



أثر العرف في عقود المعاوضات المالية

- دراسة فقهية مقارنة -

الباحث: طلال أحمد مجلي الجلابنه

E-mail: aljalabneh.talal@yahoo.com

المخلص

تدور هذه الدراسة حول أثر العرف في بناء الأحكام الشرعية المتعلقة بالمعاوضات المالية، وقد بينت الدراسة ابتداء أثر العرف في بناء الأحكام الشرعية في المذاهب الأربعة وحت على التفريق بين العرف وما يرادفه من مصطلحات ذات صلة مثل (العادة) ومعلوم أن أقسام المعاوضات المالية كثيرة ومن هذه الأقسام (الحقوق المعنوية)، وهذه الحقوق مع تقدم الحياة وتطورها في كافة المجالات بازدياد واتساع، فظهرت العديد من الحقوق منها حق التأليف وحق براءة الاختراع وحق الاسم التجاري وغيرها الكثير من الحقوق المعنوية، فبينت هذه الدراسة الأحكام الشرعية المتعلقة بهذه الحقوق بناءً ومراعاةً لجانب العرف السائد سواء كان عرف بلد أو منطقة أو عرف أهل صنعة معينة.

الكلمات المفتاحية: العرف ، المعاوضات المالية ، الحقوق المعنوية

Abstract

This study revolves on the impact of custom in the construction of Religious provisions relating to financial transaction, The study has initially shown the effect of custom in the construction of Islamic rulings in the four doctrines and has shown a distinction between custom and its synonyms such as (habit), and it is known that sections of financial transaction are many and of these sections are (moral rights), these rights increase and expand with life progression and development in all areas, so many rights have emerged, including the right to authorship, the right to patent and the right of the trade name, This study clarifies the Islamic provisions related to these rights in order to be based on the prevailing custom, whether it is the custom of a country, a region or a certain profession.

Keywords: custom, financial transaction, moral rights



مشكلة الدراسة

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

- ما مدى اعتبار العرف في الحقوق المعنوية؟

أهداف الدراسة

3 بيان مدى اعتبار العرف في حق التأليف وحق براءة الاختراع وحق الاسم 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 باستقراء 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

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 اقتصرت 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 الاقتصادية 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 الفتيا والقضاء , وذكر المعاملات المالية كجزء من تطبيقات الدراسة إلى جانب العقوبات .

وتميزت دراستي باقتصارها 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 , وبين 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 .

الفصل التمهيدي

التعريف بالعرف وعقود المعاوضات المالية



المبحث الأول: التعريف بالعرف

في هذا المبحث معنى العرف لغة وبيان الفرق بينه وبين العادة والإجماع كونهما من المصطلحات المشتبهة بالعرف، وحجية العرف، بمعنى هل هو حجة أخذ به الفقهاء وقالوا به في كتبهم وعملوا به في فتاويهم أم لا ؟. وفيه الأدلة التي اعتمد عليها الفقهاء في قولهم باعتبار العرف، وشروط العرف الذي اعتبره الفقهاء واصطلحوا عليه.

المطلب الأول

معنى العرف وتمييزه عما يشته به (العادة والإجماع)

الفرع الأول : معنى العرف لغة واصطلاحاً

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

1. تتابع الشيء متصلاً ببعضه ببعض : فعرف الفرس سمي بذلك لتتابع الشعر عليه¹, ويقال جاءت القطا² عُرْفَا عُرْفَا, أي بعضها خلف بعض, ومنها قوله تعالى: (وَأَلْمَسَتْ عُرْفًا) (المرسلات 1).
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 عنه³.
- فمن خلال الاطلاع على نصوص أهل اللغة في معنى العرف, نجد أن الكلمة وإن كانت ذات أصول ومعاني متعددة, إلا أنها تدل جميعها على أمر إعتاده الناس وألفته نفوسهم, وغلب على أعمالهم وأقوالهم, ولم ينكروه -ثانياً: العرف اصطلاحاً: من أقدم التعاريف كما ذكر الشيخ أحمد أبو سنة⁴ هو تعريف لعبدالله بن أحمد النسفي الحنفي, فقد قال في المستصفي: "العادة والعرف ما أُنْثَر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول"⁵.

وتبعه الفقهاء والأصوليون في التعريفات: فعند الكفوي ما أُنْثَر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول يعتبر ذلك هو العرف⁶.

وقريب من تعريف الكفوي تعريف أو يحيى الأنصاري (الشافعي) العرف ما استقرت عليه النفوس بشهادة العقول وتلقته الطباع بالقبول¹.

1 الفيروز آبادي، القاموس المحيط ، ص836 .
2 أَقْطَا صَرْبٌ مِنْ الْحَمَامِ الْوَاحِدَةُ قَطَاةٌ وَيُجْمَعُ أَيْضًا عَلَى قَطَوَاتٍ . الفيومي، المصباح المنير، ص510.
3 الرازي، معجم مقاييس اللغة، ص281.
4 أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص8.
5 النسفي، كشف الأسرار شرح المصنف على المنار، ص93.
6 الكفوي، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، ص617 .



وزاد ابن النجار شرط عدم رده من قبل الشارع الحكيم فقال: "العرف ما عرفته النفوس مما لم ترده الشريعة".²

- وعرف الفقهاء المعاصرون العرف بأنه: الأمر الذي أطمأنت اليه النفوس وعرفته وتحقق في قراراتها وألفته مستندة في ذلك إلى استحسان العقل ولم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة.³

وأما الشيخ مصطفى الزرقا فعرف العرف بأنه: "عادة جمهور قوم في قول أو فعل"⁴.

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".⁵

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

وأما التعريف الذي سنسير عليه هو تعريف السيد صالح عوض؛ فهذا التعريف مانع جامع للعرف فهو شمل: الاستقرار 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 مقبولا عند ذوي الطباع السليمة بتكراره المرة بعد المرة.⁶

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.⁷

فالعرف ثبت باعتياد الناس على أمر ما, وشعورهم بالزامه قانونياً, وليس بنص قانوني, ولذلك جاء في القانون المدني الأردني: "إذا 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".⁸

1 أبو يحيى السنيكي, الحدود الأنيفة والتعريفات الدقيقة, ص72 .

2 ابن النجار الحنبلي, شرح الكوكب المنير, ص448.

3 أبو سنه, العرف والعادة, ص8.

4 الزرقا, المدخل الفقهي العام, 872 .

5 السيد صالح عوض, أثر العرف في التشريع الإسلامي, ص52 .

6 علي حيدر, درر الحكام شرح مجلة الأحكام, ص44 .

7 علي حيدر, درر الحكام شرح مجلة الأحكام, ص44 .

8 القانون المدني الأردني, المادتان 3,2 لسنة 1976م .



الفرع الثاني : معنى العادة لغة واصطلاحاً

أولاً: العادة لغة: تطلق على تكرار الشيء مرة بعد مرة .
فالعادة: الديدن يعاد إليه، وجمعها عاد وعادات وعيد، وتعود الشيء وعاده وعاوده معاودة وعواداً واعتاده واستعاده وأعاده أي صار عادة له؛ أنشد ابن الأعرابي: لم تزل تلك عادة الله عندي والفتى ألف لما يستعيد¹.
فالعادة: الديدن، والمعاود: المواظب، واستعاده: سأله أن يفعله ثانياً، وأعاد الكلام: كرّره والعوذ: الرجوع إلى الشيء بعد الانصراف عنه إما انصرافاً بالذات، أو بالقول والعزيمة².
فمن العادة قوله تعالى: (وَلَوْ رُدُّوا لَعَادُوا لِمَا نُهُوا عَنْهُ) (الانعام 23).
والعادة: اسم لتكرير الفعل والانفعال حتى يصير ذلك سهلاً تعاطيه كالطبع، ولذلك قيل: العادة طبيعة ثانية³.

ثانياً: العادة اصطلاحاً: ذكر الهندي⁴ في شرح المغني: العادة عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة⁵، فهي الأمر المتكرر ولو من غير علاقة عقلية⁶.
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 اعتياد كيل البر، وثنوية النحاس والغش في المبيعات⁷.
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، لأنه ناشئ عن تلازم وارتباط في الوجود بين العلة والمعلول يقضي به العقل، وليس ناشئاً عن ميل أو طبع⁸.

الفرع الثالث: الفرق بين العرف والعادة وبين النسبة بينهما

للفقهاء في مبحث الفرق بين العرف والعادة وبين 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.

¹ ابن منظور، لسان العرب، ج3، ص 316 .
² الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، ج1، ص593؛ الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج1، ص303.
³ الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، مرجع سابق، ص594 .
⁴ هو عمر بن إسحاق بن أحمد الغزنوي الهندي، المعروف بالسراج الهندي، صنف شرح الهداية المسمى بـ"التوشيح" و"الشامل" 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 773 هـ . فُطْلُوغَا ، تاج التراجم، ص223.
⁵ ابن نجيم، الأشباه والتأثير على مذهب أبي حنيفة النعمان، ص79 .
⁶ أمير بادشاه الحنفي، تيسير التحرير، ج1، ص317.
⁷ أبو سنه، العرف والعادة، ص10 .
⁸ الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص871 .



وابن عابدين جعل العادة مأخوذة من المعاودة التي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت مستقرة في النفوس والعقول مثللقاه بالقبول من غير علاقة ولا قرينة, حتى صارت حقيقة عرفية , فالعادة والعرف بمعنى واحد وإن اختلفا من حيث المفهوم¹.

وممن قال بأنهما مترادفان في اللفظ وذوا معنى واحد من المعاصرين الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه أصول الفقه حيث قال: "العرف ما اعتاده الناس من معاملات واستقامت عليه أمورهم"².

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

الاتجاه الثاني: أن العرف مخصص بالقول والعادة مخصصة بالفعل وعليه فالعرف أعم³.

واختار هذا الاتجاه ابن همام بقوله: "العادة وهي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية والمراد (العرف العملي)"⁴.

وقد انتقد الشيخ أحمد فهمي أبو سنه هذا الاتجاه بحجة أن هذا القصر لا معنى له؛ لأن الفقهاء من السلف والخلف أجروا العادة في الأقوال والأفعال معاً⁵.

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, اذ العادة أعم من العرف مطلقاً وأبداً, والعرف أخص فكل عرف عادة وليس كل عادة عرفاً؛ لأن العادة قد تكون فردية أو مشتركة⁶.

وإلى هذا الاتجاه ذهب الإمام ابن رجب في قواعده فقد كانت القاعدة الحادية والعشرون بعد المئة في تخصيص العموم بالعرف⁷.

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

المطلب الثاني: مدى حجية العرف وأدلة الأخذ به وشروطه

1 ابن عابدين(نشر العرف في بناء الأحكام على العرف), ج2, ص114.

²أبو زهرة, أصول الفقه, ص273.

³أسماء موسى, العرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة, ص116.

⁴ابن أمير حاج, التقرير والتحبير, ص282.

⁵أبو سنه, العرف والعادة, ص11.

⁶الزرقا, المدخل الفقهي العام, ص874؛ أبو سنه, العرف والعادة, ص11.

⁷ابن رجب الحنبلي, تقرير القواعد وتحرير الفوائد (قواعد ابن رجب), ج2, ص555.



يتفق الفقهاء (عملياً) على اعتبار العرف الصحيح حجة ودليلاً شرعياً¹, 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 وغيرها, وقد قال القرافي في اعتبار العرف عند جميع المذاهب: "أما العرف فمشتك من المذاهب ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك فيها"².

ويعتبر العرف حجة ودليلاً (مستقلاً) عند الحنفية فقد نص فقهاء الأحناف على أن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي³, قال ابن عابدين: والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار⁴. وقال شمس الأئمة السرخسي: "والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص كمن اشترى بدراهم مطلقة ينصرف إلى نقد البلد بدلالة العرف"⁵, وقال الكاساني: "وجه قولهما في هذه المسائل اعتبار العرف والعادة"⁶, وقال ابن الهمام: "العرف إنما صار حجة بالنص"⁷. وكما اعتبر المذهب الحنفي العرف دليلاً مستقلاً, كذلك اعتبر المذهب المالكي العرف دليلاً وحجةً وتوسع به في الأخذ بالأحكام فمن خواص المذهب اعتبار العوائد والمصالح المرسلة وسد الذرائع, وأما العرف فمشتك من المذاهب⁸.

أما الشافعية والحنابلة- عدا ابن القيم⁹- وإن لم يعتبروا العرف دليلاً مستقلاً إلا أنهم عملياً أخذوا به في كتبهم وأقوالهم الفقهية فهم يختلفون مع الحنفية والمالكية في اعتبار 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 الصحيحة¹⁰, وأخذ بعض الفقهاء المعاصرون بهذا الرأي وقالوا: بعدم اعتبار العرف دليلاً مستقلاً, ولا أصلاً من الأصول, ولكنه دليل تابع لغيره من الأدلة¹¹.

¹ محمد مصطفى الزحيلي, أصول الفقه الإسلامي المدخل-المصادر-الحكم الشرعي, ج1, ص267.

² القرافي, شرح تنقيح الفصول, ص448.

³ ابن عابدين, رسائل ابن عابدين, ص115.

⁴ ابن عابدين, رسائل ابن عابدين, ص114.

⁵ السرخسي, المبسوط, ج4, ص152.

⁶ الكاساني, بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع, ج6, ص258.

⁷ ابن الهمام, فتح القدير, ج7, ص15.

⁸ القرافي, شرح تنقيح الفصول, ص448.

⁹ الزحيلي, أصول الفقه الإسلامي, ص267.

¹⁰ الزحيلي, أصول الفقه الإسلامي, ص267.

¹¹ السيد صالح عوض, أثر العرف في التشريع الإسلامي, ص617-618؛ الشيخ أحمد فهمي أبو سنه قال: "وبدوام النظر يرى على الدوام - أي العرف - مردوداً إلى دليل آخر من الأدلة الصحيحة". أبو سنه, العرف والعادة, ص32؛ وقال الشيخ عبد الوهاب خلاف: "والعرف عند التحقيق ليس دليلاً شرعياً مستقلاً". خلاف, أصول الفقه, ص91.



فقد ذكر السيوطي الشافعي ان اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه، في مسائل لا تعد كثرة¹، وقال الماوردي: " ما لم يتقدر بالشرع واللغة تقدر بالعرف والعادة كالقبض والتفرق"².

وعند الحنابلة تعتبر العادة من أدلة الفقه، وهو معنى قول الفقهاء ان العادة محكمة أي معمول بها شرعاً³، 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 يحلل حراماً فالمسلمون عند شروطهم؛ فإن موجبات العقود تتلقى من اللفظ تارة، ومن العرف تارة أخرى، لكن كلاهما مقيد بما لم يحرمه الله ورسوله"⁴.

ومن هنا فقد اعتبر الفقهاء كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له في اللغة ولا يخالف نص محرم له فهنا يرجع فيه إلى العرف، كالحرز في السرقة، والتفرق في البيع، والقبض، ووقت الحيض وقدره، وإحياء الموات، والاستيلاء في الغصب ونحو ذلك⁵.

الفرع الأول: أدلة حجية العرف

أولاً : من القرآن الكريم
1. قوله تعالى: (خُذِ الْعَقْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ)(الاعراف199).
وجه الدلالة : أمر الله سبحانه وتعالى نبيه ﷺ بالعرف، فلو كان العرف غير معتبر لما أمر الله به نبيه ﷺ، إذ لا فائدة من الأمر حين ذاك، وبين هذا الوجه من الدلالة القرآني – رحمه الله – بقوله: " فكل ما شهد به العادة قضى به لظاهر هذه الآية⁶(خُذِ الْعَقْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ)(الاعراف199).

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 الإحسان⁷، أو أنه المعروف والجميل من الأفعال⁸، إلى غير ذلك من المعاني⁹.

1 السيوطي، الأشباه والنظائر، ص90.

2 الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج11، ص179.

3 ابن النجار الحنبلي، شرح الكوكب المنير، ج4، ص448.

4 ابن تيمية، مجموع الفتاوى باب النفقات والحضانة، ج34، ص91.

5 وهبة الزحيلي، الوجيز في اصول الفقه، ص99.

6 القرافي، الفروق، ج3، ص149.

7 الطبري (310هـ)، جامع البيان في تأويل القرآن، ج13، ص330.

8 الزمخشري، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، ج2، ص190.

9 أبو سنه، العرف والعادة، ص24-25.



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

2. قوله سبحانه وتعالى: (لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا ءَاتَاهُ اللَّهُ لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآءَاتِلَهَا) (الطلاق 7) وقوله سبحانه وتعالى: (وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا) (البقرة 233).

وجه الدلالة: بين الله سبحانه وتعالى أن النفقة للزوجة على الزوج ليست مقدرة وإنما تترك إلى 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 المادية¹.

3. وفي سورة المائدة ما يدل على اعتبار العرف والاحتجاج به، فقد قال الله تعالى: (فَكَفَرْتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِّنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ) (المائدة 89).
وجه الدلالة: فمقدار الطعام والكسوة يختلف من شخص إلى آخر ومن بلد إلى غيره حسب حالة الحائث، فتقدر بالإجتihad على مجرى العرف.

ثانياً: من السنة النبوية المشرفة:

1. عن عائشة رضي الله عنها: "إن 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"².
وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أذن لهند بنت عتبة أن تأخذ من مال زوجها - أبي سفيان - ما يكفيها وولدها، وهذا القدر الذي يكفيها لم يدل عليه نص شرعي، وإنما حدده العرف، ومن الأمور التي استنتجها الإمام النووي من هذا الحديث اعتماد العرف في الأمور التي ليس فيها تحديد شرعي³.

2. ما روي عن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه موقوفاً⁴، قال: "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح"⁵.
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 طيباً، فبذلك يكون العرف معتبراً شرعاً.

1 الرازي، مفاتيح الغيب، ج6، ص61؛ ابن العربي، أحكام القرآن، ج4، ص289؛ الشافعي، تفسير الإمام الشافعي، ج3، ص1394.

2 البخاري، الجامع الصحيح، كتاب النفقات باب: إذا لم ينفق الرجل فالمرأة أن تأخذ بغير علمه، ج5359، ص65.

3 النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، كتاب الأقضية، باب قضية هند، ج12، ص7.

4 الأثر الموقوف: هو ما أسند إلى صحابي من قوله أو فعله. شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز، الذهبي، الموقظة في علم مصطلح الحديث، ص41.

5 ابن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، ج3600، ص84؛ ورواه الحاكم في المستدرک وقال: "حَدِيثٌ صَحِيحٌ الْإِسْنَادُ، وَلَمْ وَلَمْ يُخَرِّجَاهُ". ابن البيع، المستدرک على الصحيحين، ج4465، ص83.



وقد اعترض على هذا الحديث بأمرين :

الأول:- لا يثبت رفعه إلى النبي ﷺ، وإنما هو من قول عبدالله بن مسعود رضي الله عنه فلا يصح الاحتجاج به، قال العلالي: " 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"¹.

وقال الزليعي: " غريب مرفوعاً، ولم أجده إلا موقوفاً على ابن مسعود"². 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"³.

الثاني :- لا دلالة فيه على اعتبار العرف؛ لأن كلمة (رأه) تدل على المجتهدين من الأمة، أو الصحابة الكرام، فيكون المعنى ما رآه اجماع مجتهدى 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 العرف²، فكلما 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"⁴.

ويمكن الإجابة عن هذين الاعتراضين بما يلي :

- أما الاعتراض الأول : أن الحديث وإن كان موقوفاً على عبد الله بن مسعود إلا أن له حكم الرفع؛ وذلك لأنه لا مدخل للرأي فيه⁵؛ كما أن قول الصحابي حجة⁶ يؤخذ به فيما لا مجال للاجتهاد فيه، فإن الصحابي إذا قال قولاً فله مدارك يفرد بها عناء، فيجوز أن يكون سمعه من النبي - ﷺ - شفاهاً أو من صحابي آخر عن رسول الله - ﷺ⁷.

- 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 قبيحاً فهو عند الله قبيح فلا إشكال في ذلك .

¹ ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ص 79؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 89.

² الزليعي، نصب الرأية لأحاديث الهداية، ج 4، ص 133.

³ السخاوي، المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة، ج 959، ص 581 .

⁴ ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج 1، ص 53 .

⁵ أبو سنه، العرف والعادة، ص 25 .

⁶ السرخسي، أصول السرخسي، ج 2، ص 13؛ المروزي، قواطع الأدلة في الأصول، ج 2، ص 9.

⁷ ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج 4، ص 112.



وبعد المناقشة والتحليل الذي يظهر أن هذا الحديث حجة في اعتبار العرف, وقد استدلت جمع من العلماء بهذا الحديث على العرف والعادة¹.

3. قال النبي ﷺ: " مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ"².

وجه الدلالة : لم يبين النبي ﷺ كيفية الإحياء وإنما كان مرد ذلك الى العرف والى عادات الناس في صفة الإحياء.

4. وقد يعتبر ما هو من قبيل السنة التقريرية³ دليلاً على اعتبار العرف؛ لأن الشرع الحنيف عندما جاء به النبي ﷺ راعى أعراف الناس وعاداتهم ما لم تكن مخالفة للشرع .

فلما قدم النبي عليه الصلاة والسلام الى المدينة المنورة وجد العرف جارياً عندهم على بيع العرايا والسلم⁴, 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: بيع الرطب على النخل بالتمر الجاف وهذا لا يمكن تحقق التساوي فيه بين البديلين ونهى النبي عن بيع الشيء بجنسه متفاضلين, ولكن ضرورة الناس في التعامل بهاذين البيعين جعل النبي ﷺ يرخص فيهما⁵ وهذا يدل على اعتبار العرف الصحيح.

ثالثاً: من الإجماع

قد يستند العرف إلى الإجماع العملي⁶, 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 - ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان

1 السرخسي, المبسوط, ج12, ص138؛ السيوطي, الأشباه والنظائر, ص7؛ ابن الشاط, إدرار الشروق على أنوار الفروق, مطبوع مع الفروق للفرافي, ج3, ص190.

2 أحمد ابن حنبل, مسند أحمد, ج14361, ص22, ج262. أخرجه الترمذي في باب ما ذكر في إحيار أرض الموات, وقال عنه: حديث حسن غريب, ح1378, ج3, ص654.

3 ما نقل من سكوت النبي ﷺ عن قول قيل أو فعل فعل في حضرته, أو علم به ولم ينكره. السلمي, أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله, ص104.

4 السلم: هو عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض بمجلس العقد فهو بيع عجل ثمنه, وأجل ثمنه, وبيع أجل بعاجل. العرايا: هي بيع الرطب على النخل بتمر في الأرض. والعرايا جزء من المزبنة, إلا أنه رخص فيها بالشيء اليسير للحاجة, كحاجة صاحب الحائط إلى البيع, أو حاجة المشتري إلى الرطب. التوجيهي, موسوعة الفقه الإسلامي, ج3, ص417, 466.

5 خلاف, مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه, ج2, ص148؛ الكاساني, بدائع الصنائع, ج5, ص2.

6 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. عليان, الإجماع في الشريعة الإسلامية, العدد الأول, ص74.



ورخص في السلم، فيجوز استحساناً؛ لإجماع الناس على ذلك؛ لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غير نكر كما قال الكاساني¹، ومثله قال ابن أمير حاج².
وقد يستند العرف إلى الإجماع السكوتي³، وفي هذا ذهب اللأمدي إلى 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 وحجة⁴.

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 إلى الإجماع العملي⁵.

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؛ أن يكون عملهم مستمراً في جميع الحوادث لا يتخلف، والمراد بأغلبية العرف؛ أن يكون جريان الناس عليه حاصلًا في أكثر الحوادث⁶.

أما إذا اضطرب عمل الناس بالعرف فلا عبرة به حينئذ، فقد قال العز بن عبد السلام: "واختلف في وجوب الحبر على الناسخ، والخيط على الخياط لا اضطراب العرف فيه"⁷.

وبشرط الاطراد والغلبة يخرج العرف المشترك؛ وهو ما تساوى فيه الجري على العادة والعرف والترك والتخلف عنها⁸، فمثلاً لو باع بدراهم أو دنائير وكانا في بلد اختلف فيه النقود مع الاختلاف في المالية والرواج، انصرف البيع إلى الأغلب⁹.

¹ الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص2.

² ابن أمير حاج، التقرير والتحبير، ج3، ص222.

³ الإجماع (السكوتي): بأن يقول بعض المجتهدين حكماً ويسكت الباقيون عنه بعد العلم به. العطار، حاشية العطار على شرح

الجلال المحلي على جمع الجوامع، ج2، ص221.

⁴ اللأمدي، الأحكام في أصول الأحكام، ج1، ص252.

⁵ أحمد أبو سنه، العرف والعادة، ص41-42.

⁶ أبو سنه، العرف والعادة، ص56؛ الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص898.

⁷ عز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، ج2، ص128.

⁸ الهام باجنيد، أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام الأسرة، ص99.

⁹ ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ص81.



والمتنوع لكلام الفقهاء يجد أنهم صرحوا باعتبار الاطراد والغلبة في كتبهم ومن ذلك قول ابن نجيم: "إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت"¹.

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، فإذا 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 التصريح².

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"³.

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 ذلك⁴.

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

وذلك بأن يكون العرف سابقاً أو مقارناً للتصرف عند إنشائه⁵، فيخرج بهذا ما إذا كان العرف طارئاً وقت الفعل أو التصرف، أو أنه نشأ بعدهما، أو أنه حدث قبلهما ولكن تغير قبل إنشائهما⁶. وهذا الشرط شامل للعرف اللفظي والعملي فالعرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر فلا عبرة بالعرف الطارئ⁷. وكما أن العرف يحمل على الألفاظ، كذلك يحمل على الأفعال، كالبيع بالمعاطة، ودخول الحمام من غير تعيين أجره⁸.

رابعاً: ألا يخالف العرف نصوص الشرع أو أصلاً من أصوله :

¹ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، 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". الشاطبي، الموافقات، ج 2، ص 468.

² علي حيدر، درر الحكام، المادة 13، المجلد الأول، ص 31.

³ السرخسي، المبسوط، ج 4، ص 152.

⁴ عز ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج 2، ص 186.

⁵ وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية – الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 30، ص 59.

⁶ أبو سنه، العرف والعادة، ص 65.

⁷ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 96.

⁸ أبو سنه، العرف والعادة، ص 65.



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 اعتبار، لأن نص الشارع مقدم على العرف¹. 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 ببطلانه².

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 اذا كان عاماً، فيخصص العرف عموم النص، ويقيد إطلاقه، وليس هذا تركاً للنص أو تعطيلاً له بل فيه إعمال للنص والعرف معاً ما أستطيع ذلك³.

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 ومفهوماً له⁴.

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 الأحكام⁵.

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 الانتفاع بالأعيان والمنافع وكذلك الانتفاع بالأثمان – حيث تعتبر عقود المعاوضات المالية الأساس القائم على المعاملات المالية، والتجارات بين الناس .

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

¹ الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص902.

² السرخسي، المبسوط، ج12، ص196؛ ابن عابدين، رسائل ابن عابدين، ج2، ص116؛ أحمد أبو سنه، العرف والعادة، ص61.

³ رسائل ابن عابدين، المرجع ذاته، ج2، ص116.

⁴ الهام باجنيد، أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام الأسرة، ص121.

⁵ أبو سنه، العرف والعادة، ص61.



المطلب الأول: معنى العقد لغة واصطلاحاً

الفرع الأول: معنى العقد لغة :

يأتي العقد في اللغة على معانٍ متعددة منها: الشدّ، والربط، والتوثيق، والعهد، والضمان¹. ومنها قول الله سبحانه وتعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (المائدة 1) أي أن الله سبحانه وتعالى خاطب المؤمنين بالوفاء بالعقود التي عقدها الله تعالى عليهم، والعقود التي يعقدها بعضهم على بعض².

والأصل في العقد جاء للربط الحسي والمادي بين أطراف الشيء، وقد استعمله العرب للربط المعنوي للكلام³، ومنه انتقلوا إلى إطلاق "العقد" على اليمين والعهد وعلى الاتفاق في المبادلات كالبيع ونحوه⁴.

قال الزبيدي في تاج العروس: "أصل العقد نقيض الحل، ثم استعمل في أنواع العقود من البيوعات، والعقود وغيرها"⁵.

الفرع الثاني: معنى العقد اصطلاحاً:

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

وللعقد في الاصطلاح 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، أو إسقاطه كالوقف والطلاق⁶.

فهو إما أن ينشأ عن ارتباط إرادتين كالبيع والشراء والنكاح، أو بإرادة منفردة كالهبة والطلاق والوصية، ومنها المراد بقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (المائدة 1) 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 الموثق⁷.

¹ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج4، ص86؛ ابن منظور، لسان العرب، ج3، ص296؛ الفيومي، المصباح المنير، ج2، ص421.

² الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج8، ص395.

³ منصور، القبض وأثره في العقود، ص15.

⁴ الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ص381.

⁵ الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ص394.

⁶ الجصاص الحنفي، أحكام القرآن، ج2، ص370.

⁷ الجصاص الحنفي، أحكام القرآن، ج2، ص370؛ الزمخشري، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، ج1، ص600؛ ابن العربي، أحكام القرآن، ج2، ص6.



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 التعميم¹.

- العقد بمعناه الخاص: وردت عدة تعريفات للفقهاء متقاربة منها: مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر، أو كلام الواحد القائم مقامها². ومعنى قوله: "أو كلام الواحد القائم مقامهما" كبيع القاضي مال اليتيم ليتيم آخر أو شرائه له³. وقد بين الدسوقي أن العقود ما يتوقف إمضاءها على إيجاب وقبول، وأما غيرها من الطلاق وما بعده فهي إخراجات ولا تتوقف على إيجاب وقبول⁴. واعتمد الزركشي في المنثور العقد بأنه: ارتباط الإيجاب بالقبول الالتزامي كعقد البيع والنكاح وغيرهما⁵. وجاء في مجلة الأحكام العدلية: "العقد إلزام المتعاقدين وتعهدهما به، وهو عبارة عن ارتباط إيجاب بقبول"⁶.

وعرفه الفقهاء المعاصرون: بأنه ربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما، ينشأ عنه أثره الشرعي⁷. وعرفه الزرقا: بأنه ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يظهر أثره في محله⁸. ومثل ذلك قال وهبة الزحيلي: "تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل"⁹. ومما ذكرناه في ما سبق من تعريفات يتضح أن هناك ارتباطاً بين طرفي العقد (العاقدان)، بإيجاب وقبول، وتوافقهما على إنشاء إلزام شرعي بينهما، بما يدل على ذلك من قول أو فعل، أو إشارة أو كتابة، والفقهاء لا يقصدون عند ذكرهم للعقد في أغلب عباراتهم إلا الالتزام الذي ينشأ بين طرفين، أو ما يتم به الالتزام من عبارة أو إشارة أو غيرها.

المطلب الثاني: أقسام العقد

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

الفرع الأول: معنى الفساد:

¹ أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، ج2، ص201.
² ابن الهمام، فتح القدير، ج3، ص187؛ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج3، ص3.
³ العجوري، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا، ص20.
⁴ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ص5-6.
⁵ الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، ج2، ص397.
⁶ حيدر، درر الحكام، المادة 103.
⁷ أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، ص171.
⁸ الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ص382.
⁹ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص2918.



الفساد: خروج الشيء عن الاعتدال، قليلاً كان الخروج عنه أو كثيراً، ويضاده الصلاح، ويستعمل ذلك في النفس، والبدن، والأشياء الخارجة عن الاستقامة¹.

ثم لما نشأت الاجتهادات الفقهية واصطلاحاتها أطلق فقهاء الحنفية الفساد على معنى مدني تشريعي جديد، فاستعملوه للدلالة على ما يعتبرون فيه العقد مختلاً في بعض نواحيه الفرعية اختلالاً يجعله في مرتبة بين الصحة والبطالان، فلا هو بالباطل غير المنعقد - لأن المخالفة للنظام الشرعي فيه ليست مخالفة في جوهرية كما هو في حالة البطلان- ولا هو بالصحيح التام المنعقد - لأن فيه اختلالاً بنظام التعاقد ولو أن هذا الإخلال في ناحية فرعية غير جوهرية- ولفظ الفساد يشعر بذلك لأنه ينبئ بمعنى التغير والاختلال في شيء موجود². وعرف الإمام الزرقا-رحمه الله- الفساد في العقد: "اختلال في العقد المخالف لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متممة يجعله مستحقاً للفسخ"³.

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 الفقهاء⁴. فمثلاً في عقد البيع إذا توفرت أركانه وشروطه بأن يكون الإيجاب متوافقاً للقبول صادر من له الأهلية الكاملة واتحد مجلس العقد وكان للعقد محلاً فإنه ينعقد صحيحاً⁵.

الفرع الثالث: العقد الباطل:

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 عند الجمهور، وهو والعقد الفاسد مترادفان عندهم⁶. 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 والمجنون⁷.

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، كالجهاالة الفاحشة، أو كان البيع مجهولاً أو كان في الثمن خلل، فالخلل في غير الركن الأساسي فيكون فاسد⁸.

¹الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، ص636.

²الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص729-730.

³الزقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص739.

⁴التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، ج2، ص246؛ ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد؛ الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، ص378؛ الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج3، ص512.

⁵الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص299.

⁶الطار الشافعي، حاشية الطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، ج1، ص146؛ الديبان المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ج1، ص62؛ الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ص329.

⁷التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، ج2، ص246.

⁸التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، ج2، ص246.



قال التفتازاني: "الفاقد ما يكون مشروعاً بأصله دون وصفه، وهذا معنى قولهم: الصحيح ما استجمع أركانه وشرائطه بحيث يكون معتبراً شرعاً في حق الحكم، والفاقد ما كان مشروعاً في نفسه فانت المعنى من وجه لملازمة ما ليس بمشروع إياه بحكم الحال مع تصور الانفصال في الجملة، والباطل ما كان فانت المعنى من كل وجه مع وجود الصورة إما لانعدام معنى التصرف كبيع الميتة والدم، أو لانعدام أهلية المتصرف كبيع الصبي والمجنون"¹.

فقد الربا فإنه مشروع من حيث أنه بيع، وممنوع من حيث أنه يشتمل على زيادة في العوض، فاقترضى هذا درجة بين الممنوع بأصله ووصفه جميعاً بين المشروع بأصله ووصفه جميعاً² ومما لا ينبغي أن يغفل ذكره: أن الاجتهادان المالكي والشافعي، خلافاً للحنبلي، قد تابعا في بعض مواطن التميز الحنفي بين نهى مفسد لماهية الفعل، ونهى متعلق بأمر خارج عنها فلا يفسدها، لكنهما على كل حال، كغيرهما من الاجتهادات لم يميزا بين الفساد والبطلان في المعنى والنتائج³.

المطلب الثالث: المال عند الفقهاء

من شرط المعقود عليه أن يكون مالاً⁴، 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"⁵، فلذلك إذا كان الشيء عاملاً ومنتشراً 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 والخنزير متمولاً؛ لأنه لا ينتفع به شرعاً فلا يكون متمولاً⁶.

الفرع الأول: معنى المال لغة

المال لغة: يطلق اللغويون على المال: بأنه ما هو معروف ويملك من جميع الأشياء⁷. وذكره الفيومي بقوله: المال معروف، ويذكر ويؤنث وهو المال وهي المال ويقال مال الرجل يمال مالاً إذا كثر، وقال الأزهري: تمول مالاً اتخذته قنية فقول الفقهاء ما يتمول أي ما يعد مالاً في العرف والمال عند أهل البادية النعم⁸.

فكل ما يتمول ويتملك يعد مالاً، والمال لا حد له بل المرجع فيه إلى تمول الناس وتملكهم إياه، ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان، وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل لأنها كانت أكثر أموالهم⁹.

¹ التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، ج2، ص246.

² الغزالي، المستصفى، ص76؛ الأمدي، الأحكام في أصول الأحكام، ج1، ص131.

³ الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص734.

⁴ الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص140.

⁵ أبو المعالي، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه، ج6، ص347.

⁶ الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص143.

⁷ ابن منظور، لسان العرب، ج11، ص635.

⁸ الفيومي، المصباح المنير، ج2، ص586؛ الفراهيدي، كتاب العين، ج8، ص344.

⁹ ابن منظور، لسان العرب، ج11، ص636.



الفرع الثاني: المال اصطلاحاً

اختلف الحنفية مع جمهور الفقهاء في تعريف المال وذلك بسبب اختلاف العادات والأعراف، وسبب اختلاف الحنفية مع سائر الفقهاء في تعريف المال؛ اختلاف الأعراف فيما يعد مالا وما لا يعد، إذ المال ليس له حد في اللغة، ولا في الشرع، فرجع في تحديده إلى العرف¹.

وعرف الحنفية المال بأنه: ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة². وأضاف صاحب مجلة الأحكام منقولاً كان أم غير منقول فيصبح المال هو: ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة منقولاً كان أو غير منقول³.

فالمال ما يمكن ادخاره ولو غير مباح كالخمر والمتقوم ما يمكن ادخاره مع الإباحة، فالخمر 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 حيازتها⁴.

أما جمهور الفقهاء فقد اصطالحوا 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، كالخمر والخنزير مثلاً⁵.

وعرفه الشافعية: ما له قيمة يباع بها وتلزم متلفه وإن قلت وما لا يطرحه الناس مثل الفلس وما أشبه ذلك⁶. وعرفه الحنابلة: ما فيه منفعة أو غير منفعة للضرورة، فخرج ما لا نفع فيه أصلاً كالحشرات، وما فيه منفعة محرمة كالخمر، وما فيه منفعة مباحة للحاجة كالكلب والميتة في حال الضرورة، وعلق البيهوتي على صاحب متن الإقناع أن النفع لا يصح بيعه مع أنه ذكر في حد البيع صحته فكان ينبغي أن يقال هنا: كون المبيع مالا أو نفعاً مباحاً مطلقاً أو يعرف المال بما يعم الأعيان والمنافع⁷.

الفرع الثالث: اختلاف الفقهاء في مالية المنافع

مذهب الحنفية: وقالوا بأن المنافع ليست أموالاً متقومة في حد ذاتها بل هي مجرد ملك⁸، ولذلك لا تضمن في حالة الإهلاك، وإنما ثبتت لها حكم التقوم في سائر العقود شرعاً ضرورة؛ دفعاً للحاجة بها⁹. والمنفعة عند الحنفية ملك لا مال؛ لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص، والمال ما من شأنه أن يدخر للانتفاع وقت الحاجة¹، وفي المبسوط ذكر الامام السرخسي أن المنفعة ليست بمال متقوم، فلا

¹ نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ص388.

² بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج5، ص277؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج4، ص501؛ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ص3305.

³ حيدر، درر الحكام، المادة 126، ج1، ص115.

⁴ ابن عابدين، رد المحتار، ج4، ص501.

⁵ ابن العربي، أحكام القرآن، ج2، ص107.

⁶ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص327.

⁷ البيهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج3، ص152.

⁸ 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، ج8، ص19.

⁹ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص278؛ الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، ج2، ص146.



تضمن بالإتلاف كالخمر والميتة؛ وذلك لأن صفة المالية للشيء إنما تثبت بالتمول، والتمول حفظ الشيء وإدخاره لوقت الحاجة، والمنافع لا تبقى وقتين، ولكنها أعراض كما تخرج من حيز العدم إلى حيز الوجود تتلاشى، فلا يتصور فيها التمول².

ومذهب الجمهور³ وزفر من الحنفية⁴: أن المنافع تعتبر أموالاً بحد ذاتها، بل إن إطلاق لفظ المال عليها أحق منه على العين إذ التضمين لا يسمى مالا إلا لاشتمالها على المنافع ولذلك لا يصح بيعها بدونه⁵، ولأن الشرع قد قومها ونزلها منزلة الأموال فلا فرق بين جبرها بالعقود وجبرها بالتقويت والإتلاف، لأن المنافع هي الغرض الأظهر من جميع الأموال⁶.

والراجح: أن المنافع تعد أموالاً وذلك للأسباب التالية:

1. متقدمو الحنفية لا يعتبرون المنافع أموالاً إلا إذا ورد العقد عليها؛ مراعاة للمصلحة العامة وحاجة الناس إلى المنافع في حياتهم⁷، فالعقد هو الذي يكسب المنافع خصائص المال المتقوم شرعاً؛ لورود الاستثناء من القياس العام الذي أصلوه وهو عدم مالية المنافع، وعلى هذا المنافع تعتبر أموالاً إذا ورد العقد عليها وعليه فتكون المنافع مالا عند جميع الفقهاء.

2. كما أن الحنفية أفتوا بجواز بيع كل ما له منفعة كالسماد الطبيعي (السرجين النجس) وهوام الأرض وبعض النجاسات النافعة⁸، 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. ومتأخرو الحنفية أفتوا بضمان منافع المغصوب في ثلاثة أشياء هي: المال الموقوف، ومال اليتيم، والمال المعد للاستغلال⁹، ومعلوم أن المنافع اليوم يقصد بها الاستثمار والربح.

4. أفتى متأخرو المذاهب الفقهية بجواز أخذ الأجرة على الطاعات¹ رعاية لإقامة الشرائع والشعائر الدينية كالإمامة والأذان والخطبة وتعليم القرآن وغيرها من العبادات، فلا جرم أن مصالح الأمة في عصرنا تقتضي القول بمالية المنافع.

¹ ابن عابدين، رد المحتار، ج4، ص502 .

² السرخسي، المبسوط، ج11، ص79 .

³ المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج6، ص480؛ الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، ص322؛ البهوتي، كشف القناع، ج6، ص373؛ البهوتي، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، ج1، ص628.

⁴ جاء في بدائع الصنائع: "المنافع عند أصحابنا الثلاثة غير متقومة شرعاً 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 يباع فاسداً مضمون بقيمته بالغا ما بلغ لأن الضمان هناك بمقابلة العين، والأعيان متقومة بأنفسها فوجب كل قيمتها، وفي قول زفر - وبه أخذ الشافعي - هي متقومة بأنفسها بمنزلة الأعيان فكانت مضمونة بجميع قيمتها كالأعيان". الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص218 .

⁵ الزنجاني، تخريج الفروع على الأصول، ص225 .

⁶ العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج1، ص183 .

⁷ السرخسي، المبسوط، ج11، ص78-79 .

⁸ الغيتابي، البناءية شرح الهداية، ج12، ص201 .

⁹ ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ص243.



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

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، التي يجب فيها نقل الملكية، فهي قائمة على أساس العوض والمبادلة.

الفرع الأول: معنى المعاوضة لغة

المعاوضة لغة: العوض: مصدر عاض يعوض عوضاً²، تقول: هذا عياض لك، أي: عوض لك³، والعوض: البذل، وعضت فلاناً وأعضته وعوضته إذا أعطيته بدل ما ذهب منه⁴ وقال العسكري: "والعوض ما تعقب به الشيء على جهة المثامنة، تقول هذا الدرهم عوض من خاتمك وهذا الدينار عوض من ثوبك، والعوض هو البذل الذي ينتفع به"⁵. فالعوض لغة قائم على أساس مبادلة، ينتفع بها عادة، بحيث يكون هناك فائدة من البذل.

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 ملكيهما⁶. والمعاوضة فيها انتفاع كل من المتعاضين بما بذل له⁷، والمعاوضة يتضمنها النزول عن العوض والرضا بالمعوض⁸.

قال ابن رجب: "أما المعاوضة فتقع في العقود اللازمة ويملك فيها الطعام والكسوة كما يملك غيرهما من الأموال المعروض"⁹.

فمن خلال النظر إلى نصوص الفقهاء تبين أن المعاوضة بالمعنى العام موافقة للمعنى اللغوي لها من حيث الاستعمال والمعنى، فهي تعني المبادلة بين العوضين¹⁰، وتقوم على أساس إعطاء العوض وأخذ البذل في مقابله.

1الموصلی، الإختیار لتعلیل المختار، ج2، ص59؛ الشنقيطي، لوامع الدرر في هتک أستاذ المختصر، ج1، ص797؛ الشربيني،

مغني المحتاج، ج3، ص461؛ البهوتي، كشف القناع، ج4، ص13.

²ابن فارس، مجمل اللغة لابن فارس، ج6، ص637.

³الفراهيدي، كتاب العين، ج2، ص193.

⁴ابن منظور، لسان العرب، ج7، ص192.

⁵العسكري، الفروق اللغوية، ج1، ص237.

⁶ابن عابدين، رد المختار، ج4، ص576.

⁷القرافي، الفروق، ج3، ص3.

⁸الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، ج7، ص383.

⁹ابن رجب، القواعد لابن رجب، ص132.

¹⁰نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ص426.



ثانياً: المعنى الخاص: عقد يعطى كل طرف فيه نفس المقدار من المنفعة التي يعطيها الطرف الآخر¹, فهناك طرف يمتلك المال أو المنفعة, مقابل ما يأخذه الطرف الآخر مما يساويها - أي ما يصلح أن يكون بدلاً .
فعقود المعاوضات هي عقود مبنية على التراضي والمساواة والتملك للعوضين, خلافاً للتبرعات التي تقوم على أساس التبرع والرفق والمعونة دون مقابل².
وقد عرفها المعاصرون بأنها هي التي تقوم على أساس المبادلة بين المتعاقدين وتملك كل من الطرفين ما عند صاحبه³.
أما مصطفى الزرقا فجعل عقود المعاوضات تقوم على أساس إنشاء التزامات متقابلة بين العاقدين يأخذ فيها كل من الطرفين شيئاً, ويعطي مقابله شيئاً⁴.

الفرع الثالث: أقسام عقود المعاوضات

تقسم عقود المعاوضات إلى قسمين محضة وغير محضة⁵ :
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, كالإجارة⁶.
وهذان النوعان يطلق عليهما اسم المعاوضات المالية⁷.
- وعقود المعاوضات غير المحضة تقسم باعتبار نوع المبادلة إلى :
أولاً: مبادلة مال بما ليس مالاً 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, كالمهاياة⁸ في قسمة المنافع¹.

1 محمد رواس قلنجي- حامد صادق قنبي, معجم لغة الفقهاء, ص438.

2نزیه حماد, معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء, ص427 .

3 التركماني, ضوابط العقد في الفقه الإسلامي, ص268.

4الزرقا, المدخل الفقهي العام, ج1, ص640 .

5نزیه حماد, معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء, ص426 ؛ قذافي, العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي, ص28-29.

6بيك, المعاملات الشرعية المالية, ص81 ؛ بيك, العقود والخيارات والشروط, مجلة القانون والاقتصاد, السنة الرابعة, العدد 1 , ص678 ؛ بدران, تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود , ص487؛ التركماني , ضوابط العقد في الفقه الإسلامي, ص268 .

7الهاشمي, أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية, ص73.

8المهاياة في الدار ونحوها مقاسمة المنافع : وهي أن يتراضى الشريكان أن ينتفع هذا بهذا النصف المفروض وذاك بذلك النصف أو هذا بأكمله في كذا من الزمان وذاك بأكمله في كذا من الزمان بقدر مدة الأول وقد تهايا أي فعلا ذلك وهيايا فلان فلانا وأصله من قولك هيايته فتهيا أي أعدته فاستعد وهاء يهيء إذا تهايا وهيئة الشيء قريبة من هذا . النسفي, طلبه الطلبة, ص127.



وهذان النوعان يطلق عليهما إسم المعاوضات غير المالية².

الفصل الأول: أثر العرف في عقود المعاوضات المالية

سنتركلم 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.

المبحث الأول: تطبيقات العرف في الحقوق المعنوية

الحقوق المعنوية أو ما تعرف بالحقوق الفكرية³، هي الحقوق التي لا تكون في أصلها محسوسة للناظر كحقوق الملكية الأخرى أو الحقوق العينية، والتي تمثل بمجملها قيمة نتجت عن مهارة صاحبها في باب معين كتجارة أو اكتساب معرفة ما، أو التوصل لمسألة علمية لم يتوصل لها غيره قبله، أو نحو ذلك. وقد شرعت الدراسة في هذا الباب من الحقوق لما يعترئها من مواضع عديدة يمكن أن يكون القول الفصل فيها للعرف، حيث لم يرد فيها نص صريح في كتاب ولا سنة، إنما تخضع لأعراف الناس وما اعتادوا عليه في وقت ما بطبيعة 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 تأليفاً⁴، ومنها قوله تعالى: (وَأَلَفَ بَيْنَ قُلُوبِهِمْ لَوْ أَنْفَقْتَ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مَا أَلَفْتَ بَيْنَ قُلُوبِهِمْ وَلَكِنَّ اللَّهَ أَلَفَ بَيْنَهُمْ) (الأنفال 63) لأن القلوب المؤلفة في ما بينها مجتمعة على قلب واحد متناسقة فيما بينها بألفة ورحمة. هذا ولا يختلف المعنى الاصطلاحي 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 الاصطلاح 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 رسمياً⁵.

1 احمد ابراهيم بيك، العقود والخيارات والشروط، ص 678؛ ابو العنين، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، ص 487.؛ الهاشمي، أحكام تصرفات الوكيل، ص 73؛ التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ص 268.

2 الهاشمي، أحكام تصرفات الوكيل، ص 74.

3 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. الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ج 2، ص 6.

4 ابن منظور، لسان العرب، ج 9، ص 10-11؛ الكفوي، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، ص 288؛ العسكري، الفروق اللغوية، ص 145.

5 القضاة، حق التأليف، مفهومه وتكييفه والتعسف في استعماله في الفقه الإسلامي، الدراسات الإسلامية، العدد 1، ص: 58.



وعرفه الشهراني: بأنه إبداع العالم أو الكاتب ما يحصل في الضمير من الصور العلمية في كتاب ونحوه¹.

الفرع الثاني: التأصيل والتكليف 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 ﷺ: "إِذَا مَاتَ الْإِنْسَانُ انْقَطَعَ عَنْهُ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثَةٍ: إِلَّا مِنْ صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ، أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ"²، 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 الناس³.

أما من حيث التأصيل الفقهي لحق التأليف؛ فإن الفقهاء المعاصرين اختلفوا في تكيفه على ثلاثة أقوال: -القول الأول: انه حق عيني مقرر⁴، وهذا قول فتحي الدريني، ووهبة الزحيلي وعلي القرعة 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 المؤلف⁵.

-القول الثاني: ان حق التأليف حق مجرد، وهو قول أحمد الحجي الكردي⁶، والحق المجرد-الذي هو إصطلاح حنفي محض⁷-: ما كان غير مقرر في محله بمعنى أنه لا يترتب على تعلقه بمحله أثر قائم لا يزول إلا بالتنازل عنه بل مرجعه إلى رغبة مالكة ومشيتته دون أن يترتب على تركه والتنازل عنه تغير في حكم ذلك المحل كحق الشفعة فإنه في الحقيقة نوع من الولاية أعطيت للشفيع في أن يملك العقار بعد أن يملكه المشتري، وملكية المشتري لهذا العقار قبل التنازل عن الشفعة هي بعينها بعد التنازل عنها، وإذن فلا

¹ الشهراني، حقوق الاختراع والتأليف في الفقه الإسلامي، ص 83.

² مسلم، صحيح مسلم، كتاب الوصية، حديث رقم 1631، ج 3، ص 1255.

³ أبو زيد، فقه النوازل قضايا فقهية معاصرة، ج 2، ص 160؛ الزغول وعزام، الحقوق المالية للمؤلف: دراسة فقهية مقارنة، الدراسات الإسلامية، العدد 1، ص 5؛ الضمور، تراحم الحقوق على الابتكارات وأثرها في اعتبار الحق المالي في الفقه الإسلامي، الدراسات الإسلامية، المجلد العاشر، العدد 3، ص 348.

⁴ الحق المقرر: هو ما له تعلق بمحله تعلق إستمرار، ولا يتصور إنفراده عن محله، ومثاله حق القصاص فهو حق مقرر، إستعماله أو إسقاطه يحدث أثراً في المحل، فالمقتص منه يكون مهدور الدم -بالنسبة لأولياء المقتول- إذا ثبت الحق، ويصبح معصوم الدم إذا أسقط الحق. حبيلي، الحقوق المجردة في الفقه المالي الإسلامي، ص 16.

⁵ الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ص 29؛ الزغول وعزام، الحقوق المالية للمؤلف: دراسة فقهية مقارنة، ص 7.

⁶ الحقوق المالية للمؤلف: دراسة فقهية مقارنة، ص 7.

⁷ محمد القضاة، حق التأليف، ص 60؛ حليبي، الحقوق المجردة في الفقه المالي الإسلامي، ص 22.



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 الحقلين السابقين وذهب إلى هذا القول مصطفى الزرقا¹ ومحمد شبلي².

الفرع الثالث: الاعتياض عن حق التأليف

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 الأبدي 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 الأول: و ذهبوا إلى أن حق التأليف لا يعد حقاً 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 النبهاني³ .

واستدلوا على ذلك⁴ :

1. اعتبار حق التأليف حقاً مالياً يؤدي إلى حبس المؤلف لمصنفه 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 سِئِلَ عَنْ عِلْمٍ عَلِمَهُ ثُمَّ كَتَمَهُ أَجَمَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ بِلَجَامٍ مِنْ نَارٍ"⁵ ووجه الدلالة في الحديث: أن حبس الكتب عن مطالعتها للانتفاع بها داخل في الوعيد المذكور في الحديث.

¹ الزرقا، المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ص31 .

² شبير، لمعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص37 ؛ الزغول وعزام، الحقوق المالية للمؤلف: دراسة فقهية مقارنة، ص7.

³ أبو زيد، فقه النوازل قضايا فقهية معاصرة، ج2، ص170-182؛ القضاة، حق التأليف، مفهومه وتكييفه والتعسف في استعماله في الفقه الإسلامي، ص61؛ حليبي، الحقوق المجردة في الفقه المالي الإسلامي، ص151؛ شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص43؛ الزغول وعزام، الحقوق المالية للمؤلف دراسة فقهية مقارنة، ص9 .

⁴ أبو زيد، فقه النوازل قضايا فقهية معاصرة، ج2، ص182-183؛ القضاة، حق التأليف، مفهومه وتكييفه والتعسف في استعماله في الفقه الإسلامي، ص61 ؛ حليبي، الحقوق المجردة في الفقه المالي الإسلامي، ص151-153؛ شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص43-44؛ الزغول وعزام ، الحقوق المالية للمؤلف :دراسة فقهية مقارنة، ص9-10.

⁵ أبو داود، سنن أبي داود، ج3، ص3658، حديث حسن صحيح. الألباني، صحيح وضعيف سنن أبي داود، ج3658، ص1، ج2.



2. العلم يعد قرينة وطاعة وليس من قبيل التجارة أو الصناعة، والقربات لا يجوز الحصول فيها على أجر مالي في أدائها، وعلى العالم أن ينصرف لعلمه تحصيلاً وتدريباً دون عوض وعلى الأمة بعد ذلك أن تكفي أمور معيشتها.

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، فلمؤلف أخذ العوض نظير إسقاط حقه في نشر الكتاب سواء بالتنازل المؤقت أو التنازل الأبدى، وهو قول أكثر الباحثين في المسألة ومنهم الشيخ علي الندوي، والشيخ محمد تقي العثماني، والاستاذ محمد برهان الدين السنبهلي، والشيخ بكر أبو زيد، والدكتور فتحي الدريني، والدكتور محمد سعيد البوطي¹، وهو ما اعتمدته مجمع الفقه الاسلامي².

واستدلوا على ذلك³:

1. أن المنافع تعتبر أموالاً عند جمهور الفقهاء سوى الحنفية، والإنتاج الذهني يمثل منفعة من منافع الإنسان، وحق التأليف اختصاص بمنفعة تعلقت بعين مالية فكانت مالاً 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، والتقوم يثبت بها وبإباحة الانتفاع بها شرعاً، ومعلوم أن العرف العام يعد مصدراً من مصادر التشريع الإسلامي ما لم يصادم نصاً شرعياً، أو مقصد أو أصل عام.
3. عملاً بقاعدة "الغنم بالغرم" وقاعدة "الخارج بالضمن"⁴ فكما أن المؤلف مسؤول عما يكتبه في الدارين، فكذلك يكون له الحق فيما أبدعه وابتكره بما يخرج منه من عوض مالي.
4. إعتبار الحق المالي للمؤلف فيه نفع ظاهر للأمة، وذلك لكونه حافزاً قوياً يدفع بأهل الفكر والإبداع إلى إبداء ما توصلوا إليه من نتائج ومعارف تفيد الأمة، وعدم إعتباره فيه انقطاع للعلماء عن التأليف، وهو مال ممنوع شرعاً.
5. الإبداع الذهني أصل للوسائل المادية من طيارة وسيارة ومذياع، وغير ذلك مما له صفة المادية فمن باب أولى اعتبار الأصل له صفة المادية.

¹ الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، ص 584؛ الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ص 30؛ القضاة، حق التأليف، مفهومه وتكييفه والتعسف في استعماله في الفقه الإسلامي، ص 61؛ حليبي، الحقوق المجردة في الفقه المالي الإسلامي، ص 151؛ الزغول وعزام، الحقوق المالية للمؤلف: دراسة فقهية مقارنة، ص 7؛ شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص 44.

² 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". الدورة الخامسة، العدد الخامس، ج 3، ص 2267.

³ الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، ص 581-583؛ أبو زيد، فقه النوازل قضايا فقهية معاصرة، ص 170-181؛ القضاة، حق التأليف، مفهومه وتكييفه والتعسف في استعماله في الفقه الإسلامي، ص 62؛ الزغول وعزام، الحقوق المالية للمؤلف: دراسة فقهية مقارنة، ص 7-9؛ شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص 44-47؛ حليبي، الحقوق المجردة في الفقه المالي الإسلامي، ص 153-155؛ حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المواد 85، 87، ج 1، ص 88.

⁴ أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 429، 437.



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 الأبدى 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 مباحاً¹, 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 حياتهم² 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 الاستثناء 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 .

-ثانياً: كما أن الحنفية أفتوا بجواز بيع كل ما له منفعة كالسماد الطبيعي(السرجين النجس) وهوام الأرض وبعض النجاسات النافعة³, 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 للاستغلال⁴. ومعلوم أن المؤلف يعد كتابه علاوة على نشر العلم للاستثمار والاستغلال فحينما يتفق المؤلف مع الطابع أو دار النشر يقصد باتفاقه؛ استثمار مؤلفه من خلال الاحتفاظ بحقه في ريع طبعات الكتاب .

- رابعاً: أفتى متأخرو المذاهب الفقهية بجواز أخذ الأجرة على الطاعات⁵ 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 استمرار 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 اعتبار 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

¹المواق المالكي, التاج والإكليل شرح مختصر خليل, ج6, ص480؛ الشربيني, مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج, ج2, ص322 ؛ البهوتي , كشف القناع عن متن الإقناع, ج6, ص373.

²السرخسي, المبسوط, ج11, ص78-79 .

³الغيتابي, البناية شرح الهداية, ج12, ص201 .

⁴ابن نجيم, الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان, ص243.

⁵الموصللي, الإختيار لتعليق المختار, ج2, ص59 ؛ الشنقيطي, لوامع الدرر في هتك أستار المختصر, ج1, ص797 ؛ الشربيني, مغني المحتاج, ج3, ص461 ؛ البهوتي, كشف القناع, ج4, ص13 .



أما من حيث دور العرف في حق التأليف؛ فإن طبيعة هذا الحق يعترضه بلا شك جميع أشكال العادات، كما أن للعرف فيه تأثيرٌ ظاهر، فإن ما تعارف عليه 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 قريب 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"¹، والعرف العام يعد مصدراً من مصادر التشريع² 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 به³.

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 مستساغاً، ومالية الشيء تثبت بالعرف والعادة؛ فما اعتاده الناس ذات نفع وقيمة أصبح متمولاً وله قيمة إذا كان الانتفاع به مباحاً، وقد أقرَّ علماء الشريعة هذا الحق على خلاف بينهم، إلا أن القول بإباحة ذلك هو الأقرب كونه لا يُصادم نصّاً شرعياً ولا يخالف أصلاً من أصول الدين، وعليه فيكون العمل بالعرف في هذا الباب جائزاً شرعاً، وينطبق على سائر الحقوق المتعلقة بحق التأليف ما ينطبق على الحق المالي ما دامت لا تخالف نصوص الشريعة ولا تؤدي إلى إلحاق الضرر بالآخرين⁴.

المطلب الثاني: العرف وحق براءة الاختراع

ما يرد على حق التأليف ينطبق بغالبه على حق براءة الاختراع لتشابههما في الفكرة والمضمون، مع خلافٍ جزئي بسيط 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.

الفرع الأول: معنى براءة الاختراع

قبل أن نعرف براءة الاختراع كمركب إضافي، لا بد أن نعرف معنى كل من البراءة والاختراع.

¹ السبكي، الإبهاج في شرح المنهاج، ج1، ص365.

² الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ج1، ص323.

³ الشهراني، حقوق الاختراع والتأليف في الفقه الإسلامي، ص: 313.

⁴ القضاة، حق التأليف مفهومه وتكييفه والتعسف في استعماله، ص: 61.



-البراءة لغة: من برأ، وتأتي بمعنى الخلق، ومنه قوله تعالى: (فَتَوْبُوا إِلَىٰ بَارِئِكُمْ) (البقرة 54) 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 والمزايلة¹.
-الاختراع لغة: يأتي بمعنى الشق والإبداع والإنشاء، فالاختراع إبداع شيء لم يكن موجود قبل ذلك²؛ بمعنى أن المخترع أو صاحب الاختراع يقوم بتحويل ما في ذهنه من الأفكار والتصورات إلى شيء مادي ملموس يتمثل بألة أو جهاز لم يسبقه إليها أحد .

-ومعنى براءة الاختراع اصطلاحاً: ما يثبت للمبتكر من سلطة على ما ابتكره بحيث يتمكن من نسب ذلك الاختراع لنفسه، ويمكنه كذلك أن يحتكر منفعة اختراعه معنوياً ومادياً، ويمكن له بيع اختراعه والتصرف به³.

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 الاختراع المعين فيها وإعماله والتنازل عنه بالبيع واستيراده⁴.

الفرع الثاني: التأصيل الشرعي لحق براءة الاختراع

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 وإسائة 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 العُرف وغير النافعة لا تصلح للبحث⁵.

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 سابقٌ 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.

1الكفوي، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، ص251؛ الرازي، مختار الصحاح، ص31؛ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج1، ص236؛ ابن منظور، لسان العرب، ج1، ص31.

2ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج2، ص171؛ الرازي، مختار الصحاح، ص89، الكفوي، الكليات، ص29.

3الشهراني، حقوق الاختراع والتأليف في الفقه الإسلامي، ص: 76.

4شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص50.

5الشهراني، حقوق الاختراع والتأليف في الفقه الإسلامي، 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 منشور أو مؤلف 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 المادي¹.

كما يظهر دور العرف والعادة في براءة الاختراع؛ يكون 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 حرفاً أو تجمع أعراف خاصة بهم، فكما أن للفقهاء أعرافهم الخاصة فإن للأدباء أعرافهم وللجزارين أعرافهم ولأهل الحداة 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 تركيب لفظي من اسم وتجارى فسنبين معناهما ثم معنى الاسم التجاري كمركب لفظي .
- الاسم: ما يعرف به الشيء ويستدل به عليه، وهو ما دل على معنى في نفسه غير مقترن بزمن كرجل وفرس².

- التجاري: نسبة للتجارة، وهو من تجر يتجر تجراً وهو البيع والشراء³، والتاجر هو الذي يبيع ويشترى وأرض متجرة أي يتجر فيها وإليها⁴.

- والاسم التجاري: التسمية التي يستخدمها التاجر كعلامة مميزة لمشروعه التجاري عن نظائره، ليعرف المتعاملون معه نوعاً خاصاً من السلع وحسن المعاملة والخدمة⁵.

والعلامة التجارية هي كإشارة مميزة تستخدم لتمييز البضائع للدلالة على مصدرها أو نوعها أو مرتبتها، أو ضمانها أو طريقة تحضيرها⁶.

الفرع الثاني: التأصيل الشرعي لحق براءة الاسم التجاري

1 الشهرانى، حقوق الاختراع والتأليف في الفقه الإسلامى، ص 318-321 .

2 مجمع اللغة، المعجم الوسيط، ص 452 .

3 ابن منظور، لسان العرب، ج 4، ص 89 .

4 الفيروز آبادى، القاموس المحيط، ص 256 .

5 شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامى، ص 53 .

6 النشمى، الحقوق المعنوية (بيع الاسم التجارى في الفقه الإسلامى)، مجلة الشريعة والدراسات، العدد (13)، ص 287.



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 غير ذلك مما يُرضي الزبائن والعملاء ويُقنعهم بالمنتج الذي تسوقه الشركة أو المنشأة أو الفرد¹.

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 لأصحابها².

ويمثل الاسم التجاري قيمة مالية معتبرة يتمول الناس بها، وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً فلا يجوز الاعتداء عليها أو استغلالها إلا بعد الموافقة من أصحابها، ويكون لصاحبها الحرية المطلقة في استخدامها ضمن إطار الشريعة كغيره من أملاكه وأمواله³.

وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي كذلك أنه يجوز التصرف في الاسم التجاري أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية من قبل صاحبها ونقل أي منها بعوض مالي إذا انتفى الغرر والتدليس والغش باعتبار أن ذلك أصبح حقاً مالياً عملاً بالعرف⁴.

وعليه يكون الاسم التجاري من الحقوق الثابتة بالعرف، فلو لا 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 زمان ومكان 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 إن التجار قد تعارفوا على هذا الحق ضمن طبيعة وكيفية 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 السابق بالاسم

¹ شبيب، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص 53-54.

² 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". ج 3، الدورة الخامسة، العدد الخامس، 1988م، ص 2267.

³ السالوس، فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، ص 876. نقلاً عن قرارات مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بالكويت عام 1988م.

⁴ السالوس، فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، ص 876.



التجاري تسجيلاً لدى الجهات الرسمية، فإن تنازع تاجران على اسم تجاري مشترك 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
 - 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 حقه العرف في المبيع لحق به وما أخرجه من المبيع خرج عنه كدخول الشجر عرفاً في بيع الأرض .
 - جواز بيع المعاطاة لجريان عادة الناس على البيع بها دون التلفظ بالإيجاب 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.
- 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.
 - الاسم 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



- أحمد بن حنبل , أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (ت: 241هـ), مسند الإمام أحمد بن حنبل, ح 3600, ط 1, الناشر: مؤسسة الرسالة, 2001.
- أحمد فهمي أبو سنه , العرف والعادة في رأي الفقهاء , ب:ط , الناشر: مطبعة الأزهر, 1947م .
- الهام عبدالله عبدالرحمن باجنيد, أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام الأسرة , (رسالة ماجستير – جامعة أم القرى), 2003 .
- أحمد إبراهيم بيك , المعاملات الشرعية المالية , ب:ط , ب:ن, 1936م .
- أحمد إبراهيم بيك , العقود والخيارات والشروط , مجلة القانون والاقتصاد جامعة القاهرة , السنة الرابعة , العدد 1, 1934م.
- أحمد بن الشيخ محمد الزرقا (ت: 1357هـ) , شرح القواعد الفقهية , ط 2, الناشر: دار القلم- دمشق, 1989 .
- أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي أبو العباس الفيومي, (ت: 770 هـ) , المصباح المنير , ب:ط, الناشر: المكتبة العلمية – بيروت, ب:ت .
- أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني , أبو الحسين ابن فارس (ت: 395هـ), مجمل اللغة لابن فارس, ط 2, دار النشر: مؤسسة الرسالة – بيروت, 1986.
- أسماء عبدالله موسى , العرف حجته وأثاره الفقهية , جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية , المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب المجلد 21, العدد: 41, 1427هـ .
- أحمد بن علي أبو بكر الرازي, الجصاص الحنفي (ت: 370هـ), أحكام القرآن, ط 1, الناشر: دار الكتب العلمية بيروت – لبنان, 1994م.
- بكر بن عبدالله أبو زيد , فقه النوازل : قضايا فقهية معاصرة , ط 1, الناشر: مؤسسة الرسالة – بيروت, 1996م .
- 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 .
- 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.
- أبو البقاء الحنفي , أيوب بن موسى الحسيني القريني الكفوي (ت: 1094هـ) الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية, ب:ط, الناشر: مؤسسة الرسالة – بيروت, ب:ت.



- تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم 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.
- تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي، السبكي (ت: 756)، الإبهاج في شرح المنهاج، ب: ط، الناشر: دار الكتب العلمية-بيروت، 1416هـ.
- جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد، الزيلعي (ت: 762هـ)، نصب الراية لأحاديث الهداية، ط1، الناشر: مؤسسة الريان للطباعة والنشر - بيروت - لبنان، 1997م.
- أبو جعفر الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، الطبري (ت: 310هـ)، جامع البيان في تأويل القرآن، ط1، الناشر: مؤسسة الرسالة، 2000م.
- أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي، اللآمدي (ت: 631هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، ب: ط، الناشر: المكتبة الإسلامية، بيروت- دمشق- لبنان، ب: ت.
- 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.
- أبو حامد محمد بن محمد الطوسي، الغزالي (ت: 505هـ)، المستصفى، ط1، الناشر: دار الكتب العلمية، 1993.
- أبو الحسين، أحمد بن فارس بن زكرياء القرويني الرازي، ابن فارس (ت: 395هـ)، معجم مقاييس اللغة، ب: ط، الناشر: دار الفكر، 1979م.
- 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، ط1، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1999م.
- أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيتمي، الهيتمي (ت: 807هـ)، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، ب: ط، الناشر: مكتبة القدسي، القاهرة، ب: ت.
- حسين بن معلوي الشهراني، حقوق الاختراع والتأليف في الفقه الإسلامي، ط1، الناشر: دار طيبة للنشر والتوزيع-الرياض، 2004م.
- رشدي عليان، الإجماع في الشريعة الإسلامية، ط10، العدد الأول، الناشر: الجامعة الإسلامية، 1977م.
44. زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامي، البغدادي ابن رجب الحنبلي (ت: 795هـ)، تقرير القواعد وتحرير الفوائد (قواعد ابن رجب)، ط1، الناشر: دار ابن عفان للنشر والتوزيع- المملكة العربية السعودية، ب: ت.



- 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.
- زين الدين أبو يحيى السنيكي، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، السنيكي (ت: 926 هـ)، الحدود الأنيفة والتعريفات الدقيقة، ط 1، الناشر: دار الفكر المعاصر – بيروت، 1411 .
- زين الدين بن إبراهيم بن محمد، ابن نجيم (ت: 970 هـ)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط 1، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت-لبنان، 1999م.
- أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، النووي (ت: 676 هـ) ، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج ، ط 2، الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت، 1392 هـ .
- سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي أبي داود (ت: 275 هـ) ، سنن أبي داود ، ب: ط، الناشر: المكتبة العصرية صيدا-بيروت، ب: ت .
- سعد الدين مسعود بن عمر، التفتازاني (ت: 793 هـ)، 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 .
- 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 ، 2013 م .
- سلطان بن ابراهيم بن سلطان الهاشمي ، أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية ، ط 1، الناشر: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، 2002 .
- السيد صالح عوض ، أثر العرف في التشريع الإسلامي، ب: ط، الناشر : دار الكتاب الجامعي – القاهرة، ب: ت .
- شمس الدين محمد بن محمد ويقال له ابن الموقت الحنفي ابن أمير حاج (ت: 879 هـ)، التقرير والتحبير، ط 2، الناشر: دار الكتب العلمية، 1983 .
- شمس الدين، محمد بن أحمد الشافعي (ت: 977 هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط 1، الناشر: دار الكتب العلمية، 1994.
- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين، الرمل (ت: 1004 هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ب: ط، الناشر: دار الفكر، بيروت، 1984 م .



- 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.
- شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي، أبو العباس، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ط1، الناشر: دار الكتب العلمية- بيروت، 1985.
- 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 – حلب، 1412هـ.
- أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري، ابن البيع (ت: 4025هـ)، المستدرک على الصحيحين، ط1، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، 1990.
- عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي، فخر الدين الرازي (ت: 606هـ)، مفاتيح الغيب، ط2، الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت، 1420هـ.
- أبو عثمان بن علي بن محجن البارع، فخر الدين، الزيلعي الحنفي (ت: 743هـ)، شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشَّيْبِيُّ (ت: 1021هـ)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشَّيْبِيِّ، ط1، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، 1313هـ.
- أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر، الزركشي (ت: 794هـ)، المنثور في القواعد الفقهية، ط2، الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية، 1985م.
- أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر، الزركشي (ت: 794هـ)، البحر المحيط في أصول الفقه، ط1، الناشر: دار الكتب، 1994م.
- عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (ت: 911هـ)، الأشباه والنظائر، ط1، الناشر: دار الكتب العلمية، 1990.
- عز ابن عبد السلام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء (ت: 660هـ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ب:ط، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية – القاهرة، 1991.
- أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم البصري، الفراهيدي (ت: 170هـ)، كتاب العين، ب:ط، الناشر: دار ومكتبة الهلال، ب:ت.
- أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، القرافي (ت: 684هـ)، شرح تنقيح الفصول، ط1، الناشر: شركة الطباعة الفنية المتحدة، 1973م.



- علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، الكاساني (ت587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، الناشر: دار الكتب العلمية، 1986م.
- عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل، أبو حفص نجم الدين النسفي (ت: 537هـ)، طلبية الطلبة ب: ط، الناشر: المطبعة العامرة، مكتبة المثنى- بغداد، ب: ت .
- علي أحمد السالوس، فقه البيع والإستيثاق والتطبيق المعاصر، ط1، الناشر: دار الثقافة – الدوحة، 2009 .
- علي حيدر، (الرئيس الأول لمحكمة التمييز العثمانية)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ب: ط، الناشر دار عالم الكتب الرياض، ب: ت .
- عدنان خالد التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ط1، الناشر: دار الشروق للنشر والتوزيع والطباعة- جدة، 1981م.
- عجيل النشمي، الحقوق المعنوية (بيع الاسم التجاري في الفقه الإسلامي)، بحث في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية-جامعة الكويت، السنة السادسة، (العدد13، 1409هـ).
- فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ط2، الناشر، مؤسسة الرسالة – بيروت، 2008م .
- أبو القاسم الحسين بن محمد بن معروف، الراغب الأصفهاني (ت502هـ) (المفردات في غريب القرآن، ط1، الناشر دار القلم، دار الشامية – دمشق بيروت، 1412هـ .
- أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري (ت538هـ)، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، ط2، الناشر: دار الكتاب العربي – بيروت، 1407هـ.
- أبو القاسم قاسم بن عبد الله الأنصاري، ابن الشاط (ت723هـ)، إدرار الشروق على أنوار الفروق، مطبوع مع الفروق للقرافي، ب: ط، الناشر: عالم الكتب، ب: ت .
- القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر المعافري الاشبيلي، ابن العربي (ت543هـ) أحكام القرآن، ط3، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 2003 .
- قذافي عزات الغنائيم، العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، ط1، الناشر: دار النفائس-عمان، 2008.
- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، المعروف بابن الهمام (ت861هـ)، فتح القدير، ب: ط، الناشر: دار الفكر، ب: ت.
119. منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس، البهوتى الحنبلى (ت: 1051هـ)، كشف 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: 786هـ)، العناية شرح الهداية، ب: ط، الناشر: دار الفكر، ب: ت .
- محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي البخاري (ت: 256هـ)، صحيح البخاري، ط1، الناشر: دار طوق النجاة، 1422هـ.
- محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، التويجري موسوعة الفقه الإسلامي، ط1، الناشر: بيت الأفكار الدولية، 2009.
- محمد بن أحمد بن عرفة المالكي، الدسوقي (ت: 1230 هـ) ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ب ط، الناشر: دار الفكر، ب: ت.
- محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني أبو الفيض، الزبيدي (ت: 1205 هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، الناشر: دار الهداية، ب: ت .
- محمد أمين بن محمود البخاري، أمير بادشاه الحنفي (ت: 972هـ) تيسير التحرير، ب: ط، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، 1983 م .
- محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة، السرخسي (ت: 483هـ)، المبسوط، ب: ط، الناشر: دار المعرفة – بيروت، 1993.
- محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة، السرخسي (ت: 483هـ)، أصول السرخسي، ب: ط، الناشر: دار المعرفة – بيروت، ب: ت.
- محمد بن إدريس الشافعي، الشافعي (ت: 204هـ)، تفسير الإمام الشافعي، ط1، الناشر: دار التدمرية - المملكة العربية السعودية، 2006 .
- محمد أمين أفندي الشهير بابن عابدين، (ت: 1252هـ)، مجموعة رسائل ابن عابدين (نشر العرف في بناء الأحكام على العرف) ب: ط، ب: ن، ب: ت .
- محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، ابن عابدين (ت: 1252هـ)، رد المحتار على الدر المختار، ط2، الناشر: دار الفكر-بيروت، 1992م.
- 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.
- محمد بن مكرم بن علي جمال الدين الأنصاري الرويفعي الإفريقي، ابن منظور (ت: 711هـ)، لسان العرب ، ط3، الناشر: دار صادر – بيروت، 1414هـ.



- أبو المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد, المروزي (ت489هـ), قواطع الأدلة في الأصول, ط1, الناشر: دار الكتب العلمية, بيروت, لبنان, 1999م.
- 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.
- مصطفى أحمد الزرقا, المدخل الفقهي العام, ط2, الناشر: دار الأرقم - دمشق, 2004.
- محمد علي الزغول و حمد فخري عزام, الحقوق المالية للمؤلف, بحث منشور: في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية, (العدد 3, 2014م).
- محمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي, لوامع الدرر في هتك أستار المحض, ط1, الناشر: دار الرضوان - موريتانيا, 2005م.
- منصور عبد اللطيف منصور, القبض وأثره في العقود, جامعة النجاح الوطنية, كلية الشريعة, رسالة ماجستير, 2000.
- محمد احمد القضاة, حق التأليف مفهومه وتكييفه والتعسف في استعماله في الفقه الإسلامي, بحث منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية, (العدد 1, 2014م).
- محمد أبو زهرة, أصول الفقه (ت1974م), ب:ط, الناشر: دار الفكر العربي, ب:ت.
- محمد أبو زهرة (ت 1974م), الملكية ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ب:ط, الناشر: دار الفكر العربي - القاهرة, ب:ت.
- محمد رواس قلعجي - حامد صادق قنبي, معجم لغة الفقهاء, ط2, الناشر: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع, 1988م.
- نزيه حماد, معجم المصطلحات المالية والإقتصادية في لغة الفقهاء, ط1, الناشر: دار القلم - دمشق, 2008.
- 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.
- وهبة الزحيلي, الوجيز في اصول الفقه, ط2, دار الفكر المعاصر - بيروت, 1995.