

الفصل الثالث

القواعد الفقهية المعبرة عن شروط العرف

التمهيد

في هذا الفصل سيذكر الباحث القواعد الفقهية التي صاغها أهل العلم تعبيراً عن الشروط التي ينبغي توفرها في العرف حتى يكون صالحاً للاحتجاج به، فيحصل به الإلزام والنفوذ، ويكون دليلاً يبنى عليه الحكم الشرعي.

المبحث الأول: قاعدة: إنما تعتبر العادة إذا أطردت:

وهذه القاعدة تعبر عن شرط أساسي من شروط الاستدلال بالعرف، وترتبط بحقيقة العرف وجوهره، فهذا الشرط المضمّن في القاعدة يدخل في مفهوم العرف وتصوّره، فالأطّراد سمة أساسية من سمات العرف لا يمكن أن يكون العرف عرفاً معتبراً إلا بوجوده.

وقد نصّ على هذه القاعدة وما يتضمنها من شرط غير واحد من أهل العلم، كالزركشي^{٣٥١}،

والسيوطي، وابن نجيم^{٣٥٢}، ومجلة الأحكام العدلية في المادة (٤١)^{٣٥٣} وزيد فيها لفظة "أو غلبت"^{٣٥٤}.

المطلب الأول: شرح القاعدة:

اشترط الفقهاء للاستدلال بالعرف أن تكون هذه الأعراف أو العادات مطّردة، ومعنى الأطّراد في اللغة

^{٣٥١} انظر: السيوطي. ٢٠١١. الأشباه والنظائر. ج. ١. ص. ٢٢٤

^{٣٥٢} انظر: ابن نجيم، زين الدين. ١٩٩٩. الأشباه والنظائر. بيروت: دار الكتب العلمية. ص. ٨١

^{٣٥٣} انظر: حيدر. ٢٠٠٣. درر الأحكام شرح مجلة الأحكام. ج. ١. ص. ٥٠

^{٣٥٤} انظر الزركشي. ١٩٨٥. المنشور في القواعد. ج. ٢. ص. ٣٦١

من قولنا: اطَّرد الشيءُ أي: تبع بعضه بعضاً وجرى، واطَّرد الأمر: استقام، واطَّردت الأشياءُ: إذا تبع بعضها بعضاً، واطَّرد الكلام: إذا تتابع، واطَّرد الماء: إذا تتابع سيلانه^{٣٥٥}، أما الاطراد في سياق هذه القاعدة فالمراد به: استمرار العمل بالعرف من غير تخلف في أي حادث من الحوادث^{٣٥٦}، فيتتابع الناس على العمل به واعتباره دون تخلف في أي واقعة، وبعضهم أضاف وصف الغلبة للعرف كما فعل ابن نجيم في الأشباه والنظائر^{٣٥٧}، ويريدون به: أن يكون العمل بالعرف شائعاً في أكثر الحوادث، والتخلف يسيراً ونادراً.

ومعرفة هذا العمل المطَّرد يكون من خلال الواقع وتتبعه لا من خلال الكتب الفقهية، فالكتب الفقهية ترصد العادات وقت تدوينها وقد يطرأ على ذلك تغيير مع الزمان، يقول القرافي: " ولا يكفي في الاشتهار كون المفتي يعتقد ذلك، فإن ذلك نشأ عن قراءة المذهب ودراسته والمناظرة عنه، بل الاشتهار أن يكون أهل ذلك المصر لا يفهمون عند الإطلاق إلا ذلك المعنى"^{٣٥٨}.

ومعرفة حقيقة الاطراد يخرج عن حقيقة العرف المعترى ما يسمّى بالعرف المشترك، وهو العرف الذي يتساوى العمل به وتركه، وهذا عرف فاسد لا يبنى عليه حكم، وسبب ذلك أن تركه في بعض الأحوال يناقض اطراده^{٣٥٩}.

المطلب الثاني: أدلة القاعدة:

مستند هذه القاعدة هو التعليل، فاشتراط الاطراد في العرف يوافق حقيقة العرف من حيث كونه معروفاً ومنتشراً ومستمراً، وحصول الترك في بعض الحوادث والحالات يناقض الاستمرارية، ووجود عرف

^{٣٥٥} انظر: ابن منظور، محمد بن مكرم. ١٤١٤هـ. لسان العرب. ج ٣. ص ٢٦٨

^{٣٥٦} الخياط، عبد العزيز. ١٩٧٧. نظرية العرف. ص ٥٢

^{٣٥٧} انظر: ابن نجيم. ١٩٩٩. الأشباه والنظائر. ص ٨١

^{٣٥٨} القرافي. ٢٠٠٩. الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام. ص ٢٢٦

^{٣٥٩} انظر: عوض. ١٩٦٩. أثر العرف في التشريع الإسلامي. ص ١٣٩

آخر يختلف عن العرف الأول ويُعمل به يجعل العرف مضطرباً، فوجب أن يغلب أحدهم حتى يحصل التحاكم إليه^{٣٦٠}.

المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة وأثرها في المعاملات:

ترتب على شرط الاطراد جملة من التطبيقات الفقهية في باب المعاملات:

التطبيق الأول: إذا كانت عقود البيع مطلقة في ذكر الثمن فلم تذكر فيها عملة محددة، فالأصل كما سبق ذكره تنزيل العقد على النقد الغالب، لكن في حال اضطراب العادة وتنوع العملات المتداولة في البلد الواحد وتساويها من حيث التداول كما هو الحال في البلدان التي يتساوى فيها الدولار مع العملة المحلية، وجب البيان في مثل هذه الحالة، وإلا فإن البيع يبطل^{٣٦١}؛ لجهالة الثمن، ولأنّ العرف مشترك غير مطرد، ولا بدّ من مرجّح.

التطبيق الثاني: العرف المطرد عند عامة الناس أنّ من أهدى طعاماً في إناء لجاره أو صديقه، فإن الإناء أمانة يجب إرجاعها، بخلاف ما لو كانت تلك الأواني من المصنوعات الورقية أو البلاستيكية التي يتخلص منها، فإنها تبع للطعام ويملكها المهدي إليه.

التطبيق الثالث: من الأعراف المشتركة والتي يجب بيانها ألفاظ الواقف، فالواقف قد يحبس وقفه على صنف معين من الناس أو في مجال معين من مجالات الخير والإحسان، وفي بعض الأحيان يكون مراد الواقف محتملاً بسبب الإطلاق وعدم التحديد فيرجع في مثل هذه الأحوال إلى عرف الناس المستمر في الزمان والمكان، قال ابن عابدين: " وحيث كان المفهوم معتبراً في مُتفاهم الناس وعرفهم وجب اعتباره في كلام

^{٣٦٠} انظر: جماعة من المؤلفين. ٢٠١٣. معلمة زايد للقواعد الأصولية والفقهية. ج ٨. ص ١٥١

^{٣٦١} انظر: السيوطي. ٢٠١١. الأشباه والنظائر. ج ١. ص ٢٢٤

الواقف أيضاً؛ لأنه يتكلم على عرفه^{٣٦٢}، ومن أمثلة ذلك: إذا أوقف الواقف ريع عقاره على طلاب الشريعة المنشغلين بعلم الحديث، ولا يُدرى مراده هل هو مصطلح الحديث أم دراسة متون الأحاديث من حيث فقهها وغريبها ولغتها، أو كلاهما، فالمرجع في التحديد هو شروط الواقف ابتداءً، ثم اصطلاح أهل كل بلد^{٣٦٣}.

ومن ذلك أيضاً إذا كانت رواتب المعلمين من الوقف فإنه يقبض حقه كاملاً ولو تخلل في فترة التدريس انقطاع بسبب رمضان، ما لم ينص بخلافه الواقف؛ لوجود العرف المستمر في ذلك، وعليه فانقطاعه في أي وقت آخر من السنة يمنع من النفقة لعدم العرف المستمر^{٣٦٤}.

التطبيق الرابع: في عقد الإجارة، إذا استأجر شخص رجلاً ليخيط له ثوباً أو ينسخ له كتاباً، أو يقوم بأي عمل يحتاج إلى أدوات ومواد للصناعة فإنه يُرجع في تحديد من يلتزم بتوفيره إلى العرف، وإذا كان العرف في ذلك مضطرباً وجب البيان في العقد وإلا يبطل عقد الإجارة^{٣٦٥}.

المبحث الثاني: قاعدة: العبرة للغالب الشائع لا للنادر:

تتعلق هذه القاعدة بالقاعدة السابقة من جهة التأكيد على معنى الاطراد أو الغلبة، مع إفادتها لمضامين أخرى سُنِّدَ في الشرح، ومع الإشارة إلى مدى اعتبار الندرة، فما خرج عن هذه الغلبة من النادر لا عبرة به، وقد نص على هذه القاعدة عدد من علماء أولهم أبو الحسن الكرخي الحنفي في رسالته التي جمع فيها الأصول التي عليها مدار فروع الحنفية، والتي تعتبر أول مصادر القواعد الفقهية، ونصّها في كتابه: "الأصل

^{٣٦٢} انظر: ابن عابدين. ١٩٩٢. رد المحتار على الدر المختار. ج ٤. ص ٤٣٤

^{٣٦٣} انظر: السيوطي. ٢٠١١. الأشباه والنظائر. ج ١. ص ٢٢٥

^{٣٦٤} المرجع نفسه. ج ١. ص ٢٢٥

^{٣٦٥} انظر: الزركشي. ١٩٨٥. المنشور في القواعد. ج ٢. ص ٣٦١

أن السؤال أو الخطاب يمضي على ما عمّ وغلب لا على ما شدّ وندر^{٣٦٦}، وذكرها الزركشي في المنشور^{٣٦٧}،
والقراي^{٣٦٨}، والعز بن عبدالسلام^{٣٦٩}، ونصّ عليها في مجلة الأحكام العدلية في المادة (٤٢) (٣٧٠).

ويقرر الدكتور علي الندوي أنها أعم من القاعدة السابقة: (إنما تعتبر العادة إذا طردت أو غلبت)،
فليست القاعدتان مترادفتين، فقاعدة اعتبار الغالب مؤسّسة لمعنى أعم وليست مؤكدة للقاعدة السابقة،
فالغلبة والشيوع ليسا محصورين في العرف وتعامل الناس، يوضح ذلك أن الذرائع إلى الحرام تمنع لغلبة سلوك
الناس فيها حتى لو لم يكن مما تعارف عليه الناس^{٣٧١}.

المطلب الأول: شرح القاعدة:

يدل معنى الغلبة في اللغة على: القوة والقهر والشدّة^{٣٧٢}، أما الشيوع فيدل على التفرق
والانتشار^{٣٧٣}، ولهذا المعاني اللغوية ارتباط بدلالة القاعدة كما سيتضح قريباً.
أما من حيث الاصطلاح، فقد نصّت الموسوعة الفقهية الكويتية على أن المعنى الاصطلاحي
للغالب لا يخرج عن المعنى اللغوي^{٣٧٤}، وعليه فيمكن تعريف الغالب في الاصطلاح بأنه: الأكثر أو الأظهر
حسناً أو معنى^{٣٧٥}.

^{٣٦٦} انظر: الكرخي، أبو الحسن. ١٩٩٤. كتاب تأسيس النظر للدبوسي ومعه أصول الكرخي. ص ٨١

^{٣٦٧} انظر: الزركشي. ١٩٨٥. المنشور في القواعد. ج ٣. ص ٢٤٣

^{٣٦٨} انظر: القراي. ٢٠٠٣. الفروق. ج ٥. ص ٢٠٠

^{٣٦٩} انظر: ابن عبد السلام، عز الدين. ٢٠١٥. القواعد الكبرى. ج ٢. ص ٢٤٤

^{٣٧٠} انظر: حيدر. ٢٠٠٣. درر الحكماء شرح مجلة الأحكام. ج ١. ص ٥٠

^{٣٧١} انظر: الندوي. ١٩٩٩. موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي. ج ١. ص ١٩٦

^{٣٧٢} انظر: ابن فارس. ١٩٧٩. معجم مقاييس اللغة. ج ٤. ص ٣٨٨

^{٣٧٣} المرجع نفسه. ج ٣. ص ١٦٧

^{٣٧٤} انظر: مجموعة من المؤلفين. ١٤٢٧هـ. الموسوعة الفقهية الكويتية. الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. ج ٣١. ص ١٢٦

^{٣٧٥} انظر: جباري، شراف. ٢٠١٦. قاعدة العبرة بالغالب حقيقتها وقبورها في التطبيقات المالية المعاصرة. الجزائر: جامعة أدرار. ص ١٦

وبناء على ما سبق فإن معنى الغلبة في سياق القاعدة هو: ما يعمل به أكثر الناس أو أغلبهم^{٣٧٦}،

والمراد بالشائع: ما يصبح معلوماً بين الناس وذائعاً^{٣٧٧}، والنادر: ما شذَّ وخرج عن الجمهور^{٣٧٨}.

فالمتحصّل من ألفاظ القاعدة على هذا المعنى أن المعتدّ به هو: "العمل بما شاع وانتشر وكثر وكان

سلوكاً للجمهور الغفير، ولا يؤثر في ذلك القليل الخارج عن العمل"^{٣٧٩}، واشتهر في كتب القواعد التمثيل

للقاعدة بمسألة من حلف ألا يأكل بيضاً أنه محمول على بيض الطير دون السمك^{٣٨٠}.

والمعنى الثاني الذي تحتمله القاعدة، وإليه ذهب الأتاسي في شرحه على مجلة الأحكام العدلية: أن

الأحكام الشرعية مُنطرة في الغالب بعلة مناسبة للحكم، وهذه العلة قد تخفى في بعض الأحيان ولا تدخل

تحت الانضباط، فيقام مقام هذه العلة غير المنضبطة ما يلازمها عادة لكونه مظنة تلك العلة، فالقصر في

السفر مثلاً رخصة، والعلة فيها المشقة، لكن المشقة لم تنضبط لاختلافها بحسب الأشخاص والأحوال

والأزمان، فأقيم السفر مقام المشقة، وترتب حكم القصر على وجود السفر، لأن السفر يلازم المشقة في

الغالب، وتخلّف المشقة في بعض الأحوال كسفر الملوك والمترفين لا عبرة له، لأن الحكم يراعي الجنس لا

الأفراد، والعبرة للغالب الشائع لا النادر، وعليه فيجوز القصر لهؤلاء أيضاً^{٣٨١}.

والمعنى الثالث للغلبة واعتبارها: كونها وسيلة من وسائل ضبط الأحكام في الأحوال التي تحتاج إلى

ترجيح وحكم نهائي، أو عند تضارب التّسبب والمقادير مع تعذر التمييز^{٣٨٢}، ففي مجال الزكاة مثلاً يرجح

^{٣٧٦} انظر: الغزي، محمد صدقي. ٢٠٠٣. موسوعة القواعد الفقهية. بيروت: مؤسسة الرسالة. ج. ٧. ص. ٣٨٥

^{٣٧٧} انظر: حيدر. ٢٠٠٣. درر الأحكام شرح مجلة الأحكام. ج. ١. ص. ٥٠

^{٣٧٨} انظر: ابن منظور. ١٤١٤هـ. لسان العرب. ج. ٥. ص. ١٩٩

^{٣٧٩} الباحسين، يعقوب. ٢٠١٠. المفصل في القواعد الفقهية. الرياض: دار التدمرية. ص. ٤٣٥

^{٣٨٠} انظر: الكرخي. د. ت. كتاب تأسيس النظر للديوسي ومعه أصول الكرخي. ص. ٨١

^{٣٨١} انظر: الأناسي، محمد خالد. د. ت. شرح المجلة. بيشاور: مكتبة رشيدية. ج. ١. ص. ٩٧-٩٩

^{٣٨٢} انظر: الريسوني، أحمد. ٢٠١٠. نظرية التقريب والتغليب وتطبيقاتها في العلوم السياسية. مصر: دار الكلمة. ص. ١٠٢

القائلون بسقوط الزكاة عن الذهب المستعمل هذا القول تغليباً لجانب الثنية على جانب الادّخار^{٣٨٣}، ويرجح كذلك القائلون باعتبار السّوم في زكاة الأنعام الحكم على الأنعام بالسّوم مع كونها معلوفة بعض السنة تغليباً للسّوم في أكثر العام^{٣٨٤}، وعبر الفقهاء عن هذا المعنى بعدة قواعد تندرج تحت قاعدة اعتبار الأغلب، منها قولهم: (الأكثر يقوم مقام الكل)^{٣٨٥}.

ومما يندرج تحت المعنى الثالث: العمل بالظن الغالب في الفقه، وهذا أصل عظيم تفرعت منه جملة عظيمة من المسائل في عامة أبواب الفقه، فالظن الغالب معتبر في باب الطهارات لأنّ تحصيل اليقين التام في المياه نادر، ومعتبر في مواقيت الصلاة لأنّ اليقين والتحديد في المواقيت أمر نادر، ومثلها في تحديد القبلة، وغيرها من الأعمال الشرعية التي يجعل الشارع العمل فيها صحيحاً مقبولاً اعتماداً على الظن الغالب دون اشتراط اليقين والجزم^{٣٨٦}.

المطلب الثاني: أدلة القاعدة:

من خلال تتبع الأحكام الشرعية في الأبواب الفقهية المختلفة يجد الباحث أن اعتبار الغالب وتقديمه على النادر يصلح أن يكون أصلاً من أصول الشريعة، فهي من خصائص التشريع الإسلامي، يقول القرافي: "اعلم أن الأصل اعتبار الغالب وتقديمه على النادر، وهو شأن الشريعة، كما يقدّم الغالب في طهارة المياه، وعقود المسلمين، ويقصر في السفر ويفطر بناء على غالب الحال وهو المشقة، ويمنع شهادة الأعداء والخصوم لأن الغالب منهم الحيف، وهو كثير في الشريعة لا يحصى كثرة"^{٣٨٧}.

^{٣٨٣} انظر: البهوتي. ٢٠٠٠. كشف القناع عن متن الإقناع. ج ٥. ص ١٩

^{٣٨٤} انظر: النووي. ١٩٩١. روضة الطالبين وعمدة المفتين. ج ٢. ص ١٩٠

^{٣٨٥} انظر: الغزي. ٢٠٠٣. موسوعة القواعد الفقهية. ج ١. ص ٢٥٤

^{٣٨٦} انظر: ابن عبد السلام، عز الدين. ٢٠٠٣. شجرة المعارف والأحوال وصالح الأقوال والأعمال. بيروت: دار الكتب العلمية. ص ٣٠٩

^{٣٨٧} القرافي. ٢٠٠٣. الفروق. ج ٥. ص ٢٠٠

ويظهر بجلاء لدى المتتبع للفروع الفقهية وفي مختلف الأبواب أن اعتبار الغالب جزءاً من نظرية التقريب والتغليب المستنبطة من مئات المسائل الفقهية، والتي يظهر من خلال التأمل فيها أن الأخذ بالغالب قاعدة من عشرات القواعد التي تؤسس لهذه النظرية، وتسعى كلّها للوصول إلى اليقين والضبط في الحكم الشرعي، ومن أمثلة هذه القواعد المندرجة في نظرية التغليب والتقريب: (ما قارب الشيء يعطى حكمه)، و(اليسير معفو عنه)، و(اعتبار غلبة الظن)، و(للاكثر حكم الكل)، وغيرها من القواعد، ولا شك أن من مقاصد الشريعة الضبط؛ لأنه أقرب إلى الانقياد، والتغليب وسيلة من وسائل ضبط الأحكام^{٣٨٨}. ومن جملة الأدلة المفصلة التي يمكن ذكرها للاستدلال على هذه القاعدة ما يلي:

أولاً: قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِنَّهُمَا كَبِيرٌ مِّنْ نَّفَعِهِمَا وَيَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمُ الْآيَاتِ لَعَلَّكُمْ تَتَفَكَّرُونَ ٢١٩﴾^{٣٨٩}، ودلالة هذه الآية على الأخذ بالغالب واعتباره واضحة، فالإثم الكبير الذي في شرب الخمر من حيث السكر، وإضاعة الصلوات، وفساد العقل، والعداوة، والمشاركة، أكبر من منفعة الشرب باللذة والفرح والتجارة بها^{٣٩٠}، ودلالته على القاعدة هو في تغليب مفسد شرب الخمر الكثيرة، على مصالحه النادرة والقليلة، واعتبار هذا الغالب في الحكم، قال ابن الجوزي: "لما قال تعالى: ﴿فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ﴾، وقع التساوي بين الأمرين، فلما قال: ﴿وَإِنَّهُمَا كَبِيرٌ مِّنْ نَّفَعِهِمَا﴾^{٣٩١} صار الغالب الإثم، وبقي النفع مستغرقاً في جنب الإثم، فعاد الحكم للغالب المستغرق، فعُلب جانب الحظر"^{٣٩٢}.

^{٣٨٨} انظر: الريسوني، ٢٠١٠. نظرية التقريب والتغليب وتطبيقاتها في العلوم السياسية. ص ١٠٢

^{٣٨٩} القرآن. البقرة: ٢: ٢١٩

^{٣٩٠} انظر: البغوي، محيي السنة. ١٩٩٧. معالم التنزيل في تفسير القرآن. الرياض: دار طيبة. ج ١. ص ٢٥٣

^{٣٩١} القرآن. البقرة: ٢: ٢١٩

^{٣٩٢} ابن الجوزي، جمال الدين. ٢٠٠٢. زاد المسير في علم التفسير. بيروت: دار ابن حزم. ص ١٢٨

ثانياً: ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إذا كان الماء قلتين لم يحمل

الخبث"^{٣٩٣}، والدلالة صريحة في الحكم بطهارة الماء الكثير ولو وقعت فيه نجاسة مراعاة للغالب وهو الماء

الكثير دون النجاسة القليلة التي لم تغير من الماء شيئاً.

المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة وأثرها في المعاملات:

التطبيق الأول: السفينة الذي انتفت عنه صفة الرشد لا يدفع إليه ماله إلا بعد تحقق الرشد، وهذا بنص

الكتاب: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ فِيهَا مَآسَاغٍ وَأَرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾^{٣٩٤}، فإذا

بلغ وما زال على السفه؛ فإن الجمهور^{٣٩٥} على بقاء الحجر والمنع من التصرف حتى يزول السفه مهما كان

عمره، وذهب الإمام أبو حنيفة^{٣٩٦} إلى أنه يعطى المال إذا بلغ خمساً وعشرين سنة وإن لم يؤنس منه الرشد،

وهذا لأنّ الغالب زوال السفه عند بلوغ هذه السن، فلا يبقى أثر للصبا.

التطبيق الثاني: إذا وكل شخص وكيله بالبيع المطلق، فإنه يتقيّد بثمن المثل وغالب نقد البلد التي يباع فيها،

يقول العز ابن عبد السلام مستدلاً على هذا الحكم: "تنزيلاً للغلبة منزلة صريح اللفظ، فكأنه قال للوكيل:

بع هذا بثمن مثله من نقد هذا البلد إن كان له نقد واحد، أو من غالب نقد هذا البلد إن كان له نقد،

ويدل على هذا أن الرجل لو قال لوكيله: بع داري هذه، فباعها بجوزة، فإن أهل العرف يقطعون بأن هذا

غير مراد ولا داخل تحت لفظه"^{٣٩٧}.

التطبيق الثالث: وقع الخلاف بين الفقهاء في تحديد المدة التي يحكم فيها على المفقود بالموت ثم ترتيب

^{٣٩٣} أبوداود، سليمان بن الأشعث. د.ت. السنن. تحقيق: محي الدين عبد الحميد. بيروت: المكتبة العصرية. كتاب الطهارة. باب ما ينجس

الماء. ج. ١. ص. ١٧. رقم الحديث ٦٣. والحديث صححه الألباني في صحيح أبي داود. الرياض: مكتبة المعارف. ج. ١. ص. ٢٨

^{٣٩٤} القرآن. البقرة. ٥: ٤

^{٣٩٥} انظر: القرطبي. ٢٠٠٦. الجامع لأحكام القرآن. ج. ٦. ص. ٥٥

^{٣٩٦} انظر: السرخسي. د.ت. المبسوط. ج. ٢٤. ص. ١٦٢

^{٣٩٧} ابن عبد السلام، عز الدين. ٢٠١٥. القواعد الكبرى. ج. ٢. ص. ٢٢٥

أحكام الموت على ذلك، وتعددت الأقوال في هذه المسألة^{٣٩٨}، فقيل: يحكم عليه بالموت بعد أربع سنين من فقده، وهذه في الأحوال التي يغلب عليها الهلاك، وقيل: يُنتظر المفقود مدة تعميره، وهي المدة التي يعيش فيها المفقود غالباً، وهذه في الحالات التي لا يغلب فيها الهلاك، وقد جرى الخلاف أيضاً في تحديد مدة التعمير، فقيل: مئة وعشرون سنة، وقيل: مئة سنة، وقيل: ثمانون سنة، وقيل: تسعون، وقيل: سبعون، وقيل غير ذلك، وتنوع هذه الأقوال سببه اختلافهم في تحديد الغالب من عمر الإنسان الذي لا يعيش بعده، وما هو النادر من العمر الذي لا يعتبر.

التطبيق الرابع: حصل الخلاف بين الفقهاء في تحديد سن البلوغ، فقيل: خمس عشرة سنة، وهو مذهب الشافعية^{٣٩٩} والحنابلة^{٤٠٠}، وقيل: ثماني عشرة سنة وهو المشهور عند المالكية^{٤٠١}، ومن أسباب الخلاف هنا الاختلاف في تحديد السن الذي يكون أمانة على تكامل العقل؛ لأن الاطلاع على تكامل العقل متعذر، فأقيم البلوغ مقامه، واختيار السن هو بناء للغالب الشائع، فمن اختار الخامسة عشرة رأى أن البلوغ فيما بعده من النادر، فلا حكم له.

التطبيق الخامس: تجوز الاستتجار على الإمامة، لتكاسل الناس عن القيام بها مجاناً في الغالب، فقد ذهب الجمهور من الحنفية^{٤٠٢} والشافعية^{٤٠٣} والحنابلة^{٤٠٤} إلى تحريم أخذ الأجرة على الإمامة، في حين أن الفتوى عند المتأخرين من الحنفية جواز الاستتجار على الإمامة بسبب ظهور التواني بين الناس، قال المرغيناني: "

^{٣٩٨} انظر: ابن قدامة. ٢٠٠٥. المغني. ج ٩. ص ١٨٦-١٨٨

^{٣٩٩} انظر: النووي. ١٩٩١. روضة الطالبين وعمدة المفتين. ج ٤. ص ١٧٨

^{٤٠٠} انظر: الكرمي، مرعي بن يوسف. ٢٠١٧. غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى. الكويت: مؤسسة غراس. ج ١. ص ٦٥٣

^{٤٠١} انظر: الرعيني. ١٩٩٢. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. ج ٥. ص ٥٩

^{٤٠٢} انظر: العيني. ٢٠٠٠. البناء شرح الهداية. ج ١٠. ص ٢٧٨

^{٤٠٣} انظر: السلمي. ٢٠١٦. الغاية في اختصار النهاية. ج ٥. ص ٢٣٧

^{٤٠٤} انظر: المرادوي. ١٩٩٥. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف. ج ١٤. ص ٣٧٨

وبعض مشايخنا استحسنوا الاستتجار على تعليم القرآن اليوم؛ لأنه ظهر التواني في الأمور الدينية، ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى^{٤٠٥}، وألحق الحنفية بتعليم القرآن الإمامة، وتعليم الفقه، والأذان، قال الحصكفي في حكم الإجارة على الطاعات: "ويفتى اليوم بصحتها لتعليم القرآن والفقه والإمامة والأذان"^{٤٠٦}.

التطبيق السادس: تجويز المساهمة في الشركات التي تمارس نشاطاً حلالاً مع وجود بعض التعاملات المحرمة اليسيرة والنادرة، كالإيداع في البنوك الربوية ونحوها، فقد اختلف المعاصرون في حكم التعامل مع هذا النوع من الشركات على قولين: الأول: تحريم المساهمة في مثل هذه الشركات لما فيها من الإعانة على أكل الحرام، وممن ذهب إلى هذا القول: المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي^{٤٠٧}، والقول الثاني: جواز المشاركة في مثل هذه الشركات إذا كان المخالط المحرم يسيراً تابعاً، وذهب إليه بعض العلماء المعاصرين: كالشيخ عبدالله بن منيع^{٤٠٨}، والدكتور علي القره داغي^{٤٠٩}، واستدلوا بقاعدة: (للاكثر حكم الكل)^{٤١٠}، وهي من القواعد المعبرة عن قاعدة: (العبرة بالغالب الشائع لا النادر)، ووجه الدلالة من القاعدة: أن غلبة الحلال في الأسهم المختلطة على الأموال المحرمة القليلة يعطي الغالب الحلال حكم الكل، فيصبح حكم الأسهم حكم الحلال الغالب دون اعتبار لليسير المحرم، وعضدوا هذا القول بجملة من الفروع الفقهية المخرجة على

^{٤٠٥} المرغيناني، برهان الدين. ٢٠١٩. الهداية في شرح بداية المبتدي. المدينة المنورة: دار السراج. ج ٣. ص ٢٣٨

^{٤٠٦} الحصكفي، محمد بن علي. ٢٠٠٢. الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار. ص ٥٨١

^{٤٠٧} انظر: قرارات المجمع الفقهي الإسلامي. مكة المكرمة: رابطة العالم الإسلامي. ص ٣٢٩

^{٤٠٨} انظر: المنيع، عبد الله بن سليمان. ١٩٩٦. بحوث في الاقتصاد الإسلامي. بيروت: المكتب الإسلامي. ص ٢١٩

^{٤٠٩} انظر: القره داغي، علي محيي الدين. ٢٠٠٤. "الاستثمار في الأسهم". مجلة المجمع الفقهي الإسلامي. ج ٩. عدد ٩. ص ٢٧٦

^{٤١٠} انظر: المنيع. ١٩٩٦. بحوث في الاقتصاد الإسلامي. ص ٢٣٤

هذه القاعدة، منها: جواز الأكل من مال من غالب ماله حلال مع وجود اليسير المحرم فيه^{٤١١}، وتجويز لبس الحرير إذا كان مخلوطاً بغيره، وكان لغيره الظهور والغلبة^{٤١٢}.

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

ومن أبرز الأمثلة على هذا النوع من الصكوك، الصكوك الوطنية الإماراتية، وهي عبارة عن شهادات استثمار (مضاربة)، تتولى شركة الصكوك الوطنية حيازتها واستثمارها وإدارتها بصفتها المضارب، وفي نفس الوقت هذه الصكوك مؤهلة لدخول السحوبات فور قبول الطلب الخاص بالصكوك، والحد الأدنى للصكوك المشتراة هي عشرة صكوك، وسعر الصك الواحد عشرة دراهم إماراتية^{٤١٣}.

^{٤١١} انظر: ابن عبد السلام، عز الدين. ٢٠١٥. القواعد الكبرى. ج ١ ص ١١٧

^{٤١٢} انظر: ابن قدامة. ٢٠٠٥. المغني. ج ٢ ص ٣٠٧

^{٤١٣} انظر: د.ك. هيئة الرقابة الشرعية في شركة الصكوك الوطنية. ٩ ديسمبر ٢٠١٠. "نشرة إصدار الصكوك الوطنية". الموقع الرسمي لشركة

الصكوك الوطنية. <https://nationalbonds.ae/>. التصفح في: ٢٣ يناير ٢٠٢٠

وقد أفتى بعض المعاصرين^{٤١٤} بتحريم المشاركة في هذه الصكوك تحديداً لأنها معاوضة نقد بنقد مع التفاضل و التأخير والجهالة، فيدخلها الربا والميسر، ثم الغالب على الشركة إعلانات جوائز السحب كما يظهر ذلك بوضوح على الموقع الرسمي، وتشجيع الجمهور على الاشتراك طمعاً في الجوائز وليس في الأرباح الاستثمارية، يؤكد ذلك الجداول المفصلة التي تبين قيمة صكوك الادخار اللازمة لدخول كل نوع من أنواع السحب، وهذه قرينة واضحة تدل على أن المقصد من شراء الصكوك هو الدخول في السحب، وأوضح من هذا التشجيع المتكرر على زيادة المدخرات من أجل زيادة فرص الفوز، والحصول على جوائز أضخم.

المبحث الثالث: قاعدة: كل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر:

تعبر هذه القاعدة عن شرط من شروط الاحتجاج بالعرف، وهو شرط عدم مصادمة العرف للنص، ومن نص عليه الإمام السرخسي في كتابه المبسوط بقوله: "العرف إنما يعتبر فيما لا نص بخلافه"^{٤١٥}، وفي سياق آخر عبر بقوله: "وهذا الأصل معروف: أنّ ما تعارفه الناس، وليس في عينه نصّ يُبطله فهو جائز"^{٤١٦}، ونصّ عليه كذلك ابن نجيم في الأشباه والنظائر بقوله: "إنما العرف غير معتبر في المنصوص عليه"^{٤١٧}، ونص عليه من المالكية الونشريسي بقوله: "ولا يعتبر بما جرت به العادة إن كانت مخالفة لعادة الشرع"^{٤١٨}. وهذه القاعدة من القواعد المتفق عليها في الجملة بين جميع الفقهاء الذين يحتجون بالعرف^{٤١٩}، وبهذا الشرط تُقيد القاعدة الكبرى: العادة محكمة.

^{٤١٤} انظر: الدكتور سامي السويلم. ١٩ أكتوبر ٢٠١١. "الصكوك الوطنية الإماراتية". الموقع الرسمي للدكتور سامي السويلم.

^{٤١٥} <https://www.suwailem.net/Home/SectionDetails/٢٦>. التصفح في: ٢٣ يناير ٢٠٢٠

^{٤١٥} السرخسي. د. ت. المبسوط. ج ١٤. ص ١٣٦

^{٤١٦} المرجع نفسه. ج ١٢. ص ٤٥

^{٤١٧} ابن نجيم. ١٩٩٩. الأشباه والنظائر. ص ٨٠

^{٤١٨} الونشريسي، أبي العباس. ١٩٨١. المعيار المعرب والجامع المغرب. المغرب: وزارة الأوقاف المغربية. ج ٥. ص ٢٢١

^{٤١٩} انظر: مجموعة من المؤلفين. ٢٠١٣. معلمة زايد للقواعد الأصولية والفقهية. ج ٨. ص ١٤١

المطلب الأول: شرح القاعدة:

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

الحالة الأولى: إذا تعارض العرف مع نص شرعي خاص من كتاب أو سنة فتكون المعارضة حينها للشرع من كل وجه، كالأعراف الجاهلية التي حرمها الشرع نحو التبّي الذي كان متعارفاً عليه في الجاهلية ثم جاء النص بتحريمه، وكالعقود التي نهي عنها الإسلام بعد أن كانت متداولة قبل الإسلام نحو بيع المنابذة، والملازمة، واسترقاق المدين المعسر، ونكاح الشغار، وكسائر المحرمات الشرعية المنتشرة في هذه الأزمنة من شرب الخمر والسماح ببيعها، والتعامل بالربا والقضاء به في المحاكم الوضعية، وخلع الحجاب، وغيرها، فكل ذلك مردود في الشرع ولا عبرة بكونها عادة وعرفاً للناس.^{٤٢٠}

الحالة الثانية: إذا تعارض العرف مع نص شرعي في بعض وجوهه، فكان النص عاماً شاملاً للأمر الذي يجري فيه العرف، وجاء العرف الذي هو فردٌ من أفراد هذا العموم مخالفاً لهذا العموم، فهنا ننظر إلى نوع هذا العرف:

فإن كان عرفاً لفظياً فإنه معتبر، فينزل النص العام على المعنى العرفي، مثاله: لفظ البيع والشراء والصيام والصلاة والحج وغيرها من الألفاظ الواردة في النصوص الشرعية، تُحمل على المعنى العرفي وإن اختلفت المعاني الوضعية اللغوية، وهذا متفق عليه بين الأصوليين^{٤٢١}، وهي فرع من قاعدة وجوب حمل اللفظ على

^{٤٢٠} انظر: الخياط، ١٩٧٧. نظرية العرف. ص ٥٩-٥٨

^{٤٢١} انظر: أمير بادشاه، محمد أمين. ١٩٩٦. تيسير التحرير. بيروت: دار الفكر. ج ١. ص ٣١٧

معناه الحقيقي ما لم تقم قرينة على إرادة المجاز، لأن العرف اللفظي يجعل المعنى المتعارف حقيقة عرفية، وهي مقدمة على الحقيقة اللغوية^{٤٢٢}.

وإن كان العرف عملياً صار مخصّصاً للنص الشرعي العام كما هو مذهب الحنفية^{٤٢٣} خلافاً لجمهور الأصوليين^{٤٢٤}، مثاله: جواز عقد الاستصناع بالعرف العام المخصّص لعموم النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان^{٤٢٥}، وعند بعض محققي المالكية^{٤٢٦} قول بتخصيص العرف العملي للنص العام، ويشهد لهذا قول الإمام مالك في المرأة الشريفة أنها لا يجب عليها الإرضاع إن كان يقبل الرضاع من غيرها تخصيصاً للآية^{٤٢٧}. الحالة الثالثة: إذا كان النص حين نزوله مبنياً على عرف قائم ومعللاً به، فيدور حكمه مع العرف، مثاله: المقياس في الأموال الربوية، فالأصل أن الأجناس الربوية المتماثلة كبيع القمح بالقمح مثلاً لا تجوز الزيادة في أحدهما، فإذا اختلفت الأجناس جاز التفاضل كالقمح مع الشعير، لكن في حال تغير المقياس في العرف بأن أصبح المكيل يقاس بالوزن فإن جمهور العلماء من الشافعية^{٤٢٨} والمالكية^{٤٢٩} والحنابلة^{٤٣٠} والحنفية^{٤٣١} يعتبرون المقياس الوارد في النص فقط ولا عبرة عندهم بتغير العرف، في حين أن أبا يوسف^{٤٣٢} صاحب أبي حنيفة يرى بأن المقياس يتبدل بتبدل العرف، وعليه فلا يكون اعتبار العرف هنا رداً للنص.

^{٤٢٢} انظر: الزرقا، ٢٠١٢ المدخل الفقهي العام، ج ٢، ص ٩١٤

^{٤٢٣} انظر: ابن أمير حاج، شمس الدين، ١٩٨٣، التقرير والتحبير، بيروت: دار الكتب العلمية، ج ١، ص ٢٨٢

^{٤٢٤} انظر: الأصفهاني، شمس الدين، ١٩٨٦، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، السعودية: دار المدني، ج ٢، ص ٣٣٣

^{٤٢٥} انظر: البخاري، علاء الدين، ١٩٩٧، كشف الأسرار شرح أصول النزدي، بيروت: دار الكتب العلمية، ج ٤، ص ٨

^{٤٢٦} انظر: الزرقاني، عبد الباقي، ٢٠٠٢، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج ٣، ص ١٢٠

^{٤٢٧} انظر: ابن العربي، محمد بن عبد الله، ٢٠٠٣، أحكام القرآن، ج ١، ص ٢٧٥

^{٤٢٨} انظر: الدميري، كمال الدين، ٢٠٠٤، النجم الوهاج في شرح المنهاج، جدة: دار المنهاج، ج ٤، ص ٦٥

^{٤٢٩} انظر: العدوي، أبو الحسن، ١٩٩٤، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، بيروت: دار الفكر، ج ٢، ص ١٤٢

^{٤٣٠} انظر: ابن المنجي، زين الدين، ٢٠٠٣، الممتع شرح المقنع، مكة المكرمة: مكتبة الأسدي، ج ٢، ص ٤٩٦

^{٤٣١} انظر: العيني، ٢٠٠٠، البناء شرح الهداية، ج ٨، ص ٢٧٥

^{٤٣٢} المرجع نفسه، ج ٨، ص ٢٧٥

المطلب الثاني: أدلة القاعدة:

دلت على هذه القاعدة جملة من النصوص والتعليقات التي تقتضي بمجموعها رفض كل ما يصادم النصوص من أعراف وغيرها، فمن ذلك:

١. الآيات التي ذمّت تمسك المشركين بما كان عليه الآباء والأجداد من عادات واعتقادات فاسدة، ومنه قول الله تعالى: ﴿بَلْ قَالُوا إِنَّا وَجَدْنَا آبَاءَنَا عَلَىٰ أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَىٰ آثَارِهِم مُّهُتَدُونَ﴾^{٤٣٢}.
٢. حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد"^{٤٣٤}، فإذا كانت الأعمال الشرعية تُردُّ لكونها على غير أمر النبي صلى الله عليه وسلم من حيث متابعة سنته، فمن باب أولى الأعراف والعادات التي وضعها البشر وفقاً لهواهم وهي معارضة للنصوص.
٣. النص هو الذي أعطى العرف قوته، كما في الحديث الموقوف على ابن مسعود- رضي الله عنه- "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن"^{٤٣٥}، فكيف يقدم العرف عليه.
٤. العرف يكون حجة في نطاق من تعارفه واتخاذوه عرفاً فقط، والنص حجة على الجميع^{٤٣٦}.

المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة وأثرها في المعاملات:

لا يخفى على المتتبع كثرة التطبيقات المعاصرة التي تُظهر وبجلاء معارضة العرف للنصوص وقطعيات الدين، وفي كافة الأصعدة والمجالات، إلا أن المعاملات المالية المعاصرة كان لها حظ وافر من ذلك بسبب ما تتعرض له الأمة الإسلامية من علمنة في كافة جوانب حياتها، وعلى رأس ذلك علمنة المصارف المالية

^{٤٣٢} القرآن. الزخرف. ٤٣:٢٢

^{٤٣٤} الإمام مسلم، مسلم بن الحجاج. د.ت. صحيح مسلم. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. بيروت: دار إحياء التراث العربي. كتاب

الأقضية. باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور. ج.٣. ص ١٣٤٣. رقم الحديث ١٧١٨

^{٤٣٥} الإمام أحمد، أحمد بن حنبل. ٢٠٠١. المسند. تحقيق: شعيب الأرنؤوط. بيروت: مؤسسة الرسالة. مسند عبد الله بن مسعود. ج.٦.

ص ٨٤. رقم الحديث ٣٦٠٠. وقال الهيثمي: رجال موثوقون، وحسنه محققو المسند، وصححه أحمد شاكر.

^{٤٣٦} انظر: مجموعة من المؤلفين. ٢٠١٣. معلمة زايد للقواعد الأصولية والفقهية. ج.٨. ص ١٤٣

وإخضاعها للنظام العالمي الرأسمالي القائم على الربا، فأصبحت البنوك والمصارف في العالم الإسلامي لا تنفك عن المعاملات الربوية بحجة المواثمة والانسجام مع الأنظمة العالمية، بل لم تسلم من هذه اللوثة البنوك الإسلامية التي ظهرت في الأساس لتكون حلاً لمشكلة الربا في النظام المصرفي العالمي، ومع التأمل في المعاملات المصرفية التي عمّت بها البلوى في هذه البنوك: كالبطاقات الائتمانية، وعقود السلم، والتورق المنظم، وبيع المراجحة وغيرها مما صار من المسلّمات في المجتمعات الإسلامية، سيظهر للمتأمل مدى التهافت عليها من غير إدراك لمضامينها وتفصيلها، فصارت بذلك من العادات المستقرة التي لا ينفكون عنها.

ولعل من أشهر التطبيقات التي صارت عادة وعرفاً عالمياً عند كثير من المسلمين قضيتان يرى الباحث أنها قد بلغا مبلغ العرف والعادة عند عامة الناس وفي بلاد المسلمين خصوصاً، وهما: قضية الفوائد البنكية، والتأمين التجاري، فصارت حقيقة العرف والعادة تنطبق عليها من حيث استقرار كثير من النفوس عليها، وقبول كثير من الطباع لها، مع تقنين بعض البلاد الإسلامية لها، وإجبار الناس عليها، وتكالب عامة الناس عليها دون إنكار، فينظرون إليها كسائر المعاملات المباحة، هذا إذا تناولنا مصطلح العرف أو العادة بمعناها العام المرتبط بالتتابع والقبول والاستمرار دون الالتفات إلى كون الطباع والنفوس سليمة أم لا، ثم وجه تخريج هذه التطبيقات على قاعدة: "كل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر" واضح من جهة مصادمة هذه العادات المعاصرة في بلاد المسلمين للنصوص الصريحة، ويترتب على ذلك انتفاء شرط مهم من شروط العرف المعتبر، فتكون حينها هذه العادات باطلة ومحرمة، ولا يحق لأحد أن يحتج على تحليلها بكونها منتشرة وقد عمّت بها البلوى، وتعارفَ عليها الناس.

وقبل بيان التطبيقات لابد من توضيح لطبيعة العلاقة بين عموم البلوى ونشأة العادة والعرف، فهذه التطبيقات مرتبطة بقضية عموم البلوى وأثرها على الأحكام.

أولاً: علاقة العادة والعرف بعموم البلوى:

بالنظر إلى معنى العادة والتي من مقتضيات لفظها المعاودة والتكرار، سواء أكان هذا التكرار من جماعة أم أفراد، وبالنظر كذلك إلى ما يترتب على هذا التكرار من كونه يستقر في النفوس وتتقبله العقول مع صيرورته بعد ذلك عرفاً عاماً، فإن عموم البلوى وهو بالمعنى العام: "شيوع البلاء بالأمر وانتشاره علماً أو عملاً"^{٤٣٧} سببٌ دافع وراء ظهور العادات والأعراف ونشأتها، يقول الدكتور أحمد أبو سنة: "العادات التي تشيع بين أهل البلاد أو بعضها أو بين طائفة من الناس ليست كلها متحدة الغرض، متفقة الداعية، بل لها أسباب شتى تستوحىها وتدفع إليها، يقوم معظمها على الحاجة وعموم البلوى، إذ كثيراً ما يعرض للناس ظرف خاص فيدعوهم إلى عمل خاص فيتكرر ذلك منهم ويتعاملونه فيصير عرفاً"^{٤٣٨}، وعموم البلوى يقوم على أمرين: الأول: الحاجة العامة الملحة لأمر معين، وهذا لا يكون إلا بتكرر الاحتياج واستمرار حصوله حتى يصير ملازماً لحياة الناس لا ينفك عنهم. والثاني: صعوبة التحرز بسبب الانتشار والكثرة"^{٤٣٩}، ومن خلالهما تستقر كثير من العادات في نفوس الناس، وهذه المعاني متطابقة مع عموم البلوى بالفوائد البنكية والتأمين التجاري كما سيأتي، وإذا كان عموم البلوى أصلاً للعرف، فيشترط فيه ما يشترط في العرف من كونه لا يتصادم مع النصوص الشرعية والقطعيات.

ثانياً: عموم البلوى بالفائدة البنكية غير معتبر:

البنوك التقليدية مؤسسات مالية تختص بالإقراض والاقتراض، ويترتب على هذه القروض فائدة للمُقترض

^{٤٣٧} قلعة جي، محمد رواس. ١٩٩٦. معجم لغة الفقهاء. بيروت: دار الفنائس. ص ٩٠

^{٤٣٨} أبو سنة. ٢٠١٦. العرف والعادة في رأي الفقهاء-عرض نظرية التشريع الإسلامي. ص ٢١

^{٤٣٩} انظر: الدوسري، مسلم بن محمد. ٢٠٠٠. عموم البلوى-دراسة نظرية تطبيقية-. الرياض: مكتبة الرشد. ص ٦٠

أودع ماله في البنك، في حين أن البنك يُقرض أفراداً آخرين بفائدة مع السداد، حينئذ يكون الفرق بين الفائدتين هو مصدر إيرادات البنوك^{٤٤٠}.

وقد عرّف القاموس الاقتصادي المصارف التقليدية بأنها: "مؤسسة لتجارة النقود وللإقراض، تستخدم رؤوس الأموال المودّعة لديها في عمليات الإقراض والصرف ومختلف العمليات المالية مقابل فائدة"^{٤٤١}، وهذه الصورة المذكورة في التعريف السابق هي السمة الغالبة على جميع البنوك التقليدية في العالم، ومنها البلاد الإسلامية، بل هذه القيود المذكورة هي أصل في كونها بنكاً، وقد عمّت بهذه البنوك البلوى، مع تغيير في المسميات كاستعمال مصطلح (الإيداع أو الوديعة) و(الفائدة أو الأرباح) بدلاً من المصطلحات التي تعبر عن الحقائق.

فإذا ثبت أن الفائدة جزء لا يتجزأ من حقيقة البنوك التقليدية، فحقيقة هذه الفوائد كما في القاموس الاقتصادي هي: "سعر الخدمة التي يقدمها المقرض للمقترض، يدفعه هذا الأخير مقابل الحصول على دين معين ولمدة محددة، ولذلك يسمّى هذا السعر أيضاً إيجاراً المال، أما سعر الفائدة فهو الفائدة التي تُنتجها مئة وحدة نقدية، فإذا كانت مئة درهم تُنتج فائدة قدرها خمسة دراهم نقول إن نسبة الفائدة ٥٪"^{٤٤٢}، ولا يخفى على أحد صراحة الربا في الفوائد البنكية، فالعلاقة بين صاحب الوديعة والبنك كما هو واضح في التعريف السابق علاقة إقراض، تؤكد هذه العلاقة القوانين الوضعية أيضاً، فمن ذلك مثلاً القانون المدني المصري في المادة (٧٢٦)، حيث عدّ الودائع النقدية التي يؤدّن للمودّع عنده في استعمالها قرضاً، ويؤكد على كونه قرضاً الدكتور عبدالرزاق السنهوري في تعليقه على هذه المادة^{٤٤٣}، ومما اتفق عليه

^{٤٤٠} انظر: السالوس، علي. ١٩٩٢. "حكم فوائد البنوك". مجلة المجمع الفقهي الإسلامي. ج ٤. عدد ٦. ص ٩١

^{٤٤١} عليّة، محمد بشير. ١٩٨٥. القاموس الاقتصادي. بيروت: المؤسسة العربية للدراسات والنشر. ص ٣٩٧

^{٤٤٢} المرجع نفسه. ص ٣٠٤

^{٤٤٣} انظر: السنهوري، عبد الرزاق. ١٩٦٤. الوسيط في شرح القانون المدني. بيروت: دار إحياء التراث العربي. ج ٧. ص ٧٥٣-٧٥٤

أهل العلم أن كل قرض شرطت فيه الزيادة فهو حرام، نقل الإجماع على ذلك غير واحد من أهل العلم :كابن قدامة^{٤٤٤}، وابن المنذر^{٤٤٥}؛ لأنه من ربا النسيئة الواضح، وكانت العرب في الجاهلية تتعامل به، وتكون بزيادة في الدين المستحق للدائن مقابل تأخير السداد، أو اشتراط الزيادة في الابتداء فيكون القرض مؤجلاً بزيادة مشروطة، وكلاهما أساس العمل الائتماني في البنوك التقليدية، فتمنح العميل قرضاً بفائدة ابتداء، أو جدولة القروض بفائدة جديدة في حال تعثر العملاء^{٤٤٦}.

فالحاصل أن العرف المطرد عند الناس في التعامل مع هذه البنوك بإيداع أموالهم فيها مع قبض الفائدة، أو استقراض الأموال منها بالفائدة، مخالف للنص الصريح المحرم للتعامل مع الربا، فلا عبرة إذاً بمذه الأعراف، خصوصاً وقد توفرت البدائل الشرعية في البنوك الإسلامية.

ثالثاً: عموم البلوى بالتأمين التجاري غير معتبر:

ومن المعاملات التي عمّت بها البلوى، وانتشرت انتشاراً كبيراً وعلى كافة الأصعدة: عقود التأمين التجاري، والتي أصبحت جزءاً أساسياً لا يتجزأ من المنظومة الاقتصادية العالمية، وقد باتت هذه العقود تتدخل في جوانب حياة الإنسان المختلفة، ابتداء من التأمين على الحياة والممتلكات، إلى التأمين على وسائل النقل بأنواعها المختلفة كالسيارات والطائرات والسفن، وكذلك التأمين في القطاع الصحي والتجاري والصناعي، وعقود إعادة التأمين التي تعقدتها شركات التأمين مع شركات إعادة التأمين لضمان خسائرها.

ليس هذا البحث محلاً لمناقشة تفاصيل هذا العقد، فهي من المسائل التي كثرت فيها البحوث والمناقشات لكونها من النوازل التي عمّت بها البلوى، لكن ما يريد الباحث إبرازه هو بيان حال التأمين

^{٤٤٤} انظر: ابن قدامة. ٢٠٠٥. المغني. ج ٦. ص ٤٣٦

^{٤٤٥} انظر: النيسابوري، ابن المنذر. ٢٠٠٤. الإشراف على مذاهب العلماء. الإمارات: مكتبة مكة الثقافية. ج ٦. ص ١٤٢

^{٤٤٦} انظر: دوابه، أشرف محمد. ٢٠٠٨. فوائد البنوك-مبررات وتساؤلات-. القاهرة: دار السلام. ص ٢٣

التجاري التقليدي من حيث كونه من العادات والأعراف التي انسجمت معها المجتمعات وصارت من العادات والأعراف لعموم البلوى بها، وفي المقابل يتصادم هذا العرف الذي يبيح التأمين التجاري مع النصوص الشرعية المحرمة للغرر والربا والميسر، فهذه المحرمات الثلاث التي دلّ عليها النص والإجماع هي المستند الرئيسي لتحريم التأمين التجاري التقليدي.

والتأمين التجاري المقصود هنا هو ما عبّرت به القوانين المدنية بأنه: " عقد يتعاون فيه المؤمن لهم والمؤمن على مواجهة الأخطار أو الحوادث المؤمن منها، وبمقتضاه يدفع المؤمن له إلى المؤمن مبلغاً محدداً أو أقساطاً دورية، وفي حالة تحقق الخطر أو وقوع الحادث المبين في العقد يدفع المؤمن إلى المؤمن له أو المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي حق مالي آخر"^{٤٧}، وقد صدر في شأن عقد التأمين المذكور في التعريف قرار بالتحريم من المجمع الفقهي، فقد قرّر المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بدورته الأولى عام ١٣٩٨هـ بالإجماع على تحريم التأمين التجاري بكافة صورته وأشكاله^{٤٨}، وكذلك مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي عام ١٤٠٦هـ^{٤٩}، وهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية عام ١٣٩٧هـ^{٥٠}، وقد اجتمعت هذه القرارات على أن عقد التأمين التجاري محرم لأربعة أدلة رئيسية وهي:

- أن التأمين التجاري عقد معاوضة يشتمل على الغرر المنهي عنه.
- أن التأمين التجاري يتضمن الرهان والمقامرة، وخصائيهما.

^{٤٧} د.م. وزارة العدل الإماراتية ١٥ ديسمبر ١٩٨٥. "المادة ١٠٢٦ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات". الموقع الرسمي لوزارة

العدل. <https://elaws.moj.gov.ae/>. التصفح في: ٢٠ مايو ٢٠٢١

^{٤٨} انظر: قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دوراته العشرين. مكة المكرمة: رابطة العالم الإسلامي. ص ٣٥-٣٦

^{٤٩} انظر: مجمع الفقه الإسلامي. ١٩٨٥. مجلة مجمع الفقه الإسلامي-الدورة الثانية-. ج ٢. عدد ٢. ص ٦٤٣

^{٥٠} انظر: الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء. ٢٠١١. أبحاث هيئة كبار العلماء. الرياض: الرئاسة العامة للبحوث العلمية ج ٤. ص ٣١١

● تحقق الربا فيه بنوعيه: الفضل والنسيئة.

● أن فيه أكلاً لأموال الناس بالباطل.

وقد كان العرفُ من جملة ما استدل به المحيزون للتأمين، فقالوا: إن العرف مصدر شرعي للأحكام، وبما أن التأمين قد كثر تعامل الناس به، وتعارفوا عليه فيكون بذلك جائزاً^{٤٥١}، وقد نص قرار المجمع الفقهي الإسلامي على عدم صحة هذا الاستدلال، وأجابوا عليه بقولهم: "لا يصح الاستدلال بالعرف، فإن العرف ليس من أدلة تشريع الأحكام، وإنما يبنى عليه في تطبيق الأحكام، وفهم المراد من ألفاظ النصوص، ومن عبارات الناس في أيمانهم وتداعيهم وأخبارهم وسائر ما يحتاج إلى تحديد المقصود منه من الأفعال والأقوال، فلا تأثير له فيما تبين أمره، وتعين المقصود منه، وقد دلت الأدلة الواضحة على منع التأمين فلا اعتبار به معها"^{٤٥٢}.

رابعاً: تطبيقات أخرى للقاعدة:

سيذكر الباحث هنا تطبيقين يندرجان تحت القاعدة، أحدهما في مجال الشركات والآخر في مجال التجارة الإلكترونية، تعارف عليهما الناس، وثبتت مخالفتهما للنص أو الإجماع:

التطبيق الأول: من صور الأعراف التي تجري في كثير من الشركات التي تتعامل بالمضاربة: الجمع بين إعطاء النصيب من الربح حسب الاتفاق بالنسبة الشائعة في عقد المضاربة، مع أجرة مقطوعة تكون راتباً شهرياً لهذا المضارب، فيجتمع في حقه نسبة من الأرباح مع أجرة شهرية، وهذا العرف الذي يطبق في هذه الشركات عرف باطل مصادم للإجماع، وقد يكون هذا العرف على الصعيد الفردي أيضاً، فيقدم أحدهم ماله إلى أحد التجار في السوق ليعمل به في تجارته، ثم يتقاسمان الربح، ويطلب التاجر العامل راتباً شهرياً

^{٤٥١} انظر: أبو حبيب، سعدي. ١٩٨٣. التأمين بين الحظر والإباحة. بيروت: دار الفكر المعاصر. ص ٤٧

^{٤٥٢} قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دوراته العشرين. مكة المكرمة: رابطة العالم الإسلامي. ص ٣٨

على عمله، فهذه المعاملة قد اختل فيها شرط مهم وهو كون الأرباح نسبة شائعة، قال ابن قدامة: "متى جُعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومة، أو جعل مع نصيبه دراهم، مثل أن يشترط لنفسه جزءاً وعشرة دراهم، بطلت الشركة"^{٤٥٣}، وقد نُقل الإجماع على أن المضاربة التي يُشترط فيه لأحدهما أو كلاهما دراهم معلومة مضاربة فاسدة، قال ابن المنذر: "وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض الذي يشترط أحدهما -أو كلاهما- لنفسه دراهم معلومة، وممن حفظنا ذلك عنه: مالك، والأوزاعي، والشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي"^{٤٥٤}، وذكر ابن قدامة حجّتين على عدم صحة هذا الاشتراط^{٤٥٥}:

الأولى: أنه إذا شرط دراهم معلومة يحتمل ألا يربح غيرها، فيحصل على جميع الربح، ويحتمل ألا يربحها فيأخذ جزءاً من رأس المال، وقد يربح كثيراً فيتضرر من شُرطت له الدراهم.

والثانية: أنّ العامل متى شرط لنفسه دراهم معلومة ربما تواني في طلب الربح لعدم فائدته فيه وانتفاعه بغيره، بخلاف ما إذا كان له جزء من الربح.

وقد صدر القرار من المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته الرابعة عشرة سنة ١٩٩٥م بعدم جواز تحديد مقدار معين من المال للمضارب لأنه يتنافى مع حقيقة المضاربة، ويجعله قرضاً بفائدة، ونصّ القرار: "لا يجوز في المضاربة أن يحدد المضارب لرب المال مقداراً معيناً من المال؛ لأن هذا يتنافى مع حقيقة المضاربة، ولأنه يجعلها قرضاً بفائدة، ولأن الربح قد لا يزيد على ما جعل لرب المال فيستأثر به كله، وقد تخسر المضاربة، أو يكون الربح أقل مما جعل لرب المال، فيغرم المضارب، والفرق الجوهرى الذي يفصل بين المضاربة والقرض بفائدة - الذي تمارسه البنوك الربوية - هو أن المال في يد المضارب أمانة، لا يضمنه

^{٤٥٣} ابن قدامة. ٢٠٠٥. المغني. ج ٧. ص ١٤٦

^{٤٥٤} انظر: النيسابوري، ابن المنذر. ١٩٨٦. الإشراف على مذاهب العلماء. قطر: إحياء التراث الإسلامي. ج ١. ص ٩٩

^{٤٥٥} ابن قدامة. ٢٠٠٥. المغني. ج ٧. ص ١٤٦

إلا إذا تعدى وقصر، والربح يقسم بنسبة شائعة متفق عليها، بين المضارب ورب المال، وقد أجمع الأئمة الأعلام على أن من شروط صحة المضاربة: أن يكون الربح مشاعاً بين رب المال والمضارب، دون تحديد قدر معين لأحد منهما^{٤٥٦}.

التطبيق الثاني: حصل عند جمهور كبير من الناس إقبالاً واسعاً جداً على الشراء من الإنترنت، وخصوصاً في زمن الوباء الذي نعيشه، فقد زاد هذا الإقبال، وتيسرت سبله، وتنوعت منصّاته على الشبكة، فصار الشراء من الإنترنت سمةً غالبيةً على جميع البلاد، ولا شك أن عامة الناس يتعاملون مع هذه المواقع والتطبيقات بصورة مستمرة ومعتادة، ومن غير انتباه لحقيقة كثير من المعاملات التي تشملها، وأصبحت هذه المعاملات على الإنترنت عادة وعرفاً لا ينفكّون عنها بسبب عموم البلوى بها، ومن جملة هذه المعاملات التي كثر التعامل بها: شراء الذهب من خلال منصّات البيع الإلكترونية، سواء أكان الذهب سبيكة أم حلياً للزينة، ويعود هذا التوجه الشديد لشراء الذهب وفي مثل هذه الظروف العالمية إلى كونه ملاذاً آمناً للدخار في زمن الأزمات المالية، وبالتأمل في طبيعة هذه المعاملة يجد الباحث بأن اعتياد الناس شراء الذهب من الإنترنت بالطريقة المنتشرة اليوم لا يخلو من محذور شرعي كالربا بنوعيه النسبيّة والفضل، فشراء الذهب من الإنترنت لا يخلو من أحوال:

الحالة الأولى: أن يكون الشراء بالنقد المؤجل عند وصول الذهب إلى المنزل، وهذا من الربا الصريح لأنه بيع لأجناس ربوية متماثلة في صفة الثمنية وبدون تقابض في المجلس، فكلا الثمن والمثمن يشتركان في علة الثمنية، وجعل الأوراق النقدية كالذهب هو بجامع الثمنية كما هو قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي^{٤٥٧}، فهو كبيع الذهب بالذهب نسبيّة، وهذا مخالف للنص الصريح الذي يحرم بيع الذهب

^{٤٥٦} انظر: قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دوراته العشرين. مكة المكرمة: رابطة العالم الإسلامي. ص ٣١١

^{٤٥٧} انظر: مجمع الفقه الإسلامي. ١٩٨٧. مجلة مجمع الفقه الإسلامي - الدورة الثانية - ج ٣. عدد ٣. ص ١٨٩٣

بالذهب بلا تقابض، وهو قوله صلى الله عليه وسلم: "الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواء بسواء، يدا بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يدا بيد"^{٤٥٨}، ومنع بيع الذهب بالذهب نسيئةً متفق عليه عند الفقهاء^{٤٥٩}.

الحالة الثانية: شراء الذهب عن طريق البطاقات الائتمانية، والمقصود تحديداً هنا البطاقات الائتمانية غير المغطاة، وهي التي يكون الدفع فيها من حساب المصدر ثم يعود على حامل البطاقة في مواعيد دورية^{٤٦٠}، وفي هذا النوع من الشراء يحصل التأجيل للثمن والمثمن، فالذهب يتأخر المشتري في قبضه، والثمن يتأخر البائع في قبضه أيضاً؛ لأن الشراء بالبطاقة الائتمانية هو في حقيقته اقتراض من البنك، فالبنك هو الذي يسدد للتاجر ثم يقوم المشتري بسداد ما عليه من قيمة المشتريات في نهاية الشهر، فيحصل بهذا تأجيل في سداد الثمن، لذلك جاء قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بتحريم شراء الذهب والفضة والعملات النقدية بالبطاقة غير المغطاة^{٤٦١}.

أما على القول الذي يجعل الشراء بالبطاقة الائتمانية يحصل به القبض عن طريق قسيمة الدفع الموقعة من حامل البطاقة فيكون كالشيك بل أقوى منه لأنها ملزمة للتاجر وتبرأ بها ذمة حامل البطاقة من الدين حالاً، فعلى هذا القول يكون الخلل هو في تأجيل استلام الذهب بعد شرائه من الموقع^{٤٦٢}.

^{٤٥٨} القشيري، مسلم بن الحجاج. د.ت. صحيح مسلم. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. بيروت: دار إحياء التراث العربي. كتاب المساقاة.

باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً. ج ٣. ص ١٢١١. رقم الحديث ١٥٨٧

^{٤٥٩} انظر: الظاهري، ابن حزم. ١٩٩٨. مراتب الإجماع. بيروت: دار ابن حزم. ص ١٥١

^{٤٦٠} انظر: أبو سليمان، عبد الوهاب. ٢٠٠٣. البطاقات البنكية الإقراضية والسحب المباشر من الرصيد. دمشق: دار القلم. ص ٧٠

^{٤٦١} انظر: مجمع الفقه الإسلامي. ٢٠٠٠. مجلة مجمع الفقه الإسلامي - الدورة الثانية عشرة - ج ٣. عدد ١٢. ص ٦٧٦

^{٤٦٢} انظر: أبو غدة، عبد الستار. ٢٠٠٠. "البطاقات الائتمانية - تصورها والحكم الشرعي عليها". مجلة مجمع الفقه الإسلامي. ج ٣. سبتمبر.

عدد ١٢. ص ٤٩١

الحالة الثالثة: شراء الذهب الذي دخلته الصنعة (الحليّ) بالأجل، إما بالنقد المؤجل أو بالبطاقة الائتمانية كما سبق، وغرض المشتري الانتفاع بالحلي كما هو حال أكثر النساء، أو حاجة الشركات المختصة ببيع الحلي إلى بيعه بالأجل، كالبيع بالتصريف، أو الوكالة التجارية، أو المراجعة للأمر بالشراء أو الاستصناع^{٤٦٣}. فهذه البيوع كثرت وانتشرت واعتمد عليها الناس في هذه الأزمنة، وخصوصاً شراء أنواع الحليّ من منصّات البيع الإلكترونيّة، وهذا العرف مخالف للنص الصريح المحرّم لبيع الذهب بالذهب نسيئة كما سبق ذكره، فبيع حليّ الذهب بالنقد الذي له حكم الذهب هو من بيع الذهب بالذهب، وتأجيل أحدهما في القبض من ربا نسيئة، وهو الحاصل في بيع الحليّ بأجل، فالذهب الذي يُمنع فيه الربا هو الذهب المصوغ وغير المصوغ كالسبائك ونحوها، والنصوص لم تفرّق بين المصوغ وغيره، قال القاضي عياض: "الحديث عام في جميع أجناسها من مشكول، ومصنوع، وتبر، وجيد، ورديء، ولا خلاف في هذا"^{٤٦٤}، وقال ابن عبد البر: "والسنة المجتمّع عليها أنه لا يباع شيء من الذهب عيناً كان أو تبراً، أو مصوغاً أو نقراً، أو جيداً أو رديئاً، بشيء من الذهب إلا مثلاً بمثل، يداً بيد، وكذلك الفضة عينها ومصوغها وتبرها والسوداء منها والبيضاء والجيدة والرديئة سواء، لا يباع بعضها ببعض إلا مثلاً بمثل يداً بيد، من زاد أو نقص في شيء من ذلك كلّه، أو أدخله نظرة، فقد أكل الربا، وإن تأخر قبض بعض ذلك بطل البيع في جميعه"^{٤٦٥}.

والنص الصريح الوارد في هذه المسألة هو حديث فضالة بن عبيد-رضي الله عنه- حينما اشترى قلادة باثني عشر ديناراً فيها ذهب وخرز، ففصلها فوجد فيها أكثر من اثني عشر ديناراً، فذكر ذلك للنبي

^{٤٦٣} انظر: الشيبلي، عبد الله بن يوسف. ٢٠١٩. التعامل بالأجل في تجارة حلي الذهب. الرياض: دار الميمان. ص ٢٠

^{٤٦٤} اليحصبي، عياض بن موسى. ١٩٩٨. إكمال المعلم بفوائد مسلم. مصر: دار الوفاء. ج ٥. ص ٢٦٢

^{٤٦٥} ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله. ١٩٨٠. الكافي في فقه أهل المدينة. الرياض: مكتبة الرياض الحديثة. ج ٢. ص ٦٣٤

صلى الله عليه وسلم فقال له: "لا تباع حتى تُفَصَّل" ^{٤٦٦}، والشاهد من النص: أمر النبي صلى الله عليه وسلم بفصل القلادة حتى تماثل الأموال الربوية ويتساوى الذهب مع الذهب.

التطبيق الثالث: بيع الوفاء، أو بيع الأمانة، وهو "البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري إليه المبيع" ^{٤٦٧}، وهي من البيوع التي قال بها بعض الحنفية ^{٤٦٨} استحساناً واعتباراً للعرف وفراراً من الربا، وسميت ببيع الوفاء لتعهد المشتري بالوفاء بالشرط، وقد تعامل الناس بها حينما شحّت النفوس وأصبح المرء لا يستطيع الاستدانة إلا بنفع، فصار في الاستدانة إعطاء للربا فعملوا حينها ببيع الوفاء ^{٤٦٩}، وحصل الخلاف بين الحنفية في تكييفها، هل هو بيع أم رهن ^{٤٧٠}؟، وقد بين أهل العلم بطلان هذا النوع من البيوع، ونقل ابن تيمية اتفاق الأئمة على بطلان هذا البيع، وأطلق عليه بيع الأمانة، فقال: "أما بيع الأمانة الذي مضمونه اتفاقهما على أن البائع إذا جاءه بالثمن أعاد عليه ملكه ذلك ينتفع به المشتري بالإجارة والسكن ونحو ذلك: هو بيع باطل باتفاق العلماء، إذا كان الشرط مقترناً بالعقد، وإذا تنازعا في الشرط المقدم على العقد: فالصحيح أنه باطل بكل حال، ومقصودهما إنما هو الربا بإعطاء دراهم إلى أجل ومنفعة الدراهم هي الربح" ^{٤٧١}، فالحاصل أنه عرف مخالف للإجماع.

المبحث الرابع: قاعدة: إنما يعتبر العرف عند عدم التصريح بخلافه:

ترتبط هذه القاعدة بالقاعدة السابقة من جهة اشتراط عدم مخالفة العرف لما هو أقوى منه ويفيد

^{٤٦٦} القشيري، مسلم بن الحجاج. د.ت. صحيح مسلم. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. بيروت: دار إحياء التراث العربي. كتاب المساقاة.

باب بيع القلادة فيها خرز وذهب. ج ٣. ص ١٢١٣. رقم الحديث ١٥٩١

^{٤٦٧} حيدر. ٢٠٠٣. درر الحكماء شرح مجلة الأحكام. ج ١. ص ١١١

^{٤٦٨} انظر ابن نجيم. ١٩٩٩. الأشباه والنظائر. ص ٨٨

^{٤٦٩} انظر: أبو سنة. ٢٠١٦. العرف والعادة في رأي الفقهاء-عرض نظرية التشريع الإسلامي. ص ٢٥٠

^{٤٧٠} انظر: حيدر. ٢٠٠٣. درر الحكماء شرح مجلة الأحكام. ج ١. ص ١١١

^{٤٧١} ابن تيمية، تقي الدين. ١٩٩٥. مجموع الفتاوى. ج ٣٠. ص ٢٦

عكس مضمونه، وقد أشار إلى هذه القاعدة عدد من العلماء، منهم: السرخسي في كتابه المبسوط وعبر عنها بقوله: "العرف إنما يعتبر عند عدم التصريح بخلافه"^{٤٧٢}، وابن قدامة في المغني بقوله في مخالفة الوكيل لصريح كلام الموكل: "صريح قوله مقدّم على دلالة العرف"^{٤٧٣}، والعزّ بن عبد السلام في قواعد الأحكام بقوله: "كلّ ما يثبت في العرف إذا صرّح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صحّ"^{٤٧٤}، وعلي حيدر في شرحه على مجلة الأحكام العدلية بقوله: "إن العرف والعادة يكون حجة إذا لم يكن مخالفاً لنص أو شرط لأحد المتعاقدين"^{٤٧٥}.

المطلب الأول: شرح القاعدة:

تتضمن هذه القاعدة قيداً مهماً وشرطاً من شروط تطبيق العرف وإعماله، وهو إذا ما صرّح المكلف بخلاف العرف الجاري بين الناس، فهذا مانع من تطبيق العرف، وبناء على ذلك يشترط لإعمال العرف امتناع التصريح بخلافه، فالأصل في العرف أنه حكّم فيما يقع بين المتعاقدين من نزاع فيما لم يحدّد أو يصرّح به في العقد ما لم يصرّح المتعاقدان بخلاف العرف، فيجب في هذه الحالة الرجوع إلى ما اشترطاه ولو كان مخالفاً للعرف، فهذه القاعدة لا علاقة لها بمخالفة العرف للنص كما سبق في القاعدة الماضية، وإنما مجالها ما يشترطه المتعاقدان وعلاقته بالعرف^{٤٧٦}.

ويمكننا أن نقول هنا بأن القاعدة المشهورة: (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) مقيدة بعدم وجود تصريح يمنع إقامة العرف مقام الشرط، يقول الدكتور عبد العزيز الخياط: "ومن ذلك أشرط في اعتبار العرف ألا يكون هناك تصريح بما يخالف ما تعارف عليه الناس، فإنه يصرح حينئذ إلى العمل بما صرّح به

^{٤٧٢} السرخسي. د.ت. المبسوط. ج.٤. ص.٢٠٩

^{٤٧٣} ابن قدامة. ٢٠٠٥. المغني. ج.٧. ص.٢٥٠

^{٤٧٤} ابن عبد السلام، عز الدين. ٢٠١٥. قواعد الأحكام في إصلاح الأنام. ج.٢. ص.٣١١

^{٤٧٥} حيدر. ٢٠٠٣. درر الحكماء شرح مجلة الأحكام. ج.١. ص.٤٧

^{٤٧٦} انظر: جماعة من المؤلفين. ٢٠١٣. معلمة زايد للقواعد الأصولية والفقهية. ج.٨. ص.١٥٨

ويترك العرف، وإنما يقوم العرف مقام الشرط إذا لم يكن في المعاملة التي تمت نص يحول دون الرجوع إليه، فالمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً مقيد بما إذا لم يكن تصريح يمنع إقامة العرف مقام الشرط^{٤٧٧}.

وهذه القاعدة مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بقاعدة أعم، تعبر عنها بصورة أوسع، ويمكن اعتبارها دليلاً لها، وهي قاعدة: (لا عبرة للدلالة في مقابل التصريح)، ولكونها دليلاً للقاعدة سنتناولها في المطلب التالي.

المطلب الثاني: أدلة القاعدة:

تعتبر القاعدة الفقهية التي عبر عنها الفقهاء بقولهم: (لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح) مستنداً ودليلاً للقاعدة، فاشتراط عدم التصريح بخلاف العرف متفرع عن مضمون هذه القاعدة، ولمعرفة وجه الدلالة لابد من بيان معنى هذه القاعدة أولاً.

فقد نصّ على هذه القاعدة المرغيناني الحنفي في كتابه الهداية^{٤٧٨} بلفظ: "التصريح يفوق الدلالة"، مستنداً بهذه القاعدة على تقديم شهادة الشهود بأن فلاناً اشترى أولاً على من دلّ التمكن من قبض المبيع على سبق شرائه، لأنه لا عبرة للدلالة وهي هنا تمكنه من القبض، في مقابل التصريح وهو هنا تصريح الشهود، والقاعدة نصّت عليها أيضاً مجلة الأحكام العدلية^{٤٧٩} في القاعدة رقم: (١٣).

ومفهوم القاعدة كما يقول الأتاسي في شرح المجلة: "أن التصريح أقوى من الدلالة، فإذا تعارضوا فلا عبرة لها في مقابلة التصريح، وعند عدم التعارض يعمل بالدلالة لأنها في حكم التصريح"^{٤٨٠}.

والمراد بالتصريح: ما كان ظاهراً ظهوراً بيّناً معتاداً من لفظ منطوق أو كتابة، والمراد بالدلالة: ما

^{٤٧٧} الخياط. ١٩٧٧. نظرية العرف. ص ٥٧

^{٤٧٨} انظر: ابن قودر، شمس الدين. ٢٠٠٢. نتائج الأفكار تكملة شرح فتح القدير على الهداية. بيروت: دار الكتب العلمية. ج ٨. ص ٢٧٧

^{٤٧٩} انظر: مجموعة من علماء الدولة العثمانية. ١٣٠٣ هـ. مجلة الأحكام العدلية. ص ٧٣

^{٤٨٠} الأتاسي. د. ت. شرح المجلة. ج ١. ص ٣٨

سوى النطق والكتابة من عرف أو حال أو إشارة^{٤٨١}، فلو كان شخص مأذوناً له بدلالة الحال أن يعمل شيئاً، فمُنِع صراحة عن عمل ذلك الأمر، فلا يبقى اعتبار وحكم لذلك الإذن الناشئ عن الدلالة، مثاله: لو دخل إنسان دار شخص فوجد على المائدة كأساً فشرَب منها ووقع الكأس أثناء شربه وانكسر، فلا يضمن؛ لأنه بدلالة الحال مأذون بالشرب منه، بخلاف ما لو نَهاه صاحب البيت عن الشرب منها وانكسر فإنه يضمن؛ لأن التصريح أبطل حكم الإذن المستند على دلالة الحال^{٤٨٢}.

ومن هنا يتبين وجه الدلالة من قاعدة: (لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح) على صحة قاعدة: (إنما يعتبر العرف عند عدم التصريح بخلافه)، وذلك: بعدم اعتبار دلالة العرف الجاري عند التصريح بخلافه من جهة العاقدين.

المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة وأثرها في المعاملات:

تدرج تحت هذه القاعدة جملة من التطبيقات الفقهية في باب المعاملات:

التطبيق الأول: في بيع الأصول الثابتة والمنقولة، كالبيوت والسيارات ونحوهما، فإن الأصل فيما يدخل في المبيع ولا يدخل هو العرف الجاري كما سبق ذكره، ما لم يشترط العاقدان ويتفقان على استثناء أمور تخالف العرف، فهنا جاء التصريح بخلاف العرف، فيُرجع إلى التصريح دون العرف الجاري، لأن من شروط اعتبار العرف عدم التصريح بخلافه، من ذلك مثلاً: استثناء بعض البائعين لسياراتهم المعدات الزائدة (الإكسسوار)، والزينة الإضافية على السيارة من الداخل والخارج، فالعرف يقضي ببيع السيارة بكامل تفاصيلها، لكن يشترط بعض البائعين استثناء هذه الإضافات.

^{٤٨١} انظر: الغزي. ٢٠٠٣. موسوعة القواعد الفقهية. ج ٦. ص ٢٢٧

^{٤٨٢} انظر: حيدر. ٢٠٠٣. درر الحكماء شرح مجلة الأحكام. ج ١. ص ٣١

وفي العقارات كبيع المنازل، فإن العرف الجاري أن يباع المنزل من غير أثاث منقول أو ستائر، مع إبقاء الثريات، وقد يتفق العاقدان على خلاف ذلك.

التطبيق الثاني: في عقود الإيجار يتحمل المستأجر تكاليف المنافع التي ينتفع بها، فإذا استأجر عقاراً كبيت أو شقة فإن المنفعة المستأجرة هي السكنى، ويجب على المؤجر أن يوفر كل ما يتمكن به المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة وفقاً للعرف، وقد نص على ذلك: الحنفية^{٤٨٣}، والمالكية^{٤٨٤}، والشافعية^{٤٨٥} والحنابلة^{٤٨٦}، والعرف الجاري في الزمن المعاصر دخول مصادر المياه والكهرباء والإنترنت والاتصالات والغاز وغيرها من الإمدادات ضمن المنافع التي يباشرها المستأجر وينتفع بها، لأنه مما لا يمكن استيفاء السكنى إلا به، مع كونها ليست من حقيقة السكنى بل من توابعها، فإذا اتفق العاقدان على أن شيئاً من ذلك على أحدهما دون الآخر فلهما ذلك، فقد يتفق العاقدان على أن المؤجر يدفع فواتير الكهرباء والماء والإنترنت للحكومة، في حين أن العرف الجاري في بعض الدول كالإمارات مثلاً، وخصوصاً في حالة الإيجارات السنوية، قيام المستأجر بدفع هذه الرسوم.

ومثل ما سبق إذا كان المؤجر مركوباً، كالسيارات في زماننا أو السفن أو الطائرات، فيجب على المؤجر كل ما جرى به العرف مما يمكن المستأجر من التصرف في المركوب، وقد يتفق العاقدان مثلاً على خلاف العرف المتبع في مكاتب إيجار السيارات، حيث يستلم المستأجر السيارة من المكتب في العادة خالية من الوقود، فيتفقان على تسليم السيارة مع الوقود.

^{٤٨٣} انظر: السرخسي. د.ت. المبسوط. ج ١٥. ص ١٣٦

^{٤٨٤} انظر: العدوي. ١٩٩٤. حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني. ج ٢. ص ١٩٩

^{٤٨٥} انظر: النووي. ١٩٩١. روضة الطالبين وعمدة المفتين. ج ٥. ص ٢١٩

^{٤٨٦} انظر: الرحيباني، مصطفى. ١٩٩٤. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى. بيروت: المكتب الإسلامي. ج ٣. ص ٦١٥

التطبيق الثالث: العرف الجاري في قيمة شحن البضاعة المشتراة أن تكون على المشتري، ما لم يصرح البائع بخلافه، فيجعل رسوم الشحن عليه، كما هو الحاصل في بعض الأسواق الإلكترونية.

التطبيق الرابع: تنصرف العقود المطلقة إلى عملة البلد الرسمية بدلالة العرف، ما لم يتفق العاقدان على خلاف ذلك.

التطبيق الخامس: إذا باع عقاراً فإنه يزداد على ثمنه بالعرف أجره السمسار ومصروفات العقد ما لم يتفق العاقدان على خلاف ذلك، فالعرف الجاري في إمارة دبي على سبيل المثال أن يدفع المستأجر ٥٪ من قيمة الإيجار السنوي لمكتب الوسيط العقاري، وليست هذه النسبة منصوص عليها في اللائحة الرسمية، فقد نصت المادة (٢٧) من لائحة تنظيم سجل الوسطاء العقاريين في إمارة دبي على أنه يحدد أجر الوسيط بالاتفاق، فإذا لم يكن هناك اتفاق فيحدد الأجر وفقاً للعرف السائد^{٤٨٧}، لذلك يمكن للعاقدين التصريح بخلاف العرف السائد وتسجيله في العقد.

التطبيق السادس: في نظام الشراء المطبق في هذه الأزمنة المعاصرة يقوم المشتري بسحب البضاعة من على الرفوف بعد قراءة السعر المكتوب عليه، ثم الذهاب إلى الموظف المختص لدفع المبلغ المطلوب، وهذه الصورة من البيوع تسمى عند الفقهاء ببيع المعاوضة، وهو: أن يتفق المتعاقدان على ثمن ومثمن، ويُعطيا من غير إيجاب ولا قبول^{٤٨٨}، وقال بها الجمهور من الحنفية^{٤٨٩} والمالكية^{٤٩٠} والحنابلة^{٤٩١} إذا كان معتاداً، دالاً على الرضا، ومعبراً عن إرادة كل من المتعاقدين، وحجتهم في ذلك تباع الناس وتعارفهم عليه على مرّ العصور

^{٤٨٧} انظر: حكومة دبي. "التشريعات العقارية". المادة ٢٧ من لائحة تنظيم سجل الوسطاء العقاريين في إمارة دبي. ص ٢٧

^{٤٨٨} انظر: الزحيلي. ١٩٩٧. الفقه الإسلامي وأدلته. ج ٥. ص ٣٣١٣

^{٤٨٩} انظر: ابن نجيم، زين الدين. ٢٠٠٢. البحر الرائق شرح كنز الدقائق. بيروت: دار إحياء التراث. ج ٥. ص ٤٠٩

^{٤٩٠} انظر: المواق، أبو عبد الله. ١٩٩٤. التاج والإكليل لمختصر خليل. بيروت: دار الكتب العلمية. ج ٦. ص ١٤

^{٤٩١} انظر: البهوتي. ٢٠٠٠. كشاف القناع عن متن الإقناع. ج ٧. ص ٣٠١

دون نكير، قال البهوتي: " ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم، ولا أحد من أصحابه استعمال إيجاب وقبول في بيعهم، ولو استعمل لنقل نقلاً شائعاً، ولبينه صلى الله عليه وسلم، ولم يَحْفَ حُكْمه، ولم يزل المسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على البيع بالمعاطة"^{٤٩٢}، والذي يتعلق بالقاعدة في هذا النوع من البيوع ما لو قبض المشتري البضاعة بمشهد من البائع كما في بعض محلات البقالة، وسكت عنه البائع ولم ينهه عن هذا القبض، فهنا يصح القبض لأنه مقتضى العرف مع عدم التصريح بخلافه من جهة البائع، ولا يملك البائع الاسترداد بل له حق المطالبة بالثمن فقط^{٤٩٣}.

ومثل ما سبق أيضاً ما لو استهلك المشتري البضاعة بعد سحبها من الرفوف والثلاجات، كشربه للعصير أو الماء بسبب العطش، ثم يدفع ثمنها عند صاحب الصندوق لاحقاً، فالعرف جارٍ بالسماح للمشتري باستهلاك مثل هذه المنتجات، لأن المنتج المعروض بسعره كالإيجاب، وأخذ المشتري للسلعة كالقبول، فيكون بيعاً صحيحاً، ما لم يصرح البائع بمنع ذلك.

التطبيق السابع: جواز التقاط الثمار المتساقطة التي يتسارع إليها الفساد من مزروعات الطرق أو الحدائق العامة ما لم تظهر دلالة على المنع، فالثمار التي تسقط في الشوارع العامة يجوز التقاطها لعدم وجود مالك معين لها، والعرف جارٍ بجواز أخذها والأكل منها إذا حازها الماترة، إلا إذا صرّحت البلديات بعدم التعرض لها، أما الثمار الساقطة التي في البساتين المملوكة لكنّها غير محاطة بسور، فالجمهور^{٤٩٤} على عدم جواز الأكل من هذه الثمار الساقطة، وقد ذكر بعض المحققين كالنووي^{٤٩٥} بأن الثمار الساقطة إذا كانت خارج

^{٤٩٢} المصدر نفسه. ج.٧ ص.٣٠١

^{٤٩٣} انظر: الندوي. ١٩٩٩ موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي. ج.١ ص.٥٤٠

^{٤٩٤} انظر: النووي، محيي الدين. د.ت. المجموع شرح المذهب. جدة: مكتبة الإرشاد. ج.٩ ص.٥٩

^{٤٩٥} انظر: النووي. ١٩٩١. روضة الطالبين وعمدة المفتين. ج.٣ ص.٢٩٢

الجدار، وجرت العادة بإباحتها، تكون حينئذ مباحة لاطراد العادة بذلك، وعلى هذا يكون مقتضى العرف الإباحة ما لم يصرح المالك بخلافه.

المبحث الخامس: قاعدة لا عبرة بالعرف الطارئ:

تعبر هذه القاعدة عن شرط من شروط الاحتجاج بالعرف، وهو شرط اقتران العرف وقت التصرف، وقد نصّ على هذه القاعدة عدد من العلماء، كابن نجيم الحنفي^{٤٩٦}، والسيوطي في الأشباه والنظائر^{٤٩٧}، وجاء التعبير عنها بجمل مختلفة، منها ما ذكره الزركشي في المنثور^{٤٩٨}، والحصيني^{٤٩٩}، والعلائي^{٥٠٠} في قولهم: (العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن أو السابق)، وزاد الحصيني: "حتى يُجعل كالمفوض به".

المطلب الأول: شرح القاعدة:

تفيد هذه القاعدة اشتراط كون العرف مقترناً للعمل المصاحب له، وسابقاً لوجوده، فيجب أن يكون العرف الذي يُحمل عليه التصرف قائماً وقت إنشاء التصرف، فيسبق العرف التصرف، ثم يستمر إلى زمان التصرف فيقارنه، سواء أكان العرف قولاً أم فعلاً^{٥٠١}، ويخُرج بهذا الشرط أمران:

الأول: العرف الطارئ الذي يحدث بعد التصرف، فلو تعارف الناس على مفاهيم محددة لألفاظ متداولة في الأوقاف والوصايا، فلا عبرة للأعراف الحادثة في تفسير هذه التصرفات بل تُحمل على العرف الأول، فقول الواقف للعقار: (في سبيل الله) محمول على مصالح الجهاد في سبيل الله، دون غيرها كطلب العلم، ومثل ذلك في الأعراف العملية، فلو تغير عرف الناس في تحديد ما يكون عيباً في المبيع، أو ما يدخل في

^{٤٩٦} انظر: ابن نجيم. ١٩٩٩. الأشباه والنظائر. ص ٨٦

^{٤٩٧} انظر: السيوطي. ٢٠١١. الأشباه والنظائر. ج ١. ص ٢٣١

^{٤٩٨} انظر: الزركشي. ١٩٨٥. المنثور في القواعد. ج ٢. ص ٣٩٤

^{٤٩٩} انظر: الحصيني. ١٩٩٧. كتاب القواعد. ج ١. ص ٣٨٧

^{٥٠٠} انظر: العلائي. ١٩٩٤. المجموع المذهب في قواعد المذهب. ج ٢. ص ٤٢٨

^{٥٠١} انظر: أبو سنة. ٢٠١٦. العرف والعادة في رأي الفقهاء-عرض نظرية التشريع الإسلامي. ص ٩٨

المبيع تبعاً للمبيع، أو في تحديد سنة الإيجار بالسنة الشمسية أو القمرية، فلا يسري العرف الحادث على التصرفات السابقة ولا يُبدل منها شيء، بل تخضع التصرفات الجديدة له فقط^{٥٠٢}.

الثاني: إذا كان العرف سابقاً على التصرف وتغيّر العرف قبل إنشاء التصرف، فلا يحمل التصرف على العرف السابق بل يحمل على اللاحق؛ لأن السابق تغير وانقرض، وجاء التصرف في حال قيام العرف الجديد، فالعقود التي تنشأ بعد العرف الطارئ الجديد وتُذكر فيها الأثمان فإنها تحمل على النقود القائمة وقت العقد^{٥٠٣}.

المطلب الثاني: أدلة القاعدة:

ودليل هذه القاعدة تعليل، فالمقصود من اللفظ دلالة على المراد، فالوصول إلى المعنى هو المقصود الحقيقي، ولا يمكن إدراك المقصود إلا بحمل كلام المتكلم على العرف الموجود عند التلفظ، وإلزام الناس بعرف غير قائم وقت التصرف إلزام بما لا يلزم^{٥٠٤}.

المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة وأثرها في المعاملات:

تظهر آثار هذه القاعدة على جملة من التطبيقات الفقهية في أبواب المعاملات، ولعلّ أشهر هذه التطبيقات، وأكثرها أهمية، الأحكام المترتبة على تغيّر حال العملة، كتضخم العملات أو انكماشها أو إلغائها أو كسادها، وهذا ما سيتم تناوله في التطبيق الأول:

التطبيق الأول: من جملة الظواهر الاقتصادية التي يمكن ربطها بالقاعدة ما يسمّى بالتضخم النقدي، وهي مشكلة اقتصادية تتمثل في انخفاض القوة الشرائية للنقود مع غلاء الأسعار، سببها الرئيسي الزيادة الملموسة

^{٥٠٢} انظر: الزرقا، ٢٠١٢. المدخل الفقهي العام. ج ٢. ص ٨٩٩

^{٥٠٣} انظر: أبو سنة، ٢٠١٦. العرف والعادة في رأي الفقهاء- عرض نظرية التشريع الإسلامي. ص ٩٨

^{٥٠٤} انظر: عوض، ١٩٦٩. أثر العرف في التشريع الإسلامي. ص ٢٢٥

في كمية النقود^{٥٠٥}، وعكسها ظاهرة الانكماش^{٥٠٦}، وللتضخم آثار اقتصادية كثيرة من أبرزها ما يترتب على انخفاض قيمة العملة وتغيرها من تغيير في قيمة السداد في القروض والبيع المؤجلة، فلا يتساوى المدفوع في بداية العقد مع المدفوع لاحقاً وقت السداد، وفي حقيقة الأمر يكون العاقدان بين عرف سابق في قيمة العملة، وعرّف لاحق طارئ، ولفهم هذه الجزئية فإن المقرر عند الفقهاء المعاصرين فيما يتعلق بتكييف النقود الورقية المعاصرة أنها نقد مستقل يجري مجرى الذهب والفضة، وكل نوع منه جنس مستقل، فقد نصّ قرار المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دورته الخامسة عام ١٩٨٢م على أن العملة الورقية أصبحت ثمناً، وقامت مقام الذهب والفضة في التعامل، وبما تقوم الأشياء في هذا العصر، وتطمئن النفوس بتموّلها وادّخارها، وقيمتها ليست في ذاتها وإنما في أمر خارج عنها وهو حصول الثقة بها كوسيط في التداول والتبادل^{٥٠٧}، وعليه فالنقود الورقية كما يظهر من القرار مبنية على العرف من جهتين: من حيث اطمئنان الناس لها، ومن حيث تعارفهم على كونها وسيطاً للتبادل.

ونظير ذلك أيضاً قيمة هذه العملات الورقية، فالقيمة أيضاً مستمدة من قبول الناس^{٥٠٨}، فليست القيمة في الأوراق النقدية ذاتية كما هو الحال في الذهب والفضة، بل القيمة اصطلاحية كما هو حال الفلوس ونحوها^{٥٠٩}، فإن مآليتها بالاصطلاح، فإذا انتفى الاصطلاح انتفت الثمنية.

وبناء على ما سبق تقريره فإن هذه التغيرات في قيمة العملة الورقية ترتبط ارتباطاً وثيقاً بقضايا الديون والقروض وسدادها، فلو اقترض شخص مبلغاً معيناً من آخر، أو اشترى بثمن مؤجل، ثم بعد زمن

^{٥٠٥} انظر: المصلح، خالد. ١٤٢٧هـ. التضخم النقدي في الفقه الإسلامي. السعودية: دار ابن الجوزي. ص ٧٨

^{٥٠٦} انظر: عليّة. ١٩٨٥. القاموس الاقتصادي. ص ٧١

^{٥٠٧} انظر: قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دوراته العشرين. مكة المكرمة: رابطة العالم الإسلامي. ص ١١٣

^{٥٠٨} انظر: المصلح. ١٤٢٧هـ. التضخم النقدي في الفقه الإسلامي. ص ١٠٧

^{٥٠٩} انظر: خليل، ريان. ٢٠١٤. نظرية النقود في الفقه الإسلامي المقارن. عمان: دار الفتح. ص ٣٤٠

طويل حصل انخفاض أو ارتفاع في قيمة هذه العملة بسبب التضخم أو الانكماش، أو حتى في بعض الأحيان قيام بعض الحكومات بهذا الخفض^{٥١٠}، أو من أجل العرض والطلب، فما هو المعيار وقت السداد؟ هنا حصل الخلاف بين الفقهاء، وتعددت الأقوال والمذاهب في هذه المسألة وطال فيها النقاش، وحتى لا يخرج البحث عن هدفه فإن القول الذي يتخَرَّج على قاعدة: (لا عبرة في العرف الطارئ) هو ما ذهب إليه الحنفية في قول أبي حنيفة خلافاً لأبي يوسف والمفتي به^{٥١١}، والمالكية في المشهور^{٥١٢}، والشافعية^{٥١٣}، والحنابلة^{٥١٤}، من أن الواجب على المدين هو نفس النقد المحدد في العقد والثابت في الذمة دون زيادة أو نقصان، وليس للدائن سواه، وهذا القول كما هو ظاهر يلغي اعتبار هذا العرف الطارئ الذي حصل به غلاء أو رخص في النقود، ويقتصر على العرف الأول الذي حصل وقت قيام الدين، فيبني السداد على القيمة التي كانت عليها وقت حصول التعامل دون التفات إلى العرف الطارئ، وفي بيان وجه هذا القول يقول ابن قدامة: "وأما رخص السعر فلا يمنع ردّها سواء كان كثيراً مثل إن كانت عشرة بدانق فصارت عشرين بدانق، أو قليلاً؛ لأنه لم يحدث فيها شيء، إنما تغير السعر فأشبه الحنطة إذا رخصت أو غلت^{٥١٥}، وقال الكاساني: "ولو لم تكسد، ولكنها رخصت قيمتها، أو غلت، لا ينفسخ البيع بالإجماع، وعلى المشتري أن ينقد مثلها عدداً، ولا يلتفت إلى القيمة ههنا؛ لأن الرخص أو الغلاء لا يوجب بطلان الثمنية، ألا ترى أن الدراهم قد ترخص، وقد تغلو وهي على حالها أثمان^{٥١٦}."

^{٥١٠} انظر: الخياط، ١٩٧٧. نظرية العرف. ص ٥٦

^{٥١١} انظر: انظر: ابن عابدين، ١٩٩٢. رد المختار على الدر المختار. ج ٤. ص ٥٣٤

^{٥١٢} انظر: الرعيبي، ١٩٩٢. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. ج ٥. ص ٣٤٠

^{٥١٣} انظر: النووي، ١٩٩١. روضة الطالبين وعمدة المفتين. ج ٣. ص ٣٦٧

^{٥١٤} انظر: الرحيباني، ١٩٩٤. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى. ج ٣. ص ٢٤١

^{٥١٥} ابن قدامة، ٢٠٠٥. المغني. ج ٦. ص ٤٤٢

^{٥١٦} الكاساني، ١٩٨٦. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج ٥. ص ٢٤٢

ويضاف إلى ما سبق من أحوال تغير العملات النقدية: تغيرها بالكساد، وهو توقف الجهة المصدرة للنقد من التعامل بالعملة في جميع البلاد^{٥١٧}، وحصول هذا الكساد قبل الوفاء، فقد ذهب المالكية^{٥١٨} والشافعية^{٥١٩} إلى أنه في حال كساد العملة، فليس للدائن سوى هذا الذي ثبت في ذمته من نقود، وهذا يعني عدم اعتبار العرف الطارئ وهو كساد العملة وترك التعامل به، وإنما يعتبر العرف الذي كان قائماً وقت إنشاء التعامل، وبالتالي سداد الدين بالمثل وليس بالقيمة.

وقد صدر قرار من مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة سنة ١٩٨٨م بأن العبرة في وفاء الديون الثابتة بعملة معينة هي بالمثل وليس القيمة، لأن الديون تُقضى بأمثالها، فلا يجوز ربط الديون الثابتة في الذمة بمستوى الأسعار^{٥٢٠}.

التطبيق الثاني: لو أجر داراً واشترط على المستأجر أن يدفع الأجرة في مطلع كل شهر، وكان التاريخ السائد في البلاد هو التاريخ الهجري، ثم تغير العرف وأصبح التعامل بالتاريخ الميلادي كما هو الحال الآن في السعودية، فيعتبر في ذلك التاريخ المتعارف عليه عند العقد دون الطارئ بعده؛ لأن العرف المعتبر هو العرف المقارن^{٥٢١}.

التطبيق الثالث: إذا وقف شخصٌ وقفاً على علماء بلده، وكان العرف المتبادر أنهم علماء الشريعة الراسخين في العلوم الشرعية واللغوية حتى لو لم يحمل شهادة جامعية كما في الأزمنة السابقة لظهور الجامعات، ثم

^{٥١٧} انظر: حماد، نزيه كمال. ١٩٨٧. "تغييرات النقود والأحكام المتعلقة بها في الفقه الإسلامي". مجلة المجمع الفقهي الإسلامي. ج ٣.

عدد ٣. ص ١٦٦٣

^{٥١٨} انظر: عليش. ١٩٨٩. منح الجليل شرح مختصر خليل. ج ٤. ص ٥٣١

^{٥١٩} انظر: النووي. ١٩٩١. روضة الطالبين وعمدة المفتين. ج ٣. ص ٣٦٧

^{٥٢٠} انظر: مجمع الفقه الإسلامي. ١٩٨٨. مجلة مجمع الفقه الإسلامي - الدورة الخامسة. ج ٣. عدد ٥. ص ٢٢٦١

^{٥٢١} انظر: جماعة من المؤلفين. ٢٠١٣. معلمة زايد للقواعد الأصولية والفقهية. ج ٨. ص ١٦٦

طراً عرف يطلق لفظ العلماء على حملة الشهادات العليا فقط، فإنه لا عبرة بهذا العرف الطارئ بل يُحمل اللفظ على العرف السابق القائم وقت إنشاء الوقف^{٥٢٢}.

التطبيق الرابع: المبالغ الوقفية التي تصرف على الطلبة في المدارس والجامعات يستمر استحقاقها في العطل والإجازات القصيرة والطويلة، وهذا هو العرف الجاري، فكل وقف حاصل بعد ظهور هذا العرف ينزل على هذه العادة، وإذا كانت هذه الأوقاف سابقة لهذا العرف فلا عبرة بهذا العرف الطارئ ولا يجوز الأخذ من الوقف خلال فترة العطل والإجازات الحادثة بعد العرف الأول^{٥٢٣}.

وفي ختام هذا الفصل تظهر العلاقة بين القواعد العرفية المذكورة، إذ تعبر هذه القواعد عن شروط العرف الذي لا يكون العرف صالحاً إلا به، ففي القاعدة الأولى اشتراط للاطراد والتتابع والاستمرار الذي هو من حقيقة العرف ومفهومه وبدونه لا يكون للعرف أي تأثير على أعمال الناس وتصرفاتهم، وفي القاعدة الثانية اشتراط للشيوخ والانتشار والغلبة للعادة فلا عبرة بالنادر، وفي القاعدة الثالثة اشتراط لعدم مخالفة العرف للنص، فلا قيمة للعرف المصادم للنصوص، وفي القاعدة الرابعة اشتراط لعدم مخالفة العرف لشرط المتعاقدين فما يصرح به المتعاقدين بخلاف العرف يلغي تأثير العرف، وفي القاعدة الخامسة اشتراط لاقتران العرف بوقت التصرف فلا عبرة بالأعراف الحادثة.

^{٥٢٢} انظر: أبو سنة. ٢٠١٦. العرف والعادة في رأي الفقهاء- عرض نظرية التشريع الإسلامي. ص ٩٨

^{٥٢٣} انظر: الزركشي. ١٩٨٥. المنشور في القواعد. ج ٢. ص ٣٩٤