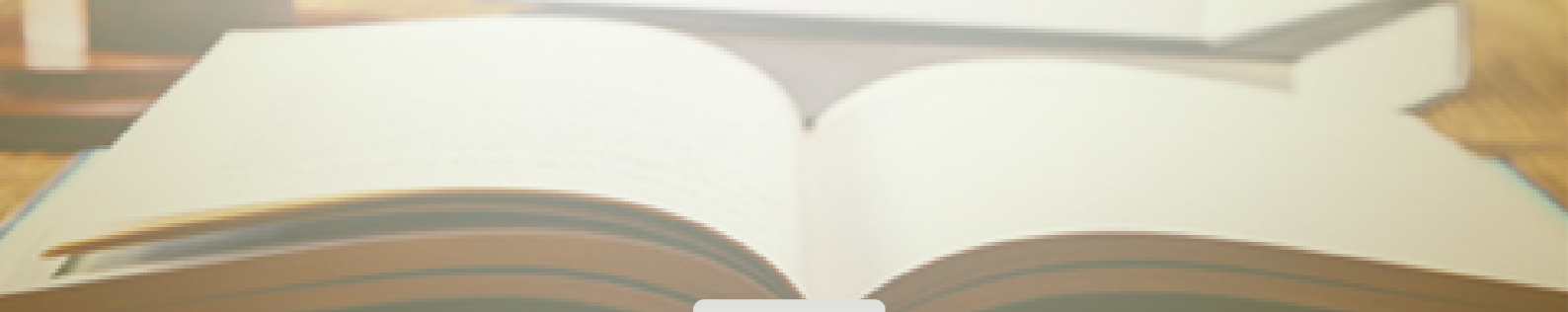
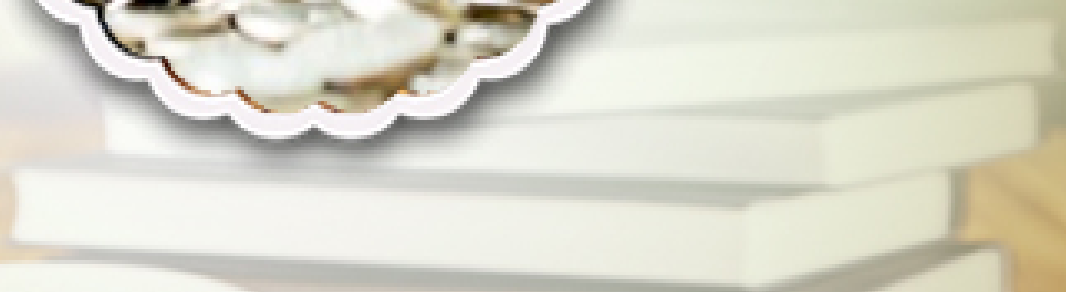


# أثر العرف

في عقود المعاوضات المالية  
دراسة فقهية مقارنة



أثر العرف في عقود المعاوضات المالية  
- دراسة فقهية مقارنة -

The Effect of Custom on The Contracts of  
The Financial Transction:compartative Fiqh  
Study

إعداد الطالب

طلال أحمد مجلي الجلابنه

1520104018

إشراف الدكتور

جهاد سالم الشرفات

قدمت هذه الرسالة إستكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في  
(الفقه وأصوله)

عمادة الدراسات العليا

جامعة آل البيت

2020 م / 1441 هـ



## قرار لجنة المناقشة

أثر العرف في عقود المعاوضات المالية

- دراسة فقهية مقارنة -

The Effect of Custom on The Contracts of The Financial  
Transction:compartative Fiqh Study

إعداد الطالب

طلال أحمد الجلابنه

1520104018

إشراف الدكتور

جهاد سالم الشرفات

## أعضاء لجنة المناقشة

د. جهاد سالم الشرفات/ مشرفاً ورئيساً

د. محمد علي العمري/ عضواً داخلياً

د. محمد محمود الطلافحه/ عضواً خارجياً/ اليرموك

التوقيع

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير من جامعة آل البيت

كلية الشريعة / الفقه وأصوله

نوقشت واجيزت بتاريخ 2020/3/10م

## التفويض

أنا الطالب ( طلال أحمد مجلي الجلابنه) أفوض جامعة آل البيت بتزويد نسخ من رسالتي للمكتبات،  
أو الجامعات، أو الكليات، أو مراكز البحث العلمي، أو الأشخاص عند طلبهم، حسب التعليمات النافذة  
في الجامعة .

..... التوقيع

..... التاريخ



## الإهداء

- إلى سيدي وحببي رسول الله محمد صلى الله عليه وسلم ،،
  - إلى جامعتي التي حوتني ورعتني جامعة آل البيت ،،
  - إلى من لم يبخلا عليّ يوماً بالدعاء ، والديّ العزيزين، حفظهما الله تعالى ، وأدام عليهما الصحة والعافية ،،
  - إلى زوجتي الغالية التي كانت معي في عسري ويسري ،،  
والتي حفزتني لإتمام هذه الرسالة ،،
  - إلى إخواني وأخواتي،، حفظهم الله،،
  - إلى كل طالب علم محبّ لدينه ووطنه ،،
  - إلى كل من ساعدني ومد لي يد العون،،
- إليكم جميعاً أهدي هذا الجهد المتواضع ، الذي أسأل الله أن يجعله خالصاً لوجهه الكريم وأن يتقبله مني وينفع به .



## الشكر والتقدير

أحمد الله عز وجل أن وفقني لدراسة العلم الشرعي ، وأشكره على توفيقه وعونه لي على إتمام هذه الرسالة ، وأصلي وأسلم على المعلم الأول محمد صلى الله عليه وسلم.

وبعد :

فالشكر الجزيل للقائمين على إدارة هذا الصرح العلمي " جامعة آل البيت " التي هي منارة للعلم والعلماء، كما وأشكر أستاذي المشرف على رسالتي الدكتور جهاد سالم الشرفات على ما أمدني به من إرشادات قيمة، وتوجيهات بينة، وصبر معي حتى إتمام هذه الدراسة .

وأسطر شكري لكل من أسدى لي نصحاً أو عوناً خلال فترة دراستي من الأساتذة والزملاء كما أتقدم بالشكر لكل من السادة أعضاء لجنة المناقشة :

فضيلة الدكتور محمد عليان العمري

وفضيلة الأستاذ الدكتور محمد محمود الطلافحة

لقبولهم مناقشة الرسالة .

وأسأل الله سبحانه وتعالى أن يجزي الجميع خير الجزاء، وأن يهدينا جميعاً لما يحبه ويرضاه .



## فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
أ	الإهداء
ب	الشكر والتقدير
ج	فهرس المحتويات
و	الملخص بالعربية
ح	أَيُّسَة (خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ)
1	المقدمة
3	مشكلة الدراسة
3	أهداف الدراسة
3	أهمية الدراسة
4	منهج الدراسة
4	الدراسات السابقة
6	خطة الدراسة
7	<b>الفصل التمهيدي: التعريف بالعرف وعقود المعاوضات المالية</b>
7	المبحث الأول: التعريف بالعرف
8	المطلب الأول: معنى العرف وتمييزه عن ما يشتبه به (العادة، الإجماع)
8	الفرع الأول: معنى العرف لغة وإصطلاحاً
10	الفرع الثاني: معنى العادة لغة وإصطلاحاً
11	الفرع الثالث: الفرق بين العرف والعادة وبيان النسبة بينهما
13	الفرع الرابع: الفرق بين العرف والإجماع
13	المطلب الثاني: مدى حجية العرف وأدلة الأخذ به وشروطه
17	الفرع الأول: أدلة حجية العرف
22	الفرع الثاني: شروط الأخذ بللعرف
26	المطلب الثالث: أقسام العرف
26	الفرع الأول: تقسيم العرف بإعتبار متعلقه وموضوعه (عملي، قولي)
26	أولاً: العرف القولي (اللفظي)
26	ثانياً: العرف العملي
27	الفرع الثاني: تقسيم العرف بحسب شيوخه (عام، خاص)
27	أولاً: العرف العام
27	ثانياً: العرف الخاص
28	الفرع الثالث: تقسيم العرف من حيث موافقته للشريعة ومخالفته لها (صحيح، فاسد)
28	أولاً: العرف الصحيح
29	ثانياً: العرف الفاسد
29	الفرع الرابع: تقسيم العرف من حيث ثبوته وإستقراره (ثابت، شرعي، متبدل)
29	أولاً: العرف الثابت
29	ثانياً: العرف الشرعي
29	ثالثاً: العرف المتبدل
30	الفرع الخامس: تقسيم العرف بإعتبار المعنى اللغوي (معنى مقرر له، معنى قاضٍ عليه)



30	أولاً: العرف المقرر للمعنى اللغوي
30	ثانياً: العرف القاضي على المعنى اللغوي
31	المبحث الثاني: التعريف بعقود المعاوضات المالية
31	المطلب الأول: معنى العقد لغة وإصطلاحاً
31	الفرع الأول: معنى العقد لغة
32	الفرع الثاني: معنى العقد اصطلاحاً
35	المطلب الثاني: أقسام العقد
35	الفرع الأول: معنى الفساد
36	الفرع الثاني: العقد الصحيح
36	الفرع الثالث: العقد الباطل
37	الفرع الرابع: العقد الفاسد
38	المطلب الثالث: المال عند الفقهاء
38	الفرع الأول: معنى المال لغة
39	الفرع الثاني: معنى المال اصطلاحاً
40	الفرع الثالث: اختلاف الفقهاء في مالية المنافع
43	المطلب الرابع: تحديد عقود المعاوضات المالية
43	الفرع الأول: معنى المعاوضة لغة
43	الفرع الثاني: معنى المعاوضة اصطلاحاً
45	الفرع الثالث: أقسام عقود المعاوضات
46	<b>الفصل الأول: أثر العرف في عقود المعاوضات المالية</b>
46	المبحث الأول: تطبيقات العرف في البيع
47	المطلب الأول: العرف والبيع
47	الفرع الأول: معنى البيع لغة وإصطلاحاً
49	الفرع الثاني: أثر العرف في صيغ عقد البيع وما يدل على الرضا
51	الفرع الثالث: أثر العرف في بيان ما يلحق برأس المال في المرابحة
52	الفرع الرابع: أثر العرف في ما يدخل في المبيع وما لا يدخل
55	المطلب الثاني: العرف والمعاطاة
55	الفرع الأول: معنى المعاطاة لغة واصطلاحاً
56	الفرع الثاني: أثر العرف في المعاطاة
58	الفرع الثالث: الأمثلة المعاصرة للمعاطاة
60	المطلب الثالث: العرف والقبض
60	الفرع الأول: معنى القبض لغة وإصطلاحاً
61	الفرع الثاني: أثر العرف في القبض
63	الفرع الثالث: الأمثلة المعاصرة للقبض
65	المطلب الرابع: العرف والخيارات
65	الفرع الأول: العرف وخيار الرؤية
65	أولاً: معنى خيار الرؤية لغة وإصطلاحاً
66	ثانياً: أقوال الفقهاء في خيار الرؤية
67	ثالثاً: أثر العرف في خيار الرؤية
69	الفرع الثاني: العرف وخيار العيب
69	أولاً: معنى خيار العيب لغة وإصطلاحاً
70	ثانياً: أثر العرف في خيار العيب





72	المبحث الثاني: تطبيقات العرف في السلم
73	المطلب الأول: العرف والسلم
73	الفرع الأول: معنى السلم لغة
73	الفرع الثاني: معنى السلم اصطلاحاً
75	المطلب الثاني: أثر العرف في أوصاف المسلم فيه
77	المطلب الثالث: أثر العرف في بيان أقل أجل السلم
80	المبحث الثالث: تطبيقات العرف في الإجارة
81	المطلب الأول: العرف والإجارة
81	الفرع الأول: معنى الإجارة لغة
82	الفرع الثاني: معنى الإجارة اصطلاحاً
84	المطلب الثاني: أثر العرف في تحديد المنفعة
85	الفرع الأول: مسألة إجارة الدور
86	الفرع الثاني: مسألة إجارة الحمامات
87	المطلب الثالث: أثر العرف في مدة الإجارة
89	<b>الفصل الثاني: تطبيقات العرف في عقود المعاوضات المالية المعاصرة</b>
89	المبحث الأول: تطبيقات العرف في الإستصناع الموازي
90	المطلب الأول: معنى الإستصناع والإستصناع الموازي لغة وإصطلاحاً
92	المطلب الثاني: حكم الإستصناع الموازي
93	المطلب الثالث: شروط الإستصناع الموازي
94	المطلب الرابع: أثر العرف في الإستصناع الموازي
96	المبحث الثاني: تطبيقات العرف في المرابحة للأمر بالشراء (المركبة)
96	المطلب الأول: معنى المرابحة للأمر بالشراء
99	المطلب الثاني: حكم بيع المرابحة للأمر بالشراء
101	المطلب الثالث: أثر العرف في بيع المرابحة للأمر بالشراء
104	المبحث الثالث: تطبيقات العرف في الحقوق المعنوية
104	المطلب الأول: العرف وحق التأليف
104	الفرع الأول: معنى حق التأليف لغة وإصطلاحاً
105	الفرع الثاني: التأصيل والتكييف الفقهي لحق التأليف
107	الفرع الثالث: الإعتياض عن حق التأليف
111	الفرع الرابع: أثر العرف في حق التأليف
113	المطلب الثاني: العرف وحق براءة الاختراع
113	الفرع الأول: معنى براءة الاختراع لغة وإصطلاحاً
114	الفرع الثاني: التأصيل الشرعي لحق براءة الاختراع
114	الفرع الثالث: أثر العرف في حق براءة الاختراع
116	المطلب الثالث: العرف وحق الإسم التجاري
116	الفرع الأول: معنى الإسم التجاري لغة وإصطلاحاً
117	الفرع الثاني: التأصيل الشرعي لحق براءة الإسم التجاري
117	الفرع الثالث: أثر العرف في حق الإسم التجاري
119	الخاتمة وتحتوي على النتائج
121	قائمة المصادر والمراجع
136	الملخص باللغة الإنجليزية (Abstract)



## أثر العرف في عقود المعاوضات المالية

- دراسة فقهية مقارنة -

إعداد

طلال أحمد الجلابنة

المشرف

د. جهاد سالم الشرفات

## ملخص

ه دفت هذه الدراسة إلى بيان أثر العرف في عقود المعاوضات المالية، وقد سلكت الدراسة المنهج الاستقرائي والإستدلالي والتحليلي والمقارن .

وقد عنيت الدراسة بإبراز عدة مسائل وقواعد ونظريات وجزئيات فقهية قديمة ومعاصرة، فتطرقت إلى بيان أثر العرف في المعاطاة والتقابض والخيارات، كما بينت الدراسة كذلك تطبيقات العرف في عقد المرابحة وغيرها من عقود المعاوضات المالية كالبيع والسلم والإجارة.

كما بحثت الدراسة كذلك أثر العرف في عقد الإستصناع الموازي الذي استحدثته المصارف الإسلامية كوسيط بين المستصنع والصانع ولكن بعقدين منفصلين، فيكون المصرف صانعاً للعميل ومستصنعاً عند صاحب الصنعة الذي بصفته يكون صانعاً، كما بحثت الدراسة أثر العرف في عقد المرابحة للأمر بالشراء بصورته الحالية المعمول بها في المصارف الإسلامية، وطبقت ذلك على المصارف الإسلامية في المملكة الأردنية الهاشمية على وجه التمثيل.

وقد بحثت الدراسة كذلك أثر العرف في الحقوق المعنوية، ومثلت لها بثلاثة حقوق رئيسه هي: حق التأليف وحق براءة الاختراع وحق الاسم التجاري، وقد بينت الدراسة أن هذه الحقوق مبدأها على العرف، إذ أنها من المسائل التي لم يرد فيها نصٌ صريحٌ لا في كتابٍ ولا سنة ولا اجتهاد علماء، وقد قامت بمجملها على ما تعارف عليه الناس.

وقد توصلت الدراسة إلى أن لكل بيئة أو جماعة أو أصحاب حرفةٍ أو مهنة عرفاً خاصاً بهم، فالتجار لهم أعرافهم الخاصة، وأهل العلم لهم أعرافهم، والصُّناع لهم أعرافهم، وموئل ذلك جميعه



إلى ما اعتبره الشرع وأقره، بعد الأخذ بمصالح الناس وحاجتهم وترك ما يضرُّ بالفرد أو الجماعة  
أخذاً بالقواعد الفقهية النازمة لهذا الجانب.

كما توصلت الدراسة إلى أن أعراف الناس تتغير حسب الزمان والمكان، وأن ذلك إنما هو من  
حكمة الخالق عزَّ وجل وهو دليلٌ على صلاحية الشريعة الإسلامية، وأنها صالحةٌ لكل زمانٍ  
ومكان، وأن العرف مصدرٌ من مصادر التشريع الرئيسية التي لا يمكن الاستغناء عنها أو القول  
بمنعها، بل إنه مكملٌ لباقي مصادر الشريعة المعتمدة بعد القرآن والسنة وإجماع الصحابة، شريطة  
أن ينطبق على العرف القواعد والضوابط والشروط التي أشارت إليها الدراسة في موضعها،  
وبالله التوفيق وعليه التكلان.



لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ  
مُحَمَّدٌ رَسُولُهُ

قال تعالى:

(خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ

الْجَاهِلِينَ) الأعراف 199

## المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

فإن أعظم أبواب الفقه الإسلامي باب المعاملات المالية، فهو الباب الأوسع الذي لا بد وأن يدخل فيه المكلف، سواء كان بمعاملة بسيطة من شراء ملبسه ومطعمه إلى أشياء عظيمة على مستوى التعامل بين الدول، وتعتبر (عقود المعاوضات المالية) من أعظم العقود وأجلها؛ لأنها تنظم التبادلات المالية بين الناس، وتحفظ حقوقهم، لذلك يغتفر في التبرعات ما لا يغتفر في المعاوضات.

والفقه الإسلامي بما يحويه (عقود المعاوضات المالية) نظام صالح لكل زمان ومكان، وفي هذا رد على من يزعمون أن الفقه الإسلامي نظام جامد لا يحوي مستجدات العصر وتطوراته على وجه يحفظ للناس مصالحهم، ويفي بأغراضهم ومتطلباتهم، وباطل ما يدعون لأن الشريعة قائمة على أساس رعاية مصالح الناس والبلاد، ومبنية على أساس التوسعة للمكلفين ورفع الحرج عنهم، قال الله: (وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ) <sup>١</sup>، ومن أدل الأمور على رعاية الشريعة لمصالح الناس؛ مراعاة أعراف الناس وعاداتهم الصحيحة، فقد أخذ العرف مكانه عند الفقهاء، وقامت عليه المسائل والفتاوى؛ لأن الناس يختلفون في عاداتهم وأعرافهم من جيل إلى جيل ومن مكان إلى مكان، فبذلك تكون الشريعة قد حوت مصالح الناس واستوعبت المستجدات والنوازل.

وإن للعرف منزلة لا يستهان بها في كل من الإستنباط والتطبيق، فالنص الشرعي جاء خطاباً للمكلفين والنص قد يتوقف في أخذ الحكم منه على العرف وعادة الناس، ولذلك نرى أن للبيئة والعادات الأثر الكبير في صقل رأي المجتهدين والمفتين والقضاة، فإن من شروطهم أن يكون عارفاً بعرف الناس وعاداتهم.

فيعتبر العرف أصل من أصول فقه المعاملات؛ إذ هو ينشئ أنواع التصرف، ويضع أوجه التعامل والمبادلات، فقد ذكر الفقهاء أن للعرف السلطة المعتمدة، قال الإمام السرخسي الحنفي: "أن الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي" <sup>٢</sup>، وقال الفقهاء في قواعدهم أن العادة محكمة؛ أي أن لها في الشرع سلطة تخضع لها أحكام التصرفات، فتثبت تلك الأحكام على وفق ما تقضي به العادات

<sup>١</sup> سورة الحج، الآية 78 .

<sup>٢</sup> السرخسي، المبسوط، ج 13، ص 14 .



والأعرف، وضرب ابن قدامة مثلاً رائعاً على أهمية العرف في بيان الأحكام بقوله: " أن الله أحل البيع، ولم يبين كيفيته، فوجب الرجوع فيه إلى العرف".

ولأهمية العرف في المعاملات، أحببت أن تكون رسالتي الجامعية في هذا الموضوع، واقتصررت هذه الرسالة على المعاوزات المالية، كجزء من المعاملات المالية؛ لأن باب المعاملات كبير ولا يستطيع أحد في بحث واحد أن يجمعه.

فالله سبحانه وتعالى أسأل أن يوفقنا جميعاً لخدمة دينه، وأن يستخدمنا ولا يستبدلنا، وأن يغفر لنا تقصيرنا وزلاتنا إنه ولي ذلك والقادر عليه .

---

<sup>١</sup> ابن قدامة، المغني، ج3، ص481 .



## مشكلة الدراسة

إن الاشكالية التي يعالجها البحث هي أثر العرف في عقود المعاوضات المالية، إذ يتناول هذه القضية من عدة جوانب:

- ما أثر العرف في البيع والإجارة؟
- ما أثر العرف في بيع المرابحة للأمر بالشراء والاستصناع الموازي؟
- ما مدى إعتبار العرف في الحقوق المعنوية؟

## أهداف الدراسة

1. اعداد دراسة ببيان مدى أثر العرف في ما يهم الناس من بيع وإجارة .
2. تسليط الضوء على الأحكام الشرعية المعاصرة التي يكون للعرف أثر فيها.
- 3 بيان مدى إعتبار العرف في حق التأليف وحق براءة الاختراع وحق الإسم التجاري .

## أهمية الدراسة

- لا يخفى مدى أهمية أثر العرف في عقود المعاوضات المالية في كلا الجانبين؛ الجانب النظري والجانب التطبيقي العملي .
- فالجانب النظري؛ فإن موضوع العرف من أهم المصادر التشريعية التي يجب أن يعلم بها الفقيه.
  - والجانب التطبيقي؛ فهو ثمرة البحث وهو الرابط بين العرف والمعاوضات المالية التي لا بد وأن يعمل بها المكلف في حياته اليومية .



## منهج الدراسة

اعتمد الباحث في هذه الدراسة على :

- المنهج الاستقرائي : وذلك ب استقراء الآراء الفقهية المتعلقة بأثر العرف في عقود المعاوضات المالية مع استعراض أحكامها ودلالاتها، والنظر في جزئيات الأحكام والمسائل وتفصيلاتها.
- المنهج الاستدلالي: وذلك بعرض أدلة الآراء الفقهية .
- المنهج التحليلي: وذلك بتحليل الآراء الفقهية المتعلقة بأثر العرف في عقود المعاوضات المالية ، ومناقشتها واختيار الراجح منها .
- المنهج المقارن: وذلك بإجراء مقارنة بين الآراء الفقهية المتعلقة بمسائل الدراسة بين المذاهب الفقهية.

## الدراسات السابقة

- قامت دراسات فقهية سابقة في موضوعات فقهية مختلفة، ومنها المعاملات المالية، ولا شك أن عقود المعاوضات من أبرز هذه المعاملات المالية .
- واقترنت هذه الدراسات بمصادر الفقه الإسلامي وأثرها في المعاملات المالية، وكان من أبرزها أثر العرف، وهناك دراسات سابقة ذات علاقة منها :
- \_ العرف، حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة- دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية، عادل بن عبد القادر محمد قوته، رسالة ماجستير، جامعة أم القرى، السعودية، 1994م .
- وقد بينت هذه الدراسة حجية العرف من ناحية اصولية واستطرد الباحث في ذلك ، وذكر اثر العرف في المعاملات المالية جميعها بما فيها عقود التوثيق والتبرعات والشركات وغيرها، واختصت ببيان المذهب الحنبلي في ذلك .





وتميزت دراستي عن هذه الدراسة بأني أقتصرت ببيان حجية العرف وبيان أثره على عقود المعاوضات المالية- دون غيرها من العقود المالية، مقارنة بالمذاهب الفقهية .

\_ تطبيقات العرف في المعاملات المالية المعاصرة ، محمد محمود محمد الجمال ، اصله رسالة ماجستير ، 2007، جامعة الأزهر .

وقد بينت هذه الدراسة العرف والعادة مقارنة بالقانون المصري في كثير من جزئياتها ، كما ذكرت الدراسة مسألة النقود والمكاييل والموازين ، كما أسهبت الدراسة في بيان أثر القيمة الإقتصادية لبعض العقود كالسلم والإستصناع ، وذكرت الدراسة بعض من عقود التبرعات .

وتميزت دراستي عنها بقصر أثر العرف في عقود المعاوضات المالية مقارنة بالمذاهب الأخرى دون تطرق إلى باقي عقود المعاوضات أو الإسهاب الذي قد يخرج عن محتوى عنوان الدراسة .

\_ العرف والعادة في رأي الفقهاء ، أحمد فهمي أبو سنه، مطبعة الأزهر ، 1941م .

وقد بينت الدراسة العرف والعادة واسهب في ذلك من خلال بيانهما عند الأصوليين وبيان أثرهما في القتيا والقضاء، وذكر المعاملات المالية كجزء من تطبيقات الدراسة إلى جانب العقوبات . وتميزت دراستي بإقتصارها على أثر العرف في عقود المعاوضات المالية دون التطرق إلى غيرها من العقود .

\_ أثر العرف في التشريع الإسلامي ، السيد صالح عوض، دار الكتاب الجامعي، القاهرة .

وقد تحدث صاحب أثر العرف في التشريع الإسلامي عن أهمية التشريع في تحقيق المصالح للناس من خلال المرونة والشمول، وتحدث عن العرف من الناحية الأصولية وعند القانونيين ، وبيان أثر العرف في تشريع العبادات والمعاملات والعقوبات .

وتميزت رسالتي عنها بحصرها واقتصارها على أثر العرف في المعاملات المالية دون غيرها، ودون الإسهاب في العرف من الناحية الأصولية.



## خطة الدراسة

قسمت هذه الدراسة إلى مقدمة ذكرت فيها مشكلة الدراسة وأهداف الدراسة وأهمية الدراسة ومنهج الدراسة والدراسات السابقة، وفصل تمهيدي، وفصلان، وخاتمة .

## الفصل التمهيدي

التعريف بالعرف وعقود المعاوضات المالية

المبحث الأول: التعريف بالعرف

المبحث الثاني: التعريف بعقود المعاوضات المالية

## الفصل الأول

أثر العرف في عقود المعاوضات المالية

المبحث الأول: العرف والمعاوضة

المبحث الثاني: العرف والقبض

المبحث الثالث: العرف والخيارات

المبحث الرابع: تطبيقات العرف في البيع

المبحث الخامس: تطبيقات العرف في السلم

المبحث السادس: تطبيقات العرف في الإجارة

## الفصل الثاني

أثر العرف في عقود المعاوضات المالية المعاصرة

المبحث الأول: تطبيقات العرف في الاستصناع الموازي

المبحث الثاني: تطبيقات العرف في المرابحة للأمر بالشراء (المركبة)

المبحث الثالث: تطبيقات العرف في الحقوق المعنوية



## الفصل التمهيدي

### التعريف بالعرف وعقود المعاوضات المالية

سنتحدث في هذا الفصل عن التعريف بالعرف من حيث معناه اللغوي والاصطلاحي وتمييزه عن ما يشته به (العادة والإجماع)، وبيان العلاقة بين العرف والعادة، وبيان حجية العرف ومدى اعتباره لدى الفقهاء، وتوضيح أدلة حجيته، ومن ثم ذكر شروطه، وبيان أقسامه.

وبعد ذلك نقوم بالتعريف بعقود المعاوضات المالية لغة وإصطلاحاً، ومن ثم بيان أقسام العقد من حيث الصحة والبطان (الوجود الإعتباري)، واختلاف الفقهاء في مالية المنافع، وتحديد عقود المعاوضات المالية .



## المبحث الأول التعريف بالعرف

في هذا المبحث معنى العرف لغة وبيان الفرق بينه وبين العادة والإجماع كونه من المصطلحات المشتبه به بالعرف، وحجية العرف، بمعنى هل هو حجة أخذ به الفقهاء وقالوا به في كتبهم وعملوا به في فتاويهم أم لا؟.

وفيه الأدلة التي إعتد عليها الفقهاء في قولهم بإعتبار العرف، وشروط العرف الذي اعتبره الفقهاء واصطلحوا عليه.

### المطلب الأول

معنى العرف وتم ييزه عما يشته به (العادة والإجماع)

#### الفرع الأول : معنى العرف لغة وإصطلاحاً

-أولاً: العرف لغة: أصله مادة ( ع ر ف ) ويعود في جملة الى معانٍ كثيرة منها :

1. تتابع الشيء متصلاً ببعضه ببعض : فعرف الفرس سمي بذلك لتتابع الشعر عليه ، ويقال: جاءت القطا<sup>٢</sup> عُرفا عُرفا، أي بعضها خلف بعض، ومنها قوله تعالى: (وَأَلْمَسَتْ عُرْفًا)<sup>٣</sup>.

2. السكون والطمأنينة: وهو ضد النكر والجهل، تقول عرف فلان فلاناً عرفانا ومعرفة ، وهذا أمر معروف وهذا يدل على السكون إليه، لأن من أنكر شيئاً توحش منه ونبا عنه<sup>٤</sup>.

فمن خلال الإطلاع على نصوص أهل اللغة في معنى العرف، نجد أن الكلمة وإن كانت ذات أصول ومعانٍ متعددة، إلا أنها تدل جميعها على أمر إعتاده الناس وألفته نفوسهم، وغلب على أعمالهم وأقوالهم، ولم ينكروه .

١ مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، الفيروزآبادي، (ت: 817هـ)، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، ط 8، الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، 2005 م، ص 836 .  
٢ الْقَطَا ضَرْبٌ مِنَ الْحَمَامِ الْوَاحِدَةُ قَطَاةٌ وَيُجْمَعُ أَيْضًا عَلَى قَطَوَاتٍ . أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (ت: 770 هـ)، المصباح المنير، ب: ط، ج 2 الناشر: المكتبة العلمية - بيروت، ب: ت، ص 510.

٣ سورة المرسلات الآية 1.  
٤ أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (ت 395هـ)، معجم مقاييس اللغة (تحقيق عبد السلام محمد هارون) ب: ط، ج 4، الناشر: دار الفكر، 1979م، ص 281.



-ثانياً: العرف اصطلاحاً : من أقدم التعاريف كما ذكر الشيخ أحمد أبو سنه<sup>١</sup> هو تعريف لعبدالله بن أحمد النسفي الحنفي، فقد قال في المستصفي: "العادة والعرف ما أستقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول"<sup>٢</sup>.

وتبعه الفقهاء والأصوليون في التعريفات: فعند الكفوي ما أستقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول يعتبر ذلك هو العرف<sup>٣</sup>.

وقريب من تعريف الكفوي تعريف أو يحيى الأنصاري (الشافعي) ا لعرف ما استقرت عليه النفوس بشهادة العقول وتلقته الطباع بالقبول<sup>٤</sup>.

وزاد ابن النجار شرط عدم رده من قبل الشارع الحكيم فقال: "العرف ما عرفته النفوس مما لم ترده الشريعة"<sup>٥</sup>.

- وعرف الفقهاء المعاصرون العرف بأنه: الأمر الذي أطمأنت إليه النفوس وعرفته وتحقق في قراراتها وألفته مستندة في ذلك إلى استحسان العقل ولم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة.

وأما الشيخ مصطفى الزرقا فعرف العرف بأنه: "عادة جمهور قوم في قول أو فعل"<sup>٦</sup>.

وعرف السيد صالح عوض العرف بأنه: "ما استقر في النفوس، واستحسنته العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول، واستمر عليه الناس، مما لا ترده الشريعة وأقرتهم عليه"<sup>٧</sup> عليه<sup>٨</sup>.

ونلاحظ من التعاريف السابقة أن الفرق بين القدامى والمعاصرين في تعريف العرف أن القدامى لم يتطرقوا في تعاريفهم الى العادات الفاسدة، وأما المعاصرون فمنهم من وافق القدامى في ذلك مثل الشيخ مصطفى الزرقا، ومنهم من خالف القدامى مثل السيد صالح عوض.

١ أحمد فهمي أبو سنه، أبو سنه، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ب:ط، الناشر: مطبعة الأزهر، 1947م، ص8.  
٢ عبدالله بن أحمد النسفي، (ت: 710) كشف الأسرار شرح المصنف على المنار، ب:ط، ج2، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، ب:ت، ص593.  
٣ أيوب بن موسى الحسيني القزيمي الكفوي، أبو البقاء الحنفي (ت: 1094هـ)، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، ب:ط، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، ب:ت، ص617.  
٤ زين الدين أبو يحيى السنكي، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري (ت: 926هـ)، الحدود الأنيفة والتعريفات الدقيقة، ط1، الناشر: دار الفكر المعاصر - بيروت، 1411، ص72.  
٥ تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوح، ابن النجار الحنبلي (ت: 972هـ)، شرح الكوكب المنير، ط2، ج4، الناشر: مكتبة العبيكان، 1997، ص448.  
٦ أبو سنه، العرف والعادة، مرجع سابق، ص8.  
٧ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط2، ج2، الناشر: دار الأرقم /دمشق، 2004، ص872.  
٨ السيد صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، ب:ط، الناشر: دار الكتاب الجامعي /القاهرة، ب:ت، ص52.



وأما التعريف الذي سنسير عليه هو تعريف السيد صالح عوض؛ فهذا التعريف مانع جامع للعرف فهو شمول: الإستقرار في النفوس، وتلقي الطباع السليمة له بالقبول، وعدم رد الشريعة له، وإقرار الشارع الحكيم للناس عليه.

ثالثاً: أما العرف في القانون: فهو الأمر الذي يتقرر بالنفوس ويكون مقبولاً عند ذوي الطباع السليمة بتكراره المرة بعد المرة<sup>١</sup>.

فالعرف يجعل حكماً لإثبات الحكم الشرعي إذا لم يرد نص في ذلك الحكم المراد إثباته، فإذا ورد النص عمل بموجبه ولا يجوز ترك النص والعمل به، لأن النص أقوى من العرف<sup>٢</sup>.

فالعرف ثبت بلبعتماد الناس على أمر ما، وشعورهم بإلزامه قانونياً، وليس بنص قانوني، ولذلك جاء في القانون المدني الأردني<sup>٣</sup>: "إذاً لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون، حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنص القانون، فإن لم تجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف"<sup>٤</sup>.

### الفرع الثاني : معنى العادة لغة وإصطلاحاً

أولاً: العادة لغة: تطلق على تكرار الشيء مرة بعد مرة .  
فللعادة: الديدن يعاد إليه، وجمعها عاد وعادات وعيد ، وتعود الشيء وعاده وعاوده معاودة وعوداً أ واعتاده واستعاده وأعادته أي صار عادة له؛ أنشد ابن الأعرابي: لم تزل تلك عادة الله عندي والفتى آف لما يستعيد<sup>٥</sup>.  
فللعادة: الديدن، والمعاود: المواظب، واستعادته: سألته أن يفعله ثانياً، وأعاد الكلام : كرّره وأعوذ: الرجوع إلى الشيء بعد الانصراف عنه إمّا انصرافاً بالذات، أو بالقول والعزيمة<sup>٦</sup>.  
فمن العادة قوله تعالى: (وَلَوْ رُدُّوا لَعَادُوا لِمَا نُهُوا عَنْهُ)<sup>٧</sup>.

<sup>١</sup> علي حيدر، (الرئيس الأول لمحكمة التمييز العثمانية)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام م: 36، ب: ط، مجلد 1، الناشر دار عالم الكتب الرياض ب: ت، ص 44 .

<sup>٢</sup> علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ص 44 .

<sup>٣</sup> القانون المدني الأردني، المادتان 3,2 لسنة 1976 م .

<sup>٤</sup> ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 3، ص 316 .

<sup>٥</sup> أبو القاسم الحسين بن محمد بن معروف، الراغب الأصفهاني (ت 502هـ) المفردات في غريب القرآن، تحقيق صفوان عدنان الداودي، ط 1 ج 1، الناشر دار الفلم، الدار الشامية - دمشق بيروت، 1412هـ، ص 593؛ الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق، ج 1، ص 303.

<sup>٦</sup> الأنعام، آية 23 .



والعادة: اسم لتكرير الفعل والانفعال حتى يصير ذلك سهلاً تعاطيه كالطبع،  
ولذلك قيل: العادة طبيعة ثانية<sup>١</sup>.

ثانياً: العادة اصطلاحاً : ذكر الهندي<sup>٢</sup> في شرح المغني: العادة عبارة عما يستقر  
في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة<sup>٣</sup>، فهي الأمر  
المتكرر ولو من غير علاقة عقلية.  
والأمر: شامل لكل قول وفعل، والمتكرر: حصوله مرة بعد مرة فيخرج من يتكرر مرة واحدة،  
وخرج بقوله: غير علاقة عقلية، ما كان منها كتكرار حدوث الأثر مع المؤثر بعلاقة العقلية مثل  
اعتقاد كيل البر، وثمانية النحاس والغش في المبيعات<sup>٤</sup>.

وفي كون العادة أمر متكرر ولو من غير علاقة عقلية علق مصطفى الزرقا  
بأنه إذا كان التكرار ناشئاً عن علاقة عقلية لم يكن عندئذ من قبيل العادة بل  
من قبيل التلازم العقلي ؛ كتكرار حدوث الأثر كلما حدث مؤثره، فتحرك الخاتم  
بحركة الأصبع لا يسمى عادة مهما تكرر، لانه ناشئ عن تلازم وارتباط في  
الوجود بين العلة والمعلول يقضي به العقل، وليس ناشئاً عن ميل أو طبع<sup>٥</sup>.

### الفرع الثالث: الفرق بين العرف والعادة وبيان النسبة بينهما

للفقهاء في مبحث الفرق بين العرف والعادة وبيان النسبة بينهما ثلاثة اتجاهات:  
الاتجاه الأول: أن العرف والعادة لفظان مترادفان يعطيان نفس المعنى ، وممن  
قال بهذا الرأي الإمام النسفي الحنفي من خلال تعريفه السابق للعرف، فجعل  
العادة والعرف بمعنى واحد ولم يفرق بينهما.

<sup>١</sup> الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، مرجع سابق، ص 594 .  
<sup>٢</sup> هو عمر بن إسحاق بن أحمد الغزنوي الهندي، المعروف بالسراج الهندي، صنف شرح الهداية المسمى بـ"التوشيح" و"الشامل" في الفقه  
فروع مجردة، وكتاب "زبدة الأحكام في اختلاف الأئمة الأعلام" و"شرح الهداية" على طريقة الجدل، في ستة أجزاء كبار، وشرح "البدیع"  
في أربع مجلدات، أما وفاته كانت سنة 773هـ. أبو الفداء زين الدين أبو العدل قاسم بن قطلوبغا، تاج التراجم، ط1، الناشر: دار القلم  
دمشق، 1992، ص 223.  
<sup>٣</sup> زين الدين بن إبراهيم بن محمد، ابن نجيم (ت 970هـ)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط1، الناشر: دار الكتب العلمية -  
بيروت-لبنان، 1999م، ص 79 .  
<sup>٤</sup> أمير بادشاه الحنفي، محمد أمين بن محمود البخاري (ت 972هـ) تيسير التحرير، ب: ط، ج1، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، 1983م  
ص 317.  
<sup>٥</sup> أبو سنه، العرف والعادة، مرجع سابق، ص 10 .  
<sup>٦</sup> الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج 2، ص 871 .



وابن عابدين جعل العادة مأخوذة من المعاودة التي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت مستقرة في النفوس والعقول متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة ، حتى صارت حقيقة عرفية ، فالعادة والعرف بمعنى واحد وإن اختلفا من حيث المفهوم<sup>١</sup> .

وممن قال بأنهما مترادفان في اللفظ وذ محمد أبوزهرة في كتابه أصول الفقه حي معاملات واستقامت عليه أمورهم<sup>٢</sup> .

فهنا يظهر أن تكرار الأمر ومعاودته يؤدي إلى استقراره متى تلقت الطباع السليمة بالقبول فإن العادة اذا تكررت وأطردت كانت مرادفاً للعرف .

الاتجاه الثاني: أن العرف مخصص بالقول والعادة مخصصة بالفعل وعليه فالعرف أعم<sup>٣</sup> . واختار هذا الاتجاه ابن همام بقوله: " العادة وهي الأمر المبتكر من غير علاقة عقلية والمراد (العرف العملي)"<sup>٤</sup> .

وقد انتقد الشيخ أحمد فهمي أبو سنه هذا الإتجاه بحجة أن هذا القصر لا معنى له؛ لأن الفقهاء من السلف والخلف أجروا العادة في الأقوال والأفعال معاً<sup>٥</sup> .

الاتجاه الثالث: أن العادة أعم من العرف؛ لأن العادة تشمل العمل الناشئ عن عمل طبيعي، والعمل الفردي وعادة الجمهور التي هي العرف.

وعليه تكون النسبة بين العادة والعرف العموم والخصوص المطلق، إذ العادة أعم من العرف مطلقاً وأبداً، والعرف أخص فكل عرف عادة وليس كل عادة عرفاً؛ لأن العادة قد تكون فردية أو مشتركة<sup>٦</sup> .

١ محمد امين افندي الشهير بابن عابدين (ت 1252هـ) ،مجموعة رسائل ابن عابدين (نشر العرف في بناء الأحكام على العرف) ، ب: ط ، ج2، ب: د، ص 114 .

٢ محمد أبو زهرة ، أصول الفقه (ت 1974م) ، ب: ط ، الناشر دار الفكر العربي ، ب: ط ، ص 273 .

٣ عادل بن عبدالقادر قوته ، العرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة ، ط1 ، الناشر: المكتبة المكية ، 1997 ، ص 116 .

٤ أبو عبد الله شمس الدين محمد بن محمد المعروف ويقال له ابن الموقت الحنفي ، ابن أمير حاج (ت 879هـ) ، التقرير والتحبير ، ط2 ، ج 1 الناشر: دار الكتب العلمية ، 1983 ، ص 282 .

٥ أبو سنه ، العرف والعادة ، مرجع سابق ، ص 11 .

٦ الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، مرجع سابق ، ص 874 ؛ أبو سنه ، العرف والعادة ، مرجع سابق ، ص 13 .





وإلى هذا الإتجاه ذهب الإمام ابن رجب في قواعدة فقد كانت القاعدة الحادية والعشرون بعد المئة في تخصيص العموم بالعرف<sup>1</sup>.

والقول الذي سنسير عليه في هذه ال دراسة الوجه الأول الذي يقول أن العرف والعادة لفظان مترادفان معناهما واحد ؛ وذلك لأن عند إستقراء كلام الفقهاء نجد أنهم لم يفرقوا بين العرف والعادة فهما عندهم معنى واحد، فالناظر في فروع المسائل والقواعد الفقهية يجد أنه لافرق بينهما ، فقد أستخدموا قواعد: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والعادة محكّمة، واستعمال الناس حجة يجب العمل بها، وغيرها، والعرف والعادة فيها ذات المعنى الواحد.

#### الفرع الرابع: الفرق بين العرف والإجماع

أولاً: الإجماع لغة يطلق ويراد به معنيان:

أحدهما: العزم<sup>2</sup>، ومنها قوله تعالى: {فَأَجْمِعُوا أَمْرَكُمْ وَشُرَكَاءَكُمْ}<sup>3</sup>.

وثانيهما: الاتفاق، يقال: أجمع القوم على كذا أي صاروا ذوي جمع<sup>4</sup>.

ثانياً: الإجماع إصطلاحاً: اتفاق أهل الحل والعقد في هذه الأمة في أمر من الأمور، ونعني بالاتفاق الاشتراك إما في القول أو الفعل أو الاعتقاد، وبأهل الحل والعقد: المجتهدين في الأحكام الشرعية، وبأمر من الأمور: الشرعيات والعقليات والعرفيات<sup>5</sup>.

فهو اتفاق مجتهدي أمة محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته في عصر من الأعصار على أمر من الأمور<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> زين الدين عبد الرحمن بن أحمد، ابن رجب الحنبلي (ت795هـ)، تقرير القواعد وتحليل الفوائد (قواعد ابن رجب)، ط1، ج2، الناشر: دار ابن عفا للناشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ب:ت، ص555.

<sup>2</sup> ابن فارس، معجم اللغة، مرجع سابق، ج1، ص198.

<sup>3</sup> سورة يونس، الآية 71

<sup>4</sup> محمد بن علي بن محمد بن عبد الله اليمني، الشوكاني (ت1250هـ)، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، ط1، ج1، الناشر: دار الكتاب العربي، 1999م، ص193.

<sup>5</sup> أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، القرافي (ت684)، شرح تنقيح الفصول، ط1، الناشر: شركة الطباعة الفنية المتحدة، 1973، ص322.

<sup>6</sup> إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، المرجع ذاته، ج1، ص193.



وعرفه المعاصر ون- ومنهم محمد أبو زهرة ووهبة الزحيلي وعبد الكريم زيدان- يمثل هذا التعريف<sup>١</sup>.

ثالثاً: الفرق بين العرف والإجماع يتمثل فيما يلي :

- الإجماع لا يتحقق إلا بوجود مجتهدين، بينما العرف لا يشترط فيه ذلك، يتحقق العرف بدون وجود مجتهدين بين الناس فهو يتكون من توافق غالب الناس بما فيهم العامة .
- الإجماع يتحقق بمجرد اتفاق المجتهدين على أمر، دون الحاجة الى تكراره أما العرف لا بد من تكرار فعله، لكي يستقر في النفوس، وتطمئن اليه القلوب، ويقع العمل به، فشذوذ بعض الأفراد لا ينقض العرف، أما الإجماع لا بد من اتفاق الجميع دون شذوذ أحد المجتهدين.
- الإجماع لا بد له من نص أي دليل وان كان ظني الدلالة، أما محل العرف فليس فيه نص دال عليه .
- الحكم الذي يستند للإجماع كالحكم الذي يستند الى النص لا مجال لتبديله أو تغييره -إلا اذا كان سند الإجماع عرفاً أو مصلحة - وهو حجة على من يأتي بعد عصر المجمعين ، أما الحكم المستند الى العرف فيتغير بتغير العرف، ولا يكون ملزماً اذا كان خاصاً باقليم معين<sup>٢</sup>.

مما سبق يتبين لنا أن الإجماع يكون في الإجابة عن مسألة أو فتوى بناء على البحث في النص والوصول برأي أجمع عليه واتفق جميع المجتهدين المخولين للإجتهد دون أن يتخلف منهم مجتهد ، أما العرف فأساسه أعمال وأقوال الناس بالاعتماد على غلبة ، فسار العمل بينهم عليه دون نص وانما بواعث داخلية اعتادوا عليها ورضوا بها وتكررت واستقرت النفوس عليها.

<sup>١</sup> أبو زهرة، أصول الفقه، مرجع سابق، ص198 ؛ ووهبة الزحيلي ، الوجيز في اصول الفقه ، ط2، الناشر: دار الفكر المعاصر -بيروت ، 1995، ص46 ؛ عبد الكريم زيدان ، الوجيز، ب:ط، الناشر: مؤسسة الرسالة ناشرون، 2004 ، ص141.

<sup>٢</sup>خلاف، أصول الفقه، مرجع سابق، ص145-146 ؛ عادل قوته ، العرف حجتيه وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، مرجع سابق، ص122-123 ؛ شفاء خليفه، التخصيص بالعرف وأثره في المعاملات المالية المعاصر، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإجتماعية والإنسانية، جامعة الشهيد حمه لخضر -الوادي ، 2014م ص 25-26 ؛ عطا موسى أحمد أهل ، تخصيص العموم بالعرف ، مرجع سابق، ص80-81 .



## المطلب الثاني

## مدى حجية العرف وأدلة الأخذ به وشروطه

يتفق الفقهاء (عملياً) على اعتبار العرف الصحيح حجة ودليلاً شرعياً<sup>١</sup>، ويجد ذلك المتتبع لكتبهم الفقهية ولآرائهم في أبواب الفقه المختلفة واعتبارهم القواعد الفقهية حجة يعمل بها ومنها: العادة محكمة الذي يتفرع عنها قاعدة المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص وغيره<sup>٢</sup>، وقد قال القرافي في إعتبار العرف عند جميع المذاهب: "أما العرف فمشارك بين المذاهب ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك فيها"<sup>٣</sup>.

ويعتبر العرف حجة ودليلاً (مستقلاً) عند الحنفية فقد نص فقهاء الأحناف على أن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي<sup>٤</sup>، قال ابن عابدين: والعرف في الشرع له إعتبار لذا عليه الحكم قد يدار؛.

وقال شمس الأئمة السرخسي: "والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص كمن اشترى بدراهم مطلقة ينصرف إلى نقد البلد بدلالة العرف"<sup>٥</sup>، وقال الكاساني: "وجه قولهما في هذه المسائل اعتبار العرف والعادة"<sup>٦</sup>، وقال ابن الهمام: "العرف إنما صار حجة بالنص"<sup>٧</sup>.

وكما اعتبر المذهب الحنفي العرف دليلاً مستقلاً، كذلك اعتبر المذهب المالكي العرف دليلاً وحجّةً وتوسع به في الأخذ بالأحكام فمن خواص المذهب اعتبار العوائد والمصالح المرسلّة وسد الذرائع، وأما العرف فمشارك بين المذاهب<sup>٨</sup>.

<sup>١</sup> محمد مصطفى الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي المدخل-المصادر-الحكم الشرعي، ط2، ج1، الناشر: دار الخير- دمشق، 2006، ص267.  
<sup>٢</sup> القرافي، شرح تنقيح الفصول، مرجع سابق، ص448.  
<sup>٣</sup> ابن عابدين، رسائل ابن عابدين، مرجع سابق، ص115.  
<sup>٤</sup> رسائل ابن عابدين، المرجع نفسه، ص114.  
<sup>٥</sup> محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة، السرخسي (ت483هـ)، المبسوط، ب:ط، ج4، الناشر: دار المعرفة - بيروت، 1993، ص152.  
<sup>٦</sup> علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، الكاساني (ت587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، ج6، الناشر: دار الكتب العلمية 1986م، ص258.  
<sup>٧</sup> كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، ابن الهمام (ت861هـ)، فتح القدير، ب:ط، ج7، الناشر: دار الفكر، ب:ت، ص15.  
<sup>٨</sup> القرافي، شرح تنقيح الفصول، مرجع سابق، ص448.



أما الشافعية والحنابلة-عدا ابن القيم<sup>١</sup> - وإن لم يعتبروا العرف دليلاً مستقلاً إلا أنهم عملياً أخذوا به في كتبهم وأقوالهم الفقهية فهم يختلفون مع الحنفية والمالكية في إعتبار العرف دليلاً مستقلاً ومدى درجته من بين الأدلة، فالشافعية قالوا: بأن العرف ليس حجة ودليلاً شرعياً إلا إذا أرشد الشارع إلى إعتباره، واحتجوا بأن العادة لا تعتبر إلا إذا جرى الشرع على قبولها وأن العرف دليل ظاهر يرجع إلى الأدلة الصحيحة<sup>٢</sup> ، وأخذ بعض الفقهاء المعاصرون بهذا الرأي وقالوا: بعدم اعتبار العرف دليلاً مستقلاً، ولا أصلاً من الأصول، ولكنه دليل تابع لغيره من الأدلة<sup>٣</sup>.

فقد ذكر السيوطي الشافعي أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه، في مسائل لا تعد كثرة<sup>٤</sup> ، وقال الماوردي: " ما لم يتقدر بالشرع واللغة تقدر بالعرف والعادة كالقبض والتفرق"<sup>٥</sup>.

وعند الحنابلة تعتبر العادة من أدلة الفقه ، وهو معنى قول الفقهاء أن العادة محكمة أي معمول بها شرعاً<sup>٦</sup> ، جاء في مجموع الفتاوى " فإن العقد المطلق يرجع في موجهه إلى العرف كما يوجب العقد المطلق في البيع النقد المعروف فإن شرط أحدهما على صاحبه شرطاً لا يحرم حلالاً ولا يحل حراماً فالمسلمون عند شروطهم؛ فإن موجبات العقود تتلقى من اللفظ تارة والعرف تارة أخرى، لكن كلاهما مقيد بما لم يحرمه الله ورسوله"<sup>٧</sup>.

ومن هنا فقد اعتبر الفقهاء كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له في اللغة ولا يخالف نص محرم له فهنا يرجع فيه الى العرف، كالحرز في

<sup>١</sup> الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 267.

<sup>٢</sup> أصول الفقه الإسلامي، المرجع ذاته، ص 267.

<sup>٣</sup> السيد صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص 617-618؛ الشيخ أحمد فهمي أبو سنه قال: "وبدوام النظر يرى على الدوام - أي العرف- مردوداً إلى دليل آخر من الأدلة الصحيحة". أبو سنه، العرف والعادة، مرجع سابق، ص 32؛ وقال الشيخ عبد الوهاب خلاف: "والعرف عند التحقيق ليس دليلاً شرعياً مستقلاً". خلاف، أصول الفقه، مرجع سابق، ص 91.

<sup>٤</sup> جلال الدين السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر (ت 911هـ)، الأشباه والنظائر، ط 1، الناشر: دار الكتب العلمية، 1990، ص 90.

<sup>٥</sup> الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي (ت 450هـ)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، ط 1، ج 11، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1999، ص 179.

<sup>٦</sup> ابن النجار الحنبلي، شرح الكوكب المنير، مرجع سابق، ج 4، ص 448.

<sup>٧</sup> تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تیمیة الحارني، ابن تیمیة (ت: 728هـ)، مجموع الفتاوى باب النفقات والحضانة، ط 3، ج 34، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، 1426هـ، ص 91.



السرقه، والتفرق في البيع، والقبض، ووقت الحيض وقدره، وإحياء الموات، والإستيلاء في الغصب ونحو ذلك<sup>1</sup>.

### الفرع الأول: أدلة حجية العرف

أولاً : من القرآن الكريم

1. قوله تعالى: ( خُذِ الْعَقْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجُهْلِينَ )<sup>2</sup>.

وجه الدلالة : أمر الله سبحانه وتعالى نبيه صلى الله عليه وسلم بالعرف،  
كان العرف غير معتبر لما أمر الله به نبيه صلى الله عليه وسلم، إذ لا فائدة من  
الأمر حين ذلك ، وبين هذا الوجه من الدلالة القرآني - رحمه الله - بقوله: " فكل  
ما شهد به العادة قضي به لظاهر هذه الآية<sup>3</sup> ( خُذِ الْعَقْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ  
عَنِ الْجُهْلِينَ )"<sup>4</sup>.

وقد اعترض على هذا الاستدلال بما يلي: لا يسلم بأن العرف في الآية هو ما  
أصطلح عليه الفقهاء والأصوليون، إذ فسر الفقهاء العرف في هذه الآية  
بتفسيرات مختلفة منها: أن الله يأمر نبيه عليه الصلاة والسلام بأن تصل من  
قطعك، وتعطي من حرمك، وتعفو عمن ظلمك، أو أنه المعروف من  
الإحسان<sup>5</sup>، أو أنه المعروف والجميل من الأفعال<sup>6</sup>، إلى غير ذلك من المعاني<sup>7</sup>.  
المعاني<sup>7</sup>.

ولكن قد نرد على هذا الاعتراض بأن هناك أدلة تعضد وتدعم هذا الدليل مما  
يؤكد ما ذهب إليه الفقهاء والأصوليون من حجية العرف.

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص 99 .

<sup>2</sup> سورة الأعراف، الآية 199.

<sup>3</sup> أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، القرآني (ت 684 هـ)، الفروق، ب: ط، ج 3، الناشر: عالم الكتب، ب: ت، ص 149.

<sup>4</sup> سورة الأعراف، الآية 199 .

<sup>5</sup> أبو جعفر الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي، الطبري (ت 310 هـ)، جامع البيان في تأويل القرآن،

ط 1، ج 13، الناشر: مؤسسة الرسالة، 2000، ص 330.

<sup>6</sup> أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري (ت 538 هـ)، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، ط 2، ج 2، الناشر: دار الكتاب العربي - بيروت، 1407 هـ، ص 190 .

<sup>7</sup> أحمد أبو سنه، العرف والعادة، مرجع سابق، ص 24-25 .



2. قوله سبحانه وتعالى : ( لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ

فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا )<sup>١</sup>

وقوله سبحانه وتعالى: ( وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا )<sup>٢</sup>.

وجه الدلالة: بين الله سبحانه وتعالى أن النفقة للزوجة على الزوج ليست مقدرة وإنما تترك الى العرف والعادة لتحديد ما لم تكن محددة بعقد وشرط ، وأن النفقة للولد تكون على الوالد بالمعروف الذي يكون في كل عصر مما يفي بمتطلبات الولد وحاجياته وبما يتناسب مع حال الوالد وقدرته المادية<sup>٣</sup>.

3. وفي سورة المائدة ما يدل على اعتبار العرف والإحتجاج به، فقد قال الله تعالى: ( فَكَفَرْتُهُ إِطْعَامَ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِّنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ )<sup>٤</sup>.

وجه الدلالة: فمقدار الطعام والكسوة يختلف من شخص إلى آخر ومن بلد إلى غيره حسب حالة الحانث، فتقدر بالإجتهد على مجرى العرف .

ثانياً: من السنة النبوية المشرفة:

1. ع ن عائشة رضي الله عنها: " ان هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذته منه وهو لا يعلم. فقال: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"<sup>٥</sup>.

وجه الدلالة : أن النبي صلى الله عليه وسلم أذن لهند بنت عتبة أن تأخذ من مال زوجها-أب ي سفيان - ما يكفيها وولدها، وهذا القدر الذي يكفيها لم يدل عليه

<sup>١</sup> سورة الطلاق، الآية 7.

<sup>٢</sup> سورة البقرة ، الآية 233.

<sup>٣</sup> فخر الدين الرازي ، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي(ت606هـ)، مفاتيح الغيب ، ط2، ج6، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، 1420هـ، ص461 ؛ القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر المعافري الاشبيلي، ابن العربي (ت543هـ) أحكام القرآن ، ط3 ، ج4، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2003 ، ص289 ؛ محمد بن إدريس الشافعي، الشافعي (ت204هـ) ، تفسير الإمام الشافعي، ط1، ج3، الناشر: دار التدمرية - المملكة العربية السعودية، 2006، ص1394.

<sup>٤</sup> سورة المائدة ، الآية 89 .

<sup>٥</sup> محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفي، البخاري (ت:870هـ)الجامع الصحيح ،كتاب النفقات، باب: إذا لم ينفق الرجل فالمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف ، ط1، ج7، الناشر: دار طوق النجاة، 1422هـ ، ح 5359 ، ص65.



نص شرعي، وإنما حدده العرف، ومن الأمور التي استنتجها الإمام النووي من هذا الحديث اعتماد العرف في الأمور التي ليس فيها تحديد شرعي<sup>1</sup>.

2. م. اروي عن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه موقوفاً<sup>2</sup> ، قال: " ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح"<sup>3</sup>.

وجه الدلالة: أن ما اعتاده الناس من الأمور وعرفوه وتلقته نفوسهم واستحسنته عقولهم فهو مقبول، لكونه مقبول عند الله سبحانه وتعالى، فإن الله لا يقبل إلا الطيب، فبذلك يكون العرف معتبر شرعاً.

وقد اعترض على هذا الحديث بأمرين :

الأول:- لا يثبت رفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم، وإنما هو من قول عبدالله بن مسعود رضي الله عنه فلا يصح الإحتجاج به، قال العلائي: " ولم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث أصلاً ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال، وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود موقوفاً عليه أخرجه أحمد في مسنده"<sup>4</sup>.  
وقال الزليعي: " غريب مرفوعاً، ولم أجده إلا موقوفاً على ابن مسعود"<sup>5</sup>.  
وذكر له السخاوي فقال: "وهو موقوف حسن، وكذا أخرجه البزار والطيالسي والطبراني وأبو نعيم في ترجمة ابن مسعود من الحلية، بل هو عند البيهقي في الاعتقاد من وجه آخر عن ابن مسعود"<sup>6</sup>.

1 أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، النووي (ت676هـ) ، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج ، كتاب الأقضية ، باب قضية هند، ط2، ج12، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، 1392هـ، ص7 .  
2 الأثر الموقوف : هو ما أسند إلى صحابي من قوله أو فعله . شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز، الذهبي (المتوفى: 748هـ)الموقظة في علم مصطلح الحديث، ط2، الناشر: مكتبة المطبوعات الإسلامية بحلب، 1412هـ، ص41.  
3 أحمد بن حنبل ، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (ت: 241هـ)، مسند الإمام أحمد بن حنبل، ط1، ج6، الناشر: مؤسسة الرسالة، 2001، ح 3600، ص84 ؛ ورواه الحاكم في المستدرک وقال : " حَدِيثٌ صَحِيحٌ الْإِسْنَادُ، وَلَمْ يُخَرِّجَاهُ". أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري، ابن البيع (ت 4025هـ)المستدرک على الصحيحين ، ط1، ج3، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، 1990، ح 4465، ص83 .  
4 ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، مرجع سابق، ص79؛ جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص89.  
5 جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد، الزليعي (ت 762هـ)، نصب الراية لأحاديث الهداية، ط1، ج4، الناشر: مؤسسة الريان للطباعة والنشر - بيروت - لبنان، 1997، ص133.  
6 شمس الدين أبو الخير محمد بن عبد الرحمن بن محمد، السخاوي (ت 902هـ)المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة، ط1، الناشر: دار الكتاب العربي - بيروت، 1985، ح 959، ص581 .



الثاني :- لا دلالة فيه على اعتبار العرف؛ لأن كلمة (رأه) تدل على المجتهدين من الأمة، أو الصحابة الكرام، فيكون المعنى ما رآه اجماع مجتهدي الأمة من أصحاب الرأي والحل والعقد حسناً فهو عند الله حسن وليس ما تعارفه الناس على حسن شيء أو قبحه ، وفي هذا دلالة على حجية الإجماع ولا دلالة فيه على العرف<sup>2</sup>، فكلمة ما رآه هي التي صرفت المعنى إلى الإجماع دون العرف لأن الرأي في عرف الصحابة كما قال ابن القيم: " ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الأمارات"<sup>1</sup>.

ويمكن الإجابة عن هذين الاعتراضين بما يلي :

- أما الاعتراض الأول : أن الحديث و إن كان موقوفاً على عبد الله بن مسعود إلا أن له حكم الرفع ؛ وذلك لأنه لا مدخل للرأي فيه<sup>2</sup>؛ كما أن قول الصحابي حجة<sup>3</sup> يخذ به فيما لا مجال للإجتهد فيه، فإن الصحابي إذا قال قولاً فله مدارك ينفرد بها عنا، فيجوز أن يكون سمعه من النبي- صلى الله عليه وسلم - شفاهاً أو من صحابي آخر عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم<sup>4</sup>.

- والثاني : إن الحديث وإن كان فيه دلالة على حجية الإجماع، فإن هذا لا يمنع من أن يدل على اعتبار العرف، وبخاصة ما رجع إلى الإجماع العملي، فما رآه أهل الإجماع من الأعراف حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه عند الله قبيحاً فهو عند الله قبيح فلا إشكال في ذلك .

وبعد المناقشة والتحليل الذي يظهر أن هذا الحديث حجة في اعتبار العرف، وقد إستدل جمع من العلماء بهذا الحديث على العرف والعادة<sup>5</sup>.

1 ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين (ت 751هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ط1، ج1، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، 1991، ص53 .

2 أبو سنه، العرف والعادة، مرجع سابق، ص25 .

3 محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة، السرخسي (ت 483هـ)، أصول السرخسي، ب: ط، ج 2 ، الناشر: دار المعرفة - بيروت ب: ت، ص 13 ؛ منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد، أبو المظفر المروزي (ت 489هـ)، فواطع الأدلة في الأصول، ط1، ج 2، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1999، ص9.

4 ابن قيم الجوزية ، إعلام الموقعين عن رب العالمين ، مرجع سابق ، ج 4 ، ص 112.

5 السرخسي، المبسوط ، مرجع سابق، ج12، ص138 ؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص7 ؛ أبو القاسم قاسم بن عبد الله الأنصاري، ابن الشاط (ت 723هـ)، إدرار الشروق على أنوار الفروق، مطبوع مع الفروق للقرافي، ب: ط، ج3، الناشر: عالم الكتب، ب: ت، ص190.





3. قال النبي صلى الله عليه وسلم: " مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ"<sup>١</sup>  
وجه الدلالة : لم يبين النبي صلى الله عليه وسلم كيفية الإحياء وإنما كان مرد  
ذلك الى العرف والى عادات الناس في صفة الإحياء .
4. وقد يعتبر ما هو من قبيل السنة التقريرية دليلاً على اعتبار العرف؛ لأن الشرع الحنيف عندما  
جاء به النبي صلى الله عليه وسلم راعى أعراف الناس وعاداتهم ما لم تكن مخالفة للشرع .

أ فلما قدم النبي عليه الصلاة والسلام الى المدينة المنورة وجد العرف جاري  
عندهم على بيع العرايا والسلم<sup>٢</sup>، وأصبحت هذه من الأعراف التي لا يمكن  
الاستغناء عنها، ورخص بها مع انها بحسب الأحكام الشرعية باطلة؛ لأن السلم  
بيع غير موجود وقت البيع وهو منهي عنه، وبيع العرايا  
النخل بالتمر الجاف وهذا لا يمكن تحقق التساوي فيه بين البدلين ونهى النبي  
عن بيع الشيء بجنسه متفاضلين، ولكن ضرورة الناس في التعامل بهذين  
البيعين جعل النبي صلى الله عليه وسلم يرخص فيهما<sup>٣</sup> وهذا يدل على اعتبار  
العرف الصحيح.

### ثالثاً: من الإجماع

قد يستند العرف إلى الإجماع العمل<sup>٤</sup>، فيكون الدليل هو الإجماع ، ويكون هو  
مستند اعتبار العرف، وقد علل بعض الفقهاء لجواز التعامل ببعض المعاملات  
المتعارف عليها بالإجماع ، فالقياس في الاستصناع أن لا يجوز؛ لأنه بيع ما  
ليس عند الإنسان لا على وجه السلم، وقد نهى رسول الله - صلى الله عليه  
وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم ، فيجوز استحساناً؛

١ أحمد ابن حنبل، مسند أحمد، مرجع سابق، ح 14361 ج 22، ص 262. أخرجه الترمذي في باب ما ذكر في إحيار أرض الموات، وقال  
عنه: حديث حسن غريب، ج 3، حديث رقم: 1378، ص 654.

٢ ما نقل من سكوت النبي صلى الله عليه وسلم عن قول قيل أو فعل فُعل في حضرته، أو علم به ولم ينكره. عياض بن نامي بن عوض  
السلمي، أصول الفقه الذي لا يسعُ الفقيه جهله، ط 1، الناشر: دار التدمرية، الرياض - المملكة العربية السعودية، 2005، ص 104.  
٣ السلم: هو عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض بمجلس العقد فهو بيع عُجَل ثمنه، وأجل ثمنه، وبيع أجل بعاجل. العرايا:  
هي بيع الرطب على النخل بتمر في الأرض. والعرايا جزء من المزبنة، إلا أنه رُخص فيها بالشيء اليسير للحاجة، كحاجة صاحب الحائط  
إلى البيع، أو حاجة المشتري إلى الرطب. محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، ط 1، ج 3، الناشر: بيت الأفكار  
الدولية، 2009، ص 417، 466.

٤ عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، ط 6، ج 2، الناشر: دار القلم للنشر والتوزيع- الكويت، 1993، ص 148؛  
الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 5، ص 2.

٥ الإجماع العملي: وهو أن يقع العمل من كل واحد من جماعة المجتهدين كعملهم جميعاً في المضاربة والاستصناع فإذا وقع منهم ذلك كان  
إجماعاً عملياً وحجة شرعية. رشدي عليان، الإجماع في الشريعة الإسلامية، ط 10، العدد الأول، الناشر: الجامعة الإسلامية، 1977،  
ص 74.



لإجماع الناس على ذلك؛ لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غير نكر  
كما قال الكاساني<sup>١</sup>، ومثله قال ابن أمير حاج<sup>٢</sup>.  
وقد يستند العرف الى الإجماع السكوتي<sup>٣</sup>، وفي هذا ذهب اللأمدي الى القول  
بأنه إذا ذهب واحد من أهل الحل والعقد إلى حكم، وعرف به أهل عصره ولم  
ينكر عليه منكر، فذهب أحمد بن حنبل وأكثر أصحاب أبي حنيفة وبعض  
أصحاب الشافعي والجبائي إلى أنه إجماع وحجة<sup>٤</sup>.

والإجماع الذي رد إليه العرف ليس مما حصل فيه السكوت مرة أو مرتين  
عند الفتوى أو القضاء أو الفعل في أمر عادي، بل هو مما كثر السكوت فيه  
وتكرر؛ لأنه يفيد علماً بالرضا عن الأمر المسكوت عليه، ولذا نرى كثيراً من  
الأعراف التي احتج بها ترجع الى الإجماع العملي<sup>٥</sup>.

وبعد أن ذكرت مدى حجية العرف عند الفقهاء وأدلة اعتباره سأذكر شروط  
العرف الذي اصطلح عليه الفقهاء واعتبروه حجة ودليلاً شرعياً.

### الفرع الثاني: شروط اعتبار العرف

أولاً: أن يكون العرف مطرداً أو غالباً؛  
والمراد هنا من إطراد العرف؛  
لا يتخلف، والمراد بأغلبية العرف؛  
أن يكون عملهم مستمراً في جميع الحوادث  
أن يكون جريان الناس عليه حاصلًا في  
أكثر الحوادث<sup>٦</sup>.

<sup>١</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص2.

<sup>٢</sup> ابن أمير حاج، التقرير والتحبير، مرجع سابق ج3، ص222.

<sup>٣</sup> الإجماع (السكوتي): بأن يقول بعض المجتهدين حكماً ويسكت الباقرن عنه بعد العلم به. حسن بن محمد بن محمود العطار (ت1250هـ)،  
حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، ب: ط، ج2، الناشر: دار الكتب العلمية، ب: ت، ص221.

<sup>٤</sup> أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي، الأمدى (ت: 631هـ)، الإحكام في أصول  
الأحكام، (تحقيق: عبدالرزاق عفيفي) ب: ط، ج1، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- لبنان، ب: ت، ص252.

<sup>٥</sup> أحمد أبو سنه، العرف والعادة، مرجع سابق، ص41-42.

<sup>٦</sup> العرف والعادة، المرجع ذاته، ص56؛ الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص898.



أما اذا اضطرب عمل الناس بالعرف فلا عبرة به حينئذ، فقد قال العز بن عبد السلام: "واختلف في وجوب الحبر على الناسخ، والخيط على الخياط لاضطراب العرف فيه"<sup>1</sup>.

وبشرط الاطراد والغلبة يخرج العرف المشترك؛ وهو ما تساوى فيه الجري على العادة والعرف والتترك والتخلف عنها<sup>2</sup>، فمثلاً لو باع بدراهم أو دنانير وكانا في بلد اختلف فيه النقود مع الاختلاف في المالية والرواج، انصرف البيع إلى الأغلب<sup>3</sup>.  
والمتتبع لكلام الفقهاء يجد انهم صرحوا باعتبار الإطراد والغلبة في كتبهم ومن ذلك قول ابن نجيم: "إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت"<sup>4</sup>.

ثانياً: أن لا يصرح المتعاقدان أو أحدهما بخلاف العرف :  
إذا تم اجراء العقد، ولا يوجد نص صريح يفيد خلاف العرف الجاري، فإن سكوت المتعاقدين يعتبر إقراراً لهما بالعرف، وإثبات الحكم العرفي في هذه الحالة يعتبر من قبيل الدلالة، فاذا ما وقع تصريح من العاقدين بخلاف العرف أصبحت هذه الدلالة لا عبرة لها؛ لكون العرف أضعف من دلالة اللفظ، إذ لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح<sup>5</sup>.  
وفي هذا المعنى يقول الإمام السرخسي الحنفي: "والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص كمن اشترى بدراهم مطلقة ينصرف إلى نقد البلد بدلالة العرف، وإنما يعتبر العرف إذا لم يوجد التصريح بخلافه"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> عز ابن عبد السلام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسليمان العلماء (ت 660هـ)، فواعد الأحكام في مصالح الأنام، ب: ط، ج 2، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة، 1991، ص 128.  
<sup>2</sup> الهام عبدالله عبدالرحمن باجنيد، أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام الأسرة، رسالة ماجستير، جامعة أم القرى، السعودية، 2003، ص 99.

<sup>3</sup> مرجع سابق، ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ص 81.  
<sup>4</sup> الأشباه والنظائر، المرجع ذاته، ص 81؛ وقال السيوطي: "إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإن اضطربت فلا". السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 92؛ وقال الشاطبي: "أن العلم المحكوم به على العادات إنما هو في كليات الوجود لا في جزئياته". إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، الشاطبي (ت 190هـ)، الموافقات، ط 1، ج 2، الناشر: دار ابن عفان، 1997، ص 468.  
<sup>5</sup> علي حيدر، درر الحكام، مرجع سابق، المادة 13، المجلد الأول، ص 31.  
<sup>6</sup> السرخسي، المبسوط، ج 4، ص 152.



وكل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح فلو شرط المستأجر على الأجير أن يستوعب النهار بالعمل من غير أكل وشرب ويقطع المنفعة لزمه ذلك<sup>١</sup>.

ثالثاً: أن يكون العرف قائماً ومعمولاً به عند إنشاء التصرف :

وذلك بأن يكون العرف سابقاً أو مقارناً للتصرف عند إنشائه<sup>٢</sup>، فيخرج بهذا ما إذا كان العرف طارئاً وقت الفعل أو التصرف، أو أنه نشأ بعدهما، أو أنه حدث قبلهما ولكن تغير قبل إنشائهما<sup>٣</sup>. وهذا الشرط شامل للعرف اللفظي والعملي فالعرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر فلا عبرة بالعرف الطارئ<sup>٤</sup>. وكما أن العرف يحمل على الألفاظ، كذلك يحمل على الأفعال، كالبيع بالمعاطاة، ودخول الحمام من غير تعيين أجره<sup>٥</sup>.

رابعاً: ألا يخالف العرف نصوص الشرع أو أصلاً من أصوله : يشترط لا اعتبار العرف أن لا يكون مخالفاً لنصوص الشريعة أو قواعدها، فالمبدأ العام الذي يستخلص من أقوال الفقهاء إجمالاً هو أنه : إذا ترتب على العمل بالعرف تعطيل لنص شرعي أو أصل قطعي في الشريعة لم يكن عندئذ للعرف إعتبار، لأن نص الشارع مقدم على العرف<sup>٦</sup>. والعرف في مخالفته للنص الشرعي لا يخلو من أمرين:- الأول: أن يخالف العرف النص الشرعي من جميع الوجوه، بحيث يترتب على العمل بالعرف تعطيل لنص شرعي، مثل تعارف أكل الربا، وشرب الخمر، ولعب الميسر، ففي هذه الحالة يرد العرف ويحكم ببطلانه<sup>٧</sup>.

١ عز ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج2، ص 186 .

٢ وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية - الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ط1، ج30، الناشر: مطابع دار الصفوة - مصر، 1427هـ، ص59.

٣ أبو سنه، العرف والعادة، مرجع سابق، ص 65 .

٤ السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص 96 .

٥ أبو سنه، العرف والعادة، مرجع سابق، ص 65 .

٦ الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص902 .

٧ السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج12، ص196 ؛ ابن عابدين، رسائل ابن عابدين، مرجع سابق، ج2، ص116 ؛ أحمد أبو سنه، العرف والعادة، مرجع سابق، ص 61 .



الثاني: أن يعارض العرف النص الشرعي في بعض الوجوه، بمعنى أنه يمكن الجمع بين العرف والنص، ويمكن التوفيق بينهما، فلا يعتبر العرف في هذه الحالة إلا إذا كان عاماً، فيخصص العرف عموم النص، ويقيد إطلاقه، وليس هذا تركاً للنص أو تعطيلاً له بل فيه إعمال للنص والعرف معاً ما أستطيع ذلك<sup>١</sup>.

وننوه هنا إلى عدم اعتبار العرف الخاص ، ورده عند من قال بذلك إنما هو فقط عند معارضته ومخالفته للنص، أما إذا لم يخالفه، فلا خلاف في اعتباره ، حيث يكون مبيناً للنص ومفهماً له<sup>٢</sup>.

والعرف الخاص المختلف على اعتباره إنما هو من نوع العرف الذي جعل دليلاً على الحكم ظاهراً، والذي قالوا عنه إنه يخصص الدليل ويقيده، أما غيره فالعام والخاص فيه سواء، نعم يشترط فيه أن يكون عاماً إذا كان الحكم المبني عليه عاماً ؛ لأن العرف الخاص لا يفيد الحكم العام، بل العام يفيد حكماً عاماً يسري على جميع الناس، والخاص يفيد حكماً خاصاً بأهله، كالألفاظ المتعارفة في المعاملات في بلد دون آخر فتجري في كل بلد على عادة أهلها ويعاملون دون غيرهم بما يقتضيه ذلك من الأحكام<sup>٣</sup>.

<sup>١</sup> رسائل ابن عابدين، المرجع ذاته، ج2، ص116.

<sup>٢</sup> الهام عبدالله عبدالرحمن باجنيد، أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص121 .

<sup>٣</sup> أبو سنه، العرف والعادة، مرجع سابق، ص61.



## المطلب الثالث

## أقسام العرف

ينقسم العرف إلى أقسام مختلفة، وباعتبارات متعددة، فهو ينقسم باعتبار موضوعه إلى: قولي (لفظي) وعملي، وباعتبار موافقته للشريعة أو مخالفته لها: إلى صحيح وفساد، وباعتبار ثبوته واستقراره إلى: ثابت وشرعي ومتبدل، وباعتبار المعنى اللغوي إلى مقرر له وقاضٍ عليه .

## الفرع الأول : تقسيم العرف بـاعتبار متعلقه وموضوعه (عملي، قولي):

أولاً: العرف القولي (اللفظي): وهو أن يتعارف قوم إطلاق لفظ لمعنى معين بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذاك المعنى، بلا قرينة، أو علاقة عقلية .  
كتعارفهم إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى مع أنه في اللغة شامل للنوعين، بل إنه ورد في القرآن مراداً به النوعين<sup>١</sup>، قال جل جلاله: (يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّيْنَ)<sup>٢</sup>.  
ومعنى بلا قرينة: أي أن لا يفهم من خلال القرينة مقصوده من الكلام، كما قال مصطفى الزرقا: " لو حمل إنسان عصا صغيرة وحلف ليقتلن فلاناً بها فإنه يفهم بهذه القرينة أن مراده بالقتل الضرب المؤلم"<sup>٤</sup>.

<sup>١</sup> القرافي، الفروق، مرجع سابق، ج2، ص282؛ الكفوي، الكلبيات، مرجع سابق، ص617؛ ابن عابدين، رسائل ابن عابدين، مرجع سابق، ج2، ص114؛ المدخل الفقهي العام، الزرقا، مرجع سابق، ج2، ص876 .  
<sup>٢</sup> محمد مصطفى شبلي، أصول الفقه الإسلامي، ب: ط، الناشر، الدار الجامعية - بيروت، ب: ت، ص328.  
<sup>٣</sup> سورة النساء، الآية 11 .  
<sup>٤</sup> مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص876 .



ومعنى بلا علاقة عقلية: قول حكمت المحكمة على فلان، فإن المراد أنه حكم الحاكم، إذ المحكمة هي المكان، ويعتبر هذا الإسناد سائغاً مقبولاً بعلاقة يلحظها العقل بين الحال والمحل، يمكن أن يعتبر معها الفعل كأنه صادر عن المحل بغض النظر عن الفاعل الحال فيه<sup>1</sup>.

ويصبح اللفظ عرفياً باعتبارين:

في المفردات: أي - ما يقابل الجمل- مثل تخصيص الدابة بذوات الأربع، مع أن الوضع لكل من يدب<sup>2</sup>.

في الجمل- وهو أدقها على الفهم وأبعدها عن التفتن، وضابطها أن يكون شأن الوضع العرفي تركيب لفظ مع لفظ يشتهر في العرف تركيبه مع غيره وله مثل أحدهما<sup>3</sup>، ومن أمثلة المركب الأحكام المضافة إلى الأعيان، نحو قوله تعالى: (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ)<sup>4</sup>، فإن المعنى الحقيقي تعلق الحكم بالعين، وقد حملها العرف على الفعل المقصود من تلك العين وهو الاستمتاع<sup>5</sup>.

ثانياً: العرف العملي : وهو اعتياد الناس على شيء من الأفعال العادية أو المعاملات المدنية<sup>6</sup>.

والمراد بالأفعال العادية: أفعال الناس الشخصية في شؤونهم الحيوية مما لا يقوم على تبادل المصالح وإنشاء الحقوق ، وذلك كالأكل والشرب واللبس والزرع ونحو ذلك، والمراد بالمعاملات المدنية: التصرفات التي يقصد منها إنشاء الحقوق بين الناس أو تصنيفها، واسقاطها سواء أكانت تلك التصرفات عقوداً أم غيرها ، كالنكاح والبيع والإبراء، كالغصب والقبض والأداء<sup>7</sup>.  
ومن أمثلته البيع بالتعاطي في أشياء كثيرة (المعاطاة)، وتقديم جزء من المهر وتأخير باقيه، والسبح في الحمامات العامة بأجور معينه دون تحديد مدة لزم البقاء<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> المدخل الفقهي العام، المرجع ذاته، ج2، ص876 .

<sup>2</sup> ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ج2، ص263 .

<sup>3</sup> القرافي، الفروق، مرجع سابق، ج1، ص171 .

<sup>4</sup> سورة النساء، الآية 23 .

<sup>5</sup> أحمد أبو سنه، العرف والعادة، ص18 .

<sup>6</sup> الزرقا، المدخل الفقهي العام مرجع سابق ج2، ص876 .

<sup>7</sup> المدخل الفقهي العام، المرجع ذاته، ج2، ص876-877 .

<sup>8</sup> أسعد كاشف الغطاء، العرف حقيقته وحجته، ب:ط، ب:ن، 1415هـ، ص6.



**الفرع الثاني: تقسيم العرف بـاعتبار شيوعه (عام، خاص):**

أولاً: العرف العام: هو ما اعتاد عليه أهل البلاد الإسلامية، سواء أكان ذلك في كل العصور، كاعتبارهم لفظ الولد على الذكر دون الأنثى، وكبيع المعاطاة، أو في عصر من العصور ككشف الراس أعتبر في عصر من العصور مسقطاً للعدالة، وفي بعضها الآخر ليس كذلك<sup>1</sup>.  
بمعنى أن يكون العرف منتشرًا بين جميع الناس أو غالبيتهم، في جميع البلدان، ومن أمثلته: تعارف الناس على الإستصناع في كثير من اللوازم من أحذية والبسة وغير ذلك، فإن الناس قد أحتاجوا إليها وجروا عليها من قديم الزمان، وكذلك استخدموا استعمال كلمة الطلاق في انهاء العلاقة الزوجية<sup>2</sup>.

ثانياً: العرف الخاص: وهو ما كان خاصاً بأقليم من الأقاليم، أو ببلد من البلدان، أو بفئة من الناس دون غيرها، كعرف التجار فيما يعد عيباً يرد به المبيع، وعرف المحامين تأجيل بعض أجرهم حتى تريح الدعوى ويكسب القضية الموكله إليه<sup>3</sup>.

ومن هذا النوع تعارف أصحاب كل فن من الفنون، أو علم من العلوم، كالرفع للنحاة والألفاظ المصطلح عليها في الشرع كالصلاة والصوم والعمرة والإعتكاف وغيرها<sup>4</sup>.

**الفرع الثالث: تقسيم العرف من حيث موافقته للشريعة ومخالفته لها (صحيح، فاسد):**

<sup>1</sup> حسنين محمود حسنين، مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية، مجلة الشريعة والقانون-حولية محكمة، العدد الثالث، جامعة الإمارات العربية المتحدة تموز/1989م، ص 123-124.  
<sup>2</sup> عطا موسى أحمد أهل، تخصيص العموم بالعرف، رسالة ماجستير -كلية الشريعة والقانون -الجامعة الإسلامية -غزة، 2007، ص88.  
<sup>3</sup> الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص878؛ الهام عبدالله عبدالرحمن باجنيد، أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص54؛ وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية- الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج30، ص56؛ عادل قوته، العرف حجبه وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، مرجع سابق، ص261.  
<sup>4</sup> ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص79؛ يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، قاعدة العادة محكمة -دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية- ط2، الناشر مكتبة الرشد-الرياض، 2012، ص42؛ حسنين محمود حسنين، مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص124.





أولاً: العرف الصحيح: هو ما تعارفه الناس وليس فيه مخالفة لنص شرعي، ولا تفويت لمصلحة ولا جلب لمفسدة، كتعارفهم تقديم الهدايا من الخطيب لخطيبته وعدم اعتبارها من المهر<sup>١</sup>.

والعرف الصحيح ما وافق ما تعارفه الناس من الألفاظ والأعمال التي لا تخالف الشرع أو قاعدة من قواعده، كتعارف التجار لفظ الدرزن اثنا عشر حبة من المبيع، وكأصطلاح العيش على الخبز في مصر والأرز في الخليج<sup>٢</sup>.

ثانياً: العرف الفاسد: هو ما اعتاد عليه الناس من أقوال أو أفعال، وكان مخالفاً للشرع الحكيم، أو لقاعدة من قواعده، أو أصل من أصوله، أو يجلب ضرراً، أو يدفع مصلحة؛ كتعارف الناس استعمال العقود الربوية كالربا، واعتيادهم الميسر كاليناصيب والنرد، واعتياد تقديم المسكرات في الفنادق، واعطاء الميراث للذكور دون النساء<sup>٣</sup>.

**الفرع الرابع: تقسيم العرف من حيث ثبوته وإستقراره (ثابت، شرعي، متبدل):**

أولاً: العرف الثابت: وهو الذي لا يختلف باختلاف الأزمان والمكان والأشخاص والأحوال، واستقر عليه العمل في جميع الأعصار من أقوال وأفعال، كتعارف الناس شهوة الطعام والشراب والملبس والفرح والحزن، وكإطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى، وكبيع المعاطاة، والجلوس في الأندية والمقاهي من غير تحديد مدة لذلك، ويعرف الثابت بالإستقرار والتثبت<sup>٤</sup>.

ثانياً: ومن العرف الثابت العرف الشرعي: وهو ما كلف به الشرع وأمر به أو نهى عنه أو أذن فيه مثل سلب العبد أهلية الشهادة، والأمر بإزالة النجاسات، وستر العورات، والنهي عن الطواف بالبيت على العري، وما أشبه ذلك من

<sup>١</sup> وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج 30، ص 56؛ عبدالكريم زيدان، الوجيز، مرجع سابق، ص 202.

<sup>٢</sup> حسنين محمود حسنين، مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 126.

<sup>٣</sup> أوهبة الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص 98؛ حسنين محمود حسنين، مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 126؛ عطا موسى أحمد أهل، تخصيص العموم بالعرف، مرجع سابق، ص 89؛ الهام عبدالله عبدالرحمن باجنيد، أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص 54.

<sup>٤</sup> الوجيز في أصول الفقه، المرجع ذاته، مرجع سابق ص 127؛ وزارة الأوقاف - الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج 30، ص 56.



العوائد الجارية في الناس، إما حسنة عند الشارع أو قبيحة، فإنها من جملة الأمور الداخلة تحت أحكام الشرع، فلا تبديل لها<sup>١</sup>.

ثالثاً: العرف المتبدل: هو الذي يختلف باختلاف الأزمان والبيئات والأحوال، وهو أنواع: فمنه ما يعود إلى اعتبار البقاع والبيئات، من حسن شيء أو قبحه، فيكون في مكان حسناً، وفي مكان آخر قبيحاً، مثل كشف الرأس فهو لذوي المروءات قبيح في البلاد المشرقية، وغير قبيح في البلاد المغربية<sup>٢</sup>.  
الفرع الخامس: تقسيم العرف باعتبار المعنى اللغوي (معنى مقرر له، معنى قاضٍ عليه):

أولاً: العرف المقرر للمعنى اللغوي: وهو ما طابق معناه المعنى اللغوي<sup>٣</sup>، وهو العرف الذي يستعمل الالفاظ بالمعنى اللغوي نفسه، فتكون مقررة لها أو مؤكده ففي إطلاق الورد ينصرف الى الزهرة لأنه حقيقة فيه والعرف مقرر له<sup>٤</sup>.

ثانياً: العرف القاضي على المعنى اللغوي: وهو الذي يغير المعنى اللغوي بتخصيص أو تقييد أو إبطال، ومثاله أن البنفسج يطلق في لغة على عين البنفسج، ولكن العرف يطلق على دهن البنفسج (العطر) فالعرف في البنفسج قاضٍ على المعنى اللغوي لا مقرر له؛ لاستعماله بخلاف المعنى اللغوي<sup>٥</sup>.

<sup>١</sup> الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج2، ص488؛ عطا موسى اهل، تخصيص العموم بالعرف، مرجع سابق، ص105.  
<sup>٢</sup> الموافقات، المرجع ذاته، ج2، ص489؛ محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، ب: ط، الناشر: مؤسسة الرسالة، 1973، ص285.

<sup>٣</sup> احمد ابو سنه، العرف والعادة، مرجع سابق، ص20.

<sup>٤</sup> مصطفى ديب البغا، أثر الأدلة المختلف فيها (مصادر التشريع الإسلامي) في الفقه الإسلامي، ب: ط، الناشر: دار الامام البخاري، ب: ط، ص248؛ يعقوب بن عبدالرهاب الباحثين، قاعدة العادة محكمة - دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية، مرجع سابق، ص46.

<sup>٥</sup> العرف والعادة، المرجع ذاته، ص20؛ قاعدة العادة محكمة - دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية، المرجع ذاته، ص46.



## المبحث الثاني التعريف بعقود المعاوضات المالية

لا شك أن النفوس جبلت على بذل المعاوضة المالية لحاجتها إليها، فلإنسان بحاجة ماسة إلى إجراء عقود المعاوضات المالية - من خلال الإنتفاع بالأعيان والمنافع وكذلك الإنتفاع بالأثمان - حيث تعتبر عقود المعاوضات المالية الأساس القائم على المعاملات المالية، والتجارات بين الناس .

ففي هذا المبحث سأقوم ببيان معنى العقد ، وبيان اقسام العقد واختلاف الفقهاء في العقد الفاسد، وبيان المال، وبيان اختلاف الفقهاء في مالية المنافع، وتحديد عقود المعاوضات المالية، وبيان أقسامها.

### المطلب الأول معنى العقد لغة وإصطلاحاً

الفرع الأول: معنى العقد لغة :



يأتي العقد في اللغة على معانٍ متعددة منها: الشدّ، والربط، والتوثيق،  
والعهد، والضمان<sup>١</sup>.

ومنها قول الله سبحانه وتعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) أي أن الله سبحانه  
وتعالى خاطب المؤمنين بالوفاء بالعقود التي عقدها الله تعالى عليهم، والعقود التي يعقدها  
بعضهم على بعض<sup>٢</sup>.

والأصل في العقد جاء للربط الحسي والمادي بين أطراف الشيء، وقد استعمله العرب  
للمعنى المعنوي للكلام<sup>٣</sup>، ومنه انتقلوا إلى إطلاق "العقد" على اليمين والعهد وعلى الإتفاق  
في المبادلات كالبيع ونحوه<sup>٤</sup>.

قال الزبيدي في تاج العروس: "أصل العقد نقيض الحل، ثم استعمل في أنواع العقود  
من البيوعات، والعقود وغيرها"<sup>٥</sup>.

### الفرع الثاني: معنى العقد اصطلاحاً:

العقد اصطلاحاً : هناك ترابط بين المعنى اللغوي والإصطلاحي للعقد، فلا  
يبتعد المعنى الإصطلاحي عن اللغوي، بل هو في الواقع تقييداً له، وحصر  
وتخصيص لما فيه من العموم.

وللعقد في الإصطلاح عند الفقهاء معنيان اثنان: أحدهما عام والآخر خاص.  
- العقد بمعناه العام: كل التزام تعهد به الإنسان على نفسه سواء كان يقابله  
إلتزام آخر كالبيع والإجارة، أم كان بإرادة منفردة لإنشاء حق أو إنهائه،  
إسقاطه كالوقف والطلاق<sup>٦</sup>.

<sup>١</sup> ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ج4، ص86؛ ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج3، ص296؛ الفيومي، المصباح  
المنير، مرجع سابق، ج2، ص421.

<sup>٢</sup> سورة المائدة، الآية 1.  
<sup>٣</sup> محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني أبو الفيض، الزبيدي (ت: 1205 هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، ب: ط، ج8، الناشر: دار  
الهداية، ب: ب، ص395.

<sup>٤</sup> منصور عبداللطيف منصور، القبض وأثره في العقود، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة النجاح الوطنية، 2000، ص15.

<sup>٥</sup> الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1، ص381.

<sup>٦</sup> الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، مرجع سابق، ص394.

<sup>٧</sup> أحمد بن علي أبو بكر الرازي، الجصاص الحنفي (ت: 370 هـ)، أحكام القرآن، ط1، ج2، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت- لبنان،  
1994م، ص370.



فهو إما أن ينشأ عن إرتباط إرادتين كالبيع والشراء والنكاح، أو بإرادة منفردة كالهبة والطلاق والوصية، ومنها المراد بقوله تعالى: (يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) <sup>1</sup> فالعقد هنا عام ويشمل جميع ما ألزم الله به عباده المؤمنين من أحكام وتكاليف، وما يتعاقدون به فيما بينهم من عقود ومعاملات فيما يجب الوفاء به، وقد سماها الله عقوداً؛ لأنه سبحانه وتعالى ربط عباده بها كما يربط الشيء بالشيء بالحبل القوي المتين الموثق <sup>2</sup>.

وهذا التعريف بمعناه العام ليس معمولاً به عند الفقهاء، فلا تجد الفقهاء يستخدمون هذا المعنى للعقد؛ نظراً لعدم شهرته وشيوعه، وإذا أطلقت كلمة العقد فلا يتبادر إلى الذهن المعنى العام إلا ببينة تدل على هذا التعميم <sup>3</sup>.

- العقد بمعناه الخاص: وردت عدة تعريفات للفقهاء متقاربة منها:

مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر، أو كلام الواحد القائم مقامها <sup>4</sup>.  
مقامها <sup>5</sup>.

ومعنى قوله: "أو كلام الواحد القائم مقامهما" كبيع القاضي مال اليتيم ليتيم آخر أو شرائه له <sup>6</sup>.

وقد بين الدسوقي أن العقود ما يتوقف إمضاءها على إيجاب وقبول، وأما غيرها من الطلاق وما بعده فهي إخراجات ولا تتوقف على إيجاب وقبول <sup>7</sup>.

واعتمد الزركشي في المنثور العقد بأنه: رتباط الإيجاب بالقبول الائتزامي كعقد البيع والنكاح وغيرهما <sup>8</sup>.

<sup>1</sup> سورة المائدة، الآية 1.

<sup>2</sup> الجصاص الحنفي، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج2، ص370؛ الزمخشري، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل مرجع سابق، ج1، ص600؛ ابن العربي، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج2، ص6.

<sup>3</sup> محمد أبو زهرة (ت 1974م)، الملكية ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، ب: ط، ج2، دار الفكر العربي - القاهرة، ص201.

<sup>4</sup> ابن الهمام، مرجع سابق، ج3، ص187؛ ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (ت: 1252هـ)، رد المحتار على الدر المختار، ط2، ج3، الناشر: دار الفكر - بيروت، 1992، ص3.

<sup>5</sup> سامي عدنان العجوري، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا، رسالة ماجستير، الفقه المقارن، جامعة الأزهر - غزة 2013.

<sup>6</sup> محمد بن أحمد بن عرفة المالكي، الدسوقي، (ت: 1230هـ) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ب: ط، ج3 الناشر: دار الفكر، ب: ت، ص5-6.

<sup>7</sup> بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر، أبو عبد الله الزركشي (ت: 794هـ)، المنثور في القواعد الفقهية، ط2، ج2، الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية 1985م، ص397.



وجاء في مجلة الأحكام العدلية: "العقد إلتزام المتعاقدين وتعهدهما به ، وهو عبارة عن إرتباط إيجاب بقبول"<sup>١</sup>.

وعرفه الفقهاء المعاصرون:

٢. بأنه ربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما، ينشأ عنه أثره الشرعي وعرفه الزرقا: بأنه ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يظهر أثره في محله<sup>٣</sup>.

ومثل ذلك قال وهبة الزحيلي: "تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل"<sup>٤</sup>.

ومما ذكرناه في ما سبق من تعريفات يتضح أن هناك إرتباط العقد (العاقدين) ، بإيجاب وقبول، وتوافقهما على إنشاء إلتزام شرعي بينهما، بما يدل على ذلك من قول أو فعل، أو إشارة أو كتابة، والفقهاء لا يقصدون عند ذكرهم للعقد في أغلب عباراتهم إلا الإلتزام الذي ينشأ بين طرفين، أو ما يتم به الإلتزام من عبارة أو إشارة أو غيرها.

<sup>١</sup> علي حيدر، ددر الحكام، مرجع سابق ، المادة 103 .

<sup>٢</sup> محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد ، مرجع سابق، ص 171 .

<sup>٣</sup> الزرقا ، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1 ، ص 382 .

<sup>٤</sup> وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ط4، ج4، الناشر: دار الفكر - سوربة - دمشق ، ب:ت ، ص 2918 .



## المطلب الثاني أقسام العقد

كل عقد بالمعنى الخاص- كما بينا- يراد به الربط بين عبارتين، مقامهما(الصيغة) مرتبطين صادرتين من شخصين معتبرين(العاقد محل مشروع، على وجه يترتب عليه آثار شرعية. وفي هذا المطلب سأبين الفرق بين الجمهور والحنفية في أقسام العقد .

### الفرع الأول: معنى الفساد:

الفساد : خروج الشيء عن الاعتدال، قليلا كان الخروج عنه أو كثيرا، ويضاده الصلاح، ويستعمل ذلك في النفس، والبدن، والأشياء الخارجة عن الاستقامة<sup>1</sup>.

ثم لما نشأت الإجهادات الفقهية وإصطلاحاتها أطلق فقهاء الحنفية الفساد على معنى مدني تشريعي جديد، فاستعملوه للدلالة على ما يعتبرون فيه العقد مختلاً في بعض نواحيه الفرعية إختلالاً يجعله في مرتبة بين الصحة والبطان، فلا هو بالباطل غير المنعقد - لأن المخالفة للنظام الشرعي فيه

<sup>1</sup>الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، مرجع سابق، ص636 .



ليست مخالفة في جوهريته كما هو في حالة البطلان - ولا هو بالصحيح التام المنعقد - لأن فيه إختلالاً بنظام التعاقد ولو أن هذا الإختلال في ناحية فرعية غير جوهرية - ولفظ الفساد يشعر بذلك لأنه ينبئ بمعنى التغير والإختلال في شيء موجود<sup>١</sup>.

وعرف الإمام الزرقا-رحمه الله- الفساد في العقد:"إختلال في العقد المخالف لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متممة يجعله مستحقاً للفسخ"<sup>٢</sup>.

### الفرع الثاني:العقد الصحيح:

هو ما أقره الشارع، وتوفرت أركانه وشروطه الشرعية، فيكون أهلاً لترتب الحكم والأثر عليه ؛ لأنه لا خلل في أركانه ، وسلمت أوصافه لصدوره من أهله ، ولم يقترن به ما يفسده من مانع شرعي ، ولم تتعرض صيغته للخلل، ولم يكن محله غير قابل للحكم فهذا العقد صحيح عند جميع الفقهاء<sup>٣</sup>.

فمثلاً في عقد البيع اذا توفرت أركانه وشروطه بأن يكون الإيجاب متوافقاً للقبول صادر ممن له الأهلية الكاملة واتحد مجلس العقد وكان للعقد محلاً فإنه ينعقد صحيحاً<sup>٤</sup>.

### الفرع الثالث: العقد الباطل:

<sup>١</sup> الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج 2، ص729-730 .

<sup>٢</sup> المدخل الفقهي العام، المرجع ذاته، ج2، ص739 .

<sup>٣</sup> سعد الدين مسعود بن عمر، التفتازاني (ت: 793هـ)، شرح التلويح على التوضيح، ب: ط، ج2، الناشر: مكتبة صبيح بمصر، ب: ت، ص246 ؛ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، ابن رشد الحفيد(ت: 595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ب: ط، الناشر: دار الحديث - القاهرة، 2004 ، ؛ شمس الدين، محمد بن أحمد الشافعي، الخطيب الشربيني(ت: 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط1، ج2، الناشر: دار الكتب العلمية، 1994، ص378 ؛ مصطفى بن سعد بن السيوطي، مصطفى بن سعد بن عبيد السيوطي شهرة، الرحبياني مولدا ثم الدمشقي الحنبلي، السيوطي (ت: 1243هـ )، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ط2، ج3، الناشر: المكتب الإسلامي، 1994م، ص512 .

<sup>٤</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 5، ص 299 .





وهو الذي لا يترتب عليه أثر شرعي، فالعقد الذي اختل فيه ركن من الأركان ، أو شرط من شروطه، أو وصف من أوصافه، فهذا هو العقد الباطل عن الجمهور، وهو والعقد الفاسد مترادفان عندهم<sup>١</sup>.

والعقد الباطل عند الحنفية: ما لم يكن مشروعاً بأصله ووصفه، وذلك إذا اختل فيه ركن من أركانه، أو شرط من شروطه، فالباطل ما كان فائت المعنى من كل وجه مع وجود الصورة إما لانعدام معنى التصرف كبيع الميتة والدم، أو لانعدام أهلية المتصرف كبيع الصبي والمجنون<sup>٢</sup>.

#### الفرع الرابع:العقد الفاسد:

وهو ما شرع بأصله ولم يشرع بوصفه، بمعنى توافرت فيه الأركان من الإيجاب والقبول وكانت سليمة، ولكن التصق به وصف نهى الشارع عنه، كالجهالة الفاحشة، أو كان البيع مجهولاً أو كان في الثمن خلل ، فالخلل في غير الركن الأساسي فيكون فاسد<sup>٣</sup>.

قال التفتازاني: " الفاسد ما يكون مشروعاً بأصله دون وصفه، وهذا معنى قولهم: الصحيح ما استجمع أركانه وشرائطه بحيث يكون معتبراً شرعاً في حق الحكم، والفاسد ما كان مشروعاً في نفسه فائت المعنى من وجه لملازمة ما ليس بمشروع إياه بحكم الحال مع تصور الانفصال في الجملة ، والباطل ما كان فائت المعنى من كل وجه مع وجود الصورة إما لانعدام معنى التصرف كبيع الميتة والدم، أو لانعدام أهلية المتصرف كبيع الصبي والمجنون"<sup>٤</sup>.

<sup>١</sup>الطار الشافعي، حاشية الطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع ، مرجع سابق، ج1، ص 146 ؛ دبيان بن محمد الديبان المعاملات المالية أصالة ومعاصرة ، ط2، ج1، الناشر: مكتبة الملك فهد الوطنية -الرياض، 1434، ص62 ؛ الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية ، ب:ط، الناشر: دار الفكر العربي -القاهرة ، 2008، ص329.

<sup>٢</sup> التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، مرجع سابق، ج2، ص246 .

<sup>٣</sup> التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، مرجع سابق، ج2، ص246 .

<sup>٤</sup> شرح التلويح على التوضيح، المرجع ذاته، ج2، ص246 .



فقد الربا فإنه مشروع من حيث أنه بيع ، وممنوع من حيث أنه يشتمل على زيادة في العوض، فافتضى هذا درجة بين الممنوع بأصله ووصفه جميعاً بين المشروع بأصله ووصفه جميعاً<sup>١</sup>.

ومما لا ينبغي أن يغفل ذكره: أن الإجتهدان المالكي والشافعي، خلافاً للحنبلي، قد تابعا في بعض مواطن التمييز الحنفي بين نهى مفسد لماهية الفعل، ونهى متعلق بأمر خارج عنها فلا يفسدها، لكنهما على كل حال كغيرهما من الإجتهدات لم يميزا بين الفساد والبطلان في المعنى والنتائج<sup>٢</sup>.

### المطلب الثالث

#### المال عند الفقهاء

من شرط المعقود عليه أن يكون مالاً<sup>٣</sup>، والناس عادة لا يتمولون إلا ما لهم به حاجة، أو يحقق لهم رغبة، فقد جاء في المحيط البرهاني: "والعين إنما يصير مالاً بكونه منتفعاً به"<sup>٤</sup>، فلذلك إذا كان الشيء عاماً ومنتشراً بين الناس لا يعتبر متمولاً بل يعتبر من المباحات؛ وذلك كالهواء والمياه، إلا إذا حيزت هذه المباحات كوضع الهواء والماء في أنابيب، فتصبح عندئذ متمولة لمنفعتها وقصدها وحاجة الناس إليها، وكذلك لا يعتبر الخمر والخزير متمولاً؛ لأنه لا ينتفع به شرعاً فلا يكون متمولاً<sup>٥</sup>.

#### الفرع الأول: معنى المال لغة

<sup>١</sup> محمد بن محمد الطوسي، أبو حامد الغزالي (ت: 505هـ)، المستصفى، ط1، الناشر: دار الكتب العلمية، 1993، ص76؛ الأمدى، الأحكام في أصول الأحكام، مرجع سابق، ج1، ص131.

<sup>٢</sup> الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص734.

<sup>٣</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص140.

<sup>٤</sup> برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري الحنفي، أبو المعالي (ت: 616هـ)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه، ط1، ج6، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2004، ص347.

<sup>٥</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص143.



المال لغة: يطلق اللغويون على المال: بأنه ما هو معروف ويملك من جميع الأشياء<sup>١</sup>.

وذكره الفيومي بقوله: المال معروف، ويذكر ويؤنث وهو المال وهي المال ويقال مال الرجل يمال مالا إذا كثر، وقال الأزهري: تمول مالا اتخذه قنية فقول الفقهاء ما يتمول أي ما يعد مالا في العرف والمال عند أهل البادية النعم<sup>٢</sup>.

فكل ما يتمول ويتملك يعد مالا، والمال لا حد له بل المرجع فيه الى تمول الناس وتملكهم إياه ، ثم أطلق على كل ما يقنتى ويملك من الأعيان، وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل لأنها كانت أكثر أموالهم<sup>٣</sup>.

### الفرع الثاني: المال اصطلاحاً

اختلف الحنفية مع جمهور الفقهاء في تعريف المال وذلك بسبب إختلاف العادات والأعراف، وسبب إختلاف الحنفية مع سائر الفقهاء في تعريف المال؛ إختلاف الأعراف فيما يعد مالا وما لا يعد، إذ المال ليس له حد في اللغة، ولا في الشرع، فرجع في تحديده إلى العرف<sup>٤</sup>.

وعرّف الحنفية المال بأنه: ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة<sup>٥</sup>. وأضاف صاحب مجلة الأحكام منقولاً كان أم غير منقول فيصبح المال هو: ما يميل اليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة منقولاً كان أو غير منقول<sup>٦</sup>.

<sup>١</sup> ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 11، ص 635.

<sup>٢</sup> الفيومي، المصباح المنير، مرجع سابق ج 2، ص 586؛ الفراهيدي، كتاب العين، مرجع سابق، ج 8، ص 344.

<sup>٣</sup> ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 11، ص 636.

<sup>٤</sup> نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والإقتصادية في لغة الفقهاء، ط 1، الناشر: دار القلم - دمشق، 2008، ص 388.

<sup>٥</sup> زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: 970هـ) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط 2، ج 5، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، ب:ت، ص 277؛ ابن عابدين، رد المحتار، مرجع سابق، ج 4، ص 501؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 5، ص 3305.

<sup>٦</sup> علي حيدر، درر الحكام، مرجع سابق، المادة 126، ج 1، ص 115.



فالمال ما يمكن ادخاره ولو غير مباح كالخمير والمتقوم ما يمكن ادخاره مع الإباحة، فالخمير مال غير متقوم، والمال لا يكون إلا مادة حتى يمكن إحرازه وحيازته، أما منافع الأعيان كسكنى الدار أو لبس الثياب لا تعد أموالاً لعدم إمكان حيازتها<sup>١</sup>.

أما جمهور الفقهاء فقد إصطلحوا على معنى هو أوسع وأعم للمال، فالمنافع والديون تعتبر أموالاً عند الجمهور، فعرفه المالكية بأنه: كل مال تمتد إليه الأطماع، ويصلح عادة وشرعاً للانتفاع به، فإن منع منه الشرع لم ينفع تعلق الطماعية فيه، ولا يتصور الانتفاع منه، كالخمير والخنزير مثلاً<sup>٢</sup>.

وعرفه الشافعية: ما له قيمة يباع بها وتلزم متلفه وإن قلت وما لا يطرحه الناس مثل الفلوس وما أشبه ذلك<sup>٣</sup>.

وعرفه الحنابلة: ما فيه منفعة أو غير منفعة للضرورة، فخرج ما لا نفع فيه أصلاً كالحشرات، وما فيه منفعة محرمة كالخمير، وما فيه منفعة مباحة للحاجة كالكلب والميتة في حال الضرورة، وعلق البهوتى على صاحب متن الإقناع أن النفع لا يصح بيعه مع أنه ذكر في حد البيع صحته فكان ينبغي أن يقال هنا: كون المبيع مالاً أو نفعاً مباحاً مطلقاً أو يعرف المال بما يعم الأعيان والمنافع<sup>٤</sup>. والمنافع<sup>٥</sup>.

### الفرع الثالث: اختلاف الفقهاء في مالية المنافع

مذهب الحنفية: وقالوا بأن المنافع ليست أموالاً متقومة في حد ذاتها بل هي مجرد ملك<sup>٦</sup>، ولذلك لا تضمن في حالة الإهلاك، وإنما يثبت لها حكم التقوم في في سائر العقود شرعاً ضرورة؛ دفعاً للحاجة بها<sup>٧</sup>.

<sup>١</sup> ابن عابدين، رد المحتار، مرجع سابق، ج4، ص501.

<sup>٢</sup> ابن العربي، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج2، ص107.

<sup>٣</sup> السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص327.

<sup>٤</sup> منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس، البهوتى الحنبلى (ت: 1051هـ)، كشف القناع عن متن الإقناع، ب: ط، ج3، الناشر: دار الكتب العلمية، ب: ت، ص152.

<sup>٥</sup> جاء في البحر الرائق: "المنافع غير متقومة بنفسها؛ لأن التقوم يستدعي سابقة الإحراز وما لا بقاء له لا يمكن إحرازه فلا يتقوم وإنما يتقوم بالعقد الشرعي للضرورة". ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ج8، ص19.



والمنفعة عند الحنفية ملك لا مال؛ لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص، والمال ما من شأنه أن يدخر للانتفاع وقت الحاجة<sup>٢</sup>، وفي المبسوط ذكر الامام السرخسي أن المنفعة ليست بمال متقوم، فلا تضمن بالإتلاف كالخمر والميتة؛ وذلك لأن صفة المالية للشيء إنما تثبت بالتمول، والتمول حفظ الشيء وادخاره لوقت الحاجة، والمنافع لا تبقى وقتين، ولكنها أعراض كما تخرج من حيز العدم إلى حيز الوجود تتلاشى، فلا يتصور فيها التمول<sup>٣</sup>.

ومذهب الجمهور؛ وزفر من الحنفية<sup>٤</sup>: أن المنافع تعتبر أموالاً بحد ذاتها، بل إن إطلاق لفظ المال عليها أحق منه على العين إذ التضمين لا يسمى مالا إلا لأشتمالها على المنافع ولذلك لا يصح بيعها بدونه<sup>٥</sup>، ولأن الشرع قد قومها ونزلها منزلة الأموال فلا فرق بين جبرها بالعقود وجبرها بالتفويت والإتلاف، لأن المنافع هي الغرض الأظهر من جميع الأموال<sup>٦</sup>.

والراجح: أن المنافع تعد أموالاً وذلك للأسباب التالية:

<sup>١</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج2، ص278؛ عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين، الزيلعي الحنفي (ت: 743 هـ)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، ط1، ج2، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، 1313 هـ، ص146.

<sup>٢</sup> ابن عابدين، رد المحتار، مرجع سابق، ج4، ص502.

<sup>٣</sup> السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج11، ص79.

<sup>٤</sup> محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (ت: 897 هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، ط1، ج6، الناشر: دار الكتب العلمية، 1994 م، ص480؛ مرجع سابق، الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، ج2، ص322؛ البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج6، ص373؛ منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس، البهوتي الحنبلي (ت: 1051 هـ)، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، ط1، ج1، الناشر: عالم الكتب، 1993 م، ص628.

<sup>٥</sup> جاء في بدائع الصنائع: "المنافع عند أصحابنا الثلاثة غير منقومة شرعا بأنفسها، وإنما تنقوم بالعقد بتقويم العاقدين، والعاقدان ما قوماها إلا بالقدر المسمى فلو وجبت الزيادة على المسمى لوجب بلا عقد وإنها لا تنقوم بلا عقد، بخلاف البيع الفاسد فإن المبيع يبيعا فاسدا مضمون بقيمته بالغا ما بلغ لأن الضمان هناك بمقابلة العين، والأعيان منقومة بأنفسها فوجب كل قيمتها، وفي قول زفر - وبه أخذ الشافعي - هي منقومة بأنفسها بمنزلة الأعيان فكانت مضمونة بجميع قيمتها كالأعيان". الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج4، ص218.

<sup>٦</sup> محمود بن أحمد بن محمود بن بختيار، أبو المناقب شهاب الدين، الرنجانبي (ت: 656 هـ)، تخريج الفروع على الأصول (تحقيق: محمد أديب صالح)، ط2، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، 1398، ص225.

<sup>٧</sup> العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، مرجع سابق، ج1، ص183.



1. متقدمو الحنفية لا يعتبرون المنافع أموالاً إلا إذا ورد العقد عليها؛ مراعاة للمصلحة العامة وحاجة الناس إلى المنافع في حياتهم<sup>١</sup>، فالعقد هو الذي يكسب المنافع خصائص المال المتقوم شرعاً؛ لورود الإستثناء من القياس العام الذي أصلوه وهو عدم مالية المنافع، وعلى هذا المنافع تعتبر أموالاً إذا ورد العقد عليها وعليه فتكون المنافع مالاً عند جميع الفقهاء.

2. كما أن الحنفية أفتوا بجواز بيع كل ما له منفعة كالسماد الطبيعي (السرجين النجس) وهوام الأرض وبعض النجاسات النافعة<sup>٢</sup>، وهو دليل على ثبوت مالية هذه الأشياء، وكل ما هو داخل في الملك من المنافع تجوز المعاوضة عنه مما يدل على أن المنفعة مال متقوم .

3. ومتأخر و الحنفية أفتوا بضمان منافع المغصوب في ثلاثة أشياء هي: المال الموقوف، ومال اليتيم، والمال المعد للإستغلال<sup>٣</sup>، ومعلوم أن المنافع اليوم يقصد بها الإستثمار والربح.

4. أفتى متأخرو المذاهب الفقهية بجواز أخذ الأجرة على الطاعات رعاية لإقامة الشرائع والشعائر والشعائر الدينية كالإمامة والأذان و الخطبة وتعليم القرآن وغيرها من العبادات، فلا جرم أن مصالح الأمة في عصرنا تقتضي القول بمالية المنافع.

5. العرف العام يقرر بصفة واضحة أن المنافع تعد أموالاً؛ فالناس إعتادت اليوم أخذ العوض مقابل المنافع، والعرف أساس تمويل الأشياء وتقومها.

<sup>١</sup> السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 11، ص 78-79 .  
<sup>٢</sup> بدر الدين العيني، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفى (ت: 855هـ)، البناية شرح الهداية، ط 1، ج 12، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، ص 201 .  
<sup>٣</sup> ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، مرجع سابق، ص 243.  
<sup>٤</sup> مجد الدين أبو الفضل الحنفى، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، (ت: 683هـ)، الإختيار لتعليل المختار، ب: ط، ج 2، الناشر: مطبعة الحلبي - القاهرة، 1937م، ص 59؛ محمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي، الشنقيطي، لوامع الدرر في هتك أستار المختصر ط 1، ج 1، الناشر: دار الرضوان - موريتانيا، 2015م، ص 797؛ الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 3، ص 461؛ الجهتوي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج 4، ص 13 .



## المطلب الرابع تحديد عقود المعاوضات المالية

تعتبر عقود المعاوضات المالية من العقود الرضائية التي تعتمد على رضى كل من الطرفين، كما أنها من العقود اللازمة للتنفيذ، الملكية، فهي قائمة على أساس العوض والمبادلة.

### الفرع الأول: معنى المعاوضة لغة

المعاوضة لغة : العوض: مصدر عاض يعوض عوضاً<sup>١</sup>، تقول: هذا عياض لك، أي: عوض لك<sup>٢</sup>، والعوض: البديل، وعضت فلانا وأعضته وعوضته إذا أعطيته بدل ما ذهب منه<sup>٣</sup>.

<sup>١</sup> أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني، أبو الحسين، ابن فارس (ت: 395هـ)، مجمل اللغة لابن فارس (تحقيق: زهير عبد المحسن سلطان) ط2، ج1، دار النشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، 1986، ص637.

<sup>٢</sup> الفراهيدي، كتاب العين، مرجع سابق، ج2، ص193.

<sup>٣</sup> ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج7، ص192.



وقال العسكري: "والعوض ما تعقب به الشيء على جهة المثلثة، تقول هذا الدرهم عوض من خاتمك وهذا الدينار عوض من ثوبك، والعوض هو البديل الذي ينتفع به"<sup>1</sup>.

فالعوض لغة قائم على أساس مبادلة، ينتفع بها عادة، بحيث يكون هناك فائدة من البديل.

### الفرع الثاني: المعاوضة اصطلاحاً

من خلال النظر إلى مصنفات الفقهاء نجد أن المعاوضة لها مفهوم بالمعنى العام، ومفهوم بالمعنى الخاص، على النحو التالي:

أولاً: المعنى العام: المعاوضة المساواة بين المتعاقدين في تبادل ملكيهما<sup>2</sup>.  
والمعاوضة فيها انتفاع كل من المتعاضين بما بذل له<sup>3</sup>، والمعاوضة يتضمنها النزول عن العوض والرضا بالمعوض<sup>4</sup>.

قال ابن رجب: "أما المعاوضة فتقع في العقود اللازمة ويملك فيها الطعام والكسوة كما يملك غيرهما من الأموال المعاوز"<sup>5</sup>.

فمن خلال النظر إلى نصوص الفقهاء تبين أن المعاوضة بالمعنى العام موافقة للمعنى اللغوي لها من حيث الإستعمال والمعنى، فهي تعني المبادلة بين العوضين<sup>6</sup>، وتقوم على أساس إعطاء العوض وأخذ البديل في مقابله.

ثانياً: المعنى الخاص: عقد يعطى كل طرف فيه نفس المقدار من المنفعة التي يعطيها الطرف الآخر<sup>7</sup>، فهناك طرف يملك المال أو المنفعة، مقابل ما يأخذه الطرف الآخر مما يساويها - أي ما يصلح أن يكون بدلاً .

<sup>1</sup> أبو هلال الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران، العسكري (ت: نحو 395هـ)، الفروق اللغوية، ب: ط، ج، 1، الناشر: دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة - مصر ب: ت، ص 237.

<sup>2</sup> ابن عابدين، رد المحتار، مرجع سابق، ج، 4، ص 576.

<sup>3</sup> القرافي، الفروق، مرجع سابق، ج، 3، ص 3.

<sup>4</sup> أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر، الزركشي (ت: 794هـ)، البحر المحيط في أصول الفقه، ط، 1، ج، 7، الناشر: دار الكتب، 1994، ص 383.

<sup>5</sup> زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلافي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي، ابن رجب (ت: 795 هـ)، القواعد لابن رجب، ب: ط، الناشر: دار الكتب العلمية، ب: ت، ص 132.

<sup>6</sup> نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والإقتصادية في لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص 426.





فعقود المعاوضات هي عقود مبنية على التراضي والمساواة والتملك للعوضين، خلافاً للتبرعات التي تقوم على أساس التبرع والرفق والمعونة دون مقابل.<sup>٢</sup>

وقد عرفها المعاصرون بأنها هي التي تقوم على أساس المبادلة بين المتعاقدين وتملك كل من الطرفين ما عند صاحبه.<sup>٣</sup>  
أما مصطفى الزرقا فجعل عقود المعاوضات تقوم على أساس إنشاء إلتزامات متقابلة بين العاقدين يأخذ فيها كل من الطرفين شيئاً، ويعطي مقابله شيئاً.<sup>٤</sup>

### الفرع الثالث: أقسام عقود المعاوضات

تقسم عقود المعاوضات إلى قسمين محضة وغير محضة :  
المعاوضات المحضة: وهي التي يقصد فيها المال من الجانبين .  
المعاوضات غير المحضة: وهي التي لا يقصد فيها المال من الجانبين.

-وعقود المعاوضات المحضة تقسم باعتبار نوع المبادلة إلى :

أولاً: مبادلة مال بمال : وهي التي يكون فيها المال مقصوداً من الجانبين، كالبيع .  
ثانياً: مبادلة مال بمنفعة : وهي التي يكون فيها المال مقصوداً من جانب والمنفعة من جانب آخر، كالإجارة.<sup>٥</sup>  
وهذان النوعان يطلق عليهما إسم المعاوضات المالية.<sup>٦</sup>

١ محمد رواس قلنجي- حامد صادق قنبيبي، معجم لغة الفقهاء ، ط2، الناشر: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، 1988م، ص438.

٢ نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والإقتصادية في لغة الفقهاء ، مرجع سابق، ص427 .

٣ عدنان خالد التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي ، ط1، الناشر: دار الشروق للنشر والتوزيع والطباعة- جدة، 1981م، ص268.

٤ الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ص640 .

٥ نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والإقتصادية في لغة الفقهاء ، مرجع سابق، ص426 ؛ قذافي عزات الغناني، العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي ، ط1، الناشر: دار النفائس-عمان، 2008م، ص28-29.

٦ أحمد إبراهيم بيك، المعاملات الشرعية المالية ، ب:ط، ب:ن، 1936م، ص81 ؛ ولنفس المؤلف (أحمد بيك)، العقود والخيارات والشروط ، مجلة القانون والاقتصاد جامعة القاهرة ، السنة الرابعة ، العدد 1 ، 1934م، ص678 ؛ بدران أبو العنين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود ، ب:ط، الناشر: دار النهضة العربية للطباعة والنشر -بيروت، ب:ت، ص487 ؛ التركماني ، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص268 .

٧ سلطان بن إبراهيم بن سلطان الهاشمي ، أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية ، ط1، الناشر: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، 2002 ، ص73.



- وعقود المعاوضات غير المحضنة تقسم باعتبار نوع المبادلة إلى :

أولاً: مبادلة مال بما ليس مالا ولا منفعة : وهي التي يكون المال فيها طرف واحد من العوض، كالزواج، والخلع، والمكاتبة، والجزية .

ثانياً: مبادلة منفعة بمنفعة : وهي التي يكون العوضين فيها منفعة، كالمهاياة<sup>١</sup> في قسمة المنافع<sup>٢</sup> .

وهذان النوعان يطلق عليهما إسم المعاوضات غير المالية<sup>٣</sup> .

## الفصل الأول

### أثر العرف في عقود المعاوضات المالية

سنتكلم في هذا الفصل عن أثر العرف في عقد البيع والسلم والإجارة وسنبين أن للعرف الدور الهام في هذه العقود؛ من خلال إظهار أثر العادة والعرف في صيغ عقود البيع، وبيان ما يلحق برأس المال، وما يدخل في المبيع وما لا يدخل، وبيان أثر العرف في بيع المعاطاة، وبيان كذلك أثر العرف في القبض والخيارات، ثم بيان أثر العرف في أوصاف المسلم فيه وأقل أجل السلم، وكذلك بيان أثر العرف في جواز الإجارة، وتحديد المقصود بالمنفعة ، والعلم بالأجرة، وبيان المدة فيها.

١ المهاياة في الدار ونحوها مقاسمة المنافع : وهي أن يتراضى الشريكان أن ينتفع هذا بهذا النصف المفرز وذلك بذلك النصف أو هذا بلكه في كذا من الزمان وذلك بلكه في كذا من الزمان بقدر مدة الأول وقد تهايا أي فعلا ذلك وهيايا فلان فلانا وأصله من قولك هيايته فتهايا أي أعددته فاستعد وهاء يهيه إذا تهايا وهينة الشيء قريبة من هذا . نجم الدين النسفي، عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل، أبو حفص ت(537هـ)، طلبه الطلبة، ب:ط، الناشر: المطبعة العامرة، مكتبة المثنى ببغداد، 1311.

٢ احمد ابراهيم بيك، العقود والخيارات والشروط ، مرجع سابق، ص678 ؛ بدران ابو العينين ، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود ، مرجع سابق، ص487 ؛ الهاشمي ، أحكام تصرفات الوكيل ، مرجع سابق، ص73 ؛ الترجماني ، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي مرجع سابق، ص268 .

٣ الهاشمي، أحكام تصرفات الوكيل ، المرجع ذاته، ص74.



## المبحث الأول تطبيقات العرف في البيع

يعتبر عقد البيع أصل عقود المعاوضات المالية، وتقوم فكرته على أساس التبادل، فالمشتري يأخذ الشيء الذي يريده ويحتاج إليه، في مقابل إعطاء الثمن للبائع، وجرت عادة الناس على التعامل به لحاجتهم إليه وطلبهم إياه، فلولا لما استطاع الإنسان أن يمتلك الشيء الذي ينتفع به إلا كما قال ابن الهمام: "أن يؤخذ على التغالب والمقاهرة أو السؤال والشحاذة أو يصبر حتى يموت وفي كل منها ما لا يخفى من الفساد"<sup>١</sup>.

ولكن الله عز وجل أوجد البديل (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) <sup>٢</sup>، فكان عقد البيع مقصداً وضرورة للناس فيما بينهم ، وللعرف في عقد البيع واقع بارز في ما يدل على إنشاء التمليك والتملك<sup>١</sup>، إلى غير ذلك من الأمور التي سنبينها في هذا المبحث .

<sup>١</sup> ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، ج6، ص248 .  
<sup>٢</sup> سورة البقرة، الآية 265 .



## المطلب الأول العرف والبيع

في هذا المطلب بيان أثر العرف في صيغ عقد البيع وما يدل على الرضا، وبيان أثر العرف في بيان ما يلحق برأس المال في المرابحة وما لا يلحق، وبيان أثر العرف في ما يدخل في المبيع وما لا يدخل.

### الفرع الأول: معنى البيع لغة واصطلاحاً

- البيع لغة: مصدر باعه يبيعه بيعاً، ضد الشراء، والبيع: الشراء أيضاً، وهو من الأضداد، ويطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه بائع ولكن إذا أطلق البائع فالمتبادر إلى الذهن باذل السلعة، ويطلق البيع على المبيع فيقال بيع جيد ويجمع على بيوع ، وفي الحديث «وَلَا يَبِيعُ الرَّجُلُ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ، وَلَا يَخْطُبُ عَلَى خُطْبَةِ أَخِيهِ»<sup>١</sup>؛ أي لا يشتري لأن النهي في هذا الحديث إنما هو على المشتري لا على البائع؛ لأن العرب تقول بعث الشيء بمعنى اشتريته<sup>٢</sup>.

- البيع إصطلاحاً: عرف الحنفية البيع بأنه: مبادلة المال بالمال بالتراضي، وزاد بعضهم على جهة التمليك، وقيل لا حاجة إليه لأن المبادلة تدل عليه<sup>٣</sup>.

وفي الدرر: مبادلة مال بطريق الاكتساب، أي التجارة، فخرج به مبادلة رجلين بمالهما بطريق التبرع أو الهبة بشرط العوض فإنه ليس ببيع ابتداءً، وإن كان في حكمه بقاء، ولم يقل على سبيل التراضي ليتناول بيع المكره<sup>٤</sup> فإنه بيع منعقد وإن لم يلزم (ينعقد)<sup>٥</sup>.

<sup>١</sup> البيع ينعقد بكل لفظ ينبئ عن إنشاء التمليك والتملك، كقول البائع: أعطيت أو ملكت وقول المشتري: أخذت أو تملكيت أو رضيت أو أمثال ذلك، وينعقد البيع بصيغة المضارع أيضاً إذا أريد بها الحال كما في عرف بعض البلاد كأبيع وأشتري . علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، المادتان ، 169، 170، ج 1، ص 35 .

<sup>٢</sup> البخاري، الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب البيوع، باب : لا يبيع على بيع أخيه ولا يسوم على سوم أخيه حتى يأذن له أو يترك، ج 3، ص 65، ح 2140.

<sup>٣</sup> ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 8، ص 23، 24، 25؛ ابن فارس، مجمل اللغة، مرجع سابق، ج 1، ص 327؛ الفيومي، المصباح المنير، مرجع سابق، ج 1، ص 69 .

<sup>٤</sup> بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج 5، ص 277 .



وعرفه المالكية:نقل الملك بعوض، فقول الملك خرج به العقد الفاسد؛ لأن البيع الفاسد لا ينقل الملك، وإنما ينقل شبهة الملك، وقوله بعوض خرج به الهبات والصدقات<sup>٣</sup>.

وهذا التعريف لا يخرج النكاح والإجارة؛ لأن كلاهما ينقل الملك، فجاء في الشرح الصغير ما يخرجهما فعرف البيع: بأنه عقد معاوضة على غير منافع<sup>٤</sup>.

وعرفه الشافعية: عقد معاوضة مالية يفيد ملك عين أو منفعة على التأييد فدخل بيع حق الممر ونحوه، وخرجت الإجارة بقيد التأقيت فإنها ليست بيعاً<sup>٥</sup>.

؛ وخرج عقود التبرعات كال هبة وغيره<sup>٦</sup>، والنكاح بقوله:عقد معاوضة مالية فإنه لا يسموا بيوع عرفاً، وأخرج بقوله الملك عقود العارية والرهن وأخرجت الإجارة بالتأقيت<sup>٦</sup>.

وعرفه الحنابلة:مبادلة عين مالية أو منفعة مباحة مطلقاً بمال في الذمة من نقد أو غيره<sup>٧</sup>.

ومبادلة عين مالية، لا يكون إلا بين اثنين فأكثر، وهي كل جسم أبيع نفعه واقتناؤه مطلقاً، فخرج نحو الخمر والخنزير والميتة النجسة ومنفعة مباحة على الإطلاق، بأن لا تختص بإباحتها بحال دون حال، كمر دار وبقعة تحفر بئراً، بخلاف نحو جلد ميتة مدبوغ، فلا يباع هو ولا نفعه لأنه لا ينتفع به مطلقاً<sup>٨</sup>.

<sup>١</sup> بيع المكره بيع فاسد وليس بيع باطل، وقد بينا الفرق بين العقد الباطل والفاسد في الفصل التمهيدي، فبيع المكره يصح إن رضي به المكره، فهو موقوف على إجازته مع أنه فاسد فهو يثبت به الملك عند القبض للفساد. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المرجع ذاته ج6، ص76.

<sup>٢</sup> محمد بن فرامر بن علي الشهير بملا - أو منلا أو المولى - خسرو، الملا (ت: 885هـ)؛ درر الحكام شرح غرر الأحكام، ب: ط، ج2، الناشر: دار إحياء الكتب العربية، ب: ت، ص142.

<sup>٣</sup> الحطاب الرُّعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج4، ص222.

<sup>٤</sup> أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، الصاوي المالكي (ت: 1241هـ)، بلغة السالك لأقرب المسالك (حاشية الصاوي على الشرح الصغير) ب: ط، ج3، الناشر: دار المعارف، ب: ت، ص12.

<sup>٥</sup> الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص323.

<sup>٦</sup> الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج2، ص323.

<sup>٧</sup> الرحيباني السيوطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى مرجع سابق، ج3، ص4.

<sup>٨</sup> مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المرجع ذاته، ج3، ص3.



## الفرع الثاني: أثر العرف في صيغ عقد البيع وما يدل على الرضا

يقصد بصيغة العقد: ما يصدر من العاقدين دالاً على إنشاء المبادلة من قول أو فعل، بمعنى ما يبين به كل من المتعاقدين عن غرضه وقصده (إيجاب وقبول) وقد تكون الصيغة قولاً وهذا هو الغالب بين الناس، وقد تكون ب الإشارة والكتابة والتعاطي، وقد يكون أحدهما قولاً والآخر فعلاً<sup>١</sup>.

وتعتبر الصيغة (الإيجاب والقبول) الركن الوحيد في عقد البيع عند الحنفية<sup>٢</sup>،  
الحنفية<sup>٣</sup>، خلافاً للجمهور فأركان البيع عندهم هي: العاقدان (البائع والمشتري)،  
والمشتري)، المعقود عليه (الثمن والمثمن)، والصيغة (الإيجاب والقبول)<sup>٤</sup>.  
والإيجاب ما يصدر أولاً دالاً على إنشاء العقد، سواء أكان الكلام من  
البائع، كقوله بعتك أو ملكتك أو نحوه، أو كان صادراً عن المشتري،  
أشترت أو قبلت الشراء أو نحوه، والقبول ما يصدر ثانياً من المتعاقد سواء  
أكان من البائع أو المشتري هذا عند الحنفية<sup>٥</sup>.  
أما الجمهور الإيجاب عندهم ما يصدر من البائع دالاً على إنشاء العقد كقوله  
بعت أو ملكتك بكذا، والقبول ما يصدر من المشتري دالاً على الرضا كقوله  
قبلت أو أشترت<sup>٦</sup>.

وللعرف الأثر البارز في صيغ البيع، ف الأصل في الإيجاب والقبول أن ينعقد<sup>٦</sup>  
بهما البيع بصيغة الماضي مثل أن يقول البائع بعث ويقول المشتري أشترت  
أشترت<sup>٦</sup>، وهي وإن كانت للماضي وضعاً لكنها جعلت إيجاباً للحال في عرف  
عرف أهل اللغة والشرع، والعرف قاض على الوضع وقد ينعقد البيع بصيغة  
الحال (المضارع)، وتعرف حالية المضارع بأن يقرن بلفظ الآن أو بما في

<sup>١</sup> علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص 402؛ أحمد ببيك، المعاملات الشرعية المالية، ص، مرجع سابق 96.

<sup>٢</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 5، ص 134.

<sup>٣</sup> الصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك (حاشية الصاوي على الشرح الصغير)، مرجع سابق، ج 3، ص 14؛ أبو حامد محمد الغزالي الطوسي، الغزالي (ت: 505هـ)، الوسيط في المذهب، (تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر)، ط 1، ج 3، الناشر: دار السلام - القاهرة 1417هـ، ص 5؛ البيهقي، كشف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، ج 2، ص 5.

<sup>٤</sup> ابن عابدين، رد المحتار، مرجع سابق، ج 4، ص 506.

<sup>٥</sup> الحطاب الرعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج 4، ص 231؛ النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج 3، ص 338؛ أبو الفرج، ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، مرجع سابق، ج 4، ص 3.

<sup>٦</sup> المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، مرجع سابق، ج 3، ص 23.



معناها عرفاً<sup>١</sup>، مثل أن يقول البائع أبيع ويقول المشتري أشتري؛ لأن كل واحد من هذه الألفاظ وإن كانت بلفظ الحال إلا أنها تؤدي معنى البيع وهو المبادلة، والعبرة للمعنى لا للصورة، أما الصيغة بالمستقبل فلا ينعقد البيع بها لأنها وعدٌ وتوكيل ولا تدل على الجزم في إنشاء العقد<sup>٢</sup>.

فالصيغة في الإيجاب والقبول غير منحصرة في لفظ بعينه، ما دامت أنها تدل على إنشاء العقد ويفهم منها الرضا به، وكانت معمول بها عرفاً، فتقبل في إنشاء العقد، فكل لفظين على صيغة الماضي والحال ينعقد بهما البيع، وذلك نحو أن يقول أحدهما بعت ويقول الآخر: اشتريت أو قبلت، وكذلك كل لفظين يؤيدان معاهما<sup>٣</sup>.

فيصح الإيجاب والقبول بلفظ البيع والشراء وكل ما أدى معاهما<sup>٤</sup>، فما يعده الناس بيعاً فهو بيع، وإن اختلف إصطلاح الناس في الألفاظ والأفعال كل قوم بما يفهمونه بينهم من الصيغ والأفعال، وليس لذلك حد في الشرع واللغة، بل يتنوع بتنوع إصطلاح الناس كما تتنوع لغاتهم، ولا يلزم الناس الإلتزام بنوع معين من الإصطلاح في المعاملات المالية، فيصح بالقول ويصح بالإشارة المفهومة والكتابة، وبكل ما يدل على المراد المجاجي: "وبما أن المدار على إفهام المتكلم لمقصودة، فإن الألفاظ المستخدمة إنما يراعى فيها الدلالة العرفية على الرضا، ولو كانت غير دالة على ذلك وضعا(لغة)"<sup>٥</sup>.

<sup>١</sup> مصطفى أحمد الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي، ط2، الناشر: دار القلم - دمشق، 2012، ص27.

<sup>٢</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص133.

<sup>٣</sup> برهان الدين البخاري الحنفي، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، مرجع سابق، ج6، ص269.

<sup>٤</sup> الفقهاء جميعاً متفقون على أن البيع يصح بلفظ البيع والشراء وكل ما أدى معاهما، ونصوص الفقهاء هي: جاء في الشرح الصغير: أن الصيغة أو ما يقوم مقامها مما يدل على الرضا، ركن من أركان البيع، وشرح الصاوي ما يدل على الرضا بقوله: "أي عرفاً سواء دل عليه لغة أيضاً أو لا؛ فالأول: كبعث واشترت وغيره من الأقوال". مرجع سابق، الصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك (حاشية الصاوي على الشرح الصغير، مرجع سابق، ج3، ص14؛ وقال النووي في أسنى المطالب عن الصيغة (الإيجاب والقبول): "لا حصر لصرائحه والرجوع فيه إلى العرف". مرجع سابق، النووي، أسنى المطالب، مرجع سابق، ج2، ص3؛ وفي كشف القناع: "الصيغة القولية (غير منحصرة في لفظ بعينه) كبعث واشترت (بل) هي (كل ما أدى معنى البيع)؛ لأن الشارع لم يخصه بصيغة معينة، فتناول كل ما أدى معناه". مرجع سابق، كشف القناع عن متن الإقناع، البيهوتي، ج3، ص146.

<sup>٥</sup> ديبان الدين، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، مرجع سابق، ج1، ص431.

<sup>٦</sup> محمد سكمال المجاجي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، ط1، الناشر: دار ابن حزم للطباعة والنشر - بيروت لبنان، 2001، ص61.



وبناء على تقسيمات العرف التي بينها أنفاً؛ يعتبر العرف في الإيجاب والقبول من العرف القولي؛ بمعنى أن اللفظ عند سماعه أو الكلام به من أحد المتعاقدين يتبادر إلى الذهن المعنى الموضوع له عرفاً حتى لو لم يكن وضع لذلك لغة ؛ لأن استخدام الناس له وتعاملهم به جعله مقدم على اللغة، وهذا الذي يقصد به الفقهاء أن العرف مقدم على اللغة عند التعارض.

### الفرع الثالث: أثر العرف في بيان ما يلحق برأس المال وما لا يلحق في بيع المرابحة

تعتبر المرابحة من بيوع الأمانة<sup>١</sup> ، وبيوع الأمانة تقوم على أساس بيان رأس المال ومن ثم زيادة ربح محددة إما بنسبة مئوية كعشرة بالمائة مثلاً أو مبلغاً مقطوعاً، أو بعين محددة بحوزة المشتري ، فك أن البائع مؤت مناً على بيان رأس المال للمشتري وسمي لذلك بيع الأمانة ، والناس تعاملوا ذلك من غير كبير منكر، وتعامل الناس حجة يترك بها القياس، ويخص بهذا الأثر<sup>٢</sup> .

ويعتبر أثر العرف في بيان ما يدخل في رأس المال وما لا يدخل وذلك تبعاً لأعراف الناس وعاداتهم، والعادة محكمة في بيع المرابحة؛ فإذا جرى عرف التجار بضم شيء غير رأس المال فإنه ينبغي أن يلحق كل ذلك برأس المال من تكاليف السفر والشحن والتفريغ والتخزين والجمارك والتخليص عليها كما هو عرف اليوم<sup>٣</sup> ، وهو المحكم فيما يتعلق بهذه الأمور فما أضافه العرف إلى رأس المال أضيف إليه وإلا فلا لأن العادة فيما بين التجار أنهم يلحقون هذه المؤن برأس المال ويعدونها منه، وعرف المسلمين وعاداتهم حجة<sup>٤</sup> .

### الفرع الرابع: أثر العرف في ما يدخل في المبيع وما لا يدخل

<sup>١</sup> من بيوع الأمانة: بيع التولية، وبيع الوضعية، وبيع الإشارك. بيع التولية: هو البيع الذي يقع بعد بيان البائع ثمن المبيع الذي اشتراه به بدون زيادة ولا نقصان على ذلك الثمن وذلك كما لو اشترى أحد مالا بعشر ذهبات فباعه من آخر بعشر أيضاً، وبيع الوضعية: هو الذي يقع بنقص في ثمن المبيع عما اشتراه به البائع. وذلك كأن يشتري شخص مالا بعشرة جنيهات فيبيعه بسبعة. علي حيدر، درر الحكام، مرجع سابق، المادة 123، ج1، ص114 .

<sup>٢</sup> برهان الدين البخاري الحنفي، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، مرجع سابق، ج7، ص3 .

<sup>٣</sup> السيد صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص507 .

<sup>٤</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، مرجع سابق، ج5، ص223 .





الأصل في المبيع أن يكون معلوماً  
ويحفظ المودة والأخوة بين المسلمين،  
علماً يقطع المنازعة بين المتعاقدين،  
ويحسن الأموال أن تضيع، ولذلك جاء  
النهي عن بيع المعلوم  
:" نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ  
الْحَصَاةِ، وَعَنْ بَيْعِ الْغَرْرِ"<sup>١</sup>، ونفي الجهالة تكون بمعرفة حدود المبيع وما يعتبر  
تابعاً للمبيع وما لا يعتبر.

وهناك أمور تدخل في المبيع دون ذكرها صراحة في العقد، وهناك أمور  
تخرج عن المبيع دون النص عليها كذلك في العقد، فكان لا بد من وجود  
ضابط حتى يتميز ما هو المبيع الذي ينتقل إلى المشتري وما يدخل تبعاً فيه،  
وما لا ينتقل إلى المشتري بل يبقى للبائع ، والضابط في ما يتبع المبيع وما  
يخرج عنه هو العرف، فما يعتبر عرفاً داخلياً في المبيع فهو داخل فيه،  
وأخرجه العرف فهو خارج عنه، فلا يحق للمشتري المطالبة بما لا يدخل في  
المبيع، كما لا يحق للبائع أن يمنع عن المشتري ما يدخل تبعاً فيه<sup>٢</sup>.

وعند الحنفية: يدخل في المبيع ما يلي:

- أ - ما يتناول مدلول اسم المبيع، بحيث يعتبر جزءاً من أجزائه ، فبيع الدار مثلاً  
يدخل فيه غرفها، وبيع الخزانة يدخل فيه الأدرج.
- ب - ما لا يقبل الانفكاك عن المبيع بالنظر إلى الغرض من العقد عليه ، فبيع  
القفل يدخل معه المفتاح.
- ج - ما كان متصلاً بالمبيع اتصال قرار ، بأن كان موضوعاً على وجه الدوام،  
كبيع الدار تدخل فيه الأبواب والأحواض.

<sup>١</sup> مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، مسلم (ت: 261هـ)، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله  
صلى الله عليه وسلم (صحيح مسلم)، (تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي)، ج3، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، ص1153، حديث: 1513.

(بيع الحصاة) فيه ثلاث تأويلات أحدها أن يقول بعثك من هذه الأثواب ما وقعت عليه الحصاة التي أرميها أو بعثك هذه الأرض من هنا  
إلى ما انتهت إليه هذه الحصاة والثاني أن يقول بعثك على أنك بالخيار إلى أن أرمي بهذه الحصاة والثالث أن يجعل نفس الرمي بالحصاة  
بيعا فيقول إذا رميت هذا الثوب بالحصاة فهو مبيع منك بكذا

(بيع الغرر) النهي عن بيع الغرر أصل عظيم من أصول كتاب البيوع ويدخل فيه مسائل كثيرة غير منحصرة كبيع الأبق والمعدوم  
والمجهول وما لا يقدر على تسليمه وما لم يتم ملك البائع عليه وبيع السمك في الماء الكثير واللبن في الضرع وبيع الحمل في البطن  
ونظائر ذلك وكل ذلك يبيعه باطل لأنه غرر من غير حاجة ومعنى الغرر الخطر والغرور والخداع واعلم أن بيع الملامسة وبيع المنايذة  
وبيع جبل الحبلية وبيع الحصاة وعسيب الفحل وأشباهها من البيوع التي جاء فيها نصوص خاصة هي داخلية في النهي عن الغرر . المسند  
الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم (صحيح مسلم)، المرجع ذاته، ج3، ص1153 .

<sup>٢</sup> السيد صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص248 .



د - ما جرى العرف ببيعه مع المبيع تابعا له كالخطام بالنسبة للبيعر<sup>١</sup> ، وهذا مما يختلف باختلاف عرف الناس وعاداتهم في كل بلد فبني الأمر فيه على ذلك<sup>٢</sup>.

وعند المالكية: ذكر القرافي في الفرق التاسع والتسعون والمائة، في قاعدة ما يتبع العقد عرفا وقاعدة ما لا يتبعه أن الألفاظ التي حكمت العوائد بأنها تتبع بشيء إذا وقع العقد عليها ثمانية لفظ الشركة ولفظ الأرض ولفظ البناء ولفظ الدار ولفظ المرابحة ولفظ الشجر ولفظ الثمار ولفظ العبد، ثم ذكر أن عقد الشركة يحمل على المناصفة إذا كان مطلقاً، وفي بيع الأرض تدخل الأشجار والبناء، وفي بيع الدور تدخل الأبواب والسلالم، وكل ما هو من مصالحها ووافقها، فجميع هذه المسائل وهذه الأبواب التي سردتها مبنية على العوائد<sup>٣</sup>.

وعند الشافعية: هناك خلاف في دخول البناء والشجر في بيع الأرض على قولين : الأول: لا يدخل لأن اللفظ لا يتناولهما وضماً ، ولا يوجد عرف مطرد على ذلك - وهذا قول أيضاً عند الحنابلة<sup>٤</sup> - والثاني: يدخل في البيع لأنهما متصلان بهما<sup>٥</sup>.

والمذهب أنهما لا يدخلان يقول الإمام العز بن عبد السلام: " إذا قال بعت هذه الأرض أو هذه الساحة أو رهنكها وفيها بناء أو غراس، ففي دخولهما في البيع والرهن اختلاف، والقياس أن لا يدخل لأن الاسم لا يتناولهما"<sup>٦</sup>.  
ورجح الإمام النووي في أن البناء والشجر لا يدخلان في البيع ولا في الرهن إلا أن يثبت إجماع على الدخول فيتعين اتباعه ومتى لم يثبت فالقياس لا يدخلان<sup>٧</sup>.

<sup>١</sup> ابن عابدين، رد المحتار، مرجع سابق، ج4، ص 547-555 ؛ عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري (ت:1360هـ)، الفقه على المذاهب الأربعة، ط2، ج2، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان ، 2003 ، ص 257 ؛ مصطفى الزرقا ، عقد البيع ، ط2، الناشر: دار القلم-دمشق، 2012 ، ص 55 .

<sup>٢</sup> بدائع الصنائع، المرجع ذاته، ج5، ص 167 .

<sup>٣</sup> القرافي، الفروق، مرجع سابق، ج3، ص 287-288 .

<sup>٤</sup> علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي الصالحي الحنبلي، المرادوي (ت:885هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط2، الناشر: دار إحياء التراث العربي ب:ت، ج5، ص 56 .

<sup>٥</sup> إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، أبو اسحاق الشيرازي، (ت:476هـ)، المهذب في فقه الإمام الشافعي ، ب:ط، ج2، الناشر: دار الكتب العلمية ب:ت، ص 39 .

<sup>٦</sup> العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام ، مرجع سابق، ج2، ص 180 .

<sup>٧</sup> النووي، المجموع، مرجع سابق، ج 11 ، ص 259 .



وعند الحنابلة: كل ما يتناوله إسم المبيع لغة أو عرفاً يدخل في البيع، فمثلاً لو باع داراً دخل فيها أرضها وبنائها ومعدنها الجامد وفنائها إن كان لها فناء، وإذا باع حديقة أو بستاناً دخل فيها من غراس وبنائها وأشجار، وكل ما أتصل بالمبيع لمصلحته يتبع المبيع فتدخل في بيع الدار السلالم والرفوف، وكل ما يتعلق به حاجة المبيع أو يعد من مصلحته عرفاً يدخل في بيعه تبعاً، فيدخل في بيع الدابة لجامها<sup>١</sup>.

فكل ما جرى عرف البلدة على أنه من مشتملات المبيع يدخل في البيع من غير ذكر ففي بيع الدار يدخل المطبخ ، وفي بيع حديقة زيتون تدخل أشجار الزيتون من غير ذكر؛ لأن المطبخ من مشتملات الدار ، وحديقة الزيتون تطلق على أرض تحتوي على أشجار الزيتون فلا يقال لأرض خالية حديقة زيتون<sup>٢</sup>.

ويقع البيع على العين ومنافعها، ولذا كان من مقتضاه أحياناً أن يدخل في المبيع ما له صلة به، لتحقيق المنفعة المرادة منه، أو أن يقضي العرف بشمول المبيع لأشياء تدخل فيه ولو لم يصرح بذلك في العقد، كما أنها لا تنفصل عنه إلا بالاستثناء<sup>٣</sup>؛ فما يعتبر عرفاً داخلاً في المبيع فهو داخل فيه، وما أخرجه العرف فهو خارج عنه ، ولكن العرف يترك إذا كان هناك تصريح من أحد المتعاقدين بخلافه، لأن من شرط العرف حتى يكون مقبولاً أن لا يكون هناك تصريح أو شرط من أحد المتعاقدين على خلافه.

١ أحمد بن عبدالله القاري، مجلة الأحكام الشرعية (على مذهب الإمام أحمد)، (تحقيق: عبدالوهاب إبراهيم أبو سليمان ومحمد إبراهيم أحمد علي)، ط3، الناشر: تهامة-جدة المملكة العربية السعودية، 2005م، المواد: 295، 297، 298، ص139-140 .  
٢ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج1، المادة: 230 ، 231، ص209 .  
٣ وزارة الأوقاف - الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية ، مرجع سابق، ج9، ص17-18



## المطلب الثاني العرف والمعاطاة

الأصل في البيع أن يكون بإيجاب وقبول، أي أن يصدر من المشتري ما يدل على رغبته بالشراء أو البيع وأن تتم الموافقة من البائع أو المشتري .

لكن قد يتم البيع بدون التلفظ بالإيجاب أو القبول، أو أن يتم التلفظ بالإيجاب فقط أو العكس، وذلك اذا جرت العادة والعرف على قبول ذلك، وهذا ما يسمى عند الفقهاء ببيع المعاطاة، أو البيع بالتعاطي ؛ لأنه مأخوذ من الإعطاء والمناولة.

وسأبين في هذا المطلب معنى المعاطاة، وقول الفقهاء فيه، و أثر العرف في قبوله.

الفرع الأول: معنى المعاطاة لغة وإصطلاحاً



-أولاً: المعاطاة لغة: من العطا والعطو: وهو تناول، يقال: طبي عطو: أي يتناول إلى الشجر ليتناول منه، وعطا الرجل بيده إلى الإناء: تناوله وهو محمول قبل أن يوضع على الأرض<sup>١</sup>.  
ومنها قول الله تعالى: ( فَتَعَاطَى فَعَقَرَ )<sup>٢</sup>، ومعنى تعاطى تناول الفعل، من قولهم: عطوت أي تناولت<sup>٣</sup>.

-ثانياً: المعاطاة اصطلاحاً: هي المبادلة الفعلية التي تتم دون التلفظ بإيجاب وقبول، والدالة على تبادل الإرادتين والتراضي<sup>٤</sup>.

فهي إعطاء كل من العاقدين لصاحبه ما يقع التبادل عليه دون التلفظ بإيجاب ولا قبول، أو بإيجاب دون قبول، أو عكسه، وهي من قبيل الدلالة الحالية وحقيقة التعاطي وضع الثمن وأخذ المثلث عن تراض منهما من غير لفظ<sup>٥</sup>.

### الفرع الثاني: أثر العرف في المعاطاة

للعرف دلالة على الرضا والإرادة في إنشاء العقود، فالفقهاء متفقون على إنشاء عقود المعاوضات المالية بالأقوال<sup>٦</sup>؛ أي ما يسمى بالصيغة (الإيجاب والقبول)، ولكنهم لم يتفقوا يتفقوا في إنشاء العقود من خلال الأفعال؛ أي ما يسمى (بالمعاطاة) دون التلفظ بالإيجاب والقبول، والفقهاء الذين قالوا بجواز المعاطاة، اعتمدوا على العرف والعادة وجريان الناس في التعامل به دون نكير على ذلك.

<sup>١</sup> ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج15، 68-69؛ الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق، ص1312.

<sup>٢</sup> سورة القمر، الآية 29.

<sup>٣</sup> شمس الدين القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي (ت: 671هـ)، الجامع لأحكام القرآن (تقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش) ط2، ج17، الناشر: دار الكتب المصرية - القاهرة، 1964م، ص141.

<sup>٤</sup> علي حيدر، درر الحكام، مرجع سابق، المادة: 175، ج1، ص143.

<sup>٥</sup> وزارة الأوقاف - الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج9، ص13.

<sup>٦</sup> ابن عابدين، رد المحتار، مرجع سابق، ج4، ص513.

<sup>٧</sup> محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي، البائرتي (ت: 786هـ)، العناية شرح الهداية، ب: ط، ج6، الناشر: دار الفكر، ب: ت، ص248؛ الرُّعَيْنِي المَلَكِي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل مرجع سابق ج4، ص228؛ أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، الشيرازي (ت: 476هـ)، التنبيه في الفقه الشافعي، ب: ط، الناشر: عالم الكتب، ب: ت، ص87؛ محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، ابن قدامة (ت: 620هـ) المغني، ب: ط، ج3، الناشر: مكتبة القاهرة، 1388هـ، ص480.



وسأبين أقوال الفقهاء في المعاطاة، ثم أثر العرف في الدلالة على الرضا والإرادة في إنشاء العقود كما يلي :

1. ذهب قسم من الفقهاء إلى جواز المعاطاة في الأمور الخسيسة دون النفيسة كالبلقل والرغيف والبيض والجوز استحساناً للعادة، وهذا قول الكرخي والقنوري من الحنفية<sup>١</sup>، وهو إختيار ابن سريج والرويانى من الشافعية<sup>٢</sup>، واختاره القاضي من الحنابلة<sup>٣</sup>.

وتحديد النفيس من الخسيس قديماً كان الضابط عند الفقهاء هو نصاب السرقة فصاعداً، والخسيس ما دونه<sup>٤</sup>، ولكن بناء على قاعدة "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان"<sup>٥</sup>، أصبح تحديد النفيس من الخسيس اليوم إضافة إلى حد السرقة هو (العرف) فما يكون نفيساً في بلد قد لا يكون في بلد آخر نفيساً، وما يكون خسيساً في بلد قد يكون نفيساً في غيره، فالضابط هنا هو العرف.

2. وذهب قسم من الفقهاء إلى جواز المعاطاة مطلقاً، سواء في الأمور النفيسة أو الخسيسة، وهذا مذهب الحنفية<sup>٦</sup> والمالكية<sup>٧</sup> والحنابلة<sup>٨</sup>، وقول عند الشافعية؛ الشافعية؛ وذلك لأن التعاطي يتضمن دلالة الرضا، فيجوز التعبير عنها بالفعل

<sup>١</sup> قال الكاساني: "وذكر القنوري أن التعاطي يجوز في الأشياء الخسيسة، ولا يجوز في الأشياء النفيسة". الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص134. وجاء في البناية: "روي عن الكرخي: أن البيع بالتعاطي إنما ينعقد بالأشياء الخسيسة دون النفيسة". بدر الدين العيني، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى (ت: 855هـ)، البناية شرح الهداية، ط1، ج8، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، 2000م، ص6.

<sup>٢</sup> قال صاحب أسنى المطالب: (وبعضهم) كابن سريج والرويانى (خصص جواز) بيع (المعاطاة بالمحقرات) وهي ما جرت العادة فيها بالمعاطاة كرطل خبز. زين الدين أبو يحيى السنيكي، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، (ت: 926هـ)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ب: ط، ج2، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، ب: ت، ص2.

<sup>٣</sup> جاء في الفروع: "ويصح بيع المعاطاة، نحو أعطني بدرهم خبزاً، فيعطيه ما يرضيه، أو خذ هذا بدرهم فإخذه. وعنه: في البشير، اختاره القاضي. شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، (ت: 763هـ)، كتاب الفروع وتصحيح الفروع (المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي) ط1، ج6، الناشر: مؤسسة الرسالة، 2003م، ص122.

<sup>٤</sup> السيد صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص333.

<sup>٥</sup> أحمد بن الشيخ محمد الزرقا (ت: 1357هـ)، شرح القواعد الفقهية (صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا) ط2، ج1، الناشر: دار القلم - دمشق، 1989، ص227.

<sup>٦</sup> قال الكاساني: "ورواية الجواز في الأصل مطلق عن هذا التفصيل (أي النفيس والخسيس) وهي الصحيحة". الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص134.

<sup>٧</sup> قال القرافي في الفروق: "جوز مالك البيع بالمعاطاة وهي الأفعال دون شيء من الأقوال وزاد على ذلك حتى قال كل ما عده الناس بيعاً فهو بيع". القرافي، الفروق، مرجع سابق، ج3، ص143.

<sup>٨</sup> قال ابن تيمية في مجموع الفتاوى: "مذهب مالك، وأحمد في المشهور من مذهبه، وغيرهما أن البيع والهبة والإجارة لا تنفق إلى صيغة، بل يثبت ذلك بالمعاطاة، فمأعده الناس بيعاً، أو هبة، أو إجارة فهو كذلك". تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد الحراني الحنبلي الدمشقي، ابن تيمية (ت: 728هـ)، الفتاوى الكبرى، ط1، ج4، الناشر: دار الكتب العلمية، 1408هـ، ص169-170.



كالقول، فهي وإن انتفت عنها الدلالة الوضعية في اللغة ففيها دلالة عرفية على الإرادة والرضا<sup>١</sup>.

3. وذهب الشافعية<sup>٢</sup> إلى منع المعاطاة مطلقاً، سواء في الأمور النفعية أو الخيسية، وهذا قول في مذهب أحمد<sup>٣</sup>؛ وذلك لأن العقود لا تنعقد إلا بالألفاظ الدالة على الرضا - أو ما يقوم مقامها عند الحاجة للإشارة من الأخرس - والرضا أمر خفي فأنيط بأمر ظاهر وهو الصيغة (الإيجاب والقبول) فلا تنعقد بالمعاطاة، وهناك قول بجواز المعاطاة عند الشافعية، لجريان عادة الناس به<sup>٤</sup>. ثم بين الإمام النووي أن البيع بالمعاطاة هو المختار للفتوى وعلل ذلك بالرجوع إلى العرف فقال: " واختار جماعات من أصحابنا جواز البيع بالمعاطاة فيما يعد بيعاً .. وهذا هو المختار للفتوى وكذا قاله آخرون وهذا هو المختار لأن الله تعالى أحل البيع ولم يثبت في الشرع لفظ له فوجب الرجوع إلى العرف فكلما عده الناس بيعاً كان بيعاً كما في القبض والحرز وإحياء الموات وغير ذلك من الألفاظ المطلقة فإنها كلها تحمل على العرف"<sup>٥</sup>.

وعقب على هذا القول السيد صالح عوض بقوله: " ولعل الإمام الشافعي رضي الله عنه ومن ذهب إلى رأيه نظروا إلى العرف الجاري في زمنهم وهو أن المعاطاة كانت لا تعد بيعاً فلما أصبحت متعارفة في الانعقاد بها أفتى الشافعية بجواز البيع بالمعاطاة"<sup>٦</sup>.

<sup>١</sup> ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ج5، ص291.

<sup>٢</sup> قال السيوطي: " المعاطاة على أصل المذهب، لا يصح البيع بها، ولو اعتدلت". السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص99؛ وقال الرملي: " والرضا أمر خفي لا اطلاع لنا عليه، فجعلت الصيغة دليلاً على الرضا فلا ينعقد بالمعاطاة". شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (ت: 1004هـ) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ب: ط، ج3، الناشر: دار الفكر، بيروت، 1984م، ص375؛ أحمد بن محمد بن علي بن حجر، الهيتمي ت: 973هـ)، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ب: ط، ج4، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى - مصر، 1983، ص216.

<sup>٣</sup> قال ابن تيمية: "الأصل في العقود أنها لا تصح إلا بالصيغة، وهي العبارات التي قد يخصها بعض الفقهاء باسم الإيجاب والقبول، وهذا ظاهر قول الشافعي، وهو قول في مذهب أحمد". ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مرجع سابق، ج4، ص5.

<sup>٤</sup> جاء في أسنى المطالب: " ولا ينعقد البيع (بالمعاطاة) إذ الفعل لا يدل بوضعه (واختار النووي وجماعة) منهم المتولي والبغوي (الانعقاد) له (في كل) أي بكل (ما يعده الناس بيعاً) لأنه لم يثبت اشتراط لفظ فيرجع للعرف كسائر الألفاظ". زين الدين السنيكي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، مرجع سابق، ج2، ص3؛ وقال الشربيني: " وصورة المعاطاة أن يتفقا على ثمن ومثمن، ويعطيا من غير إيجاب ولا قبول، وقد يوجد لفظ من أحدهما، واختار المصنف وجماعة منهم المتولي والبغوي الانعقاد بها في كل ما يعده الناس بيعاً؛ لأنه لم يثبت اشتراط لفظ فيرجع للعرف كسائر الألفاظ المطلقة". الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج2، ص326.

<sup>٥</sup> محيي الدين يحيى بن شرف، أبو زكريا النووي (ت: 676هـ) المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، ب: ط، ج9، الناشر: دار الفكر، ب: ت، ص162-163.

<sup>٦</sup> السيد صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص339.



فالتعاطي إذاً مبادلة فعلية دالة على تبادل الإرادتين والرضا دون التلفظ بالإيجاب أو القبول،<sup>1</sup> وذلك كما لو وجد إنسان سلعة أو متاعاً وكانت معروفة الثمن من خلال كتابة السعر عليها، أو السؤال عن ثمنها، فأخذها دون التلفظ بما يدل على الإيجاب لفظاً، وناول صاحبها ثمنها فقبضه منه دون التلفظ بما يدل على القبول أو الممانعة، فإن العقد ينعقد بذلك، لأن العادة والعرف هنا قام على جعل الدلالة الفعلية مقام الدلالة اللفظية في الدلالة على الإرادة والرضا في إنشاء العقد<sup>2</sup>، سواء أكان العقد في الأمور الخسيسة أم النفيسة<sup>3</sup>.

### الفرع الثالث: الأمثلة المعاصرة للمعاطاة

بيننا في المطلبين السابقين أن المعاطاة تكون من خلال الإرادة الفعلية الدالة على التراضي في إنشاء العقد والالتزام به، وأن المعاطاة تكون في الأمور النفيسة والخسيسة، وبيع المعاطاة في السابق يكاد يقتصر على أخذ السلعة المراد الإنتفاع بها ومناولة الثمن إلى صاحبها دون التلفظ بإيجاب أو قبول، أو أن يسأل الراغب بالسلعة عن ثمنها، ثم يعطي البائع الثمن دون التلفظ بقبول من البائع.

وكما شملت قديماً المعاطاة البيوع وغيرها من العقود<sup>4</sup>، كذلك تشمل أنواعاً<sup>5</sup> جديدة في الزمن المعاصر، ويعد من التعاطي اليوم في الأمور المعاصرة :

عقود الإذعان<sup>6</sup>، كالإشتراك في الكهرباء والمياه والغاز والهاتف، وكذلك ركوب الحافلات، وقطع التذاكر للركوب في القطارات والطائرات، وكذلك إرسال الصحف والجرائد إلى طالبيها<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> علي حيدر، بدر الحكام، مرجع سابق، المادة: 175.

<sup>2</sup> السيد صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص 327.

<sup>3</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 5، ص 134.

<sup>4</sup> يجري التعاطي في عقد البيع، والإجارة، والصرف، والإقالة، وعقد الصلح على مال، والقسمة، وعقود الهبة، والإعارة. الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج 1، ص 416.

<sup>5</sup> عقد الإذعان: هو العقد الذي يكون فيه القبول مجرد إذعان لما يملبه الموجب، فالقابل للعقد هو في موقفه من الموجب لا يستطيع إلا أن يأخذ أو يدع. عبد الرزاق السنهوري (ت: 1971م)، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ط 1، ج 1، 1954م، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، ص 279.





وكذلك يعد من بيع المعاطاة المعاصر الشراء من المحلات التي يكون السعر فيها مكتوباً وثابتاً، ويتم الحساب عليها بواسطة حاسب آلي، وكذلك شراء المأكولات والمشروبات من خلال وضع النقود في ماكينة أوماتيكية مخصصة لذلك، وإجراء المكالمات والاتصالات من خلال كابينة النقود.<sup>٢</sup> يوضع فيها

### المطلب الثالث

### العرف والقبض

يع د القبض من أهم الأمور في عقود المعاوضات المالية، المتعاقدين من إنشاء العقود، ولذلك اعتنى الفقهاء في بيان أحكام القبض وكيفية وضابطه، وقبل ذلك وصانا الله عز وجل به عند إنشاء العقد فقال عز وجل: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"<sup>٣</sup>. وسأبين في هذا المبحث المقصود بالقبض، وضابطه، وأثر العرف فيه .

### الفرع الأول: معنى القبض لغة واصطلاحاً

١ الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج 1، ص 415 .  
٢ كابينه: مفرد والجمع كبائن، وهي: حجرة في السفينة أو الطائرة أو نحوهما، وحجرة على شاطئ البحر يخلع فيها المستحم ثيابه أو يلبسها على الشاطئ. أحمد مختار عبد الحميد عمر (ت: 1424هـ)، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط1، ج3، الناشر: عالم الكتب 2008، ص1900. واستخدمت اليوم كمكان مخصص لإجراء المكالمات بأجر .  
٣ سورة المائدة، الآية 1 .



-القبض لغة : القبض: خلاف البسط، والقبض الأخذ والتناول للشيء بيدك ملامسة، والقبض جمع الكف على الشيء، وفي أسماء الله تعالى القابض وهو الذي يمسك الرزق وغيره من الأشياء عن العباد بلطفه وحكمته<sup>١</sup>.

ومن معاني القبض مقبضة السكين ومقبض السيف، كل ذلك حيث يقبض عليه بجمع الكف، وقبضه المال: أعطاه إياه، والقبض: ما قبض من الأموال، وتقبيض المال: إعطاؤه لمن يأخذه<sup>٢</sup>.

٣، -القبض إصطلاحاً: القبض هو التمكين والتخلي وارتفاع الموانع عرفاً وعادة وهذا هو تعريف الحنفية للقبض، فالقبض عندهم هو التخلية من قبل البائع وتمكين المشتري من التصرف في الشيء وازالة الموانع أمامه<sup>٤</sup>.

وذهب المالكية إلى أن القبض: قبض العقار<sup>٥</sup>، وهو الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر، بالتخلية بينه وبين المشتري وتمكنه من التصرف فيه، وقبض غير العقار من عروض وأنعام ودواب بالعرف الجاري بين الناس، كاحتياز الثوب وتسليم مقود الدابة<sup>٦</sup>.

٧، والشافعية قالوا: القبض فيما ينقل النقل، كالأخشاب والحبوب والحيتان ونحوها فقبضه بالنقل إلى مكان لا اختصاص للبائع به، سواء نقل إلى ملك المشتري أو موات أو شارع أو مسجد أو غيره، وفيما لا ينقل كالعقار والثمر قبل أوان الجذاذ التخلية<sup>٨</sup>.

١ ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج7، ص213-214 .  
٢ لسان العرب، المرجع ذاته، ج7، ص213-214 ؛ الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق، ص 651 ؛ ابن فارس، مجمل اللغة، مرجع سابق، ج1، ص741 .

٣ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص148 .  
٤ التخلية: الترك والإرسال والإطلاق . أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، مرجع سابق ج1، ص692 .  
٥ العقار: الأرض والضياع والنخل. ومنه قولهم: ماله دار ولا عقار. ويقال أيضا: في البيت عقار حسن، أي متاع . إسماعيل بن حماد الجوهري، أبو نصر الفارابي(ت:393هـ) 'الصالح تاج اللغة وصحاح العربية'، ط4، ج2، الناشر: دار العلم للملايين - بيروت، 1987، ص754 .

٦ ابن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج3، ص145 .  
٧ النقل: تحويل الشيء من موضع إلى موضع. ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج11، ص674 .  
٨ أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، النووي(ت:676هـ)، (مع تكملة السبكي والمطيعي) ، المجموع شرح المهذب، ب:ط، ج9، الناشر: دار الفكر، ب:ت، ص275-276 .



وعند الحنابلة: قبض كل شيء بحسبه، فإن كان مكيلا أو موزونا بيع كيلا أو وزنا، فقبضه بكيله ووزنه، وقد روى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى، أن القبض في كل شيء بالتخلية مع التمييز؛ لأنه خلى بينه وبين المبيع من غير حائل، فكان قبضا له، كالعقار<sup>١</sup>.

أما المعاصر ون ف القبض عندهم التخلية بين العاقد والمعقود عليه على وجه يتمكن من التسلم بلا مانع ولا حائل حسب العرف<sup>٢</sup>.

### الفرع الثاني: أثر العرف في القبض

القبض في العقار يكون بالتخلية التي تمكن من التصرف في الشيء دون ممانع، فإن منعه أحد من وضع اليد عليه فلا تعتبر التخلية قبض<sup>٣</sup>.  
وأختلف الفقهاء في قبض المنقول على قولين:  
- القول الأول: عند الحنفية قبض المنقول يكون بالتخلية على وجه يمكن من الإنتفاع بالشيء دون حائل<sup>٤</sup>.  
جاء في مجلة الأحكام العدلية: "تسليم العقود يكون بإعطائها ليد المشتري أو بوضعها عنده أو بإعطاء الإذن له بالقبض بإراءتها له<sup>٥</sup>.  
- القول الثاني: عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، وقالوا بالتفريق بين المنقولات في إعتبار القبض لها:  
١. يعتبر قبض الشيء الذي يتناول باليد عادة - كالحلي والجواهر والنقود والكتب وغيرها مما شابهها- قبضاً باليد<sup>٦</sup>.

<sup>١</sup> ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج4، ص85.

<sup>٢</sup> علي محيي الدين القره داغي "القبض: صورته وأحكامه وبخاصة المستجدة منها" مجلة الفقه الإسلامي، العدد السادس، 1990م، ص417.

<sup>٣</sup> لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، ط2، ج3، الناشر: دار الفكر، 1310هـ، ص16؛ الخطاب الرعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج4، ص477؛ الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مرجع سابق، ج4، ص93؛ البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، ج3، ص247.

<sup>٤</sup> ابن عابدين، رد المحتار، مرجع سابق، ج4، ص561-562.

<sup>٥</sup> علي حيدر، درر الحكام، مرجع سابق، المادة: 274، ج1، ص258.

<sup>٦</sup> محمد بن عبد الله الخرخشي المالكي أبو عبد الله، الخرخشي المالكي (ت: 1101هـ) شرح مختصر خليل للخرشي، ب: ط، ج5، الناشر: دار الفكر للطباعة - بيروت، ب: ت، ص158؛ النوي (مع تكملة السبكي والمطبعي)، المجموع، مرجع سابق، ج9، ص276؛ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج4، ص85.



٢. يعتبر قبض ما لا يعتبر فيه تقدير من كيل أو وزن أو ذراع أو عد ،  
كالأمتعة والعروض بالعرف، وهذا قول المالكية<sup>١</sup>، وقول الشافعية  
والحنابلة قبضه يكون بنقله وتحويله<sup>٢</sup> .
٣. وقبض ما يعتبر فيه تقدير من كيل أو وزن أو عد بإستيفائه ما يقدر من  
كيله أو وزنه أو عدده<sup>٣</sup> .

ويرجع الإختلاف الواقع بين الفقهاء في بيان كيفية القبض في المنقول وغير  
المنقول إلى إختلاف الناس في أعرافهم وعاداتهم في قبض الأشياء، نظراً  
لإختلاف أنواعها وأوصافها<sup>٤</sup> .

والرجوع إلى العرف في أغلب الكتب الفقهية – إن لم يكن في جميعها – مما  
يدل على أن مسائل القبض محكمة بالعرف، وحينئذٍ يمكن حمل كثير من  
التفصيلات الفقهية على أعراف أزمنة الفقهاء.

### الفرع الثالث: الأمثلة المعاصرة للقبض

بيننا أن القبض من المسائل التي أطلقها الشرع الكريم فكان الرجوع فيها  
إلى العرف، والمسائل التي تبنى على العرف لا ينكر تغيرها من زمن إلى  
زمن، فكل ما عدّه الناس في عصر من العصور قبضاً وتعاملوا به ورضوا به ،  
ولم يكن مخالفاً للشرع الحكيم فهو قبض .

وقبض الأموال كما يكون حسياً في حالة الأخذ والمناولة باليد أو الكيل أو  
الوزن في الطعام أو النقل والتحويل إلى حوزة القابض يتحقق اعتباراً وحكماً  
بالتخلية مع التمكين من التصرف ولو لم يوجد القبض حساً وحقيقة، وتختلف  
كيفية قبض الأشياء بحسب حالها واختلاف الأعراف فيما يكون قبضاً لها<sup>٥</sup> .

<sup>١</sup> شرح مختصر خليل للخرشي، المرجع ذاته، ج5، ص158 .

<sup>٢</sup> أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، النووي (ت: 676هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (تحقيق: زهير الشاويش)، ط3، ج3،  
الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق، 1991م، ص517؛ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج4، ص85 .

<sup>٣</sup> النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق ج3، ص517؛ البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، ج3، ص247.

<sup>٤</sup> فاطمة بن حدو، القبض الحكمي للأموال وتطبيقاته المعاصرة، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة أبي  
بكر بلقايد، الجزائر، 2015، ص17.

<sup>٥</sup> علي القرّة داغي، القبض: صورته وأحكامه وبخاصة المستجدة منها، مرجع سابق، ص405، 427 .

<sup>٦</sup> قرار مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السادسة، المنعقد في جدة، 1410هـ، رقم 53.



ومن الصور المعاصرة للقبض :

- يع د تسجيل العقار في الشهر العقاري<sup>١</sup> في حكم القبض للمشتري؛ وذلك لأن قيد التسجيل يغني عن التسليم الفعلي، ويقطع علاقة العقار بالبايع ولو كان في العقار أمتعة للبايع، أو حقوق مستأجر<sup>٢</sup>.

- ويع د القيد المصرفي<sup>٣</sup> لمبلغ من المال في حساب العميل إذا أودعه في حسابه شخص آخر أو جعله فيه بحوالة مصرفية<sup>٤</sup> قبضاً حكماً من المستفيد صاحب الحساب، وإذا أراد العميل وكان له حساب لدى مصرف بعملة ما، وأراد من المصرف أن يقيد مبلغ منه في حسابه بعملة أخرى، بناء على عقد صرف ناجز بينه وبين المصرف واستيفاء المبلغ الذي اشترى به من حسابه فيع د القيد المصرفي المعجل بالعملة المشتراة قبضاً حكماً من قبل العميل، ويعتبر الاقتطاع الناجز من قبل المصرف للبدل من حساب العميل قبضاً حكماً له من المصرف، ويُعد مجموع ذلك بمثابة التقابض بين البديلين في الصرف، وإن اتحدت يد القابض والمقبض حساً.

- وإذا اشترى شخص نقداً من مصرف بنقد آخر، فدفع إليه البدل، وأخذ منه في المجلس شيئاً<sup>٥</sup> بعوضه من النقد الآخر مسحوباً على البنك المراسل للمصدر، فيع د قبضه للشيك قبضاً حكماً لمضمونه، ويكون ذلك بمنزلة التقابض في البديلين قبل التفرق<sup>٦</sup>.

١ الشهر العقاري: هو ذلك النظام الذي يرمي إلى شهر التصرفات القانونية التي ترمي إلى إنشاء الحقوق العينية العقارية أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها. علاء الدين بن عبدالرزاق الجنكو، التقابض في الفقه الإسلامي وأثره على البيوع المعاصرة، ط1، الناشر: دار النفائس-عمان الأردن 2004م، ص311.

٢ الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1، ص706.

٣ القيد المصرفي: إجراء كتابي يقوم به البنك في سجلاته، (أو أجهزة الحاسب الآلي عنده) يثبت به استحقاق شخص معين لمبلغ محدد من المال في ذمة البنك، فاطمة حدو، القبض الحكمي للأموال وتطبيقاته المعاصرة، مرجع سابق، ص64.

٤ الحوالة المصرفية: صورتها أن يدفع شخص إلى مصرف مبلغ من المال ليحولها إلى شخص آخر أو فرع له في البلد المطلوب تحويل المبلغ إليه يأمره بدفع المبلغ إلى الشخص الذي عينه طالب التحويل فيتسلم دافع المبلغ سند التحويل ليقوم بتسليم محتواه إلى الشخص الذي يريد تسليمه المبلغ ليقبض قيمته. علاء الدين الجنكو، التقابض في الفقه الإسلامي وأثره على البيوع المعاصرة، مرجع سابق، ص299.

٥ نزيه كمال حماد "القبض الحقيقي والحكمي قواعده وتطبيقاته من الفقه الإسلامي" مجلة الفقه الإسلامي، العدد السادس، 1990م ص558-559.

٦ الشيك: مأخوذ من الصك، وهو وثيقة بمال أو نحوه والشيك محرر يتضمن أمراً مكتوباً يطلب به الساحب من المسحوب عليه (المصرف) أن يدفع بمجرد الإطلاع عليه مبلغاً معيناً من النقود لشخص معين أو لإذنه أو لحامله. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ط6، الناشر: دار النفائس للنشر والتوزيع-عمان الأردن، 2007، ص343.

٧ نزيه حماد، القبض الحقيقي والحكمي وصوره من الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص558-559؛ منصور عبداللطيف صوص، القبض وأثره في العقود، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة النجاح الوطنية، 2006م، ص192-194.



- ويع د من الأمور المعاصرة للقبض قبض الأسهم<sup>١</sup>، ويحصل قبضها من خلال نوعها، فالأسهم الأسمية<sup>٢</sup> تنتقل ملكيتها بنقل قيدها في سجل المساهمين، ولا يحتج بانتقال الأسهم الأسمية إلا بعد تسجيلها في سجل المساهمين الموجود في الشركة، أما الأسهم التي تكون لحامله<sup>٣</sup>، فيحصل القبض فيها من خلال تسليم الصك<sup>٤</sup> لحامله فيحصل قبضها، وتتداول بالتسليم من يد إلى يد دون الحاجة إلى إلى التنازل في دفاتر الشركة، وعند الإختلاف في القبض المرجع إلى العرف ونصوص اللوائح الأساسية للشركة<sup>٥</sup>.

#### المطلب الرابع العرف والخيارات

الأصل في العقود أن تثبت أحكامها على وجه الإبتداء والتمام واللزوم، وقد يمنع من ذلك وجود خيار في العقد، كخيار الرؤية والعيب والكفاءة وغيرها<sup>٦</sup>.

#### الفرع الأول: العرف وخيار الرؤية

أولاً: معنى خيار الرؤية لغة واصطلاحاً: إسم مصدر من الإختيار، وهو الإصطفاء والإنتقاء<sup>٧</sup>، وقول القائل: أنت بالخيار معناه: اختر ما شئت، وخيره بين الشئين معناه: فوض إليه اختيار أحدهما<sup>٨</sup>.

<sup>١</sup> الأسهم: صك يثبت حقاً في حصة شائعة لشخص في ملكية صافي أصول الشركة، والحق في الحصول على حصة من الربح المتحقق مع مسؤولية محددة بمقدار السهم. محمود عبدالكريم أحمد ارشيد، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، ط2، الناشر: دار النفائس للنشر والتوزيع- عمان الأردن، 2007، ص211.

<sup>٢</sup> الأسهم الأسمية: وهي التي تحمل اسم المساهم وتثبت ملكيته لها. الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، المرجع ذاته، ص213.

<sup>٣</sup> الأسهم لحاملها: وهي التي لا تحمل اسم حاملها، ويعتبر حامل السهم هو المالك في نظر الشركة. الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، المرجع ذاته، ص213.

<sup>٤</sup> الصك: هو وثيقة بمال أو نحوه، وهي مرادفة للشيك. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق ص243.

<sup>٥</sup> المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، المرجع ذاته، ص196.

<sup>٦</sup> احمد ابو سنة، العرف والعادة، مرجع سابق، ص173.

<sup>٧</sup> نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والإقتصادية، مرجع سابق، ص202.

<sup>٨</sup> ابن فارس، مقاييس اللغة، مرجع سابق، ج2، ص223.



الخيار إصطلاحاً: هو حق العاقد في فسخ العقد أو إمضائه لظهور مسوغ شرعي، أو بمقتضى الاتفاق بالعقد<sup>١</sup>.

فالخيار يعطي المتعاقد الحق في إمضاء العقد أو فسخه، وهذا الفسخ قد يكون بمسوغ شرعي مثل خيار الرؤية والعيب، أو باتفاق بين في العقد واتفق عليه في العقد مثل خيار الشرط، فالخيارات شرعت للتأكد من الرضا كما قال التركماني: "مشروعية الخيارات كانت للإستيثاق من أن الرضا بالعقد قام على أساس صحيح وسليم"<sup>٢</sup>، ولدفع الضرر عن العاقد، فشرع مثل خيار الشرط لدفع الضرر الذي يكون متوقفاً، وخيار العيب لدفع الضرر الذي يكون واقعاً<sup>٣</sup>.

وسأطرق في هذا المبحث إلى بيان أثر العرف في خيار الرؤية وخيار العيب؛ كون هذا ان الخيارا ن من أكثر ما يتدخل العرف في بيانه وتوضيحه<sup>٤</sup>.

خيار الرؤية من المركب الإضافي (خيار الرؤية)، والخيار قد سبق تعريفه. - والرؤية لغة: النظر بالعين وبالقلب، واستراه: استدعى رؤيته، وراعيته مرآة ورئاء: أريته على خلاف ما أنا عليه، ورأيته ترئية: عرضتها عليه، أو حبستها له ينظر فيها<sup>٥</sup>.  
والإضافة هنا من إضافة السبب الى المسبب، أي خيار الذي سببه الرؤية الفائته<sup>٦</sup>.

-خيار الرؤية إصطلاحاً: حق يثبت به للمتملك الفسخ أو الإمضاء عند رؤيته محل العقد المعين الذي عقد عليه ولم يره<sup>٧</sup>.

١ وزارة الأوقاف-الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج20، ص41 .  
٢ التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص206 .  
٣ ديبان الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، مرجع سابق، ج6، ص17 .  
٤ الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق، ص1285 .  
٥ نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والإقتصادية، مرجع سابق، ص203 .  
٦ معجم المصطلحات المالية والإقتصادية، المرجع ذاته، ص203 ؛ ديبان الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، مرجع سابق، ج6، ص331 ؛ التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص223 ؛ وزارة الأوقاف-الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج20، ص64 ؛ احمد بيك، المعاملات المالية الشرعية، مرجع سابق، ص223 .



ثانياً: أقوال الفقهاء في خيار الرؤية

فخيار الرؤية عند الحنفية: يثبت حكماً لا بالشرط، ولا يتوقت، ولا يمنع وقوع الملك للمشتري؛ حتى لو تصرف فيه جاز تصرفه وبطل خياره<sup>١</sup>، بمعنى أن للمتملك الحق في فسخ العقد أو إمضائه عند رؤية المبيع الذي لم يره، وهذا الحق أثبته الشرع للمتعاقدين لا من خلال الشرط في العقد .

وأما عند المالكية: فيثبت خيار الرؤية ولكن لمن أشرطه في العقد، فهو بذلك يثبت شرطاً لا حكماً، ولا يجب عند مالك خيار الرؤية في بيع الغائب إلا لمن أشرطه<sup>٢</sup>.

وعند الشافعية: المعتمد عندهم أنه لا يثبت خيار الرؤية لأنه كما جاء في الأم: "ولا يجوز بيع خيار الرؤية ولا بيع الشيء الغائب بعينه لأنه قد يتلف ولا يكون عليه أن يعطيه غيره"<sup>٣</sup>، وهناك قول بثبوته<sup>٤</sup>.

وعند الحنابلة: المشهور عندهم عدم قبوله<sup>٥</sup>، وهناك رواية بقبوله<sup>٦</sup>.

ثالثاً: أثر العرف في خيار الرؤية

<sup>١</sup> السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين (ت: 540هـ)، تحفة الفقهاء، ط2، ج2، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1994م، ص81-82؛ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص292؛ المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، مرجع سابق، ج3، ص34؛ ابن عابدين، رد المحتار، مرجع سابق، ج4، ص592.

<sup>٢</sup> ابن عاصم التمري القرطبي، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر (ت: 463هـ)، الكافي في فقه أهل المدينة، ط2، ج2، الناشر: مكتبة الرياض الحديثة- الرياض، 1980م، ص678؛ القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر، البغدادي المالكي (ت: 422هـ)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، (تحقيق: الحبيب بن طاهر) ط1، ج2، الناشر: دار ابن حزم، 1999م ج2 ص522؛ عبيد الله بن الحسين بن الحسن أبو القاسم، ابن الجلاب المالكي (ت: 378هـ)، التفرغ في فقه الإمام مالك بن أنس، (تحقيق: سيد كسروي حسن) ط1، ج2، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2007م، ص114.

<sup>٣</sup> أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي، الشافعي، (ت: 204هـ)، الأم، ب: ط، الناشر: دار المعرفة - بيروت، 1990م؛ أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم الضبي، أبو الحسن، ابن المحاملي الشافعي (ت: 415هـ)، اللباب في الفقه الشافعي، (تحقيق: عبد الكريم بن صنيان العمري) ط1، الناشر: دار البخاري، المدينة المنورة- السعودية، 1416هـ، ص233؛ الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج5، ص24.

<sup>٤</sup> جاء في المجموع عن الاختلاف في خيار الرؤية: "واختلف الأصحاب في الأصح من القولين فصح البيهقي والرويانى صحته وصح الاكثرون بطلانه ممن صححه المزني والبيهقي والربيع وحكاه عنهم الماوردي وصححه أيضا الماوردي والمصنف في التنبيه والرافعي في المحرر وهو الأصح وعليه فتوى الجمهور من الأصحاب وعليه يفرعون فيما عدا هذا الموضوع ويتعين هذا القول لأنه الآخر من نص الشافعي فهو ناسخ لما قبله". النووي، المجموع شرح المذهب، مرجع سابق، ج9، ص290.

<sup>٥</sup> أبو الوفاء علي بن عقيل بن محمد بن عقيل البغدادي الحنبلي، ابن عقيل (ت: 513 هـ)، التذكرة في الفقه «على مذهب الإمام أحمد بن محمد بن حنبل»، (تحقيق: الدكتور ناصر بن سعود بن عبد الله السلامة، القاضي بمحكمة عفيف) ط1، الناشر: دار إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، 2001م، ص119.

<sup>٦</sup> أحمد بن قدامة المقدسي الجماعلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين عبد الرحمن بن محمد (ت: 682هـ)، الشرح الكبير على متن المقنع، ب: ط، ج4، الناشر: دار الكتاب العربي، ب: ب: ط، ص25؛ ابن قدامة، المعنى، مرجع سابق، ج3، ص495-494.





المقصود بالرؤية وهي العلم بالمبيع<sup>١</sup> ، بما ينفي الجهالة عنه، وهذا يتحقق بالرؤية، أو عن طريق الحواس بما يتحقق بالحواس كالشم واللمس والذوق وإن لم يره بعينه فإن من حصل له العلم بالمبيع عن طريق حواسه ليس له الخيار عند رؤيته<sup>٢</sup>، وذلك مثل بيع الأعمى<sup>٣</sup>.

فوسيلة العلم بالمبيع هي المقصود وليست مجرد الرؤية، ولذلك قال ابن الهمام: "لأن ذلك هو المعرف للمقصود فلا يسقط الخيار بدون ذلك<sup>٤</sup>، أي لا يسقط خيار الرؤية دون العلم بالمبيع بما ينفي عنه الجهالة، وهذه المعرفة تختلف من زمن إلى آخر بحسب إختلاف العرف والعادات، فرؤية الدور قديماً ، كانت تتحقق برؤية بعض الغرف دون النظر إلى جميع الغرف؛ وذلك لأن البناء في السابق كان ذو نسق واحد، أما اليوم وقد تغير عرف الناس في النسق البنائي، فصارت كل غرفة تختلف عن الآخر، فأصبح رؤية بعض الغرف لا تحقق المقصود من رؤية المبيع بما ينفي الجهالة، فصار خيار الرؤية يتحقق برؤية جميع الغرف والمرافق<sup>٥</sup>.

وفي رؤية الثياب كان العرف قديماً رؤية ظاهر الثوب المطوي يغني عن فتحه من الداخل ولأنه لو شرط فتحه لتضرر البائع بتكسر ثوبه ونقصان بهجته، وبذلك ينقص ثمنه عليه<sup>٦</sup>، ثم تغير العرف فتغير الحكم معه كما قال ابن الهمام: " هذا في عرفهم، أما في عرفنا فما لم ير باطن الثوب لا يسقط خياره؛ لأنه استقر إختلاف الباطن والظاهر في الثياب"<sup>٧</sup>، أما في زماننا اليوم فكما قال صاحب تطبيقات العرف: " فقد رجع العرف إلى ما كان عليه، فأصبح للثياب مقاسات، وأصبحت الرؤية المعتبرة هي النظر إلى ظاهر

١ جاء في البحر الرائق: " اعلم أن هذا الخيار (خيار الرؤية) يثبت للمشتري في شراء الأعيان ولا يثبت في الديون كالمسلم فيه والأثمان وأما في رأس مال السلم إن كان عيناً فإنه يثبت للبائع أي المسلم إليه الخيار فيه ولا يثبت في كل عقد لا يفسخ بالرد كالمهر وبديل الخلع وبديل الصلح عن القصاص". ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج6، ص28.

٢ البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المرجع ذاته، ج6، ص29؛ ابن عابدين، رد المحتار، مرجع سابق، ج4، ص593.

٣ جاء في المادة 331 من مجلة الأحكام: " الأعمى يسقط خياره بلمس الأشياء التي تعرف باللمس وشم المشمومات وذوق المذوقات". علي حيدر، درر الحكام، مرجع سابق، المادة: 331، ج1، ص328.

٤ ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، ج6، ص344.

٥ قال ابن عابدين في رد المحتار: " واكتفى الثلاثة (أبو حنيفة وصاحبه) برؤية خارجها (أي الدار) وكذا برؤية صحنها والأصح أن هذا

بناء على عادتهم في الكوفة أو بغداد فإن دورهم لم تكن متفاوتة إلا في الكبر والصغر وكونها جديدة أو لا، فأما في ديارنا فهي

متفاوتة" ابن عابدين، رد المحتار، مرجع سابق، ج4، ص598؛ ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، ج6، ص344.

٦ رد المحتار، المرجع ذاته، ج4، ص597.

٧ ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، ج6، ص344.



الثوب ومقاسه ، ولا ينشر حتى لا يتضرر البائع؛ لأن طيه أمسى فثأً ربما لا يجيده البائع فيتضرر بجلب من يطويه"<sup>1</sup>.

وفي رؤية الدواب تكون الرؤية من خلال عرف التجار فلكل ناس عاداتهم وأعرافهم في الرؤية التي تتحقق بها العلم بالشيء ولذلك جاء القول عن أبي حنيفة - رحمه الله - : "يعتبر في الدواب عرف التجار"<sup>2</sup> ، وفي رؤية الغير متفاوت أنه يكتفى بالعرف عند بيعه برؤية نموذجه - أي مثاله - وقد يتغير ما يفيد العلم تبعاً للعرف؛ فإن العرف يختلف بحسب أجزاء الشيء وبحسب المقصود منه<sup>3</sup>.

فمما سبق نلاحظ أن إختلاف الفقهاء في الرؤية التي يسقط بها خيار الرؤية في الدور والثياب والدواب وغيرها مبنية على إختلاف الناس في عاداتهم وأعرافهم ، وقال أبو غده في هذا المعنى: "والخلاف في الرؤية الكافية في الدور وفي الثياب المتفاوتة قد نشأ بناء على العرف المكاني أو الزماني وذلك يتيح المجال لوسم جميع ما ذكره بهذا الميسم أي أنه تصوير للعرف في مكان أو زمان معين وأنه لا ضير في الانعتاق عن تلك القيود إذا كان العرف قد تغير أما إذا كانت العلة في الإجتزاء برؤية بعضه مستمدة من العقل أو الوضع اللغوي فذلك باقٍ لبقاء عوامل إعتباره"<sup>4</sup>.

### الفرع الثاني: العرف وخيار العيب

خيار العيب مركب إضافي من كلمتي (خيار وعيب)، والإضافة في خيار العيب من إضافة الشيء إلى سببه؛ أي الخيار الذي سببه العيب<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> محمد محمود الجمال، تطبيقات العرف في المعاملات المالية المعاصرة (رسالة ماجستير - جامعة الأزهر)، ط1، ب:ن، 2017م، ص232.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، ج6، ص343.

<sup>3</sup> أبو سنه، العرف والعادة في رأي الفقهاء، مرجع سابق، ص173.

<sup>4</sup> عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، ط2، ج2، الناشر: مطبعة مقهوي-الكويت، 1985م، ص530.

<sup>5</sup> مرجع سابق، ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، ج6، ص355.



أولاً: معنى خيار العيب لغة وإصطلاحاً:

-العيب لغة: عاب المتاع عيباً فهو عائب واستعمل العيب اسماً وجمع على عيوب وعيبه جعله ذا عيب<sup>١</sup>.

-العيب إصطلاحاً: ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصاً<sup>٢</sup>.  
والفطرة: الخلقة التي هي أساس الأصل، والعيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة عن الآفات العارضة لها، فالحنطة التي في أصلها رديئة ليست بعيب، والحنطة المصابة بهواء منعها تمام بلوغها الإدراك حتى صارت رقيقة الحب معيبة كالعفن والبلل والسوس تعد عيباً<sup>٣</sup>، والمقصود بالنقصان هو ما ينقص من ثمنها عرفاً وعادة، فالأصبع الزيادة في الدابة عيباً فيها ينقص من ثمنها عادة<sup>٤</sup>.

فخيار العيب معناه أن يكون لأحد العاقدين حق الفسخ بسبب وجود نقيصة في العين المعقود عليها يقتضي العرف السلامة منها<sup>٥</sup>.

ثانياً: أثر العرف في خيار العيب:

كل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب؛ لأن الضرر بنقصان المالية، وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله<sup>٦</sup>.

فهو ما كان سببه وجوب نقص عرفي جرت العادة بالسلامة منه عادة والذي يؤثر في نقص الثمن أو المبيع، أو في التصرف فيه أو خوف في العاقبة، كما لو وجد العبد أبقاً أو سارقاً، والذي يؤثر في نقص المبيع دون الثمن كالخصاء

١ عبد القادر الحنفي الرازي، زين الدين أبو عبد الله محمد (ت: 666هـ)، مختار الصحاح، 5، الناشر: المكتبة العصرية - الدار

النموذجية، بيروت، 1999م، ص222؛ الفيومي، المصباح المنير، مرجع سابق، ج2، ص239.

٢ ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، ج6، ص355؛ ابن عابدين، رد المحتار، مرجع سابق، ج5، ص3.

٣ رد المحتار، المرجع ذاته، ج5، ص3-4.

٤ ديبان الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، مرجع سابق، ج6، ص373.

٥ التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص217.

٦ علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني، أبو الحسن برهان الدين، المرغيناني (ت: 593هـ)، الهداية في شرح بداية المبتدي، (تحقيق: طلال يوسف) ب: ط، ج3، ب: ت، الناشر: دار احياء التراث العربي - بيروت - لبنان، ص37.



في العبد والذي يؤثر في نقص التصرف كالعسر والتخنت والذي يؤثر خوفاً في العاقبة كجذام أحد الأبوين<sup>١</sup>.

وفي المجموع يعتبر سبب خيار النقيصة سببه خلف لفظي أو تغريير فعلي أو قضاء عرفي فمنه خيار العيب والتصرية والحلف وتلقي الركبان ونحو ذلك<sup>٢</sup>. وفي كشف القناع يعتبر العيب نقص عين المبيع كخضاء ولو لم تنقص به القيمة بل زادت أو نقص قيمته عادة في عرف التجار وإن لم تنقص عينه<sup>٣</sup>.

ويرجع أثر العرف في خيار العيب في تحديد كون المبيع معيباً أم لا، وفي كونه مؤثراً؛ أي مثبت للخيار أم لا والذي يحدد ذلك هم أهل الخبرة والدراية وأرباب الصنائع ونحوهم، بناء على العرف والعادة.

فالأصل سلامة المبيع من العيوب ولأن ذلك وصف مرغوب فيه عادة وعرفاً فكأنه قد شرط في العقد، فإذا لم تكن تلك السلامة في المبيع كان المشتري مخيراً حتى لا يضر إزامه بشيء لم يرض به، فلذلك إذا أراد شخص بيع مال فيه عيب يجب عليه أن يبين ذلك العيب للمشتري، وكذلك إذا كان المشتري يريد أن يدفع إلى البائع ثمناً فيه عيب وجب عليه أن يبين ذلك العيب<sup>٤</sup>.

وإذا باع الإنسان شيئاً وعبر عنه بما يبين براءة المبيع من ضمان العيب، ببعض التعابير العرفية، كما لو باع شيئاً على أنه (حاضر حلال أو كوم تراب أو حديد أو حرق على الزناد) فليس للمشتري رد المبيع بعيب ما ظاهر أو باطن؛ لأن الناس تعارفوا بهذه التعابير إشتراط براءة البائع من ضمان العيوب كافة<sup>٥</sup>.

<sup>١</sup> شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، الحطاب الرعيني المالكي (ت: 954هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط3، ج4، الناشر: دار الفكر، 1992م، ص429.

<sup>٢</sup> الخطيب الشربيني الشافعي، معني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، ج2، ص402.

<sup>٣</sup> البهوتي الحنبلي، كشف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق ج3، ص215.

<sup>٤</sup> علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج1، ص337.

<sup>٥</sup> الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص882.



فمما سبق يمكن تحديد الضابط الغالب للعيب؛ أنه ما ينقص قيمة المبيع أو الثمن في عرف أهل الخبرة، والمراد بأهل الخبرة: أهل الدراية كالصناع والتجار والزراع ونحوهم، والمرجع في مقدار النقص الحاصل بسبب العيب هو العرف والعادة، وهو من العرف الخاص الذي يكون بين فئة من الناس دون أخرى، وهو متجدد متنوع كثير لا تحصى صورته ولا يقف عند حد؛ لأن مصالح الناس وسبلهم إليها وإلى تسهيل إحتياجهم وعلاقتهم متجددة أبداً.

## المبحث الثاني

### تطبيقات العرف في السلم

نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع المعدوم<sup>١</sup>، ولكنه لما رأى عرف أهل المدينة جارياً على بيع السلم رخص فيه، جاء في المبسوط<sup>٢</sup>: "والقياس يأبى جوازه؛ لأنه بيع المعدوم وبيع ما هو موجود غير مملوك للعاقد باطل فبيع المعدوم أولى بالبطلان ولكننا تركنا القياس بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله: (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه)<sup>٣</sup>، وقال ابن عباس:

١ عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، مرجع سابق، ص 373-374 .  
 ٢ عن حكيم بن جرّام قال: «نهاني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أبيع ما ليس عندي». حديث صحيح . محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، أبو عيسى الترمذي (ت: 279 هـ)، سنن الترمذي، (تحقيق: أحمد محمد شاكر 1، 2، و محمد فؤاد عبدالباقي، ج3، وإبراهيم عطوة عوض ج5، 4، ط2، ج3، الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، 1975م، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، حديث رقم: 1235، ص 528 .  
 ٣ السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج12، ص124 .  
 ٤ سورة البقرة، الآية 282 .



أشهد أن السلم المؤجل في كتاب الله - تعالى - أنزل فيه أطول آية وتلا هذه الآية والسنة ما روي أن النبي - صلى الله عليه وسلم - "نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم"<sup>١</sup>.

وعن ابن عباس، قال: قدم النبي صلى الله عليه وسلم والناس يستلفون في الثمر السننتين والثلاث، فقال: "من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم"<sup>٢</sup>، فالسلم بيع تدعو إليه الضرورة، فكل واحد من المتبايعين بحاجة إليه، فصاحب رأس المال بحاجة إلى أن يشتري الثمر وصاحب الثمر محتاج إلى ثمنه لينفق عليه، فهو من المصالح الحاجية، ولذلك فإن السلم يسمى بيع المفاليس<sup>٣</sup> أو بيع المحاويج<sup>٤</sup>.

وسنبين في هذا المبحث المقصود بالسلم، وأثر العرف في مقدار وأوصاف المسلم فيه وأثر العرف في بيان أقل أجل السلم .

### المطلب الأول

### العرف والسلم

### الفرع الأول: معنى السلم لغة

السلم في البيع مثل: السلف، ومعنى أسلمت إليه أسلفت<sup>٥</sup>.  
والسلم: التقديم، والتسليم<sup>٦</sup>، والإعطاء يقال: أسلم الثوب إلى الخياط، وأسلم في البر، وأصله أسلم الثمن فيه فحذف<sup>٧</sup>، والسلم لغة أهل الحجاز، والسلف لغة أهل العراق قاله الماوردي، سمي سلماً لتسليم رأس المال في المجلس، وسلفاً لتقديم رأس المال<sup>٨</sup>.

<sup>١</sup> الزليعي، نصب الرأية لأحاديث الهداية، مرجع سابق، ج 4، ص 45 .  
<sup>٢</sup> الحديث: " مَنْ أَسْلَفَ فِي تَخْرٍ، فَلْيَسْلَفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ " . مسلم، صحيح مسلم، مرجع سابق، باب السلم، ج 3، ص 1226 ح 1604.  
<sup>٣</sup> جاء في الإختيار لتعليق المختار: "ويسمى (أي السلم) بيع المفاليس شرع لحاجتهم إلى رأس المال، لأن أغلب من يعقده من لا يكون المسلم فيه في ملكه؛ لأنه لو كان في ملكه يبيعه بأوفر الثمنين فلا يحتاج إلى السلم" . مجد الدين أبو الفضل الحنفي، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، (ت: 683هـ)، الإختيار لتعليق المختار، ب: ط، ج 2، الناشر: مطبعة الحلبي - القاهرة، 1937م، ص 34.  
<sup>٤</sup> قال القرطبي: " فظهر أن بيع السلم من المصالح الحاجية، وقد سماه الفقهاء بيع المحاويج " . شمس الدين القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي (ت: 671هـ)، الجامع لأحكام القرآن (تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش) ط 2، ج 3، الناشر: دار الكتب المصرية - القاهرة، 1964م، ص 379 .  
<sup>٥</sup> الفيومي، المصباح المنير، مرجع سابق، ج 1، ص 286؛ الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ج 1، ص 153 .  
<sup>٦</sup> الجرجاني، التعريفات، مرجع سابق، ص 120 .  
<sup>٧</sup> ناصر بن عبد السيد أبي المكارم ابن علي، أبو الفتح، برهان الدين الخوارزمي المَطْرَرِيّ، الخوارزمي (ت: 610هـ)، المغرب في ترتيب المعرب، ب: ط، الناشر: دار الكتاب العربي، ب: ت، ص 234 .



## الفرع الثاني: معنى السلم اصطلاحاً:

السلم عند الحنفية هو: بيع أجل بعاجل<sup>٢</sup>؛ أي أنه يتقدم رأس المال فيه على الثمن لأجل، وبعبارة أخرى: هو أن يسلم عوضاً حاضراً في عوض موصوف في الذمة إلى أجل<sup>٣</sup>.

وعند المالكية: السلم عقد معاوضة يوجب شغل الذمة بغير عين ولا منفعة غير متماثل العوضين<sup>٤</sup>، فيخرج شراء الدين وإن مائل حكمه حكمه؛ لأنه لا يصدق عليه عرفاً والمختلفان بجواز اشتراكهما في شيء واحد والكره المضمون والقرض ولا يدخل إتلاف المثلي غير عين ولا هبة غير معين انتهى<sup>٥</sup>.

وعند الشافعية: السلم هو بيع شيء موصوف في الذمة بيدل يجب تعجيله بمجلس البيع<sup>٦</sup>، فيجب تسليم رأس المال في المجلس؛ إذ لو تأخر لكان ذلك في معنى بيع الكالئ بالكالئ<sup>٧</sup>.

وعند الحنابلة: السلم عقد على شيء يصح بيعه، موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد<sup>٨</sup>، وموصوف في الذمة وهي وصف يصير به المكلف أهلاً للإلزام والالتزام<sup>٩</sup>.

وعرفه المعاصرون: السلم هو البيع الذي يكون تسليم المبيع فيه مؤجلاً وتسليم الثمن معجلاً<sup>١٠</sup>.

<sup>١</sup> الشربيني، معني المحتاج، مرجع سابق، ج 3، ص 3؛ البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، ج 3، ص 288.

<sup>٢</sup> ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، ج 7، ص 70.

<sup>٣</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 5، ص 3603.

<sup>٤</sup> الحطاب الرُّعيني المالكي، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج 4، ص 514.

<sup>٥</sup> مواهب الجليل شرح مختصر خليل، المرجع ذاته، ج 4، ص 514.

<sup>٦</sup> زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، مرجع سابق، ج 2، ص 122.

<sup>٧</sup> أسنى المطالب في شرح روض الطالب، المرجع ذاته، ج 2، ص 122.

<sup>٨</sup> البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، ج 3، ص 288-289.

<sup>٩</sup> كشف القناع عن متن الإقناع، المرجع ذاته، ص 289.



## المطلب الثاني

## أثر العرف في أوصاف المسلم فيه

السلم بيع يكون المبيع فيه موصوفاً أ في الذمة، فلا بد من رفع الجهالة عنه  
 بمعرفة مقداره وأوصافه ومكان تسليمه؛ لأن الجهالة تفضي إلى النزاع  
 والخلاف بين المتعاقدين، فبيع السلم لا يصح إلا فيما يمكن ضبطه وتعيينه  
 قدراً ووصفاً، كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة كالجوز والبيض  
 لأن العددي المتقارب " مضبوط بالعدد مقدور التسليم فيجوز السلم  
 فيه" <sup>٢</sup>، فالقاعدة كما يقول أحمد إبراهيم بيك: "أن ما لا يمكن ضبط وصفه  
 ومعرفة قدره لا يصح السلم فيه؛ لأنه يفضي إلى المنازعة" <sup>٣</sup>.

<sup>١</sup> السيد صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص 389 .

<sup>٢</sup> ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، ج 7، ص 74 .

<sup>٣</sup> أحمد إبراهيم بيك، المعاملات المالية الشرعية، مرجع سابق، ص 146 .





ولذلك منع الحنفية السلم فيما تتفاوت أحاده بناء على العرف كبيض النعام، فقال الكمال ابن الهمام: " وإن كان الغرض في ذلك العرف حصول القشر ليتخذ في سلاسل القناديل كما في ديار مصر وغيرها من الأمصار يجب أن يعمل بهذه الرواية فلا يجوز السلم فيها بعد ذكر العدد إلا مع تعيين المقدار واللون مع نقاء البياض أو إهداره"<sup>1</sup>.

فعرف الناس في الإستعمال يؤثر على الوصف، وبناء عليه يحدد جواز السلم فيه أو لا، فبيض النعام إذا كان يعد للأكل فالتفاوت فيه غير معتبر وبذلك يجوز السلم فيه، أما إذا كان عرف الناس كما هو اليوم بأن يرسم عليه لوحات فنية مزخرفة، فلا يجوز السلم فيه؛ لأن البيض يتفاوت حسب الإتقان والعمل .

ومن المسائل الخلافية بين الفقهاء مسألة السلم في الجواهر: فذهب الجمهور إلى القول بعدم جواز السلم في الجواهر وعللوا ذلك بعد ضبطه بالوصف لأن أحادها تختلف إختلافاً متبايناً بالصغر والكبر والجودة والرداءة<sup>2</sup>.

وذهب المالكية<sup>3</sup> وقول في مذهب الإمام أحمد<sup>4</sup> إلى جواز السلم في الجواهر ، وقالوا: بأن الجواهر مما يمكن ضبطها من خلال أصحاب الخبرة وما أمكن ضبطه جاز السلم فيه .

ومما لا شك فيه أن ضبط المواصفات اليوم أصبحت أكثر دقة وذلك من خلال التطور المذهل لأنواع الصناعات والتجارات والزراعة مما يجعل التفاوت شبه نادر بينها إن لم تكن معدومة، وبذلك يصبح السلم في الجواهر والحلي وغيرها من الأمور التي كانت قديماً لا يجوز السلم فيها نظراً لتفاوتها وعدم ضبطها وضبط قدرها جائزاً؛ نظراً لزوال العلة في منعه قديماً وهي التفاوت والإختلاف .

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، ج 7، ص 74 .

<sup>2</sup> السرخسي، الميسوط، مرجع سابق، ج 12، ص 142 ؛ الشيرازي، التنبيه في الفقه الشافعي، مرجع سابق، ج 3، ص 73 ؛ البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، ج 3، ص 291 .

<sup>3</sup> محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى، أبو القاسم الكلبي الغرناطي (ت: 741هـ)، القوانين الفقهية، ب: ط، ب: د، ب: ت، ص 177 ؛ خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين المصري، الجندي المالكي (ت: 776هـ)، مختصر خليل، (تحقيق: أحمد جاد) ط 1، الناشر: دار الحديث- القاهرة، 2005م، ص 164 .

<sup>4</sup> المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، مرجع سابق، ج 5، ص 88 .



ومما هو معلوم أن الحكم المبني على العرف يتغير وجوداً وهدماً، وقال الزيلعي: " ما أمكن ضبط صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه؛ لأنه لا يفضي إلى المنازعة، وما لا يعرف صفته وقدره لا يصح السلم فيه لأنه دين وهو لا يعرف إلا بالوصف فإذا لم يكن ضبطه به يكون مجهولاً جهالة تقضي إلى المنازعة فلا يجوز كسائر الديون" <sup>1</sup>.

### المطلب الثالث

#### أثر العرف في بيان أقل أجل السلم

من شروط صحة السلم أن يكون مؤجلاً، لقوله صلى الله عليه وسلم: "أسلفوا في الثمار في كيل معلوم إلى أجل معلوم" <sup>2</sup>، ولأن السلم جوز للرفق فلا يحصل الرفق إلا مع الأجل، فإذا انتفى الأجل انتفى الرفق، ومع أن الفقهاء إشتراطوا الأجل في السلم <sup>3</sup> إلا أنهم إختلفوا في تحديد الأجل الأدنى الذي لا يصح السلم بأقل منه ، واختلفوا في أن للعادة دوراً في تحديد أقل أجل السلم، فذهب الفقهاء إلى ما يلي:

<sup>1</sup>الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج4، ص111 .  
<sup>2</sup>محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، البخاري (ت: 256 هـ)، صحيح البخاري، (تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر) ط1 ج3، الناشر: دار طوق النجاة، 1422 هـ، كتاب السلم، باب السلم في وزن معلوم، حديث رقم: 2240، ص85 .  
<sup>3</sup>ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة إلى منع الحال في السلم . مرجع سابق، ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، ج7، ص87؛ ؛ الصاوي، بلغة السالك، مرجع سابق، ج3، ص273؛ الرحيباني الحنبلي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى مرجع سابق، ج3، ص221 . وخالف الشافعية الجمهور في جواز الحال في السلم، جاء في المهذب: " ويجوز مؤجلاً للآية ويجوز حالاً لأنه إذا جاز مؤجلاً فلا يجوز حالاً وهو من الغرر أبعد أولى". الشيرازي، التنبيه في الفقه الشافعي، مرجع سابق، ج2، ص72 .



أولاً: ذهب الحنفية إلى أربعة أقوال :

- القول الأول: أقله ما دون شهر؛ لأن أقل من الشهر يعد قريباً عادةً، والشهر وما فوقه يعد بعيداً عادةً، فهذا القول إعتد على العرف لأن الناس وقتئذ كانوا يعدون الأقل من الشهر قريباً، والأكثر منه بعيداً ، لذلك قالوا بأن المدين لو حلف أن يقضي دينه عاجلاً ففضاه قبل الشهر بر بيمنه ولم يحنث لأن الأيمان مبنية على العرف".<sup>1</sup>

٢، وهذا - القول الثاني: أقل أجل السلم ثلاثة أيام قياساً على خيار الشرط القول لا يصح كما قال الكاساني: " وهذا القياس غير سديد؛ لأن أقل مدة الخيار ليس بمقدر، والثلاث أكثر المدة على أصل أبي حنيفة فلا يستقيم القياس".<sup>3</sup>

- القول الثالث: أكثر من نصف يوم، وهذا يعتمد على عادة الناس في مجالس عقودهم، والتي في العادة لا تستمر أكثر من نصف يوم، وهذا القول نسبه السرخسي للرازي، جاء في المبسوط للسرخسي: " وكان أبو بكر الرازي يقول أدنى الأجل فيه أن يكون أكثر من نصف يوم؛ لأن المعجل ما كان مقبوضاً في المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما في العادة أكثر من نصف يوم".<sup>4</sup>

- القول الرابع: المرجع في بيان أقل أجل السلم هو العرف والعادة، وهذا القول نسبه ابن الهمام إلى الكرخي بقوله: " ينظر إلى مقدار المسلم فيه وإلى عرف الناس في تأجيل مثله".<sup>5</sup>

ثانياً : ذهب المالكية في المشهور عندهم أن أقل الأجل ما تختلف فيه الأسواق وهو خمسة عشر يوماً، وأختلاف الأسواق يتغير من ومان إلى زمان بناء على عادة الناس وأحوالهم، قال ابن القاسم: " لا يجوز لرجل أن يبيع ما

<sup>1</sup> الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج4، ص115؛ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج3، ص38.  
<sup>2</sup> ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج6، ص174؛ السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج12، ص127.  
<sup>3</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص213.  
<sup>4</sup> السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج12، ص127.  
<sup>5</sup> ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، ج7، ص87.



ليس عنده بعين ولا بعرض إلا أن يكون على وجه السلف مضمونا عليه إلى  
أجل معلوم تتغير في مثله الأسواق، ولم يحد مالك في ذلك حدا وأرى الخمسة  
عشر يوما أقل ذلك في البلد الواحد".<sup>1</sup>

وهناك قول رواه ابن وهب عن مالك: أنه يجوز اليومين والثلاثة  
عبد الحكم: لا بأس به إلى اليوم الواحد.<sup>2</sup>

ثم بين الباجي أن تحديد المدة بناء على تغير الأسواق مبني على العرف  
فقال: "إذا ثبت ما قلناه فالذي قاله القاضي أبو محمد إن تغير الأسواق في ذلك  
لا يختص بمدة من الزمان وإنما هو على حسب عرف البلاد ومن قدر ذلك  
بخمسة عشر يوما أو أكثر فإنما قدر على عرف بلده وتقدير ابن القاسم ذلك  
بخمسة عشر يوما وعشرين أظهر؛ لأن هذا عرف البلاد ومقتضى ما علم من  
أسواقها فإنه يغلب تغيرها في مثل هذه المدة وعرف مصر كعرف غيرها والله  
أعلم وأحكم".<sup>3</sup>

ثالثاً: ذهب الحنابلة إلى أن أقل السلم شهر، والشهر تحديده بناء على عرفهم  
يومئذ؛ ولأن السلم رخصة، جاز للرفق، ولا يحصل إلا بالأجل، فإذا انتفى  
الأجل انتفى الرفق، قال المرادوي: "أن يشترط أجلا معلوما له وقع في الثمن  
-يعني، في العادة- كالشهر ونحوه. قاله الأصحاب. قال في «الرعاية»: ويتغير  
فيه الثمن غالبا بحسب البلدان، والأزمان، والسلع".<sup>4</sup>

<sup>1</sup> أبو عبد الله المواق المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، مرجع سابق، ج6، ص499 .  
<sup>2</sup> ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج3، ص220 .  
<sup>3</sup> الباجي الأندلسي، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي (ت: 474هـ)، المنتقى  
شرح الموطأ، ط1، ج4، الناشر: مطبعة السعادة-مصر، 1332هـ، ص298 .  
<sup>4</sup> المرادوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي (ت: 885 هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف،  
(تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي و عبدالفتاح محمد الحلو)، ط1، ج12، الناشر: هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة -  
مصر 1995م، ص258، 259.



## المبحث الثالث

## تطبيقات العرف في الإجارة

شرعت الإجارة على خلاف القياس، إذ القياس عدم مشروعيتها؛ لأنها بيع المنافع المعدومة وقت التعاقد، والمنافع عند الحنفية ليست مالا، والمعدوم كذلك لا يقبل التمليك<sup>١</sup>. وفي نصوص الفقهاء ما يدل على أثر العرف في جواز الإجارة، إذ جرى عرف الناس على التعامل بها، فقد جاء في المبسوط "أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث والناس يؤاجرون ويستأجرون فأقرهم على ذلك"<sup>٢</sup>، ففي كتاب الله عز وجل، ثم في سنة رسول الله -صلى الله عليه وسلم- بَيِّن: أَنَّ الإِجَارَات جَائِزَةٌ: على ما يعرف الناس<sup>٣</sup>.

فإن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان، فلما جاز العقد على الأعيان وجب أن تجوز الإجارة على المنافع، ولا يخفى على أحد الحاجة إلى ذلك<sup>٤</sup>.

<sup>١</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج4، ص173 .

<sup>٢</sup> السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج51، ص74 .

<sup>٣</sup> أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُو جَرْدِي الخراساني، أبو بكر البيهقي (ت: 458هـ)، أحكام القرآن للشافعي (قدم له: محمد زاهد الكوثري) ط2، ج1، الناشر: مكتبة الخانجي - القاهرة، 1994م، ص263 .

<sup>٤</sup> ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج5، ص321 .



فالإجارة إنما جازت لعرف الناس التعامل بها، والتعامل دليل على حاجة الناس الماسة إليها، فكما قال أحمد أبو سنه: "فالدليل على وجود هذه الحاجة هو العرف؛ لأن تداول الناس أمراً بحيث يصل إلى حد الإعتياد مع قبول الطباع له، يدل على إحتياجهم له وأن منفعته مقصودة لهم"<sup>١</sup>.  
ولأن ليس كل أحد يستطيع أن يشتري داراً أو أرضاً أو يشتري راحلة ينتقل عليها، ولكن من القدرة بمكان أن يستأجر البيت للسكنى أو الأرض للزراعة والراحلة للسفر والتنقل، وفي ذلك يقول المرغيناني<sup>٢</sup>: "والقياس يأبى جوازه (عقد الإجارة)؛ لأن المعقود عليه المنفعة وهي معدومة، وإضافة التمليك إلى ما سيوجد لا يصح إلا أنا جوزناه لحاجة الناس إليه، وقد شهدت بصحتها الآثار وهو قوله عليه الصلاة والسلام: "أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه"<sup>٣</sup>.

### المطلب الأول

### العرف والإجارة

#### الفرع الأول: الإجارة لغة

الإجارة في اللغة تطلق على جزاء العمل، وعلى الثواب، والتصدق، وتطلق على سطح البيت .

جاء في لسان العرب: الإجارة من أجر يأجر، وهو ما أعطيت من أجر في عمل، وقال الزجاج في قوله تعالى: ( قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَجِرْهُ )؛ أي اتخذه أجيراً<sup>٤</sup>.

ويطلق الأجر أيضاً على الثواب، وفي الآية يقول الله: ( فَلَهُ أَجْرُهُ عِنْدَ رَبِّهِ )؛ أي ثوابه، ويطلق على التصدق فيقال: اتجر الرجل: تصدق وطلب الأجر<sup>٥</sup>.

<sup>١</sup> أحمد أبو سنه، العرف والعادة في رأي الفقهاء، مرجع سابق، ص 134 .

<sup>٢</sup> مرجع سابق، المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، مرجع سابق، ج 3، ص 230 .

<sup>٣</sup> رواه ابن ماجه من حديث عبدالله ابن عمر. ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد (ت: 273هـ)، سنن ابن ماجه، (تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي) ب: ط، ج 2، الناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي، ب: ت، حديث رقم: 2443، ص 817. علق عليه محمد فؤاد عبد الباقي قال: "في الزوائد أصله في صحيح البخاري وغيره من حديث أبي هريرة. لكن إسناد المصنف ضعيف وهب بن سعيد وعبد الرحمن بن زيد ضعيفان. وحكم عليه الألباني بالصحة .

<sup>٤</sup> سورة القصص، الآية 26 .

<sup>٥</sup> ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 4، ص 10-11 .



ويستعمل الأجر بمعنى الإجارة وبمعنى الأجرة وجمعه أجور مثل فلس  
وفلوس، والإجار تطلق على السطح<sup>٣</sup>، ومنه قوله صلى الله عليه وسلم: " مَنْ  
بَاتَ فَوْقَ إِجَارٍ<sup>٤</sup> - أَوْ فَوْقَ بَيْتٍ - لَيْسَ حَوْلَهُ شَيْءٌ يَرُدُّ رِجْلَهُ، فَقَدْ بَرِنَتْ مِنْهُ  
الدِّمَّةُ، وَمَنْ رَكِبَ الْبَحْرَ بَعْدَمَا يَرْتَجُّ، فَقَدْ بَرِنَتْ مِنْهُ الدِّمَّةُ"<sup>٥</sup>.

### الفرع الثاني: معنى الإجارة اصطلاحاً

الإجارة: عقد على المنافع بعوض<sup>٦</sup>.

فالقول بعوض - وهو المال - خرج بذلك ما كان بغير عوض كالعارية والوصية بالخدمة، فالعقد  
على المنافع شرعا نوعان أحدهما: بغير عوض كالعارية والآخر: بعوض وهو الإجارة، ولكي  
يخرج النكاح، قال الأتقاني: " ينبغي أن يقال: عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم إلى مدة  
معلومة حتى يخرج النكاح؛ لأن التوقيت يبطله أو يقال: عقد على منفعة معلومة لا لاستباحة البضع  
بعوض معلوم<sup>٧</sup>.

وجاء في الدر المختار: الإجارة: تملك نفع مقصود من العين بعوض<sup>٩</sup>.  
وقوله: (مقصود من العين) أي في الشرع ونظر العقلاء، فيخرج ما كان مقصودا للمستأجر لكنه لا  
نفع فيه وليس من المقاصد الشرعية، وقوله: (بعوض) دلالة على أن تملك المنفعة مقابل عوض،  
عوض، فخرج بذلك ما كان تملك للمنفعة بغير عوض كالعارية ونحوها.

<sup>١</sup> سورة البقرة، الآية 112 .

<sup>٢</sup> لسان العرب، المرجع ذاته، ج4، ص11 .

<sup>٣</sup> الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق، ص342 .

<sup>٤</sup> الإجار - بكسر الهمزة وتشديد الجيم- هو السطح . البوصيري، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل بن سليم بن قايماز  
بن عثمان الكناشي الشافعي (ت: 840هـ)، إتحاف الخيرة المهرة بزوائد المسانيد العشرة، (تحقيق: دار المشكاة للبحث العلمي بإشراف أبو  
تميم ياسر بن إبراهيم)، ط1، ج3، الناشر: دار الوطن للنشر، الرياض، 1999م، ص157.

<sup>٥</sup> الحديث ورد في مسند أحمد بن حنبل، حديث رقم: 20749 . مسند أحمد بن حنبل، مرجع سابق، ج34، ص351؛ قال الهيثمي في  
مجمع الزوائد: رواه أحمد مرفوعا وموقوفا وكلاهما رجاله رجال الصحيح . الهيثمي، أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان  
الهيثمي (ت: 807هـ)، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، (تحقيق: حسام الدين القدسي) ب: ط، ج8، الناشر: مكتبة القدسي، القاهرة، 1994م،  
ص99.

<sup>٦</sup> بدر الدين العيني الغنيتابي الحنفى، البنائة شرح الهداية، مرجع سابق، ج10، ص221؛ المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، مرجع  
سابق، ج3، ص230؛ نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج4، ص409 .

<sup>٧</sup> السرخسي، الميسوط، مرجع سابق، ج15، ص74.

<sup>٨</sup> الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج5، ص105 .

<sup>٩</sup> ابن عابدين، رد المحتار، مرجع سابق، ج6، ص4 .



وعند المالكية: الإجارة تملك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض<sup>١</sup>.  
وبقوله: (منافع) خرج البيع والهبة والصدقة فإنها تملك ذوات، وخرج بقوله  
(مباحة) تملك منفعة غير مشروعة لأنها تعتبر عندئذ باطلة، وقوله: (مدة  
معلومة) أخرج النكاح فإنه على التأييد، وقوله: (بعوض) أخرج القرض .

والإجارة والكراء شيء واحد في المعنى عندهم، غير أنهم سمو العقد على  
منافع الأدمي، وما ينقل غير السفن والحيوان إجارة، والعقد على منافع ما لا  
ينقل كالأرض والدور، وما ينقل من سفينة وحيوان كالرواحل كراء في الغالب  
فيهما<sup>٢</sup>.

وعند الشافعية: الإجارة عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذر والإباحة  
بعوض معلوم<sup>٣</sup>.

فخرج بقوله: (منفعة) العين، وبقوله: (مقصودة) التافهة والتي لا قيمة لها  
(وبمعلومة) القراض على عمل مجهول، (وبقابلة للبذر والإباحة) خرج نحو  
منفعة البضع، (وبعوض) خرج هبة المنافع والوصية بها والشركة والإعارة.

وعند الحنابلة: كما جاء في كشف القناع: عقد على منفعة مباحة معلومة،  
تؤخذ شيئاً فشيئاً مدة معلومة من عين معينة أو موصوفة في الذمة،  
معلوم بعوض معلوم<sup>٤</sup>.

وقوله: (على منفعة) خرج بذلك البيع والهبة وكل ما يفيد تملك الذات لا  
المنفعة، وقوله: (مباحة) خرج المنفعة المحرمة كإجارة النساء للبغي والفحش،  
وقوله: (معلومة) خرج المنفعة المجهولة التي تؤدي إلى النزاع، وبقوله: (تؤخذ  
شيئاً فشيئاً) ليقترن الإنعقاد بالإستيفاء، فيتحقق بهذا الطريق  
المعقود عليه، فالمستأجر له حق تحصيل المنفعة طيلة مدة العقد،  
بإستيفاء  
التمكن من إستيفاء  
بخلاف البيع

١ رد المحتار، المرجع ذاته، ج 6، ص 5.

٢ ابن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 4، ص 2.

٣ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع ذاته، ج 4، ص 2؛ الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، مرجع سابق، ج 4، ص 5.

٤ زين الدين أبو يحيى السنيني، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، مرجع سابق، ج 2، ص 403.

٥ البيهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، ج 3، ص 546.





الذي يحدث دفعة واحدة، وقوله: (مدة معلومة) إشارة إلى بيان المدة في إجارة المنافع، وقوله: (من عين معينة أو موصوفة في الذمة) كاستئجار ذات موجودة أو ذات موصوفة محددة الأوصاف، وقوله: (عمل معلوم) إشارة إلى النوع الثالث من أنواع الإجارة المذكورة في التعريف، فالأول إجارة الأعيان المعينة ، وإجارة الأعيان الموصوفة في الذمة، وإجارة الأشخاص، وهو ما عبر به بقوله: (أو عمل معلوم) .

فالقدر المتفق على اعتباره عند الفقهاء لعقد الإجارة هو: (تمليك المنفعة بعوض) وما عدا ذلك كان التفاوت في اعتباره شرعاً بين موسع لقيوده ومضيق لها.

### المطلب الثاني

#### أثر العرف في تحديد المنفعة

حتى يصح عقد الإجارة يجب أن تكون المنفعة معلومة علماً ينتفي معه الجهالة التي تؤدي إلى النزاع، ومن طرق العلم بالمنفعة في الإجارة العرف والعادة كسكنى الدار شهراً أو استئجار الخادم للخدمة، فإن معرفة هذه المنفعة تعود إلى العرف بحيث تسكن الدار، كما يستعمل الخادم في حدود العرف وما تقره العادة.

ولكي تصح المنفعة يجب أن يكون عرف الناس جارياً في استعمالها وقصدها كالدور للسكنى والأرض للزراعة، ومتى انتفى عرف الناس عن العمل بها وقصدها كإجارة الأشجار للاستظل بظلها أو تجفيف الثياب عليها بطلت الإجارة لعدم الحاجة إليها وعدم عادة الناس في قصدها<sup>١</sup>، فهي كما قال الكاساني: "منافع غير مقصودة من الشجر ( العين المؤجرة)"<sup>٢</sup>.

<sup>١</sup> ديبان الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، مرجع سابق، ج 9، ص 16.

<sup>٢</sup> أحمد أبو سنه، العرف والعادة، مرجع سابق، ص 134.

<sup>٣</sup> جاء في بدائع الصنائع: "أن تكون المنفعة مقصودة بعتاد استيفائها بعقد الإجارة ويجري بها التعامل بين الناس؛ لأنه عقد شرع بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة فيما لا تعامل فيه للناس فلا يجوز استئجار الأشجار لتجفيف الثياب عليها والاستظل بها؛ لأن هذه منفعة غير مقصودة من الشجر". الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 4، ص 192.



فذلك إذا دفع شخص ثوباً له إلى خياط أو غسال بدون عقد أو شرط، وكان الخياط أو الغسال منتجين لذلك، فلهما أجره المثل على ذلك عرفاً؛ لأن العرف الجاري بذلك يقوم مقام القول، أما إذا لم يكونا منتجين لذلك فإنهما لا استحقان الأجرة إلا بعقد<sup>١</sup>.

وسنبين بعض من المسائل التي تعرض لها الفقهاء، وحكموا فيها العادة عند إطلاق عقد الإجارة:

### الفرع الأول: مسألة إجارة الدور

ذهب جمهور الفقهاء<sup>٢</sup> إلى جواز إجارة الدور مع عدم بيان ما تستأجر له، لأن تعارف الناس عادة هي السكنى، فينصرف العقد إلى المتعارف عليه، مع أن القياس عدم جواز إجارتها لعدم ذكر المقصود من المنفعة في العقد، ولكن العرف رفع هذا المنع من خلال رفعه للجهالة التي بينت المقصود من المنفعة من خلال عادة الناس.

جاء في مطالب أولي النهى: شروط الإجارة ثلاثة: أحدها: معرفة منفعة؛ لأنها هي المعقود عليها، فاشتراط العلم بها كالمبيع ثم قال: "ومعرفتها (إما بعرف) وهو ما يتعارفه الناس بينهم (كسكنى دار شهرا)؛ لأن السكنى متعارفة بين الناس، والتفاوت فيها يسير، فلم يحتج إلى ضبطه (وخدمة آدمي سنة)؛ لأن الخدمة أيضا معلومة بالعرف (وإن لم يضبط) - أي السكنى والخدمة - (عملا

١ أسماء عبدالله موسى "العرف حجيبته وأثاره الفقهية" المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، العدد: 41، المجلد 21، 1427 هـ، ص 51.

٢ السرخسي، الميسوط، مرجع سابق، ج 15، ص 129-130؛ مالك بن أنس، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبجي المدني (ت: 179 هـ)، المدونة، ط 1، ج 3، ب: ن، 1415 هـ، ص 522؛ الرملي، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج 5، ص 280؛ الرحيباني الدمشقي الحنبلي، مطالب أولي النهى، مرجع سابق، ج 3، ص 582.



بالعرف) فلا يحتاجان لضبط، فيسكن في الدار كالعادة، ويخدمه نهارة ومن الليل ما يكون من خدمة أوساط الناس".<sup>1</sup>

وهناك قول لابي ثور<sup>2</sup> ذكره ابن قدامة في المغني: بأنه لا يجوز إجارة الدار مع عدم بيان ما تستأجر له؛ لأن السكنى تختلف، واعترض ابن قدامة على هذا القول بأنه لو اشترط ما ذكره (أبي ثور) لوجب أن يذكر عدد السكان، يبيت عنده ضيف ولا زائر، فقال في المغني: "فإن الضرر لا يكاد يختلف بكثرة من يسكن وقتهم، ولا يمكن ضبط ذلك، فاجتزئ فيه بالعرف".<sup>3</sup>

ولا ننسى أن من شروط العرف أن يكون مطرداً وغالباً، فإذا تغير في زمن عما كان عليه قديماً لا يعمل به، فإنه قديماً كان غالب إجارة الدور للسكنى، أم اليوم ومع إنتشار الناس وإختلافهم في أعمالهم ومقاصدهم، فالأسلم لحسم المنازعات ذكر المنفعة في العقد، قال محمد جمال: "والذي يناسب عصرنا رأي أبي ثور ومن وافقه، وهو أنه لا بد من ذكر منفعة الدار من سكنى أو غيرها؛ لأن التفاوت في السكنى إن كان يسيراً في الأزمنة الماضية فهو ليس كذلك في هذا العصر، فوجب حتماً ذكر المنفعة حسماً للمنازعات، واستقراراً للمعاملات".<sup>4</sup>

### الفرع الثاني: مسألة إجارة الحمامات

إجارة الحمامات في الأصل يابها القياس؛ لأنها واردة على إتلاف العين ، والإجارة تقع على منافع العين لا على ذاته، وللجهالة بمقدار المكث فيها وما

<sup>1</sup> الرحيباني دمشقي الحنبلي، مطالب أولي النهى، مرجع سابق، ج3، ص582.

<sup>2</sup> أبو ثور: إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبى الفقيه البغدادي صاحب الإمام الشافعي رضي الله عنه وناقل الأقوال القديمة عنه؛ وكان أحد الفقهاء الأعلام والتقات المأمونين في الدين، له الكتب المصنفة في الأحكام جمع فيها بين الحديث والفقه، وكان أول اشتغاله بمذهب أهل الرأي، حتى قدم الشافعي العراق فاختلف إليه واتبعه ورفض مذهبه الأول، ولم يزل على ذلك إلى أن توفي لثلاث بقين من صفر سنة ست وأربعين ومائتين ببغداد، ودفن بمقبرة باب الكناس، رحمه الله تعالى. وقال أحمد بن حنبل: هو عندي في مسلاخ سفيان الثوري، أعرفه بالسنة منذ خمسين سنة. ابن خلكان، أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن إبراهيم بن أبي بكر ابن خلكان البرمكي الإربلي (ت: 681هـ)، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان (تحقيق: إحسان عباس)، ط1، ج1، الناشر: دار صادر - بيروت، 1900م، ص26.

<sup>3</sup> ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج5، ص353.

<sup>4</sup> محمد محود الجمال، تطبيقات العرف في المعاملات، مرجع سابق، ص311.



يستهلك فيها من ماء، إلا أن جمهور الفقهاء<sup>١</sup> قالوا بجواز إجارة الحمامات ؛  
وذلك بسبب جريان العرف بلستعمالها والتعامل بها<sup>٢</sup>.

واليوم عرف الناس الجاري هو استعمال برك السباحة وحمامات  
البخار(الساونا)، وإستعمال الحمام أيضاً لقضاء الحاجة، فتكون حكمها الجواز  
خلافاً للقياس، وإنما جوزت لجريان العرف والعادة بذلك، وفي جوازها رفع  
للحرج عن الناس وتيسيراً عليهم، جاء في شرح ملتقى الأبحر: "(ويجوز أخذ)  
الحمامي (أجرة الحمام) للتوارث والتعارف قال: «- صلى الله عليه وسلم - ما  
رأه المؤمنون حسناً فهو عند الله حسن»<sup>٣</sup> فلا تعتبر جهالة المنفعة في مثل  
هذا»<sup>٤</sup>.

### المطلب الثالث

#### أثر العرف في مدة الإجارة

تنقسم الإجارة إلى نوعين، وذلك بحسب العقد الذي تعقد عليه، الأول: أن  
يعقد على عمل معلوم، كبناء حائط، وخياطة ثوب، أو حمل إلى موضع  
معين ، والثاني: أن يعقد على مدة، والمدة قد تكون مذكورة في العقد صراحة ،  
أو تعرف من خلال عادة الناس عند إطلاقها<sup>٥</sup>.

أما النوع الأول: فيكون تمام العقد بإنهاء العمل المتطلب من الأجير فعله ،  
كنقل متاع إلى منطقة معينة، أو إتمام البناء أو الثوب المتفق عليه بين  
المتعاقدين.

وأما النوع الثاني الذي هو مدار حديثنا في هذا المطلب: فتكون المدة هي التي  
تبين إستيفاء المنفعة ؛ لأن الأجرة لا تجب بالعقد ، فالمنافع ليست كالأعيان؛

<sup>١</sup> الزبلي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج5، ص123 ؛ أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج7، ص574 ؛ الرملي، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج5، ص279 .

<sup>٢</sup> محمد الجمل، تطبيقات العرف في المعاملات، مرجع سابق، ص312-313 .  
<sup>٣</sup> أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، مرجع سابق، ج3600، ص84 . ورواه الحاكم في المستدرک وقال: " حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه". أبو عبد الله الحاكم، المستدرک على الصحيحين، مرجع سابق، ج4465، ص3، ج83 .

<sup>٤</sup> داماد أفندي، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، (ت: 1078هـ)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، ب: ط، ج2 الناشر: دار إحياء التراث العربي ، ب: ت، ص383 .

<sup>٥</sup> عبد الحميد محمود طهماز، الفقه الحنفي في ثوبه الجديد، ط2، ج4، الناشر: دار القلم-دمشق، الدار الشامية-بيروت، 2009، ص348 .



وإنما هي أعراض معدومة تحصل شيئاً فشيئاً عند الإستيفاء، فتعقد الإجارة بين المتعاقدين للحال، وتتعقد منافعها شيئاً فشيئاً، فالملك يتم على حسب حدوث المنفعة المعقود عليها التي هي في الأصل معدومة، فحكمها يظهر عند وجودها، لذلك قامت المنفعة المستأجرة مقام العين؛ ليرتبط الإيجاب بالقبول، ويظهر العمل في المنفعة تملكاً وإستحقاقاً حال وجودها<sup>١</sup>.

والمدة تعرف بالعرف كالسكنى شهر للدار، والزراعة مدة موسم أو حول، ولو كانت مضافة كأجرتكها غداً، فيشترط في إستئجار الدابة للركوب بيان الوقت أو الموضع، فلو خلا عنهما فهي فاسدة؛ لأن المدة كما قال ابن قدامة: "هي الضابطة للمعقود عليه المعرفة له، فوجب أن تكون معلومة كعدد المكيلات فيما بيع بالكيل"<sup>٢</sup>.

وإن كان مدة الإجارة مقدرة بسنة مطلقة، حمل على سنة الأهلة؛ لأنها المعهودة في الشرع<sup>٣</sup>، أما إذا كان عرف البلاد كما هو حال أكثر البلدان اليوم العمل بالتقويم الميلادي فإن المدة تكون بالسنة الميلادية عملاً بالعرف، ولو أستأجر الرجل أجيراً ليعمل له يوماً فممن طلوع الشمس بحكم العادة<sup>٤</sup>، جاء في الفتاوى الهندية: "إن كان العرف بينهم أنهم يعملون من طلوع الشمس إلى العصر فهو على ذلك، وإن كان العرف أنهم يعملون من طلوع الشمس إلى غروب الشمس فهو على ذلك"<sup>٥</sup>، وتكون أوقات الأكل والشرب والصلاة والإستراحة أثناء العمل محددة بعرف الناس وعادتهم في مثل هذه الأعمال.

١ الأصل عند الحنفية والمالكية أن المنافع ليست كالأعيان وإنما هي أعراض تحصل شيئاً فشيئاً . السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج15، ص109؛ بدر الدين العيني الغيتابي، البناء شرح الهداية، ج10، ص232. أما عند الشافعية والحنابلة فإن المنافع بمنزلة الأعيان الموجودة حكماً فالعقد عليها كالعقد على العين . الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج4، ص26؛ البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج4، ص5.

٢ ابن قدامة، المعنى، مرجع سابق، ج5، ص323.

٣ ابن قدامة، المعنى، مرجع سابق، ج5، ص323.

٤ ابن عابدين، رد المحتار، مرجع سابق، ج6، ص10.

٥ نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج4، ص416.



## الفصل الثاني

### تطبيقات العرف في عقود المعاوضات المالية المعاصرة

في هذا الفصل سنتكلم عن تطبيقات العرف في عقود المعاوضات المالية المعاصرة، وسيكون الحديث عن أثر العرف في الإستصناع الموازي الذي تجريه البنوك الإسلامية والمصارف المالية، والمرابحة للأمر بالشراء (المركبة) وذلك لكثرة تطبيقاتها في الوقت المعاصر، وكذلك الحديث عن أثر العرف في الحقوق المعنوية (حق التأليف وبراءة الإختراع والإسم التجاري) كون العرف مصدر أساس في تشريعها .



## المبحث الأول تطبيقات العرف في الإستصناع الموازي

المصنوعات من السلع التي يحتاجها الإنسان لا يستغني عنها، وتشتد الحاجة لها بتقدم الحياة وتطور المجتمعات، وقد يجد الإنسان في السلع المعروضة ما يسد حاجته بمواصفات معينة نظير مقابل مادي، وقد لا يجد في السوق ما يسد حاجته ويغطي متطلباته ، فيلجأ إلى ممارسة عملية (الاستصناع)؛ ولذلك إهتم الفقه الإسلامي بعملية الاستصناع ووضع له ضوابطاً وأحكاماً.

وقد عملت بعض المصارف الإسلامية بإسلوب الاستصناع الموازي، فيتعاقد المحتاج للسلعة الصناعية مع المصرف أو البنك بطريقة الاستصناع ليقوم المصرف بإنتاجها، ويكون المصرف في هذه الخطوة بائعاً، ويمكن أن يكون الثمن مؤجلاً، ثم يتعاقد المصرف مع المختصين بصنائه ذلك النوع من السلع على إنتاج سلع بنفس المواصفات والتصاميم المطلوبة المتفق عليها والمبينة في العقد الأول، ويمكن أن يكون الثمن معجلاً، وهكذا تكون مدة التمويل مضاعفة



ما يتيح للمصرف أن يحصل على وفر ربح، ثم إذا تسلم المصرف السلع من الصناعين بعد إنجازها يقوم بتسليمها إلى طالبيها<sup>١</sup>.

## المطلب الأول معنى الاستصناع الموازي

### الفرع الأول: الاستصناع لغة

الصاد والنون والعين أصل صحيح واحد، وهو عمل الشيء صنعا، وامرأة صناع ورجل صنع إذا كانا حاذقين فيما يصنعانه، والصناع: الذين يعملون بأيديهم، وصنعة الرجل: حرفته، وكل محترف بيده صانع<sup>٢</sup>.

### الفرع الثاني: الاستصناع اصطلاحاً

الاستصناع هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل<sup>٣</sup>. وعرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه: عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة<sup>٤</sup>.

فهو إذا عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة أو عقد مقاوله مع أهل الصناعة على أن يعملوا شيئاً كأن يطلب المستصنع (وهو المشتري أو المستأجر) من الصانع (وهو البائع أو العامل) كنجار وحداد ونحوهما من الحرفين صناعة شيء معين بأوصاف محددة من مفروشات أو مكتبات أو آلات مثل الأنابيب والكابلات ونحوها مقابل ثمن معلوم عملاً بما يجري به العرف، وتكون المواد الخام عادة من الصانع وينعقد بالإيجاب والقبول بين المستصنع والصانع<sup>٥</sup>.

<sup>١</sup> محمد سليمان الأشقر وغيره، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، ط1، المجلد الأول، الناشر: دار النفائس-عمان، 1998م، ص225-227.

<sup>٢</sup> أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد، الأردني (ت: 321هـ)، جبهة اللغة، (تحقيق: رمزي منير بعلبكي)، ط1، ج2، الناشر: دار العلم للملايين-بيروت، 1987م، ص888؛ الفراهيدي، كتاب العين، مرجع سابق، ص304؛ ابن فارس، مجمل اللغة، مرجع سابق، ج3، ص313.

<sup>٣</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص2.

<sup>٤</sup> علي حيدر، ندر الحكام، مرجع سابق، المادة 124، ج1، ص114.

<sup>٥</sup> وهبه الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، ط1، الناشر: دار الفكر-دمشق، 2002، ص303.





وبعد تعريف عقد الإستصناع كعقد عادي بين طرفين صانع ومستصنع ،  
يمكن تعريف عقد الإستصناع ال م وازي بأنه: أن يعقد المصرف بخصوص  
السلعة الواحدة عقدين: أحدهما مع الراغب في السلعة يكون المصرف فيه في  
دور الصانع، والآخر مع القادر على الصناعة ليقوم بإنتاج سلعة مطابقة في  
المواصفات والتصاميم والشروط للمذكور في العقد الأول، ويكون البنك هنا  
في دور المستصنع ، ويمكن أن يكون الثمن في العقد الأول مؤجلاً وفي العقد  
الثاني معجلاً، فتكون فرصة التمويل للبنك مضاعفة، مما يتيح للمصرف قسطاً  
من الربح وافراً ، ثم إذا تسلم المصرف السلعة من المنتج، ودخلت في حيازته،  
يقوم بتسليمها إلى المستصنع ، ولا مانع من أن يعقد العقدان في نفس الوقت، أو  
يتقدم أي منهما بشرط عدم الربط بين العقدين<sup>1</sup>.

فالإستصناع الموازي عبارة عن عقدين منفصلين: أما العقد الأول فيتم بين  
الراغب بالسلعة ويسمى المستصنع وبين البنك أو المصرف ويسمى الصانع  
ويكون بطلب المستصنع من البنك استصناع سلعة يحتاج إليها محددة  
الأوصاف والثلث وعادة ما يكون الثمن منجماً حسب قيمة السلعة،  
وَأما العقد  
الثاني فيكون منفصل تماماً عن الأول ويتم بين البنك أو المصرف وبين أحد  
الصانع، يطلب فيه البنك أو المصرف بصفته مستصنعا سلعة تحتوي على  
نفس المواصفات التي طلبها المستصنع الأول، وعادة ما يدفع البنك أو  
المصرف قيمة السلعة مقدماً وتكون الفترة المطلوبة لإنهاء العمل في السلعة  
أقل من الفترة المرجوة في العقد الأول(بين الراغب بالسلعة والبنك) وبعد أن  
يتسلم البنك أو المصرف السلعة يقوم بتسليمها للمستصنع الأول، وجرى عرف  
البنوك والمصارف على قبض ثمن السلعة منجماً على فترات محددة،  
وبفارق  
السعر بين الاستصناعين يكون الربح الحاصل للبنك أو المصرف.

<sup>1</sup> عبدالله عناد نجم عبدالله، آلية التطبيق المحاسبي لعقد الإستصناع والإستصناع الموازي في المصارف العراقية على ضوء معايير  
المحاسبة المالية الإسلامية رقم (10) ، بحث منشور في مجلة تكريت للعلوم الإدارية والإقتصادية، المجلد (1)، العدد (41) ، ج2، 2018م،  
ص 114 ؛ سعود بن عبدالله الورقي، العرف وتطبيقاته المعاصرة ، ب: ط ، ب: ن: ب: ت ، ص 49 ؛ هيئة المحاسبة والمراجعة  
للمؤسسات المالية الإسلامية ، الإستصناع والإستصناع الموازي ، معيار رقم (11) ، ص 294 .



## المطلب الثاني حكم الاستصناع الموازي

يختلف حكم الاستصناع الموازي باختلاف تكييف عقد الاستصناع عند الفقهاء، فجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة ألقوه بالسلم واشترطوا فيه ما يشترط في بيع السلم، وعليه فالاستصناع عندهم لا يجوز إلا إذا استوفى جميع شروط السلم، وذهب الحنفية إلى التفريق بين السلم والاستصناع وجعلوا له شروطاً خاصة به فهو عندهم عقد مستقل يختلف عن السلم<sup>١</sup>.

<sup>١</sup> علي القرّة داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، ط1، الناشر: دار السلام الإسلامية-بيروت، 2001، ص120؛ عبد الجبار السبهاني، الوجيز في المصارف الإسلامية، ط1، الناشر: مطبعة حلاوة-اريد، 2014م، ص162-163؛ الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص303.



فالحنفية - عدا زفر - قد أجمعوا على صحة الاستصناع وجوازه إستحساناً<sup>١</sup>،  
 وأنه ليس سلماً، ولا يجب فيه مراعاة أحكام السلم، ولكن إختلف الحنفية في  
 تكيف الاستصناع إختلافاً كبيراً، فذهب بعضهم إلى أن الاستصناع مواعدة  
 غير ملزمة للطرفين وليست بيعاً، ولكن بعد إنهاء العمل وتسليم المصنوع إلى  
 الصانع وقبض الثمن ينعقد بيعاً بالتعاطي، والراجح عند عامة الحنفية أن  
 الاستصناع عقد وليس مجرد وعد، واختلفوا في هذا العقد فقال بعضهم: هو بيع  
 موصوف في الذمة يثبت فيه خيار الرؤية عند التسليم للمشتري ، أما البائع فلا  
 خيار له، وقال بعضهم: هو إجارة ابتداءً ببيع إنتهاءً لكن ذل  
 بعده<sup>٢</sup>.

والصحيح في تكيف عقد الاستصناع أنه عقد جديد مستقل ليس وعداً، وليس  
 بيعاً مطلقاً، وليس إجارة وليس سلماً، وإن كان له شبه بالبيع وبالإجارة  
 وبالسلم، فيشبه السلم ؛ لأنه عقد موصوف في الذمة ويشبه البيع من أجل أن  
 الصانع يقدم المواد من عنده مقابل عوض مالي، ويشبه الإجارة من حيث أن  
 العمل جزء من المعقود عليه، وإلى هذا القول ذهب مجمع الفقه الإسلامي<sup>٣</sup>.  
 المطلب الثالث

### شروط الاستصناع الموازي

يشترط في الاستصناع الموازي ما يلي<sup>٤</sup> :

١. أن يكون المصنوع معلوماً، لأن العقد موصوف في الذمة، والموصوف  
 في الذمة لا ينتفي عنه الجهالة إلا ببيان جنس المستصنع ونوعه وقدره  
 تحديداً يرفع التنازع والإختلاف عند التسليم .
٢. أن يكون الاستصناع على الأشياء التي تعارف عليها الناس بالتعامل  
 استصناعاً، لأن وجه إستثناء الاستصناع من بيع المعدوم هو التعارف

<sup>١</sup> الكاساني، بدائع الصانع، مرجع سابق، ج 5، ص 2-3 .

<sup>٢</sup> محمد الأشقر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، مرجع سابق، ص 225-227 .

<sup>٣</sup> علي القره داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص 130 ؛ علي حيدر، درر الحكام، مرجع سابق،  
 المواد: 392-393، ج 1، ص 424. ؛ مجمع الفقه الإسلامي، المؤتمر السابع- جدة، 1992م، ج 2، ص 223 .

<sup>٤</sup> شوقي احمد دنيا، الجعالة والإستصناع تحليل فقهي واقتصادي ، بحث البنك الإسلامي للتنمية المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب  
 رقم: 9، 1409 هـ، المملكة العربية السعودية-جدة ؛ هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، معيار  
 رقم 11، ص 298، 306؛ محمد الأشقر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، مرجع سابق، ص 230؛ علي القره ، بحوث في فقه  
 المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص 140 ؛ الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة ص 58-59 ؛ عبدالله عناد نجم عبدالله ، آلية  
 التطبيق المحاسبي لعقد الإستصناع والإستصناع الموازي في المصارف العراقية على ضوء معايير المحاسبة المالية  
 الإسلامية رقم (10)، مرجع سابق، ص 15 .



فلا يصح الاستصناع على ما لم يتعارف على استصناعه كالثمار والحبوب.

٣. العلم بالثمن عند التعاقد وذلك ببيان جنسه وعدده، كأن يحدد الثمن بدينار أردني أو ريال سعودي، وأن يحدد المقدار كألف أو ألفين، أما تأجيل الثمن وتعجيله فيرجع إلى الاتفاق بين الطرفين فيصح معجلاً ومؤجلاً ومقسطاً.

٤. أن تكون المادة والعمل من الصانع؛ لأنه إذا كانت المادة من المستصنع كان العقد إجارة وليس إستصناعاً.

٥. تحديد الأجل<sup>١</sup>، وهذا الشرط خلاف بين الحنفية، فقال أبو حنيفة رحمه الله: بأنه يشترط عدم تحديد الأجل وإلا صار العقد سلباً وليس إستصناعاً، وقال الصحابان أبو يوسف، ومحمد رحمهما الله: أن عدم ضرب الأجل ليس بشرط فيصح بعدم ذكر الأجل ويصح بذكره، ومجمع الفقه الإسلامي أخذ بالقول بذكر الأجل خروجاً من الخلاف ولأن من مقاصد الشريعة قطع المخاصمات، وعليه فيعتبر تحديد الأجل في الاستصناع الموازي شرطاً من الشروط.

٦. يشترط في الإستصناع الموازي عدم الربط بين العقدين، بمعنى لا يصح الربط بين عقد الإستصناع وعقد الإستصناع الموازي.

المطلب الرابع

### أثر العرف في الإستصناع الموازي

يدخل العرف في عقد الإستصناع الموازي بما يلي :

أولاً: جواز الاستصناع : عقد الإستصناع استثناء من بيع المعدوم؛ وذلك لجريان التعامل به وتعارف الناس عليه، فالإستصناع يجوز في الأشياء التي تعورف فيها، لأن العرف دليل الحاجة التي هي سبب الاستثناء، وفيما سوى المتعارف استصناعه لا يصح الإستصناع تمسكاً بالأصل وهو عدم جواز بيع المعدوم<sup>٢</sup>.

<sup>١</sup> السمرقندي، تحفة الفقهاء، مرجع سابق، ج2، ص363.

<sup>٢</sup> مصطفى الزرقا، عقد الإستصناع ومدى أهميته في الإستثمارات الإسلامية المعاصرة، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، 1420 هـ، ص34؛ وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص303؛ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص2-3.



ثانياً: أن يكون المصنوع مما جرى به التعامل بين الناس: من أهم شروط عقد الإستصناع أن يكون الشيء المصنوع مما يجري به التعامل بين الناس في أي عصر من العصور، وعليه لو تعارفوا في عصر على أشياء لم تكن معروفة في الأزمنة التي سبقتهم فلا مانع من اعتباره عرفاً والحاقه بالاستصناع، دون الوقوف بالاستصناع عند مسائل معينة قال بها الفقه السابق فقط، فالثياب تدخل في الزمن الحاضر ضمن عقد الإستصناع رغم عدم اعتبارها قديماً فيما يستصنع وذلك لعدم جريان العرف بها، ومعلوم أن الاحكام التي تبنى على العرف تتغير بتغيره، فالعرف هو من يحدد ما هو مقبول في الاستصناع مما لا يقبل، فيدخل في زمننا استصناع الطائرات والسفن والمعدات الثقيلة وآلات المصانع وانايب النفط والماء وغيرها بطريقة الاستصناع الموازي؛ وذلك لجريان العرف على التعامل بها في عقد الإستصناع<sup>1</sup>.

ثالثاً: تحديد الأجل: إشتراط الإمام أبو حنيفة عدم تحديد الأجل في عقد الإستصناع، فإذا ذكر العاقدان أجلاً معيناً لتسليم المصنوع فسد العقد وصار عقد سلم يشترط فيه ما يشترط في السلم من قبض جميع الثمن في مجلس العقد وغيره من شروط السلم، والعبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني، والسلم لا يكون إلا لشهر فأكثر، فان كان اقل من ذلك كان العقد استصناعاً إن جرى فيه تعامل أو كان القصد من الاجل الإستعجال بلا إمهال فان ذكر الأجل بقصد الإستعجال كان العقد صحيحاً.

وذهب الصحابان (أبو يوسف ومحمد) إلى أن عدم ذكر الاجل ليس بشرط والعقد استصناع سواء حدد الاجل أو لم يحدد؛ لأن العادة جارية بتحديد الأجل في الإستصناع، فيكون شرطاً صحيحاً لذلك، وهذا كما يقول وهبة الزحيلي: القول المتفق مع ظروف الحياة العملية ومراعاة حاجات الناس وبه أخذت مجلة الأحكام العدلية ومجمع الفقه الإسلامي<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> المعاملات المالية المعاصرة، المرجع ذاته، ص303؛ علي القره داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة ص141؛ سعود بن عبدالله الورقي، العرف وتطبيقاته المعاصرة، مرجع سابق، ص45-46.

<sup>2</sup> السمرقندي، تحفة الفقهاء، مرجع سابق، ج2، ص363؛ وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص58-59؛ القره داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص123-124؛ محمد الأشقر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، مرجع سابق، ص232؛ علي حيدر، درر الحكام، مرجع سابق، المادة 389، ج1، ص421؛ مجمع الفقه الإسلامي، المؤتمر السابع - جدة، 1992م، ج2، ص223.



### المبحث الثاني

#### تطبيقات العرف في المرابحة للأمر بالشراء (المركبة)

المرابحة للأمر بالشراء هي الصورة الجديدة لبيع المرابحة وقد سميت بالمركبة لاحتوائها على عدة عقود مرتبطة ببعضها البعض، وفي هذا المبحث تعريف المرابحة للأمر بالشراء وحكمها، وبيان أثر العرف فيها.

### المطلب الأول

#### معنى المرابحة للأمر بالشراء



## الفرع الأول: معنى المراجعة للأمر بالشراء

-المراجعة لغة: ف الربح والربح والربح: النماء في التجار<sup>١</sup> ، ربح في تجارته إذا أفضل فيها وأربح فيها بالألف صادف سوقاً ذات ربح ، وأربحت الرجل إرباحاً أعطيته ربحاً<sup>٢</sup> .

-المراجعة اصطلاحاً: ع ند الحنفية: هو تملك المبيع بمثل الثمن الأول وزيادة ربح<sup>٣</sup> .

فهو بيع امانة محض من الكذب والخيانة، وهو ان يقول بعثك هذا بربح احد عشر او اثني عشر وهو على ان يذكر الثمن فان لم يذكر الثمن لا يكون مراجعة<sup>٤</sup> .

وعند المالكية: هو البيع برأس المال وربح معلوم<sup>٥</sup> .

وعند الشافعية: عقد يبني الثمن فيه على ثمن المبيع الأول مع زيادة، بأن يشتري شيئاً بمائة ثم يقول لغيره: بعثك هذا بما اشتريته وربح درهم لكل عشرة، أو في كل عشرة<sup>٦</sup> .

وعند الحنابلة جاء في المغني: "هو البيع برأس المال وربح معلوم<sup>٧</sup> ."

من خلال تعاريف الفقهاء السابقة، نجد أن الفقهاء متفقون على أمرين إثنين :

-الأول: بيان رأس المال من قبل البائع ونفي الجهالة عنه بأن يكون محدداً معلوماً.

-الثاني: أن تكون نسبة الربح أيضاً معلومة للعاقدين، سواء أكانت نسبة مئوية، أو مبلغ محدد، أو عيناً بحوزة المشتري.

١ ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج2، ص442 .

٢ الفيومي، المصباح المنير، مرجع سابق، ج 1، ص215 .

٣ السمرقندي، تحفة الفقهاء، مرجع سابق، ج2، ص105 .

٤ السُّعدي، أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السُّعدي، حنفي (ت: 461هـ)، النتف في الفتاوى، (تحقيق: المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي) ط2، الناشر: مؤسسة الرسالة - عمان الأردن، 1984م، ص440 .

٥ الصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك، مرجع سابق، ج3، ص215 .

٦ النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج3، ص528 .

٧ ابن قدامه، المغني، مرجع سابق ج4، ص136 .



جاء في عقد بيع المرابحة للأمر بالشراء لقانون البنك الإسلامي الأردني:  
تعني عبارة "بيع المرابحة للأمر بالشراء" قيام الفريق الأول بتنفيذ طلب  
المتعاقد معه على أساس شراء الأول ما يطلبه الثاني بالنقد الذي يدفعه الفريق  
الأول كلياً أو جزئياً وذلك في مقابل التزام الأمر بالشراء بشراء ما أمر به  
وحسب الربح المتفق عليه عند الابتداء".<sup>1</sup>

فهي كما قال شبير: "طلب الفرد أو المشتري من شخص آخر (أو المشتري)  
أن يشتري سلعة معينة بمواصفات محددة، وذلك على أساس وعد منه بشراء  
تلك السلعة اللازمة له مرابحة، وذلك بالنسبة أو الربح المتفق عليه ويدفع الثمن  
على دفعات أو أقساط تبعاً لإمكانياته وقدرته المالية".<sup>2</sup>

وهو عقدٌ بمقتضاه يبدي العميل رغبته في شراء معدات أو سلع طالباً من  
البنك شراء هذه المعدات أو السلع ثم يبيعهها بسعر التكلفة إضافة إلى نسبة ربح  
يتفق عليها الطرفان كما يتفقان على شروط وأجال سداد المبالغ<sup>3</sup>  
فهي عملية مركبة من وعد بالشراء وبيع بالمرابحة، وهي ليست من باب بيع  
ما ليس عند الإنسان؛ لأن المصرف لا يعرض أن يبيع سلعة ولكنه يتلقى أمراً  
بالشراء، وهو لا يبيع حتى يملك ما هو مطلوب منه ويعرضه على المشتري  
الأمر ليرى مدى تطابق المواصفات<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> البنك الإسلامي الأردني، عقد بيع المرابحة للأمر بالشراء، المادة الأولى، بند "د".  
<sup>2</sup> محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 309 .  
<sup>3</sup> نقل هذا التعريف الدكتور عمر عبدالله كامل في كتابه: القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية . عمر عبدالله كامل، القواعد  
الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية"، ج2، دار الكتب- القاهرة، ص 104.  
<sup>4</sup> سامي حسن حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، ط2، الناشر: مطبعة الشرق- عمان، 1982م،  
ص 432-433 .





### المطلب الثاني

#### حكم بيع المرابحة للأمر بالشراء:

اختلف العلماء المعاصرون في حكم بيع المرابحة في صورته الحديثة، وكان مدار الخلاف ينحصر حول جواز الإلزام في العقد أو عدمه، وهو ما يقوم به المصرف من توثيق عقد يتضمن وعداً من المشتري بأن يلتزم بشراء السلعة التي طلبها منه.

#### الفرع الأول: رأي المانعين وأدلتهم

ذهب فريق من العلماء المعاصرين إلى القول بتحريم بيع المرابحة للأمر بالشراء، وكان ممن قال بذلك الدكتور محمد سليمان الأشقر، والدكتور رفيع



المصري، والدكتور حسن عبدالله الأمين ، وفضيلة الشيخ عبدالرحمن عبد الخالق، والدكتور الصديق الضير، وذلك للأدلة التالية:

أولاً: إن القول بلزوم العقد في مذهب المالكية يختص أمور المعروف والإحسان والتبرعات ولا يدخل بالعقود.

ثانياً: إنه يدخل في بيع المعدوم، وهو من أحد أنواع بيع الغرر المنهي عنها.

ثالثاً: إنه من بيعتين في بيعة، وقد ثبت النهي عنه في النصوص الصحيحة.

رابعاً: إنه ليس إلا صورة من صور الربا المحرم التي يراد بها الالتفاف على الشرع.

خامساً: إنه من بيع العينة، فإن المشتري يقصد منه في بعض الأحيان الحصول على

العين وهي المال ولا يقصد منه الحصول على السلعة، فيتخذ هذه الطريقة لتورية مقصوده حتى يحصل على ما يريد.

### الفرع الثاني: رأي المجيزين

ذهب عدد كبير من العلماء المعاصرين إلى القول بإباحة بيع المرابحة للآمر

بالشراء، وكان ممن قال بذلك: الدكتور سامي حمود، والدكتور عمر عبدالله

كامل، والدكتور محمد عثمان شبير، والدكتور

عبد الحليم البعلي، والدكتور محمد البدوي، والشيخ عبد الحميد السائح ومن

أدلتهم ما يلي:

أولاً: عموم الآيات الكريمة والأحاديث الشريفة الدالة على حل جميع أنواع

البيوع إلا ما حُصص منها بآية أو حديث أما ما لم يُخصص فإنه يبقى على

أصله وهو الحل والإباحة، بناءً على القاعدة "الأصل في الأشياء الإباحة".

ثانياً: إن المعاملات الشرعية مبنية على مراعاة العلل والمصالح، فكل ما كان

فيه مصلحة للمجتمع أباحه الشرع، فإن الشارع الحكيم لم يُحرّم على الخليفة

شيئاً فيه مصلحة لهم.

١ محمد الأشقر، بحث في كتاب " بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة " ج 1، الناشر: دار النفائس، عمان ، 1998م، ص 72 ؛ أحمد سالم ملحم ، بيع المرابحة وتطبيقاتها المعاصرة في المصارف الإسلامية ، رسالة ماجستير الناشر: مكتب الرسالة الحديثة- عمان ، 1989م، ص 27 ؛ محمد أحمد سراج ، النظام المصرفي الإسلامي، ب:ط، الناشر: دار الثقافة، القاهرة، 1989م، ص 342. ٢ أحمد سالم ملحم، بيع المرابحة وتطبيقاتها المعاصرة في المصارف الإسلامية ، مرجع سابق، ص 117 عمر عبدالله كامل، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية ، مرجع سابق، ج 2، ص 105. شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 317؛ يوسف القرضاوي، بيع المرابحة للآمر بالشراء، ب:ط، ب:ن، 1998م، ص 10 .



ثالثاً: القياس على عقد الاستصناع عند الحنفية: فقد اتفق أئمة الحنفية على جواز عقد الاستصناع واعتباره بيعاً صحيحاً برغم أنه بيعٌ لمعدومٍ وقت العقد، ولكنهم أجازوه استحساناً لتعامل الناس به، وقد اتفق عقد الاستصناع مع المرابحة في وجود وعدٍ من المشتري للصانع بأن يشتري منه السلعة بعد تمامها كما طلب، كما أن المبيع في كليهما موصوفٌ وليس موجوداً، ويقابل الصانع في عقد الاستصناع المصرف في عقد المرابحة حيث أن كلاهما مطالبٌ بتلبية طلب المشتري بشيءٍ موصوفٍ غير موجود بناءً على مواعدةٍ بينهما.

رابعاً: القياس على بيع التقسيط: فلا فرق بين الشراء بالتقسيط من أي جهةٍ كانت وبيع المرابحة.

خامساً: المصرف الإسلامي يملك البضاعة ملكية ضمان: بمعنى أن البضاعة إذا هلكت قبل التسليم فإنها تهلك على ملكية البنك وبالتالي فإن ربحه من هذا البيع مقابل ضمان البضاعة لو هلكت، عملاً بالقاعدة الشرعية " الخراج بالضمان"<sup>1</sup>.

### المطلب الثالث

#### أثر العرف في بيع المرابحة للأمر بالشراء

يمتاز عقد المرابحة للأمر بالشراء بأنه من عقود الأمانة، حيث يكون مبدأه وعدٌ من قبل المشتري بأن يتم البيع إن وقر له البائع السلعة التي طلبها منه فور وجودها عنده، وحينها يجري العقد الفعلي، وهذا البند بذاته إنما جرى بحكم العرف؛ فقد تعارفت المصارف الإسلامية على العمل وفق هذه الطريقة، واعتاد الناس على قبولها، وإن هذا العقد بهذه الكيفية له عدة صور يدخل فيها العرف ويؤثر فيها نظرة الشرع بناءً على المتعارف عليه بين الناس؛ سيما أن عقد المرابحة للأمر بالشراء بمجمله لا يتطابق مع صورة عقد المرابحة الذي جاء العمل به في الفقه الإسلامي في عهده الأول.

<sup>1</sup> أحمد بن الشيخ محمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص429.



ويمكن إجمال المواضع التي يدخل فيها العرف في بيع المرابحة للأمر  
بالشراء من خلال النقاط التالية:

أولاً: هلاك المبيع قبل قبضه: غالباً ما يكون المبيع المراد التعاقد عليه شيئاً  
حسبياً منقولاً، كبضاعة أو سيارة أو أجهزة كهربائية أو غيرها، وهذه السلع  
معرضة في أي وقتٍ للتلف والهلاك، فإن هلكت في يد البائع قبل أن يسلمها  
للمشتري فقد أصيب بكارثة كبرى وخسارة فادحة، وهنا يكمن الطرف الطارئ  
الذي يدخل فيه العرف وينبغي توجيه العقد بصورة لا تضر بالطرفين عملاً  
بالمتعرف عليه بين الناس<sup>1</sup>.

فهل يتحمل المشتري البضاعة كاملةً وكأنها في ملكه؟ أم أن البائع هو من  
عليه تحملها لكونه لم يسلمها للمشتري؟ أم أن الضرر يوزع عليهما معاً؟ لا  
شك أن مرد ذلك يكون للعرف.

وقد نقل الطحاوي خلاف العلماء في هذه المسألة على النحو التالي<sup>2</sup>:

1. قال أصحابنا والشافعي يهلك من مال البائع.
2. قال مالك في الدابة إذا حبسها البائع حتى يقبض الثمن فهي من مال  
المشتري وذلك إن كان بيعة على النقد وإن كان على غير النقد مثل أن يقول إن  
جئني بالثمن اليوم وإلا فلا بيع بيني وبينك فهذا من البائع.
3. قال ابن القاسم: وآخر قول مالك إن الحيوان من البائع إلا أن يشترط في  
الصفقة أن يقول إن كان في هذا الوقت فهي من مال المشتري فيكون من مال  
المشتري وأما الدور والأرضون فمن المشتري.

<sup>1</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 5، ص 238.

<sup>2</sup> محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري، ابو جعفر الطحاوي (ت: 321هـ)، مختصر اختلاف العلماء، (تحريري):  
د. عبد الله نذير أحمد، ج 2، ص 3، الناشر: دار البشائر الإسلامية - بيروت، 1417، ص 96.



4. قال ابن القاسم وقال مالك: في الرجل يبتاع طعاما بعينه مكايلة ثم يكتاله حتى فارقه ثم استهلك البائع الطعام فعليه طعام للمشتري، وليس للمشتري أن يفسخ البيع، ولو هلك الطعام من غير فعل البائع انتقض البيع فيه ورد الثمن.  
5. قال الأوزاعي: إذا اشترى طعاما جزافا فهلك قبل القبض فهو من مال المشتري وإن اشتراه مكايلة فهو من مال البائع.

وجاء في مجلة الأحكام العدلية أن في حال هلاك المبيع ، إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري<sup>1</sup>.

ونرى أن قول الإمام مالك في النقطة ( 2 ) هو الأقرب للحق والواقع، إذ أن البائع ما كان ليحبس المبيع لولا طلب المشتري لها ووعد له بشراءها، ولذلك فقد حصل الحادث نتيجة احتباس المبيع لئتملكها المشتري الذي طلبها بقصد الشراء.

وقد نصّت المادة ( 2 ) من ملحق وعدٍ بشراء بضاعة مرابحةً للأمر بالشراء لدى البنك العربي الإسلامي بأنه: " يقر الفريق الثاني بأنه عين البضاعة المباعة المعاينة التامة النافية للجهالة ورضي بحالتها وقت الاستلام وأن الفريق الأول ( البائع ) ليس مسؤولاً عن أي عيبٍ أو اختلافٍ في المواصفات أو أضرارٍ أو أعطابٍ تحدث للبضاعة بعد استلامها من البائع"<sup>2</sup>.  
وبذلك يكون على المشتري كامل الخسارة - عملاً بالعرف- إن لحق بالمبيع حادثٌ وهي في ملك البائع، شريطة أن يوافق المشتري على ذلك وتكون الموافقة بالتوقيع على ورقة الوعد الملزم بالشراء والتي هي جزء من عقد المرابحة بالشراء لدى البنك العربي الإسلامي، ويد البائع على السلعة تعتبر يد أمانة يضمن بالتعدي والتقصير ولا يضمن بغير ذلك.

<sup>1</sup> علي حيدر، دبر الحكام، مرجع سابق، المادة: 293 ، ج 1، ص 275.  
<sup>2</sup> البنك العربي الإسلامي الأردني، ملحق وعدٍ بشراء بضاعة مرابحةً للأمر بالشراء، المادة (2)، ص 1.



ومن ضروريات حفظ البضاعة لضمان عدم وقوع تقصيرٍ من المصرف أو التاجر فإنه يلزم في عملية المراجعة للأمر بالشراء حتى يضمن المشتري ما قد يلحق بسلعته من أذى عدة أمور أهمها:

1. أن يتكفل التاجر بتأمين مكانٍ ملائمٍ للسلعة بحيث يحفظها من الآفات السماوية أو الحوادث المحتملة.
2. أن يتكفل التاجر بأخذ الاحتياطات اللازمة فيما يخص مكان السلعة حتى لا يقع حادثٌ أثناء حيازته لها.
3. أن يتفق الطرفان في العقد صراحةً انه إن حدثت للسلعة آفة بلا تعدٍ ولا تقصيرٍ من طرف الحائز لها فإن مسؤوليتها تعود على طالب السلعة وليس على الحائز.
4. أن يتعهد المشتري باستلام السلعة فور تمام العقد وإنجاز الاتفاق، فإن تأخر في استلامها ثم حدث لها حادثٌ فإنه يتحمل كامل المسؤولية نتيجة ذلك.

ثانياً: ضمان إتمام عملية البيع: إذ إن المشتري يلتزم بموجب وعدٍ ملزمٍ أن يتم شراء السلعة التي طلب من المصرف شراؤها له، وهذا البند لم يوجد سابقاً في أبواب الفقه إلا في قول ابن شبرمة<sup>1</sup>، ولكن الناس تعارفوا عليه، وهو لا يُخالف نصاً ولا أصلاً فقهيًا، لذا كان العمل به من باب العرف والعادة جائزاً لحاجة الناس له وقبوله أخذاً بالمصلحة العامة.

### المبحث الثالث

#### تطبيقات العرف في الحقوق المعنوية

الحقوق المعنوية أو ما تعرف بالحقوق الفكرية<sup>2</sup>، هي الحقوق التي لا تكون في أصلها محسوسةً للناظر كحقوق الملكية الأخرى أو الحقوق العينية، والتي تمثل بمجملها قيمةً نتجت عن مهارة صاحبها في بابٍ معينٍ كتجارة أو اكتساب معرفةٍ ما، أو التوصل لمسألة علمية لم يتوصل لها غيره قبله، أو نحو ذلك.

<sup>1</sup> علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، ابن حزم الطاهري (ت: 456هـ)، المحلى بالآثار، ب: ط، ج 6 الناشر: دار الفكر - بيروت، ب: ت، ص 278.

<sup>2</sup> عرفها الدريني بقوله: الصورة الفكرية التي تفتقت عنها الملكة الراسخة في نفس العالم أو الأديب ونحوه مما يكون قد أبدعه هو ولم يسبقه إليه أحد. فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ط 2، ج 2، الناشر: مؤسسة الرسالة-بيروت، 2008، ص 6.



وقد شرعت الدراسة في هذا الباب من الحقوق لما يعتريها من مواضع عديدة يمكن أن يكون القول الفصل فيها للعرف، حيث لم يرد فيها نصٌ صريحٌ في كتابٍ ولا سنة، إنما تخضع لأعراف الناس وما اعتادوا عليه في وقتٍ ما بطبيعةٍ ما، وفيما يلي تورد الدراسة بعض الحقوق المعنوية التي يدخل العرف فيها وبيان دوره في الحكم على تلك الحقوق وكيفية حل النزاعات فيها.

## المطلب الأول العرف وحق التأليف

### الفرع الأول: معنى حق التأليف

-التأليف لغة: من الفعل الثلاثي (ألف)، ويأتي بمعنى الضم والجمع والوصل، ويكون التأليف بجمع الأشياء المتناسقة بعضها ببعض، ولذلك أطلق على جمع الكتب تأليفاً، ومنها قوله تعالى: (وَأَلَّفَ بَيْنَ قُلُوبِهِمْ لَوْ أَنْفَقْتَ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مَا أَلَّفْتَ بَيْنَ قُلُوبِهِمْ وَلَكِنَّ اللَّهَ أَلَّفَ بَيْنَهُمْ) ٢ لأن القلوب المؤلفة في ما بينها مجتمعة على قلب واحد متناسقة فيما بينها بألفة ورحمة .  
هذا ولا يختلف المعنى الإصطلاحي عن المعنى اللغوي فالمؤلف يجمع المعلومات ويعرضها في ترتيب منطقي، ليصل من خلال تقنينها إلى معنى ظاهر يريده، لذلك من معاني التأليف لغة كما سبق تأليف الكتب، وعلى ذلك يمكن القول عن التأليف في الإصطلاح بأنه: جمع علم من العلوم بترتيب منطقي في كتاب واحد ذو فائدة منه .

-وأما معنى حق التأليف فهو: ما يثبت للكاتب أو المؤلف من حقوق وامتيازات سواء كانت فكرية أو مالية أو غير ذلك تخص ما قام بتأليفه وإعداده بعد أن يتم تسجيل ذلك رسمياً<sup>١</sup>.

وعرفه الشهراني: بأنه إبداع العالم أو الكاتب ما يحصل في الضمير من الصور العلمية في كتاب ونحوه<sup>١</sup>.

<sup>١</sup> ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج9، ص10-11؛ الكفوي، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، مرجع سابق، ص288؛ يحيى بن مهران العسكري، الفروق اللغوية، مرجع سابق، ص145.

<sup>٢</sup> سورة الأنفال، الآية 63.

<sup>٣</sup> محمد أحمد القضاة، حق التأليف، مفهومه وتكييفه والتعسف في استعماله في الفقه الإسلامي، بحث منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، العدد 1، 2014م، ص: 58.



## الفرع الثاني: التأصيل والتكييف الفقهي لحق التأليف

الذي يطلع على تأصيل حق التأليف ويحلل جوانبه يجد أن حق التأليف يجتمع فيه حقان: أحدهما خاص والآخر عام، أما الحق الخاص: فهو حق المؤلف نفسه من حقوق فكرية وأدبية ومالية، فإننتاجه العلمي معبر عن شخصيته، وهو جزء من فكره، وهو حق له في نشره ونسبة المصنف إليه، والرقابة على دور النشر لعدم نشر مؤلفاته دون إذن منه .

وأما الحق العام؛ فهو ما يتعلق بحق الأمة بمجموعها تجاه ذلك الحق -حق التأليف- من حيث احتياجها له وتطبيقه إن كان صالحاً للتطبيق، أو الانتفاع به في شتى جوانب الحياة العملية إن أمكن، وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "إِذَا مَاتَ الْإِنْسَانُ انْقَطَعَ عَنْهُ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثَةٍ: إِلَّا مِنْ صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ، أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ"<sup>١</sup>، ولأن علم الإنسان ليس محصوراً في إبداعه وفكره بل هو ثمرة تراكمات علمية أخذها الإنسان من علوم الأمة وخبراتها، لذا فالأمة ككل صاحبة فضل على أبنائها الذين تعلموا ونشأوا بين أحضانها فكان حقاً على أبنائها أن يسهموا في بناء علومها فتتعلم الأجيال اللاحقة كما تعلمت الأجيال السابقة، وبموجب هذا الحق فإنه لا يجوز للمؤلف منع الناس من الانتفاع بهذا المؤلف بعد نشره وثبوته وتداوله بين أيدي الناس<sup>٢</sup>.

أما من حيث التأصيل الفقهي لحق التأليف؛ فإن الفقهاء المعاصرين يختلفون في تكييفه على ثلاثة أقوال:

<sup>١</sup> حسين بن معلوي الشهراني، حقوق الاختراع والتأليف في الفقه الإسلامي، ط1، الناشر: دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض - السعودية، 2004، ص83 .

<sup>٢</sup> مسلم، صحيح مسلم، مرجع سابق، كتاب الوصية، حديث رقم 1631، ج3، ص1255 .  
<sup>٣</sup> بكر بن عبدالله أبو زيد، فقه النوازل قضايا فقهية معاصرة، ط1، ج2، الناشر: مؤسسة الرسالة-بيروت، 1996، ص160؛ محمد علي الزغول وحمد فخري عزام، الحقوق المالية للمؤلف: دراسة فقهية مقارنة، بحث منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، العدد 1، 2005، ص5؛ أديب فايز طابيل الضمور، تزامم الحقوق على الابتكارات وأثرها في اعتبار الحق المالي في الفقه الإسلامي، بحث منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد العاشر، العدد 3، 2014، ص348.





-القول الأول: انه حق عيني متقرر<sup>١</sup>، وهذا قول فتحي الدريني، ووهبة الزحيلي وعلي القرّة داغي وبكر أبو زيد وعجيل النشمي، فالمنافع الذي بذل فيها المؤلف جسده وفكره قد انبثقت عن مؤلفها وانفصلت عنه واستقرت في المصنف، فلو تنازل المؤلف عن حقه في مؤلفه فإن الحكم يتغير بتغير ذلك الإسقاط فيصبح مباحاً بعد أن كان حقاً مقصوراً على المؤلف<sup>٢</sup>.

-القول الثاني: ان حق التأليف حق مجرد، وهو قول أحمد الحجي الكردي<sup>٣</sup>، والحق المجرد-الذي هو إصطلاح حنفي محض<sup>٤</sup> -: ما كان غير متقرر في محله بمعنى أنه لا يترتب على تعلقه بمحله أثر قائم لا يزول إلا بالتنازل عنه بل مرجعه إلى رغبة مالكة ومشيئته دون أن يترتب على تركه والتنازل عنه تغير في حكم ذلك المحل كحق الشفعة فإنه في الحقيقة نوع من الولاية أعطيت للشفيع في أن يمتلك العقار بعد أن يمتلكه المشتري، وملكية المشتري لهذا العقار قبل التنازل عن الشفعة هي بعينها بعد التنازل عنها، وإذن فلا تعلق له بالبيع إلا على هذا الوجه، ولا يرى للشفيع فيه حق مستقر يحد من تصرف المشتري فيه وانتفاعه به، فحاله بعد التنازل عن الشفعة هي حاله قبل التنازل عنها.

-القول الثالث: ان حق التأليف حق جديد ومستقل عن الحقوق المالية المعروفة، فهو لا يندرج تحت الحقوق العينية؛ لأنه لا يرد على الأعيان، كما لا يندرج تحت الحقوق الشخصية لأنه لا يفرض تكليفاً على شخص معين تلزمه القيام بعمل محدد، فهذا الحق يرد على أشياء غير مادية مما لا يندرج تحت الحقيين السابقين وذهب إلى هذا القول مصطفى الزرقا ومحمد شبلي<sup>٦</sup>.

### الفرع الثالث: الاعتياض عن حق التأليف

١ الحق المتقرر: هو ما له تعلق بمحله تعلق إستمرار، ولا يتصور إنفراجه عن محله، ومثاله حق القصاص فهو حق متقرر، إستعماله أو إسقاطه يحدث أثراً في المحل، فالمقتض منه يكون مهدور الدم -بالنسبة لأولياء المقتول- إذا ثبت الحق، ويصبح معصوم الدم إذا أسقط الحق. سامي حبيبي، الحقوق المجردة في الفقه المالي الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا-الجامعة الأردنية، 2005، ص16.

٢ الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع سابق، ص29؛ الزغول وعزام، الحقوق المالية للمؤلف: دراسة فقهية مقارنة، مرجع سابق، ص7.

٣ الحقوق المالية للمؤلف: دراسة فقهية مقارنة، المرجع ذاته، ص7.

٤ محمد القضاة، حق التأليف، مرجع سابق، ص60؛ سامي حبيبي، الحقوق المجردة في الفقه المالي الإسلامي، مرجع سابق، ص22.

٥ الزرقا، المدخل الى نظرية الإلتزام العامة في الفقه الإسلامي، ط1، الناشر: دار القلم-دمشق، 1999م، ص31.

٦ شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص37؛ الزغول وعزام، الحقوق المالية للمؤلف: دراسة فقهية مقارنة، مرجع سابق، ص7.



نقصد بالاعتياض عن حق التأليف: أي ما يعود على المؤلف من عوض مالي من خلال احتكار استغلال إنتاجه بما يعود عليه من منفعة أو ربح مالي، وهو ما يسمى بحق النشر للمؤلف، والإعتياض يكون من خلال صورتين: أما الأولى، فهي تكون بالتنازل المؤقت عن حقه في نشر المؤلف مقابل عوض مالي لزمان محدد وأما الثانية: فتكون بالتنازل الأبدى وذلك بإسقاط حق المؤلف في نشر مؤلفه مقابل عوض مالي .

وقد وقع الخلاف بين الفقهاء في جواز اخذ العوض عن اسقاط المؤلف حقه في نشر مؤلفه، وذلك على قولين:

-القول الاول:و ذهبوا إلى أن حق التأليف لا يعد حقا مالياً وبناء على ذلك لا يجوز اخذ العوض عنه ، وإلى هذا ذهب الدكتور أحمد الحجي الكردي وسماحة الشيخ محمد شفيع مفتي باكستان في زمانه والشيخ تقي الدين النبهاني<sup>1</sup> .

واستدلوا على ذلك<sup>2</sup> :

1. اعتبار حق التأليف حقاً مالياً يؤدي إلى حبس المؤلف لمصنعه العلمي عن الطبع والنشر إلا في مقابل عوض مالي يحصل عليه، وهذا يعتبر من باب كتم العلم الذي نهى عنه الشارع الحكيم، لقوله عليه الصلاة والسلام " مَنْ سُلِّ عَنْ عِلْمٍ عَلِمَهُ ثُمَّ كَتَمَهُ أُلْجِمَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ بِلِجَامٍ مِنْ نَارٍ"<sup>3</sup> ووجه الدلالة في الحديث: أن حبس الكتب عن يطلبها للانتفاع بها داخل في الوعيد المذكور في الحديث.

<sup>1</sup> بكر أبو زيد، فقه النوازل قضايا فقهية معاصرة، مرجع سابق، ج2، ص170-182؛ محمد القضاة، حق التأليف، مفهومه وتكييفه والتعسف في استعماله في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 61؛ سامي حليبي، الحقوق المجردة في الفقه المالي الإسلامي، مرجع سابق، ص 151؛ شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق ص43؛ الزغول وعزام، الحقوق المالية للمؤلف دراسة فقهية مقارنة، مرجع سابق، ص 9 .

<sup>2</sup> بكر أبو زيد، فقه النوازل قضايا فقهية معاصرة، مرجع سابق، ج 2، ص182-183؛ محمد القضاة، حق التأليف، مفهومه وتكييفه والتعسف في استعماله في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 61؛ سامي حليبي، الحقوق المجردة في الفقه المالي الإسلامي، مرجع سابق، ص 151-153؛ شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص43-44؛ الزغول وعزام، الحقوق المالية للمؤلف: دراسة فقهية مقارنة، مرجع سابق، ص 9-10 .

<sup>3</sup> سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي، ابي داوود (ت: 275) سنن أبي داود، (تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد)، ج3، الناشر: المكتبة العصرية، صيدا - بيروت، باب كراهية منع العلم، حديث رقم: 3658، ص 321. حديث حسن صحيح محمد ناصر الدين الألباني (المتوفى: 1420 هـ)، صحيح وضعيف سنن أبي داود، حديث رقم: 3658 ج1، ص2.



2. العلم يعد قرينة وطاعه وليس من قبيل التجارة أو الصناعة،  
والقربات لا يجوز الحصول فيها على أجر مالي في أدائها،  
وعلى العالم أن ينصرف لعلمه  
تحصيلاً وتدريساً دون عوض وعلى الأمة بعد ذلك أن تكفي أمور معيشته .
3. قياس حق التأليف على حق الشفعة من حيث كونه حقاً مجرداً،  
والحقوق المجردة عند الحنفية لا يجوز العوض فيها ومن ثم لا يجوز الحصول على  
مقابل مادي لإنتاجه الذهني.

-القول الثاني: ذهب كثير من الفقهاء إلى اعتبار حق المؤلف المالي، فالمؤلف  
أخذ العوض نظير إسقاط حقه في نشر الكتاب سواء بالتنازل المؤقت أو  
التنازل الأبدي، وهو قول أكثر الباحثين في المسألة ومنهم الشيخ علي الندوي،  
والشيخ محمد تقي العثماني، والاستاذ محمد برهان الدين السنهلي، والشيخ  
بكر ابو زيد، والدكتور فتحي الدريني، والدكتور محمد سعيد البوطي<sup>1</sup>، وهو ما  
اعتمده مجمع الفقه الاسلامي<sup>2</sup>.

واستدلوا على ذلك<sup>3</sup>:

1. أن المنافع تعتبر أموالاً عند جمهور الفقهاء سوى الحنفية،  
وإنتاج الذهني يمثل منفعة من منافع الإنسان،  
وماليتها فكانت مالا يجوز المعاوضة عنها شرعاً.
2. العرف العام جرى على اعتبار حق المؤلف في تأليفه وإبداعه، فأقر العرف  
المعاوضة عنه، ومالية الأشياء تثبت بتمول الناس لها،  
وبإباحة الإنتفاع بها شرعاً، ومعلوم أن العرف العام يعد مصدراً من مصادر  
التشريع الإسلامي ما لم يصادم نصاً شرعياً، أو مقصد أو أصل عام.

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، ط1، الناشر: دار الفكر-دمشق، 2002، ص584؛ فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع سابق، ص30؛ محمد القضاة، حق التأليف، مفهومه وتكييفه والتعسف في استعماله في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص61؛ سامي حليبي، الحقوق المجردة في الفقه المالي الإسلامي، مرجع سابق، ص151؛ الزغول وعزام، الحقوق المالية للمؤلف: دراسة فقهية مقارنة، مرجع سابق، ص7؛ شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص44.

<sup>2</sup> جاء في مجلة مجمع الفقه الإسلامي: "الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف والاختراع أو الابتكار، هي حقوق خاصة لأصحابها، أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها. وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً، فلا يجوز الاعتداء عليها". ج3، الدورة الخامسة، العدد الخامس، 1988م، ص2267.

<sup>3</sup> الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص581-583؛ بكر أبو زيد، فقه النوازل قضايا فقهية معاصرة، مرجع سابق، ص170-181؛ محمد القضاة، حق التأليف، مفهومه وتكييفه والتعسف في استعماله في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص62؛ محمد الزغول وعزام، الحقوق المالية للمؤلف: دراسة فقهية مقارنة، مرجع سابق، ص7-9؛ شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص44-47؛ سامي حليبي، الحقوق المجردة في الفقه المالي الإسلامي، مرجع سابق، ص153-155؛ علي حيدر، دبر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، المواد 85، 87، ج1، ص88.



3. عملاً بقاعدة "الغنم بالغرم" وقاعدة "الخراج بالضمان" <sup>١</sup> فكما أن المؤلف مسؤول عما يكتبه في الدارين، فكذا يكون له الحق فيما أبدعه وابتكره بما يخرج منه من عوض مالي.

4. إعتبار الحق المالي للمؤلف فيه نفع ظاهر للأمة، وذلك لكونه حافظاً قوياً يدفع بأهل الفكر والإبداع إلى إبداء ما توصلوا إليه من نتائج ومعارف تفيد الأمة، وعدم إعتباره فيه إنقطاع للعلماء عن التأليف، وهو مأل ممنوع شرعاً. 5. الإبداع الذهني أصل للوسائل المادية من طيارة وسيارة وذيع، مما له صفة المادية فمن باب أولى إعتبار الأصل له صفة المادية. 5. عطايا الخلفاء والأمراء السابقين للمؤلفين، وكانت هذه الأعطيات تفوق بكثير ثمن الورق والحبر فدل ذلك أن العطايا كانت مقابل للتأليف .

والراجع: أن حق التأليف حق معتبر يجوز الإعتياض عنه سواء بالتنازل المؤقت عن حق المؤلف في نشر المؤلف لزمان محدد أو بالتنازل الأبدي وذلك بإسقاط حق المؤلف في نشر مؤلفه مقابل عوض مالي ، وذلك للأسباب التالية :

-أولاً: المنافع عند الجمهور تعتبر أموالاً متقومة في ذاتها كالأعيان سواء بسواء إذا كان الإنتفاع بها مباحاً <sup>٢</sup> ، فلا إشكال في جواز الإعتياض عن منافع التأليف عندهم، وعند متقدمي الحنفية فلا تعتبر المنافع عندهم أموالاً إلا إذا ورد العقد عليها مراعاة للمصلحة العامة وحاجة الناس إلى المنافع في حياتهم فالعرف يعمل به دفعاً للحرص عن الناس إذا كان لا يخالف نصاً أو مقصداً شرعياً ، فالعقد هو الذي يكسب المنافع خصائص المال المتقوم شرعاً ، لورود الإستثناء من القياس العام الذي أصلوه وهو عدم مالية المنافع ، وعلى هذا المنافع ومنها التأليف تعتبر أموالاً إذا ورد العقد عليها وعليه فتكون منافع التأليف مالاً عند جميع الفقهاء .

<sup>١</sup> أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص429،437.  
<sup>٢</sup> أبو عبد الله المالكي، التاج والإكليل شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج6، ص480؛ الشريبي، معاني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، ج2، ص322؛ البهوتي، كشف القناع عن متن الإفتاء، مرجع سابق، ج6، ص373.  
<sup>٣</sup> السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج11، ص78-79 .



-ثانياً: كما أن الحنفية أفتوا بجواز بيع كل ما له منفعة كالسماد الطبيعي(السرجين النجس) وهوام الأرض وبعض النجاسات النافعة<sup>١</sup>، وهو دليل على ثبوت مالية هذه الأشياء، وكل ما هو داخل في الملك من المنافع تجوز المعاوضة عنه مما يدل على أن محل حق الإبداع والتأليف مال متقوم .

-ثالثاً: كما أن متأخري الحنفية أفتوا بضمان منافع المغصوب في ثلاثة أشياء هي: المال الموقوف، ومال اليتيم، والمال المعد للإستغلال<sup>٢</sup>. ومعلوم أن المؤلف يعد كتابه علاوة على نشر العلم للإستثمار والإستغلال فحينما يتفق المؤلف مع الطابع أو دار النشر يقصد بإتفاقه؛ إستثمار مؤلفه من خلال الإحتفاظ بحقه في ريع طبعات الكتاب .

-رابعاً: أفتى متأخروا المذاهب الفقهية بجواز أخذ الأجرة على الطاعات رعاية لإقامة الشرائع والشعائر الدينية كالإمامة، والأذان، ولخطبة، وتعليم القرآن، وغيرها من العبادات، فلا جرم أن مصالح الأمة في عصرنا تقتضي القول بمالية حق التأليف لضمان إستمرار التأليف بما يعود على الأمة بالخير والنفع الكبير .

-خامساً: العرف العام في زمننا يقرر بصفة واضحة أن حق التأليف من الحقوق المعنوية التي تقبل المعاوضة عنها، فالناس اعتادت اليوم أخذ العوض مقابل التأليف والاعتياض عن النشر، والعرف أساس تمويل الأشياء وتقومها، والعرف العام- في إعتبار حق التأليف المالي- لا يخالف في ذلك نص أو مقصد أو أصل شرعي؛ فيكون دليلاً شرعياً على جواز الإعتياض عن حق التأليف.

#### الفرع الرابع: أثر العرف في حق التأليف

أما من حيث دور العرف في حق التأليف؛ فإن طبيعة هذا الحق يعتريه بلا شك جميع أشكال العادات، كما أن للعرف فيه تأثيرٌ ظاهر، فإن ما تعارف عليه

<sup>١</sup> بدر الدين العيني الغنابلي، البناية شرح الهداية، مرجع سابق، ج12، ص201 .  
<sup>٢</sup> ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، مرجع سابق، ص243.  
<sup>٣</sup> أبو الفضل الحنفي، الموصلية البادحي، الإختيار لتعليل المختار، مرجع سابق، ج2، ص59؛ محمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي، الشنقيطي، لوامع الدرر في هتك أستار المختصر، ط1، ج1، الناشر: دار الرضوان - موريتانيا، 2015م، ص797؛ الشريبي، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج3، ص461؛ البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج4، ص13 .



الناس أنه من الحقوق التي تستلزم تنظيمه ضمن مؤلفٍ وتسميته باسم صاحبه، كان معتبراً على أنه من حقوق التأليف، وذلك إعمالاً للقواعد العامة وللقواعد الفقهية العديدة في هذا الباب مثل الغنم بالغرم، والخراج بالضمان وغيرها، ومما يُتيح المجال لتحكيم العرف والعادات في ما يتعلق بموضوع حقوق التأليف أن الشريعة الإسلامية تركتها دون أن تُشير إليها لا من قريبٍ ولا من بعيد، في حين أنه يستحيل أن يوجد أمرٌ يهْمُ الناس لم تحكم عليه الشريعة، لذا كان الباب الأقرب للحكم عليها ما يتعلق بالعرف والعادة، كما قال السبكي: "واعلم أن من القواعد المشتهرة على ألسنة الفقهاء أن ما ليس له حد في الشرع ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف" ،<sup>١</sup> والعرف العام يعد مصدراً من مصادر التشريع<sup>٢</sup> وعليه، فيكون العرف سبباً في تشريع حق التأليف .

ومن قبيل العرف أن المصلحة المتحققة لمجموعة من الناس أو سائرهم فإنها تكون متقدمةً على غيرها من المصالح التي تتعلق بمجموعةٍ أقل، ما دامت المصلحتان لم يرد فيهما نصٌّ في كتاب الله أو سنة رسوله أو اجتهاد العلماء الثقات، ويكون مردُّ ذلك جميعه إلى ما تعارف عليه الناس ورضوا به<sup>٣</sup>.

ومما يثبت في هذا الباب عملاً بالعرف ما يتعلق بالحق المادي مقابل شراء وبيع المؤلف لمؤلفه، فيصبح من المتاح للناس الانتفاع بالمؤلف أدبياً بعد دفع قيمة مالية يحددها المؤلف نظير ذلك، وقد تعارف الناس على هذا الحق واعتادوا عليه حتى أصبح مستساعاً، ومالية الشيء تثبت بالعرف والعادة؛ فما إعتاده الناس ذات نفع وقيمة أصبح متمولاً وله قيمة إذا كان الإنتفاع به مباحاً، وقد أقرَّ علماء الشريعة هذا الحق على خلافٍ بينهم، إلا أن القول بإباحة ذلك هو الأقرب كونه لا يُصادم نصاً شرعياً ولا يخالف أصلاً من أصول الدين، وعليه فيكون العمل بالعرف في هذا الباب جائزاً شرعاً، وينطبق على سائر

<sup>١</sup> تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد بن يحيى السبكي، السبكي (ت 756هـ -)، الإبهاج في شرح المنهاج ب: ط، ج 1، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، 1416هـ، ص 365 .

<sup>٢</sup> أحمد بن محمد مكي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي (ت: 1098هـ) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر ط 1، ج 1، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، 1985م، ص 323 .

<sup>٣</sup> الشهراني، حقوق الاختراع والتأليف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص: 313.



الحقوق المتعلقة بحق التأليف ما ينطبق على الحق المالي ما دامت لا تخالف  
نصوص الشريعة ولا تؤدي إلى إلحاق الضرر بالآخرين<sup>١</sup>.

### المطلب الثاني

#### العرف وحق براءة الاختراع

ما يرد على حق التأليف ينطبق بغالبه على حق براءة الاختراع لتشابههما في  
الفكرة والمضمون، مع خلافٍ جزئيٍّ بسيطٍ بينهما؛ حيث أن حق التأليف يتعلق  
بأفكار أدبية تُترجم على شكل كتب علمية أو نحو ذلك، أما حق براءة الاختراع  
فإنها أفكار عقلية علمية تُترجم إلى آلات أو مجسمات أو مشاريع خدمية أو  
علمية أو نحو ذلك، وفيما يلي بيان معنى براءة الاختراع ودور العرف فيها.

١ ، محمد القضاة، حق التأليف مفهومه وتكييفه والتعسف في استعماله، مرجع سابق ، ص: 61.



## الفرع الأول: معنى براءة الاختراع

قبل أن نعرف براءة الاختراع كمركب إضافي، لا بد أن نعرف معنى كل من البراءة والاختراع .

-البراءة لغة : من برأ، وتأتي بمعنى الخلق، ومنه قوله تعالى: ( فَتَوَبُّوا إِلَىٰ بَارِئِكُمْ )<sup>١</sup>، وتأتي بمعنى السلامة من السقم، كقولك برأ المريض أي شفي وسلم من السقم، وتأتي بمعنى الخروج من الشيء والمفارقة له، وتأتي بمعنى القطع والتباعد في الشيء والمزايلة<sup>٢</sup>.

-الاختراع لغة: يأتي بمعنى الشق والإبداع والإنشاء، فالإختراع إبداع شيء لم يكن موجود قبل ذلك<sup>٣</sup>؛ بمعنى أن المخترع أو صاحب الإختراع يقوم بتحويل ما في ذهنه من الأفكار والتصورات إلى شيء مادي ملموس يتمثل بألة أو جهاز لم يسبقه إليها أحد .

-ومعنى براءة الإختراع إصطلاحاً: ما يثبت للمبتكر من سلطةٍ على ما ابتكره بحيث يتمكن من نسب ذلك الاختراع لنفسه، ويمكنه كذلك أن يحتكر منفعة اختراعه معنوياً ومادياً، ويمكن له بيع اختراعه والتصرف به<sup>٤</sup>.

أو هي: وثيقة تمنح من طرف دائرة رسمية، أو من مكتب عامل باسم مجموعة من الأقطار بناء على طلب بذلك، ويترتب على هذه الشهادة الرسمية حق منحت له في استخدام الإختراع المعين فيها وإعماله والتنازل عنه بالبيع واستيراده<sup>٥</sup>.

## الفرع الثاني: التأصيل الشرعي لحق براءة الاختراع

<sup>١</sup> سورة البقرة، الآية 54 .  
<sup>٢</sup> الكفوي، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، مرجع سابق، ص 251 ؛ الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 31 ؛ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ج 1، ص 236 ؛ ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 1، ص 31.  
<sup>٣</sup> معجم مقاييس اللغة، المرجع ذاته، ج 2، ص 171 ؛ الرازي ، مختار الصحاح ، مرجع سابق، ص 89 ، الكفوي، الكليات ، مرجع سابق، ص 29 ؛ الشهراني، حقوق الاختراع والتأليف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص: 76 .  
<sup>٥</sup> شبيب، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 50 .





الوسائل والآلات والتقنيات المخترعة ليست جميعها توافق الشرع، وليس الأصل في إنشائها جميعها حفظ الحقوق والحرمان، والتمييز بين الحرام والحلال؛ بل إن منها ما يكون هدفه تسهيل الوقوع في الحرام وإساعة المنكر، لذلك فإن الوسائل والابتكارات التي تؤدي إلى المباح فقط هي موضوع هذه الدراسة وذلك عملاً بما فيه النفع للناس فقط، فما ثبت نفعه ولم تأت الشريعة بمنعه كان مباحاً، وعلى العكس، فإن الاختراعات والابتكارات التي في أصلها ممنوعة لا تكون مباحة ولا يثبت فيها حق عملاً بمبادئ الشريعة العامة المتعارف عليها بين الفقهاء، ومن هذا المنطلق قُسمت الاختراعات إلى نافعة وغير نافعة بناءً على مكانتها الشرعية فالنافعة يدخل فيها العرف وغير النافعة لا تصلح للبحث<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: أثر العرف في حق براءة الاختراع

يظهر أثر العرف في براءة الاختراع من حيث اعتبار الآلة أو المعدات أو الوسائل والتقنيات أمور هامة أو جديدة لم يوجد لها مثيل سابقاً وعليه يمكن اعتبار الحق لصاحب براءة الاختراع أو عدم اعتباره، فالحقوق لا اعتبار لها بغير منظور الشريعة، ولكن هذه الحقوق لا تثبت بمجرد اختراعها أو اكتشاف نواتها.

بل إن العرف قد جرى على تسجيل ذلك من قبل صاحبها لدى الجهات المختصة بعد إخراجها إلى الواقع على شكل أشياء معاينة محسوسة، وبغير ذلك فإنها كما لو لم تكن أصلاً، وعليه فإن العرف قد جرى على إعطاء الحق لصاحب براءة الاختراع الذي يكون له السبق في إخراجها إلى أرض الواقع ثم نسبتها لشخصه.

<sup>1</sup> الشهراني، حقوق الاختراع والتأليف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص: 67.



فإن اقتصر المبتكر أو المخترع على تدوين ما توصل له لم يكن مخترعاً، ولم يكن صاحب السبق في إثبات الحق ببراءة الاختراع عملاً بالمتعارف عليه، وبذلك يكون فاقداً حقوقه كمخترع.

ومن حقوق الاختراع التي تثبت لصاحب براءة الاختراع عدم استغلال فكرته التي دونها في منشورٍ أو مؤلفٍ إلا بعد أخذ موافقته أو ذكر اسمه كصاحب السبق فيها، وهو ما يُعرف بالحق الفكري الذي يؤدي له حق التأليف الذي تطرقت له الدراسة في المطلب السابق، وبناءً عليه يكون لصاحب براءة الاختراع كامل الحق المعنوي في نشر أفكاره وإنشائها وتصنيعها وبيعها إن شاء محتفظاً بحقه المادي<sup>1</sup>.

كما يظهر دور العرف والعادة في براءة الاختراع؛ بكون العرف هو الذي يحدد أن الشيء المخترع مفيداً وذا قيمة نافعة وجرى اعتباره من الأشياء التي يجري فيها السبق بين الناس، وما ثبت بالعرف كونه مفيداً وذا قيمة مالية يجوز التنازل عنه وجواز الإعتياض فيه.

### المطلب الثالث

#### العرف وحق الاسم التجاري

الاسم التجاري هو من الحقوق المعنوية التي ظهرت بناءً على العرف السائد بين التجار، فما كان ليكون لهذا المصطلح أن يظهر لولا العرف والعادات، ومن المعلوم أن لكل حرفية أو تجمعٍ أعراف خاصة بهم، فكما أن للفقهاء

<sup>1</sup> الشهراني، حقوق الاختراع والتأليف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 318-321.



أعرافهم الخاصة فإن للأدباء أعرافهم وللجزارين أعرافهم ولأهل الحدادة أعرافهم وللتجار أعرافهم إلى غير ذلك، ومن بين تلك الأعراف ما يُعرف بالاسم التجاري، وفي هذا المطلب بيان المقصود بالعرف التجاري وأثر العرف فيه.

### الفرع الأول: معنى الاسم التجاري

الاسم التجاري يتألف لفظي من اسم وتجارتي فسنبين معناهما ثم معنى الاسم التجاري كمركب لفظي .

- الاسم: ما يعرف به الشيء ويستدل به عليه، و هو ما دل على معنى في نفسه غير مقترن بزمن كرجل و فرس<sup>١</sup>.

-التجاري: نسبة للتجارة ، وهو من تجر يتجر تجرا وهو البيع والشراء والتاجر هو الذي يبيع ويشترى وأرض متجرة أي يتجر فيها وإليها<sup>٢</sup>.

- والاسم التجاري: التسمية التي يستخدمها التاجر كعلامة مميزة لمشروعه التجاري عن نظائره، ليعرف المتعاملون معه نوعاً خاصاً من السلع وحسن المعاملة والخدمة<sup>٣</sup>.

والعلامة التجارية هي كإشارة مميزة تستخدم لتمييز البضائع للدلالة على مصدرها أو نوعها أو مرتبتها، أو ضمانها أو طريقة تحضيرها<sup>٤</sup>.

### الفرع الثاني: التأصيل الشرعي لحق براءة الاسم التجاري

إن الاسم التجاري يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالسمعة التي اكتسبها ذلك الفرد أو تلك الشركة أو المنشأة نتيجة كياسته وبراعته في التجارة، أو لحسن سمعة تلك الشركة أو المنشأة وصدقها مع عملائها، ولجودة منتجاتها ودقة مواعيدها، أو

<sup>١</sup> مجمع اللغة العربية بالقاهرة، إبراهيم مصطفى وغيره، المعجم الوسيط، ب: ط، الناشر: دار الدعوة، ب: ت، ص 452 .

<sup>٢</sup> ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 4، ص 89 .

<sup>٣</sup> الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق، ص 256 .

<sup>٤</sup> شبيب، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 53 .

<sup>٥</sup> عجيل جاسم، النشئي، الحقوق المعنوية (بيع الاسم التجاري في الفقه الإسلامي)، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، السنة السادسة، العدد (13)، جامعة الكويت، 1409 هـ، ص 287.



غير ذلك مما يُرضي الزبائن والعملاء ويُقتنعهم بالمنتج الذي تسوقه الشركة أو المنشأة أو الفرد<sup>1</sup>.

ويمكن أن يكون الاسم التجاري هو ذاته اسم صاحب المنشأة أو المؤسسة أو الشركة، أو يكون اسماً لغيره من الأفراد أو الأشياء، أو يكون علامة يُعرف بها المنتج، ومثال ذلك (منتجات المراعي)، وهو اسمٌ لإحدى شركات الألبان المعروفة في العالم العربي ومقرها المملكة العربية السعودية، أو العلامة التجارية (توشيبا)، وهو اسمٌ لماركة أجهزة كهربائية وكمبيوترات محمولة وهواتف نقالة وغيرها، أو الاسم التجاري (إيكيا)، وهو اسم لماركة تجارية تعمل في بيع الأثاث المنزلي، أو نحوها من الأسماء والعلامات التجارية.

### الفرع الثالث: أثر العرف في حق الاسم التجاري

الاسم التجاري هو حق خاص لأصحابه كما قرر مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورة المؤتمر الخامس له، التي انعقدت بالكويت (عام 1988م) وقد أصبح الاسم التجاري كغيره من الحقوق المعنوية من الحقوق الثابتة بالعرف لأصحابها<sup>2</sup>.

ويمثل الإسم التجاري قيمة مالية معتبرة يتمول الناس بها، وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً فلا يجوز الاعتداء عليها أو استغلالها إلا بعد الموافقة من أصحابها، ويكون لأصحابها الحرية المطلقة في إستخدامها ضمن إطار الشريعة كغيره من أملاكه وأمواله<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> شبيب، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص53-54 .  
<sup>2</sup> جاء في مجلة مجمع الفقه الإسلامي: "الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف والاختراع أو الابتكار، هي حقوق خاصة لأصحابها، أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها، وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً، فلا يجوز الاعتداء عليها". ج3، الدورة الخامسة، العدد الخامس، 1988م، ص2267 .  
<sup>3</sup> علي أحمد السالوس، فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، ط8، الناشر: دار الثقافة، قطر - الدوحة، 2009، ص876 . نقلاً عن قرارات مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بالكويت عام 1988م .



وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي كذلك أنه يجوز التصرف في الإسم التجاري أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية من قبل صاحبها ونقل أي منها بعوض مالي إذا انتفى الغرر والتدليس والغش بإعتبار أن ذلك أصبح حقاً مالياً عملاً بالعرف<sup>1</sup>.

وعليه يكون الاسم التجاري من الحقوق الثابتة بالعرف، فلولا كون العرف مصدراً من مصادر التشريع المعتبرة لكان القول بمشروعية مثل هذه الحقوق المعنوية من المستحيلات، وهذا يقتضيه حكمة الله وتدبيره في خلقه، كما يُثبت صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمانٍ ومكانٍ وحين.

أما استناد الاسم التجاري فهو راجعٌ إلى العرف التجاري لكل مكانٍ أو بيئةٍ على حدة، فهو الذي يُحدد تفاصيل وكيفية استغلال ذلك الحق، حيث قد تعارفوا على هذا الحق ضمن طبيعةٍ وكيفيةٍ معينة، وهذه الكيفية ربما تختلف من وقتٍ إلى آخر، ومما تعارف عليه التجار بخصوص هذا الحق أنه يمكن بيعه وشراؤه والتنازل عنه ومنحه بلا مقابل، كما أن المحاكم قضت بموجب هذا الحق لصاحب السبق بالاسم التجاري تسجيلاً لدى الجهات الرسمية، فإن تنازع تاجران على اسمٍ تجاريٍ مشتركٍ بينهما كان صاحب الحق بالاسم التجاري من بادر بتسجيله باسمه لدى دوائر التسجيل المختصة.

### الخاتمة وتحتوي على أهم النتائج

- يعتبر العرف حجة شرعية عند جميع الفقهاء.
- للعرف الأثر البارز في البيع على النحو التالي:

- الصيغة في عقد البيع غير منحصرة في لفظ معين، فكل صيغة دلت عرفاً على إنشاء العقد صح بها إنشاءه .

<sup>1</sup> فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، المرجع ذاته، ص876.



- ما يلحق برأس المال و ما يدخل في المبيع وما لا يدخل، فمرد ذلك إلى العرف فما كان عرفاً تابعاً لرأس المال كأجور الشحن والتخزين والجمرك دخل في رأس المال، وما لا يعتبر عرفاً داخلاً لا يدخل في رأس المال، وما الحقه العرف في المبيع لحق به وما اخذ من المبيع خرج عنه كدخول الشجر عرفاً في بيع الأرض .

- جواز بيع المعاطاة لجريان عادة الناس على البيع بها دون التلفظ بالايجاب والقبول، وقيام الفعل مقام الصيغة .

- القبض في البيع يكون بالتخلية والتمكين، وكيفيتهما تكون بالعرف والعادة مثل تخلية وتمكين العقار بتسجيله بالشهر العقاري(دائرة الأراضي) الى غير ذلك من الأمور.

● للعرف الأثر البار في الإجارة وذلك على النحو التالي:

- يكمن أثر العرف في الإجارة من خلال تحديد المنفعة المعقود عليها- فما جرى العرف فيها انها ذات منفعة مقصودة جاز الإجارة – وفي بيان مدة الإجارة والكيفية التي تكون عليها، فالضابط فيها هو العرف والعادة.

- عقد الإستصناع الموازي عقد مستقل جوز استحسانا لتعارف الناس على العمل به، فعقد الإستصناع يجوز في الأمور التي تعارف الناس على الإستصناع بها ولا يجوز في الأمور التي لم يتعارف على الإستصناع بها وذلك يتغير بتغير الأزمان والأمكنة .
- يعتبر أثر العرف في بيع المرابحة للأمر بالشراء(المركبة) بالالتزام الأمر بالشراء بإتمام شراء السلعة وهذا الإلتزام جاء بتعارف الناس على العمل به كما هو في البنوك الإسلامية .
- الحقوق المعنوية حقوق مالية تثبت لأصحابها يجوز الإعتياض عنها، ويعتبر أثر العرف فيها ما يلي:

- حق التأليف حق مالي يجوز فيه الإعتياض من خلال البيع أو الشراء أو التنازل.

- حق براءة الاختراع حق مالي يجوز فيه الإعتياض، ويظهر أثر العرف في كون الاختراع مقبول شرعاً أو لا والذي يحدد ذلك هو العرف، ولا يعتد بحق براءة الاختراع إلا بعد تسجيله لدى الدائرة المختصة، وذلك لأن العرف اليوم لا يقبل البراءة في الاختراع إلا بعد تسجيله.

- الإسم التجاري حق مالي، ظهر بناء على عادة التجار وثبت بناء على العرف الذي بدوره يفصل النزاعات بين الناس، فمن بادر إلى تسجيله أولاً لدى الجهة المختصة كان أحق به من غيره .



### قائمة المصادر و المراجع

- القرآن الكريم

1. احمد بن حنبل ، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (ت: 241هـ)، مسند الإمام أحمد بن حنبل، ح 3600، ط1 ، الناشر: مؤسسة الرسالة ، 2001.
2. أحمد فهمي أبو سنه ، العرف والعادة في رأي الفقهاء ، ب:ط ، الناشر: مطبعة الأزهر ، 1947م .



3. الهام عبدالله عبدالرحمن باجنيد، أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام الأسرة، (رسالة ماجستير - جامعة أم القرى)، 2003 .
4. أسعد كاشف الغطاء، العرف حقيقته وحجيته، ب:ط، ب:ن، 1415هـ .
5. أحمد إبراهيم بيك، المعاملات الشرعية المالية، ب:ط، ب:ن، 1936م .
6. أحمد إبراهيم بيك، العقود والخيارات والشروط، مجلة القانون والاقتصاد جامعة القاهرة، السنة الرابعة، العدد 1، 1934م.
7. أحمد بن الشيخ محمد الزرقا(ت): 1357هـ)، شرح القواعد الفقهية، ط، 2، الناشر: دار القلم- دمشق، 1989 .
8. أحمد بن عبدالله القاري، مجلة الأحكام الشرعية (على مذهب الإمام أحمد) ط3، الناشر: تهامة- جدة المملكة العربية السعودية، 2005م .
9. إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، الشاطبي(ت) 190هـ) ، الموافقات، ط1، الناشر: دار ابن عفا، 1997.
10. أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف ، الشيرازي (ت): 476هـ)، التنبيه في الفقه الشافعي، ب:ط، الناشر: عالم الكتب، ب:ت .
11. أديب فايز الضمور، تزامم الحقوق على الابتكارات وأثرها في إعتبار الحق المالي في الفقه الإسلامي ، بحث منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، (العدد 3 2004م) .
12. أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي أبو العباس الفيومي،(ت): 770 هـ)، المصباح المنير ، ب:ط، الناشر: المكتبة العلمية - بيروت، ب:ت .
13. أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني ، أبو الحسين ابن فارس (ت): 395هـ)، مجمل اللغة لابن فارس، ط، 2، دار النشر: مؤسسة الرسالة - بيروت ، 1986.
14. أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين عبد الرحمن بن محمد(ت): 682هـ)، الشرح الكبير على متن المقنع، ب:ط، الناشر: دار الكتاب العربي، ب:ت.
15. أسماء عبدالله موسى ، العرف حجيته وأثاره الفقهية ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب المجلد 21، العدد: 41، 1427هـ .





16. أحمد سالم ملحم، بيع المرابحة وتطبيقاتها المعاصرة في المصارف الإسلامية، رسالة ماجستير، الناشر: مكتب الرسالة الحديثة - عمان، 1989م.
17. أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (ت: 458هـ)، أحكام القرآن للشافعي، ط 2، الناشر: مكتبة الخانجي - القاهرة، 1994م .
18. أحمد بن علي أبو بكر الرازي ، الجصاص الحنفي(ت: 370هـ)، أحكام القرآن، ط1 ، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، 1994م.
19. بكر بن عبدالله أبو زيد ، فقه النوازل :قضايا فقهية معاصرة ، ط 1، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، 1996م .
20. أبو بكر محمد بن الحسن، الأزدي(ت: 321هـ)، جمهرة اللغة، ط 1، الناشر: دار العلم للملايين-بيروت، 1987م.
21. بدران أبو العنين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، ب:ط ، الناشر: دار النهضة العربية للطباعة والنشر - بيروت، ب:ت.
22. برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري الحنفي ، أبو المعالي(ت: 616هـ)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني- فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه-، ط 1، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2004 .
23. أبو بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق بن خالد بن عبيد الله العتكي المعروف بالبزار ، البزاز (ت: 292هـ)، البحر الزخار ، ط 1 ، الناشر : مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة، 2009 .
24. البنك الإسلامي الأردني، عقد بيع المرابحة للأمر بالشراء، المادة الأولى، بند "د" .
25. بدر الدين العيني، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي(ت: 855هـ)، البناية شرح الهداية، ط 1، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، 2000م.
26. أبو البقاء الحنفي ، أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي (ت:1094هـ) الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، ب:ط، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت ، ب:ت.



27. تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد الحراني الحنبلي الدمشقي ، ابن تيمية (ت: 728هـ)، الفتاوى الكبرى، ط1 ، الناشر: دار الكتب العلمية، 1408هـ.
28. تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي ، السبكي (ت: 756) ، الإبهاج في شرح المنهاج ، ب:ط ، الناشر: دار الكتب العلمية-بيروت، 1416هـ.
29. جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد (ت: 597هـ)، التحقيق في أحاديث الخلاف، ط 1 ، الناشر : دار الكتب العلمية – بيروت ، 1415هـ .
30. جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد ، الزيلعي(ت: 762هـ)، نصب الراية لأحاديث الهداية، ط 1 ، الناشر: مؤسسة الريان للطباعة والنشر - بيروت - لبنان، 1997م.
31. أبو جعفر الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي ، الطبري (ت 310هـ)، جامع البيان في تأويل القرآن، ط 1، الناشر: مؤسسة الرسالة، 2000م .
32. أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي ، اللأمدي (ت: 631هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، ب:ط ، الناشر : المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- لبنان ، ب:ت .
33. حسن بن محمد بن محمود العطار الشافعي (ت: 1250هـ)، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، ب:ط ، الناشر: دار الكتب العلمية، ب:ت.
34. حسنين محمود حسنين ، مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية، جامعة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الشريعة والقانون-حولية محكمة، العدد الثالث، ذي الحجة/1409هـ ، تموز/1989م.
35. أبو حامد محمد بن محمد الطوسي ، الغزالي (ت: 505هـ)، المستصفى ، ط1، الناشر: دار الكتب العلمية، 1993.
36. أبو حامد محمد الغزالي الطوسي ، الغزالي (ت: 505هـ)، الوسيط في المذهب ، ط1، الناشر: دار السلام – القاهرة، 1417هـ .
37. أبو الحسين، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي ، ابن فارس (ت 395هـ)، معجم مقاييس اللغة ، ب:ط ، الناشر : دار الفكر، 1979م.



38. أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي ،  
الماوردي ( ت 450هـ )، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو  
شرح مختصر المزني، ط 1، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت -  
لبنان، 1999م.
39. أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي ،  
807هـ)، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، ب:ط ، الناشر: مكتبة القدسي،  
القاهرة، ب:ت .
40. حسين بن معلوي الشهراني، حقوق الإختراع والتأليف في الفقه الإسلامي  
ط1، الناشر: دار طيبة للنشر والتوزيع-الرياض، 2004م.
41. خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين المصري (ت: 776هـ)،  
مختصر خليل، ط1، الناشر: دار الحديث- القاهرة، 2005م .
42. دبيان بن محمد الديبان ، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة ، ط  
الناشر: مكتبة الملك فهد الوطنية -الرياض، 1434 .
43. رشدي عليان، الإجماع في الشريعة الإسلامية ، ط  
10، العدد الأول ، الناشر: الجامعة الإسلامية، 1977م .
44. زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السّلامي، البغدادي  
ابن رجب الحنبلي(ت 795هـ)، تقرير القواعد وتحريير الفوائد (قواعد ابن  
رجب)، ط 1، الناشر: دار ابن عفان للنشر والتوزيع- المملكة العربية السعودية  
ب:ت.
45. زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السّلامي،  
البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي ، ابن رجب (ت: 795 هـ ) ، القواعد لابن رجب  
ب:ط، ، الناشر: دار الكتب العلمية، ب:ت.
46. زين الدين أبو يحيى السنيكي، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا  
الأنصاري ، السنيكي ( ت: 926هـ )، الحدود الأنيفة والتعريفات الدقيقة، ط  
الناشر: دار الفكر المعاصر - بيروت، 1411 .
47. زين الدين أبو العدل قاسم بن فطوبغا أبو الفداء، تاج التراجم ، ب:ط ، ،  
الناشر: دار القلم - دمشق، ب:ت.



48. زين الدين بن إبراهيم بن محمد ، ابن نجيم(ت 970هـ)، الأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ ، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت- لبنان، 1999م.
49. أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، النووي(ت 676هـ) ، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج ، ط 2، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، 1392هـ - .
50. سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي أبا داوود (ت:275هـ) ، سنن أبي داوود ، ب:ط ، الناشر: المكتبة العصرية صيدا- بيروت، ب:ت .
51. سعد الدين مسعود بن عمر ، التفتازاني(ت: 793هـ)، شرح التلويح على التوضيح، ب:ط ، الناشر: مكتبة صبيح - مصر، ب:ت .
52. سامي حبيلي، الحقوق المجردة في الفقه المالي الإسلامي، رسالة ماجستير -كلية الدراسات العليا- الجامعة الأردنية، 2005م .
53. سعود بن عبدالله الورقي، العرف وتطبيقاته المعاصرة، ب:ط ، ب:ن، ب:ت . سامي عدنان العجوري، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا ، رسالة ماجستير ، الفقه المقارن ، جامعة الأزهر - غزة ، 2013م .
54. سلطان بن ابراهيم بن سلطان الهاشمي ، أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية ، ط 1، الناشر: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، 2002 .
55. السيد صالح عوض ، أثر العرف في التشريع الإسلامي ، ب:ط ، الناشر : دار الكتاب الجامعي - القاهرة، ب:ت .
56. سامي حبيلي، الحقوق المجردة في الفقه المالي الإسلامي ، رسالة ماجستير -كلية الدراسات العليا- الجامعة الأردنية، 2005م .
57. سعود بن عبدالله الورقي، العرف وتطبيقاته المعاصرة، ب:ط ، ب:ن، ب:ت .
58. سامي عدنان العجوري ، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا ، رسالة ماجستير ، الفقه المقارن ، جامعة الأزهر - غزة ، 2013م .
59. سلطان بن ابراهيم بن سلطان الهاشمي ، أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية ، ط 1، الناشر: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، 2002 .



60. شمس الدين محمد بن محمد ويقال له ابن الموقت الحنفي ابن أمير حاج (ت879هـ)، التقرير والتحبير، ط2، الناشر: دار الكتب العلمية، 1983 .
61. شمس الدين، محمد بن أحمد الشافعي (ت: 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط1، الناشر: دار الكتب العلمية، 1994 .
62. شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين ، الرملي (ت:1004هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ،ب:ط ،الناشر: دار الفكر، بيروت، 1984 م .
63. شمس الدين أبو الخير محمد بن عبد الرحمن بن محمد ، السخاوي (ت: 902هـ)، المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة، ط1، الناشر: دار الكتاب العربي - بيروت، 1985 .
64. شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، (ت: 763هـ)، كتاب الفروع وتصحيح الفروع، ط1، الناشر: مؤسسة الرسالة، 2003 م .
65. شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي ، أبو العباس ، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ط1، الناشر: دار الكتب العلمية- بيروت، 1985 .
66. شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي ، الحطاب الرُّعيني المالكي(ت: 954هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، ط3، الناشر: دار الفكر، 1992م .
67. شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَائمَز ، الذهبي (المتوفى: 748هـ)، الموقظة في علم مصطلح الحديث، ط 2 ، الناشر: مكتبة المطبوعات الإسلامية - حلب، 1412هـ .
68. شوقي أحمد دنيا ، الجعالة والإستصناع تحليل فقهي واقتصادي ، بحث البنك الإسلامي لتنمية المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة، رقم(9) 1409 هـ .
69. الشيخ علي الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ، ب:ط ، الناشر: دار الفكر العربي - القاهرة، 2008 .
70. شفاء خليفه ، التخصيص بالعرف وأثره في المعاملات المالية المعاصر، رسالة ماجستير- جامعة الشهيد حمة لخضر-الوادي ، كلية العلوم الإجتماعية والإنسانية، 2014م .



71. أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري، ابن البيع (ت 4025هـ) ، المستدرک علی الصحیحین ، ط1 ، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت. 1990 .
72. أبو العباس شهاب الدين أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل بن سليم بن قايمار بن عثمان الكنانى الشافعي ، البوصيري(ت: 840هـ)، إتحاف الخيرة المهرة بزوائد المسانيد العشرة، ط1، الناشر: دار الوطن للنشر، الرياض، 1999م.
73. علي بن محمد بن علي الزين الشريف ، الجرجاني (ت: 816هـ)التعريفات، ط1، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، 1403هـ .
74. عبيد الله بن الحسين بن الحسن أبو القاسم ، ابن الجلاب المالكي (ت: 378هـ)، التفریع في فقه الإمام مالك بن أنس، ط1 ، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 2007م .
75. أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن إبراهيم بن أبي بكر ابن خلكان البرمكي الإربلي ، ابن خلكان (ت: 681هـ)، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، ط1، الناشر: دار صادر – بيروت، 1900م.
76. عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، داماد أفندي(ت: 1078هـ)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، ب:ط، الناشر: دار إحياء التراث العربي، ب:ت .
77. عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي ، فخر الدين الرازي (ت606هـ) ، مفاتيح الغيب، ط 2، الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت ، 1420هـ.
78. أبو عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين ، الزيلعي الحنفي (ت: 743هـ) ، شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشُّلبيُّ (ت: 1021هـ) ، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشُّلبيُّ، ط1 ، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، 1313هـ-.
79. أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر ، الزركشي (ت: 794هـ)، المنثور في القواعد الفقهية، ط 2 ، الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية ، 1985م .
80. أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر ، الزركشي (ت: 794هـ)، البحر المحيط في أصول الفقه، ط1، الناشر: دار الكتب، 1994م .



81. عبد الرحمن بن أبي بكر ، جلال الدين السيوطي(ت: 911هـ) ، الأشباه والنظائر، ط1، الناشر: دار الكتب العلمية، 1990 .
82. أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي ، الشافعي (ت: 04هـ)، الأم، ب:ط، الناشر: دار المعرفة - بيروت، 1990م.
83. أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي ، الصاوي المالكي(ت: 1241هـ)، بلغة السالك لأقرب المسالك(حاشية الصاوي على الشرح الصغير)، ب:ط، الناشر: دار المعارف ،ب:ت.
84. عز ابن عبد السلام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمى الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء (ت: 660هـ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام،ب:ط، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة، 1991.
85. أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم البصري ، الفراهيدي (ت: 170هـ)، كتاب العين،ب:ط، الناشر: دار ومكتبة الهلال، ب:ت .
86. أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي ، القرافي (ت 684)، شرح تنقيح الفصول ، ط1 ، الناشر: شركة الطباعة الفنية المتحدة، 1973م.
87. علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد ، الكاساني (ت 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، الناشر: دار الكتب العلمية، 1986م.
88. علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي الصالحي الحنبلي ، المرادوي (ت: 885هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط2 ، الناشر: دار إحياء التراث العربي،ب:ت .
89. أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد ، ابن ماجه (ت: 273هـ)، سنن ابن ماجه، ب:ط، الناشر: دار إحياء الكتب العربية،ب:ت .
90. عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل، أبو حفص نجم الدين النسفي (ت: 537هـ)، طلبه الطلبة ، ب:ط ، الناشر: المطبعة العامرة، مكتبة المثنى- بغداد ،ب:ت .
91. عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري(ت: 1360هـ)، الفقه على المذاهب الأربعة، ط2، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2003 .



92. عمر عبدالله كامل، القواعد الفقهية الكبرى واثرها في المعاملات المالية، ب:ط، الناشر: دار الكتب-القاهرة، ب:ت.
93. علي أحمد السالوس ، فقه البيع والإستيثاق والتطبيق المعاصر ، ط 1، الناشر: دار الثقافة -الدوحة، 2009 .
94. عبد الرزاق السنهوري(ت: 1971م) ،مصادر الحق في الفقه الإسلامي ط1، الناشر: دار إحياء التراث العربي-بيروت، 1954م .
95. عبدالوهاب خلاف ، علم أصول الفقه ، ط 8 ،الناشر: مكتبة الدعوة - شباب الأزهر ( عن الطبعة الثامنة لدار القلم) ، 1956م .
96. عبد الوهاب خلاف ، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه ط6، الناشر: دار القلم للنشر والتوزيع-الكويت، 1993.
97. علي حيدر،(الرئيس الأول لمحكمة التمييز العثمانية) ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، ب:ط ،الناشر دار عالم الكتب الرياض، ب:ت .
98. عادل بن عبدالقادر قوته ،العرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة ، ، ط1، الناشر: المكتبة المكية ، 1997م .
99. عبد الكريم زيدان ، الوجيز، ب:ط ، الناشر: مؤسسة الرسالة ناشرون، 2004م.
100. عطا موسى أحمد أهل، تخصيص العموم بالعرف ، رسالة ماجستير - كلية الشريعة والقانون -الجامعة الإسلامية - غزة ، 2007 .
101. عياض بن نامي بن عوض السلمي، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، ط1، الناشر: دار التدمرية- الرياض، 2005م .
102. عبدالله عناد نجم عبدالله ،آلية التطبيق المحاسبي لعقد الإستصناع والاستصناع الموازي في المصارف العراقية على ضوء معايير المحاسبة المالية الاسلامية رقم (10) ،بحث منشور في مجلة تكريت للعلوم الإدارية والإقتصادية 2018م .
103. عبدالجبار السبهاني، الوجيز في المصارف الإسلامية ، ط 1، الناشر: مطبعة حلاوة-اربند، 2014م .
104. علي محيي الدين القره داغي، القبض صورته، وبخاصة المستجدة منها وأحكامها، مجلة الفقه الإسلامي، العدد السادس ، 1990م .





105. عدنان خالد التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ط 1، الناشر: دار الشروق للنشر والتوزيع والطباعة- جدة، 1981م.
106. عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، ط 2، الناشر: مطبعة مقهوي-الكويت، 1985.
107. علي داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، ط 1، الناشر: دار السلام الإسلامية-بيروت، 2001م.
108. عجيل النشمي، الحقوق المعنوية (بيع الإسم التجاري في الفقه الإسلامي)، بحث في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية-جامعة الكويت، السنة السادسة، (العدد 13، 1409هـ).
109. فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ط 2، الناشر، مؤسسة الرسالة -بيروت، 2008 م.
110. القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر، البغدادي المالكي (ت: 422هـ)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ط 1، الناشر: دار ابن حزم، 1999م.
111. أبو القاسم الحسين بن محمد بن معروف، الراغب الأصفهاني (ت 502هـ) المفردات في غريب القرآن، ط 1، الناشر دار القلم، الدار الشامية - دمشق بيروت، 1412هـ.
112. أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري (ت 538هـ)، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، ط 2، الناشر: دار الكتاب العربي - بيروت، 1407هـ.
113. أبو القاسم قاسم بن عبد الله الأنصاري، ابن الشاطب (ت 723هـ)، إدرار الشروق على أنوار الفروق، مطبوع مع الفروق للقرافي، ب: ط 1، الناشر: عالم الكتب، ب: ت.
114. القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر المعافري الاشبيلي، ابن العربي (ت 543هـ) أحكام القرآن، ط 3، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2003.
115. قذافي عزات الغنائم، العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، ط 1، الناشر: دار النفائس-عمان، 2008.



116. كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ، المعروف بابن الهمام (ت 861هـ)، فتح القدير، ب:ط، الناشر: دار الفكر، ب:ت.
117. محمد سليمان الأشقر، وغيره، بحوث فقهية اقتصادية معاصرة، ط، الناشر: دار النفائس-عمان 1998م.
118. محمد سعيد رمضان البوطي ، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ، ب:ط، الناشر: مؤسسة الرسالة ، 1973.
119. منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس ، البهوتي الحنبلي (ت: 1051هـ)، كشاف القناع عن متن الإقناع، ب:ط ، الناشر: دار الكتب العلمية ، ب:ت.
120. محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي ، البابر تي(ت: 786 هـ -)، العناية شرح الهداية، ب:ط، الناشر: دار الفكر، ب:ت .
121. محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي البخاري (256هـ)، صحيح البخاري، ط1، الناشر: دار طوق النجاة، 1422هـ.
122. محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، التويجري موسوعة الفقه الإسلامي، ط1، الناشر: بيت الأفكار الدولية، 2009.
123. محمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحاك، أبو عيسى الترمذي (ت: 279هـ)، سنن الترمذي ، ط 2، الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر ، 1975م.
124. محمد بن عبد الله الخرشني المالكي أبو عبد الله (ت: 1101هـ)، شرح مختصر خليل للخرشي، ب:ط، الناشر: دار الفكر للطباعة-بيروت، ب:ت.
125. محمد بن أحمد بن عرفة المالكي، الدسوقي(ت: 1230 هـ ) ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ب ط، الناشر: دار الفكر، ب ت.
126. محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني أبو الفيض (ت: 1205 هـ )، تاج العروس من جواهر القاموس، الناشر: دار الهداية ، ب:ت .
127. محمود بن أحمد بن محمود بن بختيار، أبو المناقب شهاب الدين الرّنجاني (ت: 656هـ)، تخريج الفروع على الأصول، ط 2، الناشر: مؤسسة الرسالة -بيروت ، 1398هـ .



128. محمد أمين بن محمود البخاري ، أمير بادشاه الحنفي (ت 972هـ) تيسير التحرير، ب:ط ، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، 1983م .
129. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة ، السرخسي (ت 483هـ)، المبسوط، ب:ط ، الناشر: دار المعرفة - بيروت، 1993.
130. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة ، السرخسي (ت 483هـ)، أصول السرخسي، ب:ط ، الناشر: دار المعرفة - بيروت، ب:ت.
131. مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني مولدا ثم الدمشقي الحنبلي السيوطي (ت: 1243هـ) ، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ط2، الناشر: المكتب الإسلامي، 1994م.
132. محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين ، السمرقندي (ت: 540هـ)، تحفة الفقهاء، ط 2 ، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت - لبنان 1994م .
133. محمد بن إدريس الشافعي ، الشافعي (ت 204هـ) ، تفسير الإمام الشافعي، ط1 ، الناشر: دار التدمرية - المملكة العربية السعودية، 2006 .
134. محمد بن حمزة بن محمد، فصول البدائع في أصول الشرائع ، شمس الدين الفناري (ت: 834هـ) ، ط 1، الناشر: دار الكتب العلمية-بيروت-لبنان ، 2006م.
135. محمد بن علي بن محمد بن عبد الله اليميني ، الشوكاني (ت: 1250هـ) ، إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول، ط 1، الناشر: دار الكتاب العربي، 1999م .
136. محمد امين افندي الشهير بابن عابدين، (ت: 1252هـ) ، مجموعة رسائل ابن عابدين (نشر العرف في بناء الأحكام على العرف) ب:ط، ب:ن ، ب:ت .
137. محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي ، ابن عابدين (ت: 1252هـ)، رد المختار على الدر المختار، ط 2، الناشر: دار الفكر-بيروت، 1992م.
138. مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب (ت: 817هـ) ، القاموس المحيط ، ط 8 ، الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ، 2005 .



139. محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ، ابن قيم الجوزية (ت 751هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ط1، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، 1991م.
140. أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، ابن قدامه(ت: 620هـ)، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه ، ط 2 ، الناشر: مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، 2002م.
141. محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي ، ابن قدامة(ت: 620هـ) المغني ، ب:ط ، الناشر: مكتبة القاهرة، 1388هـ-.
142. محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، أبو القاسم الكلبي الغرناطي ابن جزى (ت: 741هـ)، القوانين الفقهية، ب:ط، ب:ن، ب:ت .
143. محمد بن مكرم بن علي جمال الدين الأنصاري الرويفعي الإفريقي ، ابن منظور (ت 711هـ)، لسان العرب ، ط 3 ، الناشر: دار صادر – بيروت ، 1414هـ.
144. أبو المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد، المروزي (ت489هـ)، قواطع الأدلة في الأصول، ط1، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1999م.
145. محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدي الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي(ت: 897هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، ط1، الناشر: دار الكتب العلمية، 1994م.
146. مالك بن أنس ،مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبجي المدني (ت:179هـ)، المدونة ، ط1، ب:ن، ب:ت .
147. محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري ، ابو جعفر الطحاوي (ت: 321هـ)، مختصر اختلاف العلماء ، ط2، الناشر: دار البشائر الإسلامية- بيروت، 1417.
148. مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ط 2، الناشر: دار الأرقم – دمشق، 2004.



149. مصطفى أحمد الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي، ط  
دار القلم - دمشق، 2012 .
150. مصطفى الزرقا، عقد البيع ، ط2، الناشر: دار القلم- دمشق، 2012 .
151. مصطفى الزرقا، المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه  
الإسلامي، ط1، الناشر: دار القلم - دمشق، 1999 م .
152. مصطفى الزرقا، عقد الإستصناع ومدى أهميته في الإستثمارات  
المعاصرة، المعهد الاسلامي للبحوث والتدريب، 1420هـ .
153. محمد علي الزغول و حمد فخري عزام ، الحقوق المالية للمؤلف، بحث  
منشور: في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، (العدد 3، 2014م) .
154. محمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي، لوايح الدرر في هتاك أستاذ  
المحض، ط1، الناشر: دار الرضوان - موريتانيا، 2005 م .
155. محمد سليمان الأشقر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، ب: ط  
الناشر: دار النفائس- عمان، 1998 م .
156. منصور عبداللطيف منصور، القبض وأثره في العقود، جامعة النجاح  
الوطنية ، كلية الشريعة ، رسالة ماجستير ، 2000.
157. محمد احمد القضاة، حق التأليف مفهومه وتكييفه والتعسف في استعماله في الفقه الإسلامي  
، بحث منشور في المجلة الاردنية في الدراسات الاسلامية، (العدد 1، 2014م).
158. محمد أبو زهرة ، أصول الفقه (ت 1974م) ، ب: ط، الناشر: دار الفكر  
العربي، ب: ت.
159. محمد أبو زهرة (ت 1974م) ، الملكية ونظرية العقد في الفقه الإسلامي  
ب: ط، الناشر: دار الفكر العربي- القاهرة، ب: ت .
160. محمد رواس قلججي- حامد صادق قنبيبي، معجم لغة الفقهاء ، ط  
الناشر: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، 1988م.
161. مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة، العدد الخامس، 1988م . محمد أحمد سراج، النظام  
المصرفي الإسلامي ب: ط، الناشر: دار الثقافة- القاهرة، 1989م .
162. مصطفى الزرقا، عقد الإستصناع ومدى أهميته في الإستثمارات  
المعاصرة، المعهد الاسلامي للبحوث والتدريب، 1420هـ .
163. أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري ، الفارابي (ت: 393هـ) الصحاح  
تاج اللغة وصحاح العربية، ط4، الناشر: دار العلم للملايين - بيروت، 1987 .



164. نزيه حماد ، معجم المصطلحات المالية والإقتصادية في لغة الفقهاء  
،ط1، الناشر :دار القلم - دمشق، 2008.
165. أبو هلال الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران  
العسكري (ت: 395هـ)، الفروق اللغوية، ب:ط، الناشر: دار العلم والثقافة  
للنشر والتوزيع -القاهرة،ب:ت .
166. هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية،الإستصناع  
والإستصناع الموازي،معيار رقم(11) .
167. هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية،المعايير  
الشرعية معيار رقم(11) .
168. أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي  
الباجي الأندلسي ، الباجي الأندلسي (ت: 474هـ)، المنتقى شرح الموطأ، ط  
الناشر: مطبعة السعادة - مصر،1332هـ.
169. أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي  
الحفيد (ت: 595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ب:ط ، الناشر: دار  
الحديث – القاهرة، 2004.
170. وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة ،ط  
1،الناشر:دار الفكر-  
دمشق، 2002 .
171. وهبة الزحيلي ، الوجيز في اصول الفقه ،ط  
2،دار الفكر المعاصر –  
بيروت،1995.
173. يعقوب بن عبدالوهاب الباحثين، قاعدة العادة محكمة -دراسة نظرية  
تأصيلية تطبيقية-،ط2،الناشر مكتبة الرشد-الرياض، 2012 .

## The Effect of Custom on The Contracts of The Financial Transction:compartative Fiqh Study

By

Talal ahmad aljalabneh

Supervisor



**Dr. Jihad salem alshurufat**

## **Abstract**

The objective of this work is to investigate the effect of convention on financial compensatory tenders. To achieve the objective, the researcher followed the descriptive approach for the analysis. Thus, certain diachronic and synchronic prominent theories, principles and parameters of Islamic background are followed to show the actual impact of convention on transactional, rental and profitable issues. The study reveals the actual impact of convention on Islamic banks parallel system. In such situation, the bank plays the role of maker and consumer simultaneously with reference to two separate contracts. The study also focused on the effect of convention on the profitable contracts of purchasing which is in use in the Islamic banks in the Hashemite Kingdome of Jordan. The study took care of not only customers' financial matters but also their moral rights. They enjoy the rights of (i) copyright (ii) patent and (iii) trade mark. Such rights are based on convention. In practice, they do not overt resolution neither in Holy Quran, Sunnah of the prophet nor in diligence. Thus, convention plays pivotal role in the final judgement in the court and becomes an official Islamic reference in the jurisprudence.

The study concludes that every community or professional group has its own convention. For instance, traders, religious clergymen, religious scholars, manufacturers have different conventions which are based on Islamic background. Therefore, such conventions become laws which are used for judgements among individuals and groups.



The study also concludes that all human conventions are liable to change through history. This change took place due to the will of God and is confirmed by the Islamic religion which is suitable for every time and place. Thus, conventions are essential mechanisms to give the final word in the court between people in fair manner; they regarded as supportive means to Islamic law in addition to Holy Quran and Sunna of the prophet.

Keywords: convention, customer, Holy Quran, Sunnah of the prophet, religious...etc

