما يثبت من أحكام بإقرار الأعراف يكون ثبوته عائداً إلى السنة التقريبية وليس إلى العُرف وإن كَانَ في ذلك اعتبار للعرف وتأكيد عليه،⁶⁷ فقد اعتبر العُرف أولاً ثُمَّ صار بعد إذنه سنة واجبة الإتيان.⁶⁸

وقد درج بعض الباحثين على تسمية هذا النوع من العُرف بالعُرف السُنِّي وهو الذي غلب في روايته قول الصحابة كَمَا نَفَعَلْ كَذَا فِي عَهْدِ النَّبِيِّ ﷺ كما أثر عن سيدنا جابر رضي الله عنه "كَمَا نَعَزَلُ وَالْقُرْآنُ يَنْزِلُ"⁶⁹.⁷⁰

2.3. ضوابط اعتبار العُرف

لا يُعْمَلُ بِالْعُرْفِ عَلَى إِطْلَاقِهِ، فَسِيَّاتِي لِاحْتِقَاقِ أَنَّ لِلْعُرْفِ صُورًا كَثِيرَةً وَمُتَدَاخِلَةً، ثُمَّ إِنَّ هَذِهِ الْأَعْرَافَ مِنْهَا مَا يَتَوَافَقُ مَعَ مَصَالِحِ النَّاسِ، فَهُوَ مَحَلُّ إِقْرَارِ الشَّرِيعَةِ وَتَأْكِيدِهَا، وَمِنْهَا مَا هُوَ فَاسِدٌ مَفْسُدٌ لِلْمَصَالِحِ، فَهُوَ مَحَلُّ نَكِيرٍ وَإِلْغَاءٍ، جَاءَ فِي (الإحياء): "وَجَمِيعُ ضَوَابِطِ الشَّرْعِ فِيمَا يُعْلَمُ بِالْعَادَةِ... يَنْقَسِمُ إِلَى أَطْرَافٍ وَاضِحَةٍ، وَأَوْسَاطٍ مُشْكَلَةٍ"⁷¹. وجاء في (تكملة المجموع): "الإحالة على العُرف قد يقع فيها في بعض الأوقات إلباس"⁷². وحرصاً من الفقهاء على عدم وقوع المكلفين في المحذور من جزاء التعويل على العُرف في تصرفاتهم ومعاملاتهم، فقد وضعوا له شروطاً، هي بمثابة الركائز التي إذا اختلَّ شيءٌ منها لم يُعْمَلْ بِهِ.

⁶⁷ قوته، العرف، حججته، وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة: (134)

⁶⁸ أهل، تخصيص العموم بالعرف (99)

⁶⁹ (متفق عليه) أخرجه البخاري، صحيح البخاري، رقم الحديث، (5208) (33/7) وأخرجه مسلم، صحيح مسلم رقم الحديث، (1440) (1065/2)

⁷⁰ وهو مذهب الأستاذ فهمي أبو سنة في كتابه للأستاذية العرف والعادة (40)

⁷¹ الغزالي، محمد بن محمد، إحياء علوم الدين، (بيروت: دار المعرفة، 1982م) (د-ط) (67/2)

⁷² السبكي، تقي الدين علي بن عبد الكافي، تكملة المجموع شرح المهذب (309/12)

الشَّرْطُ الْأَوَّلُ: أَنْ يَكُونَ الْعُرْفُ مَطْرَدًا⁷³

ومعنى أن يكون العُرف مطرداً بأن يتكرر حتى يصبح عُرفاً غالباً، ولا يشترط حصوله دائماً بل يكفي لاعتباره أن يكون غالباً، فاتّباعه يورث ظنّ تحقّق مصالح النَّاسِ الّتي تعارفوا تحقيقتها بذلك العُرف، يدل على ذلك أغلبيته فيهم.⁷⁴

قال السيوطي⁷⁵ في الأشباه والنظائر: "إنّما تعتبر العادة إذا اطّردت فإن اضطربت فلا"⁷⁶ ويوضح معنى هذا الشرط من خلال التدليل له مما ورد في اجتهاد الفقهاء في باب الأصول والثمار ومن ذلك لو أنّ شخصاً باع متاعاً ما بنقده ولم يحدد ماهيته حُمّل على غالب ما راج في البلد، هذا إن اضطرد العُرف به وإلاّ يجب التبيين، فإن لم يُبين بطل العقد، فالعرف المطرد تحدد ماهية الثمن عند الاطلاق، بل يكون بمنزلة التصريح بالكلام في بيان ماهيته أمّا إذا اضطرب واختلف فلا يُعمل به ويجب التصريح.⁷⁷

⁷³ اطّرد الشيء، تبع بعضه بعضاً وجرى. واطّرد الأمر، استقام. واطّردت الأشياء إذا تبع بعضها بعضاً. وأمرٌ مُطردٌ،

مستقيم على جهته. وفلان يمشي ممشياً طراداً أي مستقيماً. ابن منظور، لسان العرب (268/3)

⁷⁴ أنظر القضاة ومنصور، الاجتهاد المصلحي (701) وأنظر أبو سنة، العرف والعادة (56-57)

⁷⁵ جلال الدّين أبو الفضل عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق السيوطي الشافعي الحافظ الميسنّد المحقّق المدقّق ولد سنة 849 كان في صغره تحت وصاية الكمال بن الهمام حفظ (عمدة الأحكام ومنهاج النووي وألفية ابن مالك ومنهاج البيضاوي) وأجيز بذلك وأخذ من الجلال المحلي وحضر مجالس ابن حجر وبلغ عدد شيوخه 51، أمّا مؤلفاته فقد زادت على خمسمائة مؤلف وكان عالماً بالحديث وتوفي بعد أن عاش 61 سنة وعشرة أشهر وثمانية عشر يوماً. أنظر ابن العماد، شهاب الدّين أبي الفلاح عبد الحي بن احمد بن محمد العكري، شذرات الذهب في اخبار من ذهب، الطبعة 1 (دمشق، بيروت: دار ابن كثير، 1993م) (74/10-76 و79)

⁷⁶ السيوطي، الاشباه والنظائر (92)

⁷⁷ أنظر المصدر السابق (م.س) (92)

ويقول الإمام الجويني⁷⁸ "فأما العادة المطردة، فنعم المرجح هي في أمثال هذه المعاملات"⁷⁹
فإذا حصل اضطراب في العرف وجب على العاقدین البيان وفقاً لما قرره الرافي⁸⁰ وإلا بطل
العقد ولا يلتفت لعرف مضطرب إذا ما انعدم التصريح.⁸¹

ويعنون الإمام العز بن عبد السلام⁸² في كتابه قواعد الأحكام للأمر فيقول: "فصل في تنزيل
دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العموم وتقييد المطلق وغيرها"⁸³
ومن أمثلة ذلك، من وكل في بيع مطلق فإنه مقيد بثمان المثل وبغالب نقد البلد عملاً بما غلب
عليه عرف الناس، وكذلك الأمر فيما لو وكله بتأجير بيته لسنة مثلاً فيتقيد بأجرة المثل وبالنقد
الغالب وإلا تبطل الإجارة، وكأنه في كلا الأمرين صرح له بثمان المثل وبما غلب منه.⁸⁴

⁷⁸ أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد بن الجويني الشافعي، المعروف بإمام الحرمين، ولد سنة 419هـ
عالم في الأصول والفروع والأدب وغير ذلك، تعلم الفقه على والده وتعلم الأصول على أبي القاسم الإسفرايني سافر إلى
بغداد ومكة والمدينة معلماً ومتعلماً ومن كتبه (نهاية المطلب، حلية الأولياء، البرهان) وغير ذلك وتوفي في نيسابور سنة
448. أنظر ابن خلكان، وفيات الأعيان (167/3-169)

⁷⁹ الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف، نهاية المطلب في دراية المذهب، الطبعة 1 (جدة: دار المنهاج، 2007م)
(149/8)

⁸⁰ عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم بن الفضل بن الحسن القزويني أبو القاسم الرافي، صاحب الشرح الكبير والشرح
الصغير والمحرر وغيرها برع في علوم الشريعة تفسيراً وحديثاً وأصولاً وكان في الفقه عمدة المحققين وأستاذ المصنفين سمع
الحديث من جماعة منهم أبوه وروى عنه الحافظ عبد العظيم المنذري وغيره توفي سنة 623. أنظر السبكي، طبقات
الشافعية (281/8-283-284)

⁸¹ أنظر الزركشي، بدر الدين محمد بن بجاور، المنشور في القواعد، الطبعة 2 (شركة دار الكويت للصحافة، 1985م)
(361/2) وأنظر القضاة ومنصور، الاجتهاد المصلحي (701)

⁸² عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم شيخ الإسلام وسلطان العلماء ولد سنة 578 تفقه على الشيخ فخر الدين
ابن عساكر وقرأ الأصول على الشيخ سيف الدين الأمدي وسمع الحديث من الحافظ أبي محمد القاسم بن الحافظ الكبير
ابن عساكر وروى عنه ابن دقيق العيد وأبو الحسن الباجي ومن كتبه القواعد الكبرى واختصره في قواعد صغرى ومن
كتبه مجاز القرآن ومختصر صحيح مسلم توفي سنة 960 بالقاهرة، أنظر السبكي، طبقات الشافعية
(209/8 و245 و247-248)

⁸³ ابن عبد السلام، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، (القاهرة: مكتبة الكليات
الأزهرية، 1991م) (د-ط) (126/2)

⁸⁴ أنظر العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام (126/2-127)

وبناءً على ما سبق يخرج العُرف المشترك وهو الذي يتساوى فيه فاعلوه مع تاركه ولا يصلح دليلاً يُحتكم إليه عند الخلاف على الحقوق والواجبات، لأنَّ العمل به من بعض النَّاس أُبطل بعمل الفريق الآخر، وعلى ذلك الحال لو بيع متاع بثمن مُطلق فسد عقد البيع للجهل بالثمن.⁸⁵

ولكن هل يشترط للعمل بالعرف أن يكون مطّرداً في كلِّ النواحي أم يُعمل بالعرف المطّرد في ناحيته دون باقي البلدان؟ وقد عبّر السيوطي عن هذه المسألة بقوله "العادة المطردة في ناحية هل تنزل عادتهم منزلة الشرط؟"⁸⁶

ومن الأمثلة التي توضّح هذا الخلاف لو عُرف عن المقترض أنّه يرد زيادة عمّا اقترضه يوم وفاء الدّين، فهل يكون ذلك العُرف بمثابة الشرط وعليه يحرم إقراضه للربا، في المذهب وجهان الأصح منهما لا يحرم.⁸⁷

اختلف الشافعية في العمل بالعرف إذا لم يكن اضطراده عاماً، وفي هذا يقول ابن حجر الهيثمي⁸⁸ "الأصح أنّ العُرف الخاص لا يرفع اللغة ولا العُرف العام ولا يعارضه ومن ثمَّ ضعّف

⁸⁵ أنظر أبو سنة، العرف والعادة (57) وأنظر الغزي، محمد صدقي بن أحمد البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، الطبعة 1 (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1424هـ-2003م) (332/1) وأنظر السدلان، القواعد الفقهية الكبرى (354-355) وأنظر عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي (193-194) وأنظر الخياط، عبد العزيز، نظرية العرف، (عمان: مكتبة الأفتصى، 1977م) (د - ط) (53) وأنظر الزرقا، المدخل الفقهي العام (897/2)

⁸⁶ السيوطي، الأشباه والنظائر (96)

⁸⁷ أنظر المصدر السابق (م.س) (96) وأنظر السدلان، القواعد الفقهية الكبرى (455).

⁸⁸ شهاب الدّين أبو العباس أحمد بن حجر الهيثمي الأنصاري ولد سنة 909 في غربية مصر من مشايخه شيخ الإسلام زكريا الشافعي والشيخ عبد الحي السننباطي والشهاب الرملي برع في علوم كثيرة من التفسير والحديث وعلم الكلام وأصول الفقه وفروعه والفرائض والحساب والنحو والصرف والمعاني والبيان والمنطق والتصوف وحفظ المنهاج للنووي ومن مؤلفاته (شرح المشكاة، شرح المنهاج للنووي، وشرح الأربعين النووية وغير ذلك) توفي بمكة المكرمة. أنظر العبدروس، عبد القادر شيخ بن عبد الله، الثور السّافر عن أخبار القرن العاشر، الطبعة 1 (بيروت: دار صادر، 2001م) (391-392 و395)

الجمهور قول القفال إنّ العادة المطردة في ناحية تنزل منزلة الشرط⁸⁹، وقال أيضاً "إنّ العرف الخاص لا يعمل به في تخصيص اللغة ولا العرف العام"⁹⁰

والذي رجّحه السيوطي هو أن العادة المطردة في مكان ما تُعتبر بمثابة العرف العام من حيث لزوم العمل بها بخصوص أهل تلك المحلّة وهذا فيما إذا اشتهرت ولم تضطرب.⁹¹

الشرط الثاني: أن يكون العرف الذي يُحمل عليه التصرف موجوداً وقت إنشائه⁹²

فلا بد أن يكون العرف سابقاً للتصرف ويبقى إلى وقت وقوعه فعلاً كان أم قولاً، فلا يعمل بالعرف الطارئ أو اللاحق للفعل، كما لا يعمل بما سبق الفعل من الأعراف لكنها تبدلت قبل وقوعه، فلو أوقف عقار على علماء الأزهر في سنة ما والعرف في ذلك الزمان أنّ العلماء هم اللذين تمكّنوا من علوم الشريعة وإن لم يحملوا شهادة بذلك، ثمّ تبدل العرف فأصبح المقصود بهم من يحمل شهادة الدكتوراه، فيحكم لكل من حمل العلم بالانتفاع بالموقوف وإن لم يحمل شهادة، عملاً بالعرف الذي وُجد عند إنشاء الوقف لا الحادث بعده.⁹³

قال السيوطي "العرف الذي تُحمل عليه الألفاظ، إنّما هو المقارن السابق دون المتأخر"⁹⁴

⁸⁹ أنظر الهيتمي، ابن حجر المكي، الفتاوى الكبرى الفقهية، (مصر: طبع عبد الحميد أحمد حنفي) (د- ط) (د - ت) (58/4)

⁹⁰ المصدر السابق (م. س) (64/4)

⁹¹ أنظر عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي (202)

⁹² أنظر القضاة ومنصور، الاجتهاد المصلحي (702)

⁹³ أنظر أبو سنة، العرف والعادة (65) وأنظر الخياط، نظرية العرف (54) وأنظر البغا، أثر الأدلة المختلف فيها،

(280) وأنظر عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي (225-226)

⁹⁴ السيوطي، الأشباه والنظائر (96)

ويقول ابن القيم⁹⁵ "فإياك أن تُهمِلَ قصد المتكلم ونيتته وعرفه، فتجني عليه وعلى الشريعة، وتنسب إليها ما هي بريئة منه، وتُلزم الحالف والمقرّر والناذر والعاقِد ما لم يُلزمه الله ورسوله به"⁹⁶ وبناء على ما تقدّم يُحكّم على كلّ تصرّف وفقاً للأعراف التي كانت سائدة في ذلك الزمان، ولا يُغيّر اللاحق منها سابقه وإلا فسدت أحوال النَّاس، وهذا الأمر سواء فيه العُرف اللفظي كألفاظ البيوع والهبة وحجج⁹⁷ الوقف... إلخ فكل ذلك إذا تبدلت دلالاته يُفسّر بما كان متعارفاً وقت النطق بلفظه، ومن أمثلة العُرف العملي دفع أجرة العقارات والبيوت بشكل مُقسّط على السنّة الميلادية أو الهجرية، فإذا تغيّر شيء من ذلك فالعرف الجديد لا يؤثر على أحكام والتزامات ما سبق، بل يخضع له الأفعال الحادثة في وقته.⁹⁸

الشّرط الثالث: أن لا يكون العُرف مخالفاً لأدلة الشّرع

إذا كان العُرف مخالفاً لبعض الأدلة الشرعية من نصوص الشريعة أو من قواعدها وأصولها فالمبدأ العام الذي يستخلص من أقوال الفقهاء الباحثين إجمالاً هو أنّه: إذا ترتب على العمل بالعرف تعطيل لنص شرعي أو أصل قطعي في الشريعة لم يكن عندئذ للعرف اعتبار لأنّ نص الشارع مقدّم على العُرف كتعارف النَّاس شرب الخمر ولعب الميسر ومشى النساء وراء الجنائز وإضاءة الشموع على المقابر وكشف بعض العورة وكثير مما خالف الشّرع... إلخ⁹⁹

⁹⁵ شمس الدّين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الدمشقي الفقيه الحنبلي الشهير بابن القيم الجوزية، ولد سنة 961، مجتهد مُطلق، مفسر ونحويّ وأصولي ومتكلم وفقيه وعالم بالعربية، برع في مذهبه، وأخذ العلم على الشيخ تقي الدّين، وقد امتحن وحبس، أخذ عنه العلم الكثير من النَّاس، وله بمختلف العلوم كتب كثيرة منها (تهذيب سنن أبي داود، أعلام الموقعين عن ربّ العالمين، حادي الأرواح إلى بلاد الأفراح) توفي سنة 751 ودفن بدمشق. انظر ابن العماد، شذرات الذهب (287/8-291)

⁹⁶ ابن القيم الجوزية، شمس الدّين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر، أعلام الموقعين عن ربّ العالمين، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1996م) (د-ط) (48/3)

⁹⁷ الحجّة، البُرهان، وقيل، الحجّة ما دُوْفِعَ به الخصم، وجمع الحجّة، حُجَجٌ وحِجَاجٌ وحاجّه مُحَاجَّةٌ وحجاجاً، نازعه الحجّة. انظر ابن منظور، لسان العرب (228/2)

⁹⁸ انظر الخياط، نظرية العرف (54-56) وانظر الزرقا، المدخل الفقهي العام (899/2-901)

⁹⁹ انظر القضاة ومنصور، الاجتهاد المصلحي (702)

وأما إذا لم يترتب على العرف هذا التعطيل بل كَانَ العرف مما يمكن تنزيل النص الشرعي عليه أو التوفيق بينهما فالعرف عندئذ معتبر وله سلطان يعمل به.¹⁰⁰

والحجة لأصل هذا الشرط أن الدليل متى صح عن الشارع العالم بمصالح الناس الحكيم في تدبير شؤونهم فهو حق وحجة قائمة على الناس بشهادة المعجزة أما العرف فهو في مهبط الأهواء والشهوات وكثيراً ما يقوم على الباطل كما ظهر لدينا في الأمثلة السابقة فإذا عُرِف ذلك ثبت أن الدليل أقوى من العرف بل لا تكاد توجد نسبة بينهما فلا اعتبار للعرف مع وجوده.¹⁰¹

إنّ الشريعة جاءت لتحقيق مصالح الناس ولذا فإنها تُقَرُّ الحسن وتنهى عن القبيح والمرجح في تمييز الحسن من القبيح إنما هو أمر الشرع ونهيه لأنّ الشارع يَرِنُ الأمور وينظر إلى نتائجها من جميع نواحيها لا من بعض النواحي دون بعض فما نَهت عنه الشريعة يجب تركه لأنّه يسبب الضرر للإنسان وللمجتمع عاجلاً أو أجلاً ولذا ألغت الشريعة كثيراً من عوائد وأعراف العرب في الجاهلية وجاءت النصوص الشرعية بنظام تشريعي خضع له الجميع وتركوا ما تعارفوا عليه استجابة لقوله تعالى: { وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا } (الحشر: 7)¹⁰²

قال ابن حجر¹⁰³ في الفتح: "والشافعية إنما أنكروا العمل بالعرف إذا عارضه النص الشرعي أو لم يرشد النص الشرعي إلى العرف"¹⁰⁴

¹⁰⁰ أنظر الزرقا، المدخل الفقهي العام (902/2) وأنظر أبو سنة، العرف والعادة (65) وأنظر الخياط، نظرية العرف (54) وأنظر السدلان، القواعد الفقهية الكبرى (358 وما بعدها).

¹⁰¹ أنظر أبو سنة، العرف والعادة (62)

¹⁰² أنظر عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي (209)

¹⁰³ أحمد بن علي بن محمد الكنايني العسقلاني، المؤرخ الحافظ الكبير، ولد سنة 773 درس على البليقيني وابن الملقن والعراقي والفيروزبادي وغيرهم وبرع في الفقه والعربية وبرع بعلم الحديث وتميز بذلك فصار المعول عليه بذلك في سائر الأقطار وحضر دروسه وقرأ عليه غالب علماء مصر ورحل الناس إليه وصنّف الكثير وأهم كتبه (فتح الباري بشرح صحيح البخاري، والإصابة في تمييز الصحابة، والدرر الكامنة في أعيان المئة الثامنة) وغير ذلك وتوفي سنة 852، أنظر ابن العماد، شذرات الذهب (75-74/1)

¹⁰⁴ ابن حجر، أحمد بن علي، فتح الباري بشرح صحيح الأمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (510/9)

الشَّرْطُ الرَّابِعُ: أن لا يعارض العُرْفُ تصريح بخلافه

علمنا مما تقدم أن المعروف عُرْفًا كالمشروط شرطاً وإن علة تنزيل الأمر المعروف منزلة المشروط هي أن سكوت المتعاقدين عنه وعدم اشتراطهم إياه صراحة يعتبر واقعاً منهم اعتماداً على العُرْفِ الجاري فإثبات الحكم المتعارف في هذه الحال إنما هو من قبيل الدلالة فإذا صرَّح بخلافه بطلت هذه الدلالة إذ من القواعد الفقهية المقررة أيضاً أنه: (لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح)¹⁰⁵

ولبيان تأثير هذا القيد على اطلاق العمل بالعرف لا بد من ذكر معنى هذه القاعدة بشرح بسيط فإن الأقوال التي تصدر عن المكلفين مطلقة أما ان تكون مقيدة بدلالة العُرْفِ أو بما ينص عليه المتعاقدان صراحة فإذا وكل من يشتري له مقداراً معين من اللحم وأطلق البيان فلم يحدد نوعه وكان العُرْفُ في تلك المحلة يقضي أن اللحم المقصود عند الاطلاق هو لحم البقر فإنه يلزمه أن يتقيد بشرائه للحم بدلالة العُرْفِ فلا يقبل منه شراء لحم جمل مثلاً أو لحم ماعز أما إذا صرَّح الموكل بنوع اللحم فقال اشتر لي لحم ضأن¹⁰⁶ فلا يعمل بدلالة العُرْفِ ويلزم الوكيل أن يشتري له لحم الضأن ولا يقبل منه غيره لأن الصريح أقوى من الدلالة في إفادة المعنى المقصود فكان أولى منها بالعمل.¹⁰⁷

لذلك نجد العلماء يقررون أن المتعاقدان يلتزمان بكل ما ثبت بالعرف إلا إذا صرَّحا بخلافه بما يوافق مقصود العقد فإنه يصح ويلزم العمل به ولا عبرة بالعرف بعد ذلك وفي ذلك أمثلة:

- لو شرط المستأجر على الأجير أن يستوعب النهار بالعمل من غير أكل أو شرب لزمه ذلك ولو شرط عليه أن لا يصلي الرواتب وإن يقتصر في الفرائض على الأركان صح ووجب الوفاء بذلك لأن تلك الأوقات إنما خرجت عن وجوب دوام العمل بها

¹⁰⁵ انظر عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي (223)

¹⁰⁶ الضأن من الغنم خلاف الماعز والجذعة هي اثنى الغنم التي اتمت سنة وقيل ستة أشهر إلى سبعة وقيل ثمانية إلى عشرة وقيل تسعة أشهر على خلاف بين أهل اللغة. انظر ابن منظور، لسان العرب (251/13) و(44/8)

¹⁰⁷ وانظر السدلان، القواعد الفقهية الكبرى (178-179) (بتصرف) وانظر الزرقا، أحمد محمد، شرح القواعد الفقهية، الطبعة 2 (دمشق: دار القلم، 1989م) (141 وما بعدها)

بالعرف القائم مقام الشرط فإذا صرح بخلاف ذلك مما يجوز الشرع ويمكن الوفاء به جاز كما لو أدخل بعض الليل في الإجارة بالنص عليه وكذلك ما لو شرط عليه أن يعمل يوم أو يومين متتاليين بحيث لا ينام بل يصل الليل بالنهار فكل ذلك يلزم العمل به بصريح النص وتسقط دلالة العرف ولا يعمل بها.¹⁰⁸

- أمّا لو استأجر شخصاً لكي يعمل له من الصباح حتى وقت الظهر فإنه يلزمه أن يتقيد بالعمل فقط بتلك المدة وليس للمستأجر أن يلزمه بمتابعة العمل من الصباح حتى المساء بحجة أن عرف البلد يقتضي ذلك.¹⁰⁹

وسياتي في ثنايا هذه الرسالة من الفروع الفقهية الشاهدة لهذا الشرط ما يغني عن الاطالة في سرد الأمثلة لذلك اكتفي بهذا القدر ليكون الآتي خير شاهد.

يقول الامام السيوطي: "اعلم أنّ اعتبار العادة والعرف رجوع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة".¹¹⁰ ويقول العز بن عبد السلام "كلّ ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح"¹¹¹

2.4. أقسام العرف وأنواعه

تباينت آراء العلماء واجتهاداتهم في تقسيم أنواع العرف بين مبسّط وجامع على أن هذه التقسيمات في جوهرها تتفق على أنّ للعرف أشكال وأنواع مختلفة اقتضتها بيئات الناس وأزمانهم المختلفة فما كان منكر ومستهجن في زمن من الأزمان أو بيئة من البيئات رُبّما كان سجية وطبعاً في مكان وبيئة أخرى وسار عليه أناس آخرون حتى اعتبروه جزءاً من حياتهم اليومية فكان فيصلاً في تصرفاتهم وسلوكياتهم ولعليّ تتبعت تلك الأنواع بقصد الإحاطة بها

¹⁰⁸ أنظر العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، (186/2)

¹⁰⁹ أنظر حيدر، علي، درر الحکام شرح مجلّة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، (الرياض: دار عالم الكتب، 2003م) (د-ط) (47/1) (شرح المادة /37/ من المجلة بتصرف)

¹¹⁰ السيوطي، الأشباه والتّظائر (90)

¹¹¹ العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام (186/2)

كلها فالمقام يقتضي ذلك فاخترت تقسيماً يُبرز الأنواع المختلفة للعرف وعليه ينقسم العُرف إلى عدّة تقسيمات ووفقاً لاعتبارات هي:

2.4.1. العُرف القوي والعملي

العُرف القوي (اللفظي): "هو غلبة استعمال اللفظ في معنى غير معناه الأصلي حتى يصير هو المتبادر إلى الذهن منه عند الإطلاق"¹¹²

أو هو أن يقوم أهل العُرف باستعمال اللفظ في معنى معيّن، يختلف به عمّا عليه أصل وضعه اللغوي.¹¹³

ويُقصد به أن يصدر الكلام ولا يقصد به تمام مدلوله الذي وضع له أصالة، فيقتصر معناه عند الاطلاق على حدود ما تعورف عليه من دون الحاجة إلى قرينة زائدة على هذا العُرف، ويتفرع عن هذا المفهوم أن يكون المقصود به جزءاً مما يدل عليه أصالة، فلفظ الدرهم عند إطلاقه يشمل كلّ أنواع الدراهم زماناً ومكاناً، إلاّ أنّه عُرفاً أصبح مقتصرّاً على جزء منها وهو النقد الغالب في البلد¹¹⁴

وقد يكون المقصود به غير معناه الأصلي مُطلقاً، كما لو استعمل لفظ الدرهم على غيره من الأموال كالدينار والفيلس والقروش وغير ذلك من النقود الرائجة بما في ذلك الورق النقدي، علماً أن هذا اللفظ أصالة موضوع ليدلّ على الفضة المسكوكة.¹¹⁵

¹¹² الولاتي، محمد يحيى بن محمد المختار بن الطالب عبد الله، مخطوطة حسام العدل والإنصاف القاطع لكل مبتدع

باتباع الأعراف (مكتبة حسن حسني عبد الوهاب، ورقات عدد رقم، 17386) (د-ط) (د-ت) (ورقة صفحة/4)

¹¹³ أنظر القرافي، شهاب الدّين أبي العباس أحمد بن ادريس بن عبد الرحمن الصنهاجي، الفروق، (بيروت: عالم الكتب)

(د - ط) (د - ت) (171/1) (بتصرّف)

¹¹⁴ أنظر أبو سنة، العرف والعادة (18) وأنظر الخياط، نظرية العرف (34) وأنظر أبو عجيبة، مصطفى عبد الرحيم،

العرف وأثره في التشريع الإسلامي، الطبعة 1 (ليبيا: المنشأة العامة للنشر والتوزيع والإعلان، 1986م) (103)

¹¹⁵ أنظر أبو سنة، العرف والعادة (18) وأنظر الخياط، نظرية العرف (34)

وتعتبر ألفاظ العقود والمبادلات الجارية بين الناس من أكثر المواضع التي يجري بها العمل وفقاً للعرف القولي.¹¹⁶

ويرجع السبب في تكون هذا العُرف إلى توافق العامة من الناس على ترك المعنى الأصلي وهجرانه واستعمالهم لهذا اللفظ في سياق معناه الجديد حتى أصبح هذا المعنى حقيقة عرفية وهو المفهوم عندهم في عُرف التخاطب دون غيره، ويكون عليه بذلك الفتوى في الأحكام لأنه قرينة يتعين بها الحكم.¹¹⁷

أما إذا تكرر استعمال اللفظ في غير مدلوله وكان ذلك من باب المجاز، من دون ترك استعمال المعنى الحقيقي لهذا اللفظ، فإن ذلك لا يعتبر من العُرف القولي بل هو من باب المجاز المشهور، كما في استعمال لفظ الأسد مجازاً في الشجاع، وكما في استعمال لفظ الغيث على الشخص الكريم، وبهذا يكون اللفظ مستعملاً أصالةً في كلا حالتيه الحقيقية والمجازية، في حين يكون الاستعمال العربي لهذا اللفظ تخصيصاً له على مسمى محدد حتى أصبح حقيقة مأخوذة من هذا اللفظ من دون أن يرتبط ذلك بالمجاز.¹¹⁸

ومن العُرف القولي أيضاً ما يكون مخصوصاً بفئة معينة من مصطلحات درج العُرف بها، ومن ذلك ما يكتبه التجار بدفاترهم، فيعمل به وتحفظ به الحقوق والالتزامات إذا ما تحقق صحة الخط أو الختم عليه، ومثل ذلك أيضاً ايصالات الأمانة أو الدين التي تُكتب ثم تُقر وتختم من الطرف الآخر بختمه المعروف.¹¹⁹

العُرف العملي (الفعلي): هو أن يغلب على الناس معنى من المعاني في حياتهم¹²⁰ سواء تعلق هذا المعنى بتصرفاتهم اليومية المعيشية أو سواء تعلق بالمعاملات المدنية التي يجرونها بينهم مما له

¹¹⁶ أنظر أبو عجيبة، العرف وأثره في التشريع الإسلامي، (105)

¹¹⁷ أنظر أبو سنة، العرف والعادة (18) وأنظر الخياط، نظرية العرف (34)

¹¹⁸ أنظر أبو سنة، العرف والعادة (18) وأنظر الخياط، نظرية العرف (35)

¹¹⁹ أنظر ابن عابدين، محمد أمين أفندي ابن عابدين، رسالة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف (د-ط) (د-ت) (د-د) (144/2)

¹²⁰ وأنظر ابن فرحون، برهان الدين إبراهيم بن شمس الدين محمد بن فرحون المالكي، تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الاحكام، (الرياض: دار عالم الكتب، 2003م) (د-ط) (68 / 2)

علاقة بتسيير أمورهم واتمام مصالحهم من بيع وشراء وتجارة وغير ذلك كثير، فمن أمثلة الأوّل ما جرى به العُرف من تعطيل أيّام معينة في الأسبوع أو أكل أنواع معينة من الأطعمة أو لبس نوع خاص من الألبسة وسوى ذلك من تصرفات النَّاس الاعتيادية اليومية، ومثال الثّاني تعارفهم في عقد البيع أن يحمل البائع المبيع إلى بيت المشتري، أو أن تكون الأجرة مقسّطة على دفعات معينة، ومن ذلك أيضاً ما جرى به العُرف أنّ الصّانع يتقاضى على عمله أجرة من ربّ العمل وقد جرى العُرف أحياناً أن يحصل العكس فيأخذ ربّ العمل أجرة من صانعه لقاء تعليمه إيّاه لمهنة ما، وقد يكون هذا العُرف عاماً فنجد العُرف فيه جارياً في كلّ مكان كبيع المعاطاة الذي يقوم فيه المشتري بأخذ السلعة من البائع ويدفع له الثّمن من دون أن يصدر من كليهما أيّ كلام فهو عقد بيع صامت وكعقد الاستصناع ودخول الحثّام من غير تحديد أجرة ولا زمن، وقد يكون خاصاً بمكان أو بلد كاعتبار عقد الأجرة جارياً على وفق التاريخ الهجري فيما يكون في بلاد أخرى جارياً على وفق التاريخ الميلادي.¹²¹

2.4.2. العُرف العام والخاص والشرعي

العُرف العام: "وهو ما تعامله عامة أهل البلاد سواء كان قديماً أو حديثاً"¹²² أو "هو ما تعارفه النَّاس في كلّ البلاد في عصر من العصور قديماً كان أو حديثاً".¹²³

ومن الأمثلة على هذا النوع من العُرف عقد الاستصناع السابق ذكره الذي هو اتّفاق على بيع شيء معدوم في الحال ليتأتى ذلك بعد صنعه في المستقبل، فقد جرى عُرف النَّاس على استصناع الكثير مما احتاجوا إليه من الألبسة والأحذية والأدوات وغير ذلك مما درجوا عليه في القديم ولازال التعامل به قائم في وقتنا الحاضر على العديد منه كعقد الاستصناع على المعامل والسفن... إلخ ومن أمثلة العُرف العام أيضاً في عصرنا الحاضر أن يقوم المصنع بتزويد السيّارة

¹²¹ أنظرُ الحيددي، عمر بن عبد الكريم، العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء الغرب، (المغرب، المحمدية: مطبعة فضالة) (د-ط) (د-ت) (97 - 98) وأنظرُ أبو سنة، العرف والعادة (19) وأنظرُ بن خليفة، شفاء، التخصيص بالعرف وأثره في المعاملات المالية المعاصرة، (2015) (د-ط) (د-د) (30)

¹²² ابن عابدين، نشر العرف (125/2)

¹²³ شلي، محمد مصطفى، أصول الفقه الإسلامي، (بيروت: الدار الجامعية) (د-ط) (د-ت) (327)

بعجلة احتياطية وأدوات فك وتركيب (العدّة) ورافعة... إلخ فتدخل هذه الأشياء في العقد على بيعها حتّى وإن لم تذكر عند التعاقد على بيعها ومن صور العُرف العام أيضاً الدخول إلى الحمام على الوجه السابق، وأيضاً ما جرى عليه العُرف بين النَّاس من وقف للمنقولات كالكتب وغيرها.¹²⁴

العُرف الخاص: وهو الذي يقابل العُرف العامل فلا يشمل كلّ البلاد، وإنّما يسود في بلد من البلدان أو في إقليم ما، أو لدى جماعة من النَّاس كتعارف بعض المناطق أن يُسجّل أثاث المنزل باسم الزوج أو الزوجة، وكعرف أرباب التجارة في تسجيل مبيعاتهم في دفاتر خاصة كتعارف تجار منطقة ما بالالتزام بإيصال السلعة المباعة إلى بيوت المشترين، أو الالتزام بتصليح سلع معينة بعد بيعها مثل الساعات والبرادات وكالأعراف الجارية بين المزارعين والخاصة بهم... إلخ.¹²⁵

ومن الأمثلة التي ذكرها العلماء السابقون للعرف الخاص ما تعارفه أهل مصر بأن يدخل في بيع الحوانيت الألواح والتي تسمى عندهم (دراريب الدكان) وإن كانت منفصلة عنه لأنّ العُرف جرى أن تكون في حكم الأبواب المركبة لتبقى فتدخل في بيع الدكان عند بيعه.¹²⁶

العُرف الشرعي: ويقصد به الألفاظ التي نقلها الشارع من معانيها اللغوية إلى معاني أخرى مريداً بذلك معاني خاصة مثل نقل لفظ الصلاة من الدعاء إلى العبادة المعروفة، ومثل لفظ

¹²⁴ أنظر الموسى، أسماء بنت عبد الله، العرف حجيته وآثاره الفقهية (الرياض: الكتاب منشور في المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب - المجلد 21 - العدد 41) (د-ط) (18) نقلاً عن المدخل الفقهي العام للزرقا وأنظر شلبي، أصول الفقه الإسلامي، (327) وأنظر أبو عجيل، العرف وأثره في التشريع الإسلامي (108)

¹²⁵ أنظر أصول الفقه، أبو زهرة (274) وأنظر، الزحيلي، محمد، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، الطبعة 2 (دمشق، بيروت: دار الخيزر، 2006م) (266-267) وأنظر شلبي، أصول الفقه الإسلامي، (327)

¹²⁶ أنظر ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد الحنفي، فتح القدير شرح كتاب الهداية في شرح البداية في الفقه الحنفي للبرهان المرغيناني، (مصر: المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، 1316هـ) (108/5)

الوقف الذي نُقِلَ من مُطلق الحبس إلى تحبّيس العين والتّصدّق بالمنفعة، والواقع أنّ العُرف الشرعي هو من العُرف الخاص وإفراده بالتّصنيف إنزالاً لشرف مكانه.¹²⁷

2.4.3. العُرف الصحيح والفساد

تهدف الشريعة دائماً للمحافظة على استقرار المعاملات، ولذلك حرصت على تتبع ما يستجدّ من أعراف عند المسلمين، من خلال عرضها على النصوص الشرعية، فكلّ عُرف فيه النفع والفائدة، فهو عُرف صحيح مُقرّ به، وعلى الجميع احترامه والعمل بمقتضاه، وكلّ عُرف خالف النصوص فهو من الأعراف الفاسدة التي يلزم هدمها، فالحاكم الأوّل والأخير على ما هو ضارٌّ من الأعراف وما هو نافع شرع الله تعالى لا غير.¹²⁸

وانطلاقاً مما تقدم ينقسم العُرف من حيث اتّفاقه مع الشريعة أو تعارضه معها إلى صحيح وفساد:

العُرف الصحيح: ويُقصد بها جميع الأعراف التي جرى التعامل بها بين النَّاس مما لا يعارض نصّاً شرعياً، أو يفوت به مصلحة أو يجلب به مفسدة، وهو على هذا الاعتبار يشمل كلّ عُرف لا يُجرّم حلالاً ولا يحلّل حراماً ومن أمثلته ما جرى العُرف عليه من وقف للمنقول، ومنه ما جرى العُرف به بتقديم عربون عند عقد الاستصناع ومنه ما يقدم ما تعارفه النَّاس في المهور أن يقسم إلى قسمين مقدّم ومؤخر، أو ما يقدمه الخاطب لخطيبته من ألبسة وحلويات فيكون هدية ولا يحسب من المهر.¹²⁹

العُرف الفاسد: وهو نقيض العُرف الصحيح المتقدّم ذكره، وهو أن يجري بين النَّاس من الأعراف ما يخالف النص الشرعي¹³⁰ أو أنّ الأخذ به يفضي إلى جلب مفسدة ومضرة أو

¹²⁷ أنظر أبو سنة، العرف والعادة (20) وأنظر الموسى، العرف حجيته وآثاره الفقهية (20) نقلاً عن أثر العرف في التشريع الإسلامي لعوض.

¹²⁸ أنظر أبو عجيله، العرف وأثره في التشريع الإسلامي (110-111)

¹²⁹ أنظر خلاف، مصادر التشريع الإسلامي (146) وأنظر الزحيلي، وهبة، أصول الفقه الإسلامي، الطبعة 1 (دمشق:

دار الفكر، 1986م) (830/2)

¹³⁰ أنظر ابن عابدين، رسالة نشر العرف (116/2)

يدفع مصلحة معتبرة، ووفقاً لهذا الاعتبار فإنّ الأخذ به يُحرّم حلالاً أو يُحلّ حراماً ومن الأمثلة على ذلك ما يجريه التجار من العقود الربوية أو التعامل بها في البنوك الربوية، وغير ذلك من أعراف مستنكرة تجري بين الناس في أفراحهم أو أحزانهم كالاختلاط وتناول المسكرات وغير ذلك.¹³¹

2.5. العرف عند الشافعية

2.5.1. معنى العرف في اصطلاح الشافعية

من علماء الشافعية من مثّل لتعريف العرف في كلامه بما يشمل العرف القولي والعرف العملي ومنهم من عرّفه بما يقتصر في معناه على العرف اللفظي.¹³²

فقد عرّف أصحاب القول الأوّل العرف بقولهم: "ما يعرفه النَّاس ويتعارفونه فيما بينهم معاملة"¹³³

أمّا من اقتصر بتعريفه على العرف بمعناه اللفظي فقال: "العرف هو ما غلب الاستعمال فيه على ما وضع له في اللّغة بحيث إذا أُطلق سبق الفهم إلى ما غلب عليه دون ما وضع له"¹³⁴

وفي الحديث عن منشأ هذا التفريق عند الشافعية، نجد أنّه نابع من اختلافهم في التفريق بين العرف والعادة، فيجعلون العرف خاصّاً بالأقوال أمّا العادة فتختص بالأفعال، وهو اختيار البعض منهم، وأختار البعض الآخر أنّ يكون بينهما العموم والخصوص المطلق كما سبق وأنّ بيّنا ذلك سابقاً، فتكون العادة شاملة للقول والفعل ويكون العرف فرداً منها، وهو الجانب

¹³¹ أنظرُ خلاف، مصادر التشريع الإسلامي (146) وأنظرُ الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي (830/2)

¹³² أنظرُ القضاة ومنصور، الاجتهاد المصلحي (695)

¹³³ السّمعاني، أبو المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبّار، قواطع الأدلّة في الأصول، الطبعة 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1997م) (29/1)

¹³⁴ الشّيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، اللّمع في أصول الفقه، الطبعة 2 (بيروت: دار الكتب العلمية، 2003م) (9/1)

القول، أو أن يكون العرف هو الأعمّ فيشمل القول والفعل وتكون العادة فرداً منه وهو الجانب العملي.¹³⁵

وفي التحقيق بين الأقوال عند علماء الشافعية نجد أنهم لا يفرّقون بين المصطلحين في المعنى فيستعملون العرف ويقصدون به العادة وقد يستعملون العادة ويقصدون بها العرف، وهذا الأمر مُستخلص من تتبع غالب نصوصهم.¹³⁶

2.5.2. حدود تطبيقات العمل بالعرف عند الشافعية

أولاً: تحكيم العرف في تحديد نطاق العقود

حيث يُعتبر العرف مرجعاً في تحديد المطلوب من العقود، وما تتضمنه تلك العقود، بالإضافة لتحديد كلّ ما ينشأ عن أفعال المكلفين من التزامات¹³⁷

وهو من أكثر المواضع التي يبرز فيها أثر العرف عند فقهاء المذهب الشافعي،¹³⁸ حيث جاء في نهاية المطلب قوله: "ومن لم يمزج العرف في المعاملات بفقها لم يكن على حظّ كاملٍ فيها"¹³⁹ فالمعاملات تُبنى على ما يقصده الناس في عقودهم مما تعارفوه فيها وليس على ما تدلُّ عليه الألفاظ المستعملة في تلك العقود.¹⁴⁰

وبناء على ما تقدّم يؤكد الجويني على أهمية العرف في فهم العقود والمعاملات¹⁴¹ بقوله: "يُستدعى الاعتناء بفهم العرف، وليعلم الناظر أن كلّ حكم يُتلّق عن لفظ في تعامل الخلق،

¹³⁵ انظر القضاة ومنصور، الاجتهاد المصلحي (705) نقلاً عن تكملة المجموع للسبكي

¹³⁶ انظر المرجع السابق (م.س) (695)

¹³⁷ انظر المرجع السابق (م.س) (698)

¹³⁸ انظر الجويني، نهاية المطلب (292/5)

¹³⁹ انظر المصدر السابق (م.س) (المقدمة، 276)

¹⁴⁰ انظر المصدر السابق (م.س) (498/8)

¹⁴¹ انظر القضاة ومنصور، الاجتهاد المصلحي (698)

وللناس في ذلك القبيل من التعامل عُرف فلن يحيط بسرّ ذلك الحكم من لم يحط بمجاري العرف، فإنّ الألفاظ المطلقة في كلّ صنف من المعاملة محمولة بين أهلها على العرف فيها¹⁴²

ومن الأمثلة التطبيقية التي ذكرها علماء الشافعية والتي تبين أنّ ما يصدر عن المتعاقدين من ألفاظ وما يترتب على ذلك من التزامات، إنّما يُفسّر من خلال العرف الصحيح¹⁴³ ما يلي:

- إنزال اللفظ المطلق في العقود على ما جرى التعارف عليه، مثل لفظ الدرهم في العقود فإنّه محمول على الدرهم المتعارف عليه في البلد، وحمل المسلم فيه في عقد السلم على ما كان خالياً من كلّ عيب لأنّ السليم هو المقصود الذي يسبق إلى الذهن دون غيره.¹⁴⁴

- من أودع عند غيره أمانة فتُحمل الأمانات والودائع على حرز مثلها فلا تُحفظ المجوهرات والحليّ من الفضة والذهب في المكان الذي تُحفظ به الثياب والحطب مثلاً، وذلك عملاً بالعرف مقام التصريح بحفظها على حرز المثل.¹⁴⁵

- من توكل عن غيره في بيع شيء بلفظٍ مطلقٍ فإنّه مقيد بأن يبيعه بما غلب من نقود البلد، وأن يكون ثمنها بنفس ثمن أمثالها من السلع.¹⁴⁶

- ولو وكله بشراء دابة فإنّه يتقيد بشراء دابة ذات أربع أرجل تنزيلاً للعرف منزلة التصريح بتقييد مطلق الكلام.¹⁴⁷

- بل إنّ علماء الشافعية حكّموا عرف غير المسلمين إذا كان مطّرداً عندهم في حال تعاملهم مع المسلمين، ومن أمثلة ذلك لو استأجر يهودياً للعمل فتكون أيام السبت

¹⁴² الجوينيّ، نهاية المطلب (388/11)

¹⁴³ أنظر القضاة ومنصور، الاجتهاد المصلحي (698)

¹⁴⁴ أنظر السبكي، تكملة المجموع (417/11)

¹⁴⁵ أنظر العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام (127/2)

¹⁴⁶ أنظر الزركشي، المنشور في القواعد (361/2)

¹⁴⁷ أنظر السبكي، تكملة المجموع (417/11)

مستثناة من العمل نظراً لعرفهم في التعطيل فيها، ويكون حكمها بالنسبة لهم كأوقات الليل التي لا يكون فيها عمل.¹⁴⁸

لكن تجدر الإشارة إلى أنّ ما سبق من العمل بالعرف فيما إذا لم يصرح العاقدان بمرادهم، فعند ذلك يُعمل بالصريح من الألفاظ إذا كان صحيحاً متوافقاً مع أحكام الشرع، فمثلاً لو اشترط صاحب العمل على المستأجر أن يظلّ طوال النهار مشغولاً بالعمل دون أكلٍ أو شربٍ فهو مُلزم بذلك.¹⁴⁹

ثانياً: سلطان العرف في تحديد نطاق الالتزامات الناشئة عن التصرفات فيما لم يُصرح به فإذا كانت العقود السابقة مرجعها إلى العرف، فكذلك كلّ ما يصدر عن المكلفين من الأقوال التي تُرتب التزاماً في الذمة مردّها إلى العرف أيضاً.¹⁵⁰

ومن ذلك الألفاظ التي تصدر عن الواقفين أو الموصين.¹⁵¹

فإطلاق لفظة الواقف (المدارس الموقوفة على دارسي الحديث) مثلاً ولا يعلم بعد ذلك مقصود الواقف منها، فهل تنصرف إلى الحديث بخصوصه أم أنّها تشتمل على كلّ ما تعلق به، كعلم مصطلح الحديث وفقهه ولغته وغريبه وغير ذلك مما عليه عُرف الناس، والواقع أنّه يُعمل بالشروط التي يريدها صاحب الوقف، وهذه الشروط تختلف وفقاً لاختلاف عرف كلّ بلد في تحديد من هو المقصود بدراسة الحديث.¹⁵²

وهذا تأكيد واضح في الرجوع إلى العرف في تفسير كلام الواقف على وفق العرف الجاري، وهذا طبعاً فيما إذا لم يصرح به، وإلا فالعبرة للتصريح كما بيّنا.¹⁵³

¹⁴⁸ انظر السيوطي، الأشباه والنظائر (99)

¹⁴⁹ انظر العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام (186/2)

¹⁵⁰ انظر القضاة ومنصور، الاجتهاد المصلحي (698)

¹⁵¹ انظر الزركشي، المنتور في القواعد (361/2)

¹⁵² انظر السيوطي، الأشباه والنظائر (92-93)

¹⁵³ انظر القضاة ومنصور، الاجتهاد المصلحي (699)

وسياتي في الفصل التالي تأكيد هاتين الركيزتين عند الشافعية، حيث سنتبين أنّ تأثير العرف في المعاملات المالية لا يخرج عنهما، فهو أمّا أن يبيّن مقصود العاقدين فيما يريدان مما يشتمل العقد عليه من مفردات كثيرة مردّها إلى تشعب وكثرة المعاني التي يتخللها كلام النَّاس، فيأتي العرف ليزيل هذا اللبس عند إطلاق الكلام من خلال تحديد المطلوب وتحديد نطاق التزام كلّ أطراف العقد دون أن يترك مجالاً لأيّ خلاف، ومن ناحية أخرى وفي الصيغ العقدية التي يترتب بها التزام على متلفظها، يأتي دور العرف أيضاً ليحدد مقصود المتكلم ودلالات لفظه، وكلّ ذلك فيما لو كان اللفظ مطلقاً بلا تحديد.

الفصل الثالث: أثر العرف على عقود المعاوضات المالية في المذهب الشافعي

إعمال العرف في عقود المعاوضة وفيها (البيوع - الإجارة - الجعالة)

3.1. أولاً: البيوع

البيع لغة: "ضدّ الشراء، والبيع: الشراء أيضاً، وهو من الأضداد. وبعث الشيء: شريته".¹⁵⁴ أمّا اصطلاحاً: "فهو مُقابلة مالٍ بمالٍ على نحو مخصوص".¹⁵⁵ وهناك من عرفه بأنه "مقابلة المال القابل للتصرف بالمال القابل للتصرف مع الإيجاب والقبول على الوجه المأذون فيه".¹⁵⁶ يعتبر عقد البيع من أهم العقود وأقدمها، نظراً لحاجة الإنسان له عندما لم يستطع تأمين كلّ ما يريده بنفسه، فاحتاج للمبادلة مع الآخرين، ومن هنا نرى أنّ الفقهاء اهتموا بهذا العقد

¹⁵⁴ ابن منظور، لسان العرب (23/8)

¹⁵⁵ الشربيني، شمس الدّين محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (بيروت: دار الكتب العلمية، 2000م) (د-ط) (322/2) وأنظر النووي، محي الدّين بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الطبعة 3 (بيروت، دمشق، عمان: المكتب الإسلامي، 1991م) (338/3)

¹⁵⁶ ابن الرفعة، أبو العبّاس نجم الدّين أحمد بن محمد، كفاية التّبيه شرح التّبيه في فقه الإمام الشّافعي، الطبعة 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 2009م) (367/8)

حتى أنهم جعلوه في أول أبواب المعاملات المالية، وجعلوه معياراً يُقاس عليه أحكام وشروط بقية المعاملات الأخرى¹⁵⁷ والكلام عن عقد البيع من حيث أثر العرف فيه سيكون كما يلي:

3.1.1. أثر العرف في شروط عقد البيع من خلال (الصيغة، المبيع، الثمن)

1- الصيغة: يقصد بالصيغة في عقد البيع الإيجاب والقبول، وهي كل ما دلّ على رضا المتعاقدين على التملك، مثل بعثك هذا اللباس بدرهمين، أو ملكتك هذا المنزل بألف دينار، ومن البيوع التي نصّ الشافعية على صحتها فأجازوها فيما جرى العرف بها بيع المعاطاة وهو أن يتبادل البائع والمشتري الثمن والمبيع بدون ذكر أي صيغة، نظراً لأن البيوع من العقود السابقة في وجودها على الشرع، ثم جاء الشرع لينظّمها ويرتبها، فلا ضير في الرجوع في مثل هذا البيع إلى العرف.¹⁵⁸

ولعلّ إجازة الشافعية لهذا النوع من البيوع أخذاً بعرف الناس، سيكون له أثر بارز في إيجاد مخرج شرعيّ للكثير من المعاملات في عصرنا الحاضر والتي تشبه عقد البيع بالمعاطاة بصورة أو بأخرى وسيأتي الحديث عن جانب من هذه الأنواع في مطالب الرسالة الأخيرة إن شاء الله فأحيل التفصيل إليها، أما الاسترجار¹⁵⁹ من البائع فهو بيع باطل إلا إن تم تقدير الثمن في كل مرة وقع بها البيع، ويستثنى أيضاً إذا كان الثمن معلوماً عند العاقدين في كل مرة يقع بها العقد باعتبار العرف في مثل ذلك البيع، فيكون ثمنه معلوماً لديهم دون ذكر صيغة وهو بيع المعاطاة السابق.¹⁶⁰

¹⁵⁷ أنظر الزرقا، مصطفى أحمد، عقد البيع، الطبعة 2 (دمشق: دار القلم، 2012) (5) وأنظر البوطي، محمد توفيق رمضان، البيوع الشائعة، الطبعة 6 (دمشق: دار الفكر، 2010م) (198)

¹⁵⁸ أنظر العمراني، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني، البيان في مذهب الامام الشافعي، الطبعة 1 (بيروت: دار المنهاج، 2000م) (13-12/5) وأنظر ابن الرفعة، كفاية التبييه (376-375/8) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج، (375/3) وحاشيتي الشبراملسي والرشيدي (406/3) وأنظر الشريبي، مغني المحتاج (324-323/2)

¹⁵⁹ بيع الاسترجار: ما يستجره المشتري من البائع شيئاً فشيئاً ثم يحاسبه على ثمن ما استجره. قلعه جي، محمد رواس، معجم لغة الفقهاء، الطبعة 1 (بيروت: دار النفائس، 1996م) (93)

¹⁶⁰ أنظر الجمل، سليمان، حاشية الجمل، على شرح المنهج للشيخ زكريا الأنصاري، (بيروت: دار إحياء التراث العربي) (د-ط) (د-ت) (9/3) وأنظر البجيرمي، سليمان، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب، (مصر: مطبعة مصطفى

2- المبيع: يشترط لصحة عقد البيع أن يكون المبيع مما يجري التّفّع به، فلا يصح العقد على ما لا ينتفع به شرعاً، فلا يصح بيع الحيّة والفأرة وكل ما لمّ يسمح به الشّرّع، كما لا يصح العقد على ما لا يبذل المال مقابله عرفاً نظراً لقلّته كحبة قمح أو زبيب... وإن حرم غصبه ويحكم بكفر مستيحه، ويحكم بمالته إذا ضمّ لغيره.¹⁶¹

ويشترط في المبيع أيضاً أن يكون صاحبه قادراً على تسليمه، فكلّ ما كان في تسليمه مشقّة كبيرة بحسب العرف فلا يصحّ بيعه كما لو كان سمكاً في بحر، فإنّ كان في متناول اليد كبركة صغيرة فيجوز بيعه.¹⁶²

يشترط في المبيع أيضاً أن يكون مشاهداً للمشتري، وعليه لا يصح البيع إذا كان المبيع غائباً، لكن يُكتفى بالرؤية العرفية في حال كان المبيع موجوداً وهي التي يقوم بها النّاس حسب عرفهم بالنظر إلى المبيع من خارجه دون مزيد تدقيق، فإذا تمّ الشراء واطّلع المشتري على عيب لا يُشاهد بالرؤية العرفية جاز له الرّدّ بالعيب.¹⁶³

الباي الحلبي وأولاده، 1345هـ) (د-ط) (168/2) وأنظر الرملي مع حاشية الشيراملسي، شمس الدّين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدّين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ومعه حاشية أبي الضياء نور الدّين علي بن علي الشيراملسي وحاشية أحمد بن عبد الرزاق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغربي الرشيد، الطبعة 3 (بيروت: دار الكتب العلمية، 2003م) (375/3)

¹⁶¹ أنظر الأصفهاني، أبو شعاع أحمد بن الحسين بن أحمد، متن أبي شعاع (المسمى الغاية والتقريب)، (مصر: المطبعة اليوسفية) (د-ط) (د-ت) (22) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج (395/3-396)

¹⁶² المحاملي، أبو الحسن أحمد بن محمد بن أحمد الضبي، اللّباب في الفقه الشّافعي، الطبعة 1 (المدينة المنورة: دار البُخارى، 1416هـ) (231) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج (398/3-399)

¹⁶³ أنظر الجمل، حاشية الجمل (39/3) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشيتي الشيراملسي والرشيدي (415/3-)

وأخيراً إذا كان المبيع مشغولاً بملك بائعه، كما لو باع بيتاً فيه أمتعته فيكلف بإفراغه على وفق العرف، فلو تمّ العقد في الليل فينقله بعد أن يصبح، وإذا كانت الأمتعة كثيرة، فله النقل على عدة أيام عملاً بالعرف.¹⁶⁴

3- الثمن: من خلال استقراء أقوال المجتهدين فإنّ أهمّ ما يُقال في هذا الباب مما للعرف أثر قويّ وظاهر فيه، هو أنّ اتّفاق المتبايعين على الأثمان بالألفاظ المطلقة، يقضي بلزوم العمل بغالب النقد المتعارف عليه للتداول في ذلك البلد، فإنّ لم يوجد نقد غالب وجب التّعين وإلاّ بطل عقد البيع.¹⁶⁵

3.1.2. أثر العرف في بعض البيوع المنهي عنها

ويمكن أن يظهر أثر العرف فيما سيأتي، من خلال تحكيمة فيما يعتبر باباً وذريعة يمكن من خلالها التلاعب بأثمان السلع، فالمعاملة في أصلها ربّما تكون جائزة لا مشكلة فيها، فإذا ما اعترضها عارض خارج عن أركانها فسدت ودخلت في المنهي عنه، ولا ريب أنّ هذا العارض ناتج عن أفعال النّاس المحكومين بأعرافهم، لأنّ المعاملات في أصلها ما هي إلاّ ما تعارفه النّاس وساروا عليه ثمّ جاء الشّرع ليقرّ منها ما كان نافعاً ويُلغي ما كان ضاراً، فيبقى المدار إذن على العرف في كونه موضحاً لما يدخل على المعاملات من تصرّفات لا تتناسب مع الثمرة المرجوة من شرع هذه المعاملة على وفق مصالح العباد، وبيان ذلك من خلال الصّور التّالية:

1- تلقي الركبان: وهو مصطلح قديم يُذكر في هذا الباب ويُقصد به، من جاء من خارج بلد ما قاصداً التجارة فيه بالبيع والشّراء، فيحرم الخروج إليهم بقصد طلب الشّراء أو البيع منهم قبل دخولهم إلى البلد ومعرفتهم بالسعر المناسب للسلعة خشية وقوعهم في الغبن، والمقصود

¹⁶⁴ أنظر الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير في فقه مذهب الامام الشافعي، الطبعة 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1994م) (169/5-170) وأنظر العمري، البيان (247/5 و250 و253 و256) وأنظر ابن الرفعة، كفاية التّبييه (188/9)

¹⁶⁵ أنظر الماوردي، الحاوي (139/5 و169) (182/6-183) (54/7) وأنظر العمري، البيان (311/7-312) وأنظر الجويني، نهاية المطلب (142/5-143) وأنظر ابن الرفعة، كفاية التّبييه (202/9) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشيتي الشبراملسي والرشيدي (411/3)

بالسعر المناسب ما كَانَ غالباً منها في عُرْف النَّاسِ إِذَا مَا تَعَدَّدت الأَسْعَارُ فِي الأَسْوَاقِ، فَإِن تَمَّ العَقْدُ وَالحَالُ كذَلِكَ فَهَمُ بِالخِيَارِ حَالُ عِلْمِهِم بِالغَبْنِ، وَيَسْتَتْنِي مِنْ هَذَا الخِيَارِ إِذَا بَاعُوا بِنَفْسِ السَّعْرِ أَوْ بِأَزِيدٍ مِنْهُ أَوْ إِذَا بَادَرُوا هُمْ بِطَلْبِ التَّبَاعِ أَوْ إِذَا عَرَفُوا السَّعْرَ قَبْلَ البَيْعِ فَبَاعُوا بِهِ أَوْ بَدُونِهِ، أَمَّا ضَابِطُ المَكَانِ الَّذِي يَبَيِّنُ حُدُودَ البَلَدِ، فمَرْجِعُهُ إِلَى عُرْفِ النَّاسِ فِي أَمَاكِنَ تَلْقَى الحِجَاجَ، فَقَدْ جَرَى العُرْفُ بِاسْتِقْبَالِهِمْ فِي أَمَاكِنَ مَعِينَةٍ لِلتَّاجِرَةِ وَالمَعَامِلَةِ مَعَهُمْ، فَهِيَ بِهَذَا العُرْفِ صَارَتْ جِزَاءً مِنَ البَلَدِ فَمَنْ تَجَاوَزَهَا أَثَمَ، وَمَنْ تَعَامَلَ فِي حُدُودِهَا فَلَا إِثْمَ.¹⁶⁶

2- السُّومُ عَلَى سَوْمِ الغَيْرِ: وَيَأْخُذُ السُّومُ¹⁶⁷ أَشْكَالاً مُخْتَلِفَةً يَحْرَمُ مِنْهَا مَا يُلْحَقُ ضَرراً بِأَحَدِ طَرَفِي العَقْدِ البَائِعِ أَوْ المَشْتَرِي، وَمِنْ صُورِ ذَلِكَ أَنَّ يَقومُ شَخْصٌ بَعْدَ اسْتِقْرَارِ الثَّمَنِ وَإِتْمَامِ التَّوْفِيقِ بَيْنَ طَرَفِي العَقْدِ، فيَقُولُ لِمُرِيدِ الشِّرَاءِ، لَا تَشْتَرِيهِ وَأَنَا أبيعُكَ أَفْضَلَ مِنْهُ بِذَاتِ الثَّمَنِ أَوْ أبيعُكَ مِثْلَهُ بِأَقْلٍ مِنْ ثَمَنِهِ، فيَحْرَمُ ذَلِكَ إِذَا جَرَى العُرْفُ أَنَّ مِثْلَ هَذِهِ السَّلْعَةِ تُغْنِي عَنِ السَّلْعَةِ الَّتِي تَمَّ التَّعاقِدُ عَلَى بَيْعِهَا فِيمَا أُرِيدتَ لَهُ، وَيُسْتَتْنِي مِنْ ذَلِكَ مَا لَوْ كَانَ صَاحِبُهَا يَبِيعُهَا مِنْ خِلالِ المَزَادِ العَلَنِيِّ بِعَرَضِهَا عَلَى النَّاسِ رَغْبَةً فِي تَحْصِيلِ ثَمَنِ مَرْتَفِعٍ، فيَجُوزُ الزِّيَادَةُ لِلْمَشْتَرِي الثَّانِي إِذَا كَانَ يَرِغِبُ فِعْلاً بِالشِّرَاءِ وَلَا يَقْصِدُ مِنَ المَزَايِدَةِ الضَّررَ بِالمَشْتَرِينَ وَإِلَّا حُرِّمَ لِلنَّجْشِ¹⁶⁸ بَلْ يَحْرَمُ عَلَى مَنْ لَا يَرِيدُ الشِّرَاءَ أَنْ يَأْخُذَ السَّلْعَةَ ثُمَّ يَقومُ بِالنَّظَرِ إِلَيْهَا يَمَنَةً وَيَسِرَةً، لِأَنَّ العُرْفَ جَرَى أَنْ يُوذَنَ بِذَلِكَ لِلرَّاعِبِ الجَادِ بِالشِّرَاءِ فَقَطْ وَإِلَّا يَكُونُ مَغْرَراً بِغَيْرِهِ لَيْسَ إِلا.¹⁶⁹

3- الاحْتِكَارُ: وَهُوَ بِالتَّعْرِيفِ أَنْ يُقَدِّمَ الشَّخْصُ عَلَى شِرَاءِ مَا يَتَعَلَقُ بِأَقْوَاتِ النَّاسِ كالأُرْزِ وَالقَمَحِ وَالتَّمْرِ فِي وَقْتِ ارْتِفَاعِ أَسْعَارِ هَذِهِ السَّلْعِ، ثُمَّ يَقومُ بِحِجْزِهَا عِنْدَهُ، حَتَّى تَشْتَدَّ حَاجَةُ

¹⁶⁶ انْظُرُ المَحَامِلِي، اللَّبَابُ (241) وَانْظُرُ الرَّمْلِي، نَهَايَةُ المَحْتَاجِ مَعَ حَاشِيَةِ الشِّرَامِلِسِيِّ (466/3-467) ¹⁶⁷ السُّومُ فِي المَبَايِعَةِ: سُمْتُ بِالسَّلْعَةِ وَسَاوَمْتُ وَاسْتَمْتُ بِهَا وَعَلَيْهَا غَالِيْتُ. الفَيْرُوزِ آبَادِي، القَامُوسُ المَحِيطُ (1124) ¹⁶⁸ النَّجْشُ: أَنْ يَحْضُرَ الرِّجْلُ الشَّيْءَ الَّذِي يَبِيعُ فَيَزِيدُ فِي ثَمَنِهِ وَهُوَ لَا يَرِيدُ شِرَاءَهُ وَلَكِنْ لِيَقْتَدِيَ بِهِ فَيُعْطَى بِالسَّلْعَةِ أَكْثَرَ مِمَّا كَانَ يُعْطَى. الرَّاظِي، أَبُو الحُسَيْنِ أَحْمَدُ بْنُ فَارَسِ بْنِ زَكَرِيَا، حَلِيَّةُ الفُقَهَاءِ، الطَّبْعَةُ 1 (بِيرُوتِ: الشَّرْكَةُ المَتَّحِدَةُ لِلتَّوْزِيعِ، 1983م) (136)

¹⁶⁹ انْظُرُ الرَّمْلِي، نَهَايَةُ المَحْتَاجِ مَعَ حَاشِيَةِ الشِّرَامِلِسِيِّ (467/3-468) وَانْظُرُ المِهَيْمِي، شَهَابُ الدِّينِ أَحْمَدُ بْنُ حِجْرٍ، تَحْفَةُ المَحْتَاجِ بِشَرْحِ المَنْهَاجِ، مَعَ حَاشِيَةِ الشَّيْخِ عَبْدِ الحَمِيدِ الشَّرَوَانِيِّ، (مِصْرُ: المَكْتَبَةُ التَّجَارِيَّةُ الكُبْرَى) (د - ط) (د - ت) (314-313/4) وَانْظُرُ الشَّرِيبِي، مَغْنِي المَحْتَاجِ (390/2) وَانْظُرُ العِمْرَاوِي، مُحَمَّدُ الزَّهْرِي، السَّرَاحُ الوَهَاجُ عَلَى مَقْنِ المَنْهَاجِ، (بِيرُوتِ: دَارُ المَعْرِفَةِ) (182) (د-ط) (د-ت)

النَّاس لها، فيرتفع ثمنها نتيجة ازدياد الطلب عليها لندرتها، فيبيعها بأعلى ثمن، مستغلاً حاجة النَّاس، وهذا الفعل حرام لنهي النَّبي ﷺ عنه بقوله (لا يحتكر إلا خاطئ)¹⁷⁰، ولئن كَانَ النَّهي صريحاً على ذلك بنصِّ شرعيٍّ واضحٍ، فإنَّ العُرْفَ يمثّل للاحتكار ضابطاً لا يدرك ولا يعلم إلا به، فإذا كَانَ النَّهي منصباً فقط على شراء الأوقات وقت غلائها، ولا يحرم شراؤها وقت الرخص، فإنَّ العُرْفَ هو الَّذي يحدد ما إذا كانت أثمان هذه السلع مرتفعة أم هي في حدودها الطبيعية، فارتفاع الثمن نتيجة لتضخم العملة من وقت لآخر مثلاً، لا يحكم بأنَّه ارتفاع في الأثمان، ومن جهة ثانية، إذا كَانَ ارتفاع الأثمان بسبب حبس هذه الأوقات عن أسواق النَّاس حتَّى يُزاد الطَّلْب عليها، فإنَّ العُرْفَ هو الَّذي يبيِّن تلك المدة زيادة ونقصاً، فحبس بعض السلع يؤثّر في ثمنها من ساعة لأخرى، وبعضها لا يختلف ثمنها بالحبس ليومين أو ثلاثة، لتوفّر البديل الَّذي يفي بالغرض عند الحاجة، من هنا ندرك كون عُرْف النَّاس حاكماً على ما كَانَ من أفعال التّجار احتكاراً فنقضى بجرمته، أو هو ليس كذلك فيبقى في إطار العمل التجاري المباح الَّذي لا يشوبه اعتراض.¹⁷¹

3.1.3. أثر العُرْف في تحديد وضبط الأموال الربوية

الرّبا: لغةً من "رَبَا الشيءُ زاد ونما".¹⁷² وهو في الشّرع "عقد على عوض مخصوص غير معلوم التماثل في معيار الشّرع حالة العقد أو مع تأخير في البدلين أو أحدهما"¹⁷³، وهو من الكبائر

¹⁷⁰ مسلم، صحيح مسلم، رقم الحديث (1605) (1228/3)

¹⁷¹ أنظر الشريبي، مغني المحتاج، (392/2) وأنظر تكملة المجموع، للمطيعي (44/13) وأنظر الجمل، حاشية الجمل

(93/3) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (472/3) وأنظر الخن، مصطفى، مصطفى البغا، علي

الشريبي، الفقه المنهجي، الطبعة 3 (دمشق: دار القلم، 1992م) (42/6)

¹⁷² ابن منظور، لسان العرب (204/14)

¹⁷³ الرملي، شهاب الدّين أبو العبّاس أحمد بن حمزة، فتح الرّحمن بشرح زُيد ابن رسلان، الطبعة 1 (جدة: دار

المنهاج، 2009م) (563) والشريبي، مغني المحتاج (363/2) وابن حجر، تحفة المحتاج (272/4) والرملي، نهاية

المحتاج (424/3)

التي حرّمها الله تعالى بقوله { وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا } (البقرة: 275) وجاء في السنة عن النبي ﷺ قوله: "لعن رسول الله ﷺ أكل الربا وموكله وكتابه وشاهديه، وقال: هم سواء" ¹⁷⁴، أما الأموال التي يجري فيها الربا فإنّ عمدة القول في بيانها ما صح عن النبي ﷺ بقوله: "الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبرّ بالبرّ، والشّعير بالشّعير، والتّمر بالتّمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد" ¹⁷⁵ وبناء على هذا الحديث قسّم الشافعية الأموال الربوية إلى صنفين الذهب والفضة حيث اعتبروا علة الربا فيهما أنّهما جوهر الأثمان، وهو متحقق فيهما دون غيرهما، ولا عبرة بعد ذلك في دخول الصنعة إليهما أم لا، أمّا علة الربا في بقية الأصناف هو كونها مطعوم للناس بحسب الغالب سواء أكل للاقتيات كالقمح والأرز أم للتفكّه كالتمر والتين أم للتداوي كالملح والزنجبيل وغير ذلك يقاس الكثير... ولا عبرة في كلّ ما سبق أن يستعمل للمعاوضة فيما بينها الكيل أو الوزن، ويشترط لصحة هذا البيع إذا كانا من جنس واحد كالذهب بالذهب أو القمح بالقمح وجود العاقدين بمجلس العقد والمماثلة في العوضين وزناً فيما يوزن وكيلاً فيما يكال مع التقابض في مجلسهما قبل أن ينفردا، أمّا إن كانا من جنسين مختلفين فلا يشترط التّمائل ويصح التفاضل لكن يشترط وجودهما في مجلس العقد والتقابض فوراً. ¹⁷⁶

وبناءً على ما سبق فإنّ المماثلة مشروطة إذا بيع الجنس الربوي بجنسه، والمماثلة تكون بأن يتساوى ما يُباع بالكيل بمثله كيلاً، وأن يتساوى ما يُباع بالوزن بمثله وزناً، فما هي الأصناف من الأموال الربوية التي تُباع بالكيل، وما هي الأصناف الأخرى التي تباع بالوزن؟ والجواب على ذلك إنّما يكون من خلال ما جرى عليه عُرف الناس وبيان ذلك كالتالي:

ما كان في زمان ومكان النبوة: المرجع فيما كان من أصناف في عهد النبوة هو ما كان عليه عُرف أهل مكة والمدينة، فالنبي ﷺ أقر ذلك بناء على ما اطلع عليه من تلك الأعراف وعليه فما كان منها يكال كيلاً فالتّمائل يكون بكيله وما كان منها يوزن وزناً فالتّمائل فيه يكون

¹⁷⁴ مسلم، صحيح مسلم، رقم الحديث (1598) (1219/3)

¹⁷⁵ المصدر السابق (م.س)، رقم الحديث (1587) (1211/3)

¹⁷⁶ أنظر الشريبي، مغني المحتاج (2/363-365، 368-369)

بوزنه، ولا يعتبر ما أحدثه النَّاس بعد ذلك فيها فعلى سبيل المثال كانت الحبوب والألبان تُباع مكيّلة فلا يصح أن تباع موزونة وعلى مقتضى ذلك يكون العمل.¹⁷⁷

مالم يكن في زمان ومكان النبوة: بقيّة الأصناف الربوية التي لم يعرفها النَّاس في عهد الرسالة أو عُرِفَت في غير مكّة والمدينة أو التي استوى فيها الكيل والوزن أو لم يستعمل أي منهما فيها أو التي جُهل حالها، كلّ هذه الأصناف يعمل بها بعرف البلد الذي يقع فيها عقد البيع، فيكال ما عُرِف أنه يكال ويوزن ما عرف أنه يوزن.¹⁷⁸ قال الرملي¹⁷⁹: بعد أن أورد كلام مَنْ قال أن العبرة في هذه الأصناف هو عُرِف الحجاز الآن: "لكنّ قاعدة أنّ ما لم يُحدّ شرعاً يُحكّم فيه العُرِف قاضية بأنّه تراعى فيه عادة بلد البيع حالة البيع فإنّ اختلف اعتُبر فيه الأغلب".¹⁸⁰

إذا لم يكن عُرِف غالب في بلد البيع: اختلفت الأقوال فيما لم يغلب به عرف في مكان عقد البيع فاستوى فيه الكيل والوزن، فقيل أنّه يقاس على شبيهه مما كان في عهد الرّسالة، وإن لم يوجد فقيل يكال وقيل يوزن وقيل يختار ما يشاء لتساوي العرف، وقيل يُعتبر حاله بحال أصله إن كان له أصل يردُّ إليه.¹⁸¹

¹⁷⁷ أنظر الماوردي، الحاوي (106/5-107) وأنظر العمراني، البيان (193/5-194) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج

مع حاشية الشيراملسي (432/3-433) وأنظر الغمراوي، السراج الوهاج (177)

¹⁷⁸ أنظر العمراني، البيان (194/5-195) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (433/3) وأنظر

الغمراوي، السراج الوهاج (177)

¹⁷⁹ أحمد الرملي شهاب الدّين الرملي المنوفي المصري الشافعي وأستاذه الشيخ زكريا الانصاري وكان مقدّماً عنده حتّى أذن له أن يُصلح في مؤلّفاته في حياته وبعد مماته وأصلح عدّة مواضع في شرح البهجة وشرح الروض وكتب شرحاً على صفة الزيد في الفقه، وجمّع الشيخ الخطيب الشربيني فتاويه فصارت مجلداً وأخذ عنه الخطيب الشربيني والشيخ شهاب الغزي وانتهت إليه رئاسة العلوم الشرعية بمصر حتّى صارت علماء الشّافعية بها كلّهم تلامذته إلا ما ندر توفي سنة 957.

أنظر الغزّي، الكواكب السائرة (120/2-121)

¹⁸⁰ الرملي، نهاية المحتاج (433/3)

¹⁸¹ أنظر الماوردي، الحاوي (107/5-108) وأنظر العمراني، البيان (195/5) وأنظر الرّوياني، عبد الواحد بن

إسماعيل، بحر المذهب في فروع المذهب الشّافعي، (421/4-422) وأنظر الجويني، نهاية المطلب (69/5) وأنظر

الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (433/3)

صور أخرى لأثر العُرف في الأموال الربوية: والجماع المشترك لما سيأتي من صور يظهر من خلال دور العُرف وأثره في ضبط وتحقيق معنى التماثل في الأصناف الربوية المتّحدة الجنس.

إذا كانت تُشترط المماثلة في بيع الأجناس الربوية المتّحدة ببعضها فإنّ المماثلة لا تتحقق في الحبوب والثمار ومنها البصل مثلاً إلا في الوقت الذي يصير به جافاً يمكن معه خزّنه على وفق ما جرى به عُرْف النَّاس¹⁸²

من صيغ العقود التي يقع بها الربا المنهي عنه إذا ما أراد المتعاقدان أن يُجرّيا عملية مبادلة بين شاة ممتلئ ضرعها حليب (أي قبل حلبها) وبين مقدار من الحليب (أي الثمن حليب)، فمثل هذه المبادلة لا تصحّ لتحقيق المفاضلة بين كميتي الحليبين، فالحليب الموجود في شاة المتعاقد الأوّل يقابله جزء من حليب المتعاقد الثاني، ثمّ تكون الشاة مقابل الجزء الفاضل من الحليب الثاني وبنتيجة ذلك تتحقق المفاضلة بين الحليبين لأنّ الثاني أكثر مما في ضرع الشاة فيُنهي عن ذلك لتحقيق المفاضلة والربا، أمّا بيعها بعد الحلب فجائز رغم وجود اليسير منه لأنّ عُرْف النَّاس جارٍ بتركه¹⁸³، وهذا الأمر مبنيّ على اليسر بالناس والرّحمة بالحيوان فإنّ من طبيعة حيوانات الدُّرّ أن لا تُعطي كلّ ما فيها من حليب حتّى آخر قطرة ومن جانب آخر فإنّ الإفراط في إفراغ الضرع من الحليب قد يؤدي إلى الإضرار بالحيوان والله أعلم.

أختم الحديث في باب الربا عن حكم جريان الربا في الماء العذب، فعلى الرغم من اختلاف النقل في المذهب إلى وجهين أولهما لا ربا فيه لعدم تمّوله عُرْفاً عند النَّاس، أمّا الوجه الثاني

¹⁸² انظر المصدر السابق (م.س) (437-434/3) وانظر ابن حجر، تحفة المحتاج مع حاشية الشرواني (280/4)

وانظر الجمل، حاشية الجمل (56/3)

¹⁸³ انظر العمري، البيان (221-220/5) وانظر الماوردي، الحاوي (124-123/5) وانظر الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، المهذب في فقه الامام الشافعي، الطبعة 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1995م) (37/2) وانظر الرافي، فتح العزيز وهو كتاب مع المجموع (189/8) وانظر السبكي تكملة المجموع (151/11) وانظر النووي، روضة الطالبين (396/3) وانظر ابن حجر، تحفة المحتاج مع حاشية الشرواني (290/4) وانظر الرملي، نهاية المحتاج (445/3)

فيجري فيه الربا لأنَّه من مطعوم النَّاس¹⁸⁴ والطَّعم الَّذي هو بمعنى الطَّعام في اللغة إنَّما يتحقق في كلِّ ما يُسَاغ قال الله تعالى { وَمَنْ لَمْ يَطْعَمْهُ فَإِنَّهُ مِنِّي } (البقرة: 249) وإنَّ كَانَ الطَّعام في العُرْف اسمٌ لما يُؤْكَل فلا عبرة به، وعلى القول الثَّاني استقر العمل في المذهب فقُدِّمت الدَّلالة اللُّغوية على عُرْف النَّاس، أمَّا الماء المالح فلا يكون ربويًّا والمعيَّار في ملوحته وعذوبته بعرف البلد الَّذي يتَّم به العقد، وإنَّ كَانَ الأوَّل اعتبار العُرْف العام في ذلك فيكون المقصود بالماء العذب ما يُسَاغ عُرْفًا من غير النَّظَر إلى محلَّةٍ دون أُخْرَى.¹⁸⁵

3.1.4. أثر العُرْف في ضبط التعامل بالخيارات

الأصل في عقد البيع أن يكون منجزاً تاماً إلاَّ أنَّه من حكمة الشارع ورفقاً بالمتعاقدين من الغش والخديعة رُخِّص الخيار في العقد، وهو على نوعين خيار العيب دفعاً للضرر وخيار الشَّرط رغبة من مشرطه بأن يكون على تمهَّل في عقده، حيث يثبت الأوَّل بدون نص عليه ولا يثبت الثَّاني إلاَّ باشرطه صراحة.¹⁸⁶

والخيارُ لغةً: "طلب خَيْرِ الأمرين، إمضاء البيع أو فسخه"¹⁸⁷، ويتوافق معناه في الاصطلاح مع ما عليه في اللُّغة فيُعْرَفُ بأنَّه "طلب خير الأمرين من الامضاء والفسخ".¹⁸⁸

¹⁸⁴ انظر العمري، البيان (167/5-168) وانظر ابن الرفعة، كفاية النبيه (131/9) وانظر الروياني، بحر المذهب (425/4) وانظر الشاشي، أبو بكر محمد بن أحمد، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، الطبعة 2 (السعودية: مكتبة نزار مصطفى الباز، 1998م) (536/2)

¹⁸⁵ انظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (430/3) وانظر الشربيني، مغني المحتاج (365/2) وانظر الجمل، حاشية الجمل (48/3) وانظر البجيرمي، سليمان، حاشية تحفة الحبيب على شرح الخطيب، (بيروت: دار الفكر، 1428هـ-2007م) (د-ط) (20/3) وانظر ابن قاضي شهبة، بدر الدين أبي الفضل محمد بن أبي بكر الأسدي الشافعي، بداية المحتاج في شرح المنهاج، الطبعة 1 (جدة: دار المنهاج، 2011م) (23/2)

¹⁸⁶ انظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (3/4) ابن حجر، تحفة المحتاج (332/4) وانظر الجمل، حاشية الجمل (101/3)

¹⁸⁷ ابن منظور، لسان العرب (267/4)

¹⁸⁸ انظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (3/4) ابن حجر، تحفة المحتاج (332/4) وانظر الجمل، حاشية الجمل (101/3)

1- خيار المجلس: "وهو أن يكون لكل من المتعاقدين حقّ فسخ العقد ما دام في مجلس العقد لم يتفرقا عنه بأبداهما"¹⁸⁹، ويكون أثر العرف في خيار المجلس من خلال كونه حاكماً وضابطاً على ما يُعتبر مجلساً للعقد يستمر به الخيار، وما يعتبر تفرقاً ينتهي به الخيار، وبيان ذلك وفقاً لما يلي:

بعد تمام العقد يثبت الخيار لكلا المتعاقدين في إمضاء العقد أو فسخه ما لم يتفرقا عن مجلس العقد الذي تم به البيع بأبداهما وحيث أنّ الشرع لم يضع ضابطاً لما يُعتبر تفرقاً يسقط به الخيار بل ترك أمره للعرف فيرجع إليه، فما اعتبره تفرقاً سقط به الخيار ولزم به البيع وما لم يعتبره تفرقاً بقي الخيار به ولم يلزم البيع، ومن أمثلة ذلك، لو وقع العقد في داخل بيت فخرج أحدهما منه سقط الخيار ولزم البيع، وإن وقع العقد في السوق فقام أحدهما وترك الآخر سقط الخيار ولزم البيع، ولو جرى العقد في سفينة فالحركة فيها صعوداً ونزولاً تُبطل الخيار أيضاً ومردّ كلّ ذلك إلى العرف كما هو ملاحظ.¹⁹⁰

2- خيار النقيصة (العيب)¹⁹¹: وهو بالتعريف ما كان متعلقاً بفوات مقصود مظنون نشأ الظنّ فيه من التزام شرطيّ أو تغريّر فعليّ أو قضاء عرقيّ¹⁹² ولسنا بصدد الحديث عن الالتزام الشرطي، وهو ما يشترطه المشتري في المبيع مما يكون مقصوداً وله به غرض كالعلم بصفات المبيع فإذا فات شيءٌ منها كان عيباً يوجب الخيار، أو أن يكون العيب ناتجاً عن تغريّر البائع، وهو الذي سنستعرضه لاحقاً في معرض الحديث عن التصريّة، أمّا أن يكون منشأ العيب

¹⁸⁹ أنظر قلعه جي، معجم لغة الفقهاء (181)

¹⁹⁰ أنظر الماوردي، الحاوي (44/5) وأنظر العمراني، البيان (16/5-19) وأنظر الرّوياني، بحر المذهب (4/370-371) وأنظر الجويني، نحاية المطلب (21/5) وأنظر النووي، روضة الطالبين (3/440) وأنظر الرملي، نحاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (4/10) وأنظر الغمراوي، السراج الوهاج (185)

¹⁹¹ النقيصة: النقص، والنقيصة: العيب. الزبيدي، السيد محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس (مطبعة حكومة الكويت، 1987م) (د-ط) (18/189)

¹⁹² أنظر ابن حجر، تحفة المحتاج مع حاشية الشرواني (4/351) وأنظر الرملي، نحاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (4/25) وأنظر الغزالي، محمد بن محمد، الوسيط في المذهب، الطبعة 1 (القاهرة: دار السلام، 1997م) (3/119) وأنظر الرملي، فتح الرحمن (576)

مخالفة العُرف فهو معمول به ومخالفته لها اعتبار في العقد وإلا ما اعتُبر قاضياً وهو محل البحث في مقامنا.

ضابط العيب العرفي: الضابط فيما يُعدُّ عيباً أم لا في العُرف هو وجود كلِّ ما يُنقص العين أو القيمة نقص يفوت به غرض صحيح يعود إلى أحدهما - إذا غلب في عُرف محل العقد على التحقيق من الأقوال¹⁹³ - لأنَّه هو الذي ينصرف إليه اسم العيب عند الإطلاق.¹⁹⁴

أمثلة تطبيقية للعيب العرفي: والجامع المشترك لهذه الأمثلة يظهر من خلال أثر العُرف في تبين ما يعتبره النَّاس عيباً يثبت به الخيار للمشتري في عقد البيع، وما هي طريقة الرد بالعيب في حال قرر المشتري التمسك بحقه في ذلك.

من باع أرضاً فيها حجارة على أصل خلقها، وعليه تصلح هذه الأرض للزراعة دون الغرس لوصول جذور الشجر إليها، فيتحقق الضرر بالشجر ولا يتحقق بالزرع، فيحكم بوجود العيب بها وفقاً لأراضي تلك المنطقة، فإذا كانت تُزرع أو بعضها يزرع وبعضها يُغرس فلا يُحكم بوجود العيب، وإن كانت مخصّصة للغرس فقط فهذا عيب يوجب الرّد عملاً بالعرف الذي ينزل منزلة الشرط في العقود.¹⁹⁵

الأرض الحراجية¹⁹⁶: هي الأرض التي تكون بيد الحريين فتوقع الدولة معهم عقداً يسمى بالصّح تبقى بموجبه تلك الأراضي بأيديهم على أن يدفعوا ضريبة على ذلك تُسمّى حراج وتكون مقرّرة عليهم كلّ سنة ولا تسقط بإسلامهم بعد ذلك ولا يبيعهم للأرض وبناء على

¹⁹³ يقول الشرواني في حاشيته على التحفة: لك أن تقول الحكمة في مشروعية الرد بالعيب دفع الضرر عن المشتري وقد يكون الشيء عيباً منقوصاً للقيمة في محل دون آخر ومن نصّ من الأئمة على كون الشيء عيباً أو غير عيب إنما هو لكونه عُرف محلّه وناحيته، والمعول عليه الضابط الذي قرره. حاشية الشرواني، على ابن حجر (357/4)

¹⁹⁴ أنظر ابن حجر، تحفة المحتاج مع حاشية الشرواني (357/4) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشبراملسي (34-33/4)

¹⁹⁵ أنظر الماوردي، الحاوي (186-185/5) وأنظر الرُّوياني، بحر المذهب (489/4) وأنظر تكملة المجموع، للسبكي (292/11) وأنظر ابن الرفعة، كفاية التّبيه (250/9) وأنظر الشاشي، حلية العلماء (555/2)

¹⁹⁶ حراج: بفتح الحاء ج الحرجة وأخراج: ما تأخذه الدولة من الضرائب على الأرض المفتوحة عُنوة أو الأرض التي صلح أهلها عليها. قلعه جي، معجم لغة الفقهاء (172)

ذلك من اشترى أرضاً فتبين أنّ عليها خراج فوق المتعارف لدرجة لا يتغابن الناس في مثله ثبت له الخيار.¹⁹⁷

من اشترى أرضاً فيها حجارة مودعة للبائع فلا تدخل هذه الحجارة في البيع وتبقى على ملك البائع لكن له الحق في أن يطالب البائع بنقلها من الأرض لأنّ العرف لا يقرّ بقائها في الأرض.¹⁹⁸

من باع أرضاً فيها حجارة مبنية في الأرض فإن هذه الحجارة داخلة في البيع وتنتقل ملكيتها لمشتري الأرض بالعقد، لكنّ العرف جرى أن تبنى هذه الحجارة في أماكن لا تضرّ بالعراس أو الزرع مثل مصب الماء فإن وجد المشتري أنّها مبنية بخلاف العرف بما يضر الزرع والعرس، فيثبت له الخيار في الفسخ، إلا إن سهل إزالتها فلا خيار له نظراً لقلّة كلفة ذلك.¹⁹⁹

لو ثبت خيار الرد للمشتري نظراً لوجود العيب فعليه الرد فوراً، ويقصد بالفور على حسب الإمكان العرفي على عرف عامة الناس فلو علم بالعيب في الليل مثلاً فلا يرد حتّى الصباح ولو كان يصلي أو يتوضأ فحتى يفرغ من ذلك، ولو سلّم على البائع ثمّ رد فلا ضير بكلّ ذلك لجريان العرف به.²⁰⁰

¹⁹⁷ أنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشبراملسي (32/4)

¹⁹⁸ أنظر المزني، إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المصري، مختصر المزني في فروع الشافعية، الطبعة 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1419هـ-1998م) (113) وأنظر الماوردي، الحاوي (186/5) وأنظر العمراني، البيان (289/5-290) وأنظر الجويني، نهاية المطلب (133/5-134)

¹⁹⁹ أنظر الشافعي، محمد بن ادريس، الأم، الطبعة 2 (بيروت: دار المعرفة، 1393هـ-1973م) (45/3) وأنظر الماوردي، الحاوي (186/5) و(168/7) وأنظر العمراني، البيان (289/5-290) وأنظر السبكي، تكملة المجموع (293/11) وأنظر الأنصاري، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، الطبعة 1 (القاهرة: الدار العالمية، 2018م) (180/3) وأنظر البجيرمي، حاشية البجيرمي (294/2)

²⁰⁰ أنظر الماوردي، الحاوي (261/5) وأنظر الرّوياني، بحر المذهب (547/4) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشبراملسي (49/4-50) وأنظر الغمراوي، السراج الوهاج (187-188)

إن كان المبيع ثوب معيبٌ فليس له لبسه وإلا سقط خياره، وإن لبسه ثم اكتشف عيبه خارج البيت فلا يسقط خياره إذا استمر في لبسه وهو ذاهب لردّه لأنّ ذلك لا ينقص قيمته ولأنّ العرف لم يجز أن يخلعه أمام النَّاس.²⁰¹

3- التصرية: "تقدّم آنفاً أنّ أحد أسباب العيب التي توجب الخيار تغرير البائع وفعله، ومن صور ذلك التصرية، وهي لغة: "صَرَ النَّاقَةَ شَدَّ ضَرْعَهَا"²⁰²، وقريب منه المعنى الاصطلاحي فهي "أن يترك البائع حلب الحيوان عمداً مدّة قبل بيعه حتّى يجتمع اللبن فيتخيّل المشتري غزارة لبنه فيزيد في الثمن وهو حرام للتدليس"²⁰³ ويثبت به الخيار للمشتري على الفور إذا كان جاهلاً بحال الحيوان عند شراءه²⁰⁴، ويثبت الخيار للمشتري حتّى وإن تصرّت الدابة بنفسها من دون فعل البائع ولا يُعذر البائع بعدم علمه بذلك لجريان العرف بأن يقوم صاحبها أو من ينوب عنه بالرعاية والحلب لها كلّ يوم فيكون بتقصيره مُتَحَمِّلاً لِتَبَعِيَةِ ذَلِكَ.²⁰⁵

3.1.5. أثر العرف في بيان القبض وما يتعلق بذلك

لم يحدد الشّرع طريقة في القبض، وإنّما ترك أمره لما تعارفه النَّاس، فالمعول عليه في قبض الأشياء العرف سواء كان المبيع من المنقولات أم العقارات، فقبض العقار يكون بإفراغه مما شُغِلَ به من الأمتعة وتسليم المفتاح للمشتري، ليستطيع التّصرف به، أمّا إن كان المبيع من المنقولات،

²⁰¹ أنظر الماوردي، الحاوي (261/5) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج (55/4) وأنظر السبكي، تكملة المجموع (156/12)

²⁰² الزبيدي، تاج العروس (303/12)

²⁰³ دلس: الدّكس بالتحريك: الظلمة وفلان لا يُدالس ولا يُوالس أي لا يُخادع ولا يَغْدُرُ والمدايسة المخادعة. ودكس في البيع وفي كلّ شيء إذا لم يبين عيبه والتدليس في البيع: كتمان عيب السلعة عن المشتري. ابن منظور، لسان العرب (86/6)

²⁰⁴ أنظر الغزالي، الوسيط (122/3) وأنظر النووي، روضة الطالبين (468/3) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (72-70/4)

²⁰⁵ أنظر الأسنوي، جمال الدّين عبد الرحيم، المهمّات في شرح الرّوضة والزّافعي، الطبعة 1 (بيروت: دار ابن حزم، 2009م) (192/5) وأنظر الغزالي، الوسيط (123-122/3) وأنظر النووي، روضة الطالبين (470/3) وأنظر حاشية الشيراملسي، على الرملي (75-74/4) وأنظر حاشية الشرواني، على ابن حجر (392/4) وأنظر الجمل، حاشية الجمل (123/3) وأنظر البجيرمي، حاشية البجيرمي (246/2)

فقبضه يكون بنقله من مكانه إلى مكان آخر كما لو كان حيواناً أو سفينة... فيتم القبض
بنقلهما لمكان آخر.²⁰⁶

يدخل في بيع الدار بلفظ مطلق كل ما اتصل بها من الدور العليا والسفلى، وتدخل الأشجار
سواء الخضراء منها واليابسة، ويدخل كل ما خرج من البيت إلى الشارع والتي تسمى
بالأجنحة، ويدخل الدرج والرفوف والسقف والحجارة التي صُنعت منها الدار... وغير ذلك
وفي العموم يدخل في بيعها كل منفصل توقف عليه نفع المتصل، مثل ما يغطى به البئر والتنور
ويدخل الأبواب المتصلة بالبيت والأبواب المنفصلة في الدكان، لجريان العرف في كل ذلك.²⁰⁷

إذا باع شجرة خضراء أو يابسة بشرط القلع صح البيع وتكون الجذور ملكاً للمشتري، وإن
كان الشرط أن تقطع صح البيع ولا يملك المشتري الجذور فتقطع من مستوى سطح الأرض
بدون حفر على وفق ما جرى به العرف، ويصح بيع الشجرة بشرط إبقائها إن كانت خضراء
ولا يصح إن كانت يابسة إلا إن كان يستفاد منها بحاجة ما كوضع أشياء عليها، ولو اشترى
شجرة خضراء بلفظ مطلق، فيحق له إبقائها لجريان العرف بذلك، أما لو كانت يابسة فيلزمه
القلع لجريان العرف أيضاً بذلك فيؤمر بقلعها وتكون جذورها ملكاً له.²⁰⁸

ولو باع شجرة خضراء دخل في بيعها أغصانها الخضراء دون اليابسة، لجريان العرف بقطعه
وعدم دخوله، فإذا كانت الشجرة المباع يابسة، فيدخل معها غصنها اليابس، ولو باع نخلة

²⁰⁶ أنظر الماوردي، الحاوي (5/192-226-227) وأنظر العمراني، البيان (5/74) وأنظر الرُّوياني، بحر المذهب
(4/512) وأنظر الشيرازي، المهذب (2/14) وأنظر النووي، روضة الطالبين (3/516-517) وأنظر الغزالي، الوسيط
(3/152) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشيتي الشبراملسي والرشيدي (4/93-95)

²⁰⁷ الرملي، نهاية المحتاج (4/130-132) وأنظر ابن حجر، تحفة المحتاج مع حاشية الشرواني (4/448-449)
وأنظر الأسيوطي، شمس الدين محمد بن أحمد المنهاجي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، الطبعة 2 (الهيئة
العامة لمكتبة الإسكندرية) (د-ت) (1/66)

²⁰⁸ أنظر النووي، روضة الطالبين (3/549) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشبراملسي (4/135-136-
138) وأنظر الشربيني، مغني المحتاج (2/491) وأنظر الدميري، كمال الدين أبي البقاء محمد بن موسى بن عيسى،
النجم الوهاج في شرح المنهاج، الطبعة 1 (بيروت: دار المنهاج، 2004م) (4/198)

دخل في بيعها العرجون وهو عقود النخل المتدلي منها، إلا إذا جرى العرف أن يكون هذا العقود ملكاً لصاحب الثمرة فلا يدخل في بيعها وقتئذ.²⁰⁹

3.1.6. أثر العرف في بيان الربح ورأس المال في عقد المراجعة

الربح لغة "النماء في التجر".²¹⁰ وفي الاصطلاح: هي بيع السلعة بعد أن يبين رأس المال الذي اشتراها به وقدر الربح²¹¹، وقيل في تعريفها أيضاً: "إعلام البائع المشتري أنه يبيعه السلعة برأس مالها وبيع معلوم".²¹²

أمثلة تطبيقية: بيع المراجعة الذي هو من بيوع الأمانة والذي مبناه على الصدق بين عاقيه في رأس المال والربح، فإن أثر العرف فيما يأتي من صور توضيحية لبيع المراجعة، يظهر من خلال تجلية وإيضاح ذلك، ونفي كل غرر عنهما من شأنه أن يفسد هذا العقد.

بيع المراجعة وفقاً للصورة التي وردت في تعريفه بيع جائز بشرط أن يخبر البائع ثمن السلعة للمشتري بنفس العقد بشكل واضح لا لبس فيه ولا زيادة، فقد يذكر البائع الثمن منفرداً وقد يضيف عليه تكاليف أخرى كمصاريف الشراء وما إلى ذلك، فلو كان المبيع بمائة وتكاليف شراءه عشرة فلا يصح أن يقول رأس ماله الذي اشتريته به مائة وعشرة، لأن ذكر الشخص لرأس المال في عقود البيوع عند الاطلاق محمول في عرف الناس على الثمن الذي تم الاتفاق

²⁰⁹ أنظر النووي، روضة الطالبين (549/3) أنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (135/4) وأنظر ابن حجر، تحفة المحتاج (451/4) وأنظر الشريبي، مغني المحتاج (490/2) وأنظر الغمراوي، السراج الوهاج (198) وأنظر الدميري، النجم الوهاج (197/4) وأنظر ابن الملقن، سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد المعروف بابن النحوي، عجالة المحتاج إلى توجيه المنهاج، (إريد: دار الكتاب، 2001م) (د-ط) (728-727/2) وأنظر ابن قاضي شعبة، بداية المحتاج (87/2)

²¹⁰ أنظر الزبيدي، تاج العروس (379-380)

²¹¹ أنظر الشيرازي، المهذب (57/2) وأنظر الماوردي، الحاوي (279/5) وأنظر العمراني، البيان (332/5) وأنظر الرافي، فتح العزيز وهو كتاب مع المجموع (5/9) وأنظر المطيعي، تكملة المجموع (4/13) وأنظر الأنصاري، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا، منهج الطلاب في فقه الإمام الشافعي، الطبعة 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1997م) (54)

²¹² قلعه جي، معجم لغة الفقهاء (94)

عليه بين البائع والمشتري دون زيادة أي تكاليف أخرى كزيادة مؤونة نقل المبيع إلى بيت المشتري مثلاً أو سوى ذلك.²¹³

في عقد المراجعة إن تمّ العقد، بعد بيان قدر الربح الذي تم الاتفاق عليه دون بيان جنسه فترك الأمر مطلقاً، فيحمل جنسه على غالب نقد البلد، عملاً بالعرف حتى لو كان أصل مال العقد من غير نقد البلد.²¹⁴

كثيراً ما يستخدم العرب ألفاظاً أعجمية، بسبب اختلاطهم بالأعاجم في كل زمان، وعليه فما استعمل من هذه الألفاظ فإنه يحمل على عرف أولئك الأقوام ولا يشترط تأويلها على وفق لغتنا العربية، ومن ذلك على سبيل المثال ما اشتهر على ألسنة الناس من ألفاظ فارسية كقول العقادان في ألفاظ المراجعة ربح درهم لكل عشرة ويقابلها بالفارسية ربح ده يازده²¹⁵ وقولهم في بيع المحاطة²¹⁶ بعتك بما اشتريت وخط درهم لكل إحدى عشرة درهم ويقابلها بالفارسية وخط ده يازده.²¹⁷

بيع المراجعة مبناه على الأمانة لأن المشتري يعتمد على نظر البائع ويرضى لنفسه ما رضيه البائع من زيادة في الثمن أو حط ونقص لذلك يُصدّق البائع لزوماً في قدر الثمن الذي استقر عليه العقد وأيضاً يُصدّق في قدر الأجل إن كان عقد البيع بثمن مؤجل لأن الأجل يقابله قسط من الثمن عُرْفاً فزيادته يزيد الثمن وينقصانه ينقص الثمن.²¹⁸

²¹³ أنظر الماوردي، الحاوي (280/5) وأنظر العمري، البيان (333/5) وأنظر، الشيرازي، المهذب (58/2) وأنظر المطيعي، تكملة المجموع (4/13) وأنظر الغزالي، الوسيط (162/3) وأنظر الأنصاري، منهج الطلاب (54)

²¹⁴ أنظر الرملي، نهاية المحتاج (112/4) وأنظر ابن حجر، تحفة المحتاج (429/4)

²¹⁵ ده عشرة بالفارسية ويازده أحد عشر، الركي، النظم المستعذب في شرح غريب المهذب (57/2)

²¹⁶ حَطَّ السَّعْرُ يَحْطُّ حَطًّا وَحُطُوطًا: رَحُصَ. ابن منظور، لسان العرب (273/7)

²¹⁷ أنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيرازي (111-112/4) وأنظر ابن حجر، تحفة المحتاج مع حاشيتي الشرواني وابن قاسم العبادي (428/4) وأنظر، الشيرازي، المهذب (59/2)

²¹⁸ أنظر الماوردي، الحاوي (68/5) وأنظر الرُّوياني، بحر المذهب (390/4) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيرازي (115/4) وأنظر ابن حجر، تحفة المحتاج مع حاشية الشرواني (433-434/4) وأنظر، الشيرازي، المهذب (59/2)

بيع المراجعة مبناه على ائتمان المشتري للبائع في كل ما يصدر عنه من أقوال، ففي المراجعة يعتمد المشتري على نظر البائع في المبيع فيصدق ويتماد عليه في مقدار الثمن الذي اشتراه به والذي استقر عليه العقد بعد أن زاد فيه أو أنقص وفقاً لمصلحته، ويصدق أيضاً في مقدار الأجل الذي اشتراه به إن كان شراء هذه السلعة بثمن مؤجل، لأن زيادة الأجل يقابها زيادة في ثمن المبيع حسب ما جرى به عرف الناس فيزيد الثمن بزيادته وينقص بنقصانه.

3.1.7. أثر العرف في بيع الأصول والثمار

ويتجلى هذا الأثر من خلال ما جرى عليه عرف الناس في بيع الثمار قبل قطافها - على أصولها - بأن يتم إبقائها إلى أوان حصادها، وعليه فإن هذا العرف ينزل منزلة الشرط عند التعاقد على بيعها.²¹⁹

من باع أشجار التّخيل التي يملكها انتقلت ملكيتها للمشتري دون ثمارها فإن شرط إبقائها إلى وقت الحصاد فله ذلك، وإن تم العقد بلفظ مطلق فيحق له أن يتركها إلى الزمن الذي جرى عرف الناس أن يقطفوها به، فيلزمه عند ذلك أن يقطفه دفعة واحدة إن كانت هذه الثمار ناضجة وفقاً لما ينص عليه عرف الناس، وإلا بأن تدرج نضجها فيحق له أن يجنيها بالتدرج، وإن كانت الثمار من النوع الذي جرى العرف أن يستهلكها الناس قبل نضجها مثل اللوز الأخضر، فيجنيها أيضاً مالكة وفقاً لهذا العرف.²²⁰

من اشترى ثماراً أو زرعاً بعد بدو صلاحها إلا أنها لم تنضج بعد، فيحق للمشتري إبقائها لوقت كمال النضج إن اشترط ذلك أو إذا جرى العقد بلفظ مطلق، وعند ذلك يجب على البائع أن يقوم بسقايته إن احتاج لذلك، سواء في ذلك قبل تحليتها للمشتري وبعد ذلك،

²¹⁹ أنظر الماوردي، الحاوي (192/5) وأنظر ابن الرفعة، كفاية التّبيه (202/9) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (146/4)

²²⁰ أنظر الماوردي، الحاوي (169/5-170-192) وأنظر العمراني، البيان (256/5) وأنظر الغزالي، الوسيط (179/3 و181) وأنظر النووي، روضة الطالبين (554/3) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (143-142/4)

ويكلف بعد ذلك أن يسقيه بالقدر الذي يحتاج له لينمو ويحفظه من الهلاك على وفق ما جرى العرف في مثله، ولا يكتفي بالمقدار القليل.²²¹

3.1.8. أثر العرف على أركان عقد السلم (الصيغة، رأس مال السلم، المسلم فيه)

السلم لغة: "نوع من البيوع يُعَجَّل فيه الثمن وتضبط السلعة بالوصف إلى أجل معلوم"²²²، والمعنى الاصطلاحي قريب منه فيعرف بأنه "بيع شيء موصوف في الذمة بلفظ السلف أو السلم"²²³، أو "بيع السلعة الآجلة الموصوفة بثمن عاجل".²²⁴

1- الصيغة: ينعقد السلم بكل ما جرى به عرف الشرع والاستعمال من ألفاظ دالة على ذلك، مثل أسلمت لك هذا المال مقابل كذا أو أسلفتك هذا المال مقابل كذا، فيصح العقد.²²⁵

2- رأس مال السلم: فيما لو تم التعاقد على رأس مال السلم بلفظ مطلق فإنه يتنزل على غالب نقد البلد، فإن لم يغلب نقد فلا بد من التعيين وإلا لم يصح العقد.²²⁶

3- المسلم فيه: للمسلم فيه شروط لا يصح عقد السلم إلا بها، وما يلي من أمثلة توضح هذه الشروط، والضابط الجامع في هذه الأمثلة هو ما يظهر من أثر للعرف في ضبط هذه الشروط حتى تكون واضحة خالية من الغرر، وذلك من حيث كيل المسلم فيه أو وزنه وأجل تسليمه وصفاته التي يُعلم بها بالإضافة إلى القدرة على تسليمه زماناً ومكاناً.

²²¹ انظر المصدر السابق (م.س) (153/4) وانظر الغزالي، الوسيط (193/3)

²²² ابن منظور، لسان العرب (158/9-159)

²²³ ابن حجر، تحفة المحتاج (2/5)

²²⁴ قلعه جي، معجم لغة الفقهاء (94)

²²⁵ انظر العمراني، البيان (395/5)

²²⁶ انظر المصدر السابق (م.س) (434/5)

يشترط لصحة عقد السلم أن يكون المسلم فيه معلوم القدر بحيث تنتفي عنه الجهالة والغرر لقول النبي ﷺ (من أسلم في شيء فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)²²⁷ والعلم به إنما يكون بمعرفة الوحدات التي سيقدر بها كيلاً أو وزناً أو عدّاً أو ذرعاً بأن تكون هذه الوحدات مما جرى بها العرف فعرف قدر كل منها وعرف المقدار الذي تتسع له حتى ينتفي الغرر.²²⁸

ويشترط في السلم العلم بالمدّة فلا يصح مع الجهالة بها كما لو حدّد مدّة تختلف فيها الأوقات كقوله إلى الشتاء، لأنّ فصل الشتاء يمتد لعدة شهور فتكون المدّة مجهولة، ومن الأوقات المعلومة للناس بلا خلاف بينهم الشهور القمرية أو الشمسية التي عليها تقويم الناس اليوم فهي مضبوطة ومحل اتّفاق، فإذا أُطلق الشهر فلم يُحدّد أهو قمرّي أم شمسيّ فإنّه يحمل على الشهر القمري الهلالي أي ما كان بين هلالين لتعارف الناس على إرادته عند إطلاقه وفقاً لعرف الشرع²²⁹ على أنّ هذا الأمر أصبح غير مسلم به اليوم نظراً لتعدد البلاد المسلمة واختلاف العمل بالشهور فيما بينها فلم يعد العمل بالشهور القمرية هو المقدم وعند ذلك لا بد من تحديد المدّة بذكر أيّ شهر يراد باسمه دون غيره حتى تنتفي الجهالة وإلا لم يصح السلم.

يصح السلم في الحيوانات لأنّها مضبوطة الصفة في عرف الناس، فإذا أرادوا بيع حيوان كالفرس مثلاً، فيقومون بوصفه بصفات دقيقة تُعني عن مشاهدته، فكل حيوان أمكن ضبط صفاته بأيّ منها فيصح فيه السلم، على أنّ تكون هذه الصفات من الدقة، ما تجعل العاقد على بينة من أمره نظراً لاختلاف الغايات والقيمة منه، فمثلاً يبيّن الذكر من الأنثى في الإبل، وفي الخيل يذكر أهو عربي أم غير ذلك، ولو كان طيراً فيذكر صغره وكبره... الخ.²³⁰

²²⁷ (متفق عليه) تقدّم تحريجه

²²⁸ أنظر الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، الإقناع في الفقه الشافعي، الطبعة 1 (طهران: دار إحسان، 1420هـ) (97) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (4/194 و 197 و 198) وأنظر الغمراوي، السراج الوهاج (207)

²²⁹ الرملي، نهاية المحتاج (4/190-191)

²³⁰ أنظر الماوردي، الحاوي (5/400-401) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج (4/206-207)

من شروط السِّلْم أن يكونَ المسلم فيه مقدوراً على تسليمه بدون مشقّة كبيرة غالباً، ويكون ذلك عند حلول وقت تسليمه²³¹، فإن أسلم فيما لا يوجد عند موعد تسليمه كفاكهة رطبة في الشتاء لم يصح، أمّا إن كانَ يوجد ببلد آخر ولو بعيداً صح السِّلْم به إن جرى العُرْف بنقله بشكل متكرر وكثير إلى محل التّسليم لوفاء مثل هذه الالتزامات، وإن لم يجر العُرْف بنقله إلا نادراً فلا يصح السِّلْم فيه لعدم القدرة على تسليمه فالمعول فيما ذُكر على اعتياد نقله بكثرة حتّى صار عُرْفاً في مثله.

يشترط لصحة السِّلْم أن يكونَ محل العقد صالحاً لتسليم المسلم فيه بدون تكلف مؤنة لذلك، فإن كانَ المكان غير صالح للتسليم أو كانَ صالحاً لكن مع كلفة في ذلك، فيشترط تعيين هذا المكان، أمّا إن كانَ صالحاً للتسليم بلا كلفة، فلا يشترط التّعيين صراحة، بل يتعيّن محل العقد مكاناً له عملاً بما جرى عليه العُرْف.²³²

3.2. ثانياً: الإجارة

الإجارة: "ما أعطيت من أجر في عمل".²³³ وهي في الاصطلاح: "عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبدل والإباحة بعوضٍ معلوم".²³⁴ وعقد الإجارة من أكثر العقود تشابكاً نظراً للصور الكثيرة التي تنطوي تحته فقد يحتاج الإنسان لمنفعة إنسان فيكون محلّها المنفعة المتحصلة من هذا الإنسان كما لو استأجر من يخيّط له ثوباً، وقد يكون محلّها منفعة بيت فيتم العقد على منفعة ذلك البيت... الخ وهذه المنفعة إمّا أن تكون مقدّرة بالزمن كأسبوع وقد تقدّر بالعمل كما لو أراد منه خياطة عشرة أثواب، وغير ذلك من التفصيلات الكثير التي تركت الشريعة - كعادتها - أمرها للناس، ليكون للعرف أثره البارز في ذلك طالما هو الذي استحسّنه مما يلبي حاجاتهم ولم تنه عنه الشريعة، ونبيّن من خلال ما يلي صوراً لذلك:

²³¹ أنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشبراملسي (192/4-193) وأنظر الغمراوي، السراج الوهاج (206)

²³² أنظر الجويني، نهاية المطلب (38/6) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج (189/4)

²³³ ابن منظور، لسان العرب (10/4)

²³⁴ الشريبي، مغني المحتاج (438/3)

3.2.1. أثر العرف على شروط صحة الإجارة من حيث (العين المؤجرة، المنفعة، مدة الإجارة، الأجرة)

1- أثر العرف على شروط العين المؤجرة

وضابط ما يأتي مما للعرف أثر فيه، من خلال العودة إليه لمعرفة توابع العين المعقود عليها زيادة ونقصاناً، لكي يكون العقد خالياً من الغرر الفاحش المبطل للعقد.

تُعتبر الأرض من الأعيان التي جرى عُرف النَّاس باستئجارها للانتفاع بها، وهو مما أقرته الشريعة جرياً مع العرف²³⁵، فيصح استئجار الأرض لزرعها أو غرس الأشجار بها، إذا جرى العرف أن يكون لها ماء لا ينقطع، مثل أن يكون فيها بئر أو نهر تُروى منهما، فيصح استئجارها وقتئذ، لأنّه يمكن للمستأجر الانتفاع بها بوجود ما يكفيها من ماء، ويدخل منهل الماء هذا في عقد الإجارة إن جرى العرف بدخوله أو شرط ذلك في العقد.²³⁶

من استأجر راعياً لغنمه فلا بد من تبين المدة وجنس الحيوان ونوعه، ويجوز العقد على قطع معين وعلى قطع في الذمة ولو لم يبيّن العدد صح العقد ويُحمل على العرف إن كان مطرداً.²³⁷

2- أثر العرف في شروط المنفعة

ويظهر أثر العرف فيما يأتي من كونه ضابطاً مبيّناً لطريقة الانتفاع، ومعياراً يرجع إليه للمنفعة المتقومة التي يصح بذل المال في مقابلها، ومتى يُحكّم على صاحبها أنه قادر على تسليمها للمنتفع بها.

²³⁵ أنظر الماوردي، الحاوي (130/7)

²³⁶ أنظر الماوردي، الحاوي (456/7) وأنظر العمراني، البيان (298/7) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج (271/5) وأنظر الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي يوسف، التنبيه في الفقه الشافعي، الطبعة 1 (بيروت: عالم الكتب، 1983م) (123)

²³⁷ أنظر العمراني، البيان (316/7) وأنظر الرُّوياني، بحر المذهب (173/7) وأنظر النووي، روضة الطالبين (194/5) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشبراملسي (285/5)

في عقد الإجارة إذا كانت العين المؤجرة دار فلا يشترط بيان طريقة الانتفاع بها اكتفاءً بالعرف في مثلها كالسكنى ووضع المتاع... وغير ذلك مما تعارفه الناس، ويحتكم إلى العرف أيضاً في عدد الساكنين بمثلها.²³⁸

من استأجر أرضاً لا تصلح إلا للزراعة، وصرح له مالها بالانتفاع بها بما يشاء من الزرع، فيصح العقد ويتقيد المستأجر بزراعتها على وفق ما جرى به العرف في مثلها، فيجوز له زراعتها بالسمسم والقصب²³⁹ مثلاً إن جرى العرف بذلك، وإذا تعارف الناس إراحتها من الزرع في أوقات معينة فيلتزم بذلك نفيًا للضرر عن مالها.²⁴⁰

من استأجر قميصاً ليلبسه فإن المعول عليه في استيفاء المنفعة من القميص ما أطرد العرف به، فإن استأجره للبس المطلق فليس له النوم به، إلا إن أطرد العرف بغير ذلك فلا يلزمه خلعه عندئذ ويعمل بما جرى به العرف.²⁴¹

يرجع إلى العرف كضابط للمنفعة المتقومة في عقد الإجارة على الدار، والتي يمكن بذل المال في مقابلها، وبناء على ذلك يصح استئجار الدار لجزء معلوم من اليوم، لأنه ربما تعلق به حاجة لمستأجر ما، كما لو كان مسافراً أو ما شابه ذلك... واحتاج لذلك برهنة من الوقت.²⁴²

كل ما كانت منافعه أعياناً كالشجر التي يُنتفع بها بالثمر وهي أعيان فيمكن العقد عليها بعد حدوثها ولا يصح قبل ذلك، أما إن استأجرها لمنفعة تستوفى مع بقاء العين كما لو استخدم

²³⁸ أنظر الماوردي، الحاوي (349/7) وأنظر الشيرازي، التنبيه في الفقه الشافعي (123) وأنظر الشيرازي، المهذب

(256/2) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج (280/5)

²³⁹ القصب: كل نبات ذي أنابيب، ومفردا قصب. ابن منظور، لسان العرب (674/1)

²⁴⁰ أنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (285/5-286)

²⁴¹ أنظر الماوردي، الحاوي (7/443) وأنظر العمراني، البيان (349/7-350) وأنظر النووي، روضة الطالبين

(232/5-233) وأنظر الشيرازي، المهذب (256/2) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (308/5)

²⁴² أنظر الرملي، نهاية المحتاج (280/5) وأنظر ابن حجر، تحفة المحتاج مع حاشية الشرواني (143/6)

الشجر ليستظلّ بها أو يربط بها مواشي، فإن كان هذا الأمر غالباً فيها ومقصوداً من منافعها فتصح الإجارة²⁴³ لأنّ هذه المنافع المتحصلة منها متقوّمة يصح بذل المال في مقابلها.²⁴⁴

يُشترط لصحة الإجارة "أن تكون المنفعة مقدوراً على تسليمها بتسليم محلّها حسناً وشرعاً ليتمكن المستأجر من استيفائها"، والقدرة على ذلك تشمل ملك الأصل وملك المنفعة وبناء على ذلك يحق للمستأجر إيجار ما استأجره ويصح لمن أقطع له الإمام - إقطاع إرفاق وليس إقطاع تمليك - أن يؤجّر ما أقطعه له الإمام إن أذن له به أو إذا اطّرد العرف العام بذلك، قال الرملي: "وتوجيه الصّحة مع عدم ملكه المنفعة بأنّ اطّراد العرف بذلك نزل منزلة إذن الإمام".²⁴⁵

3- أثر العرف في شروط مدة الإجارة

إذا كان لعقد الإجارة بين العاقدين أشكالاً مختلفة، فإنّ ما يلي من صور توضيحية تُظهر أثر العرف في كونه ناظماً لطريقة الانتفاع خلال هذه المدة على اختلاف عقود الإجارة وتنوعها، وبيان ذلك بما يلي:

في عقد الإجار لمدة شهر بلفظ مُطلق يكون ابتداء الشهر من وقت العقد لأنّه هو المفهوم مما تعارفه الناس.²⁴⁶

دخول الحّمّام جائز بالإجماع مع الجهل بقدر المدة، ومع ذلك يُمنع من البقاء زيادة على ما جرى به العرف، ويُمنع أيضاً من الزيادة في استعمال الماء على ما جرى به العرف.²⁴⁷

من استأجر حّمّام مدة من الزمن ويعلم بحسب ما جرى به العرف أنّ هذا الحّمّام يتعطل مدة مجهولة من الزمن لأمر ما، كما لو احتاج لإصلاح بناءه مثلاً، واشترط أنّ تكون مدة تعطله عن الانتفاع به محسوبة على المستأجر فتتخصّر الأجرة في باقي المدة، أو محسوبة على المؤجر

²⁴³ انظر الماوردي، الحاوي (391/7) وانظر الرّوياني، بحر المذهب (183/7)

²⁴⁴ انظر الرملي، نهاية المحتاج (270/5)

²⁴⁵ انظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (270/5-271)

²⁴⁶ انظر المصدر السابق (م.س) (306/5)

²⁴⁷ انظر المصدر السابق (م.س) (279/5)

فيستوفى المستأجر مثلها بعد المدة، فتفسد الإجارة بهذا الشرط عندئذٍ لجهل نهاية المدة، فإن لم يُشترط أو شُرِّط وعُلِّمَت مدّة التعطّل بعرف أو زمن كشهر مثلاً بطلت الإجارة في تلك المدة وفيما بعدها وصحت فيما اتصل بالعقد، والطريق لتصحيح العقد في الباقي عند ذلك تجديده فيما بقي من المدّة بأجرة معلومة.²⁴⁸

من استأجر أرضاً للزراعة وكان العُرف في هذه الأرض أن تُزرع مرة واحدة في الموسم واستأجرها للزراعة ما جرى به العُرف كالقمح ونحوه فتأخّر إدراك موسمه عن وقته المعتاد عُرفاً فلا يُكلّف أجرة المدة الزائدة لجرّيان العُرف في مثله بإبقاء الزرع إلى وقت إدراكه وإن تأخّر، أمّا إن جرى العُرف بالانتفاع بالأرض بعد انقضاء مدة عقد الإجارة الأولى بزرع آخر فإنّ المحصول يبقى إلى وقت حصاده بالأجرة.²⁴⁹

المنفعة في عقد الإجارة إمّا أن تكون مقدّرة بالزمن أو بالعمل، فإذا كانت الإجارة مقدّرة بمدة كما لو استأجره لتعليم القرآن فلا تدخل أيّام الجُمع في مدة التعليم كما لا يدخل السبت والأحد بالنسبة لغير المسلمين من اليهود والنصارى لأنّ العُرف اطّرد بكل ذلك، فلو أطلق عقد الإجارة صح العقد وتكون تلك الأيّام مستثناة منه، وأيضاً بالأولى لا تدخل أيّام الأعياد، وبالجملة لا يدخل من الأيّام كلّ ما تعارفه الناس أنّه عطلة كالأيّام قبل العيد أو بعده أو غير ذلك.²⁵⁰

من استأجر دابةً لإدارة الدواليب المستخدمة بسقي الأرض فيشترط أن يكون قدر العمل معلوماً والعلم به يتقدّر بالمدّة كشهر مثلاً فتصح الإجارة ويستثنى من ذلك أوقات الاستراحة وزمن أكل الدابة للعلف²⁵¹ لأنّ هذه الأوقات استثناها العُرف والشرع فهي وإن لم تتحدد بالشرط الصريح تحددت بالعرف.²⁵²

²⁴⁸ أنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشيتي الشيراملسي والرشيدي (267/5-268) وأنظر ابن حجر، تحفة المحتاج

مع حاشية الشرواني (128/6-129)

²⁴⁹ أنظر حاشية الشيراملسي، على النهاية للرملي (272/5)

²⁵⁰ أنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (282/5-283)

²⁵¹ علف: هو ما تأكله الماشية. ابن منظور، لسان العرب (255/9)

²⁵² أنظر الماوردي، الحاوي (414/7)

من استأجر ما يُستعمل للنقل من مكان لآخر كدابة مثلاً، كما لو أراد السفر من مدينة لأخرى فإن اشترط طريقاً وزماناً لذلك تقييداً به، وإن أطلق العقد فيلتزم بما ألفه الناس حتى أصبح عُرفاً لهم يتقيدون به في سفرهم زماناً ومكاناً، ويمثل الفقهاء لذلك بما كان عليه حال الحجاج سابقاً إذا أرادوا السفر للبيت الحرام حيث تعارفوا سلوك طريق معين بين مكة والمدينة وبأوقات معينة، فإذا أصبح الأمر عُرفاً كمثل حال الحجاج سابقاً فتصح الإجارة مع الإطلاق وليس لأحد من العاقدين مخالفة ذلك، أما إن اختلف سير الناس بطلت الإجارة.²⁵³

4- أثر العُرف في بيان الأجرة

في عقد الإجارة إذا لم تحدد ماهية النقد بدل المنفعة، فيحمل على الأغلب من نقد البلد فإن كان نقد الناس مختلفاً بطلت الإجارة وإن اتفق المتعاقدان على نقدٍ سميّاه بينهم صح به العقد سواء وافق عُرف الناس أو خالفه.²⁵⁴

3.2.2. أثر العُرف في بيان ما يلزم المؤجر والمستأجر

يظهر أثر العُرف فيما يلي من كونه ضابطاً يرجع إليه لتحديد ما يجب على طرفي العقد الالتزام به مما ييسر استيفاء المنفعة من العين المؤجرة دون أن يلحق الضرر بأيٍّ منهما

في عقد الإجارة إذا ذُكر المحمول كما لو قال أجزتكَ لتحمل مقداراً من القمح مثلاً، فلا يدخل الوعاء الذي سيوضع فيه القمح في ذلك المقدار، ولذلك يشترط رؤية ذلك الوعاء أو تُعلم صفاته، ويغني عن ذلك إذا وُجد عُرف مطرد بأوعية تكون قريبة التشابه فيما بينها.²⁵⁵

²⁵³ انظر المصدر السابق (م.س) (416-415/7) وانظر العمراني، البيان (312-311/7) وانظر الرُوياني، بحر المذهب (163/7) وانظر الغزالي، الوسيط (183/4) وانظر الجويني، نهاية المطلب (149-148/8) وانظر ابن الرفعة، كفاية النبيه (202/9) وانظر النووي، روضة الطالبين (203/5) وانظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (290/5)

²⁵⁴ انظر الماوردي، الحاوي (416-415/7)

²⁵⁵ انظر الرملي، نهاية المحتاج (290-289/5) وانظر الغزالي، الوسيط (185/4)

لابد لصحة إجارة الدابة للركوب أن يُذكر ما يُوضع عليها من أشياء لتكون محلاً لحمل الرّاكب كالسرج²⁵⁶ أو الوطاء²⁵⁷ الذي يُجلس عليه والغطاء الذي يغطّى به إن اشترط في العقد لأنّ ذلك له أثره على راحة الراكب والبهيمة، فلا بد أن يكون معلوماً علماً ينفي الغرر عنه دفعاً لأيّ خلاف وذلك إمّا بالمشاهدة أو الوصف التام ويعني عن ذلك أطراد العُرف فإن كان كذلك لم يُحتج إلى ذكره ويُحمل على المعهود.²⁵⁸

من أجّر بعيراً غير معيّن - مضمون في الذمة - فعلى صاحب البعير المؤجّر (الجمّال) سوق البعير وتسييره وإنزاله للركوب... إلخ، وعلى العموم يجب عليه كلّ ما دعت الحاجة له مما يلزم للانتفاع بالعين المؤجّرة لأنّ التمكين من الانتفاع لا يحصل إلاّ بذلك وهو لازم على المؤجر، فلو كان الراكب امرأة وجب عليه إناخة²⁵⁹ البعير لها كلما أرادة الركوب أو النزول لأنّ عُرف النساء بالركوب يقتضي ذلك حفظاً لسترها، وعليه أن يزود الراحلة بما يساعد المسافر على الصعود، والجلوس بشكل مريح لجريان العُرف أن يتولّى هو ذلك، وعليه أن يوقف الراحلة ويضمن نزول المسافر لأداء كلّ ما يحتاج إليه مما لا يقدر عليه وهو راكب كالصلاة، والطهارة وغير ذلك، على أن يكون زمن النزول مقيّد بالعرف فلا يطول، ومما يجب على المؤجر أيضاً إيصال المستأجر لمنزله إن شرط ذلك أو جرى العُرف به.²⁶⁰

²⁵⁶ السّرج: رحل الدابة، والجمع سروج. وأسرجها إسراجاً، وضع عليها السرج. والسّراج: باع السروج وصانعها، وحرفته السّراجة. ابن منظور، لسان العرب (297/2)

²⁵⁷ الوطاء من كلّ شيء: المهاد: ومهدت الأمر: وطأته: ومهد كلمة تدلّ: على توطئة وتسهيل للشّيء. أنظر أبو الحسين، مقاييس اللّغة (280/5)

²⁵⁸ أنظر الماوردي، الحاوي (412/7) وأنظر العمراني، البيان (310-309/7) وأنظر الرّوياني، بحر المذهب (159/7) وأنظر الغزالي، الوسيط (182-181/4) وأنظر النووي، روضة الطالبين (219/5) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الرشيدي (287/5) وأنظر الغمراوي، السراج الوهاج (290 و292)

²⁵⁹ أناخ البعير إذا برّك في موضع فلزمه. وبرّك البعير يبرّك بركاً أي استناخ وأنخته أنا فاستناخ. أنظر ابن منظور، لسان العرب (396/10)

²⁶⁰ أنظر الماوردي، الحاوي (418-417/7) وأنظر العمراني، البيان (341-340/7) وأنظر الغزالي، الوسيط (183/4) وأنظر الجويني، نهاية المطلب (149/8) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشبراملسي (301/5-303) وأنظر الغمراوي، السراج الوهاج (293)

3.2.3. أثر العُرْف في ضبط الخلاف بين المؤجر والمستأجر

عقد الإجارة من العقود التي تستمر بين العاقدين ولا تنتهي بمجرد العقد حتى يتم انتهاء استيفاء المنفعة المتفق على تملكها للمستأجر،²⁶¹ ويظهر أثر العُرْف في ذلك من خلال ضبط الخلافات المحتمل حدوثها خلال مدة الانتفاع، وتحميل المسؤول عن التقصير في حال وقوعه وتكليفه ضمان ذلك، والصور الخلافية للعقود التالية توضّح ذلك:

من استأجر دابة للحمل أو للركوب عليها مثلاً ولم ينتفع بها وتلفت في مدة الإجارة أو بعدها لم يضمنها لأنّ يده عليها يد أمانة إلا إذا أهدم عليها اصطبل في وقت للانتفاع لو انتفع بها فيه لم يصبها الهدم، ومن ذلك ما لو ربطها باصطبل في جُح الليل من الشتاء وجرى العُرْف بالانتفاع بها في مثل ذلك الوقت فإنه يضمنها لأنّه يعتبر مقصراً بربطها في وقت لم يجر العُرْف بربطها فيه فلا عذر له لكن الضمان المترتب عليه في هذا التلف هو ضمان جناية وليس ضمان يد أمّا إن أهدم عليها السقف في ليل لم يجر العُرْف باستعمالها فيه فإنه لا يضمن.²⁶² إذا تلفت العين بيد الأجير وصورته بأن يستأجر من يعمل له في عين فتلفت العين في يد الأجير فإن كان بتقصير من الأجير كما لو استأجره ليخبز له فترك الخبز في النار أكثر مما يترك عُرفاً فاحترق فإنه يضمنه لتقصيره.²⁶³

إذا وقع الخلاف بين المستأجر والمؤجر في مكان الحمل على ظهر الدابة فاختر الرّكب المستأجر مقدّمة البعير واختار الجمال تأخير الحمل أو اختلفا في ذلك توسعة وتضيقة وغير ذلك فالفيصل ما عليه عُرف الناس فيعمل بمقتضاه.²⁶⁴

²⁶¹ أنظر قوته، عادل بن عبد القادر بن محمد وليّ، أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في فقه المعاملات المالية، الطبعة 1 (جدة:

المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، 2007م) (125)

²⁶² أنظر الرملي، نهاية المحتاج (309/5-310) وأنظر ابن حجر، تحفة المحتاج مع حاشية الشرواني (178/6-179)

وأنظر الغمراوي، السراج الوهاج (293-294)

²⁶³ أنظر العمراني، البيان (384/7) وأنظر النووي، روضة الطالبين (228/5-229)

²⁶⁴ أنظر الماوردي، الحاوي (420/7) وأنظر العمراني، البيان (342/7)

المنفعة إما أن تكون مُقدَّرة بالعمل كما لو استأجر خيَّاط لخياطة ثوب فلا يوجد تقدير بمدّة، ويمكن أن تكون مُقدَّرة بالزَّمن كما لو استأجره للخياطة مدّة شهر لكن لا بد في كلا الصورتين من بيان كون المخيط قميصاً أو غيره وطوله وعرضه ونوع الخياطة، ويغني عن ذكر هذه التفاصيل ويصح العقد بلفظ مُطلق إذا كان للناس عُرف منضبط فيحتمل المطلق عليها.²⁶⁵

من استأجر رجلاً كحالاً ليكحل²⁶⁶ له عينه، فإن كان الكحل حاضراً، فيلزم الكحال العمل فقط دون تقديم الكحل، أمّا إن كان الكحل غير موجود - في الدمّة - فالذي صححه الإمام الرافعي²⁶⁷ في الشرح الكبير واعتمده الرملي أنّ الرجوع في ذلك إلى العرف لأنّه غير منضبط في الشرع واللغة، وإن شرط كون الكحل على الأجير (الكحال) فلا بد لصحة الإجارة من تقدير ذلك، فإن شرطه عليه مطلقاً عن التقدير فسد العقد، ولو اقتضى العرف أنّه على المستأجر أو شرطه عليه فلا يجب تقديره.²⁶⁸

من استأجر دابة فيجوز له أن يضربها إذا قصرت في مشيها ضرباً معتاداً للمشي ولا يخرج به عن عرف الناس وكذلك يفعل إذا أراد كبجها باللجام²⁶⁹ وركلها بالرجل، فإن فعل فماتت لم يضمن لأنّ الضرب والكبح المعتاد عليه عرفاً مشمول بعقد الإجار فلا يضمن والحال كذلك

²⁶⁵ أنظر النووي، روضة الطالبين (258/5-259) أنظر الرملي، نهاية المحتاج (280/5-281) وأنظر ابن حجر، تحفة المحتاج (142/6-144)

²⁶⁶ والكحل هنا بمعنى الدواء والعلاج حيث كان يستخدم كعلاج للعيون، أنظر العمراني، البيان (317/7)

²⁶⁷ عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم بن الفضل بن الحسن القزويني أبو القاسم الرافعي، صاحب الشرح الكبير والشرح الصغير والمحرر وغيرها برع في علوم الشريعة تفسيراً وحديثاً وأصلاً وكان في الفقه عمدة المحققين وأستاذ المصنّفين سمع الحديث من جماعة منهم أبوه وروى عنه الحافظ عبد العظيم المنذري وغيره توفي سنة 623. أنظر السبكي، طبقات الشافعية (281/8-283-284)

²⁶⁸ أنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشيتي الشيراملسي والرشيدي (296/5) وأنظر ابن حجر، تحفة المحتاج مع حاشيتي الشرواني وابن قاسم العبادي (162/6) وأنظر الغمراوي، السراج الوهاج (292)

²⁶⁹ كبح: الكبح: كبحك الدابة باللجام. كبح الدابة وأكبحها: جذبها إليه باللجام وضربها بها كي تقيف ولا تجري. أنظر ابن منظور، لسان العرب (568/2)

ويكون مثله كالركوب فإذا تجاوز عُرف النَّاس بضرها أو كبحتها فأدى ذلك إلى موتها فيلزمه عندئذ الضمان لأنَّه متعدٍ بذلك كما لو ذبحها.²⁷⁰

ذهب الشافعية فيمن استأجر ناسخاً ليكتب له فوقه في أغلاط فاحشة خرج بها عن المعروف بحيث وصل إلى درجة لم يعد يفهم معه الكلام بالغالب فإنه لا يستحق أيّ أجرة.²⁷¹

3.2.4. أثر العُرف في انفساخ عقد الإجارة

يظهر أثر العُرف فيما يلي من خلال رجوع العاقدين إليه وتمسكهم به في حال كان فسخ العقد لأمر قاهر خارج إرادة العاقدين، أو ما يعرف في العصر الحديث بالظروف الطارئة، وكيف يمكن تعويض الخسارة الناشئة عن ذلك بما يجبر النقص الناشئ عن الظرف الطارئ دون ضرر.

من استأجر أرضاً للزراعة وبعد أن زرعها هلك الزرع بكارثة طبيعية كما لو أكله الجراد أو جرفه السيل، فليس له فسخ العقد أو إنقاص الأجرة لأنَّ منفعة الأرض باقية فيحق له وقتئذ أن يزرعها ثانية بزرع يُدرِّك قبل فراغ مدة الإجارة، وهذا الحكم مستثنى من منع المستأجر للأرض أن يزرعها بعد أوان حصادها لأنَّ الزراعة الثانية تُضعف الأرض، لأنَّ العُرف جارٍ بأن تتكرر الزراعة في مثل هذه الحال، وبالتالي تُعتبر الزراعة الأولى كالعدم ويُستأنف زرعها من نفس نوع ما استأجرها له، أو من غيره على أن لا يزيد ضرر الزرع الثاني على الأول، فإن تأخر الزرع عن مدة الإجارة بقي بأجرة المثل حتى ذلك الحين.²⁷²

²⁷⁰ أنظر الماوردي، الحاوي (428/7) أنظر العمراني، البيان (352/7) و(377/7) وأنظر الرُّوياني، بحر المذهب (196/7) وأنظر النووي، روضة الطالبين (232/5) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج (312/5) وأنظر الغمراوي، السراج الوهاج (294)

²⁷¹ أنظر الرملي، نهاية المحتاج (101/4)

²⁷² أنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (317-316/5)

3.3. ثالثاً: الجعالة

تعريف الجعالة لغةً: "ما جعله له على عمله"²⁷³ وهي في الاصطلاح: "التزام عوض معلوم على عمل معيّن أو مجهول عُسر عمله كما لو قال من خاط ثوبي هذا قميصاً فله كذا".²⁷⁴ وللجعالة أركان أربعة صيغة ومتعاقدان وعمل وعوض.²⁷⁵ والكلام عن أثر العُرف في عقد الجعالة من خلال ركني الصيغة والعمل، فما اعتبره النَّاسُ دالّاً على معنى العطاء بعوض انعقدت به الجعالة وأخذ حكمها، حتّى ولو كانَ بغير صيغة الجعالة، أمّا العمل فلا بد فيه من بذل الوسع والجهد ومردّد ذلك إلى عُرف النَّاسِ أيضاً فما اعتبروه جهداً أخذَ حكمه وجاز فيه الجعل وما ليس كذلك فلا²⁷⁶.

3.3.1. أثر العُرف على صيغة عقد الجعالة وأثره على العمل الذي يُستحق به

الجعل

1- أثر العُرف على صيغة عقد الجعالة

يُشترط في صيغة الجعالة "أنّ تدلّ على الإذن بالعمل بمقابل عوض معلوم لأتّما معاوضة ومن الصّيب الدّالة على ذلك في العُرف قول القائل من ردّ آبقي"²⁷⁷ فله كذا "لأنّ من يحث النَّاسَ على عمل فهذا دليل على احتياجه لنتيجة ذلك العمل"،²⁷⁸ أمّا إعادة شيء ضائع لصاحبه بغير إذنه، فيعتبر ضامناً لذلك الشيء طالما بقي في يده، فإذا ردّه سقط عنه الضّمان ولا أجره

²⁷³ ابن منظور، لسان العرب (111/11)

²⁷⁴ أنظرُ الشربيني، مغني المحتاج (617/3)

²⁷⁵ أنظرُ الرملي، نهاية المحتاج (466-465/5)

²⁷⁶ أنظرُ الشربيني، مغني المحتاج (618-617/3) وأنظرُ الرملي، نهاية المحتاج (472/5)

²⁷⁷ أبق: العبد إباحاً إذا هرب. الحميري، نشوان بن سعيد، شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، الطبعة 1 (بيروت:

دار الفكر المعاصر، دمشق: دار الفكر، 1999م) (156/1)

²⁷⁸ أنظرُ الرملي، نهاية المحتاج (467-466/5)

له سواء كَانَ معروفًا بآئِه يرد الأشياء الضائعة أم لا، ويقع عمله بعد ذلك تبرعًا والدليل على ذلك عموم قوله ﷺ { لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه }²⁷⁹.²⁸⁰

2- أثر العُرف على العمل الذي يُستحق به الجعل

تصح الجعالة على عمل معلوم ومجهول لكن يشترط أن يكون هذا العمل فيه تكلف أو مؤنة مثل رد حيوان ضائع أو تلقين علم أو مهنة ما، أما لو ردَّ شيئاً هو بيده أصلاً فلا شيء له لأنَّ ما لا كلفة فيه لا يُقابل بعوض، ومن الأمثلة على ما فيه كلفة، مَنْ حُسب ظلماً فبذل مالا لشخص ليتكلم في تخليصه من سجنه مستعملاً جاهه أو غيره في ذلك، فإنَّ هذه الصورة جعالة مباحة وأخذ عوضها حلال لأنَّ في ذلك كُلفة تُقابل بأجرة حسب ما جرى به العُرف.²⁸¹

إعمال العُرف في عقود التوثيق وفيها (الرهن - التفليس - الكفالة)

3.4. أولاً: الرهن

الرهن: لغة: "رهن لك الشيء: أقام، وأرهنته لك: أقمته".²⁸² أما في الاصطلاح: فهو جعل عين مال متمولة وثيقة بدين لِيَسْتَوْفِي مِنْهَا عند تعذر وفائه.²⁸³

²⁷⁹ مسند أحمد، (رقم الحديث: 21082). أنظر ابن حنبل، مسند الامام أحمد (560/34) وصححه الشوكاني، أنظر الشوكاني، محمد بن علي، الفتح الرباني من فتاوى الإمام الشوكاني (صنعاء: مكتبة الجيل الجديد) (د-ط) (د-ت) (3265/7)

²⁸⁰ أنظر الماوردي، الحاوي (29/8) وأنظر العمراني، البيان (410-409/7) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (468-467/5)

²⁸¹ أنظر الرملي، نهاية المحتاج (472-471/5) وأنظر الشربيني، مغني المحتاج (620/3)

²⁸² أبو الحسين، مقاييس اللغة. (452/2)

²⁸³ أنظر الرملي، نهاية المحتاج (234/4)

3.4.1. أثر العُرف في شروط (المرهون)

تعتبر العين المرهونة وثيقة في يد المرتهن يستوفي بها حقه عند حلول وقت الدين، فإذا تعذر عليه ذلك لم يكن لعقد الرهن معنى، والقاسم المشترك فيما يأتي من صور لاستيفاء الحق من العين المرهونة، هو دور العُرف وأثره في صلاحية المرهون لاستيفاء الحق به كبديل لمال الدين عند تعذر وفائه.

إن غاية المرتهن من المرهون أن يظفر بحقه عند عدم استطاعة الراهن أداء ما عليه من حق، فمن رهن ثمرًا على شجرٍ بدين مؤجل إلى وقت يحل فيه قبل وقت حصاده ولم يشترط قطعه أو عدمه، لم يصح عقد الرهن، لأنَّ عُرف النَّاس جاريًا بإبقاء هذا الثمر إلى وقت الحصاد فكأنَّه رهن شيئًا على أن لا يبيعه عند وقت وفاء الدين إلا بعد أيام.²⁸⁴

إذا كان المرهون من القصب وكان الدين يحل مع نضوجه ولم يشترط قطعه فلا يصح الرهن لأنَّه لا يلزم من نضجه قطافه فوراً، لأنَّ العُرف جرى بتأخير القطاف مدة بعد النضج حتى يُصبح صالحاً للانتفاع به.²⁸⁵

أجاز الشافعية رهن العصير لأنَّه مما يُتمول²⁸⁶ في العرف ولأنَّ أكثر ما فيه أنه يُخشى فساده فينفسخ الرهن فيه، وذلك لا يمنع صحَّة الرهن به لأنَّ الحيوان يجوز رهنه وإن جاز أن يموت.²⁸⁷

لا بد لصحة الرهن أن يكون الشيء المرهون معلوماً فمن رهن بيته بلفظ رهنتك البيت بما فيه، فالرهن لا يصح، لأنَّه لم تُحدد العين المرهونة هل هو البيت أم ما كان في داخله، ويصح

²⁸⁴ انظر الماوردي، الحاوي (237/6) وانظر حاشية الشرواني، على ابن حجر (59/5) وانظر الرملي، نهاية المحتاج

مع حاشية الشيراملسي (243/4)

²⁸⁵ انظر المصدر السابق (م.س) (244/4)

²⁸⁶ يقال: تمَّول فلان مالاً إذا اتخذ قينة. وفئت الشيء أقينته قينة: لممته. ابن منظور، لسان العرب (11/636) -

(13/351)

²⁸⁷ انظر العمراني، البيان (104/6)

أيضاً بقوله رهنتك البيت دون ما فيه لوضوح الأمر، ويصح إن أطلق الكلام فقال رهنتك هذا البيت، لأن البيت له قيمة مقصودة في العرف بغض النظر عما حواه من أشياء.²⁸⁸

3.4.2. أثر العرف على انتفاع الراهن بالعين المرهونة بعد لزوم الرهن

والضابط فيما يلي من صور عرفية للانتفاع بالعين المرهونة هو أثر العرف من خلال تقييد انتفاع الراهن في الحدود التي لا يلحق به ضرر بالعين المرهونة فيتلفها أو ينقصها، فيلغى المقصود منها وهو حفظ حق المرتهن عند عدم وفاء الدين.

للراهن كل انتفاع لا يُنقص المرهون ومن أمثلة ما يُنقص العين المرهونة البناء أو الغراس في الأرض المرهونة فليس للراهن ذلك، إلا إن كان الدين مؤجلاً وقال أنا أفلح عند حلول الأجل فله ذلك إن لم يؤدي قلعهما إلى إحداث عيب ولم تطول مدته بحيث يضر بالمرتهن، وللراهن زراعة ما يُدرك - حسب ما جرت به العادة المتعارفة بين الناس - قبل حلول الدين أو معه إن لم يُنقص الزرع قيمة الأرض إذ لا ضرر على المرتهن، وحينئذ إذا حل الدين قبل إدراك الزرع لعارض تركه إلى وقت إدراكه.²⁸⁹

ليس للراهن السفر بالمرهون حتى لو كان سفراً قصيراً لأن في ذلك خطر على المرهون من غير ضرورة لذلك، وليس المقصود بالسفر القصير ما يجوز معه قصر الصلاة بل يحرم عليه إخراج المرهون إلى ما وراء سور العمران، أو إلى ما وراء العمران إن لم يكن له سور بل يحرم إخراجه إلى كل مكان يعتبر أهل العرف الذهاب إلى مثله سفراً، وعلى العكس لا يحرم السفر به إلى مكان لا يعتبره أهل العرف سفراً.²⁹⁰

يحق للراهن صوتاً ملكه، أن يقوم بفعل كل ما فيه حفظ المرهون كالعلاج بالأدوية، بل يجب عليه فعل ذلك، ولو كان المرهون ماشية على سبيل المثال فمن حقه أن يخرجها إلى المرعى نهاراً ويعيدها في المساء إلى من يتفقان عليه من العدول، كما له أن يتعد بها إلى حيث يوجد العشب إذا لم تكتف بما حولها ثم ترد في المساء على وفق ما ذكرنا إن جرى العرف بإعادتها

²⁸⁸ انظر المصدر السابق (م.س) (40-39/6)

²⁸⁹ انظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشيتي الشيراملسي والرشيدي (266-265/4)

²⁹⁰ انظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (267/4)

من مرعاها أمّا لو كان العرف أن تببت في المرعى لم يلزمه ردّها بل يبقى حتى ينتهي موسم الرعي عملاً بما عليه العرف.²⁹¹

إذا كان للراهن الحق في الانتفاع بالمرهون لأنّه باق على ملكه بعد رهنه فإنّ لذلك الانتفاع صور وأشكال مختلفة، فلو استطاع الانتفاع به وهو عند المرتهن فليس له رده، وإن كان انتفاعه به سيؤدي إلى استهلاكه، فليس له أخذه أيضاً، وإن كان النفع المتحقق من المرهون مستمر طول الوقت فلا يضعه عند المرتهن أبداً، وإن كان المرهون مما لا يمكن الانتفاع به إلا برده للراهن كالبيت ودابة الحمل، فيحق له أن يسترده وقت حاجته ثم يردّه وقت الانتهاء منه على وفق العرف، فلو كان المرهون دابة مثلاً، فيستعملها في النهار ويردّها ليلاً لأنّ العرف جارٍ بذلك.²⁹²

3.4.3. أثر العرف على الاختلاف في الرهن وما يتعلق به

إذا ثبت أنّ للراهن الحق في الانتفاع بالمرهون لأنّ ملكه له لم ينقطع به فإنّ العرف يحدد طريقة هذا الانتفاع لا سيما أنّ العين المرهونة لها أشكال وصور فقد تكون عقاراً وقد تكون منقولاً حيواناً أو متاعاً... إلخ ولكلّ منها هيئة بالانتفاع به فالعرف ينظّم ذلك بما يدفع الخلاف ويوازي بين حق الراهن والمرتهن بالعين المرهونة.

إذا كان الرهن من الماشية فهي إمّا تكون مخصصة للركوب والعمل أو أن تكون مخصصة للنسل والحلب، فإن كانت مخصصة للنسل والحلب وكانت فاقدة لذلك عند عقد الرهن، فكل ما يحدث لها بعد ذلك من درّ أو نسل فهي للراهن، فله أن يجلبها ويجز صوفها، لكن عليه أن يتبع في حلبها أوقات العرف بدون أن يزيد على ذلك فيضر بها وكذلك يفعل بالصوف فيجزّه في الزمان الذي لا يضر أخذه بالماشية.²⁹³

²⁹¹ انظر المصدر السابق (م.س) (281-280/4)

²⁹² انظر الرمي، نهاية المحتاج مع حاشية الرشيد (268-267/4)

²⁹³ انظر الماوردي، الحاوي (207/6)

إن كان المرهون من الماشية الذكور فإن منافعتها أن يستعملها في تلقيح غيرها من الإناث، فله أن يفعل ذلك وليس للمرتهن الحق في منعه شريطة أن لا يتجاوز العرف في مقدار التلقيح.²⁹⁴

3.4.4. في الرهن في مال المولى عليه

للعرف أثره في معاملات الرهن سواء فيما يتعلق بتصرف الإنسان عن نفسه أصالة أو فيما يقوم به عمّن هم تحت وصايته فيتقيد بما فيه مصلحة لهم كما ذكر ومن المصلحة العمل بما عليه عرف الناس فيما يعتبر مناسباً بالنسبة لزمن الارتهان لهم، وما يلي يوضح ذلك:

لابد لصحة عقد الرهن أن يكون الراهن حرّ التصرف بماله بأن يكون كامل الأهلية لأنّ الرهن نوع من التبرع فافتقر لذلك، فإن صدر من كامل الأهلية صحّ العقد وإن وقع بالنيابة عمّن تحت ولايته كمجنون وسفيه اشترط أن يقع على وجه المصلحة في حقهم كوجود الضرورة كما لو كان الوقت وقت حرب وسرقة وخاف على مال المولى عليهم من الضياع، فيبيع ماله من عقار أو منقول ويرتهن لهم على أن يكون المرهون يوفّي بثمن المبيع، ويُشهد على العقد، وأن يكون الأجل قصيراً بمقتضى عرف الناس، فما اعتبروه أجلاً قصيراً صحّ به وإن اعتبروه بعيداً لم يصح.²⁹⁵

3.5. ثانياً: التفليس

التفليس لغة: أفلس الرجل، بمعنى صار ذا فلوسٍ بعد أن كان ذا دراهم.²⁹⁶ وفي الاصطلاح: "جعل القاضي من عليه الدين مفلساً بمنعه من التصرف في ماله".²⁹⁷

²⁹⁴ انظر المصدر السابق (م.س) (215/6)

²⁹⁵ انظر المصدر السابق (م.س) (24-23/6) وانظر النووي، روضة الطالبين (64-63/4) وانظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشبراملسي (237-236/3)

²⁹⁶ انظر أبو الحسين، مقاييس اللغة (451/4)

²⁹⁷ الدميري، النجم الوهاج (353/4)

يُعَلِّمُ مما يلي أنّ كلّ ما تعلّق بملك المفلس يتعلّق به حقّ الغرماء ثمّ يأتي دور العُرف في كيفية تحصيل هذا الحقّ بما يحفظ مُلك المفلس من الضياع فلا يُنتَهز من الغارمين بكلّ صورة، ولا يعود الأمر في ذلك له فيمتنع به بما يحرم الغرماء من حقوقهم، وبيان ذلك بما يلي.

3.5.1. أثر العُرف فيما يُفعل في مال المحجور عليه بالفلس، وعلى رجوع المعامل للمفلس عليه بما عامله به ولم يقبض عوضه

1- أثر العُرف فيما يُفعل في مال المحجور عليه بالفلس

إذا حجر الحاكم على المفلس لحقّ الغرماء، فإنّ كان له باب رزق فإنّه ينفق على نفسه منه، وإنّ لم يكن له باب لذلك، فيقوم الحاكم بالإفناق عليه من ماله حتّى آخر يوم يقسم فيه ماله، ويقوم الحاكم بالدفع له كلّ يوم بيومه على أنّ يكون طعامه على وفق ما جرى به عرف النَّاس، وإنّ كان عنده ثياب فيتزكّ له منها ما يحتاج إليه على وفق عادته كالحذاء وما يوارى عورته... ويعتبر في صفة الثياب أيضاً ما يناسب عادته في ذلك من حيث جودته وردائه، فإنّ ملك من الثياب الغالية التي جرى العرف أنّ يلبسها أصحاب الجّاه، وكان هو من عوام النَّاس، فتُباع تلك الثياب ويشتري له ثياب تناسب أمثاله على وفق عرف النَّاس في مثله، ويضاف الباقي من المال لحقّ الدائنين، ولو كان للمفلس بيت يسكن فيه فيباع ويصرف ثمنه لحقّ الدائنين، ويستأجر له بيت آخر لأنّ العرف جرى باستئجار البيت ولم يجر باستئجار الثياب فتترك له الثياب ولا يترك له البيت.²⁹⁸

جميع أموال المفلس تُباع بطريقة النداء (المزاد) كما يعرف اليوم عند قيام المزاد في السوق إلّا إنّ كان المبيع عقاراً فإنّه لا يُنادى عليه وإمّا يقوم الدّلال بعرضه لأنّ العُرف جرى أنّ العقار إذا بيع على أيدي الدّلالين كان أعزّ له وأكثر لثمنه أمّا السّلع الأخرى فإنّ النداء لها يجلب الزبون ثمّ إنّ من يشتري السّلع عموم النَّاس بلا حصر أمّا العقار فإنّ الدّلالين يعرفون من يشتريه فيعرضونه عليه، والنداء عليه يؤخّر بيعه.²⁹⁹

²⁹⁸ انظر الماوردي، الحاوي (327/6-328) وانظر العمراني، البيان (151/6-153)

²⁹⁹ انظر المصدر السابق (م.س) (156/6)

2- أثر العُرف على رجوع المعامل للمفلس عليه بما عامله به ولم يقبض عوضه

لو زرع المشتري الأرض المبيعة، ثُمَّ أَفْلَسَ وَحُجِرَ عَلَيْهِ قَبْلَ وِفَاءِ الثَّمَنِ، واختار البائع الرجوع في الأرض، فَإِنَّ الزرع يبقى إلى أوان حصاده ولا أجرة للبائع مدّة بقاءه لأنّه وُضِعَ بِحَقِّهِ وَلِأَمَدٍ يُنْتَظَرُ وهو وقت حصاده الَّذي تعارفه النَّاسُ، فَإِنَّ تَأَخَّرَ عَنْ وَقْتِهِ المعروف بسبب قاهرٍ كبرِدٍ أو أَكَلِ جَرَادٍ أَدَّى لِتَأَخِيرِ إدراكه عَنْ وَقْتِهِ المتعارف عليه أو كَانَ التَّأخِيرَ بتقصيرٍ مِنَ المشتري فللبائع الأجرة على المدّة الزائدة على العُرف لأنَّ حدوث مثل ذلك نادرٌ، ثُمَّ إِنَّ المشتري في صورة التأخير مقصّرٌ به فلزمته الأجرة.³⁰⁰

3.5.2. أثر العُرف على التصرف في مال المحجور عليه

الحجر لغةً: "منع السّفية من التصرف بماله".³⁰¹ وبنفس المعنى عُرِفَ اصطلاحاً "بأنّه المنع من التصرفات المالية".³⁰² ويلتزم الوليُّ بالتصرّف بمال المحجور عليه بما فيه المصلحة، والمصلحة من الأمور التي يقدرها النَّاسُ وتختلف بحسب الزمان والمكان، والضابط الجامع لما يأتي هو اعتماد العُرف لتقدير المصلحة في تصرفات الولي مما يعود بالنّفع على المحجور عليه.

يُحْتَبَرُ السّفية فإذا ظهر رشده³⁰³ فيقوم بإجراء العقود، وإنْ بلغ غير رشيد لاختلال صلاح دينه، وماله استمرّ الحجر عليه لأنّه انقطع حجر الصبا ببلوغه وبقي حجر السّفية، فيتصرف في ماله منْ كَانَ يتصرّف فيه قبل ذلك، وإنْ بلغ رشيداً انفك الحجر عنه ببلوغه ويكون هذا باعتبار ما يُرى منْ أحواله وتصرفاته بعد مضي مدّة يظهر فيها ذلك عُرفاً ولا يتقيد بخصوص الوقت الَّذي بلغ فيه كوقت الظهر مثلاً.³⁰⁴

³⁰⁰ انظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (348/4)

³⁰¹ انظر أبو الحسين، مقاييس اللّغة (138/2)

³⁰² الشريبي، مغني المحتاج (130/3) والرملي، نهاية المحتاج (353/4) وانظر الدّميري، النجم الوهاج (396/4)

³⁰³ الرشد والرشد والرشد: نقيض الغي. رشد الإنسان، بالفتح يرشد رُشداً، بالضم، ورشد، بالكسر، يرشد رُشداً

ورشاداً، فهو راشد ورشيد، وهو نقيض الضلال، إذا أصاب وجه الأمر والطريق. ابن منظور، لسان العرب (175/3)

³⁰⁴ انظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (365-364/4)

يتصرف وليّ الصبي والمجنون والسّففيه بماله بالمصلحة سواء كانّ الولي أباً أم غيره لقول الله تعالى: {وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ} (الانعام: 152) ومن صور هذه المصلحة أن يبني له ما يملك من بيوت ومساكن بالطين والآجر³⁰⁵ أي الطوب المحرق لأنّ الطين قليل المؤنة ويُتفَع به بعد النقض³⁰⁶ والآجر يبقى، ولا يبني له باللّبن وهو ما لم يُحزق من الطوب ولا يبني له أيضاً بالحص³⁰⁷ أي الجبس لأنّ اللّبن قليل البقاء ويتكسر عند النقض أمّا الحص فكثير المؤنة ولا تبقى منفعتة عند النقض، فالقول بقصر البناء على الآجر والطين هو ما نص عليه الامام الشافعي³⁰⁸ وهو المعتمد في المذهب، واختار كثير من فقهاء الشافعية جواز البناء على عُرف البلد كيفما كانّ وهذا الوجه مبني على جواز اتباعها عند المصلحة.³⁰⁹

ويرى الباحث أنّه إن تغيّر الزمان وأصبح البناء بغير الآجر والطين أكثر صلاحاً لماله كما لو جرى عُرف البلد بما هو أوفر وأكثر نفعاً كالحجارة مثلاً، فما المعنى للعمل بالمعتمد عندئذ طالما أنّه بُني على المصلحة، والمصلحة قد تحققت بخلافه ويؤيد هذا الرأي ما قاله العمراني³¹⁰

³⁰⁵ الآجر: القرميد، والجمع القراميد. انظر ابن منظور، لسان العرب (353/3)

³⁰⁶ نقض: التّفويض من غير هدم. انظر الفيروز آبادي، القاموس المحيط (653)

³⁰⁷ الحصّ والحصّ: معروف، هو الحص الذي يُطلى به، وهو معرب وليس بعربي. انظر ابن منظور، لسان العرب (10/7)

³⁰⁸ الإمام أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، ولد في غزّة سنة (150هـ) عالم بالكتاب والسنة وكلام الصحابة، والعربية، كثير المناقب، كان عالماً منذ صغره، فقد قرأ الموطأ حفظاً على الإمام مالك بن أنس وهو مازال غلاماً، هو أول من استنبط أصول الفقه، وله رحلة علمية بين غزّة ومكّة وبغداد ومصر، اتفق العلماء على عدالته، توفي في مصر سنة (204هـ) انظر ابن خلكان، وفيات الأعيان (166-163/4)

³⁰⁹ انظر النووي، روضة الطالبين (187/4) وانظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (376/4) وانظر العمراني، البيان (210/6) وانظر الغمراوي، السراج الوهاج (232)

³¹⁰ يحيى بن أبي الخير العمراني اليماني، صاحب البيان وغيره ولد سنة 489 تفقه على جماعات منهم خاله الإمام أبو الفتوح بن عثمان العمراني، ومنهم الإمام زيد بن عبد الله اليفاعي، وسمع الحديث من جماعة من أهل اليمن، كان عالماً بالفقه والأصول والكلام والنحو تميّز بفهمه لتصانيف أبي إسحاق الشيرازي في الأصول والكلام والنحو، حفظ المذهب وصنّف إضافة للبيان، الزوائد، والاحتراوات، وغرائب الوسيط، ومختصر الإحياء، توفي سنة 558. انظر السبكي، طبقات الشافعية (7/ 336-338)

في تعليقه على منصوص الإمام السابق: " وهذا في البلاد التي يعز فيها وجود الحجارة فإن كان في بلد يوجد فيها الأحجار كانت أولى من الآجر لأنها أكثر بقاءً وأقلّ مؤنة"³¹¹

من وجوه المصلحة أيضاً، أنه إن كان عند المولى عليه عقار فلا يبيعه، لأنّ منفعة العقار أسلم من غيرها وأنفع، ومثل بيع العقار ما لو ملك منفعته أيضاً كأن أوصي له بها أو استحقتها بنحو إجارة فليس للولي تأجير هذا العقار مدة طويلة على خلاف ما جرى به عُرْف النَّاس في ايجار مثله، ويُستثنى مما سبق من البيع والإجارة إذا دعت الحاجة، كما لو احتاج لكسوة ونفقة وغير ذلك ولم تف غلّة العقار بذلك أو لم يجد من يُقرضه مال لعدم وجود غلة في المستقبل قد توفيه حقه وغير ذلك... إلخ.³¹²

يُنْفَق الوصي على الطفل من ماله الذي يملكه بالمعروف، فيراعي في طعامه وكسوته وكل ما لا بد منه مما جرى به العُرْف لمثله حتّى وإن زاد وتعدد إلى صنوف متنوعة ومن ذلك ما يقع من التوسعة في شهر رمضان والأعياد وغيرها من مطعم وملبس فيراعي في كلّ ذلك ما يليق بحالته من اليسار والاعسار فإن قصر أثم وإن أسرف أثم وضمن الزيادة.³¹³

3.6. ثالثاً: الكفالة

الكفالة لغة: ضمّن الشيء للشيء.³¹⁴ وفي الاصطلاح: "التزام الدّين والبدن والعين".³¹⁵ والكفالة من العقود التي تيسر العقود الأخرى بين النَّاس، فقد يمتنع الإنسان عن التعاقد مع غيره أو الدخول معه بالتزام ما لعدم معرفته أو عدم الوثوق به أو غير ذلك، فإذا دخل طرف ثالث ليكفل تمّ الأمر، وللكفالة صور مختلفة، عرفها النَّاس فيما بينهم، فجرى العُرْف بانعقادها بينهم بصيغ عديدة، فكان هو الحاكم فيها وإليه المرجع إذا أرادوا العمل بها.

³¹¹ العمراني، البيان (210/6)

³¹² أنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشبراملسي (376/4)

³¹³ أنظر المصدر السابق (م.س) (380-379/4)

³¹⁴ أنظر أبو الحسين، مقاييس اللّغة (187/5)

³¹⁵ ابن حجر، تحفة المحتاج (240/5) والرملي، نهاية المحتاج (432/4)

3.6.1. أثر العُرف على صيغة الكفالة

ألفاظ الزعيم والضّمين والكفيل والحميل والصبير جميعها لها معنى واحد، والضمان يصح بكل واحد منها ويلزم لكنّ العُرف جرى بتخصيص كلّ لفظ، فلفظ الضّمين مستعمل في الأموال ولفظ الحميل في الدّيات ولفظ الكفيل في النفوس ولفظ الزعيم في الأمور العظيمة ولفظ الصبير في كلّ ما سبق.³¹⁶

تعتقد الكفالة بالألفاظ التي تعارف عليها النّاس دالة على إرادة معنى الكفالة فعرف أهل العراق أنّ يقول كفلت لك بوجه فلان، وبنفس المعنى كفلت لك بروح فلان، وتعارف النّاس في الحجاز كفلت لك بوجه فلان، وفي معناه كفلت لك برأس فلان، فتصحّ الكفالة بما دُكر كُله.³¹⁷

إعمال العُرف في عقود المشاركة وفيها (الشركات-الوكالة-المساقاة والمزارعة)

3.7. أولاً: الشركات

الشركة لغة: "مخالطة الشريكين".³¹⁸ وفي الاصطلاح: "ثبوت الحقّ في شيءٍ لاثنين فأكثر على جهة الشيوخ".³¹⁹ ومنّ الشركات الجائزة في المذهب شركة العنان، ويظهر أثر العُرف في هذه الشركة منّ خلال الرجوع إليه لتقويم الرّبح والخسارة في مال الشركة، كما يحتكم إلى العُرف أيضاً لبيان صلاحيات تصرّف الشريكين بمال الشركة، ومتى يُعتبر الشريك متجاوزاً للمسموح أو لا، وبيان ذلك منّ خلال ما يلي:

3.7.1. أثر العُرف على تقسيم الرّبح والخسارة في شركة العنان

الرّبح والخسارة في شركة العنان على قدر المالين باعتبار القيمة لا بالأجزاء ولا بقدر العمل فلو كان لأحد الشريكين عشرة دنانير مثلاً وللآخر مائة درهم فاشترى بهما شيئاً ما، فقوم غير نقد

³¹⁶ أنظر الماوردي، الحاوي (431/6) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج (432/4)

³¹⁷ أنظر الماوردي، الحاوي (464/6)

³¹⁸ ابن منظور، لسان العرب (448/10)

³¹⁹ الشريبي، مغني المحتاج (221/3)

البلد منهما بنقد البلد الغالب وعُرف التساوي والتفاضل بينهما فإن استويا بنسبة قيمة المتقوم كأن كانت الدينارين من غير نقد البلد وقيمتها مائة درهم في المثال المذكور فالشركة مناصفة وإن كانت قيمتها مائتين درهم فالشركة أثلاثاً، ومما يجب على الشريكين دفعه على القدر المذكور في شركة العنان ما جرى العرف به بصرف ما يُحتاج إليه فيها كأجرة الدلال والحمال وغيرها.³²⁰

3.7.2. أثر العرف في تحديد صلاحيات الشريكين

إنَّ الشريك في حق شريكه جارٍ مجرى الوكيل والغبن اليسير، الذي جرى عرف الناس أن يتغابنوا بمثله معفو عنه في عقده، لأنَّ الاحتراز منه متعذر، وأما مالا يتغابن الناس بمثله فغير معفو عنه في بيع الوكيل والشريك وكل نائب عن غيره من وصيٍّ وأمين.³²¹

في شركة العنان لا يُسافر الشريك بمال الشركة إلا بإذن شريكه، ويُستثنى من ذلك إذا ما أعطاه المال في السفر أو إذا اضطر لذلك كقحط وغيره أو كان ممن جرى عرفهم بالذهاب إلى أسواق متعددة ببلاد مختلفة مثل بعض بائعي الأقمشة فيجوز لمثل هؤلاء السفر بالمال على وفق العرف ولو كان السفر بالبحر إذا غلبت السلامة.³²²

3.8. ثانياً: الوكالة

الوكالة لغةً: وَكَيْلُ الرَّجُلِ مِنْ يَقُومُ بِأَمْرِهِ.³²³ وقريب منه المعنى الاصطلاحي فتعرف الوكالة بأتمها "تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته".³²⁴

³²⁰ أنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (12/5)

³²¹ أنظر الماوردي، الحاوي (487/6-488)

³²² أنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (10/5)

³²³ أنظر ابن منظور، لسان العرب (736/11)

³²⁴ الشريبي، مغني المحتاج (231/3)

3.8.1. أثر العُرف في شروط الموكل فيه

ما يأتي من صور للوكالة تبين أنّ الوكيل، يتصرّف عن موكله بنفسه، لأنّ الموكل اختاره دون غيره، فليس له إنابة غيره إلاّ إن تعدّر عليه إتيان العمل الموكل فيه بنفسه، فيكون دور العُرف في كونه حكم لما يستطيعه الوكيل وما لا يستطيعه، وبيان ذلك بما يلي:

من وُكِّل في عملٍ ولم يُؤذَن له في توكيل غيره فإن كان الوكيل ممن يتولّى مثل هذا العمل بحسب العُرف ويقدر عليه لم يصح توكيله لغيره فيه لأنّ الموكل قبل به وبما يراه هو من الأعمال وبما يجتهد فيه من تحصيل الربح ولم يقبل بسواه.³²⁵

لو وُكِّل الوكيل بأعمال لا يمكنه القيام بها أمّا لترفعه عن القيام بمثل هذه الأعمال، أو لعدم استطاعته ذلك أو لأنّ فيها مشقّة خارجة عن عرف النَّاس، فإن كان الموكل عالماً بهذا الحال في وكيله، فيحق للوكيل توكيل غيره عن موكله، وإن لم يعلم الموكل بحال وكيله، فليس له توكيل غيره لأنّ الموكل لا يقبل بغيره كما سبق.³²⁶

كلّ ما يستطيع الوكيل القيام به من الأعمال ويدخل في حدود استطاعته حسب ما جرى به العرف فليس له التوكيل فيه، وكل ما كان زائداً على حدود قدرته بحسب العرف كما لو كان فيه مشقّة لا تطاق غالباً فله التوكيل فيما زاد على قدرته للضرورة.³²⁷

3.8.2. أثر العُرف في أحكام الوكالة بعد صحتها

يعتبر عقد البيع من أكثر أنواع العقود تفصيلاً نظراً لما يندرج تحته من أنواع فالبيع قد يكون بثمن حال أو بالنسيئة وقد يكون بثمن المثل أو بأقل منه وقد يكون المعقود عليه شيئاً واحداً وقد يكون أصناف عدة... الخ فإن أتى الشّخص بذلك العقد عن نفسه فهو مختار في كلّ

³²⁵ أنظر العمراني، البيان (412/6) وأنظر الشيرازي، المهذب (166/2) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج (38/5)

³²⁶ أنظر ابن الرفعة، كفاية التّبيه (229-230/10) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (38/5-39)

(39) وأنظر الماوردي، الحاوي (518/6) وأنظر العمراني، البيان (413/6) وأنظر الرّوياني، بحر المذهب (45/6-46)

(46) وأنظر الشيرازي، المهذب (166/2)

³²⁷ أنظر العمراني، البيان (413/6) وأنظر الرّوياني، بحر المذهب (45/6) وأنظر الشيرازي، المهذب (167/2)

وأنظر الرملي، نهاية المحتاج (39/5)

هيئة يريد لها من هذه العقود وإن وُكِّل الأمر إلى شخص آخر فإن صرَّح له بمراة تقيّد بذلك وإن أطلق له العقد فليس له إبرام أي نوع من العقود وإنما هو مقيد بقيود تدرج فيما سار عليه الناس من أعراف في مثل تلك العقود، حيث تكون بمثابة قيود ناظمة تجعل عقد الوكالة بعيداً عن الغرر المفضي للنزاع بين الوكيل وموكله، وبين ذلك من خلال ما يلي:

فيلتزم بعقد البيع أن يكون من غالب نقد البلد الذي جرى عليه عرف الناس، وإن سافر إلى بلد آخر بدون إذن موكله فليس له التعامل إلا بمال البلد الذي أذن له بالتعامل فيه نظراً للقريفة العرفية التي تدل على إرادة الموكل لذلك التقيد، فإن كثرت أنواع النقد فيه تعامل بالأغلب وإن تساوى تعامل بالأنفع أو بما يشاء، وليس له أن يبيع بالدين لخطر ذلك ولأن العرف يقتضي أن يبيع بثمن حال، إلا إن كان البلد الذي وُكِّل به بالبيع فيه جرى عرف أهله أن لا يشترون إلا بالنسيئة وعلم الموكل بذلك فيجوز له البيع نسيئة وقتئذ، ويتقيد في بيعه بثمن المثل والمرجع في ذلك عرف الناس فما اعتبروه غبناً فاحشاً فليس له البيع به وما اعتبروه غبناً يسيراً فله البيع به لأن مبنى الأرباح في التجارة على ذلك، ثم إن عرف الناس يختلف حسب طبيعة الأشياء فيختلف القمح عن الذهب، وللثياب نظرة أخرى في عرف الناس، فالمرجع كله إلى العرف.³²⁸

وإن أذن لوكيله بالبيع بالنسيئة وحدد له الأجل فليس له تجاوز ذلك، لكنّه له البيع بأجل أقل، إلا إذا منعه من ذلك أو كان في ذلك ضرر على موكله كما لو كان في حفظ هذا المال كلفة أو عين له شخص قصد محاباته ببيع الأجل، فإن أطلق له أجل الدين تقيّد الوكيل بالأجال التي تعارف الناس البيع في مثلها لذلك البيع.³²⁹

³²⁸ أنظر الماوردي، الحاوي (538/6-540) وأنظر العمراني، البيان (433/6-435) وأنظر الرّوياني، بحر المذهب (60/6) وأنظر الشيرازي، المهذب (172/2) وأنظر الجويني، نهاية المطلب (468/7 و472) وأنظر ابن الرفعة، كفاية التبييه (238/10) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (31/5-32) وأنظر الغزالي، الوسيط (285/3) وأنظر الحُصيني، تقي الدين أبي بكر بن محمد الحُسيني، كفاية الأخيار في حلّ غاية الاختصار، الطبعة 1 (بيروت، دمشق: دار الخير، 1991م) (274)

³²⁹ أنظر الماوردي، الحاوي (543/6-544) وأنظر العمراني، البيان (431/6) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج (34/5)

إذا وُكِّلَ ببيع شيء أو شراؤه بألف مثلاً فلا يجوز له مخالفة ما أذن له به، سواء في ذلك قدر المال وجنسه، لكنّه إن باع بأكثر من ألف فيصح بيعه لأنّ العرف جري أنّ من يبيع بألف يمكن أن يبيع بأكثر منها بل يلزمه ذلك إن وجد من يرغب بذلك، إلا إن حدد له سقف ما يبيع به فليس له الزيادة وكذلك الحكم إن عيّن له من يبيع منه فيتقيد بالمأذون به عملاً بقصد موكله في محاباته.³³⁰

إذا وُكِّلَ ببيع شيء لا يتجزأ بألف مثلاً، فإذا باع نصفه بألف صح البيع عملاً بالعرف، إن لم يعين له من يبيع منه وإلا تقيد بالمأذون فيه، أمّا إن باع نصفه بأقل من الألف فلا يصح، لأنه ربما لا يحصل من نصفه الآخر باقي الألف، وإن قسم الشيء المعروض للبيع أثلاثاً فباع ثلثاً بألف صح البيع للعرف، إن لم يعين من يبيعه، ولا يصح بيع الثلث بأقل من ألف، لأنه ربما لم يحصل تمام الألف في الباقي.³³¹

"لو أعطاه مالاً وقال له أسلفه في الطعام أو الخبز مثلاً، فيلزم عليه أن يسلفه في الطعام والخبز الذي جرى عليه عرف الناس أن يسمّى بذلك، فلا يقبل الخبز المصنوع من الأرز مثلاً إذا لم يُسمّى في عرف مكانه خبزاً".³³²

يد الوكيل يد أمانة حتّى وإن كان بمقابل جعالة لأنّه عقد إحسان والضمان منقر منه فإن تعدى فعلية الضمان ومن الأمثلة على تعدي الوكيل ما يجري في بلاد مصر من قيام الدالّين بلبس الأمتعة التي تُعطى لهم لبيعها وأيضاً ركوب الدواب التي تُعطى لهم أيضاً لبيعها فهذا تعدّ يوجب الضمان عليهم إلا إن أذن لهم في ذلك أو جري به العرف ويعلم المعطي بجران العرف بذلك فلا يكون تعدياً لكن يكون عارية فإن تلف بالاستعمال المأذون فيه حقيقة أو حكماً

³³⁰ أنظر الماوردي، الحاوي (543/6) وأنظر العمراني، البيان (436-438/6) وأنظر الرّوياني، بحر المذهب (69/6-70) وأنظر الشيرازي، المهذب (165/2-166 و173) وأنظر ابن الرفعة، كفاية التّبيه (249/10) وأنظر الرّملي، نهاية المحتاج مع حاشية الرشيدي (44/5)

³³¹ أنظر الماوردي، الحاوي (543/6) وأنظر العمراني، البيان (437/6) وأنظر الرّوياني، بحر المذهب (71/6) وأنظر الشيرازي، المهذب (174/2)

³³² أنظر العمراني، البيان (439/6) وأنظر الرّوياني، بحر المذهب (69/6)

بأن جرى العُرف به وفق ما ذكرنا فلا ضمان فإن لم يأذن أو لم يجر به العُرف ضمن قيمته وقت تلفه.³³³

أحكام العقد تتعلق بالوكيل فالمعول عليه في الرؤية ولزوم العقد بمفارقة المجلس والتقاطبض في المجلس... إلخ وعليه فإذا اشترى الوكيل طالبه البائع بالثمن إن كان تسلّمه من الموكل لأن العُرف جار بذلك ولأن أحكام العقد تتعلق بالوكيل سواء أكان الشراء بالذمة أم بمعيّن فإن لم يتسلّم الثمن وكان معيّنًا فلا يطالبه لأنّه ليس في يده وحق البائع مقصور عليه وإن كان الثمن بالذمة طالبه به دون الموكل.³³⁴

لو وكلّه وقال له احمل هذا الشيء إلى المكان الفلاني فبعه فحمله ثمّ ردّه، فيعتبر مضموناً عليه في حالة الردّ إلا إن تعذّر عليه البيع مثل أن لا يجد من يشتري المبيع بثمن المثل أو حدوث عارض للوكيل من البيع، فإنّه لا يضمن حينئذ لأنّ العُرف قاضٍ في مثله بإعادته للموكل.³³⁵

3.9. ثالثاً: المساقاة والمزارعة

المساقاة لغةً: "هو أن يعطي صاحب الكرم أو النخل ما يملكه منها لعامل حتّى يقوم برعايتها، على أنّ للعامل جزء من الناتج، والباقي للمالك".³³⁶ ويشابه التعريف الاصطلاحي للمساقاة معناه اللغوي فتعرّف بأثما دفع الشّخص نخلاً أو شجر عنب لمن يتعهده بالسّقي والرّعاية على أنّ له قدرًا معلومًا من ثمره³³⁷، وتختص المساقاة بالنخل والعنب ولا تصح في غيرهما إلا إن كانت أشجار مثمرة مزروعة بينها فتصح تبعاً للنخل والعنب حتّى وإن كثرت.³³⁸

³³³ أنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (48/5)

³³⁴ أنظر الرملي، نهاية المحتاج (50/5)

³³⁵ أنظر حاشية الشيراملسي، على النهاية للرملي (50/5)

³³⁶ ابن منظور، لسان العرب (394/14)

³³⁷ الغزي، أبو عبد الله شمس الدّين محمد بن قاسم بن محمد، فتح القريب المجيب في شرح ألفاظ التقريب،

الطبعة 1 (بيروت: دار ابن حزم، 2005م) (194)

³³⁸ أنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشيتي الشيراملسي والرشيدي (247-246/5)

والمزارعة لغةً: المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها على أن يكون البذر من المالك.³³⁹ وبنفس المعنى تُعرّف اصطلاحاً: "بأن تكون الأرض والبذر من واحد والعمل من واحد وتكون الغلة بينهما".³⁴⁰

3.9.1. أثر العرف في حجية المساقاة

استدل الشافعية على جواز المساقاة على من خالفهم في عدم جوازها بحجة وجود الغرر من توقع عدم حصول الثمرة المرجوة، فقالوا إن العرف جرى أن تحصل الثمرة في وقتها فينتفي الغرر بذلك، وعليه فالمزارعة عقد على عمل في عوض متعارف عليه، مقابل ثمرة مرجوة بحسب جاري العرف في مثلها.³⁴¹

3.9.2. أثر العرف على أركان المساقاة (العاقدان، العمل والصيغة)

1- أثر العرف في تصرف العاقدين

ويظهر أثر العرف فيما يأتي من خلال تقييد الولي بعقد المساقاة عمّن تحت ولاية، بعدم وجود الغبن الفاحش الذي جرى عرف الناس باعتباره كذلك.

تصح المساقاة من مالك جائز التصرف لنفسه وتصح للصبى والمجنون والسفيه من وليهم بالولاية عليهم عند المصلحة للحاجة إلى ذلك بشرط اجتناب الغبن الفاحش عرفاً، ومن الأمثلة على ذلك ما أفتى به ابن الصلاح³⁴² بصحة تأجير الولي لأرض مؤلّيه - مقصود بها أرض البستان دون شجره - بأجرة مقدّرة بما يعادل منفعة الأرض وقيمة الثمرة ثمّ بعد ذلك يصح للولي مساقاة مستأجر الأرض على نسبة للمولّى عليه مقدّرة بسهم له من ألف سهم فتصح هذه

³³⁹ انظر الفيروز آبادي، القاموس المحيط (725)

³⁴⁰ العمراني، البيان (277/7)

³⁴¹ انظر الماوردي، الحاوي (359/7)

³⁴² عثمان بن عبد الرحمن بن موسى بن أبي نصر الكردي الشهرزوري أبو عمرو بن الصلاح، ولد سنة 577 هـ سمع الحديث من ابن السمين ومن الموفق ابن قدامة ومن غيرها ورؤي عنه وتفقه على يديه الكثير برع في التفسير والحديث والفقه، من تصانيفه (كتاب الفتاوى ومشكل الوسيط ونكت على المهذب) توفي سنة 643 هـ. انظر السبكي، طبقات الشافعية (327-326/8) وابن العماد، شذرات الذهب (385-384/7)

الصورة من المساقاة بشرط أن لا يُعدّ ذلك غبناً فاحشاً في عقد المساقاة بسبب انضمامه لعقد الإجارة على أن هذا النقص مجبور والغبن مغتفر به زيادة في الأجرة في العقد الأوّل طالما أنّها شملت قيمة الثمرة ثمّ ما الفائدة بعد ذلك لاشرط أن لا تكون تلك النسبة في المساقاة غبناً فاحشاً على ما عمّل به في عُرف النَّاس في مثله طالما أنّ الأجرة تفي بمنفعة الأرض وقيمة الثمرة إلّا أن يكون الحال يختلف في المساقاة بين أن تقع منضمة إلى إجارة الأرض فتصح وبين أن تقع منفردة فلا تصح، ويستثنى من جواز هذه الصورة من الجمع بين العقدين في حق المولّى عليه إذا كان الحال بحيث لو لم ينضم أحد العقدين إلى الآخر يحصل من مجموعهما أكثر مما يحصل مع الانضمام، فلا يصح الجمع عند ذلك، وإن كان بحيث لو لم يحصل هذا الضم حصل أقل أو تعطل أحد العقدين ولم يرغب فيه فيصح الجمع بل يجب لتعيّن المصلحة في ذلك.³⁴³

2- أثر العُرف في صيغة المساقاة وعملها

قال ابن حجر: "ويحمل المطلق في كلّ ناحية على العُرف الغالب لأنّه يحكم في مثل ذلك هذا إن كان عُرف غالب وعرفاه وإلا وجب التفصيل جزماً".³⁴⁴ وقال الرملي: "ويحمل المطلق في كلّ ناحية على العُرف الغالب فيها إذ المرجع فيما لا ضابط له شرعاً ولا لغةً إليه هذا إن كان عُرف غالب وعرفاه".³⁴⁵ وبناء على القولين السابقين يأتي التفصيل التالي في الصيغة وعمل العاقدين، والضابط الجامع لكل ما يأتي، هو الاعتماد على العُرف في كلّ لفظ مُطلق، سواء من حيث إرادة إنشاء عقد المساقاة، أو ما يترتب على ذلك العقد بعد إنشائه من حيث مدته والعمل اللازم لتمامه بما يُرجى نفعه.

أ- الصيغة: من أركان عقد المساقاة الصيغة وهي أمّا صريحة أو كناية فمن الألفاظ الصريحة في ذلك ساقيتك على هذا النخل أو العنب بكذا من الثمرة فهو اللفظ الموضوع للمساقاة وتصح أيضاً بإشارة الأخرس وبالكتابة مع النية فعلى ذلك تنعقد باللفظ الصريح وبغيره ولا

³⁴³ أنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشيتي الشيراملسي والرشيدي (245/5-246) وأنظر ابن حجر، تحفة المحتاج

مع حاشيتي الشرواني وابن قاسم العبادي (107/6)

³⁴⁴ ابن حجر، تحفة المحتاج (116/6)

³⁴⁵ الرملي، نهاية المحتاج (256/5)

يُشترط تفصيل أعمال المساقاة بل يتم عقد المساقاة بموجب اللفظ من الأوّل ولو كان كنايةً وقبول الآخر متصلًا به ويحمل مُطلق هذه الألفاظ على العُرف الغالب فيها فهو الضابط فيما لا ضابط له لغةً ولا شرعاً هذا إن كان يوجد عُرف غالب اطّلع عليه العاقدان كما هو ظاهر من كلام الإمامين السابق وإلا فيجب التفصيل جزماً ومؤدى هذا الكلام أنّه إذا كان اللفظ صريحاً في المساقاة صح به العقد من دون ذكر تفصيل أعمال المساقاة أمّا إن كان اللفظ غير صريح فإنّ دل العُرف على أنّه للمساقاة صح العقد به من دون ذكر تفصيل أعمال المساقاة أمّا إن لم يدل عُرفاً على المساقاة فلا بد من ذكر تفاصيلها.³⁴⁶

ب- العمل: في عقد المساقاة يلتزم المالك بتقديم الأشجار أمّا العامل فيلتزم بالعمل الذي ينميها وينتج ثمرتها، فإذا ما تمّ الاتفاق بين المالك والعامل على عقد مساقاة بلفظ مُطلق، فيجب على العامل القيام بكلّ الأعمال التي يتحصّل بها الثمرة، ولا يحق للمالك الاعتراض على عمله إلاّ إن خرج عن عُرف النَّاس في عمله، فيجب عليه في العُرف مثلاً السقي وإصلاح مجرى الماء وإزالة الأعشاب المضرة ويلزم عُرفاً أيضاً بنصب الأعمدة اللازمة لتعريش الكرم وحفظ الثمار بالإضافة لقطعها وتخفيفها... إلخ.³⁴⁷

يشترط في المساقاة تقدير مدة العمل بسنة أو أقل، وإنّ أقل مدة لها ما يطلع فيه الثمر ويستغنى عن العمل وأكثر مدة هي إلى حين تبقى العيّن فيها غالباً، فلا تصح مطلقة ولا مؤبدة كما لا تصح مؤقتة بمدة لا تثمر في جميعها بأن جرى العُرف بأنّها لا تثمر في شيء من المدة المقدرة³⁴⁸، وعلى ذلك لو ساقى رجل آخر على ودي (الفسيل الذي لم يحمل بعد)³⁴⁹ فإنّ

³⁴⁶ أنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (255/5-256) وأنظر الغزالي، الوسيط (146/4) وأنظر الغمراوي، السراج الوهاج (286)

³⁴⁷ أنظر الماوردي، الحاوي (372/7) وأنظر النووي، روضة الطالبين (158/5-159) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (256/5-257) وابن حجر، تحفة المحتاج (117/6) وأنظر الغزالي، الوسيط (146/4) وأنظر الغمراوي، السراج الوهاج (286)

³⁴⁸ أنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (254/5)

³⁴⁹ الودّي على فَعِيل: فَسِيلُ النخل وصِغاره، واحدها وِدْيَةٌ، وقيل: تجمع الودْيَةُ ودايا. ابن منظور، لسان العرب (386/15)

جرى العُرفُ أنه يحمل في مدة المساقاة، فالمساقاة جائزة سواء حمل في كلِّ السنين أم في جزء منها، وإن جرى غالب العُرفُ أنَّ الفسيل لا يحمل في مدة المساقاة كلّها فالمساقاة باطلة.³⁵⁰

الفصل الرابع: أثر العُرف على عقود التبرع، وعلى العقود الأخرى، وعلى العقود المعاصرة

إعمال العُرف في عقود التبرع وفيها (العارية - الوقف - الهبة والهدية - الوصية - الإيضاء)

4.1. أولاً: العارية

العارية لغةً: "أعاره الشيء طلبَ إعارته".³⁵¹ وفي الاصطلاح: "إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه".³⁵² ويتضح أثر العُرف فيما يأتي من خلال الاحتكام له لتبين صيغ عقد العارية وهيئة انتفاع المستعير بالعين المعارة والحدود المسموح بها في ذلك، كما يحتكم إليه في حال الاختلاف بين المعير والمستعير وفي حال الضرر الواقع على المستعير إذا قرّر المعير رد عاريتها قبل تمام الانتفاع بها.

4.1.1. أثر العُرف في بيان ما للمعير والمستعير في عقد العارية

للمستعير الانتفاع بالمعار وفقاً لأذن مالكة لأنّه رضي بذلك فلو أعاره دابة ليركبها للمحلّ الفلانيّ ولم يذكر في كلامه ركوبه في طريق رجوعه فيجوز له الركوب في عودته لأنّ المستعير يلزمه ردّ المعار فيكون الأذن له بالركوب في طريق رجوعه منصوص عليه عُرفاً.³⁵³

يتقيّد المستعير في استعماله بالمأذون فإن أعاره لزراعة حنطة مثلاً فله زراعتها بها وبمثلها وبما هو دونها بالضرر بالأولى كالقول والشعير إلا إن منعه فيتقيّد بالمأذون وليس له بما هو أكثر

³⁵⁰ أنظر الماوردي، الحاوي (385/7) وأنظر العمراني، البيان (254/7-256)

³⁵¹ أنظر الفيروز آبادي، القاموس المحيط (446)

³⁵² الشربيني، مغني المحتاج (313/3)

³⁵³ أنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (128/5-129)

منها ضرراً أيضاً كذرة، وإن أطلق له الإذن بالزراعة كأعرتك لتزرعها أو للزراعة أو ترك الأمر له ففي كلا الحالين له زراعة ما شاء مما جرى به العرف بزراعة ولو أعاره أرضاً وعمم النفع فقال لتنتفع بها بما تشاء صح وينتفع بما يريد على وفق ما جرى به العرف، والأرض في الأمثلة السابقة مثال لما ينتفع به بأكثر من وجه أما إن انحصرت منفعة المعار بوجه واحد كبساط لا يصلح إلا لفرشه على الأرض فلا يحتاج في إعارته إلى بيان الانتفاع بل يتقيد باستعماله بما كان معروفاً وكذلك الحكم إذا تعدد استعماله بأكثر من وجه لكن واحدة منها هي المقصودة منه عرفاً.³⁵⁴

العارية من العقود الجائزة في الأصل إلا أنها قد يعرض لها ما يجعلها تصبح لازمة من الجانبين، أو من أحدهما، ومن أمثلة ذلك ما لو أعار أرضاً لدفن ميت محترم ودفن، فلا يحق له الرجوع حتى يندرس أثر المدفون بحيث لا يبقى منه شيء، ويُعلم اندراسه بمضي مدة يغلب على الظن اندراسه فيها فيرجع بها بعد ذلك، وتنتهي العارية ما لم يأذن بتكرار الدفن، والسبب في منعه من الرد بعد الدفن أن ذلك الدفن تم بحق وفي نبش هذا الميت هتك لحرمتهم ثم إن حكم الورثة بعد ذلك نفس حكم مورثهم في عدم الرجوع لذات السبب، ولا أجرة لذلك محافظة على حرمة الميت ولأن العرف يقضي بعدم الأجرة والميت لا مال له.³⁵⁵

إذا رغب المعير في رد عاريته فترد له، فإذا مُنع من ذلك فله الأجرة إلا في عدّة مسائل، إذا أعاره الأرض للدفن على وفق الصورة السابقة، فليس له الرد، وإذا أعار الثوب للكفن فيه فليس له أجرة لعدم جريان العرف بأخذ الأجرة على ذلك، وإذا أعار ثوباً ليصلّى به الصلاة المفروضة، فلا رجوع بعد الإحرام ولا أجرة له، وإذا أعار سيفاً للقتال والتحم الجيشان فليس له رده ولا أجرة له لأن زمن القتال فيه قليل عرفاً.³⁵⁶

³⁵⁴ أنظر الماوردي، الحاوي (127/7) وأنظر النووي، روضة الطالبين (436/4) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (129/5-131)

³⁵⁵ أنظر الماوردي، الحاوي (130/7) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (133/5)

³⁵⁶ أنظر حاشية الشيراملسي، على النهاية للرملي (135/5)

4.1.2. أثر العُرف في شروط العارية (الصيغة)

من شروط العارية أن يصدر بها لفظ يدل على أنّ صاحبها يسمع بالانتفاع بها أو أن يصدر من المستعير لفظ يدل على طلب السماح له بالانتفاع من صاحبها، لأنّ استعمال ملك الغير مشروط بإجازته ذلك مثل أعرتك هذا أو أعرتك منفعته أو أعرتني أو خذه لتنتفع به ويكفي التلّفظ من طرف وفعل الطرف الآخر، ومثاله إن أعطاه هديّة في ظرف فإن كانت عرض فالظرف أمانة عنده أما إن كانت الهدية طعام وجرى العُرف في أن تؤكل هذه الهدية من ظرفها التي هي فيه فالظرف عارية إن أكل منها وهي في ظرفها، وقبل الأكل هي أمانة كما لو كانت عرض على ما ذكرناه.³⁵⁷

4.1.3. أثر العُرف في أحكام الاختلاف في العارية

من ركب دابة غيره ثمّ اختلف مع مالِكها فقال أجرتها لك ولي أجره، وقال الراكب بل أعرتها لي وليس لك أجره، وإذا اختلف صاحب الأرض وزارعها فقال صاحبها هي إجارة وقال الزّارع هي عارية، ففي المسألة خلاف وفقاً لما يلي:

القول لمالك الدابة والأرض وله الأجرة لأنّ المنافع المملوكة يصح أخذ المال عليها معاوضةً كمثل الأعيان، ولأنّ الغالب أنّ صاحبها لا يأذن في الانتفاع بها إلّا بمقابل، وهذا هو القول الراجح.³⁵⁸

القول للراكب والزّارع في الدابة والأرض ولا أجره لازمة عليه لأنّ المنتفع وصاحب الملك متفقان على أنّ المتصرف قد استهلك المنفعة أمّا بعارية أو إجارة ومن يدعى ثبوت عوض على غيره في استهلاك منفعه لم يُقبل منه.

الجواب على ظاهره في الموضوعين فيكون القول في الدابة للراكب وفي الأرض للمالك اعتباراً بالعرف فيهما فالعُرف في الدواب جارٍ بأن تكون معارةً وليست مؤجرة فكان الظاهر في

³⁵⁷ انظر النووي، روضة الطالبين (4/430) وانظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (5/124-125)

³⁵⁸ انظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (5/142)

العُرف يشهد لراكبها أما العُرف في الأرض فجارٍ بأن تكون مؤجرة وليست معارة فكان العُرف شهادة لملكها.³⁵⁹

4.2. ثانياً: الوقف

الوقف لغةً: الحبس، أي ما حُبسَ في سبيلِ الخَيْرِ³⁶⁰، والوقف في الاصطلاح: "حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح".³⁶¹ ويظهر أثر العُرف فيما يلي من خلال دوره في تحديد الجهات المقصودة في ألفاظ الواقفين عند إرادة صرف منفعة مال الوقف على المستحقين، وهيئة الانتفاع بعين الوقف بما يحفظها من الضياع، وبما لا يُخل بشرط الواقف وقصده فقد قرر الفقهاء سابقاً أنّ شرط الواقف كنصّ الشّارع.

4.2.1. أثر العُرف في أحكام الوقف اللفظية

اللفظ الصّريح فيه ما اشتق من لفظ الوقف مثل وقفت كذا على كذا، أو أرضي أو أملاكي موقوفة أو وقف عليه، ومن الألفاظ الصريحة في الصحيح من المذهب ما اشتق من ألفاظ التسبيل والتحبس، مثل أملاكي حبس عليه، لأنّ هذين اللفظين اشتُهما شرعاً وعرفاً في الوقف.³⁶²

الزّاوية هي اسم اشتُهر عُرفاً على أنّها تدلُّ على أكثر من معنى فقد يكون المراد بها المسجد وقد يكون المراد بها المدرسة وقد يراد بها الرّباط وهو ما يبنى لمثل سكنى المحتاجين، فالعمل فيما دُكر بعرف محلّها المطرد وإلا فبعرف أقرب محلّ إليها وعليه لو أخذ مالاً من جماعة في بلاد متفرقة مثلاً ليبنى زاوية في محلّة كذا، كان العبرة بعرف محلّة الزّاوية في تعيين المقصود بها وليس العبرة بمكان الدافعين.³⁶³

³⁵⁹ أنظر العمراني، البيان (530/6-531) وأنظر الرّوياني، بحر المذهب (399/6-401)

³⁶⁰ أنظر الزبيدي، تاج العروس (526/15)

³⁶¹ ابن حجر، تحفة المحتاج (235/6)

³⁶² أنظر الماوردي، الحاوي (518/7) وأنظر العمراني، البيان (73/8) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج (371/5)

³⁶³ أنظر حاشية الشبراملسي، على النهاية للرملي (370/5-371) وأنظر ابن حجر، تحفة المحتاج مع حاشية

الشرواني (222/6)

يصحّ الوقف إذا كان معلوم الابتداء والانتهاء ولهذا الوقف صورتين:

أحدهما: أن يقفه على قوم معيّنين بالصفة لا يجوز بحسب العرف انقطاعهم مثل أن يقفه على الفقراء والمساكين أو على طلبة العلم أو أبناء السبيل وما أشبه ذلك.

الثاني: أن يقفه على قوم معيّنين ينقطعون عُرْفاً ثم بعدهم على من لا ينقطع مثل أن يقفه على أولاده وأولاد أولاده فإذا ماتوا فعلى الفقراء والمساكين.³⁶⁴

إذا وقفت مدرسة وقال واقفها أو دلّ العرف أنّ من يشتغل بها شهراً فله ديناراً فاشتغل بها شخص أقل منه ولو بيوم فهل يستحق مقابل عمله أم أنه لا شيء له ولم يعط أي شيء من العطاء لأنّه أخلّ بالشرط، وهل أرباب الوظائف فيها إذا أخل أحدهم بيوم من الشهر أو السنّة يسقط معلوم جميع الشّهر أو السنّة؟

يستحق المال الموقوف من انطبق عليه شرط الواقف لكن تباينت اجتهادات العلماء في ماهية الالتزام بشرط الواقف فقد ذهب العز بن عبد السلام والإمام النووي³⁶⁵ إلى أنّ الاستحقاق لمن أتى بجميع أجزاء الشرط وإن أخل بجزء سقط استحقاقه في الجميع ولا ين الصلاح في فتاويه تفصيلاً فقد قال من أخلّ بشرط الواقف في بعض الأيام فينظر في كيفية اشتراط ما أخلّ به فإن كان معناه تقييد الاستحقاق بالقيام به فيها جميعها فيسقط استحقاقه فيها إذا أخلّ ببعضها أمّا إن كان مشروط على وجه يكون تركه فيها إخلالاً بالمشروط إلّا أنّ الواقف لم يشترط الحضور كلّ يوم فلا يسقط استحقاقه فيها وحيث سقط فيه فلا يسقط في باقي الأيام، وما سبق في الكلام فبخصوص أيام العمل، أمّا أيام البطالة في أشهر رجب وشعبان ورمضان فما وقع منها في رمضان ونصف شعبان فلا يمتنع الاستحقاق فيها لأنّ الواقف لم ينص على الحضور فيها أمّا ما وقع قبلها فإنّه يمتنع الاستحقاق لأنّه ليس فيها عُرْف مستمر

³⁶⁴ انظر العماري، البيان (68/8)

³⁶⁵ يحيى بن شرف بن مري بن حسن بن حسين بن محمد بن جمعة بن حزام النووي أبو زكريا الحافظ المؤرخ الفقيه ولد سنة 631 في دمشق ومن اساتذته الرضي بن البرهان وزين الدّين عبد الدائم والقاضي التفليسي ومن تلاميذه الخطيب صدر الدّين سليمان الجعفري وشهاب الدّين الأريدي وشهاب الدّين بن جعوان من كتبه (روضة الطالبين والأذكار والأربعين) توفي سنة 676. انظر ابن العماد، شذرات الذهب (55/1-56)

يدل على أنَّها مستثناة من أيام الحضور، فالمرجع في تحديد أيام البطالة نص الوقف فإن لم يوجد فبعرف زمنه المطرد الذي عرّفه وإلا فبعرف محلّ الموقوف عليهم.³⁶⁶

من وقف أو أوصى لضيف فيشمل الضيف كلّ شخص ورد إلى المكان سواء جاء قاصداً لمن نزل عنده أو توافق نزوله عنده لمجرد مروره على المحل واحتياجه لمحل يأمن فيه على نفسه، ولا يزداد بعد ذلك على ثلاثة أيام مطلقاً وينفق عليه بحسب العرف.³⁶⁷

لو أكره عامل في وقف على عدم مباشرة وظيفته أو عُزل عن وظيفته بغير وجه حق وقُرّر فيها غيره فلا ينفذ عزله فإنّه يستحق المعلوم المخصص له من دار الوقف لأنّه وإن لم يباشر ما شرط عليه فإنّه مستثنى من ذلك شرعاً وعرفاً لوجود العذر ومثل هذه المسألة السابقة ما عمت به البلوى من مدرس يحضر إلى مكان الدرس ولا يحضر أحد من الطلبة ليتعلم منه أو يعلم أنّه لو حضر لا يحضرون فإن المدرس يستحق المعلوم.³⁶⁸

4.2.2. أثر العرف في النظر على الوقف وشرطه ووظيفة الناظر

نص الشافعية على أنّ من وقف وقفاً على العلماء حُمِل وقفه على علماء الدين، لأنهم هم المقصودون في العرف عند الاطلاق دون القراء وحفاظ الحديث مثلاً، لأنّ العالم من فهم المعاني وليس من حفظ الكلام حفظاً.³⁶⁹

فيما يتعلق بوقف الكتب يُراعى ناظر الوقف ما جرى به العرف في إخراج الكتب فيُعطي كراسة³⁷⁰ فقط ليتنفع بها ويعيدها، ثم يأخذ بدلها، ولا يجوز إعطائه الكتاب بتمامه وإتّما

³⁶⁶ انظر حاشية الشبراملسي، على النهاية للرملي (387/5-388)

³⁶⁷ انظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشبراملسي (387/5-388)

³⁶⁸ انظر المصدر السابق (م.س) (480/5)

³⁶⁹ انظر الماوردي، الحاوي (532/7) وانظر الروياني، بحر المذهب (231/7)

³⁷⁰ كرس: أصل صحيح يدل على تلبد شيء فوق شيء وتجمعه. واشتقت الكراسة من هذا لأنها ورق بعضه فوق بعض. انظر أبو الحسين، مقاييس اللغة (169/5)

يُعْطَى على دفعات لأنَّ إخراجَه جملة سبب في ضياعه إلا إن جري العُرف بالانتفاع بكليته
كالمصحف فيجوز إخراجَه.³⁷¹

4.3. ثالثاً: الهبة والهدية

الهبة لغة: العطيّة الخالية عن الأَعْوَاضِ والأَغْرَاضِ³⁷²، أمّا الهدية: فهي ما أُحْتَفَتَ به³⁷³، والهبة
اصطلاحاً: "تمليك العين بغير عوض".³⁷⁴ وتطلق الهبة وتعم الهدية في معناها".³⁷⁵

الهبة والهدية من الأعراف الحسنة التي أقرتها الشريعة ورغبت فيها لما لها من نتائج حسنة وإيجابية
على المجتمع، وإذا كان ميزان الأمر على العُرف فيما سقناه من أبواب، فإن الهدية والهبة لن
تخرج عن ذات السياق من حيث أثر العُرف دون أن تصل حاكميته إلى حد الفرض والوجوب
من حيث التزام طرفي التعامل بهما، ومن جانب آخر يفرق بين ما كان هدية وما كان هبة
بالعرف أيضاً وبيان ذلك من خلال ما يلي:

4.3.1. أثر العُرف في أحكام الهبة

إذا قدّم الإنسان هدية لشخص يعلوه في المراتب الدنيوية الاجتماعية وكانت هذه الهبة مطلقة
عن كل شرط فلم يطلب مقابلها ثواب أو مكافأة، ولم ينف ذلك، فهل يلزم له ثواب مقابل
هديته أم لا؟ في المذهب تفصيل، فعلى المذهب القديم يجب الثواب له لأنَّ العُرف الجاري في
الناس أنّ من وهب لمن أعلى منه إنّما يقصد بذلك الثواب من المال، فصار هذا العُرف كالشرط
بها، ويكون قبول الهبة من الطرف الثاني رضاً بالتزام التعويض، وفي المذهب الجديد فإنّ
التعويض مقابلها غير واجب، وعلى هذا القول استقر الحكم في الأظهر من المذهب، فإنّ
وهب لمن هو أعلى منه في المرتبة الدنيوية فلا شيء له حتّى وإن نوى ذلك، لأنَّ العُرف وإن
اضطرد فلا يصل إلى مرتبة أن يكون شرطاً في المعاوضات، أمّا مقابل الأظهر في المذهب

³⁷¹ أنظر حاشية الشبراملسي، على النهاية للرملي (251/4)

³⁷² أنظر ابن منظور، لسان العرب (803/1)

³⁷³ أنظر المصدر السابق (م.س) (357/15)

³⁷⁴ العمراني، البيان (107/8)

³⁷⁵ الشريبي، مغني المحتاج (558/3)

فيوافق القول القديم وينص على وجوب الجزاء لأنَّ العُرف اضطرد بذلك، ثمَّ لا مقابل أيضاً إنَّ وهب لمن هو دونه في المنزلة كالأستاذ لتلميذه لعدم جريان العُرف بذلك أيضاً.³⁷⁶

2.3.4. أثر العُرف في أحكام الهدية

اعتمد الفقهاء على العُرف كضابط للتمييز بين الهدايا والهبات، فقالوا إنَّ الهدايا تختص بالمأكولات وما يشبهها، أمَّا الهبات فتختص بما زاد على ذلك والعرف هو من يشهد على ذلك.³⁷⁷

ذكر الفقهاء في حكم الوعاء الذي تحمل فيه الهدية أو الهبة هل يأخذ حكم المحمول به فيكون هدية أو هبة أم أنَّه يبقى على ملك من أعطاه فيلزم رده؟ قال الفقهاء إنَّ المرجع في استرجاعه أو عدمه العُرف المطرد، فمن بعث هدية في ظرف أو وهب شيئاً في ظرف من غير بعث فإنَّ لم يجز العُرف برده كقوصرة³⁷⁸ تمر - أي وعائه الذي يكنز فيه - أو علبة فهو هدية أو هبة تحكيماً للعرف المطرد، وذكر العلماء أيضاً فيما يخصَّ الكتاب الذي تُكتب عليه الرسالة أنَّه يملكه المكتوب إليه، إلاَّ إنَّ دلت قرينة على إعادته كما لو كتب له فيه رُدَّ الجواب على ظهره، فإنَّ جرى العُرف برد الظرف أو اضطرب العُرف برده وعدمه فلا يكون هدية بل أمانة ويحرم استعماله لأنَّه انتفاع بملك غيره بغير إذنه إلاَّ في أكل الهدية منه إنَّ جرى العُرف بذلك فيجوز له الأكل عملاً بالعرف ويكون عارية عند ذلك على ما مر في باب العارية.³⁷⁹

³⁷⁶ أنظر الماوردي، الحاوي (549/7-550) وأنظر العمري، البيان (131/8-132) وأنظر الجويني، نهاية المطلب (434/8) وأنظر الرُّوياني، بحر المذهب (249/7) وأنظر الشيرازي، المهذب (335/2) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج (423-422/5) وأنظر ابن حجر، تحفة المحتاج مع حاشية الشرواني (314-313/6) أنظر الماوردي، الحاوي (537/7) وأنظر الرُّوياني، بحر المذهب (237/7)

³⁷⁸ القوصرة والقوصرة، مخفف ومثقل: وعاء من قصب يرفع فيه التمر. ابن منظور، لسان العرب (104/5)

³⁷⁹ أنظر الماوردي، الحاوي (537/7) وأنظر الرُّوياني، بحر المذهب (237/7) وأنظر النووي، روضة الطالبين (368/5) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج (424/5) وأنظر الغمراوي، السراج الوهاج (310)

4.4. رابعاً: الوصية

الوصية لغةً: هي وصلُ الشَّيْءِ بالشَّيْءِ³⁸⁰، وهي في الاصطلاح: "تبرّع مضاف لما بعد الموت".³⁸¹

حرص الشَّافعية على ذكر مصطلح عُرْفِ الشَّرْعِ في باب الوصية وعرف الشَّرْعُ إمَّا هو أوامره ونواهيه، وهو مقدّم بلا شكٍ على كلِّ ما خالفه، فكل ما يُجمله الموصي مما يحمل في ثناياه التزاماً شرعياً مضافاً لما بعد الموت، يُحمَل على اللغة ما أمكن، وإلا فعلى العرف العام ثمَّ العُرْف الخاص ببلد الموصي³⁸²، وبيان ذلك من خلال ما يلي:

4.4.1. أثر العُرْف في أحكام لفظية للموصي له وبه

من أوصى للسادة فالمقصود بهم عُرْفاً عند الاطلاق من انتسب من جهة الأب إلى الحسن والحسين لأنَّ العرف اطّرد على أن يكون الشَّرْف مختص بأولاد السيدة فاطمة رضي الله عنها، حتّى وإن اشتمل الشَّرْف على كلِّ ربيع.³⁸³

لو أوصى لقربته دخل كلٌّ من وُصِف بهذا الاسم من قرابته مهما كان بعيداً ويدخل فيه المسلم وغير المسلم والفقير والغني والوارث... لأنَّ العُرْف جرى بأن يطلق هذا الاسم على كلِّ من دُكِر، ولا يدخل أبويه ولا أولاده لأنَّ العُرْف لا يسميهم أقارب، ويدخل بعد ذلك الجد والجدّة والحفيد والعمّة والخالة... لأنَّ العرف يشملهم بمعنى القرابة.³⁸⁴

³⁸⁰ انظر أبو الحسين، مقاييس اللغة (116/6)

³⁸¹ الرملي، نهاية المحتاج (40/6)

³⁸² انظر الرملي، نهاية المحتاج (72/6)

³⁸³ انظر المصدر السابق (م.س) (78/6)

³⁸⁴ انظر الماوردي، الحاوي (303-302/8) وانظر الرُّوياني، بحر المذهب (110/8) وانظر الرملي، نهاية المحتاج

(81/6)

إن أوصى لغير الفقراء والمساكين ممن يستحق الزكاة كمن وصى للمؤلفة قلوبهم أو للرقاب أو للغارمين³⁸⁵ أو في سبيل الله أو لابن السبيل، صُرف إلى من يصرف إليه الزكاة منهم لأنّه قد ثبت لهذه الأسماء عُرف في الشرع فحمل مُطلق كلام الآدمي عليه.³⁸⁶

لو أوصى لجيرانه فيعتبر فيمن تشملهم وصيته كلّ من يُطلق عليهم اسم الجيران في العُرف.³⁸⁷ من اختار لوصيته قراء القرآن، حُمل لفظه على من كان يحفظ جميع القرآن، لأنّه هو المقصود بالعرف عند إطلاق اللفظ به، ويُقصد بالحفظ من كان حافظاً له عن ظهر قلب عُرفاً ولا يضر الخطأ أو اللحن البسيط.³⁸⁸

ومن أوصى للفقهاء انصرفت وصيته إلى الفقهاء دون الأصوليين والنحاة وأهل اللّغة والطب ولا يدخل فيه من يسمع الحديث ولا يعرف طريقه³⁸⁹ لأنّه لا يطلق الفقيه إلّا على الفقهاء وإن وصى إلى العلماء انصرفت الوصية إلى كلّ عالم بأصول الشريعة وفروعها دون غيرهم، والعلماء هم أصحاب العلوم الشرعية وهم عالم التفسير وهو من عرّف معاني كلّ آية في القرآن، وما أريد بها من أحكام وعالم الحديث وهو علم يعرف به صاحبه حال الراوي قوة وضعفاً والمروي صحة وضدّها وعلل ذلك ولا عبرة بمجرد السماع والحفظ وعالم الفقه وهو أن يعرف صاحبه من كلّ باب طرفاً صالحاً يهتدي به إلى معرفة باقيه مدركاً واستنباطاً وإن لم يكن مجتهداً عملاً بالعرف المطرد المحمول عليه غالب الوصايا فإنّه حيث أطلق العالم لا يتبادر منه إلّا أحد

³⁸⁵ غرم: العُرم: الدّين. ورَجُلٌ غارمٌ: عليه دَيْنٌ. ابن منظور، لسان العرب (436/12)

³⁸⁶ انظُر العُمري، البيان (231/8)

³⁸⁷ انظُر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (76-75/6)

³⁸⁸ انظُر العُمري، البيان (228/8) انظُر الشيرازي، المهذب (350/2) وانظُر الغزالي، الوسيط (445/4) وانظُر

الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (78/6)

³⁸⁹ طرق الحديث: هي اختلاف اسانيده وكثرة رواته وقتلهم والعدل والمجروح منهم وغير ذلك. (من حاشية التحقيق

على كتاب البيان) انظُر العُمري، البيان (228/8)

هؤلاء³⁹⁰، قال الشيراملسي³⁹¹ في حاشيته على من اتّصف بأنّه عالم بالفقه بقوله: ويرجع في حده في كلّ زمن إلى عُرْف أهل محلّته ففي زماننا العارف لما اشتهر الإفتاء به من مذهبه يعدّ فقيهاً وإن لم يستحضر من كلّ باب ما يهدى به إلى باقيه.³⁹² والذي أراه طالما أنّ مدار الأمر على العُرْف في كلّ زمان فيحمل الأمر في بيان المقصود بهم عليه فيشمل كلّ من سماه النَّاس عالماً والمجامع والاتحادات الفقهية مثل اتحاد علماء المسلمين وغيره خير مرشد ودليل إليهم.

تصح الوصية لعمارة مسجد معيّن وإن أطلق في الأصحّ من المذهب لأنّه من أفضل القرب وتحمل الوصية حينئذ على عمارته ومصالحه عملاً بالعرف.³⁹³

من أوصى بثلث ماله ولم يعيّن لذلك مصرفاً صحّت وصيّته، وصرفت إلى الفقراء والمساكين لأنّ المعهود في الشّرع أنّ الصدقات لهم فحُمِل مُطلق كلام الإنسان عليه.³⁹⁴

من أوصى لغيره ببقرة فلا يصح اعطاؤه ثوراً ولا عجلة - وهي مالم تبلغ سنة - عملاً بالعرف العام حتّى وإن اتّفق أهل اللغة على إطلاق لفظ البقرة على الثور فإنّه لم يشتهر عُرْفاً وهذا صريح في أنّ العُرْف العام مقدّم على اللغة وبمثله لفظ البعير وما يشمله فإن وُجد عُرْف عام بخلاف اللغة عُمل به وإلا عُمل بها وأما إن أوصى بثور فيحمل على الذكر فقط أيضاً للعرف

³⁹⁰ أنظر العمري، البيان (228/8) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج (77/6) وأنظر الشيرازي، المهذب (350/2) وأنظر

الغزالي، الوسيط (446/4) وأنظر حاشية الشيراملسي، على النهاية للرملي (460/3)

³⁹¹ علي بن أبي الضياء نور الدّين الشيراملسي الشافعي، ولد ببلدة شيراملسي سنة 997هـ وقيل سنة 998، حفظ القرآن والشاطبية والخلاصة والبهجة والمنهاج وغيرهم وتلقى علم الحديث والفقه والنحو والتفسير والبلاغة وغيرها، من شيوخه: عبد الرؤوف المناوي، سالم الشبشير، البرهان اللقاني، ومن تلاميذه محمد البهوتي الحنبلي وعبد الرحمن المحلي وعبد الباقي الزرقاني، ومن كتبه حاشية على المواهب اللدنية وحاشية على شرح أبي شجاع لابن قاسم الغزي وحاشية على شرح المنهاج. توفي سنة 1087هـ. أنظر البرماوي، إلياس بن أحمد حسين بن سليمان، إمتاع الفضلاء بتراجم القراء فيما بعد القرن الثامن الهجري، الطبعة 1 (دار الندوة العالمية، 2000م) (231/2-235)

³⁹² أنظر حاشية الشيراملسي، على النهاية للرملي (77/6)

³⁹³ وأنظر النووي، روضة الطالبين (106/6) أنظر الرملي، نهاية المحتاج (47/6-48)

³⁹⁴ أنظر العمري، البيان (233/8)

ويدخل في مسمى البقر الجاموس والعكس صحيح أيضاً، أما بقر الوحش فلا يتناوله البقر لأنَّ العُرْف العام لا يقتضي ذلك.³⁹⁵

من أوصى لآخر بدابة فالدابة لغةً اسم لكل ما دبَّ على الأرض من حيوان قال الله تعالى { وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا } (هود: 6) غير أنه في العُرْف مختصٌ ببعضها فتحمل الدابة على فرس ذكراً وانثى وبغل ذكراً وحمار أهلي ذكراً حتى وإن كانت هذه الأصناف صغيرة لا يمكن الركوب عليها فهو داخل فيها فيعطى واحداً منها عملاً بالعُرْف العام ويتعيَّن واحداً منها إن لم يكن له عند موته غيرها، وإن ذكَّر مخصصاً لهذه الأصناف حُمِّل عليه مثل الكر³⁹⁶ والفر³⁹⁷ أو القتال فيحمل كلامه على الفرس وألحق به الفيل إذا تعارف النَّاس القتال عليه، وإن خصَّه بما كان للركوب فلا يعطى إلا ما كان صالحاً للركوب وإن تعورف - بأن تكرر ذلك واشتهر بينهم بحيث لا ينكر على فاعله - استعمال البراذين³⁹⁸ أو البقر أو الجمال في الحمل دخلت فيعطى أحدها لأنَّ اسم الدابة يصدِّق عليه ولو لم يكن له عند موته واحداً من الثلاثة بطلت، وبما أنَّ العُرْف عام في إطلاق لفظ الدابة على الأصناف الثلاثة المذكورة فيكون هذا العُرْف شامل لكل البلاد وليس مقصوراً على بلد بعينه كمصر ولا يشمل غيره أو أنَّ غيره مقصور على بعضها.³⁹⁹

نص الشافعية على صحة الوصية للأرامل لكن لا يدخل الرجال اللذين لا زوجات لهم في هذه الوصية لأنَّ العُرْف لم يجزِ بأن يُطلق هذا الاسم على الرجال وإن كان يطلق عليهم أرامل لغةً.⁴⁰⁰

³⁹⁵ أنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشيتي الشيراملسي والرشيدي (70/6-71)

³⁹⁶ الكُر: الرجوع، وكر عنه: رجع، وكرَّ على العدو يكرُّ، ورجل كَرَّار ومكَّر. أنظر ابن منظور، لسان العرب (135/5)

³⁹⁷ فَرَّ يَفِرُّ ففراراً، هرب. ابن منظور، لسان العرب (50/5)

³⁹⁸ البرذون: الدابة، معروف، والأثنى برذونته. أنظر المصدر السابق (م.س) (51/13)

³⁹⁹ أنظر النووي، روضة الطالبين (162/6) ابن حجر، تحفة المحتاج مع حاشية الشرواني (45/7) وأنظر الرملي،

نهاية المحتاج مع حاشيتي الشيراملسي والرشيدي (71/6) وأنظر الغزالي، الوسيط (440/4) أنظر الماوردي، الحاوي

(235/8) وأنظر العمري، البيان (254/8-255) وأنظر الرُّوياني، بحر المذهب (47/8)

⁴⁰⁰ أنظر العمري، البيان (229/8-230) وأنظر الغزالي، الوسيط (446/4-447) وأنظر الماوردي، الحاوي

(531/7) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (79/6)

تصحّ الوصية بالمنافع فمن أوصى له بمنفعة دار فإنّ الموصى له يملك منفعة الدار إذا قامت قرينة أو اطرد العرف على أنّ المراد بها مُطلق المنفعة - والمقصود بالمطلقة غير مقيدة بحياة الموصى له سواء كانت مؤبدة أو مؤقتة بسنةٍ مثلاً - فيملكها لأنها تصبح لازمة بالقبول وعليه فيجوز له أن يؤجرها ويعيرها ويوصي بها ويسافر بها أي بالعين الموصى له بمنفعتها عند الأمن ويده يد أمانة وتورث عنه ومحل ذلك كما مر في غير المؤقتة بحياته فإذا قال له أوصيت لك بمنافعه حياتك وأسند الفعل للمخاطب أو أوصيت له لينتفع فيقتضى ذلك قصور مباشرته على نفسه فالمعتمد في المذهب أنّه ليس تملكاً وإنما هو إباحة فليس له الإجارة وليس له الإعارة في الأصح من المذهب بل لا يملك شيئاً مما مر ذكره.⁴⁰¹

من أوصى بشاةٍ لآخر وأطلق اللفظ فيتناول لفظه صغيرة الجثة وكبيرتها سليمة ومعيبة، ويشمل أيضاً الضأن والمعز ويجزأ بكليهما، لجريان العرف بذلك.⁴⁰²

4.5. خامساً: في الإيضاء

الإيضاء لغة: وصل شيء بشيء.⁴⁰³ والإيضاء اصطلاحاً: "إثبات تصرف مضاف لما بعد الموت".⁴⁰⁴ ويظهر أثر العرف فيما يتعلق بالوصايا على الغير من خلال احتكام الوصي إليه فيما تستلزمه تصرفاته في حق الموصى عليه، فالأعمال التي هي في إطار اختصاصه إنما هي في إطار ما يستطيعه عرفاً، فينفق على الموصى عليه من ماله بالقدر المناسب في مثله عرفاً، ويقوم بالحفاظ على ماله بالمناسب من الأعمال على وفق العرف بما يحافظ على الأصل وبما يزيد وينمي المال.

⁴⁰¹ أنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشيتي الشيراملسي والشريدي (83/6-84) وأنظر ابن حجر، تحفة المحتاج مع

حاشيتي الشرواني والعبادي (60/7 و62)

⁴⁰² أنظر العمراني، البيان (252/8) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج (68/6)

⁴⁰³ أنظر أبو الحسين، مقاييس اللغة (116/6)

⁴⁰⁴ الرملي، نهاية المحتاج (98/6)

4.5.1. أثر العُرف في أركان الإيصاء (الموصى فيه)

يشترط في الموصى فيه أن يكون من التصرفات المالية الجائزة، كما لو أوصاه في قضاء دين، أو في رعاية أطفاله أو في حفظ ودائعه، فإذا وصّاه بالجميع صح ذلك، وإن خصّه ببعضها اقتصر عليه، وإذا أطلق وصيّته في كلّ أموره دون أن يذكر تصرّف معين، فتصح الوصية بذلك ويكون مأذوناً في كلّ التصرفات فيتقيد بعمل ما فيه مصلحة، ولو أوصاه بأمر أولاده دون تحديد لنوع العمل فيعمل بما جرى به العرف من حفظهم ورعاية ما لهم، أمّا قول الموصى لغيره أوصيت إليك فلا تصح به الوصية لعدم وجود عرف يحمل عليه الكلام ويفهم، وحتى مع وجود عرف بذلك فلا يعمل به لأنه عرف غير مطرد.⁴⁰⁵

"من أوصى لآخر بشيء فللموصى أن يوكل غيره في كلّ ما لم يجز العُرف أن يقوم به بنفسه".⁴⁰⁶

4.5.2. الوصايا على أموال اليتامى

نص الشافعية على جواز أن يتاجر وليّ اليتيم بماله، لكنّه يتقيد في تجارته بما كان ناضاً⁴⁰⁷ من مال، ولا يبيع شيئاً من العقارات أو الأراضي، وأوّل ما يقوم به من أعمال بالمال الناض أن يقوم بتعمير ما يحتاج إليه العقار من عمارة، وليس لما يستعمله في البناء من مواد صفة معينة بل يستعمل في سبيل ذلك ما جرى به عرف النَّاس، فيستعمل الجصّ مثلاً إن كان العرف كذلك أو يستعمل الآجر وقس على ذلك... ثمّ إنّ العُرف جارٍ بالفاضل من المال بعد ذلك إمّا أن يشتري عقاراً أو أرضاً يعود بالفاضل من غلتها على مولّيه بقدر ما يكفيه وهو الأولى لأنّه أحفظ للمال من الضياع، فإن لم يعد عليه بفائض فيلزمه أن يتاجر به.⁴⁰⁸

يلتزم ولي اليتيم بالإنفاق عليه من ماله بالمعروف دون زيادة أو نقصان، وينفق أيضاً على من يلزمه اليتيم الانفاق عليه كما لو كان له أبوين، فينفق على الكلّ بالمعروف الوسط، فإذا أراد

⁴⁰⁵ أنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشبراملسي (106/6-107) وأنظر الغزالي، الوسيط (489/4)

⁴⁰⁶ أنظر العمراني، البيان (310/8) وأنظر النووي، روضة الطالبين (322/6)

⁴⁰⁷ الناض من المتاع: ما تحوّل ورقاً أو عيناً. النَّضُّ: الإظهار، والنضُّ الحاصل. يقال خذ ما نضّ لك من غريمك،

وخذ ما نضّ لك من دين أي تيسّر. أنظر ابن منظور: لسان العرب (237/7)

⁴⁰⁸ أنظر الماوردي، الحاوي (361/5-363)

أن يشتري لهم كسوة للصيف أو الشتاء، فيتقيّد بكسوة مثلهم على حسب ما جرى به العرف في أوقات اليسر والعسر.⁴⁰⁹

عندما يبلغ اليتيم فإنّ صفة اليتيم ترتفع عنه شرعاً لقول النبي ﷺ: { لا يتم بعد حلم }⁴¹⁰، لكنّه إن بقي غير قادر على إدارة ماله لم ترتفع عنه الولاية بل يبقى تحت تصرّف وليّه، فإذا كان شاباً يرى في نفسه الحاجة للنساء فينبغي على وليّه أن يزوجه، ثمّ بعد ذلك يجب عليه أن ينفق عليه وعلى زوجته بالمعروف من غير زيادة أو نقص، فإن كان بحاجة لخادم يخدمه استأجر له خادماً إلاّ إن كان يكتفي بخدمة زوجته فلا يستأجر له من يخدمه، وعلى العموم يراعي في ذلك كلّ ما دعت إليه الحاجة وجرى عليه العرف في مثله.⁴¹¹

إعمال العُرف في معاملات أخرى وفيها (الإقرار - الغصب- الضمان - الشفّعة - القراض - إحياء الموات - المنافع والأعيان المشتركة - اللقطة - الوديعة)

4.6. أوّلاً: الإقرار

الإقرار لغة: "ضدّ الجحود".⁴¹² وهو اصطلاحاً: "إخبارٌ عن حق ثابت على المخبر فإن كان بحق له على غيره فدعوى أو لغيره على غيره فشهادة".⁴¹³ وللإقرار خاصيّة مميزة في فهم المقصود منه لأنّه مبني على لفظ المقرّ بالخصوص، ولذلك فإنّ الشافعية وسعيّاً منهم لعدم فهمه بغير مقصوده قدّموا في تفسيره دلالة اللغة على دلالة العُرف ما أمكن ذلك وإلاّ يستعان لفهمه بالمعنى العربي، قال الشيراملسي: "... الإقرار مبني على العُرف".⁴¹⁴ ومن جهة ثانية

⁴⁰⁹ أنظر المصدر السابق (م.س) (344/8-345) وأنظر العمراني، البيان (314/8)

⁴¹⁰ سنن أبي داود، كتاب الوصايا، باب متى ينقطع الثّم؟ (رقم الحديث، 2873) (496/4) قال النووي: إسناده حسن أنظر النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، الأذكار التّوّية الطبعة 2 (دمشق: دار ابن كثير، 1990م)، (رقم الحديث: 1060) (623)

⁴¹¹ أنظر الماوردي، الحاوي (348/8-349)

⁴¹² أبو الحسين، مقاييس اللّغة (8/5)

⁴¹³ الشربيني، مغني المحتاج (268/3)

⁴¹⁴ حاشية الشيراملسي، على النهاية للرملي (78/5)

فإنّ الإقرار إخبارٌ عن حق سابق ولذلك يعوّل في تفسير المقصود به على قول المقر فيقبل استثناءه في ذلك ما أمكن، وهو الذي جعل من العرف حاكماً متأخراً لفهم المقصود به.

1.4.6. أثر العرف في شروط الإقرار (الصيغة، المقر به)

1- صيغة الإقرار

قول الشخص له عليّ درهم ودرهم، يرتّب على المتكلّم إثنتين من الدراهم بسبب العطف بالواو، ولو كرر لفظة الدرهم ثلاث مرّات متتالية فليزمه ثلاثة دراهم لأنّ العرف جرى أنّ لا يكون الإقرار مؤكّداً.⁴¹⁵

من قال لآخر بلفظٍ مطلقٍ لكّ عليّ ألف أو لك في ذمتي ألف، فتحمّل على ما تعلّق في الذمّة من دين عرفاً.⁴¹⁶

من سأل آخر بلفظ أليس لي عليك كذا فأجابه نعم أو بلى ففي كلا الجوابين يكون هذا إقرار بالمبلغ المذكور، ولا تُفسّر نعم على أنّها نفْيٌ مثلاً لأنّ الإقرار يفسّر على عرف النَّاس وليس على دقائق اللّغة فكلّ النَّاس به سواء.⁴¹⁷

ومن الألفاظ الدّالة على الإقرار عرفاً، إذا طلب من شخصٍ أن يقضي ما له عليه من دينٍ في ذمّته فأجابه مثلاً أريد مهلةً أو حتّى الغد، فيعتبر إقراراً أيضاً.⁴¹⁸

2- أثر العرف في شروط المقر به

يوجد دراهم مختلفة من حيث الوزن فهناك الدراهم الإسلاميّة والدراهم الهرقلية والطبرية والبغلية⁴¹⁹ وتتفاوت هذه الدّراهم في أوزانها وتقترب من بعضها أحياناً ويتوسّط الدّرهَم الإسلامي هذه الدّراهم وزناً، فإذا تقرّر ما سبق فقام رجل بالإقرار على نفسه بألف درهم

⁴¹⁵ أنظر الماوردي، الحاوي (55/7)

⁴¹⁶ أنظر الرملي، نهاية المحتاج (77/5)

⁴¹⁷ أنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (79/5-80) وأنظر الغمراوي، السراج الوهاج (256)

⁴¹⁸ أنظر الرملي، نهاية المحتاج (80/5)

⁴¹⁹ البغلية: نسبة إلى البغل لأنّه كان عليها صورته. حاشية الشيراملسي، على النهاية للرملي (84/3)

مثلاً، تُمّ فسّرُها بالدرهم الإسلاميّة فيقبل منه تفسيره، سواء كان متصلاً بالإقرار أو لا لأُتّها
دراهم النَّاس المعهودة عرفاً عند إطلاقها غالباً.⁴²⁰

أمّا إن قال قصدت بإقراضي الدرّاهم النَّاقصة، فيقبل منه ذلك ويبيّن هو قدر النَّقص، ولو تعدّر
البيان حُمل الأمر على أنقص الدرّاهم، هذا إن اتّصل الاستثناء بالإقرار، "أمّا إن انفصل وكذّبه
الطرف الآخر فيلزم بالدرّاهم الكاملة لمخالفته لعرف النَّاس، فإن كانت دراهم البلد في أصلها
ناقصة، فيعمل بقوله سواء اتّصل أم انفصل عن الإقرار عملاً بالعرف الجاري".⁴²¹

ولو فسّر الدرّاهم بالفلوس، فيردّ كلامه بكلّ حال، إلا إذا غلب استعمال النَّاس لها حتّى تركوا
الفضّة، فيعمل بكلامه حتّى لو كان منفصلاً، وعلى العموم يُعمل بما غلب عليه تعامل النَّاس
من الدرّاهم إن لم يمكن مراجعة المقرّر بمقصوده.⁴²²

من أقرّ على نفسه بمالٍ أشرفيّ، فالشّافعية في تفسيره على مذهبين، فمنهم من قال يحكّم به
عرف النَّاس، والعرف فيه أنّ المقصود به إمّا الذهب أو الفضّة، فهو لفظٌ مجملٌ لا بد لمعرفته
أنّ يفسّره متلقّظه أو ورثته، ومنهم من قال الأشرفي ليس مجملاً بل فيه عرف شرعيّ ويقصد
به الذهب وعليه فهو ليس مجملاً بل مفسّر بعرف الشّرع بالذهب ويُلغى عرف النَّاس.⁴²³

4.7. ثانياً: الغصب

إنّ للعرف أثر بارز في تحديد ماهية الغصب فهو عُرفاً يشمل كلّ ما أخذ عنوة قلّ ذلك الشّيء
أمّ كثر.

⁴²⁰ أنظرُ الماوردي، الحاوي (53/7) وأنظرُ الشيرازي، المهذب (476/3) وأنظرُ الرملي، نهاية المحتاج (91/5)

⁴²¹ أنظرُ الماوردي، الحاوي (53/7) وأنظرُ الرملي، نهاية المحتاج (91/5) وأنظرُ ابن حجر، تحفة المحتاج (382/5-
(383)

⁴²² أنظرُ الرملي، نهاية المحتاج (92/5) وأنظرُ ابن حجر، تحفة المحتاج مع حاشية الشرواني (383/5)

⁴²³ وأنظرُ الشيرازي، المهذب (476/3-477) وأنظرُ الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (92/5) وأنظرُ
ابن حجر، تحفة المحتاج مع حاشية الشرواني (384/5)

4.7.1. أثر العُرف في تعريف الغضب وتحديد ماهيته

الغضب لغةً: "أخذ الشيء ظلماً".⁴²⁴ وفي الاصطلاح: "الاستيلاء على حق الغير عدواناً أي على وجه التعدي ويُرجع في الاستيلاء للعرف".⁴²⁵ وقيل في تعريفه أيضاً: هو الاستيلاء على مال أو حق الغير عدواناً، ويرجع إلى العُرف في بيان ما هو غضب وأوضح ذلك بذكر الصورة التالية للغضب:

من غضب من آخر حبة قمح فهذه الحبة لا تُعتبر مالاً شرعاً لأنّها غير متمولة ولا يجب الضّمان أيضاً إلاّ أنّه يجري فيها القهر والغضب وعليه فالغضب أعم من الضّمان لأنّ الضّمان مقصور على ما كان مالاً أمّا الغضب فجامع لأفراد كثيرة توجب الردّ على غاصبها.⁴²⁶

وبناء على تعريف الغضب فإنّ من أقرّ على نفسه أنّه غضب من آخر شيئاً ما، ثمّ فسّر كلامه بكلّ ما لا يُقتنى صحّ منه تفسيره، إذ ليس مقصود الغاصب الالتزام بحق للمغصوب منه، وإنّما يقصد أنّه تعدّى بأخذ الشيء جبراً، حتّى وإن كان هذا الشيء ليس مالاً أو حقاً، لاشتمال العرف على هذا المعنى فجاز التفسير به.⁴²⁷

4.8. ثالثاً: الضّمان

إنّ الإنسان مقيد في استعماله لملكه أو لما هو مأذون له باستعماله وإن لم يملكه بما لا يتعدى فيه بالضرر إلى غيره وإلاّ يكون مقصراً ويضمن إذا تجاوز حدود ذلك والضابط في تحديد الضرر من غيره عُرف النّاس وبيان ذلك بما يلي.

4.8.1. أثر العُرف في أحكام الضّمان

من ملك الانتفاع بأرض بسبب ما كاستجارها مثلاً، فأشعل فيها ناراً فطارة منها شرارة فأحرق ما في أرض جاره فيضمن إن كان إشعال النّار وقت هبوب الرّيح أمّا إن هبت بعد

⁴²⁴ ابن منظور، لسان العرب (648/1)

⁴²⁵ الشريبي، مغني المحتاج (334/3)

⁴²⁶ أنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (146-144/5)

⁴²⁷ أنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الرشيدى (88-87/5)

ذلك فلا يضمن، ولو أوقد في غير ملكه يضمن في كلِّ حال، ومن صور التّعدي التي تلزم الضمان على المتسبب لو أوقد النار ليصنع الفريك⁴²⁸ كما في زماننا، لأنَّ انتفاعه بالأرض المستأجرة لا يبيح له أن يشعل النار فيها إلا إن جرى العرف بمثل ذلك وعلم صاحب الأرض بهذا العرف كإشعال النار للتدفئة من برودة الطقس فلا يضمن.⁴²⁹

ومن أشعل ناراً في بيته الصغير الذي لا يحتمل هذه النار حسب عرف النَّاس فانتقل شيءٌ منها إلى بيت جاره فيضمن لأنه متعدّ.⁴³⁰

من دخل إلى دكان حدّاد فطارت شرارة فأحرقت ثوبه فلا ضمان على الحداد لأنَّ إشعال النَّار في دكان الحداد مما جرى به العرف، ولو أنّ إنسان أوقد النَّار في الشارع على خلاف العرف فيضمن في حال الضرر على النَّاس لأنَّ السماح له بالارتفاع من الطريق مقيدٌ بحدود السلامة.⁴³¹

4.8.2. أثر العرف في اختلاف المالك والضامن

من فكَّ رباط بهيمة في وقت يُلزم فيها العرف أن تقيّد عن أملاك النَّاس فإنّه يضمن ما تتلفه لأنَّ إرساله لها في وقت الحفظ عرفاً تقصير منه يوجب الضمان أمّا إن لم يُلزم العرف تقييدها في ذلك الوقت فلا يضمن، ومن أمثلة ذلك الإوز فقد جرى عرف أهله أن يطلقونه، فإذا أتلف شيئاً من الزروع فلا ضمان لأنَّ صاحب الزرع مقصر في حراسة زرعه.⁴³²

4.9. رابعاً: الشفعة

الشفعة لغة: الشفعة في الدار والأرض، القضاء بما لصاحبها.⁴³³ وفي الاصطلاح: "حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض لدفع الضرر أي ضرر مؤونة

⁴²⁸ بُرِّ فَرِيكٌ: وهو الذي فُرِكَ وُقِّي. وأفرك الحب: حان له أن يُفرك. ابن منظور، لسان العرب (473/10)

⁴²⁹ أنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (153/5)

⁴³⁰ أنظر العمراني، البيان (86/7)

⁴³¹ أنظر حاشية الشيراملسي، على النهاية للرملي (148/5)

⁴³² أنظر المصدر السابق (م.س) (155-154/5)

⁴³³ أنظر ابن منظور، لسان العرب (184-183/8)

القسمة واستحداث المرافق وغيرها كالمصعد والمنور والبالوعة في الحصة الصائرة إليه وقيل ضرر سوء المشاركة".⁴³⁴

وضابط ما يأتي من صور الشفعة يظهر من خلال الرجوع إلى العرف كناظم لوقت الأخذ بالشفعة، فالوقت المتوقع لحق الشفيع، إنما يتوقف في حدود ما خطه سير العرف في عمل الناس، حتى لا يقع الضرر على مالك الجزء في نصيبه، وبيان ذلك بما يلي:

4.9.1. أثر العرف في ضوابط الأخذ بالشفعة

من اشترى جزءاً من شيءٍ فيه شفعة كأرضٍ مثلاً فلا تسقط الشفعة للشفيع حتى يعلم مهما طال الزمان، فإن علم طالب على الفور العربي أي من غير فاصل دون سرعة توقعه بالخرج، والأمر في ذلك مردّه إلى العرف فما اعتبره تباطؤاً سقطت به الشفعة وإلا لم تسقط، ومن صور عدم التباطؤ عرفاً لو علم بالليل فله التأخير حتى الصباح، وإن كان جائعاً أكل ثم طالب، وإن كان في الحمام أو في الصلاة أو يغلق الباب ويحفظ المال أو يسعى لما يركب عليه بسبب بعد المسافة فكل ذلك لا يبطل الشفعة فيقضي هذه الحوائج ثم يطالب بها.⁴³⁵

4.10. خامساً: القراض

القراض لغة: "قطع جزء من المال لمن يتجر بها".⁴³⁶ والقراض في الاصطلاح: "هو إعطاء مالك المال جزءاً من ماله لمن يقوم بتمميّره والعمل به على أن يكون له نصف الربح، وبذلك يكون العمل من العامل والمال من المالك".⁴³⁷

⁴³⁴ ابن حجر، تحفة المحتاج (53/6)

⁴³⁵ أنظر الماوردي، الحاوي (240/7) وأنظر العمراني، البيان (131/7-133) وأنظر الرّوياني، بحر المذهب (7/7) وأنظر الجويني، نهاية المطلب (321/7) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشيتي الشيراملسي والرشيدي (5/215-217) وأنظر الغزالي، الوسيط (4/98-99) وأنظر الغمراوي، السراج الوهاج (279) وأنظر ابن منظور، لسان العرب (48/7)

⁴³⁶ أبو الحسين، مقاييس اللغة (5/71-72)

⁴³⁷ الرملي، نهاية المحتاج (5/219)

والضوابط لما يأتي من هذه الصور العرفية لعقد المضاربة، هو كون العُرف مرجعاً لتنظيم العلاقة بين صاحب المال والعامل، نظراً لما يتخلل هذه الشركة من الكثير من التفاصيل، فصنوف المتاجرة كثيرة، والأثمان والأرباح تتفاوت، والمعاملة تختلف من بلد لآخر... وغير ذلك كثير، مما يصعب حصره عند الاتفاق على هذه الشركة فيكون العُرف فيصلاً في كل ذلك.

4.10.1. أثر العُرف في أحكام عقد القراض

مصاريف العمل في مال القراض منها ما يجب على المالك دفعة، ومنها ما يجب على العامل دفعه والفاصل في كل ذلك العرف، ومما يُدفع من مال القراض على سبيل المثال أجور التحميل والمبيت في الأماكن كالفنادق والضرائب التي تُسدد للدولة، ويحسب كل ذلك من الربح ثم يقسم الباقي مناصفة، وأما ما يجب على العامل فمرد ذلك أيضاً إلى عرف التجار، فما اقتضى أن يفعلوه بأنفسهم فهو عليه، كمثل عرض المتاع للبيع ثم ترتيبه، ومثل تحصيل الثمن وقبضه، أما الوزن فيجب على العامل ما خف منه كالمسك، وإلا فيجب على مال القراض إن لم يجز به العرف.⁴³⁸

لا يحق لصاحب المال أن يحدد لشريكه من يعامل من الأشخاص، لأن فيه تضيق بمنع الربح، إلا إن جرى العرف بحصول الربح من أمثالهم فيجوز التحديد.⁴³⁹

يحرص العامل على البيع والشراء بعيداً عن الغبن الفاحش، إلا إن أذن له صاحب المال بذلك فيجوز التعامل مع الغبن في حدود القرينة العرفية، فإن تجاوز ذلك لم يصح كما لو باع ما حقه الألف بمائة.⁴⁴⁰

⁴³⁸ انظر الماوردي، الحاوي (317/7-318) وانظر العمراني، البيان (203/7 و211) وانظر الشيرازي، المهذب

(229/2) وانظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (223/5) وانظر الغمراوي، السراج الوهاج (280)

⁴³⁹ انظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (224/5)

⁴⁴⁰ انظر المصدر السابق (م.س) (231/5)

لو باع العامل بثمن حال، فيجب عليه أن لا يسلم المبيع حتى يقبض الثمن، فإن أذن له المالك بذلك، سلمه للمشتري بدون أن يقيم شهود على المالك بإجازته للتسليم قبل القبض إلا إن جرى العرف بإقامة الشهود على المالك وعلم المالك بذلك فيجب الإشهاد.⁴⁴¹

في حكم السفر في مال القراض للتجارة فيحق له السفر إلى ما يحدده له المالك، فإن أطلق الأمر عن التحديد، فيسافر إلى البلاد التي تعارف أهل بلده السفر إليها للتجارة والربح، فيسافر إلى الأسواق القريبة والأمنة ولا يتعد إلى البعيدة وإلا ضمن، ويتولى من الأعمال ما جرى به عرف التجار على وفق ما ذكرناه.⁴⁴²

لا يحق لعامل القراض في حال كان مقيماً ليس مسافراً أن ينفق لنفسه من مال القراض عملاً بالعرف وفقاً لذلك، فإن أذن له المالك أنفق وحسب ذلك من الربح إن وجد وإلا من رأس المال.⁴⁴³

جرى العرف أن كل نقص في مال القراض بسبب أمر خارجي كغرق أو سرقة أو آفة أو رخص... إلخ أن يحسب كل ذلك من رأس المال.⁴⁴⁴

4.11. سادساً: إحياء الموات

الموات لغة: الأرض التي لم تُزرع ولم تُعمّر ولا جرى عليها ملك أحد.⁴⁴⁵ والموات في الاصطلاح: "الأرض التي لم تُعمّر قط أي لم تتيقن عمارتها في الإسلام من مسلم أو ذمي وليست من حقوق عامر ولا من حقوق المسلمين".⁴⁴⁶

⁴⁴¹ أنظر المصدر السابق (م.س) (232/5)

⁴⁴² أنظر الماوردي، الحاوي (317/7) وأنظر العمراني، البيان (211/7-212) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج مع

حاشية الشيراملسي (234/5-236)

⁴⁴³ أنظر المصدر السابق (م.س) (235/5)

⁴⁴⁴ أنظر الرملي، نهاية المحتاج (238/5)

⁴⁴⁵ أنظر ابن منظور، لسان العرب (93/2)

⁴⁴⁶ ابن حجر، تحفة المحتاج (201/6-202)

على الرغم من أنه لم يعد اليوم ما يسمى أراضي موات للإحياء فقد بات الأمر محصوراً بإذن الدولة، إلا أن تشريع إحياء الموات فيه من الفائدة الاقتصادية ما لا يخفى سواء على صعيد الفرد أو المجتمع فإذا أراد الفرد أن يجعل من مكان ما غير منتفع به صالحاً لكسب المال فليس في الشرع ما ينهى عن ذلك شريطة أن لا يتعدى على ملك آخر عام أم خاص والمعتبر في كل ذلك العرف فليس كل مكان صالح للإحياء ثم بعد ذلك لا يعتبر مالاً للمكان محيياً له بمجرد وضع اليد وإنما المعتبر في كل ذلك عرف ذلك المكان بما أريد له. قال الرملي: "ويختلف الإحياء بحسب الغرض المقصود منه والشارع أطلقه وليس له حد في اللغة فوجب أن يرجع فيه إلى العرف كالحرز والقبض وضابطه أن تهية كل شيء لما يقصد منه غالباً".⁴⁴⁷

4.11.1. أثر العرف في ماهية وضوابط إحياء الموات

من مظاهر مرونة الشريعة الإسلامية "أنها لم تحدد طريقة لإحياء الأرض الموات، بل ترك أمره إلى عرف كل مكان، ولعل مما اعتبره فقهاء الشافعية إحياء أرض للسكن مثلاً أن يُعمّر حيطان ثم يصنع فوق ذلك سقفاً يواري من تحته، وإذا كان الحال وفقاً لذلك، فإن الأمر هين حتى وإن كانت الأعراف تختلف وفقاً للزمان والمكان، فالضابط بين أيدينا والأمر من اليسر بمكان، فما اعتبره عرف الناس إحياء ملك به المحيي وما لم يعتبره فلا يملك به"⁴⁴⁸ وفيما يلي صور له: إذا أراد أن يحيي مكاناً كحظيرة للأغنام، فيكتفي بتحويط ذلك المكان دون السقف، فيكون بذلك إحياء لمثله، عملاً بعرف أهله، وأقل من ذلك لا يعتبر إحياء كوضع أحجار حول غنمه

⁴⁴⁷ الرملي، نهاية المحتاج (338/5-339)

⁴⁴⁸ أنظر الماوردي، الحاوي (486/7) وأنظر الماوردي، الإقناع في الفقه الشافعي (118). وأنظر العمراني، البيان (483-482/7) وأنظر الرؤياني، بحر المذهب (290/7) وأنظر الشيرازي، المهذب (294/2) وأنظر الغزالي، الوسيط (225/4) وأنظر الجويني، نهاية المطلب (292/8) وأنظر النووي، روضة الطالبين (289/5) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج (339/5) وأنظر الغمراوي، السراج الوهاج (298)

إلا إن عبره عرف مكانه إحياء فيملك به ويعتبر إحياء في حق مكانه حتى وإن لم يُعتبر إحياء في حق أهل غير ذلك المكان، فكلّ مكان وفقاً لعرفهم.⁴⁴⁹

إذا أراد أن يحيي أرضاً للزراعة، فيكون ذلك بجمع التراب حولها بما يميزها عن باقي الأراضي، ثمّ يحرثها ويجرّ الماء لسقيها من بئر أو فتح مجرى المطر إليها أو غير ذلك، ولا يشترط زراعتها.⁴⁵⁰

إذا أراد إحياء الأرض لتكون بستاناً، فيلزمه تسويره بالتراب أو القصب حسب ما يجري به العرف، ثمّ يسوق له الماء كما في أرض الزراعة، ولا بدّ أخيراً من نصب الأشجار فيه.⁴⁵¹ حفر البئر في الموات لا يُملك إلا بعد الوصول إلى الماء، ثمّ بناء الحجارة حوله إن كانت الأرض طرية، وإلا في الصلبة فلا يحتاج لسور.⁴⁵²

يشترط في المكان المراد إحياءه أن لا يكون من مرفقات الأماكن المعمورة، وهي الأماكن التي لا يمكن الانتفاع بالمعمور المملوك إلا بها، مثل أماكن رمي القمامة، ومكان لعب الأطفال، ومكان رعي ماشية القرية وغير ذلك من الأماكن المشتركة الانتفاع، ومن ذلك أيضاً حريم البئر المحفور فلا يصح إحياء المكان حوله مما لا يمكن الانتفاع بالبئر إلا به، ويعتبر في مقدار هذا الحرم عرف الناس أيضاً ومثله أيضاً يقال بالنهر والعين فكلّ حريمه معتبر بالعرف.⁴⁵³

⁴⁴⁹ انظر الماوردي، الحاوي (487/7) وانظر العمراني، البيان (483/7) وانظر الرّوياني، بحر المذهب (290/7-291) وانظر الشيرازي، المذهب (294/2) وانظر الجويني، نهاية المطلب (293/8) وانظر النووي، روضة الطالبين (289/5) وانظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الرشيد (339/5) وانظر الغمراوي، السراج الوهاج (299)

⁴⁵⁰ انظر العمراني، البيان (484-483/7) وانظر الرملي، نهاية المحتاج (340-339/5) وانظر الغمراوي، السراج الوهاج (299)

⁴⁵¹ انظر الجويني، نهاية المطلب (293/8) وانظر النووي، روضة الطالبين (290-289/5) وانظر الرملي، نهاية المحتاج (340/5) وانظر الغمراوي، السراج الوهاج (299)

⁴⁵² انظر العمراني، البيان (484/7)

⁴⁵³ انظر الشيرازي، المذهب (295/2) انظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (336-334/5) وانظر الماوردي، الحاوي (488/7) وانظر العمراني، البيان (477-476/7)

من أحيا الأرض دخلت في ملكه مع حريمها الذي تُرتفق به مما لا غنى عنه، كأطرافها التي لا بدّ منها لنثر البذار وجر الماء لها وغير ذلك والمعتبر في مقدار ذلك الحريم العرف.⁴⁵⁴

4.12. سابعاً: المنافع والأعيان المشتركة

4.12.1. تعريف المنفعة والأعيان لغةً واصطلاحاً

النَّفْعُ لغةً: ضِدُّ الضَّرِّ.⁴⁵⁵ والأَعْيَانُ لغةً: "هي ما له قيام بذاته".⁴⁵⁶

أما تعريف المنافع المشتركة اصطلاحاً: "فهي بقاع الأرض المحبوسة على الحقوق العامة كالشوارع والمساجد والمقابر فمثل الشوارع منفعتها الأصلية: الطروق⁴⁵⁷ ويجوز الوقوف والجلوس فيها لغرض الاستراحة والمعاملة ونحو ذلك بشرط أن لا يضيّق على المارة وأما المسجد فالجلوس فيه لأغراض منها تلاوة القرآن أو الحديث أو الفقه... إلخ"⁴⁵⁸

وفي تعريف الأعيان المشتركة اصطلاحاً: هي ما تكون مستفاداً من الأرض ومنها المعدن الذي يظهر لوحده ولا يحتاج للعمل في تحصيله ومن أمثلته النفط والكبريت والملح والكحل... فلا تملك هذه الأشياء بالإحياء ولا يثبت فيها اختصاص بتحصُّر ولا اقطاع من سلطان بل هو مشترك بين المسلمين وغيرهم كالماء والكلأ ومنها أيضاً المعدن الباطن وهو ما لا يخرج إلاّ بعلاج وعمل كالذهب والفضة والحديد والنحاس وسائر الجواهر المبتوثة في الأرض فلا يملك محله بالحفر والعمل ومنها أيضاً المياه المباحة التي لم تملك من الأودية كالنيل والعيون في الجبال ونحوها من موات وسيول الأمطار فيستوي النَّاسُ فيها لما روي عن النَّبِيِّ ﷺ (النَّاسُ شركاء في ثلاثة الماء والكلأ والنار)⁴⁵⁹ فلا يجوز لأحد تحجرها ولا للإمام اقطاعها اجماعاً.⁴⁶⁰

⁴⁵⁴ أنظرُ الماوردي، الحاوي (488/7) وأنظرُ العمراني، البيان (475/7-456)

⁴⁵⁵ أنظرُ الزبيدي، تاج العروس (268/22)

⁴⁵⁶ الجرجاني، معجم التعريفات (28)

⁴⁵⁷ قوم مطاريق: رجالة، واحدهم مُطَرِّق، وهو الرَّاجِل. ابن منظور، لسان العرب (222/10)

⁴⁵⁸ النووي، روضة الطالبين (294/5 و296)

⁴⁵⁹ تقدم تحريجه.

⁴⁶⁰ أنظرُ ابن حجر، تحفة المحتاج مع حاشية الشرواني (224/6-227)

يستفاد مما تقدم من تعريف للمنافع والأعيان المشتركة، أنّ موضوعها مما لم يختص بعاقدين أو أكثر، فهي ما تعلقت بسلوك النَّاس أجمع، وإذا كَانَ كذلك فَإِنَّ العُرْف نتاج لهذا السلوك مما توافقت عليه إراداتهم بما يحقق مصالحهم دون أن تصطدم ببعضها، ولذلك كَانَ أدلّ مكان لهذا التنظيم العرفي، هو ما اشتركوا فيه مما نحن بصدد بيانه.

4.12.2. أثر العُرْف في التزاحم على الحقوق المشتركة

من أخرج من بيته مزراباً أو جزءاً من البناء، فَإِنَّ هذا مما يضرّ بالناس المارة، فيمنع منه صاحب البناء ولا يقَرُّ عليه، وحدّ الإضرار ومقداره مرده إلى عرف كلّ مكان، حيث يكون ذلك بما عليه عرف النَّاس بمقدار ارتفاع اللّذي سيمر من ذلك المكان، فإذا كان اللّذي سيمر جمالاً محتملة فإنّ مَنع الخارج من البناء ذلك كان مضرّاً وإلا فلا، وإن كان خيلاً فبقدر ارتفاعها وما عليها وقس على ذلك... فالمرجع في كلّ ذلك العرف.⁴⁶¹

يباح للإنسان أن يستعمل الطريق إلى الحدّ اللّذي يحتمل ضرره، كوضع أدوات البناء من الحجارة والطين وغير ذلك على أن تنقل بعد مدة من الزمن وبشرط أن لا يصل حدّ الإضرار فوق المحتمل، ويسمح بترك آلات النقل والسّفَر كالدواب مقدار قضاء حاجة متضمنة في النزول والركوب، والمعيار في كلّ ما سبق هو عرف النَّاس، ولا يسمح بعد ذلك بالوقوف الدائم لآلات السّفَر كأن تُعرض في الطريق للأجرة، لأنّ في ذلك ضرر فيمنعوا عنه.⁴⁶²

يحق لأصحاب الدور المشتركة الانتفاع بالسقف على وفق ما جرى به العرف فيضع الأعلى ما يسمح به العرف من الأوزان ويحق لمن سكن في الأسفل أن يعلّق بالسقف ما جرى به العرف مما يحتمله السقف، وفي إقرار ذلك تيسير على النَّاس بالكثير من وجوه الانتفاع.⁴⁶³

الانتفاع الأصلي للشارع هو المرور به، ويمكن أن يُنتفع به استثناءً كالجلوس به للاستراحة، كما يمكن أن ينتظر به أحد النَّاس كصديقٍ مثلاً، بل يمكن للجالس فيه أن يقيم فوقه ما

⁴⁶¹ انظر الماوردي، الحاوي (375/6-376-377) وانظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (393-392 و361/4)

⁴⁶² انظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشيتي الشيراملسي والرشيدي (395-394/4)

⁴⁶³ انظر النووي، روضة الطالبين (219/4) وانظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشيتي الشيراملسي والرشيدي (420/4)

يستظلّ به في مكانه لجريان العرف بكلّ ذلك، بلّ له أن يضع سريراً إن جرى العرف به، وكل ذلك مقيد بما لا يحدث ضرراً بالناس إلى الحدّ الذي يعتبرونه في عرفهم ضرراً.⁴⁶⁴

4.12.3. أثر العرف في حكم الأعيان المشتركة المستفادّة من الأرض

المياه المستفادّة من الأمطار والسيول والأنهار وغير ذلك تكون ملكيتها مباحة لكلّ الناس على السواء فلا يستأثر بها شخص دون آخر، أمّا عن طريقة الانتفاع منها إن لم تكن معلومة فمردّد ذلك إلى العرف، فيرجع إليه في معرفة المقدار والكيفية والوقت لكلّ إنسان.⁴⁶⁵

4.13. ثامناً: اللقطة

اللقطة لغّة: ما التقطه الإنسان من مالٍ ضائع واللقيط: المنبوذ يُلْقَط. ⁴⁶⁶ واللقطة اصطلاحاً: "مال أو اختصاص محترم ضاع بنحو غفلة بمحل غير مملوك لم يُحْز ولا عَرَفَ الواجد مستحقّه ولا امتنع بقوته".⁴⁶⁷

نهى الله تعالى عن إضاعة المال فقال: {وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا} (النساء:5) وضابط ما يأتي من صور هو اعتبار العرف ضابطاً يحتكم إليه في التعامل بالحفظ مع المال الذي يلتقطه الإنسان، فالشريعة التي رغبّت بحفظه من الضياع من جانب، أمرت بردّ الحق لصاحبه ما أمكن لذلك سبيلاً من جانب آخر، والعرف إنّما حدد هذا السبيل فيرجع إليه في ذلك.

⁴⁶⁴ أنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشبراملسي (342/5-344)

⁴⁶⁵ أنظر الرملي، نهاية المحتاج (351/5-352 و354)

⁴⁶⁶ أنظر أبو الحسين، مقاييس اللغة (262/5)

⁴⁶⁷ الرملي، نهاية المحتاج (429/5)

4.13.1. أثر العُرف في حكم اللقطة

التقاط الضائعة مستحب لمن كان يجد في حاله الأمانة لأنّه من أعمال البر، ويصبح واجباً إذا لم يوجد غيره أو وُجد إلا أنّه خاف على اللقطة الضياع إذا لم يترتب عليه بحفظها مشقة خارجة على عرف النَّاس وإلا فلا يلزمه التقاطها.⁴⁶⁸

4.13.2. أثر العُرف في التعريف باللقطة

يتمّ التعريف باللقطة في وقت النهار، لأنّ العرف جرى بذلك، ولا يعرف بها ليلاً أو في ساعات الراحة لمخالفة العرف لذلك.⁴⁶⁹

يلزم الملتقط التعريف باللقطة بعد التقاطها فوراً، ولا يجوز له تأخير التعريف إلى وقت لم تعدّ تُطلب به بحسب جاري العرف بذلك، وعليه فالتعريف ممكن ما لم يغلب على ظنّه عدم معرفة صاحبها.⁴⁷⁰

إذا كان الملتقط هو من سيقوم برعاية وحفظ اللقطة، فيشترط في حقّه أن يكون خالياً من الأمراض التي تنقّر عرفاً كالجدام⁴⁷¹ والبرص⁴⁷².

لو وجد الملتقط ما لا يتلف من الأموال فيلزمه التعريف به سنة كاملة، حفظاً لأموال النَّاس من الضياع، ولا يشترط أن يستوعب السنّة كلّها بالتعريف بل يكون ذلك على وفق العرف

⁴⁶⁸ أنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (427/5) وأنظر الديميري، النجم الوهاج (8/6-9) وأنظر ابن الملن، عجالة المحتاج (994/2) وأنظر ابن قاضي شهبه، بداية المحتاج (491/2) وأنظر الغمراوي، السراج الوهاج (310)

⁴⁶⁹ أنظر العمري، البيان (527/7)

⁴⁷⁰ أنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (439/5) وأنظر الديميري، النجم الوهاج (28/6) وأنظر الشريبي، مغني المحتاج (588/3)

⁴⁷¹ الجدّم: سرعة القطع. والجَدَم: وهو الذي ذهب أصابع كفيه. أنظر ابن منظور، لسان العرب (87/12)

⁴⁷² البرص: بياض يظهر في ظاهر البدن. أنظر الفيروز آبادي، القاموس المحيط (613)

⁴⁷³ أنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (448/5) وأنظر ابن حجر، تحفة المحتاج مع حاشية الشرواني (343/6)

من حيث الزمان والمكان والمقدار ففي بداية الأمر يُكثر من التعريف ففي اليوم الواحد مرتين وكلما ازداد التقادم تناقصت مرّات التعريف، ومرجع الأمر في كلّ ذلك إلى العرف كما قلنا.⁴⁷⁴

3.13.4. أثر العُرف في النقاط المنبوذ الذي يوجد معه شيء

اللقيط: هو الطفل المرمي في شارعٍ ما ولا يدّعي أحد أنه له، وهذا المعنى من باب الحقيقة في عُرف أهل الشّرع وإن كان من باب المجاز لغةً لأنّه يبقى يطلق عليه هذا الاسم حتى بعد أن يؤخذ ويذول عنه الاسم المشتق منه.⁴⁷⁵

المكان الذي يوجد فيه المنبوذ إن كان مواتاً أو مسجداً أو طريقاً فيبقى على ما هو عليه وإن كان ملكاً فإن كان ذلك المكان قد جرى العُرف بسكنائه كالبيوت فيكون هذا المكان ملكاً للمنبوذ إذا لم يكن غيره فيها كما لو وُجد فيها كبير فإنه يملك ما هو فيه من بيت وإن كان المكان مما لم يجر العُرف السكن في مثله كالبساتين فحكمه أن لا يحكم له بذلك لأنّ السكن في الدار يعتبر تصرف أمّا وجوده في البساتين فلا يعتبر سكناً ولا تصرفاً، أمّا لو كان يُسكن عُرفاً فهو كالدار.⁴⁷⁶

ولو وُجد على عتبة الدار المرتفعة التي تعتبر جزءاً من الدار ولم يُعلم أنّها ملك لغير اللقيط فلا يحكم أنّها ملك للقيط لأنّه لا يسمى فيها عُرفاً لا سيّما إن كان بائها مقبول أمّا إن وُجد على سطحها الذي لا مصعد له منها فإنّها تُعتبر له لأنّه يُسمى فيها عُرفاً.⁴⁷⁷

⁴⁷⁴ أنظر الرملي، نهاية المحتاج (440/5) وأنظر الشربيني، الخطيب، الإقناع في حلّ ألفاظ أبي شجاع مع حاشية تحفة الحبيب (279/3) وأنظر الغمراوي، السراج الوهاج (312-313)

⁴⁷⁵ أنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (446/5) وأنظر حاشية ابن قاسم العبادي، على التحفة لابن حجر (341/6)

⁴⁷⁶ أنظر الماوردي، الحاوي (36-35/8) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج (452-451/5) وأنظر الشربيني، مغني المحتاج (602/3)

⁴⁷⁷ أنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (452/5) وأنظر ابن حجر، تحفة المحتاج مع حاشية الشرواني (348-347/6)

وإن وُجد لقيطان على دابة فقادها أحدهما بيده أو كانت مربوطة بوسطه أو غيرهما وركبها الآخر فهي ملك للراكب لأنه كامل الاستيلاء عليها ولأن العُرف جارياً بأن السائق يكون آلة للراكب ومعيناً له فلا يد له مشتركة معه.⁴⁷⁸

4.14. تاسعاً: الوديعة

الْوَدِيعَةُ لَغَةٌ: "وَدَعْتُ الشَّيْءَ إِذَا تَرَكْتَهُ عِنْدَهُ".⁴⁷⁹ وهي في الاصطلاح: عقد توكيل في حفظ مملوك أو محترم مختص على وجه مخصوص.⁴⁸⁰

في عقد الوديعة لما كان غاية المودع، حفظ الوديعة عند من يظنه أهلاً لذلك، فإن أيّ تقصير في الحفظ يوجب الضمان عليه، ويظهر أثر العُرف فيما يأتي من كونه ضابطاً لما يعتبر تقصيراً يوجب الضمان وبيان ذلك بما يلي:

4.14.1. أثر العُرف في ضمان الوديعة

تتعقد الوديعة بلفظ صريح كقوله استودعتك، وتنقد بالألفاظ الكنائية وبالإشارة المفهومة، فإن تمت بموجب ذلك وجب عليه حفظ كل ما دلّ العرف على حفظه بالجملة، وما لا يدل العرف على حفظه لا يضمنه إلا بتعيينه بذاته.⁴⁸¹

لا يضمن الوديع الأمانة إلا إن قصر في حفظها، ومن صور ذلك أن يودعها عند سواه من ولد وزوجة، بخلاف استعانتها بهما فلا يضمن لأن العرف جارياً بمثل ذلك.⁴⁸²

⁴⁷⁸ أنظر ابن حجر، تحفة المحتاج مع حاشيتي الشرواني وابن قاسم العبادي (347/6) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (452/5) وأنظر الشربيني، مغني المحتاج (602/3)

⁴⁷⁹ الرازي، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، حلية الفقهاء، الطبعة 1 (بيروت: الشركة المتحدة للتوزيع، 1983م) (159)

⁴⁸⁰ أنظر الشربيني، مغني المحتاج (125/4)

⁴⁸¹ أنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (112/6) وأنظر ابن حجر، تحفة المحتاج مع حاشية الشرواني

(101/7) وأنظر الشربيني، مغني المحتاج (127/4) وأنظر الدميري، النجم الوهاج (346-345/6)

⁴⁸² أنظر الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الشيراملسي (115/6)

الوديعة عند الحضري تكون في نفس المكان فليس له السفر بها، فإذا أراد السفر ردها لصاحبها أو لنائبه فإن امتنع عن ذلك فيجب عليه الضمان إن لم يعلم المودع أنّ من عادته السفر لأنّ العرف أن تحفظ الودائع في البلد وليس في السفر، بخلاف لو أودعها عند بدويّ فلا يضمن حتّى وإن سافر بها لعلم مالكتها بحاله. ⁴⁸³

لو سُرقت الوديعة من سكّان بيت الوديع، فلا يضمن إلاّ إن كان مقصراً في ذلك، ومن صور التقصير أن تكون الوديعة مما تُحفظ بعيدة عن الأعين كالمال والذهب، فقام بحفظها في مكان مرئي فيلزمه الضمان والحال كذلك. ⁴⁸⁴

4.15. أثر العرف على المعاملات المالية المعاصرة

4.15.1. أثر العرف في تحديد ماليتة الأشياء

1- ضوابط اعتبار الماليتة

المال لغة، ما ملكته من جميع الأشياء ⁴⁸⁵، وفي الاصطلاح: هو كلّ ما تمتد إليه الأطماع، ويصلح عُرفاً وشرعاً للانتفاع به. ⁴⁸⁶

ويؤخذ من هذا التعريف للمال أمور عدة:

أولاً: لم يبيح الشرع استعمال كلّ شيء، فهناك أشياء ممنوع استعمالها على المكلف، فهي ليست بمال، مثل الخنزير والخمر. ⁴⁸⁷

⁴⁸³ أنظر الماوردي، الحاوي (356/8-357) وأنظر الرّوياني، بحر المذهب (191/6) وأنظر الرملي، نهاية المحتاج (117-116/6)

⁴⁸⁴ أنظر الماوردي، الحاوي (379/8)

⁴⁸⁵ أنظر ابن منظور، لسان العرب (635/11)

⁴⁸⁶ أنظر ابن العربي، أحكام القرآن (107/2)

⁴⁸⁷ أنظر قوته، أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة (57)

يقول أبو زهرة: " وإن شئت فقل إنَّ المال غير المتقوّم مال في عُرف مُستحلّيه، ولكن غير مال في نظر الشّرع، لأنَّ سلب احترام المال، وسلب القيمة التي يسير بها في الأسواق، والانتفاع الذي هو الثمرة الأولى من ثمرات المالية"⁴⁸⁸

ثانياً: العبرة فيما يعدُّ مالاً من غيره هو عُرف النَّاس، فالَّذي يتموّلون وينتفعون به بحسب أعرافهم يعتبر مالاً أمّا إذا لم يكن منتفعاً به فليس بمال، وسواء أكان الانتفاع به في الحال أو المال طالما يصح أخذ العوض عليه ويجري به العطاء والمنع وأذن به الشّرع.⁴⁸⁹

ثالثاً: إنّ جعل الانتفاع العرفي ضابط في مالية الأشياء المباحة يفتح الباب واسعاً على دخول الكثير من الأشياء مما لا حصر له في باب المال، فكثير مما لم يكن مالاً فيما مضى، صار اليوم ذا قيمة مقصودة، بعد تقدّم العلم وما نتج من كشف في ذلك، ومن أمثلة ذلك ما جعل مالاً من الحشرات وقران التجارب العلمية، ومنه أيضاً الغاز الذي يُستخرج من الأرض فقد صار من أهمّ ما يتموّل بعد إخراج واستخدمه للطاقة، بل تذهب أعراف النَّاس إلى أكثر من ذلك عندما يصبح نوع من التراب له قيمة ويُدفع المال معاوضة له.⁴⁹⁰

ومن ذلك أيضاً ما أقرّه مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن الحقوق المعنوية، حيث جاء فيه "الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف والاختراع أو الابتكار، هي حقوق خاصة لأصحابها، أصبح لها في العُرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتموّل النَّاس لها، وهذه الحقوق يُعتد بها شرعاً فلا يجوز الاعتداء عليها"⁴⁹¹

⁴⁸⁸ أبو زهرة، محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية (القاهرة: دار الفكر العربي، 1996م) (د-ط) (49)

⁴⁸⁹ انظر قوته، أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة (57)

⁴⁹⁰ انظر المرجع السابق (م.س) (57)

⁴⁹¹ قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرار بشأن الحقوق المعنوية، الدورة الخامسة في 15 ديسمبر 1988 قرار رقم،

43(5/5) مجلة المجمع، العدد الخامس (2267/3) (تاريخ الاقتباس 2019/8/7م)

2- ضوابط اعتبار النقود

يقرر الاقتصاديون ثلاث خصائص لمادة ما لتعتبر نقداً وهي: أن يكون وسيطاً للتبادل العام، ومقياساً للقيم، ومستودعاً للثروة.⁴⁹²

وبناء على ما تقدّم فهم يعرفون النقد بقولهم: " هو كلّ شيء يلقى قبولاً عاماً كوسيط للتبادل، مهما كان ذلك الشيء وعلى أي حال يكون".⁴⁹³

"وفي نظرة فاحصة لهذا التعريف يتبيّن لنا أنّ أساس نقدية الأشياء اعتبار الناس له وقبولهم إيّاه على أنّه وسيط للتبادل".⁴⁹⁴

وفي هذا الصدد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن تغيير قيمة العملة، "حيث اعتبر العملات الورقية نقود اعتبارية، فيها صفة الثمنية كاملة، ولها الأحكام الشرعية المقررة للذهب والفضة من حيث أحكام الربا والزكاة والسلم وسائر أحكامهما".⁴⁹⁵

وفيما يتعلق بما تقدّم من كلام بخصوص المال والنقد فإنّ الشافعية الذين ينصّون أنّ جوهر المالية إنّما تتحقق في الذهب والفضة دون سواهما، يقررون أنّ الفلوس إنّ راجت بين الناس فإنّها تُعتبر من النقود⁴⁹⁶، وما ذهب إليه العلماء والاقتصاديون اليوم ما هو إلا تأكيد لمذهب الشافعية في هذا الأمر.

⁴⁹² ابن منيع، عبد الله بن سليمان، الورق النقديّ الطبعة 2(1984م) (د-د) (17)

⁴⁹³ المرجع السابق (م.س) (19)

⁴⁹⁴ المرجع السابق (م.س) (17-19)

⁴⁹⁵ قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرار بشأن تغيير قيمة العملة، الدورة الخامسة في 15 ديسمبر 1988 قرار رقم،

42(4/5) مجلّة المجمع، العدد الخامس (3/1609) (تاريخ الاقتباس 2019/8/7م)

⁴⁹⁶ أنظر النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب، (دار الفكر) (د-ط) (د-ت) (د-د) (395/9)

وقد نُقِلَ عَنْ الامام الغزالي⁴⁹⁷ "بأنه يرى أنّ التّقدّم ما تمّ الاتّفاق على اعتباره كذلك، حتّى ولو كانت قطعة من حجر أو خشب".⁴⁹⁸

ومن جهة أخرى فإنّ الكثير من صور المعاملات التي وردت في ثنايا هذا البحث والتي كانت تجري بلفظ مطلق عنّ تعيين المال المرتبط بالذمة، نصّ الشّافعية أنّ المقصود بهذا المال يتنزّل على غالب نقد البلد⁴⁹⁹، وهذا يعني أنّ المعاملة إذا ما جرت في بلد ما مثل تركيا فإنّ غالب نقد البلد هو الليرة التركية، وإنّ وقعت في الأردن فإنّ الغالب هو الدينار، وإنّ وقعت في أمريكا فهو الدولار دون أدنى شك، والسبب في ذلك ما جرى به عرف النّاس في تلك البلاد وهو عين ما ذهب إليه الشّافعية ودرجوا عليه، فالمال ما تعارفه النّاس أنّه كذلك سابقاً ولاحقاً.

4.15.2. ضوابط الأموال الربوية

تقرّر سابقاً عند الحديث عنّ الأموال الربوية أمرين:

أولهما: أنّ ضابط التماثل في الأموال الربوية هو الكيل أو الوزن، وأنّ كيل المدينة هو المعبر فيما يكال والوزن في مكّة هو المعبر فيما يوزن، وإنّ النبي ﷺ أقرّ ذلك بناء على العرف الذي كان جارياً في كلا البلدين، وعليه فما كان الوزن فيه أصلاً منع بيعه كيلاً وما كان الكيل فيه أصلاً منع بيعه وزناً، فالحبوب والألبان على عهده ﷺ لما كانت مكيلاً لم يصح بيعها وزناً وعلى مقتضى ذلك يجري العمل. {يراجع في مناقشة ذلك العلائي: المجموع المذهب:

⁴⁹⁷ أبو حامد محمد بن محمد بن أحمد الغزالي، حجة الإسلام الشّافعي، ولد سنة (450هـ) بطوس، كان مجتهداً في طلب العلم حتى أصبح حجةً في زمانه، درّس في المدرسة النظامية في بغداد، سافر الى الشّام ودرّس الناس فيها، صنّف من الكتب (الوسيط، البسيط، المستصفى) وله الكثير من التصانيف الأخرى، واشتهر بالزهد، وتوفي سنة (505هـ) ببلده طوس. انظر ابن خلكان، وفيات الأعيان (216/4-218)

⁴⁹⁸ كتاب مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الصرف وبيع الذهب والفضة، بحث في الذهب في بعض خصائصه وأحكامه إعداد الشيخ عبد الله بن سليمان بن منيع <https://al-maktaba.org/book/8356/17486#p1> (40/9) (تاريخ الاقتباس 2019/8/7م)

⁴⁹⁹ يراجع بحث الشّرط الأول في العرف، وبحث أمثلة تطبيقية على المراجعة، وبحث أثر العرف في بيان الأجرة، وبحث أحكام الوكالة.

(404-403/2)، والماوردي: الحاوي الكبير (107-106/5) والعمرائي: البيان (194-193/5) والرملي: نهاية المحتاج مع حاشية الشبراملسي (433-432/3) {

الثاني: الأجناس الربوية التي لم تكن في ذلك العهد أو كانت وجُهل حالها فلم يطلع عليها ﷺ أو كان من غير مأكل أهل الحجاز أو استعمل الكيل والوزن فيه سواء أو لم يُستعمل فيه أو غلب أحدهما فلم يتعين فيجري العمل بعرف البلد الذي يتم فيه عقد البيع. {يراجع في مناقشة ذلك الماوردي: الحاوي الكبير (107/5) والعمرائي: البيان (195/5) والرملي: نهاية المحتاج (433/3) {

ومن الأمثلة على الأشياء التي لم تُعهد في زمن النبوة في أيامنا هذه، تقدير السوائل ووحدات الوقود باللتر.⁵⁰⁰

ووفقاً لاجتهاد الشافعية في الموضوع فإذا بيع شيء من هذه المطعومات بشيء من جنسه فيشترط التماثل منعاً للربا، ويكون الوحدة المستعملة لتحقيق ذلك في مثل هذه الأشياء في زماننا هو اللتر.

4.15.3. المال المثلي والقيمي

المثلي: هي الأموال التي تقدر عرفاً بالوزن أو بالكيل أو بالعد. ⁵⁰¹

فيعتبر من الموزونات كل ما يقدر بالوزن وأمثلة ذلك كثيرة فمن المعادن الذهب والفضة والقصدير وغير ذلك، ومن أنواع الموزون ما دخلته الصنعة مثل الصابون وأنواع السّماد والحلويات، ومن الثمار المشمش والتفاح... إلخ، ويعتبر من المكيل كل ما يقدر بالكيل مثل الحبوب بأنواعها كالذرة والشعير والقمح... إلخ ومن المكيل أيضاً السوائل كالزيوت بأنواعها، إلا أنه قد يشيع العرف بين الناس بتقدير المكيل بالوزن كما جرى ذلك الآن في الزيوت والقمح فيصار إلى اعتبارها عند التقدير بالموزونات عملاً بما جرى عليه عرف الناس. ⁵⁰²

⁵⁰⁰ أنظر قوته، أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة (60)

⁵⁰¹ أنظر الخفيف، علي، أحكام المعاملات الشرعية (القاهرة: دار الفكر العربي، 2008م) (د. ط) (37)

⁵⁰² المرجع السابق (م.س) (37-38)

أما ضابط ما يقدر بالعدّ فهو أيضاً عُرف النَّاس، فالمعدود هو ما تقاربت آحاده حتّى زال كلّ تفاوت معتدّ به ويترتب عليه تفاوت في القيمة عندهم، باختلاف الفاكهة صغراً وكبراً كالبرتقال والمانجو يلزم منه عدم تساوي القيمة بينهما وكذلك قيمة البيض الكبير أعلى من البيض الصغير.⁵⁰³

القيمي: هو كلّ ما لا يقدر بالكيل أو الوزن أو العدّ أو كان عددياً تتفاوت آحاده فتتغيّر قيمته باعتبار النَّاس، ومن أمثله الحيوانات بأنواعها المختلفة، والحجارة الكريمة، والبيوت، والكثير من الفواكه التي تختلف قيمتها باختلاف آحادها وأشكالها كالبطيخ، ومما يستشهد له الفقهاء على أنّه من الأموال القيمية الأقمشة التي تعارف النَّاس على تقديرها بالقياس ذرعاً أو متراً... إلخ لأنّه لما كان الصنّاع يختلفون فيها من حيث دقة النسيج وجودة الخيوط المستعملة في ذلك إلى درجة تتفاوت معها قيمتها أدّى ذلك لاعتبارها قيمية، لكن بالنظر إلى ما آلت إليه الأمور من مكننة للصناعات النسيجية فلا تُنتج إلاّ متماثلاً في كلّ المواصفات فيجب عدّها من المثليات سواء في ذلك هي وكل ما دخلته الآلات في العصر الحاضر حتّى صار متماثلاً في مادته وصفته وقدره، والأمثلة على ذلك كثيرة كأواني الشرب والطعام وأدوات المطبخ كالشوك والملاعق والسكاكين والكراسات المطبوعة والكتب وسوى ذلك مما تماثل ووجد في أسواق النَّاس، لأنّه لما كان العبرة فيما تساوى فلم تختلف قيمته فقد تحقّق المناط في كلّ ما سبق بل أنّه فاق ما اعتبره الفقهاء مثلياً في زمانهم كالتمر والقمح والشعير.⁵⁰⁴

كلّ ما تقدم من تفصيل لأنواع الأموال وتقسيمها إلى ما هو مثلي وما هو قيمي مردّد ذلك كما تبين إلى عرف النَّاس، فما اتفقوا عليه أنّه مالٌ مثلي عرفاً لم يصح أن يُعامل على أنّه قيمي في حال ترتب على العقد أيّ التزام، وما اتفقوا على اعتباره مال قيمي عرفاً لم يصح أن يُعامل على أنّه مال مثلي، وفي هذا تأكيد لما ذهب إليه الشافعية من كون العرف أساس ومرجع لكلّ ما ينشأ ويترتب على إرادة العاقدين من التزامات، ففي حال تمّ الاتفاق بين العاقدين على شيءٍ من هذه الأموال بلفظ مطلق، فإنّ المرجع في الوفاء بهذه الأصناف على

⁵⁰³ المرجع السابق (م.س) (38)

⁵⁰⁴ المرجع السابق (م.س) (38-39)

الرغم من اتساعها وكثرة أصنافها هو عُرف النَّاس، فمن تعاقد مع غيره على شراء مجموعة من الأطباق أو الكؤوس مثلاً، وهي من الأموال المثلية التي تُباع عدّ، فيلزم المشتري أولاً بدفع الثمن من غالب نقد البلد الموجود فيه، كالليرة في تركيا مثلاً إذا ذُكر الثمن بلفظ مطلق، ويلزم البائع عند الوفاء بتقديم اثنا عشر طبقاً أو كأساً، ولا يقبل منه أقلّ من ذلك لأنَّ عرف النَّاس في المجموعة (درزينة) اثنا عشر، وإن كان محل الوفاء بالالتزام في نصّ العقد خمسة كيلو غرام من القمح مثلاً، فيجب أن لا يقلّ وزن الكيلو الواحد عن ألف غرام، لأنَّ عرف النَّاس للكيلو الواحد ما تضمّن ألف غرام، ولا يُقبل منه أقلّ من ذلك عملاً بالعرف الجاري بين النَّاس.

4.15.4. أنواع العقود وأثر العُرف في تكييف نتائجها

العقود المسماة والعقود المستحدثة

جاء الإسلام فوجد النَّاس يتعاملون بأنواع من العقود تحقّق مصالحهم وإنّ هذه العقود بصيغها وما يترتب عليها من التزامات هي مما تعارفه النَّاس واعتادوا عليه، فقام الإسلام جرياً مع تلك المصالح بإقرار العقود النافعة وإبطال الضارة وإتمام الناقصة، وبناء على ذلك يتبيّن أنّ هذه العقود أُقرت لحاجة النَّاس ومصالحهم وليس لمحض التّعبد، ثمَّ إنّ هذه العقود تتم بإرادة من عاقدتها وإنّ آثارها المترتبة عليها أيضاً تترتب عليها وفقاً لتلك الإرادة شريطة ألا تتجاوز محظور نهي عنه الشّرع، وهذه العقود مأمور التزامها والوفاء بها بنصّ الشّارع قال الله تعالى { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ } (المائدة: 1)، وإذا كان الأمر كذلك فالأصل أن تترك الحرية للناس أن ينشئوا ما يريدون من عقود طالما أنّها تحقّق مصالحهم ولا تخالف أحكام الدين، حتّى وإن لم تكن معروفة من قبل، وفي إقرار ذلك ما يميّز الشريعة بمرونة لا تخفى.⁵⁰⁵

وإذا كان الشّرع جاء وقد وُجدت بين النَّاس من العقود ما أقرّه بعد أن نظّمه وقوّمه كالسلف والإستصناع وإذا كانت هذه هي مهمة الشّرع بأن يحقّق مصالح النَّاس في ضوء قيمه ومبادئه،

⁵⁰⁵ المرجع السابق (م.س) (225-226)

فقد أقرّ الفقهاء اليوم من العقود ما يحقق تلك المصالح وفقاً لمتغيرات العصر الحديث، بل أصبحت تلك العقود تدرّس على أنّها عقود منظّمة ومنضبطة وفقاً لأحكام الشريعة.⁵⁰⁶

وفي سياق ما سبق نصت مجلة الأحكام العدلية على عدة قواعد تؤكّد سلطان الأعراف المنبثقة في أصلها عن إرادة مصلحة للمتعاقدين بل تنزلها منزلة النصوص في لزوم العمل بها:

- المعروف عُرفاً كالمشروط شرطاً.
- المعروف بين التجار كالمشروط بينهم.
- التّعين بالعرف كالتّعيين بالنّص.⁵⁰⁷

وبيع المراجعة الذي كانت تقتصر صورته سابقاً على بيع سلعة مملوكة بعد زيادة معلومة على رأس مالها يبيّنها البائع للمشتري، صار له اليوم عُرف خاص في المصارف الإسلاميّة فقد أصبح يتضمن عدة عقود لم يكن لها عهد سابق، لذلك قام الفقهاء في مجمع الفقه الإسلامي بتنظيم هذا العقد ليصبح له صيغة شرعية متفق عليها توافق أحكام الشّرع وترفع الضرر عن العاقدين فالوعد أصبح ملزماً قضاءً إذا ترتّب عليه ضرر بأحد طرفي العقد حال الخُلف به وعقد البيع لا يتم إلا بعد دخول السلعة في ملك بائعها وتحمّله لمخاطر ذلك حتّى لا يدخل في بيع ما لا يملكه الإنسان وهو أمر منهي عنه.⁵⁰⁸

ومن الأمثلة للأعراف المعتمدة في العصر الحديث ما جرى عليه العمل أنّ من باع سيّارة يدخل في بيعها تبعاً كلّ ما تُزوّد به من مصنعها كعدة الفكّ والرّفّع والعجلة الاحتياطية... الخ فكلّ

⁵⁰⁶ انظر أبو سنة، العرف والعادة (40) وانظر ابن التّمين، إعمال العرف (67) وانظر قوته، أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة (66)

⁵⁰⁷ المواد (43-44-45) مجلة الأحكام العدلية (بيروت: المطبعة الأدبية، 1302هـ) (د-ط)

⁵⁰⁸ يراجع في تفصيل ذلك قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرار بشأن الوفاء بالوعد والمراجعة للأمر بالشراء، الدورة الخامسة في 15 ديسمبر 1988 قرار رقم، 40-41 (2/5 و 3/5) مجلة المجمع، العدد الخامس (2/754 و 965) (تاريخ الاقتباس 2019/8/14م)

ذلك يدخل في بيعها حتى وإن لم يُنصَّ عليه صراحةً عملاً بالعرف العام في ذلك، أو أن تتولى الشركة صيانتها مدة من الزمن بعد بيعها.⁵⁰⁹

ومن الأمثلة أيضاً ما جرى به العرف في باب البيوع من أنه في بيع الأثاث المنزلي أن يكون الحمل والتركيب على البائع.⁵¹⁰

ولعلّ أبرز ما يظهر به سلطان العرف فيما سبق من هذه العقود وغيرها كثير مع ما تتضمنه من التزامات جديدة، هو دور العرف في تحديد ما ينشأ عن هذه العقود من التزامات في حق كل أطراف العقد فيما لو تمّ العقد بلفظ مطلق، فقد بات أمر الصيانة مدة من الزمن بعد العقد من المسلّمات به عرفاً، وبات توصيل المنتج الجديد إلى بيت المشتري، ثمّ تركيبه في منزله مما جرت به أعراف الكثير من الشركات وغير ذلك من الخدمات التي يتمّ تقديمها من أجل ترغيب الزبائن في الشراء، فإذا ما تمّ شيء من هذه العقود بين الزبون وأصحاب السلع بلفظ مطلق، فإنّ الأطراف ملزمة بكلّ ما تضمنه العرف الصحيح المطرد من التزامات، فالمشتري ملزمٌ بدفع الثمن مما غلب من الأموال، والطرف الآخر ملزم بما تعهّد به عرفاً.

وهو ما ذهب إليه الشافعية في اجتهادهم، إذ أنّ من القواعد الفقهية المقررة عندهم أنّ العبرة في العقود إنّما هو بعرف المتعاقدين.⁵¹¹

4.15.5. دلالة صيغ العقود المعاصرة على الرضا وأثر العرف في ذلك

الصيغة: "هي اللفظ المشعر بالمقصود، أو ما يقوم مقام اللفظ، كإشارة الأخرس المفهومة، أو كتابته".⁵¹²

⁵⁰⁹ أنظر أبو عجيبة، العرف وأثره في التشريع الإسلامي (108) وأنظر قوته، أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة (67)

⁵¹⁰ أنظر المرجع السابق (م.س) (49)

⁵¹¹ أنظر الهيتمي، الفتاوى الكبرى (142/2)

⁵¹² الحن، مصطفى، مصطفى البغا، علي الشرجي، الفقه المنهجي، الطبعة 3 (دمشق: دار القلم، 1992م) (م) (24/5)-

فالصيغة هي التي تعبر عن رضا المتعاقدين، لذلك جعل الله تعالى الرضا أساس المعاملات المالية والركيزة المعتمدة لإنشاء العقود وصحتها قال الله تعالى { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ } (النساء: 29)⁵¹³

"في هذه الآية دليل على تحريم أكل أموال الناس بغير وجه شرعي، كما أنها تدل على إباحة التجارة ومشروعية الربح فيها على شرط وجود التراضي ولما كان الرضا أمرًا قلبي لذلك كان لا بد من دليل يدل عليه."⁵¹⁴

وإذا كان الفقهاء قد تكلموا عن صيغ التراضي في أبواب المعاملات المالية وقد أتيت على جانباً منها فيما سبق في أبواب البيوع والمساقاة والجعالة وغيرها فأنا هنا لست بصدد تكرار ما ورد ذكره وإنما سأتكلم عن بعض أنواع الصيغ المستحدثة والتي جرى العرف في زماننا على اعتبارها كدوال على الرضا في صحة العقود وسلامتها.

قال ابن القيم: "فمن عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة وجب اتباع مراده، والألفاظ لم تقصد لذواتها، وإنما هي أدلة يستدل بها على مراد المتكلم، فإذا ظهر مراده ووضح بأيّ طريق كان عمل بمقتضاه، سواء كان بإشارة، أو كتابة، أو بإيماءة أو دلالة عقلية أو قرينة حالية، أو عادة له مُطردة لا يُخلُّ بها."⁵¹⁵

⁵¹³ أنظر قوته، أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة (69)

⁵¹⁴ السبوطي، جلال الدين عبد الرحمن، الإكليل في استنباط التنزيل، الطبعة 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1981م)

(89)

⁵¹⁵ ابن القيم، أعلام الموقعين (167/1)

أولاً: أثر العُرف في الدلالة على الرضا في التجارة الإلكترونية

جاء في تعريف منظمة التجارة العالمية (OMC) للتجارة الإلكترونية أنها: "أنشطة إنتاج السلع والخدمات وتوزيعها وتسويقها وبيعها أو تسليمها للمشتري من خلال الوسائط الإلكترونية".⁵¹⁶

ووفقاً للتعريف السابق نجد أن التجارة الإلكترونية تشمل الأعمال التالية:

- عمليات الإعلان عن المنتج وعمليات البحث عنه.
- عمليات تقديم طلب الشراء وسداد ثمن المشتريات.
- عمليات تسليم المشتريات.

فالتجارة الإلكترونية وفقاً لما تقدّم لا تقتصر فقط على عمليات شراء منتجات معينة، بل أنّها تتوسع لتضم كلّ المعلومات أو الخدمات التي تعرضها الشركات لبعضها البعض أو تلك التي تقدّمها الشركات للمستهلكين، وكل ذلك يكون عبر شبكة الانترنت أو عبر وسائط الاتصال الإلكتروني، بدءاً من تقديم المعلومات قبل عملية الشراء، وانتهاءً بتقديم خدمات ما بعد تمام عقد البيع، وبالتالي نحن هنا بصدد أعداد متنوعة من العمليات المتصلة بإبرام الصفقات وإنشاء روابط تجارية عبر الوسائط الإلكترونية للاتصال وخاصة منها الانترنت.⁵¹⁷

ووفقاً لما سبق فإنّ المعاملات الإلكترونية توفر للمتعاقدین عنصر الرضا الذي يعتبر أساس لصحة المعاملات المالية، لأنّها تقدّم معلومات دقيقة لكل معاملة، فكل المتعاقدان يتخذ قراره مختاراً في ضوء المصلحة الظاهرة التي يطلع عليها في هذه العقود، وإذا كان الأمر على هذا الحال انتفى الغرر عن هذه العقود لأنّ العقود عليه إذا كان سلعة فسيتم ايصالها لمشتريها بعد العقد، وإذا كان محلّها خدمة ما فتُحجز أو تُسلم إلكترونياً.⁵¹⁸

⁵¹⁶ كريم، خلايفة، دور التجارة الإلكترونية في التنمية الاقتصادية (رسالة ماجستير) جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي، السنة الجامعية (2011-2012م) (18) نقلاً عن كتاب التجارة الإلكترونية لإبراهيم العيسوي

⁵¹⁷ أنظر المرجع السابق (م.س) (18)

⁵¹⁸ أنظر قوته، أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة (76)

صور من التجارة الالكترونية

الشراء من الماكينة الآلية: "وهي عبارة عن آلة مزودة بأنواع من الأطعمة أو المشروبات ومزودة بمكان لوضع النقود، وقائمة من الأزرار حيث يقوم المشتري بوضع النقود، ثم يضغط على نوع المادة من خلال زر مكتوب عليه نوعها فتخرج من مكان مخصص لها".⁵¹⁹

يعتبر هذا النوع من العقود من صيغ التعاقد بالكتابة، وهذا يتبين إذا ما علمنا أن ضغط المشتري على زر الموافقة بعد إيداعه للنقود يمثل قبولاً للإيجاب المتمثل في الثمن المكتوب على نفس الزر الذي يشير إلى نوع السلعة المختارة⁵²⁰، والشافعية يجيزون عقد البيع بالكتابة مع النيّة في الأصحّ الراجح عندهم لأنّها تعبّر عن الرضا⁵²¹

ومن الأدلة على صحّة هذه الصيغة التعاقدية والتي تمثّل إحدى صور المعاطاة المعاصرة قوله تعالى { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ (النساء: 29)⁵²²

وفي وجه الاستدلال بهذه الآية أنّ الله سبحانه وتعالى قد أناط صحّة عقد البيع إذا ارتبط برضا عقديه، ثمّ إنّ تعالى لم يُحدّد طريقةً للتعبير عن هذه الإرادة بل ترك أمر ذلك إلى عرف الناس، والعرف جرى قديماً وحديثاً في كون الكتابة تعبّر عن الرضا والإرادة.⁵²³

⁵¹⁹ الفضلي، جراح نايف، صور حديثة من بيع المعاطاة، وهو بحث للمؤلف (د-ط) (د-ت) (د-د) (459)

⁵²⁰ أنظر المرجع السابق (م.س) (459)

⁵²¹ أنظر النووي، المجموع (167/9) وانظر الأنصاري، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا، أسنى الطالب شرح روض

الطالب (د-ط) (د-ت) (د-د) (4/2)

⁵²² أنظر الفضلي، صور حديثة من بيع المعاطاة (459-460)

⁵²³ أنظر المرجع السابق (م.س) (460) نقلاً عن التفسير المنير للزحيلي.

ثانياً: أثر العرف في الدلالة على الرضا في العقود الخالية من الإيجاب والقبول

- استهلاك السلعة في الأسواق قبل شرائها: حيث يقوم بعض الأشخاص أثناء تجوّلهم في مكان السلع (السوبر ماركت) بأخذ شيء من المواد الغذائية وأكله ثم يترك في يده اللصاقة الدالة على المادة ليحاسب عليها عند الكاشير.⁵²⁴

- كتابة السعر على السلعة وعرضها للزبائن: في بعض البلدان المتقدمة أمنياً تعرض السلع بهذا الحال ليأتي من يرغب في شراء هذه السلعة، فيتناولها ويضع الثمن بجانبها والغالب عدم وجود البائع بجانب السلعة.⁵²⁵

لعل أبرز ما يميّز ما سبق من معاملات هو خلوّها من الإيجاب والقبول الذي يعبر عن إرادة تعاقدية لدى أطراف العقد مغزاها إرادة توقيع هذا العقد والحصول على ثمرته برضا تام، وقد علمنا أنّ الرضا الذي يعبر عنه بالإيجاب والقبول جزء أصيل لصحة العقد فلا يجوز أكل مال الناس بلا رضاهم، ولعلّ بيع المعاطاة في مذهب السادة الشافعية هو أقرب العقود التي يمكن من خلاله إنزال هذه الصور التعاقدية عليها، والتي جرى عرف الناس بها في شكلها المعاصر الجديد، فالشافعية قد جوزوا العمل بالمعاطاة فيما ما جرى البيع بمثله⁵²⁶ وإذا كان مبنى المعاطاة على العرف⁵²⁷ فإنّ مبنى هذه العقود المعاصرة العرف عينه، ويبقى أن نقول، إذا كان إجازة الشافعية للمعاطاة مأذون فيه في المحقّرات من الأشياء وهذا يعني أنّ المعاطاة لا تنوب عن الإيجاب والقبول بل يلزم العاقدان عند إرادة العقد النطق بهما،⁵²⁸ فإنّ العز ابن عبد السلام يقول "المعاطاة في المحقّرات قائمة مقام الإيجاب والقبول لمن جلس في الأسواق للبيع والشراء لأتمّها دالة على الرضا بالمعاطاة دلالة صريح الألفاظ"⁵²⁹ وهذا القول من ابن عبد السلام الذي هو من متأخري الشافعية يميز المعاطاة إذا كانت بالمحقّرات ويعتبرها نائبة عن الإيجاب والقبول

⁵²⁴ انظر المرجع السابق (م.س) (469)

⁵²⁵ انظر المرجع السابق (م.س) (475)

⁵²⁶ يراجع بحث أثر العرف في شروط عقد البيع من خلال الصيغة

⁵²⁷ انظر الزركشي، البحر المحيط (92/6)

⁵²⁸ انظر النووي، المجموع (162/9)

⁵²⁹ ابن عبد السلام، قواعد الأحكام (137/2)

وفقاً لهذا التوصيف الذي قاله، على الرغم من أنّ المشهور في مذهب الشافعية عدم جواز اعتبارها نائبة عنهما، فاعتبر في بيع المعاوضة الخالي من إيجاب وقبول دلالة عليهما بالظنّ المستفاد من العرف الذي سار عليه الناس في ذلك،⁵³⁰ وبناءً على ذلك فإذا تحقق رضا الناس في هذه العقود المعاصرة بالظنّ المستفاد من تعارف الناس على إرادة تلك العقود ورضاهم بثمرتها، وفقاً للطريقة التي تجري بها بأن تكون خالية من الإيجاب والقبول، فلا ضير بإجازة تلك العقود واعتبارها معبرة عن رضا حقيقي في إرادة مثل تلك العقود وتحمل ما ينشأ عنها من التزامات.

4.15.6. أمثلة تطبيقية لأثر العرف على العقود المعاصرة

أولاً: في عقود المعاوضات

1- عقد البيع: معلومية المبيع (البيع بالنموذج)

يشترط لصحة عقد البيع أن يكون المبيع معلوماً، والعلم به يشتمل على معرفة عينه إذا كان حاضراً، وأما إن كان غائباً فلا بد من معرفة قدره وصفته، وكل ذلك نفيًا للغرر المنهي عنه.⁵³¹ قال الامام النووي: "الشّرط الخامس: كون المبيع معلوماً، ولا يشترط العلم به من كلّ وجه، بل يشترط العلم بعين المبيع وقدره وصفته".⁵³²

البيع بالنموذج: وهو أن يشاهد المشتري بعض المبيع دون باقيه، ومن الأمثلة على هذا النوع من البيوع الذي جرى عليها عُرّف الناس أن رؤية النموذج تجعل المبيع معلوماً، أن يقوم المشتري بشراء كمية من الحنطة بعد أن يشاهد أتمودجاً منها.⁵³³

⁵³⁰ أنظر القضاة ومنصور، الاجتهاد المصلحي (699)

⁵³¹ أنظر الشريبي، مغني المحتاج (352/2) وأنظر ابن حجر، تحفة المحتاج (250/4)

⁵³² النووي، روضة الطالبين (360/3)

⁵³³ أنظر الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة 2 (دمشق: دار الفكر، 1985م) (587/4-588) وأنظر

قوته، أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة (93)

وقد أجاز الشافعية هذا النوع من البيوع شريطة إدخال النموذج المشاهد في المبيع واعتباره جزءاً منه عند العقد، وأن يكون متساوي الأجزاء أي أن يُعبّر الجزء المشاهد عن باقيه فتعني رؤية هذا الجزء عن الكل وهذا لا يتحقق إلا بما كان مثلياً.⁵³⁴

أمّا فيما يتعلق بهذا النوع من البيوع في صورته المعاصرة فقد جرى العرف اليوم للكثير من مراكز الصناعة والتجارة، أن تقوم بإرسال نماذج عمّا تنتجه على هيئة قطع صغيرة، مثل نماذج منتجات القماش أو الموكيت أو نماذج مصغرة عن المنتج الأصلي، مثل الصابون أو العطورات وأمثالها، وتتم طريقة عرضها للزبائن في معارض خاصة أو من خلال إرسالها إلى الأسواق ليتم ترويجها، وربما يُرفق معها كتاباً يحوي في داخله الألوان والأصناف المتوفرة، مع رمز رقمي لكل لون ولكل صنف.⁵³⁵

ومما يشبه النموذج اليوم، ما يُعرض من السيارات وأثاث المنزل وأدواته الكهربائية... الخ ويتم العرض من خلال صور واضحة لكل جوانبها، بالإضافة لقائمة بيانات بأنواعها وصفاتها والأجزاء المكوّنة لها، وكيف تختلف أثمانها، وتجدر الإشارة أنّ البيع بهذا الأسلوب قد بات من أهمّ أساليب البيع، وهو فن الدعاية والسوشال ميديا، وله خبراءه ومختصوه.⁵³⁶

وإذا كان الأمر بهذه الصورة فلا ضير بإجازة مثل هذا النوع العربيّ من البيع بالنموذج (النموذج) أو البيع عن طريق العينة وفقاً للاصطلاح المعاصر، شريطة أن يتم إدخال الجزء المعروض كأنموذجاً للتعريف بالمنتج الأصلي عندما يتم التعاقد على بيعه بصورته الكليّة على وفق اجتهاد الشافعية في الأمر.

⁵³⁴ انظر الشريبي، مغني المحتاج (358/2)

⁵³⁵ انظر البوطي، البيوع الشائعة (198)

⁵³⁶ انظر قوته، أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة (93-94)

2- عقد البيع: "الاعتماد فيما نيّط باسم القبض على العرف"⁵³⁷

وهذا الأصل الذي نصّ عليه الشافعية، يضع الأساس لطريقة قبض الأشياء ثمناً كانت أم مئثناً، علماً بأنّ كلّ شيء له هيئة في القبض والمرجع في ذلك كلّهُ إلى العرف.⁵³⁸ {يراجع في مناقشة ذلك الماوردي، الحاوي الكبير (5/192-226-227) والعمراي، البيان (5/74) والرؤياني، بحر المذهب (4/512) والشيرازي، المهذب (2/14) والنووي، روضة الطالبين (3/516-517) والغزالي، الوسيط (3/152) والرملّي، نهاية المحتاج مع حاشيتي الشيراملسي والرشيدي (4/93-95)}

- قبض العقارات عن طريق نظام السّجل العقاري: فإذا درج العمل بين النّاس أن يقوموا بتسجيل عقود الشّراء والبيع في السجل العقاري اعتبروا ذلك قائم مقام القبض، فهو نوع من إناطة الحكم بالعرف، وهو عين ما ذهب إليه الشافعية.⁵³⁹
- ومن الصّور المعاصرة للقبض، مما أستجدّ في تصرفات النّاس حتّى أصبح جزءاً من حياتهم اليومية فلا يستغنون عنها، قبض الثّمن بواسطة الشيك، أو عن طريق التحويل من حساب لآخر، أو قبض الثّمن عن طريق حسمه من حساب المشتري وإدخاله إلى حساب البائع، ومما بات يعرف أيضاً أن يتم قبض السيّارة باستلام مفتاحها، أو باستلام أوراق تملكها، ومن القبض المعاصر أيضاً قبض السلعة بموجب الفاتورة أو السند، فكلّ ذلك مما ينبغي أن يُحكّم به فقه القبض الذي نصّ عليه الشافعية واعتبار العرف الذي يعتبر أنّ قبض كلّ شيء يكون بحسبه، وهو مما لم يحدده الشّرع بل ترك أمره إلى النّاس فيرجع فيه إلى العرف، إلّا إذا ترتّب على ذلك محذور شرعي، فلا يعمل به.⁵⁴⁰

⁵³⁷ الغزالي، الوسيط (3/152) وانظر الشيرازي، المهذب (2/14)

⁵³⁸ أنظر الضويحي، أحمد بن عبد الله بن محمد، ضوابط الاجتهاد في المعاملات المالية المعاصرة، بحث للمؤلف مقدّم لكلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، في المؤتمر العلمي السنوي الرابع عشر، (د-ط) (د-ت) (د-د) (80)

⁵³⁹ أنظر المشعل، عبد العزيز بن عبد الرحمن، أثر العرف والعادة في دراسة النوازل الفقهية مع تطبيقات فقهية معاصرة، وهو بحث للمؤلف مقدّم لجامعة محمد بن سعود في السعودية، (الرياض: 2010م) (د-ط) (د-د) (200)

⁵⁴⁰ أنظر الضويحي، ضوابط الاجتهاد (84)

- قبض أسهم الشركات عن طريق دخولها في محفظة المشتري الاستثمارية، وهذه الأسهم تمثل الحصّة التي يدفعها الشريك إلى شركة مساهمة، وتكون هذه الحصّة بمثابة جزء من رأسمال الشركة، ويتمثل السهم في شكل صكّ يعطى للمساهم، ويكون وسيلة لإثبات حق هذا الشريك في الشركة، ويتم عرض هذه الأسهم في البنوك الإسلامية على وجه الخصوص، حيث يقوم البنك بلعب دور الوسيط من خلال تنظيم عملية الاكتتاب في الأوراق المالية بين الجمهور وبين الشركات المالكة لتلك الأسهم، على أن يكون البنك حذراً لمشروعية الأعمال التي تقوم بها تلك الشركات حتى لا يقع في محذور شرعي، وتوضع هذه الأسهم لدى البنوك وتكون مرفقة بنشرة اصدار وصورة عن العقد الابتدائي بالإضافة لأنظمة الشركة.⁵⁴¹

جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الرابعة بجدة بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار ما نصّه: "يقوم العقد في صكوك المقارضة على أساس أن شروط التعاقد تحددها نشرة الإصدار وإن الإيجاب يعبر عن الاكتتاب في هذه الصكوك، وإن القبول تعبر عنه موافقة الجهة المصدرة، ولا بدّ أن تشمل نشرة الإصدار على جميع البيانات المطلوبة شرعاً في عقد القراض (المضاربة) من حيث بيان معلومية رأس المال وتوزيع الربح مع بيان الشروط الخاصة بذلك الإصدار على أن تتفق جميع الشروط مع الأحكام الشرعية".⁵⁴²

3- عقد الإجارة: العلم بالمنفعة من خلال العرف

من أركان عقد الإجارة العلم بالمنفعة المتحصّلة من العين المؤجرة، ويتحقق العلم بها من خلال معرفة العين المؤجرة ومعرفة صفاتها والمدّة الزمنية المخصصة لاستيفاء هذه المنفعة، وأيّ جهل

⁵⁴¹ أنظر شبير، محمد عثمان، المعاملات المالية في الفقه الإسلامي، الطبعة 6 (عمان: دار النفائس، 2007م) (198) وأنظر الضويحي، ضوابط الاجتهاد (84) وأنظر موقع عربناك (ARABNAK)، خدمة الاكتتاب في الأسهم في البنوك الإسلامية www.arabnak.com (تاريخ الاقتباس 2019/08/23م) وأنظر قوته، أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة (203)

⁵⁴² أنظر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرار بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار، الدورة الرابعة بجدة 11 فبراير 1988 قرار رقم، 30 (3/4) مجلّة المجمع، العدد الرابع، (1809/3) (تاريخ الاقتباس 2019/8/22م)

بواحدة من هذه الثلاث من شأنه أن يُدخل الخلل على عقد الإجارة ويُبطله، فلا يصحّ تأجير أحد شيئين كما لا يصحّ أن يؤجر عيناً غائبة أو حاضرة لكن بمدة مجهولة.⁵⁴³

وإذا كان الأصل في عقد الإجارة أن يبيّن المتعاقدان ماهية الانتفاع بالألفاظ المحسوسة، لأنّها أقوى دلالة على بيان المطلوب ونفي الغرر عن العقد، إلّا أنّه قد ينوب عن ذلك ما يتعارفه النَّاس بينهم في إفادة مرادهم، فتجدهم في استئجار المحالّ والبيوت دون أن يحددوا نوع الانتفاع، فينتفعون بالمحال للتجارة، وبالبيوت للسكنى جرياً على أعرافهم، ومن استأجر مركبة لبلد ما دون أن يحدد عين المكان الذي سيصل إليه فيلزم توصيله إلى بيته للعرف في ذلك، ويكون كما لو صرح له أن يوصله لبيته في ذلك البلد.⁵⁴⁴

ويظهر أثر العرف جلياً فيما يترتب على عقد الإجارة من التزامات، فيلزم المستأجر بالانتفاع بالعين المؤجرة على وفق ما جرى به عرف النَّاس وبحسب طبيعة العين المستأجرة، وهذا يعني أنّ استيفاء المنفعة مقيد بعرف النَّاس، وهذه القيود المأخوذة من العرف هي عينها الحدود التي سار عليها الشافعية في الأخذ بالعرف.

ثانياً: في عقود التوثيق (الكفالة)

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنّ الكفالة تنعقد بإيجاب الكفيل ولا تحتاج لقبول المكفول له، لأنّ الكفالة تقتضي التزام الكفيل بأداء الدين المترتب عن المكفول عنه، فليس فيها معنى المعاوضة الذي يستلزم القبول من الطرف الآخر بل هي عقد تبرّع محض يتم وينعقد بمحض صدوره من صاحبه.⁵⁴⁵

⁵⁴³ أنظر الشريبي، مغني المحتاج (3/453) وأنظر النووي، روضة الطالبين (5/188-189)

⁵⁴⁴ أنظر أبو سنة، العرف والعادة (50-51)

⁵⁴⁵ أنظر ابن عابدين، محمد أمين، ردّ المحتار على الدرّ المختار، (الرياض: دار عالم الكتب، 2003م) (د-ط) (555/7) وأنظر الدسوقي، شمس الدّين الشيخ محمد عرفه، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير لأحمد الدردير، (دار إحياء الكتب العربية) (د-ط) (د-ت) (3/334) وأنظر النووي، روضة الطالبين (4/240) وأنظر الشريبي، مغني المحتاج (3/201) وأنظر البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس، كتشاف القناع عن متن الإقناع (بيروت: عالم الكتب، 1983م) (د-ط) (3/366)

وإذا كانَ هذا الأمر مما يسرته أحكام الشريعة، فإنه مما اقتضاه واقع النَّاس في زماننا وجرت عليه تعاملاتهم التجارية يجد الحاجة ماسة للعمل بهذه الفتوى، فقد جرى عُرْف الكثير من المؤسسات والشركات التي تتعامل مع زبائنها بالتقسيط أو بالبيع المؤجل، أن تطلب كفيلاً على ذلك، وربما لا يتيسر وجود كفيل في مكان وجود المؤسسة أو الشركة، والحل عند ذلك أن يتم تقديم كفيل أو ضامن عن المكفول عنه أمام المكفول له، من خلال وثيقة إلكترونية شريطة أن يتم اعتمادها من جهات التصديق على الوثائق الإلكترونية، وذلك بعد أن يتم التحقق من هوية هذا الكفيل وفقاً لأي طريقة ما، ولا حرج بعد ذلك من العمل بهذا العُرْف التجاري طالما لا يخالف أحكام الشَّرع بل إنَّ في نصوص الفقهاء ما يؤكد العمل به، فإذا ما كتب الكفيل إيجابه إلكترونياً فإنه يصح العقد، ويعتبر كفالة إلكترونية صحيحة.⁵⁴⁶

ويمكن أن يتجلى دور العرف في هذه المعاملة من خلال دوره في ضبط الالتزامات المترتبة على هذا الإيجاب الصادر عن إرادة تعاقدية منفردة، فيكون الكفيل ملتزماً بكل ما يترتب على هذه الكفالة على وفق ما جرى به هذا العرف التجاري، وهو ما عمل به الشافعية في مثل هذه المعاملات الأحادية الصيغة كالوقف والوصية.

ثالثاً: في عقود المشاركة (الوكالة)

فالوكالة أن يفوض الشخص غيره القيام بعمل ما بالنيابة عنه⁵⁴⁷، فتصح بكل لفظ يدل على رضا الموكل كوكلتك في كذا أو أنبتك فيه أو غير ذلك... الخ أما من جهة الوكيل فيكفي منه رضاه بالوكالة وعدم ردها بشكل صريح، وعليه تصح الوكالة حتى وإن لم ينطق الوكيل بالقبول بشكل صريح، وحتى مع اشتراط القبول فلا يشترط على الفور وإنما يصح منه أبداً حتى وإن فارق المجلس، وتصح الوكالة بالكتابة والرسالة، ولا يشترط القبول فوراً أيضاً، ويكون مأذوناً في التصرف في أي وقت قبل بها.⁵⁴⁸

⁵⁴⁶ أنظر السند، عبد الرحمن بن عبد الله، الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية {الحاسب الآلي وشبكة المعلومات (الانترنت)} الطبعة 1 (بيروت: دار الوراق، 2004م) بتصرف يسير (249)

⁵⁴⁷ أنظر الشربيني، مغني المحتاج (3/231)

⁵⁴⁸ أنظر النووي، روضة الطالبين (4/301)

الوكالة الالكترونية: مما جرى عليه العُرف في وقتنا الحاضر أن يوكل الإنسان غيره عبر البريد الالكتروني لأداء عمل ما في بلد آخر لا يستطيع هو أن يذهب إليه، ويعتبر قيام الموكل بإرسال الوكالة عبر البريد الالكتروني أو غيره من الوسائل الالكترونية المعتمدة مما سهّل هذه العملية كثيراً وبالأخص إذا علمنا أنه لا يشترط القبول مباشرة لصحة الوكالة، فمتى وصل الايجاب للوكيل فهو بالخيار إن شاء رفضه فتبطل الوكالة وإن شاء قبله فتصح الوكالة، ولربما باشر الوكيل إتيان ما أُلقي عليه من أعمال الوكالة فيكون دلالة منه على القبول، لكن من الأمور المهمة التي يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار مسألة التأكد من هوية الموكل، فوجد أنّ الوكالات العادية يتم إجرائها عند جهات معتمدة تؤكد هوية الموكل، وعلى غرار الوكالات العادية فإذا كان هناك ثمة جهة موثوقة للمصادقة الالكترونية للتحقق من هوية الموكل الكترونياً والذي يشترط لاعتماد وكالته أن يوقع عليها الكترونياً، لأنّ التوقيع الالكتروني يحدد شخصية صاحب التوقيع ويميّزه عن غيره، وبهذا تكتسب هذه الوكالة الصحة بالإضافة لأمنها من كلّ غش أو تدليس، وبذلك تكتسب هذه الوثيقة الالكترونية (الوكالة الالكترونية) الحجية والاعتماد في أنظمة التعاملات والتجارة الالكترونية سواء في ذلك من حيث جهة الإصدار أو هوية الموقع.⁵⁴⁹

ومن الأمثلة على اعتماد الرسائل الالكترونية لدى أنظمة التجارة الالكترونية في الدول العربية قانون رقم (2) لعام 2002 في حكومة دبي بشأن المعاملات والتجارة الالكترونية حيث نصّ على أنه " لا تفقد الرسالة الالكترونية أثرها القانوني أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنّها جاءت في شكل إلكتروني"⁵⁵⁰

⁵⁴⁹ أنظر ما هو التوقيع الالكتروني؟ وما أهميته؟ - تخصصات بيت.

كوم <https://specialties.bayt.com/ar/.../q> /.../ما-هو-التوقيع-الالكتروني-وما-اهميته/ (تاريخ الاقتباس 2019/08/22م)

<https://specialties.bayt.com/ar/.../q> /.../ما-هو-التوقيع-الالكتروني-وما-اهميته (تاريخ الاقتباس 2019/08/22م) و أنظرُ السند، الأحكام الفقهية للمعاملات الالكترونية (244-246)

⁵⁵⁰ حكومة دبي، الفصل الثاني، قانون رقم (2) لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الالكترونية، المادة رقم 1/7 <https://www.dc.gov.ae/PublicServices/LegislationDetails.aspx?LawKey=31>

وفيما يخص التوقيع الإلكتروني جاء في المادة 10 من الفصل الثاني ما نصّه: " إذا اشترط القانون وجود توقيع على مستند أو نصّ على ترتيب نتائج معيّنة في غياب ذلك، فإنّ التوقيع الإلكتروني الذي يعوّل عليه في إطار المعنى الوارد في المادة (21) من هذا القانون يستوفي ذلك الشرط"⁵⁵¹

ويأتي دور العرف في تحديد كلّ ما يترتب على هذه الوكالة من التزامات في حق الوكيل، طالما قبل بها، فما جرى به العرف أن يتولاه من الأعمال، فهو ملزم بالقيام به على وفق العرف، وهو ما يوافق ما ذهب إليه الشافعية من صور عرفية للالتزام بالوكالة في حق الموكل، كالتقيّد بالقيام بالأعمال التي فيها المصلحة وغير ذلك.

رابعاً: في معاملات أخرى (الحوالة- الضّمان- اللقطة)

يظهر أثر العرف فيما يلي من صورٍ مستحدثةٍ للحوالة والضّمان والالتقاط، من خلال اعتباره أساساً يتمّ الرجوع إليه في تحديد الالتزامات المترتبة عليها، في حال جرت هذه العقود مطلقة عن التحديد، فيحكّم العرف الصّحيح عند ذلك على وفق ما ذهب إليه الشافعية في اعتبار العرف مرجعاً موضحاً للالتزامات المطلقة المترتبة على العقود، سواء منها الناشئة من طرفين أو من طرف واحد أو ما يسمى بعقود التبرّع.

1- الحوالة

من الأمثلة على ذلك في عصرنا الحاضر لو حكمنا العرف التجاري في توقيع الصك (الشيك) دون ذكر أية عبارة في التحويل إلى حاملها فذهب إنسان وقبض المبلغ من المصرف ثمّ طرأ

2&SourceType=2&ItemKey=14&CalledFrom=3&lang= (تاريخ الاقتباس
2019/08/22م)

⁵⁵¹ المرجع السابق (م.س) المادة رقم (1/10)

https://www.dc.gov.ae/PublicServices/LegislationDetails.aspx?LawKey=31 (تاريخ الاقتباس
2019/08/22م)

بعد ذلك عُرف آخر لا يُعتبر التوقيع كافياً في التحويل فلا يُحكّم العُرف الجديد فيما مضى وإنما يحكّم ما كان سائداً حين التصرف.⁵⁵²

2- الضمان

من الأمثلة التطبيقية على ما يوجب الضمان في عصرنا الحاضر إذا ما قصر قائد السفينة (ملاحها) في حمل المعدات اللازمة التي تمنع اصطدامها بسفينة أخرى كالحبال والعمال والأخشاب وكل ما يلزم لحفظها من الانحراف عن مسارها أو توجيهها بشكل صحيح، ويعتبر مقصراً أيضاً إذا نام وتركها بلا قائد ينظّم وجهتها، أو كان مستيقظاً وعلم بحصول الاصطدام مع قدرته على منع ذلك إلا أنه لم يفعل، وإذا أقدم غيره على فك حبال سفينة فغرقت أو تلفت أو أتلقت غيرها فيضمن لأنّه متعمد بفعله، وسبب التضمنين في كل ما سبق هو إقدام المتعدي على أفعال نتيجتها المفضية لها بحسب العُرف هي الهلاك والاتلاف.⁵⁵³

3- اللقطة

تبيّن مما سبق أثر العُرف ودوره في التعريف باللقطة من واجدها، وكيف أنّ أعراف الناس قد فرضت أوقاتاً معيّنة على الواجد هي مظنة العثور على صاحبها وردّها له، واليوم ومع التطور الحاصل في وسائل التواصل جرى العُرف أنّ يتم التعريف بالأشياء الضائعة بأشكال عدة جرياً مع الحداثة الحاصلة، ومنها وضع الإعلانات في الصحف والمجلات والدوريات، أو الإعلان في التلفاز، ومثل وضع لوحات مخصوصة للمفقودات في أماكن فقدانها كاللوحات الجدارية في الجامعة أو شؤون الطلبة، أو أنّ يقدم ما فُقد من الأوراق التعريفية للشخص (الهوية-جواز السفر) إلى دوائر الأحوال المدنية أو سفارات الدول، فكل ما سبق مما جرى عليه العُرف في زماننا.⁵⁵⁴

⁵⁵² انظر أبو سنة، العرف والعادة (65) وانظر الخياط، نظرية العرف /54 وانظر الزرقا، المدخل الفقهي العام (899/2)

وانظر عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي (225 وما بعدها)

⁵⁵³ انظر قوته، أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة (216-218)

⁵⁵⁴ انظر المرجع السابق (م.س) (172)

الفصل الخامس: النتائج والتوصيات

5.1. النتائج

1- للعرف تعريفات عدة في اللغة والاصطلاح الشرعي وإذا كَانَ معناه في اللغة أَنَّهُ يدل على تتابع الشيء متصلاً ببعضه بلا تردد وأنَّ هذا الشيء قد أصبح مألوفاً عند النَّاس حتَّى سكنت النفوس له واطمأنت به فإنَّه بهذا المعنى يتطابق مع معناه الاصطلاحي فالعرف المعترف شرعاً هو أيضاً ما ألفتة النفوس واطمأنت له وتحقق في قراراتها مستندة إلى استحسان العقل وشهادة أصحاب الذوق السليم وهذا الاستقرار والقبول إنّما هو نتيجة الاستعمال الشائع المتكرر الصادر عن الميل والرغبة.

2- يستعمل الشافعية ألفاظ العرف والعادة، فيذهب البعض إلى أن العرف ما اختص بالأقوال والعادة ما اختص بالأفعال، ويرى البعض الآخر أنّ بينهما عموم وخصوص مطلق، فالعرف أعمّ لأنَّه يشمل القول والفعل، وتقتصر العادة على الفعل فقط، ومنهم من قال العادة أعم ويقصر العرف على القول فقط، وفي التحقيق بين الأقوال نجد أن الشافعية لا يفرقون بينهما من حيث المعنى فقد يستعملون العادة ويقصدون بها العرف وقد يستعملون العرف ويقصدون به العادة.

3- العمل بالعرف عند الشافعية مبنيٌّ على الأخذ بالمصلحة المعتبرة شرعاً في عموم نصوص الشريعة، لذلك لا يعتبر الشافعية العرف دليلاً مستقلاً تُستنبط منه الأحكام، وإنَّما هو دليل تابع للمصلحة المترتبة على الأخذ به، والتي مستندها عموم نصوص الشريعة القاضية بالتيشير على النَّاس.

4- يصح الاحتجاج بالعرف بناءً على المصلحة المتحققة من الأخذ به، لكن يشترط لهذا العرف شروطاً للعمل به فإذا اختل شيء منها لا يعمل به، فليس كل عرف قابل للاحتجاج به، وهذه الشروط هي أن يكون مطّرداً غالباً، وأن يكون سابقاً على التصرف الذي سيحتج به عليه، وأن لا يخالف نصّاً شرعياً، وأن لا يُصرِّح المتعاقدان على خلافه.

- 5- يظهر أثر العرف على المعاملات المالية في المذهب الشافعي وفقاً لما يلي:
- المعاملات المالية التي تنشأ عن إرادة تعاقدية مشتركة مثل عقد البيع والإجارة وعلى العموم كل المعاملات التي يحتاج لانعقادها إلى إيجاب وقبول، فإنّ هذه المعاملات إذا تمّت بلفظ مطلقٍ عن الشّروط، فإنّ العرف يقوم بتحديد نطاق الالتزامات المترتبة على المتعاقدين بموجب هذا العقد.
 - المعاملات المالية التي ينشئها صاحبها بناءً على إرادته المنفردة بلفظ مطلق، مثل الوقف والوصيّة، فإنّ كل ما يترتب على هذه العقود من التزامات في حق قائلها فمرجع الأمر في تأويل المقصود بها إلى العرف، بناءً على صدور هذه الألفاظ بلفظ مطلق عن التحديد.
 - 6- من أبرز الأمور التي ظهر بها أثر العرف فيما يترتب على المعاملات المالية عند الشافعية من التزامات، هو دوره في تحديد المال المقصود في العقود الصّادرة بلفظ مطلق، فكان يتنزّل على ما غلب من نقود البلد الذي يجري به العقد، ومن هنا نتبيّن أهميّة العرف في تحديد ثمنية الأشياء فكل ما تعارف النّاس على ما راج من النقود أنّه مال فهو كذلك وتتحقق به صفة المالية.
 - 7- إذا كان للعرف أثره في اعتبار المعاملات التي تنشأ عن أعراف النّاس بناء على المصلحة المرجوة التي تحقّقها لهم، فإنّ الكثير من الصور العرفية للمعاملات الماليّة المعاصرة تحقّق هذه المصلحة، فلا ضير من العمل بها بناءً على اجتهاد الشّافعية في هذا الأمر طالما أنّ منشأها العرف الصحيح الذي لا يخالف النص، وأنّ يكون هو المرجع في تحديد نطاق ما ينشأ عن تلك العقود من التزامات.

5.2. التوصيات

- 1- من خلال دراستي للمذهب الشافعي من حيث تأثير العرف على أحكام المعاملات المالية فيه، ثم مقارنة ذلك بما استجدّ من معاملات مالية معاصرة وإيجاد جواب لها إباحة أو حظراً، فكلّ ذلك ندرك من خلاله غنى هذا الفقه بثروة اجتهادية كبيرة فيها الكثير من النظريات الاقتصادية التي تلبي واقعنا الاقتصادي

الإسلامي، وعليه فأنا أوصي الجامعات وبالأخص منها المهمة بالاقتصاد الإسلامي، أن توجّه جهدها لدراسة هذا الفقه، وتستنبط منه الحلول الاقتصادية، بل لتبدع نظريات جديدة بما يواكب روح التطور الجاري في الاقتصاديات الأخرى. 2- إن من أهم ما يميّز أبواب وفصول المعاملات المالية في المذهب الشافعي، غنى هذه المعاملات بالكثير من الفروع الفقهية المتشابهة فيما بينها في الدلالة على موضوع واحد، وأنا أوصي الباحثين بمراجعة هذه الفروع وجمعها في أبواب مرتّبة تحمل عنوان الموضوع الذي تتضمنه تلك الفروع، لتكون خير مرجع في التدليل على المسائل المتشابهة في العصر الحاضر.

3- إن المتتبع للقول الراجح في مذهب الشافعية وفقاً للمصطلحات التي درجوا على ذكرها في كتبهم، حيث إنه يلزم كل إنسان متّبع لهذا المذهب أن يكون على بينة من هذه الأقوال لأنه هو القول الراجح بعد أن استقر تنقيح هذه الأقوال على يد علمائه المتأخرين، يلحظ أنّ القول الراجح الذي بُني على العرف لتحقيق المصلحة، قد أصبحت المصلحة بخلافه نظراً لتغيّر الأعراف في هذا الزمان، فأوصي المؤسسات المهمة بدراسة الفقه وتنقيحه أن تعيد دراسة هذه الأقوال وأخصّ منها ما انبنى على أحوال كانت سائدة في ذلك الزمان ثمّ تُعاد صياغتها بما يحقق المصلحة ويوافق روح الحكم في القول الراجح فلا ينكر تغيّر الأحكام بتغيّر الأزمان.

5.3. فهرس الكتب الواردة في المتن

- ابن التميمي، محمد عبد الله، إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي، الطبعة 1 (دبي: دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، 2009م)
- ابن الرفعة، أبو العباس نجم الدين أحمد بن محمد، كفاية التّبييه شرح التّبييه في فقه الإمام الشافعي، الطبعة 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 2009م)
- ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، الطبعة 3 (بيروت: دار الكتب العلمية، 2003م)

- ابن العماد، شهاب الدّين أبي الفلاح عبد الحي بن أحمد بن محمد العكري، شذرات الذهب في إخبار من ذهب، الطبعة 1 (دمشق، بيروت: دار ابن كثير، 1993م)
- ابن القيم الجوزية، شمس الدّين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر، أعلام الموقعين عن ربّ العالمين، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1996م) (د-ط)
- ابن الملقن، سراج الدّين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد المعروف بابن النحوي، عجلة المحتاج إلى توجيه المنهاج، (إربد: دار الكتاب، 2001م) (د-ط)
- ابن النجار، محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوح الحنبلي، شرح الكوكب المنير المسمى بـ مختصر التحرير أو المختبر المبتكر شرح المختصر في أصول الفقه، (الرياض: مكتبة العبيكان، 1993م) (د-ط)
- ابن الهمام، كمال الدّين محمد بن عبد الواحد الحنفي، فتح القدير شرح كتاب الهداية في شرح البداية في الفقه الحنفي للبرهان المرغيناني، (مصر: المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، 1316 هـ)
- ابن حجر، أحمد بن علي، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، (المكتبة السلفية) (د - ط) (د - ت)
- ابن حنبل، الإمام أحمد، مُسند الإمام أحمد بن حنبل، الطبعة 1 (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1999م)
- ابن خلكان، أبو العباس شمس الدّين أحمد بن محمد بن أبي بكر، وفيات الأعيان، (بيروت: دار صادر، 1978م) (د-ط)
- ابن خليفة، شفاء، التخصيص بالعرف وأثره في المعاملات المالية المعاصرة، (رسالة ماجستير) (2015م) (د-ط) (د-د)
- ابن عابدين، محمد أمين أفندي ابن عابدين، رسالة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، (د-ط) (د-ت) (د-د)
- ابن عابدين، محمد أمين، ردّ المحتار على الدرّ المختار، (الرياض: دار عالم الكتب، 2003م) (د-ط)

- ابن عبد السلام، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، (القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، 1991م) (د-ط)
- ابن فرحون، برهان الدين إبراهيم بن شمس الدين محمد بن فرحون المالكي، تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الاحكام، (الرياض: دار عالم الكتب، 2003 م) (د-ط)
- ابن قاضي شهبة، أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن محمد تقي الدين، طبقات الشافعية، الطبعة 1 (بيروت: عالم الكتب، 1987م)
- ابن قاضي شهبة، بدر الدين أبي الفضل محمد بن أبي بكر الأسدي الشافعي، بداية المحتاج في شرح المنهاج، الطبعة 1 (جدّة: دار المنهاج، 2011م)
- ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه القزويني، السنن، الطبعة 1 (دمشق: دار الرسالة العالمية، 2009م)
- ابن منظور، أبو الفضل، جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، (بيروت: دار صادر) (د-ط) (د-ت).
- ابن منيع، عبد الله بن سليمان، الورق التّقديّ الطبعة 2، الطبعة 2 (1984) (د-د)
- أبو الحسين، أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة (دار الفكر) (د-ط) (د-ت)
- أبو داود، سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني الأمام الحافظ، سنن أبي داود، الطبعة 1 (دمشق: دار الرسالة العالمية، 2009م)
- أبو زهرة، محمد، أصول الفقه، (دار الفكر العربي) (د-ط) (د-ت)
- أبو زهرة، محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلاميّة (القاهرة: دار الفكر العربي، 1996) (د-ط)
- أبو سنة، أحمد فهمي، العُرف والعادة في رأي الفقهاء، (مطبعة الأزهر، 1947م) (د-ط)

- أبو عجيبة، مصطفى عبد الرحيم، العُرف وأثره في التشريع الإسلامي، الطبعة1(طرابلس، ليبيا: المنشأة العامة للنشر والتوزيع والاعلان، 1986م)
- الأسنوي، جمال الدين عبد الرحيم، المهمّات في شرح الرّوضة والرّافعيّ، الطبعة1(بيروت: دار ابن حزم، 2009م)
- الأسيوطي، شمس الدين محمد بن أحمد المنهاجي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، الطبعة2(الهيئة العامة لمكتبة الإسكندرية) (د-ت)
- الأصفهاني، أبو شجاع أحمد بن الحسين بن أحمد، متن أبي شجاع (المسمى الغاية والتقريب)، (مصر: المطبعة اليوسفية) (د-ط) (د-ت)
- الأمدي، علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، الطبعة2 (دمشق، بيروت: المكتب الإسلامي، 1402هـ)
- الأنصاري، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا، أسنى المطالب شرح روض الطالب (د-ط) (د-ت) (د-د)
- الأنصاري، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، الطبعة1(القاهرة: الدار العالمية، 2018م)
- الأنصاري، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا، منهج الطلاب في فقه الإمام الشافعي، الطبعة1(بيروت: دار الكتب العلمية، 1997م)
- الأنصاري، زكريا بن محمد، الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، الطبعة1(بيروت: دار الفكر المعاصر، 1991م)
- أهل، عطا موسى أحمد، تخصيص العموم بالعرف، (رسالة ماجستير) (2007م) (د-ط) (د-ت) (د-د)
- البأحسين، يعقوب بن عبد الوهاب، قاعدة العادة محكمة، الطبعة2(الرياض: مكتبة الرشد، 2012م)
- البجيرمي، سليمان، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب، (مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، 1345هـ) (د-ط)

- البجيرمي، سليمان، حاشية تحفة الحبيب على شرح الخطيب، (بيروت: دار الفكر، 2007م) (د-ط)
- البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري، صحيح الإمام البخاري المسمى الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه (مصر: المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، 1312هـ) (د-ط)
- البركتي، محمد عميم الإحسان المجددي، التعريفات الفقهيّة، الطبعة 1، (بيروت: دار الكتب العلمية، 2003م)
- البرماوي، إلياس بن أحمد حسين بن سليمان، إمتاع الفضلاء بتراجم القراء فيما بعد القرن الثامن الهجري، الطبعة 1 (دار الندوة العالمية، 2000م)
- البغا، مصطفى ديب، أثر الأدلة المختلف فيها، (دمشق: دار الامام البخاري) (د-ط) (د-ت)
- البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس، كشاف القناع عن متن الإقناع (بيروت: عالم الكتب، 1983) (د-ط)
- البوطي، محمد توفيق رمضان، البيوع الشائعة، الطبعة 6 (دمشق: دار الفكر، 2010م)
- الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الكبير، الطبعة 1 (بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1996م)
- الجرجاني، علي بن محمد بن السيد الشريف، معجم التعريفات، (القاهرة، دبي: دار الفضيلة) (د-ط) (د-ت)
- الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، (بيروت: دار إحياء التراث العربي - مؤسسة التاريخ العربي، 1992م) (د-ط)
- الجمل، سليمان، حاشية الجمل، على شرح المنهج للشيخ زكريا الأنصاري، (بيروت: دار إحياء التراث العربي) (د-ط) (د-ت)
- الجوهري، إسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، الطبعة 2 (بيروت: دار العلم للملايين، 1979م)

- الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف، نهاية المطالب في دراية المذهب، الطبعة 1 (جدة: دار المنهاج، 2007م)
- الجيدي، عمر بن عبد الكريم، العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء الغرب، (المغرب، المحمدية: مطبعة فضالة) (د-ط) (د-ت)
- الحاكم، أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرک على الصحيحين، مع تضمينات الذهبي والعراقي والمناوي وغيرهم من العلماء، الطبعة 2 (بيروت: دار الكتب العلمية، 2002م)
- الحسين، وليد بن علي، مجالات أعمال العرف، (بحث للمؤلف) (د-ط) (د-ت) (د-د)
- الحُصني، تقي الدين أبي بكر بن محمد الحُسيني، كفاية الأختيار في حلّ غاية الاختصار، الطبعة 1 (بيروت، دمشق: دار الخير، 1991م)
- الحلبي، ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير على التحرير في أصول الفقه لكمال الدين ابن الهمام الحنفي، الطبعة 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1999م)
- الحميري، نشوان بن سعيد، شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، الطبعة 1 (بيروت: دار الفكر المعاصر، دمشق: دار الفكر، 1999م)
- الخفيف، علي، أحكام المعاملات الشرعية، (القاهرة: دار الفكر العربي، 2008م) (د-ط)
- الخن، مصطفى، مصطفى البغا، علي الشرجي، الفقه المنهجي، الطبعة 3 (دمشق: دار القلم، 1992م)
- الخياط، عبد العزيز، نظرية العرف، (عمان: مكتبة الأقصى، 1977م) (د - ط)
- الرازي، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، حلية الفقهاء، الطبعة 1 (بيروت: الشركة المتحدة للتوزيع، 1983م)
- الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ومعه حاشية أبي الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملسي وحاشية

- أحمد بن عبد الرزاق بن محمد بن أحمد المغربي الرشيدى، الطبعة3(بيروت: دار الكتب العلمية،2003م)
- الرملى، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن حمزة، فتح الرحمن بشرح زيد ابن رسلان، الطبعة1(جدة: دار المنهاج،2009م)
- الرؤياني، عبد الواحد بن إسماعيل، بحر المذهب في فروع المذهب الشافعي، الطبعة1(بيروت: دار الكتب العلمية، 2009م)
- الزامل، عبد المحسن بن عبد الله، شرح القواعد السعدية، الطبعة1(الرياض: دار أطلس، 2001م)
- الزبيدي، السيد محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس (مطبعة حكومة الكويت، 1987م) (د - ط)
- الزحيلي، محمد، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، الطبعة2(دمشق، بيروت: دار الخير، 2006م)
- الزحيلي، وهبة، أصول الفقه الإسلامي، الطبعة1 (دمشق: دار الفكر، 1986م)
- الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة2(دمشق: دار الفكر، 1985م)
- الزرقا، أحمد محمد، شرح القواعد الفقهية، الطبعة2(دمشق: دار القلم، 1989م)
- الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، الطبعة1(دمشق: دار القلم، 1998م)
- الزرقا، مصطفى أحمد، عقد البيع، الطبعة2 (دمشق: دار القلم، 2012م)
- الزرقاني، العلامة سيدي محمد، شرح الزرقاني على صحيح الموطأ للإمام مالك بن أنس، وبهامشه صحيح سنن المصطفى ﷺ جمع أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، (المطبعة الخيرية) (د - ط) (د - ت)
- الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي، البحر المحيط في أصول الفقه، الطبعة1(الكويت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، 1988م)
- الزركشي، بدر الدين محمد بن بهاور، المنشور في القواعد، الطبعة2 (شركة دار الكويت للصحافة، 1985م)

- الزركلي، خير الدين، الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين، الطبعة 15 (بيروت: دار العلم للملايين، 2002م)
- الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف، نصب الراية لأحاديث الهداية، مؤسسة الريان (د-ط) (د-ت)
- الدسوقي، شمس الدين الشيخ محمد عرفه، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير لأحمد الدردير، (دار إحياء الكتب العربية) (د-ط) (د-ت)
- الدميري، كمال الدين أبي البقاء محمد بن موسى بن عيسى، النجم الوهاج في شرح المنهاج، الطبعة 1 (بيروت: دار المنهاج، 2004م)
- السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي، طبقات الشافعية الكبرى، الطبعة 2 (مصر: هجر، 1992م)
- السبكي، تقي الدين علي بن عبد الكافي، تكملة المجموع شرح المهذب، (مصر: مطبعة التضامن الأخوي) (د-ط) (د-ت)
- السخاوي، شمس الدين محمد بن عبد الرحمن، الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، (بيروت: دار الجيل) (د-ط) (د-ت)
- السدلان، صالح بن غانم، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، الطبعة 1 (الرياض: دار بلنسية، 1417هـ)
- السمعاني، أبو المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار، قواطع الأدلة في الأصول، الطبعة 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1997م)
- السند، عبد الرحمن بن عبد الله، الأحكام الفقهية للتعاملات الالكترونية {الحاسب الآلي وشبكة المعلومات (الانترنت)} الطبعة 1 (بيروت: دار الوراق، 2004م)
- السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، الطبعة 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1983م)
- السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، الإكليل في استنباط التنزيل، الطبعة 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1981م)

- الشاشي، أبو بكر محمد بن أحمد، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، الطبعة 2 (السعودية: مكتبة نزار مصطفى الباز، 1998م)
- الشافعي، محمد بن ادريس، الأم، الطبعة 2 (بيروت: دار المعرفة، 1973م)
- الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (بيروت: دار الكتب العلمية، 2000م) (د-ط)
- الشوكاني، شيخ الإسلام محمد بن علي، البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع (القاهرة: دار الكتاب الإسلامي) (د-ط) (د-ت)
- الشوكاني، محمد بن علي، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، الطبعة 1 (الرياض: دار الفضيلة، 2000م)
- الشوكاني، محمد بن علي، الفتح الرباني من فتاوى الإمام الشوكاني، (صنعاء: مكتبة الجيل الجديد) (د-ط) (د-ت)
- الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، اللّمع في أصول الفقه، الطبعة 2 (بيروت: دار الكتب العلمية، 2003م)
- الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، المهذب في فقه الامام الشافعي، الطبعة 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1995م)
- الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، التنبيه في الفقه الشافعي، الطبعة 1 (بيروت: عالم الكتب، 1983م)
- الصّالح، صبحي، دراسات في فقه اللغة، الطبعة 3 (بيروت: دار العلم للملايين، 1968م)
- الضويحي، أحمد بن عبد الله بن محمد، ضوابط الاجتهاد في المعاملات المالية المعاصرة، بحث للمؤلف مقدّم لكلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، في المؤتمر العلمي السنوي الرابع عشر، (د-ط) (د-ت) (د-د)
- الطّبري، أبو جعفر محمد بن جرير، تفسير الطّبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن، الطبعة 1 (القاهرة: دار هجر، 2001م)

- العلائي، أبو سعيد خليل بن كيكلدي الشافعي، المجموع المذهب في قواعد المذهب، الطبعة 1 (الكويت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، 1994م)
- العمراني، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني، البيان في مذهب الامام الشافعي، الطبعة 1 (بيروت: دار المنهاج، 2000م)
- العيّدروس، عبد القادر شيخ بن عبد الله، الثّور السّافر عن إخبار القرن العاشر، الطبعة 1 (بيروت: دار صادر، 2001م)
- العيني، بدر الدّين أبو محمد محمود بن أحمد، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، (دمشق: دار الفكر) (د-ط) (د-ت)
- الغزالي، محمد بن محمد، إحياء علوم الدّين، (بيروت: دار المعرفة، 1982م) (د-ط)
- الغزالي، محمد بن محمد، الوسيط في المذهب، الطبعة 1 (القاهرة: دار السلام، 1997م)
- الغزّي، أبو عبد الله شمس الدّين محمد بن قاسم بن محمد، فتح القريب المجيب في شرح ألفاظ التقريب، الطبعة 1 (بيروت: دار ابن حزم، 2005م)
- الغزي، محمد صدقي بن أحمد البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، الطبعة 1 (بيروت: مؤسسة الرسالة، 2003م)
- الغزّي، نجم الدّين محمد بن محمد، الكواكب السائرة بأعيان المائة العاشرة، الطبعة 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1997م)
- الغمراوي، محمد الزهري، السراج الوهاج على متن المنهاج، (بيروت: دار المعرفة) (د-ط) (د-ت)
- الفضلي، جرّاح نايف، صور حديثة من بيع المعاطاة، وهو بحث للمؤلف (د-ط) (د-ت) (د-د)
- الفيروز آبادي، مجد الدّين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، الطبعة 8، (بيروت: مؤسسة الرسالة، 2005م)

- القراني، شهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس بن عبد الرحمن الصنهاجي، الفروق، (بيروت: عالم الكتب) (د - ط) (د - ت)
- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنته من السنة وآي الفرقان، الطبعة 1 (بيروت: مؤسسة الرسالة، 2006م)
- الكفوي، أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني، الكليات، الطبعة 2 (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1998م)
- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، الإقناع في الفقه الشافعي، الطبعة 1 (طهران: دار إحسان، 1420هـ)
- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير في فقه مذهب الامام الشافعي، الطبعة 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1994م)
- المحاملي، أبو الحسن أحمد بن محمد بن أحمد الضبي، اللباب في الفقه الشافعي، الطبعة 1 (المدينة المنورة: دار البُخارى، 1416هـ)
- المزني، إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المصري، مختصر المزني في فروع الشافعية، الطبعة 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1998م)
- المشعل، عبد العزيز بن عبد الرحمن، أثر العرف والعادة في دراسة النوازل الفقهية مع تطبيقات فقهية معاصرة، وهو بحث للمؤلف مقدّم لجامعة محمد بن سعود في السعودية، (الرياض: 2010م) (د-ط) (د-د)
- المطيعي، محمد نجيب، تكملة المجموع، (المدينة المنورة: المكتبة السلفية) (د-ط) (د-ت)
- المناوي، محمد عبد الرؤف المناوي، فيض القدير شرح الجامع الصغير، الطبعة 2 (بيروت: دار المعرفة، 1972م)
- الموسى، أسماء بنت عبد الله، العرف حجته وآثاره الفقهية (الرياض: الكتاب منشور في المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب - المجلد 21 - العدد 41) (د-ط)

- النسائي، المجتبى من السنن، السنن الصغرى للنسائي، بشرح السيوطي وحاشية السندي، الطبعة 2 (بيروت: دار البشائر الإسلامية، 1994م)
- النسفي، أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود، تفسير التّسفي، مدارك التنزيل وحقائق التأويل، الطبعة 1 (دمشق، بيروت: دار الكلم الطيّب، 1998م)
- النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، الأذكار التّووية الطبعة 2 (دمشق: دار ابن كثير، 1990م)
- النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب، (دار الفكر) (د-ط) (د-ت) (د-د)
- النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، المنهاج شرح صحيح مسلم، الطبعة 1 (المطبعة المصرية بالأزهر، 1929م)
- النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الطبعة 3 (بيروت، دمشق، عمان: المكتب الإسلامي، 1991م)
- الهيثمي، ابن حجر المكي، الفتاوى الكبرى الفقهية، (مصر: طبع عبد الحميد أحمد حنفي) (د-ط) (د-ت)
- الهيثمي، شهاب الدّين أحمد بن حجر، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، مع حاشية الشيخ عبد الحميد الشرواني وحاشية الامام ابن قاسم العبادي، (مصر: المكتبة التجارية الكبرى) (د-ط) (د-ت)
- الولاقي، محمد يحيى بن محمد المختار بن الطالب عبد الله، مخطوطة حسام العدل والإنصاف القاطع لكل مبتدع باتباع الأعراف (مكتبة حسن حسني عبد الوهاب، ورقات عدد رقم: 17386) (د-ط) (د-ت)
- جبل، محمد حسن حسن، المعجم الاشتقاقي المؤصل لألفاظ القرآن الكريم، الطبعة 1 (القاهرة: مكتبة الآداب، 2010م)
- حنان عبد الكريم القضاة ومحمد خالد منصور، الاجتهاد المصلحيّ بالعرف وتطبيقاته في المذهب الشافعي (وهو بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون المجلد 43 العدد 2 عام 2016 كلية الشريعة الجامعة الأردنية)

- حيدر، علي، درر الحكّام شرح مجلّة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، (الرياض: دار عالم الكتب، 2003م) (د-ط)
- خلّاف، عبد الوهّاب، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، الطبعة 6 (الكويت: دار القلم، 1993م)
- دُومُزّ، إبراهيم كافي، دراسات فقهية وأصولية، الطبعة 1 (إستانبول: نشرات وقف الديانة التركي، 2019م)
- شبير، محمد عثمان، المعاملات المالية في الفقه الإسلامي، الطبعة 6 (عمّان: دار النفائس، 2007م)
- شرف الحق، أبي عبد الرحمن الشهير بمحمد أشرف بن أمير العظيم آبادي، عون المعبود على سنن أبي داود، (عمّان، الرياض: بيت الأفكار الدولية) (د-ط) (د-ت)
- شلبي، محمد مصطفى، أصول الفقه الإسلامي، (بيروت: الدار الجامعية) (د-ط) (د-ت)
- عوض، السيد صالح، أثر العُرف في التشريع الإسلامي (القاهرة: الناشر دار الكتاب الجامعي) (د-ط) (د-ت)
- قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي: قرار بشأن الحقوق المعنوية: الدورة الخامسة في 15 ديسمبر 1988 قرار رقم: 43(5/5) (تاريخ الاقتباس: 2019/8/7م)
- قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي: قرار بشأن تغير قيمة العملة: الدورة الخامسة في 15 ديسمبر 1988 قرار رقم: 42(4/5) (تاريخ الاقتباس: 2019/8/7م)
- قلعه جي، محمد رواس، معجم لغة الفقهاء، الطبعة 1 (بيروت: دار النفائس، 1996م)
- قوته، عادل بن عبد القادر بن محمد وليّ، أثر العُرف وتطبيقاته المعاصرة في فقه المعاملات المالية، الطبعة 1 (جدّة: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، 2007م)
- قوته، عادل بن عبد القادر بن محمد وليّ، العُرف حُجّيته، وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، (رسالة ماجستير) الطبعة 1 (مكّة المكرمة: المكتبة المكية، 1997م)

- كتاب مجلة مجمع الفقه الإسلامي: الصرف وبيع الذهب والفضة: بحث في الذهب في بعض خصائصه وأحكامه: عبد الله بن سليمان بن منيع، <https://al-maktaba.org/book/8356/17486#p1> (تاريخ الاقتباس: 2019/8/7م)

- كريم، خلايفة، دور التجارة الالكترونية في التنمية الاقتصادية (رسالة ماجستير) (رسالة ماجستير/أم البواقي) (2012م) (د-ط) (د-ت)

- ما هو التوقيع الالكتروني؟ وما أهميته؟ - تخصصات بيت. كوم
<https://specialties.bayt.com/ar/.../q-الالكتروني-وما-اهميته-.../ما-هو-التوقيع->
[الالكتروني-وما-اهميته/](https://specialties.bayt.com/ar/.../q-الالكتروني-وما-اهميته-.../ما-هو-التوقيع-) (تاريخ الاقتباس 2019/08/22م)

- مالك، أبو عبد الله مالك بن أنس الاصبحي عالم المدينة، موطأ الإمام مالك، الطبعة 2 (المكتبة العلمية) (د - ت)

- مجلة الأحكام العدلية (بيروت: المطبعة الأدبية، 1302هـ) (د-ط)

- مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، الطبعة 1 (بيروت: دار إحياء الكتب العربية، دار الكتب العلمية، دار الحديث، 1991م)

- موقع حكومة دبي الالكتروني قانون رقم (2) لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الالكترونية

<https://www.dc.gov.ae/PublicServices/LegislationDetails.aspx?LawKey=312&SourceType=2&ItemKey=1>

[4&CalledFrom=3&lang=](https://www.dc.gov.ae/PublicServices/LegislationDetails.aspx?LawKey=312&SourceType=2&ItemKey=1) (تاريخ الاقتباس 2019/08/22م)

<https://www.dc.gov.ae/PublicServices/LegislationDetails.aspx?LawKey=312&SourceType=2&ItemKey=2>

[0&CalledFrom=3&lang=](https://www.dc.gov.ae/PublicServices/LegislationDetails.aspx?LawKey=312&SourceType=2&ItemKey=2) (تاريخ الاقتباس 2019/08/22م)

- موقع عربناك (ARABNAK): خدمة الاكتتاب في الأسهم في البنوك الإسلامية www.arabnak.com (تاريخ الاقتباس 2019/08/23م)

5.4. قائمة المختصرات

- (د-ط): المقصود أي الكتاب دون طبعة.
- (د-ت): المقصود أي الكتاب دون تاريخ للطباعة.
- (د-د): المقصود أي الكتاب لم يُذكر عليه دار الطباعة.

5.5. السيرة الذاتية

• المعلومات الشخصية

- الاسم: غياس إبراهيم رزوق
- مكان وتاريخ الميلاد: سوريا. حماه 20/5/1980
- الحالة الاجتماعية: متزوج
- عنوان السكن الحالي: تركيا / اسطنبول
- الجنسية: السورية والتركية.
- التحصيل العلمي
- إجازة جامعية في الشريعة والقانون/ كلية الشريعة/ جامعة دمشق 2002. ومعدلة في

وزارة التعليم التركية (yok)

- دبلوم التأهيل التربوي / كلية التربية/ جامعة دمشق 2005
- دراسة سنتين لماجستير التأهيل والتخصص في القضاء الشرعي المقارن بأحكام القانون السوري واجتهادات المحاكم الشرعية - كلية الشريعة - جامعة دمشق: 2010-2012

• الخبرة العملية

- مدرّس مادة التربية الإسلامية في سوريا: 2003-2013
- مساعد مدير في المدارس العربية في إسطنبول: 2013-2015
- مدرّس لغة عربية للناطقين بغيرها في مدارس إسطنبول التركية: 2018-2019

- المهارات
- القدرة على قيادة الحاسب الآلي (الافيس)
- معلومات التواصل:
- الهاتف النقال: +905397222360
- البريد الالكتروني: ghiasrazouk2013@gmail.com

