الفصل الخامس

القواعد الفقهية المعبرة عن أثر العرف في المجال العملي

تمهيد

سيذكر الباحث في هذا الفصل جملة من القواعد الفقهية المعبرة عن سلطان العرف العملي، فالعادات والأعراف العملية لها تأثير على التصرفات والأفعال والمعاملات التي يقوم بها المكلّف، ويظهر هذا السلطان العرفي العملي في فرض الأحكام، وتقييد آثار العقود، وتحديد الالتزامات وفق المتعارف عليه، وهذا بشرط عدم مصادمة هذه الأعراف للشرع، ويظهر هذا السلطان أيضاً من خلال وضع الشروط، والتعيين كالنصوص كما هو ظاهر في القاعدتين: (المشروط شرطاً كالمعروف عرفاً) و(التعيين بالعرف كالتعيين بالنص).

وهذا العرف العملي له مجالان، الأول: عرف الأفعال العادية، والمجال الثاني: عرف المعاملات المدنية، والمقصود بعرف الأفعال العادية: هي الأفعال الحيوية التي يتعارفها الناس، وتجري عليها عادات حياتهم، فيصبح لها سلطان وتأثير في توجيه أحكام المعاملات المدنية المتصلة بهذه الأفعال، فاعتياد الناس على أكل لحوم الغنم له سلطان وتأثير على من حلف أن لا يأكل لحماً، فتنصرف إلى اللحم المعتاد، أما عرف المعاملات المدنية فالمقصود منها: هي الحقوق والالتزامات التي يقدمها العرف بين أطراف المعاملات المدنية، ويكون لها قوةٌ وتأثيرٌ كقوة العبارة والشروط الصريحة، فالعرف المتداول بين الناس يحدّد ما يدخل في المبيع وما لا يدخل[٨١٥].

[٨١٥] انظر: الزرقا. ٢٠٠٤. *المدخل الفقهي العام*. ج٢.ص٨٨٣-٨٨٨

المبحث الأول: قاعدة: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً:

تمثل هذه القاعدة صورة من صور السلطان العرفي العملي على المعاملات والتصرفات التي يقوم بها المكلّفون من حيث التقييد والاشتراط، ومن حيث الأثر في إنشاء الحقوق والالتزامات، وهي أيضاً من القواعد المتفرعة عن القاعدة الأم (العادة محكمة)، فتشخِّصها ضمن نطاق محدّد وهو نطاق الشروط العرفية، وقد نص على هذه القاعدة غير واحد من أهل العلم، فقد ورد ذكرها في كتب الفروع وبصيغ مختلفة، من ذلك قول السرخسي: "المعلوم بالعرف كالمشروط بالنص"

[٨١٦]، وقول ابن قدامة: "المتعارف كالمشروط"[٨١٧]، وتداول المالكية هذه القاعدة في كتبهم بكثرة، وتناقلوها بقولهم: "العرف كالشرط"[٨١٨]، ويمثل هذه العبارة أيضاً نصّ العمراني الشافعي في كتابه البيان[٨١٩].

وعلى صعيد كتب القواعد فقد جاء ذكر هذه القاعدة في عدد منها، من ذلك: الأشباه والنظائر للسيوطي[٨٢٠]، والأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي[٨٢١] ونقلها بقوله: "المعروف عرفاً كالمشروط شرعاً"، والمنثور للزركشي[٨٢٢]، وذكرها على هيئة مسألة وهي: العادة المطّردة هل تنزل منزلة الشرط؟، ونصّت عليها مجلة الأحكام العدلية بالعبارة المشهورة المتداولة: "المعروف عرفاً كالمشروط شرطا[٨٢٣]، وجاء التعبير عنه أيضاً بلفظ: "الشرط العرفي كاللفظي"[٨٢٤].

---

[٨١٦] السرخسي. ٢٠٠٠. *المبسوط*. ج١٥.ص١١٢

[٨١٧] ابن قدامة. ١٩٩٧. *المغني*. ج٨.ص٩٤

[٨١٨] القرافي. ١٩٩٤. *الذخيرة*. ج٦.ص٢١٣

[٨١٩] انظر: العمراني. ٢٠٠٠. *البيان في المذهب الشافعي*. ج٨.ص١٣٢

[٨٢٠] انظر: السيوطي. ٢٠١١. *الأشباه والنظائر*. ج١.ص٢٣٠

[٨٢١] انظر: ابن نجيم. ١٩٩٩. *الأشباه والنظائر*. ص٨٤

[٨٢٢] انظر: الزركشي. ١٩٨٥. *المنثور في القواعد*. ج٢.ص٢٦٢

[٨٢٣] انظر: حيدر. ٢٠٠٣. *درر الحكام شرح مجلة الأحكام*. ج١.ص٥١

[٨٢٤] انظر: ابن قيم الجوزية. ١٤٣٣. *إعلام الموقعين عن رب العالمين*. ج٤.ص٣١٨

المطلب الأول: شرح القاعدة:

نصَّ ابن فارس في معجم مقاييس اللغة أن أصل (المعروفِ) ما تسكن إليه النفوس[٨٢٥]، فما سكنت إليه النفوس من الأعراف والعادات هي المراد من عبارة: (المعروف عرفاً).

أما عبارة (كالمشروط شرطاً): فالشرط في اللغة: العلامة[٨٢٦]، وفي الاصطلاح: ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم[٨٢٧]، وفي سياق هذه القاعدة فإن الشرط أعمُّ من الشرط الاصطلاحي، فيدخل في مفهوم الشرط: شروط العقد، والشروط في العقد، ويدخل فيه أيضاً النصّ الصريح سواء أكان شرطاً، أم إيجاباً وقبولاً كبيع المعاطاة، أم التزاماً كالالتزام بأجرة المثل[٨٢٨].

فيكون المعنى الإجمالي للقاعدة بناء على ما سبق: أن المتعارف عليه بين الناس في معاملاتهم وإن لم يُذكر صراحة فإنه يقوم مقام الاشتراط من حيث الالتزام والتقييد، وهذا مشروط بأن لا يصادم هذا العرف الشرعَ.

وقد عمل بمضمون هذه القاعدة الفقهاء من المذاهب الأربعة كما سبق الإشارة إليه، وتطبيق هذه القاعدة كثير في كتب الفروع، إلا أنّ الخلافَ قائم في اعتبار المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً عند تحقيق الأقوال المعتمدة في المذاهب، ففي المسألة قولان:

الأول: يكون العرف كالشرط، وبه قال الحنفية[٨٢٩] في المفتى به عندهم، والمالكية[٨٣٠]، والشافعية في وجه[٨٣١]،

---

[٨٢٥] انظر: ابن فارس. ١٩٧٩. *معجم مقاييس اللغة*. ج٤.ص٢٨١

[٨٢٦] انظر: ابن منظور. ١٤١٤. *لسان العرب*. ج٧.ص٣٢٩

[٨٢٧] انظر: الزركشي، بدر الدين. ١٩٩٨. *تشنيف المسامع بجمع الجوامع*. مصر: مكتبة قرطبة. ج٢.ص٧٦٠

[٨٢٨] انظر: أبو سنة. ٢٠١٦. *العرف والعادة في رأي الفقهاء-عرض نظرية التشريع الإسلامي*. ص٢٥٢

[٨٢٩] انظر: ابن نجيم. ١٩٩٩. *الأشباه والنظائر*. ص٨٤

[٨٣٠] انظر: القرافي. ١٩٩٤. *الذخيرة*. ج٦.ص٢١٣

[٨٣١] انظر: الشربيني. ١٩٩٤. *مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج*. ج٣.ص٥٧٢

والحنابلة[٨٣٢]، ومستند هذا القول هو نفسه الأدلة الدالة على حجية العرف، ومن الفروع الفقهية المخرّجة على هذه القاعدة عند الحنفية: إذا استأجر شخص دابة من مدينة إلى الكوفة فإنه يجوز له أن يسير بها إلى منزله ولو كان المنزل في أطراف الكوفة[٨٣٣]، ومن فروع المالكية على هذه القاعدة: إذا استأجر قميصاً ليلبسه فإنه يجب عليه أن ينزعه في أوقات نزعه عادة، لأن العرف كالشرط[٨٣٤]، ومن فروع القاعدة عند الشافعية: إذا تعارف الناس على أن الهبة تكون للثواب عليها، فيلزم الموهوب له أن يردّ عوضها لأن المعروف كالمشروط[٨٣٥]، ومن فروع القاعدة عند الحنابلة: عدم الحاجة إلى اشتراط نقد البلد في العقد؛ لأنّ العرف يدلّ عليه ويشترطه[٨٣٦].

الثاني: المعروف عرفاً ليس كالمشروط، وبه قال الشافعية[٨٣٧]، ونصّوا عليها في كتب القواعد بقولهم: لا تنزل العادة منزلة الشرط[٨٣٨].

والحاصل أنه توجد علاقة بين العرف والشرط، وكُلّاً منهما يقوم بعمل مهم في نطاق المعاملات بتحديد ما يجوز اشتراطه، ومن الملاحظ أن الشرط أقوى من العرف لكونه من المنطوق أو المكتوب، في حين أن العرف هو من قبيل الدلالة لذلك قُدّم عليه الشرط الصريح الذي يخالفه[٨٣٩]، وفي بعض الأحيان يكون العرف أقوى نفوذاً من الشرط ويظهر هذا في المذهب الحنفي في تقديم الشروط العرفية على بعض

---

[٨٣٢] ابن قدامة. ١٩٩٧. *المغني*. ج٨.ص٩٤

[٨٣٣] انظر: السرخسي. ٢٠٠٠. *المبسوط*. ج١٥.ص١٤٨

[٨٣٤] انظر: المواق. ١٩٩٤. *التاج والإكليل لمختصر خليل*. ج٧.ص٥٥٣

[٨٣٥] انظر: الشربيني. ١٩٩٤. *مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج*. ج٣.ص٥٧٢

[٨٣٦] انظر: البهوتي. ٢٠٠٠. *كشاف القناع عن متن الإقناع*. ج٨.ص٤٣٦

[٨٣٧] انظر: السيوطي. ٢٠١١. *الأشباه والنظائر*. ج١.ص٢٣٠

[٨٣٨] انظر: الزركشي. ١٩٨٥. *المنثور في القواعد*. ج٢.ص٢٦٢

[٨٣٩] انظر: الندوي. ١٩٩٩. *موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي*. ج١.ص١٩٤

الشروط الإرادية، فمثلاً يرى الحنفية[٨٤٠] أن اشتراط المنفعة الزائدة عن مقتضى أصل العقد لأحد العاقدين مُفسِدة للعقد، مالم يجري به العرف وتعامل به الناس، فلو اشترى شخص حذاء واشترط على البائع وضع شراكٍ عليه فالشرط فاسد مفسد مالم يجر عرف بذلك.

المطلب الثاني: أدلة القاعدة:

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

المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة وأثرها في المعاملات:

أثر هذه القاعدة على باب المعاملات كبير وواسع، فتطبيقاته متنوعة في عامة أبواب المعاملات، وسيذكر الباحث جملة من الأمثلة في الفروع الفقهية والمعاملات العصرية، أما في كتب الفروع الفقهية فيوجد عدد كبير من التطبيقات في باب المعاملات، منها:

التطبيق الأول: مقدار الربح في عقد المضاربة يجب أن يكون معلوماً للعاقدين ويكون نصيباً مشاعاً، لكن لو دفع رب المال إلى المضارِب ألف درهم مثلاً ليضارب فيه دون أن يذكر مقدار الربح فقد نصّ بعض الحنفية[٨٤١] على صحة ذلك، وهو أيضاً مذهب جماعة من السلف كالحسن البصري وابن سيرين والأوزاعي[٨٤٢]، ويكون الربح حينئذ بينهما نصفين، دون أن يكون هناك تحديد لذلك، واستدلوا على هذا

---

[٨٤٠] انظر: الحصكفي، محمد بن علي. ٢٠٠٢. *الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار*. ص٤١٨

[٨٤١] انظر: الكاساني. ١٩٨٦. *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*. ج٦.ص٨٥

[٨٤٢] انظر: ابن قدامة. ١٩٩٧. *المغني*. ج٧.ص١٤٠

بأنه لو قال: الربح بيننا لكان الربح بينهم نصفين، فكذلك لو لم يذكر شيئاً فإنه ينصرف إلى أن يكون الربح بينهم نصفين لأن هذا هو الأصل، فالأصل تساويهما في الربح، وهذا الأصل في التساوي هو العرف، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، فصارت حينئذ المناصفة في الربح كالمنصوص عليه.

التطبيق الثاني: مطلق البيع يقتضي سلامة المبيع، فاشتراط السلامة في البيع المطلق عن الشروط حاصل بالعرف، لأن الأصل سلامة المبيع من العيوب، والسلامة مرغوبة في العرف[٨٤٣].

التطبيق الثالث: يصح إجارة الدور والدكاكين من غير بيان لما يعمل فيها، لأنّ العرف يحدد ذلك، والمعروف كالمشروط[٨٤٤].

التطبيق الرابع: جواز السفر بمال المضاربة في المضاربة المطلقة التي لا يحدّد فيها ربّ المال بلداً أو مكاناً، فالمضارب له أن يعمل في مال المضاربة ويتصرف فيه وفقاً للعرف، والمعروف حينها يكون كالمشروط، وإذا سافر بمال المضاربة فليس له أن يختار طريقاً مخوفاً أو بلداً مخوفاً[٨٤٥].

التطبيق الخامس: توابع العقود التي لا تذكر صريحة في العقود تُحمل على عادة كلّ بلد، فمن اشترى سيارة دخلت فيها عدّتها ومفاتيحها وعجلاتها الاحتياطية من غير أن تذكر في العقد، اعتماداً على العرف الذي يجعلها مشروطة في المبيع مالم ينص العاقدان بخلافهما، مثلها أيضاً الالتزامات التابعة لعقود المعاوضة كأجرة السمسار، والكتابة، وأجرة إخراج البضاعة ووزنها ونقلها لأجل التسليم، وأجرة قطف الثمار المبيعة، وغيرها من التوابع تكون مشترطة بالعرف[٨٤٦].

---

[٨٤٣] نظر: البلدحي. ٢٠٠٥. *الاختيار لتعليل المختار*. ج٢.ص١٨

[٨٤٤] انظر: ابن نجيم. ٢٠٠٢. *البحر الرائق شرح كنز الدقائق*. ج٨.ص٢٠

[٨٤٥] انظر: ابن قدامة. ٢٠٠٥. *الشرح الكبير*. ج١٤.ص٨٠

[٨٤٦] انظر: الزرقا. ٢٠٠٤. *المدخل الفقهي العام*. ج٢.ص٨٩٠

التطبيق السادس: إذا وكّل شخصٌ بشراء طعام أو ثياب، فإن عقد الوكالة يتقيّد بالنوع المعتاد من الطعام والثياب اعتماداً على العرف الذي يجعلها مشروطة في التوكيل[٨٤٧].

التطبيق السابع: إذا استأجر شخص دابة فله أن يحمّلها بما يعتاد الناس تحميله لمثل هذه الدواب مما لا يضر المركبة، ويكون هذا كالشرط في عقد الإيجار لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً[٨٤٨].

التطبيق الثامن: لو دفع الأب ابنه إلى أستاذ ليعلمه علماً أو حِرفة في مدة معينة، ثم اختلفا في دفع الأجرة هل يستحقها المعلم أم لا، فإنّ عرف البلد يحدّد ذلك ويكون كالشرط في العقد[٨٤٩].

التطبيق التاسع: التصرف عن الغير لا يكون إلا بوكالة أو ولاية، وتصرفات الوكيل تكون بإذن الموكل نطقاً أو عن طريق العرف، فإذا كان مالك المال الذي يسلم أمواله لمن يسمى بالدلّال رضي بأن يباشر البيع غيره من وكلاء هذا الدلال إما بالتصريح، أو وجود عرف معروف يقضي بأن الدلّال يسلم السلعة إلى وكلائه، فهذه الشركة جائزة؛ لأن الدلّال وكيل للمالك والوكيل له أن يوكل غيره إذا رضي الموكل، وفي حال انتفاء الإذن من الموكل فإن تصرفات الدلّال في توكيل غيره تحقق الغرض المقصود للمالك وهو بيع السلعة، وقد يقوم نائب الوكيل(الدلال) بعرض السلعة والمناداة عليها، وتحصيل الأموال من المشترين، وتسجيل العقود فقط دون إبرام العقد، وتسمّى هذه المعاملة بشركة الدلالين[٨٥٠]، يقول ابن تيمية عن شركة الدلالين: "وإذا كان هناك عرف معروف أن الدلّال يسلم السلعة إلى من يأتمنه كان العرف المعروف كالشرط المشروط"[٨٥١]،

---

[٨٤٧] نظر: القدوري، أحمد بن محمد. ٢٠٠٦. *التجريد*. ج٣.ص٣٠٩٥

[٨٤٨] انظر: حيدر. ٢٠٠٣. *درر الحكام شرح مجلة الأحكام*. ج١.ص٦٣٨

[٨٤٩] انظر: ابن نجيم. ١٩٩٩. *الأشباه والنظائر*. ص٨٥

[٨٥٠] انظر: الدبيان. ١٤٣٢هـ. *المعاملات المالية أصالة ومعاصرة*. ج١٤.ص٢٦٠

[٨٥١] انظر: ابن تيمية، تقي الدين. ١٩٩٥. *مجموع الفتاوى*. ج٣٠.ص٩٨

ومثل شركة الدلالين شركة الأبدان، فالصناع المشتركين ومثلهم الدلالين لا يستقلون بأعمال الناس، بل يحتاجون إلى معاونين.

وأما المعاملات المالية المعاصرة فتوجد فيها جملة من التطبيقات:

التطبيق الأول: إذا اشترى المشتري بضاعة ثقيلة كالحديد والإسمنت أو الحجارة فإن إيصال مثل هذه البضاعة يكون على البائع بالاشتراط العرفي، مالم ينص العاقدان على خلافه، ومثله أيضاً سائر البضاعات التي تحتاج إلى تركيب ونقل كشراء المكيفات مثلاً فإن على البائع نقله وتركيبه.

التطبيق الثاني: من المعاملات المعاصرة التي لا ينفك عنها كثير من الناس سحب النقود من جهاز الصراف الآلي الذي لا يتبع البنك المُصدِر للبطاقة، وليس لدى الساحب منه حساب بنكي قائم فيه، فيقوم البنك المالك للصراف بخصم مبلغ رمزي ثابت من المبلغ المسحوب أيّا كانت قيمته، مقابل خدمة التحويل من بنك لآخر، وهذه الرسوم مما تعارفت عليه المصارف في العالم، وخصمُها من حساب العميل في البنك المُصدِر شرط مقرّر بهذا العرف.

التطبيق الثالث: في عقود الصيانة الدورية للأجهزة والآلات والمركبات تقوم شركة الصيانة أو الوكالة باستبدال ما يحتاج إلى استبداله من قطع غيار ونحوها خلال فترة العقد، وعملية الاستبدال لقطع الغيار وتحديد أوصافها وعددها وعمرها الافتراضي ووقت الاستبدال يرجع فيه للعرف، فيكون هذا مما يشترط في عقد الصيانة عرفاً، ومثله أيضاً ما يستعمل في عمليات الصيانة من مواد استهلاكية كالمواد الكيميائية اللازمة للفحص، وبعض الزيوت المستخدمة، ومواد النظافة ونحوها فهذه الأمور يقضي العرف بأنه على الصائن، فيكون من المشروط عرفاً[٨٥٢].

[٨٥٢] انظر: القحف، منذر. ٢٠٠٤."*عقود الصيانة*" . *مجلة المجمع الفقهي الإسلامي*. ج٢. عدد١١.ص١٥١

التطبيق الرابع: البنوك تنقسم إلى نوعين، بنوك تقليدية وبنوك إسلامية، وعند ذهاب المتعامل إلى أحد هذين البنكين لفتح حساب بنكي فإن إيداع المبلغ في حساب البنك التقليدي يكون قرضاً بفائدة، وهذا هو عرف البنوك التقليدية، فالفائدة من المشروط عرفاً في البنوك التقليدية، في حين أن إيداع المبلغ في البنوك الإسلامية يكون قرضاً بلا فائدة، أو وديعة، أو مضاربة، بناء على الخلاف في تكييف الحسابات البنكية.

التطبيق الخامس: التراخيص التجارية التي يحصل عليها المواطنون لها قيمة معتبرة في العرف، فيبذل التاجر أو الفرد جهداً كبيراً ومالاً لاستخراجها، وهي في واقعها حقّ يحصل عليه صاحب الرخصة لممارسة النشاط التجاري الذي تم تحديده في الرخصة وغيرها من التسهيلات والصلاحيات، وهذا يعطي للرخصة قيمة معنوية كبيرة بين التجار، وقد تعارف كثير من الناس أفراداً وتجّاراً وخصوصاً في دول الخليج على بيع هذه الرخص أو إجارتها، وليس في اللوائح والقوانين المتعلقة بالرخص التجارية ما يمنعها، ومن الصور المتعارف عليها قيام غير المواطن الراغب في النشاط التجاري باستخدام رخصة تجارية باسم كفيله المواطن، ثم يعطي المكفول كفيله المواطن مبلغاً سنوياً ثابتاً يقدّر في الغالب بعشرة آلاف درهم سنوياً، وفي هذه الحالة يستفيد الكفيل من هذا الحق الذي يملكه في الدولة وهو حقّ تملك الرخصة التجارية، ويكون المبلغ المدفوع من قِبل المكفول مشروط من جهة العُرف، وقد عرَّف مجمع الفقه الإسلامي الدولي هذه المعاملة بقوله: "موافقة المواطن الحاصل على ترخيص بعمل تجاري على قيام غير المواطن باستخدام الترخيص لنشاط خاص به وبتمويل كامل منه، دون أي إسهام مالي للمواطن أو التزام منه بالعمل، باستثناء قيامه بالإجراءات التي تتطلبها مزاولة العمل بموجب الترخيص حيث يظهر المواطن بمظهر المالك للمشروع"[٨٥٣]، وقد صدر قرار من مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي في سنة ٢٠٠٥م بجواز هذه المعاملة ونص القرار على أن: "استخدام غير المواطن للترخيص صورة مستحدثة ليست من باب الكفالة المعروفة فقهًا، ولا هي من باب شركة

[٨٥٣] منظمة التعاون الإسلامي. ٢٠٢١. *قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي*.د.م. مجمع الفقه الإسلامي الدولي. ص٤٨٥

الوجوه، وإنما هي حق معنوي يملكه المواطن بحكم القانون ثم ينقله لغيره بغير عوض، أو بعوض على سبيل البيع أو الإجارة، وهذا التعامل لا مانع منه شرعًا إذا انتفى الغرر والتدليس ومخالفة ولي الأمر"[٨٥٤].

التطبيق السادس: جواز انتفاع صاحب الحساب الجاري بدفتر الشيكات وبطاقة الصراف الآلي من دون مقابل، وهذا عرف جرت عليه المصارف الإسلامية، حيث يعطى العميل بطاقة أو دفتر شيكات بعد فتح الحساب الجاري مجاناً بمجرد طلب ذلك، وفي بعض الأحيان من غير طلب، فلا يحتاج العميل أن يشترط على المصرف توفير بطاقة أو دفتر، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، فهو من جملة الأعراف المصرفية، وهذه المنفعة التي يحصل عليها المقترض في البطاقة أو الدفتر وبدون مقابل أو شرط ليس من باب (كل قرض جر نفعاً فهو ربا)، لأن المنفعة مشتركة بين المقرض والمقترض، وهي وسيلة لوفاء المصرف للقرض الذي هو عبارة عن المال المودع في الحساب[٨٥٥].

التطبيق السابع: من الأعراف المتداولة بين الناس في البيع والشراء الاستغناء عند شراء العين الغائبة بذكر الأوصاف المبيِّنة للعين دون الكشف عن المبيع لتكرر البيع والشراء وتعرض هذه البضاعة المبيعة للفساد والتلف بسبب كثرة إخراجها من غلافها أو وعائها ونحو ذلك، فحصل الاكتفاء حينئذ بذكر الأوصاف الدقيقة الجامعة، وهي معاملة ذكرها الفقهاء باسم: البيع على البرنامج، وحقيقة هذا البيع شرعاً: هو الدفتر أو الورقة التي كُتب فيها وصف ما في المغلف أو الوعاء من سلع، فيستغنى بهذه الأوصاف المكتوبة عن رؤية المشتري لعين السلعة لما في نشر البضاعة من حرج ومشقة[٨٥٦]، وهي من المصطلحات التي اعتنى بها المالكية أكثر من غيرهم، وفصّلوا فيها، فقد نص الإمام مالك عليها كما في الموطّأ:" قال مالك: في الرجل

---

[٨٥٤] المرجع نفسه. ص٤٨٦

[٨٥٥] انظر: القحطاني، فواز. ٢٠١٧. *القواعد والضوابط الفقهية المؤثرة في المعاملات المصرفية الإسلامية*. الرياض: الناشر المتميز. ج٢.ص١٧٧-١٨٨

[٨٥٦] انظر: النفراوي، أحمد بن غانم. ١٩٩٥. *الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني*. ج٢.ص١٠٦

يُقدَّمُ له أصناف من البزّ، ويحضرهُ السُّوّامُ، ويقرأ عليهم برنامجه، ويقول في كل عِدلٍ كذا وكذا ملحَفَةٌ بصريَّةٌ، وكذا وكذا ربطةٌ سابريةٌ، ذرعها كذا وكذا، و يُسمّي لهم أصنافاً من البزّ بأجناسه، ويقول اشتروا مني على هذه الصفة، فيشترون الأعدال على ما وُصِفت لهم، ثمَّ يفتحونها فيستغلّونها ويندمون، قال مالك: ذلك لازمٌ لهم إذا كان موافقاً للبرنامج الذي باعهم عليه"[٨٥٧]، والأعدال المذكورة في كلام الإمام مالك جمع عِدل أي: المثل[٨٥٨]، بمعنى أن التاجر يعرض هذه البضاعات المجتمعة في حزمة واحدة، ويبيع كلّ الحزم المتماثلة بالوصف، وتبع مالكاً في ذلك أئمة المذهب في تقرير المعتمد من مذهب المالكية، فمن ذلك ما نصّ عليه الدردير في الشرح الكبير بقوله: "وجاز بيعٌ وشراء معتمِداً فيه على الأوصاف المكتوبة في البرنامج –بفتح الباء وكسر الميم–، أي: الدفتر المكتوب فيه أوصاف ما في العِدل من الثياب المبيعة للمشتري على تلك الصفة للضرورة، فإن وُجد على الصفة لزم، وإلا خُير المشتري"[٨٥٩]، ووجه هذا القول عند القائلين به هو أن الوصف بالكتابة المفصلة تنفي الجهالة عن العين المبيعة، والمهم في هذه المعاملة مما له علاقة بالعرف هو المستند الذي ذكره المالكية ضمن أدلة إباحة هذا النوع من المعاملات، فقد جعلوا العرف والعمل مستنداً لتصحيح هذه المعاملة، قال الإمام مالك في كلامه عن بيع البرنامج: "وأنه لم يزل من بيوع الناس الجائزة، والتجارة بينهم التي لا يرون بأسا؛ لأن بيع الأعدال على البرنامج على غير نشر لا يُراد به الغَرر، وليس يشبه الملامسة"[٨٦٠]. وهنا يمكن أن يقال بأن تعارف الناس على الاكتفاء بهذه الأوصاف المكتوبة يكون من المعروف الذي يشترط بين المتبايعين بلا حاجة إلى أن ينصوا عليها؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً،

---

[٨٥٧] الإمام مالك، مالك بن أنس. ١٩٨٥. *الموطأ*. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. بيروت: دار إحياء التراث العربي. كتاب البيوع. باب الملامسة والمنابذة. ج٢. ص٦٧٠.رقم الحديث ٧٨

[٨٥٨] انظر: الرازي، زين الدين. ١٩٩٩. *مختار الصحاح*. ص٢٠٢

[٨٥٩] انظر: الدسوقي، د.ت. *حاشية الدسوقي على الشرح الكبير*. ج٣.ص٢٤

[٨٦٠] الإمام مالك، مالك بن أنس. ١٩٨٥. *الموطأ*. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. بيروت: دار إحياء التراث العربي. كتاب البيوع. باب الملامسة والمنابذة. ج٢. ص٦٦٦.رقم الحديث ٧٦

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

المبحث الثاني: قاعدة: المعروف بين التجار كالمشروط بينهم:

تعبر هذه القاعدة عن السلطان العرفي العملي في نطاق مخصَّص وهو نطاق المعاملات التجارية الجارية بين التجار، ولها ارتباط بالقاعدة السابقة من جهة كونها أخص والقاعدة السابقة أعمّ، وهذا من أجل الاهتمام بشأن المعاملات التجارية والأعراف المتداولة بين التجار، وقد نصّت مجلة الأحكام العدلية على هذه القاعدة برقم (٤٤)[٨٦١]، واعتبرها بعض شراح المجلة كعلي حيدر عين القاعدة السابقة، في حين اعتبرها الأتاسي في شرحه من قَبيل ذكر الأخص بعد الأعم اهتماماً بشأن المعاملات التجارية[٨٦٢]، وقد تحدّث الفقهاء في كتب الفروع عن عرف التجار وأثره في المعاملات، فقد نصّ على ذلك الحنفية والحنابلة في مجال تحديد العيب في المبيع كما في بدائع الصنائع للكاساني[٨٦٣]، ومطالب أولي النهى للرحيباني[٨٦٤]، وفي مجال بيع المرابحة وما يدخل فيها كما في المبسوط للسرخسي[٨٦٥]، وعند المالكية والشافعية في مجال القراض وتحديد ما يلزم العامل من عمل كما في المعونة للبغدادي[٨٦٦] والحاوي للماوردي[٨٦٧].

---

[٨٦١] انظر: حيدر. ٢٠٠٣. *درر الحكام شرح مجلة الأحكام*. ج١.ص٥١

[٨٦٢] انظر: الأتاسي.د.ت. *شرح المجلة*. ج١.ص١٠١

[٨٦٣] انظر: الكاساني. ١٩٨٦. *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*. ج٥.ص٢٧٥

[٨٦٤] انظر: الرحيباني. ١٩٩٤. *مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى*. ج٣.ص١٠٧

[٨٦٥] انظر: السرخسي. ٢٠٠٠. *المبسوط*. ج١٣.ص٦٩

[٨٦٦] انظر: البغدادي، عبد الوهاب. د.ت. *المعونة على مذهب عالم المدينة*. مكة المكرمة: مكتبة الباز. ص١١٢٥

[٨٦٧] انظر: الماوردي. ١٩٩٩. *الحاوي الكبير*. ج٧.ص٣١٨

المطلب الأول: شرح القاعدة:

ما تعارف عليه أهل التجارة في المعاملات التجارية القائمة في الأسواق، وما يتعلق بها من طرقٍ للبيع والشراء، تكون كالمنصوص عليها بين التجار وإن لم ينصّوا عليها لفظاً، فتكون هذه الأعراف هي الحَكَم بينهم، وهي المفسرة لأقوالهم وتصرفاتهم، وتجري هذه الأعراف في مجالات تجارية مختلفة: كالقبض، والنقل، ودفع الأثمان، وما يدخل في المبيع تبعاً وما لا يدخل، وفي استعمال الشيكات والنقود، وغيرها من التطبيقات المرتبطة بالأسواق التجارية، فما يقع بين التجار من المعاملات التجارية ينصرف عند الإطلاق إلى الأعراف السائدة في الوسط التجاري، فكل عمل تجاري لم يذكر فيه شرط أو قيد فالمرجع فيه العرف المتبع بين التجار[٨٦٨]، ولا يقتصر هذا على التجار فقط بل كلّ عمل هو من نوع التجارة كالشريكين في المضاربة وغيرها من الشركات داخل في هذه القاعدة[٨٦٩].

ومن جملة ما يدخل في هذه القاعدة ما يطلق عليه في القوانين المعاصرة بالعرف التجاري، وهو نوع من أنواع العرف الخاص، يمكن تعريفه بأنه: "مجموعة من القواعد غير المكتوبة، تنشأ من اطّراد سلوك الأفراد في مسألة معينة على وجه معين مع اعتقادهم في إلزامها وضرورة احترامها"[٨٧٠]، فهذه الأعراف المتداولة بين التجار شكّلت بمجموعها القوانين التجارية المطبّقة في دول العالم في مجالاتها المختلفة، وتشرف على هذه الأعراف من حيث التحديد غُرَف التجارة والصناعة الخاصة بكلّ دولة[٨٧١]، وهذه الأعراف التجارية تبدأ كعادةٍ بين التجار يستقرّ العمل بها بينهم ليصرّفوا أمورهم بناء عليها، ومع مرور الزمن وشيوع

---

[٨٦٨] انظر: الندوي. ١٩٩٩. *موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي*. ج١.ص١٩٨

[٨٦٩] انظر: الأتاسي.د.ت. *شرح المجلة*. ج١.ص١٠١

[٨٧٠] الجبر، محمد حسن. ١٩٩٦. *القانون التجاري السعودي*. الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية. ص٢٥

[٨٧١] انظر: حكومة دبي. ٢٠١٢." قانون رقم (٩) لسنة ٢٠١٢ بتعديل بعض أحكام القانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ بشأن تنظيم غرفة تجارة وصناعة دبي". المادة ٦

هذه العادة بينهم يتولد بينهم اعتقاد بضرورة الالتزام بهذه الأعراف[٨٧٢]، وتخضع هذه الأعراف التجارية لشروط العرف العام المذكور سابقاً من حيث الاطراد، والشيوع بين التجار، وقيام العرف وقت الإنشاء، وعدم معارضته للشرع أو منصوص المتعاقدين، والعرف التجاري يعتبر عرفاً خاصاً، وسبق أن ذكر الباحث تحت قاعدة: (العرف الخاص يؤثر كالعرف العام)، أن العرف الخاص حجة كالعرف العام.

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

المطلب الثاني: أدلة القاعدة:

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

المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة وأثرها في المعاملات:

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

التطبيق الأول: وهو في ضابط القبض عند التجار، وأثر العرف التجاري فيه، فمع كثرة المبيعات وتنوعها صارت صور القبض متعددة ومختلفة، وهذا يحتاج إلى ضابط يضبط طريقة القبض، وللقبض ارتباط وثيق بعدد من المعاملات المهمة، وهو شرط لصحة العقد في عدد منها كعقد الصرف، وكلام الفقهاء في القبض

---

[٨٧٢] انظر: رغد فوزي. ٢٠٠٩. "إشكالية تطبيق العرف التجاري". *مجلة الغري للعلوم الاقتصادية والإدارية*. العراق: جامعة الكوفة. ج. ٤. عدد (١٣): سبتمبر. ص١٩٥

الحقيقي كثير في المدونات الفقهية القديمة، لكن ظهرت في العصور المتأخرة صور كثيرة للقبض أصبح فيها القبض الحقيقي محصوراً وقليلاً، وغلب على واقع التجار ما يمكن تسميته بالقبض الحكمي، ويعود هذا إلى التطور التقني الهائل، والكم الكبير من الأموال المتبادلة، وسعي العالم نحو سرعة الإنجاز.

وقد أشار الفقهاء إلى حقيقة القبض عموماً من خلال جملة من التعريفات، ومن أجمع هذه التعريفات التي تتضمن نوعي القبض الحقيقي والحكمي أن يقال: القبض: "هو التخلية أو المناولة من العاقد والمعقود عليه-في غير طعام- على وجه يتمكن من التسلم بلا مانع ولا حائل حسب العرف"[٨٧٣]، أما القبض الحكمي وهي الصورة الغالبة في الأعراف التجارية اليوم فتنوعت كذلك التعريفات في بيان حقيقته، ومن أجمع التعريفات: "تنزيل مبيعٍ ونحوه تعذَّر أخذهُ والتمكنُ من التصرف فيه حسّاً منزلة المأخوذ على ذلك الوجه لمسوّغ شرعي"[٨٧٤].

والقبض من الأسماء المطلقة، وهذه الأسماء تحتاج إلى ما يحددها ويضبطها، وقد نص الفقهاء من المذاهب الأربعة على جعل العرف ضابطاً في تحديد أنواع القبض، فمن ذلك ما نص عليه الكاساني من الحنفية بقوله: "معنى القبض هو التمكين والتخلي، وارتفاع الموانع عرفاً وعادة حقيقةً"[٨٧٥]، ومثل ذلك عند الشافعية، حيث يقول النووي: "قال أصحابنا: الرجوع في القبض إلى العرف"[٨٧٦]، ثم ذكر ثلاثة أقسام للقبض: الأول: نقل العقار ويكون بالتخلية، والثاني: ما ينقل في العادة كالأخشاب والحبوب ونحوها فبالنقل إلى مكان لا اختصاص للبائع فيه، والثالث: ما يُتناول باليد كالدراهم والمنديل والثوب والكتاب، فقبضه

---

[٨٧٣] الجنكو، علاء الدين. ٢٠٠٤. *التقابض في الفقه الإسلامي وأثره على البيوع المعاصرة*. عمّان: دار النفائس. ص٢٨

[٨٧٤] أبا حسين، عاصم. ٢٠١٥. *القبض الحكمي في الأموال*. -دراسة فقهية تطبيقية-. الرياض: كنوز إشبيليا. ج١.ص٤٩

[٨٧٥] الكاساني. ١٩٨٦. *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*. ج٥.ص١٤٨

[٨٧٦] النووي، محيي الدين. ٢٠٠٣. *المجموع شرح المهذب*. ج٩.ص٢٠١

بالتناول[٨٧٧]، وعند المالكية يقول خليل بن إسحاق: "والقبض في غير المثلي والعقار ما يعد في العرف قبضاً، كاختبار الثوب، وإعطاء رسن الدابة"[٨٧٨]، وعند الحنابلة يقول ابن قدامة: "ولأن القبض مطلق في الشرع، فيجب الرجوع فيه إلى العرف، كالإحراز، والتفرّق، والعادة في قبض هذه الأشياء ما ذكرنا"[٨٧٩]، وذكر في الأمثلة نحواً مما ذكر الشافعية.

وصدر بشأن القبض وصوره المستجدة قرار في مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته السادسة بمدينة جدة سنة ١٩٩٠م يربط حقيقة القبض بالعرف، حيث نص القرار على أن: "قبض الأموال كما يكون حسِّيًّا في حالة الأخذ باليد، أو الكيل أو الوزن في الطعام، أو النقل والتحويل إلى حوزة القابض، يتحقق اعتبارًا وحكمًا بالتخلية مع التمكين من التصرف ولو لم يوجد القبض حسًّا، وتختلف كيفية قبض الأشياء بحسب حالها واختلاف الأعراف فيما يكون قبضًا لها"[٨٨٠].

ونص على اعتبار العرف في القبض المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في المعيار (١٨) حيث عرفت القبض بأنه: "حيازة الشيء وما في حكمها بمقتضى العرف"، وفي كيفية تحقق القبض جاء في المعايير أيضاً: "الأصل في تحديد كيفية قبض الأشياء العرف ولهذا اختلف القبض في الأشياء بحسب اختلافها في نفسها، وبحسب اختلاف أعراف الناس فيها"[٨٨١].

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

---

[٨٧٧] المرجع نفسه. ج٩.ص٢٠١

[٨٧٨] الجندي، خليل بن إسحاق. ٢٠٠٨. *التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب*. مصر: مركز نجيبويه. ج٥.ص٥٠٣

[٨٧٩] ابن قدامة. ١٩٩٧. *المغني*. ج٦.ص١٨٨

[٨٨٠] منظمة التعاون الإسلامي. ٢٠٢١. *قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي*.د.م. مجمع الفقه الإسلامي الدولي. ص١٧١

[٨٨١] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية. ٢٠١٧. *المعايير الشرعية*. الرياض: دار الميمان. ص٤٩٧

أولاً: لا شك بأن أبرز المظاهر المؤثرة على الأعراف التجارية ما دخل عليها من تقنيات جديدة، ووسائل حديثة ومتطورة لدفع الأموال وإرسالها، وهذه الوسائل الحديثة لا ينفك عنها أي تاجر مهما كان حجم تجارته، بل صار لا يستطيع ممارسة التجارة بدونها، وعلى رأس هذه التقنيات البطاقات البنكية التي يستعملها الزبائن في نقاط البيع، وهي مما اتفقت الأعراف الدولية التجارية على قبولها واستعمالها، ضمن شبكات واسعة، وعلاقة هذه البطاقات بعرف التجار هي من جهة اعتبار القبض الحكمي فيها في عرف التجار دون اشتراط القبض الحقيقي، ومن صور هذا القبض الحكمي في البطاقات البنكية ما يلي:

الصورة الأولى: استعمال البطاقات البنكية في عقود الصرف، كشراء العملات من خلال البطاقات الائتمانية التي ليس لها رصيد في المصرف، فيكون استعمال البطاقة قرضاً من المصرف، ولن يحصل هناك قبض حكمي حينها في عقد الصرف، وهذا محرّم لانتفاء التقابض بين الربويين، والقول بالتحريم هو نصّ قرار مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورتها الثانية عشرة[٨٨٢]، مع العلم بوجود رأي آخر عند المعاصرين يقول بحصول القبض الحكمي في البطاقات الائتمانية من حيث اعتبار توقيع حامل البطاقة وسيلة دفع مؤكدة ومضمونة الوصول، كحال الشيك المصدَّق وقيامه مقام قبض ما تضمنه[٨٨٣]، واستدلوا كذلك بأن عرف التجار هو اعتبار القيد عبر الشبكة قبضاً، فحتى مع عدم وجود رصيد في البنك لصاحب البطاقة فإن هذا القيد المصرفي في حكم القبض، ويعفى عن تأخر القبض بسبب طبيعة التعامل مع هذه البطاقات.[٨٨٤]

الصورة الثانية: استعمال البطاقات البنكية في شراء الذهب أو الفضة، من خلال البطاقة الائتمانية، فإن

---

[٨٨٢] انظر: مجمع الفقه الإسلامي. ٢٠٠٠. *مجلة مجمع الفقه الإسلامي-الدورة الثانية-*. ج٣. عدد١٢.ص٦٧٥

[٨٨٣] انظر: أبوغدة، عبد الستار. ٢٠٠٠."البطاقات الائتمانية-تصورها والحكم الشرعي عليها". *مجلة مجمع الفقه الإسلامي*. ج٣. سبتمبر. عدد١٢.ص٤٩١

[٨٨٤] انظر: أباحسين، عاصم. ٢٠١٥. *القبض الحكمي في الأموال*. -دراسة فقهية تطبيقية-ج٢. ص٤٢٣

القبض الحكمي غير متحقق، والمالان ربويان، فتحرم هذه الصورة[٨٨٥]، وجوّزت بعض الهيئات الشرعية كاللجنة الشرعية في بيت التمويل الكويتي استخدام البطاقات الائتمانية في شراء الذهب والفضة لأن مستند البيع أو قسيمة الدفع الموقعة من حامل البطاقة تعتبر وسيلة دفع مؤكدة[٨٨٦].

الصورة الثالثة: إذا استخدم حامل البطاقة بطاقته في خارج دولته، سواء في نقاط البيع، أو سحب النقود من الجهاز، فالمُصدِر للبطاقة يسدد المبلغ بالعملة الأجنبية، ثم يخصم من صاحب البطاقة بعُملة بلده حسب سعر الصرف المحدد في ذلك اليوم أو المتفق عليه مسبقاً، والقبض الحكمي حاصل أثناء عملية السحب.[٨٨٧]

ثانياً: في مجال تجارة الذهب قد يكون قبض الذهب حقيقياً وقد يكون حكميّاً، فالأصل في قبض الذهب أنه قبض حقيقي بالمناولة في مجلس العقد سواء أكان ذهباً بذهب أم نقداً بذهب، كما هو نصّ قوله صلى الله عليه وسلم: "الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلا بمثل، سواء بسواء، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يدا بيد"[٨٨٨]، وهذا أمر مجمع عليه عند الفقهاء، كما نقل ذلك ابن المنذر[٨٨٩].

وقد يحلّ محلّ القبض الحقيقي القبض الحكمي، ويكون معتبراً في عرف التجار، فالعرف في الأسواق الدولية اليوم على أن بيع الذهب يكون عن طريق شهادات الذهب المعينة دون تسليم حقيقي لما تمثله الشهادات، وهذه الشهادات تمثل ملكاً للسبيكة المعينة برقم تسلسلي خاص يبين رقم السبيكة، ووزنها

---

[٨٨٥] انظر: الضرير، الصديق محمد الأمين. ٢٠٠٠."بطاقة الائتمان". *مجلة مجمع الفقه الإسلامي*. ج٣. سبتمبر. عدد١٢.ص٦١٢

[٨٨٦] انظر: حماد، نزيه. ٢٠٠٠."بطاقات الائتمان غير المغطاة". *مجلة مجمع الفقه الإسلامي*. ج٣. سبتمبر. عدد١٢.ص٥١٧

[٨٨٧] انظر: الجنكو، علاء الدين. ٢٠٠٤. *التقابض في الفقه الإسلامي وأثره على البيوع المعاصرة*. ص٢٦٨

[٨٨٨] الإمام مسلم، 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. ج٣. ص١٢١١.رقم الحديث ١٥٨٧

[٨٨٩] انظر: ابن المنذر، أبوبكر. ١٩٩٩. *الإجماع*. ص١٣١

وصفاتها، ومكان التخزين، وتكون في مخازن مرخصة، فالتداول بيعاً وشراء يكون عن طريق هذه الشهادات من خلال القبض الحكمي دون تسلّم حقيقي للذهب[٨٩٠].

وقد نصّ على جواز هذه المعاملة المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في المعيار: (٥٧)، والهيئة الشرعية لبنك الراجحي في قرار رقم: (١٥٩)، فقد جاء في المعايير الشرعية ما نصه: "يشترط لبيع سبائك الذهب بالنقود قبض البدلين في مجلس العقد، ويتحقق قبض المشتري للسبيكة بقبض عينها بنفسه، أو عن طريق وكيله قبضاً حقيقياً أو حكمياً، ويتحقق القبض الحكمي بتعيين السبيكة وتمكين المشتري من التصرف بها، أو بقبض شهادة تمثل ملك سبيكة معينة مميزة عن غيرها بأرقام للسبيكة.."[٨٩١]، وجاء في قرار الهيئة الشرعية لبنك الراجحي بيانٌ للحجة التي استند عليها المجوّزون للقبض الحكمي في الذهب، حيث قالوا: "وذلك لأنّ ظروف التجارة والمعاملات وتبادل العملات بين المؤسسات المالية في بلدان العالم اليوم، وضخامة المبالغ التي تقع فيها المداينات والتبادل، والتي يكاد يستحيل فيها النقل الفعلي بل حتى العدّ، وأن هذه المؤسسات المالية ذات تنظيم وحسابات مضبوطة ومراقبة من مدققي حسابات اختصاصيين يتمتعون بثقة تامة، وأن معظم المعاملات أصبحت تبرم بوسائل الاتصال الآلية كالهاتف والفاكس، كل ذلك يجعل الحاجة العامة في كل بلد اعتبار القيد في سجلات تلك المؤسسات وفي حساب الأشخاص لديها قائماً مقام القبض الفعلي بنقل العملات والمعادن النفيسة عبر القارات.."[٨٩٢]، وهذا الكلام يعبر عن العرف التجاري العالمي المستقر في تداول شهادات الذهب من غير تقابض حقيقي، بل الاكتفاء بالتقابض الحكمي من خلال شهادات الذهب.

أما ما يطلق عليه بالذهب الأبيض (البلاتين) فهو نوع من المعادن الثمينة، وبيع الأجل فيه جائز

---

[٨٩٠] انظر: الشبيلي، عبد الله. ٢٠١٩. *أحكام التعامل بالذهب في أسواق السلع الدولية والأسواق المالية*. الرياض: دار الميمان. ص٩٢

[٨٩١] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية. ٢٠١٧. *المعايير الشرعية*. ص١٣٣٢

[٨٩٢] المجموعة الشرعية بمصرف الراجحي. ٢٠١٠. *قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي*. الرياض: دار كنوز إشبيليا. ج١.ص٢٥٩

إذ يفترق عن الذهب والفضة من جهة عدم تحقق الثمنية، وعليه فليس هناك ربا في التأجيل، ولا يشترط فيه التقابض في مجلس العقد، ونص على هذا التقرير الهيئة الشرعية في بنك الراجحي[٨٩٣].

ثالثاً: من صور القبض الحكمي المشهورة في عرف التجار: القبض في الأوراق التجارية التي يجب فيها الدفع بمجرد الاطّلاع، كالشيكات، والكامبيالات، والسند لأمر، وتُعرّف هذه الأوراق التجارية في مجملها على أنها: "صكوك قابلة للتداول، تمثل حقّاً نقدياً، وتستحق الدفع لدى الاطّلاع أو بعد أجل قصير، ويجري العرف على قبولها كأداة للوفاء، وتقوم مقام النقود في المعاملات"[٨٩٤]، فالعرف العالمي بين التجار جعل في هذه الصكوك قوة تصلح لأن تقوم مقام النقد، وأداة للوفاء، وصار هناك اتفاق في العرف التجاري العالمي على ثلاث صور من هذه الأوراق وهي:

١. الكامبيالات: وهو صكٌّ يحرّر بشكل قانوني، يتضمّن أمراً صادراً من شخص موجهاً إلى شخص آخر، بأن يدفع مبلغاً معيّناً لدى الاطّلاع أو في تاريخ معين[٨٩٥].
٢. السند لأمر: وهو صك محرر وفق شكل معين حدده النظام يتضمن تعهد شخص بأن يدفع مبلغاً معيّناً من النقود في تاريخ معين أو قابل للتعيين أو بمجرد الاطلاع لأمر شخص آخر.[٨٩٦]
٣. الشيك: أمر مكتوب وفقاً لأوضاع حددها العرف، به يطلب الساحب من المسحوب عليه أن يدفع بمقتضاه وبمجرد الاطّلاع مبلغاً معيّناً لشخص معين[٨٩٧].

هذه الأوراق التجارية الثلاثة يجري فيها القبض الحكمي في العرف التجاري العالمي، حيث أصبح

---

[٨٩٣] المرجع نفسه ج١.ص١٧١

[٨٩٤] الخثلان، سعد. ٢٠١٠. *أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي*. الرياض: دار كنوز إشبيليا. ص٥٢

[٨٩٥] انظر: حداد، إلياس. ١٤٠٧هـ. *الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي*. السعودية: معهد الإدارة العامة. ص٥٠

[٨٩٦] المرجع نفسه ص٣٨٣

[٨٩٧] انظر: عوض، علي جمال الدين. ١٩٩٥. *الأوراق التجارية-دراسة للقضاء-مصر*: مطبعة جامعة القاهرة. ص١٥٩

استلام هذه الأوراق التجارية قبضاً لمحتواها قبضاً حكمياً معتبراً، ويمكن تقسيم الرأي القائل بقيام استلام الأوراق التجارية مقام القبض إلى ثلاثة أقوال فرعية:

الأول: أن استلام هذه الأوراق يعتبر قبضاً للمحتوى مطلقاً، سواء كانت هذه الأوراق مصدقة أم لا، وبهذا القول صدر قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشرة سنة ١٩٨٩م فقد نصّ القرار على أنه: "يقوم استلام الشيك مقام القبض عند توفر شروطه في مسألة صرف النقود بالتحويل في المصارف"[٨٩٨]، ودليلهم: أن القبض مرجعه العرف، وقد استقرّ العرف التجاري على قيام الشيك مقام النقود في البيع والشراء والوفاء لما يحتف به من الحماية القانونية.[٨٩٩]

الثاني: أن الأوراق التجارية المصدَّقة فقط كالشيك المصدّق يعد استلامه قبضاً للمحتوى بخلاف غير المصدق، وبهذا القول صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته السادسة سنة١٩٩٠م فقد نص القرار على أن من صور القبض الحكمي المعتبرة شرعاً وعرفاً: "تسلُّم الشيك إذا كان له رصيد قابل للسحب بالعملة المكتوب بها عند استيفائه وحَجْزَه المصرف"[٩٠٠]، ودليلهم هو نفس دليل القول السابق إلا أنهم قيدوه بالتصديق دفعاً للمآخذ التي يمكن أن ترد على الشيك غير المصدق.

الثالث: أنّ الأوراق التجارية غير المصدقة لكنها في قوة المصدّق من خلال الحماية الكبيرة والضمانات المقدمة للشيكات تقوم مقام القبض دون غيرها[٩٠١].

رابعاً: القبض الحكمي في الحوالات المصرفية، وتعود صورة القبض فيها إلى إجراء يطلق عليه: (القيد المصرفي)، وهي: عملية آلية تقوم بها المصارف والبنوك، يحصل بها التقييد والتسجيل لعمليات إثبات ونقل

---

[٨٩٨] قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دوراته العشرين. مكة المكرمة: رابطة العالم الإسلامي. ص٢٩٣

[٨٩٩] انظر: أبا حسين، عاصم. ٢٠١٥. *القبض الحكمي في الأموال*. -دراسة فقهية تطبيقية- ج٢. ص٥٠٩

[٩٠٠] منظمة التعاون الإسلامي. ٢٠٢١. *قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي*. ص١٧٢

[٩٠١] انظر: الخثلان، سعد. ٢٠١٠. *أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي*. ص٥٢

المبالغ المالية[٩٠٢]، ويطلق عليها أحياناً: القيد في دفاتر المصرف، والقيد المصرفي صورة من صور القبض الحكمي الذي تعارفت عليه المصارف والبنوك، ومن تطبيقاتها المعاصرة المشهورة: تحويل المبالغ المالية مع صرفها إلى عملة أخرى عبر محلات الصرافة أو البنوك إلى المستفيد، فقد اجتمع في هذه المعاملة تحويل وصرف، والذي يهمّنا في هذه المعاملة هو جانب المصارفة، فإن تحويل العملة في هذه الصورة يحصل من غير قبض، والقبض الحقيقي مشروط في عقد الصرف كما هو معلوم، لذلك أفتت المجامع الفقهية المعاصرة على أن القيد المصرفي قبض حكمي في مثل هذه الحالة، فالذي يجري في مثل هذه المعاملات أن العميل يدفع مبلغاً ليحوِّله المصرف بعملة البلد المحوّل إليه، فيستلم العميل مستنداً يثبت تقييد المبلغ المحوّل بالعملة المصروفة في القيود المصرفية، ثم تحصل الحوالة بعد ذلك، ويغني هذا عن قبض المبلغ[٩٠٣].

وجاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشرة سنة ١٩٨٩ ما نصه: "يعتبر القيد في دفاتر المصرف في حكم القبض لمن يريد استبدال عملة بعملة أخرى، سواء كان الصرف بعملة يعطيها الشخص للمصرف أو بعملة مودعة فيه"[٩٠٤].

خامساً: القبض الحكمي في البورصات، وهي مؤسّسات أنشئت لتنظيم الصفقات التجارية المتعلقة بالسلع والخدمات، تحدد العمليات التي تقوم فيها أسعار السلع، وتشرف عليها غرف التجارة، وتختص بمجالين هما مجال الأوراق المالية، ومجال السلع والبضائع[٩٠٥]، والجانب الذي يحصل فيه القبض الحكمي في مجال البورصات في حال ما لو كانت البورصة للبضائع والسلع، والعقود عاجلة، فيعرض الوسيط عينة من

---

[٩٠٢] انظر: اللجمي، محمد. ٢٠٢١.*خلق النقود حقيقته وحكمه*. تونس: دار المالكية. ص٧١

[٩٠٣] انظر: منظمة التعاون الإسلامي. ٢٠٢١. *قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي*. ص٢٦٧

[٩٠٤] قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دوراته العشرين. مكة المكرمة: رابطة العالم الإسلامي. ص٢٩٣

[٩٠٥] انظر: علية. ١٩٨٥. *القاموس الاقتصادي*. ص٢٣٥-٢٣٧

البضاعة، وبعد التأكد من مطابقة أوصاف العينة على البضاعة، يتم العقد حينئذ مباشرة، ويتم تقييد عملية البيع والشراء عبر الوسيط ويُصدر الوسيط شهادة تخزين تتضمن رقماً ووصفاً دقيقاً[٩٠٦].

سادساً: القبض الحكمي في الاعتمادات المستندية، والاعتماد المستندي: تعهد من البنك بأن يضع تحت تصرف العميل مبلغاً معيناً خلال مدة يتفق عليها معه، ويقوم العميل بسحب هذا المبلغ أو لا يقوم بذلك، وفتح هذا الاعتماد يكون بطلب من العميل لصالح المستفيد، بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل، والدافع الرئيسي لمثل هذه المعاملة أن البائع لا يأمن أن يُسلَّم المشتري البضاعة، والمشتري لا يأمن أن يُسلَّم البائع الثمن فلا يقوم بتوريد البضاعة، ومن خلال هذه الفجوة ابتدعت البنوك هذه الوسيلة لتوفير الثقة[٩٠٧]، فهي معاملة أثبتتها أعراف التجارة الدولية، ومن جهة أخرى فإن القبض فيها يكون حكمياً، فإن المصرف إذا كان الاعتماد المستندي فيه مغطًى غطاء كليّاً حيث يدفع طالب الاعتماد بتغطية مبلغه بالكامل للمصرف حتى يقوم المصرف بتسديد ثمن البضاعة بالكامل لدى وصول المستندات الخاصة بالبضاعة إليه، حينئذ يدخل المصرف كوكيل، فيكون تسلُّمه للبضاعة مع كافة مستندات الشحن قبضاً[٩٠٨].

سابعاً: مع كثرة المعاملات المتعلقة ببيع العقارات وشرائها ظهرت في غالب دول العالم إدارات خاصة للتسجيل العقاري، يتم من خلالها نقل ملكية العقارات بكافة أنواعها مع توثيقها من خلال الصكوك العقارية، فتكون هذه الصكوك واستلامها في منزلة القبض الحكمي للعقارات، وتثبت الحقوق من خلال قيود السجل، فهذا القيد يغني عن التسليم الفعلي، حتى ولو كان بائع العقار ما زال شاغراً للعقار[٩٠٩].

---

[٩٠٦] انظر: أبا حسين، عاصم. ٢٠١٥. *القبض الحكمي في الأموال*. –دراسة فقهية تطبيقية–ج٢. ص٥٠٧

[٩٠٧] انظر: علم الدين. محيي الدين. ١٩٩٦. *الاعتمادات المستندية*. القاهرة: المعهد العالمي للفكر الإسلامي. ص١٥–٣٥

[٩٠٨] انظر: القره داغي، علي. ٢٠٠٠."القبض، صوره، وبخاصة المستجد منها، وأحكامها". *مجلة مجمع الفقه الإسلامي*. ج٣. سبتمبر. عدد١٢.ص٥٨٨

[٩٠٩] انظر: الزرقا. ٢٠٠٤. *المدخل الفقهي العام*. ج٢.ص٩٥٤

ثامناً: من الأعراف التجارية المتداولة عالمياً بين التجار في مجال الشحن البحري للبضائع ما يطلق عليه (بوليصة الشحن) أو (سند الشحن) وهي: سند بالبضائع المشحونة يعطيه الربان عند استلام البضاعة، تحتوي على بيانات المتعاقدين، ونوع البضائع المشحونة ووزنها، واسم السفينة وجنسيتها وغيرها من التفاصيل المهمة، وهذا السند يمثل البضاعة المنقولة[٩١٠]، فينتقل حق تملك البضاعة إلى حامل السند بمجرد انتقال السند إليه من غير قبض للبضاعة قبضاً فعليّاً بل بالقبض الحكمي فقط، وهذا هو عرف التجار في نقل البضائع، فقد جاء في المعايير الشرعية لهيئة المراجعة والمحاسبة للمؤسسات المالية الإسلامية: "يعتبر قبض المستندات الصادرة باسم القابض أو المظهَرة لصالحه قبضاً حكميّاً لما تمثله إذا كان يحصل بها التعيين للسلع والبضائع والمعدات وتمكين القابض من التصرف بها مثل بوليصة الشحن وشهادات المخازن العمومية"[٩١١]، ثم ذكروا مستند ذلك بقولهم: "وحيث إن العرف الجاري في زماننا على اعتبار تسلّم مستندات السلع والبضائع المنقولة- ولو كانت مما يعتبر فيه التقدير- قبضاً حكمياً، فإنه يعد كذلك في النظر الشرعي"[٩١٢].

التطبيق الثاني: اعتبار العرف في ضابط التفرق في خيار المجلس: فالشرع قد أباح للمتعاقدين أن يتراجعا عن عقدهما في فترة مجلس العقد بعد الإيجاب والقبول، للنصّ الوارد في المسألة، فقد قال صلى الله عليه وسلّم: "البيّعان بالخيار ما لم يتفرقا"[٩١٣]، ولم يرد نصٌّ صريح يبين ضابط التفرق، فيُرجع حينئذ إلى العرف الجاري بين التجار في تحديد متى يكون البيعان قد تفرقا بعد إتمام الصفقة بينهما، وقد نصّ على الرجوع إلى العرف في ضابط التفرق من المجلس فقهاء الشافعية والحنابلة، فعند الشافعية يقول النووي: "ثم الرجوع

---

[٩١٠] انظر: محمد، محمد نصر. ٢٠١٢. *الوجيز في القانون البحري وفقاً للأنظمة المقارنة*. الرياض: مكتبة القانون والاقتصاد. ص٢٠٥-٢٠٨

[٩١١] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية. ٢٠١٧. *المعايير الشرعية*. ص٤٩٨

[٩١٢] المرجع نفسه ص٥٠٩

[٩١٣] البخاري، محمد بن إسماعيل. ١٤٢٢هـ. *صحيح البخاري*. تحقيق: محمد زهير. السعودية: دار طوق النجاة. كتاب البيوع. باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا. ج٣. ص٥٨.رقم الحديث ٢٠٧٩

في التفرق إلى العادة، فما عده الناس تفرقاً، لزم به العقد"[٩١٤]، ومن أمثلة ذلك عندهم مما يخرّج على العرف ما ذكره الخطيب الشربيني بقوله: "فإن كانا في دار كبيرة فبالخروج من البيت إلى الصحن، أو من الصحن إلى الصُّفَّة أو البيت، وإن كانا في سوق أو صحراء أو في بيت متفاحش السعة فبأن يولي أحدهما الآخر ظهره ويمشي قليلا، ولو لم يبعد عن سماع خطابه، وإن كانا في سفينة أو دار صغيرة أو مسجد صغير فبخروج أحدهما منه أو صعوده السطح"[٩١٥]، وعند الحنابلة كذلك المرجع في تحديد ضابط التفرق عن المجلس هو العرف، يقول شمس الدين المقدسي: "والمرجع في التفرق إلى عرف الناس وعاداتهم؛ لأن الشارع علق عليه حكماً، ولم يبينه، فدلّ على أنه أراد ما يعرفه الناس، كالقبض، والإحراز"[٩١٦]، وذكروا نفس الأمثلة التي ذكرها الشافعية.

وينجرُّ هذا الكلام على المجالس التي يعقدها التجار في هذه الأزمنة عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، فاستمرار الاتصال الصوتي أو البث المرئي يعتبر مجلساً قائماً يجوز فيه التراجع بعد العقد، وقد سبق ذكر قرار المجمع الفقهي الإسلامي الذي اعتبر وسائل الاتصال الحديثة من جملة المجالس حكماً، وبمجرد إنهاء الاتصال قصداً من أحد الطرفين ينتهي بذلك الخيار لوجود التفرق العرفي بينهما، أما المجالس الواقعية فكما سبق ذكره في كلام الفقهاء من اعتبار الخروج العرفي عن مكان التعاقد إنهاءً للخيار، كالخروج من قاعة الاجتماعات، أو الخروج من المحلّ التجاري ونحو ذلك.

التطبيق الثالث: من الأعراف التجارية المتعامَل بها دولياً بين التجار طلبُ ما يسمَّى بخطاب الضمان، فتشترط بعض الجهات أو المشروعات الحصول على خطاب الضمان لأداء الأعمال بدلاً من دفع مقدّم

---

[٩١٤] النووي. ١٩٩١. *روضة الطالبين وعمدة المفتين*. ج٣.ص٤٤٠

[٩١٥] الشربيني. ١٩٩٤. *مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج*. ج٢.ص٤٠٨

[٩١٦] ابن قدامة. ١٩٩٥. *الشرح الكبير*. ج١١.ص٢٧٧

نقدي أو تأمين نقدي، وصورة خطاب الضمان هي: تعهد من بنك معين، بدفع مبلغ معين للمستفيد الذي يصدر الخطاب لصالحه بناء على طلب العميل طالب الضمان في حالة عدم القدرة على الوفاء للمستفيد خلال فترة محددة[٩١٧]، ويكيّف الفقهاء المعاصرون خطابات الضمان بكونها عقد كفالة بالمال إذا كان خطاب الضمان بدون غطاء مالي من العميل، وعليه فلا يجوز أخذ الأجرة عن هذه الكفالة، باتفاق المذاهب الأربعة: الحنفية[٩١٨] والمالكية[٩١٩] والشافعية[٩٢٠] والحنابلة[٩٢١]، وفي حال ما لو كان الخطاب بغطاء مالي كامل فالعقد يكون وكالة، فيجوز حينئذ أخذ الأجرة على الوكالة، هذا حاصل ما قررته المجامع الفقهية والهيئات الشرعية[٩٢٢]، وقد تعارفت هذه البنوك أيضاً على أجرة تؤخذ مقابل الجهود والأتعاب في إجراءات خطاب الضمان قيدوها بأجرة المثل، وليست هذه الأجرة في مقابل الضمان[٩٢٣].

التطبيق الرابع: من الأعراف التجارية المنتشرة في عامّة التعاملات التجارية اليوم سواء أكانت في المبيعات الصغيرة أم الكبيرة ما يسمّى بالعربون، ويطلق عليه في كتب الفروع بيع العربون، وقد عرّفه الفقهاء في كتب المذاهب الأربعة بتعاريف متنوعة تعود إلى معنى واحد تقريباً، ومن جملة هذه التعاريف الجامعة ما ذكره النووي بقوله: "أن يشتري شيئاً ويعطي البائع درهماً أو دراهم ويقول: إن تم البيع بيننا فهو من الثمن، وإلا فهو هبة لك"[٩٢٤]، فالذي يجري في الواقع عند حصول الرغبة لشراء السلعة أن يطلب البائع مبلغاً مقدّماً من المشتري هو جزء من قيمة السلعة، ضماناً لجدية المعاملة واستمرارها، وقد يدفع المشتري هذا العربون

---

[٩١٧] انظر: عبد العظيم، حمدي. ١٩٩٦. *خطاب الضمان في البنوك الإسلامية*. مصر: المعهد العالمي للفكر الإسلامي. ص١٧-١٨

[٩١٨] انظر: السرخسي. ٢٠٠٠. *المبسوط*. ج٢٦.ص٢٥

[٩١٩] انظر: الصاوي، أحمد. ١٩٩٥. *بلغة السالك لأقرب المسالك*. ج٣.ص٦٩

[٩٢٠] انظر: الماوردي.١٩٩٩. *الحاوي الكبير*. ج٦.ص٤٤٣

[٩٢١] انظر: ابن قدامة. ١٩٩٧. *المغني*. ج٦.ص٤٤١

[٩٢٢] انظر: منظمة التعاون الإسلامي. ٢٠٢١. *قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي*. ص٦٠

[٩٢٣] انظر: الهيئة الشرعية لبنك البلاد. ٢٠١٣. *الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد*. الرياض: دار الميمان. ص١٠٦

[٩٢٤] النووي، محيي الدين. ٢٠٠٣. *المجموع شرح المهذب*. ج٩.ص٢٤٥

عند رغبته لشراء السلعة مع عدم توفر المال الكافي للشراء حتى يحجز السلعة قبل فواتها، أو يكون متردداً في شرائها، أو تكون السلعة غير جاهزة، وفي مثل هذه الحالات يكون العربون بمثابة تعويض مقطوع للبائع عن العطل والضرر المترتب عن النكول، فهو ثمن الخيار أو ثمن النكول[٩٢٥]، وفي بيان علاقة هذا المعاملة بالعرف التجاري يقول مصطفى الزرقا: "ومن المعلوم أن طريقة العربون هي وثيقة الارتباط العامة في التعامل التجاري في العصور الحديثة، وتعتمدها قوانين التجارة وعرفها، وهي أساس لطريقة التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطل والانتظار"[٩٢٦]، ومن أشهر أمثلة بيع العربون ما يدفعه الراغب في شراء السيارة إلى المعرض من مقدّم نقدي يقدر بـ٢٠٪ من قيمة السيارة، وتكون غير مسترجعة.

وهذه الصورة من العربون قال بها الحنابلة[٩٢٧] فقط دون بقية المذاهب، ونص على جوازها قرار مجمع الفقه الإسلامي سنة ١٩٩٣م فقد جاء فيه: "يجوز بيع العربون إذا قيدت فترة الانتظار بزمن محدود، ويحتسب العربون جزءاً من الثمن إذا تم الشراء، ويكون من حق البائع إذا عدل المشتري عن الشراء"[٩٢٨].

أما إعطاء المشتري للعربون بشرط أنه إذا كره البيع استرجع ماله، وإن أمضى البيع حسب المال من الثمن فهذه صورة جائزة، وليس هو من العربون الذي تكلم فيه الفقهاء، وإن كان في عرف الناس اليوم يسمّى عربوناً، ونصَّ على جوازه الإمام مالك، فقد جاء في التاج والإكليل نقلاً عن مالك: "وأما من اشترى شيئاً وأعطى عرباناً على أنه إن رضيه أخذه وإن سخطه ردّه وأخذ عربانه فلا بأس به"[٩٢٩].

التطبيق الخامس: تعارُفُ التجار ومقاولي البناء والبنوك على ما يسمّى بالشرط الجزائي في العقود، فمع

---

[٩٢٥] انظر: المصري، رفيق يونس. ١٩٩٤."بيع العربون". *مجلة مجمع الفقه الإسلامي*. ج١. يونيو. عدد٨.ص٧١٦

[٩٢٦] الزرقا. ٢٠٠٤. *المدخل الفقهي العام*. ج١.ص٥٦٦

[٩٢٧] انظر: المرداوي. ١٩٩٥. *الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف*. ج١١.ص٢٥١

[٩٢٨] انظر: منظمة التعاون الإسلامي. ٢٠٢١. *قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي*. ص٢٣٠

[٩٢٩] انظر: المواق. ١٩٩٤. *التاج والإكليل لمختصر خليل*. ج٤.ص٣٦٩

التوسع الكبير الذي يشهده العالم في مجال العقود، إذ صارت العقود بين دول وأفراد لا يعرف بعضهم بعضاً، وتعقّدت الظروف التي تحصل فيها هذه العقود من حيث زيادة قيمة الزمن وتأثيرِ التأخر على المتعاقدين من حيث الأضرار والخسائر التي تصيب المشاريع الكبيرة، لذلك ظهر عرف متبع بين التجار يقضي بأن يتفق العاقدان مسبقاً في العقد باشتراط تعويضٍ للضرر الحاصل نتيجة الإخلال بتنفيذ الالتزام[٩٣٠]، سرعان ما أصبح هذا قانوناً معتبراً بين الدول وعرفاً تجارياً عالمياً، فهي معاملة مستحدثة لم تذكر في الفقه الإسلامي لكن اجتهد الفقهاء في تكييفها، وتجري في جملة من العقود منها عقود المقاولة وعقود التوريد وعقود الاستصناع وعقود الصيانة، فيُشترط في عقد المقاولة على المقاول بأنه في حال تأخره التسليمَ في الوقت المحدد فعليه شرط جزائي مقداره كذا عن كل يوم تأخير، وفي عقد التوريد يشترِط المستورد على المورِّد في حال التأخير في تسليم البضاعة في وقتها المحدَّد بأن عليه شرطاً جزائياً في كل يوم تأخير، وفي عقد الصيانة يُشترط على الصائن أن عليه شرطاً جزائياً في تأخره في صيانة وإصلاح أجهزة الحاسب مثلاً في أوقاتها الدورية، ومن أهم المستندات التي أجيز من أجلها الشرط الجزائي: تعارفُ الناس على وضع الشروط الجزائية من غير مصادمة في هذا العرف للنصوص[٩٣١].

وقد صدر قرار في مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي سنة ٢٠٠٠م في دورته الثانية عشرة بالرياض بخصوص الشرط الجزائي تضمن ما يلي[٩٣٢]:

أولاً: الشرط الجزائي في القانون هو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شُرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفّذ الطرف الآخر ما التزم به أو تأخر في تنفيذه.

---

[٩٣٠] انظر: اليمني، محمد عبد العزيز. ٢٠٠٦. *الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة*. الرياض: دار كنوز إشبيليا. ص٢٢

[٩٣١] المرجع نفسه. ص٣٤٠

[٩٣٢] منظمة التعاون الإسلامي. ٢٠٢٠. *قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي*. ص٣٤٥

ثانياً: يجوز الشرط الجزائي في جميع العقود المالية عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها دَيْناً فإن هذا من الربا الصريح، وبناء على هذا فيجوز هذا الشرط مثلاً في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول، وعقد التوريد بالنسبة للمورد، وعقد الاستصناع بالنسبة للصانع، إذا لم ينفذ ما التزم به، وإذا تأخر في تنفيذه.

وفي ختام هذا الفصل يتبيّن مدى تأثير العادات والأعراف على التصرفات الحيوية التي تجري عليها حياة البشر، وعلى تأثيرها كذلك على المعاملات المدنية كالحقوق والالتزامات، وهذا التأثير يعبر عن السلطان العملي للعرف الذي يرتبط بأفعال المكلف ومعاملاته، وتدل عليه القاعدتان المذكورتان، فالأول يعبر عن السلطان العرفي العملي على المعاملات من حيث قيام العرف مقام الشرط في التعاملات، ثم يتخصص هذا الأثر العرفي العملي في القاعدة الثانية في نطاق تعاملات التجار والعرف التجاري والأسواق.