

The Impact of Custom on Defining the Essence of Possession and its Applications in Banking Institution Transactions

أثر العرف في تحقيق ماهية القبض وتطبيقاته في معاملات المؤسسات المصرفية

Mohammed Al-Tarira^{*1}

¹Applied Science Private University, Amman, Jordan.

ARTICLE INFO

Article history:
Received 02 Jul 20220
Accepted 02 Sep 2020
Published 01 Oct 2021

*Corresponding author:
Applied Science Private University, Amman, Jordan.
Email: m_tarira@asu.edu.jo.

Abstract

This research is divided into three main sections. The first section addresses the concept of custom, its authority, and the conditions necessary for its recognition. The second section explores the concept of possession, its methods, and its effects on contracts. The third section examines the impact of custom on defining the essence of possession and its applications in the transactions of Islamic banking institutions. The study aims to investigate how the concept of possession is constructed based on prevailing customs and to apply this understanding to various practices conducted by Islamic banking institutions. This includes verifying the presence of relevant customs and confirming the occurrence of possession and its legal implications in accordance with those customs. The research concludes that there are transactions in which possession is valid and established through recognized customs, with their legal effects accordingly fulfilled. However, some transactions require further juristic and academic scrutiny aligned with established legal principles and should be reviewed by the Sharia supervisory boards overseeing these institutions. The study includes a conclusion and indexes to facilitate access to its contents, seeking Allah's acceptance and guidance.

Keywords: Possession, Custom, Financial Transactions, Jurisprudence, Principles of Islamic Jurisprudence.

المخلص

تكلمت الدراسة عن مباحث ثلاثة عن مفهوم العرف وحجتيه وشروط اعتباره، ثم عن مفهوم القبض وكيفية وأثره في العقود، ثم في مبحث ثالث عن أثر العرف في تحقيق ماهية القبض وتطبيقاته في معاملات المؤسسات المصرفية. وتهدف الدراسة إلى تحقيق مسألة بناء القبض على العرف، وتنزيل ذلك على عدد من التطبيقات التي تجربها المؤسسات المصرفية الإسلامية، للتحقق من وجود عرف في المسألة، ثم التأكد من حصول القبض وثمرته وفقاً لهذا العرف. وقد خلصت الدراسة إلى أن ثمة معاملات يصح فيها القبض وقد قام العرف على تمامه ووجود آثاره، وثمة معاملات تحتاج إلى ضبط فقهي وعلمي أقرب إلى القواعد المرعية، وتحتاج إلى مراجعة من اللجان الشرعية القائمة على هذه المؤسسات. وقد ضمنت الدراسة خاتمة وفهارس توصل للمطلوب، سائلاً الله تعالى القبول والساد.

١. المقدمة

١،١ الإطار النظري والدراسات السابقة

تميزت شريعة رب العالمين بأنها جاءت مُصلحة للزمان والمكان، وأنها جاءت بعقائد وأحكام وأخلاق تهدف إلى ذلك، وأن أحكامها نطّمت للعبد كل ما يحتاجه في علاقته مع الخالق والكون والإنسان. وقد جاء في تنظيم علاقة الناس ببعضها أحكامٌ شرعيةٌ ممتدة في أبواب الفقه والدين، كأبواب النكاح والقضاء والشهادات والعقوبات والسير والمغازي وغير ذلك.

ومن الأبواب التي استطردت الشريعة في بيان أصولها والكثير من فروعها، واستطرد أهل العلم في تفصيل أحكامها وصورها وتطبيقاتها باب المعاملات المالية، وهو باب له تعلق بنظام الأمة الاقتصادي، وحوى خصائص لا نجدها في غيره، وتميّز برعايته لمصالح العباد في العاجل والآجل، وأظهر قدرة الشريعة على بيانها لأحكام المعاملات المستجدة، والمرونة في التعامل معها بما يحقق المرجو منها. ومن الأحكام التي اعتنت بها نصوص الوحي في ذلك أحكام البيوع التي بينت الشريعة شروط المتعاقدين فيها، وشروط صيغة البيع والمبيع، ومبطلات ذلك ومفسداته، وجميع ما يحتاجه المكلفون لإصلاح معاشهم وأحوالهم. جاء هذا الدراسة ليعالج مسألة علمية لها تعلق بالبيع والشراء وغيرهما، وهي مسألة قبض المبيع وخروجه من ضمان البائع إلى ضمان المشتري، وفي فقها أجمع أهل العلم على رعاية العرف فيها إذا لم يرد لها ضابط في الشرع أو في اللغة.

هنا في هذا الدراسة الذي وسمته بـ "أثر العرف في تحقيق ماهية القبض وتطبيقاته في معاملات المؤسسات المصرفية" أحاول ضبط مفهوم العرف وما يتعلق به من أصول ومسائل، ثم بيان القبض وأنواعه وما يتحقق به في كلام أهل العلم، ثم اخترت خمس مسائل مستجدة في زماننا لمعرفة صلاحية العرف فيها في تحديد القبض الحاصل فيها.

أما فيما يتعلق بالدراسات السابقة في الموضوع فهي لا تخلو من اتجاهين اثنين:

الأول: يبين الأحكام العامة للقبض وما يتحقق به، ويذكر بناءه على العرف دون استطراد في ذلك أو بيان التطبيقات العملية في المعاملات المعاصرة، وسأرجع إلى عدد منها في حديثي عن القبض.

والثاني: اتجه يذكر أحكام المعاملات المستجدة عن طريق مفهومها وبيان اختلاف العلماء فيها ومناقشة أقوالهم وردودهم وصولاً إلى القول بالراجح، وقد يأتي في كلامه تعريض بمسألتنا هنا دون استطراد فيها أو مزيد تحقيق.

ولذلك راعيت في بحثي هنا في المبحث الثالث خصوصاً ترك الاستطراد في بيان الحكم الشرعي لهذه التطبيقات، وإنما اقتصر على ذكر ما يتعلق بمسألة بناء القبض على العرف وصحة ما يحصل من تطبيقات عليه، وسأشير إلى ذلك في محله بعون الله.

٢. الطريقة والإجراءات

٢،١ منهجية الدراسة

تقوم هذه الدراسة على المنهج العلمي القائم على الاستقراء والتحليل، وتتبع ما في النصوص الشرعية وأقوال العلماء والتطبيقات المعاصرة للوصول إلى غاية الدراسة وثمرته، وذلك من خلال الآتي: -

- عنيت ببيان المصطلحات والمفاهيم، وبيان مقاصد عدد من الأحكام التي جاءت في الشريعة مما له تعلق بمسألتنا.
- بيان أقوال العلماء وما وصلت إليه قرارات المؤتمرات الدولية في مسألتنا.
- نسبة الآيات القرآنية إلى مواضعها من السور، وتخريج الأحاديث والآثار من مظانها؛ مكتفياً بتخريجه من الصحيحين إذا كان وارداً فيهما أو في أحدهما، وإلا فمن كتب السنن ومسنند أحمد مع بيان درجته، وإلا فمن باقي كتب الحديث مع الحكم عليه صحة وضعاً.

- توثيق المعلومة من أصلها وفقاً لشروط المجلة، مراعيًا ذكر جميع المعلومات حول المراجع في فهرس المراجع المرتب على الحروف.

٣. خطة الدراسة

- خطة الدراسة ومنهجيته والدراسات السابقة
- المبحث الأول: مفهوم العرف وحجيته وشروط اعتباره.
- المطلب الأول: مفهوم العرف لغة واصطلاحًا.
- المطلب الثاني: حجية العرف وشروط اعتباره.
- المطلب الثالث: أقسام العرف
- المبحث الثاني: مفهوم القبض وكيفيته وأثره في العقود.
- المطلب الأول: مفهوم القبض لغة واصطلاحًا.
- المطلب الثاني: ما يتحقق به القبض.
- المطلب الثالث: أثر القبض في أحكام المعاملات.
- المبحث الثالث: أثر العرف في تحقيق ماهية القبض وتطبيقاته في معاملات المؤسسات المصرفية.
- المطلب الأول: بطاقة الائتمان.
- المطلب الثاني: الشيك.
- المطلب الثالث: عقود التوريد.
- المطلب الرابع: التورق المصرفي.
- المطلب الخامس: المراجعة
- المبحث الأول: مفهوم العرف وحجيته وشروط اعتباره.
- أعرض في هذا المبحث مفهوم العرف لغة واصطلاحًا، وأذكر مكانته في منظومة التشريع، ثم شروط اعتباره عند أهل العلم والصناعة، وذلك في ثلاثة مطالب:
- المطلب الأول: مفهوم العرف لغة واصطلاحًا.
- وفيه فرعان:
- الفرع الأول: مفهوم العرف لغة
- العرف، والعارفة، والمعروف: واحدٌ، ضدّ النكر. (ابن منظور، ١٤١٤؛ الجوهري، ١٩٨٧) وهو ما تعرفه النفس من الخير وتبساً به وتطمئن إليه (ابن منظور، ١٤١٤؛ الأزهري، ٢٠٠١). والجمع عُرْفٌ وأعرافٌ (الجوهري، ١٩٨٧)
- والعرف عرف الفرس، وقوله تعالى: "والمرسلات عرفاً" (المرسلات: ١) يُقال: هو مستعار من عرف الفرس، أي: يتتابعون كعرف الفرس (الجوهري، ١٩٨٧؛ الأزهري؛ الكفوي، د.ت). يُقال: طار القطا عرفاً، أي: بعضها خلف بعض. وجاء القوم عرفاً عرفاً (الزبيدي، د.ت؛ الفيروز آبادي، ٢٠٠٥).
- والعرف: موج البحر (الزّيّات وآخرون، د.ت؛ الفيروز آبادي، ٢٠٠٥). وعرف الأرض: ما ارتفع منها ابن منظور (١٤١٤).
- والعرف: الاسم من الاعتراف، ومنه قولهم: له عليّ ألفٌ عرفاً، أي: اعترافاً (الجوهري، ١٩٨٧؛ الفيروز آبادي، ٢٠٠٥).

ويُطلق لغةً كذلك على ما تعارف عليه الناس في معاملاتهم وعاداتهم (الرّيات وآخرون، د.ت). ومن تأمل دلالات هذه اللفظة وجد أن بينها وبين المعنى الاصطلاحي ارتباطاً وتناسباً يظهر جلياً في بعضها، ويظهر بوجه ما في بعضها الآخر، كما سيأتي بيانه.

الفرع الثاني: مفهوم العرف اصطلاحاً (عوض، ١٩٨٠).

أما في الاصطلاح، فلأهل العلم تعريفات متعددة للعرف، منها:

١. "ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتقبلته الطباع السليمة بالقبول" (ابن عابدين، د.ت).
٢. "ما تعارف جمهور الناس وساروا عليه، سواء كان قولاً أو فعلاً أو عملاً" (شلي، ١٩٨٥).
٣. "كل ما عرفته النفوس مما لا تردده الشريعة" (ابن النّجار، ١٩٩٧؛ المرداوي، ٢٠٠٠).
٤. "ما عرفه العقلاء بأنه حسن وأقرهم الشارع عليه" (المرداوي، ٢٠٠٠؛ ابن النّجار، ١٩٩٧).
٥. "ما يعرفه الناس ويتعارفون عليه" (السمعي، ١٩٩٩).
٦. "الاستمرار على شيء مقبول للطبع السليم، والمعاودة إليه مرة بعد مرة" (الزّرقا، ١٩٨٩).

ويلاحظ على هذه التعريفات:

١. الدور، بمعنى تعريف العرف بما تعارف أو بما عرفه الناس.
 ٢. ذكر بعض هذه التعريفات لشروط اعتبار العرف أو ذكرها لأنواعه كما في التعريف الثاني والثالث.
 ٣. ذكر لفظي الفعل والعمل في التعريف الثاني، والتفريق بينهما أشار إليه عدد من العلماء، وفرقوا بينهما بأن العمل "كل فعل يكون من الحيوان بقصد" فهو أخص من الفعل، كما أشار إلى ذلك (الأصفهاني، ١٤١٢).
- وهو من حيث الثمرة غير مؤثر، في تحديد ماهية العرف وأثره، فلزم تركه.

بل لو اقتصر على لفظ العمل لكفي؛ لأنه يشمل القول والفعل، كما في قول الله تعالى: "وَقَدِمْنَا إِلَى مَا عَمِلُوا مِنْ عَمَلٍ فَجَعَلْنَاهُ هَبَاءً مَنْثُوراً" (سورة الفرقان: ٢٣)، وهنا أحبط القول والفعل. ثم إن هذه التعريفات تكاد تتفق مع التعريف الأول على أن العرف أمر اطمأنت إليه النفوس وعرفته وتحقق في قرارها وألفته، مستندة في ذلك إلى استحسان العقل، ولم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة (أبو سنة، ١٩٩٢).

فإن اعترض معترض على أن شهادة العقل مع قبول الطبع السليم لأمر ما لا يكفي لاعتبار العرف، بل لا بد من اعتبار الشرع، فإنه يُقال له: هذا ما أورده العلماء في شروط اعتبار العرف على عدم قبوله إذا كان مخالفاً للشرع، وهو بهذا المعنى يكون معتبراً في الشرع، ولا يلزم ذكر هذه الشروط في التعريف كما هو معلوم.

وتظهر العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي بعد ذكر هذه التعريفات جلية، حيث أن العرف يستقر في نفوس الناس وفي معاشهم، وذلك بتتابع تعامل الناس به حتى يعلو ويصبح عنواناً يفصل النزاعات بينهم.

ولعل التعريف الأول والأخير أقرب إلى ضبط العرف اصطلاحاً.

المطلب الثاني: حجية العرف وشروط اعتباره.

هذا المطلب فيه مسألتان أبينهما من خلال الفرعين الآتين:

الفرع الأول: حجية العرف.

اتفقت المذاهب الفقهية الأربعة على الاحتجاج بالعرف إجمالاً بشروطه (ابن نجيم، ١٩٩٩؛ القرافي، ١٩٩٤؛ المرداوي، ٢٠٠٠؛ ابن السبكي، ١٩٩١)، خلافاً لابن حزم (٢٠١٦)، ومحل حجيته ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له فيه ولا في اللغة (ابن السبكي، ١٩٩١؛ السيوطي، ١٩٩٠).

ومثلوه بمسائل كثيرة منها: الحرز في السرقة، والتفريق والقبض في البيع، وزمن الحيض، وعدد من الحقوق والواجبات الزوجية، وغير ذلك، ومع اتفاق العلماء من الفقهاء والأصوليين على الاحتجاج بالعرف، والرجوع إليه في عدد من الأحكام الشرعية، إلا أنهم اختلفوا في اعتباره مصدرًا مستقلًا من مصادر الأحكام، أو أنه يرجع إلى أحد المصادر الأخرى.

قال بعض أهل العلم: "والحق أن العرف معتبر في الشرع ويصح بناء الأحكام عليه، وهو في الحقيقة ليس بدليل مستقل، ولكنه يرجع إلى أدلة الشريعة المعتبرة" (خلاف، ١٩٧٨؛ أبو سنة، ١٩٩٢).

وكأن العرف يُرجع إليه في بناء الأحكام، وتفسير النصوص، وبيانها فيما يحقق مقاصدها، فيما لم يرد فيه تحديد في الشرع ولا في اللغة، فهو ليس دليلاً ينشئ الأحكام أصلاً بحيث يكون مصدرًا من مصادر الأحكام الشرعية.

ثم إن الرجوع إلى العرف فيما لا ضابط له في الشرع ولا في اللغة، يدل على أن هذا الأمر له معنى في اللغة أو في الشرع، ولكن لا حد له ولا ضابط، وذلك مثل: إحياء الموات، والحرز في السرقة، والأكل من بيت الصديق، وما يعد قبضًا، والمعروف في المعاشرة بين الزوجين، وغير ذلك.

والعرف قد يرجع إليه كذلك في تخصيص عين أو فعل أو مقدار، يحمل اللفظ عليه، كالألفاظ في الأيمان، والأوقاف والوصايا، وإطلاق الدينار والدرهم (المرداوي، ٢٠٠٠).

وقد أشار الأصوليون إلى أن الحقيقة اللغوية هي الأصل في الكلام، والنقل يحصل منها إلى الشرعية أو العرفية (الزركشي، ١٩٨٥).

والنقل إما أن يكون الاسم قد وضع لمعنى عام ثم جاء تخصيصه بالعرف العام لبعض أنواعه كلفظة الدابة، وإما أن يكون الاسم في أصل اللغة قد وضع لمعنى ثم كثر استعماله له فيما له به نوع مناسبة وملابسة، بحيث لا يفهم المعنى الأول كلفظة الغائط (ابن السبكي، ١٩٩٥).

وقد يوضع اللفظ لشيء في اللغة لكن لا يستعمل فيما وضع له فيها، فيستعمله العرف في غيره، كلفظة عسى، فإنها وضعت أولاً للفعل الماضي ولم تستعمل فيه قط، بل استعمل في الإنشاء بوضع العرف.

وقد استدلو على حجيته بما يأتي:

١. قول الله تعالى: "خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين" (سورة الأعراف: ١١٩).

وجه الدلالة من الآية أن الله تعالى أمر بالعرف وهو المعروف (ابن كثير، ١٩٩٩)، وقد عقد الإمام البخاري بابًا أورد فيه قول ابن الزبير رضي الله عنه في تفسير الآية: "ما أنزل الله إلا في أخلاق الناس" (البخاري، ١٤٢٢). وقد جزم ابن عطية بأن المراد بالعرف المعروف عند الناس الذي لا يخالف الشرع (ابن عطية، ١٤٢٢).

قال السيوطي: "وهذه الآية قاعدة شرعية تدل على اعتبار العرف الذي لا يخالف أصلاً" (السيوطي، ١٩٨١).

٢. قول ابن مسعود رضي الله عنه: "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن" (الألباني، ١٤١٤؛ الحاكم، ١٩٩٠؛ الظهري، د.ت). وجه الدلالة من الأثر في أن العرف يقوم على ما رآه المسلمون، فكان كلام ابن مسعود يشير إلى اعتبار ما رآه المسلمون حجة في الشرع إذا كان حسناً.

والحديث وإن كان موقوفاً، إلا أن له حكم المرفوع لأنه لا مدخل للرأي فيه (الزرقا، ١٩٩٨).

٣. قال الله تعالى: "وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَى وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّى وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا" (سورة النساء: ١١٥).

وجه الاستدلال من الآية أن السبيل معناه لغة الطريق، وسبيل المؤمنين طريقهم التي استحسناها، وقد توعدهم الله بالعقاب من اتبع غير سبيلهم، فيجب العمل بها (المرداوي، ٢٠٠٠؛ ابن النجار، ١٩٩٧).

٤. قال الله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَيْسَ أَذْنُكُمْ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ مِنْ قَبْلِ صَلَاةِ الْفَجْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُمْ مِنَ الظَّهْرِ وَمِنْ بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ ثَلَاثُ عَوْرَاتٍ" (الآية (سورة النور: ٥٨)).

وجه الدلالة من الآية أن الله تعالى أمر بالاستئذان في هذه الأوقات التي جرت فيها العادة بالابتدال ووضع الثياب، فانبئى الحكم الشرعي على ما كانوا يعتادونه (المرداوي، ٢٠٠٠؛ ابن النجار، ١٩٩٧).

٥. عن عائشة رضي الله عنها، أن هندًا بنت عتبة رضي الله عنها قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي بالمعروف إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال صلى الله عليه وسلم: "خذي ما يكفيك وولدي بالمعروف" (البخاري، ١٤٢٢؛ مسلم، د.ت).

وجه الدلالة من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أحالها على العرف في مسألة ليس فيها ضابط لغوي ولا شرعي (ابن حجر، ١٣٧٩).

٦. الإجماع، فإنه من تأمل كلام أهل الأصول في المذاهب المعتمدة وجددهم يعتبرون العرف في بناء الأحكام والفتاوى، حتى أصبح من القواعد المقررة قولهم: "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً" (ابن نجيم، ١٩٩٩؛ الزرقا، ١٩٨٩)، و"الثابت بالعرف كالثابت بالنص" (الشلي، ١٣١٣) و"الحقيقة تترك بدلالة العادة" (ابن نجيم، ١٩٩٩؛ حيدر، ١٩٩١)، و"لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان" (حيدر، ١٩٩١؛ الزرقا، ١٩٨٩).

الفرع الثاني: شروط اعتبار العرف.

ذكر أهل العلم شروطاً لاعتبار العرف ورجوع الفقيه إليه في بناء الأحكام، وهذا الشروط إذا تخلف واحد منها، سقط اعتبار العرف ولم يعتد به، وهي:

— أن يكون مطرداً أو غالباً، أي: أن يكون العمل بهذه العادة مستمراً في جميع الحوادث لا يتخلف، فإذا اضطربت العادة فلا تعتبر (ابن نجيم، ١٩٩٩؛ السيوطي، ١٩٩٠)، وكذلك إذا ساوت أو ندرت فلا تراعى (الزرقا، ١٩٩٨). والغلبة معناها أن يكون العمل بالعرف كثيراً، ولا يتخلف إلا قليلاً، أي إن العرف إذا ترك العمل به في بعض الوقائع القليلة، فهذا لا يقدح في اعتباره.

— ألا يخالف الشرع من نص ثابت فيه أو أصل قطعي، فإذا خالف فلا عبرة به (ابن نجيم، ١٩٩٩)، وذلك كتعارف شرب الخمر ولعب الميسر وخروج النساء كاشفات لما يجب ستره.

— أن يكون موجوداً عند التصرف، سابقاً له لا متأخراً عنه، فلا عبرة بالعرف الطارئ (السيوطي، ١٩٩٠؛ الزرقا، ١٩٩٨)، لأننا لو ألزمتنا الناس بعرف غير قائم وقت التصرف، لكان هذا إلزاماً بما لم يلزم.

— ألا يعارض العرف تصريحاً بخلافه (العز بن عبد السلام، ١٩٩١؛ السرخسي، د.ت)، فإذا اشترط أحد المتعاقدين شرطاً يخالف ما جرى به العرف، وكان شرطاً مشروعاً، وجب العمل به ولا عبرة بالعرف حينئذ؛ لأن الناس على شروطهم، ولأن اعتبار العرف إنما يكون عند الإطلاق.

ينقسم العرف إلى أقسام متعددة بحسب اعتباره، فهو من جهة مضمونه ينقسم إلى عرف قولي وعرف عملي، ومن جهة من يصدر عنه ينقسم إلى عام وخاص

١، وبيان هذه الأقسام مع أمثلتها يأتي في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: العرف القولي والعرف العملي.

أما العرف القولي فهو "أن تكون عادة أهل العرف أنهم يستعملون اللفظ في معنى معين ولم يكن ذلك لغة" (القرافي، ١٩٩٤). وفي التقرير والتحيز: "أن يتعارف قوم إطلاق لفظ المعنى، بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذلك المعنى" (ابن أمير الحاج، ١٩٨٣). ومن أمثلة ذلك: إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى، مع أنه موضوع لكليهما في اللغة، كما في قول الله تعالى: "يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين" (سورة النساء: ١١).

ومن أمثلة ذلك: التعارف على إطلاق لفظ اللحم على السمك، مع أن اللغة لا تمنع ذلك، بل سماه القرآن لحماً، كما في قول الله تعالى: "وهو الذي سخر البحر لتأكلوا منه لحماً طرياً" الآية (سورة النحل: ١٤).

وأما العرف العملي فهو أن يوضع اللفظ لمعنى يكثر استعمال أهل العرف لبعض أنواع ذلك المسمى دون بقية أنواعه. أو هو "ما جرى عليه الناس وتعارفوه في معاملاتهم وتصرفاتهم" (الزرقا، ١٩٩٨). ومن أمثلة ذلك: تعارف الناس انعقاد البيع بالتعاطي، دون الإيجاب والقبول القولي.

وكذلك تعارف الناس في بعض البلاد الإسلامية تعجيل جزء من مهر النساء وتأجيل الباقي إلى ما بعد الوفاة أو الطلاق.

الفرع الثاني: العرف العام والعرف الخاص.

العرف العام هو "ما تعارف عليه أكثر الناس في جميع البلدان" (النملة، ٣٩٣). سواء كان التعارف قولياً أو فعلياً". ومن أمثلة العرف العام عقد الاستصناع في الألبسة وغيرها، وكذلك بيع المعاطاة، بحيث لا يكاد يخلو من التعامل به مكان واحد.

وأما العرف الخاص فهو ما تعارف عليه أكثر الناس في بعض البلدان" (النملة، ٣٩٣). أو تعارفت عليه فئة من الناس دون الأخرى كأهل صنعة أو تخصص ما.

ومن أمثلته تعارف أهل العراق سابقاً على إطلاق لفظ الدابة على الفرس، وكاصطلاح النحوي في الرفع والنصب والجبر، واصطلاح الفقيه في الجمع والفرق (ابن نجيم، ١٩٩٩).

المبحث الثاني: مفهوم القبض وكيفية وأثره في العقود.

أذكر في هذا المبحث ما يتعلق بالقبض من ضبط للمفهوم والكيفية، ثم أبين أهميته في المعاملات المالية، وذلك في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم القبض لغة واصطلاحاً.

أعرض في هذا المطلب دلالة القبض عند أهل اللغة، وكذلك عند أهل الاصطلاح، لمعرفة ما إذا كان له حدٌ عندهم أم لا، وذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: القبض لغة.

جاء في لسان العرب: "القبض خلاف البسط، وقد انقبض وتقبّض وانقبض الشيء صار مقبوضاً. وقبض الطائر جناحه جمعه. والقبض جمع الكف على الشيء. والقبض قبولك المتاع وإن لم تحوله (ابن منظور، ١٤١٤). والقبض تحويلك المتاع إلى حيزك، والقبض تناول للشيء بيدك ملاسة. وصار الشيء في قبضي وقبضتي، أي: في ملكي. ويقال: صار الشيء في قبضك وقبضتك أي: في ملكك" (ابن منظور، ١٤١٤).

قال الأزهري: "قال الليث: القبض بجمع الكف على الشيء. ويقولون: مقبض السكين ومقبضته كل ذلك حيث يقبض عليه بجمع الكف.

وقال أبو عبيد عن أبي عمرو: القبض: الإسراع، وانقبض القوم إذا ساروا وأسرعوا. قال أبو منصور: وإنما سمي السَّوق قبضاً لأن السائق للإبل يقبضها، أي: يجمعها إذا أراد سوقها، فإن انتشرت عليه لم يقدر على سوقها" (الأزهري، ٢٠٠١).

ويظهر من كلام أهل اللغة أن معاني القبض تدور حول الإمساك والجمع وقبول المتاع وإن لم يحوله، وكذلك مع التحويل إلى الحيز، والملك والإسراع.

وقد جاء لفظ القبض ومشتقاته في تسعة مواضع من القرآن الكريم لم تخرج في دلالتها عن المعاني اللغوية، كما في قول الله تعالى: "ثم قبضناه إلينا قبضاً يسيراً" (سورة الفرقان: ٤٦)، أي: قبضنا ظل الشمس إلينا قبضاً سهلاً وسريعاً وخفياً" (ابن كثير، ١٩٩٩).

ومنها قول الله تعالى في وصف المنافقين: "ويقبضون أيديهم" (سورة التوبة: ٦٧) الآية، أي: يمسكون أيديهم عن النفقة في سبيل الله ويكفونها عن الصدقة (الطبري، ٢٠٠٠).

الفرع الثاني: القبض اصطلاحاً.

لا يخرج المعنى الاصطلاحي عند الفقهاء عن المعنى اللغوي، وإن كان أخص منه لأنه يتعلق بمحل العقد، فلم يخرج عن معاني الإمساك والجمع والتحول إلى الحيز والملك.

وقد تنوعت عبارات الفقهاء في تعريفه، فمنهم من حده، ومنهم من عرفه بكيفيته، وفي الحالي لا يخرج كلامهم عن بيان حقيقته.

قال الكاساني: "القبض هو التمكن والتخلي وارتفاع الموانع عرفاً وعادة وحقيقة" (الكاساني، ١٩٨٦). وفي رد المحتار: "ثم التسليم يكون بالتخلية على وجه يتمكن من القبض بلا مانع ولا حائل" (ابن عابدين، ١٩٩٢).

وفي متن خليل: "وضمن البائع مكيلاً لقبضه بكيل كموزون ومعدود ... وقبض العقار بالتخلية" (الخطاب، ١٩٩٢). وعند الشافعية: "إن كان مما لا ينقل كالأرض والدور فقبضه بالتخلية ... وإن كان المبيع من المنقولات فالمذهب والمشهور أنه لا يكفي فيه التخلية بل يشترط النقل والتحريك" (الزافعي، د.ت؛ التووي، ١٩٩١).

وفي الإنصاف: "ويحصل القبض فيما بيع بالكيل والوزن بكيله أو وزنه ... وفيما عدا ذلك بالتخلية" (ابن مفلح، ١٩٩٧) (المرداوي، د.ت).

المطلب الثاني: ما يتحقق به القبض.

أعرض في هذا المطلب خلاصة كلام أهل العلم فيما يتحقق فيه القبض فيما ينفعنا في بحثنا، فاصداً بذلك معرفة حجم بناء القبض على العرف في فقه أهل الصنعة.

قال أهل العلم: المقبوض في عقود المعاملات إما أن يكون عقاراً أو يكون منقولاً، فإن كان عقاراً فقبضه يكون بالتخلية عند عامة الفقهاء (وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ١٤٢٧).

واشترط الحنفية (الموصلية، ١٩٣٧) في المعتمد أن يكون العقار قريباً، وذهب الشافعية (الزافعي، د.ت) إلى أن العقار إذا كان فيه تقدير فلا بد مع التخلية أن يكون ثمة تقدير، كما لو اشترى أرضاً مزارعة.

وألحق جمهورهم من الحنفية والشافعية والحنابلة الثمر على الشجر بالعقار في اعتبار التخلية للحاجة وقيام العرف (الكاساني، ١٩٨٦؛ التووي، ١٩٩١؛ ابن مفلح، ١٩٩٧).

وأما المنقول فإن كان مما يتناول باليد كالثياب والنقود والجواهر فقبضه يحصل بالتناول، ولا يحصل بغيره، وهذا قول المالكية والشافعية والحنابلة (الخرشي، د.ت؛ التووي، ١٩٩١؛ ابن مفلح، ١٩٩٧).

وإن كان مما لا يعتبر فيه تقدير من كيل أو وزن أو ذرع أو عدّ لصعوبة ذلك أو لأنه لم يراع فيه ذلك، كالأمثلة والعروض والدواب والبصرة جزافاً، فالمرجع عند المالكية في ذلك إلى العرف.

وعند الشافعية والحنابلة: لا بد من نقله وتحويله.

وإن كان مما يعتبر فيه التقدير فقبضه يكون بتقديره المعتمد من كيل أو وزن أو ذرع، وهو قول المالكية (الخرشي، د.ت) والشافعية والحنابلة. واشترط الشافعية مع ذلك حصول النقل والتحويل (الزلمي، ١٩٨٤).

وفي جميع المذكور سابقاً: يكفي عند الحنفية التخلية أو التناول باليد إن أمكن.

والناظر في هذا البناء العلمي عند أصحاب المذاهب يجد أن العرف لا يُبنى عليه جميع أشكال القبض وأنواعه وطرائقه، ولكنه يتسع في مذهب المالكية ويضيق اعتباره في مذهب الشافعية، ويتوسط عند الآخرين، فليس صحيحاً أن ينطلق عدد من الباحثين في بنائهم القبض مطلقاً على العرف دون تمحيص لكلام أهل العلم في ذلك.

المطلب الثالث: أثر القبض في أحكام المعاملات.

تكمن أهمية القبض في عدد من الأمور:

- إن ثمة عقود لا تتم إلا بالقبض، فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة وبعض المالكية إلى أن الصدقة والهبة والرهن والقرض والإعارة والإيداع لا تتم إلا بالقبض، فلا تلزم ولا تترتب عليها أحكامها إلا بالقبض (ابن قدامة، ١٩٦٨؛ الماوردي، ١٩٩٩).
- عدم صحة بعض العقود إلا بالقبض في مجلس العقد، كعقد الصرف وبيع مال الربا بجنسه، وكقبض رأس مال السلم في مجلس العقد، والصلح عن دين بدين، فهذه العقود لا تنعقد إلا بالقبض (ابن قدامة، ١٩٦٨؛ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ١٤٢٧).
- المنع من تصرف المشتري بالمبيع قبل قبضه، فقد اتفق الفقهاء على أن من اشترى طعاماً فليس له بيعه حتى يقبضه، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه" (مسلم، د.ت).
- وألحق الحنفية (ابن عابدين، د.ت؛ ابن الهمام، د.ت) والشافعية (الماوردي، ١٩٩٩؛ الأنصاري، ٢٠٠٠)، وأحمد في رواية (المرداوي، ٢٠٠٠) كل مبيع بالطعام، فلا يجوز بيع شيء عندهم قبل قبضه، إلا في العقار عند أبي حنيفة (الموصلّي، ١٩٣٧). أما المالكية (ابن عبد البر، ١٩٨٠؛ القرافي، ١٩٩٤) فقد أجازوا بيع ما لم يقبض فيما سوى الطعام.
- لزوم الضمان في عدد من العقود إنما يكون بالقبض، كما هو الحال في عقود البيع والقسمة والتخارج في الميراث والقرض.
- ففي عقد البيع الصحيح مثلاً، يكون ضمان المبيع (وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ١٤٢٧) على البائع حتى يقبضه المشتري، وذلك عند جمهور الفقهاء من الحنفية (ابن عابدين، د.ت؛ السرخسي، ١٩٩٣) والشافعية (الماوردي، ١٩٩٩؛ النووي، ١٩٩١) والحنابلة (المرداوي، ٢٠٠٠؛ ابن قدامة، ١٩٦٨).
- وفي رواية أخرى عند الحنابلة فرقوا بين المكيلات والموزونات ونحوها من جهة، وبين غيرها من جهة أخرى (ابن قدامة، ١٩٦٨).
- أما المالكية (القرافي، ١٩٩٤) (النّراوي، ١٩٩٥) فقد ذهبوا إلى أن الضمان ينتقل إلى المشتري بنفس العقد، إلا في مواضع منها: ما بيع على الخيار، وما بيع من الثمار قبل كمال طيبه، وغير ذلك.

المبحث الثالث: أثر العرف في تحقيق ماهية القبض وتطبيقاته في معاملات المؤسسات المصرفية.

هناك أمران لا بد من ملاحظتهما في تحقيق مسألة صحة القبض من عدمه في المعاملات التي تجريها المؤسسات المالية:

الأول: أن القبض له حقيقة وهو ما عبر عنه أهل اللغة في تعريفاتهم التي دارت حول معاني الإمساك والجمع وقبول المتاع وإن لم يحوله، وكذلك مع التحويل إلى الحيز، والملك والإسراع، وهذا يدل على أن له حقيقة ملموسة منفصلة عن أركان العقد وشروطه، ولا يكفي فيه الإيجاب والقبول في البيع، بل لا بد من تصرف خارج عن العقد، تكون له حقيقته المنفصلة والمستقلة، بحيث يكون معلوماً عند أطراف هذا العقد.

الثاني: القبض في الشرع له ثمرته، وله أبعاده العلمية التي تضبطه وتحقق غايته من استقرار المعاملة بين الناس، واجتناب حصول الخصومة والنزاع فيه، والبعد عن شبه التحايل الممنوعة على الربا وغيره من أنواع المعاملات غير المشروعة.

أقول: ومن ثمرة القبض تعرض كل من المتعاقدين للخسارة أو الربح، وهذا ما نفهمه من تضمين الفقهاء للسلعة بالقبض، فيكون على البائع قبله وعلى المشتري بعده.

هنا في هذا المبحث أتناول عددًا من التطبيقات في أبواب المعاملات التي يحصل فيها القبض بوجه ما، والتي بنى فيها من أباح القبض حكمه على العرف، سأبين هذه المسائل وأذكر حكم أهل العلم فيها في المطالب الآتية:

المطلب الأول: بطاقة الائتمان.

هي إحدى الخدمات التي لا يخلو منها مصرف في زماننا، وتقوم فكرتها كما عرفها مجمع الفقه الإسلامي (مجمع الفقه الإسلامي، ١٩٩٢) (الأشقر، ٢٠٠٩) على أنها مستند يعطيه مصدره لشخص طبيعي أو اعتباري. بناء على عقد بينهما. يمكنه من شراء السلع أو الخدمات ممن يعتمد المستند دون دفع الثمن حالاً لتضمنه التزام المصدر بالدفع. ومن أنواع هذا المستند ما يمكن من سحب نقود من المصارف (الزحيلي، د.ت).

وعرفها معجم "أكسفورد" بأنها بطاقة صادرة من بنك أو غيره تخول حاملها الحصول على حاجياته من السلع والخدمات دئيًا ("الجنة المناهج في الجامعة الأمريكية المفتوحة، د.ت).

ولبطاقات الائتمان صور وأشكال من أبرزها الفيزا كارت والماستر كارت وغيرهما.

ومع تطور العمل المصرفي العالمي تتدخل في إجراء عملية الشراء فيها شركات عالمية ووكالات وبنوك محلية كوسطاء وأصحاب المتاجر والخدمات والعميل.

بدأ استعمال بطاقة الائتمان بعد الحرب العالمية الثانية، وتقوم فكرة بطاقة الائتمان على فكرة الشراء على الحساب (مجلة البيان، ١٩٩٦) سواء أكان للمتعامل بها رصيد في المؤسسة أم كان يستدين عليها. ولست هنا في معرض بيان حكمها والتكليف الفقهي لها، وضوابط التعامل بها، ولكني أبين ما يتعلق بصحة التقابض بها.

وقد اختلف والفقهاء في ذلك على آراء ثلاثة (الجنكو، ٢٠٠٤):

١. البطاقة ليست قبضاً حكماً إذا لم يكن هناك رصيد لحامل البطاقة الذي سيدفع فيما بعد.
٢. إذا كان الشراء للأموال والسلع والبضائع فهو قبض حكيم، وإذا كان للذهب والفضة والأموال الربوية فلا يعد قبضاً حكماً.

٣. هو قبض حكيم في شراء جميع الأعيان وإن كان من النقود.

والذي يراه الباحث هنا أن شرائط العرف قد تحققت في اعتبار هذه البطاقة قبضاً ترتب عليه أحكامه؛ فالبيع والشراء فيه مطرد وغالب، والعمل بهذه العادة مستمر في جميع الحوادث لا يكاد يتخلف، وهو عرف موجود عند التصرف ومعلوم ومعهود للمتعاقد.

وكذلك تترتب على عملية الدفع عن طريقها كامل ثمرات التقابض من التملك والحياسة وصحة التصرف بعد ذلك، ثم إن الدفع عن طريقها يحصل حقيقة بالتحويل إلى الحساب الخاص بالبائع فكانت عرفاً عملياً صحيحاً (هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية المصرفية، ٢٠١٧).

ولا يفوتنا التنبيه إلى أن حامل البطاقة لا بد أن يكون له رصيد يغطي ثمن ما اشتراه ليصح فيه شراؤه للذهب والفضة ليتحقق اشتراط التقابض في المجلس، وهذا ما يطلق عليه البعض ببطاقة الحساب الجاري.

المطلب الثاني: الشيك.

وهذا من أظهر الأمثلة على تأثير العرف في تحقيق ماهية القبض، فالشيك له دور كبير في معاملات الناس المالية، ويترتب على دفعه وتسليمه قبض للثمن في عرف صاحب الحق المالي.

والشيك ورقة مالية تتضمن أمراً من مُصدرها وكاتبها إلى من يحفظ ماله عنده بأن يدفع للمستفيد مبلغاً محدداً.

يجري تداولها بين الناس على أنها مال يدفعه صاحبه إلى غيره استظهاراً وتحويلاً، ولها حماية كبيرة في قوانين الدول، وتتعلق بها أنظمة عقوبات حال خلو رصيد صاحب الشيك من المال.

وقد جرت فتاوى عدد من الهيئات الشرعية والمجامع الفقهية على أن قبض الشيك هو قبض لمحتواه إذا كان مصدقاً، بل جاء في فتوى مجمع الفقه الإسلامي أنه يجوز شراء الذهب والفضة بالشيك حال كونه مصدقاً كما في فتوى بنك دبي الإسلامي، وجاء في فتوى بنك التمويل الكويتي إباحة ذلك دون اشتراطهم أن يكون مصدقاً، واشترطوا للأصناف الربوية أن يكون مؤرخاً في اليوم نفسه.

جاء في قرار المجمع الفقه الإسلامي: "ثانياً: أن من صور القبض الحكمي المعتبرة شرعاً وعرفاً:

١. القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل في الحالات التالية:
 - إذا أودع في حساب العميل مبلغ من المال مباشرة أو بحوالة مصرفية.
 - إذا عقد العميل عقد صرف ناجز بينه وبين المصرف في حال شراء عملة بعملة أخرى لحساب العميل.
 - إذا اقتطع المصرف . بأمر العميل . مبلغاً من حساب له إلى حساب آخر بعملة أخرى، في المصرف نفسه أو غيره، لصالح العميل أو لمستفيد آخر. وعلى المصارف مراعاة قواعد عقد الصرف في الشريعة الإسلامية.
- ويغتفر تأخير القيد المصرفي بالصورة التي يتمكن المستفيد بها من التسلم الفعلي، للمدد المتعارف عليها في أسواق التعامل. على أنه لا يجوز للمستفيد أن يتصرف في العملة خلال المدة المغتفرة إلا بعد أن يحصل أثر القيد المصرفي بإمكان التسلم الفعلي.
٢. تسلم الشيك إذا كان له رصيد قابل للسحب بالعملة المكتوب بها عند استيفائه، وحجزه للمصرف ("مجمع الفقه الإسلامي، ٢٠٠٠).

المطلب الثالث: عقود التوريد.

قال السنهوري: "التوريد اصطلاحاً عقد يلزم فيه أحد المتعاقدين أن يورد للمتعاقد الآخر شيئاً معيناً يتكرر مدة من الزمن"^٢.

ومنهم من عرفها بقوله: "تصرفات قانونية، تقتضي تسليماً متتابعاً لبضائع أو تقديم أشخاص بصورة دورية أو في فترات زمنية محددة، على سبيل الاستعمال أو التملك أو الاستخدام" (مجمع الفقه الإسلامي، ٢٠٠٠).

وذهب التعريف القضائي إلى أن عقد التوريد يقوم على اتفاق يحصل بين أحد الأشخاص المعنوية وأحد الأفراد أو الشركات على توريد المنقولات اللازمة لمرفق عام نقابل ثمن معين" (سلامة، ١٩٩٤؛ الهواملة، ٢٠١٥).

والصحيح أن عقود التوريد أوسع من ذلك، فقد تكون بين شخصين أو بين شركتين أو غير ذلك، وقد يكون كل طرف من المتعاقدين شخصاً منفرداً أو متعدداً، وقد تكون المادة الموردة من بلد داخلي وقد تكون من بلد خارجي.

وأغلب صوره في تعاملات المصارف الإسلامية تقوم على توريد البنك معدات البناء من الحديد والأسمت والزجاج إلى المشتري منه أو توريد الأثاث، أو توريد مادة البنزين ونحوها إلى محطات الوقود، أو توريد الكهرباء أو الماء أو الغاز بعد أن يشتريها البنك من صاحبها ويبيعها على العميل.

وصورة المسألة تقوم هنا غالباً على بيع المارحة الذي يطلب فيه العميل من البنك شراء كمية معينة من منقول يحتاجه لمؤسسته أو عمله أو بيته، ويصدر وعداً ملزماً للبنك بذلك، ثم يقوم البنك بشراؤها من البائع وبيعها على الأمر بالشراء مقابل ربح معلوم وبالتقسيم.

والذي يعنينا في الحديث عن عقود التوريد هو كيفية حصول القبض فيها، متجاوزاً الحديث عن أنواعها وحكم كل نوع منها، ولكن التوريد في عقودنا هنا يكون موصوفاً عن طريق المواعدة الملزمة، وقد اشترط فيه أهل العلم أن يكون قبض الثمن كاملاً قبل التسلم، ومنهم من تكلم في لزوم الوعد.

والقبض الذي تفعله البنوك هنا هو أنها تطلب من البائع أن يوصل السلعة إلى المكان الذي يرغبه الأمر بالشراء ثم إذا وصلت إلى المكان جاء مندوب عن البنك ونظر فيها وتأكد منها، ثم يحصل التوقيع الذي ينتظره المشتري من البنك ويدخل البضاعة إلى مكانها اللائق بها^٣.

وهذا النوع من القبض ترد عليه إشكالات شرعية لا نستغني عن الإشارة إليها، فمن ذلك أن القبض هنا لم يدخل حقيقة في ضمان البنك، ولم يخاطر البنك بما هو معهود في عقود البيع والشراء من التعرض للربح والخسارة.

وتفصيل ذلك أن السلعة التي اشتراها البنك لو هلكت قبل حضور موظف البنك فإن هلاكها يكون على البائع، وإذا هلكت بعد توقيع المندوب كانت على الأمر بالشراء، فكان القبض هنا صورياً لم يحقق ثمرته المرجوة.

ثم إن العرف المذكور في هذه الطريقة في القبض يرد عليه إشكالات أخرى كذلك وتساؤلات علمية لا يستهان بها، فهل حقاً قضى عرف التجار بحصول قبضهم للسلع بهذه الطريقة، أم هي طريقة ابتدعتها المؤسسات الإسلامية التي تعمل في التمويل ولم يصل ما تفعله إلى كونه عرفاً عاماً ومضطرباً.

بطريقة أخرى: البنك هنا ليس له مكان يخصصه ليقبض فيه، ولم تحصل منه حيازة حقيقة للسلعة، ولم تدخل السلعة في ضمانه إلا أجزاء من الثانية لا أظنها تكفي ليكون القبض صحيحاً ومعتبراً.

وقد أسلفنا في بحثنا هنا وقلنا: إن القبض له حقيقة، وهو ما عبر عنه أهل اللغة في تعريفاتهم التي دارت حول معاني الإمساك والجمع وقبول المتاع وإن لم يحوله، وكذلك مع التحويل إلى الحيز، والملك والإسراع، وهذا يدل على أن له حقيقة ملموسة منفصلة عن أركان العقد وشروطه.

ولا يقولون قائل: إن القبض هنا حكمي وليس حقيقةً بدليل حصول التخلية بين البنك وبين السلعة، وهو جائز عند أئمة الحنفية، لأننا لو سلمنا جواز القبض في المنقولات بالتخلية فلا نسلم أن التخلية هنا لها حقيقة، فالبايع والأمر بالشراء يعلمان أن البنك إنما هو وسيط مالي، وأن التخلية لا يترتب عليها إلا توقيع موظف البنك وهو ما يترتب عليه تحصيل فكرة القبض وما يتبعها من آثار.

ومن هنا يرى الباحث أن العرف هنا لا أثر له في الإباحة لعدم معرفته بهذه الطريقة بين التجار، ولأن العرف لا يجوز أن يخالف ماهية القبض وحقيقته وما شرع له.

والمخرج من ذلك أن يحصل قبض البنك لها في وسط الطريق مثلاً، ثم يعمل على إيصالها إلى الأمر بالشراء، أو يسعى في وجود مخازن له يجعل فيها السلعة مدة مناسبة ثم ينقلها إلى المشتري.

المطلب الرابع: التورق المصرفي.

تقوم فكرة التورق المصرفي على قيام المصرف بترتيب عملية التورق للمشتري، أي: الحصول على الأوراق النقدية، وذلك عن طريق شراء سلعة للمتورق وبيعها عليه بثمن أجل، ثم يقوم المتورق بتوكيل البنك ببيع السلعة له بأقل من ثمنها نقداً، وغالباً ما يبيعها البنك للذي اشتراها منه أو لغيره ممن جرى العرف بينهم بمثل هذا النوع من التعامل.

جاء تعريفه عند غير واحد من أهل العلم: "هو قيام المصرف بترتيب عملية التورق للمشتري بحيث يبيع سلعة على المتورق بثمن أجل، ثم ينوب عن المشتري ببيع السلعة نقداً لطرف آخر، ويسلم الثمن النقدي للمتورق".^٤

وأكثر أهل العلم على تحريمه واعتباره نوعاً من أنواع التحايل على الربا.

وارتباطه ببحثنا هنا يكمن في كيفية قبض البنك للسلعة، ثم كيفية قبض المتورق للسلعة، ثم في كيفية قبض المشتري من البنك للسلعة.

وتفصيل ذلك أن غالب البيوع التي تكون في التورق المصرفي تكون لسلع خارج بلد المتورق، ويصعب عليه قبضها أو التحكم بعينها لبعدها ولاارتفاع تكاليف ذلك، فيكون الاتفاق على توكيل البنك بالقبض، ثم إن البنك يوكل غيره.

والذي يحصل في ذلك أن السلعة التي حصل التورق فيها لا يعدو الأمر أن تنتقل من مكان قريب ربما يكون أمتاراً ثم ترجع إليه، ويقولون: قضى العرف باعتبار ذلك قبضاً.

والناظر في حقيقة ما يجري في كثير من تطبيقات هذه المعاملة يجد أن القبض الحقيقي لم يتحقق، لا من قبل البنك ولا من قبل العميل، وأن هذا النقل الذي حصل للبضاعة هو نقل صوري ليس له حقيقة ولم يقصده الشرع من قريب أو بعيد.

فالعميل يدرك أنه لا يستطيع قبض سلعته في شرائه، والبنك يعلم ذلك ويعلم أن العميل لن يطالب بقبضها، ثم إن النقل الذي يحصل للسلعة في ذلك يكون في زمانه سيراً جدياً يصعب فيه دخوله تحت ضمان المشتري، ويصعب معه تحقيق فكرة القبض في البيع والشراء التي أشرنا إليها من قبل.

وعليه يرى الباحث أن هذا النوع من القبض لا يصح بناؤه على العرف، ولا نعلم عرفاً تجارياً بين متخلف أنواع التجارات والصناعات يفعل ذلك إلا ما يجري في هذا النوع من المعاملة، والذي يجري غالباً بتواطؤ عرفي بين تجار مخصصين، وهذا ما يجعل القبض الشرعي بعيداً عن تحققه، ويجعل أثر العرف فيه ضعيفاً.

المطلب الخامس: بيع المrabحة.

صورة هذا البيع في عصرنا الذي نعيشه تقوم على أن يتقدم شخص إلى المصرف راغباً مثلاً بشراء سيارة ذات مواصفات معينة أو شراء أجهزة مخبر أو أجهزة طبية أو آلات معمل معين، فيشتري المصرف تلك الأشياء، ثم يبيعها لراغبها بثمن معين مؤجل لأجل محدد، يكون أكثر من الثمن النقدي.

وتكون العملية مركبة من وعدين: وعد بالشراء من العميل الذي يطلق عليه: الأمر بالشراء، ووعد من المصرف بالبيع عن طريق المrabحة، أي بزيادة ربح معين المقدار أو النسبة على الثمن الأول (الزحيلي، د.ت).

وقد عرفها بعض أهل العلم بقولهم: "أن يتقدم العميل إلى المصرف طالباً منه شراء السلعة المطلوبة بالوصف الذي يحدده العميل وعلى أساس الوعد منه بشراء تلك السلعة فعلاً مرabحة بالنسبة التي يتفقان عليها ويدفع الثمن مقسماً حسب إمكانياته (مجمع الفقه الإسلامي، ٢٠٠٠).

والمرabحة كمصطلح ليست غريبة عن فقهاءنا القدامى، بل قالوها وبينوا أحكامها وذكرها صورها عندهم، ولكنها في زماننا حملت تنظيماً مالياً فيه شيء من الاختلاف عن صورتها القديمة.

وأهل العلم تكلموا كثيراً في حكمها وحكم الوعد الملزم فيها، وتكلموا كذلك في ماهية القبض التي تجري في عقود هذه المعاملة المصرفية (مجمع الفقه الإسلامي، ٢٠٠٠).

والمتتبع لأحوال القبض في السلع التي تجري عليها عملية المrabحة يجد أن عدداً من المؤسسات تحرص على حصول القبض الحقيقي الملموس الذي يدخل السلعة في ضمان المشتري حقيقة، فيأتي بالسيارة مثلاً ويجعلها في مكان تكون فيه السيارة في ضمانه، ثم بعد ساعات أو يوم أو أكثر يقوم ببيعها على الواعد بالشراء.

ولكن غالب معاملات المrabحة يحصل في قبض المبيع فيها إشكالات علمية وفقهية تجعل بناءها على العرف غير منضبط، فقد تبقى السيارة في مصنعها أو عند التاجر دون تحريكها أو توكيل حقيقي في قبضها، وقد تكون بين سيارات متعددة لا يتم تعيينها في ذلك ولا فرزها وتتم عليها عملية الشراء والبيع، ثم يأتي الأمر بالشراء ويأخذها دون أن يقبضها البنك قبضاً صحيحاً.

وهذا الأمر يضطر في عدد من السلع فلا تجد الحد الفاصل في قبض البنك للسلعة واضحاً، ولا تجد البضاعة التي بيعت مفرزة فرزاً صحيحاً يتحقق في بقائها عند البائع أن تكون أمانة عنده لا له، وخروج مندوب البنك وتوقيعه لا يغني في ذلك حقيقة، بل قد لا يعدو في بعض صور القبض أن يكون تحصيل حاصل للاتفاق الذي حصل بين البائع وبين الأمر بالشراء قبل الحضور للبنك.

ثم إن ثمة مسألة متعلقة بالعرف في ذلك، وهو أن العرف السائد بين التجار في المنقولات هو أن يحصل القبض بالتحويل والنقل، وهذا على الغالب، وإن كانت المؤسسات المصرفية الإسلامية عملت على صناعة عرف يقضي ببقاء السلعة عن البائع بعد شرائها وتسليمها منه إلى الأمر بالشراء.

جاء في معايير الأيوبي: "يتحقق القبض الحقيقي في المنقول بالتسليم الحسي ويتم القبض. الحكمي في المنقول المعين والمنقول الموصوف في الذمة - بعد تعيينه بإحدى الطرق المتعارف عليها للتعيين - بالتخلية بينه وبين المستحق على وجه يتمكن به من تسلمه من غير مانع ولو لم يحصل النقل والتحويل، سواء أكان مما يتناول باليد عادة، أم كان مما يشترط فيه التوفية (الإفراز) بإحدى الوحدات القياسية العرفية الكيل أو الوزن: أو الذرع أو العد ونحوها، أم كان من السلع التي لا يعتبر فيها شيء من ذلك لعدم إمكانه، أو مع إمكانه لكنه لم يراع فيها التقدير، مثل بيع الجراف هينة المحاسبة)" والمراجعة للمؤسسات المالية المصرفية، ٢٠١٧.

٤. نتائج الدراسة

أحمد الله تعالى على ما أكرمني به في هذه الورقات، وأسأله القبول، وأذكر عدداً من نتائج الدراسة:

— القبض في الشريعة له حقيقة، وبنائه على العرف ليس مطلقاً، ولا يصح إلا بشروطه الصحيحة.

- ليس كل عرف يزعمه أصحابه يكون عرفاً، ولكن العبرة في ذلك أن تتحقق شروط العرف وحقيقته في الأمر، ولا يُقبل صناعة عرف يخالف روح الشريعة ومعالم فقهاها.
- التحديات التي تواجه العمل المصرفي الإسلامي ليست سهلة، وفيها من المؤثرات الكثير، وهذا يحتاج إلى عمل دؤوب على كافة المستويات للارتقاء به مع الحرص على الضوابط الشرعية المرضية.
- يظهر العرف في كيفية القبض في بطاقة الائتمان وفي الشيك، ويحتاج إلى ضبط أكثر في معاملات عقود التوريد والتورق المصرفي عند من يبيحه، وكذلك في عقود المراجعة.

٥. التوصيات

كما يوصي الباحث بما في خاتمة الدراسة بما يلي:

١. القائمون على مجالس الفتوى في المؤسسات المصرفية الإسلامية، والعاملون في ميدان التدقيق الشرعي فيها، يلزمهم أن يضبطوا عددًا من المعاملات والتطبيقات وفقًا لما هو متفق عليه بين أكثر علماء الأمة، وهذا أمر ممكن وليس صعبًا. وبطريقة أخرى: لا نجعل سلطة أصحاب المال ومجاراة أهل الرأسمالية منطلقًا لنا في ضبط أحوال المعاملات، ولكن محاولة الانفكاك عن فقهم وتعاملهم ربما يعين في صناعة اقتصاد إسلامي حقيقي مؤثر.
٢. ضرورة الاهتمام بتدريب العاملين في حقول المؤسسات المصرفية الإسلامية، وضرورة إيجاد نظام كامل وقوي للتأكد من تحقيق القبض في المعاملات المصرفية.

بيان تضارب المصالح

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

المراجع

- أبو سنة، أحمد. (١٩٩٢). *العرف والعادة في رأي الفقهاء* (ط ٢).
- الأزهري، محمد. (٢٠٠١). *تهذيب اللغة* (ط ١). دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- الأشقر، عمر. (٢٠٠٩). *دراسة شرعية في البطاقات الائتمانية* (ط ١). دار النفائس، عمان، الأردن.
- الأصفهاني، الحسين. (١٤١٢ هـ). *المفردات في غريب القرآن*. دار القلم، الدار الشامية، دمشق - بيروت.
- الألباني، محمد. (١٤١٤ هـ). *متن الطحاوية بتعليق الألباني* (ط ٢). المكتب الإسلامي، بيروت.
- الأنصاري، زكريا. (٢٠٠٠). *أسنى المطالب في شرح روض الطالب*. دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر.
- البخاري، محمد. (١٤٢٢ هـ). *الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه* (ط ١). دار طوق النجاة.
- الجنكو، علاء الدين. (٢٠٠٤). *التقايض في الفقه الإسلامي وأثره على البيوع المعاصرة* (ط ١). دار النفائس.
- الجوهرى، إسماعيل. (١٩٨٧). *الصّحاح تاج اللغة* (ط ٤). دار العلم للملايين، بيروت.
- الحاكم، محمد. (١٩٩٠). *المستدرک على الصحيحين* (ط ١). دار الكتب العلمية، بيروت.
- الحطّاب، محمد. (١٩٩٢). *مواهب الجليل شرح مختصر خليل* (ط ٢). دار الفكر، بيروت.
- حيدر، علي. (١٩٩١). *درر الحکام شرح مجلة الأحكام* (ط ١). دار الكتب العلمية، بيروت.
- الخرشي، محمد. (د.ت). *شرح مختصر خليل*. دار الفكر للطباعة، بيروت.
- خلاف، عبد الوهاب. (١٩٧٨). *مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه* (ط ٤). دار القلم.

- الرافعي، عبد الكريم. (د.ت). *فتح العزيز بشرح الوجيز*. دار الفكر، بيروت.
- الرملي، محمد. (١٩٨٤). *نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج*. دار الفكر، بيروت.
- الزبيدي، محمد. (د.ت). *تاج العروس من جواهر القاموس*. دار الهداية.
- الزحيلي، وهبة. (د.ت). *الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها* (ط ٢). دار الفكر، دمشق، سوريا.
- الزرقا، أحمد. (١٩٨٩). *شرح القواعد الفقهية* (ط ٢). دار القلم، دمشق، سوريا.
- الزرقا، مصطفى. (١٩٩٨). *المدخل الفقهي العام* (ط ١). دار القلم.
- الزركشي، محمد. (١٩٨٥). *المنثور في القواعد الفقهية* (ط ٢). وزارة الأوقاف الكويتية.
- الزيات، إبراهيم، مصطفى، إبراهيم، عبد القادر، حامد، والنجار، محمد. (د.ت). *المعجم الوسيط*. القاهرة: دار الدعوة.
- السرخسي، محمد. (١٩٩٣). *المبسوط*. دار المعرفة، بيروت.
- السرخسي، محمد. (د.ت). *أصول السرخسي*. دار المعرفة، بيروت.
- سلامة، عبد الحميد. (١٩٩٤). *نظرية الظروف الطارئة في عقدي التوريد والمقاوله في القانون الأردني* (رسالة ماجستير غير منشورة). كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية.
- السمعاني، منصور. (١٩٩٩). *قواطع الأدلة في الأصول* (ط ١). دار الكتب العلمية، بيروت.
- السيوطي، عبد الرحمن. (١٩٨١). *الإكلیل في استنباط التنزيل*. دار الكتب العلمية، بيروت.
- السيوطي، عبد الرحمن. (١٩٩٠). *الأشباه والنظائر* (ط ١). دار الكتب العلمية، بيروت.
- الشلبی، أحمد. (١٣١٣ هـ). *حاشية على تبیین الحقائق* (ط ١). المطبعة الأميرية.
- شلي، محمد. (١٩٨٥). *المدخل في الفقه الإسلامي تعريفه وتاريخه ومذاهبه* (ط ١٠). الدار الجامعية، بيروت.
- الطبراني، سليمان. (د.ت). *المعجم الأوسط*. دار الحرمين، القاهرة.
- الطبري، محمد. (٢٠٠٠). *جامع البيان في تأويل القرآن* (ط ١). مؤسسة الرسالة.
- عوض، السيد صالح. (١٩٨٠). *أثر العرف في التشريع الإسلامي*. دار الكتاب العربي.
- الفيروز آبادي، محمد. (٢٠٠٥). *القاموس المحيط* (ط ٨). مؤسسة الرسالة، بيروت.
- القرافي، أحمد. (١٩٩٤). *الذخيرة* (ط ١). دار الغرب الإسلامي، بيروت.
- الكساني، علاء الدين. (١٩٨٦). *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع* (ط ٢). دار الكتب العلمية، بيروت.
- الكفوي، أيوب. (د.ت). *الكتابات*. مؤسسة الرسالة، بيروت.
- لجنة المناهج في الجامعة الأمريكية المفتوحة. (د.ت). *فقه التنازل*. كلية الدراسات العربية والإسلامية.
- الماوردي، علي. (١٩٩٩). *الحاوي الكبير* (ط ١). دار الكتب العلمية، بيروت.
- مجلة البيان. (١٩٩٦). *الفتاوى الشرعية حول قبض الشيك المصدق*. مجلة البيان، ١٢٠، ١١٣.
- مجمع الفقه الإسلامي. (٢٠٠٠). *مجلة مجمع الفقه الإسلامي: الدورة الثانية عشرة، العدد ١٢، ٢٨*. المكتبة الشاملة الإلكترونية.
- المرداوي، علي. (د.ت). *الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف* (ط ٢). دار إحياء التراث العربي.

المرداوي، عليّ. (٢٠٠٠). *التحجير شرح التحرير* (ط ١). مكتبة الرشد، المملكة العربية السعودية – الرياض.

مسلم، بن الحجاج. (د.ت). *صحيح مسلم: المسند الصحيح المختصر من السنن بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم* (ت. محمد فؤاد عبد الباقي). دار إحياء التراث العربي، بيروت.

الموصلّي، عبد الله. (١٩٣٧). *الاختيار لتعليل المختار*. مطبعة الحلبي، القاهرة.

التفراوي، أحمد. (١٩٩٥). *الفواكه الدواني*. دار الفكر.

التملة، عبد الكريم. (٢٠٠٠). *الجامع لمسائل أصول الفقه وتطبيقاتها على المذهب الزاجح* (ط ١). مكتبة الرشد.

التوّي، يحيى. (١٩٩١). *روضة الطالبين وعمدة المفتين* (ط ٣). المكتب الإسلامي، بيروت – دمشق – عمان.

الهواملة، محمد علي. (٢٠١٥). *صكوك عقود التوريد دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريعات الأردنية النازمة للصكوك* (رسالة دكتوراة). جامعة العلوم الإسلامية.

هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية. (٢٠١٧). *المعايير الشرعية*. هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المنامة، البحرين.

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. (١٤٢٧ هـ). *الموسوعة الفقهية الكويتية* (ط ١). دار السلاسل؛ مطابع دار الصفوة؛ وزارة الأوقاف، الكويت.

^١ لم يتعرض الباحث إلى تقسيم العرف باعتبار صحته وفساده تجنباً للتكرار، حيث جاء في شروط اعتبار العرف عدم مخالفته للشرع وهو العرف الصحيح وإلا كان فاسداً.

^٢ انظر: (السنهوري، ١٩٨١م، ١٦٧/٦).

^٣ من مقابلة مع رئيس هيئة التدقيق في البنك العربي الإسلامي الدكتور عمر الشريف، ومكالمة هاتفية مطولة مع رئيس هيئة التدقيق في البنك الإسلامي الأردني الدكتور علي أبو العز.

^٤ (مجلة البحوث الإسلامية - مجلة دورية تصدر عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، ٢٤٣/٧٣).