



المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب  
عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية



# أثر الحرف وتطبيقاته المعاصرة في فقه المعاملات المالية





المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب  
عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية



# أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة

## فلي فقل المعاملات المالية

إعداد

د. عادل بن عبد القادر قوته

قسم الدراسات الإسلامية - كلية الآداب

جامعة الملك عبد العزيز - جدة

ح

البنك الإسلامي للتنمية ، ١٤٢٨ هـ  
فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

قوته ، عادل بن عبد القادر

اثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في فقه المعاملات المالية . / عادل بن عبد القادر قوته . - جدة ، ١٤٢٨ هـ

٢٤٠ صفحة ، ١٧ سم × ٢٤ سم

ردمك : ٣-١٦٧-٣٢-٩٩٦٠

١- الاقتصاد الإسلامي ٢- الفقه الاسلامي - المعاملات المالية أ. العنوان

١٤٢٨/٣٠٥٨

ديوي ٢٥٣

رقم الإيداع : ١٤٢٨/٣٠٥٨

ردمك : ٣-١٦٧-٣٢-٩٩٦٠

---

وجهات النظر في هذا الكتاب لا تعكس بالضرورة وجهات نظر المعهد او البنك .  
الاقتباس مسموح به شريطة الاشاره إلى المصدر .

الطبعة الأولى : ١٤٢٨ هـ ( ٢٠٠٧ م )

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



## فهرس الموضوعات الرئيسية

٩	كلمة مدير المعهد
١١	مقدمة
١٣	صُوى ومنارات
١٥	تمهيد
١٧	المبحث الأول : شمول الشريعة لأفعال المكلفين ، مع رعايتها لمصالحهم
٢١	المبحث الثاني : أهمية العرف ، وحاجة الفقيه إلى اعتباره
٢٧	القسم الأول : العرف : المصطلحات - الحجية والاعتبار
٢٩	تمهيد : منشأ العرف والعادة ، وتكوُّنهما ، والفرق بينهما في ذلك
٣١	المقصد الأول : المصطلحات
٣٥	المقصد الثاني : الحجية والاعتبار
٥٣	القسم الثاني : العرف : أثره وتطبيقاته المعاصرة في فقه المعاملات المالية
٥٤	المقصد الأول : الأصول العرفية لفقه المعاملات المالية
٥٥	الأصل الأول : ضبط التمول ، وبيان حدّ المال ، وأثر العرف في ذلك
٦٥	الأصل الثاني : حرّية التعاقد والاشتراط ، وأثر العرف في ذلك
٦٩	الأصل الثالث : صيغة العقد ، ودوال الرّضا
٨٣	الأصل الرابع : تحكيم أهل الخبرة والاختصاص
٨٥	المقصد الثاني : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في فقه المعاملات المالية وفيه خمسة فصول :
٨٧	الفصل الأول : معاملات التمليك ( التمليكات )
٨٩	الفرع الأول : المعاوضات
٩١	المطلب الأول : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في عقد البيع
٩٣	المبحث الأول : معلومية المبيع ، وكون العرف من وسائلها
٩٩	المبحث الثاني : معلومية الثمن ، وكون العرف من وسائلها
١٠٣	المبحث الثالث : مشمولات المبيع (المعقود عليه) ، وأثر العرف في ضبطها

- ١٠٧ المبحث الرابع : أثر العرف وتطبيقاته في أنواع الخيارات
- ١١٥ المبحث الخامس : قبض المبيع (المعقود عليه) ، ضوابطه وكيفيته ، وأثر العرف في ذلك
- ١١٩ المبحث السادس : أثر العرف في بيع الزروع والثمار
- ١٢١ المبحث السابع : عقد السَّلَم ، وأثر العرف في تحقيق شروطه
- ١٢٣ المطلب الثاني : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في عقد الإجارة
- ١٢٥ المبحث الأول : صيغة عقد الإجارة
- ١٢٧ المبحث الثاني : ضابط العيب المثبت للخيار ، في عقد الإجارة
- ١٢٧ المبحث الثالث : معلومية المنفعة بطريق العرف
- ١٢٩ المبحث الرابع : المدَّة في عقد الإجارة
- ١٣٠ المبحث الخامس : آثار عقد الإجارة ، وأثر العرف فيها
- ١٣٦ المبحث السادس : الضمان في عقد الإجارة : ضابط ما يوجهه-أمثله وتطبيقاته
- ١٤١ الفرع الثاني : التبرعات
- ١٤٣ المطلب الأول : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في عقد القرض
- ١٤٧ المطلب الثاني : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في عقد الإجارة
- ١٥١ المطلب الثالث : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في عقد الهبة
- ١٥٥ المطلب الرابع : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في عقد الوقف
- ١٥٧ المطلب الخامس : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في عقد الوصية
- ١٦١ المطلب السادس : ضابط "مرض الموت المخوف" وما في حكمه ، وأثر العرف في ذلك
- ١٦٥ الفرع الثالث : التملك بالاستيلاء الشرعي
- ١٦٧ المطلب الأول : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في إحياء الموات
- ١٧١ المطلب الثاني : أثر العرف وتطبيقاته في اللقطة
- ١٧٥ الفصل الثاني : معاملات الإطلاق ، والتقييد
- ١٧٦ المطلب الأول : معاملات الإطلاق = الوكالة
- أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في عقد الوكالة

١٨٥	المطلب الثاني : معاملات التقييد = الحجر
	أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في الحجر
١٩١	الفصل الثالث : معاملات التوثيق والحفظ
١٩٣	المطلب الأول : معاملات التوثيق = الكفالة والضمان
	أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في الكفالة والضمان
١٩٥	المطلب الثاني : معاملة الحفظ = عقد الإيداع
	أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في عقد الإيداع
٢٠١	الفصل الرابع : معاملات المشاركات
٢٠٣	المطلب الأول : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في شركات العقد
٢٠٧	المطلب الثاني : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في عقد المساقاة والمزارعة
٢١١	الفصل الخامس : في معاملاتٍ أخرى
٢١٣	المطلب الأول : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في أحكام الجوار
٢١٥	المطلب الثاني : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في الضمان والفعل الضارّ
٢٢١	المطلب الثالث : أثر العرف في مشروعية "القرعة" وبيان كيفية الاقتراع
٢٢٣	خاتمة
٢٢٥	توصيات واقتراحات
٢٢٧	قائمة المصادر والمراجع

\* \* \*









بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ ﴾

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام الأتمّان الأكملان على معلّم الناس الخير سيدنا ونبينا محمد ، وعلى آله وأصحابه وأتباعه بإحسانٍ إلى يوم الدين .  
أما بعد :

فإن من علائم التوفيق لي ، ومعالم الشرف لشخصي أن أكون أحد المسهمين في النشاط العلمي لمعهد البحوث والتدريب بالبنك الإسلامي للتنمية ، والذي يُعدُّ - حرسه الله تعالى - أكبر قلعة اقتصادية مؤسسية للعالم الإسلامي .

وأزجي صادق الشكر وخالص التقدير للجنة العلمية المشرفة على حسن الظنّ وكبير الثقة ؛ لكتابة بحث وإلقاء محاضرة عن :

" أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في فقه المعاملات المالية " في هذا الصرح العلمي الرفيع .

وقد جاء البحث في قسمين اثنين :

الأول : العرف : المصطلحات - الحجية والاعتبار .

الثاني : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في فقه المعاملات المالية .

وقد سبق هذين القسمين : التمهيد ، في : بيان شمول الشريعة لأفعال المكلفين ، وأهمية العرف وحاجة الفقيه إلى اعتباره وتحكيمه .

ولحقهما : خاتمة ، وذكر توصيات واقتراحات .

وقد خرج البحث في كلا قسميه بعدة نتائج مهمة ، أعلاها وأهمها نتيجتان :

الأولى : ثبوت أصل العرف ، وقاعدة العوائد ، وقيام تحكيمه والرجوع إليه لدى الفقهاء في مدوّناتهم الفقهية ، وتقرُّر اعتباره في طرائق استدلالهم ومناهج إفتائهم ، وأن اعتبار هذا الأصل الكبير من أعظم أسباب خلود هذه الشريعة ، ومرانتها وصلوحها لكل الأمانة والعصور .

الثانية : أن العرف واعتباره بشروطه ، وتحكيمه في مجاله ، له الأثر الأول في سعة دائرة فقه المعاملات المالية ، وخصوصية طبيعته ، وفي رحابته ، وبقاء قدرته على الاستيعاب والاحتواء لما جدّ ويجدُّ من أفضية ونوازل وتطبيقات ، ممّا لم يأت الشرع بالمنع منه .

والحمد لله الذي بإحسانه وفضله ونعمته تتمّ الصالحات .

وكتبه : د. عادل بن عبد القادر قوته

يوم الجمعة المبارك ٧ رجب ١٤٢٦ هـ

١٢ أغسطس ٢٠٠٥ م



## \* صُوىٌ ومَناراتٌ \*

- قال الله عزَّ وجلَّ: ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾ [الأعراف ١٩٩] .
- « بابٌ : مَنْ أجرى أمر الأُمصار على ما يتعارفون بينهم ، في البيوع ، والإجارة ، والمكيال والوزن ، وسُنَّتْهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة » .
- الإمام البخاري ( ت ٢٥٦هـ ) ( الصحيح مع الفتح : ٤ / ٤٠٥ )
- « مَنْ لَمْ يُخْرِجِ العرف في المعاملات تفقُّهاً لَمْ يكن على حظٍّ كاملٍ فيها » .
- إمام الحرمين الجويني ( ت ٤٧٨هـ ) ( نهاية المطلب : ٣ / ١١٠ ظ )
- « الثابت بالعرف ثابتٌ بدليلٍ شرعيٍّ » .
- الإمام السرخسيّ ( ت ٤٩٠هـ ) ( المبسوط : ١٣ / ١٤ )
- « العرف والعادة أصلٌ من أصول الشريعة يقضى به في الأحكام » .
- القاضي ابن العربي ( ت ٤٥٣هـ ) ( أحكام القرآن : ٣ / ١٠٨٥ )
- « إن الله تعالى أحلَّ البيع ، ولم يبيِّن كيفيته ، فوجب الرجوع فيه إلى العرف » .
- الإمام الموفق ابن قدامة ( ت ٦٢٠هـ ) ( المغني : ٦ / ٨ )
- « مهما تجدد العرفُ اعتبره ، ومهما سقط أسقطه ، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمرك ، .. فالجمود على المنقولات أبداً ضلالٌ في الدين ، وجهلٌ بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين » .
- الإمام القرافي ( ت ٦٨٤هـ ) ( الفروق : ١ / ١٧٦-١٧٧ )
- « إياك أن تُهمل قصد المتكلم ، ونِيَّته ، وعرفه ، فتجني عليه ، وعلى الشريعة ، وتنسب إليها ما هي بريئةٌ منه ، وتلزم الخالف ، والمقرِّ ، والناذر ، والعاقد ، ما لم يلزمه الله ورسوله به » .
- الإمام ابن القيم ( ت ٧٥١هـ ) ( إعلام الموقعين : ٣ / ٦٦ )
- « إن حمل الناس على أعرافهم وعوائدهم ومقاصدهم واجبٌ ، والحكم عليهم بخلاف ذلك من الزبغ والجور » .
- الفقيه التَّسولي ( ت ١٢٥٩هـ ) ( البهجة شرح التحفة : ٢ / ٦١ )
- « ومَّا يدخل فيما جاء به الرسول ﷺ : اعتبارُ العرف والعادة ، لا على وجهٍ يخالف صريح الشرع » .

العلامة الكبير محمد بن إبراهيم آل الشيخ ( ت ١٣٨٩هـ )

( فتاوى ابن إبراهيم : ١٢ / ٢٥٢ )



# مَهَيِّدٌ

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : شمول الشريعة لأفعال المكلفين مع رعايتها لمصالحهم .

المبحث الثاني : أهمية العرف وحاجة الفقيه إلى اعتباره .





## المبحث الأول : شمول الشريعة لأفعال المكلفين مع رعايتها لمصالحهم

اتفقت كلمة علماء الإسلام على أن كل ما ينزل بالناس من وقائع ، وما يحدث لهم من أفضية ونوازل في هذه الحياة - له في هذا الإسلام حكم ، وفي هذه الشريعة دليل . وقد آمن كل مسلم واطمأن قلبه إلى أن هذه الشريعة المباركة الحنيفية السمحة صالحة لكل زمان ومكان ، وقامت على صحة ذلك الاعتقاد البراهين القاطعة ، والأدلة التي لا تنازع ، من نصوص الوحي ، وشواهد التاريخ ، ودلالة الواقع .

قال الإمام الشافعي رحمه الله معبراً عن ذلك بلسان المسلم الصّدق ، والعالم الحقّ : « كلُّ ما نزل بمسلمٍ ففيه حكمٌ لازمٌ ، أو على سبيل الحق فيه دلالةٌ موجودةٌ ، وعليه - إذا كان فيه بعينه حكمٌ - : اتباعه ، وإذا لم يكن فيه طلبُ الدلالة على سبيل الحق فيه بالاجتهاد » ( الرسالة : ٤٤٧ ) .

وهذا يشمل جميع ما حكم به - سبحانه - وأنه أحسن الأحكام وأكملها وأصلحها للعباد ، ﴿ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴾ [ المائدة : ٥٠ ] ، وأسلمها من الخلل والتناقض ﴿ وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا ﴾ [ النساء : ٨٢ ] .

فثبت بذلك : « أن هذا الشرع محيط بأفعال المكلفين أمراً ونهياً ، وإذناً وعفواً ، فقد بين الله سبحانه بكلامه وكلام رسوله جميع ما أمر به ، وجميع ما نهى عنه ، وجميع ما أحله وجميع ما حرّمه ، وجميع ما عفا عنه ، وبهذا يكون دينه كاملاً » ( إعلام الموقعين : ١ / ٣٢٢ بتصرف ) .

ومن أظهر خصائص هذه الشريعة المباركة شمولها ، وعموم هذا الشمول ، فهي التي شملت - بسبب من دلالة نصوصها ، وطبيعة مصادرها - : الزمان والمكان ، وجميع أحوال الناس . فهذه الشريعة التامة تمتنع على التوقيت ، فهي لكل زمان وعصر ، وكل أجل ووقت ، وكما أن نبينا محمداً صلوات الله عليه خاتم النبيين ، فهذه الشريعة خاتمة الشرائع ، وليس بعد هذا القرآن كتاب ، ولا بعد هذا الإسلام دين .

فهي لا تختص بأمة أو جنس ، ولا هي مقصورة على منطقة أو إقليم ، بل هي للأرض كلها على تباعد أطرافها ، واختلاف بيئاتها وأقطارها ، قال تعالى : ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ ﴾ [ الأنبياء : ١٠٧ ] .

وقد وسعت هذه الشريعة - حال تطبيقها - العالم الإسلامي كله ، على امتداد أماكنه ، وتنوع مشكلاته ، وتعدد أجناسه ، واختلاف بيئاته وأعرافه .

وهي بتعاليمها وأحكامها تنتظم الإنسان في كل مراحل حياته ، وفي آفاق كل مرحلة ، مُد هو جنين في بطن أمه ، وإذ هو وليدٌ رضيعٌ ، وحين يُمسي شاباً ورجلاً ، وحتى يصير إلى أرذل العمر ، كما أنها تمتد لبيان أحكام علاقته وتبعاته بعد رحيله من هذه الدنيا .

وهذا الشمول - هنا - يعم أنشطة الإنسان المختلفة كلها ، وموضوعات الحياة جميعها ، وشؤون الدنيا والآخرة .

وبهذا " يتبين للمنصف مقدار هذه الشريعة وجلالها ، وهيمنتها ، وسعتها ، وفضلها ، وشرفها على جميع الشرائع . وأن النبي ﷺ كما هو عامُّ الرسالة إلى كلِّ مكلفٍ ، فرسالته عامَّةٌ في كلِّ شيءٍ من الدين ، أصوله وفروعه ، ودقيقه وجليله . فكما لا يخرج أحدٌ عن رسالته ، فكذلك لا يخرج حكمٌ تحتاج إليه الأمة عنها ، وعن بيانه لها " (إعلام الموقعين : ١/٣٥٠ بتصرف) .

هذه الشريعة المباركة المبرأة من كلِّ عيبٍ ، التي لا تتهم بتقصيرٍ عن تحقيق مقصدٍ صالحٍ ، ولا تُزنُّ بقصورٍ عن مواكبة أيِّ مكانٍ أو زمانٍ - هذه الشريعة كان لها من طبيعتها وأحوالِ جملة نصوصها ، ومن تنوع مصادرها ، وقيام علماء الإسلام العدول الثقات على استنباط أحكامها ، واستقراء كلياتها وقواعدها ، وتنزيل النصوص على جزئيات الحوادث ، مهما تعددت وتجددت على مدى تاريخ الإسلام - كان لها من كلِّ ذلك أعظم شاهدٍ وأقوى دليلٍ على كمالها وعمومها ، وتمام النعمة على الخلق بها .

ومن أهم أسباب شمول الشريعة ، كما هو - أيضاً - من أظهر خصائصها : جمعها بين المرانة والثبات معاً .

ومظاهر المرانة للشريعة تتجلى واضحةً في ناحيتين رئيسيتين :

الأولى : مرانة الشريعة من جهة طبيعة غالب النصوص .

الثانية : ثبوت مرتبة " العفو " في الشريعة وسعة دائرتها .

أما الناحية الأولى : فثبوتها من وجهين عظيمين :

الأول : مجيء النصوص - في غير العبادات وما يلحق بها - بأصول عامة ، ومبادئ أساسية ، وأحكام كلية ، دون تعرض للجزئيات والتفصيلات ، مما لا تختلف فيه بيئة عن بيئة ، وتقتضيها المصالح العامة لكلِّ أمة ؛ ذلك ليكون أولو الأمر في سعة أن يفرِّعوا ويفصلوا وينزلوا هذه الكليات على جزئيات الحوادث .

الثاني : أن جلَّ النصوص الشرعية جاءت صياغةً ألفاظها وأساليب بيانها قابلةً لتعدد الأفهام في تفسيرها ، هذا مع تنوع الطرق الصحيحة في بيان ما تدلُّ عليه من أحكام .

وقد وجد المجتهدون في كلِّ ذلك نوافذ مُشرعة وطرقاً رحبةً إلى استنباط كثيرٍ من أحكام الحوادث .

وأما الناحية الثانية ، وتقديرها :

فعن أبي ثعلبة الخشني رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : « إنَّ اللهَ فَرَضَ فَرَائِضَ فَلَا تُضَيِّعُوهَا ، وَحَدَّ حُدُودًا فَلَا تَعْتَدُوهَا ، وَحَرَّمَ أَشْيَاءَ فَلَا تَنْتَهِكُوهَا ، وَسَكَتَ عَنْ أَشْيَاءَ - رَحْمَةً بِكُمْ غَيْرَ نَسْيَانٍ - فَلَا تَبْحَثُوا عَنْهَا » ( سنن الدارقطني : ٤/١٨٣ ، والبيهقي : ١٠/١٢ ) .

وقد رُوي معنى هذا الحديث من وجوه أخر ، من ذلك ما رواه أبو الدرداء رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « مَا أَحَلَّ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ فَهُوَ حَلَالٌ ، وَمَا حَرَّمَ فَهُوَ حَرَامٌ ، وَمَا سَكَتَ عَنْهُ فَهُوَ عَفْوٌ ، فَاقْبَلُوا مِنْ اللَّهِ عَافِيَتَهُ ؛ فَإِنَّ اللَّهَ لَمْ يَكُنْ لِيَنْسَى شَيْئًا . ثم تلا هذه الآية : ﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا ﴾ » [ مريم ٦٤ ] <sup>(١)</sup> .

**فمرتبة العفو** هذه أو المسكوتُ عنه ، أو منطقة " **الفراغ التشريعي** " بتعبير العصر - هو : مما لم يُذكر حكمه بتحليل ، ولا إيجاب ، ولا تحريم ، ولم تأت من الشرع نصوصٌ خاصة لملء هذه المرتبة العفو ، أو هذا الفراغ ، بل كان ذلك موكولاً إلى أهل الاجتهاد - في كلِّ عصر - لملئها بما يحقق المقاصد العامة المعتبرة في كلِّ زمان وحال .

ومع كون الشارع الحكيم قصد إلى تركها " عفواً " - فإنَّ ملئها بما يلائمها من أحكام من قبل المجتهدين لا يُخرجها عن حظيرة الشرع ، بل هي داخلةٌ فيه ، ومنطويةٌ تحت جناحه العريض <sup>(٢)</sup> .

فمرتبة العفو هذه إذًا من أحكام الله تعالى ، وأحكام دينه ، وإثباتُ ذلك - هنا - من وجهين : ( أ ) أن الإذن في هذا العفو إنما كان من قبل الشارع الحكيم ، دليلَ رحمته بالناس ، وشاهدًا وضعه الإصر والأغلال عنهم .

( ب ) أن ما يملئ هذه المرتبة بالأحكام الشرعية - إنما هي الأدلة التي جاء الشرع باعتبارها ، ودلَّت النصوص العامة للشريعة وقواعدها على رعيها ، من ذلك : الاستصلاح ، ورعي المقاصد ، والقياس ، والاستحسان ، والاستصحاب ، ورفع الحرج . ومن ذلك أيضاً : **تحكيم العرف** و**العوائد** ، إلى غير ذلك من الدلائل التي أرشد الشارع إليها ؛ لِيُتعرَّف من خلالها على حكم ما لم يُنصَّ على حكمه في الكتاب والسنة ؛ ولتكون ضوابط للنظر فيما يجدر من وقائع وحوادث .

وهنا تتنوع مآخذ الفقهاء في ملء هذه المرتبة ، وتتعدَّد المسالك والطرق الموصلة إليها دون أن تضيق هذه الشريعة المباركة ذرعاً بواحدٍ منها ، ما دام قد وُضع في موضعه ، واستوفى شرائط اعتباره .

وفي هذه المرتبة مرتبة " **العفو** " وسعة دائرتها - يأتي دور **العرف** **المعتبر** و**العوائد** **الحكمة** ، ويتسع المجال للأخذ بهما ، وهو المراد ببحثه هنا ، والنظر في أثره ومداه ، وبيان تطبيقاته المعاصرة في فقه المعاملات المالية .

---

(١) الحاكم : ٣٧٥/٢ ، البيهقي : ١٢/١٠ ، وقد حسَّن الحديثين طائفةً من حفاظ الحديث ونقاده ، انظر : جامع العلوم والحكم : ١٥٠/٢ - ١٥٢ ، ١٦٤ ، والفتوحات الربانية : ٣٦٥/٧ .

(٢) لا ينبغي أن يذهب الوهّل في فهم مرتبة " العفو " أن الشريعة أهملت الحكم فيه إهمالاً مطلقاً بحيث لم تنصب عليه دليلاً أو أمانةً تنبه المكلف على مقصدها منه ، إنما المقصود بمرتبة العفو عدم نصب دليلٍ يخصُّ نوعه ، وهو المسكوت عنه الذي يعرف حكمه بالأدلة العامة .



## المبحث الثاني : أهمية " العرف " وحاجة الفقيه إلى اعتباره

يمكن تقسيم أنحاء أهمية العرف وحاجة الفقيه إلى لحظها وإدراكها إلى الأجزاء الأربعة التالية :

- ١- حاجة الفقيه إلى العرف في فهم نصوص الشريعة نفسها .
- ٢- حاجة الفقيه إلى العرف حال تعامله مع المدونات والكتب الفقهية .
- ٣- حاجة الفقيه إلى العرف لفهم الواقع ، وتحقيق المناط ، وتنزيل الأحكام على الحوادث .
- ٤- حاجة الفقيه إلى العرف لمعرفة الناس .

أولاً : حاجة الفقيه إلى العرف في فهم نصوص الشريعة نفسها ، من خلال تأمل عوائد العرب الجارية في عهد نزول الوحي :

هذه الشريعة الشريفة شريعة عربية ﴿ وَكَذَلِكَ أَنْزَلْنَاهُ حُكْمًا عَرَبِيًّا ﴾ [ الرعد : ٣٧ ] ، نزلت بلسان عربي مبين ، ومقصد الشارع من ذلك : وضعها للإفهام ، قال تعالى : ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَسُولٍ إِلَّا بِلِسَانِ قَوْمِهِ لِيُبَيِّنَ لَهُمْ ﴾ [ إبراهيم ٤ ] ، ولا بد لمن أراد الخوض في علم الكتاب والسنة وفهم معانيهما من معرفة عادات العرب في أقوالها ، وأفعالها ، ومجاري أحوالها حالة التنزيل ، وإلا وقع في الشبه والإشكالات التي يتعذر الخروج منها إلا بهذه المعرفة .

قال الإمام الشاطبي - رحمه الله تعالى - : « لا بد في فهم الشريعة من اتباع معهود الأميين - وهم العرب ، الذين نزل القرآن بلسانهم - فإن كان للعرب في لسانهم عرف مستمر ، فلا يصحّ العدول عنه في فهم الشريعة ، وإن لم يكن ثمّ عرف لا يصح أن يجري في فهمها على ما لا تعرفه » ( الموافقات : ٨٢/٢ ) .

قال : « وهذا جار في المعاني والألفاظ والأساليب » .

وأيضاً ، يحتاج الفقيه إلى معرفة عوائد العرب حال نزول الوحي ؛ ليعرف ما أقره الشرع من تلك العوائد : من مكارم أخلاق العرب وصالح عاداتها ، وما يجري من عوائدها في معاملاتها ؛ من نحو : الكفاءة في النكاح ، والقسامة ، وجعل الدية على العاقلة ، ومشروعية السلم والاستصناع ، والمضاربة ، والمساقاة والمزارعة .

وليعرف ما أنكره الشرع ونفاه من تلك العوائد ؛ نحو : التبني ، ووأد البنات ، ونكاح السرّ ، وتبرج الجاهلية ، وربما الجاهلية ، وصور أكل أموال الناس بالباطل . وأشباه ذلك من أقسام التعامل وأنواع العوائد .

ثانياً : حاجة الفقيه إلى العرف حال تعامله مع الكتب والمدونات الفقهية :

هذا التراث الفقهي العظيم الذي خلفه أسلافنا من الأئمة الأعلام ، الذي عزّ نظيره بين الأمم ، رحابة وسعة ، وتنوعاً وتفناً ، وشمولاً وإحاطةً بأحكام الحوادث - هذا التراث - قد كان من أكبر

أسباب اتساع مدوناته ومجموعاته الفقهية ، أنها لم تقتصر على الأحكام التي فصل فيها كتاب الله وسنة رسوله ، بل دوّنت فيها أيضاً أحكام عوائد الأمم وأحوال الأزمنة والأمكنة التي كتبت فيها ، ذلك بحسب ما طرأ لهم من حاجاتٍ ، وجدّ لهم من مصالح ، وجرت به أعرافهم وعوائدهم ، ويظهر ذلك أتم ظهوره وأجلاه في كتب الفتاوى والوقائع والنوازل ، وفي مدونات الفقه ومجموعاته الكبرى .

وبدهي أن إمام أي مذهب - بل إن أي مجتهد - إنما يستنبط لوقته وزمنه ، ولا يمكنه أن يستنبط لكلّ زمان ووقت ، بل غايته وضع القواعد العامة والضوابط الكلية و المبادئ الأساسية ؛ ليسير عليها أتباعه وخلفاؤه من بعده .

والمزاويل المعاني لهذا التراث يدرك أن للأئمة المتأخرين من كلّ مذهب نظراً متأملاً فيما كان من فروع مذهبهم مبنياً على العرف معلّلاً بالعوائد ، فرجّحوا غير ما تقدم ترجيحه ، مع التزامهم بقواعد المذهب الذي انتسبوا إليه ، ولو وُجد الأئمة الأولون في عصر هؤلاء المتأخرين ، ورأوا اختلاف الزمان وتجدد المصالح لعدّلوا إلى ما قاله المتأخرون .

#### والمستفاد من هذا :

١- أن رجحان الرأي كما يكون بالدليل الخاص ، يكون برعاية العرف وأحوال الزمان ؛ ذلك لأنه مما شهد له الشرع بالاعتبار والرعي .

٢- أن العرف قد يكون سبباً للعدول عن " الصحيح من المذهب " إلى رواية أو قول أو وجه فيه في الخلاف المذهبي ، أو الترجيح بين أقوال الأئمة في الخلاف الكبير .

٣- أن لتغير الزمن وطروء المستجدات من الحوادث والأحوال أثراً فيما بني من الأحكام الاجتهادية على العوائد ودواعي المصلحة . وذلك كله يُنتج ضرورة : أن على المفتين والقضاة ترجيح النظر في آراء الأئمة ، ومسطور المدونات الفقهية من الفروع والمسائل المبنية على العرف القديم واتباع العوائد السالفة .

وما تقرّر في الشرع : من وجوب رعي المصالح ورفع الحرج عن الناس ، يدل على ذلك ويرشد إليه <sup>(١)</sup> .

---

(١) طرح الإمام القرافي سؤالاً معبراً عن جملة ما تقدم ، في كتابه المُعجَب «الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام» وأجاب عنه جواباً مطوّلاً ( ٢٣١-٢٤١ ) ، أنقل منه مواضع الحاجة .

قال - رحمه الله تعالى - : « ما الصحيح في هذه الأحكام الواقعة في مذهب الإمام الشافعي ومالك وغيرهما ، المرتبة على العوائد والعرف اللذين كانا حاصلين حالة جزم العلماء بهذه الأحكام ؟ فهل إذا تغيرت تلك العوائد ، وصارت العوائد تدل على ضد ما كانت تدل عليه أولاً ، فهل تبطل هذه الفتاوى المسطورة في كتب الفقهاء ويُفتى بما تقتضيه العوائد المتجددة ؟ أو يقال : نحن مقلدون ، وما لنا إحداث شرع لعدم أهليتنا للاجتهاد ، فنفتي بما في =

وهنا ملاحظة مهمة للغاية : أنه لا ينبغي أن يفهم من اختلاف الأحكام باختلاف العوائد والأحوال - أنه اختلاف في أصل خطاب الشرع ، كنسخه مثلاً للأحكام الأصلية ، فليس لأحد نسخ شيء من الشريعة بعد النبي ﷺ ، والأحكام باقية ما بقيت الدنيا ، بل المراد بذلك أن العوائد إذا اختلفت اقتضت كل عادة حكماً يلائمها ، ورجعت كل عادة إلى أصل شرعي يُحكم به عليها . فالذي تغير هو تطبيق الحكم السابق لعدم تحقق شروطه ، و الحكم الشرعي في أصله لم يُنسخ ولا طرأ عليه تغيير ، « بل المجتهد فيه ينتقل له الاجتهاد ؛ لاختلاف الأسباب » ( الفروق : ٤٦/١ ) .

ثم إنَّ المذكور هنا المأثور عن الأئمة من تجديد النظر في مسطور المذاهب ومدونات الفقه ، وإن كان لا يشترط له الاجتهاد<sup>(١)</sup> لكنه أيضاً ليس كلاً مباحاً لكل أحد ، بل يشترط فيمن يقدم على ذلك « أن يكون ممن له رأيٌ ونظرٌ صحيحٌ ، ومعرفةٌ بقواعد الشرع ؛ حتى يميز بين العرف الذي يجوز بناء الأحكام عليه ، وبين غيره » ( رسائل ابن عابدين : ٤٥/١ ) مضافاً إلى كل ذلك ورعٌ بالغ وتقوى ملازمة .

**ثالثاً : حاجة الفقيه إلى العرف لفهم الواقع ، وتحقيق المناط ، وتزويل الأحكام على الحوادث :**

الحاكم والمفتي لا يمكن للأول الحكم ، ولا للآخر الفتوى إلا بعد تصوّر المحكوم فيه ، والإحاطة علماً بالواقعة والنازلة المراد النظر فيها ؛ إذ الحكم فرع التصور ، فهما - أي الحاكم والمفتي - يحتاجان إلى نوعين من الفقه لا بد لهما منهما :

الأول : فقه في الواقع وأحوال الناس ، يميز به ما يقع بينهم ، بسبب من لحظ القرائن ، ورعي الإمارات ، وسؤال أهل الاختصاص والخبرة ، حتى يكون الفقيه وصاحب الاختصاص - في هذه النازلة - على سواء فيما يُحتاج إليه منها ، وهو من معنى تحقيق المناط .

---

= تلك الكتب المنقولة عن المجتهدين » . وأجاب عنه بقوله : « إنَّ إجراء الأحكام التي مُدركها العوائد مع تغير تلك العوائد خلاف الإجماع وجهالة في الدين ، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه - عند تغير العادة - إلى ما تقتضيه العادة المتجددة ، وليس هذا تجديداً للاجتهاد من المقلدين حتى يشترط فيه أهلية الاجتهاد ، بل هذه قاعدة اجتهاد فيها العلماء وأجمعوا عليها ، فنحن نتبعهم فيها من غير استئذان اجتهاد » .

قال : « ... وجميع أبواب الفقه المحمولة على العوائد إذا تغيرت العادة تغيرت الأحكام في تلك الأبواب » .

وقد قال الإمام ابن القيم - رحمه الله تعالى - في تأييد ذلك : « وهذا محض الفقه ، ومن أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم ، فقد ضلَّ وأضلَّ ، وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية مَنْ طَبَّبَ الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم ، وأزمنتهم وطبائعهم بما في كتاب من كتب الطبِّ على أبدانهم ، بل هذا الطبيب الجاهل ، وهذا المفتي الجاهل أضرَّ ما على أديان الناس وأبدانهم ، والله المستعان » ( إعلام الموقعين : ٨٩/٣ ) .

(١) كما تقدّم من قول الإمام القرافي .



الثاني : فهم الواجب في هذا الواقع ، وهو فهم حكم الله ورسوله في هذا الأمر .  
فالفقيه إذاً : هو من يتوصّل بمعرفة الواقع والتفكّه فيه إلى معرفة حكم الله ورسوله ، ويطبّق أحدهما  
على الآخر ، ويعطي الواقع حكمه من الواجب ( ر.إعلام الموقعين : ١/٨٧-٨٨ ) .

والناظر المتأمل حال القضاء والإفتاء - في هذا العصر - ولا أخصُّ بلدًا بعينه - قد يرى دخول  
الخلل إلى الحكم والفتوى ؛ من جراء عدم إدراك الواقع ، والخطأ الذي يُنتجُه ذلك في التصوّر  
والتكييف ابتداءً ، وفي الحكم ضرورةً وتبعاً : إما بإدخال هذا الواقع وهذه النازلة في دائرة الحظر ،  
وهي ليست كذلك ، أو بإدخالها دائرة العفو والإباحة ، وهي من دائرة الحرام بمكان ، ويتناولها  
الحظر تناولاً أولاً .

والناظر المتأمل قد يرى أيضاً : التسرّع والمجازفة إفتاءً أو حكماً في الأمور المستجدة من المعاملات  
الحديثة ، من أعمال البنوك والأسواق المالية « البورصات » ، وأنواع الشركات ، والعقود الجديدة ،  
وكذا النوازل الواقعة في المجال العلمي والطبي من نحو زراعة الأعضاء ، وشتل الجنين ، وموت جذع  
الدماغ وغيرها .

والحكم على هذه ونظائرها - حظراً أو إباحتاً - دون قيام تصور واضح في نفس الحاكم أو  
المفتي يمكنه من هذا الحكم ، أمرٌ غير جائز شرعاً ، وقد ذمَّ الله تعالى جنس من يتصف بذلك ، قال  
عزَّ وجلَّ : ﴿ بَلْ كَذَّبُوا بِمَا لَمْ يُحِيطُوا بِعِلْمِهِ وَلَمَّا يَاْتِهِمْ تَأْوِيلُهُ ﴾ [ يونس ٣٩ ] .

#### رابعاً : حاجة الفقيه إلى العرف لمعرفة الناس :

ومن معرفة الواقع - المحكوم فيه والمسؤول عنه - الذي يشترط في القاضي والمفتي - معرفة  
الناس : معرفة أحوالهم ، وأعرافهم ، وعوائدهم ، وأنواع تصرفاتهم ، وسنن معاشهم ، وطرائق  
سلوكهم الاجتماعي : من نكاح وعشرة وطلاق . ومعاملاتهم : من البيوعات والإيجارات والتبرعات  
ونحوها ، ومن صيغ ألفاظهم وتعبيراتهم ، وسائر ما تواضعوا عليه .

وذلك أن الفقيه لا يجتهد في فراغ ، ولا ينظر لمجتمعٍ مثال ، بل في وقائع تتزل بالأفراد والمجتمعات  
من حوله ، ويحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من فجور ، وهؤلاء الناس تؤثر في أفكارهم  
وسلوكياتهم تياراتٌ وعوامل مختلفة : نفسية ، واجتماعية ، وثقافية ، وفكرية ، واقتصادية ،  
وإعلامية ، وسياسية ، التي تموج بها الأيام موج البحر ، وتؤثر في طبائع الناس وتصنع أعرافهم  
وتشكّل عوائدهم .

فلا بد للفقيه أن يكون عارفاً بأحوال عصره ، مُلمّاً بثقافة زمنه ووقته ، مُدرِكاً لطبيعة مجتمعه  
الذي يعيش فيه ، وظروفه ومشكلاته ، وتياراته ، وعلاقاته بالمجتمعات الأخرى . فمعرفة الناس  
والحياة - من هذه الجهات - بغرض الإفادة منها في الحكم والفتيا أصلٌ عظيم من أصول العلم  
ودعامة مهمة من دعائم الفتوى .

وقد قال الإمام أحمد - رحمه الله تعالى - : لا ينبغي للرجل أن ينصب نفسه للفتيا حتى يكون فيه خمس خصال ، وذكر منها : " معرفة الناس " وشرح ذلك الإمام ابن القيم بقوله : « الخامسة : معرفة الناس : فهذا أصلٌ عظيم يحتاج إليه المفتي والحاكم ، فإن لم يكن فقيهاً فيه ، فقيهاً في الأمر والنهي ، ثم يطبق أحدهما على الآخر ، وإلا كان ما يُفسد أكثر مما يُصلح ، فإنه إذا لم يكن فقيهاً في الأمر ، له معرفةٌ بالناس = تصوّر له الظالم بصورة المظلوم وعكسه ، والمحقُّ بصورة المبطل وعكسه ، وراج عليه المنكر والخداع والاحتيال ، ... وهو لجهله بالناس وأحوالهم وعوائدهم وعرفياتهم لا يميز هذا عن هذا ، بل ينبغي له أن يكون فقيهاً في معرفة مكر الناس ، وخداعهم واحتيالهم ، وعوائدهم وعرفياتهم ، فإنَّ الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان ، والعوائد والأحوال ، وذلك كله من دين الله » (إعلام الموقعين : ٢٠٤-٢٠٥/٤) .

ولعل الحافظ الخطيب البغدادي - رحمه الله تعالى - لم يكن مبالغاً حين قال في ذلك : « إن الفقيه يحتاج أن يتعلّق بطرفٍ من معرفة كلِّ شيء من أمور الدنيا والآخرة ، وإلى معرفة الجسد والهزل ، والخلاف والصدِّ ، والنفع والضرِّ ، وأمور الناس الجارية بينهم ، والعادات المعروفة منهم » (المتنقّه : ١٥٨/٢) .

وأخيراً : فإنَّ الفقيه كلّما كان أكثر اتصالاً بالناس ، وأعرف بأحوالهم وعوائدهم ، كان رأيه حريّاً بالتقديم ، مقارِباً للصواب ، جديراً أن يعلم حدود ما أنزل الله على رسوله ؛ لأنه إذ ذاك يكون عالماً بأعدار الناس وضعفهم ، ومواضع ضرورتهم وحرصهم ، أميلَ إلى الرفق والعدل ، قاصداً الوسط معهم ؛ فإنَّ سعة العلم تنتج سعة الرحمة ، وتدلُّ عليها : ﴿ رَبَّنَا وَسِعْتَ كُلَّ شَيْءٍ رَحْمَةً وَعِلْمًا ﴾ [ غافر ٧ ] .

قال الإمام الشاطبي - رحمه الله تعالى - في بيان حاجة المفتي إلى التوسط ، وذكر ما يدل عليه : « المفتي البالغ ذروة الدرجة : هو الذي يحمل الناس على المعهود الوسط ، فيما يليق بالجمهور ، فلا يذهب بهم مذهب الشدة ، ولا يميل بهم إلى طرق الانحلال ؛ لأنَّ المُستفتي إذا ذهب به مذهبُ العنت والخرج بُعِضَ إليه الدين ، وأدى إلى الانقطاع عن سلوك الآخرة ، وهو مشاهدٌ . وإذا ذهب به مذهب الانحلال كان مظنةً للمشي مع الهوى والشهوة ، واتباعُ الهوى مُهلكٌ .

فمقصد الشارع من المكلف الحملُ على التوسط من غير إفراط ولا تفريط ، فهذا الصراط المستقيم الذي جاءت به الشريعة ؛ ولذلك كان كلُّ ما خرج عن المذهب الوسط مذموماً عند العلماء الراسخين » (الموافقات : ٢٥٨-٢٥٩ باختصار) .

وقال أيضاً - لله أبوه - : « والتوسط يعرف بالشرع ، وقد يعرف بالعوائد ، وما يشهدُ به معظم العقلاء » (الموافقات : ١٦٨/٢) .

\* \* \*



القسم الأول : العرف : المصطلحات – الحجية والاعتبار .  
وفيه : تمهيدٌ ، ومقصدان .

التمهيد : منشأ العرف والعادة ، وتكوُّنهما ، والفرق بينهما في ذلك .  
المقصد الأول : المصطلحات .  
المقصد الثاني : الحجية والاعتبار .



تمهيداً في :

منشأ العادة والعرف ، وتكوُّنهما ، والفرق بينهما في ذلك

كلُّ عملٍ اختياريٍّ لا بدَّ له من باعث ، وهذا الباعث إما خارجيٌّ ؛ كظهور منفعة من شيءٍ أو عملٍ ، وإما داخليٌّ نفسيٌّ ؛ كالحياء الشديد الباعث على السكوت أو التحجب في بعض المواطن من بعض الأشخاص .

فإذا ارتاح الإنسان للفعل الذي مال إليه بذلك الباعث ، وكرَّره أصبح بالتكرار عادةً له .  
فإذا حاكاه غيره فيه بدافع حب التقليد ، وتكررت هذه المحاكاة وانتشرت بين معظم الأفراد يتكوَّن عندئذ بها العرف ، الذي هو في الحقيقة عادة الجماعة .

وكما يجري ذلك في الأفعال يجري في الأقوال أيضاً : فالإنسان مضطربٌ إلى التفاهم مع مَنْ يعيش بينهم ، ولذا لجأ البشر إلى طريق التعبير بالألفاظ التي هي أصوات يعتادون التعبير بها حتى تصبح لغةً عامةً بينهم .

والعادات التي تشيع في البلاد أو بين أصنافٍ مخصوصةٍ من الناس لا تنشأ عن دواعٍ واحدةٍ وبطريقةٍ واحدةٍ .

لكن معظم العادات إنما تنشأ عن الحاجة ؛ إذ يعرض للناس ظرفٌ خاصٌ يدعوهم إلى عملٍ خاصٍ ، فيتكرر العمل ويشيع حتى يصبح عرفاً دارجاً .

وهذه الحاجات تختلف بحسب البيئات الطبيعية ومرافقها ، وبحسب البيئات الاجتماعية وأنظمتها ومميزاتها .

وقد تنشأ العادات والأعراف بأمر صاحب السلطان الحاكم ، أو برغبته وتوجيهه .  
وقد تكون العادات والأعراف وراثيةً محضةً عن الأسلاف دون أن تدعو إليها حاجةٌ حقيقيةٌ ، أو ناشئة عن الأهواء والشهوات وفساد الأخلاق .

وللعادات والأعراف سلطانٌ على النفوس ، وتحكمٌ في العقول ، فمتى رسخت العادة اعتُبرت من ضرورات الحياة ؛ لأن العمل - كما يقول علماء النفس - بكثرة تكراره تألفه الأعصاب والأعضاء ، ولا سيما إذا اقتضته الحاجة ، ومن ثمَّ يقولون : « إن العادة طبيعة ثانية » ، ويقول فقهاؤنا : « إن في نزع الناس عن عاداتهم حرجاً عظيماً » .

ويتضح من ذلك أن العادات والأعراف منها الحسن ومنها القبيح ؛ إذ ليس كلُّ ما يعتاده الناس ويتعارفونه يكون ناشئاً عن حاجة صادقة ومصلحة حكيمة بحيث يعدُّ الأمر المعتاد وسيلةً ميسرةً لها .

فكلُّ ذلك يعتبر في نظر الفقهاء من قبيل العادات ، وقد راعاها المجتهدون في الفتيا والقضاء ، وقرَّروا لها الفقهاء ما يُناسبها من أحكام .

ويُفهم من هذا : أن تحقُّق العرف يعتمد على نصابٍ عدديٍّ من الناس لا بدَّ منه ، وهو : أن يكون موضوع العرف قد اعتاده جمهور الناس في مكانٍ جريانه . فإذا لم يكن الأمر المعتاد فاشياً بين أكثر القوم لا يتكوَّن به عرفٌ معتبرٌ ، بل يكون من قبيل العادة الفردية ، أو العادة المشتركة .

ويفيد هذا أخيراً أن العادة لا تسمى عرفاً إلا في الأمور المنبعثة عن التفكير والاختبار ، كالتعامل مثلاً على تقدير الكميات في بعض الأشياء بالوزن ، وفي بعضها بالكيل ، وفي بعضها بالعدد الخ ... وكالتعامل على بعض أنواعٍ من العقود كالاتصناع .

فيخرج عن معنى العرف ما يكون من الأمور الشائعة ناشئاً عن عوامل الطبيعة لا عن التفكير والاختبار ، كإسراع بلوغ الأشخاص في الأقاليم الحارة وبطئه في الأقاليم الباردة ، فمثل هذا الأمر ، وإن كان مطَّرداً أو غالباً في بعض البيئات ، لا يسمَّى عرفاً ، بل يسمَّى " عادة " ، كما يأتي ( ملخصٌ بتصرفٍ عن المدخل الفقهي / الزرقا : ٢/٨٣٣-٨٤٣ ) .

\* \* \*

## المقصد الأول : المصطلحات

### التعريف بالعرف :

#### في اللغة :

يمكن تلخيص أهم المعاني التي تدور عليها مادة ع ر ف - بضمّ العين أو فتحها أو كسرها - فيما يلي :

١- العُرف بضمّ العين : المعروف ، وهو : كلُّ ما تعرفه النفس من الخير ، وتطمئنّ إليه ، والعرف والعارفة والمعروف واحد ، ضدُّ النكر .

٢- العُرف أيضاً - بضمّ العين - : الاسم من الاعتراف ، والرمل المرتفع ، ومنبت الشعر ، والریش من العنق ، نحو : عُرف الديك والفرس والدابة وغيرها .

٣- العُرف - بفتح العين - : الرائحةُ ، وأكثر ما تستعمل في الطيبة .

٤- العرف - بكسر العين - : الصبر .

٥- أنَّ هذه المعاني ونحوها ترجع - عند ابن فارس - إلى أصلين اثنين ؛ هما :

(أ) تتابع الشيء متصلاً ببعضه ببعض .

(ب) السكون والطمأنينة .

( انظر : معجم مقاييس اللغة : ٢٨١/٤ ، اللسان ، والتاج : ع ر ف ، مفردات الراغب : ٥٦٠-٥٦٢ ) .

هذا ، ولقد يمكن ضم أمر آخر إلى هذين الأصلين ، فالذي يبدو من تأمل معاني هذه المادة وما نقله فيها أئمة اللغة - دلالة هذه المادة أيضاً على : « العلو والارتفاع » .

### التعريف الاصطلاحي :

الذي يقرب من الحدِّ الصحيح للعرف - في نظر الباحث - هو أحد تعريفيْن اثنين :

الأول : « العرف : ما يغلب على الناس ، من قولٍ ، أو فعلٍ ، أو تركٍ » ( حاشية التوضيح

والتصحيح / ابن عاشور : ٢٤٨/١ ) .

### شرح التعريف :

ما يغلب : أي ما يتكرّر ويشيع في معظم الأحوال ؛ وذلك دليل غلبته .

من قولٍ : يشمل الألفاظ المفردة و الجمل المركبة ، وهو : « العرف القولي » .

أو فعلٍ : وهو « العرف العملي » ، كالمعاطاة والاستصناع .

أو تركٍ : مثالُ العرف الجاري بالترك : عرف الناس في تسامحهم في التقاط المحقرات ، وما يترك رغبةً عنه نحو : ما يقع من الثمار خارج البساتين ، فيجوز التقاط ذلك ؛ لدلالة الترك عرفاً على الإذن فيه .



ولقد يمكن تعديله ليكون شاملاً للعرف الخاص ، فيقال : " العرفُ : ما يغلب على الناس ، أو طائفة منهم : من قولٍ ، أو فعلٍ ، أو تركٍ " .

التعريف الثاني : وهو للعلامة الفقيه المحقق الأستاذ مصطفى الزرقا - رحمه الله - هو قوله : « العرف : عادة جمهور قومٍ في قولٍ أو فعلٍ » ( المدخل : ٢ / ٨٤٠ ) .

بقي أن يقال - في هذين التعريفين المختارين - :

(أ) ما يغلب على الناس ، أو طائفة منهم ؛ من قولٍ أو فعلٍ أو تركٍ .

(ب) عادة جمهور قومٍ في قولٍ أو فعلٍ .

بقي إن أريد بهما بيانُ حدِّ العرفِ المعترفِ شرعاً أن يضمَّ إلى كلِّ منهما « ... فيما لا يصادم نصاً أو قاعدةً من قواعد الشرع » .

### التعريف الاصطلاحي للعادة :

عُرِّفَت العادة بعدة تعريفات ، المختار منها تعريف ابن أمير الحاج في شرح التحرير ، وهو قوله : « العادة : هي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية » ( التقرير والتحرير : ١ / ٢٨٢ ) .

شرح التعريف :

الأمر : الشأن والحال ، وجمعه أمور ، وهو لفظ عام للأفعال والأقوال كلها .

المتكرر : تكرر الشيء : حصوله مرةً بعد أخرى ، فخرج بالمتكرر ما حصل مرة ، فلا تثبت به العادة .

من غير علاقة عقلية : خرج به ما إذا كان التكرار ناشئاً عن علاقة عقلية ، وهي التي يحكم فيها العقل بهذا التكرار ، كتكرر حدوث الأثر كلما حدث مؤثره بسبب أن المؤثر علة لا يتخلف عنها معلولها . مثالها : تحرك الخاتم بتحريك الأصبع ، وتبدل مكان الشيء بحركته .

ولفظ « الأمر » من أوسع ألفاظ اللغة عموماً وشمولاً . فالعادة إذاً : تطلق على كلِّ ما يعتاد :

(أ) سواء أكان صادراً عن الفرد أو الجماعة :

١- فهي تطلق على ما يعتاده الفرد من الناس في شؤونه الخاصة ؛ كعادته في حديثه ، وكثير من أفعاله ، كعادته في نومه وأكله ونوع مأكوله ، وهذه هي العادة الفردية .

٢- وتطلق أيضاً على ما تعتاده الجماعة أو العامة ، أو الجمهور ، وهي هنا ترادف العرف ؛ إذ

العرف - كما سبق - هو عادة الجمهور .

(ب) وتطلق العادة أيضاً - بصفة عامة - على كل حالٍ متكررةٍ ، مهما اختلف مصدرها ،  
أو سبب نشأتها :

١- فهي تطلق على ما كان مصدره أمراً طبيعياً ، كحرارة الإقليم أو برودته ، اللتين ينشأ عنها  
عادةً إسراع البلوغ أو إبطائه ، وكطبيعة الأرض التي تقتضي غلبة نوع من الأموال في الإقليم ،  
وصناعة أهله .

٢- وتطلق العادة أيضاً : على ما كان مصدره في الأصل ناشئاً عن اتجاهٍ عقليٍّ وتفكيرٍ ، أو كان  
مصدره الأهواء والشهوات وفساد الأخلاق ، كتفشي الكذب والسعي بالضرر والفساد ، وأكل  
الأموال بالباطل والظلم ، مما قد يسميه الفقه : فساد الزمان .

٣- وتطلق العادة أيضاً : على ما كان مصدره حادثاً خاصاً ، كفساد الألسنة ، وفشو اللحن  
الناشئ من اختلاط العرب بالأعاجم ( انظر في ذلك : العرف / لأبي سنة : ١٠-١١ ، والمدخل / الزرقا  
٢ : ٨٣٩-٣٤٠ ) .

فالعادة إذن أعمُّ من العرف ؛ لأنَّ العادة تشمل : العادة الناشئة عن عاملٍ طبيعيٍّ ، والعادة  
الفردية ، وعادة الجمهور التي هي العرف .

وعليه ، تكون النسبة بين العادة والعرف : العموم والخصوص المطلق ؛ لأنَّ العادة أعمُّ مطلقاً  
وأبداً ، والعرف أخصُّ ؛ إذ هو عادةٌ مقيدةٌ ، فكلُّ عرفٍ هو عادةٌ ، وليست كلُّ عادةٍ عرفاً ؛ لأنَّ  
العادة قد تكون فرديةً أو مشتركةً .

\* \* \*



### المقصد الثاني : حجية العرف وشرائط اعتباره

يمكن ردُّ طرائق الاستدلال على اعتبار العرف وحجيته إلى طريقتين اثنتين :

(أ) ردُّ العرف إلى أصول الأدلة ، وكليات الشريعة وقواعدها .

(ب) ذكر الأدلة الفرعية الجزئية الدالة على اعتبار العرف .

هذان مبحثان أضمُّ إليهما : من نصوص الأئمة في اعتبار العرف وبيان أهميته .



أولاً : ردُّ العرف إلى أصول الأدلة وكليات الشريعة وقواعدها :

يمكن حصر الاستدلال بهذه الطريقة في الأدلة الكلية التالية :

- ١- السنة التقريرية .
- ٢- الإجماع .
- ٣- رفعُ الحرج .
- ٤- اعتبار المصالح .
- ٥- أصلُ المنافع والمضار .
- ٦- طبيعة الشريعة وطريقتها في ترتيب الأحكام على العوائد ، ودلالة أطراد التكليف على اعتبار العادات ، وهو من دليل الاستقراء .
- ٧- نصوص الشريعة المطلقة الموحية بتحكيم العرف .

#### ١- السنة التقريرية :

المراد بالسنة التقريرية : « أن يسكت النبي ﷺ عن إنكار قول قيل بين يديه أو في عصره ، وعلم به ، أو يسكت عن إنكار فعلٍ فعل بين يديه أو في عصره ، وعلم به - فإن ذلك يدلُّ على الجواز .

ومما يندرج تحت التقرير : إذا قال الصحابي : كنا نفعل كذا ، أو كانوا يفعلون كذا ، وأضافه إلى عصر رسول الله ﷺ ، وكان مما لا يخفى مثله عليه » ( إرشاد الفحول : ٤١ ) .

والعوائد والأعراف التي كانت سائدة في عصره ﷺ من هذا القبيل ؛ لأنَّ الظاهر اطلاعه ﷺ عليها ؛ لشيوعها وانتشارها ، وذلك مثلُ : أنواع التجارات والصنائع التي كانت موجودة في عهده ﷺ ، مثل « السِّلْم » ، وقد كان معاملةً جاريةً في المدينة ، « وقدم النبي ﷺ وهو يُسلفون في الثمار السنة والسنتين ... » ، ورخص ﷺ في بيع العرايا بعد نهيهِ عن المزانية ؛ لأنه كان عرفاً شائعاً بينهم ، والحاجة عندهم داعية إليه ، وقد أقر ﷺ القسامة على ما كانت عليه في الجاهلية ، ووضع الدية على العاقلة .

ومن ذلك : إقراره ﷺ لهم لبس الثياب التي نسجها الكفار ، والتعامل بما ضربوه من الدراهم والدنانير وإن كان عليها نقوشهم .

ومما يزيد أدلة اعتبار العرف بالسنة التقريرية قوةً - فعلُ النبي ﷺ بعض ما أقرهم عليه ، فقد تعارفوا عقد الاستصناع ، وشاركهم النبي ﷺ في العمل به ؛ إذ ثبت أنه استصنع منبراً وخاتماً ( الصحيح مع الفتح : ٣١٩/٤ ، ٣٢٥/١٠ ، ٣٢٤ ، ٣١٨ ) .

## ٢- الإجماع :

مما عُرِّفَ به الإجماع ، وهو من حدوده المحرّرة - القولُ بأنه « اتفاق مجتهدي أمة محمد ﷺ ، بعد وفاته ، في عصرٍ من الأعصار ، على أمرٍ من الأمور » ( شرح تنقيح الفصول : ٣٢٢ ) .  
قال الإمام الشوكاني - رحمه الله تعالى - : « قوله : « على أمرٍ من الأمور » يتناول : الشرعيات والعقليات والعرفيات واللغويات » ( إرشاد الفحول : ٧١ ) .  
فالإجماع الذي يردُّ إليه العرف إذاً - هو : الإجماع التقرييري العملي ؛ ذلك لأنَّ الاتفاق في الفعل من أنواع الإجماع .

والإجماع العملي على اعتبار العرف قد يكون برؤية أهل الإجماع العرف الذي جرى عليه الناس ، وإقراره ، ولا ينكره أحدٌ منهم من غير مانع ، وإما أن يكون بمشاركة أهل الإجماع للناس في العرف الذي جرى به العمل بينهم ، وهو راجع إلى الإجماع السكوتي ، لكنه ليس مما حصل فيه السكوت مرةً أو مرتين - حتى يرد الخلاف في الاحتجاج به ، بل هو مما كثر فيه السكوت وتكرّر ، حتى غدا تعاملًا وعادةً وعرفًا ، فهو يفيد العلم بالرضا على الأمر المسكوت عنه .

## ٣- رفع الحرج :

إنَّ العادات والأعراف الحسنة أو المباحة التي يشهد لها الشرع الشريف بالاعتبار والقبول - ينبغي رعيها واحترامها ، بل تحكيمها والاعتداد بها في دائرة اعتبارها الشرعية ؛ « ذلك لأنَّ في نزع الناس عن عاداتها حرجاً بيناً » ( نشر العرف : ١٤٠/٢ ) ، « وأنَّ تغيير ما اعتاده أهل العصر في عامة بلاد الإسلام لا حرج فوقه » ( المصدر نفسه : ١٢٠/٢ ) ، ومن مقررات الشريعة وقواعدها العظيمة « رفع الحرج » ، وأن « المشقة تجلب التيسير » .

وفي تقرير الاستدلال بقاعدة رفع الحرج على اعتبار العرف - يقول الإمام الشاطبي : « إنَّ العوائد لو لم تعتبر لأدى إلى تكليف ما لا يطاق ، وهو غير جائزٍ ، أو غير واقعٍ » ( الموافقات : ٢٨٨/٢ ) .

## ٤- اعتبار المصالح :

في ذلك قولُ العلامة الشيخ علي الخفيف - رحمه الله تعالى - : « إن بناء الأحكام على العرف الصحيح إنما هو في الواقع بناءً لها على المصالح ، لا على عمل الناس » ( أسباب اختلاف الفقهاء : ٢٥٥ ) .

وقول العلامة الشيخ أبو زهرة - رحمه الله تعالى : « ولا شك أن مراعاة العرف الذي لا فساد فيه ضربٌ من ضروب المصلحة ، لا يصح أن يتركه الفقيه بل يجب الأخذ به » ( مالك : ٣٥٣ ) .  
وهذا الاستدلال في أصله للإمام الشاطبي أيضاً ( انظر : الموافقات : ٢٨٧/٢-٢٨٨ ) .

## ٥- أصل المنافع والمضار :

المُدْرَك الصحيح العام الذي يعمل به حال فقد الدليل : أن الأصل في المنافع الإباحة ؛ لقوله تعالى : ﴿ خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً ﴾ [البقرة ٢٩] ، وفي المضارّ : التحريم ؛ لقوله ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ » ، وعليه : فالأمر الذي يتعارفه الناس إن كان فيه مصلحة لهم يردُّ إلى أصل الإباحة ، وإن كان فيه ضررٌ ردَّ إلى أصل الحظر .

## ٦- طبيعة الشريعة وطريقتها في ترتيب الأحكام على العوائد ، ودلالة أطراد التكاليف على

### اعتبار العادات :

هذا المسلك من الاستدلال هو أيضاً للإمام الشاطبي - رحمه الله تعالى - وقد قرّر اعتبار العوائد من عدة أوجه .

وفي طبيعة الشريعة وطريقتها في ذلك : يستقرئ وقوع المسببات عن أسبابها العادية ، واعتبار الشريعة ذلك في ترتيب الأحكام على هذه الأسباب ، وهو دليل اعتبار العوائد من جهة الشريعة . يقول - رحمه الله تعالى - مبيناً مقررّاً ذلك بمنهجه وطريقته المستقلة : « العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعاً ... ، فالعادة جرت بأن الزجر سبب الانكفاف عن المخالفة ؛ كقوله تعالى : ﴿ وَكَلَّمُ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةً ﴾ [البقرة ١٧٩] ... » ( الموافقات : ٢/٢٨٧ ) .

ويشرح الشيخ عبد الله دراز - رحمه الله تعالى - ذلك بقوله : « أي : فلو لم تكن هذه العادات معتبرة شرعاً لما رتب الشارع عليها شرعية الأسباب التي نيطت بها تلك العادات ، لكن هذه الآيات وما أشبهها - دليل قاطع على أنه رتب الأحكام عليها ، فتكون معتبرة شرعاً » ( من تعليقه على الموافقات : ٢/٢٨٧ ) .

## ٧- نصوص الشريعة المطلقة الموحية بتحكيم العرف :

كان من حكمة الحكيم العليم - سبحانه - أن شرع للناس أحكاماً مطلقة عن البيان والتفصيل ، يمكن تطبيقها مهما اختلفت الظروف وتبدلت الأحوال ، وبكل إلى الراسخين في علم الفقه تزيلاً هذه الأحكام على الحوادث ، وتطبيقها كما يقضي به العرف ، وتقتضيه المصلحة .

وجاءت هذه النصوص المطلقة من الكتاب والسنة موحيةً بتحكيم العرف ؛ إذ ليس ثم ما يرجع إليه في تطبيقها غيره ؛ إذ ليس ثم ضابط لها من الشرع ولا من اللغة - فلم يبق إلا العرف ! .

وهذا بابٌ عظيمٌ من أبواب العرف وتحكيمه ، ينبني عليه شطرٌ كبيرٌ من الأحكام ، وهو كذلك برهانٌ ثابت ، وحنةٌ دامغةٌ على عظمة هذه الشريعة وجلالتها ، وأما صالحته لكل زمان ومكان .

وهذه الطريقة في الاستدلال ، وما تُنتجه من ضابطٍ أو قاعدةٍ - ليست بدعاً من القول ، بل هي من متداولات أهل العلم . قال الشيخ تقي الدين - رحمه الله تعالى - في تقرير هذه القاعدة ، وبيان وجه هذا الدليل : « الأسماء التي علّق الله بها الأحكام في الكتاب والسنة : منها ما يُعرف حدّه



ومسمّاه بالشرع ، فقد بيّنه الله ورسوله : كاسم الصلاة والزكاة والصيام والحج ، والإيمان والإسلام ، والكفر والنفاق .

ومنه ما يُعرف حدُّه باللغة ؛ كالشمس والقمر ، والسماء والأرض ، والبرّ والبحر .

ومنه ما يرجع حدُّه إلى عادة الناس وعرفهم ، فيتنوع بحسب عاداتهم ؛ كاسم البيع والنكاح والقَبْض ، والدرهم والدينار ، ونحو ذلك من الأسماء التي لم يحدّها الشرع بحدٍّ ، ولا لها حدٌّ واحدٌ يشترك فيه جميع أهل اللغة ، بل يختلف قدره وصفته باختلاف عادات الناس » ( مجموع الفتاوى : ٢٣٥/١٩-٢٣٦ ) .

\* \* \*

ولبيان هذه القاعدة وتحقيق ثبوت هذا الأصل - أذكر جملةً مناسبةً من نصوص الكتاب والسنة ، المرجعُ في بيان حكمها المطلق إلى العرف ؛ ليظهر كيفية دَرَك المراد منها ، وثبوت كون العرف دليلاً يُرجع إليه في بيان كيفية تطبيقها على جزئيات الحوادث . ويمكن ضمُّها ولَمْ متفرِّقها إلى قسمين رئيسين :

**الأول : كلمة « المعروف » ودورانها في جملة من نصوص الكتاب والسنة .**

**الثاني : مطلقات أخرى متعددة وردت بها النصوص .**

قال العلامة ابن النجار - رحمه الله تعالى - مُبيناً عن كلية مهمة في هذا الدليل : « كلُّ ما تكرر من لفظ « المعروف » في القرآن - فالمرادُ به ما يتعارفه الناس في ذلك الوقت من مثل ذلك الأمر » ( شرح الكوكب : ٤/٤٥٠ ) . وقال : « وضابطُه : كلُّ فعلٍ رتب عليه الحكم ولا ضابط له في الشرع ولا في اللغة » ( ٤/٤٥٢ ) .

وقريب من هذا قول الإمام العز بن عبد السلام - رحمه الله تعالى - : « الغالب في كل ما ردّ في الشرع إلى « المعروف » - أنه غير مقدّر ، وأنه يُرجع فيه إلى ما عُرف في الشرع ، أو إلى ما يتعارفه الناس » ( قواعد الأحكام : ١/٦١ ) .

\* \* \*

**الفرع الأول : المعروف في القرآن الكريم .**

وقد كان فيه تتبع له باستقراء تام لأفراده ، وذكر تعلُّقها بالعرف ، واقتضى ذلك تقسيم الآيات الكريمة المرادة إلى وحدات موضوعية .

الكلمة الكريمة الطيبة « المعروف » وردت في القرآن الكريم ثمانياً وثلاثين مرة ، معرّفةً ومنكّرةً ، مرفوعةً ومنصوبةً ، المكّيّ منها : موضعٌ في الأعراف ، وموضعان في لقمان ، وسائر المواضع مدنية ، وهذا سردها بذكر اسم السورة ورقم الآية منها :

- البقرة : ١٧٨ ، ١٨٠ ، ٢٢٨ ، ٢٢٩ ، ٢٣١ ، ٢٣٢ ، ٢٣٣ مرتين ، ٢٣٤ ، ٢٣٥ ، ٢٣٦ ، ٢٤٠ ، ٢٤١ ، ٢٦٣ .
  - آل عمران : ١٠٤ ، ١١٠ ، ١١٤ .
  - النساء : ٥ ، ٦ ، ٨ ، ١٩ ، ٢٥ ، ١١٤ .
  - الأعراف : ١٥٧ .
  - التوبة : ٦٧ ، ٧١ ، ١١٢ .
  - الحج : ٤١ .
  - لقمان : ١٥ ، ١٧ .
  - الأحزاب : ٦ ، ٣٢ .
  - محمد : ٢١ .
  - الممتحنة : ١٢ .
  - الطلاق : ٢ ، ٦ .
- (أ) القول المعروف :

هذه وحدة موضوعية من مجالات المعروف ، وأماكن دوران هذا المصطلح في القرآن الكريم ، وقد جاء في ستة مواضع :

- البقرة : ٢٣٥ ، ٢٦٣ .
- النساء : ٥ ، ٨ .
- الأحزاب : ٣٢ .
- محمد : ٢١ .

#### (ب) الأمر بالمعروف :

هذه وحدة موضوعية أخرى تتعلّق بالمعروف من جهة الأمر به ، وقد جاء دوران هذا المصطلح في أحد عشر موضعاً من القرآن الكريم :

- آل عمران : ١٠٤ ، ١١٠ ، ١١٤ .
- النساء : ١١٤ .
- الأعراف : ١٥٧ .
- التوبة : ٦٧ ، ٧١ ، ١١٢ .
- الحج : ٤١ .
- لقمان : ١٧ .
- الطلاق : ٦ .

#### (ج) المعروف في نظام الأسرة :

وهو أرحب مجالٍ لدوران مصطلح « المعروف » في القرآن الكريم ، ويشمل ما يلي :

- ١- المعروف في عشرة النساء ( البقرة : ٢٢٨ ، النساء : ١٩ ) .

- ٢- المعروف في النفقات ( البقرة : ٢٣٣ ) .
- ٣- إمساك النساء بالمعروف ، أو تسريحهن ومفارقتهن بالمعروف ( البقرة : ٢٢٩ ، ٢٣١ ، الطلاق : ٢ ) .
- ٤- التراضي في النكاح بين الزوجين بالمعروف ( البقرة : ٢٣٢ ) .
- ٥- إيتاء النساء مهورهن بالمعروف ( النساء : ٢٥ ) .
- ٦- إعطاء الظئر أجرها بالمعروف ( البقرة : ٢٣٣ ) .
- ٧- إمتاع المطلقة بالمعروف ( البقرة : ٢٣٦ ، ٢٤١ ) .
- ٨- الحالُ المباحة للنساء عقب عدّة الوفاة ، وضابطها ( البقرة : ٢٣٤ ، ٢٤٠ ) .
- ٩- من أحكام الوصية ( البقرة : ١٨٠ ) .
- ١٠- الحثُّ على صنع المعروف وإسدائه إلى الأولياء ( الأحزاب : ٦ ) .
- ١١- ما يباح لولي اليتيم من مال موليّه ( النساء : ٦ ) .
- (د) الآيات الكريمة التي تمثل وحدة برأسها في اصطلاح « المعروف » هي ثلاث آيات :
- البقرة : ١٧٨ ، وقد عنونتُ لها بـ : « المعروف في استيفاء الحقوق » .
- لقمان : ١٥ ، وعنوان الاستدلال بها : « المعروف في برّ الوالدين » .
- الممتحنة : ١٢ ، والعنوان لها : « الطاعة في المعروف » .

#### الفرع الثاني : المختار من الحديث الشريف - هنا - لمصطلح « المعروف » :

- عن عائشة - رضي الله عنها - : « قالت هند أم معاوية لرَسُولِ اللَّهِ ﷺ : إن أبا سفيان رجلٌ شحيحٌ ، فهل عليّ جناحٌ أن آخذ من ماله سرّاً ؟ قال : « خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف » ( متفقٌ عليه ، صحيح البخاري مع الفتح : ٤/٤٠٥ ، صحيح مسلم مع النووي : ٧/١٢ ) .

قال الحافظ - رحمه الله تعالى - شارحاً المراد بالمعروف ، مبيناً عن ثبوت الأصل المتقدم ، وتقرُّر القاعدة السابقة : « ... فأحالها على العرف فيما ليس فيه تحديدٌ شرعيٌّ » .

#### ومن الأدلة المطلقة الأخرى التي وردت بها النصوص :

- قوله تعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ﴾ [ الطلاق ٦ ] .

قال العلامة الشيخ السعدي - رحمه الله تعالى - : « أمر بسكناهن على وجه لا يحصل به عليهن ضررٌ ولا مشقةٌ ، وذلك راجع إلى العرف » ( تفسير السعدي : ٥/٢٦٣ ، ٢٦٤ ) .

- وقوله تعالى : ﴿ لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ ﴾ [ الطلاق ٧ ] .

قال القاضي أبو بكر ابن العربي - رحمه الله تعالى - : « هذا يفيد أن النفقة ليست مقدرة شرعاً ، وإنما تتقدّر عادةً ، بحسب الحالة من المنفق ، والحالة من المنفق عليه ، فتقدّر بالاجتهاد على مجرى العادة » ( أحكام القرآن : ١٨٤١/٤ ) .

فكلا الأمرين هنا - من « الوُجْد » و « السَّعة » لفظان مطلقان عن التفسير والبيان ليس في الشرع ولا في اللغة من حدٍّ أو ضابطٍ لهما ، فلم يبقَ ثمَّ إلا العرف .

### الأدلة الجزئية الخاصة بالدالة على اعتبار العرف ، وأشهرها دليلان اثنان :

١- قوله تعالى : ﴿ خُذْ الْعُقُوفَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾ [ الأعراف ١٩٩ ] .

هذه الآية الكريمة أجمع آية وأوفاهها بيان مكارم الأخلاق ، قال عبد الله بن الزبير رضي الله عنه : « ما أنزل الله هذه الآية إلا في أخلاق الناس » ( صحيح البخاري مع الفتح : ٣٠٥/٨ ) . وهي من جوامع الكلم ودلائل الإعجاز ، ووصية من الله تعالى لنبيه صلى الله عليه وسلم ، تعم جميع أمته ، وأمرٌ بكل خلقٍ كريمٍ ، جامعةٌ لحسن الخلق مع الناس ، وما ينبغي في معاملتهم .

واستدل جماعة من أهل العلم بقوله تعالى : ﴿ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ ﴾ على اعتبار العرف في الشريعة . وقد علم أن العرف في اللغة يأتي بمعنى المعروف ، وهو الأمر المألوف المستحسن ، سمي بذلك لأن النفوس تسكن إليه . ثم إن العرف الوارد بالآية هو مدخول « أل » الاستغرافية المفيدة للعموم .

٢- حديث : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » :

ذهبت طائفة من أهل العلم إلى الاستدلال على حجية العرف بحديث : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » ( أخرجه الإمام أحمد في المسند : ٣٧٩/١ ، والحاكم : ٧٨/٣-٧٩ ، وقد حسنه موقوفاً الحافظ ابن حجر ) .

وجه الاستدلال بالحديث عند من استدلل به ، أنه إذا كان كل ما رآه المسلمون مستحسناً ، قد حكم بحسنه عند الله - فهو حقٌّ لا باطل فيه ؛ لأن الله تعالى لا يحكم بحسن الباطل فإذا كان العرف من أفراد ما استحسنته المسلمون كان محكوماً بحقيقته واعتباره . وكونه موقوفاً على ابن مسعود لا يضرُّ في الاستدلال به ؛ لأن ما تضمَّنه ودلَّ عليه مما لا يُدرك بالرأي ، فله حكم الرفع .

٣- قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَذِنَكُمْ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ مِنْ قَبْلِ صَلَاةِ الْفَجْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُمْ مِنَ الظَّهْرِ وَمِنْ بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ ثَلَاثُ عَوْرَاتٍ لَكُمْ ﴾ [ النور ٥٨ ] .

قال في شرح الكوكب المنير ( ٤٥٠/٤ ) : « فأمر بالاستئذان في الأوقات التي جرت العادة فيها بالابتدال ووضع الثياب ، فابتنى الحكم الشرعي على ما كانوا يعتادونه » .

٤- في خبر حجة أبي بكر الصديق ﷺ سنة تسع ، عقب مقدمه من تبوك ، وقد بُعث أبو بكر ﷺ أميراً على الحج ذلك العام ؛ ليقيم للناس حجَّتهم ، ونزلت سورة براءة في نقض ما بين رسول الله ﷺ وبين المشركين من العهد الذي كانوا عليه ( انظر : صحيح البخاري مع الفتح : ٣١٧/٨ - ٣١٨ ، وزاد المعاد : ٥٩٣/٣ - ٥٩٤ ) .

عن أنس ﷺ قال : بعث النبي ﷺ « براءة » مع أبي بكر ، ثم دعاه فقال : « لا ينبغي لأحد أن يبلغ هذا إلا رجلٌ من أهلي ، فدعا علياً فأعطاه إياه » ( أخرجه الترمذي : ٢٧٥/٥ وله شواهد أوردها الحافظ في الفتح : ٣٢٠ - ٣١٨/٨ ) .

وموضع الدلالة منه ما نقله الحافظ ابن حجر - رحمه الله تعالى - قال : « قال العلماء : إن الحكمة في إرسال عليٍّ بعد أبي بكرٍ أن عادة العرب بأن لا ينقض العهد إلا من عقده ، أو من هو منه بسبيلٍ من أهل بيته ، فأجراهم في ذلك على عادتهم ؛ ولهذا قال : « لا يبلغ عني إلا أنا أو رجلٌ من أهل بيتي » ( فتح الباري : ٣٢١/٨ ) .

٥- عن نعيم بن مسعود الأشجعي ﷺ قال : سمعت رسول الله ﷺ - حين جاءه رسولا مسيلمة الكذاب بكتابه - يقول لهما : « وأنتما تقولان بمثل ما يقول : قالوا : نعم ، فقال : أما والله لولا أن الرسل لا تقتل لضربت أعناقكما » ( أخرجه الإمام أحمد في المسند : ٤٨٧/٤ ، ٤٨٨ ، وأبو داود : ١٩١/٣ - ١٩٢ ، وانظر : زاد المعاد : ٣٠٥/٣ ) .

وموضع الدلالة منه : أن المنع من قتل هذين الرسولين - مع استحقاقهما القتل - إنما كان من أجل أن الرسل لا تقتل ، وهذا من الأمان بالعرف والعوائد ؛ فإن القاعدة العامة في العرف السياسي عند الجاهليين - بل عند الأمم كافة - أن الرسول لا يهان ، ولا يُعتدى عليه ولا يُقتل ، وأن الاعتداء على رسولٍ أو سفيرٍ يعدُّ غدرًا وعملاً قبيحاً .

٦- عن أنس بن مالك ﷺ قال : « لما أراد النبي ﷺ أن يكتب إلى الروم ، قيل له إنهم لن يقرءوا كتابك إذا لم يكن محتوماً فاتخذ خاتماً من فضة ، ونقشهُ : محمدٌ رسول الله ... » ( أخرجه البخاري ، الصحيح مع الفتح : ٣٢٤/١٠ ) .

وموضع الدلالة منه : أن لبس الخاتم لم يكن من عادة العرب ، فلما أراد النبي ﷺ أن يكتب إلى الملوك اتخذ الخاتم ، كما أفاده مفهوم الحديث في سبب اتخاذ الخاتم ، وذلك أن ختم الكتاب تعظيمٌ لشأن المكتوب إليه ، فتركه يُشعر بترك تعظيمه ، فرعياً للعرف السائد - العرف الدبلوماسي الدولي بلسان العصر - كان اتخاذ ﷺ الخاتم لمكاتبة الملوك .

## شروط اعتبار العرف :

إن العرف الذي يقع الرجوع إليه واعتباره وتحكيمه لدى الفقهاء - هو الذي توفرت شروطه واعتباره وتحققت ضوابط العمل به ، فلو تخلف واحدٌ منها ، أو اختلَّ لم يصحَّ تحكيم العرف ، ولم يكن صالحاً للاعتداد به أو البناء عليه ، ويمكن تلخيص هذه الشروط في الأمور الأربعة التالية :

١- أن يكون العرف مطّرداً أو غالباً ، أو تحقّق في " العادة " حدُّ التكرار الذي ثبت به .

٢- أن يكون العرف المراد تحكيمه في التصرفات قائماً عند إنشائها .

٣- ألا يعارض العرف تصريحاً بخلافه .

٤- أن لا يعارض العرف نصّ شرعيّ ، بحيث يكون العمل بالعرف تعطيلاً له .

## من نصوص الأئمة في اعتبار العرف وبيان أهميته :

لِيُعْلَم اتفاق المذاهب جميعها على اعتبار العرف ، وإن كانت تتفاوت في مدى هذا الاعتبار ، قال الإمام القرافي - رحمه الله تعالى - : « ... أما العرف فمشاركٌ بين المذاهب ، ومن استقرأها وجددهم يصرحون بذلك فيها » ( شرح تنقيح الفصول : ٤٨٨ ) .

## من آثار السلف والأئمة المستقلين :

### القاضي شريح ( ت ٧٨ هـ ) :

عن ابن سيرين : أن ناساً من الغزاليين اختصموا إلى شريح في شيء كان بينهم ، فقالوا : إن سنّتنا بيننا كذا وكذا ، فقال : « سنّتكم بينكم » ( الصحيح مع الفتح : ٤٠٥/٤ ) .

### بوّب الإمام البخاري ( ت ٢٥٦ هـ ) :

- رحمه الله تعالى - في كتاب : « البيوع » من صحيحه ، فقال : بابٌ : من أجرى أمرَ الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع ، والإجارة ، والمكيال ، والوزن ، وسنّتهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة » ( الصحيح مع الفتح : ٤ ) .

### قال الإمام الطبري ( ت ٣١٠ هـ ) :

- رحمه الله تعالى - : « إن الحكم بين المسلمين في معاملاتهم وأخذهم وإعطائهم على المتعارف المستعمل بينهم » ( تهذيب الآثار " مسند علي بن أبي طالب " : ٢٥١ ) .

## مذهب الحنفية :

اشتهر عن مذهب الحنفية اعتبار العرف وتحكيمه والاعتدادُ به والتفريع عليه ، ولا سيّما في أحكام العقود وأبواب المعاملات ، ذلك من عهد الإمام وصاحبيه ، ومروراً بأئمة المذهب ومخرّجيه ، إلى زمن المتأخرين .

- « الثابت بالعرف ثابتٌ بدليلٍ شرعيٍّ » الإمام السرخسي ( ت ٤٩٠ هـ ) ( المبسوط ١٣/١٤ ).
- « تعاملُ الناس من غير نكيرٍ - أصلٌ في الشرع » ( المبسوط : ١٣/٧٧ ) .
- « إن في التزوع عن العادة الظاهرة حرجاً بيناً » ( المبسوط : ١٣/١٤ ) .
- « مطلق العقد يتقيد بدلالة العرف » ( المبسوط : ١١/١١٥ ) .
- « مطلق الكلام فيما بين الناس ينصرف إلى المتعارف » ابن قاضي سماوة ( ت ٨٢٣ هـ )  
( جامع الفصولين ) عن « شرح عقود رسم المفتي » ( رسائل ابن عابدين ١/٨٤ ) .
- « العرف إنما صار حجة بالنص » الكمال ابن الهمام ( ت ٨٦١ هـ ) ( فتح القدير ٧/١٥ ) .
- « والعرف في الشرع له اعتبارٌ لذا عليه الحكم قد يُدار » ابن عابدين ( ت ١٢٥٢ هـ ) ( رسائله : ١/٤٤-٤٨ ) .

### مذهب المالكية :

مذهب المالكية أحفل المذاهب بهذه النصوص، كما هو أسعد المذاهب بتحكيم العرف ، واعتبار العوائد ، بل إن طائفةً من أئمة هذا المذهب الجليل - هم مع العرف والعوائد مقترنون ، إذا ذُكر العرف ذكروا ، شُهِروا به ، وبهم شُهِر ، كالأئمة : ابن العربي ، والقرافي ، والمقري ، وابن لبّ ، والشاطبي ، والونشريسي ، ونظرائهم - رحمهم الله تعالى .

- « العرف والعادة أصلٌ من أصول الشريعة يقضى به في الأحكام » ( أحكام القرآن ٣/١٠٨٥ ) .
- « العوائد الجارية ضرورةً الاعتبار شرعاً » الإمام الشاطبي ( ت ٧٩٠ هـ ) ( الموافقات ٢/٢٨٦ ) .

- « إن من أصول الشريعة تتريل العقود المطلقة على العوائد المتعارفة » الإمام الونشريسي ( ت ٩١٤ هـ ) ( نقله السَّجلماسي في شرحه لعمل فاس : ١/٣٧٢ ) .
- « انتقالُ العوائد يوجب انتقال الأحكام » الفقيه ميارة في شرحه على لامية الزقاق / مخطوط .

### مذهب الشافعية :

عن إمام الحرمين الجويني ( ت ٤٧٨ هـ ) نصوص وافرةٌ معجبة في بيان أهمية اعتبار العرف ، وتحكيم العوائد ، المختار منها :

- قوله - رحمه الله تعالى - : « يجب الاعتناء بفهم العرف ، وليعلم الناظر أن كلَّ حكمٍ يُتلقى عن لفظٍ في تعامل الخلق ، وللناس في ذلك القبيل من التعامل عرفٌ فلن يحيط بسرُّ ذلك الحكم من لم يُحيط بمجاري العرف ؛ فإن الألفاظ المطلقة في كلِّ صنفٍ من المعاملة - محمولةٌ بين أهلها على العرف » ( انظر : فقه إمام الحرمين : ٣٧٥ ف : ٣١٢ ) .

- وقوله : « ما ورد في الشرع غير محدد ، وهو مما يختلف تفصيله ، فالرجوع فيه إلى العرف . وسبب اقتصار الشارع على الإطلاق الإحالة على ما يفهمه أهل العرف في الفن الذي ورد الخطاب فيه » ( انظر : المرجع نفسه ) .
- قوله - رحمه الله تعالى - : « إن المعاملات تُبنى على مقاصد الخلق ، لا على صيغ الألفاظ ، سيما إذا عمَّ العرف في باب فهو المتَّبِع » ( انظر : المرجع نفسه ) .
- وقوله أخيراً ، وقد كان هذا القول مفتاحاً لهذا البحث كله : « من لم يخرج العرف في المعاملات تفقُّهاً لم يكن على حظِّ كاملٍ فيها » ( انظر المرجع نفسه ) .

### مذهب الحنابلة :

- « إن الله أحلَّ البيع ، ولم يبيِّن كيفيته - فوجب الرجوع فيه إلى العرف » . الإمام الموفق ( ت ٦٢٠ هـ ) ( المغني ١/٦ ) .
- « ... يقول أصحابنا : يرجع في كل ما لم يرد من الشرع تحديداً فيه إلى ما يتعارفه الناس بينهم » المحقق الطوفي ( ت ٧١٦ هـ ) ( شرح مختصر الروضة ٢١٢/٣ بتصرف ) .
- « العقد المطلق يُرجع في مُوجبه إلى العرف » الشيخ تقي الدين ( ت ٧٢٨ هـ ) ( مجموع الفتاوى ٣٤/٩١ ) .
- « العرف أصلٌ كبيرٌ ، يُرجع إليه في كثير من الشروط والحقوق التي لم تقدّر شرعاً ولا لفظاً » العلامة السعدي ( ت ١٣٧٦ هـ ) ( المختارات الجليلة ص ٥٥ ) .

### خاتمة :

قال العلامة الفقيه الشيخ محمد أبو زهرة في بيان قيمة اعتبار العرف ، وكونه من أسباب نموّ المذهب الحنبلي وبقائه : « لقد كان المذهب الحنبليُّ ؛ كالمذهب المالكي والحنفي - يُخضع الفتوى - في غير مواضع النصوص والآثار - للعرف ، فتطّيب نفس المفتي بأن يُجري فتواه على أعراف الناس - إن لم تكن ثمَّ آثارٌ مُسَعِّفة ، أو مصلحةٌ دافعةٌ ، مما يُوجد الأحكام الثابتة المستقرّة في النفوس ، ويجعل الفتاوى صالحةً للناس ، مألوفةً لهم ؛ لأنها مشتقةٌ من المعروف عندهم .

وإذا كان العرف محكِّماً في المذهب الحنبلي ، ولم يفتِ أحمدُ في كلِّ الوقائع - فإن المذهب بذلك كان حصياً ، وقد وجدت عقودٌ كثيرةٌ أُقرت فيه ، مشتقةٌ من العرف الجاري ، ولم توجد في غيره ، وليست مستنكرة في الشرع ، فساغ الحكم بصحتها ، وضافت الأقيسة عند غيره عن أن تسعها » ( ابن حنبل : ٣٥٥-٣٥٦ ، ٣٧٠-٣٧١ باختصار ) .

هذا وقد كانت هذه الخصوبة وهذا المدد في اعتبار العرف في المذهب الحنبلي من جملة البواعث على الاتكاء في دراسة مسائل هذا البحث عليه وعلى اختيار أئمتة وفقهائه .



## تقسيمات العرف :

ينقسم العرف إلى أقسامٍ متعددة ، باعتبارِ مختلفِ ، بحسبِ النظرِ المتوجّهِ إليه : فهو ينقسم باعتبارِ متعلّقه وموضوعه إلى : عُرْفٍ قوليٍّ ، وعُرْفٍ عمليٍّ .

وباعتبارِ مَنْ يصدرُ عنه ، وشيوعه وخصوصه إلى : عُرْفٍ عامٍّ ، وعُرْفٍ خاصٍّ .

وباعتبارِ موافقته للشريعة أو مصادمته لها إلى : عُرْفٍ صحيحٍ ، وعُرْفٍ فاسدٍ .

## العرف القولي :

إن أهم مجال يطبّق فيه العرف القولي ( اللفظي ) ، ويظهرُ فيه مداه الرحب هو ألفاظ المكلّفين ، أي : الألفاظ المتعلقة بالتصرفات والعقود ، من صيغ العقود والأقارير ، وألفاظ الوصايا والأوقاف ، والطلاق والعقاق ، ونحو هذا .

ذلك ؛ لما تقرر من أنّ كلّ متكلّمٍ إنّما يقصد ما يتعارفه ، وأن مطلق الكلام بين الناس ينصرف إلى المتعارف ، وأن لفظ الواقف والموصي والحالف والناذر ، وكلّ عاقدٍ يُحمل على عادته في خطابهِ ، ولغته التي يتكلم بها ، وافقت لغة العرب ولغة الشارع أم لا .

## العرف العملي :

العرف العملي هو : « ما اعتاده الناس من الأفعال العادية أو المعاملات المدنية » ( المدخل الفقهي / الزرقا : ١٤٦/٢ ) .

والمراد بالأفعال العادية : أفعال الناس الشخصية المعتادة بينهم ، المتعلقة بشؤونهم الحيوية ، وذلك : كطريقة الأكل والشرب ، والثّلبس ، وطرائق استيفاء المنافع ، وحفظ الأموال ، ونحو ذلك .  
والمراد بالمعاملات المدنية : التصرفات التي تترتّب عليها الحقوق بين الناس ، سواء أكانت عقوداً أم غيرها ، كالنكاح ، والبيع ، والإجارة ، وكالعصّب ، إلى غير ذلك .

« والباحث المتأمل في فروع المعاملات ، وكلام الفقهاء فيها ، يرى : السلطان المطلق ، والسيادة التامة - للعرف العملي - ؛ في فرض الأحكام ، وتقييد آثار العقود ، وتحديد الالتزامات - على وفق المتعارف - وذلك في كلّ موطنٍ لا يصادم فيه العرف نصّاً تشريعياً » ( المدخل الفقهي : ١٥٧/٢ ) .

## ومن أمثلته في المعاملات المدنية :

- ١- دلالة السكوت من البكر البالغة عند استئذانها في عقد نكاحها - على الإذن فيه والرضا به ؛ لأن دلالة العرف في مثلهنّ من الخجل يفيد ذلك .
- ٢- تعارف الناس - في بعض البلاد - تعجيل جزء من مهور النساء كالنصف أو الثلثين ، وتأجيل الباقي إلى ما بعد الوفاة أو الطلاق .
- ٣- البيع بالمعاطة وإفادته الرضا عرفاً .

٤- في باب الشمول للمبيع : يدخل كلُّ ما جرى عرف الناس بتبعيته للمبيع ، فيستحقُّه المشتري بلا ثمنٍ إضافي .

٥- اعتياد الناس في بيع بعض الأشياء ، كالأثاث - مثلاً - أن تركيبه وحمله إلى بيت المشتري - على البائع .

٦- المرجعُ في تحديد نوع الثمن إلى النقد الغالب في البلد .

٧- كيفية دَفْع الأجرة - حال الإطلاق - تخضع للعرف ؛ في تعجيلها ، أو تأجيلها ، أو تقسيطها .

### من أمثلة العرف العملي في الأفعال العادية :

١- نفقة الزوجة ، الواجبة لها على زوجها - يُرجع في تقديرها إلى المتعارف المعتاد بين أمثالهما ، وبحسب حالهما غنىً وفقراً ، فإن كانا من الأوساط فنفقة الوسط ، وإن كانا غنيين فنفقة الأغنياء ، أو فقيرين فنفقة الفقراء .

٢- حفظ الودائع والأمانات محمولٌ عند الإطلاق على « حرز المثل » ، فلا تحفظ الجواهر والذهب والفضة بأحراز الثياب والأحطاب ، تزيلاً للعرف - من الإطلاق - منزلة التصريح بحفظها في حرز مثلها . وكذا : دفع الوديعة إلى مَنْ جرت العادة بدفعها إليه ؛ من امرأة وخادم وولد . وتأتي - جملة هذه الأمثلة - وأمثالها في مواضعها .

### العرف العامُّ والعرف الخاصُّ :

أما العرف العامُّ فهو : ما تعارفه عامَّة الناس في أمر من الأمور .  
والمراد بـ « عامة الناس » : غالبهم وأكثرهم .

وفي « أمر من الأمور » : يشمل ما إذا كان قولياً أو فعلياً .

وأما العرف الخاصُّ فهو : « ما يكون تعارفه مخصوصاً ببلدٍ أو مكانٍ دون آخرٍ ، أو بين فئةٍ من الناس دون أخرى » .

ومن أمثلته : عرف التجار فيما يُعد عيباً يُنقص الثمن في البضاعة المبيعة ، وما ليس كذلك ، وعُرف الوكلاء في الخصومة ( المحامين اليوم ) على أن جانباً معلوماً من الأجرة يكون مؤجلاً ومعلقاً على نجاح الدعوى ، وأمثال ذلك .

\* \* \*

## الاستعمالات الفقهية للعرف :

المراد بالاستعمالات الفقهية للعرف : ردُّ الأمثلة المستفيضة ، والفروع المتكاثرة ، والمسائل التي لا تكاد تنحصر ، مما بني على العرف وحكمت فيه العوائد - ردُّ هذه كلها إلى أنواعٍ من الاستعمال الفقهي - مما ذكره أهل العلم - يصنّف كلُّ فردٍ منها تحت عنوانٍ يعبر عن طبيعته ، ويدلُّ على المراد به ، فهي لفروع العرف مثابةٌ وفئةٌ ، وهي لمسائله دليلٌ وعنوانٌ .

والاستعمالات الفقهية للعرف تنحصر في أربعة استعمالات . قال أستاذنا أبو سنة - رحمه الله

ورفع درجته في عليين - : « بالاستقراء » ( العرف والعادة : ٢٧ ) ، وهي :

(أ) العرف الذي يكون دليلاً على مشروعية الحكم ظاهراً .

(ب) العرف الذي يُرجع إليه في تطبيق الأحكام المطلقة على الحوادث .

(ج) العرف الذي ينزل منزلة النطق بالأمر المتعارف .

(د) العرف القولي .

( وعن العرف والعادة لأستاذنا أبي سنة - رحمه الله تعالى - لخصت ما أثبتته هنا ) .

## الاستعمال الأول :

### العرف الذي يكون دليلاً على مشروعية الحكم ظاهراً :

المراد بهذا النوع من الاستعمال : أن العرف يكون دليلاً على مشروعية الحكم ظاهراً ، والدليل في الحقيقة : ما رُجع إليه من السنة أو الإجماع أو اعتبار المصالح أو أصل الإباحة ، أو غير ذلك من الأدلة كما تقدّم ، ومن أمثلته : المعاملات والتصرفات التي بُعث النبي ﷺ والناس يعتادونها ، فأقرهم عليها ، كالمضاربة ، والسلم ، والاستصناع ، وكالقسامة ، ووضع الدية على العاقلة .

## الاستعمال الثاني :

### العرف الذي يُرجع إليه في تطبيق الأحكام المطلقة على الحوادث :

المراد من هذا النوع : الرجوع إلى العرف في إقامة الأحكام الكلية حال تطبيقها على جزئيات الحوادث . فالفقيه إذا عرض له حادثةٌ ، ولم يرد من الشرع إلا حكمٌ كليٌّ مطلقٌ يجمعها مع أمثالها ونظائرها - رجع في تطبيق هذا الحكم على هذه الحادثة الجزئية إلى تحكيم العرف والعوائد . وضابط هذا النوع ، وكلُّه الدالُّ عليه هو : « كلُّ ما ورد به الشرع مطلقاً ، ولا ضابط له فيه ، ولا في اللغة - يرجع فيه إلى العرف » ( الاشتباه والنظائر / السيوطي : ٩٨ ) .

ومن أمثلة هذا الاستعمال العرفي الكبير :

١- مالية الأشياء .

٢- التعزير وأسبابه .

٣- ما يُخلل بالمروءة ، وما يحقّق شروط العدالة .

- ٤- ضابط ما يكون إحياءاً للموات .
  - ٥- الحرز في السرقة ، وفي الإيداع .
  - ٦- المعروف في المعاشرة .
  - ٧- الأكل من بيت الصديق ، والتبسُّط معه .
  - ٨- الإذن في الضيافة .
  - ٩- دخول بيت قريب .
  - ١٠- أجل السَّلم .
  - ١١- انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة بما جرت به العادة .
  - ١٢- ما يعدُّ قبضاً .
  - ١٣- وإيداعاً .
  - ١٤- وإعطاءً .
  - ١٥- وهديةً .
  - ١٦- وغصباً .
  - ١٧- ضابط ما يكون حفظاً للوديعة .
  - ١٨- وانتفاعاً بالعارية .
  - ١٩- وضابط السَّفر ، الذي يُترخَّص فيه .
  - ٢٠- وحدُّ الدرهم والدينار ( النقود ) .
  - ومن أمثلته الرجوعُ إليه فيما يقدرُ :
  - ٢١- كالحيض والطَّهر ، أقله وأكثره ، ومدَّته .
  - ٢٢- وأكثر مدة الحمل .
  - ٢٣- وسن اليأس .
- ومما يندرج تحت هذا الاستعمال أيضاً : الرجوع إلى العرف في معرفة أسباب الأحكام من الصفات الإضافية ، ومن أمثلته :
- ١- صغر ضبَّة الفضة وكبرها .
  - ٢- غالب الكثافة في اللحية ونادرها .
  - ٣- كثرة فعلٍ أو كلامٍ وقتلته في الصلاة .
  - ٤- قرب منزلٍ وبعده .
  - ٥- ثمن مثلٍ .
  - ٦- ومهر مثلٍ .

٧- وكفء نكاح .

٨- ومؤنةً ونفقةً وكسوةً وسكنى ، وما يليق بحال الشخص من ذلك .

الاستعمال الثالث :

العرف الذي يتزل منزلة النطق بالأمر المتعارف :

تجري بين الناس في تصرفاتهم عاداتٌ وأعرافٌ دالةٌ على الإذن في الشيء أو المنع منه ، أو تفيده الإلزام به ، أو بيان نوعه وقدره ، وقد تكون قرينة تسوّغ للشاهد أن يشهد ، وللقاضي أن يقضي ، وللمفتي أن يفتي . فهذه تجري مجرى النطق بالعبارات الدالة على مضمونها ، ويكون للعرف الجاري بها قوة النطق باللفظ في اعتبار الشارع ، يرتّب عليه ما رتبّه على الألفاظ من الأحكام ، بمعنى أن قيام هذا النوع من العرف بين الناس يكون بمثابة نطق المتصرّف ؛ وإنما تركوا التلفظ به اتكالاً على إفادة العرف له ، وإعفاءً لأنفسهم من عمل تكفّلت به طبيعة زمنهم ومجتمعهم .

الاستعمال الرابع :

العرف القولي : وقد سبق الحديث عنه ، فيما تقدّم .

\* \* \* \*

القسم الثاني : العرف : أثره وتطبيقاته المعاصرة في فقه المعاملات

المالية .

وفيه مقصدان :

المقصد الأول : الأصول العرفية لفقه المعاملات المالية .

المقصد الثاني : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في فقه المعاملات المالية .

## الأصول العرفية لفقہ المعاملات المالية :

من المعلوم المقرر : أن الأصل ما بني على غيره .  
والمقصود بهذه الأصول العرفية : أن الجملة الواسعة الممتدة من المسائل والفروع ، والتطبيقات المتجددة التي لا تنقضي من الأمثلة والصور ، مما بني على العرف وعلل بالعوائد ، على امتداد أبواب وعقود فقہ المعاملات المالية = يمكن أن تجمع هذه المسائل ، وتمول هذه التطبيقات إلى هذه الأصول الكلية العرفية ، وتنضوي تحت جناحها العريض .

وهذه الأصول الكلية العرفية لفقہ المعاملات المالية - هي :

الأصل الأول : ضبط التمؤل ، وبيان حدّ المال ، وأثر العرف في ذلك .

الأصل الثاني : حرية التعاقد والاشتراط ، وأثر العرف في ذلك .

الأصل الثالث : صيغ العقود ، وبيان دوال الرضا .

الأصل الرابع : تحكيم أهل الخبرة والاختصاص .

وهي محاولة للّمّ شعث المسائل والفروع الجزئية ، والتطبيقات والأمثلة المتناثرة ، وضبطها بالأصول الجامعة لمعانيها وعللها ، القاسمة لأفرادها وصورها .

\* \* \*

## الأصل الأول : ضبط التمؤل ، وبيان حدّ المال ، وأثر العُرف في ذلك

المبحوث عنه هنا : بيان حدّ المال ، وأثر العُرف في ضبط التمؤل .  
وتتوارد نصوص أئمة اللغة على أن « المال معروفٌ ، وأنه : ما يُملك من جميع الأشياء » ( لسان  
العرب : م و ل ) .

قال أبو عمر ابن عبد البرّ - رحمه الله تعالى - : « ... وهذا أبينُ من أن يُحتاج فيه إلى  
استشهاد ... ، لأن العلم مُحيطٌ ، واللسان شاهدٌ في أن ما تُملك وتُمؤل يسمّى مالاً ... » ( التمهيد  
٦-٥/٢ ) .

فتبيّن أن المال لا حدّ له في اللغة يرجع إليه ، بل المرجع في ذلك إلى تمؤل الناس له وتملكهم إياه .  
قال في المصباح المنير ( م و ل ) : « قولُ الفقهاء : " ما يتمؤل أي : ما يعدُّ مالاً في العرف " » .  
وقد جاء هذا الأصل الكبير في المباحث التالية :

- ١- تأصيل أثر العرف والعوائد في ضبط التمؤل ، وبيان حدّ المال .
- ٢- ضابط ما يُعدُّ نقداً بين الناس .
- ٣- مقياس الأموال الربوية ، وأثر العرف في ذلك .
- ٤- القصد والتقوّم في المنفعة ، وأثر العرف في بيان ذلك وضبطه .
- ٥- " المثلي " و " القيمي " ، وأثر العرف في حدّهما وضبطهما .

### ١- تأصيل أثر العرف والعوائد في ضبط « التمؤل » ، وبيان حدّ المال :

مواضع بحث « التمؤل » وحدّ « المال » في مدونات الفقه متفرقةً مبدّدةً ، فهو يرد في شروط  
البيع ، وهو : كون معقودٍ عليه مالاً ، ثمناً كان أم مُثمناً ، وفي باب الربا ، وفي بيان المال الذي  
توجب سرقة القطع ، وفي كتاب « الأيمان » ، و« الإقرار » ، وفي غير ذلك ، ككتاب الزكاة  
والعُصْب ، ومن هذه المواضع :

(أ) في باب الربا : لا يجري الربا في ماءٍ ، قال في شرح المنتهى ( ١٩٣/٢ ) : « لإباحته  
أصلاً ، وعدم تمؤله عادةً » ( وانظر مناقشة ذلك في الإنصاف : ١٣/٥-١٤ ) .

(ب) من شروط القطع في السرقة : كون المسروق « مالاً » ؛ لأن غير المال ليس له حرمةُ  
المال ولا يساويه ، فلا يُلحق به ، والفارق الضابط " التمؤل العرفي " .

١- سرقة الماء : لا قطع فيه ، قال في المغني : « لأنه مما لا يتمؤل عادةً » ، وفيه بحثٌ مع  
الحال اليوم ! .

٢- سرقة السّرجين النجس : الصحيح من المذهب الحنبلي : أنه لا يقطع به ؛ لأنه ليس  
بمال .



٣- سرقة الكالأ أو الملح : فيه القطع - على الصحيح من المذهب - قال في المغني :

« لأنه يتموّل عادةً » .

٤- سرقة الثلج : فيه القطع - على المذهب - وهو ما اختاره في المغني ، وقال « لأنه يتموّل عادةً » .

٥- سرقة التراب : فيه القطع إن كان يُقصد عادةً .

( فيما سبق ، انظر : خلافاً ومناقشةً في المغني : ١٢/٤٢٣-٤٢٥ ، الإنصاف : ١٣/٥-١٤ ) .

ومن تأمل كل ما تقدّم ، يظهر أثر العرف ، وبيانه لحدّ « المال » ، وضبطه « للتموّل » ، فهو بعد قيام الإباحة الشرعية ، أو عدم ورود نصّ خاصّ بالتحريم - باعثُ جريان الربا في الماء أو عدم جريانه ، وهو مما يتحقق به شرطُ القطع في السرقة ، وبه يكون تصديق الأيمان والبرُّ بها ، وبه أيضاً يكون الوفاء في الأقارير ، وهو في أول هذا كله ضابطُ شرط صحّة العقود عليه ، والمبين عن حدّه في أنواع البيوع ، وسائر المعاملات المالية ، والنظر الفقهي المتوجّه نحو بعض الأمثلة والتعليقات المذهبية ، يتلخّص فيما يلي :

١- المذهب الحنبلي يمثّل لما لا نفع فيه ، وأنه غير متموّل بالحشرات ، وهو مع هذا يثبت المالية للعلق حال الانتفاع بها .

٢- الأصل أن الديدان لا نفع فيها ؛ لكونها أيضاً من الحشرات ، حتى إذا أُتخذت طعماً للصيد غدت ذات منفعة متقوِّمة بين الناس .

٣- يجيز المذهب الحنبلي بيع بزر القز - أصل دود القز - ؛ لأن ماله إلى الانتفاع به مع كونه حال تباعه غير منتفع به .

٤- تغريد البلبل وتصويت البغاء عُدّ في المذهب مالاً ، مع كون المنفعة فيهما تحسينية ترفيحية يسيرة القدر والشأن ، غير أنّها مقصودة للناس .

من تأمل هذا كله - مع استصحاب أن الأصل في الأشياء والأعيان الإباحة ، وأن الشرع الشريف اعتنى بتوضيح المعاملات المحرمة - ومن مقتضى ذلك : جعل الضابط في جواز تموّل هذه الأشياء وغيرها ، هو الانتفاع العرفي بها ، الذي يجعل لها قيمة بين الناس ، وينتج تموّلهم إياها ، وعدم الحصر فيما ذكر من أمثلة ، ولا فيما نُصّ عليه من صور الانتفاع ؛ إذ ربّ شيء كان فيما مضى عديم النفع ، لا قيمة له بين الناس ، غدا اليوم مالاً من الأموال التي تباع وتشترى وتبذل فيها الأعيان ، ثم إن انتفاع كل شيء بحسبه ، والمعيار : " أن كلّ ذات أو منفعة يعتاض عنها في العرف ، ولم يأت الشرع بالمنع منها يصح تموّلها والتعاقد عليها " .

ويستفاد من كل ما تقدم ويتعلق به ما يلي :

١- أن الشرع الشريف لا يعتبر كلَّ شيءٍ صالحاً للانتفاع ، مباحَّ الاقتناء والاستعمال ، بل من الأشياء ما لا يباح ، ولا يجوز اقتناؤه وتموُّله ، كالخمر والخنزير .  
قال العلامة الفقيه الشيخ محمد أبو زهرة - رحمه الله تعالى - محققاً مدققاً : « ... وإن شئت فقل : إن المال غير المتقوم مالٌ في عرف مستحليهِ ، ولكنه غير مالٍ في نظر الشرع ؛ لأنه سلب احترام المال ، وسلب القيمة التي يسير بها في الأسواق ، والانتفاع الذي هو الثمرة الأولى من ثمرات المالية » ( الملكية ونظرية العقد : ٥٣ ) .

٢- أن ثبوت المالية للأشياء ، وانتفاءها عنها منوطٌ بتعارف الناس تموُّلها والانتفاع بها ، انتفاعاً معتداً به عندهم ، وأن كلَّ ما لا ينتفع به فليس بمالٍ ، أما ما ينتفع به ولو مآلاً ويجري فيه البذل والمنع ، فإنه يكون مالاً ، ويصحُّ الاعتياض عنه ، متى دخل تحت تقوُّم الشرع ، وأباح الانتفاع به .

ويمكن على ضوء ما سبق بحثه وتقريره حدُّ المال بأنه : " كلُّ ما ينتفع به ، وله قيمةٌ بين الناس عرفاً ، وأباحه الشرع في حال السَّعة والاختيار " ( الملكية / العبادي : ١٧٩/١ بتصرف ) .

٣- هذا الاتجاه في جعل ضابط المالية - بعد الإباحة - الانتفاع العُرفي وتموُّل الناس يجعل دائرة التموُّل للأشياء واسعةً رَحبةً ، تشمل أشياء كثيرةً لم تكن تتموُّل فيما قبل ، وهي اليوم لها قيمةٌ بين الناس ، وهو - دون ريبٍ - أمرٌ يتجدد على مرِّ العصور ، ويختلف باختلاف الأمكنة ، فكثيرٌ من الأشياء لم تكن له فائدةٌ فيما مضى ، محقراً بين الناس لا قيمة له بينهم ، هو اليوم بسبب من الكشف العلمي وتقدم الزمن وإثبات التجارب - له منافع يتموُّلها الناس ، ويقابلونها بالأثمان ، ذلك في جوانب متعددة ومجالاتٍ مختلفة : في الطبِّ أو الصناعة أو الزراعة أو حتى في الحرب . من ذلك :

(أ) ماليَّة حشرات المختبرات وفئران التجارب ، والجراثيم التي يتمُّ تحويلها في معامل الأدوية إلى أمصالٍ لمقاومة الأمراض ، أو التعامل معها وإجراء التجارب عليها .

(ب) تموُّل الناس الماء اليوم ، حال إحراره في نحو خزانات المياه ، وقوارير المياه الصحية .

(ج) تموُّل الناس الغاز ؛ للإيقاد ونحوه ، وثمَّ أنواعٌ معينةٌ من الغازات تستخدم للحروب .

(د) تموُّل الناس أنواعاً من التراب حال إحراره وحيازته .

(هـ) تموُّل الناس " الفراغ " = الهواء ، قال سيدي خليل في المختصر ( ١٨٩ ) : « وهواءٌ فوق

هواءٍ ، إن وصف البناء » .

(و) وأخيراً تموّل الناس الأشياء المعنوية والحقوق المحرّدة ، من الاسم التجاري ، والعلامة التجارية ، وحقوق التأليف والابتكار ( راجع قرار مجمع الفقه الإسلامي ، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي : ٥/٥/٤٣ ) .

٤- ينبغي الالتفات إلى أن المالية كما تثبت بالعرف العام ، تثبت بالعرف الخاص ، فكثيراً ما يكون الشيء في مكان ما غير منتفع به ، تافهاً لا قيمة له ، وفي مكان آخر هو من العزة والنفاسة والتقوم بمقدار كبير ، لكن اعتبار العرف العام أو الخاص في تموّل شيء ما مشروطٌ بالأبداً يكون الشرع قد جاء بالمنع منه ، كما تقدم .

٥- كما يُحتاج إلى العرف لبيان تموّل الأشياء ، كذلك يُحتاج إليه في التضمين عند إتلاف الشيء المتموّل ، أو تلفه ، ممّا هو من سبيل التضمين ، ويأتي بيانه في موضعه قريباً .

## ٢- ضابط ما يعدُّ نقداً بين الناس :

معيّارُ النقد بين الناس - على ما يقوله علماء الاقتصاد - وهم هنا أهل الخبرة ، المطلوبُ تحكيّمهم في مجالهم ومداهم ، ما قالوا : إن للنقد ثلاث خصائص متى توفّرت في مادة ما اعتبرت هذه المادة نقداً :

١- أن يكون وسيطاً للتبادل .

٢- أن يكون مقياساً لقيم الأشياء .

٣- أن يكون مستودعاً للثروة .

والأمّان الأخيران يرجعان إلى الأول ، وعليه ؛ فإن أقرب ما يعرف به النقد هو : « كلُّ شيءٍ يلقي قبولاً عاماً في العرف واصطلاح الناس ، بوصفه وسيطاً للتبادل ، مهما كان ذلك الشيء ، وعلى أي حال يكون » ( انظر : الورق النقدي / ابن منيع : ١٧-٢١ ) .

قال الشيخ تقي الدين - رحمه الله تعالى - : « وأما الدرهم والدينار فما يُعرف له حدٌّ طبعيٌّ ولا شرعيٌّ ، بل مرجعه إلى العادة والاصطلاح ، وذلك لأنه في الأصل لا يتعلّق المقصودُ به ، بل الغرض أن يكون معياراً لما يتعاملون به . والدرهم والدينار لا تقصد لنفسها ، بل هي وسيلةٌ إلى التعامل بها ، ولهذا كانت أثماناً ... والوسيلةُ المحضة التي لا يتعلّق بها غرضٌ ، لا بمادّتها ولا بصورتها يحصلُ بها المقصود كيف كانت » ( مجموع الفتاوى : ٢٥١/١٩-٢٥٢ ) .

وقال في الاختيارات ( ١٠٢ ) : « وما سمّاه الناس درهماً وتعاملوا به تكون أحكامه أحكامَ الدرهم ؛ من وجوب الزكاة فيما بلغ مئتين منه ، والقَطْع بسرقة ثلاثة دراهم منه ، إلى غير ذلك من الأحكام ، قلّ ما فيه من الفضة أو كُتّر ، وكذلك ما سمّي ديناراً » .

وعلى ما سبق تقريره ، وذكر خلاصته جاءت قرارات الهيئات والجامع الفقهيّة ، ( ر.مثلاً : قرار هيئة كبار العلماء بهذه البلاد ، وكان سنة ١٣٩٢هـ ، وقرار المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي ، الدورة الخامسة سنة ١٤٠٢هـ ) .

### ٣- مقياس الأموال الربويّة ، وأثر العرف فيها :

الأصل أن المعقود عليه تجب مساوئته ومماثلته للبدل إن كانا من الأموال الربويّة ، وأتحد جنسهما .

فعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبرّ بالبرّ ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح : مثلاً بمثل ، يداً بيد ، فمن زاد أو استزاد فقد أربى ، الآخذ والمعطي فيه سواء » ( صحيح مسلم مع النووي : ١١/١٤-١٥ ) .  
والمساواة إنما تكون معتبرةً متحققةً بالمعيار الشرعي لها ، وهو الكيل في المكيّلات : كالقمح والشعير ، والوزن في الموزونات : كالذهب والفضة .

فلا يجوز جعل معيار التساوي الكيل فيما يوزن ، ولا الوزن فيما يكال ، فيما ورد النصُّ به من هذه الأصناف الستة .

وقد ذهب الإمام أبو يوسف صاحب الإمام أبي حنيفة - رحمهما الله تعالى - إلى أن المقياس المعتبر حتى في هذه الأصناف الستة هو المقياس العرفي ، وأنه يتبدّل بتبدّل العرف ، وأن النصّ الوارد معلّلٌ بالعرف ؛ بمعنى أنه ورد بلزوم التساوي فيها كيلاً أو وزناً ؛ لأن هذا هو مقياسهما المتعارف عليه في عهد النبي صلى الله عليه وسلم ، ولو كان العرف فيها على مقياس آخر - لورد النصُّ معتبراً فيها ذلك المقياس الآخر ( ر. المبسوط : ١٤١/١٢-١٤٢ ، والعرف والعادة في رأي الفقهاء : ١٤٠-١٤٣ ، والمدخل الفقهي /الزرقا : ١٨٩١/٢-١٨٩٢ ) .

وما سوى هذه الأصناف الستة ، ما معيار التساوي فيه ؟

المذهب الحنبلي : أن مرجع الكيل لعرف المدينة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ومرجع الوزن لعرف مكة في زمن النبي صلى الله عليه وسلم : فما كان مكيلاً بالمدينة في زمنه صلى الله عليه وسلم انصرف التحريم بتفاضل الكيل إليه ، وهكذا الموزون ، وإن أحدث الناس خلاف ذلك : لما روى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « المكيال مكيال أهل المدينة ، والميزان ميزان أهل مكة » ( أخرج أبو داود : ٦٣٣/٣-٦٣٦ ، والنسائي : ٥٤/٥ ) .

وأما ما لا عرف له بمكة والمدينة - حرسهما الله تعالى - فيعتبر فيه عرف بلده وموضعه وأسواق الناس فيه ؛ فإن كان العرف فيه بالكيل يبيع بعضه ببعض بالكيل ، وإن كان العرف فيه بالوزن يبيع بالوزن ، فإن اختلفت البلاد في معيار ما لم يكن له عرفٌ بالحجاز ، اعتبر الغالب منها ، فإن لم يكن

ثم عُرف غالباً ، رُدَّ إلى أقرب الأشياء شَبَهاً به في الحجاز ، كما أن الحوادث ترد إلى شبه المنصوص عليه بها ، وهو الرُدُّ إلى القياس .

أما الرجوع إلى عرف مكة والمدينة ، فهو عودٌ إلى عرف وعهد النبوة ، زمن التشريع وإقراره ذلك ، أما الرجوع إلى أعراف البلاد الغالبة وتحكيمها ، فهو استعمالٌ للعرف في معرفه ما ليس له حدٌ في اللغة ، ولا في الشرع ، وتتريلٌ للأحكام المطلقة على الحوادث .  
هذا ، ويتعلّق بالعرف من مسائل الرِّبَا ما يلي :

١- في المذهب الحنبلي : العلة في الرِّبَا هي : الكيلُ والوزن مع اتِّحاد الجنس - فلا يجري الرِّبَا فيما لا يوزن ولا يكال في العادة ، وإن كان مصنوعاً مما يكال أو يوزن - من غير الذهب والفضة - كالمصنوع من الصُّفْر والحديد ، والرصاص ، ونحوها من المعادن .

فالأواني المعدنية والآلات المصنوعة من ذلك : كالأسطال ، والإبر ، والسكاكين ، والخواتم والأساور - من غير النقدين - يجوز بيعها متفاضلةً فيجوز بيع سكين بسكيتين ، وبيع إبرة بإبرتين . وكذا في هذا الحكم ما يصنع من الأكسية : كالحرير ، أو الصوف ، أو القطن ، كالجوارب ، والمناديل ، مما يباع عدداً . وأيضاً ما يباع ذرعاً : كالأقمشة من الأصناف المذكورة ، ونحوها ( انظر : الإنصاف : ١٤/٥ ، المجلة الحنبلية : م ٤٩٩ ) .

فكل أولئك : كان الأصل من طرد علة الربا - وهي الوزن أو الكيل - أن يجري فيها الربا ، ويحرم التعامل بها متفاضلة ، لكن جريان العرف بعدم كيلها أو وزنها أخرجها عن ذلك ، وجعل تبادلها متفاضلةً أمراً جائزاً مباحاً .

ويستثنى من هذا كله النقدان ، فيحرم التفاضل في بيع الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة مطلقاً ، فلا يصحُّ البيع ، وإن كانا مضرّوين أو مصنوعين بحيث لا يوزنان عرفاً .

٢- لا يجري الربا في الماء ، مع كونه كيلاً ... قالوا في تعليل ذلك : لإباحته أصلاً ، وعدم تمؤله عادةً ( انظر مناقشة ذلك في الإنصاف : ١٣/٥-١٤ ، المبدع : ٤/١٣٠ ) . فما ذُكر من إباحة الأصل ، وعدم التمؤله عادةً ، ضعّف العلة التي هي الكيل ، فلم تؤثر .

٣- قال في شرح الزاد : « ويجوز التعامل بكيلٍ لم يعهد » ( الروض مع حاشية ابن قاسم : ٤/٥١٧ ) . أي : لم يُتعارف عليه من قبل ، فيجوز التعامل به لعدم المانع ، وهذا إن لم يكن ثمَّ عرفٌ مطَّردٌ أو غالبٌ بغيره ؛ لئلا تختلط على الناس معاملاتهم .

والكيل يُستعمل في المائعات ؛ « إذ كلُّ مائعٍ مكيلٌ » ، من ذلك : اللبن والماء والأدهان وسائر السوائل ، ويستعمل أيضاً في الحبوب وبعض الثمار ونحوها مما يُكال .

ومن التعامل فيما لم يعهد قبل : التعامل اليوم في تقدير المائعات والسوائل بالليتر .

٤- القصد والتقوُّم في المنفعة ، وأثر العرف في بيان ذلك وضبطه ، وبحثُّ اشتراط كون العقد على منفعة العين دون أجزائها في عقد الإجارة :

المعنيُّ المبحوث عنه هنا - في هذا الشرط - أمران اثنان :

الأول : كون النفع المعقود عليه في عقد الإجارة ، مقصوداً متقوِّماً ، وعلاقة ذلك بالعرف ، وأثر العرف في بيانه وضبطه .

الثاني : اشتراط الفقهاء أن يعقدَ على نفع العين المستوفى ، دون أجزائها ، ومناقشة ذلك . وموضوع البحث والنظر في أول هذين الأمرين ، هو : التقوُّم والقصد ، أما أمر إباحة المنفعة أو تحريمها فمما لا يُختلف حوله ، ولكن يأتي الكلام عنه تبعاً .

في عقد الإجارة يشترط كون المنفعة المعقودِ عليها مقصودةً عرفاً ، متقوِّمةً في العادة . فتجوز إجارة كلِّ منفعةٍ اعتيد استيفاءها مما لم يُنه عنه ، وأما منفعةٌ لا تُقصد عرفاً ، ولا قيمة لها في العادة يبذل العوض عنها ، فلا يصح عقد الإجارة عليها .

أمثلةٌ فقهيةٌ للمنافع المقصودة المتقوِّمة عرفاً :

١- تصحُّ إجارة كلِّ عينٍ يمكن أن ينتفع بها منفعةً مباحةً مقصودةً ، كالأرض والدار ، والخيل والإبل ، والثياب ، والحبال ، والخيام ، والمحامل ، والسروج ، واللِّجم ، والسيف والرمح ، وأشباه ذلك .

٢- تصح إجارة دارٍ تجعل مسجداً أو تُسكن ، وإجارة حائطٍ لوضع أطراف خشبه المعلوم عليه ؛ لإباحة ذلك ، ولأن هذه منفعةٌ مقصودةٌ ، مقدورٌ على تسليمها واستيفائها .

٣- يصح أن يستأجر شجراً أو نخيلاً ، ليحفظ عليها الثياب ، أو يجلس بظلها ؛ لأنها منفعةٌ مباحةٌ مقصودةٌ .

٤- تصح إجارة كتب العلم التي يجوز بيعها ؛ للانتفاع بها في القراءة فيها والنسخ منها ، وتجوز إجارة درجٍ فيه خطٌّ حسنٌ ، يُكتب عليه ويتمثل منه .

٥- تجوز إجارة الحلبي ؛ لأنها عينٌ يُنتفع بها منفعةً مباحةً مقصودةً ، مع بقاء عينها ، فأشبهت سائر ما تجوز إجارته ، والزينة من المقاصد الأصلية .

٦- تصح إجارة نقد ، أي : دراهم ودنانير ، للوزن والتحلي مدةً .

٧- يصح استئجار ما يبقى من الطيب والصندل وأقطع الكافور والندِّ والمسك ونحو ذلك ؛ ليشمه المرضى وغيرهم ، مدةً معينةً ثم يردُّ ؛ لأنها منفعةٌ مباحةٌ ، أشبهت الوزن والتحلي واستئجار الثوب للبس .

## أمثلة فقهية للمنافع غير المقصودة عرفاً :

- لا تصح إجارة شمع ونحو ذلك ؛ لِيُجْمَلَ به دكَّانه ، ولا طعامٍ وأوانٍ ونحوه لِيَتَجَمَّلَ به على مائدته ويردَّه ، وعُغِّلَ : بأن منفعة ذلك غيرُ مقصودةٍ ، وما لا يُقصد لا يقابلُ بعوضٍ ، وبذله فيه سفةٌ .

- لا يصح استئجار ما لا يبقى من الرياحين كالورد والبنفسج والريحان وأشباهه لشمِّها ؛ لأنَّها تتلف عن قُرب ، فأشبهت المطعومات .

## الضابط والتحقيق :

أن الأصل في معرفة كون المنفعة مقصودةً متقوِّمةً هو العرف ، وأن الأمثلة المذكورة ونظائرها ، بل وغيرها مما جدَّ واستحدث ، إذا مضى اصطلاحُ الناس وجرى عرفُهم على استيفاء منفعةٍ منها ، وغدا لهذه المنافع قيمةٌ في عوائدهم ، فالحكمُ فيها الجواز والصحة ، ما دام لم يرد الشرع بتحريمها خصوصاً ، أو لا يستفاد المنعُ منها بقاعدةٍ من قواعد الشرع العامة .

ولقد يشهد لهذا البحث ويسندُ هذا التقرير قولُ الشيخ تقي الدين - رحمه الله تعالى - : « المنافع التي لا قيمة لها في العادة بمتزلة الأعيان التي لا قيمة لها ، لا يصحُّ أن يرد على هذه عقدُ إجارةٍ ، ولا على هذه عقد بيعٍ ، بالإتفاق » ( مجموع الفتاوى : ٣٠٥/٣٠ ) ، فإن مفهومه : أن كلَّ عين لها قيمةٌ في العادة يصحُّ ورود عقد الإجارة عليها ، وقد قال في الفروع ( ٤٣٣/٤ ) ، وصاحب الإنصاف ( ٢٨/٦ ) عقب نقل بعض أمثلة ما لا تصح إجارته : " ... ظاهر كلام جماعة جواز ذلك " .

ويشبه أن يكون ضابط المنفعة من خلال التحقيق في هذا الشرط هو : « كلُّ منفعة مقصودة عرفاً ، يُعتاض منها بالمال عادةً ، لم يرد الشرع بتحريمها ، فهي منفعةٌ معتبرةٌ ، يجوز كونها محلاً لعقد الإجارة » .

الثاني : أن يعقد على نفع العين المستوفى دون أجزائها ؛ لأن الإجارة هي بيعُ المنافع فلا تدخل الأجزاء فيها .

هذا الصحيح من المذهب الحنبلي ( الإنصاف : ٢٩/٦-٣١ ) ، فلا تصح إجارة عينٍ لاستهلاكها ، أو استهلاك بعضها .

واختار الشيخ تقي الدين - رحمه الله تعالى - جواز ذلك كله في أصل كبيرٍ ، ضبطه بقوله : « الفوائد التي تُستحقُّ - مع بقاء أصولها - تجرى مجرى المنافع ، وإن كانت أعياناً » ( القواعد النورانية : ١٤٩ بتصرف يسير ) . وقال : « إن ثمر الشجر ولبن الآدميات والبهائم ، والصُّوف ، والماء العذب كلما خُلِق منها شيءٌ فأخذ خلق الله بدله - مع بقاء الأصل - كالمنافع سواء » ( مجموع الفتاوى : ٤٤٩/٢٠-٥٥١ ) .

وتابعه على ذلك الإمام ابن القيم - رحمه الله تعالى - وعبر عن هذا الأصل بقوله : « الذي دلت عليه الأصول : أن الأعيان التي تحدث شيئاً فشيئاً مع بقاء أصلها حكمها حكم المنافع ... » (إعلام الموقعين : ١٥/٢) .

والعرف جارٍ ببعض ما مثل به أو بنظائره ، فهذا سبب إيراد هذه المسألة هنا ، والكلام عليها .

#### ٥- " المثلي " و " القيمي " ، وأثر العرف في حدّهما وضبطهما :

ويتعلّق بأمر التمّول ، وبيان حدّ المال ذكر المصطلحات التالية ، وبيان وجه صلتها بالعرف ، وهي كثيرة الدوران في مسائل الفعل الضارّ والغصب ، وما يتبعه من ضمان المتلفات .

(أ) المثليّ ، وهو : « ما يوجد له مثل في السوق دون تفاوتٍ يعتدُّ به » ( المجلة الحنبليّة م :

١٩٣ ) .

وقد كان يعرف في المذهب الحنبلي وغيره بأنه : المكيّل والموزون ؛ كالسمن والزيت ، والقمح والشعير من المكيّلات ، وكالحديد والنحاس والذهب والفضة من الموزونات . فكل واحد من هذه الأصناف وأشباهاها - يعدُّ بين الناس بعض أجزاءه مساوياً لبعضها الآخر ، إذا تعادلت الكميّتان ، ويقوم بعضهما مقام بعض في التداول والوفاء .

ويشترطون لجعلها من المثليات : ألا تكون فيها صناعةً مباحةً ؛ في مكيّل ، نحو : هريسة ، أو في موزون ، نحو : حلبيّ وأسطال ، فإنه في هذه الحال يُضمن بقيمته ؛ لأن الصناعة تؤثر فيه ، فلا تجعله مثلياً متساوياً من كل وجه ( انظر : الإنصاف : ١٩٢/٦ - ١٩٣ ، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة / الزرقا : ١٣١ ) .

(ب) القيميّ ، وهو : « ما لا يوجد له مثل في السوق ، أو يوجد مع تفاوتٍ يعتدُّ به » ( المجلة

الحنبليّة م : ١٩٤ ) .

ويمثّل ذلك : بأفراد الحيوانات ، ولو من جنسٍ واحدٍ ، فإن الرأس الواحد من الغنم أو البقر أو الخيل ، لا يتساوى مع الآخر في القيمة ؛ لما بينهما من التفاوت في وجوه وأصنافٍ شتى . ويقطع الأراضي ؛ فإن القطعة من الأرض قد لا تتساوى مع القطعة المجاورة لها ، وإن كانت مساحتها واحدة .

ويمثّل للقيميّ أيضاً ، بنحو : الدُّور ، والمصوغات : من الحلبيّ والذهب والجواهر ، ونحو ذلك .

والتعليق على هذين المصطلحين - مما له بأثر العرف علاقةً - يتلخّص فيما يلي :

١- يتبدّل الموزون إلى مكيّل ، وعكسه في تبدّل المكيّل إلى موزون - تبعاً لتغيّر العرف في التعامل بهما . كما يحدث في بيع الزيت والسمن اليوم وزناً ، وقد كان مكيلاً ؛ لأنه من المائعات ، وكذا في بيع الحبوب ونحوها .



٢- إن كثيراً مما كان يعدُّ قيميًّا ؛ لوجود التفاوت المعتد به في أفرادها ، أو عدم وجود مثلٍ له في السوق - هو اليوم مثليُّ ميسورٌ يمكن وجود أمثالٍ له ، دون تفاوتٍ ؛ ذلك بسببٍ ظاهرٍ من تطوُّر الصناعات ، ودخول عصر الآلة .

من هذه الأمثلة : الأقمشة والملابس ، والحُلِيُّ ، والأخشاب ، وغيرها .  
فالأقمشة - مثلاً - كانت تنسج على الأنوال اليدوية ، ويترتب على ذلك اختلافها ، دقَّةً وجودةً ، وتأمُّل الحال اليوم ، وكذا الشأن في الملابس والحُلِيِّ ، والأخشاب الجديدة التي تأتي بأوصافٍ ومقاييس واحدة ، وتباع بالمتر المكعب ، أو المربع ، أو بالطول . فكلُّ هذه اليوم مثلياتٌ .  
بل المثلية - اليوم - تتحقَّق في أيسر الأشياء ، كالكؤوس والأواني من زجاجيةٍ وغيرها ، إلى ما هو من أكبر الأشياء ، كالمحرِّكات والسفن والطائرات . بل حتى قطع الأراضي والدُّور ، يمكن أن تكون اليوم مثليةً ، كما ترى شاهد ذلك في مناطق الإسكان الجماعية ؛ إذ لا ترى بينها تفاوتاً حتى في زرِّ الكهرباء على الجدار ، فأمسى تدخل الصناعة اليوم سبباً من أسباب توفُّر المثليات ، وقد كان قبل من أسباب التحوُّل إلى القيمة .

وعليه : « فكلُّ ما تمَّت صناعته بواسطة الآلة ، أو أمكن ضبط صفاته ، وكان من نوعٍ واحدٍ - هو اليوم مثليُّ ؛ لعدم تفاوت أجزائه ، ووحداته ، ووجود أمثال له في السوق » .  
لذا كان الشيخ اختيار الشيخ تقي الدين - رحمه الله تعالى - موقِّفاً سابقاً في « أن ضمان المغصوب بمثله مكيلاً أو موزوناً أو غيرهما ، حين أمكن ، وإلا فالقيمة » ( الاختيارات : ١٦٥ ) .  
٣- أن الضابط في القيميِّ يرجع إلى النظر والاجتهاد ، وتحكيم أهل الخبرة والاختصاص ، وهو يؤول إلى العرف الخاص .

\* \* \*

## الأصل الثاني: حرية التعاقد والاشتراط ، وأثر العرف في ذلك

### بيان المراد بحرية التعاقد والاشتراط :

**المراد بحرية التعاقد :** قدرة المتعاقدين على إنشاء وإحداث ما يتراضيان عليه من العقود .  
والسؤال المبحوث عن إجابته هنا : هل الشرع واردٌ بتحديد عدد معين من العقود ، هي التي كانت على عهد النبي ﷺ ، ووردت بتقريرها الأدلة الشرعية ، وهي التي تذكرها الكتب الفقهية ، واصطلح على تسميتها اليوم بـ « العقود المسماة » ؟ .

أم أن للناس استحداث ما شاءوا من العقود والتصرفات ، بسبب ما يجدر من حاجات ومصالح ، وما يطرأ من أفضية ونوازل ، وما يتكوّن من عوائد وأعراف ، غير مقيدين في هذه العقود المحدثّة إلا بقيد واحد ، وهو : ألاّ تشمل هذه العقود على أمرٍ قد حرمه الشارع ، ونهى عنه ، فمتى لم تشمل تلك العقود على أمرٍ محرّم بنصٍّ خاصٍّ ، أو بمقتضى القواعد والأصول الشرعية العامة ، فإن الوفاء بها لازمٌ ، وكلُّ عاقدٍ مأخوذٌ بما تعهّد به .

وبتعبير آخر : هل الأصل في العقود الحظر أم الإباحة ؟ .

### حرية الاشتراط لتحديد آثار العقود :

هذا المبحث جزءٌ من حرية التعاقد ، راجعٌ إليه ، ومنصوٌّ تحته ، وهو متممٌ لبحثها .  
والمراد به : هل للمتعاقدين أن يشترطا في العقد ما يريان مصلحةً في اشتراطه ، فيغيّرًا بذلك في الآثار المعروفة للعقود المسماة بالزيادة عليها ، أو النقصان منها ، أو غيرها من العقود ، وأن ما يشترطانه يجب الوفاء له والالتزام به .

وبتعبير آخر أيضاً : هل الأصل في الشروط الحظر أو الإباحة ؟ .

قال العلامة الفقيه الشيخ مصطفى الزرقا - رحمه الله تعالى - في شأن حرية الاشتراط : « أهم نواحي سلطان الإرادة في نظر الحقوق الحديثة » ( المدخل : ٤٦٥/١ ) .

هذا ، والناظر في سوق المعاملات القائمة اليوم ، وتصرفات الناس فيها يجدهم يتفنّنون في شروطهم ، كلٌّ يشترط ما يراه ضامناً لسير معاملاته وعقوده ، محصلاً لمصلحه وقصوده .

ولبيان علاقة الشريعة بالعقود والشروط المعتادة المتعارف عليها ، إقراراً وإنشاءً ، أنقل ما قاله العلامة الفقيه الشيخ علي الحفيف - رحمه الله تعالى - في ذلك ، قال : « كان التعاقد معروفاً عند العرب قبل الإسلام ، وكان يتناول أكثر الشؤون التي تناولها بعد الإسلام ، فكانوا يعرفون عقود المعاوضات المالية من بيع وإجارة ، ونحوها ، ويعرفون عقود التوثيق ، من : رهن وكفالة وحوالة ، ويعرفون عقود النكاح والهبة والوصية والعارية ، وغيرها من العقود التي جرى العرف بها ، وصارت لها نتائج عرفية ، يلزمهم بها العرف ، ويوجبها عليهم الخلق ونظام المعيشة .

ثم جاء الإسلام فأقرّ منها ما كان صالحاً ، وكمّل ما كان ناقصاً ، وحرّم ما كان ضاراً ، وبَيّن لها الحدود ، وفصّل لها الأحكام ، فأقرّ كثيراً من العقود ، وحرّم منها أنواعاً لما تحويه من الخداع والغرر ، كذلك حرّم كلّ عقد مالي دخله الربا وأكل أموال الناس بالباطل ، وهكذا أصلح المعاملة والتعاقد ، وبناهما على الرضا ، ثم أوجب الوفاء بالعقد ، وفصّل أنواعها وأحكامها وشروطها . وهذا ما تفيدته نصوص الشريعة إجمالاً وتفصيلاً ، ومقتضى ذلك أن تطلق الحرية للناس في أن ينشئوا من العقود والشروط ما تدعوهم الحاجة إلى إنشائه ، وإن لم يكن معروفاً لهم من قبل متى كان في مصلحتهم ، ولا يتعارض مع أسس الدين وقواعده الكلية » ( ملخصاً بتصرف : أحكام المعاملات الشرعية : ص ٢٠٦-٢٠٧ ، ر.أ : ص ٤١٧ ) .

وأضيف ، فأقول : قد عرف تاريخ الفقه الإسلامي عقوداً محدثة وشروطاً مستجدة ، لم يكن لبعضها سابق ، سرّت بين المجتمعات ، فجاء الشرع الشريف - والشرع إذا دخل شيئاً أصلحه - فوضع ضوابطه العامة لإصلاحها ، وإساعتها ، وجعلها مقبولة شرعاً ، فكانت كذلك ، من ذلك : عقد الاستصناع ، والتحكير ، وبيع الاستحجار ، وبيع العربون ، ونحوها ، فأمست هذه العقود والشروط عقوداً وشروطاً شرعية بالمعنى العام ، تُذكر في كتب الفقه الموثوقة المتداولة ، وتُبيّن بها بأحكامها .

#### اختيار الشيخ تقي الدين - رحمه الله تعالى - :

تذكر في فاتحة الكلام عن اختياره كلمته العالية المضيئة في التعبير عن ذلك ، وهي قوله : « الأصل في العقود رضی المتعاقدين ، ونتيجتها ما أوجبه على أنفسهما بالتعاقد » ( مجموع الفتاوى : ٢٩ / ١٥٥ ) .

قال في الإنصاف : « اختار الشيخ تقي الدين - رحمه الله تعالى - صحة الشروط وإن تعددت » . « واختار صحة العقد والشرط في كل عقد ، وكل شرطٍ لم يخالف الشرع ؛ لأن إطلاق الاسم يتناول المنجّز والمعلق والصريح والكناية ؛ كالنذر ، وكما يتناوله بالعربية والعجمية » ( الإنصاف : ٤ / ٣٥٣-٣٥٤ ) .

وتابعه على هذا الاختيار تلميذه الإمام المحقق ابن القيم - رحمه الله تعالى - ( إعلام الموقعين : ١ / ٣٤٩-٣٤٩ ، ٣ / ٣٩٩-٤٠٢ ، وتهذيب السنن : ٥ / ١٤٤-١٥٣ ) .

واستقرت الفتوى وصُحّح العمل بهذا الاختيار ، من جملة من أئمة المذهب الحنبلي ومحقيقه المعاصرين ( انظر : الدرر السنية : ٥ / ٢٠ ، وفتاوى الشيخ ابن إبراهيم : ٧ / ٧٨ ) .

ويستفاد مما تقدّم ، ويتعلّق به ما يلي :

١- مما يتأكد التنبيه عليه : أن إجازة الشروط والعقود العرفية مبنيٌّ على عدم اشتغالها على مصادمة لنصٍّ خاصٍّ أو قياسٍ عليه ، أو مخالفة لقواعد الشرع العامة ، وإلا كانت باطلة لا اعتبار بها ، ولا تفيد آثارها ، كاشتراط الفوائد الربوية على القروض ، وبيع العينة ، وكالغرر في بعض العقود ، ونحو ذلك .

٢- الشروط الجعالية التي لا يمنع الشرع من اشتراطها متنوعَةٌ أنواعاً لا تحصى ، وهي في كل زمانٍ ومكانٍ بحسب حاجات أهله ، فقد يُتعارف في بلدٍ من الشروط ما لا يُتعارف في غيره ، ويصحُّ عند كلِّ قومٍ ما يتعارفونه .

٣- قد أنتج مبحثُ حرية الاشتراط عدّة قواعد وضوابط مهمة ، لا يصحُّ إغفالها ، من ذلك :

١- « الشرط بين الناس ما عدّوه شرطاً » ( الاختيارات الفقهية : ٢٠٣ ) .

٢- « الشرط العرفي كاللفظي » ( إعلام الموقعين : ٣/٣ ) .

٣- « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » ( من قواعد المجلة العدلية : ق : ٤٢ ) . وأخصُّ منه

قولهم :

٤- « المعروف بين التجار كالمشروط بينهم » ( من قواعد المجلة : ق : ٤٣ ) .

ويُحتاج إليها كثيراً في بيان حدود المعاملات التجارية ، سواء في العقود التي تُبرم بين التجار : كالبيع ، والإجارة ، والكفالة ، والوكالة ، أو في بيان طريقة التعامل بينهم : ك شحن البضائع بطريقة معينة ، والإعطاء بالنقد أو بالأجل ، وفي سائر المعاملات الأخرى .

**أمثلة وتطبيقات :**

الشروط المتعارفة في العقود كثيرةٌ متجددةٌ ، لا تكاد تدخل تحت حصرٍ ، أو تقف عند حدٍّ ، من ذلك :

١- شراءُ سيارةٍ على أن تتولى الشركة صيانتها عاماً ، أو ١٠ آلاف كيلو متر .

٢- بيع آلات المصنع ، على أن يركبها البائع ويشغّلها ، ويعلم عمال المصنع ذلك .

٣- بيع آلةٍ على شرط التجربة للمبيع لمدة ثلاثة أيام .

٤- الشراء بشرط ذوق المبيع ، كما في بيع المأكولات والعصائر ونحوها .

٥- بيع الشاة واستثناء بعضها : سواقطها ؛ من الرأس والجلد والأكارع ، إذا كانت العادة جارية بمثل ذلك .

ومن البيوع الشائعة المتعارفة « بيع العربون » ، وهو نوعٌ وثيقةٌ للتعامل تعتمد على أعراف التجار ، والحاجة ماسّةٌ إلى تصحيح مثل هذا الشرط للمحافظة على سلامة العقود من الاضطراب ، والمذهب الحنبلي صحته ( انظر : المغني : ٢٣١/٦ ، الإنصاف : ٣٥٧/٤-٣٥٨ ) .

ومما يُنبه عليه هنا أن طائفةً من أئمة المذهب صحَّحوا شرط العربون ، سواء وُقِّت أم لم يُوقِّت ، وأنَّحه العلامة الكرّمي - رحمه الله تعالى - إلى عدم صحة اشتراطه إن لم يقيداه بزمن ؛ لأن البائع أو المؤجر لا يدري إلى متى ينتظر ، فعدم التوقيت غير مناسب ؛ لما يلزم عليه من طول الأمد بلا نهاية ، ويترتب عليه من الضرر ما فيه كفاية ( غاية المنتهى مع شرحها مطالب أولي النهى : ٧٨/٣ ) .

### الشرط الجزائي :

ازدادت قيمة الزمن في الحركة الاقتصادية ، وغدا تأخر أحد المتعاقدين أو امتناعه عن تنفيذ التزاماته في مواعيدها المشروطة مُضراً بالطرف الآخر في وقته وماله ، فلو أن متعهداً - مثلاً - بتقديم المواد الصناعية إلى صاحب معملٍ تأخّر عن تسليمها إليه في الموعد المضروب ، لتعطل العمل وعمّاله ، ولو أن بائع بضاعة لتاجر تأخّر في تسليمها حتى هبط سعرها لتضرر التاجر المشتري بخسارة قد تكون فادحةً ، وكذا تأخّر الصانع عن القيام بعمله في وقته ، وكلُّ متعاقد إذا تأخّر أو امتنع عن تنفيذ عقده في مواعده .

فهذه الأحوال وأمثالها ضاعفت احتياج الناس إلى أن يشترطوا في عقودهم ضماناتٍ ماليةً على الطرف الآخر ، ومثل هذا الشرط هو ما اصطلح على تسميته بـ « الشرط الجزائي » .  
ومن خلال ما تقدم ، يمكن تعريفه بأنه « اتفاق المتعاقدين مقدماً على مقدار التعويض الذي يستحقّه أحدهما إذا لم يتم الآخر بتنفيذ التزامه أو تأخّر في تنفيذه » .

### وتطبيقات هذا الشرط متعددة في الحياة العملية ، من ذلك :

- ١- أن مصلحة البريد وشركات النقل تحدّد مبلغاً من المال تدفعه المصلحة أو الشركة في حالة ضياع طردٍ عُهد إليها نقله ، أو فقد خطابٍ موصىً عليه ( مسجّل ) .
- ٢- ما يُنصُّ عليه عادةً في عقود المقاولات من إلزام المقاول أو المتعهد بدفع مبلغٍ معيّنٍ من المال عن كلِّ يومٍ أو شهرٍ يتأخّر فيه عن تنفيذ العمل الذي تعهّد به .
- ٣- ما يُنصُّ عليه كثيراً في عقود البيع أو الإجارة من إلزام البائع أو المستأجر بدفع مبلغٍ معيّنٍ عن كلِّ يومٍ أو شهرٍ يتأخّر فيه عن تنفيذ التزامه بتسليم المبيع ، أو بإخلاء العين المؤجرة عند انتهاء مدة الإجارة .

وعلى الجملة لا تكاد ترى عقداً يُبرم الآن خالياً عن مثل هذا الاشتراط .

\* \* \*

### الأصل الثالث : صيغة العقد ، ودوال الرضا

المراد بصيغة العقد عند الفقهاء : ما يصدر عن العاقدين من عبارة ، أو ما يقوم مقامها ، مما يدل على مقصدهما ، ويُفصح عن إرادتهما ، ويكون دليلاً على الرضا .  
وبتعبير آخر : ما يُبين عن رضا العاقدين .

والرضا هو أعظم مسائل المعاملات المالية ، وأصل العقود كلها ، وسبب حلّها بين الناس . قال الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾ [ النساء ٢٩ ] . فنهى - سبحانه - عباده المؤمنين عن أن يأكلوا أموال بعضهم بعضاً بالباطل ، من أنواع المكاسب والبيوعات التي نهى عنها الشرع ، واستثنى المتاجر المشروعة التي تكون عن تراضٍ ، فهي حلالٌ جائزة .

وقوله عزّ وجلّ : ﴿ عَن تَرَاضٍ ﴾ دالٌّ على أن التراضي هو مناط الجواز ، ولما كان الرضا أمراً خفياً لا يُطلع عليه ، كان لا بدّ من الدلالة عليه بلفظ أو ما يقوم مقامه ، وهو المراد بصيغة العقد ، ودليل الرضا هو : كلُّ ما يدلُّ عليه ، ويكون معبراً عنه .

من خلال حصر ما يدلُّ على الرضا في صيغ العقود ، كانت الدوالُّ التالية :

(أ) الصيغة اللفظية .

(ب) الصيغة الفعلية .

(ج) الكتابة والمراسلة .

(د) الإشارة .

(هـ) دلالة الحال .

(و) السكوت .

(أ) الصيغة اللفظية ، قيودها ، وما تصحُّ به :

الألفاظ هي العماد الأول في التعبير عن الرضا ؛ لوضوح دلالتها على إنشاء العقود ، وبيان الإيجاب والقبول .

الصيغة اللفظية : من إيجابٍ وقبولٍ غيرٍ منحصرة في لفظ بعينه ، بل هي : كلُّ ما أدّى معنى العقد ، وكان دالاً عليه عرفاً .

والعبارات المستعملة في العقود إيجاباً وقبولاً لا يمكن حصرها ، والضابط « بما يدلُّ عرفاً » فما دام اللفظ مفهوماً لدى العاقدين دالاً على الرضا ، كان العقد صحيحاً بما .

فيصح العقد بالألفاظ المعهودة المعتادة ، سواءً أكانت بالعربية الفصيحة ، أم بالعامية ، أم بغير العربية ، ومن أكد ما ينه عليه هنا : أن ما تقتضيه أساليب العامة البيانية ؛ من عقد أو تعليق أو تنجيز أو إذن أو إجازة أو شرط أو غير ذلك - هو المعتر وإن خالف قواعد اللغة ، والمرجع في ذلك العرف وعوائد الناس .

والرجوع إلى العرف هنا لتحكيمة هو من باب العرف القولي في استعمالات العرف الفقهية .

### (ب) الصيغة الفعلية :

نظراً لحاجات الناس ، وإرفاقاً بهم ، وتحكيماً لعوائدهم وأعرافهم الصحيحة ، جاءت دلالة الفعل على الرضا ، والقول بالاعتداد بما فيما تدلُّ عليه ، وهي المشتهرة بـ « المعاطاة » .  
والمراد بالمعاطاة عند الفقهاء : المبادلة بالفعل الدال على الرضا ، وقد يوجد لفظٌ من أحدهما ، وقد لا يوجد لفظٌ أصلاً .

وينقعد البيع بدلالة المعاطاة - على المذهب الحنبلي - في القليل والكثير ، أي في النفيس وغيره .  
ومن تطبيقاتها اليوم : بيع الصحف والمجلات ونحوها ، والشراء من الآلات الذاتية ( المكائن الأتوماتيكية ) في المرطبات والصحف ، وبطاقات الاتصال ، وتذاكر السفر ونحوها ، وفي غير ذلك .  
وخلاصة هذه الصور ترجع إلى ثلاث :

- ١- أن يصدر من البائع إيجابٌ لفظيٌ فقط ، ومن المشتري أخذٌ .
- ٢- أن يصدر من المشتري لفظٌ ومن البائع إعطاءٌ .
- ٣- لا لفظٌ من واحدٍ منهما ، بل هناك عرفٌ بوضع الثمن وأخذ المثلث .

### (ج) الكتابة والمراسلة :

المراد بالكتابة هنا : المكتوبُ : كالرسالة أو الخطاب - بمعناها العُرفي - الذي تكتب فيه عبارة الإيجاب أو القبول من أحد العاقدين إلى الآخر .

مثالها : لو كان المشتري غائباً عن المجلس ، فكاتبه البائع : إني بعثك داري بكذا ، أو قال : بعثُ فلاناً - ونسبه بما يميّزه - داري بكذا ، فلما بلغ المكتوب إلى المشتري قبل البيع - صحَّ العقد .  
ويشترط للكتابة كي تعتبر ، ويصحَّ كونها دليلاً على الرضا : أن تكون واضحةً مكتوبةً بالطريقة المعتادة بين الناس في زمانهم ، محرّرة على الوجه المتعارف بينهم ، من نحو : تصديرها باسم المرسل والمرسل إليه ، محتومةً أو موقّعةً من المرسل .

والمراد بالمراسلة هنا : بعثُ شخصٍ لتبليغ لفظ المرسل .

وصورتها : هي ما في مثال الكتابة ، والشأن فيها كالشأن في الكتابة ، ولا فرق بينهما إلا أن المنقول بالكتاب كلامٌ مكتوبٌ ، والمنقول بالرسالة كلامٌ ملفوظٌ ، والغاية منهما واحدةٌ .

وقد استُعملت الكتابة والرسالة ؛ لتبليغ الدعوة في العهد النبوي في مكاتبات النبي ﷺ للملوك ،  
وبعثه الرسل إلى البلاد ؛ لدعوتهم إلى الإسلام وتعليمهم أحكامه .

#### (د) الإشارة ، ودلالاتها على الرضا :

المراد بالإشارة هنا : التلويحُ بشيءٍ يُفهم منه ما يُفهم من النطق ، أو تحريكُ عضوٍ من أعضاء  
الإنسان ؛ للدلالة على الرضا أو عدمه .

اختار الشيخان : شيخُ الإسلام ابن تيمية ، والإمامُ المحقق ابن القيم - رحمهما الله تعالى - :  
انعقادَ البيع ونحوه بالإشارة الدالة ، وأن الإشارة المفهومة المعتادة دالةٌ على الرضا ؛ لكونه من بياعات  
الناس ، والعرف جارٍ به ( انظر : الاختيارات : ١٢١ ، وإعلام الموقعين : ٢١٨/١ ) ، وهو مذهب مالك .  
ويمكن الاستدلال لهذا الاختيار ، في خصوص دلالة الإشارة بما يلي :

١- استعمال النبي ﷺ الإشارة ، وقبوله لدلالاتها ، في التبليغ والعمل بأحكام الشرع ، في جملة  
أحاديث كثيرة ، منها :

قوله ﷺ : « الشهر هكذا وهكذا ، وخنس الإبهام في الثالثة » ( صحيح البخاري مع الفتح : ١١٩/٤ ،  
١٢٦ ) .

وقد فهم الصحابة ﷺ تلك الأحاديث ، ورووها ، وعملوا بها ؛ لما كان ذلك دالاً مفهوماً في  
عرفهم وعوائدهم . فصلوح الإشارة لذلك ؛ لكونها دالة ، يفيد صلوحها أيضاً ؛ للدلالة على  
الرضا <sup>(١)</sup> .

٢- الإشارة - في مذهب المالكية أولى بالجواز من المعاطاة ؛ لأنه يطلق عليها أنها كلامٌ ؛ لقول  
تعالى : ﴿ آيَاتِكَ أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمَزًا ﴾ [ آل عمران ٤١ ] ( شرح الخطاب : ٢٢٩/٤ ، تفسير  
القرطبي : ٨٠/٤-٨١ ) .

٣- الإشارة أظهر دلالة من السكوت ، وقد قبل في مواضع ؛ لكونه دالاً واحتفت به القرائن ،  
فالإشارة أولى وأحرى إذا شاركته في الدلالة ؛ لظهورها عنه .

٤- جريان العرف بالإشارة ، وفهم دلالاتها ، والعمل بها ، والواقع شاهد ، كما قد ترى ذلك في  
البورصات " الأسواق المالية " ، وصلات المزاد العلني .

<sup>(١)</sup> انظر لزاماً صحيح البخاري مع الفتح : ٤٣٥-٤٣٧ ، فقد أخرج الإمام البخاري - رحمه الله - نحواً من أربعة عشر حديثاً ، ما  
بين موقوف ومرفوع ، ومعلق وموصول في دلالة الإشارة ، وفهمها وتحكيمها ، وبوب عليها : « باب الإشارة في الطلاق والأموار



## ( هـ ) دلالة الحال :

تعرف دلالة الحال بأنها : " ما دلَّ على حالة الشيء وكيفية من ظاهر أمره " ( المعجم الوسيط : ل س ن بتصرف ) .

ومن القواعد الفقهية : " لسان الحال يتزلَّ منزلة لسان المقال " ( الذخيرة : ٩٣/٩ ) .  
وقد تكون دلالة الحال في بعض صورها مندرجةً تحت دلالة السكوت الدالِّ الآتي ، وقد تكون مرادفةً لما يُعرف في القانون بـ : التعبير الضمني .

## ( و ) دلالة السكوت :

المُدرك المتفق عليه أن السكوت المطلق لا يفيد دلالة على شيء ، وهذا أصلٌ في المعاملات عبَّر عنه بقولهم : « لا ينسب لساكتٍ قولٌ ... » لكن هذا الأصلُ حَقَّق باستدراكٍ يبين عن حدوده وما يخرج عنه ، فجاءت تنمة هذه القاعدة : « لكنَّ السكوت في معرض الحاجة إلى البيان - بيانٌ » ( من قواعد المجلة : ق : ٦٦ ) .

والمستفاد من ذلك : أن السكوت ليس دالًّا على الرضا والقبول ، كما لا يدل على الإجازة والإذن ؛ لأن عدم القول متيقن ، والسكوت محتمل ودلالته مشكوك فيها ؛ لكن السكوت يكون دليلاً على الرضا إذا جاء « معرض الحاجة » وقام « العارض » وثبت ؛ من قرينة تدل على الرضا ، أو أحاط به من شواهد الحال ما يجعله يدل على ذلك ، وعندها يكون السكوت « طريقةً عرفيةً للتعبير » .

وأظهر الأمثلة على ذلك ، سكوت البكر عند استئذان وليِّها في تزويجها ، وقد جعل الشرع « إذنها صماهما » ؛ من أجل دلالة العرف ؛ إذ يغلب على الأبيكار في هذا المقام عادةً الحياء من إبداء الموافقة أو إظهار الرغبة .

وعليه : متى أثبتت للسكوت دلالةً فإنما المراد السكوت الدالُّ المحتفُّ بالقرائن .

## قرائن وتطبيقات يكون فيها السكوت دالًّا :

١- إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين ، كما في استمرار الإجازة فيما لو سكت المؤجر ، وترك المستأجر في المكان المؤجر ، فيعتبر هذا السكوت قبولاً بتجديد المدة ، ودالًّا على الرضا بذلك .

٢- سكوت الشفيع - لغير حاجة - عن طلب الشفعة ، بعد علمه بالبيع والتمن ، يعتبر رضا بالعقد ، وإقراراً بالتنازل عن الشفعة ، فيسقط حقه فيها .

٣- إذا كان العرف التجاري أو غيره من القرائن تدل على اعتبار السكوت قبولاً ، مثل أن يقوم التاجر بإرسال قائمة البضائع ( الفاتورة ) إلى المشتري متضمنة شروط البيع ، ولم يقم المشتري برفض هذه الشروط أو الاعتراض عليها - فيعتبر سكوته قبولاً .

### اختيارات الشيخ تقي الدين في دوال الرضا :

١- قال - رحمه الله تعالى - : « أي لفظ من الألفاظ عرف به المتعاقدان مقصودهما انعقد به العقد ، وهذا عام في جميع العقود ؛ فإن الشارع لم يحد في ألفاظ العقود حداً بل ذكرها مطلقة » ( مجموع الفتاوى : ٥٢٣/٢٠ ) .

٢- وقال : « ما عدّه الناس بيعاً ، أو هبةً ، أو إجارةً ، فهو كذلك ، وليس لذلك صيغةٌ محدودةٌ في الشرع ، بل المرجع في الصيغة المفيدة إلى عرف الخطاب ... والمقصود بالخطاب : إفهام المعاني ، فأی لفظ دلّ عليه مقصود العقد ، انعقد به ، وعلى هذا قاعدة الناس » ( مجموع الفتاوى : ٢٧٨/٣١ ) .

٣- « إن العقود تنعقد بكل ما دلّ على مقصودها ، من قولٍ أو فعلٍ » ( مجموع الفتاوى : ٢٩ / ١٣ ) .

٤- « كلُّ عقدٍ ينعقد بما عدّه الناس انعقاداً فيه ، بأي لغةٍ كان ، أو لفظٍ ، أو فعلٍ » ( الاختيارات : ٢٠٣ ) .

٥- « كلُّ ما عدّه الناس بيعاً أو هبةً ، من متعاقبٍ أو متراخٍ ، من قولٍ أو فعلٍ انعقد به البيع والهبة » ( الاختيارات : ١٢١ ، والإنصاف : ٢٦٤/٤ ) .

٦- « العلمُ بالرضا يقوم مقام إظهاره » ( مجموع الفتاوى : ٤٠/٢٩ ) .

٧- « ... المرجع في العقود إلى عرف الناس وعاداتهم ، فما عدّه الناس بيعاً فهو بيعٌ ، وما عدّوه إجارة فهو إجارة ، وما عدّوه هبةً هو هبةٌ ، وهذا أشبه بالكتاب والسنة وأعدل » ( مجموع الفتاوى : ٣٤٥/٢٠ ) .

### ونكتة المسألة وسرّها هو : معرفة مراد المتكلم ورضاه .

فكلُّ ما دل عليه وأشار إليه كان طريقاً صحيحاً من طرق التعبير ، ودليلاً بيناً من أدلة الرضا ، وما كان اعتبار الألفاظ والمعاطاة والكتابة والمراسلة والإشارة ودلالة الحال والسكوت بقيودها المتقدمة إلا لكونها دوالاً على الرضا ، مبيّنة عنه ، وسند الإفهام والبيان والدلالة هو العرف ، فوجب اعتبار كل ما كان في العرف دليلاً على الرضا ؛ إذا لا فارق مؤثر ، بل التفرقة بينها نوع تحكّم لا مسوّغ له .

وإن كان هناك ما يحتمل غموضاً ، أو عدم اتضاح ، أو تردداً في إفهامه الدلالة ، كالإشارة والسكوت ، فإننا لا نعتمد عليه إلا إذا كان دالاً مفهماً .

قال الإمام المحقق ابن القيم - رحمه الله تعالى - : « ... من عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة وجب اتباع مراده ، والألفاظ لم تقصد لذواتها ، وإنما هي أدلة يُستدل بها على مراد المتكلم ، فإذا ظهر مراده ووضح بأي طريق كان عُمل بمقتضاه ، سواء كان بإشارة ، أو كتابة أو بإيماء ، أو دلالة عقلية ، أو قرينة حالية ، أو عادة مطردة لا يخلُّ بها » (إعلام الموقعين : ٢١٨/١) .

### حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة :

قرر مجلس مجمع الفقه الإسلامي ، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي - في ذلك - ما يلي :

" ١- إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد ، ولا يرى أحدهما الآخر معاينةً ، ولا يسمع كلامه ، وكانت وسيلة الاتصال بينها الكتابة أو الرسالة أو السفارة ( الرسول ) ، وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي ( الكومبيوتر ) ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الوجه إليه وقبوله .

٢- إذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد ، وهما في مكانين متباعدين - وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي - فإن التعاقد بينهما يعتبر تعاقداً بين حاضرين ، وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء المشار إليها في الديباجة .

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

٤- إن القواعد السابقة لا تشمل النكاح ، لاشتراط الإشهاد فيه ، ولا الصَّرف ؛ لاشتراط التقابض ، ولا السَّلَم ؛ لاشتراط تعجيل رأس المال " ( قرار : ٦/٣/٥٤ ) .

وقد عرضتُ لجملة دوال الرِّضا - هذه - بما يناسب ، في فاتحة كلِّ عقدٍ من العقود والمعاملات المالية ، كما يأتي ، وأذكر هنا أثر العرف وتطبيقاته في دوال الرِّضا في التجارة الإلكترونية .

\* \* \*

## أثر العرف وتطبيقاته في دوال الرضا في التجارة الإلكترونية

يعيش العالم في هذا العصر ثورةً معلوماتيةً من خلال التطور في وسائل الاتصال الحديثة والتقنيات الهائلة في هذا المجال ، جعلت العالم كله من الناحية المعلوماتية والاتصالية قريةً واحدةً ، ينتشر الخبر فيها في التو واللحظة من أديانها إلى أقصاها وفي كلِّ اتجاه ، ولذلك أطلق على هذا العصر ( عصر المعلومات ) و( عصر الاتصالات ) .

ولعل من أبرز الاستخدامات الحديثة للتقنية ، إبرام العقود التجارية عبر الإنترنت وهو جزءٌ مما اصطلح على تسميته بالتجارة الإلكترونية .

ولم تعد التجارة الإلكترونية أسلوباً حديثاً من أساليب التجارة الدولية فحسب ، بل إن ما أحدثته التجارة الإلكترونية من تغييرٍ في الفكر الاقتصادي لم يكن يدور في خلد معظم المفكرين في قطاع المال والأعمال .

لقد حظي هذا الأسلوب الجديد من أساليب التجارة الحديثة باهتمام عالمي متزايد ، ومن أبرز المؤشرات على تزايد الاهتمام بالتجارة الإلكترونية ما شهدته السنوات الماضية من زيادة مطردة في حجم ومعدلات نمو التجارة الإلكترونية .

لقد مكنت شبكة الإنترنت الأفراد والقطاعات التجارية من الاستفادة من تقنيات التجارة الإلكترونية . ولقد أصبح للتجارة الإلكترونية تأثيرات واضحة على أسلوب إدارة الأنشطة الاقتصادية وممارسة الأعمال التجارية وما يتصل بها من خدمات ، كما امتد تأثيرها ليشمل العلاقات التي تحكم قطاعات الأعمال والمتعاملين .

إن الانتقال من عصر العقد المكتوب بين أشخاص حاضرين نحو عصر العقد غير المكتوب وغير المادي المبرم من بُعد بين غائبين لم يكن معداً له بشكلٍ مسبقٍ ، لقد أتى مفاجئاً تبعاً لتطور تقنيات التسويق الإلكترونية المذهلة ووسائلها المختلفة .

ومع أن العقد الإلكتروني ينتمي إلى زمرة العقود التي تبرم من بُعد ، فإنه يمتاز بميزة خاصة تجعله مختلفاً عنها بعض الشيء ، ويترتب على ذلك أيضاً بعض الآثار . ففي العقود التي تبرم من بُعد لا يوجد هناك حضور متعاصر مادي للمتعاقدين ، وأما العقد الإلكتروني عبر الإنترنت فهناك حضور متعاصرٌ ولكنه افتراضي تسمح به الصفة التفاعلية لهذه الشبكة ( Interactive ) بل تسمح هذه الصفة بتسليم بعض الأشياء وأداء بعض الخدمات فوراً على الشبكة كالحصول على معلوماتٍ معينةٍ ، أو برامج الحاسب الآلي ، كما يمكن أيضاً الوفاء الفوري على الشبكة .

ولعل التعريف الأقرب للتجارة الإلكترونية ، هو :

" عملية تبادل السلع والخدمات بغرض الربحية عبر الوسائل الإلكترونية " .

ويتمُّ من خلال التعامل مع شبكة الإنترنت تحقيق المنفعة لطرفي المعاملة ، فضلاً عن توافر القصد والإرادة والاختيار ، فالتراضي أو الرضا بين الطرفين ، والذي يُعتبر أهم أركان العقد ، متوافراً في التجارة الإلكترونية - كما يأتي - حيث لا يستطيع أي طرف من الطرفين أن يُجبر الطرف الآخر على التعاقد ؛ لأنه لا يمتلك أي سلطة لإجباره على ذلك . هذا فضلاً عن توافر عنصرين هامين في العقد هما المعلومة الصادقة عن كلِّ معاملة ، والعدالة بين الطرفين ( التي تتمثل في توازن المنفعة والعائد ) ، فكل منهما يتخذ قراره بحرية تامة وبما يُحقق مصلحته في ضوء المعاملات التي تُتيحها له شبكة المعلومات على الإنترنت ، وفي بعض ذلك بحث ، سيأتي ذكره .

يتضح أن العقد الذي يتمُّ إبرامه في نطاق التجارة الإلكترونية ليس من عقود الغرر ؛ إذ إنه إذا كان محلُّ المعاملة خدمات فيتمُّ تسليمها أو حجزها إلكترونياً ، وإذا كان هذا المحل سلعة فيتمُّ توصيلها للمشتري بعد التعاقد .

### العقد الإلكتروني :

" العقد الإلكتروني هو اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال من بعد ، وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل " .

ومن هذا التعريف يمكن القول إن العقد الإلكتروني يتميز بالآتي :

أولاً : عدم وجود مجلس عقد مادي بين الأطراف لحظة تبادل التراضي .

ثانياً : صدور الإيجاب واقتران العرض به يتم بطريق سمعي بصري ، عبر شبكة المعلومات والاتصالات الدولية ، بالتفاعل بين طرفين يضمهما مجلس واحد حكمي افتراضي .

ثالثاً : أن أطراف العقد موجودون في أماكن مختلفة .

وبتبيين مما سبق وجه نسبة العقد الإلكتروني إلى زمرة العقود التي اصطلح على تسميتها ( العقود التي تبرم عن بُعد ) .

### من أنواع التعاملات عبر شبكة المعلومات ( الإنترنت ) :

الأول : بيع سلعة ، حيث يتم اختيار السلعة عبر الموقع المعروضة من خلاله السلعة ، ثم بعد الموافقة على ثمنها يتم دفع الثمن ، فعلى سبيل المثال عند الرغبة في شراء كتاب معين فهناك العديد من المكتبات التي تعرض الكتب من طريق شبكة المعلومات ( الإنترنت ) ، كمكتبة أمازون الأمريكية ، وموقعها على الإنترنت هو : [www.amazon.com](http://www.amazon.com) .

يتم طلب الكتاب وتسجيل المعلومات المطلوبة ودفع الثمن ثم يتم بعد ذلك شحنها إلى المشتري ، وقد تكون السلعة المشتراة عبارة عن برنامج معين فيتم شراؤه ومن ثم تحميله على جهاز المشتري مباشرة .

**الثاني :** أداء خدمة ، والخدمات المقدمة من طريق الإنترنت عديدة ومتنوعة ، فقد تكون الخدمة على شكل معلومة معينة مثل الإجابة عن أسئلة امتحانات لمادة من المواد في إحدى السنوات الدراسية ، أو من قبيل التعليم عن بُعد .

أو تكون الخدمة إجراء عملية جراحية ، فتُجرى العملية الجراحية لمريض في مكان ، والطبيب في مكان آخر من طريق الأجهزة الإلكترونية الدقيقة المتصلة بالإنترنت .  
وقد تكون الخدمة الحجز في الفنادق ، وخطوط الطيران وغير ذلك .

### أمثلة وتطبيقات :

تنطبق نظرية العقود في الشريعة الإسلامية على العقود التي تتم عبر التجارة الإلكترونية ، حيث تتحقق الصيغة ، وما يدلُّ على الرُّضا ؛ ومن تطبيقات ذلك :

١- طلبٌ يقدمه مستخدم الإنترنت يرغب بمقتضاه في شراء سلعة معينة ، ويقوم بتسجيله في القائمة الظاهرة على شاشة الكمبيوتر ، وإرسالها إلكترونياً إلى الطرف الآخر - البائع - الذي يردُّ بمجرد وصول الرسالة بالموافقة إلكترونياً ، وبذلك يتحقق إبرام العقد بالإيجاب والقبول . فإذا كانت الشريعة الإسلامية تشترط التعبير عن الإيجاب والقبول بما يدلُّ على الرُّضا ، فإن التعبير هنا يتم إلكترونياً في صورة رسالة تصدر من كل طرف وتوجه إلى الطرف الآخر .

فالتراضي بين الطرفين متحققٌ ؛ لأن المشتري يطلب شراء السلعة أو الحصول على الخدمة المعروضة من التاجر ( البائع ) أمامه على شاشة الكمبيوتر ، ويوافق البائع على طلب المشتري . كما يتوافر عنصر الدلالة والتوثيق ، لأن تسجيل رغبات الطرفين إيجاباً وقبولاً على الكمبيوتر ، واتصال المتصل بشبكة الإنترنت ، يمثل توثيقاً كتابياً ؛ لإمكان الاحتفاظ به وطباعته فيما بعد .

٢- إن هناك خصوصيةً للإيجاب في العقد الإلكتروني أو ما يسميه بعضهم بالإيجاب الإلكتروني ، من أهمها أن التعبير عن الإيجاب يتم من خلال شبكة عالمية للاتصالات من بُعد ، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية ، تسمح لمن يصدر عنه الإيجاب باستخدام وسائل للإيضاح البياني أكثر ملائمةً لأنواع معينة من البيوع .

٣- يحقق الإيجاب الذي يتم بواسطة البريد الإلكتروني ميزة استهداف العرض لأشخاص معينين ، وذلك في الحالة التي يرغب فيها التاجر أن يخص بالإيجاب الأشخاص الذين يرى أنهم قد يهتمون بمنتجاته دون غيرهم من أفراد الجمهور ، فيجوز أن نشبهه إذن بالسعي لإبرام العقود بواسطة البريد ، ما دام التاجر يرسل رسالته الإلكترونية إلى صناديق البريد الإلكترونية الخاصة بهم ، أما المرسل إليه فسيعلم بهذا العرض عندما يفتح صندوق خطابه الإلكتروني ، واعتباراً من هذه اللحظة فقط تبدأ فعالية الإيجاب ، بحيث يكون للمرسل له الحرية في قبول العرض برسالة إلكترونية من جانبه .

وهكذا تسمح تقنية البريد الإلكتروني بالعلم بسهولة بالعروض التعاقدية ، كما تسمح بتحقيق الشروط المطلوبة في الإيجاب دون صعوبة كبيرة ، وهكذا ينبغي أن تحرر الرسالة الإلكترونية على النحو الذي يجعلها بمثابة الإيجاب ، وهو ما لا يتحقق إلا إذا تضمنت جميع الالتزامات التي سيتم الالتزام بها ، أيًا كان عدد من سيقبلون هذا الإيجاب ، لكن يلاحظ من الناحية العملية أن التاجر يحرص على ألا يلتزم إلى حد بعيد ، وذلك لكي يعتبر العرض المقدم منه مجرد إعلان ، لا يكفي لانعقاد العقد إذا قبله من وجه إليه ، وهو ما يعطيه فرصة للتراجع تحسباً لظروف معينة مثل نفاذ مخزونه في وقت معين والذي يحتمل أن يصيبه ببعض الضرر .

٤- هذا عن الحالة التي يرغب فيها التاجر في توجيه الإيجاب لأشخاص معينين ، وعلى العكس يصادفنا كثيراً بعض المواقع على الإنترنت التي تعرض منتجات وخدمات على صفحات الوب ( Web ) الخاصة بها ، وفي هذه الحالة فإن العميل المحتمل لم يحدد بعينه فيكون الإيجاب عاماً ، ويكون مستعمل الشبكة الحرة في الرد على الإيجاب وفي التعاقد ، وذلك بإرسال حد أدنى من البيانات ، وبصفة خاصة تلك التي تحدد شخصيته بالإضافة إلى بعض البيانات المصرفية بهدف الوفاء .

٥- قد تبرز في حالة الإيجاب العام مشكلة في مدى يسار العميل الذي يكون مجهولاً عند صدور الإيجاب ، وكذلك مشكلة نفاذ المخزون إذا قبل العرض عدد كبير من مستعملي الشبكة ، ولذلك يكون من الأفضل في هاتين الحالتين لمصلحة التاجر أن يحتفظ بإمكانية الرجوع فيه ، بحيث لا يكون التاجر ملتزماً بموجب هذا العرض ، الذي كان سيكفي مجرد قبوله لانعقاد العقد لو لم يحتفظ التاجر بإمكان الرجوع فيه .

٦- وغني عن البيان أن العقد ينعقد بصدور الإيجاب وقبوله ، ويجب على الأطراف احترامه وإلا ترتبت المسؤولية العقدية في حالة عدم تنفيذ أي منهم له ، لذلك قد ينصح الموجب بأن ينص في إيجابه على أن العرض الصادر منه ليس إلا دعوة للدخول في مفاوضات أو دعوة للتعاقد ، وذلك بأن يوضح على سبيل المثال ، أن هذه الشروط التجارية ليست إيجاباً بالمعنى المعروف بطريقة واضحة ، من خلال استخدام بعض العبارات مثل " دون التزام " أو " بعد التأكيد " ، وعندئذ فإن إجابة مستعمل الشبكة تجعل منه هو الموجب ، وتكون الرسالة الإلكترونية التي يرسلها البائع بعد ذلك هي القبول الذي ينعقد به العقد ، وما لم يحتفظ البائع على هذا النحو - أي بأنه لا يعتبر ما صدر منه إيجاباً - فيعد ما صدر منه إيجاباً ملزماً يؤدي لانعقاد العقد إذا قبله المشتري على الإنترنت .

### القبول في العقد الإلكتروني :

لا يمكن القول بأن العرف له أثر فعلي مطرد مستقر في التعاقد عبر الإنترنت حتى وقتنا هذا ، وذلك نظراً لحدثة هذا الشكل من أشكال التعاقد .

أما عن حالة التعامل الواقع بين المتعاقدين ، فهي الحالة التي تقع كثيراً في التعاقد عبر الإنترنت ، ومثال ذلك : اعتماد العميل على شراء بعض السلع من أحد المتاجر الافتراضية ، سواء من خلال البريد الإلكتروني ، أو من طريق صفحات الوب ( web ) وهنا يجوز القول بأن هذه الحالة تعدُّ من الحالات النموذجية للتعامل ، إلا أنه لا ينبغي إغفال حقيقة مهمة ، وهي أن سهولة إرسال الإيجاب بواسطة البريد الإلكتروني في الوقت الحالي قد يؤدي إلى فرض التعاقد على المستهلك الذي اعتاد التعامل مع متجر افتراضي عبر شبكة الإنترنت ، وذلك بمجرد إرسال التاجر مثلاً لرسالة إلكترونية تتضمن اعتبار عدم الردّ خلال مدة معينة بمثابة القبول ، ولذلك فإنه لا يجوز استنتاج قبول العميل من مجرد سكوت العميل في حالة التعامل هذه ، بل يجب أن يقترن بهذا السكوت وبهذا التعامل ظرفاً آخر هنا يرجح دلالة السكوت على قبول العميل للتعاقد ، من خلال القرائن ودلالة الحال .

ومن اليسير القول بوجود الإرادة إذا تم التعبير عنها بطريق الكتابة ، ولكن تبرز الصعوبة عند غياب الدليل الكتابي ، وهنا يأتي التساؤل عما إذا كان مجرد ملامسة من وجه إليه الإيجاب لزر " القبول " أو الضغط عليه يعدُّ كافياً للتعبير عن القبول ؟ ولذلك ينصح بأن تتضمن عبارات التعاقد رسالة قبول نهائي من أجل تجنب أخطاء اليد أثناء العمل على جهاز الكمبيوتر مثل : ( هل تؤكد القبول ) ؟ والإجابة عن ذلك بـ ( نعم ) أو ( لا ) أو بمعنى أوضح : بحيث يتم التعبير عن القبول بلمستين ( Double Click ) وليس بلمسة واحدة ؛ تأكيداً لتصميم من وجه إليه الإيجاب على قبوله .

غير أن هناك العديد من التقنيات التي تسمح بالتغلب على هذا الشك ، ومن ذلك : وجود وثيقة أمر الشراء التي يتعين على العميل أن يحررها على الشاشة ، وهو ما يؤكد إرادته الجازمة في هذا الشأن ، أو بتأكيد للأمر بالشراء يرتد إلى موقع البائع .

وتُطرح العديد من التساؤلات في هذا الصدد ، والتي يعدُّ بعضها صورةً مثلى لخصوصية القبول في العقد الإلكتروني ، ومنها مثلاً : هل يعدُّ التحميل من بُعد لأحد برامج الكمبيوتر طريقةً مقبولةً للقبول بحيث يترتب على القيام به انعقاد العقد ؟ كما في دلالة الفعل على القبول .

وتقترب من ذلك أيضاً : الحالة التي تعتمد للقبول الضغط على أيقونة موافق ( Accept ) وتعرض الشركة على مستعمل الإنترنت أن يتعاقد على الخط - أي على الشبكة نفسها - على أحد برامجها المسمى ( Path finder ) ( والذي يتضمن بعض تطبيقات من النوع البحثي ) ، وتنبه مستعمل الإنترنت إلى أنه إذا ضغط على أيقونة موافق فإنه يعدُّ قابلاً لشروط استعمال البرنامج المسمى ( Path finder ) ، ومن ضمن هذه الشروط : نجد أن أحدها ينصُّ على أنه يجوز للشركة أن تعدّل هذه الشروط في أي وقت ، وذلك بناءً على مجرد إخطارٍ يُحدث أثره فوراً .



ويلحق بهذه المسألة : حق المستهلك في فسخ العقد بإرادته المنفردة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ استلام السلعة أو التعاقد على الخدمة ، وبالتالي حقه في الرجوع ، وهذا الحق يتعين تقريره للمستهلك ، ويؤدي في النهاية لحماية التجارة الإلكترونية ، والسبب في تقرير هذا الحق هو مراعاة الوسيلة التي تم بها التعاقد ، وهي التعاقد من بُعد عبر الشبكة ، وهو ما يعكس عدم إلمام المستهلك بكل مواصفات المنتج .

وتبقى مشكلة في عقد التجارة الإلكترونية وهي أن المستهلك لا يملك فرصة كافية لمعاينة ذلك المنتج أو مواصفات الخدمة المطلوبة ، لذلك لا يملك إمكانية التفاوض مع البائع أو المورد بحرية كافية ، وإن توافرت له هذه الفرصة فسوف تكون مكلفة بالنسبة إليه ، لذا فالعقد في التجارة الإلكترونية هو عقد إذعان بالنسبة إلى المستهلك ؛ نظراً لظروفه الاقتصادية بصفته الطرف الضعيف في هذه العلاقة ، أمام الطرف الآخر والذي يكون غالباً شركات قوية وعلاقة من الناحية الاقتصادية ، ولها قدرة هائلة على الإعلان والتسويق ، لذلك فإن اعتبارات العدالة تقتضي النظر إلى ذلك المستهلك بصفته طرفاً مدعناً في عقد التجارة الإلكترونية ، وأن العقود المبرمة - في بعضها على الأقل - بهذا الطريق هي عقود إذعان حين نرغب في تفسيرها ؛ بحيث يكون له حق طلب إبطالها أو ردّ الشروط التعسفية فيها .

### التوقيع الإلكتروني :

يجسدّ المستند الموقّع بخط اليد رضا صاحبه ويعبر عن إرادته التعاقد ، ويؤكد إثبات حضوره المادي ، ويجمع مفهوم التوقيع خمس وظائف مستقلة على الأقل ، وهي :

- ١- التعريف بموقّع المستند .
  - ٢- التثبّت من هوية صاحب التوقيع .
  - ٣- التعبير عن رضا صاحب التوقيع .
  - ٤- التصديق على محتوى المستند .
  - ٥- منح المستند صفة النسخة الأصلية .
- وبعد التوقيع بخط اليد وبالבصمة وبالخاتم ، يشهد العالم المعاصر ولادة أشكال جديدة للتوقيع ، من طريق الوسائل الإلكترونية الحديثة .

ويوجد انقسام بين أهل الأنظمة في معادلة التوقيع الإلكتروني مع التوقيع البياني المهور بخط اليد ؛ إذ يعتبر فريق منهم أن لا شيء يمنع من حصول هذه المعادلة ، ولا سيما أن تقليد اليدوي أسهل بكثير من اكتشاف الرمز السري أو التوقيع الإلكتروني بأشكاله المختلفة .

بينما يذهب فريق آخر : إلى أنه لا يجوز مطلقاً معادلة التوقيع الإلكتروني بالتوقيع اليدوي ، حيث يتعذر مع التوقيع الإلكتروني التثبّت من حضور الموقّع ومن وجوده المادي فعلياً وقت التوقيع ، وهو

عنصر أساسي في التوقيع اليدوي ، فلا يمكن مثلاً التأكد من أن يوقع إلكترونياً من بُعد من وراء الحاسب الآلي هو بالفعل الشخص ذاته الذي عرّف هويته ، إذ لا يوجد أي تأكيد قاطع حول هوية الموقع حين لا يكون موجوداً بشكل مادي وقت التوقيع .

وتتجه المساعي عالمياً نحو مفهوم موحد وجامع للتوقيع الإلكتروني .

وتتيح المفاتيح العمومية إمكانية الحفاظ على سرية المعلومات والتحقق من هوية المرسل ، فعندما يثق طرفان مستقبل ومرسل بطرف ثالث يصدر لهما مفاتيح التعمية ويحافظ عليها ويستخدمها لتحديد هوية الأطراف ، فإن الطرف الثالث يعرف باسم ( هيئة توثيق ) ، وعندما يوجد أكثر من هيئة توثيق يوجد بينهم توثيق متبادل ، فإن مجموع الهيئات يعرف باسم ( البنية التحتية للمفاتيح العمومية ) .

وهدف البنية التحتية للمفاتيح العمومية ( PKI ) هو إيجاد الثقة المطلوبة لإتمام التعاملات التي تتم عبر الشبكة العالمية ، وذلك من طريق وضع آلية لإصدار وتوثيق وإرادة المفاتيح العمومية اللازمة لحفظ سلامة وسرية المعلومات المتناقلة عبر الشبكات العامة ، ولتوثيق الأطراف المعنية بتلك التعاملات .

إن تحديد هوية التعاقد في التعاملات التي تجري عبر الإنترنت من أهم الأمور التي يجب أن يعتنى بها ، ولذلك نص كثير من الأنظمة التي صدرت في التجارة الإلكترونية على طريقة تعيين هوية التعاقد .

هذا ، وإن أقرب تعريف للتوقيع الإلكتروني هو : " حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات ، لها طابع متفرد ، تسمح بتحديد شخص صاحب التوقيع وتمييزه عن غيره " .

( في جملة ما سبق من التجارة الإلكترونية وفيما يأتي : انظر : خصوصية التعاقد عبر الإنترنت / د.أسامة أبو الحسن مجاهد ، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت ، جامعة الإمارات / كلية الشريعة والقانون ، الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية / د.عبد الرحمن السند : ١٠٧-١٨٤ ، البريد الإلكتروني وحكمه الشرعي / د.نور الدين الخادمي : ٦٩-٨٤ ) .

\* \* \*



## الأصل الرابع : تحكيم أهل الخبرة والاختصاص

مع هذا الاتساع المعرفي ، وتقدم العلوم والفنون ، وتسارع الاكتشافات والاختراعات ، وظهور التخصصات الدقيقة في الفرع العلمي الواحد .

مع كل ذلك وغيره : ازدادت أهمية الرجوع إلى أهل الخبرة والاختصاص ، في جملة من العلوم والمعارف والفنون ، الممارسين لها ، المحيطين - بقدر الإمكان - بها ، كل حسب تخصصه وخبرته ، ومقدار ممارسته وتجربته .

ولما كان الفقيه غير قادر على الإحاطة بكل ذلك ، بل حتى بجزء يسير منه ، كان مطلوباً منه لتحقيق مناط الأحكام - الرجوع إلى أهل الخبرة والاختصاص ، وتحكيمهم فيما يتوقف إظهار الحكم الشرعي على تحكيمهم ومعارفهم ، في نحو علوم الطب والكيمياء ، والهندسة والزراعة ، وفي مجال التحقيق الجنائي ، والمسائل الاقتصادية ، وأخيراً في التعاملات الإلكترونية ، وفي غير ذلك . وأهل الخبرة هم " أرباب المعرفة بكل تجارة وصناعة " ( الدر المنتقى : ٥٩/٣ ) .

وقد جاءت النصوص والأدلة الشرعية باعتبار معارف أهل الخبرة والاختصاص وتحكيمهم في جملة غير قليلة من الأحكام ، من ذلك :

- في تحديد المماثلة في جزاء الصيد ، في قوله تعالى : ﴿ .. يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾ ( المائدة : ٩٥ ) . أي : يحكم به عدلان ذوا بصيرة وخبرة في تقويم الأشياء .

- في حرص الثمار ، والعمل بقول القاسم وخبرته .

- في الحكم بالقيافة ، وفيه حديث مجزئ المدلجي ( انظر : الصحيح مع الفتح : ٥٧/١٢ ) .

- في عيوب النكاح ، والجنون المطبق ، وما يكون مرضاً تترتب عليه أحكام المرض ورخصه ، وفي ضابط مرض الموت المخوف .

- وفي مسائل المعاملات المالية : ضابط ما يعد نقداً ، وضابط ما يعد عيباً في المعقود عليه ، وما يكون غرراً مؤثراً ، وما يكون قبضاً للمبيع ، ووسائل معلومية المعقود عليه ... إلى جملة ممتدة من الأحكام والمسائل المرجع فيها لتحقيق مناطها : معارف أهل الخبرة والاختصاص وتحكيمهم .

وقد نثرت جملة منها في تضاعيف هذا البحث ، كل في موضعه ومحلّه .

وأذكر هنا بعض نصوص أهل العلم الدالة على أهمية تحكيم أهل الخبرة ، وقيمة معارف أهل الاختصاص ، وحاجة الفقيه إلى الرجوع إليهم فيما هو من شأنهم .

١- قال الشيخ تقي الدين بن تيمية : « .. كون المبيع معلوماً أو غير معلوم لا يؤخذ عن الفقهاء

بخصوصهم ، بل يؤخذ عن أهل الخبرة بذلك الشيء ، .. فإذا قال أهل الخبرة : إنهم يعلمون ذلك ،

كان المرجع إليهم في ذلك ، دون من لم يشاركتهم في ذلك ، وإن كان أعلم بالدين منهم ؛ كما قال النبي ﷺ لهم في تأبير النخل : « أنتم أعلم بأمور دنياكم » ( مجموع الفتاوى : ٤٩٣/٢٩ ) .

٢- وقال الإمام ابن القيم : « وقول القائل : إن هذا غررٌ ومجهولٌ ، فهذا ليس حظُّ الفقيه ، ولا هو من شأنه ، وإنما هذا شأن أهل الخبرة بذلك ، فإن عدُّوه قماراً أو غرراً فهم أعلم بذلك ، وإنما حظُّ الفقيه يحلُّ كذا لأن الله أباحه ، ويحرم كذا لأن الله حرّمه ، وقال الله ، وقال رسوله ، وقال الصحابة .

وأما أن يرى هذا خطراً وقماراً وغرراً فليس من شأنه ، بل أربابه أخبر بهذا منه ، والمرجع إليهم فيه ، كما يرجع إليهم في كون هذا الوصف عيباً أم لا ، وكون هذا المبيع مرجحاً أم لا ... ونحو ذلك من الأوصاف الحسية والعرفية ، فالفقهاء بالنسبة إليهم فيها مثلهم بالنسبة على ما في الأحكام الشرعية » ( إعلام الموقعين : ٥/٤ ) .

٣- وقال أيضاً : « ينبغي الاستعانة في كل علمٍ وصناعةٍ بأحدق من فيها ؛ فإنه إلى الإصابة أقرب » ( زاد المعاد : ١٣٢/٤ ) .

٤- وتأمل فعل الإمام القرافي ، حال كلامه عن النبات المعروف بالحشيشة - في زمنه - وذكر الخلاف في الواجب فيها :

هل هو الحدُّ؟ بناءً على أنها مُسكرَةٌ وتكون نجسةً ، أو هي مفسدةٌ للعقل من غير سُكرٍ ، فتكون طاهرةً ويجب فيها التعزير؟ وما حكم صلاة مَنْ صَلَّى بالحشيشة معه ، هل تبطل صلاته أم لا ؟ .  
قال الإمام القرافي : « ... وسألتُ جماعةً ممَّن يعانيتها ، فاختلَفوا على قولين ، فمنهم مَنْ سلَّم هذا الفرق وقال : ... ، ومنهم مَنْ قال : ... » ( الفروق : ٢١٦/١ ) إلى آخر ما قاله وحقَّق مناطه لبيان الحكم فيه .

٥- وأختتم ذلك مؤيداً ما تقدَّم بكلام العلامة الشيخ محمد الأمين الشنقيطي : « يرجع في تحقيق المناطق لمن هو أعرف ، وإن كان لاحظاً له من علوم الوحي » ( أضواء البيان : ٩٢/٣ ) .

\* \* \*

## المقصد الثاني : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في فقه المعاملات

المالية .

وفيه : خمسة فصول :

- الفصل الأول : معاملات التمليك ( التمليكات ) .
- الفصل الثاني : معاملات الإطلاق والتقييد .
- الفصل الثالث : معاملات التوثيق والحفظ .
- الفصل الرابع : معاملات المشاركات .
- الفصل الخامس : في معاملاتٍ أخرى .



## الفصل الأول : معاملات التمليك ( التمليكات ) .

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : المعاوضات .

الفرع الثاني : التبرعات .

الفرع الثالث : التملك بالاستيلاء الشرعي .





الفرع الأول : المعاوضات .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في عقد البيع .

المطلب الثاني : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في عقد الإجارة .



## المطلب الأول : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في عقد البيع

عقد البيع أهمُّ المعاملات المالية على الإطلاق ، وهو أقدم العقود تعاملاً ، وأكثرها انتشاراً ، وأبعدها أثراً ، يبدأ به الفقهاء العقود وأبواب المعاملات المالية ؛ لأهميته ، ويعدُّونه أصلاً في عقود المعاوضات .

- وأثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في عقد البيع ، جاء من خلال المباحث التالية :
- المبحث الأول : معلومية المبيع ، وكون العرف من وسائلها .
- المبحث الثاني : معلومية الثمن ، وكون العرف ومن وسائلها .
- المبحث الثالث : مشمولات المبيع ( المعقود عليه ) ، وأثر العرف في ضبطها .
- المبحث الرابع : أثر العرف وتطبيقاته في أنواع الخيارات .
- المبحث الخامس : قبض المبيع ( المعقود عليه ) ، ضوابطه وكيفيته ، وأثر العرف في ذلك .
- المبحث السادس : عقد السَّلَم ، وأثر العرف في تحقيق شروطه .



## المبحث الأول : معلومية المبيع ، وكون العُرف من وسائلها

المراد من العلم بالمبيع : معرفة صفاته الأساسية التي يتوقف عليها رضا المشتري بالمبيع ، وحصول ملاءمة المبيع له . وتبعاً لاختلاف أنواع المبيعات ، تتعدّد طرق ووسائل معلومية المبيع . والمتفق عليه : أن الرؤية والمشاهدة لشيءٍ كافيةٌ لحصول العلم بالمبيع ، دون حاجةٍ لانضمام شيءٍ آخر إليها ، ولو كان مقدار المبيع غير معلومٍ كما في بيع الجُزاف ، ويقوم الوصف للمبيع مقام الرؤية فيذكر من صفات المبيع ما يختلف به الثمن .

والتحقيق في طرق ووسائل معلومية المبيع هو ، ما قاله العلامة المحقق الشيخ عبد الرحمن السعدي الحنبلي - رحمه الله تعالى - : « ... يجب تطبيق جميع المفردات والتفاصيل على أصل الشرط ، وهو : العلم ، فمتى حصل العلم بـ [ المبيع ] بأي طريقٍ جاز ، ومتى انتفى لم يُجز » ( الفتاوى : ٢٩٠ ) . وأذكر - هنا - جملةً من المسائل بألقابها الفقهية ، والجامع القاسم بينها هو كون العرف - من عامٍّ وخاصٍّ - طريقاً موصلاً إلى معلومية المعقود عليه فيها ، وهذه المسائل هي :

- ١- بيع التّمودج .
  - ٢- بيع المسك في فأرته .
  - ٣- بيع ما يكمن في الأرض .
  - ٤- بيع الثمر والزرع الذي تتلاحق أفراداه .
- ويمكن تقليب الثلاث الأخيرة بـ « بيع المعيّبات » ، أو « بيع ما في رؤيته مشقةٌ أو ضررٌ » .
- ٥- البيع بطريق المذاق ، والشّم .

### ١- بيع التّمودج :

المراد ببيع التّمودج : أن يُري البائعُ المشتري بعضَ المبيع ، ثم يتبايعا على أن المبيعَ كلّهُ من نوع التّمودج ، كأن يريه صاعاً مثلاً ، وبيعه الصُّبرة على أنّها مثله . والبيع بالتّمودج من الوسائل المعتادة في حصول العلم بالمبيع ، وهو اليوم جزءٌ من فنِّ ضخّمٍ متميّزٍ ، هو فنُّ الدعاية والإعلان ، وقد أمسى له خبِراؤه والمختصُّون فيه ، ومراكز أبحاثه ، ودراساته المستقلة : من نفسيةٍ ، واجتماعيةٍ ، وإحصائيةٍ ، وميدانية . وهو يتنوّع بحسب اختلاف المبيعات .

من أمثلة ذلك :

- ما يجري في بيع أنواع المنسوجات ؛ الصوفية والقطنية وغيرها ، وفي بيع أنواع الدهانات والأصبغة ، وأنواع السجاد والفُرش ( الموكيت ) . ففي ذلك يؤخذ من كلّ نوعٍ قطعةٌ ممثلةٌ بقدر

الكفّ ، أو أكبر ، تجمع نظائرها من جنسٍ واحد ، أو قد تُلصق على دفتر ( كاتلوج ) ليُعرف منها صفة الشيء ولونه .

- وتحصيل نظائر ذلك في أنواع أخرى من المبيعات مما يناسب طبيعتها ؛ من نحو قناني صغيرة في بيع العطور ، ونماذج ملائمة في نحو بيع القطن أو القمح إلى غير ذلك .

- وفي معنى التّمودج اليوم : القوائم المصوّرة في بيع السيارات ، والأثاث ، والأجهزة الكهربائية وغير ذلك ، وهي مصحوبة إضافةً إلى صورها الواضحة الدالة عليها من جوانبها ، مصحوبةً في كل ذلك بذكرٍ دقيقٍ لأنواعها ، وأجزائها ، ومواصفاتها ، وما يختلف به ثمنها .

- وممّا يندرج في معنى التّمودج أيضاً : الإعلانات التجارية في التلفاز والإنترنت والبريد الإلكتروني ( انظر ما سبق في أثر العرف في التجارة الإلكترونية ) ، وإن كانت الإعلانات تبين النموذج بالمبالغة والإطراء .

ومما ينبغي التنبيه عليه هنا في نماذج الوقت وما في معناها : ضرورة صدق هذه النماذج ، ومطابقة مواصفاتها للمبيعات الأصلية ، وألا تستخدم في سبيل ذلك غرضاً محرّماً ، من نحو : عرض النساء متبدّلات ؛ ليكنَّ « شاهدات » على جودة السلعة المعروضة ، وصدق مواصفاتها ! .

## ٢- بيع المسك في فأرته :

المسك : طيبٌ معروفٌ ، وفأرة المسك - بالهمز ودونه - وعاءه الذي يجتمع فيه ، ويسمّى أيضاً : النافجة ( المطلع : ٢٣١ ) .

والمذهب الحنبلي : أنه لا يصحُّ بيع المسك في فأرته ؛ للجهالة والغرر ، وأنه كبيع اللؤلؤ في الصّدْف ، ما لم يشاهد ، فيصحُّ حينئذٍ لعدم الجهالة ( الإنصاف : ٣٠١/٤ ) .

واختار الإمام ابن القيم - رحمه الله تعالى - صحة بيعه فيها ، واستدلَّ له وقوّاه بأمرٍ ( ر.زاد المعاد : ٨٢١/٥ ) ، تتلخّص فيما يلي :

١- بيع المسك في فأرته نظير بيع ما مأكوله في جوفه ، كالجوز والفسق وجوز الهند ، وهو جائزٌ بالاتفاق .

٢- منع كونه من الغرر المنهي عنه ؛ لجريان عادة التجار ببيعه وشرائه فيها ، ومعرفتهم قدره وجنسه معرفةً لا تختلف ، قال : « فلا يسمّى هذا غرراً ، لا لغةً ولا شرعاً ولا عرفاً » .

٣- بيع المسك في فأرته خيرٌ عند الناس من بيعه خارجها ، فإن فأرته وعاءٌ له تصونه من الآفات ، وتحفظ عليه رطوبته ، وبقاؤه فيها أقرب إلى صيانتها من الغش والتغيّر .

ويقارب بيع المسك في فأرته - اليوم - مما المقصود منه مستترٌ في داخله :

١- بيع اسطوانات الغاز ، وأنايب الأكسجين ، ومطفئات الحريق ونحوها .

٢- بيع ذخائر الحرب من رصاص وقنابل وصواريخ ومتفجرات .  
 ٣- بيع المعلبات من محفوظات غذائية ونحوها .  
 ٤- بيع أنواع متعدّدة من الأدوية ، وأدوات الزينة من المساحيق ونحوها .  
 وبعض هذه الأمثلة قد تكون مصحوبة بما يُبين عن حقيقتها ؛ من صورةٍ ممثلةٍ لما في داخلها تطبّق على خارجها ، مما قد يكون في معنى النموذج .  
 وظاهرٌ من خلال الأمثلة أن العلم بها قد يكون عُرفاً عاماً ، كما في بيع المحفوظات الغذائية ونحوها ، وقد يكون العلم بها عرفاً خاصاً كما في بيع الأدوية ، مما يرجع إلى أهل الخبرة والاختصاص .

### ٣- بيع ما يكمن في الأرض :

بيع المغروس في الأرض الذي يظهر ورقه فقط ، والمقصود منها مستترٌ بالأرض ، كاللّفت ، والفُجل ، والجزر ، والقلقاس ، والبصل ، والثوم ، ونحوها ، لا يصحُّ بيعه - على المذهب الحنبلي - قبل قلعه ومشاهدته ( الإنصاف : ٣٠٢/٤ ) .

واختار الشيخ تقي الدين - رحمه الله تعالى - صحة بيعه مطلقاً ، وقال عن اختياره : « إنه قياس أصول أحمد » ( القواعد النورانية : ١٢٤ ) ، وقوّاه من وجهين :

١- أن أهل الخبرة يستدلّون برؤية ظاهر هذه المدفونات على حقيقتها ، ويعلمون ذلك أجود مما قد يعلمون غيره ، ممّا هو متفقٌ على جواز بيعه .

قال - رحمه الله تعالى - : « والمرجع في كل شيء إلى الصالحين من أهل الخبرة به ، وهم يقروُن أنهم يعرفون هذه الأشياء كما يُعرف غيرها ، مما اتفق المسلمون على جواز بيعه وأؤكد » .

٢- أن هذا مما تمسُّ حاجة الناس إلى بيعه ؛ فإنه إذا لم يُباع حتى يُقلع حصل على أصحابه ضررٌ عظيمٌ ، فإنه قد يتعذّر عليهم مباشرة القلع والاستنابة فيه ، وإن قلعه حمله فسد بالقلع ، فبقاؤه في الأرض كبقاء الجوز واللوز ونحوها ، في قشرها الأخضر ، وهو جائز .

### ٤- بيع الثمر والزرع الذي تتلاحق أفراداه :

الثمر والزرع الذي لا يوجد كلّ في وقت واحد ، وإنما يوجد شيئاً بعد شيء ، كالقشء ، والخيار ، والبطيخ ، والبادنجان ، والبامية ، والقرع ، وكذلك البقول والأزهار هل يجوز بيعها جملةً ، ويأخذها المشتري شيئاً بعد شيء كما جرت به العادة فيها ؟ فبياع ما لم يظهر مع ما ظهر وبدا صلاحه منها ، أم لا يباع إلا لقطعة لقطعة ، وجزء جزء ، أي : لا يباع الموجود منها إلا بشرط القطع في الحال ، فلا يدخل فيها ما لم يبدُ ويظهر ؟ .



اختار الشيخ تقي الدين ، وتلميذه الإمام ابن القيم - رحمهما الله تعالى - صحة بيعها جملةً ، وأن للمشتري أخذها شيئاً بعد شيءٍ ، كما هي العادة في بيعها (قاعدة في العقود : ٢٣٣ ، زاد المعاد : ٨٠٩/٥) .

قال الإمام الحقق ابن القيم - رحمه الله تعالى - : «... هذا الصحيح من القولين الذي استقرَّ عليه عملُ الأمة ، ولا غنى لهم عنه ، ولم يأت بالمنع منه كتابٌ ولا سنةٌ ولا إجماعٌ ، ولا أثرٌ ، ولا قياسٌ صحيحٌ » .

### ٥- البيع بطريق المذاق ، والشَّم :

من الوسائل المعتادة للعلم بالمبيع : البيع عن طريق المذاق والشَّم ، وهو نوعٌ من تجربة المبيع ؛ لبيان ملاءمته لغرض المشتري ، ويقع على نوعٍ مخصوصٍ من المبيعات ، هي : ما يمكن جعل المذاق طريقاً للعلم بها ، وهي المطعومات : من المأكولات والمشروبات ، والمشروبات : من العطور والروائح .

### والمُدرك الفقهي الذي يستفاد مما تقدم :

أن للعرف والعوائد طريقاً ووسيلة للوصول إلى العلم بالمبيع ، سواءً أكان عرفاً عاماً شائعاً لدى الناس جميعهم ، كما في البيع بالنموذج ، والبيع عن طريق المذاق ، أم كان عرفاً خاصاً بطوائف من الناس ، هم أهل الخبرة والاختصاص ، كما في بيع المسك في فأرته ، وبيع ما يكمن في الأرض ، وبيع ما تتلاحق أفرادُه بالظهور .

ويستفاد مما تقدم ، ويتعلق به ما يلي :

١- لا يشترط في الرؤية للعلم بالمبيع ، أن يرى جميع المبيع ، بل ما جرت العادة برؤيته ، مما يدلُّ على جميعه ، كرؤية أحد وجهي ثوبٍ غير منقوشٍ لا يختلف ، وأحد زوجي الحذاء ، وظاهر الصبرة المتساوية ، وما في ظروفٍ وأعدالٍ من جنسٍ واحدٍ ، متساوي الأجزاء ؛ لحصول العلم بالمبيع بذلك ، وانتفاء الغرر .

وكذلك ما يحصل الحرج بمعرفة جميعه يكتفى برؤية ما يمكن منه ، كأساسات البنيان ، والقطن المحشو في الجبَّة ، وذلك كلُّه باتفاق المسلمين .

٢- العلم بالمبيع بطريق اللَّمس أو الشَّم أو الذوق فيما يُعرف بهذه المدارك في حكم الرؤية ، كما في بيع العطور ، فيحصل بالشَّم ، أو في بيع نحو شاةٍ ، فيحصل باللمس لها ؛ لنظر السَّم ، أو الذوق فيما يكون سبيله ذلك ، كما في بيع المطعومات .

٣- يكثر في شرط معلومية المبيع التعليل لعدم الصحة ، بأن المبيع معدومٌ ، وبيع المعدوم غير جائز ! .

وينفي الشيخ تقي الدين - رحمه الله تعالى - ثبوت ذلك في الشرع ، ويقول بثبوت عكسه من جواز المعاوضة على المعلوم ؛ إذا كان للعادة سبباً للعلم به ، وهي جارية به ، حال كونه محتاجاً إليه ( ر : مجموع الفتاوى : ٥٤٢/٢٠ ) .

وقال - رحمه الله تعالى - : « قد دلَّ الشرع على أن المعلوم الذي جرت العادة بوجوده على صفات معتادة ، واحتاجوا إلى بيعه قبل وجوده تجوز المعاوضة عليه قبل وجوده » ( قاعدة في العقود : ٢٣٣ ) .

وقد انتهى رأي الدكتور الصديق الضيرير إلى أن القاعدة التي ينبغي اتباعها في بيع المعلوم هي : « أن كلَّ مَعْدُومٍ مَجْهُولِ الوجودِ في المستقبل لا يجوز بيعه ، وأن كلَّ مَعْدُومٍ مَحَقَّقِ الوجودِ في المستقبل ، بحسب العادة ، يجوز بيعه » ( الغرر وأثره في العقود : ٣٥٨ ، ٦٧٣ ) .

\* \* \*



## المبحث الثاني : معلومية الثمن ، وكونُ العرف من وسائلها

من شروط البيع : أن يكون الثمن معلوماً لدى المتعاقدين ، ومحلُّ العلم به حال العقد ، والثمن : هو المال الذي يقابل المبيع ( الثمن ) ، ويكون من جانب المشتري ، ويعبر عنه في بيع السلم بـ : رأس مال السلم .

والثمن هو الأداة والوسيلةُ الموصلةُ إلى الحصول على المبيع ، ويكون في الغالب من النقود ، وقد يكون سلعةً من نحو : عقار أو عرضٍ ، كما في بيع المقايضة .

واختار الشيخ تقي الدين - رحمه الله تعالى - صحة البيع ، وإن لم يسمَّ الثمن ، ويرجع في تقدير الثمن إلى السَّعر المعلوم ، والعرف الثابت ، فالثمن الواجب هنا ، هو ثمن المثل ( ر.قاعدة في العقود : ١٦٥ ، والاختيارات : ١٢٢ ) .

وهذا الاختيار من الشيخ تقي الدين ليس اختياراً فرداً ، مستقلاً عن نظائره وأشباهه ، بل هو عنده « أصلٌ » له شواهدُه وما يعتبر به ، وله مسائله وفروعه التي يُعملُ به فيها .

هذا الأصل هو : « إن السكوت عن تقدير العوض يُرجع فيه إلى العرف » .

فيدخل في ذلك : ثمن المثل في أنواع البيوعات ، وأجرة المثل في أنواع الإجازات ، ومهر المثل في النكاح ، وقيمة المثل في أنواع المتلفات ، وأشباه هذا ونظائره .

والمرجع في تقدير « عوض المثل » في ذلك كله إلى العرف وعوائد الناس ( ر.قاعدة في عوض المثل ، في مجموع الفتاوى : ٢٩/٥٢٠-٥٢٥ ) .

وقال الشيخ تقي الدين في شأن اشتراط تسمية الثمن : « من التعقيدات التي تشترط في البيع ، ولا أصل لها في كتاب ولا سنة ، ولا أثر عن الصحابة ، ولا قياس ، ولا عليها عملُ المسلمين قديماً ولا حديثاً ، ولا مصلحة فيها ... » ( قاعدة في العقود : ١٧٢ ) .

ثم تمَّ - رحمه الله تعالى - اختياره هذا بأن العقد في هذه الحال لازمٌ بمجردِه ، ولا يُنتظر به تقدير العوض بعدُ . قال في ذلك : « والذي ينبغي : أن هذا عقدٌ لازمٌ ، إذا تفرَّقا عن تراضٍ ؛ لأن هذا رضياً بما يرضى به الناس في العادة ... ، وهذا قياسٌ لزوم النكاح إذا رضيت بمهر المثل » .

ويندرج تحت هذا الرأي المختار المرجح البيوعُ العرفية التالية :

١- البيع بما يبيع به الناس .

٢- البيع بالرقم .

٣- البيع بما ينقطع به ( أو يقف فيه ) السَّعر .

وهذه الأنواع هي صحيحةٌ على المذهب الحنبلي ، لكن بشرط العلم بالثمن في مجلس العقد ، وإلا فهي فاسدةٌ ( المغني : ٦/٢٧٤ ) .

وهي على الرأي المرجح صحيحةً مطلقاً عَلمَ العاقدانِ الثمنَ أو جهلاه .

١- أما البيع بما يبيع به الناس ، فهو واضحٌ مما تقدّم .

٢- البيع بالرقم :

الرقم : مصدر بمعنى المرقوم ، ورقمّت الكتاب : كتبتّه . والمراد بالبيع بالرقم : بيعُ السلعة بثمنها المكتوب عليها ( المطلع : ٢٣١ ، والمصباح : ر ق م ) .

واختار الشيخ تقي الدين - رحمه الله تعالى - : صحّة البيع بالرقم ، ويُرجع فيه إلى ثمن المثل كما سبق .

والبيع بالرقم هذا تفتّشّي التعامل به اليوم ، في بيع أكثر أنواع السِّلَع من مواد غذائية ، وأدوية ، ونحوها ، فقد يجمع المشتري جملةً منها حال دخوله مراكز التسويق أو نحوها ، ثم يحاسب عن جملتها ، وهو لا يدري تفصيل أثمانها غالباً ! .

٣- البيع بما ينقطع به السعر :

صورة هذا البيع ، هي : « البيع ممن يعامله المرء من خبازٍ ، أو لحّامٍ ، أو سَمّانٍ ، أو غيرهم ، يأخذ منه شيئاً معلوماً ، ثم يحاسبه عند رأس الشهر أو السنة على الجميع ، ويعطيه ثمنه » ( ر.إعلام الموقعين : ٦-٥/٤ ) .

والتعامل على هذه الصورة قديمٌ ليس مستحدثاً ، مع البقّال ونحوه ، ممن يُحتاج إلى التعامل معه بذلك ، وأيضاً من صورته : ما قد يعرف ببيع الاستجرار ( ر.حاشية ابن عابدين : ١٢/٤ ) ، وهو على المذهب الحنبلي غير صحيح .

واختار الشيخ تقي الدين والإمام ابن القيم - رحمهما الله تعالى - صحته .

قال الإمام ابن القيم - رحمه الله تعالى - مُبيناً عن قوة هذا الاختيار ، جامعاً أدلته وشواهده : « ... وهو الصواب المقطوع به ، وهو عملُ الناس في كل عصرٍ ومصرٍ ... ، وهو منصوصُ الإمام أحمد ، واختاره شيخنا ( أي الشيخ تقي الدين ) ، وسمّته يقول : هو أطيب لقلب المشتري من المساومة يقول : لي أسوةٌ بالناس آخذ بما يأخذ به غيري .

قال : والذين يمنعون من ذلك لا يمكنهم تركه ، بل هم واقعون فيه ، وليس في كتاب الله ولا سنة رسوله ولا إجماع الأمة ، ولا قول صاحب ، ولا قياس صحيح ما يجرمه ... ، ولا تقوم مصالح الناس إلا به » ( إعلام الموقعين : ٦/٤ ) .

\* \* \*

## دفع الثمن في العقود الإلكترونية

تخضع الشروط التي تنظم الاتفاق على الثمن باهتمام بالغ في العقود الإلكترونية ، فتحصر العقود المتداولة على ضرورة النص على العملة التي يتم بها الوفاء بالثمن .

كما تحصر هذه العقود على الإشارة إلى ضرورة الالتزام بالأسعار المحددة وقت الطلب بحسب الأصل ، حتى ولو احتفظ التاجر برخصته المشروعة في تغيير هذه الأسعار فيما بعد ، فتنبص بعض الأنظمة على : ( أننا نحتفظ بالحق في تعديل الأسعار في أي وقت ، أما بالنسبة إلى الطلبات التي قبلت فإننا نلتزم بالأسعار المحددة وقت الطلب ) .

أما عن طريق الوفاء بالثمن : فتحصر العقود في الغالب على النص أن يتم الوفاء على الخط ، أي على الشبكة نفسها بواسطة بطاقة مصرفية وحافضة نقد إلكترونية ، أو يؤجل الوفاء لحين التسليم .

إن وسيلة الدفع المسماة بالنقود الإلكترونية ، والتي يعبر عنها بالإنجليزية (electronic money) واختصارها (e-money) والتي يمكن ترجمتها أيضاً بالنقود الرقمية ، قد ظلت الوسيلة المألوفة حتى الآن للوفاء في المعاملات التي تتم عبر الإنترنت ، وهي استخدام البطاقة المصرفية للتعامل ، مع ملاحظة أن تداول البيانات الخاصة بهذه البطاقة عبر الشبكة المفتوحة يحمل خطورة لا يستهان بها ، وبصفة أساسية إمكانية اختراق هذه البيانات واستخدامها إضراراً بصاحب البطاقة ، ولتجنب هذه المخاطر فقد تم ابتكار بعض أنظمة الوفاء التي تقوم على فكرة إدارة حسابات وسيطة للوفاء ، وبذلك يمكن تفادي تداول البيانات على الشبكة بحيث تقوم المؤسسة الوسيطة بإدارة عملية الوفاء وذلك لحساب العملاء والبائعين عن طريق تسوية الديون والحقوق الناشئة عن التصرفات المختلفة التي تبرم بينهم .

وظهرت فكرة استعمال تقنية تركز على تجميع وحدات للقيمة ، وذلك في أداة مستقلة عن الحسابات المصرفية ، فظهرت فكرتا حافضة النقود الإلكترونية ، وحافضة النقود الافتراضية ، والتي تشحن مسبقاً برصيد مالي ، ويتم تسجيل هذا الرصيد المالي في بطاقة خاصة في حالة حافضة النقود الإلكترونية ، أو على القرص الصلب لجهاز الكمبيوتر الخاص بمستعمل الشبكة في حالة حافضة النقود الافتراضية ، كما يمكن التعامل من خلال البطاقة مسبوق الدفع مثل (cashu) وهي مستعملة حالياً بشكل كبير .

ويكون للتعامل مفتاح عام ومفتاح خاص من أجل تأمين معاملاته والتحقق منها . وتظهر أهمية بطاقات الدفع الإلكترونية إذا كانت عملية البيع كلها تتم آلياً ، ومن هنا تظهر أهمية النظام الأمني لحماية بطاقات الدفع الإلكترونية في حالة ما إذا كانت عمليات تبادل السلع والخدمات كلها ضمن التجارة الإلكترونية ( انظر : الأحكام الفقهية للمعاملات الإلكترونية : ٢٠٤-٢٠٦ باختصار ) .

\* \* \*



### المبحث الثالث : مشمولات المبيع ( المعقود عليه ) وأثر العرف في ضبطها

معرفة ما يدخل في المبيع وما لا يدخل ، مهمة محتاج إليها في عقد « البيع » ؛ إذ قد يكتفي المتبايعان بذكر اسم المبيع على وجه الإجمال دون تعرض لتفصيلاته ، كبيع دارٍ أو سيارةٍ أو بستانٍ مثلاً ، ثم يقع اختلافٌ بينهما في بعض مشمولات هذا المبيع وجزئياته وتوابعه ، فيدعي المشتري دخولها في المبيع ، ويطالب البائع بها ، وينكر البائع دخولها فيه وشمول البيع لها .  
ثم إن أنواع المبيعات لا تحصى ، فهل ثم قواعد عامة وأصول ضابطة لما يدخل في المبيع ، وما لا يدخل ؟ .

أقتصر - هنا - على ما له بالعرف تعلقٌ وأثر ، وهي ما يلي :

- ١- كلُّ ما يتناولهُ اسمُ المبيع لغةً أو عرفاً ، يدخل في البيع ( المجلة الحنبلية م: ٢٩٥ ) .
- ٢- كلُّ ما أتصل بالمبيع ، أو تعلقت به حاجته ، أو عُدد من مصلحته عرفاً يدخل في بيعه تبعاً .  
( المجلة الحنبلية م: ٢٩٧ ، ٢٩٨ معاً بتصرف ) .
- ٣- كلُّ مُنفصلٍ عن المبيع مما لا يشملهُ اسمه عرفاً ، ولا يُعدُّ من مصلحته عادةً ، لا يدخل في البيع بلا تصريح ( المجلة الحنبلية م: ٢٩٩ ) .  
ومجمل الاستدلال بما راجعُ إلى :  
(أ) شمول المبيع المستفاد من اللفظ أو العرف .  
(ب) حاجة المبيع ومصلحته ، وهذه أيضاً قد ترجع إلى العرف ، فيما يكون من حاجة المبيع ومصلحته وما ليس كذلك .  
(ج) اتصاله به اتصالاً مستقراً = جعله جزءاً من المبيع نفسه .

#### أمثلة وتطبيقات لما يشملهُ المبيع ويدخل فيه تبعاً :

تفريعاً على مجموع الضوابط الثلاثة المتقدمة ، تذكر هذه التطبيقات :

- ١- بيع الدار : يشمل بيع الدار : الأرضَ والجدرانَ والسقفَ والغرفَ والردهاتَ والدرجَ والحديقةَ إن وجدت ، والسورَ إن كان لها سورٌ قائمٌ . وهذه ليست ملحقاتٍ تدخل تبعاً ، بل هي مشتملاتٌ مبيع الدار ، وأجزاؤها التي هي منها .  
ومما يدخل فيه تبعاً : أنابيب وتمديدات المياه الداخلية ، والصنابير ( الحنفيات ) ، وتمديدات الكهرباء بأسلاكها ، وأنابيبها ، ومفاتيحها ؛ لأنها موضوعةٌ لتبقى لا تُرفع ، وكذا المصابيح الكهربائية المعتادة .

والاحتمال : عدم دخول الثريات ( النجفات ) المعلقة ؛ لأنها غيرُ معتادة ، والعرف فيها ليس مطرداً ولا غالباً إلا في بيع نحو قصرٍ ومترلٍ لائقٍ بذلك .



ومما يدخل في بيع الدار تبعاً : الخزائن ( الدواليب ) المثبتة في الجدران ، والرفوف والسلام الحشبية المثبتة ، وكذا دواليب المطبخ - أحياناً - والأدراج ، ومواقد المياه ( السخانات ) ، وخزانات المياه التي تكون على الأسطح ؛ لأن - ما ذكر - إنما وضعت على أنها مرافق أساسية مستقرة ، من توابع الدار .

وأما الخزائن ( الدواليب ) والسلام المنقولة ، وأحواض الأزهار المنقولة ، فإنها لا تدخل ، وكذا المنقولة من تزيينات الجدران وغرف الضيوف .  
والمرايا : إن كانت منقولة ، معلقة تعليقاً ، فلا تدخل ، وإن كانت مثبتة في أصل البناء ، أو النجارة فإنها تدخل ، وكذا الأقفال المسمّرة ومفاتيحها .  
ولا تدخل السُّرر والفرش والسُّتور ؛ لأنها منفصلة عن المبيع ، ولا يشملها اسمه عرفاً ، ولا تعدُّ من مصلحته عادةً ، إلا بتصريح أو اشتراط .  
هذا في بيع الدُّور والمنازل ، أما في بيع الفنادق ونحوها ، فيدخل الأثاث والمفروشات ، وجميع التجهيزات ، إذا بيعت كذلك .

## ٢- مما يدخل في بيع الحدائق والأراضي الزراعية ، وفي بيع النخل والشجر :

في بيع حديقة : تدخل الأشجار التي تتكوّن منها ، والسياح المحيط بها ، شجراً كان أم بناءً ؛ إذ لا تسمّى الأرض الخالية حديقةً ، وهذا من حقيقتها لا من توابعها . وتدخل الكراسي المحفورة من الصخر ، أو الخشب ، المثبتة بأرضها في بيعها تبعاً .

ما يدخل في بيع الأراضي الزراعية ، وفي بيع النخل والشجر : تدخل المخازن ، وزرايب المواشي ، وبيوت الفلاحين ، والعُرش ، ونحو ذلك . ولا يدخل التبن والشعير الذي في المخازن .  
وهل تدخل الفؤوس والمساحي ، ونحوها من الأدوات الزراعية ، ومكائن المياه التي يُعمل بها في البساتين - الاحتمال بشقيه قائم ، والحكم العرفي إن لم يكن ثمَّ اشتراط .  
وفي بيع الأراضي الزراعية أيضاً : يدخل الشجر الحي المغروس للاستقرار ، بخلاف الشجر اليابس ، أو المغروس لأجل النقل والتحويل ، أو لأجل القطع ، فلا تدخل ركائز الشجر غير المغروسة ( الشتلات ) .

٣- ما يدخل في بيع المصنع : إذا كان المبيع مصنوعاً دخل في بيعه الآلات والمكائن وأدوات الصنع ، ثم يدخل في بيعه تبعاً المخازن التي تودع فيها المصنوعات ، والمنازل التي أقيمت لعمال المصانع ( السكن ) ، ومطاعمهم ، وملاعبهم ، ونحو ذلك ، ما دامت داخلةً في مجال المصنع وحدوده .

٤- بيع السيارة : في بيع السيارة تدخل : الإطارات ( الدواليب المطاط ) والمصابيح ، والمقاعد ، ومفاتيحها ! ، وغير ذلك - وما ذكر هو من حقيقتها وأجزائها ، لا ملحقاتها .

- وكذا تدخل الرافعة والإطار الاحتياطي ، وتدخل : توابعها المعتادة المعدة لإصلاحها ( العُدَّة ) .  
وفي بيع سيارة للأجرة : يدخل المصباح المثبت على ظهرها ، وعدادُ الأجرة المنفصل .
- ٥- آلة التسجيل : في بيع آلة تسجيل يدخل : شريطٌ جديدٌ ، وبطارية ، وموصلٌ للكهرباء ،  
أو محوّلٌ لها ، ولاقطٌ ( ميكروفون ) ، وبطاقة الضمان .
- ٦- الكمبيوتر : يدخل في شراؤه : شرائط (cd) المعرّفة به ، وبطاقة الضمان ، وأيضاً : موصلٌ  
للكهرباء ، أو محوّلٌ لها ، ولوحة المفاتيح والفأرة ، وقد يختلف ذلك باختلاف أنواعه وأحجامه . وقد  
يدخل فيه أيضاً : مكبّر للصوت .
- ٧- بيع النظارة : في بيع النظارة تدخل : محفظتها ، وما تُمسح به النظارة من قماش ، وسائل  
التنظيف . وكذا العدسات اللاصقة : يدخل فيه : السائل الذي تحفظ فيه ، والعلبة التي يتم الاحتفاظ  
بها فيها .
- ٨- بيع ثلاجة : تدخل في بيع الثلاجة : قوالبُ صنع الثلج ، وأدراج الخضروات والفواكه  
والبيض ، وبطاقة الضمان .
- ٩- بيع الدراجة : قد يدخل في بيعها منافخها ، والمفاتيح الأساسية لفكّ أجزائها ، وحقيبتها  
الصغيرة التي تعلق عليها ، أو السلة إن كانت .
- ١٠- بيع القفل : يدخل في بيعه : مفتاحه ، وقد يتعدّد بأكثر من واحد ، كاثنين أو ثلاثة .  
وظاهرٌ - من خلال الأمثلة والنماذج - الفارقُ العرفي بين شراء هذه الأشياء حال كونها  
مستعملةً ، وبين شرائها جديدةً .  
ولا شكّ أن لطبيعة الأشياء المباعة ، وعُرف الجهة والبلد الذي حصل البيع فيه ، ولتقصود  
العاقدين ، أثرٌ كبيرٌ في تحديد وضبط كلِّ ما ذكر .  
وهو واضحٌ من خلال الأمثلة والنماذج ، ومما تقدّم من التأصيل والشواهد ، وهذا كلّهُ ،  
ما لم يوجد اتفاقٌ بين العاقدين ، كما سبق .

\* \* \*



## المبحث الرابع : أثر العرف وتطبيقاته في أنواع الخيارات

الأصل في العقود اللازمة - إذا وجدت أركانها وتحققت شروطها - أن تتعد مبرمةً ، لكن الشريعة الموصوفة بالعدل والحكمة ، الملاحظة لمقاصد المكلفين ، راعت أحوال العاقدين ، وما قد يعرض لهم من عدم ترو ، أو طروء حاجة من الحاجات ، أو حدوث تدليس أو غبن ، ونحو ذلك مما يضرّ بالعقد ، فكانت الخيارات المتعددة الرافعة لهذا الضرر ، والمحققة للمصالح .

وهذه الخيارات منها : ما يثبت بإيجاب الشرع لمصلحة العاقدين أو أحدهما صيانةً للحقوق ؛ كخيار المجلس والعيب والغبن ، ونحو ذلك . ومنها : ما يتوقف ثبوته على اتفاق إرادة العاقدين ؛ كخيار الشرط .

والخيار في اللغة : اسمٌ مصدرٍ من اختار يختار اختياراً .

وحده في بيع وغيره : طلبُ خير الأمرين من إمضاء عقدٍ أو فسخه (المطلع : ٢٣٤ ، شرح المنتهى : ١٦٦/٢) ، هذا ، وأنواع الخيار التي للعرف فيها أثرٌ ، جاءت فيما يلي :

### ١- خيار المجلس :

المراد بخيار المجلس : أن لكل من المتعاقدين الخيار في إمضاء البيع أو فسخه ما دام في المجلس لم يتفرقا بأبداهما ، وإن طال المجلس ، إلا أن يتعاقدا على أن لا خيارَ بينهما ، أو يسقطا الخيار بعد العقد ( ر. المجلة الحنبلية : م ٣٧٣ ، ٣٧٤ ) .

هذا والمذهب الشافعي ( ر. المجموع : ٢١٣/٩ ) ، والحنبلي يثبتان خيار المجلس ، والمذهب الحنفي ( ر. بدائع الصنائع : ٢٢٨/٥ ) ، والمالكي ( ر. حاشية الدسوقي : ٩١/٣ ) لا يقولان به .

والمراد بـ « مجلس العقد » بوصفه وقتاً ومدةً للخيار ، - عند من أثبتته - هو : « الوحدة الزمنية التي تبدأ من وقت لحاق القبول بالإيجاب مطابقاً له ، وتنتهي بطروء التفرق بالأبدان ، وما في معناه ، عن مكان التعاقد » ( ر. الخيار وأثره في العقود : ١١٨-١١٩ بتصرف ) .

ومما ينبغي أن يُذكر هنا : أن حقيقة الجلوس ليست مقصودةً في هذا الخيار المسمى به ، بل هو أعمٌ من ذلك ، لكن لما كان الغالب من حال العاقدين الجلوس لقب به ، فالجلوس ذاته ليس معتبراً في ثبوته ، فقد يحصل مع وقوف العاقدين مثلاً ، ولا تترك الجلوس معتبراً في انقضائه ، بل العبرة لحال العاقدين ، ومردُّ التفرق وضابطه والحاكم فيه ، هو : العرف .

### أمثلة وتطبيقات « التفرق » :

قال الإمام المرادوي - رحمه الله تعالى - : « وقد ضُبط ذلك بعرف كلِّ مكانٍ بحسبه » . ( الإنصاف : ٣٦٨/٤ ) .

فمن أمثلة ذلك وتطبيقاته :

١- إذا كان البيع في فضاء واسع ، أو مسجد كبير ، أو سوق كبيرة كمراكز التسويق اليوم ، فالتفرُّق بمشي أحدهما مستدبراً لصاحبه خطواتٍ ، بحيث لا يسمع كلامه المعتاد من غير رفع صوتٍ ، أو كان المشتري في دكان البائع فبخروجه منه .

٢- في الغاية وشرحها ( مطالب أولي النهى : ٨٨/٣ ) - من كتب الحنابلة - فرعٌ لطيفٌ في خيار المجلس ، وحدّ التفرُّق فيه : فيما لو تبايعا مناداةً من بُعد ، فيحصل التفرُّق بمفارقة أحدهما مكانه الذي نودي فيه ، وهو فيه ؛ بحيث لو كان الآخر معه في ذلك المكان عدّه العرف تفرُّقاً .

ومن تأمل هذا الفرع يمكن تخريج انعقاد البيع ونحوه بالهاتف ، وأن خيار المجلس يمتدُّ إلى انتهاء المكالمة ووضع سماعة الهاتف ، « فمجلس المهاتفة » من أول حصول القبول إلى انتهاء المكالمة يعادل « مجلس العقد » ، مما يمكن أن يسمّى بـ « الحضور الحكمي » ، ولو ظلّ يتكلمان مدةً طويلةً - لم ينقطع الخيار قياساً على مجلس العقد .

٣- ويتخرج أيضاً على هذا الفرع انعقاد البيع ونحوه بـ « الفاكس » ؛ لأنه يجمع بين الكتابة إرسالاً واستقبالاً ، وبين المهاتفة بين العاقدين ، فيجري فيه خيار المجلس ، ويمتدُّ إلى انتهاء المكالمة أو إرسال ردٍّ على الإيجاب كتابةً ، فما دلّ أولاً على إنهاء الخيار وقطعه كان إعلاماً بالتفرُّق .

وهذا المجلس هنا هو غير مجلس المساومة التي تُرسل فيه « الفاتورة الابتدائية » ، وفي نهايته يوقّع المشتري على إجازة الأسعار ، ويُرسلها إلى البائع عن طريق « الفاكس » .

٤- خيار المجلس في العقد الإلكتروني :

مما يستحق النظر تحديد زمان ومكان اجتماع البائع والمشتري حيث تجري العقود الإلكترونية عن طريق الأجهزة ، فإنه في مثل هذه الحالة لا يمكن للمتعاقدين أو وكيليهما الاجتماع جسدياً في مكان واحد من أجل إجراء العقد .

وقد جرى العرف في العقود الإلكترونية أن تحدد مدةً معينةً يمكن من خلالها للبائع أن يحصل من المشتري على قبول للإيجاب الذي قدمه ؛ لذا فإن الإيجاب يظل ساري المفعول ما دامت المدة المحددة لم تنته بعد .

أما إذا لم يحدد البائع مدةً محددةً فإن الإيجاب يظل ساري المفعول إلى مدة معقولة ومناسبة ، بحسب الحالة المعينة ، إلا أن الحالة الأخيرة قد يكون فيها شكٌّ وغررٌ ، فلا بد لتجنب أي نوع من أنواع الغرر من تحديد المدة الفاصلة بينهما ، وإذا قبل الطرف الآخر بعد انتهاء هذه المدة ، فقبوله يكون إيجاباً جديداً منه ، موجهاً للطرف الأول .

فنخلص من هذا إلى أن خيار المجلس في العقود التي تبرم عبر الإنترنت لا ينتهي بوصول رسالة الإشعار ولا بوصول رسالة القبول من مقدم القبول إلى الجهة الإلكترونية للموجب ، بل ينتهي عندما

يفتح الموجب للرسالة الإلكترونية للقبول ويقروها ولا يردُّ القبول ، وهذا لا يختلف عن تكييف خيار المجلس للتعاقد بالبرقية أو التلكس أو الفاكس وهو مجلس وصول وقراءة البرقية أو التلكس أو الفاكس ( انظر : بحث د.قره داغي ، في مجلة مجمع الفقه الإسلامي : ٦٤/ج : ٢ ، ص ٩٤٩ ) .  
والذي يرى عدم ثبوت خيار المجلس أصلاً يؤكد لزوم استصحاب ذلك في العقود الإلكترونية ؛  
لحاجة هذه العقود إلى الاستقرار والحسم ومنع التنازع .

## ٢- خيار الشرط :

المراد به : « أن يشترط المتعاقدان الخيار في صلب العقد ، أو بعده - في مدة خيار المجلس ، أو الشرط - مدة معلومة ، ولو كانت طويلة ، فيثبت الخيار فيها » ( الروض مع حاشية ابن قاسم : ٤٢٠/٤-٤٢١ ) .

وما يتعلّق بالعرف منه - هنا - هو : ما لو جعلت المدة مقدرةً بوقت معلومٍ عن طريق العادة ، وقد يدخله احتمال التقديم والتأخير البسيرين .

ويمثّل له : ب - ما لو شرط الخيار إلى وقت الحصاد ، أو الجذاذ ، أو إلى وقت العطاء ، فالمذهب الحنبلي : عدم الجواز ؛ لأنه مجهولٌ ، والرواية الثانية : يجوز ؛ لأنه معروفٌ في العادة ، ولا يتفاوت كثيراً . قال في الإنصاف ( ٣١٣/٤ ) : « وهو الصواب » .

وفي معناه اليوم : جعله إلى وقت صرف الراتب ، أو إعلان الميزانية ، أو افتتاح المدارس ، وأشباه ذلك .

## حق الرجوع في العقد الإلكتروني :

تتضمن بعض العقود الإلكترونية الشروط الآتية :

أ- للبائع الحق في بيع السلع ، وبنبغي أن تكون السلع خاليةً من أي عائق ، وللمشتري الحق في تملكها .

ب- إذا كانت السلع قد بيعت عن طريق بيع الصفة فينبغي أن تكون متطابقة مع تلك الصفات .

ج- ينبغي أن تكون السلع ذات نوعية مقبولة .

د- أن تكون السلعة ملائمةً لغرض المشتري ، إذا كان المشتري قد أخبر البائع عن ذلك الغرض .

هـ- إذا كانت السلع قد بيعت من طريق البيع بالأنموذج فينبغي أن تكون السلع مطابقة

للأنموذج .

وتنصُّ بعض العقود الإلكترونية على مدة معينة من أجل رد الثمن أو الاستبدال ، فجاء في الشروط العامة للمركز التجاري ( Infonie ) ما نصه : يكون لك مدة سبعة أيام كاملة محسوبة من وقت التسليم لإعادة القطعة لنا من أجل استبدالها أو استرداد الثمن ، وذلك دون أي مقابل ، باستثناء نفقات النقل .

وننصحك أن تعيد إرسال السلعة إلينا بالبريد الموصى عليه على العنوان التالي : ....  
ويتعين عليك أن ترد لنا السلعة جديدة كما هي ، وفي عبوتها الأصلية في حالة جيدة أيضاً ،  
وسوف نردُّ لك الثمن الذي دفعته في مقابلها ، وعليك أن تتحمل نفقات إعادة التصدير إلا إذا كان  
هناك خطأ من جانبنا .

ولا يجوز رد القطع التي تلفت أو اتسخت بسبب من قبل المشتري ، فإذا حدث وأعيدت مثل  
هذه القطع ، فسوف نحتفظ بها وتظل بتصرف المشتري الذي يظل ملتزماً بالوفاء بقيمتها .  
ولا يجوز إرجاع شرائط الكاسيت المسموعة والمرئية المسجلة ، أو الأسطوانات أو برامج  
الكمبيوتر أو المنتجات الصحية أو أدوات التجميل إلا إذا ظلت مغلقة دون فتح .  
تجدر الإشارة إلى أن هذه الإمكانية في التراجع عن العقود المبرمة من بعد وُضعت - غالباً -  
بهدف حماية فئات المستهلكين من الشراء بدافع التسرع ، وهي تؤلف استثناءً من المبادئ الأساسية  
التي تحكم نظرية إنشاء العقد ( الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية : ٢٠٨-٢١١ باختصار ) .

### ٣- خيار الغبن :

والمراد بالغبن عند الفقهاء : أن يكون أحد العوّضين غير معادل للآخر ، بأن يكون أقل من قيمة  
المثل أو أكثر منها ، والبائع غابن في الأكثر ، ومغبون في الأقل .  
والغبن - بالنظر إلى مقداره - يقسمه الفقهاء إلى قسمين :

#### ١- غبنٌ يسيرٌ .

#### ٢- غبنٌ فاحشٌ .

أما اليسير منه الذي لا يخرج عن العادة ، فلا يتجاوز حدود التفاوت المعتاد بين الناس في  
الأسعار ، فلا خيار منه ؛ لأنه يكثر وقوعه ، ويصعب التحرز منه ، ويُتسامح به عادة .  
وأما الغبن الفاحش : فهو المثلث للمغبون الخيار ، بين الإمساك والرد ، ومتى أُطلق الغبن في  
المواطن التي له فيها تأثيرٌ ، كان المراد الغبن الفاحش .  
والصحيح من المذهب الحنبلي : أن ضابط الغبن وحده ، يرجع إلى العرف والعادة ( الإنصاف :  
٣٩٤/٤ ) .

والعرف والعوائد المحكّمة هنا ، هي عوائد أهل الخبرة والاختصاص ، وهو - هنا - للتجار ،  
ومن في معناهم ، على اختلاف أنواع ما يتاجرون به ، وكل فئة منهم فيما تُعانيه وتزاوله متخصصّة  
ومحكّمة ؛ فمنهم المتاجر بالعقار ، والمزاويل بيع السلع أو الأقمشة والثياب ، والمعاني بيع الجواهرات  
والحلي .

والرجوع إلى العرف لتحكيمه هو : استعمال العرف في تطبيق الأحكام المطلقة على الحوادث ،  
ولمعرفة فعل غير منضبط تترتب عليه الأحكام ، وعوداً أيضاً : إلى أهل العرف الخاص ، وهم أهل  
الخبرة والاختصاص .

#### ٤- خيار التدليس ، وضابطُ ما يعدُّ تدليساً :

إذا أظهر البائع للمشتري أن المبيع على صفةٍ ، فبان للمشتري خلافُها ، كان له الخيار بين الإمساك والردِّ ؛ لأن البائع قد غشَّه ودلَّس عليه ، وكلُّ تدليسٍ يَحْتَلِفُ الثمن لأجله ، فهو حرامٌ ويُثبِت الخيار .

وما يعدُّ تدليساً وغشّاً ، وما ليس كذلك ، المرجعُ في بيانه وضبطه إلى المعروف من ذلك بين الناس ، فما عدَّه الناس تدليساً وغشّاً ، كان كذلك شرعاً ، وعُلِّقَ به الحكم ، سواء أكان عرفاً عاماً ، أم خاصّاً : لا يدركه إلا أهل الخبرة والاختصاص .

والرجوع إلى العرف هنا هو : لمعرفة فعلٍ غير منضبط تترتَّب عليه الأحكام ، وتنزيلُ للأحكام المطلقة على الحوادث .

وقد تهاقت الناس - اليوم - على الغشِّ والتدليس في أنواع الصناعات والتجارات ، لا يردعهم عن ذلك دينٌ ولا خلق ، وتفنَّنوا في أنواع التدليس والغشِّ ، بل ربما كانت تقوم على ذلك دراساتٌ وأبحاث .

ومن أشهر وأهمِّ ما يمثِّل به على ذلك : ما يحصل من تقليد العلامات المسجَّلة ، والشارات الشهيرة ( الماركات ) ؛ لترويجها ، وحمل المشتري على شرائها ، وإيهامه أنها الأصلية ، ويقع ذلك في مختلف أنواع السلع والبضائع .

#### ٥- خيار العيب ، وضابطُ ما يعدُّ عيباً :

الأصل في المسلم الصدق والنصيحة ، ومن أهم ما يُبين عن هذا الأصل تعامله مع غيره ، صادقاً مع نفسه ، ناصحاً للناس .

وقد جعل النبي ﷺ شرطَ حصول البركة في البيع وجود الصدق والتبيين ، ومحققها إن وجد ضدهما ، وهو الكذب والكتم .

ثم إن الأصل أيضاً في المعاوضات : سلامة العوضين من العيب ، والإطلاقُ فيها يقتضي ذلك ، والعرف أيضاً ، إذ إن المشتري لم يرضَ ببذل كامل الثمن إلا ليسلم له المبيع كاملاً غير معيب .

فضابط العيب الموجب للخيار لو قيل : « إن كلَّ ما يوجد بالمبيع مما يُنقص العينَ [ أو القيمة ] نقصاً يفوتُ به غرضٌ صحيح ، يُثبت الردَّ إذا كان الغالبُ في جنس المبيع عدَمُه » ( حاشية ابن قاسم : ٤٤١/٤ - ٤٤٢ ) .

فمما لا يخلو عنه الشيءُ عادةً ، ولا يُعدُّ في العرف عيباً : الحصى والترابُ اليسير في القمح ، وكفسادٍ في بعض أفراد جوزٍ أو بيضٍ اشترِيَ ، بخلاف ما لو كثر ذلك وفحش ، فإنه عيبٌ .



ومثله اليوم : من اشترى سيارة - على أنها جديدة - ثم تبين له اهتراء عجالاتها ، فثبت له خيار العيب ؛ لأن الغالب في جنس السيارات الجديدة عدم اهتراء عجالاتها . أما لو اشتراها مستعملة ، فليس له ردّها بهذا العيب ؛ لأن الغالب في المستعمل منها ذلك .

ومما يوجب خيار العيب : ما يُنقص قيمة المبيع عادةً .

أمّا القيمة : فما يُقدّره المقومون للسلعة ، أو الشيء ، وهو يختلف زماناً ومكاناً ( ر.مجموع الفتاوى : ٤٠٩/٢٩-٤١٠ ، المجلة الحنبلية : م ١٨٥ ) .

والعادة - هنا - هي : عادة التجار وعرفهم ؛ إذ هم - هنا - أصحاب هذه الخبرة ، وأهل هذا الاختصاص . فإذا كان العيب مُنقصاً لقيمة المبيع في عرف التجار ، سواء أنقصت عينه أم لم تنقص ، فهو مُثبتٌ للخيار في حق المشتري .

وظاهرٌ مما تقدّم - نوع استعمال العرف هنا - وأنه : لمعرفة فعلٍ غير مُنضبٍ تترتب عليه الأحكام ، وعودٌ إلى العرف في تطبيق الأحكام المطلقة على الحوادث ، وأن المرجع فيه - هنا - إلى العرف الخاص ، وتحكيم أهل الخبرة والاختصاص ، وبحسب طبيعة المبيع والعيب فيه ، يكون نوع الخبرة المُحتاج إليها ، فالجواهر والحلي - مثلاً - وما يعدُّ عيباً بها ، ليس كالسلع ، أو كالعقار ، فالمرجع في الأول إلى الصّاعة ، وفي الثاني إلى تجار السلع ، وفي الأخير إلى الخبراء بالعقار .

### ضمان المبيع في العقود الإلكترونية :

بمجرد انعقاد العقد الإلكتروني تترتب آثاره ، ومن آثار العقد تسليم المبيع إلى المشتري سواء بالإرسال عن طريق البريد ، أو عن طريق إحدى مؤسسات التوصيل ، أو مباشرة عن طريق الشبكة إذا كانت طبيعة السلعة أو المنتج تقبل مثل هذا النقل .

وقد نصّت بعض الأنظمة في التجارة الإلكترونية على تحمل البائع الأخطار التي يتعرض لها المنتج ، ويعدُّ لاغياً كلّ شرط للإعفاء من المسؤولية .

فالبائع يلتزم بضمان المبيع ولو لم يشترط الضمان في العقد ، بل قد يفسد البيع إذا اقترن بشرط عدم ضمان البائع للمبيع .

كما يلتزم البائع بضمان العيوب الخفية في المبيع التي لا يعلم بها المشتري قبل قبض المبيع سواء كانت العيوب خافية ، أو ظاهرة لكن المشتري لم يرها ، ففي حالات العيوب الظاهرة أو الخفية يمكن للمشتري العدول عن الشراء ، ويتحمل البائع المصاريف الناجمة عن ذلك .

ويجب على البائع في المعاملات التجارية الإلكترونية أن يوفر للمشتري بطريقة واضحة ومفهومة ، قبل إبرام العقد ، معلومات عديدة منها : شروط الضمانات التجارية ، وخدمة ما بعد البيع .

لذا ، فإن العقود المتداولة تحرص على تأكيد حق العميل في الضمان ، بأنه يتمتع بضمان اتفاقي ، وهو ما نصّت عليه بعض العقود على الشبكة ( الأحكام الفقهية للمعاملات الإلكترونية : ١٩٧-١٩٨ ) .

## أمثلة وتطبيقات:

أصدر الكلام عن الأمثلة والتطبيقات ، بقول الشيخ تقي الدين - رحمه الله تعالى - : « لا يُطَمَع في إحصاء العيوب... » ( نقله ابن قاسم في حاشيته : ٤/٤٤١-٤٤٢ ) .  
والمراد من هذه الأمثلة - كمنظائرها - تدريبُ الذهن على الحكم ، وفهمُ الضابطِ الجامع لها ، وذلك يدرك - إن شاء الله تعالى - من خلال التطبيقات .  
والعيوبُ والتمثيل لها يَخْتَلِفُ بحسب طبيعة الأشياء ، وتنوُّع العَرَضِ المراد منها .

### ( أ ) عيوبُ الدَّورِ والمنازل :

- ١- تصدُّع الجدران ، أو انكسار الأخشاب .
- ٢- مجاورةُ مَوْضِعِ صنعةٍ تضرُّ بالبناء ، أو السُّكَّانِ ، كجوار مصنعٍ مؤذٍ برائحته ، أو ضحيجه ، أو قوَّةِ تشغيله .
- ٣- ضعفُ مدى التيار الكهربائي ، وعدم تحمُّله لطاقة سَكَّانِ المنزل .
- ٤- فقدان الدار للصرِّفِ الصحي (المجاري) .
- ٥- والجارُ السوءُ عيبٌ ، قاله الشيخ تقي الدين .
- ٦- وجودُ حشراتٍ مؤذيةٍ ، أو مضايقةٍ بالدار ، فوق المعتاد من ذلك . قال في المنتهى ( ٣٦٢/١ ) : « وبقى ونحوه غير معتادٍ بها » .

### ( ب ) عيوبُ الثياب والأقمشة :

- ١- الخرقُ أو التمزق فيها .
- ٢- تفاضل أطرافها .
- ٣- اختلافُ نسجها اختلافاً بيّناً .
- ٤- ظهور الكتابة ، أو (العلامة المسجَّلة) خلال القماش ؛ لأن ذلك يمنع صلوحها للتفصيل والخيطة ، ويفسدها .

### ( ج ) عيوبُ الكتب :

- ١- تلفُ ورقها ، أو تمزُّقه ، الطَّمْسُ في بعض مواضع الكتاب .
- ٢- البياضُ الذي يقع اليوم كثيراً خلال صفحاته .
- ٣- قد كان يمثَّلُ بكثرة الخطأ والإسقاط في المصحف بأنه عيبٌ ، أما اليسير المعتاد فليس عيباً ، وأما اليوم : فأقلُّ خطأً في الشكل أو الترقيم عيبٌ ، بل يوجب الإتلاف .

(د) أنواع السلع :

يعدُّ عيباً مؤثراً : قربُ انتهاء مدَّة الصلاحية ( الاستعمال ) للسلع بأنواعها المختلفة من مواد غذائية ، أو أدوية ، ونحوها ، مما لا يمكن معه تسويقها ، أو استعمالها في خلالها .

(هـ) الأحذية :

ضعف الجلد المصنوع منه الحذاء ، أو عدمُ ثبات خياطته ، أو ضعفُ غرائه .

\* \* \*

## المبحث الخامس : قَبْضُ الْمَبِيعِ ، ضَابِطُهُ وَكَيْفِيَّتُهُ ، وَأَثْرُ الْعُرْفِ فِي ذَلِكَ

إِنَّ أَهَمَّ ثَمَرَةَ لِلْبَيْعِ - بعد توفّر أركانها وتحقق شروطه - هي : قَبْضُ الْمَبِيعِ ، والتمكّن من التصرف فيه ؛ إذ هو المراد بالبيع والباعثُ عليه .

وتسليمُ المبيع من قِبَلِ الْبَائِعِ وإقباضُهُ للمشتري هو من أعظم واجباته ، وأكبر التزاماته . وبالتسليم والقبض ينتقل ضمان المبيع من عَهْدَةِ الْبَائِعِ إلى عَهْدَةِ الْمَشْتَرِي .

والمقصود بهذا المبحث : بيان ما يحصلُ به قَبْضُ الْمَبِيعِ وتسليمه ، وذكر أثر العرف في ضبط ذلك . والمرادُ بالقبض عند الفقهاء : « تمكينُ المشتري من التصرف في المبيع ، و الانتفاع به ، دون عائقٍ » ( عقد البيع / الزرقا : ٨٦ ) .

وأما ضابطه فقد قال الشيخ تقي الدين - رحمه الله تعالى - : « ... المرجع في القَبْضِ إلى عرف الناس وعاداتهم ، من غير حدٍّ يستوي فيه جميعُ الناس في جميع الأحوال والأوقات » ( مجموع الفتاوى : ٢٠/٢٩ ) .

وبضمّ هذا الأصل إلى ما هو معلومٌ من اختلاف طبائع الأشياء المقبوضة ، تتخرّجُ فروغٌ ، وتوزعُ مسائلٌ ، حاولتُ ضمَّ شعثها ، ولمّ متفرقتها ، بما يشبه الضوابط الجزئية لهذا الباب مُستفيداً من كلام أهل العلم .

### من ضوابط القَبْضِ :

١- إنَّ قَبْضَ كُلِّ شَيْءٍ بِحَسَبِهِ عُرْفًا ( المغني : ١٨٦/٦ ، والمجلة الحنبلية : م ٣٣٤ ) .

٢- كُلُّ مَا لَا يُنْقَلُ وَلَا يُحَوَّلُ ، فَقَبْضُهُ : التَّحْلِيَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مُشْتَرِيهِ ، لَا حَائِلَ دُونَهُ ، وَتَحْلِيَةُ كُلِّ بِحَسَبِهِ ( متن الخرقى مع المغني : ٤٥٠/٦ ، ومجموع الفتاوى : ٢٣٦/٣٠ ، والمجلة الحنبلية : م ٣٣٤ ) ، ( ٣٣٥ ) .

٣- كُلُّ مَا يُنْقَلُ أَوْ يُتَنَاوَلُ ، فَقَبْضُهُ بِنَقْلِهِ ، أَوْ تَنَاوُلِهِ ( المغني : ٤٥٠/٦ ، المجلة الحنبلية : م ٣٣٣ ) .

٤- الْقَبْضُ فِي بَيْعِ الْمَقْدَرَاتِ : يَحْصُلُ بِمَا بَيِّعَتْ وَقَدَّرَتْ بِهِ ( المغني : ١٨٦/٦ ، الفروع : ١٤٠/٤ ، المجلة الحنبلية : م ٣٣٦ ) .

### أمثلة وتطبيقات على القَبْضِ وَالتَّسْلِيمِ ، من خلال الضوابط السابقة :

١- تختلف كيفية القبض باختلاف الشيء المقبوض ، فيكون في كلِّ شيءٍ بحسب طبيعته ، وما يمكن فيه ، فليس قبض أرض أو بناء - مثلاً - كقبض قطعة قماش ، وتبعاً لذلك يختلف العرف فيما يحصل به القبض .

٢- معلومٌ تقسيم المال إلى منقول ، وإلى غير منقول وهو : الذي لا يمكن نقله ولا تحويله ، واصطُلمح على تسميته بـ « العقار » وهو شاملٌ للأرض والبناء والشجر ، وألحق به أيضاً : الثمر على الشجر .

فهذا الذي لا يُنقل ولا يُحوَّل ، يحصل قبضُه بالتخلية ، بأن يخلِّي البائع بين المبيع ومشتريه ، ويتركه ؛ ليتمكن من التصرف فيه ، تصرف المالك له ، دون حائل يعوق ذلك .  
من هذا : أن يفتح له باب الدار ، أو الأرض - إن كانت محاطةً بسورٍ له بابٌ أو نحوه - ، أو يسلم له المفتاح ، أو يرسل به إليه ، وأشباه هذا . ويحصل القبض بذلك ، وإن كان بالدار متاعٌ للبائع - عملاً بالعرف . وفي معناه اليوم : قبض المصانع وأبنية الشركات .

٣- المنقول : هو ما يمكن نقله وتحويله ، وهذا شاملٌ للنقود والعروض والحيوانات ، ويدخل فيه اليوم السفن والطائرات والسيارات ونحو ذلك .  
وما يحصل به القبض في المنقول ، هو : نقله أو التناول له .  
أما التناول : فقبض الجواهر ، والنقود ، والكتب ، والثياب ، والحلبي ، وأشباه ذلك - بتناولها باليد .

وأما النقل والتحويل : فقبض الحيوان : بنقله ، أو باستلام زمامه ، أو بتمشيته من مكانه ، وفي معناه : قبض السيارات اليوم ، والعرف في كل ما تقدّم ما ذكر .  
وكذا الطعام إذا بيع جُزأفاً ، فإنما يكون قبضُه بنقله ، وتحويله من مكانه .

٤- تسجيل العقار ، وإثباته ، لدى كاتب العدل ، وكذا ما يعرف بـ « الإفراغ » - هو تسليمٌ ؛ إذ هو تخليةٌ وتوثيقٌ ، كما يحصل في هذه البلاد ، ولو كانت الأرض مشغولةً بأمّعة البائع . ونظيره : ما يعرف في بعض البلاد بالتسجيل العقاري ، أو الشّهْر العقاري .

٥- يعتبر تسليم البضاعة وإدخالها في السفينة ، أو الطائرة ، أو سيارة النقل ( الشاحنة ) ، بعد إرسال سند الشّحن ( البوليصة ) = قبضاً .

هذا في السِّلْع الحاضرة ، أو التي رآها المشتري قبلاً ، ولو عن طريق النموذج ، وأمّا السِّلْع الغائبة : فإذا تمّ العقد فيها بين المستورد والمصدر ، على البيع بالصفّة ، فالعقد غير لازم ، ولا يتمّ القبض إلا بعد وصول البضاعة إلى المشتري ، والتأكد من مطابقتها للمواصفات المطلوبة .

ومن المعلوم فقهاً : أن رؤية الوكيل للبضاعة ، مثل رؤية الموكل .  
وقد يكون الوكيل - هنا - مصرفاً ، أو نحوه ، فإن استلم البضاعة ، مع سندات الشحن لها - كان ذلك قبضاً . ومن المعلوم أيضاً : أن رؤية بعض المبيع تغني عن رؤية جميعه ، إذا كان دالاً عليه ، لا يختلف .

## ٦- في بيع المقدّرات : يحصل القبض بما بيعت وقدرت به .

**المراد بالمقدّرات :** ما يباع بالوحدات القياسية العرفية المقدّرة من نحو : الكيل والوزن والدّرع والعدّ ، فيحصل قبض ما بيع بكيلٍ بكيّله ، أو بوزن بوزنه ، أو ببيع بعدّ بالعدّ ، أو ببيع بذرعٍ بذلك الدّرع ، فيعتبر في قبضه إجراء عمّل ما به بيع وقدر .

٧- لو كان المبيع قطعة قماش - مثلاً - أو نحوها ، فقبض البائع ثمنها ، ولّفّها في ظرف « كيس » ، ووضعها أمام المشتري ، أو ناول البائع المشتري كيساً ؛ ليضع فيه المبيع ، فهو تسليمٌ ؛ لدلالة الحال عليه .

## ٨- تسليم المبيع في العقد الإلكتروني :

في البيع الذي يتم من طريق الإنترنت يمكن تسليم المبيع للمشتري من طريق شبكة الإنترنت نفسها ، إذا كان المبيع برامج حاسب آليّ أو معلوماتٍ على شكل بياناتٍ رقميةٍ ، مثل شراء برنامج للقرآن الكريم يمكن إنزاله من طريق الإنترنت للجهاز الشخصي للمشتري .

أما النوع الثاني من السلع المباعة ، وهي التي لا بدّ من استلامها بالطرائق العادية ، مثل الملابس ، أو الأثاث ، أو الأجهزة أو غيرها مما هو ليس برقمي ، فالتسليم يكون في المكان والزمان المحدّد في عقد البيع ، والغالب أن يتضمن العقد تحديد مكان التسليم وزمنه . وإذا أخلّ البائع بالتزامه في تسليم المبيع ، سواءً في الزمان أو المكان ، فإن للمشتري حق مطالبة البائع برد الثمن إن كان دفعه ، وقد نصّت بعض الأنظمة في التجارة الإلكترونية على أنه إذا لم يحترم البائع آجال التسليم يتعين عليه إرجاع المبلغ المدفوع والمصاريف الناجمة عن ذلك إلى المشتري ( الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية : ١٩٣ ) .

٩- عبّر عن خلاصة جملة ما تقدّم قرارُ المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ( ٦/٤/٥٥ ) فيما يلي :

« قبض الأموال : كما يكون حسيّاً في حالة الأخذ باليد ، أو الكيل والوزن في الطعام ، أو النقل والتحويل إلى حوزة القابض - يتحقّق اعتباراً وحكماً بالتخلية مع التمكين من التصرف ، ولو لم يوجد القبض حسّاً . وتختلف كيفية قبض الأشياء ، بحسب حالها ، واختلاف الأعراف فيما يكون قبضاً لها » .

## من صور القبض في أمر النقود ، ومعاملات المصارف :

« أولاً : يقوم تسلّم الشيك مقام القبض عند توفّر شروطه في مسألة صرف النقود في المصارف .

ثانياً : يعتبر القيد في دفاتر المصرف في حكم القبض ؛ لمن يريد استبدال عملةٍ بعملةٍ أخرى ، سواءً كان الصّرف بعملةٍ يعطيها الشخص للمصرف ، أو بعملةٍ مودعةٍ فيه » ( من قرارات المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي : د ١٤٠٩/١١ هـ ) .

وجاء تأكيد ذلك ومدُّ تطبيقاته ، في قرار المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ( المشار إليه سابقاً ) : « إن من صور القبض الحكمي المعتبرة شرعاً وعرفاً :

١- القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل في الحالات التالية :

(أ) إذا أُودِع في حساب العميل مبلغ من المال ، مباشرةً ، أو بحوالة مصرفية .

(ب) إذا عقد العميل عقد صرفٍ ناجزٍ ، بينه وبين المصرف ، في حال شراء عملةٍ بعملةٍ أخرى لحساب العميل .

(ج) إذا اقتطع المصرف - بأمر العميل - مبلغاً من حساب له ، إلى حسابٍ آخر بعملةٍ أخرى ، في المصرف نفسه أو غيره ، لصالح العميل أو لمستفيد آخر .

وعلى المصارف مراعاة قواعد عقد الصرف في الشريعة الإسلامية .

ويغتفر تأخير القيد المصرفي بالصورة التي يتمكن المستفيد بها من التسلم الفعلي للمدد المتعارف عليها في أسواق التعامل .

على أنه لا يجوز للمستفيد أن يتصرف في العملة خلال المدة المغتفرة ، إلا بعد أن يحصل أثر القيد المصرفي بإمكان التسلم الفعلي .

٢- تسلم الشيك إذا كان له رصيدٌ قابلٌ للسحب بالعملة المكتوب بها ، عند استيفائه وحجزه المصرف . «

والرجوع إلى العرف هنا لمعرفة ضوابط القبض ، وبيان كفيته ، وهو : عود إليه لمعرفة فعلٍ غير منضبط ، تترتب عليه الأحكام . وبتعبيرٍ آخر : لتنزيل الأحكام المطلقة على الحوادث .

ومما ينبغي التنبيه المؤكّد عليه هنا : أهمية التسليم والقبض في المعاملات المعاصرة ، رعيّاً لجانب الشرع ، وحفظاً للأموال ، ومنعاً للتنازع والاختلاف ، وليس معنى اعتبار العرف وتحكيمه أن يصبح التعامل صورياً ، لا تسليم فيه ولا قبض ، حتى يبيع المرء ما لم يقبض لا حقيقةً ولا حكماً ، بل ما لم يدخل في ملكه أصلاً ! وهو من أهم أسباب نشوء الأزمات الاقتصادية وانتشار المقامرات في صورة المعاوضات .

\* \* \*

## المبحث السادس : أثر العرف في بيع الزروع والثمار

ها هنا - في باب بيع الزروع والثمار - عدة مسائل ، معللةً بالعرف ، مبيّنةً على العوائد ، من ذلك :

### ١- ضابط التأبير :

التأبير : التلقيح ، ومعناه : شق طلع النخل الأنثى ليذّر فيه شيء من طلع النخلة الذكر . وضابط التأبير ، ما قاله الإمام القرطبي المحدث - رحمه الله تعالى - : « إبار كل شيء بحسب ما جرت العادة أنه إذا فعل فيه نبتت ثمرته ، وانعقدت فيه ، ثم قد يعبر عن ظهور الثمرة ، وعن انعقادها ، وإن لم يفعل فيه شيء » ( نقله في فتح الباري : ٤/٤٠٢ ) ، وواضح أن مرجع التأبير إلى أهل الخبرة وأنه من العرف الخاص .

### ٢- الصلاح وضابطه :

صلاح الثمار والزروع ونحوه : انتهاءه إلى الحال التي جرت العادة بأخذه فيها . ويتنوع بحسب أمارات وعلامات صلاحه ، فما كان من الثمرة يتغير لونه عند صلاحه فصلاحه بذلك ؛ ففي ثمر النخل : أن تحمر أو تصفر ، وبذلك يطيب الأكل منه . وفي العنب ؛ إن كان أسود فحين يظهر فيه السواد ، وإن كان العنب أبيض ، فصلاحه بتموهه ، وهو : أن يبدو فيه الماء الحلو ، ويلين ، ويصفو لونه . وليس المراد باللون الخالص ، بل أن يقارب . وإن كان مما لا يتلون كالتفاح ، فبأن يبدو فيه النضج ، ويطيب أكله . هذا ضابط ما يظهر من الثمار . وأما ما يظهر فمأ بعد فم : كالقثاء ، والخيار ، والبطيخ ، واليقطين ، ونحوها ، فبدو الصلاح فيها أن تؤكل عادة .

وصلاح الحب أن يشتد ، أي : يصلب ويقوى ، أو أن يبيض . ومما تقدم يظهر أثر العرف والعوائد ، فاستطابة الأكل مرجعه العوائد ، فما يطيب أكله في حال عند قوم ، قد لا يكون كذلك في حال أخرى أو عند آخرين ، ولاختلاف البيئات وطبائع الناس أثر كبير في ذلك .

ثم تأتي معارف أهل الخبرة والاختصاص في اعتبار نضجه ، وعلامات صلاحه ، وهم هنا : الفلاحون والمزارعون ونحوهم .

### ٣- مسألة وضع الجوائح :

الجوائح : جمع جائحة ، من الجوح ، وهو : الإستئصال ، والجائحة هي : « كل آفة لا صنع للآدمي فيها » ( المغني : ٦/١٧٩-١٨٠ ) .



ووظّف ذلك الشيخ تقي الدين واستثمره فاختار - رحمه الله تعالى - : « ثبوت الجائحة في زرع مستأجرٍ ، وحنوتٍ نقص نفعه عن العادة » ( الإنصاف : ٧٦/٥ ، ومجموع الفتاوى : ٣٠/٢٥٣-٣٠٢ في رسالة مفردة في وضع الجوائح ، ر.أ : ابن تيمية / لأبي زهرة : ٣٩٦-٤٠٥ ) .

ومن نوازل الوقت : **مسألة الظروف الطارئة** ، واعتبار تأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية ، والظروف الطارئة هي : الأمور الخارجة عن العادة والتي تحدث فجأةً ، دون توقع لها ، وأثرها القانوني : أن الالتزام إذا أصبح مرهقاً للملتزم ، بسبب ظروفٍ طارئةٍ ، وحوادث استثنائيةٍ لم يحسب لها حساباً وقت التعاقد ، فإن هذا يسوّغ له أن يطلب التخفّف من التزامه ( انظر : نظرية الظروف الطارئة / الترماني : ص ١٠٥ ) .

\* \* \*

## المبحث السابع : عقد السلم ، وأثر العرف في تحقيق شروطه

وفي مدى آخر لبيان العرف في دَرَك معلومية المعقود عليه يأتي الحديث عن عقد السلم وأثر العرف في تحقيق شروطه ، وبيان ذلك من الجهات التالية :

**الجهة الأولى :** أن الفقهاء - رحمهم الله تعالى - يفتصلون في ذكر صفات المسلم فيه ، وبيان جنسه ونوعه ، وبيان مقداره ، ويدققون في ذلك ، وينفون صحة ما لا يتحقق فيه هذا التفصيل والتدقيق ، مما قد يجعل توفر هذه الأمور بنحوها هذا متعسراً ، بل متعذراً .

قال العلامة الشيخ عبد الرحمن السعدي الحنبلي - رحمه الله تعالى - مبيِّناً توجه هذه الملاحظة : « اعلم أن اعتبار كثير من الأوصاف التي ذكرها الأصحاب - رحمهم الله تعالى - تتعسر ، وربما تعذرت ، وليس على كثير منها دليل ، فالدليل دل على اعتبار العلم بالمسلم فيه ، فمتى حصل العلم بين المتعاقدين حصل المقصود ، حتى ولو أطلقاً إطلاقاً يُعرف به ما أطلقاه ، كما لو أطلقا سلماً بتمر ، أو بر ، فإنه ينصرف إلى الوسط عرفاً » ( الفتاوى : ٣٦٧ ) ، ر.أ : ( عقد البيع / الزرقا : ١٤٨ - ١٥٢ مع هوامشها بتأمل ) .

**الجهة الثانية :** أن الفقهاء - رحمهم الله تعالى - يذكرون من الأمثلة على عدم تحقق معلومية المسلم فيه : ما كان في زمنهم وعرفهم لا يمكن ضبطه ولا تقديره ، فلا يصح السلم فيه ، من ذلك :

- ١- الفواكه المعدودة : الرمان ، والخوخ ، والبطيخ ، والموز .

- ٢- الجواهر : من اللؤلؤ والدر ، والياقوت ، قالوا : لأنها تختلف اختلافاً متبايناً ، بالصغر والكبر ، وحسن التدوير ، وزيادة الضوء والصفاء .

لكنه الآن مع هذا التطور المذهل لأنواع الصناعات والتجارات والزراعات يسهل جداً حصول الآلاف بل الملايين من أمثاله ، دون تفاوت مؤثر .

**الجهة الثالثة :** يذكر الفقهاء من شروط السلم : " ذكر أجل معلوم له وقع في الثمن عادة " . لا بد في شرط الأجل كونه معلوماً محددًا ، بأن يعلم بزمان بعينه لا يختلف من كونه معلوماً محددًا ، وأن يكون لهذا الأجل على هذا النحو وقع وأثر في زيادة الثمن عادة ؛ ليتحقق الارتفاق الذي شرع من أجله السلم ، ولا يحصل بمدة لا وقع لها في الثمن . وأيضاً ؛ فالسلم إنما يكون لحاجة المفاليس ، الذين لهم ثمار وزروع ، أو تجارات ينتظرون حصولها ، ولا يحصل ذلك في المدة اليسيرة غالباً .

ويمثل الفقهاء لهذا الأجل الذي له أثره على الثمن بشهر وشهرين ، وظاهر أن أقل من هذه المدة قد يكون له أثر على الثمن ، فلا يقيد بها ؛ إذ الضابط كون الأجل له وقع في الثمن عادة .

**الجهة الرابعة :** يذكر الفقهاء أيضاً من شروط السلم : " غلبة مسلم فيه في محله " . أي : وقت حلول أجله ؛ لوجوب تسليمه فيه ، فإن كان لا يوجد ، أو يوجد نادراً - لم يصح .

ويمثلون لنادر الوجود : كالسلم في العنب والرطب إلى الشتاء .  
وواضح أيضاً : إمكان توفير ذلك اليوم ، مع وجود وسائل الاتصال المختلفة ، وسرعة التنقل ،  
وقيام الأسواق العالمية ، مما يكثر التعبير عنه بـ " أن العالم أمسى قرية واحدة " مما يجعل العالم كله  
" في محله " مع توفر وسائل الحفظ من براداتٍ وثلاجاتٍ ضخمةٍ يمكن معها توفير أي نوع من  
الفاكهة ، بل قد يمكن اليوم توفير أي نوعٍ من السلع على مدار السنة كلها وعلى امتداد العالم  
تقريباً .

\* \* \*

## المطلب الثاني : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في عقد الإجارة .

ويشمل المباحث التالية :

- ١- صيغة عقد الإجارة .
- ٢- ضابط العيب المثلث للخيار في عقد الإجارة .
- ٣- معلومية المنفعة بطريق العرف .
- ٤- المدة في عقد الإجارة .
- ٥- آثار عقد الإجارة ، وأثر العرف فيها .
- ٦- الضمان في عقد الإجارة : ضابط ما يوجبه ، أمثله وتطبيقاته .



## المطلب الثاني : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في عقد الإجارة

عقد الإجارة أكثر عقود المعاوضات انتشاراً وأهميةً بعد البيع ، ويمتاز عنه ببقاء العلاقة والوصلة بين العاقدين ، وهما هنا : المؤجر والمستأجر ، وترتّب التزاماتٍ على كلّ منهما ، لا تزال باقيةً مدة عقد الإجارة بينهما .

وشروط الإجارة ثلاثة :

١- معرفة المنفعة .

٢- معرفة الأجرة .

٣- كون النفع مباحاً بلا ضرورة ، مقصوداً متقوماً ، يستوفى دون الأجزاء ، مقدوراً على تسليمه لمستأجر ( منتهى الإيرادات : ٤٧٦/١ ، ٤٧٧ ، ٤٧٩ ) .

والإجارة - كما هو معلوم - تنقسم إلى قسمين رئيسين :

(أ) إجارة منافع الأعيان ، ويعرف بلغة اليوم بإجارة الأشياء .

(ب) إجارة الأشخاص أو الإجارة الواردة على عمل الإنسان .

هذا ، والمسائل والفروع المبنية على العرف هنا - في عقد الإجارة - كثيرةٌ منتشرة ، متناثرةٌ مبدّدة ، مما يقتضي ترتيبها ومحاولة عرضها عرضاً منهجياً موضوعياً ، وقد جاءت من خلال المباحث التالية :

### المبحث الأول : صيغة عقد الإجارة :

١- قال الشيخ تقي الدين - رحمه الله تعالى - مبيناً ذلك محققاً له مقررّاً قاعدته الفذة في صيغ العقود وألفاظها : « ... تنازع الفقهاء في الإجارة : هل تنعقد بلفظ البيع ؟ على وجهين : والتحقيق : أن المتعاقدين إن عرفا المقصود انعقدت ، فأياً لفظ من الألفاظ عرف به المتعاقدان مقصودهما انعقد به العقد ، وهذا عامٌ في جميع العقود » ( مجموع الفتاوى : ٥٣٣/٢ ) ، وقال أيضاً : « ... إن اسم البيع والإجارة والهبة في هذا الباب لم يحدّها الشارع ، ولا لها حدٌّ في اللغة ، بل يتنوع ذلك بحسب عادات الناس وعرفهم ، فما عدّوه بيعاً فهو بيعٌ ، وما عدّوه هبةً فهو هبةٌ ، وما عدّوه إجارةً فهو إجارةٌ ... » . وقال : « وهذا أشبه بالكتاب والسنة وأعدل » ( مجموع الفتاوى : ٢٠ / ٣٤٥ ) .

٢- السكوت هنا - في صيغة عقد الإجارة - قد يفيد الرضا والقبول ، إذا كانت هناك حالٌ دالةٌ عليه ؛ إذ " السكوت - من القادر على التكلّم - في معرض الحاجة إلى البيان بيانٌ " ، ويكون بذلك « طريقةً عرفيةً للتعبير » .

فمثلاً : لو استأجر عقاراً كلَّ شهرٍ بكذا ، أو أجيراً أو عِيناً كلَّ يومٍ بكذا ، صحَّ العقد ولزم في الشهر أو اليوم الأول ، وكلما دخلا في شهرٍ أو يومٍ لزمهما حكمُ الإجارة فيه ؛ لأنَّ إرجاء الفسخ عن بدء الشهر أو اليوم دليل الرضا من كلا العاقدين ؛ إذ إنَّ المؤجر لو لم يكن راضياً لطلب من مستأجر الدار إخلاءها ، وبقاء المستأجر في الدار دليلُ رضاه بمنفعتها ، وكذا الحال في الإجارة الواردة على العمل .

٣- ينبغي قصر صحة عقد الإجارة على ما جرى العرف بعقده كذلك ، حتى لا يكون مجالاً للتنازع ؛ إذ ظاهرٌ أن دلالة التعاطي أضعف من اللفظ ، فلا تتحمل إجراء العقود الكبيرة مع الشركات والمؤسسات - كخطوط الطيران مثلاً ونحوها - دون تقييد بالكتابة وتوثيقها في عقود وشروط واضحة معروفة ، والعرف جارٍ كذلك ، وسبق التعرُّض لبعض التطبيقات لصيغة عقد الإجارة ، عند الكلام عن التجارة الإلكترونية .

#### أمثلةٌ وصُورٌ لصيغة عقد الإجارة :

١- دلالة عقد الإجارة المذَّيل بالتوقيع ، أو « الحتم » على الرضا ، ويتمُّ توثيقه بتسجيل الاسم كاملاً ، ورقم البطاقة الشخصية وتاريخها . وكذا تسجيل العقد في مكاتب العقار ، أو « الشهر العقاري » ونحوها .

٢- لو ركب سيارةً من المواصلات العامة لنقل الركاب إلى مكانٍ معلومٍ ، ثم دفع ثمن « التذكرة » إلى الجاني ، أو كان قد اقتطعها قبلُ ، أو أعطى الأجرة عند وصوله - فيما لو كانت سيارةً أجرةً خاصةً - دون كلامٍ متبادلٍ - فما تقدَّم - صحَّت الإجارة لجرى العرف بها . وكذلك الشأن في « الترامات » والبواخر والقطارات والطائرات ؛ إذ تكون أجرتها في الغالب معلومةً بالنظر إلى كلِّ بلدٍ ، إلا أنه يكون فيها من الاستيثاق وتسجيل الأسماء ونحو ذلك ما لا يكون في النوع الأول .

٣- استخدام هواتف « العملة » على النحو المعروف ، إجارةٌ صحيحةٌ .

٤- لو أوقف سيارته في مواقف خاصة ، أو دخل بها إليها ، لمدة معلومة قيمتها ، و« التذاكر » أو بطاقة استئجار الموقف تُؤخذ من آلة معينة ذاتياً ، أو توضع بها قطع معدنية - هي إجارةٌ صحيحةٌ .

٥- دخول « ملاعب الأطفال » ونحوها ، واستخدام ما فيها من سيارات وأراجيح ، وبعضها يعمل ذاتياً بواسطة قطع معدنية توضع بها - هي إجارةٌ صحيحةٌ .

٦- إعطاء الحذاء لماسح الأحذية ، وتناوله له دالٌّ على التراضي ، فهي إجارةٌ صحيحةٌ .

## المبحث الثاني : ضابط العيب المُثبت للخيار في عقد الإجارة :

هو : ما يوجب نقص المنفعة وتفاوت الأجرة ، ويعرف ذلك بشهادة أهل الخبرة ، فمرجعُه إلى العرف الخاص .

وإطلاق العقد في باب الإجارة - كما هو الشأن في عقود المعاوضات - يتناول السليم دون المعيب ، فإذا وقعت الإجارة على موصوف ، لزم تسليمه خالياً من العيوب ، فلو سلم معيباً لزم إبداله بسليم ، فإن عجز المؤجر عن إبداله بسليم أو امتنع : كان للمُكْتَرِي = المستأجر الفسخ .  
فمثلاً : لو فسدت بالوعدة الدار أو الحمام ، ففتحها المؤجر في مدة قريبة ، أو مرض الأجير مدة يسيرة ، فبرأ - لم يكن للمستأجر خياراً .

ومن أمثلة العيوب : وجود حشرات غير معتادة بالدار المؤجرة ؛ لحصول الأذى بها ، واختار الشيخ تقي الدين : أن الجار السوء عيبٌ ( الاختيارات : ١٢٦ ) .

## المبحث الثالث : معلومية المنفعة بطريق العرف :

شاعت الإجارة وتنوعت أمثلتها وتطبيقاتها تبعاً لتنوع واختلاف حاجات الناس وأغراضهم ، فهي اليوم عامة شاملة لأمر كثيرة ، يصعب بل يتعذر الإحاطة بأفرادها أو أنواعها .  
وتأمل ما تجري فيه الإجارة في هذا العصر ، بدءاً من استئجار الهاتف في مكالمة خاصة ، إلى استئجار الأقماع الصناعية ومراكب الفضاء ، ومروراً - خلال ذلك - بأنواع لا تُحصى من إيجار العقارات ، والمنقولات : كالآلات الصناعية والزراعية ، ووسائل النقل من الطائرات والسفن والسيارات . هذا في إجارة الأشياء ، مضموماً إلى ذلك كله تنوع وتعدد الأعمال والوظائف التي تبني عليها الإجارة في إجارة الأشخاص .

ومعرفة نوع المنفعة وصفتها من شروط صحة الإجارة ؛ لأنها المعقود عليها ، فاشتراط العلم بها كالمبيع .

والمعنى المبحوث عنه هنا هو : كون العرف من طرق معلومية المنفعة .

قال العلامة الكرمي الحنبلي - رحمه الله تعالى - : « وشروطها ثلاثة : أولها : معرفة منفعة ؛ إما بعرف : كسكنى دار شهراً ، أو خدمة آدمي سنة ، - وإن لم يُضبطا - ؛ عملاً بالعرف » ( غاية المنتهى : ١٨٦/٢ ) .

وفي تمثيله بسكنى الدار ، إشارة إلى صلوح العرف طريقاً لمعرفة المنفعة في إجارة الأشياء . وفي تمثيله بخدمة الآدمي إشارة إلى كونه كذلك في إجارة الأشخاص ، أو الإجارة التي ترد على العمل .  
وقوله : « وإن لم يُضبطا » عائدٌ إلى المثالين من السكنى والخدمة .



فلو استأجر داراً للسكنى سنةً ، أو شهراً - كما مثل الماتن - صحَّ العَقْد ؛ لأن السكنى متعارفةٌ بين الناس ، والتفاوت فيها يسيرٌ ، فلم يُحتج إلى ضبطها ؛ للعلم بها عن طريق العرف . فلا يشترط ذكر عدد أفراد الأسرة ، ولا حجم أثاثه وأمتعته ، ولا مَنْ يجيئه من زوّارٍ أو ضيوفٍ إلا أن يكون شيءٌ من ذلك خارجاً عن المعتاد ، أو عن طبيعة العين المؤجرة . وفي استئجار الحوانيت والدكاكين - في نحو مراكز التسويق اليوم - يُحمل الإطلاق فيها على المنفعة المعتادة في مثلها .

وكذا لو استأجر إنساناً للخدمة - شهراً مثلاً - صحَّ العَقْد . قال في الإنصاف ( ٥/٦ ) : «...بلا نزاعٍ ، لكن تكون الخدمة عرفاً» .

وعليه : لا يشترط ذكر عدد ساعات العمل ؛ لأنها معلومةٌ عن طريق العرف ، وسواءً أكان الأجير رجلاً ؛ لاستخدامه سائقاً - مثلاً - أم امرأةً : كخادمٍ في المنزل ، فالعرف سبيلٌ لمعرفة نوع خدمة كلٍّ منهما ، فتكون الخدمة فهاراً ، ومن الليل ما يكون من خدمة أوساط الناس . فالعرف - هنا - أغنى عن تعيين المنفعة ، وتعيين صفة الانتفاع ؛ لأن الإطلاق في العقد ينصرف إليه ؛ لتبادره إلى الذهن .

والعرف مع الإطلاق - هنا - يتزلّ متزلة النطق بالأمر المتعارف . ومع هذا : فقد يجب ذكر السكنى ، وتعيين صفتها في استئجار الدار ، وبيان عدد مَنْ يسكنها وصفتهم ؛ إن كانت الأجرة قد تختلف بذلك ، تبعاً لغرض الإجارة ، والمراد بالشيء المؤجر . فاستئجار الدار للسكنى المعتادة هو غيرُ استئجار الشُّقق المفروشة والفنادق اليوم . وقد يكون السائق لا لحوائج الأسرة المعتادة ، بل لنقل البضائع والسَّلَع وقيادة الشاحنات الكبيرة ، فلا بدّ وقتذاك من بيان عدد ساعات العمل . والعرف في كلِّ ذلك حاكمٌ .

والضابطُ - عند اختلاف الأمثلة والتطبيقات - هو : كلُّ ما يكون في العرف وعوائد الناس سبيلاً للعلم بالمنفعة ، ومعرفة نوعها ، دون تفاوتٍ يعتدُّ به يصحُّ به عَقْد الإجارة . وهو شاملٌ لإجارة الأشياء ، وإجارة الأشخاص .

أما ما كان من المنفعة لا عُرف له ، أو تختلف عوائد الناس في الانتفاع به اختلافاً بيناً ، فلا يصحُّ عَقْد الإجارة فيه مع الإطلاق ، بل لا بدّ من تعيين نوع المنفعة أو العمل ، برؤيةٍ ، أو وصفٍ ذلك بما ينضبط به .

## المبحث الرابع : المدّة في عقد الإجارة :

الإجارة : عقدٌ يرد على المنفعة ، ولا يحصل استيفاء المنفعة إلا بمضيّ الزمن ، فإذا وقعت الإجارة على مدةٍ وجب أن تكون معلومة ؛ لأن هذه المدّة هي الضابطة للمعقود عليه ، المعرفة به الدالّة عليه فاشترط العلم بها .

ويختلف تقدير المدّة تبعاً لاختلاف نوع العين المؤجرة ، وما تصلح له من ذلك .  
والمعيار في ذلك : ما تبقى فيه العين صالحةً لاستيفاء المنفعة منها غالباً ، ومرجعُه حال الاختلاف فيه إلى العرف ومعارف أهل الخبرة بنوع العين المؤجرة .

إن قُدّرت المدّة بسنةٍ مطلقة ، حُمِل على السنة الهلالية والتقويم الهجري ؛ لأنه المعهود ، وهذا في البلاد التي يكون ذلك متعارفاً عليه لديها ، أو جرى به - ولو غالباً - نظام التعامل فيها . أما البلاد التي أمسى المعهود المعروف غير ذلك - كالعَمَل بالسنة ( التقويم الميلادي ) ، أو السنة القبطية ، أو نحوه - فيحمل الإطلاق فيه على ما هو المعروف لديهم ؛ لأن المطلق يحمل على العرف .  
في الإجارة الواردة على العمل : لو استأجر أجيراً يعمل مدّةً معينةً ، حُمِل على ما جرت العادة بالعمل فيه من الزمان دون غيره . قال الإمام الحافظ ابن رجب - رحمه الله تعالى - : « بغير خلاف » ( القواعد : ٢٩٨ ) .

فالحادِم - مثلاً - يخدمُ الوقتَ المعتاد من النهار ، ويخدمُ ليلاً ما يكون وقتَ خدمةٍ عند أوساط الناس . والموظّف لدى الدولة له إجازاته الرسمية التي لا يعمل فيها ، ومنها في هذه البلاد : يومُ الخميس فلا يعمل فيه .

وكذلك أوقاتُ الراحة وتناول الطعام وقضاء الحوائج الطبيعية ، لدى الأجراء والمستخدمين مستثناةٌ .

فهذه مستثناةٌ عادةً أو نظاماً من مدّة العمل .

ومن المستثنى من مدّة الإجارة ما كان استثناءه من جهة الشرع : من فعل الصلوات الخمس بسننها في أوقاتها ، وكذا صلاةُ جمعةٍ وعيدٍ ، فلا تدخل في العقد ؛ لوجوب تقديم حقِّ الله تعالى .  
ففي هذا كلّهُ يستحق الاجير أجره على هذه الأوقات والأيام ، ولو لم يُنصَّ عليها في العقد ، ولا يُنقص من أجرته شيءٌ .

هذا والمذهب الحنبلي : عدم جواز الجمع بين تقدير المدّة والعمل في الإجارة ( شرح المنتهى : ٣٦٥/٢-٣٦٦ ) .

ومال الإمام الموفق إلى صحّة ذلك ، فقال : « إن الإجارة معقودةٌ على العمل ، والمدّة المذكورة للتعجيل ، فلا يمتنع ذلك » ( المغني : ١٢/٨ ) .

وعليه العمل اليوم ، بدءاً من الإجازات الصغيرة كالخياط والكواء والدّهان ونحوهم ، إلى عقود المقاولات الإنشائية الكبيرة .

### المبحث الخامس : آثار عقد الإجارة ، وأثر العرف فيها :

الإجارة من العقود اللازمة ، التي لا يملك فيها أحد المتعاقدين أن يستقلّ بفسخها دون مقتضى موجبٍ لذلك ، وإذا وقع عقد الإجارة صحيحاً نتج بسببه عدة التزاماتٍ على كلٍّ من المؤجر والمستأجر .

والمهمُّ المعنيُّ به - هنا في هذا البحث - من هذه الالتزامات هو ما له بالعرف تعلقٌ ، وبالعادة المحكّمة سبيلٌ .

فأما عن التزامات المؤجر فـ :

١- تسليم العين المؤجرة .

٢- صيانة العين المؤجرة .

٣- ضمان العيب بها .

وأما عن التزامات المستأجر فـ :

١- استعمال العين المؤجرة حسب العرف حال الإطلاق .

٢- دفع الأجرة .

٣- تسليم العين المؤجرة وردّها ، ومؤنة ذلك .

٤- ضمان العين المؤجرة .

ومن تأمل هذه الالتزامات المنصوصة ، ورجع النظر فيها وفي آثارها ظهر له اجتماعها في مجال دائرة واحدة ، وتحت معنى فردٍ كبيرٍ ، هو ضابطها ومركزُ دائرتها ، والمرجعُ في بيان حدودها وأبعادها ، عنيّت : العرفَ وتحكيمَ العوائد الجارية .

قال العلامة الشيخ عبد الرحمن السّعدي - رحمه الله تعالى - محققاً مؤصلاً :

« الصحيح : الرجوعُ إلى العرف فيما على المؤجر والمستأجر ، والعرف أصلٌ كبيرٌ ، يُرجع إليه في

كثيرٍ من الشروط والحقوق التي لم تتقدّر شرعاً ولا لفظاً » ( المختارات الجلية : ٥٥ ) .

ولو جدّت أو استحدثت التزاماتٌ جرى بها العرف المطرد أو الغالب ، أو قرّرت في أنظمة العمل ، كان لها الحكم عينه ، وغدت سائغةً شرعاً ، يلزم الوفاء بها ، ما لم تشتمل على منهيٍّ عنه بنصٍّ خاصٍّ أو قاعدةٍ عامةٍ ، ومن أمثلة ما يسوغ اليوم : جعل ضمن التزامات صاحب العمل -

الالتزام بإعطاء العامل بطاقة عمل ، وتوفير وسائل الانتقال إلى العمل ومنه ، والتزامه توفير الإسعاف والخدمات الطبية والعلاج ، والخدمات الاجتماعية من وسائل الترفيه المباحة ، وتوفير السكن ، وربما وجبات الطعام ، ونظائر هذه الالتزامات ، وبعضها يتفاوت ويختلف ، وقد لا يكون عرفاً مطّرداً ، تبعاً لاختلاف نوع العمل وطبيعته ، واختلاف الزمان والمكان .

### أولاً : التزامات المؤجر :

الضابط الأول فيما يجب على المؤجر من التزامات حال إطلاق العقد بينه وبين المستأجر هو :  
العرف وتحكيم العوائد الجارية .

قال صاحب المنتهى ( ٤٨٧/١ ) : « وعلى مؤجر كل ما جرت به عادة أو عرف » .

قال في الإنصاف ( ٥٦/٦ - ٥٨ ) : « بلا نزاع في الجملة » .

ويندرج تحت هذا الضابط الكبير جميع التزامات المؤجر ، من :

١- تسليم المنفعة أو التمكين من استيفائها .

٢- صيانة العين المؤجرة .

٣- ضمان العيب بها .

والعود إلى العرف - هنا - لتحكيمه واعتبار دلالاته هو : استعمال له فيما يتزل متزلة النطق بالأمر المتعارف ، فإخلال المؤجر بشيء منها إخلال بما هو كالشرط ، إذ المعروف كالمشروط .

### (١) - التسليم العرفي للمنفعة ، أو التمكين من استيفائها :

ظاهرٌ مما عُنون به هذا الالتزام أن التسليم للمنفعة الذي يحصل به وفاء المؤجر بالتزامه هو : « ما يعدُّ تسليمًا عرفاً » .

والمراد به : التمكين من استيفاء المنفعة المعقود عليها ، بلا عائقٍ يحول دون ذلك . وذلك التسليم وهذا التمكين يختلف بحسب طبيعة المنفعة .

فهناك ابتداءً : تسليم العين المؤجرة في إجارة الأشياء .

وتسليم الأجير نفسه ، لاستيفاء منفعة عمله في الإجارة الواردة على عمل الإنسان .

وثانياً : فإن لاختلاف طبيعة كل عينٍ يصح إيجارها أثراً في كيفية تسليمها ، وتمكين المستأجر من استيفاء المنفعة منها ، فهناك من الأعيان الثابتة ، وتسليمه : بإطلاق يد المستأجر بالتصرف فيه ، وتمكينه من منفعته يكون باستبعاد كل ما يمنعه عن الاستفادة منها ، وهناك من الأعيان المنقول ، وتسليمه يكون بإحضاره ، وبذله .

والعرف في كل ذلك هو الحاكم .

وأحاول تلخيص ما يتعلّق بـ « التسليم العرفي » و« التمكين من استيفاء المنفعة » ومسائلهما في الضوابط التالية :

١- بذل العين المؤجرة ، أي : عرضها على المستأجر لاستيفاء نفعها ، تسليم لها ، ولو امتنع المستأجر من استلامها بلا مانع ، هذا في إجارة الأشياء .  
وفي إجارة الأشخاص : تسليم الأجير نفسه للعمل المعقود عليه ، والمدة المتفق عليها ، عملاً أو لم يعمل ، أي : استخدمه مستأجره أم لا ، هو وفاء بالتزام التسليم .

٢- يجب على المؤجر مع إطلاق العقد : كل ما يتمكن به المستأجر من الانتفاع .

قال الشيخ تقي الدين - رحمه الله تعالى - : « العقد المطلق يُحمل على عرف الناس وعاداتهم » (قاعدة في العقود : ١٥٤) وهو أصلٌ كبيرٌ وضابطٌ مهمٌّ في تطبيق المطلقات من العقود حيث لا تصريح يلغي العرف ، ولا ثم شرطٌ يقيده في بعض جوانبه .

ويمكن ردُّ فروع هذا الضابط : « ... كل ما يتمكن به المستأجر من الانتفاع » إلى نوعين :

(أ) فعلٌ يُحتاج إليه في التمكين من الانتفاع ، فيلزم المؤجر .

(ب) آلةٌ يُحتاج إليها في ذلك ، فلتزّمه أيضاً ، وتعبيرٌ أكثر شمولاً « توابع المنفعة » .

أما توابع المنفعة : فيشمل الالتزام بالتسليم : توابع المنفعة ، المراد تمكين المستأجر من استيفائها .

ومنها اليوم - حال استئجار الخدمة الهاتفية - : جهاز هاتفٍ مع صيانةٍ للخدمة ، ونظائر ذلك .

هذا في إجارة الأشياء .

وفي إجارة الأشخاص : كل ما تُعورف وضعه - من قبل الأجير - في المستأجر فيه ، يلزمه ويدخل تبعاً ؛ كصبغ الصبّاغ ، وماء الحمامي ، وخيوط الخياط ، ومرهم الطيب ، وكحل الكحلّ ، وقرظ الدبّاغ ، وحرير الناسخ والطابع ، وعطر الحلاّق ، ونحو ذلك .

وقتُ التسليم :

إذا لم يعيّن العاقدان وقتاً للتسليم فيُفهم من ذلك دلالةٌ إحالتهما على العرف في تعيين هذا

الوقت ، و« العقد بإطلاقه يقتضي التعجيل » ( شرح المنتهى : ٣٧٥/٢ ) .

١- فيلزم الأجير تسليم العين المؤجرة في أول مدة الإجارة .

٢- ويلزم الأجير الخاص أن يسلم نفسه للعمل المعقود عليه ، ويكون ابتداءً المدة - حال

الإطلاق - من حين العقد .

٣- يلزم الأجير المشترك الشروع في العمل عقب العقد ، أو حسبما يجري به العرف ، إن لم يكن

ثم اتفاق .

## ٢ - صيانة العين المؤجرة :

الالتزام بصيانة الشيء المؤجر لا يقلُّ أهميةً عن تسليم المنفعة والتمكين من استيفائها ؛ لأن امتداد مدة الإجارة يؤدي ضرورةً إلى حاجتها للصيانة ، بل هو مما يتمكن به المستأجر من الانتفاع ، قال في المنتهى ( ٤٨٨/١ ) : « ... وما يتمكّن به من نفعٍ : كترميم دار بإصلاح منكسرٍ ... » .

في إجارة الدار : يلزمه ترميمها ، وإصلاح منكسر ، وإقامة مائلٍ بها ؛ من حائطٍ وسقفٍ يتلف بالأمطار ، وتبليط حَمَامٍ احتاج إلى ذلك ، وعمل أبوابه وبركه ومستوقده ( السخّان اليوم ) ، ومجرى مائه ؛ لأنه لا يُنتفع به إلا بذلك ، وتطيين سطحٍ وتنظيفه من ثلج ونحوه ، وإصلاح بركة دار ، أو أحواض حَمَامٍ ، ومجاري مياهه ، وسلام الأسطحه ، ومنه اليوم : إصلاح المصعد الكهربائي ؛ لأن بذلك وشبهه يتمكن المستأجر من النفع المعقود عليه .

وقد ظهر من خلال الأمثلة : أن التزام المؤجر بالصيانة للشيء المؤجر شاملٌ لملحقاته التي تتبعه في الانتفاع بها كما في حديقة المنزل ، أو مواقف سيارات العمارة ، أو أجهزة التسخين والتدفئة ، ونحو ذلك .

هذا ، ولا يكاد يوجد معيارٌ بين الإصلاحات الضرورية والصيانة اللازمة التي على المؤجر - كما مثّل - وبين الإصلاحات الكمالية التي لا تلزمه : غيرُ العرف والعادة ، والرجوعُ إلى أهل الخبرة ، والقضاء في هذا ونظائره : حاكمٌ .

وإيجاد معيار لما لا يلزم المؤجر - بعد ذكر جملة التزاماته - هو ما يحاوله الضابط الآتي :

لا يلزم المؤجر ما كان عائداً لمصلحة المستأجر ، مما هو خارج عن التمكين من الانتفاع بالمأجور ، ما دام لم يجر بمثله العرف - إلا بالتصريح به واشتراطه .

وأما ضمان العيب بالعين المؤجرة ، فيأتي في مبحث الضمان في عقد الإجارة .

ثانياً : التزامات المستأجر :

وتشمل ما يلي :

- ١- استعمال العين المؤجرة حسب العرف حال الإطلاق .
- ٢- دفع الأجرة .
- ٣- تسليم العين المؤجرة أو ردُّ الشيء المؤجر ، ومؤنة ذلك .

\* \* \*

## ١- استعمال العين المؤجرة حسب العرف ، حال الإطلاق :

إن موجب عقد الإجارة ، وأثرها الأول هو : ملك المستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة ، لكن هذا الانتفاع ليس طلقاً من كل قيد ، بل هو « الانتفاع بالمعروف » ما لم يكن ثم تصريح واشتراط .  
وألخص ما يندرج تحت هذا الأصل ، بما يُشبهه الضوابط في الأمور التالية :  
(أ) للمستأجر استيفاء المنفعة المعتادة في الشيء المؤجر ، وله استيفاء مثلها ، وما دونها في الضرر ؛ إذا كان من جنسها .

١- فمثلاً : لو استأجر منزلاً للسكنى ، فله أن يسكنه بنفسه ، ويسكن فيه من شاء ممن يقوم مقامه في الضرر ، أو دونه ، وله أن يضع فيه ما جرت عادة الساكن به ، من الأثاث والمتاع ونحوه ؛ ذلك لأن التفاوت في السكنى يسير ، ولا يحتاج إلى ضبطه ، ويُجتزأ فيه بالعرف ، لكن ليس له جعل دار السكنى مُستودعاً ، أو مخزناً ، أو « ورشة عمل » ، أو يضع بها معدّاتٍ ثقيلة ؛ لأن ذلك يضرُّ بها ، وليس هو من الانتفاع المعتاد في مثلها .

٢- لو استأجر سيارة للركوب ليس أن يحمل به متاعاً غير معتاد في مثلها ، مما يجعلها كسيارة النقل والحمل .

٣- لو استأجر سيارة لنقل الأثاث لم يكن له حمل رملٍ أو صخورٍ بها ؛ لأن ذلك أيضاً قد يضرُّ بها ، ثم هو ليس معتاداً في مثلها .

٤- لو استأجر الأرض للغرس أو البناء لم يكن له فعل الآخر ؛ لاختلاف ضررها ، فالغرس يضرُّ بباطن الأرض ، والبناء يضرُّ بظاها .

## (ب) ليس للمستأجر أن يخالف المعتاد في كيفية استيفاء المنفعة .

هذا الأمر ليس تكراراً لسابقه ، فالحديثُ فيما سبق عن الانتفاع بالعين المأجورة فيما تصلح له عُرفاً ، وحديث هذا هنا : عن كيفية الاستيفاء لهذه المنفعة ، فقد ينتفع بها فيما تصلح له ، لكن باستعمال غير معتاد فيها ، ويظهر هذا من خلال الأمثلة :

فالمستأجر لسيارة - مثلاً - ليس له أن يقودها بطريقة مرهقة للمحرك ، أو أن ينهكها بالاستعمال ، أو أن يمشي بها في غير الجواد من الطرق ، كأن يعدل عن الطرق السريعة أو العادية إلى الطرق الرملية أو غير الممهّدة ، من غير حاجة تُوجب ذلك .

فإن كل ذلك مخالفٌ للمعتاد المتعارف عليه في استيفاء منفعتها ، ومخالفته المعتاد - هنا - هو تعدُّ يوجب الضمان .

(ج) إذا استوفى المستأجر من العين المؤجرة أكثر من الانتفاع المعتاد لزمه مع الأجر المسمى أجرة مثل الزائد ، ويكون ضامناً لو تلف بذلك ، ويكون ضامناً أيضاً لو استعملها في غير ما تصلح له عرفاً ، أو كان استعماله لها بغير المعروف .

هذا أثر ونتيجة لما تقدم ، وحكم مخالفة العرف والعوائد فيه ، وتقدمت أمثلته ، ومنها أيضاً هنا : لو استأجر سيارة ليستخدمها داخل البلد ، فسافر بها ، فيلزمه لذلك الأجرة المسماة ( المتفق عليها ) ، مضموماً إليها أجرة المثل لما تجاوزه من الانتفاع .

## ٢- دفع الأجرة :

الأجرة أظهر أركان عقد الإجارة أهمية بعد المنفعة ، وأكبر التزامات المستأجر ، وهي تقابل الثمن في عقد البيع . وتعرف الأجرة بأنها : « ما جعله العاقدان بدلاً عن المنفعة » ( المجلة الحنبلية م : ٥٢٤ ) ، والضابط فيما يصح جعله أجرة هو « كل ما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون عوضاً في الإجارة » ( المغني : ١٤/٨ ) ، وهنا يرد الأصل الكبير الذي قدره الشيخ تقي الدين ، وهو : « إن السكوت عن العوض يرجع فيه إلى العرف » ( قاعدة في العقود : ١٦٤ ) . ومقتضى ذلك : جعل العرف طريقاً لمعرفة الأجرة وتقديرها مطلقاً ، عند عدم تسميتها حال العقد ، ويرجع في ذلك إلى أجرة المثل ، وأهل الخبرة والاختصاص ، وعدم حصر طرق الأجرة في الرؤية والوصف .

## كيفية دفع الأجرة :

يتبع في كيفية دفع الأجرة : شرطُ العاقدين ، فإن لم يشترط شيئاً ، فالرجوع إلى العرف هو المقدم حال الإطلاق ، فيرجع إليه لبيان ذلك ؛ من تعجيل الأجرة كلها مدة الانتفاع ، أو تأجيلها ، أو تنجيمها ، أي : تقسيطها . وإن كان الإطلاق غالباً يقتضي تعجيل الأجرة كلها ، وتسليمها في مجلس العقد ، كما هو شأن الثمن في البيع المطلق ، سواءً في ذلك إجارة العين وإجارة المنفعة في الذمة .

وقد يختلف ذلك باختلاف أنواع المأجور ، ويضبطه أن الأجرة يلزم دفعها « في الوقت الذي تتوجه المطالبة فيه عادة » ( المغني : ١٨/٨ ) .

## تعريف أجرة المثل :

أجرة المثل ، هي : « أجرة ما يماثل المأجور نفعاً مع اتحاد الزمان والمكان » ( المجلة الحنبلية م : ٥٢٥ ) .

وقد تُلَقَّب « أجرة العادة » ؛ لما أن المرجع في ضبطها وبيائها : العرف وعوائد الناس . وظاهرُ الفارق بينها وبين الأجرة المسماة ، التي تُذكر في العقد ، ويقع عليها اتفاق العاقدين .



وذلك يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة ، وبحسب الأحوال من كثرة المأجور وقلته ، وبحسب الحاجة وقلتها وكثرتها ، وقوتها وضعفها ، بل قد يكون لحال المعاوض دخلٌ في تقدير ذلك .  
هذا المأجور المراد تقدير أجرته : قد تكون إجارته شائعةً عامةً لجميع الناس أو غالبهم ، كما في استئجار وسائل المواصلات العامة اليوم ، ونحوها في إجارة الأشياء .  
وكإجارة الحمّال ، والحيايط ، والطبيب ، والعامل ، والحلاق ، ونحوهم في إجارة الأشخاص .  
وقد تكون إجارته خاصة : كما في استئجار الآلات الصناعية ، أو آلات الحفر ، أو سيارات النقل الكبيرة ، فهي خاصة بطوائف معينة من الناس ، اقتصر استعمالها عليهم ، وكاستئجار الخبراء ذوي التخصصات غير العادية ، أو النادرة ، كالمحامي ، أو المستشار ، أو خبير الذرة ، ونحوهم .  
فالمرجع حينئذ في تقدير الأجرة وضبطها إلى أهل العرف الخاص ، من ذوي الاختصاص والخبرة .  
ومدارها في الحالين كليهما ، وما في معناها : على القياس واعتبار الشيء بمثله ، وعلى العدل والقسط ، وعلى الرجوع إلى عوائد الناس والعرف ؛ عاماً كان العرف أم خاصاً ، ومراعاة تماثل الزمان والمكان ، والظروف والأحوال ؛ لأن باختلاف ذلك تختلف الأعراف ، ويتغير من جرّاء ذلك تقدير أجرة المثل وضبطها .

**المبحث السادس : الضمان في عقد الإجارة : ضابط ما يُوجبُه - أمثلته وتطبيقاته :**

وفيه فرعان :

**الأول : ضمان العين المؤجرة .**

**الثاني : ضمان الأجير لما تلف بيده ، أو تحت يده .**

## الفرع الأول

### ضمان العين المؤجرة

العين المؤجرة التي مُلكت منفعتها بعقد الإجارة : هي أمانةٌ في يد المستأجر ، فسبيلها في أمر الضمان وعدمه سبيل نظائرها من الأمانات .

وترجع أسباب التضمنين - هنا في عقد الإجارة - إلى ما يلي :

- ١- التعدي .
  - ٢- التفريط .
  - ٣- استعمال العين المؤجرة في غير ما تصلح له عرفاً .
  - ٤- استعمال العين المؤجرة استعمالاً غير معتاد ، أو بغير المعروف .
  - ٥- استعمالها ولو كان معتاداً ، وفيما تصلح له ، أكثر من المتفق عليه .
- ولقد يمكن ضمّ الثلاث الأخيرة إلى السببين المهمين والأصلين الكبيرين في « الضمان » ، وهما : « التعدي » و « التفريط » كما هو بيّن ، لكني مزتُ بينهما - هنا - ؛ ليظهر تعلق ذلك بالعرف واضحاً جلياً .

#### تطبيقات وأمثلة :

##### أولاً : التعدي :

(أ) إذا خالف المستأجر العرف في استيفاء المنفعة ؛ بأن استعملها في غير ما تصلح له عرفاً ، أو استعملها بغير المعروف ، كانت مخالفة العرف تعدياً يوجب الضمان ، وتقدّم التمثيل لذلك في الأول من التزامات المستأجر .  
ومن أمثلته أيضاً :

مستأجرُ السيارة إذا جاوزَ السرعة المحددة نظاماً ، أو خالف المعتادَ في قودها ، أو أسرع السير بها في الأماكن المزدحمة ، أو الطرق الوعرة ، فهذا كله تعدُّ يوجب الضمان .

(ب) إذا استوفى المستأجر أكثرَ من النفع المعقود عليه ، ويمثّل لذلك :

١- إذا استأجر سيارةً لحمل مقدارٍ محددٍ من صنفٍ معينٍ ، فتجاوزه ، فعطبت السيارة أو شيءٌ منها كان ضامناً لذلك .

٢- إذا استعمل السيارة بعد انقضاء المدة ، أو اكتراها إلى موضعٍ معينٍ ، فتجاوزه ، أو ليركبها داخل البلد ، فسافر بها .

ففي هذا وأشباهه يكون ضامناً ؛ لأن استيفاء المستأجر أكثرَ من النفع المعقود عليه ، هو تعدُّ يوجب الضمان ، إذ هو في معنى الغصب .

## ثانياً : على التفريط :

- ١- المستأجر لدارٍ للسكنى : لو ترك المدفأة قُرب ما يشتعل بها ، أو جعل إيقادها بأيدي الصغار ونحوهم ، أو أجاجها فوق المعتاد ، ولم يحَظ في ذلك كله ، فاحترقت الدار ، أو شيءٌ منها ، كان ضامناً ؛ لأن ما فعله يعدُّ تفريطاً في العادة .
  - ٢- لو أوقف السيارة المستأجرة في مكان لا توقف به عادةً ، أو أوقفها بمكان غير مأمون ، فسُرقت أو تلفت ، أو تلف شيءٌ منها ، كان ضامناً ؛ لأن ما فعله يعدُّ تفريطاً في العادة .
  - ٣- وكذا لو وضعت المرأة الحلبي ، أو ثياب العُرس المستأجرة في غير ما تُوضع به من حِرزٍ مثلها ، فسُرقت كانت ضامنةً ؛ لتفريطها .
- فما يعدُّ تفريطاً يوجب الضمان : عدم حفظ المستأجر العينَ المستأجرة بما يحفظُ به ماله ، ومرجعُ ذلك إلى عوائد الناس .

## الفرع الثاني

### الضمان في عقد الإجارة الوارد على عمل الإنسان

#### الأجير الخاص :

الأجير الخاص أمينٌ ، فلا يضمن المال الذي يتلف بيده ، ولا النقصَ الحاصل بخطئه ، إلا إذا تعمّد الإلتلاف ، أو قصرَ في الحفظ ، مما يعدُّ تعدياً أو تفريطاً في العرف .

وفي معنى ذلك : السائق الخاصُّ ، وكذا غيره من أنواع الأجير الخاص : كالعمّال في المصانع ، والأجراء في الحوانيت ، وكذلك : البنّاء والنجّار والدهّان ونحوهم ؛ إذا كان يعمل الواحد منهم لصاحب البيت - مثلاً - في بيته .

فهؤلاء وغيرهم من أنواع الأجير الخاص ، يكون ضامنين لما يتلف بفعلهم أو تحت أيديهم ، إذا فرطوا أو تعدّوا ، كتقصيرهم في أسباب الحفظ والسلامة لما بين أيديهم من المال ، أو إذا تعدّوا أصول العمل ومقتضياته .

#### الأجير المشترك :

الأجير المشترك الذي يستقلُّ بعمله في دكّانه ، أو منزله ، كالطبيب في عيادته ، وكالخبّاط والكوّاء في دكّانه ، ومُصلح السيارات في معمله ، فهؤلاء الصنّاع وأمثالهم ، يضمن كلُّ منهم ما تلف بفعله ، ولو عن غير قصدٍ ، أو كان بسبيل الخطأ . هذا المذهب عند الحنابلة ( الإنصاف : ٧٢/٦ ) ، وقيل : لا يضمن ما لم يتعدّ ، وكذا إن كان غير مستطاع ، وإليه ميل صاحب الإنصاف ، وهو اختيار العلامة السعدي ( المختارات الجلية : ٦٢ ، والفتاوى له : ٤٤٢-٤٤٣ ) .

ويضمن الأجير المشترك أيضاً إذا كان غير حاذقٍ في مهنته ، أو تجاوز فيها ما ليس له تجاوزه . فالحجّام والخبّان والطبيب والبيطار ، إذا أجرى أحدهم عملاً لم يكن حاذقاً فيه : ضمّن سراية عمله .

وكذلك يضمنون إذا جنت أيديهم بأن تجاوزوا ما لا ينبغي تجاوزه ، وإن كانوا حاذقين ؛ إذ هو تعدُّ ظاهر ، ومعلومٌ بينّ اليوم : ما غدا يعرف بجنايات الأطباء ، وتكوين اللجان للتحقيق فيها ، والتعويض عنها ، وبعضها قد يصل إلى حدّ الجناية أو الجريمة ! .

وكذا الخبّاط ، لو قيل له - مثلاً - : خذ هذا القماش ، إن يكفي قميصاً ففصّله ، فقال الخبّاط : يكفي ، ففصّله ، فلم يكف ، فعليه ضمانه ؛ لأن هذا دليل على عدم حذقه ، وجهله بأصول عمله . والرجوع إلى العرف في أمر الضمان وعدمه ، وما يعدُّ تفريطاً أو تعدياً ، وما لا هو رجوعٌ إليه لبيان فعلٍ غير منضبطٍ تترتّب عليه الأحكام ، وتترتّب للأحكام المطلقة على الحوادث .

وقد يقع اختلافٌ في بعض صور التعدي والتفريط ، هل تعدُّ كذلك أم لا ؟ .  
فالمرجع حال اختلافها إلى أهل الخبرة والاختصاص ، حسب تخصص كلِّ مجاله ، ويكون عوداً  
إلى أهل العرف الخاص ، وتحكيماً لهم .

\* \* \*

## الفرع الثاني : التبرُّعات .

وفيه خمسة مطالب :

- المطلب الأول : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في عقد القرض .
- المطلب الثاني : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في عقد الإعارة .
- المطلب الثالث : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في عقد الهبة .
- المطلب الرابع : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في عقد الوقف .
- المطلب الخامس : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في عقد الوصية .
- المطلب السادس : ضابط " مرض الموت المخوف " وما في حكمه ، وأثر العرف في ذلك .



## المطلب الأول : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في عقد القرض

مراعاةً لمصالح الناس ، ورفقاً بهم ، وتوسعةً عليهم ، وحثاً على القيام بصنائع المعروف - كان تشريع القرض .

وأثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في باب القرض - فيما يلي :

### أولاً : صيغة عقد القرض :

يصحُّ القرض بكلِّ لفظٍ يؤدي معنى القرض والسلف ، كقول المقرض - مثلاً - مَلَكْتُكَ هذا على أن تردَّ لي بدلكه ، أو خُذْ هذا وانتفع به ، أو اصرفه في حوائجك ورُدَّ لي بدلكه ، ونحو ذلك مما يكون دالاً على معنى القرض .

وما يدلُّ على معنى القرض - هنا - من الألفاظ مرجعه إلى المعتاد من الألفاظ في ذلك ، والمتعارف عليه منها مما يُعدُّ عرفاً قولياً .

أو أن توجد قرينة دالة على إرادة القرض ، مثل : ما لو سأله قرضاً فأعطاه ، أو كتب إليه يستقرضه ، فأرسل له الآخر حواله مصرفيةً - كان قرضاً ، وهو ظاهرٌ .

ومما يدلُّ في بيان القرائن ، ويُرجع إليه في تفسيرها - العرف ودلالة الحال .

هذا ومن شأن القرض - غالباً - أن يصادف ذمَّةً يثبتُ فيها ، لكن يصحُّ الاقتراض على بيت المال لنفقة نحو الأيتام ، وفي الاقتراض على وقف ، كمسجدٍ ومدرسةٍ ورباطٍ ، وهو القرض الحكمي .

ثانياً : من شرط صحة القرض : أن يكون المال المقرض معلوماً لدى العاقدين ؛ حتى يتأتَّى ردُّ بدله حال الأداء ، ولا بدُّ للعلم به من تحقُّق أمرين :

١- معرفة قدره .

٢- معرفة وصفه .

أما معرفة قدره : فسبيلها أن يُقدَّر بمعياري معروفٍ بين الناس ؛ من نحو مكيالٍ ، أو صنجةٍ ، أو ذراعٍ ، أو مقياسٍ آخر مما يعتاد التقدير به .

ثالثاً : المعتمد في المذهب الحنبلي : أن كلَّ ما صحَّ بيعه صحَّ قرضه ، إلا الرقيق والمنافع . وعللوا المنع في قرض المنافع : بأنه غيرُ معهودٍ ( كشف : ٣/٣١٤ ) ، أي : في العرف وعادة الناس . وقال الشيخ تقي الدين - رحمه الله تعالى - : « ... يجوز قرضُ المنافع ، مثل : أن يحصد معه يوماً ، ويحصد معه الآخر يوماً ، أو يُسكنه الآخر داراً ؛ ليسكنه الآخر بدلها » ( الاختيارات : ١٣١ ) .

ومقتضى التعليل للمنع جواز قرض المنافع إذا تُعورِفَتْ وُعِدَتْ معهودةً للناس .



رابعاً : الأصل عدم جواز أن يُهدى المقرض - قبل الوفاء - هديةً إلى المقرض ، ولا أن يعامله معاملةً تجرُّ إليه نفعاً ، كأن يُعيره أو يجابهه في عقدٍ آخر ، إلا إذا جرت عادةً بينهما ، أو نوى احتسابه من دينه ، أو مكافأته ، وهذا قبل الوفاء . والمقصود بالمكافأة : أن يفعل معه مثل ما فعل ، مما فيه نفعٌ . أما لو فعل بعد الوفاء من غير سابق مواطأة - فلا بأس به . ( انظر : المغني : ٦/٤٣٧-٤٣٨ ) .

فجريان العادة - بين المقرض والمقرض - بما ذُكر من الإهداء ونحوه قبل القرض جعل ذلك جائزاً بينهما ، وتحكيم العادة هنا في إجازة ما ذُكر ، هو رجوعٌ إليها في أمرٍ مخصَّصٍ ؛ إذ إن الأصل - عدم الجواز كما تقدم ، استثني منه الحال المذكورة .

#### خامساً : تغيير قيمة النقود ، وأثره في وفاء القرض :

إذا كان القرض فلوساً ، أو دراهم مكسرةً ، أو أوراقاً نقديةً ، فعَلت ، أو رخصت ، أو كسدت ، لكن لم تحرم المعاملة بها من قبل السلطان - وجب ردُّ مثلها ، لا قيمتها يوم القرض ، وعلى ذلك جاء قرار الجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ( ٨٨/٩/٥٤٤ ) ، حيث نصَّ علي ما يلي :

« ... وبعد الاطلاع على قرار الجمع رقم : ٩ ، في الدورة الثالثة : بأن العملات الورقية نقودٌ اعتباريةٌ ، فيها صفة الثمنية كاملة ، ولها الأحكام الشرعية المقررة للذهب والفضة من حيث أحكام الربا والزكاة والسلم وسائر أحكامها - قرَّر مايلي :

العبرة في الديون الثابتة بعملة ما - هي بالمثل ، وليس بالقيمة ؛ لأن الديون تُقضى بأمثالها ، فلا يجوز ربط الديون الثابتة في الذمة أياً كان مصدرها بمستوى الأسعار .» هذا ، ما لم يمنع التعامل بهذه النقود من قبل الدولة ، أما إذا حرَّم السلطان التعامل بها - فتجب قيمتها يوم القرض ، ويلزمه الدفَع من غير جنسها إن جرى فيها ربا الفضل ، وكذا الحكم في سائر الديون ( ر.المجلة الحنبلية م : ٧٥٠ ) .

#### السُّفْتَجَة وَالْحَوَالَاتِ الْمَصْرَفِيَّة:

قال الشيخ تقي الدين - رحمه الله تعالى - : « لو أقرضه في بلد ؛ ليستوفي منه في بلد آخر - جاز على الصحيح » ( الاختيارات : ١٣١ ) . وعَلَّل الجواز بقوله : « لأنَّ المقرض رأى النفع بأمن خطر الطريق في نقل دراهمه إلى ذلك البلد ، وقد انتفع المقرض أيضاً بالوفاء في ذلك البلد ، وأمن خطر الطريق ، فكلاهما منتفعٌ بهذا الاقتراض ، والشارع لا ينهى عما ينفعهم ويصلحهم ، وإنما ينهى عما يضرُّهم » ( مجموع الفتاوى : ٢٩/٥٣٠ ، ٥٣٤ ) .

وهي مسألة « السُّفْتَجَة » المشهورة المذكورة . والمراد بها في اصطلاح الفقهاء : « رقعةٌ أو كتابٌ أو صكٌّ يكتبه الشخص لثابته أو مدينه في بلد آخر يلزمه فيه بدفع مبلغ من المال لشخص أقرضه مثله في بلده » ( المصباح : ١/٢٧٨ ، القاموس : ٢٤٧ ) .

وقد شاع وكثر استعمالها اليوم ، وغدّت وسيلةً معتادةً مألوفةً لوفاء الديون ، وعلى أساسها حاول الفقهاء المعاصرون تخريج الحوالات المصرفية ( عملية تحويل النقود ) ؛ إذ اختلفت في تكييفها وتخريجها ، وهي - في الجملة - صورةٌ متقدّمة من السّفاتج ، وفيها إقراضٌ ، ونوعٌ إحالةٌ ، ووكالةٌ ، وفيها صرفٌ : في بيع وشراء العملة ، إذا كانت العملتان مختلفتين .

وبسبب من وسائل الإتصال اليوم ، وتقدّمها المذهل - أمسى من الممكن تحويل ملايين الوحدات النقدية بمكالمة هاتفية ، أو برقية ، أو بعث فاكس ، أو شيك مصرفي .

قال شيخنا العلامة الشيخ عبد الله البسام - رحمه الله تعالى : « ... والناظر إلى التحويلات الحديثة ، وإلى السّفْتجة القديمة يرى بينهما فرقاً من جهات ثلاث :

الأولى : أن السّفْتجة لا بد أن تكون بين بلدين ، وأما التحويل المصرفي : فتارةً يكون كذلك ، وتارةً بين مصرفين في بلد واحد .

الثانية : أن في السّفْتجة اتحاد جنس النقد المدفوع عند العقد ، والمؤدّي عند الوفاء ، والتحويل المصرفي لا يقتصر على هذه الحالة ، فإن المصرف في أغلب الأحيان يأخذ النقود من جنس ، ويكتب للمصرف من جنس آخر ، وهذه ليست قرضاً محضاً .

الثالثة : أن الآخذ في السّفْتجة لا يأخذ أجراً ، أما المصرف فيتقاضى أجراً ، يسمّى : عمولة . والنتيجة : أن التحويلات المصرفية عملياتٌ مركبةٌ من معاملتين أو أكثر ، يتم العمل بها على الوجه في العهود السابقة ، إلا أنه لم يقدّم دليلٌ على منعه ، فهو صحيحٌ جائزٌ شرعاً ، من حيث أصله ، بقَطع النظر عما يحيط به من مواد قانونية تجبُ دراستها للحكم فيها » ( الاختيارات الجلية على نيل المآرب : ٦٦/٣ - ٦٧ ) .

\* \* \*



## المطلب الثاني : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في عقد الإعارة

أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في هذا العقد ، فيما يلي :

### أولاً : صيغة عقد الإعارة :

تنعقد الإعارة بإيجابٍ وقبولٍ من الطرفين دالٌّ على رضاها ، قولاً كان أم فعلاً .  
فأما القول : فتنعقد الإعارة بلفظها ، وبكلِّ لفظ يدلُّ عليها ، ويؤدي معناها .  
وأما الفعل : فتنعقد العارية أيضاً بكلِّ فعل دالٌّ عليها عرفاً ، سواءً من المُعير أو من المستعير ، أو  
منهما معاً ( انظر : كشاف القناع : ٦٢/٤ ، شرح المنتهى : ٣٩٢/٢ ) . من ذلك :  
لو قال : أجبْتُكَ سُكْنِي هذه الدار ، فسكَّنَهَا كان ذلك فعلاً دالاً قائماً مقام القبول ، أو قال :  
أعْرَيْني ثوبك ، فسَلَّمه إليه . أو سمع مَنْ يقول : مَنْ يُعِيرني سيارته ، فدفع إليه مفاتيحَهَا ، وتناولها  
الآخر . أو في نحو هطول مطرٍ دفع إليه مظلَّته وفتحَهَا ، أو وضع عليه معطفاً ، فاستبقى الآخر  
المعطفَ ، كان ذلك قبولاً .

وأشبهه هذا ونظائره ، فيما العرف جارٍ به ، ودالٌّ على كونه عارية .  
والرجوع إلى العرف - هنا - هو : عودٌ إليه ؛ لمعرفة فعلٍ غير منضبط تترتَّب عليه الأحكام ،  
وتنزيل الأحكام المطلقة على الحوادث .

هذا ، وقد بَوَّب الإمام البخاري - رحمه الله تعالى - في صحيحه ، بما يفيد مراعاة العرف فيما  
تنعقد به العارية ( انظر : صحيح البخاري مع الفتح : ٣٤٦/٥ ) .

### ثانياً : حدود الانتفاع بالعارية :

الانتفاع بالشيء المعار ، واستعماله إلى انتهاء مدة العارية هو غرضُ عقد الإعارة الأساس .  
والإعارة لا يشترط لها تعيين نوع الانتفاع ؛ لأن الجهالة إنما تؤثر في العقود اللازمة ، وهي عقد  
جائر ، فلا أثر للجهالة فيه للتمكُّن من قطعها بالفسخ .  
والإعارة تكون مطلقةً ومقيدةً :

فإن كانت الإعارة مطلقةً ؛ بأن لم يبيِّن له المعيرُ صفة الانتفاع بها - ملَكَ المستعيرُ الانتفاع بها  
بالمعروف ، في كلِّ ما صلحت له عرفاً .

فإطلاق المعير الإذن ، دون التقييد بوجه من وجوه الانتفاع - يبيح للمستعير الانتفاع بالعين  
المعارة بالمعروف ، في كلِّ ما يُنتفع بها فيه عادةً ، مما هي معدَّة له ، قال في كشاف القناع  
( ٧٠/٤ ) : « فالإطلاق فيه ، كالتقييد ؛ لتعني نوع الانتفاع بالعرف ، فيحمل الإطلاق عليه » .

فُيُنْتَفَعُ بها في أي وقتٍ ، وفي أي مكانٍ ، وبأي استعمالٍ ، شرطاً ألا يتجاوز المعهود المعروف ،  
وإلا ضمن ؛ لتعديده .

وأما إن كانت الإعارة مقيّدةً : فللمستعير استعمالُ العين المعارة فيما أُذن له ، وفيما هو دونه في الضرر ، وليس له أن ينتفع بها في غير ما أُذن به ؛ لأن تقييد المعير الانتفاعَ بالشيء المعار ، على وجه من الوجوه ، حاضراً لسائر أوجه الانتفاع ، ولو تجاوز المستعير كان متعدياً ضامناً ؛ لأن المعير لم يرضَ بذلك ، إلا إذا كان أقلّ تأثيراً على العين المعارة مما أُذن به ؛ إذ الإذن بالشيء إذنٌ فيها هو دونه .

(أ) مثالُ الإعارة المطلقة : كأن يقول المعيرُ : أَعَرْتُكَ هذه السيارةَ فيباح للمستعير الانتفاعُ بها في كلِّ ما هي مُعدّةٌ له ، والعرفُ جارٍ بمثله ، انتفاعاً معهوداً معتاداً ؛ لأن الإذن مطلقٌ ، فيحملُ عليه .

(ب) مثالُ الإعارة المقيدة : أن يقول المعيرُ : أَعَرْتُكَ هذه السيارةَ ؛ لتركبها بنفسك ، قيّداً للمنتفع بها ، فليس للمستعير أن يستوفيَ منفعتها بغيره . أو أَعَرْتُكَ هذه السيارةَ مدةً ساعة ، أو مدةً قضاء هذه الحاجة ، توقيتاً لمدة الانتفاع . أو : أَعَرْتُكَ هذه السيارةَ ؛ لتركبها داخل المدينة ، قيّداً لمكان الانتفاع بها .

وبناءً عليه :

١- لو استعار - مثلاً - سيارةً للركوب ، فليس له استعمالها لحمل الأمتعة ، إلا إن كانت مما يُعتاد حملُه .

٢- لو استعار سيارةً ، لحمل أمتعةٍ خفيفةٍ - كحقائب سفر مثلاً - فليس له أن يحملَ بها أشياءً ثقيلةً ؛ كأكياس « إسمنت » ، أو قطع حديدٍ ؛ لأن ضرر ذلك أكبر .

٣- لو استعار سيارةً ليركبها ثلاث ساعاتٍ ، أو إلى محلٍّ بعينه فليس له أن يركبها أربع ساعاتٍ ، أو إلى محلٍّ غيره .

والعرف - هنا - يردُّ على كيفية الانتفاع بالعين المعارة ، من جهاتٍ ثلاث :

١- أن الإذن المطلق في الإعارة محمولٌ على العرف ، مقيّدٌ به ، فيما تصلح له العين المعارة من أنواع الاستعمال ، وفي كيفية الاستعمال لها .

فالمطلق - هنا من المعير - محمولٌ على تقييده بالعرف والعادة دلالةً ، كما يقع تقييد المطلق بالنص .

٢- أن كون الإذن في شيءٍ إذنٌ فيما هو دونه ، أو لما هو مثله في الضرر ، مرجعُه أيضاً إلى العرف ، عاماً كان أم خاصاً ، كما هو ظاهرٌ من الأمثلة السابقة .

٣- أن مخالفة المعروف والمعتاد ، أو الإذن المحدد هو تعدُّ ، موجبٌ للضمان . وهو موضوع المسألة التالية .

### ثالثاً : موجبات ضمان العارية :

من التزامات المستعير : أن يستعمل العين المعارة فيما أعدت له عرفاً ، وأن يستعملها بالمعروف ، ولا ضمان عليه إذا تلفت العارية ، أو تلف بعضها باستعمالها على هذه الصفة ، حال استيفائه منافعتها التي أباحها له إذن المعير ، أو العرف المطرد . قال في شرح المنتهى ( ٣٩٧/٢ ) : « ولا تضمن العارية أو جزؤها باستعمال بمعروف » .

أما لو تلفت بفعل غير مأذون فيه ، أو مما لا تصلح له عرفاً ، أو استعمالها فيما تصلح له استعمالاً غير معتاد فيها - كان متعدياً في ذلك كله ، ضامناً لها ، أو لما تلف منها . وكذا لو فرط في حفظها ، فلم يحفظها بما يحفظ ماله عادة .

والضابط فيما يعدُّ تعدياً أو تفریطاً ، وما لا يوصف بذلك ، هو العرف .

وما تُحفظ به أو فيه العين المعارة ، وهو حرز مثلها مرجعه أيضاً إلى العرف .

وكلُّ ذلك يختلف باختلاف طبيعة الأشياء المعارة ، وتنوع أفرادها ، فينبغي رعي هذا وملاحظته .

### أمثلة وتطبيقات :

١- لو استعمل الحلة ( ثياب الزينة ) المعارة ، في النوم - مثلاً - ، كان ضامناً لها لو تمزقت أو بليت . وكذا لو استعملت المرأة لباس الزفاف المعارة ، حال تنظيفها البيت ، أو حال خدمتها لضيوفها فأتسخت ، أو تمزقت - كانت ضامنة لما نقص بذلك . بخلاف ما لو استعار نحو منشفة ، أو قتيقة ، فبليَ حملها باستعمال معروف - فلا يكون ضامناً ؛ « لأن الإذن في الاستعمال تضمن الإذن في الإتلاف به ، وما أذن في إتلافه لا يُضمن ؛ كالمنافع » ( شرح المنتهى : ٣٩٨/٢ ) .

٢- لو استعمل سيارة الركوب في نقل أشياء لا تُحمل في مثلها عادة - كان ضامناً وتقدّم .

٣- لو قاد السيارة بطريقة مُرهقة للمحرك ، أو متجاوزاً السرعة المسموح لها - كان استعمالاً بغير المعروف ، ويضمن ما تلف منها ، ويُرجع في حال الاختلاف إلى أهل الخبرة ، وعرفهم الخاص . بخلاف ما يبلى من الإطارات مثلاً - بالاستعمال المعتاد ، فهو غير ضامن له .

٤- لو استعمل الشقة التي للسكنى مخرناً - كان ضامناً ؛ لكونه استعمالها فيما لا تصلح له عرفاً .

٥- لو أن المرأة استعارت حلياً للزينة ، ثم غسلت - حال لبسها لها - أواني المطبخ ، أو الثياب مثلاً ، أو خدمت بمتزلها ، فتثلمت تلك الحلي ، أو غدت باهتة - كان عليها ضمان ذلك النقص .

٦- لو قرأ في الكتاب المعار ، وهو يأكل أو وضعه في المطبخ ، أو على المائدة ، فانسكب عليه ما تلف به - كان ضامناً لذلك .

\* \* \*



## المطلب الثالث : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في عقد الهبة

يجيء العرف ويتحقق أثره في عقد الهبة ، في المباحث التالية :

- صيغة عقد الهبة .

- مسائل منشورة من عقد الهبة ، للعرف أثرٌ فيها .

### أولاً : صيغة عقد الهبة :

تنعقد الهبة بكل قول أو فعل يدل عليها دلالة عرفية :

أما القول : فالهبة تنعقد بالإيجاب والقبول ، بلفظ الهبة أو العطية ، وبكل لفظ يدل عليها ، فالإيجاب ، أن يقول مثلاً : وهبتك ، أو أهديتُ إليك ، أو أعطيتك ، أو هذا لك ، ونحو ذلك من الألفاظ الدالة عرفاً على تملك المال دون مقابل .

والقبول ، أن يقول : قبلتُ أو رضيتُ ، أو يشكره ، ونحو هذا .

وأما الفعل : فتنعقد الهبة بالمعاطاة : بفعلٍ مقترن بما يدل عليه عرفاً ؛ لأن المعاطاة والأفعال الدالة على الإيجاب والقبول - كافية لا تحتاج إلى لفظ .

والنبي ﷺ كان يُهدي ويُهدى إليه ، ويُعطي ويُعطى ، ويُفرق الصدقات ، ويأمر سُعاته بأخذ الصدقات وتفريقها ، وكان أصحابه - عليه السلام - يفعلون ذلك ، ولم يُنقل عنهم في ذلك إيجابٌ ولا قبولٌ ، ولا أمرٌ به ، ولا علمه لأحد ، ولو كان ذلك شرطاً لثقل عنهم نقلاً متواتراً أو مشتهاً .

### ثانياً : مسائل منشورة ، للعرف أثرٌ فيها :

١- أنواع الهبة من صدقة ، وهدية ، ونحلة ، وهي العطية - تجري فيها أحكام الهبة ، فينعقد كلُّ أولئك بما تنعقد به الهبة مما يدل عرفاً ، « والهدية والصدقة نوعان من الهبة ، يكفي الفعل فيهما إيجاباً وقبولاً على أصح الوجهين » ( نقله في الإنصاف : ١٦٣/٧ ) .

٢- بعض أنواع الهبة قد تحتاج إلى توثيق : بكتابة ، أو إشهاد ، أو تسجيلٍ بنحو كتابة العدل ؛ لقيمة الموهوب كعقارٍ وأرضٍ ، ولرفع التنازع ، ثم إن العرف جارٍ بذلك .

٣- الإباحة ، وهي : « الإذن باستهلاك الشيء أو باستعماله » - في معنى الهبة - وما يدل على الإذن يستفاد من العرف ، ومن أمثلة الإذن المشهورة : تقديم الطعام إلى الضيفان ، وجواز التخلي في دار من أذن له بالدخول إلى داره ، والشرب من مائه ، والاتكاء على الوسادة المنصوبة ، وكذا استمداد المرء من محبرة زميله ، وقد أنكر الإمام حمد على من استأذنه في ذلك ، والشرب من برادات المياه الموجودة بالطرق والمساجد ، ونحو هذا ، وهو كثيرٌ .



- ٤- يُقبل قول الرسول الحامل للهبة والهدية بأنها كذلك ، اعتماداً على القرائن والعرف ، ولو كان الرسول صغيراً ، إذا كان مميزاً ، وفيما العرف جارٍ به ، كالحلوى والفاكهة ونحو ذلك .
- ٥- تصح الهبة بمجرد العقد ، لكنَّ القبض شرطٌ للزوم الهبة ؛ إذ هي - في الأصل - عقد جائزٌ يلزم بالقبض ، وصفة قبض الهبة هنا كقبض البيع .
- ولا يصحُّ قبضُ الهبة إلا بإذن الواهب ، والإذن لا يتوقف على اللفظ ، بل المناولة والتسليم إذن ، والتخلية إذن ؛ لدلالة الحال ، والقبضُ من الموهوب له قائم مقام القبول .
- ويقبض الأب عن طفله الصغير ، ويصحُّ قبضُ الصبي المميز الموهوب لنفسه ، إذا كان مما يُسلم إليه عادة ، كالمأكولات واللعب والحلوى ونحوها .
- وفي حديث أبي هريرة رضي الله عنه : « كان الناسُ إذا رأوا أول الثمار جاءوا به إلى رسول الله ﷺ ، فإذا أخذه قال : اللهم بارك لنا في ثمرنا ، ثم يعطيه مَنْ يحضره من الولدان » ( صحيح مسلم مع شرح النووي : ١٤٥/٩ - ١٤٦ ) - في هذا الحديث شاهدٌ لذلك .
- ٦- للمرأة الصدقة من بيت زوجها - بغير إذنه - بما جرت العادة بالمساحة فيه ، كـرغيفٍ ، وفضل طعامٍ ، وملابسٍ باليةٍ ، وقليلٍ نقودٍ ، ونحو ذلك ؛ إذ العادة السماحُ وطيبُ النفس به ، فـجرى مـجرى صريح الإذن .
- قال الإمام الموفق - رحمه الله تعالى - : « والإذن العرفي يقوم مقام الإذن الحقيقي » ( المغني : ٦٠٦/٦ ) .
- وكذا من يقوم مقام المرأة في بيت الرجل ، كأخته وخادمتها ونحوهما ، ما لم يمنع الرجل ، أو يكن بخيلاً ، أو تضطرب العادة ، أو يُشكَّ في رضاه ؛ إذ لا يجوز إلا عن طيب نفسٍ منه .
- وفي معناه ما يحصل من الإهداء للجيران ، والمعاملة معهم بعاريةٍ أو قرضٍ أو إباحةٍ باليسير المتعارف الذي يغلب على الظن حصولُ إذن الزوج به .
- وفي حديث عائشة - رضي الله عنها - عن النبي ﷺ قال : « إذا أنفقت المرأة من طعام بيتها غير مفسدةً كان لها أجرها بما أنفقت ، ولزوجها أجره بما كسب ، وللخازن مثل ذلك ، لا يُنقصُ بعضهم أجرَ بعضٍ شيئاً » ( صحيح البخاري مع الفتح : ٢٩٣/٣ ) .
- ٧- اختار الشيخ تقي الدين - رحمه الله تعالى - : « أن الهبة تقتضي عوضاً مع العرف ، وأنه كالشرط يجب الوفاء به » ( الاختيارات : ١٨٤ ) .
- ٨- وعاء الهدية وظرفها من الهدية ، إذا جرى العرف بعدم ردّه ، قال في المنتهى ( ٢٢/٢ ) : « وعاء هدية كهي مع عرف » .
- ويمثل الخنابلة لذلك ، بـ : قوصرة التمر ، وهي - بالثقل والتخفيف - : وعاء التمر يتخذ من قصب .

ومنه اليوم أيضاً : علب الحلوى في الأفراح ونحوها ، وظروفُ الحلبي والساعات والأقلام ، وقارورةُ عطر ، ونحو ذلك .

أما ما جرت العادة برده فلا يكون من الهدية ، كقَدْرِ وإِناءِ طعامٍ ، وصحنِ فاكهةٍ ونحوه ، بل يلزم تفرُّيغُه ، أو التناول منه وردهُ إلى صاحبه .

قال العلامة الفقيه الحارثي : « لا يدخل الوعاءُ إلا ما جرت به عادةٌ » ( الإنصاف : ١٦٤/٧ ) .

٩- أن العرف قد يكون فارقاً بين أنواع الهبة ، فمالٌ يسيرٌ يُدفع إلى فقيرٍ ، دون إيجابٍ وقبولٍ بلفظٍ هو : صدقةُ التطوع ، أما ساعةٌ - مثلاً - يضعها الواهب في عُلبتها ، ويغلفها بغلافٍ لائقٍ ، ويحملها إلى مكان الموهوب له - فظاهرٌ كونها هديةً ، وكذا ما يخلعه الملوکُ والأمراءُ من الأوسمةِ والخَلَعِ ، وإعطاءِ المكافآت ونحو ذلك ، على ما جرت به العوائد والأعراف بحسب كلِّ مثالٍ وعرفٍ .

\* \* \*



## المطلب الرابع : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في عقد الوقف

جاء الشرع بمشروعية الوقف والحثّ عليه ؛ إذناً بالتقرب إلى الله تعالى ، ودوام بقاء الخير ، ووصول الأجر للمؤمن بعد وفاته ، وسدّاً لحاجات الأمة ، وتحقيقاً لمصالحها العامة .

وأثر العرف في عقد الوقف من خلال المبحثين التاليين :

### أولاً : ما ينعقد به الوقف :

ما ينعقد به الوقف إما أن يكون لفظاً ، وإما أن يكون فعلاً .

الألفاظ التي ينعقد بها الوقف قد تكون صريحةً فيه ، دالةً عليه دون احتمالٍ ، وقد تحمل معنى الوقف وغيره ، وهي الألفاظ الكنائية .

والاستعمال والعرف - كان له أمر التمييز بين صريح ألفاظ الوقف وكناياته ، وأن العرف لو كان شائعاً في استعمال الكنايات غالباً فيها - لكان صالحاً في انعقاد الوقف بها ، دون ضمّ أمرٍ زائدٍ إليها .

ويصحّ الوقف بالفعل إذا حصل الفعل مع ما يدلُّ عرفاً على إرادة الوقف ، قال في شرح المنتهى ( ٤٩٠/٢ ) : « لمشاركتة القول في الدلالة عليه » .

### أمثلة وتطبيقات على الفعل الدالّ على الوقف :

١- بناءً الواقف هيئةً مسجدٍ ، مع إذنٍ عامٍّ في الصلاة فيه ، ولو بأذانٍ وإقامةٍ فيه ، بنفسه ، أو بمنّ نصبه لذلك ؛ لأن الأذان والإقامة فيه كالإذن العامّ في الصلاة فيه .

قال الفقيه الحارثي - رحمه الله تعالى - : « وليس يعتبر للإذن وجودٌ صيغةً ، بل يكفي ما دلّ عليه من فتح الأبواب أو التأذين ، أو كتابة لوحٍ بالإذن أو الوقف » ( نقله في كشاف القناع : ٢٤١/٤ ) ، وكذا لو أدخل بيتاً في المسجد وأذن فيه .

ولو جعل الواقف سفل بيته مسجداً وانتفع بعلوه - صحّ ، أو عكسه : بأن جعل علو بيته مسجداً وانتفع بسفله - صحّ أيضاً ، أو جعل وسط البيت مسجداً وانتفع بعلوه وسفله صحّ الوقف ، ولو لم يذكر استطرافاً إلى ما جعله مسجداً ، ويستطرق إليه على العادة .

٢- لو ملاً خابية ماءً على الطريق أو في مسجد ونحوه - صحّ ، وكان ذلك مباحاً ؛ لدلالة الحال على تسبيبه .

٣- لو جعل الواقف أرضه مقبرةً ، وأذن للناس إذناً عاماً بالدفن فيها - صحّ ذلك .

٤- لو فرش الواقف نحو حصيرٍ أو بساطٍ بمسجدٍ أو مدرسة ، وأذن للناس إذناً عاماً في الصلاة عليه ، أو دفع البساط ونحوه إلى قيم المسجد ، وأمره بفرشه فيه ، أو خاطه بمفروشٍ بجانبه - صحّ ذلك .

## ثانياً : أثر العرف في تفسير ألفاظ الواقف والموصي :

من المقرر فقهاً أن للواقف إرادةً محترمةً شرعاً فيما يقف من ماله ، وفي تعيين سبل الاستحقاق وشروطه ومقاديره ، فيتبع في هذا وأمثاله شروط الوقف ويُتقيد بها ، ما دام ذلك ملائماً لمقصد الشارع من الوقف .

وألفاظ الواقف ومكتوباته هي سبيل دَرَك هذه الشروط ، وتحقيق غرض الواقف من الوقف . وكذلك الشأن في الوصية يُرجع فيها إلى لفظ الموصي ، كما يُرجع في الوقف إلى لفظ الواقف ، وذلك في ألفاظ الموصي التي يعبر بها عن الموصى له ، والموصى به ، وتفسير ذلك وبيانه . إن نكتة المسألة وسرّها في تفسير ألفاظ الواقف والموصي هي : العمل بما يكون موجوداً في ذهن الواقف والموصي ، مبتادراً إليه حال إنشائه هذه الألفاظ .

ولما كان المراد الوقوف على الطريق الموصول إلى ما قام بقلب المتكلم من مرادٍ وغرضٍ ، وما خطر بذهنه من معانٍ ، كانت هذه الألفاظ مظهرها لها ، فذلك يختلف ويتفاوت .

فوضع اللغة يُقدّم متى كان متبادراً ، ومعهود الشرع يُقدّم متى كان متبادراً ، والعرف يُقدّم متى كان متبادراً . والوقوف على غرض الواقف ، أو لحظّه واستشفافه مرجحٌ لإدراك المراد من اللفظ . والقرائن والعوائد الخاصة ودلالة الحال مرجحاتٌ للتبادر ، وللوقوف على غرض الواقف . والتبادر تكوّنه هذه الأمور ، وينصرف إلى دلالتها الذهن ، مما هو معيار التبادر ودليلٌ عليه .

وبقي أمرٌ واحدٌ هو : أن التبادر المعتبر هو ما كان كذلك زمن الواقف والموصي عند إنشاء هذه الألفاظ ، وهذا يخصّ العرف ، فإن وضع اللغة ، ومعهود الشرع لا يتبدّل ، إنما الذي يطرأ عليه التغيير هو العرف . « فعرف الواقف في زمانه هو المعتبر في فهم مراده » ( أحكام الأوقاف / الزرقا : ١٣٢ ) و« العرف الذي تحمل عليه معاني الكلام إنما هو العرف القائم حين صدور هذه الألفاظ ، فإذا تغير العرف بعد ذلك في مفاهيم تلك الألفاظ والتراكيب الواردة في الوقيات والوصايا وسائر الصكوك - فلا عبرة بالعرف الحادث في تفسير التصرفات الواقعة في ظلال العرف القديم ، وإنما الذي يُحمل على العرف اللفظي الجديد هو ما يصدر بعده من تصرفات » ( المدخل الفقهي / الزرقا : ٢ / ٨٧٦ ) .

وقد ظهر أيضاً : أن كلّ وقفية أو صلّة بوصية تستحقّ نظراً خاصاً ودراسةً برأسها كي يتأتّى تنزيل هذه الضوابط والمبادئ عليها ، والموازنة فيما يؤخذ به منها ، وما يرجح منها على سائرها ، وأنه لا يمكن أن يكون هناك حكمٌ عامٌ وأصلٌ واحدٌ يطبّق على جميعها ويشملها كلّها .

\* \* \*

## المطلب الخامس : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في عقد الوصية

الوصية مستحبةٌ بجزءٍ من المال لمن ترك خيراً ؛ لأنها برٌ ومعروفٌ ، وقد روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إن الله تصدَّق عليكم ، عند وفاتكم بثلث أموالكم ، زيادةً لكم في أعمالكم » ( ابن ماجه : ٢٧٠٩ ، والدارقطني : ١٥٠/٤ ، وأحمد : ٤٤٠/٦ ) .

فيستحبُّ الإيضاءُ بجزءٍ من ماله كالحُمس - مثلاً - كما هو المذهب الحنبلي ، ويجعلها في أقاربه الفقراء الذين لا يرثون ، وإلا - بأن كان القريب غنياً - فلمسكينٍ وعالمٍ وديينٍ ، ونحوهم ، كالمجاهدين والغزاة ، لكن هذا هو فيمن : ﴿ تَرَكَ خَيْرًا ﴾ [ البقرة ١٨٠ ] كما هو لفظ الآية الكريمة . وقوله تعالى : ﴿ إِنَّ تَرَكَ خَيْرًا ﴾ بعد الاتفاق على أن المراد به المال - دالٌّ على أن من لم يترك مالاً لا تستحبُّ له الوصية ، قال الإمام الحافظ أبو عمر ابن عبد البر - رحمه الله تعالى - : « أجمعوا على أن من لم يكن عنده إلا اليسير التافه من المال ، أنه لا تندب له الوصية » ( نقله في فتح الباري : ٣٥٦/٥ ) .

وليس المراد بـ « الخير » في الآية مطلق المال ، بل هو المال الكثير ، والمرجع في وصفه بذلك : هو العرف ، فما عدَّ في العرف مالاً كثيراً أُنيط الحكمُ به ، واستُحبَّ الإيضاءُ منه ، قال في كشاف الإقناع ( ٣٣٨/٤ ) : « الخير : المالُ الكثيرُ عرفاً ، فلا يتقدَّر بشيءٍ ؛ لأنه لا نصٌّ في تقديره » .

ويشهد له قولُ سعدٍ رضي الله عنه : « وأنا ذو مالٍ » ( متفق عليه ، صحيح البخاري مع الفتح : ٣٦٣/٥ ، وصحيح مسلم مع النووي : ٧٦-٧٧/١١ ) ، فإن هذا اللفظ مؤذنٌ بمالٍ كثيرٍ .

ويتعلَّقُ بذلك بيانُ حدِّ الغني والفقير ، والموسر والمعسر ؛ إذ إن مفهومَ ما تقدَّم من استحباب الوصية لمن ترك « المال الكثير عرفاً » كراهيتها للفقير عرفاً .

فحدُّ الموسر والمعسر أيضاً مما يُرجع فيه إلى العرف : « فمن كان حاله بالنسبة إلى مثله يعدُّ يساراً فهو موسرٌ ، كذا عكسه » ( فتح الباري : ٣٠٨/٤ ) .

فالمرجع في حال من يستحب له الإيضاء هو : أن يترك مالاً يوصف ويعدُّ في العرف أنه كثيرٌ ، وذلك أمرٌ نسبيٌّ يختلف ويتفاوت ، فيختلف ؛ لاختلاف أحوال الزمان والمكان ، والبيئات والمجتمعات ، ويتفاوتُ بتفاوت الأشخاص والأموال .

وأيضاً : فإن لاختلاف الورثة قلةً وكثرةً ، وغنىً وحاجةً أثراً في تقدير ذلك .

واستعمال العرف - هنا - هو رجوعٌ إليه في تطبيق الأحكام المطلقة على الحوادث ، وأيضاً : في معرفة أسباب الأحكام من الصفات الإضافية النسبية .

## ما تنعقد به الوصية :

- تنعقد الوصية إيجاباً بكل لفظ يدل عليها ، من نحو : وصيت لك كذا ، أو وصيت لفلان بكذا ، أو أعطوه من مالي بعد موتي كذا ، أو ادفعوه إليه بعد موتي ، أو جعلته له ، أو هو له بعد موتي ، أو ملكته له بعد موتي ، ونحو ذلك مما يؤدّي معنى الوصية .

- وكذا ما يؤدي معنى « الإيصاء » من تفويض الأمر إلى الموصى إليه بعد موت الموصي ، من نحو : جعلت فلاناً وصياً ، أو وكيلاً بعد موتي ، أو فوضت ووصيت إليه ، أو عهدتُ إلى فلانٍ بمال أولادي ، أو تزويجهم بعد وفاتي ، ونحو ذلك مما يُوصى به أو فيه .

- الوصية بطريق الكتابة والخط ، عمل مشهور ، ووسيلة معتادة فيها ، ففي حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - قول النبي ﷺ : « ... إلا ووصيته مكتوبةً عنده » ( متفق عليه ، صحيح البخاري مع الفتح : ٣٥٥/٥ ، ومسلم مع النووي : ٧٤/١١ ) .

فهو يدل : أن الوصية إن وجدت بخط الموصي الثابت أنه خطه ، بيّنة تفيّد ذلك ، أو بإقرار الورثة ، فهي صحيحةٌ يعمل بها ، ولو لم يُشهد عليها ، قال في الاختيارات ( ١٩٠ ) : « وتنفذ الوصية بالخط المعروف ، وكذا الإقرار ، إذا وجد في دفتره ، وهو مذهب الإمام أحمد » .

ويتعلّق بشأن الكتابة أمران اثنان ، جرى العرف باعتمادهما ، وتذليل الكتابة بكل واحدٍ منهما ، وهما :

(أ) الختم .

(ب) الإمضاء ( التوقيع ) .

(أ) الختم : فهو من الوسائل الدالة على إيجاب الموصي ، فبعد أن تُكتب الوصية خطاً ، أو على الآلة الراقمة ، يقع من الموصي الختم عليها بخاتمه الخاص به .

ومما يدل على صحة العمل بالختم : ما كان من نقش خاتم النبي ﷺ ، وأنه كان يختم كتب دعوته إلى الروم وغيرهم ، ويفيد ذلك أيضاً : قولُ عبد الله بن مسعود ﷺ : مَنْ أَرَادَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى وَصِيَّةِ مُحَمَّدٍ ﷺ الَّتِي عَلَيْهَا خَاتَمُهُ فَلْيَقْرَأْ قَوْلَهُ تَعَالَى : ﴿ قُلْ تَعَالَوْا أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبُّكُمْ عَلَيْكُمْ ... ﴾ الآيات [ الأنعام ١٥١-١٥٣ ] ( أخرجه الترمذي : ٢٦٤/٥ ) .

والعملُ على اعتبار الختم دليلاً على صحة الوصية ، وتنفيذها بوجوده فيه ، شرط التحقق أنه ختم الموصي .

والعرف الجاري اليوم : اعتمادُ الإمضاء في أمور كثيرة ، كما في التوقيع على ( الشيكات ) ( السندات ) ، وفي حال إبرام العقود ، واستلام الحقوق وإبراء الذمم .

وأحياناً - في بعض الأمور المهمة - لا يكتفى به ، بل يضمُّ إليه كتابة اسم الموقع ، وتقييد رقم هويته أو البصم بإبهام اليد .

وبكلِّ حالٍ : فالمقصود والضابطُ : حصولُ العلمِ بنسبة ذلك إلى الموصي ، وتحقُّق ثبوته عنه ، سواءً أكانت الوسيلة إلى ذلك خطأً أم ختماً ، أم إمضاءً وتوقيعاً ، و« والمعولُّ في ذلك على القرائن ، فإن قويت حُكْمُ بموجبها ، وإن ضعفت لم يلتفت إليها ، وإن توسَّطت ، طُلب الاستظهار وسُلك طريق الاحتياط » ( الطرق الحكيمة : ٢١٢ ) .

أما حصول التزوير والتغيير ، فالمرجع في تمييزه والفتش عنه إلى وسائل الإثبات ، وقواعد تحقيق البينات ، وإجراءات الضبط وكشف التزوير ، لكن ينبغي عدم الاكتفاء بمجرد التوقيع في المهمات ، والعرفُ جارٍ بذلك ، وانظر ما سبق بحثه في " التوقيع الإلكتروني " .

ولا يتعين القبول باللفظ ، « بل يجزئ ما قام مقامه ، من الأخذ ، والفعل الدالُّ على الرضا » ( المغني : ٤١٨/٨ - ٤١٩ ) .

وأفراد الفعل الدالُّ على الرضا - هنا - في الوصية ، متعدِّدٌ متنوعٌ ، من ذلك : إذا باشر الوصيُّ شيئاً من شؤون أولاد الموصي بعد وفاته : كان ذلك قبولاً دالاً على رضاه .

\* \* \*





## المطلب السادس : ضابطُ مَرَضِ الموتِ المَخُوفِ ، وما في حكمه ، وأثر العرف في ذلك

المرضُ - أدام الله تعالى لنا العافية ، وأوزعنا شكره عليها - مما يطرأ على الإنسان ، وقد يكون يسيراً عارضاً ، وقد يكون بالغاً مؤثراً ، فتختلف نتيجة ذلك أهليته : إما بإزالتها ، أو نقصانها ، أو تغيير بعض أحكامها .

فتصرفات المريض من الهبة ، والإبراء من الدين ، والصدقة ، والوقف ، والفعل عن الجنابة الموجبة للمال ، وما يتعلّق بذلك لها حكمها الخاصُّ في حال المرض المخوف غير حكمها حال الصحة . فهي في حال الصحة من جميع المال ، قال الإمام الموفق : « لا نعلم في هذا خلافاً » ( المغني : ٤٧٤/٨ ) .

وإن كانت في مرضٍ مَخُوفٍ اتصل به الموت - فهي من ثُلثِ المال في قول جمهور العلماء ؛ لأن هذه الحال الظاهرُ منها الموت ، فكانت عطيته فيها في حقِّ ورثته لا تتجاوز الثلث ، كالوصية . ولما كان المرض من أهم أسباب الموت عادةً ، كان للشريعة أحكامها الخاصة به ، مميّزةً بين أنواعه ، مبيّنةً ما يترتّب عليها .

### المرضُ حدُّه وأقسامه :

حدُّ المرض : هو ما يعرض للبدن فيخرجه عن حدِّ الاعتدال ( التعريفات : ٢٦٨ ) . والمرضُ إما أن يكون مَخُوفاً أو غير مَخُوفٍ . والمراد بالمخوف : هو الذي يُخاف فيه الموت عادةً ؛ لكثرة مَنْ يموت به ، وقد يقال فيه : مُخِيفٌ ؛ لأنه يُخيف من يراه . وغيرُ المخوف : ما لا يُخاف منه الموت في العادة ، ويمثّل الفقهاء بنحو الأمثلة التالية ، وبقيودها التابعة لها ، على مرض الموت المخوف ، فأذكرها مناقشاً لها ، من ذلك :

- الأمراض الممتدة : كالجدام ، وحُمى الرُّبع ، والفالج في انتهائه ، والسَّلُّ في ابتدائه والحُمى الغبِّ ، فهو إن أضنى صاحبها على فراشه ، فألزمه إياه ، حتى صار يقال هو : صاحب فراشٍ بُجذامٍ ونحو فهي في هذه الحال مَخُوفة ، وإن لم يكن صاحب فراشٍ ، بل كان يذهب ويجيءُ فغطاياه من جميع المال ( المغني : ٤٨٩/٨ ) .

والذي يبدو أن لزوم الفراش ليس ضابطاً ، بل هو أمانة الضننى بالمرض ، والشعور بالخطر ، فالأمراض المزمنة الخطيرة اليوم ، كالأورام ومنها « السرطان » ، وتصلّب الشرايين ، وهبوط القلب ، وارتفاع الضغط ، والسُّكر ، وأخيراً « الإيدز » و« الإيبولا » و« السارس » ، هذه الأمراض ونحوها مع كونها خطيرةً - على تفاوتٍ في مقدار خطرها - ، وأنها ممتدة إلا أن صاحبها قد لا يكون صاحب فراش ، بل يذهب ويجيء ، ويقوم بالمعتاد من أعماله وحياته ، لكن قد تُعرض لها أحوالٌ تتفاقم فيها ، ويكون الهلاك فيها غالباً ، أو على الأقل مَخُوفاً متوقعاً ! .

فحال اشتدادها هذه هي حال مرض الموت المخوف . بل هذه الأمراض المزمنة الممتدة قد تتفاوت في نفسها ، فليس السرطان والإيدز كارتفاع الضغط والسكر فيما يقر في نفس المريض والناس من الموت بها عادةً ، وغلبة الهلاك منها .

ما يقوم مقام المرض المخوف ، يأخذ حكمه :

وهي الأحوال التي يُترقب فيها الموت لأصحابها ، ويُرى في العادة أنهم لا يفلتون منه ، ويتوقعونه هم لأنفسهم ، ويخافونه عليها ، ويمثل الفقهاء لذلك :

١- مَنْ كان بين الصّفين في المقاتلة عند التحامهم في الحرب مع تكافؤ الطائفتين ، أو كان من الطائفة المقهورة .

والذي يبدو : أن التطور المشؤم لأدوات الحرب ، وأسلحة الدمار اليوم يجعل لكل مشترك في الحرب حظّه من الحال المخوفة ، بل هي قد تصل إلى الأبرياء غير المشاركين كما هو مشاهدٌ معلوم . فالقيود المذكورة من قولهم : « ... بين الصّفين ... عند التحامهم ... مع تكافؤ الطائفتين ... الخ » لا حاجة لها - غالباً - اليوم .

٢- مَنْ كان في لجّة البحر عند هيجانه ، فكمريض مخوف ، لقوله تعالى : ﴿ وَظَنُّوا أَنَّهُمْ أُحِيطَ بِهِمْ ﴾ [ يونس ٢٢ ] ، وفي معناه اليوم : راكبٌ طائرة ، وقد تعطلت محرّكاتهما ، أو قاطرةٌ وقد خرجت عن قضبان سيرها ، ونحو ذلك .

٣- الأسرى لدى دولة اعتادت قتل مَنْ يقع أسيراً بين يديها ، فإذا لم تكن عادتُهم القتل فعطاياهم كصحيح .

٤- الوباء العام الذي تغلب فيه الهلكة ، ولا أسباب ظاهرة للتحصّن منه ، كانتشار « الكوليرا » مع فقدان التطعيم والمستوصفات والمخاجر الصحية .

٥- الحامل في المخاض ، إذا ضربها الطلق كان مخوفاً ؛ لأنه ألمٌ شديدٌ يخاف منه التلف ، فأشبهت صاحب سائر الأمراض المخوفة ( انظر : المغني : ٤٩١/٨ - ٤٩٤ ) .

وفيه بحثٌ وتأملٌ ، فليست كلُّ حاملٍ ولو ضربها الطلق يكون حالها مخوفاً ، ألا ترى فارقاً بين حاملٍ تلدُ لأول مرة ، وبين من اعتادت الولادة وصار أمرُ الطلق - مع شدّته - عادياً لها . والذي يمكن أن يُرجع له ويضبط به :

( أ ) حالها هي ، وشعورها بالخطر ، وغلبة خوف الهلاك عليها .

( ب ) قولُ الأطباء وتقريرُهم عن حالها وهم هنا : أهل الخبرة والمعرفة ، فما عدَّ مخوفاً - من حالها - في عرفهم الخاص كان مخوفاً فقهاً وشرعاً .

ويشهد لهذا ويقويه : حكمُ الفقهاء ببقاء الحال المخوفة ، بعد الولادة إذا كان هناك ما يجعلها كذلك .

إفادَةً مما تقدّم وبناءً عليه ، تُذكر هاهنا أمور :

(أ) أن مرض الموت المخوف هو : **مرضٌ يُخاف منه في العادة متصلٌ بالموت** ، فلا بدّ أمرين :

١- أن يغلب فيه الهلاك .

٢- أن يتصل به الموت ، سواءً أوقع بسببه أم بسببٍ خارجٍ عنه ، كقتلٍ أو غرقٍ ونحوهما .  
ويلحق بهذا جميعُ الأحوال التي يُنتظر فيها الموت لأصحابها ، ويُرى في العادة أنهم لا يفلتون منه أو يتوقعونه هم لأنفسهم ويخافونه عليها .

وبضدّ هذا : المرضُ غيرُ المخوف ، وهو : ما لا يُخاف منه الهلاكُ في العادة .

(ب) من كلّ ما سبق من تقسيمٍ وضوابطٍ وأمثلةٍ ولواحقٍ - يظهر أن رُوح هذا الحكم ، وسرّه المراد ، والمعنى المقصود فيه هو : استيلاءُ شعور الخوف من الموت على نفس الشخص وقلبه ، مع وجود سببٍ ظاهرٍ من مرضٍ أو ما في معناه ، يغلبُ فيه الهلاكُ ، ويتوقعه صاحبه .

(ج) أن لانتشار الثقافة الطبية العامة اليوم ، وإجراء الإحصاءات الطبية ، والمسح الصحي ، دخلٌ كبيرٌ في تكوين معرفة الناس بالأمراض المخوفة وغيرها ، وجعل الموت بما أو عدمه أمراً معتاداً لديهم .

(د) أن الضابط الفارق بين المخوف وغيره مع كونه يرجع إلى العادة إلا أنه قد يختلف باختلاف الأحوال والأمكنة والأزمنة .

فبعض ما يمثّل الفقهاء به قديماً هو اليوم - بحمد الله - ميسور العلاج ، فلا يعدُّ اليوم مخوفاً ، وقد عدّ بالأمس كذلك ، كالسُّلِّ والقُولنج ، فهو يمثّل ما وصلوا إليه من معارف طبية .

ثمّ ألا ترى فارقاً بين بلاد متقدّمة طبيّاً ، وبلادٍ فقيرةٍ ليس لديها من أسباب العلاج إلا الأوّليات ، فربّ مرضٍ متوسّطٍ الخطر عدّ يسير العلاج في الأولى ، وربّ نزيفٍ يسيرٍ تلوّثٌ بسبب القصور عدّ مخوفاً في الأخرى .

(هـ) أن ما أشكل أمره من الأمراض رُجع فيه إلى قول أهل الخبرة والاختصاص ، وهم - هنا - الأطباء ؛ لأنهم أهل الخبرة بذلك والتجربة والمعرفة ، فما كان في عرفهم الخاص مخوفاً عدّ كذلك . ولا يقبل إلا قول طبييين مسلمين ثقتين بالغين ؛ لأن ذلك يتعلّق به حقُّ الوارث وأهل العطايا ، فلم يُقبل فيه إلا ذلك .

قال الإمام الموفق - رحمه الله تعالى - : « ... وقياس قول الخرقى أنه يقبل الطبيب العدل إذا لم يُقدّر على طبييين ... ؛ لما ذكر من قصة عمر رضي الله عنه ، فإنه لما جرح سقاه الطبيب لبناً ، فخرج من جرحه ، فقال له الطبيب : اعهد إلى الناس ، فعهد إليهم ووصّى » ( المغني : ٤٩٠/٨ - ٤٩١ ) .

وأجاز المالكية الرجوع إلى قول الطبيب غير المسلم ( انظر : الخطّاب : ١٠٧/٨ ، ابن فرحون/التبصرة :

. ( ٢٩/١ ) .



الفرع الثالث : التملك بالاستيلاء الشرعي .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في " إحياء الموات " .

المطلب الثاني : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في " اللقطة " .



## المطلب الأول : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في إحياء الموات

ندبت الشريعة إلى إحياء الأراضي الموات ؛ حثاً للناس على العمل ، وتكثيراً للموارد الزراعية ، ورغبةً في إعمار الكون ، وتحقيقاً للمصالح العامة ، فيتحقق بذلك رفاةً اقتصاديَّةً عامَّةً ، مما يكون عوناً للفقراء ، وسنداً لحاجات الأمة وأفرادها .

قال النبي ﷺ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ » ( أخرجه البخاري تعليقاً ، صحيح البخاري مع الفتح : ١٨/٥ ) .

وعلى هذا انعقد إجماع أهل العلم . قال في المغني ( ١٤٥/٨ ) : « وعامة فقهاء الأمصار على أن الموات يُملك بالإحياء ، وإن اختلفوا في شروطه » .  
والمراد بالإحياء للأرض بثُ الحياة فيها ، يجعلها صالحةً للانتفاع بعد أن كانت مَيْتَةً ، شبَّهت العمارةُ بالحياة وتعطيلُها بفقد الحياة .

وتتنوع أوجهُ الانتفاع ، وتتعدَّد مظاهره ، من : زراعةٍ وِغراسٍ ، وِبناءٍ وِعمارةٍ ، فتتنوع تبعاً لذلك أساليب الإحياء المحقَّقة لهذا الانتفاع : من إحاطةٍ وِبناءٍ ، أو حرثٍ وِسقيٍّ ، أو تفجيرٍ وِشَقٍّ للقنوات ، أو بإزالة السبب الذي جعلها غيرَ صالحةٍ لأن يُنتفع بها .

وعليه : « فكلُّ عملٍ يحقِّق الغرض من الإحياء ، ويشير إليه عادةً ، ويدلُّ على إرادة الإحياء عرفاً هو إحياءٌ لما أريد له » .

### أمثلة وتطبيقات لكيفية الإحياء :

الأرض تحيي داراً للسكنى ، وحظيرةً ، ومزرعةً ، وغير ذلك ، فإحياء كلِّ واحدةٍ منها بتهيئتها للانتفاع الذي أريدت له .

فأما الدار : فبأن يبنى حيطانها بما جرت به العادة ، ويختلف باختلاف البلدان ، ويسقفها ؛ لأنها لا تكون للسكنى إلا بذلك .

ولا يشترط في إحياء الأرض للسكنى نصب الأبواب على البيوت ؛ لأن السكنى ممكنةٌ بدونها ، فأشبهه تطيين سطوحها وتبييضها .

ولو نزل منزلاً فنصب به بيت شَعْرٍ أو خيمةً ، لم يكن إحياءً ؛ لأن بيت الشَعْر لا يدلُّ على إرادة الإقامة والإحياء عرفاً . وأما بنحو السَعْف والجريد ، فهو إحياءٌ إذا جرى به عرف مكانه ، وقُصد منه الإقامة الدائمة ، وكذا بما يعرف بـ « الصنادق » .



**وأما الحظيرة :** فإحيائها بجائط جرت به عادةً مثلها ، وليس من شرطها التسقيف ؛ لأن العادة ذلك من غير تسقيف ، وسواءً أَرادها حظيرةً للماشية ، أو للخشب ، أو للحطب ، أو نحو ذلك ، « فيكون حَوْشاً حافِظاً لما فيه ، فما عدَّ عرفاً أن فلاناً حاشها وأعدّها لكذا وكذا فإنه يملكها » ( فتاوى ابن إبراهيم : ٢٧١/٨ ) .

**إحيائها للزراعة :** وإن أراد الأرضَ للزراعة ، فإحيائها بأن يهيئها لإمكان الزرع فيها : فإن كانت لا تُزرع إلا بالماء ، فبأن يسوق إليها ماءً من نهرٍ أو بئرٍ ، وإن كانت مما لا يمكن زرعها لكثرة أحجارها - كأرض الحجاز - فبأن يقلع أحجارها ، وينقيها حتى تصلح للزرع . وإن كانت مما لا يمكن زرعها إلا بجبس الماء عنها ، الذي يفسدها غرقها به ؛ لكثرتها ، فإحيائها بسدّ الماء عنها ، وجعلها بحالٍ يمكن زرعها ؛ لأنه بذلك يمكن الانتفاع بها فيما أَرادها ، فكان إحياءً ، كسوق الماء إلى الأرض التي لا ماء لها .

ولا يعتبر في إحياء الأرض حرثها ولا زرعها لئتمَّ إحيائها ؛ لأن ذلك مما يتكرر كلما أَراد الانتفاع بها .

**حفر البئر :** إن حفر البئر فوصل إلى الماء فقد أحياه ، وإن لم يصل إلى الماء فهو كالمثحجرّ الشارع في الإحياء .

**القنوات و المساليل :** القنوات لا تكون صالحةً كمجارٍ لمياه العيون إلا بإحداثات وإصلاحاتٍ من حفرٍ وردمٍ وطيٍّ ومواساة ، وغير ذلك مما تطلبه الجاري ، وهذا إحياءٌ له حقُّ التملك لمن قام به ؛ لكونه صيرَّ هذه القنوات أشياء يُنتفع بها ، ويحصل منها لمحتفريها منفعةٌ إيصال مياه عيونهم إلى بساتينهم ، ولا شكَّ أن الإحياء يختلف باختلاف الأغراض والمنافع ، فيُرجع فيه إلى العرف .

ولا يُملك بالإحياء ما قُرُب من العامر عرفاً ، وتعلّق بمصالحه : كطرقه ، وفنائه ، ومجتمع ناديه ، ومسيل مياهه ، ومطرح قمامته ، ومُلقى ترابه وآلاته التي لا نفع بها ، ومرعاه ، ومحتطبه . وكذا حرث البئر والعين والنهر ، ومُرتكض الخيل ، ومدافن الأموات ، ومناخ الإبل ، والمنازل للمسافرين حول المياه ، والبقاع المرصدة لصلاة العيدين والاستسقاء والجنائز ، ونحو ذلك ، كالحدائق العامة ، وملاعب الأطفال .

فكلُّ مملوكٍ لا يجوز إحياءُ ما تعلق بمصالحه ، **والضابط الفارق بين القريب من العامر وبين بعيده هو العرف .** قال الإمام الموفق - رحمه الله تعالى - مبيّناً ذلك : « ... ولا حدَّ يفصل بين القريب والبعيد سوى العرف ... والتحديدُ لا يعرف إلا بالتوقيف ، ولا يعرف بالرأي والتحكم ، ولم يرد من الشرع في ذلك تحديداً ، فوجب أن يُرجع في ذلك إلى العرف ، كالقبض والإحراز ، وقولُ مَنْ حدَّد هذا تحكُّمٌ بغير دليلٍ ، وليس ذلك بأولى من تحديده بشيٍ آخر كميلٍ ونصف ميلٍ ونحو ذلك » ( المغني : ١٥٠/٨ ) .

## أنواع « الحریم » ، والضابط في حدّها :

حریم الشيء : ما حوله من حقوقه ومرافقه ، سُمِّيَ بذلك لأنه يحُرّم على غير مالِكه أن يستبدَّ بالانتفاع به ( المصباح : ح رم ) . فإذا أحيا المرءُ أرضاً بيناءٍ ونحوه - كما تقدم - ملك ما حولها من حقوقها ومرافقها ؛ لأنه تابعٌ للمملوك فيضاف إليه . لكنّ الدار المحفوفة بملك الغير من كلِّ جانبٍ لا حریم لها ؛ لأن الحریم من المرافق ، ولا يرتفق بملك غيره ، ولأن الأملاك متعارضةٌ ، وليس جعل موضعٍ حریماً لدار بأولى من جعله حریماً لأخرى ، وعلى كلِّ واحدٍ منهم أن يتصرّف في ملكه ، وينتفع به بحسب ما جرت به العادة . قال في كشف القناع ( ١٩٢/٤ ) : « ... فإن تعدّي العادة مُنع التعدّي عملاً بالعادة » .

يختلف الحریم باختلاف ما يضاف إليه الحریم ، كالبناء ، والبئر ، والشجر ، والنهر ، ونحو ذلك ، على ما يلي تفصيله :

١- حریم الدار : حریم الدار المحفوفة بمواتٍ حولها : ما يُرتفق به من مُطّرح ترابٍ وكُناسةٍ وثلج ، وماء الميزاب ، والممرِّ إلى بابها ؛ لأن هذا كله يرتفق به ساكنها .

٢- حریم القرية : هو ما تعلّقت به مصالح القرية ، كفنائها ، ومرعى ماشيتها ، ومُحتطبها ، وطرقها ، وشوارعها ، ومصلى عيدها ، وفي معناه اليوم : حدائقها ومنتزهاتها ، ومواقفها العامة للسيارات ، وملاعب أطفالها ، وأشباه هذا ، إن كان حول القرية تابعاً لها .

٣- حریم الأرض التي للزرع : ما يحتاج إليه في سقيها ، وربط دوابّها ، وطّرح سبخها ، وغير ذلك .

٤- حریم البئر : يذكر الفقهاء أنواعاً للآبار ، ويجتهدون لتحديد حریمها ، فهناك : البئر البدئية ، أي المحدثّة التي ابتدئ عملها ، وحریمها - عندهم - ٢٥ ذراعاً من كلِّ جانب ، والبئر العادية ، أي : القديمة ، التي انطمّت وزهد ماؤها ، فجدد المحي حفرها وعمارتها ، فحریمها خمسون ذراعاً ، وحریم بئر الزرع ٣٠٠ ذراع من نواحيها كلّها .

قال القاضي أبو يعلى وأبو الخطاب - من فقهاء الحنابلة - : « ليس هذا المذكور على سبيل التحديد ، بل حریمها على الحقيقة ما تحتاج إليه في ترقية مائها ؛ ... » ، قال صاحب المغني - معقّباً - : « .. والحاجة إلى البئر لا تنحصر في ترقية الماء ... ، فلا يختص الحریم بما يحتاج إليه لترقية الماء » ( المغني : ١٧٩/٨ ) .

وكذا الحال في حریم العين ، والقناة ، والنهر ، وحتى حریم الشجر .  
والمستفاد من كل ما تقدّم : الاتفاق - في الجملة - على ضبط الحریم بما يُحتاج إليه ما هو حریم  
له ، ويُرتفق به في مصالحه ، وضبطه في بعض أفرادهِ بالعرف .  
والذي يبدو : أن لاختلاف البيئات ، وطبائع الأراضي ، وتعدّد الحاجات وتطوّرها ، كما  
للعرف : دخلٌ كبير في تحديد كلِّ في ذلك ، والمرجع فيه : العرف والحاجة ، ومعارف أهل  
الاختصاص والخبرة .

\* \* \*

## المطلب الثاني : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في اللقطة

وجاء في المبحثين التاليين :

### الأول : ضابط ما لا يجب تعريفه من اللقطة :

هو : ما لا تتبعه همّة أوساط الناس ، ويملكه واجده بأخذ بلا تعريف ، ولا يلزمه تعريفه ، ولا بدله لربه .

وما لا تتبعه همّة أوساط الناس ، أي : لا يهتمون في طلبه . وعبر بـ " أوساط الناس " ؛ لأن أشرفهم قد لا يهتمون بالشيء الكبير ، وأسقاطهم قد تتبع هممهم الرذل الذي لا يؤبه له .

ولتحرير ما لا تتبعه همّة أوساط الناس ، وبيان الضابط في ذلك ، أذكر أن هاهنا صنفين :

(أ) اليسير التافه : الذي لا خطر له ، وجرت العادة بالإعراض عنه لحقارته فإنه لا بأس بأخذه ، والانتفاع به من غير تعريف ، وذلك : كالتمرة ، والكسرة ، والخزقة ، وهذا موضع اتفاق .

- اليسير الذي له قيمة محدودة مما يسقط من الناس من مأكول وغيره ، والثمرة الساقطة من الغصن الذي على الطريق ، وما يبقى من جز الثمار ، وحصاد الزرع ، مما يرغب عنه عادة .

واستدل له بما روى جابر رضي الله عنه قال : « رخص لنا رسول الله ﷺ في العصا والسوط والجل ، وأشباهه ، يلتقطه الرجل ينتفع به » ( أبو داود : ١٧١٧ ) .

وضابط هذين الصنفين ، الجامع لأفرادهما ، هو : كونه مما لا تتبعه همّة أوساط الناس ، وجرت العادة بالإعراض عنه أو بعدم تعريفه . وذلك قد يختلف بحسب عرف كل زمان ومكان ، واختلاف أحوال الناس ؛ بسبب من شحهم وضمنهم ، أو حاجاتهم واضطرارهم . والرجوع إلى العرف - هنا - عوداً إليه في معرفة أسباب الأحكام من الصفات الإضافية ؛ إذ إن ما لا تتبعه همّة أوساط الناس أمرٌ إضافيٌ نسبيٌ .

### الثاني : كيفية تعريف اللقطة :

المراد بتعريف اللقطة ، هو المناداة عليها والإعلان عنها .

وقد انعقد الإجماع على وجوب تعريف اللقطة إذا لم تكن تافهةً ، ولا في معنى التافهة ، ولم تكن من الغنم ، ولم يرد الملتقط حفظها لصاحبها ، بل أراد تملكها ؛ لأن إمساك اللقطة من غير تعريفٍ تضييعٌ لها عن صاحبها ، وتركها في مكانها أقرب إلى أن يجدها صاحبها فيه ( انظر : بداية المجتهد : ٣٠٥/٢ ) .

وللملتقط أن يتولّى التعريف بنفسه ، وله أن يستنيب فيه .

وطريقة التعريف : بالنداء عليه « فوراً » ؛ لأنه مقتضى الأمر ، ولأن صاحب اللقطة يطلبها عقب ضياعها « نهاراً » ؛ لأنه يجمع الناس ومُلتقاهم .

« أول كل يوم » قبل اشتغال الناس بمعاشهم . « أسبوعاً » أي : سبعة أيام ؛ لأن توالي طلب صاحبها لها - باعتبار غالب الناس - فيه أكثر . « ثم » لا يجب تعريفها بعد أسبوع متوالياً - بل « عادة » أي : كعادة الناس في ذلك . « حولاً » كاملاً « من » وقت « التقاط » ؛ لحديث زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه قال : جاء رجلٌ إلى رسول الله ﷺ فسأله عن اللقطة ، فقال : « اعرف عفاصها ووكاءها ، ثم عرفها سنةً ، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بما ... » الحديث ( متفق عليه ) ، ولأن السنة لا تتأخر عنها القوافل - غالباً - وتعتورها الرحلات البحرية والجوية ، كما هو الشأن اليوم ، ويمضي فيه الزمان الذي تقصد فيه البلاد - عادة - من الحرِّ والبرد والاعتدال ، وفيها يعود ما كان سبباً لزيارة ، كرمضان وأشهر الحج ، وأوقات الإجازات .

**وصفةُ التعريف :** « بأن ينادي : مَنْ ضاع منه شيءٌ أو نفقةٌ » ولا يصفها ؛ لأنه لا يؤمن أن يدعيها بعض من سمع صفتها فتضيع على مالكها ، لكن يذكر جنسها فيقول : مَنْ ضاع منه ذهبٌ أو فضةٌ أو نقودٌ أو ثيابٌ ونحو ذلك .

ويكون مكان النداء « في الأسواق » عند اجتماع الناس ، « وأبواب المساجد أوقات الصلاة » ؛ لأن المقصود إشاعة ذكرها ؛ ليظهر عليها صاحبها ، فيجب تحريُّ مجامع الناس ، ويكثر من التعريف في مواضع وجدانها ، وما كان قريباً منها ، وفي الوقت الذي يلي التقاطها ؛ لأن ذلك كلُّه مظنة طلبها ، فلو وجد حافظه نقود - في الجامعة مثلاً - نادى عليها في موضع التقاطها ، والمباني القريبة منه ، وكذا عند مدخل الجامعة الرئيس ، في أوقات دخول الطلاب إليها وخروجهم منها ، ونحو ذلك .

وينبغي أن يعلم أن العرف - وإن كان هو الضابط المحكِّم في كيفية التعريف - لكنه يختلف باختلاف الزمان والمكان والأحوال .

- من صور التعريف اليوم : الإعلانُ عنها في وسائل الإعلان المختلفة ، من صحيفةٍ ومجلةٍ ودوريةٍ ، أو إذاعةٍ وتلفازٍ ، فهي من مجامع الناس ومُلتقياتهم حكماً ، وكذا ما يقع من إبراز إعلانٍ مكتوبٍ عنها في موضع وجدانها ، أو في « لوحة الإعلانات » و« المفقودات » ، أو قيام الجهة المسؤولة بذلك ، كما في مثال « الجامعة » السابق لو قامت « عمادة شؤون الطلاب » بإعلانٍ عنها في مجامع منسوبي الجامعة . فهذا كلُّه ونظائره ، تعريفٌ باللقطة في عرف الناس اليوم .

وكذا لو عثر على بطاقة إثبات هويةٍ أو جواز سفرٍ ونحوه ، فسلم ذلك إلى دائرة الأحوال المدنية أو السفارة المعنية - برئت ذمته .

وعلَّ اختيار النهار بـ : أنه مَجْمَع الناس ومُلتقاهم ، وأول اليوم بـ : قبل اشتغال الناس بمعاشهم .

وتأمل العرفَ الآن ؛ إذ « أول اليوم » هو موضعُ اشتغال الناس بين الوظائف والأعمال والمدارس والجامعات ، وليس وقتاً مناسباً - فيما يظهر - لتعريف اللقطة ، فلو كان بعد العصر مثلاً أو نحوه لكان أقرب ، ويُسغفه كونه مجمع الناس ومُلتقاهم ، وهذا التعليل المناسب هو الضابط ، فأیما وقت كان مَجْمَعاً للناس ومُلتقى لهم ، يمكن الإعلان فيه عن اللقطة والمناداة عليها كان أحرى بجعله ظرفاً للتعريف ووقتاً له .

- لو أخذ متاعه ، أو ثيابه ، ووجد بدلها ، أو أخذ مداسه ، وترك له بدل ، فالصحيح من المذهب الحنبلي أنه لقطه ، فيجب تعريفه .

وذكر الإمام الموفق - رحمه الله تعالى - احتمالاً : « أن لا يعرف مع قرينة تدل على سرقة : بأن تكون ثيابه أو مداسه خيراً من المتروكة ، وكانت مما لا تشبهه على الآخذ بثيابه ومداسه ، فلا حاجة إلى التعريف ؛ لأن صاحبها - في الظاهر - تركها له باذلاً إياها له عوضاً عما أخذه ، فصار كالمبيح له أخذه بلسانه . » ورجح هذا الاحتمال - مضافاً لما تقدم - : « بأنه أقرب للرفق بالناس ؛ لأن فيه نفعاً لمن سُرقت ثيابه بحصول عوض عنه ، ونفعاً للسارق بالتخفيف عنه من الإثم ، وحفظاً لهذه الثياب المتروكة من الضياع » ( المغني : ٣١٩/٨ - ٣٢٠ ) .

قال في الإنصاف ( ٤٢٩/٦ ) - في ترجيح هذا الاحتمال : « ... وهو عينُ الصواب » .  
وقال الفقيه الحارثي : « وهذا حسنٌ ... وهو قويٌّ على أصل من يرى أن العقد لا يتوقف على اللفظ » ( نقله في المصدر السابق ) .

\* \* \*



## الفصل الثاني : معاملات الإِطلاق والتقييد .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : معاملات الإِطلاق = الوكالة .

أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في عقد الوكالة .

المطلب الثاني : معاملات التقييد = الحَجْر .

أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في الحَجْر .



## المطلب الأول : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في عقد الوكالة

ليس الناس كلهم بقادرين على أداء أعمالهم ، والقيام بشؤونهم ، وليس من هو قادرٌ منهم عليها ، بمطيق لها دائماً ؛ إذ قد تعرضُ الشواغل، وتتراحم الأعمال ، وقد يطرأ المرض ، ويأتي الكِبَر والضعف ، أو قد لا يليق به مباشرته لبعضها بنفسه كتوكيل الأمير ، أو المرأة - مثلاً - غيرها في إدارة أملاكها ، وشراء حاجاتها ؛ إكراماً لنفسها وصوناً لها ، أو لأنه غير خبير بما يرغب أو يُزاول من أعمال ، فنيبٌ غيره فيها ، مَن هو عارفٌ بها ، ماهرٌ فيها ، خبيرٌ بدقائقها وأبعادها ، كتوكيل المرء وكيلاً عنه بالخصومة أمام القضاء . إلى غير ذلك من الحاجات والأغراض ، فعقد الوكالة يجري في كثير من أمور المعاملات والحياة .

قال الإمام الموفق - رحمه الله تعالى - : « أباحها الشرع دفعاً للحاجة ، وتحصيلاً لمصلحة الآدمي » ( المغني : ١٩٨/٧ ) ، وأثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في عقد الوكالة ، جاء في المباحث التالية :

### أولاً : صيغة عقد الوكالة :

١- أن الإيجاب الذي تنعقد به الوكالة ، هو : كلُّ قولٍ دالٍّ على الاستنابة والإذن في التصرف ، ولفظها الصريح : وكَلْتُكَ أو فَوَّضْتُ إِلَيْكَ في كذا ، أو أَذِنْتُ لَكَ فِيهِ ، أو أَنْبَيْتُكَ ، أو أَقْمَيْتُكَ مقامي ، أو جعلتُك نائباً عني ، ونحو ذلك .  
وكأن يأمره بفعل شيءٍ كـ « افعل كذا » أو « بعه » وأشباهه ، ومرجعُ هذه الألفاظ ودلالاتها إلى العرف القولي .

٢- اختيار الشيخ تقي الدين - رحمه الله تعالى - المستفاد من أصله المطرد في صيغ العقود ، وهو نصُّ كلامه في الوكالة بخصوصها : صحة التوكيل بدلالة الفعل ؛ إذ يقول في ذلك محققاً ضابطاً : « إن الإذن العرفي في الإباحة والتمليك ، أو التصرف بطريق الوكالة كالإذن اللفظي ، فكل واحد من الوكالة والإباحة ينعقد بما يدلُّ عليها من قولٍ أو فعلٍ ، والعلم برضى المستحقِّ يقوم مقام إظهاره الرضا » ( مجموع الفتاوى : ٢٩-٢٠/٢١ ) .

ومع الميل إلى هذا الاختيار والاحتفاء به ، إلا أنه ينبغي تقييده بما العرف جارٍ به من التوكيلات المعتادة القليلة الخطر ؛ إذ كونُ الفعل برأسه يدلُّ على إيجاب الموكل أمرٌ قد يدخله الاحتمال ، ودلالته دون دلالة اللفظ على ذلك ، وأيضاً لئلا يكون الردُّ إلى العرف مثاراً للتنازع والاختلاف .

### ٣- الوكالة الإلكترونية :

الحاجة إلى إبرام عقد الوكالة من طريق الإنترنت قائمة ؛ لأن الشخص تكون له أعمال ومهمات في مكانٍ آخر ولا يستطيع الذهاب لإنجازها ، فيوكل غيره في تلك البلد لينجز عمله ، فيارسال

الوكالة إلكترونياً إلى الوكيل عبر البريد الإلكتروني - مثلاً - يسهل العملية كثيراً ، خصوصاً أنه لا يلزم القبول الفوري لصحة الوكالة ، وللكوكل الذي بلغه الإيجاب عبر البريد الإلكتروني خيار القبول ، أي أن يقبل الإيجاب أو أن يرفضه ، وإذا قام بعمل ما أو كل إليه فهي دلالة على قبوله ، وتكفي .

ولا شك في أن العمل بهذا النوع من التعاملات الإلكترونية سيسهل كثيراً على الناس في إنشاء تعاملاتهم ، ويقدم خدمة رائدة في إنجاز أعمال الناس ، مع الأخذ في الاعتبار الاحتياجات اللازمة التي تحول دون التزوير أو الانتحال ( الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية : ٢٤٤ ، ٢٤٦ ) ، ومن أمثلة ذلك : تسديد رسوم وفواتير الخدمات العامة ، عن طريق مواقع البنوك على الإنترنت .

٤- ثبوت الأجرة للوكيل - حال الإطلاق - إذا كان العرف يقتضيها ويدل عليها : إذا سكت العاقدان في الوكالة عن ذكر الأجرة ، ووكل العاقد توكيلاً مطلقاً على الوجه المعتاد الذي يقتضي في العرف أن له به أجرة - تثبت للوكيل أجرة المثل الذي جرت العادة به ، فإن الوكيل يستحق الأجرة إما بشرط لفظي ، أو عرفي .

وذلك مثل : المحامي ، والمحاسب ، والسمسار والدلال ، ونحوهم ، وفي هذه الحال يكون الوكيل كذلك أجيراً خاصاً أو مشتركاً .

ويرجع في تقدير أجرة المثل إلى العرف ، وأهل الخبرة والاختصاص .

#### ثانياً : الإذن ، صيغته ، وما يُحمل عليه

لما كانت الوكالة مبنية على الإذن في التصرف ، بل هي الإذن عينه - لزم الاحتفاء بمصطلح « الإذن » ، وبيان علاقة العرف به ، وما يُبنى منه عليه .

وهذا الإذن ؛ قد يكون إذناً بالتصرف ، كما في الوكالة ، والمضاربة ، وفي تصرف الولي في مال مؤلّيه ، وناظر الوقف في الوقف ؛ أو إذناً بالاستهلاك أو الملك ، كما في إباحة الطعام والنثار ، أو إذناً في الانتفاع ، كما في العارية .

#### تعريف الإذن :

أذن في الشيء إذناً : أباحه له ، وأطلق له فعله ، واستأذنه في كذا : طلب إذنه ( قاموس ومصباح : أذن ) ، والإذن في الشيء أيضاً : « إعلامٌ بإجازته ، والرخصة فيه » ( مفردات الراغب : ٧١ ) .

ويفرق الفقهاء بين الإذن والإجازة بأن الإذن لما سيقع ، والإجازة لما وقع ، وتعرف الإباحة - وقد فسّر بها الإذن - بأنها : « الإذن في إتيان الفعل كيف شاء الفاعل » ( تعريفات الجرجاني : ٢٠ ) .

والإذن يحصل بما يدل عليه عرفاً فيتحقق الإذن بما يفيد صريحاً واضحاً ، كما يتحقق بما يفيد دلالة وضمناً ، ويدخل تحت هذا الضابط أفراده ؛ من القول ، والفعل ، والكتابة ، والمراسلة ، والإشارة المعهودة ، والسكوت الدالّ المحتفّ بالقرائن المفيدة للإذن .

أما الصريح فحق قول الآذن : أذنتُ لك في التجارة ، أو اشتر لي بيتاً ، أو أئجر في كذا ، والدعوة إلى الوليمة عن طريق كتاب أو رسول ، تعتبر إذناً في الدخول والأكل .  
وأما الإذن بطريق الدلالة : فكتقديم الطعام للضيوف ؛ فإنه قرينة تدلُّ على الإذن والإباحة ، وكبناء السقايات والخانات لأبناء السبيل ونحوهم ، وكما في النثار ، فيمن نثر على الناس نثاراً ، من نحو : نقد ، أو وُرُود ، وحلوى ، كان ذلك إذناً في التقاطه وأبيح أخذه وتملكه .  
وقد عبّر عن هذا كله ، في صياغة فقهية ضابطة الإمام الموفق - رحمه الله تعالى - في قوله :  
« يقوم ما يدلُّ على الإذن مقامه » ( المغني : ٤٥٠/٦ ) .

### ما يُحمل عليه الإذن المطلق ، ويُبين عن حدوده :

الإذن المطلق يُبين عن حدوده وأبعاده ، ويُظهر مجاله ومداه ، ويفسّره : العرف وعوائد الناس ، وذلك :

١- أن العرف هو المتبادر المعهود لدى الآذن والمأذون له ، و« الإذن ينصرف إلى ما جرت به العادة » ( المغني : ٢٠٨/٧ ) .

٢- أن القاعدة المطردة في العقود : « أن العقد المطلق يُحمل على عرف الناس وعاداتهم » ( قاعدة في العقود : ١٥٤ ) ، و« العقود المطلقة إنما تنزل على العرف » ( زاد المعاد : ١٨٨/٥ ) .

٣- أن الإذن لو لم يقيّد بالعرف لأدّى إلى الضّرر بالآذن ؛ و« لا ضررَ ولا ضرارَ » ، ودليله الأول حديث عروة بن أبي الجعد البارقى رضي الله عنه : « أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً ، يشتري له به شاةً ، فاشترى له به شاتين ، فباع إحداهما بدينارٍ ، فجاء بدينارٍ وشاةٍ ، فدعا له بالبركة في بيعه ، وكان لو اشترى التراب لربح فيه » ( صحيح البخاري مع الفتح : ٦٣٢/٦ ) .

وحديث عروة - هنا - أصلٌ في « الإذن العرفي » ، وإفادته جواز التصرف ، واعتماد دلالته من جهة الوكيل ، وإساعته وإنفاذه من جهة الموكل ؛ فإن عروة رضي الله عنه « باع وأقبضَ بغير إذن لفظيٍّ اعتماداً منه على الإذن العرفي ، الذي هو أقوى من اللفظي في أكثر المواضع ، ولا إشكال - بحمد الله - في هذا الحديث بوجه ما ، وإنما الإشكال في استشكله ؛ فإنه جارٍ على محض القواعد » ( إعلام الموقعين : ٣٩٤/٢ ) ، وانظر ما يأتي في أثر العرف في الضمان والفعل الضار .

### ثالثاً : ضابط تصرفات الوكيل :

#### الوكالة لا تخلو إما أن تكون مطلقةً أو تكون مقيدةً :

فإن كانت مقيدةً : رجعت إلى ما أتفق عليه بين الموكل والوكيل ، فليس للوكيل أن يخرج عما قيده به الموكل ، ولا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن موكله ، من جهة النطق والتصريح ، والوكالة تقبل التقييد بالزمان والمكان والعمل والمقادير والآجال ، وبكل ما يقيّد به الموكل وكيه ؛ إذ ذاك - حال كونها مقيدةً - لا يصحُّ للوكيل أن يتعدّى فيخرج عما قيّد به - ولو

كان متبرعاً - إلا إلى ما هو خيرٌ لموكله ، وأصلح له مما قيّد به ؛ لأن الرضا بشيءٍ يعدُّ رضاً بما هو خيرٌ منه .

وإن كانت الوكالة مطلقةً ، وكان الإذن فيها مطلقاً ، فإن المرجع في تفسير هذا الإطلاق وما يُحمل عليه إلى :

(أ) مصلحة الموكل .

(ب) العرف .

(ج) القرائن الأخرى .

أما ردُّ الإطلاق إلى مصلحة الموكل ؛ فلأنها غرضُ الوكالة ، ومَقْصِدُهَا الأول ، قال في شرح المنتهى ( ٣٠٥/٢ ) : « وإطلاقُ الوكالة إنما يملك به الوكيل فعل الأَحصَظُّ لموكله » ، ولأن ما كان يرجع إلى مصلحة الغير يلزم فيه الاجتهاد في الأصلح ، من ذلك تصرفات وليّ اليتيم ، وناظر الوقف ، والوصيِّ ، والوكيل - هنا - ونحوهم ، وإذا تعارضت التصرفات لزم الأصلح .

وأما القرائن : فالمراد بها حاجة الموكل وعوائده الخاصة ، وما يليق به من تصرفات وكيله ، فاعتبار هذه القرائن ونحوها - حال تفسير إطلاق الإذن بالوكالة - : مرادٌ متَّجِهٌ .

وأما العرف : فهو أصل هذا الباب ، والضابط الأول في تفسير الإطلاق ، وبيان ما يُحمل عليه ، قال الإمام الموفق - رحمه الله تعالى - : « مطلق الوكالة يُحمل على المتعارف » ( الكافي : ٢٤٧/٢ ) . ومصلحة الموكل والقرائن المشار إليها ترجع إلى العرف ، وتؤدِّي إليه ، فإن هذه الأمور الثلاثة قد تتداخل ، والمرجع في جملتها إلى نظر العرف ، وتحكيم العوائد ؛ فإن مما يُدرك به كون الأمر أو الفعل أَحصَظُّ للموكل أو هو في مصلحته : العرف العام ، أو العرف الخاص ومآله إلى معارف أهل الخبرة والاختصاص .

وعليه : يملك الوكيل من أنواع التصرفات ما يقتضيه الإذن من جهة العرف ، حال إطلاق العقد ، أو ترك شيءٍ منه دون تصريحٍ بشرط ، أو نُطْقٍ بقيد ، فما تعارف الناس فعله والإذن فيه - من طريق الوكالة - كان سائغاً فعله للوكيل ، نافذاً على موكله ، قال الإمام الموفق - رحمه الله تعالى - : « ولا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن موكله ، من جهة النطق ، أو من جهة العرف ، لأن تصرفه بالإذن فاختصَّ بما فيه ، والإذن يعرف بالنطق تارةً ، وبالعرف أخرى » ( المغني : ٢٣٤/٧ ) .

والرجوع إلى العرف - هنا - وجعله ضابط النظر في تصرفات الوكيل - حال إطلاق العقد - هو عَوْدٌ فيما يُنزل منزلة النطق بالأمر المتعارف .

وتحكيم العرف والعوائد ، ومعارف أهل الخبرة والاختصاص يكون في كل نوع من الوكالة بحسبه ، فليست الوكالة في إدارة الأعمال ، كالوكالة في السمسة ، وهما ليستا كالوكالة في الخصومة ، وكلها ليست كالوكالة في النكاح <sup>(١)</sup> ، أو في استيفاء الحدود .  
وعلى الوكيل التقيّد برعي هذه المراجع الثلاثة ولحظها : من مصلحة الموكل ، والعرف ، والقرائن ، فإن مجاوزته لها يعدُّ تعدياً يوجب الضمان .

#### أمثلة وتطبيقات :

- من وكل في بيع أو شراء لم يبيع ولم يشتر من نفسه ، وجه المنع : أن الشرط العرفي كالشرط اللفظي ، والعرف في البيع : بيع الرجل من غيره ، وفي الشراء : شراؤه من غيره ، فحملت الوكالة المطلقة عليه ، كما لو صرح الموكل بذلك ، ولأن الوكيل تلحقه تهمّة في بيعه من نفسه لنفسه ، وشراؤه من نفسه لنفسه .

وكذا لا يصحُّ عقد الوكيل في البيع والشراء مع من لا تقبل شهادته له .

- الوكيل في البيع - مع الإطلاق - يملك البيع بثمان المثل ، ويملك البيع بدونه ، إذا كان مما يُتغابن بمثله عادةً .

- إطلاق الثمن - في البيع والشراء - ينصرف إلى ثمن المثل ، ولو باع الوكيل بثمان زائد عن ثمن المثل صحَّ ، والزائد للموكل ، ما لم يعلم الوكيل عدم رضا الموكل بذلك .

- إطلاق الثمن أيضاً ينصرف إلى المعروف ، والعرف كون الثمن من النقد ، فلا يصحُّ بيع الوكيل بالعروض والمنافع ، ولا بغير نقد البلد ، وإذا كان هناك نقودٌ مختلفة فلا يصحُّ بغير الغالب رواجاً ، فإن تساوت رواجاً فلا يصحُّ بيعه إلا بالأصلح ، كالدولار اليوم ونحوه .

- الإطلاق في البيع ينصرف إلى الحلول ، فلا يصحُّ بيع الوكيل نسيئةً ، أي : بثمانٍ مؤجّلٍ ، إلا بإذن الموكل .

- الإطلاق يقتضي السلامة من العيب ، فليس للوكيل شراء المعيب علماً بعيبه ، ويلزمه لو اشتراه معيماً علماً بعيبه ، إلا إذا رضيه الموكل .

<sup>(١)</sup> مثل له الإمام العز بن عبد السلام - رحمه الله تعالى - بقوله : (( حَمَل الإِذْن فِي النِّكَاحِ عَلَى الْكُفَى ، وَمَهْر الْمَثَل - هُوَ الْمَتَابِرُ إِلَى الْأَفْهَامِ ؛ بَدِيلُ أَنَّهُ إِذَا قَالَ مَنْ هُوَ أَشْرَفُ النَّاسِ وَأَفْضَلُهُمْ وَأَغْنَاهُمْ لَوْ كَيْلَهُ : وَكُنْتُكَ فِي تَرْوِيحِ ابْنِي ، فَزَوْجَهَا بَعِيدٌ فَاسْتَقِ مَشْوَهُ الْخَلْفَةَ ، عَلَى نِصْفِ دَرَاهِمٍ - فَإِنَّ أَهْلَ الْعَرَفِ يَقْطَعُونَ بِأَنَّ ذَلِكَ غَيْرُ مُرَادٍ بِاللَّفْظِ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ قَدْ صَارَ عِنْدَهُمْ مَقِيداً بِالْكَفَى وَمَهْر الْمَثَل )) (قواعد الأحكام ١٠٧/٢) .

هذا ويجمع كثيراً من الفروع في « الإذن العرفي » هذا الضابط من قول العلامة القاري - رحمه الله تعالى - : « كلُّ تصرُّفٍ خالف الوكيل موكله فيه ، فهو كتصرُّفِ الفُضُولي ، لا ينعقد إلا إذا كانت المخالفة إلى ما هو مأذونٌ فيه عرفاً ، فيصحُّ » ( المجلة الحنبلية : ١٢٥٣ ) .

### تطبيقات الوكالة في الخصومة :

المراد بالوكالة في الخصومة الوكالة في إثبات الحق ، وهي : المحاماة بلسان العصر ، وهذه فروعٌ وتطبيقاتٌ على ضابط تصرُّفات الوكيل ، في الخصومة ، والقبض والاستيفاء .

١- الوكيل في الخصومة لا يكون وكيلاً في القبض ؛ لأن الإذن لم يتناوله نطقاً ولا عرفاً ؛ ولأن الموكل قد يرضى الوكيل للخصومة ولا يرضاه للقبض ، وقال في الإنصاف ( ٣٩٣/٥ ) : « الذي ينبغي : أن يكون وكيلاً في القبض ، إن دلت عليه قرينة » .

وإن وُكِّل في القبض كقبض ودبعة أو دينٍ ونحوه كان وكيلاً في الخصومة ؛ لأنه لا يتوصل إلى القبض إلا بها ، فكان إذناً فيها عرفاً .

٢- الوكيل في الخصومة لا يكون وكيلاً في الإقرار على موكله بقبضٍ ولا غيره ؛ لأن الإذن بالخصومة لم يتناوله نطقاً ولا عرفاً .

٣- لو وُكِّل شخصاً في قبض حقه من فلان بعينه - ملك الوكيل قبض الحق منه ، ومن وكيله ؛ لأنه قائمٌ مقامه عرفاً ، ولا يملك الوكيل قبض الحق من ورثته ؛ لأنه لم يؤمر بذلك ولا يقتضيه العرف .

### ما يجوز للوكيل التوكيل فيه :

للكوكل أن يوكل غيره دون صريح إذن موكله ، إذا كانت دلالة الحال مفيدة للإذن العرفي فيه ، من ذلك :

١- كون التصرف الموكل فيه مما يعجز عنه الوكيل ؛ لكثرتة ، أو لكونه لا يحسنه ، وأشباه هذا .

٢- كون مثل هذا التصرف مما لا يتولاه الوكيل بنفسه عادةً كالأعمال الدنيئة في حق أشرف الناس ، المترفعين عن فعلها في العادة ، قال الإمام الموفق - رحمه الله تعالى - : « لأنه إذا كان مما لا يعمله الوكيل عادةً ، انصرف الإذن إلى ما جرت به العادة من الاستنابة فيه » ( المغني : ٢٠٨/٧ ) .

وفي هذه الحال - توكيل الوكيل بدلالة الإذن العرفي - فالثاني وكيل الوكيل الأول ، وحكمه حكم ما لو أذن له الأصيل أن يوكل لنفسه .

وظاهرٌ أن استعمال العرف - هنا - هو فيما يتزل متزلة النطق بالأمر المتعارف .

## رابعاً : ضمان الوكيل :

- يجب على الوكيل أن يحفظ ما بيده من مال موكله حفظه المعتاد لماله هو ، أو حفظ المثل لمال الموكل ، فلا يفرض في حفظه أو يتعدى عليه .

- والوكيل غير ضامن لما تلف بيده ، من غير تعدد منه أو تفريط ، سواءً أكان متبرعاً بوكالته ، أم كانت وكالته بأجر ؛ لأنه نائب المالك في اليد والتصرف ، فالهلاك في يده كالهلاك في يد المالك . ويقبل قوله بيمينه في نفي التفريط والتعدي عند الاختلاف فيه .

- ويجب على الوكيل أيضاً : ردُّ ما وكل فيه إلى موكله أو من يقوم مقامه ، إذا طلبه ، أو انتهت مدة الوكالة .

وكل ذلك من مقتضى عقود الأمانات ، وأحكام الأمين .

وكذا في التصرف : فإن المعروف في الأمانة : اختيار الأصلح وفعله فيما ائتمنوا عليه ، وأذن لهم في التصرف فيه ؛ بولاية أو وكالة : كناظر الوقف ، وولي المحجور عليه ، والوكيل - هنا - المضارب والشريك ، فالأمين متى قدر على فعل الأصلح ولم يفعل كان ضامناً .

والأمثلة والتطبيقات على ما يوجب الضمان - هنا - في عقد الوكالة ترجع في جملتها إلى الأصلين الكبيرين في « الضمان » وهما « التعدي » و« التفريط » . والضابط فيهما العرف : فما عدَّ في العرف تعدياً أو تفريطاً كان كذلك ، وأوجب الضمان شرعاً وفقهاً .

### ضوابط وتطبيقات لما يعدُّ تفريطاً في عقد الوكالة :

١- ليس للوكيل أن يعقد نحو بيع أو إجارة مع فقير ؛ لأنه تفريط بالمال . قال في شرح المنتهى ( ٣٠٤/٢ ) : « وفي معناه : كل من يعسر على الموكل أخذ العوض منه » .

٢- إذا قضى الوكيل دين موكله دون بينة من شهادة ونحوها فهو تفريط ، يوجب الضمان ، لو أنكر الغريم مثلاً . لكن إن كان ذلك بحضور الموكل ، فهو رضى بترك الإشهاد فلا ضمان عليه ؛ لأن حضوره قرينة رضاه بالدفع بغير بينة .

والذي ينبغي أن يقال في هذا ونظائره ؛ طرداً لتحكيم العرف ، ورعياً لما يجري به العمل بين الناس : « إن المعاملات التي لم تجر العادة فيها بالإشهاد يعدُّ تكليف البينة عليها خروجاً عن العدل المعروف » ( مجموع الفتاوى : ٦٧/٣٠ بتصرف ) ، فهو غير واجب على الوكيل ، وما جرى به العرف منها - كان الإشهاد فيه لازماً ، ويضمن بتركه لذلك .

٣- من وكل ببيع سلعة فباعها بما لا يشبه بيعات الناس ؛ بأن كان أنقص من ثمن المثل ، أو وكل بشراء شيء فاشتراه بما لا يتغابن الناس بمثله عادة ضمن ذلك ؛ لأنه تفريط .

## ضوابط وتطبيقات على « التعدي » في الوكالة :

- ١- إمساك الوكيل حقّ موكله ، بعد طلبه منه - مع إمكان ردّه - تعدّد موجباً لضمّانه لو تلف به .
- ٢- إذا خالف الوكيل صريحَ أمر الموكل ، وما قيّد به إذنه له كان ضامناً لتعديّه ، ومن هذا : لو أمره أن يشتري نوعاً من السلّع فاشترى غيرها ، أو أمره ببيعته بثمنٍ محدّدٍ فباعه بأقلّ ضمن ذلك ، إلا أن يكون باعثُ المخالفة كونه أحظّ لموكله .  
وكذا لو خالف الوكيل دلالةَ الموكل ، كما لو وكّله في شراء طعامٍ لضيوفه ، فاشترى من نوع الطعام ما لا يليق بمثل موكله ، أو وكّله في شراء خبزٍ لأسرته ، فاشترى أضعاف أضعاف حاجاتهم منه ، كان ضامناً لذلك .
- ٣- إذا استعمل الوكيل ما وكلّ ببيعته أو شرائه أو إيجارته أو هبته ، فهو تعدّدٌ يوجب الضمان ؛ لأنه ليس مأذوناً له في استعماله ، وكذا لو استعمل العين المأذون له فيها استعمالاً غير معتادٍ كان متعدياً ضامناً .

\* \* \*





## المطلب الثاني : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في " الحجر "

وفيه المباحث التالية :

أولاً : ما يجب للمفلس من ماله المحجور عليه :

متى لزم الإنسان ديوناً لا يفي ماله بها ، فسأل غرماؤه الحاكم الحجرَ عليه : لزمه إجابتهم . ويستحب أن يظهر الحجرُ على المفلس ؛ لتجنب معاملته ، فإذا حُجر عليه ثبت بذلك أربعة أحكام :

١- تعلق حقوق الغرماء بعين ماله .

٢- منع تصرفه في عين ماله .

٣- أن من وجد عين ماله عند المفلس فهو أحقُّ به من سائر الغرماء ، إذا وجدت شروط ذلك .

٤- أن للحاكم بيع ماله وإيفاء الغرماء .

ويجب على الحاكم أو أمينه أن يترك للمفلس من ماله ما تدعو إليه حاجته ، وينفق الحاكم على المفلس وعلى من تلزمه نفقته من زوجةٍ وخادمٍ وقريبٍ ؛ لأنهم يجرون مجرى نفسه من ماله بالمعروف ( انظر : كشاف القناع : ٤٣٣/٣-٤٣٤ ) .

فما يجب على الحاكم أو أمينه تركه للمفلس من ماله المحجور عليه أمران رئيسان :

(أ) ما تدعو إليه حاجة المفلس ، من عين ماله .

(ب) النفقة عليه وعلى من تلزمه نفقته بالمعروف .

أ- ما يُترك للمفلس من عين ماله ، فيما تدعو إليه حاجته :

التعبيرُ بـ « ما تدعو إليه الحاجة » ؛ لنفي طرفيها المقابلين لها ، وهما : « الضروريات » و« التكميليات » ، فلا يضارَّ المفلس بالاختصار على « الضروريات » ، ولا يضارَّ الغرماء بإسماحه التوسع في « التكميليات » ، ﴿ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴾ .

وما تدعو إليه حاجة كلِّ شخص بحسبه ، وهي أمورٌ نسبيةٌ إضافيةٌ ، والمرجعُ في محاولة ضبطها ، هو العرف والعادة ، ومن أمثلة ذلك :

دار السكنى : لا تباع دار المفلس التي لا غنى له عن سكنها ، فإن كان له داران يستغني بسكنى إحداهما بيعت الأخرى . وإن كان مسكنه واسعاً أو فخماً لا يسكن مثله في مثله : بيع ، واشترى له مسكنٌ لائقٍ بمثله ، وردَّ الفضلُ على الغرماء .

**الخدام :** لا يُصرف خادماً يحتاج المفلس إلى خدمته ؛ لأن ذلك مما لا غنى له عنه ، شرط ألا يكون الخادم أُجرته باهظةً ، لا يصلح لمثله ، وإلا أُخدم ما يصلح لمثله - إن كان مثله يُخدم ، وردَّ الفضلُ على الغرماء .

**آلة الحرفة ، أو رأس مال التجارة :** يجب أن يترك للمفلس أيضاً شيئاً من ماله يتجر به إن كان تاجراً ، أو تترك له آلة الحرفة إن كان ذا صنعة ، ومنها : للعالم الكتب التي يحتاج إليها .  
**آلة الركوب :** يجب أن يترك للمفلس أيضاً ما يركبه لقضاء حوائجه ، من أدنى سيارة تليقُ بمثله ، إن لم يكن يكفيه أو يليق بمثله ركوبُ وسائل النقل العامة .

**ب- أما النفقة التي تجب للمحجور ، ولمن تلزمه نفقته :** - فضابطها « المعروف » .  
و« المعروف » مصطلحٌ يتكرر كثيراً في « النفقات » ، وهنا في أبواب المعاملات ، وظاهرُ أن المراد به « العرف » .

أما الطعام فيما يصلح لمثله من متوسط الطعام ، لا ما يُترفه ، وكذلك الكسوة ، فكسوته هو من جنس ما يكتسبه مثله ، ولو جرت عادته ببعض أنواع اللباس دُفع إليه ذلك أو نفقته . وإن كانت له ثيابٌ لا يلبس مثله مثلها - بيعت واشترى له كسوة مثله ، إن كان يبقى من ثمنها فضلٌ ليردَّ على الغرماء .

وكسوة امرأته ونفقتها مثل ما يفترض على مثله ، وكذا الحال في من تلزم المحجور عليه - نفقته .  
**ثانياً : ما يجوز للولي أن يأكله من مال المولى عليه :**

وليُّ المحجور عليه من صغيرٍ ومجنونٍ وسفيهٍ - غير الحاكم وأمينه - يجوز له الأكل من ماله مولىً .  
وشرط الجواز : حاجة الولي إلى ذلك لفقرٍ ونحوه ، مع عمله في مال المولى عليه بما يصلحه .  
ودليل ما تقدم ، قوله تعالى : ﴿ ... وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [ النساء 6 ] .

وعن أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها - قالت : « أنزلت في والي اليتيم الذي يقيم عليه ويصلح في ماله إن كان فقيراً أكل منه بالمعروف » ( صحيح البخاري مع الفتح : ٤ / ٤٠٦ ) .

والمراد بالمعروف : « المتعارف به بين الناس ، فلا يترفه بأموال اليتامى ، ويبالغ في التنعم بالمأكل والمشروب والملبوس ، ولا يدع نفسه عن سدِّ الفاقة وستر العورة » ( نيل المرام / صدِّيق خان : ١٢٨ ) .

### **ثالثاً : ومن مصطلحات الحجر :**

المراد بذلك بيانُ جملة مصطلحاتٍ يكثرُ دورانها - هنا في الحجر - ولزوم تنقيحها ، وذكر تعلقها بالعرف والعوائد .

وهذه المصطلحات هي :

١- المميزُ وسنُّ التمييز .

٢- البلوغ .

٣- السفه ( التبذير والإسراف ) .

٤- معنى الرشد وكيفية إثباته .

٥- الإذن = فكُّ الحجر .

#### ١- المميز وسنُّ التمييز :

تميّز الشيء : انفصل عن غيره ، والفقهاء يقولون : « سنُّ التمييز » ، ومرادهم بذلك تلك السنُّ التي إذا انتهى إليها الصغير عرفَ مضارَّه ومنافعه ، وغدا يُدرك معاني الألفاظ إجمالاً .  
وحدُّ المميز على المذهب هو : مَنْ بلغ سبع سنين ، وقال صاحب المَطَّلَع ( ٥١ ) : « المميز الذي يفهم الخطاب ويردُّ الجواب ، ولا ينضب بسنِّ ، بل يختلف باختلاف الأفهام » .  
فالصواب : أن يُعتبر كلُّ صبيٍّ بنفسه ، فمن الصبيان من يميِّز لدون خمس ، ومنهم مَنْ يحصل له من سبع ، ومنهم قبلها ، ومنهم إن بلغ عشرًا أو أكثر .

#### ٢- البلوغ :

البلوغ يعرف ويعتبر بظهور علاماته الطبيعية ، فمتى ظهرت أخذ البلوغ حكمه بمجرد ظهورها ، دون تقيُّد بسنِّ معينة ، وذلك قد يختلف باختلاف الطبائع وتباين الأقاليم : ففي البيئات الحارَّة يبيكُّ البلوغ وفي الباردة يتأخر .  
فالرجوع إلى العادة هنا في أمر البلوغ وعلاماته رجوعٌ لما هو طبيعياً أو كان ناشئاً عن عاملٍ طبيعي .

#### ٣- السفه ( التبذير والإسراف ) :

ويُعرف السفه بأنه : « التبذير في المال والإسراف فيه » ( المَطَّلَع : ٢٢٨ ) .  
والتبذير والإسراف قد يستعملان أحدهما مكان الآخر ، وقد يفرَّق بينهما بأن التبذير : صرفُ المال في غير مصارفه المعروفة عند العقلاء ، وأن الإسراف : إنفاقُ مالٍ كثيرٍ في غرضٍ خسيسٍ ، وقد يقال تارةً باعتبار الكميَّة وتارةً بالكيفيَّة ( تحرير أَلْفَاظ التنبية : ٢٠٠ ، التوقيف على مهمات التعريف : ٦١ ) .

وقال الشيخ تقي الدين - رحمه الله تعالى - مختاراً مفهوماً أعمَّ وأشمل للسفه والإسراف :  
« الإسراف ما صرفه في الحرام ، أو كان صرفه في المباح يضرُّ بعياله ، أو كان وحده ولم يثق بإيمانه ، أو صرف في مباحٍ قدرًا زائداً على المصلحة » ( الاختيارات : ١٣٧ ) .  
والرجوع إلى العرف - هنا - هو عودٌ إليه لتحكيمة في معرفة فعلٍ غير منضبطٍ تترتَّب عليه الأحكام ، وتزِيلُ للأحكام المطلقة على الحوادث .

#### ٤ - معنى الرُّشد ، وكيفية إثباته :

التبذير والإسراف يُنتجان عدم الصلاح في المال ، ويدلّان عليه ، وهو السفه كما تقدم ، ومَن كان سفيهاً كان غيرَ رشيدٍ ، وقد ناط الله سبحانه وتعالى دفع المال إلى السفهاء بتوفّر أمرين معاً ، باجتماعهما ترتفعُ الولاية عمّن كانت عليه ، وهما : بلوغُ النكاح ، وإيناس الرشد .

#### معنى الرُّشد :

الرشد هو آخر مراحل الأهلية ، وبحصوله تكمل أهلية من اتصف به ، وهو - على المذهب الحنبلي - : « الصلاحُ في المال لا غير » ( الإقناع : ٢٢٢/٢ ) . والمراد بذلك : البصيرةُ المالية التي يكون الشخص بها حسن التصرف بالنظر الديني .

وهذا الرشد قد يأتي مع البلوغ ، وقد يتأخر عنه قليلاً أو يتأخر كثيراً ؛ وذلك تابعٌ لاستعداد كلِّ شخصٍ وتربيته ، وما قد يكون له من سابقة تمرينٍ وخبرةٍ في شؤون المال وأحوال الناس ، ثم إن لتعقّد الحياة المعيشية والاجتماعية ، أو يُسرّها وسهولتها أثرها الظاهر في ذلك .

#### كيفية إثبات الرشد :

يعرف رشد الصغير ويُؤنس باختباره قبل البلوغ ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَأَبْتَلُوا يَتَامَى ... ﴾ [ النساء ٦ ] . ولا يُختبر إلا المميّز المراهق الذي يعرف البيع والشراء والمصلحة والمفسدة ، واختباره يكون بأن تفوِّض إليه التصرفات التي يتصرّف فيها أمثاله ، قال في الإقناع (٢٢٢/٢) : " بما يليق به " ، وذلك يختلف باختلاف طبقات الناس ، وللعرف في ذلك حكمه وأثره .

فوكّد التاجر - مثلاً - يُؤنس رشده بأن يختبر في البيع والشراء والمماكسة فيها ، فإذا تكرّر ذلك منه فلم يُغبن غبناً فاحشاً ، ولم يضيّع ما في يديه - فهو رشيدٌ .

ويختبر ابنُ كلِّ محترفٍ بما يتعلّق بحرفته ؛ فيختبر ابنُ المزارع في أمر الزراعة ، والإنفاق على القوام بها والعمّال فيها ، والقيام عليهم ، ويختبر ابنُ النجّار فيما يتعلّق بنجارته .

وإن كان من أولاد الكبراء الذي يُصان أمثالهم عن الأسواق دُفعت إليه نفقةٌ مدة ؛ لينفقها في مصالحه ، فإن كان قيماً بذلك يصرفها في مواقعها ، ويستوفي على وكيله ويستقصي عليه - فهو رشيدٌ .

وتختبر الأنثى بأن يفوِّض إليها ما يفوِّض إلى ربة البيت من أمر تدبير المنزل ؛ من صون الأطعمة ونحوها ، وحفظ الثياب ، وتدبير بيت الأسرة والقيام على شؤونه ، وشبه ذلك من مصالح البيوت ، وتختبر الأنثى أيضاً بتدريبتها على شراء حاجياتها السنوية ، من أصناف الأقمشة وأنواع الملابس ، ولوازم الأنثى من أدوات الزينة والحلي ونحوها ، واستجداته ، والاستيفاء على من تتعامل معه ، ونحو ذلك اليوم من التصرفات المالية ، والممارسات والسلوكيات الاجتماعية السائغة في المناسبات العامة والخاصة ، فإن وُجدت ضابطةً لما في يديها تُحسن استيفاء حقوقها = فهي رشيدةٌ .

ولا تكفي المرة الواحدة في الاختبار ، بل لا بدّ من مرتين فأكثر ، بما يفيد غلبة الظنّ برُشده .  
٥- الإذن : فكّ الحَجْر .

وما يتعلّق بأثر العرف في مصطلح الإذن ، سبق في عقد الوكالة .

\* \* \*



## الفصل الثالث : معاملات التوثيق والحفظ .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في الكفالة والضمان .

المطلب الثاني : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في عقد الإيداع .





## المطلب الأول : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في الكفالة والضمان

الكفالة والضمان من وسائل الاستيثاق في الديون ونحوها ، ومنه يمكن استيفاء الحق ، شرع تيسيراً على المسلمين ، وقضاء لحوائجهم ، وتحقيقاً للتعاون بينهم .

وحدهُ شرعاً : « التزام ما وجبَ أو يجبَ على غيره مع بقائه عليه » . أو هو « ضمُّ الإنسان ذمته إلى ذمّة غيره فيما يلزمه حالاً ومآلاً » ( المجلة الحنبلية م : ١٠٦١ ) .

ويصح الضمان في كل حقٍّ من الحقوق المالية الواجبة ، أو التي تؤول إلى الوجوب ، كما أوماً إليه التعريف . من ذلك : ثمنُ المبيع ، والقرضُ ، والأجرةُ ، والمهرُ قبل الدخول وبعده ، وقيمةُ متلّف ، وضمانُ الجعل في الجعالة والمسابقة ، ونفقةُ الزوجة سواءً كانت نفقة يومها وهي الواجبةُ ، أو مستقبلةً ؛ لأن مآلها إلى اللزوم ، ونحو هذا ( المغني : ٧٢/٧-٧٤ ) .

والمسائل المبنية على العرف في الضمان والكفالة : هي مسألة الصيغة في كليهما ، وما ينعقدان به .  
**صيغة الضمان وما ينعقد به :**

الصيغة هي الدالة المظهرة لحقيقة الالتزام ، فلا بدّ من إيجاب الضامن لانعقاد الضمان ، وأما القبول فلا يشترط ، سواءً كان من المضمون عنه أو المضمون له .

وقد ذهب جمهور العلماء إلى أن صيغة الكفالة تتم بإيجاب الكفيل وحده ، ولا تتوقف على قبول المكفول له ؛ لأن الكفالة أو الضمان مجرد التزام من الكفيل بأداء الدين لا معاوضة فيه ، بل هو تبرعٌ ينشأ بعبارة وحده ، فيكفي فيه إيجاب الكفيل ( انظر : حاشية ابن عابدين : ٢٨٣/٥ ، وحاشية الدسوقي : ٣٢٥/٣ ، وحاشية القليوبي : ٣٢٥/٢ ، وكشاف القناع : ٣٦٥/٣ ) .

وألفاظ الضمان التي ينعقد بها ، هي : « كلُّ لفظٍ دالٌّ على التزام الحقِّ عرفاً » .

فهذا هو الضابط ، سواءً أكان اللفظ صريحاً أم كنايةً ، ما دامت دلالته العرفية معلّمةً بالضمان مفيدةً معناه . ومن أمثلة ذلك : أنا ضمينٌ ، وكفيلٌ ، وقبيلٌ ، وحميلٌ ، وزعيمٌ ، أو ملتزمٌ ، أو متعهدٌ ، أو غارمٌ ، أو تحمّلتُ دينك ، أو ضمنتهُ ، أو هو عندي ، أو : دينك عندي ، أو عليّ مالكٌ عنده .

قال الشيخ تقي الدين - رحمه الله تعالى - « قياس المذهب : أنه يصحُّ بكلِّ لفظٍ يفهم منه الضمان عرفاً » ( الاختيارات : ١٣٢ ) . قال في الكشاف ( ٣٦٣/٣ ) : « لأنَّ الشرع لم يحدِّ ذلك بحدٍّ ، فرجع إلى العرف كالحرز والقبض » .

ومثّل له الشيخ تقي الدين - بـ : زوجه وأنا أوّديّ الصداق ، أو : بعه وأنا أعطيك الثمن ، واتركه لا تطالبه وأنا أعطيك الثمن .

## الكفالة والضمان الإلكتروني :

من صور الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة : إذا كتب الكفيل إيجابه إلكترونياً فإنه يصح العقد ويعتبر كفالةً صحيحةً ، والمتأمل في واقع الناس اليوم وتعاملاتهم التجارية يجد أن الحاجة إلى الكفالة قائمة ، فكثيراً من الشركات والمؤسسات التي يتعامل معها الناس بالتقسيط ، أو بالبيع بالأجل تطلب كفيلاً ، وقد لا يتيسر الكفيل في مكان وجود الشركة أو المؤسسة ، فيتم تقديم الكفالة أو الضمان عن المكفول عنه أمام المكفول له ، ويكون ذلك بوثيقة إلكترونية ، شرط اعتمادها من جهات التصديق على الوثائق الإلكترونية ، ويتمُّ التحقُّق من هوية الكفيل بأي طريقةٍ من طرائق التحقق من الهوية الإلكترونية ، كالتوقيع الإلكتروني المصدق من جهةٍ محلولةٍ بالتصديق على التوقيع الإلكتروني ( الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية : ٢٤٩ ) .

\* \* \*

## المطلب الثاني : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في عقد الإيداع

الوديعة من عقود الأمانات ، فموضوعها : استعانة الإنسان بغيره في حفظ ماله ، ومقصدها هو الائتمان على الحفظ .

ومعنى كون العقد أمانةً - في اصطلاح الفقهاء - أن « الأمين » لا يكون ضامناً له ، أي : إنه غيرُ مسؤولٍ عما يصيب المال المقبوض لحفظه ؛ من تلفٍ فما دونه إلا إذا تعدَّى عليه ، أو قصرَ في حفظه حتى تلف أو تعيَّب ( المدخل الفقهي / الزرقا : ١/٥٤٨ ، ٥٨٠ ) .

والإيداع - وهو العقد - هو : توكيل ربِّ المال غيره في حفظه بلا عَوْضٍ .

والاستيداع هو : قبولُ الوكالة في حفظ مال الغير بلا عَوْضٍ ( المجلة الحنبلية : م ١٣١٦-١٣١٩ ) .

### صيغة عقد الإيداع :

لقد صاغ العلامة القاري - رحمه الله تعالى - في مجلته ما ينعقد به الإيداع ، مما هو مستفادٌ من

صيغة عقد الوكالة ، فقال :

(أ) « ينعقد الإيداع بإيجابٍ وقبولٍ بلفظ الإيداع ، وكل قولٍ دلَّ على الاستنابة في الحفظ ... » .

(ب) « يصحُّ قبول الإيداع بكلِّ قولٍ أو فعلٍ دلَّ عليه » ( المجلة الحنبلية : م : ١٣٢٠ ، ١٣٢١ ) .

أما القبول بالقول فظاهرٌ ، من نحو قول المستودع : قبلتُ ، أو : نعم ، أو : حاضر ، أو : لا مانع لديّ ، أو : لا بأس ، وما يجري مجرى هذه العبارات مما يدلُّ على القبول ، ومرجعُ دلالتها العوائد والأعراف ، كما تقدّم في نظائره .

أما الفعل : فقبضُ الوديعة ، وتناولها من المودع قبولٌ للإيداع ، كما لو قام المستودع بتناول الأشياء المراد إيداعها من المودع ، ووضعها في محله أو خزنته .

ومن أمثلة ذلك :

١- إدخال السيارات - من خلال اللوحات الإرشادية - إلى مواقفها الخاصة في الفنادق

والمطارات ونحوها .

٢- تركُ إنسانٍ متاعه أمام شخصٍ جالسٍ ، ينظر إليه ، دون اعتراضٍ منه ، كما قد يحصل عادةً

في المساجد ، ونحوها .

٣- إيداع العصا ، أو غطاء الرأس في أماكنها المخصصة ، حال دخول الأماكن العامة ، كما

يجري في بعض البلدان .

٤- إيداعُ النساءِ جلابيبهنَّ ( العباءات ) في أماكنها المُعدَّة ، في مناسبات الأفراح ونحوها ، وقد

تكون هناك مَنْ تتناول الجلابيب منهنَّ ، وتعطيهنَّ رقماً للشيء المودع .

فهذه الأمثلة ونحوها مما هو في معناها - كان لسان الحال ، والدلالة المستفادة من القرائن ،  
والعوائد والعرف - هي الموجبة والقابلة ، والمفهمة عقد الإيداع ، والرجوع إلى العرف - هنا -  
لتحكيمة هو : رجوعُ إليه لمعرفة فعلٍ غير منضبطٍ تترتب عليه الأحكام .

لكن ينبغي تقييدُ صحة الإيجاب والقبول - في عقد الإيداع - بالفعل الدالّ عليه عرفاً ، بما إذا  
كان معتاداً ، واضح الدلالة لدى الجميع ، أو على الأقلّ غالباً ؛ كي لا يكون مثار تنازعٍ واختلافٍ ؛  
إذ إن الإيداع تترتب عليه التزاماتٌ كما هو معلومٌ ، ويقيد انعقاده بالفعل أيضاً في غير ما يُحتاط له  
بإظهار الإيجاب والقبول ، كإيداع أموالٍ ، أو جواهر ثمينة ، أو وثائق مهمةٍ ، ونحو ذلك ، وهذا  
التفريق هو أيضاً متعارفٌ عليه .

هذا . والأثر الأول لعقد الإيداع هو : حفظ الوديعة من جانب المستودع ، والالتزام بذلك ، إلى  
أن يتسلمها صاحبها ؛ لأن الإيداع من جهة المودع استحقاقٌ وائتمانٌ ، ومن جانب المستودع التزامٌ  
بالحفظ ، فيلزمه الوفاء به .

وجملة واجبات المستودع والتزاماته ترجع إلى أمرين اثنين :

**الأول : حفظ الوديعة .**

**الثاني : ردّ الوديعة ، وتسليمها لصاحبها .**

ويتربّب على الإخلال بأحد هذين الأمرين - إن كان سبيل هذا الإخلال التفريط ، أو التعدي -  
يتربّب عليه الضمان للشيء المودع ، ( ر . موادّ المجلّة الحنبليّة ، من ص ٤٢٣ - ٤٢٤ ، ٤٢٥ - ٤٢٧ ) .

**أولاً : حفظ الوديعة :**

المودع إما أن يعيّن للمستودع ما يحفظ فيه الوديعة ، وإما أن لا يعيّن له ذلك :

١- فإن عيّن المودع للمستودع حِرْزاً يحفظ فيه الوديعة ، لزمه حفظها فيما أمره به سواءً أكان  
حِرْزاً مثلها أم لا . وإن أحرزها بحِرْزٍ مثل الذي عيّن صاحبها في الحفظ ، أو بحِرْزٍ أعلى منه -  
فلا ضمان عليه ؛ لأن تقييده بهذا الحِرْز يقتضي ما هو مثله ، فما هو فوقه من باب أولى .

٢- فإن لم يعيّن له ما يحفظها فيه ، حفظها المستودع كما يحفظ ماله ، وهو أن يحفظها في حِرْزٍ  
مثلها عرفاً ؛ ذلك أن مقتضى الإيداع الحفظُ ، فإن أُطلق ولم يعيّن ، حُمِل على المتعارف وهو حِرْز  
المثل .

وليس لهذه الكلمة من حدّ في الشرع ، بل المرجع في بيانها ، وضبطها إلى العرف .

قال الإمام الموفق - رحمه الله تعالى - : « ... والحرز ما عدَّ حرزاً في العرف ، فإنه لما ثبت اعتباره في الشرع من غير تنصيصٍ على بيانه ، عُلم أنه ردُّ ذلك إلى أهل العرف ، لأن لا طريق لمعرفة إلا من جهته ، فُرجع إليه » ( المغني : ٤٢٧/١٢ ) .

فسبيلُ كلمة « الحرز » ؛ لورودها في الشرع مطلقةً غيرَ معينةٍ - سبيل نظائرها من المطلقات في الرجوع إلى العرف ، لتعيين المراد منها .

غير أن ضابطه وإن كان هو العرف ، لكنه يختلف تبعاً لاختلاف الأحوال التي تعتريه ، ومنها :  
أ- اختلاف جنس المال ، فحرز النقود والجواهر مثلاً ليس كحرز الدواب والسيارات .  
ب- اختلاف البلاد كبيراً وصغيراً ؛ إذ - في الغالب - أن الأمن في البلد الصغير أوفر ، ولا يُحتاج فيه إلى مزيد تحرُّز كما يُحتاج إليه في البلد الكبير .

ج- اختلاف عدل السلطان وجوره ، وقوته وضعفه ، فإن العدل القوي يقيم الحدود ، فتقلُّ السُّراق ، فلا يحتاج الإنسان معه إلى زيادة حرز ، وجوره وضعفه بالضد من ذلك .  
فتبعاً لملاحظة هذه الاعتبارات يختلف ما يعدُّ حرزاً وحافظاً ، وما يحصل به وفاء المستودع بالتزامه بالحفظ .

والرجوع إلى العرف - هنا - لمعرفة ما يعدُّ حفظاً للوديعة أو تفريطاً فيها - هو رجوعٌ لمعرفة فعلٍ غير منضبطٍ تترتب عليه الأحكام .

### أمثلة ونماذج للأحراز :

١- حفظ النقود والجواهرات ، والأشياء الغالية الثمن ، أو ذات القيمة كالوثائق والصكوك ونحوها ، إنما هو في خزائنها الخاصة من حديدية ونحوها ، أو في « الأغلاق الوثيقة » ، كما هو في تعبير الفقهاء ، وإن وضعها في خزانة في السوق ، وثمَّ حارسٌ ، فهو حرزٌ ، كما هي حال المصارف اليوم .

٢- حرز الخشب والمؤن ونحوها في المخازن ونحوها .

٣- حرز الماشية ونحوها من الدواب في حظائرها ، وفي المرعى حرز الماشية براع يراها ويلاحظها غالباً .

٤- حرز السيارة ؛ الأصل المعتاد في إحرازها : إيقافها بمكانٍ مأمونٍ أمام البيت ، بجذء الرصيف مثلاً . لكن يستظهر - مما تقدّم تقريره - من اختلاف الحرز مع ظهور أمنٍ أو ضعفه عدم الاكتفاء بذلك ، بل يُدخلها داخل منزله إن كان يسع ذلك ، خاصة إن كان المستودع يفعل ذلك بسيارته هو - فيلزمه فعله .

٥- حرز الملابس والثياب في الخزانة المعدة لها ( الصُّوان ) .

٦- حرز الأظعمة السريعة في الثلاثجة ونحوها ، أما التي يطول عمر استعمالها ففي البيادر والمخازن ونحوها إن كان ملائماً لطبيعتها .

ويستفاد مما تقدّم ، ويتعلّق به ما يلي :

**أولاً :** على المستودع أن يحفظ الوديعة بنفسه هو : لأن المودع رضيّ به هو ، ولم يرضَ بغيره ، لكن للمستودع أن يدفع الوديعة إلى مَنْ جرت عادته هو بحفظ ماله بيدهم ؛ كوكيله ، أو كامراته وولده وخادمه ، ونحوهم .

فله : دفع الحليّ المودعة لديه إلى امرأته ؛ لتحفظها في ما تحفظ فيه حليّها .

أو : دفع السيارة إلى السائق ؛ ليودعها في المرآب ( الجراج ) ، أو : دفع المشية إلى الراعي ، أو الحصان إلى السائس ، ونحو ذلك .

بل للمستودع الاستعانة بالأجانب في نحو حملٍ أو نقلٍ للوديعة ، حيث جاز له نقلُ ذلك ، وفي نحو سقي الدواب وعلفها ، فلا يعدُّ كل ذلك تعدياً ، ولا ضمان عليه لو تلفت ؛ لأنه حفظها بما يحفظ به ماله ( المجلّة الحنبليّة : م ١٣٤٦ ، ١٣٤٧ ) .

**ثانياً :** على المستودع فعل ما تحتاج إليه الوديعة مما يلائم طبيعتها ، ولو باستعمالها ، فيلزمه - مثلاً - :

نشرُ الثياب والبُسط التي يُخشى عليها من العثِّ ، وتقليب الأخشاب ونحوها ؛ خوفاً من الأَرْضة ، وإعلاف الدابة ونحوها من المشية وسقيّها ، وإخراجها إلى المرعى ، وكذا تمشية الحصان مثلاً ، وتشغيل السيارة كي لا تصلب آلتها ، أو تفسد بطاريتها .

قال في الكافي : « لأن الإذن المطلق يُحمل على الحفظ المعتاد » ( ٣٨٠/٢ ) .

وعليه نقلها واستعمالها لذلك ؛ إذا خشي نحو حريقٍ ، أو سيلٍ ، أو خاف نهبها ، ونحو ذلك مما يغلب منه هلاكها ، فلا تدخل في ضمانه ، بل لو تركها في هذه الحال ضمن .

**ثالثاً :** - مما تقدم - في ذكر الأمثلة والنماذج - يظهر أن ما كان حرزاً لنوعٍ من الوديعة قد لا يكون حرزاً مناسباً لنوعٍ وديعةٍ أخرى ، فإذا وضع المستودع الوديعة في محلٍّ لا يُحفظ فيه أمثالها كان تفریطاً يوجب ضمائها .

**ثانياً :** ردُّ الوديعة وتسليمها لصاحبها :

ردُّ الوديعة هو ثمرة الأمانة والإيداع بعد حفظها لصاحبها ، قال تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾ [ النساء ٥٨ ] .

فيلزم المستودع ردُّ الوديعة حين طلب ربّها ، ويُمهّل لعذرٍ ؛ كطهارة ، وصلاة ، ونوم ، وطعام ، ونحوها من حاجات الإنسان المعتادة ، أو لمطرٍ كثيرٍ ، وبعُدٍ عنها ، أو عجزٍ عن حملها ، ونحو ذلك من الأعذار إلى وقت زواله ، ولا يعدُّ بذلك متعدياً ولا مُماتلاً ( المجلّة الحنبليّة م : ١٣٣٦ ) .

وَبِصْحُ رُدِّ الْوَدِيعَةِ إِلَى رَبِّهَا ، وَإِلَى وَكَيْلِهِ فِي قَبْضِ أَمْوَالِهِ ، وَإِلَى مَنْ يَحْفَظُ أَمْوَالَهُ عَادَةً كَالزَّوْجَةِ ،  
وَالْحَازِنِ ، كَمَا تَقَدَّمَ فِي حَالِ الْمُسْتَوْدَعِ .  
لَكِنْ يَتَّجِهَ تَقْيِيدُهُ بِمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمُودَعِ مَصْلِحَةٌ ، أَوْ حَاجَةٌ فِي إِخْفَائِهَا عَنْهُمْ ، وَقَبْضِهَا بِنَفْسِهِ ،  
وَيَتَّبَعُ الْعَرَفُ وَقَرَأَنُ الْأَحْوَالِ ( ر . الْمُخْتَارَاتِ الْجَلِيَّةِ / السَّعْدِيِّ : ٥٩ ) .  
وَيَرُدُّ هَذَا أَيْضًا عَلَى مَا تَقَدَّمَ تَقْرِيرُهُ فِي حَالِ الْمُسْتَوْدَعِ .

\* \* \*





## الفصل الرابع : معاملات المشاركات .

وفيه مطلبان :

- المطلب الأول : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في " شركات العقد " .
- المطلب الثاني : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في " المساقاة والمزارعة " .



## المطلب الأول : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في " شركات العَقد "

وفيه المباحث التالية :

### أولاً : صيغة عقد الشركة :

أقتصر على أمر انعقادها بالكتابة ، فإن الشركة كما تنعقد بالإيجاب والقبول من اللفظ والفعل - تنعقد بالكتابة والمراسلة ، وصورة الكتابة هنا هي : أن يكتبَ المُوَجِّب إلى غيره كتاباً يُعلمه فيه بإيجابه عقدَ الشركة في كذا ، على شرط كذا .

ومن صورهِ الحديثة اليوم : طلباتُ الاككتاب التي تُصدرها شركاتُ المساهمة ، وتضعها لدى البنوك للاككتاب فيها مُرفقاً بنشرة الإصدار هذه صورةً عن العقد الابتدائي ونظام الشركة .  
ومن صورهِ أيضاً : صكوك المقارضة ( سندات المقارضة ) ، جاء في قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ( ٤/٥/٣٠ ) - حول سندات المقارضة مما يتعلق بصيغة العقد ما يلي : « ... يقوم العقد في صكوك المقارضة على أساس أن شروط التعاقد تحددها ( نشرة الإصدار ) ، وأن ( الإيجاب ) يعبر عنه ( الاككتاب ) في هذه الصكوك ، وأن ( القبول ) تعبر عنه موافقة الجهة المُصدرة .

ولا بدَّ 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 » .

### ثانياً : التصرفات التي يملكها كلُّ شريك حال إطلاق العقد :

من المقررّ المعلوم بناء عقود المشاركات بأنواعها على الوكالة والأمانة بين الشركاء ، هذا ويمكن تقسيم تصرفات الشريك في عقد الشركة إلى أربعة أقسام :

- (أ) قسمٌ يملكه كلُّ شريك بمقتضى عقد الشركة ، حال إطلاق العقد .
- (ب) قسمٌ لا يملكه أيُّ شريكٍ إلا بالتفويض إليه ، بما يدلُّ على ذلك ، كأن يقول الشريك لشريكه : اعمل برأيك ، أو تصرف عني بما تراه مناسباً ، أو اعمل بما أراك الله ، وما أشبه ذلك من الألفاظ مما يدلُّ على تفويض الأمر ، وتحويل الشريك أنواع التصرفات .
- (ج) قسمٌ لا يملكه أيُّ شريكٍ إلا بالإذن الصريح من شريكه .
- (د) قسمٌ لا يملك أيُّ شريكٍ فعله مطلقاً ؛ لمنافاته عقد الشركة ، من فعلٍ ما يضرُّ بها ضرراً لا مسوّغ له ، أو التعامل بما جاء الشرع بتحريمه والمنع منه .

والمبحوث - هنا - هو ما يملكه كلُّ شريكٍ بمتقضى عقد الشركة حال إطلاق العقد ، دون تصريحٍ بإذن أو حصول تفويضٍ ، كما قد يقع في عقد المضاربة مثلاً ، فيما لو قال ربُّ المال للعامل : اعْمَلْ بِرَأْيِكَ ، أو تصرَّفْ كما تشاء ، أو اعْمَلْ بما أراك الله ، ففي الحالين الأخيرين من التصريح أو التفويض لا إشكال .

ويمكن ضبط ما يملكه الشركاء من التصرفات بمتقضى عقد الشركة بالردِّ إلى أصلين كبيرين :

#### الأول : مصلحة الشركة .

#### الثاني : عوائد التجار بخصوصها .

أما مصلحة الشركة فهي المقصود من المشاركة ؛ إذ لا يمكن تحقيق الربح ، واستثمار المال وتنميته بدون رعيها ، والحفاظ عليها .

وأما عوائد التجار بخصوصها ، فإن العوائد والأعراف هي مرجع مطلقات العقود ، وتُحكَّم هنا عوائد التجار بخصوصها ؛ لأن مدار تصرفات الشركاء إنما يكون عليها ، وتُرد هنا قاعدة « المعروف بين التجار كالمشروط بينهم » ( من قواعد المجلة : ٤٣ ) ، وهذه القاعدة أخصُّ من القاعدة المشهورة « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » ( من قواعد المجلة : ٤٢ ) ، فتلك في مطلقٍ عرف ، وهذه في عرف التجار خاصةً ، وما تفيده بخصوصها هو أن ما يقع عليه التعارف ويجري به التعامل بين التجار ، من الأعمال والتصرفات مما لا يخالف الشرع : يلزم اتباعه بينهم كالشرط ، وينصرف إليه الإطلاق ، ولا تُسمع دعوى إرداة خلافه .

فالشريك في الشركة مضارباً كان أم غيره ، مقيِّدٌ بقيدتين كبيرين متبادرين لكلِّ شريكٍ ، حال إطلاق عقد الشركة هما النتيجة الأولى للإطلاق ، وعليهما يُحمل ، وبهما يُفسَّر - هما : مصلحة الشركة ، وما هو متعارفٌ عليه بين التجار .

فكلُّ ما هو من مصلحة الشركة ، ويغلب على الظنِّ حصول الربح به ، ويكون مما يتعارفه التجار - يجوز لكلِّ شريكٍ فعله والتصرف من خلاله ، ويطلب منهما أيضاً .

وبيان هذه الأصلين ، وإثباتُ صلوحهما لضبط ما يملكه الشركاء من التصرفات - حال إطلاق العقد - يكون من خلال الضوابط الآتية :

(أ) لكلِّ واحدٍ من الشركاء أن يعمل ما هو من مصلحة التجارة ، ومقصد الشركة .

قال في كشف القناع ( ٥٠٠/٣ ) شاهداً لهذا الضابط : « ويجوز لكلِّ من الشريكين

أن يفعل كلَّ ما هو من مصلحة تجارتهما » .

(ب) ليس لأحدٍ من الشركاء عمل ما ليس من التجارة المقصودة بالشركة ، أو يضرُّ بها ، أو يمنع

الشرع منها .

(ج) لكل واحد من الشركاء أن يعمل كل ما هو من أعمال التجار وعوائدهم .

(د) على كل واحد من الشركاء أن يتولّى من العمل ما جرت العادة بتوليّه له .

وهذا أيضاً شاملٌ للمضاربة وغيرها من سائر الشركات مما اصطُحَّح أهل العرف من التجار أن يقوم به الشريك أو العامل في المضاربة ، قال في متن المنتهى ( ٤٥٨/١ ) : « وعلى كلّ تولّي ما جرت عادةً بتوليّه » .

(هـ) موجب العقد المطلق في الشركات : التساوي في العمل والأجر = الربح .

إذا أُبرم عقد الشركة باختلاف أنواعها مطلقاً عن بيان ما يجب على كل واحد من العمل ، أو عن بيان ما يثبت لكل واحد من الربح ، كما في المضاربة ، أو الأجرة كما في شركة الأبدان : كان ذلك الإطلاق محمولاً على التساوي بين الشركاء ؛ إذ لا مرجح لأحدهم يستحقُّ به الفضل على الآخر .

ثالثاً : نفقة عامل المضاربة ، وثبوتها له إذا جرى بها العرف واقتضتها العوائد :

النفقات التي تحتاجها شركة المضاربة في معاملاتها تجب في مال الشركة ، لكنّ المبحوث عنه هنا هو : نفقات العامل ( الشخصية ) الخاصة به - حال عمله للشركة - هل يستحقُّها من مال المضاربة ، أم تكون من ماله الخاصّ ؟

المذهب الحنبليّ : أنه ليس للعامل نفقةٌ من مال المضاربة ، ولو في حال السفر بمال المضاربة ؛ وعُمل : بأن العامل دخل في المضاربة على أنه يستحقُّ من الربح جزءاً ، فلا يستحقُّ غيره ، إلا أن تشترط النفقة للعامل فتجب له ، ويصحُّ شرطها سفره وحضراً ، لأنهما في مقابلة عمله ( انظر : شرح المنتهى : ٣٣٢/٢ ) .

وضمّ الشيخ تقي الدين - رحمه الله - إلى الشرط : العادة ، وقال : « إن كان هنالك عرفٌ وعادةٌ معروفةٌ بينهم ، وأُطلق العقد - فإنه يحمل على تلك العادة » ( الاختيارات : ١٤٥ ) فأقام العادة مقام الشرط ، قال في الإنصاف ( ٤٤٠/٥ ) : « وهو قويٌّ في النظر » .

لكنهم يمثّلون على نفقة المثل التي تجب للعامل بالطعام والكسوة ! .

والذي يبدو : أن قصر ما يجب من النفقة على الطعام والكسوة فقط - فيه بحثٌ ، على ما يُعلم اليوم من حال المشاركات إذ يجب للعامل ما هو أكثر من ذلك ، من نحو وقودٍ لسيارته ، وفي حال السفر : نفقاته ، من قيمة تذاكر الطائرة أو غيرها من وسائل الانتقال ، وأجرة التزلُّ ( الفندق ) ، وغسل ثيابه ، وفي نحو : بذل العمل ، والحلُّ ( اللباس الكامل ) لحضور المعارض والاجتماعات ، ونفقات عشاء أو غداء العمل ، وأشبه هذا مما تجري به عوائد رجال الأعمال .

ثم إن العامل قد لا يحتاج إلى الكسوة ، فينبغي تقييدها بما إذا بليت ثيابه ، أو كان السفر طويلاً يُحتاج فيه إلى تحديد كسوة .

فينبغي ضبط ذلك بما هو أعمُّ ، وأكثر نظراً لمقصد المضاربة ، فيقال : كلُّ ما هو من حاجة العامل ، إذا جرى به العرف وكان من مصلحة الشركة ، جاز له أن يُنفق عليه من مال المضاربة ، وقد تقدّم أن العامل أمينٌ .

\* \* \*

## المطلب الثاني : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في " المساقاة والمزارعة "

المساقاة المزارعة داخِلان في أنواع الشركة ، يشارِكها أكثر الأحكام فهي تجتمع في : أن المال يكون لربِّه ، ويقوم الآخر بالعمل فيه ، ويُقسم الربح الخارج بينهما ، بنسبة يتفقان عليها كالنصف ، أو الثلث ، أو الربع ، ونحو ذلك ، من جزء معلومٍ مشاعٍ بينهما ، وأثر العرف وتطبيقاته المعاصرة - هنا - جاء في المبحث التالي :

### واجبات العاقدين ( العامل وربّ المال ) حال إطلاق العقد بينهما :

ما يلزم المالك ربّ المال ، سواءً أكان مُساقياً أم مُزارعاً ، وما يلزم العامل : هو أهم آثار عقد المساقاة والمزارعة .

والمقصود - هنا - : بحث ذلك حال إطلاق العقد بينهما ، وعدم تفصيل التزامات كل واحدٍ منهما .

والذي يظهر من تأمل ذلك كله : أن ليس في هذا حدٌّ يُرجع إليه ، ولا ضابطٌ يجب الوقوف عنده والمصير إليه . فكان القياس في هذا ، بل هو ظاهر النصوص : أن يُرجع فيه إلى العرف ؛ إذ ليس ثمَّ ما يُحمل عليه هذا الإطلاق هنا ، ولا ما يُفسَّره ، ويبين عن حدوده غير العرف ، « والمرجع في العقد المطلق إلى العرف » ، و« الشرط العرفي كاللفظي » ، و« المعروف كالمشروط » .

### أمثلة وتطبيقات على التزامات العاقدين وواجباتهما :

أولاً : ما يلزم العامل = واجبات العامل :

ضابط ما يلزم العامل ، ويجب عليه - حال الإطلاق - هو : « كلُّ ما فيه صلاح الثمرة أو الزرع وزيادته » ( انظر : المغني : ٥٣٩/٧ ، والمجلة الحنبلية : ١٩٧٠٣ ) .

وهذا يشمل جميع العمليات الزراعية ، التي يجري بها العرف الزراعي ، وعوائد الفلاحين والمزارعين ، في المساقاة والمزارعة .

وهو يختلف زماناً ، ومكاناً ، وحالاً ؛ إذ إن لطبيعة العقد من الشجر المساقى عليه ، أو الأرض المزارعة ، وثمر الأول ، وزرع الثانية ، والأحوال البيئية والمناخ ، أثرٌ في تقدير ذلك ، وتحديد الالتزامات والواجبات المترتبة عليه ، فيجري عرفٌ كلُّ موضعٍ في محلّه ، زماناً ومكاناً وحالاً . ومن أمثلة ذلك وتطبيقاته :



## (أ) حاجات السقي ، وما يتعلّق به :

- ١- على العامل : إصلاح طرق الماء ومجاريه ، وتنقيتها ، وفتح رأس الساقية وسدّها ، بحسب الحاجة ، وعوائد المزارعين ، واتباع أصول الريّ .
- ٢- على العامل أن يستقيّ الماء للشجر والأرض - من بئر ونحوها - بإدارة الدولاب ، أو آلات استنباط المياه ، وتوزيعها ، وعليه إصلاح الحُفَر التي يجتمع فيه الماء على أصول النخل ، وغيرها من أنواع الشجر .

## (ب) خدمة الشجر والأرض :

- على العامل خدمة الشجر والأرض ، ويشمل أموراً كثيرةً ، منها :
- ١- البذر ، ووضع التقاوي ، وتلقيح النخل ، وما يحتاج إلى تلقيح أو خدمة من غيره .
  - ٢- الحرث ، وآله أو دوابّه التي تُحرث بها الأرض .
  - ٣- التسميد ، وتفريق الزّبَل والسبّاخ .
  - ٤- قطع ما يُحتاج إلى قطعه : من جريد النخل ، والشجر اليابس ، والشوك ، والحشيش المضرّ ، وزبار الكرم ، وهو قطع الأغصان الرديئة من الكرم ، وبعض الجيدة ؛ لتسويته وتنقيته من دَعَل ونحوه .
  - ٥- تعريش ما جرت عادة المزارعين بتعريشه : من الكروم ونحوها .
  - ٦- صيانة الشجر من الشمس إن كانت تضرُّ به ، وتشميسه أو تعريضه لها إن كان يحتاج إلى ذلك ، وإصلاح موضع التشميس .
  - ٧- مقامة الآفات الزراعية ، ورشُّ المبيدات ، وحفظ الشجر والزرع وصيانتُه من الحشرات ، والطيور التي تضرّ ، ومن السُّراق .

## (ج) جمع الثمر والزرع :

- على العامل أيضاً : الجذاذ والحصاد ، والدّياس ، واللّقاط ، والمراد : جني المحصول من ثمر أو زرع ، وجمعه ، إن شُرط ذلك عليه ، أو كان العرف جارياً به .
- فعليه : قطف الثمر وتنقيته ، وقطع الزرع وتصفيته ، ونقل المحصول إلى الجرين ، والمخازن ؛ لحفظه إلى حين القسمة ، أو إبقائه على الشجر إن كان ذلك حفظاً له في عرف المزارعين ، وعليه : تخفيف ما المراد به تخفيفه : كثمر النخل والعنب والتين .

## (د) واجبات عامة :

على العامل أيضاً :

١- القيام بالترميمات اليسيرة ، وأعمال الصيانة المعتادة للمباني الزراعية ؛ من الطرق والجسور والقناطر والأسوار والآبار ومساكن العمال .

٢- أن يتعهَّد الأدوات الزراعية بالعناية المعتادة ، من تنظيفٍ وإصلاحٍ وتشحيمٍ وتزيتٍ ، وأن لا يُنهكها بالعمل ، كما لا يُهملها حتى تتوقَّف عن العمل ، أو يدركها التلف .

٣- عليه ألا يجعل المواشي تعمل أكثر من طاقتها ، وأن يقوم بغذائها ، وعلاجها ، وإيوائها .

٤- عليه مصروفات الأعمال السابقة ونفقاتها - إلا ما كان على ربِّ المال .

٥- يجب على العامل أخيراً أن يبذل من العناية والجهد والعمل - في كلِّ ما تقدَّم - ما يبذله مثله ، من عنايةٍ وجهدٍ وعملٍ أوساط الناس ، من الفلاحين والمزارعين ، وهذا ضابطٌ مهمٌّ .

ويستوي أن يعملَ ذلك بنفسه ، أو بأولاده ، أو بعماله ، وكذا العمل بالماشية أو الآلات الزراعية - إن كان ذلك مما جرى به العرف ، ويحتمله حال الإطلاق في العقد .

ثم إن العامل أمينٌ ؛ كالمضارب : لا يضمن إلا بالتعدِّي أو التفريط .

ثانياً : ما يجب على ربِّ المال :

قد يمكن ضبط ما يجب على ربِّ المال - في عقد المساقاة والمزارعة بأنه : كلُّ ما يعتبر حفظاً للأصل - من شجرٍ أو أرضٍ - ولا يتكرَّر كلِّ عامٍ أو كلِّ دورةٍ زراعيةٍ ، فهو على ربِّ المال . وهذا في الجملة ؛ فإنَّ العرفَ يختلف ويتفاوت .

ومن أمثلة ذلك وتطبيقاته :

(أ) واجبات عامة :

١- على ربِّ المال الإصلاحات الكبيرة ، والترميمات غير الطفيفة للأرض والمباني الزراعية ، ومن نحو : سدِّ الحيطان ، أو بناء ما تهدَّم منها .

٢- على ربِّ المال ما يلزم للإشراف على الأرض وحفظها ، من أجراءٍ وخُفراءٍ ونحوهم .

٣- على ربِّ المال أجرة الأرض - إذا كان مستأجره - ، وخراج الأرض الخراجية .

(ب) حاجيات السَّقي والزراعة ، ومنها :

١- إجراء نهرٍ ، أو حفر بئرٍ ؛ ليتوفَّر الماء للثمر أو الزرع ، ولتوفِّد لزمه شراء الماء ، وكُلِّفة ذلك .

٢- توفير الدولاب الذي يستقي به ، وما يديره من آلة أو دابة ، ونحوه : ما في معنى ذلك من أي آلة كانت ، كآلات ( مكائن ) الريّ الحديثة ، وكذا ما يُستخرج به الماء من آلات ، والوقود لذلك من زيت وديزل ونحو ذلك ، فهذا كله يراد لحفظ الأرض .  
٣- ثمن البذر والغراس ، و« التقاوي » ، وما يلقح به النخل ونحوه ، والشتلات ونحوها .

٤- التحسينات اللازمة للأرض : من توفير السماد الكيماوي أو ( البلدي ) ، ومبيدات الأمراض الطفيلية والحشرات ، ونحو ذلك .

ثالثاً : ما يلزم العاقدين معاً = العامل وربُّ المال :

ومن أهم ذلك وأشهره : الكُلف السلطانية - أي التي يطلبها السلطان : الرسوم والضرائب بلغة العصر .

فيتبع فيها العرف ، فما عُرف أخذه من ربِّ المال يؤخذ منه ، أو عُرف أخذه من عاملٍ فهو عليه ، ومحلُّ ذلك ما لم يكن شرطٌ جرى بينهما ، فيتبع الشرط ويعمل بمقتضاه .

هذا والمستفاد من كلِّ ما تقدّم بحثه وتقريره والاستدلال له ، وصحة الضابطين المتقدمين وهما :

(أ) كلُّ ما فيه صلاحُ الثمرة أو الزرع ، ويتكرّر كلِّ عامٍ أو دورةٍ زراعيةٍ - فعلى العامل .

(ب) كلُّ ما يعتبر حفظاً للأصل ( من شجر أو زرع ) ، ولا يتكرّر كلِّ عامٍ أو دورةٍ زراعيةٍ

- فعلى ربِّ المال .

والرجوع إلى العرف - هنا - واستعماله ، هو : فيما يتزلّ متزلة النطق بالأمر المتعارف ، وهو أيضاً من العرف الخاص - العرف الزراعي - وعوائد أهل الخبرة ، وهم هنا : الفلاحون والمزارعون ، وهو أيضاً كما تقدّم يختلف زماناً ومكاناً وحالاً .

\* \* \*

## الفصل الخامس : في معاملاتٍ أُخرى .

ويشمل ثلاثة مطالب :

- المطلب الأول : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في أحكام الجوار .
- المطلب الثاني : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في الضمان والفعل الضارّ .
- المطلب الثالث : أثر العرف في مشروعية " القرعة " ، وكيفية الاقتراع .



## المطلب الأول : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في أحكام الجوار

من المقرر المعلوم : أن الملك التام يُعطي المالك حق التصرف في ملكه على الوجه الذي يختاره ، كما أنه يمنع غيره من أن يتصرف فيه بغير إذنه ورضاه ، لكن هذا الأصل قد يقيد بسبب الجوار ، وما جعله الشارع له من أحكام ؛ ذلك لتجنب الإضرار بالجار .

واسم الجار - في هذه الأحكام - يشمل : " المسلم والكافر ، والعابد والفاستق ، والصديق والعدو ، والغريب والبلدي ، والنافع والضار ، والقريب والأجنبي ، والأقرب داراً والأبعد داراً ، وله مراتب بعضها أعلى من بعض " ( فتح الباري : ٤٤١/١٠ ) ، ومن أثر العرف في أحكام الجوار :

### أولاً : الجوار ، ذكر حدّه وبيان ضابطه :

قال العلامة الراغب - رحمه الله تعالى - : « الجار : مَنْ يَقْرُب مَسْكَنَهُ مِنْكَ ، وَهُوَ مِنَ الْأَسْمَاءِ الْمُتَضَائِفَةِ ، فَإِنَّ الْجَارَ لَا يَكُونُ جَارًا لِغَيْرِهِ إِلَّا وَذَلِكَ لِغَيْرِ جَارٍ لَهُ ، كَالْأَخِ وَالصَّدِيقِ » ( المفردات : ٢١١ ) .

والمذهب الحنبلي : أن حدّ الجوار أربعون داراً من كلّ جانب ( انظر : الإنصاف : ٢٤٤/٧ ) . ويُستدلّ له بحديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً : « الجار أربعون هكذا وهكذا وهكذا » ( أخرجه أبو يعلى في مسنده ، انظر : مجمع الزوائد : ١٦٨/٨ ) .

ولكون هذا الحديث منتقداً إسناده - علّق بعض أئمة المذهب ومحققيه القول به على صحته وثبوته ، قال الإمام الموفق - رحمه الله تعالى - عقب ذكره المذهب وإيراده الحديث مستدلاً به : « ... وهذا نصٌّ لا يجوز العدول عنه إن صحّ ، وإن لم يثبت الخبر فالجار هو المُقَارِبُ ، ويُرجع في ذلك إلى العرف » ( المغني : ٥٣٧/٨ ) .

والحديث مضعّفٌ ، ولا يثبت مرفوعاً بحال ( قال بضغفه الأئمة النقاد : الزيلعي في نصب الراية : ٤١٤/٤ ، والعراقي في تخرّيج الأحياء : ١٨٩/٢ ، والحافظ في التلخيص : ٩٣/٣ ) ، فلم يبق إلا العرف ضابطاً وحدّاً للجوار المثبت لأحكامه .

والرجوع إلى العرف - هنا - لبيان حدّ الجوار ، وذكر ضابطه - عوداً إليه لمعرفة أسباب الأحكام من الصفات الإضافية .

### ثانياً : ضابط التصرف في الملك حال المجاورة :

حقّ الجوار ينشأ من تلاصق الحدود بين الأملاك في الأرض والدار ، والطريق الخاص ، والجوار قد يكون جانبياً أفقياً ، وقد يكون علوياً رأسياً ، فالجاني يكون بين دارين متجاورين في الأرض ، والعلوي الراسي يكون بين بناءين أحدهما فوق الآخر .

والمستفاد من تتبُّع الفروع الفقهية في أحكام الجوار ( انظر : المغني : ٥٣-٥٢/٧ ، ١٨١/٨-١٨٢ ،  
كشاف القناع : ٤/٣-٤٠٤-٤١١ ، ١٩٢/٤ ) ، دلالتها على أن الضابط فيما يجوز من التصرفات وما لا  
يجوز ، هو : أن ما فيه ضررٌ فاحشٌ - وهو غير المعتاد - فهو ممنوعٌ ، وأن ما لا ضرر فيه أو ضرره  
معتادٌ فهو سائغٌ ، وأنه لا يجوز لأحدٍ ذي حقٍّ في منفعةٍ ، أو صاحبٍ ملكٍ حال تصرفه في ملكه -  
أن يتجاوز في استيفاء حقه إلى حدٍّ يضرُّ بغيره ، ولو كان فعله له على الوجه المعتاد ؛ لكون الضرر  
فيه صار متعدياً إلى غيره ، و« لا ضررَ ولا ضرارَ » ، ويكون ضامناً لذلك ، ومقياس التجاوز وعدمه  
إنما هو : العرف والعوائد ، ومعارف أهل الخبرة .

بل إن هذا هو منصوص المذهب الحنبلي ، قال في كشاف القناع ( ١٩٢/٤ ) : « ويتصرف كلُّ  
واحدٍ ... في ملكه ، وينتفع به بحسب ما جرت به العادة ، فإن تعدَّى العادة منع ؛ عملاً بالعادة » .

\* \* \*

## المطلب الثاني : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في الضمان ، والفعل الضارّ

ضمان المال له أسبابه المتعددة ، وصوره المختلفة تجتمع كلها في حكمه الأول ، وهو : وجوب التعويض .

والسبب - المبحوث هنا - هو : الإلتلاف بالفعل الضارّ .  
والإلتلاف يمكن تعريفه بأنه : « إخراج الشيء عن أن يكون منتفعاً به منفعةً مطلوبةً منه عادةً » ( بدائع الصنائع : ١٦٤/٧ ) .

وهو يرد على النفس الإنسانية ، وعلى البهائم والجمادات والأشياء ، والأول ليس من بابة هذا البحث ؛ إذ محله فقه الجنايات .

والإلتلاف - عند الفقهاء - نوعان : إلتلافٌ بالباشرة ، وهو إلتلاف الشيء دون وجود واسطة ، والثاني : الإلتلاف بالتسبب ، وهو : « فعل ما يُفضي إلى الإلتلاف عادةً ، دون أن يتخلل بينهما ما يمكن إحالة الحكم عليه » ( المجلة الحنبلية م : ١٣٧٧ ، وانظر : قواعد ابن رجب ق : ٨٩ ) .  
وهذا الأخير له مظهران رئيسان ، هما : التفريط ، والتعدّي .

### التفريط والتعدّي :

مصطلحان كثيرا الدوران والاستعمال في الأبواب الفقهية في باب « الغصب » ، كما يردان أيضاً في غيره ، نحو « الوديعة » و « العارية » ، وفي « الرهن » ، و « الوكالة » ، وفي « الإجارة في تضمين الأجراء والصنّاع » ، وفي « المضاربة » ، وفي غير ذلك .

وربط الإلتلاف بالتسبب بالعادة ، وكثرة دوران هذين المصطلحين واستعمالهما - يقتضي بحثهما وتنقيحهما ، وذكر أمثلة وتطبيقاتٍ عليهما ، وبيان ارتباطهما بالعرف والعوائد .

### التفريط :

التفريط لغةً : التقصير والتضييع ، وإهمال الشيء والتهاون فيه حتى يتلف ، وقد فرطَ يفرطُ تفريطاً ، فهو مفرطٌ ( المصباح : ف ر ط ) .

ولم يجيء الشرع بتحديدده ، وكلُّ ما كان كذلك - فمرجعُ تحديده ، وضابطه المحكّم فيه - هو العرف ، فما عدّه الناس « تفريطاً » علّق الحكم به ، ولزم به الضمان .

### أمثلة ونماذج على التفريط :

١- لو سقى أرضه ، فسرى الماء إلى ملك الغير ، فأفسده - ضمن إن فرطَ بفتح ماءٍ كثيرٍ يسري مثله ، أو بغفلته أو نومه مع ترك الماء مفتوحاً ، أما لو سقى أرضه من غير تفريطٍ ، فسرت فأتلفت شيئاً - فلا ضمان .



٢- لو فرط من يلي سدّ الجسر الذي يجس الماء ، فلم يكن سدّه محكماً ، فأزاله الماء عند غلوه ، وأتلف شيئاً ، أو فات به ريُّ شيءٍ من الأراضي - ضمن ذلك .

٣- لو أجاج ناراً في ملكه ، أو على سطح بيته ، أو في موات ، فتعدت النار إلى ملك غيره ، فأحرقت شيئاً - ضمن ، إن فرط بتأجيج نارٍ كثيرةٍ تعدت عادةً ، أو بتأجيجها في ريحٍ شديدةٍ ، أو بتركها مؤججةً ، أو أجاجها قرب زُرْبٍ أو حصيد . وإن كان فعله - من تأجيج النار - يسيراً جرت العادة به ، فطرأت ريحٌ شديدةٌ ، فأتلفت ملكاً للغير - فلا ضمان .

٤- فيما لو اصطدمت سفينتان ، فعدتُ تفريطاً يوجب الضمان ، عدم استعداد قِيم ( الملاح ) إحداهما ، بتركه حمل الآلات اللازمة عادةً ، كالخبال والمراسي والأخشاب التي يُحتاج إليها في حفظها ، وضبط مسارها ، وكالعمّال ، وكذا نومه مع ترك السفينة سائرةً - فهو تفريط .  
ومن التفريط أيضاً - هنا - : أن يكون قادراً على ضبطها ، أو ردّها عن السفينة الأخرى - فلم يفعل .

٥- صاحب اليد على المواشي سواء كان مالكاً أو مستأجراً أو مستعيراً أو مودعاً أو راعياً - يضمن ما تفسده من زرعٍ أو شجرٍ وغيرهما ليلاً ، إن فرط في حفظها ، أما ما تُفسده نهاراً فلا ضمان عليه فيه ، إلا أن ترسل بقرب ما تتلفه عادةً فيضمن مرسلها ؛ لتفريطه . قالوا : لأن العادة من أهل المواشي إرسالها نهاراً للرعي ، وحفظها ليلاً ، وعادة أهل الحوائط حفظها نهاراً دون الليل ، فإذا أفسدت شيئاً ليلاً كان التفريط من أهلها ومن هي بيده ؛ بتركهم حفظها في وقت عادة الحفظ ، فكان ضمان ذلك عليهم ، وإن أتلفت شيئاً نهاراً كان التفريط من أهل الزرع - فكان عليهم ( انظر المغني : ٥٤١/١٢-٥٤٢ ، وشرح حديث ناقة البراء في الموطأ مع التمهيد : ٨٢/١١ ) .

### التعدّي :

التعدّي لغة : مجاوزة الشيء إلى غيره ، والظلم ، وقد عدا عليه عدواً وعدواً ، واعتدى عليه ، وتعدّى عليه - كله بمعنى ( المصباح : ع ١٠ ) .

ومفهومه في الاصطلاح : « فعل ما لا يجوز من التصرفات والاستعمالات » ( القواعد والأصول الجامعة : ٥٠ ) .

وقد يطلق في الاستعمال الفقهي العدوان مكان التعدّي .

وحدّه وضابطه أيضاً مرجعه إلى العرف ، فما عدّه العرف تعدياً كان كذلك شرعاً ، وأنيطَ الحكم به ، ولزم به الضمان .

## أمثلة ونماذج على التعدي :

١- لو فتح قفص طائر مملوك مُحترِم ، ففات بطيرانه - ضمنه ، ويضمن أيضاً ما يترتب على ذلك ؛ كما لو كان الطائر جارحاً ، فقلع عين إنسان ، أو أتلف مالاً مضموناً ، إلا ما كان من الطيور يأتلف الرّواح ، ويعتاد الرجوع - فلا ضمان في إطلاقه .

٢- لو فتح إصطبل خيل - مثلاً - ، أو حلّ قيدها ، فشردت الخيل ، ضمنها الفاتح ، ويضمن أيضاً ما يترتب على ذلك : كأن كسرت الخيل إناءً ، أو قتلت إنساناً ، أو أتلفت مالاً ، أو زرعاً ، أو غيره ، أو كانت الدابة المملوكة عقوراً ، كما لو حلّ سلسلة فهدٍ أو كلبٍ - وجنت بعد حلّها - ضمن جنايتها ؛ لأنه السبب فيها ، أو أطلق دابة رموحاً - أي تضرب برجلها - من عقالها ، فيضمن ما تلف بها .

٣- لو حلّ سفينةً مربوطةً ، ففاتت على مالكها ، أو غرقت ضمنها ، ويضمن أيضاً ما يترتب على حلّها ، كما لو انحدرت السفينة على شيءٍ فأتلفته .

٤- إن أحدث بركةً للماء ، أو كنيفاً ، أو مستحماً ، فنزّ إلى جدار جاره ، فأواه أو هدمه ضمنه ؛ لأن هذه الأسباب تتعدّى ، وللجار منعه من ذلك ، إلا أن يبيّن حاجزاً يمنع النزّ ، أو يبعد بحيث لا يتعدّى النزّ إلى جدار جاره .

وفي معناه : الدقُّ الذي يهدُّ الجدار - فهو مضمون السّراية ؛ لأنه عدوانٌ محضٌ .

٥- لو ألقى أو ترك من أثره - في الطريق طيناً ، أو قشر بطيخ أو موز ، أو رشّ فيه ماءً ، فزلق به إنسانٌ ، ضمنه مُلقي الطين ، أو القشر ، أو الراشُّ . لكن لو كان الرشُّ لتسكين الغبار على المعتاد فلا ضمان .

٦- لو أزال يد إنسان عن نحو طيرٍ يمسكه ، أو بهيمةٍ وحشيةٍ ، فهربت ، أو أزال يده الحافظة عن متاعه حتى نهبه الناس ، أو أفسدته الدوابّ ، أو الماء ، أو النار ، أو ضرب يد آخر ، وفيها نقذٌ ، فضاع - ضمن في كلِّ ذلك . أو ألقى عمامته ، أو هزّه في حصومة ، فسقطت عمامته ، فتلفت ، ضمنها ، فإن وقعت في نحو قدرٍ يُنقصها ، فعليه أرشُّ النَّقص .

٧- لكلِّ إنسانٍ حقُّ المرور بحمّله ودابته في الطريق ، ولو حمّلهً بحطبٍ ونحوه ، بشرط السلامة من العدوان والضرر الذي يمكن التحرُّز منه ، وعليه : لو عثر برجله في المشي المعتاد إنسانٌ آخرٌ ، فلا ضمان عليه .

أو لو اصطدم بدابته عاقلٌ بصيرٍ يراها ، أو صاح فيها له ، وهو مستدبرٌ ، ويجد له منحرفاً ، فتلف بذلك ، أو تلفت ثيابه بما عليها من حطبٍ ونحوه لا ضمان عليه . أما لو كان أعمى ، أو طفلاً ، أو مجنوناً ، أو لا منحرف له ، أو كان مستدبراً ولم يُنبّهه ، فعليه الضمان .

٨- لو تلفت حاملٌ ، أو تلف حملها الذي في بطنها من ریح طبيخٍ ، عَلِمَ رَبُّهُ ذلك عادةً لها ، ضمن ما تلف بسببه ، فإن لم يَعْلَمْ عادةً لها فلا ضمان .

وفي معناه : ریحٌ " دخَّانٌ " يتضرَّرُ به صاحبُ سعالٍ وضيقِ نفسٍ .

**وبعد :**

فهذه الأمثلة والنماذج المألوفة المألوفة المعتادة ، ونظائرها مما هو في معناها ، مما يدلُّ على التفريط أو التعدي ، كان القاسم الجامع بينهما هو : فعلٌ ما يفضي إلى الإلتلاف عادةً .

ويعسرُ تتبُّع الأمثلة واستقراءُ الشواهد الدالة على ذلك ، لكن ما تقدَّم منها كافٍ في تقرير كون ضابط التعدي والتفريط ، مرجعه إلى العرف والعوائد ، فما عدَّ تفريطاً أو تعدياً عادةً وعرفاً ، كان كذلك شرعاً ، وأنيط الحكمُ به ، كما سبق .

وتحكيم العرف - هنا - والرجوع إليه ، هو : لتطبيق الأحكام المطلقة على الحوادث ، أو هو : لمعرفة فعلٍ غير منضبطٍ تترتب عليه الأحكام ، ويرجع في حال الاختلاف فيما يعدُّ تفريطاً أو تعدياً إلى تحكيم أهل الخبرة والاختصاص .

\* \* \*

**التصرف في حقِّ الغير ، وجوازه بدلالة الإذن العرفي ، وأنه لا يدخل في " الفعل الضار "**

الأصل المتفق عليه : احترامُ أموال الناس ، وحرمة الملكية الخاصة ، وأنه لا يحلُّ مال أحدٍ إلا عن طيب نفسٍ منه .

والرضا وطيبُ النفس يمكن دَرَكه بأحد أمرين : إذنٍ لفظيٍّ ، وهو ظاهرٌ ، ليس موضعاً للبحث هنا ، وإذنٍ عرفيٍّ ، وهو المعنيُّ ، فإن دلالة الحال ، وشواهد القرائن ، واعتبار العرف والعوائد مما يُدرك به طيب النفس ورضاها عن التصرف في ملكها الخاصِّ ، فمتى دلَّ العرف على رضا الإنسان وطيب نفسه جاز التصرف في ملكه بإفادة هذه الدلالة التي يقيدها أيضاً العرف والعوائد .

قال الشيخ تقي الدين - رحمه الله تعالى - : « التصرف بغير استئذانٍ خاصٍّ ، تارةً بالمعاوضة ، وتارةً بالتبرع ، وتارةً بالانتفاع : مأخذه إما إذنٌ عرفيٌّ عامٌّ أو خاصٌّ » ( مجموع الفتاوى : ٢٩/٢١ ) .  
والتصرف في حقِّ الغير له أفرادٌ متعددةٌ ، المبحوث عنه - هنا - من التصرف في حقِّ الغير نوعان :

**الأول :** التصرف في حقِّ الغير ؛ لمصلحة ذلك الغير ، مما لا يعدُّ تعدياً ولا غصباً ولا فعلاً ضاراً موجباً للضمان ، ولو كان بإتلافٍ ! وأن هذا النوع من التصرف سائغٌ لكون الإلتلاف هنا غير مقصود ، بل التصرف متمحِّضٌ لمصلحة ذلك الغير ، ومتى كان العمل في مال الغير إنقاذاً له من التلف المُشرف عليه - كان جائزاً بغير إذن مالكه ؛ لأنه إحسانٌ إليه .

ومن أمثلة هذا النوع :

١- لو رأى السَّيْلَ بدار جاره ، فبادر ونَقَبَ حائطَه ، وأخرج متاعه ، وحَفِظَه عليه جاز ذلك ، ولم يَضْمَنَ نَقَبَ الحائط .

٢- لو وقعت النارُ في دار جاره ، فهدَمَ جانباً منها على النار ؛ لئلا تسري إلى بقيتها لم يَضْمَنَ .

٣- لو قصد العدو مال جاره ، فصالح ببعضه دفعاً عن بقية جاز له ، ولم يضمن الدافع ما دفعه من مال الجار .

٤- لو رأى شاةً تموتُ ، فذبحها ؛ حفظاً لماليتها على صاحبها ، كان ذلك أولى من تركها تذهب ضياعاً .

وقد عاب الإمام المحقق ابن القيم - رحمه الله تعالى - على من ينكر جواز هذه التصرفات ، ووصفه بالئيس والجمود ؛ ذلك لأن جوازها مستفادٌ من تمحُّصها لمصلحة الغير ، ودلالة الإذن العرفي عليها ، الذي قد تكون دلالته أقوى من الإذن اللفظي ، فقال : « ... وإن كان من جامدي الفقهاء من يمنع ذلك ، ويقول : هذا تصرفٌ في ملك الغير ، ولم يعلم هذا اليابس أن التصرف في ملك الغير إنما حرَّمه الله لما فيه من الإضرار ، وترك التصرف هنا هو الإضرار » (إعلام الموقعين : ٣٩٣/٢ - ٣٩٤).

فهذا التصرف - على الحقيقة - ليس تصرفاً في حق الغير ؛ بل لحقه ، ومن أجله ولمصلحته ، وهو ما قد يعرف اليوم بمبدأ حسن النية ، ولا يدخل في " الفعل الضار " ، بل هو من الفعل النافع .

**النوع الثاني :** التصرف في حق الغير ، لمصلحة المتصرف ، بدلالة الإذن العرفي الملحوظ ، لا بإذن المالك الصريح الملفوظ .

ومن أمثلته :

١- لو أتى دار رجلٍ جاز له طَرَقَ حلقة الباب ، أو ضرب الجرس عليه ، وإن كان تصرفاً في بابه لم يأذن له فيه لفظاً .

٢- جواز التخلّي في دار من أذن له بالدخول إلى داره ، والشرب من مائه ، والاتكأ على الوسادة المنصوبة ، وفتح المروحة أو المكيف ، واستعمال الهاتف في مكالمة محلية .

٣- جواز الاستناد إلى جدار جاره ، والاستظلال به .

٤- جواز الاستمداد من محبرة زميله ، وقد أنكر الإمام أحمد - رحمه الله تعالى - على من استأذنه في ذلك .

ومن أمثلته : جوازُ أكل الضيف ونحوه من الطعام المقدم المبدول ، وجوازُ الشرب من الماء المُسبَل المبدول في الطُّرُق ، والأكل من الهدى المشعر المنحور ، ونحو هذا مما يُرَوَّل إلى مسائل الإباحة .

\* \* \*



## المطلب الثالث : أثر العرف في مشروعية " القرعة " وكيفية الاقتراع

ويقتضي ذلك بحثها في أربعة أمور :

- أ- تعريف القرعة .
- ب- بيان مشروعيتها .
- ج- كيفية الاقتراع .
- د- مواضع استعمالها .

### أ- تعريف « القرعة » :

القرعة : السُّهْمَة ، والمقارعة : المساهمة ، وأقرع بينهم من القرعة ، واقترعوا وتقارعوا بمعنى ( المطلع : ٤٨ ، الدر النقي : ٥٦٨/٣ ) ، والاقتراع : « استهائمٌ يتعَيَّن به سَهْم الإنسان » ( معجم لغة الفقهاء : ٣٦١ ) .

### ب- مشروعيتها :

الاقتراعُ عملٌ قديمٌ ، قال الله تعالى : ﴿ إِذِ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾ [ آل عمران : ٤٤ ] وقد كفلها زكريا عليه السلام بعد أن قرع قلمه ، وقال سبحانه عن يونس عليه السلام : ﴿ فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ ﴾ [ الصافات : ١٤١ ] فهذان نبیان كريمان استعملا القرعة . وجاءت السنة الشريفة باستعمالها في مواضع متعددة ، من ذلك ما روت عائشة - رضي الله عنها - قالت : « كان رسول الله ﷺ إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه ، فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه » ( متفق عليه : صحيح البخاري مع الفتح : ٢٩٣/٥ ، وصحيح مسلم مع شرح النووي : ٢٠٩/١٥ - ٢١٠ ) . وإذا ثبت العمل بها قبل ورود الشرع الشريف بإقرارها ، يكون العرف فيها دليلاً على مشروعية الحكم ظاهراً .

### ج- كيفية الاقتراع :

قال الإمام أحمد - رحمه الله تعالى - : « بأي شيء خرجت القرعة مما يتفقان عليه ، وقع الحكم به ، سواء كانت رقاعاً أو خواتيم » . قال الإمام الموفق محققاً مبيناً عن الأصل في ذلك : « وذلك لأن الشرع ورد بالقرعة ، ولم يرد بكيفيةها فوجب ردّها إلى ما يقع عليه الاسم مما تعارفه الناس » ( الكافي : ٥٨٣/٢ ) . وذلك شاهد تحكيم العرف في كيفية الاقتراع ، وأن استعماله هنا من تنزيل الأحكام المطلقة على الحوادث ، والرجوع إليه لمعرفة فعلٍ غير منضبط تترتب عليه الأحكام .

ومن وسائل القرعة : أن تقطع أوراق صغيرة متماثلة ، ويعطى كل واحد من المتقارعين واحدةً منها ، يكتب فيها اسمه ، ثم تُطوى كلها على غرار واحد ؛ كأن تجعل مرَّعةً ، أو تلف لفًّا أسطوانياً ، ثم تلقى في وعاء ، أو في نحو قلنسوة أحد المتقارعين ، ثم تُخلط وتُجلى ، وتخرج إحداها ، فمن خرجت باسمه فهو القارع ، ويقع الاقتراع اليوم : عن طريق الاختيار الآلي العشوائي ، من قبل الكمبيوتر ! .

#### د- مواضع استعمال القرعة :

تنشر مواضع القرعة على أبواب الفقه كلها ، ولها دورها في أبواب المعاملات على وجه الخصوص ، والمراد بغالب هذه المواضع تمييز المستحق في الحقوق المتساوية ، ومن أمثلة ذلك :

- ١- عقد الخلافة إذا استوتوا في صفة الإمامة .
- ٢- وبين الأئمة في الصلوات .
- ٣- وبين المؤذنين .
- ٤- وبين الأقارب في تغسيل الموتى والصلوة عليهم .
- ٥- وبين الحاضنات إذا كنَّ في درجة واحدة .
- ٦- بين الأولياء في التزويج .
- ٧- وحال الاستباق إلى الصفِّ الأول .
- ٨- وفي إحياء الموات .
- ٩- ومقاعد الأسواق والأماكن المباحة .
- ١٠- وفي السفر ببعض الزوجات .
- ١١- وفي ابتداء القسم .

إلى غير ذلك مما يكثر ويصعب استقصاؤه وحصره ( انظر تفصيلاً لذلك في الطرق الحكيمية : ٢٩٢-٣٢٨ ، والقواعد للإمام ابن رجب - رحمه الله تعالى - في القاعدة الستين بعد المئة ، قال في أولها بعد بيان استعمالاتها : « ... ونحن نذكر هنا مسائل القرعة المذكورة في المذهب من أول الفقه إلى آخره بحسب الإمكان » ثم سردها ، مما يُشبهه أن يكونَ نظرية القرعة ! انظر : ٣٢٧-٣٩٨ ) .

\* \* \*

## خاتمة

وبعد... فقد آن لهذا القلم أن يُوضع ، ولهذا البحث أن يبلغ غايته ، والحق أن موضوع هذا البحث في بعض جوانبه أكبر من أن يستوعبه مثل هذا الكتاب ، وأن المسائل والفروع التي بُنيت على العرف وعُملت بالعوائد في فقه المعاملات المالية توشك أن تندد عن الحصر ، وألا يستوعبها الاستقراء ، ولا يأتيَ عليها مثل هذا البحث المتواضع .

وأن أثر العرف - هذا الأصل الكبير - يمتدُّ ليملاً مساحةً واسعةً رحبةً من فقه المعاملات المالية ، وينبني على قاعدته مسائل وتطبيقات متشعبةٌ ، لا يكاد يُحصى عددها ، ولا ينتهي تجرُّدها . وهذا منها هو مبلغ العلم ، وجهد المقلِّ ، وقدر الوُسع ، ومدى الوقت ، وغاية الطاقة ، لم آل فيه جُهداً ، ولم أدخِر عنه وسعاً ، ولم أقصر فيه عن ندى .

والرجاء أني أتيت بجملتها ، وأشهر مسائلها ، وأظهر أمثلتها ، وأهمَّ تطبيقاتها المعاصرة ، وما بدا لي منه دقةً نظرٍ ، أو تجليةً مُدركٍ فقهيٍّ معتبرٍ ، أو وضوح دلالةٍ ، أو فقاهاة تخريج ، أو طرفاة موضوع ، أو ما كان منها في حاجة العصر ، ومدرجةً إلى تحديد الاجتهاد فيها .

وقيمة هذه التطبيقات المعاصرة ، والأمثلة المتكاثرة ، والنماذج المتجددة ، في هذا البحث - إنما تظهر من خلال مقابلتها بما ذكره الفقهاء - رضوان الله تعالى عليهم - من أمثلة وتطبيقات في مدوناتهم الفقهية القديمة ( ر . مثلاً لذلك : أمثلة بيع الأصول ، وخيار العيب ) ، وهم الذين لم يدخروا جهداً في التطبيق والتمثيل للأحكام الفقهية ، من خلال عصورهم وبيناتهم وأعرافهم .

كما تظهر قيمة هذه التطبيقات ، من خلال التخفف من " الرَّهَق العلمي " الذي كان ينتجه أو ينشئه الاقتصار على تلك الأمثلة القديمة ، في محاولة فهمها ، أو الارتباك في محاولة تحديتها ! . وما كان ينتجه الاقتصار عليها والدوران حولها من أثرٍ خطيرٍ في عزل الشريعة والفقهاء عن الحياة وعن الناس .

كما تظهر قيمة هذه التطبيقات أيضاً أن جملتها قد مرَّ بجملةٍ غير قليلةٍ من المعاناة واللحظ والوعي والإدراك ، من خلال اجتهادٍ مؤصلٍ واعٍ مُدركٍ .

والرجاء أيضاً أن يكون في هذا البحث استجابةً لما تحدَّث عنه إمام الحرمين - رحمه الله تعالى - في قوله : « مَنْ لم يخرِّج العرف في المعاملات تفقهاً لم يكن على حظٍّ كاملٍ فيها » ، وأن يكون ما قدَّمته في هذه الرسالة لبنةً طيبةً متماسكةً تصلحُ لاعتمادها والبناء عليها .

اللهم إني أسألك حسن العاقبة في الدنيا والآخرة ، اللهم توفني مسلماً وألحقني بالصالحين ، ربنا اغفر لي ولوالدي وللمؤمنين يوم يقوم الحساب .

وصلَّى الله على سيدنا ونبينا محمدٍ وعلى آله وصحبه أجمعين ، والحمد لله رب العالمين .





## توصيات واقتراحات

هذه بعض الاقتراحات والتوصيات التي أثمرها هذا البحث ، وأنضجتها هذه الدراسة :

١- نشرُ الاهتمام بفقهِ المعاملات المالية بين العامة والخاصة ؛ فأما عن العامة فإعادة التأليف في فقهِ المعاملات المالية ، وتحديد عَرَضه ، وإلقاء المحاضرات عنه .

وأما الخاصة فبتوجيه زُمرٍ من طلاب العلم إلى التخصص فيه والاعتناء به ، وبكتابة البحوث والدراسات عنه ؛ كي يستوعب ما جدَّ من أفضية ونوازل ، وما حدث من تصرفات وتعامل .

٢- التأكيد - في كل أولئك - تدريساً وتأليفاً واهتماماً - على ضبط فروعهِ ومسائلهِ ، وتأصيل قواعده الحاكمة ، وعلى ربطه بالحياة وشؤون الناس ، وذكر الأمثلة والتطبيقات ؛ فإن ذلك هو الباعث على جعل فقهِ المعاملات المالية بصورةً قريبةً المتناول ، واضحة المعالم ، مأنوسةً مألوفةً ، حيةً نابضةً ، موضوعيةً للإفهام ، باعثةً على العمل والتطبيق .

٣- ينبغي للجهات المعنية بالقضاء والفتوى نحو : المحاكم الشرعية وكتّاب العدل ودوائر الإفتاء تدوينُ الأعراف الجارية والعوائد المستفيضة ؛ ذلك للزوم الحاجة إليها في الحكم والفتوى ، في نحو ألفاظ الطلاق ، الصرائح منها والكنايات ، وألفاظ العطايا والوصايا والأوقاف ، ونحو هذا من ألفاظ المكلفين ، ولحظ تغير دلالتها من إقليم ومنطقة إلى أخرى ، ومن زمنٍ وحالٍ إلى غيره . ولعلَّ تأكُّد رعي ذلك ووجوبَ لحظه كان من بواعث القول باستحباب كون القاضي « عالماً بلغات أهل ولايته » ( كشف القناع : ٣١٠/٦ ) .

وكذا ينبغي للجهات المعنية بالمعاملات المالية المدنية والتجارية ، كالغرف التجارية ومكاتب العمل والعمّال والمجالس البلدية تدوينُ الأعراف التجارية والعوائد العمّالية والمدنية ، وما يجري في تطبيق مُطلقات العقود بين الموظفين ونحوهم من العمّال ، وتحديدُ الالتزامات والحقوق العقديّة - بذكر الأمثلة والتطبيقات - في كل ما سكّنت عنه نصوص العقود .

لكن ذلك مشروطٌ بأن يكون تحت إشراف الجهات الشرعية وبأمرها ، وبنظر فقيه فطنٍ ، وأن يكون أعضاء اللجنة المدوّنة والدارسة لهذه الأعراف والعوائد خبراء لا حكّاماً ! إذ الغرض التجارية ونحوها ليست جهة حُكمٍ أو قضاء ، وإلا كان المقترح إثم أكبر من نفعه ، وضرره أكبر من تركه ( انظر : فتاوى بن إبراهيم : ٢٥٢/١٢ ، ٢٦٩ ، ٢٤٧/١٢-٢٧٣ ، الاختيارات الجليلة على نيل المآرب : ٦٥٢/٤-٦٥٣ ) .

٤- هذا - وقد كان من أهم البواعث على هذا الاقتراح المشروط - : أن العرف مع كونه الضابطُ فيما يحكّم فيه إلا أنه ضابطٌ مُتَّسِعٌ ، وحدُّ رَجْرَاجٍ ، وأصلٌ يتفاوت تطبيقه ، والإحالة عليه وعلى العوائد قد يقع فيها في بعض الأوقات إلباسٌ ، وفي تضاعيف هذا البحث ومثاليه ، ودراسة

مسائله ، وفي أمثله وتطبيقاته شواهدٌ لذلك ، وأذكر هنا - بعض نصوص الأئمة - رحمهم الله تعالى -  
الدالة على ذلك :

أ- قولُ الإمام الغزالي : « وجميع ضوابط الشرع فيما يُعلم بالعادة ... ينقسم إلى أطرافٍ واضحة ، وأوساطٍ مُشكلة » ( إحياء علوم الدين : ٦٧/٢ ) .

ب- قولُ الإمام التقي السبكي : « الإحالة على العرف قد يقع فيها في بعض الأوقات إلباسٌ »  
( تكملة المجموع : ٥٤٨/١١ ) .

ج- قول الإمام الكمال ابن الهمام : « ... والعرفُ يتفاوت ، وقد يتحقَّق فيه اختلافٌ لذلك »  
( فتح القدير : ٣٨٠/٥ ) .

\* \* \* \*

والحمد لله أولاً وآخراً ، هو وليُّ كلِّ نعمةٍ ومُسدي كلِّ خيرٍ .

## قائمة المصادر والمراجع

أ

- \* أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية ، بالرياض - دار أولي النهي ، ط : الثانية ، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢ م .
- \* ابن تيمية ، حياته وعصره - آراؤه وفقهه ، لمحمد أبو زهرة ( ١٣٩٤هـ ) ، القاهرة - دار الفكر العربي .
- \* ابن حنبل ، حياته وعصره - آراؤه وفقهه ، لمحمد أبو زهرة ( ١٣٩٤هـ ) ، القاهرة - دار الفكر العربي .
- \* أحكام الأوقاف ( الجزء الأول ) : لمصطفى الزرقا ، دمشق ، الجامعة السورية - كلية الحقوق ، ط : الثانية ، ١٣٦٦هـ - ١٩٤٧ م .
- \* الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية ، د.عبد الرحمن بن عبد الله السند ، الرياض ، بيروت ، دمشق - دار الوراق ، دار النيرين ، ط : الأولى ، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٤ م .
- \* الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام : لأحمد بن إدريس القرافي ( ٦٨٤هـ ) تحقيق : عبد الفتاح أبو غدة ، حلب - مكتب المطبوعات الإسلامية ، ط : ١٣٨٧هـ - ١٩٦٧ م .
- \* أحكام القرآن : لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي ( ٥٤٣هـ ) ، تحقيق : علي محمد البجاوي ، القاهرة - عيسى البابي الحلبي ، ط : الثالثة ، ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢ م .
- \* أحكام المعاملات الشرعية : لعلي الخفيف ، مصر - دار الفكر العربي ، ط : الثانية .
- \* أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنبلي ( عرض منهجي ) : د.محمد زكي عبد البر ، قطر - دار الثقافة ، ط : الأولى ، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦ م .
- \* إحياء علوم الدين : لأبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ( ٥٠٥هـ ) ، مصر - المطبعة العثمانية المصرية ، ط : الأولى ، ١٣٥٢هـ - ١٩٣٣ م .
- \* الاختيارات الحلية من المسائل الخلافية : لعبد الله بن عبد الرحمن البسام ، مكة - مكتبة ومطبعة النهضة الحديثة ، مطبوع مع نيل المآرب ، للمؤلف نفسه .
- \* الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن محمد البعلبي ( ٨٠٣هـ ) ، تحقيق : محمد حامد الفقي ، القاهرة - مكتبة السنة المحمدية ، د.ن .

- \* إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق في علم الأصول : لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني ( ١٢٥٠ هـ ) ، مصر - مصطفى الباي الحلبي وأولاده ، ط : الأولى ، ١٣٥٦ هـ - ١٩٣٧ م .
- \* إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل : لمحمد ناصر الدين الألباني ، دمشق - المكتب الإسلامي ، ط : الثانية ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .
- \* أساس البلاغة : لجار الله أبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري ( ٥٣٨ هـ ) ، القاهرة - مطبعة دار الكتب ، مركز تحقيق التراث ، ط : الثانية ، ١٩٧٣ م .
- \* أسباب اختلاف الفقهاء : علي الخفيف ، القاهرة - معهد الدراسات العربية العالية ، ١٩٥٦ م .
- \* الإسلام والنقود : للدكتور رفيق المصري ، جدة - مركز النشر العلمي ، جامعة الملك عبد العزيز ، ط : الثانية ، ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م .
- \* الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية : للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ( ٩١١ هـ ) ، القاهرة - مصطفى الباي الحلبي ، ط : الأخيرة ، ١٣٧٨ هـ - ١٩٥٩ م .
- \* أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن : لمحمد الأمين بن محمد المختار الجكني الشنقيطي ( ١٣٩٣ هـ ) ، مصر - مطابع المدني بمصر .
- \* إعلام الموقعين عن رب العالمين : لشمس الدين محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية ( ٧٥١ هـ ) ، تحقيق : محمد محي الدين عبد الحميد ، بيروت - لبنان ، دار الفكر ، ط : الثانية ، ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م .
- \* الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل : لأبي النجا شرف الدين موسى بن أحمد الحجّاوي المقدسي ( ٩٦٨ هـ ) ، تصحيح وتعليق : عبد اللطيف محمد موسى السبكي ، بيروت - لبنان ، دار الفكر .
- \* إمام الحرمين - أبو المعالي الجويني ( حياته وعصره ، آثاره وفكره ) : للدكتور عبد العظيم الديب ، الكويت - دار القلم ، ط : الأولى ، ١٤١٠ هـ - ١٩٨١ م .
- \* الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجلد أحمد بن حنبل : لعلي بن سليمان المرادوي ( ٨٨٥ هـ ) ، تحقيق : محمد حامد الفقي ، بيروت - دار إحياء التراث العربي ، ط : الثانية ، ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م .

## ب

- \* بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ( ٥٨٧ هـ ) ، بيروت - دار الكتاب العربي ، ط : الثانية ، ١٣٩٤ هـ - ١٩٧٤ م .
- \* بداية المجتهد ونهاية المقتصد : لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ( ٥٩٥ هـ ) ، مصر - مصطفى الباي الحلبي ، ط : الرابعة ، ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م .

\* البريد الإلكتروني وحكمه الشرعي : د. نور الدين مختار الخادمي ، بيروت - دار وحي القلم ، ط : الأولى ، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م .

\* البهجة في شرح التحفة : لأبي الحسن بن علي بن عبد السلام التسولي ( ١٢٥٨ هـ ) ، مصر - مصطفى الباي الحلبي ، ط : الثانية ، ١٣٧٠ هـ ، ١٩٥١ م .

## ت

\* تاج العروس من جواهر القاموس : لمحمد مرتضى الحسيني الزبيدي ( ١٢٠٥ هـ ) ، القاهرة - المطبعة الخيرية ( بولاق ) ، ط : الأولى ، ١٣٠٦ هـ .

\* تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام ( مطبوع على هامش فتح العلي المالك ) : لبرهان الدين إبراهيم بن علي ابن فرحون ( ٧٩٩ هـ ) ، مصر - مصطفى الباي الحلبي ، ط : الأخيرة ، ١٣٧٨ هـ - ١٩٥٨ م .

\* تبين الحقائق شرح كتر الدقائق : لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ( ٧٤٣ هـ ) ، ملتان - المكتبة الإمدادية ، ط : مصورة عن الطبعة الأولى ببولاق ، ١٣١٥ هـ .

\* تجريد زوائد الغاية والشرح : للفيق حسن الشطي ( ١٢٧٤ هـ ) ، دمشق - منشورات المكتب الإسلامي ، ط : الأولى ، ١٣٨٠ هـ - ١٩٦١ م . ( مطبوع على هامش غاية المنتهى ) .

\* « تحديد صيغة القبض ، وهل قبض الشيكات يعتبر قبضاً » : الشيخ عبد الله بن منيع ، بحث ضمن مجلة البحوث الإسلامية - الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد - الرياض . ع: ٢٦ ، ذو القعدة ، ذو الحجة : ١٤٠٩ هـ - محرم ، صفر : ١٤١٠ هـ ، من ص ١٤١-١٨١ .

\* تحرير ألفاظ التنبيه : ليحيى بن شرف الدين النووي ( ٦٧٦ هـ ) ، تحقيق : عبد الغني الدقر ، دمشق - دار القلم ، ط : الأولى ، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م .

\* تصحيح الفروع ( مع كتاب الفروع ) : لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي ( ٨٨٥ هـ ) ، حققه : عبد اللطيف السبكي ، راجعه : عبد الستار أحمد فراج ، بيروت - عالم الكتب ، ط : الرابعة ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .

\* التعريفات : لعلي بن محمد بن علي الجرجاني ( ٨١٦ هـ ) ، تحقيق : إبراهيم الأبياري ، بيروت - دار الكتاب العربي ، ط : الأولى ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .

\* التقرير والتحرير : لابن أمير الحاج ( ٨٧٩ هـ ) ، بيروت - دار الكتب العلمية ، ط : الثانية ، ١٤٠٣ هـ - مصورة عن الطبعة الأميرية ، ١٣١٦ هـ .

\* تفسير السعدي = تيسير الكريم الرحمن .

\* تفسير القرطبي = الجامع لأحكام القرآن .

\* تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير : لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني ( ٨٥٢هـ ) ،  
تحقيق : عبد الله هاشم اليماني المدني ، القاهرة - شركة الطباعة الفنية المتحدة ، ط : الأولى ،  
١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م .

\* التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد : لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري  
( ٤٦٣هـ ) ، تحقيق : مجموعة من المحققين ، المغرب - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، ط :  
الأولى ، ١٣٨٧هـ - ١٤١١هـ .

\* تهذيب الآثار : لأبي جعفر محمد بن جعفر الطبري ( ٣١٠هـ ) ، تحقيق : محمود محمد شاكر ،  
القاهرة - مطبعة المدني ، ط : ١٩٨٣م .

\* تهذيب الأجوبة : لأبي عبد الله الحسن بن حامد الحنبلي ( ٤٠٣هـ ) ، تحقيق : السيد صبحي  
السامرائي ، بيروت - عالم الكتب - مكتبة النهضة العربية ، ط : الأولى ، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م .  
\* تهذيب الأسماء واللغات : ليحيى بن شرف النووي ( ٦٧٦هـ ) ، بيروت - دار الكتب العلمية ،  
ط : ( مصورة عن الطبعة المنيرية ) .

\* تهذيب السنن ( مطبوع مع مختصر سنن أبي داود المنذري ) : لابن قيم الجوزية ( ٧٥١هـ ) ،  
تحقيق : أحمد شاكر - محمد حامد الفقي ، بيروت - دار المعرفة ، ط : ( مصورة ) ، ١٤٠٠هـ -  
١٩٨٠م .

\* التوقيف على مهمات التعاريف : لمحمد عبد الرؤوف المناوي ( ١٠٣١هـ ) ، تحقيق : د. محمد  
رضوان الداية ، دمشق - دار الفكر ، ط : الأولى ، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م .  
\* تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان : للشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدي ( ١٣٧٦هـ ) ،  
تحقيق : محمد زهري النجار ، مصر - مطبعة المدني ، ط : ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م .

## ج

\* جامع الأصول في أحاديث الرسول : لمجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد بن الأثير  
( ٦٠٦هـ ) ، تحقيق : عبد القادر الأرناؤوط : مكتبة الحلواني ، مطبعة الملاح ، مكتبة دار البيان ،  
ط : ١٣٨٩هـ .

\* جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم ، لعبد الرحمن بن رجب الحنبلي  
( ٧٩٥هـ ) ، تحقيق الأرناؤوط وإبراهيم باجس ، بيروت - مؤسسة الرسالة ، ط : الأولى ،  
١٤١١هـ - ١٩٩١م .

## ح

\* حاشية الدسوق على الشرح الكبير : محمد أحمد عرفة الدسوقي ( ١٢٣٠ هـ ) ، القاهرة - عيسى البابي الحلبي .

\* حاشية ابن رحّال على شرح مياره للعاصمية : لأبي علي الحسن بن رحّال ( ٥١٤١٠ هـ ) ، مصر - المكتبة التجارية الكبرى ، ( مطبوع مع شرح مياره على تحفة الحكام العاصمية ) .

\* حاشية ابن عابدين : محمد أمين الشهير بابن عابدين ( ١٢٥٢ هـ ) ، بيروت - دار إحياء التراث العربي ، ط : الثانية ، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م .

\* حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع : لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي ( ١٣٩٢ هـ ) ، ط : الثالثة ، ١٤٠٥ هـ .

\* حاشية القليوبي على شرح المحلّي على المنهاج : لأحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي ( ١٠٩٦ هـ ) القاهرة - عيسى البابي الحلبي .

\* « حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة » : د.علي محيي الدين القره داغي ، بحث ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي - منظمة المؤتمر الإسلامي - جدة ، الدورة السادسة ، ع:٦ ، ج:٢ ، ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م ، من ص ٩٢٣-٩٦٣ .

\* « حكم الأوراق النقدية » : بحث صادر عن هيئة كبار العلماء المملكة العربية السعودية ، ضمن أبحاث هيئة كبار العلماء ، من ص ٢٧-٥٨ ، الرياض - دار أولي النهى ، ط : الثانية ، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م .

## خ

\* « خصوصية التعاقد عبر الإنترنت » : د. أسامة أبو الحسن مجاهد ، بحثٌ مقدّمٌ إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت ، جامعة الإمارات - كلية الشريعة والقانون ، ٢٠٠٠ م .

\* الخيار وأثره في العقود : للدكتور عبد الستار أبو غدة ، الكويت ، ط : الثانية ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .

## د

\* الدر المنتقى في شرح المنتقى (مع مجمع الأنهر) : لمحمد بن علي بن محمد الحصكفي ( ١٠٨٨ هـ ) ، بيروت - دار إحياء التراث العربي ، ط : الأولى ، ١٣٢٨ هـ .

\* درر الحكام شرح مجلة الأحكام : لعلي حيدر ، تعريب : المحامي فهمي الحسيني ، بيروت - دار الكتب العلمية ، ط : الأولى ، ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م .



\* الدرر السنية في الأجوبة النجدية : جمع عبد الرحمن بن قاسم العاصمي القحطاني النجدي ، من مطبوعات دار الإفتاء بالمملكة العربية السعودية ، طبع بأمر جلالة الملك فيصل بن عبد العزيز آل سعود ، ط : الثانية ، ١٣٨٥ هـ - ١٩٦٥ م .

\* دور السكوت في التصرفات القانونية ( دراسة مقارنة ) : للدكتور عبد الرزاق حسن فرج ، القاهرة - مطبعة المدني ، ط : ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م .

## ذ

\* الذخيرة : لأحمد بن إدريس القرافي ( ٦٨٤ هـ ) ، تحقيق : محمد حجّي وغيره ، بيروت - دار الغرب الإسلامي ، ط : الأولى ، ١٩٩٤ م .

## ر

\* الرسالة : للإمام محمد بن إدريس الشافعي ( ٢٠٤ هـ ) ، تحقيق : أحمد محمد شاكر ، ط : مصورة .

\* رفع الحرج في الشريعة الإسلامية : للدكتور يعقوب عبد الوهاب الباحسين . ( دون بيانات نشر ) .

\* رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ، ضوابطه وتطبيقاته : للدكتور صالح بن عبد الله بن حميد ، مكة المكرمة - مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى ، ط : الأولى ، ١٤٠٣ هـ .

\* الروض المربع شرح زاد المستنقع : لمنصور بن يونس البهوتي ( ١٠٥١ هـ ) مع حاشية ابن قاسم .

## ز

\* زاد المعاد في هدي خير العباد : لابن قيم الجوزية ( ٧٥١ هـ ) ، تحقيق : شعيب الأرنؤوط ، عبد القادر الأرنؤوط ، بيروت - مؤسسة الرسالة ، الكويت ، مكتبة المنار الإسلامية ، ط : الثالثة ، ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م .

## س

\* سنن أبي داود : سليمان بن الأشعث السجستاني ( ٢٧٥ هـ ) ، تحقيق : عزت عبيد الدعاس ، عادل السيد ، حمص - دار الحديث ، ط : الأولى : ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٩ م .

\* سنن ابن ماجه : لأبي عبد الله بن محمد بن يزيد بن ماجه القزويني ( ٢٧٣ هـ ) ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، القاهرة - دار إحياء الكتب العربية ، عيسى الباي الحلبي .

- \* سنن الترمذي : لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة ( ٢٧٩ هـ ) ، تحقيق : أحمد محمد شاكر ، محمد فؤاد عبد الباقي ، بيروت - دار إحياء التراث العربي .
- \* سنن الدارقطني : لعلي بن عمر الدارقطني ( ٣٨٥ هـ ) ، تحقيق : عبد الله هاشم اليماني المدني ، المدينة المنورة - عبد الله هاشم اليماني المدني ، ط : الأولى ، ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م .
- \* السنن الكبرى : لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي ( ٤٥٨ هـ ) ، بيروت - دار المعرفة ( ط : مصورة ) .
- \* سنن النسائي ( المجتبى ) : لأحمد بن شعيب النسائي ( ٣٠٣ هـ ) ، حلب - مكتبة المطبوعات الإسلامية ، ط : الثانية ، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م .

## ش

- \* شرح تنقيح الفصول في اختصار الحصول في الأصول : لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي ( ٦٨٤ هـ ) ، تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد ، القاهرة - مكتبات الكليات الأزهرية ، دار الفكر ، ط : الأولى ، ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م .
- \* شرح الخطّاب = مواهب الجليل .
- \* شرح عقود رسم المفتي = مجموع رسائل ابن عابدين .
- \* شرح القواعد الفقهية : لأحمد بن محمد الزرقا ( ١٣٥٧ هـ ) ، دمشق - دار القلم ، ط : الثانية ، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م .
- \* شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير : لمحمد بن أحمد عبد العزيز الفتوحى ابن النجار الحنبلي ( ٩٧٢ هـ ) ، تحقيق : د. محمد الزحيلي ، د. نزيه حماد ، مكة - مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي ، جامعة أم القرى ، ط : الأولى ، ١٤٠٠ هـ - ١٤٠٨ هـ .
- \* شرح المجلة : لسليم رستم باز اللبناني ( ١٣٨٨ هـ = ١٩٢٠ م ) ، بيروت - دار إحياء التراث العربي ، ط : الثالثة ( مصورة ) .
- \* شرح مختصر الروضة : لنجم الدين سليمان بن عبد القوي الطوفي ( ٧١٦ هـ ) ، تحقيق : د. عبد الله بن عبد المحسن التركي ، بيروت - مؤسسة الرسالة ، ط : الأولى ، ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م .
- \* شرح منتهى الإرادات : لمنصور بن يونس البهوتي ( ١٠٥١ هـ ) ، بيروت - دار الفكر ، ط : مصورة .
- \* شرح مياره على تحفة الحكام : لمحمد بن أحمد مياره ( ١٠٧٢ هـ ) ، مصر - المكتبة التجارية الكبرى .

\* شرح النووي على صحيح مسلم : ليحيى بن شرف النووي ( ٦٧٦ هـ ) ، مصر - المطبعة المصرية ومكتبتها .

\* « الشرط الجزائي » : بحثٌ صادر عن هيئة كبار العلماء المملكة العربية السعودية ، ضمن أبحاث هيئة كبار العلماء ، من ص ٩٩-٢١٤ ، الرياض - دار أولي النهى ، ط : الثانية ، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م .

\* شركة المساهمة في النظام السعودي ( دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ) : للدكتور صالح بن زابن المرزوقي البقمي ، مكة - مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي ، جامعة أم القرى ، ط : ١٤٠٦ هـ .

\* « الشروط الشائعة في المعاملات وأحكام الشريعة والقانون » : للشيخ زكي الدين شعبان ، ضمن مجلة القانون والاقتصاد ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ع: ٣ ، ٤ ، السنة : ٣٥ ، سبتمبر وديسمبر : ١٩٥٥ م ، ص ٣٣٧-٣٦٩ .

## ص

\* صحيح البخاري (مطبوع مع فتح الباري) : لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ( ٢٥٦ هـ ) ، ترقيم وتحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ( ١٣٨٨ هـ ) ، القاهرة - المطبعة السلفية ، ط : ١٣٨٠ هـ .  
\* صفة الفتوى والمفتي والمستفتي : لأحمد بن حمدان الحرّاني الحنبلي ( ٦٩٥ هـ ) ، تحقيق : محمد ناصر الدين الألباني ، بيروت - المكتب الإسلامي ، ط : الثانية ، ١٣٩٤ هـ .

## ط

\* الطرق الحكمية في السياسة الشرعية : لابن القيم الجوزية ( ٧٥١ هـ ) ، تحقيق : محمد حامد الفقي ، القاهرة - مطبعة السنة المحمدية ، ط : ١٣٧٢ هـ - ١٩٥٣ م .

## ع

\* « العرف - بحثٌ فقهي مقارن » : د. محمد جبر الألفي ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي - منظمة المؤتمر الإسلامي - جدة ، الدورة الخامسة ، ع: ٥ ، ج: ٤ ، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٨ م ، ص ٣٢٥٩-٣٢٩٥ .

\* العرف والعادة في رأي الفقهاء : لأستاذنا الكبير أحمد فهمي أبو سنة ، القاهرة - مطبعة الأزهر ، ط : ١٩٤٧ هـ .

- \* العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب : لعمر بن عبد الكريم الجدي ،  
المغرب - اللجنة المشتركة لنشر وإحياء التراث الإسلامي ، ط : ١٩٨٢ م .
- \* العقود المسماة في الفقه الإسلامي : عقد البيع : لمصطفى أحمد الزرقا ، دمشق - مطبعة الجامعة  
السورية ، ط : ١٣٦٧ هـ - ١٩٤٨ م .
- \* العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني : للدكتور وهبة  
الزحيلي ، دمشق - دار الفكر ، ط : الأولى ، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م .

## غ

- \* الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي : د. الصديق محمد الأمين الضرير ، مصر ، ط : الأولى ،  
١٣٨٦ هـ - ١٩٦٧ م .

## ف

- \* الفتاوى السعدية : للعلامة عبد الرحمن بن ناصر السعدي ( ١٣٧٦ هـ ) ، الرياض - منشورات  
المؤسسة السعدية .
- \* فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ ( ١٣٨٩ هـ ) ، تحقيق :  
محمد بن عبد الرحمن بن قاسم ، مكة - مطبعة الحكومة بمكة ، ط : الأولى ، ١٣٩٩ هـ .
- \* فتح الباري بشرح صحيح البخاري : لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني ( ٨٥٢ هـ ) ، تحقيق :  
الشيخ عبد العزيز بن باز ، ترقيم : محمد فؤاد عبد الباقي ، إشراف : محب الدين الخطيب ، مصر -  
المطبعة السلفية ومكنتها ، ١٣٨٠ هـ .
- \* فتح القدير : لمحمد بن عبد الواحد بن الهمام ( ٨٦١ هـ ) ، القاهرة - مصطفى الباي الحلبي ،  
ط : الأولى ، ١٣٨٩ هـ - ١٩٧٠ م .
- \* الفتوحات الربانية على الأذكار النواوية : لمحمد بن علان الصديقي ( ١٠٥٧ هـ ) ، بيروت - دار  
إحياء التراث العربي .
- \* الفروع : لشمس الدين محمد بن مفلح المقدسي ( ٧٦٣ هـ ) ، تحقيق : عبد اللطيف السبكي ،  
راجعه : عبد الستار أحمد فراج ، بيروت - عالم الكتب ، ط : الرابعة ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .
- \* الفروق : لأحمد بن إدريس الصنهاجي القراني ( ٦٨٤ هـ ) ، بيروت - دار المعرفة ، ط :  
مصورة .
- \* الفعل الضار والضمان فيه : لمصطفى أحمد الزرقا ، بيروت - دمشق ، دار العلوم ، دار القلم ،  
ط : الأولى ، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٨ م .

- \* فقه إمام الحرمين : عبد الملك بن عبد الله الجويني : للدكتور عبد العظيم الديب ، الدوحة - دار إحياء التراث الإسلامي ، ط : الأولى ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .
- \* الفقيه والمتفقه : لأبي بكر أحمد بن علي بن ثابت ( الخطيب البغدادي ) ( ٤٦٣ هـ ) ، تحقيق : إسماعيل الأنصاري ، بيروت - دار الكتب العلمية ، ط : الثانية ، ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م .
- \* الفواكه العديدة في المسائل المفيدة ( مجموع المنقور ) : للشيخ أحمد بن محمد المنقور التميمي النجدي ( ١١٢٥ هـ ) ، طبع على نفقة عبد العزيز بن عبد العزيز المنقور ، شركة الطباعة العربية السعودية ، ط : الخامسة ، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م .

## ق

- \* قاعدة في العقود = نظرية العقد ، لابن تيمية .
- \* القاموس المحيط : لمجد الدين بن محمد بن يعقوب الفيروزآبادي ( ٨١٧ هـ ) ، بيروت - مؤسسة الرسالة ، ط : الأولى ، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م .
- \* « القبض : صورته وبخاصة المستجدة منها ، وأحكامها » : د. علي محيي الدين القره داغي ، بحث ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي - منظمة المؤتمر الإسلامي ، جدة ، الدورة السادسة ، ع: ٦ ، ج: ١ ، ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م ، من ص ٥٥٥-٦٣٤ .
- \* قرارات مجلس الجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي : مكة المكرمة - الأمانة العامة لرابطة العالم الإسلامي ، ط : [ بدون ] ، ١٤٠٥ هـ .
- \* قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ، المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي - جدة ، دمشق - دار القلم ، جدة - مجمع الفقه الإسلامي ، ط : الثانية ، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م .
- \* القواعد في الفقه الإسلامي : لأبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي ( ٧٩٥ هـ ) ، تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد ، القاهرة - مكتبة الكليات الأزهرية ، ط : الأولى ، ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م .
- \* القواعد النورانية الفقهية : لابن تيمية ( ٧٢٨ هـ ) ، تحقيق : محمد حامد الفقي ، القاهرة - مطبعة السنة المحمدية ، ط : الأولى ، ١٣٧٠ هـ - ١٩٥١ م .
- \* القواعد والأصول الجامعة ، والفروق والتقسيم البديعة النافعة : لعبد الرحمن بن ناصر السعدي ( ١٣٧٦ هـ ) ، الدمام - دار رمادي للنشر ، ط : الأولى ، ١٤١٧ هـ .

## ك

- \* الكافي في فقه الإمام المبحل أحمد بن حنبل : لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامه ( ٦٢٠ هـ ) ، تحقيق : زهير الشاويش ، بيروت - المكتب الإسلامي ، ط : الثالثة ، ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م .

\* كشف القناع عن متن الإقناع : لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي ( ١٠٥١ هـ ) ، مراجعة وتعليق : هلال مصيلحي مصطفى هلال ، بيروت - عالم الكتب ، ط : ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م .

## ل

\* لسان العرب : لجمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري ( ٧١١ هـ ) ، بيروت - دار صادر .

## م

\* مالك - حياته وعصره ، آراؤه وفقهه - : لمحمد أبو زهرة ( ١٣٩٤ هـ ) ، القاهرة - دار الفكر العربي ، ط : الثانية ، ١٩٧٨ م .

\* مبدأ الرضا في العقود - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي : د. علي محيي الدين القره داغي ، بيروت - ط : الأولى ، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٥ م .

\* المبسوط : لشمس الدين محمد بن أحمد السرخسي ( ٤٩٠ هـ ) ، بيروت - دار المعرفة ، ط : [ بدون ] ، ١٤٠٩ هـ ، ١٩٨٩ م .

\* مجلة الأحكام الشرعية في مذهب الإمام أحمد بن حنبل = المجلة الحنبلية : لأحمد بن عبد الله القاري ( ١٣٥٩ هـ ) ، تحقيق : د. عبد الوهاب أبو سليمان ، د. محمد إبراهيم أحمد علي ، جدة - تهامة ، ط : الأولى ، ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م .

\* مجلة الأحكام العدلية : نسقها : نجيب بك هوايني ، لبنان ، ط : الخامسة ، ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨ م .  
\* مجمع الزوائد ومنبع الفوائد : لنور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي ( ٨٠٧ هـ ) ، بيروت - مؤسسة المعارف ، ط : ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م .

\* المجموع شرح المهذب : للإمام يحيى بن شرف النووي ( ٦٧٦ هـ ) ، حققه وعلّق عليه وأكمله بعد نقصانه : شيخنا الشيخ محمد نجيب المطيعي ( ١٤٠٦ هـ ) رحمه الله تعالى ، جدة - مكتبة الإرشاد .  
\* مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية : جمع : عبد الرحمن بن محمد بن قاسم وابنه محمد ، الرياض - مطابع الرياض ، ط : الأولى ، ١٣٨١ هـ .

\* مجموع رسائل ابن عابدين : للفقير محمد أمين أفندي الشهير بابن عابدين ( ١٢٥٢ هـ ) باكستان - سهيل أكيديمي - لاهور ، ط : الثانية ، ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م ( مصورة ) .

\* المختارات الجليلة من المسائل الفقهية : لعبد الرحمن بن ناصر السعدي ( ١٣٧٦ هـ ) ، القاهرة - مطبعة المدني ، ط : الأولى ، ١٣٧٨ هـ - ١٩٥٨ م .

\* مختصر خليل : لخليل بن إسحاق المالكي ( ٧٧٦ هـ ) ، تصحيح : طاهر أحمد الزاوي ، مصر - عيسى البابي الحلبي .

- \* مختصر الفتاوى المصرية لشيخ الإسلام ابن تيمية : لبدر الدين أبي عبد الله محمد بن علي الحنبلي البعلي ( ٧٧٧ هـ ) ، تصحيح : محمد حامد الفقي ، باكستان - دار نشر الكتب الإسلامية ، كوجرانواله ، ط : ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م ، ( ط : مصورة ) .
- \* المدخل الفقهي العام : لمصطفى أحمد الزرقا ، دمشق - مطابع ألف باء - الأديب ، ط : التاسعة ، ١٣٨٧ هـ - ١٩٦٨ م .
- \* المستدرک علی الصحیحین : لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسبوري ( ٤٠٥ هـ ) ، بيروت - دار المعرفة .
- \* المسند : لأبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني ( ٢٤١ هـ ) ، بيروت - دار صادر ، المكتب الإسلامي ، ط : مصورة عن الطبعة الميمنية .
- \* المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي : لأحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي ( ٧٧٠ هـ ) ، بيروت - المكتبة العلمية .
- \* مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى : لمصطفى السيوطي الرحبياني ( ١٢٤٣ هـ ) ، بيروت - المكتب الإسلامي ، ط : الأولى ، ١٣٨٠ هـ - ١٩٦١ م .
- \* المطالع على أبواب المقنع : لشمس الدين محمد بن أبي الفتح البعلي ( ٧٠٩ هـ ) ، بيروت - المكتب الإسلامي ، ط : ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م .
- \* معالم السنن ( مطبوع مع مختصر سنن أبي داود ) : لأبي سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم الخطابي ( ٣٨٨ هـ ) ، تحقيق : أحمد محمد شاكر - محمد حامد الفقي ، بيروت - دار المعرفة ، ط ( مصورة ) ، ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م .
- \* معجم مقاييس اللغة : لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا ( ٣٩٥ هـ ) ، تحقيق : عبد السلام محمد هارون ، مصر - مصطفى الباي الحلبي ، ط : الثانية ، ١٣٩١ هـ ، ١٩٧١ م .
- \* المعجم الوسيط : قام بإخراجه : إبراهيم مصطفى - أحمد حسن الزيات ، حامد عبد القادر ، محمد علي النجار ، مصر - مجمع اللغة العربية - الإدارة العامة للمعجمات وإحياء التراث ، ط : ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م .
- \* المغني : لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة ( ٦٢٠ هـ ) ، تحقيق : عبد الله التركي ، د . عبد الفتاح الحلو ، القاهرة - هجر للطباعة والنشر ، ط : الأولى ، ١٤٠٦ هـ - ١٤١١ هـ ، ١٩٨٦ م - ١٩٩٠ م .
- \* مفردات ألفاظ القرآن : للعلامة الراغب الأصفهاني ( في حدود ٤٢٥ هـ ) ، تحقيق : صفوان عدنان داوودي ، دمشق - دار القلم ، بيروت - الدار الشامية ، ط : الأولى ، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م .

\* مقاصد الشريعة الإسلامية : محمد الطاهر بن عاشور ( ١٣٩٣ هـ ) ، تونس - الشركة التونسية ، ط : ١٩٧٨ م .

\* الملكية في الشريعة الإسلامية : د. عبد السلام داود العبادي ، عمان - مكتبة الأقصى ، ط : الأولى ، ١٣٩٤ هـ - ١٩٧٤ م .

\* منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات : لتقي الدين محمد بن أحمد الفتوحى " ابن النجار " ( ٩٧٢ هـ ) ، تحقيق : عبد الغنى عبد الخالق ، القاهرة - مكتبة دار العروبة ، ط : ١٣٨١ هـ - ١٩٦١ م .

\* الموافقات في أصول الشريعة : لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي ( ٧٩٠ هـ ) ، شرح وتعليق : عبد الله دراز ، تصحيح : محمد عبد الله دراز ، مصر - المكتبة التجارية الكبرى ، ط : مصورة ، ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م .

\* موافقة الخبر الخبر في تخريج أحاديث المختصر : لابن حجر العسقلاني ، تحقيق : حمدي عبد المجيد السلفي ، صبحي جاسم السامرائي ، الرياض - مكتبة الرشد ، ط : الأولى ، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م .

\* مواهب الجليل لشرح مختصر خليل : لمحمد بن محمد بن عبد الرحمن الخطّاب ( ٩٥٤ هـ ) ، طرابلس - ليبيا - مكتبة النجاح ، ط : مصورة .

## ن

\* نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف ( ضمن مجموع رسائل ابن عابدين ) : لمحمد أمين الشهير بابن عابدين ( ١٢٥٢ هـ ) ، لاهور - مطابع إيركين بريس ، سهيل أيديمي ، ط : ١٣٩٦ هـ - ١٩٧٦ م .

\* نصب الراية لأحاديث الهداية : لجمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي ( ٧٦٢ هـ ) ، الهند - المجلس العلمي ، ط : الثانية ، ١٣٩٣ هـ .

\* نظرية الظروف الطارئة : لعبد السلام الترماني ، دمشق - دار الفكر ، ط : ١٣٩١ هـ - ١٩٧١ م .

\* نظرية العقد : لتقي الدين ابن تيمية ( ٨٢٨ هـ ) ، بيروت - لبنان - دار المعرفة ، ط : مصورة .

\* نيل المآرب في تهذيب شرح عمدة الطالب : لعبد الله بن عبد الرحمن البسام ، مكة - مكتبة ومطبعة النهضة الحديثة ، ط : الأولى ، وط : الثانية .

\* نيل المرام في تفسير آيات الأحكام : لصديق حسن خان ( ١٣٠٧ هـ ) ، تحقيق : علي السيد صبيح المدني ، القاهرة - مطبعة المدني ، ط : ١٣٨٢ هـ - ١٩٦٢ م .



هـ

- \* الهداية : لأبي الخطاب محفوظ بن أحمد الكلوزاني ( ٥١٠ هـ ) ، تحقيق : إسماعيل الأنصاري وصالح العمري ، الرياض - مطابع القصيم ، ط : الأولى ، ١٣٩٠ هـ - ١٣٩١ هـ .
- \* هداية الراغب لشرح عمدة الطالب : لعثمان بن أحمد ابن قائد النجدي ( ١٠٧٩ هـ ) ، تحقيق : الشيخ الكبير حسنين محمد مخلوف ، جدة - دار البشير ، بيروت - الدار الشامية ، ط : الثانية ، ١٤١٠ هـ - ١٩٨٩ م .

و

- \* الوسيط في شرح القانون المدني : لعبد الرزاق السنهوري ، بيروت ، لبنان - دار إحياء التراث العربي ، ط : ١٩٦٤ م .
- \* الورق النقدي ( حقيقته - تاريخه - قيمته - حكمه ) : لعبد الله بن سليمان بن منيع ، الرياض ، ط : الثانية ، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م .

Oxford Business English Dictionary,  
Oxford University Press 2005,  
First Published, UK.

\* \* \* \*

- تصميم: محمد علي عسيري  
- المعهد الاسلامي للبحوث والتدريب ٢٠٠٧ م