

**قاعدة: الأحكام المترتبة على العوائد تدور
معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت
«نماذج تطبيقية من صيغ الاستثمار العصرية»**

إعداد

الدكتور أسامة سالم الصرايرة

Osama Al-Sarayreh

الأردن - جامعة مؤتة - كلية الشريعة - قسم الفقه وأصوله

أستاذ مساعد

Osama1970@mutah.edu.jo

قاعدة: الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت ..

الملخص

تناولت هذه الدراسة واحدة من أهم القواعد الأصولية الفقهية وهي : «قاعدة الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت وتبطل معها إذا بطلت» ، وهي قاعدة ذُكرت كثيراً في كتب الفقه وأصوله، فقد ذكرها الفقهاء في أبواب مختلفة وبصيغ متعددة مما يدل دلالة واضحة على مدى اهتمامهم بهذه القاعدة . بين الباحث في هذه الدراسة حقيقة القاعدة على وجه الأفراد والإجمال ، وبين ما يتعلق بها من أدلة من النصوص الشرعية والقواعد الأصولية والمبادئ العامة التي تؤصل لهذه القاعدة وثبتت شرعيتها. اهتمت هذه الدراسة بإبراز أثر هذه القاعدة في استيعاب التطبيقات والنوازل المستجدة المتعلقة بصيغ الاستثمار المعاصرة ، فيما يتعلق بمضمونها أنّ الشريعة الإسلامية شريعة واقعية تواكب حياة الناس وتستوعب جميع القضايا والنوازل المستجدة بما يكفل تحقيق مصالح المكلفين ورفع الحرج عنهم .

كلمات رئيسية: قاعدة ، الأحكام ، العوائد ، دارت ، بطلت

Abstract:

This study dealt with one of the most important fundamentalist rules of jurisprudence, which is: “The rule of rulings resulting from returns revolves with them however they revolve and is invalidated with them if they become invalid.” It is a rule that has been mentioned many times in the books of jurisprudence and its principles. Jurists have mentioned it in various chapters and in multiple forms, which clearly indicates the extent to which Their interest in this rule. The researcher in this study explained the reality of the rule individually and as a whole, and the evidence related to it from the legal texts, fundamentalist rules, and general principles that establish this rule and prove its legitimacy. This study was concerned with highlighting the impact of this rule in absorbing new applications and calamities related to contemporary investment formulas, with regard to its content that Islamic law is a realistic law that keeps pace with people’s lives and accommodates all emerging issues and calamities in a way that ensures achieving the interests of taxpayers and relieving them of embarrassment

Keywords: Rule, rulings, returns, dart, nullified

المُقَدِّمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين ، أمّا بعد :
من المعلوم أنّ الحياة تتطور ، وأحوال الناس تتغير ، قال ابن خلدون : «إنّ أحوال العالم والأمم وعوائدهم ونحلهم لا تدوم على وتيرة واحدة ، ومنهاج مستقر ، إنّما هو اختلاف على الأيام والأزمنة ، وانتقال من حال إلى حال ، وكما يكون ذلك في الأشخاص والأوقات والأمصار ، فكذلك يقع في الآفاق والأقطار والأزمنة والدول ، سنة الله التي خلت في عباده»^(١) . و أدرك فقهاء الشريعة ذلك واستنبطوا تغير الأحكام بتغير العُرف ، وعلى أساس ذلك صاغوا القاعدة الشرعية : «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان» ، وذكر ابن القيم أنّه بسبب الجهل بهذه الحقيقة وقع غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة والتكليف ، ما لا سبيل إليه^(٢) .

ومن هنا جاءت هذه الدراسة لهذه «الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت».

ومن استنتاجات الدراسة:

تفسير استيعاب الشريعة لكل المستجدات في حياة الناس . والفقهاء متفقون على أن الأحكام التي تتبدل بتبدل الزمان وعوائد الناس هي الأحكام التي قررها الاجتهاد بناء على القياس أو على اعتبار المصالح أمّا الأحكام الثابتة التي جاءت بها الشريعة من أمر ونهي ، فهذه لا تتبدل بتبدل الأحوال والأزمان واختلاف الأجيال.

أهمية الدراسة:

تتمثل أهمية هذه الدراسة مما يلي:

أولاً: التركيز على مراعاة العوائد وتغيراتها وأثر ذلك في تغير الحكم والفتوى.
ثانياً: إبراز الجانب التطبيقي للتطبيقات المعاصرة التي بنيت وروعي فيها تغير العُرف الجاري بين الناس.

(١) ابن خلدون، عبد الرحمن بن محمد بن خلدون الحضرمي (ت ١٤٠٦هـ)، المقدمة، ط١، المكتبة التجارية، ص ٣٧-٣٨.
(٢) ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين (ت ٥٧٥هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين ، تحقيق : محمد عبد السلام إبراهيم ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط١، ١٤١٠هـ-١٩٩١م، ٣/١.

ثالثاً: إبراز خطر عدم مراعاة هذه القاعدة في القضايا العصرية .

رابعاً: بيان يسر الشريعة وسماحة الإسلام ومدى مواكبة الشريعة لكل ما يطرأ على حياة الناس والإجابة عن المسائل .

مشكلة الدراسة:

تتمثل مشكلة الدراسة في مضمون الأسئلة التي ستجيب عنها الدراسة، وهي الأسئلة التالية:
أولاً: ما حقيقة قاعدة: «الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت»؟
ثانياً: ما الأدلة التي تُبنى عليها قاعدة «الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت»؟

ثالثاً: ما ضوابط اعمال القاعدة؟

رابعاً: ما أثر القاعدة في التطبيقات العصرية ؟

أهداف الدراسة:

يتوقع الباحث أن تحقق الدراسة الأهداف الآتية:
أولاً: بيان حقيقة قاعدة: «الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت».
ثانياً: بيان الأدلة التي تُبنى عليها قاعدة «الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت».
ثالثاً: بيان ضوابط اعمال القاعدة.
رابعاً: بيان أثر القاعدة في التطبيقات العصرية .

منهج الدراسة:

اعتمد الباحث في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي القائم على الاستقراء، فجمع المادة العلمية، ثم صنفها، وحللها، توصل إلى الحلول المناسبة لمشكلة الدراسة ومتبعاً في ذلك الآلية الآتية:
أولاً: عزو الآيات القرآنية إلى سورها بأرقامها.
ثانياً: تخريج الأحاديث النبوية فما في الصحيحين أو أحدهما عزوته لمصدره أو في غيرهما فخرجته وحكمت عليه.
ثالثاً: حرص الباحث على توثيق النصوص الفقهية المنقولة، بعزو كل نص إلى مصدره، وبيان رقم

قاعدة: الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت ..

الجزء والصفحة، والتزام توثيق الأقوال من كتب أصحابها مباشرة ما أمكنني ذلك.
رابعاً: بيان معاني المفردات الغامضة، بالرجوع إلى مصادر اللغة، والتعاريف الاصطلاحية.
خامساً: لم أترجم للأعلام، لأن طبيعة البحث والنشر تقتضي ذلك.

الدراسات السابقة:

ثمة دراسات تناولت جزئياً هذه القاعدة، وليست خاصة وشاملة؛ ومنها ما يلي:
١. «العُرف وأثره في تغير الفتوى، دراسة تحليلية تطبيقية»، عماري بدر الدين، بحث منشور، جامعة وهران أحمد بن بله، الجزائر، مختبر الدراسات القرآنية والمقاصدية، مجلة التربية واللغات، المجلد ١٩، العدد ٢، ٢٠٢٠م.

تحدثت هذه الدراسة عن الفتوى وحقيقتها والفرق بينها وبين القضاء وتناولت في جانب جزئي منها الحديث عن العُرف وشروطه وعن قاعدة العادة محكمة.

٢. «مصادر التشريع في فقه النوازل وتطبيقاتها الفقهية المعاصرة»، صلاح أنور عبد، بحث منشور، مجلة البحوث والدراسات الإسلامية، العدد ٦٧.

تحدثت الدراسة عن النوازل وعن العُرف وتناولت شروط اعتبار العُرف.
٣. «مجالات إعمال العُرف»، وليد بن علي الحسين، بحث منشور على الشبكة العنكبوتية، جامعة القصيم.

تحدثت الدراسة في مسائل العُرف ومجالات إعماله، والقرينة العرفية.
٤. «موقع قاعدة الفتوى بتغير بتغير الزمان والمكان والأحوال في السياسة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة»، زاري طارق، رسالة ماجستير، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، معهد العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، ١٤٤٠-١٤٤١هـ، ٢٠١٨-٢٠١٩م.

تحدثت هذه الدراسة عن مفهوم قاعدة الفتوى بتغير بتغير الزمان وطبيعتها والقواعد ذات الصلة بالقاعدة وعن موقع القاعدة في السياسة الشرعية، وبعض تطبيقاتها المعاصرة.

٥. «العُرف وتطبيقاته المعاصرة»، سعود بن عبد الله الورقي، بحث منشور على الشبكة العنكبوتية، <http://www.islamfeqh.com/Nawazel/NawazelItem.aspx>

تحدثت هذه الدراسة عن العُرف والعادة عند الأصوليين، وأقسام العُرف وبعض تطبيقاته المعاصرة.

وقد تميزت دراستي عن الدراسات السابقة جميعها بأنها خاصة بهذه القاعدة وشاملة فيها ومؤصلة، ومعززة بالتطبيقات العصرية، كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

خطة البحث:

يتألف هذا البحث من مقدمة وتمهيد وثلاثة مباحث وخاتمة، على النحو التالي:
المقدمة: وفيها ذكر لأهمية الدراسة ومشكلة الدراسة، وأهدافها، ومنهجها، وخطة الباحث فيها.
تمهيد: وذكر فيه الباحث جزءاً من أهمية المقاصد ومدى ضرورة الاعتماد عليها في الاجتهاد المعاصر.

المبحث الأول: حقيقة القاعدة وأدلتها ويحتوي على مطلبين:

المطلب الأول: حقيقة القاعدة ويحتوي على ثلاثة فروع:

الفرع الأول: المعنى الإفرادي للقاعدة.

الفرع الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة.

الفرع الثالث: الفاظ القاعدة عند العلماء.

المطلب الثاني: أدلة القاعدة وتأصيلها الشرعي ويحتوي على ثلاثة فروع:

الفرع الأول: أدلة القاعدة من القرآن الكريم.

الفرع الثاني: أدلة القاعدة من السنة النبوية.

الفرع الثالث: دليل القاعدة من الإجماع.

المبحث الثاني ضوابط إعمال القاعدة ويحتوي على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أن لا يكون العرف مخالفاً لنص من الكتاب أو السنة.

المطلب الثاني: أن يكون تغير العرف قائماً حال العقد وسابقاً عليه، فلا عبرة بعرف لاحق ولا يُعد ملزماً.

المطلب الثالث: أن يكون تغير العرف موافقاً لمقاصد الشريعة.

المبحث الثالث: تطبيقات معاصرة للقاعدة ويحتوي على أربعة مطالب:

المطلب الأول: المسألة الأولى: (مسألة الضمانات المقدمة لحملة الصكوك ومنها: (تضمين مدير

الصكوك على أساس دراسة الجدوى المقدمة)) ويحتوي على أربعة فروع:

الفرع الأول: صورة المسألة.

الفرع الثاني: مدى تحقق المعنى الإجمالي للقاعدة في التطبيق.

الفرع الثالث: مدى تحقق الضوابط في المسألة.

الفرع الرابع: رأي العلماء العصريين في المسألة الموافق للقاعدة.

المطلب الثاني: المسألة الثانية: (تأخير رأس مال السلم وصلته بالقاعدة) ويحتوي على أربعة فروع:

الفرع الأول: صورة المسألة.

الفرع الثاني: مدى تحقق المعنى الإجمالي للقاعدة في التطبيق.

الفرع الثالث: مدى تحقق الضوابط في المسألة.

قاعدة: الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت ..

الفرع الرابع: الفرع الرابع: رأي العلماء العصريين في المسألة الموافق للقاعدة .
المطلب الثالث: المسألة الثالثة: (التنضيض الحكمي بدلاً من التنضيض الحقيقي) ويحتوي على أربعة فروع:

الفرع الأول: صورة المسألة.

الفرع الثاني: مدى تحقق المعنى الإجمالي للقاعدة في التطبيق.

الفرع الثالث: مدى تحقق الضوابط في المسألة.

الفرع الرابع: رأي العلماء العصريين في المسألة الموافق للقاعدة.

الخاتمة وتضمنت أهم النتائج والتوصيات.

وأرجو أن أكون قد أصبت في هذه الدراسة عنواناً ومضموناً.

المبحث الأول حقيقة القاعدة وأدلتها

ويحتوي على مطلبين:

المطلب الأول: حقيقة القاعدة ويحتوي على فرعين:

الفرع الأول: المعنى الإفرادي للقاعدة:

أولاً: الأحكام لغة: جمع حكم، من (حَكَمَ) الحاء والكاف والميم أصل واحد، وهو: المنع، وأول ذلك الحكم وهو: المنع من الظلم، وسميت حكمة الدابة؛ لأنها تمنعها، يقال: حكمت الدابة وأحكمتها. ويقال: حكمت السفينة وأحكمتها، إذا أخذت على يديه^(١).

قال الرازي: (الحُكْمُ) القضاء و(حَكَمَ) يحكم بالضم (حُكْمًا) و(حَكَمَ) له وحكم عليه، و(الحُكْمُ) الحكمة من العلم، و(الحَكِيمُ) العالم وصاحب الحكمة. والحكيم المتقن للأمور، وقد (حَكَمَ) من باب ظرف أي صار حكيماً و(أَحْكَمَهُ فَاسْتَحْكَمَ) أي صار (مُحْكَمًا)، و(الحَكَمُ) بفتح الحاء، و(حَكَمَهُ) في ماله تحكيماً إذا جعل إليه الحكم فيه (فَأَحْكَمَهُ) عليه في ذلك، واحتكموا إلى الحاكم وتحاكموا بمعنى، و(المُحَاكَمَةُ) المخاصمة إلى الحاكم.

ثانياً: الحكم اصطلاحاً: عند الأصوليين: «خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين بالاعتناء أو التخيير أو الوضع»^(٢)، ويعرف عند الفقهاء بأنه: الأثر المترتب على خطاب الشارع في الفعل^(٣).

ثالثاً: العوائد لغة: (العائدة: المعروف، والصلة، والعطف، والمنفعة): يعاد به على الإنسان^(٤). «العائدة اسم ما عاد به عليك المُفْضِل من صلة، أو فضل، وجمعه العوائد»^(٥).

(١) ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، ١٩٧٩، ٩١/٢.

(٢) الطوفي، سليمان بن عبد القوي ابن الكريم، أبو الربيع نجم الدين (ت ٧١٦هـ)، شرح مختصر الروضة، تحقيق: عبدالله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م، ٢٥٤/١.

(٣) أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (ت ٦٠٦هـ)، المحصول، دراسة وتحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثالثة، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م، ٨٩/١، الإحكام في أصول الأحكام علي بن محمد الأمدي، علق عليه: عبد الرزاق عفيفي المكتب الإسلامي، دمشق - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤٠٢هـ، ٩٥/١.

(٤) الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس تحقيق: جماعة من المختصين، وزارة الإرشاد والأنباء في الكويت - المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب بدولة الكويت، ٤٤٢/٨.

(٥) الأزهر، محمد بن أحمد بن الأزهر الهروي أبو منصور (ت ٣٧٠هـ)، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار

قاعدة: الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت ..

رابعاً: العوائد اصطلاحاً: «مأخوذة من العود والمعاودة، فهي بتكررها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية»، ومن جهة ثانية عرّف بعضهم العادة بالقول: (العادة والعرف ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول)^(١) ومن العلماء من يفرق بين العادة والعرف ومنهم من يجعلهما بمعنى واحد، وهذا ليس موضوع هذا البحث.

خامساً: تدور، هي لغة: من «دور»، الدال والواو والراء أصل واحد يدل على إحداق الشيء بالشيء من حواليه، يقال: دار يدور دورانا، والدواري: «الدهر»؛ لأنه يدور بالناس أحوالاً، قال: والدهر بالإنسان دواري^(٢).

سادساً: واصطلاحاً، عرفت تعريفات كثيرة متقاربة، منها قول الرازي: «أن يثبت الحكم عند ثبوت وصف، وينتفي عند انتفائه»^(٣).

سابعاً: تبطل، هي لغة: من بطل، الباء والطاء واللام، أصل واحد، وهو: ذهاب الشيء وقلة مكثه ولبثه، يقال: بطل الشيء يبطل بطلا وبطولاً، وسمي الشيطان الباطل؛ لأنه لا حقيقة لأفعاله، وكل شيء منه فلا مرجوع له ولا معول عليه، والبطل: الشجاع.

قال أصحاب هذا القياس: سمي بذلك؛ لأنه يعرض نفسه للمتالف^(٤).

ثامناً: تبطل اصطلاحاً: يعرف بأنه ما لا يتعلق به النفوذ ولا يعتد به بأن لم يستجمع ما يعتبر فيه شرعاً، عقداً كان أو عبادة^(٥).

الفرع الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة:

تشير هذه القاعدة إلى أن الأحكام الشرعية المستندة إلى الأعراف والعادات تدور معها وجوداً وعدماً، وما دامت الأعراف والعادات متطورة بتطور الزمان وفساده وتغير نمط حياة الناس واحتياجاتهم فلا بد أن تكون الأحكام الشرعية التي تبنى عليها متغيرة أيضاً؛ فيتغير الحكم بتغيره زماناً ومكاناً. وعندما

إحياء التراث العربي، بيروت، ط ١، ٢٠٠١م، ٨١/٣.

(١) آل بورنو، محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة العالمية، بيروت - لبنان ط ٤، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م، ص ٢٧٦، ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، دار سعادت، ١٤٢٥هـ، ١٢٥/٢.

(٢) ابن فارس، مقاييس اللغة، ٣١٠/٢.

(٣) الرازي، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي، المحصول، تحقيق: طه جابر العلواني، مؤسسة الرسالة، ط ٣، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م، ٢٠٧/٥.

(٤) ابن فارس، مقاييس اللغة، ٢٥٨/١.

(٥) جلال الدين محمد بن أحمد بن محمد بن إبراهيم المحلي الشافعي (ت ٨٦٤هـ)، شرح الورقات في أصول الفقه، قدّم له وحققه وعلّق عليه: الدكتور حسام الدين بن موسى عفانة، جامعة القدس، فلسطين، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م، ٥٥.

تكون العادة علة لحكم ما فإن ذلك الحكم يدور مع العرف، قال أبو البحتري لشريح القاضي: «ما الذي أحدث في القضاء؟! فقال: إن الناس قد أحدثوا فأحدثت»^(١)، وقال القرافي: «إن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيف دارت، وتبطل معها إذا بطلت، كالنقود في المعاملات، والعيوب في العروض، في المبيعات، فإذا تغيرت العادة ... في السكة إلى سكة أخرى لحمل الثمن في البيع عند الإطلاق على السكة التي تجددت العادة بها دون ما قبلها، وكذلك إذا كان الشيء عيباً في الثياب في العادة رددنا به البيع، فإذا تغيرت تلك العادة وصار ذلك المكروه محبوباً موجباً لزيادة الثمن لم ترد به، وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد وتراعى الفتاوى على طول الأيام»^(٢). فمجال إعمال هذه القاعدة الأحكام الاجتهادية إذا كان مناط الحكم هو العرف والعادة^(٣).

الفرع الثالث: الفاظ القاعدة عند العلماء:

١. «الأحكام قد تختلف باختلاف الزمان»^(٤).
٢. «تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد»^(٥).
٣. «تغير بعض الأحكام بتغير الزمان»^(٦).
٤. «إن الحكم إذا أضيف لعادة، فإنه يبطل إذا تغيرت تلك العادة لشهادة عادة أخرى له»^(٧).
٥. «إذا تغيرت العادة أو بطلت، بطلت هذه الفتاوى وحرمت الفتوى بها لعدم مدرکہا»^(٨).
٦. «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان»^(٩).

(١) ابن سعد، الطبقات الكبرى، تحقيق الدكتور علي محمد عمر، مكتبة الخانجي، القاهرة، ٢٠٠١م، ٩١/٦.
 (٢) القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن المالكي، (ت ٦٨٤هـ)، أنوار البروق في أنواء الفروق، عالم الكتب، دون طبعة، دون تاريخ، ١٧٦/١.
 (٣) انظر: ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي، أبو عبدالله، إغاثة اللهفان من مصائد الشرطان، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت، ط ٢، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م، ٣٣٠/١.
 (٤) الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، ط ١، ١٣١٤هـ، ١٢٥/٥.
 (٥) ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين، (ت ٥٧٥هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبدالسلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٠هـ - ١٩٩١م، ٣٣٧/٤.
 (٦) ابن عابدين، محمد أمين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي، ط ٢، ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م، ١٧٦/٣.
 (٧) القرافي، الفروق، ٣٢١/٣.
 (٨) القرافي، الفروق، ٤٦٥/٣.
 (٩) آل البورنو، محمد صدقي بن أحمد بن محمد، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط ٤، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م، ص ٢٥٣.

قاعدة: الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت ..

المطلب الثاني: أدلة القاعدة وتأصيلها الشرعي: ويحتوي على ثلاثة فروع.

أدلة هذه القاعدة هي في الجملة الأدلة على أن الأعراف تتغير بتغير العرف، وكذلك الأدلة على صلة الاستحسان أو سد الذرائع أو الاستصلاح بتغير الفتيا والأحكام تصلح دليلاً لهذه القاعدة كذلك، ومرد ذلك أن التغير في الفتيا والأحكام الاجتهادية يرجع إلى تلك الأصول الشرعية^(١).

الفرع الأول: أدلة القاعدة من القرآن الكريم:

ثمة أدلة خاصة وردت لهذه القاعدة، أذكر منها ما يلي^(٢):

أولاً: قوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾^(٣).

وجه الاستدلال: قول الله تعالى: (وأمر بالعرف) الأمر هنا يثبت أن العرف أو المعروف أحد هذه الأركان للآداب الدينية والتشريع الإسلامي، وهو مبني على اعتبار عادات الأمة الحسنة وما تتواطأ عليه من الأمور النافعة في مصالحها^(٤).

ثانياً: قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٥).

وجه الاستدلال: هناك آيات كثيرة في القرآن الكريم قيدت بالمعروف، والمعروف في هذه الآية معتبر في هذه الأحكام المهمة، وأن المعروف فيها هو المعهود بين الناس في المعاملات والعادات ومن المعلوم بالضرورة أنه يختلف باختلاف الشعوب والبيوت والبلاد والأوقات فتحديده وتعيينه باجتهاد بعض الفقهاء دون مراعاة عرف الناس مخالف لنص كتاب الله تعالى^(٦).

الفرع الثاني: أدلة القاعدة من السنة النبوية:

إن قاعدة «الأحكام المترتبة على العوائد» لها سند من السنة النبوية الشريفة، والأصل العام في ذلك ما ثبت عن ابن مسعود - رضي الله عنه - أنه قال: (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه

(١) إبراهيم، محمد يسري، فقه النوازل للأقليات المسلمة، ٦١/١

(٢) انظر: طارق، زراري، موقع قاعدة الفتوى بتغير بتغير الزمان والمكان والأحوال في السياسة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة، رسالة ماجستير، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، معهد العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، ١٤٤٠-١٤٤١هـ، ٢٠١٨-٢٠١٩م، ص ٢٦-٢٩. انظر: بدر الدين، عماري، العرف وأثره في تغير الفتوى، دراسة تحليلية تطبيقية، بحث منشور، جامعة وهران، أحمد بن بله، الجزائر، مختبر الدراسات القرآنية والمقاصدية، مجلة التربية واللغات، المجلد ١٩، العدد ٢، ٢٠٢٠م، ص ٢٤١-٢٤٤.

(٣) سورة الأعراف، آية رقم ١٩٩

(٤) رضا، محمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين بن محمد بهاء الدين (ت ١٣٥٤هـ)، تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٠م، ٤٤٦/٩.

(٥) سورة البقرة، آية رقم ٢٣٣.

(٦) رضا، محمد رشيد، تفسير المنار، ٤٤٧/٩.

المسلمون سيئاً فهو عند الله سيء»^(١).

قال الشيرازي: «والمراد به ما أجمع الناس عليه وأنه علق ذلك على استحسان جميع المسلمين، وعندما استحسنه أهل الاجماع فهو حسن عند الله تعالى فيجب المصير إليه والعمل به»^(٢).

ومن الأدلة الخاصة بهذه القاعدة في السنة النبوية ما يلي:

أولاً: عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: قال رسول الله ﷺ: (لولا أن قومك حديثو عهد بكفر لبليت الكعبة على قواعد إبراهيم)^(٣).

وجه الاستدلال: دلت كلمة (لولا) على أن إقامة الكعبة على قواعد إبراهيم جائز شرعاً، وإنما لم يفعلها النبي ﷺ؛ خشية المفسدة، وهي ردتهم إلى الشرك، فدل ذلك على أن الحكم يتغير بالعادات^(٤).
ثانياً: عن زيد بن خالد أن رسول الله ﷺ قال: (لولا أن أشق على أمتي لأخرت العشاء إلى ثلث الليل، ولأمرتهم بالسواك عند كل صلاة)^(٥).

وجه الاستدلال: لما امتنع النبي ﷺ عن تأخير العشاء، ولم يأمر بالسواك، وعلل ذلك بخشية المشقة على الأمة، دل ذلك على اعتبار مصلحة الناس في ذلك، وأن الأحكام تتغير بالعادات^(٦).

وعن عائشة - رضي الله عنها - أنها قالت: (لو أدرك رسول الله ﷺ ما أحدث النساء لمنعهن كما منعت نساء بني إسرائيل)^(٧) دلّ منطوق الحديث على امتناع النبي ﷺ، لو أدرك ما أحدث النساء لمنعهن من المساجد. وهذا في نظر الباحث من باب الاجتهاد في تطبيق النص، ويدخل في باب تطبيق الأحكام بتغير العوائد.

قال القسطلاني: «ولا غرو في تبعية الأحكام في الأحوال»^(٨).

(١) أحمد، المسند، ٨٤/٦، حديث رقم ٣٦٠٠، رواه الحاكم في المستدرک، ٨٣/٣، حديث رقم ٤٤٦٥، واللفظ له وقال هذا الحديث صحيح الإسناد.

(٢) الشيرازي، أبو اسحق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي (ت ٤٧٦هـ)، التبصرة في أصول الفقه، تحقيق: محمد حسن هيتو، دار الفكر، دمشق، ط ١، ١٩٨٠م، ص ٣٥٥-٣٥٦.

(٣) البخاري، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة أبو عبد الله، صحيح البخاري، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م، ١٣٦/١.

(٤) أبو سنة، أحمد فهمي، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ١٤١٢هـ، ص ٨٤.

(٥) الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى، كتاب الجامع الكبير (سنن الترمذي)، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط ١، ١٩٩٦م، ٤٠/١.

(٦) أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص ٨٤.

(٧) البخاري، صحيح البخاري، كتاب صفة الصلاة، باب انتظار الناس قيام الإمام العالم، ٢٩٦/١، حديث رقم ٨٣١.

(٨) الزرقاني، أبو عبد الله محمد بن عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن شهاب الدين بن محمد المالكي، شرح الزرقاني على الموطأ، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط ١، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م، ٦٧٥/١.

قاعدة: الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت ..

ثالثاً: عَنْ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ الْجُهَنِيِّ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «سُئِلَ عَنْ ضَالَّةِ الْإِبِلِ فَغَضِبَ وَاحْمَرَّتْ وَجَنَّتَاهُ، فَقَالَ: «مَا لَكَ وَلَهَا؟ مَعَهَا الْحِذَاءُ وَالسِّقَاءُ، تَرِدُ الْمَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَلْقَاهَا رَبُّهَا». وَسُئِلَ عَنْ ضَالَّةِ الْغَنَمِ، فَقَالَ: «خُذْهَا، فَإِنَّمَا هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذِّئْبِ». وَسُئِلَ عَنْ اللَّقْطَةِ، فَقَالَ: «اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا وَعَرِّفْهَا سَنَةً، فَإِنْ اغْتَرِفَتْ، وَإِلَّا فَاخْطِطْهَا بِمَالِكَ»^(١)

وجه الاستدلال: دل منطوق الحديث على النهي عن التقاط ضالة الإبل؛ وعلة النهي تحقق حفظها دون التقاطها.

الفرع الثالث: دليل القاعدة من الاجماع:

يستدل لهذه القاعدة بالإجماع.

قال القرافي في الفروق: «إن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيف دارت، وتبطل معها إذا بطلت، كالنقود في المعاملات، والعيوب في الأعراض في المبيعات، ونحو ذلك، فلو تغيرت العادة في النقد والسكة إلى سكة أخرى لحمل الثمن في البيع على السكة التي تجددت العادة بها دون ما قبلها، وكذلك إذا كان الشيء عيباً في الثياب عادة رد به المبيع، فإذا تغيرت العادة لم يعد عيباً يرد به، وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد وهذا مجمع عليه بين العلماء ولا خلاف فيه»^(٢).

وقال أيضاً: «ما الصحيح في هذه الأحكام الواقعة في مذهب الشافعي ومالك وغيرهما المترتبة على العوائد والعرف اللذين كانا حاصلين حالة جزم العلماء بهذه الأحكام؟ فعل إذا تغيرت تلك العوائد، وصارت العوائد تدل على ضد ما كانت تدل عليه أولاً، فهل تبطل هذه الفتاوى المسطورة في كتب الفقهاء ويفتى بما تقتضيه العوائد المتجددة؟ أو يقال: نحن مقلدون، وما لنا إحداث شرع لعدم أهليتنا للاجتهاد فنفتي بما في الكتب المنقولة عن المجتهدين»^(٣).

ويؤكد ابن القيم أهمية هذه القاعدة ومكانتها فقال: «فصل في تغيير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد، ثم عبر قائلاً بأن الشريعة مبنية على مصالح العباد»^(٤)، ثم أكد ذلك فقال: «وهذا محض الفقه، فمن أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب، على اختلاف عرفهم وعوائهم وأزمנתهم وأمكناتهم وأحوالهم فقد ضل وأضل وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من

(١) ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه القزويني (٢٠٩-٢٧٣هـ)، سنن ابن ماجه، باب ضالة الإبل والبقر والغنم، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد - محمد كامل قره بللي - عبد اللطيف حرز الله، دار الرسالة العالمية، ط ١، ١٤٣٠هـ -

٢٠٠٩م، ٥٥١/٣، حديث رقم ٢٥٠٤، حديث صحيح أخرجه البخاري (٦٤٢٨)، ومسلم (١٧٢٢)

(٢) القرافي، الفروق، ٣١٤/١

(٣) القرافي، الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ٢١٨/١.

(٤) ابن القيم، إعلام الموقعين، ١١/٣.

طبيب الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمنتهم وطبائعهم»^(١).

المبحث الثاني: ضوابط إعمال القاعدة:

المطلب الأول: أن لا يكون تغير العرف مخالفاً لنص من الكتاب أو السنة:

قال تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمُوا أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ﴾^(٢).

ومعنى هذا الضابط أن العرف الذي يخالف النص أو يصادمه من كل الوجوه بحيث يحل الحرام أو يقر البدع في الدين أو يبطل الواجبات أو يترتب عليه ظهور الفساد والضرر في حياة الناس وديناهم، فلا اعتبار له ولا يصح؛ لأن النص أثبت أقوى من العرف ولا يترك الأقوى بالأضعف خاصة وأن العرف اكتسب قوته من النص^(٣). قال الكمال بن الهمام في معرض حديثه عن معارضة العرف للنص من كل الوجوه: «النص أقوى من العرف؛ لأن العرف جاز أن يكون على باطل كتعارف أهل زماننا في إخراج الشموع والسرر إلى المقابر ليالي العيد، النص يعد ثبوته لا يحتمل أن يكون على باطل؛ ولأن حجية العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط، والنص حجة على الكل فهو أقوى؛ ولأن العرف إنما صار حجة بالنص»^(٤). وهو قول النبي ﷺ: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»^(٥).

قال ابن عابدين عن معارضة العرف للنص من كل الوجوه: «إذا خالف العرف الدليل الشرعي، فإن خالف كل وجه بأن لزم منه ترك النص فلا شك في رده كتعارف الناس كثيراً من المحرمات من الربا وشرب الخمر ولبس الحرير والذهب وغير ذلك مما ورد تحريمه نصاً»^(٦). وبناء على ما سبق فمن غير المستساغ أن يترك النص القوي بالعرف الضعيف المخالف له من كل الوجوه كتعامل الناس بالربا وإباحة الفوائد البنكية الربوية^(٧).

(١) ابن القيم، إعلام الموقعين، ٧٨/٣.

(٢) سورة المائدة، آية رقم ٤٩.

(٣) القرطبي، يوسف، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، ص ١٥٥.

(٤) ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، ١٥/٢.

(٥) هو من قول ابن مسعود في مسند الإمام أحمد بن حنبل، حديث رقم ٣٦٠٠، المستدرک على الصحيحين، حديث رقم ٤٤٦٥، قال الحافظ ابن حجر في الدراية في تخريج أحاديث الهداية، لم أجده مرفوعاً وأخرجه أحمد مرفوعاً على ابن مسعود بإسناد حسن، ١٨٧/٢.

(٦) ابن عابدين، محمد أمين، رسالة نور العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، رسائل ابن عابدين، طبعة الاستانة، ١٢٩/٢.

(٧) جابر، صالح محمود، القواعد الأصولية المتعلقة بالعرف وتطبيقاتها في صيغ الاستثمار المعاصرة ودراسة أصولية تطبيقية معاصرة، بحث منشور، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤٤، العدد ١٥١٧، ٢٠١٧م، ص ١٣.

قاعدة: الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت ..

وقال السرخسي: «وكل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر»^(١)، والمخالفة الفادحة هي ما إذا كان في العمل بالعرف إبطال للنص من كل الوجوه، أما إذا لم يكن كذلك كأن يكون النص عاماً وقام عرف خالفه في بعض أفراده فيعمل بهما معاً وعندها يكون العرف مخصصاً للنص العام لا مبطلاً له^(٢).

المطلب الثاني: أن يكون تغير العرف قائماً حال العقد وسابقاً عليه، فلا عبرة بعرف لاحق ولا يُعد مُلزماً:

وهذا يعني أن يكون العرف المراد تحكيمه ويحمل عليه التصرف، موجوداً ومعمولاً به زمن إنشاء هذا التصرف، بحيث يكون حدوث العرف سابقاً على حدوث التصرف ويستمر إلى زمانه فيقارن حدوثه، فالعرف إنما يؤثر فيما يحدث ويوجد بعده لا فيما حدث أو مضى قبله ويستوي في ذلك العرف القولي والعملي^(٣).

وقال السيوطي: «العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر»^(٤). ويؤكد هذا المعنى ابن نجيم بقوله: «لا عبرة بالعرف الطارئ»^(٥). وهذه القاعدة تعبر في الحقيقة عن شرط آخر لا اعتبار العرف وهو: كونه سابقاً للحكم لا متأخراً عنه أو تالياً له، ولابد أن يحمل الحكم على العرف الموجود وقت التلفظ، فلا يصح أن يحمل حدث أو واقعة سابقة على عرف لاحق متأخر عنهما، إذ أن النص الشرعي يجب أن يفهم مدلوله اللغوي والعرفي في عصر صدور النص لأنه هو قصد الشارع أو مراد العاقد، وعليه لا اعتبار لتبدل مفاهيم اللفظ في الأعراف اللاحقة أو المتأخرة^(٦).

قال الإمام الشاطبي: «العوائد التي تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والأحوال، فلا يصح أن يقضى به البتة، حتى يقوم دليل على الموافقة من خارج، فإذا ذاك يكون قضاء على ما مضى بذلك الدليل لا

(١) السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (ت ٤٨٣هـ)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م، ١٢/١٩٦.

(٢) عبد، صلاح أنور، مصادر التشريع في فقه النوازل وتطبيقاتها الفقهية المعاصرة، بحث منشور، مجلة البحوث والدراسات الإسلامية، العدد ٦٧، ص ٢٢.

(٣) الورقي، سعود بن عبد الله، العرف وتطبيقاته المعاصرة، بحث منشور على الشبكة العنكبوتية، ص ٢٤٢٥، <http://www.islamfeqh.com/Nawazel/NawazelItem.aspx>

(٤) السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، (ت ٩١١هـ)، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م، ص ٨٦.

(٥) ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، (ت ٩٧٠هـ)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط ١، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م، ص ٨٦.

(٦) عبيد، صلاح أنور، مصادر التشريع في فقه النوازل وتطبيقاتها الفقهية المعاصرة، بحث منشور، مجلة البحوث والدراسات الإسلامية، العدد ٦٧، ص ٨٣٤.

بمجرى العادة، وكذلك في المستقبل، ويستوي في ذلك العادة الوجودية والشرعية^(١). وبناء على ما سبق فإنه ينبغي للعُرف الذي يُراد العملُ به والقضاء به في حادثة أو واقعة معينة وفي زمن معين أن يكون جارياً ومعمولاً به وقت حصول الحادثة أو الواقعة التي يعمل فيها أو التي يراد له الحكم عليها، فلا عبرة بالعُرف الحادث الطارئ.

المطلب الثالث: أن يكون تغير العُرف موافقاً لمقاصد الشريعة الإسلامية:

ينبغي للتدابير التي تستلزمها مصالح الناس في وقت ما إذا لم تحقق الغرض المطلوب منها في وقت آخر لتغير الظروف فلا مانع شرعاً من إيجاد تدابير جديدة تتماشى وتتوافق والظروف الجديدة، وعليه يتغير الحكم وفقاً لذلك، إذ المعول عليه في صحة ذلك هو موافقة مقاصد الشريعة في تحقيق مصالح الناس بجلب المصلحة أو درء المفسدة عنه^(٢).

وفي ذلك قال ابن عقيل: «السياسة ما كان فعلاً يكون معه الناس أقرب للصالح وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول ﷺ ولا نزل به وحي»^(٣). ومن هنا نجد المصلحة وسد ذرائع يحكم بناء عليها في كثير من المستجدات التي لا وحي فيها^(٤).

(١) الشاطبي، أبو اسحق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي، (ت ٧٩٠هـ)، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط ١، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.

(٢) إبراهيم، محمد يسري، فقه النوازل للأقليات المسلمة تأصيلاً وتطبيقاً، دار اليسر، القاهرة، مصر، ط ١، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م، ٦١٣/١.

(٣) ابن القيم، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار عطاءات العلم، الرياض، الطبعة الرابعة، ١٤٤٠هـ - ٢٠١٩م، ٢٩/٢.

(٤) إبراهيم، محمد يسري، فقه النوازل للأقليات المسلمة، ٦١٤/١.

المبحث الثالث

تطبيقات عصرية للقاعدة

المطلب الأول: المسألة الأولى: مسألة الضمانات المقدمة لحملة الصكوك ومنها: (تضمين مدير الصكوك على أساس دراسة الجدوى^(١) المقدمة):

الفرع الأول: صورة المسألة: تضمين مدير الصكوك، سواء أكان شريكاً أم مضارباً أم وكيلاً بالاستثمار، لقيمة الصكوك الاسمية؛ أي رأسمال المستثمرين حملة الصكوك، أو عائدها، على أساس دراسة الجدوى المقدمة منه؛ إذ يقدم مدير الصكوك دراسة اقتصادية عن جدوى المشروع الاستثماري، دل فيها على نجاح المشروع وربحيته، ثم ادعى لاحقاً وقوع الخسارة، ولم يثبت أن الخسارة خرجت عن كل التوقعات بحيث لا ينسب إليه شيء من الخطأ^(٢).

يظهر من خلال الصورة لهذه المسألة، مخالفة الأصل في يد المضارب بأنها يد أمانة، وهذا ما ذهب إليه الفقهاء من أن يد المضارب يد أمان ولا يطالب بالضمان إلا في حال التعدي والتقصير وهذا ما يؤكده الفقهاء من خلال العنوان التالي: **سند العرف القديم (يد المضارب يد أمانة)** : ما ذهب إليه العلماء في المذاهب المختلفة بقولهم بأن يد المضارب يد أمانة وبيانها على سبيل المثال لا الحصر^(٣) كما يلي: قال الزيلعي: «أن المال في يد المضارب أمانة ولا يمكن حمله على الاستيفاء لأن الاستيفاء لا يكون إلا قبض مضمون والمضاربة تنافيه، فكل ما قبض يكون أمانة وإذا هلك كان الهالك على رب المال»^(٤)، فيظهر مما تقدم أن الفقهاء اعتبروا يد المضارب على رأس مال المضاربة يد أمانة، فلا يضمن المضارب إذا تلف المال أو هلك إلا بالتعدي أو التفريط كالوكيل^(٥)، وفي مقابل ذلك لم يكلفوه عبء إثبات عدم تقصيره أو

(١) دراسة الجدوى: هي عبارة عن عملية جمع المعلومات عن مشروع مقترح ومن ثم تحليلها لمعرفة إمكانية تنفيذ، وتقليل مخاطر وربحية المشروع. وبالتالي يجب معرفة مدى نجاح هذا المشروع أو خسارته مقارنة بالسوق المحلي واحتياجاته، انظر: جميل، أحمد، الدور التنموي للبنوك الإسلامية دراسة نظرية تطبيقية، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير بالخروبة - جامعة الجزائر، ٢٠٠٥-٢٠٠٦ م، ٣٤/١.

(٢) أنظر: حيدر، علي، قضية المسؤولية عن التغرير، بيروت-لبنان، دار الكتب العلمية، ١٩٩٣ م، ٣١٢/١. جابر، القواعد الأصولية المتعلقة بالعرف وتطبيقاتها في صيغ الاستثمار المعاصرة ودراسة أصولية تطبيقية معاصرة، ص ٥٢

(٣) جابر، القواعد الأصولية المتعلقة بالعرف وتطبيقاتها في صيغ الاستثمار المعاصرة، ص ٥٢

(٤) الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب الإسلامي، ١٣١٣ هـ، القاهرة، ٧٤/٥، انظر: الصاوي، أحمد، بلغة السالك لأقرب المسالك، تحقيق: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، ١٤١٥ هـ-١٩٩٥ م، لبنان-بيروت، ٤٤٢/٣، ابن قدامة، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ١٦٥/٥.

(٥) الكاساني، علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، ١٩٨٢ م، بيروت، ٨٧/٦، ابن قدامة،

إهماله أو مخالفته لشروط العقد؛ فلا يضمن^(١).

الفرع الثاني: مدى تحقق المعنى الإجمالي للقاعدة في التطبيق:

المعنى الإجمالي للقاعدة متحقق في المسألة إذ الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت وتبطل معها إذا بطلت، فلو تغيرت العادة، وهنا تغيرت العادة من عدم تضمين الصانع الى تضمينهم ويحمل تضمين مدير الصكوك على ما تجددت العادة بها، دون ما قبلها، فهذا هو الحق الواضح، والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين^(٢). معنى القاعدة أن الأحكام الشرعية المستندة إلى الأعراف والعادات تدور معها وجوداً وعدماً، فإذا تغيرت الأعراف والعادات بتغير احتياجات الناس وتغير نمط الحياة بتغير الزمان والمكان والأحوال، فإنه تتغير الأحكام الشرعية التي بنيت عليها، فيحل محلها أحكام جديدة مبنية على ما استجد من أعراف وعادات؛ دفعاً للحرص والضرر عن الناس^(٣)، وهذا متحقق في استبدال عدم تضمين الصانع بتضمينهم بدراسة الجدوى ومن المقرر أصولياً أن الأحكام الشرعية تدور مع عللها وجوداً وعدماً، وإذا كان مناط الحكم الشرعي هو العرف، أو المصلحة الزمانية المرتبطة به، فإن الحكم الشرعي يتغير بتغيره، أو بتغيرها، لا محالة. والذي يدخل في هذا النوع من الأحكام المتغيرة، الأحكام الاجتهادية وتضمن مدير الصكوك من قبل هذه الاحكام الاجتهادية، التي ارتبطت بالمصالح المتغيرة بتغير الأعراف وهذا متحقق بالتضمنين^(٤)، ويؤيد ذلك أيضاً ما ورد عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(٥)، ويؤيد هذا العرف أن ظروف الاستثمار في زماننا تختلف عن سابقتها، فقد يكون رب المال مصرفاً، أو مؤسسة^(٦).

المغني، ٥٤/٥.

(١) جابر، القواعد الأصولية المتعلقة بالعرف وتطبيقاتها في صيغ الاستثمار المعاصرة، ص ٥٢

(٢) انظر: بتصرف: القرافي، الفروق، ٣١٤/١.

(٣) انظر: معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية - مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية - منظمة التعاون الإسلامي مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ١٨٤/٨١.

(٤) البوطي، محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٣٩٧هـ، ص ٢٤٨.

(٥) أخرجه البيهقي في سننه: كتاب: (الدعوى والبيّنات)، باب: (البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه) البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر، سنن البيهقي الكبرى، مكتبة دار الباز - مكة المكرمة، ١٤١٤ - ١٩٩٤م، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، رقم الحديث (٢٠٩٩٠)، ٢٥٢/١٠، الحكم على الحديث: وجاء في رواية «البيهقي» بإسناد حسن أو صحيح زيادة عن ابن عباس مرفوعاً، «التبريزي، محمد بن عبد الله الخطيب، مشكاة المصابيح، المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، ٣٥٦/٢.

(٦) حيدر، علي، قضية المسؤولية عن التغير، ٣١٣/١. جابر، القواعد الأصولية المتعلقة بالعرف وتطبيقاتها في صيغ الاستثمار

قاعدة: الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت ..

الفرع الثالث: مدى تحقق الضوابط في المسألة:

الضابط الأول: أن لا يكون العُرف الجديد مخالفاً لنص من الكتاب أو السنة من كل الوجه: الأصل التمسك بالنص، وعدم مخالفته، وتحكيمه في كل ما يمكن تحكيمه فيه دون التحول إلى غيره^(١)، قال تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ﴾^(٢)، وقال سبحانه: ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾^(٣) وقال عز من قائل: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ﴾^(٤).

فلا اعتداد لعرف خالف نصاً شرعياً، فلو تعارف الناس على شرب الخمر، أو لعب الميسر، أو خروج النساء سافرات، أو على التعامل بالربا، أو لبس الرجال بالحرير والذهب، أو نحو ذلك مما يصادم نصوصاً شرعية فلا اعتبار له، إذ المصلحة الحقيقية في مراعاة النصوص الشرعية لا في مخالفتها كما أنه لا مصلحة إطلاقاً فيما حرمه الله تعالى ورسوله ﷺ، ولو لم يكن هناك احترام والتزام وتقيد بالنصوص الشرعية لما بقي لها معنى، ولأصبحت الأهواء والشهوات هي المقدمة على النصوص، كما أن النصوص الشرعية هي المصدر للأحكام الشرعية، ومنها تستمد الأحكام، وبها يعرف شرعية غيرها من عدمه^(٥).

ومما سبق يتبين للباحث أن معارضة العُرف للنص إذا كانت من كل وجه فهو مرفوض باتفاق، كتعامل كثير من الناس بالربا وأخذ فوائد البنوك - وهي ربا- لا يكون محللاً للربا؛ لأن التعامل بخلاف النص لا يعتبر، وإذا لم تكن المعارضة من كل وجه فيعمل بالعُرف والنص معاً، ويكون العُرف مخصصاً للنص العام لا مبطلاً له، وتخصيص النص بالعُرف العام محل اتفاق في هذه الحالة وهذا ما يؤكد ابن عابدين بقوله: «إن لم يخالفه من كل وجه بأن ورد الدليل عاماً و العُرف خالفه في بعض أفراد أو كان الدليل قياساً، فإن العُرف معتبر إن كان عاماً، فإن العُرف العام يصلح مخصصاً ويترك به القياس كما صرحوا به في مسألة الاستصناع ودخول الحمام والشرب من السقا»^(٦).

المعاصرة، ص ٥٢

(١) إبراهيم، محمد يسري، فقه النوازل للأقليات المسلمة «تأصيلاً وتطبيقاً»، رسالة دكتوراه في الفقه الإسلامي من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، دار اليسر، القاهرة - جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م، ٦١٢/١.

(٢) المائدة: ٤٩.

(٣) النساء: ٥٩.

(٤) الأحزاب: ٣٦.

(٥) الديلمي، عبد الوهاب بن لطف، ضوابط الفتوى في ضوء الكتاب والسنة ومنهج السلف الصالح، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد: (١١).

(٦) ابن عابدين، رسائل ابن عابدين، ١٣٠/٢.

وهذا الضابط متحقق في هذه المسألة فقد استند العُرف المعاصر إلى أن الخسارة في الحالة المذكورة تدل على وقوع تغير من هذا المدير بالمستثمرين ، والتغير بأنواعه ، يوجب الضمان كما هو معروف فقهاً^(١)، كما استند هذا الاجتهاد أيضاً إلى الحديث الوارد عن سمرة عن النَّبِيِّ ﷺ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ»^(٢)، وبأن مدير الاستثمار مدع للخسارة، والأصل صحة دراسة الجدوى المقدمة، فبوقوع الخسارة يتمسك المدير بخلاف الأصل، فيطالب بالبينة على أن الخسارة لم تكن عن خطأ منه؛ وإن عجز عن ذلك حكم بتضمينه ، فلا يوجد في هذا العُرف الجديد وهو مدير صكوك المضاربة مخالفة للنصوص الشرعية بل هو يتفق معها لما فيه من محاربة التغير.

الضابط الثاني: أن يكون التغير قائماً حال العقد وسابقاً عليه، فلا عبرة بعرف لاحق ولا يعتبر ملزماً. إذا طرأ جديد بعد اعتبار العُرف السائد عند صدور الفعل أو القول لا يعتبر العرف ، كما لو حكمنا العُرف التجاري في توقيع الصك أو الشيك دون ذكر أي عبارة في التحويل إلى حاملها، فإذا ذهب إنسان وقبض المبلغ من المصرف ثم طرأ بعد ذلك عرف آخر لا يعتبر التوقيع كافياً في التحويل، فلا يحكم العُرف الجديد فيما مضى إنما يحكم ما كان سائداً حين التصرف^(٣)، ويقول الإمام السيوطي: «العُرف الذي تُحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر»^(٤)، وقال الإمام الشاطبي: «العوائد التي تختلف باختلاف الأعصار والأمصار، فلا يصح أن يقضى به البتة، حتى يقوم دليل على الموافقة من خارج، فإذا ذاك يكون قضاء على ما مضى بذلك الدليل لا بمجرى العادة، وكذلك في المستقبل، ويستوي في ذلك أيضاً العادة الوجودية والشرعية»^(٥).

ويتضح مما سبق بأنه لا بد للعرف الذي يراد القضاء به في حادثة معينة، وفي زمن معين لا بد له أن يكون جارياً ومعتمداً ومعمول به وقت وقوع الحادثة التي يحكم فيها وهذا متحقق في تضمين مدير الصكوك، ولذلك لا يجوز أن يحكم بعرف قديم، على ما سيكون مستقبلاً، إلا أن يكون ثابتاً مستقراً، ومما

(١) حيدر، قضية المسؤولية عن التغير، ٣١٢/١.

(٢) أخرجه الإمام أحمد في مسنده: في أحاديث (حَدِيثُ سَمُرَةَ بْنِ جُنْدُبٍ عَنِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ)، حديث رقم (٢٠٠٨٦)، ص ٢٧٧، أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م، ص ٣٣، الحكم على الحديث: «ورجال إسناد الحديث صحيح، متصل عند من يقول بسماع الحسن من سمرة، أبو عاصم، نبيل بن هاشم بن عبد الله بن أحمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد الغمري»، فتح المنان شرح وتحقيق كتاب الدارمي أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن المسمى ب: المسند الجامع، دار البشائر الإسلامية - المكتبة المكية، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م، ٣٤١/٩.

(٣) الهويميل، معدي ناصر، العرف وأثره في تكوين القاعدة القانونية، رسالة دكتوراه - جامعة أم درمان قسم الدراسات العليا- الفقه المقارن، ٢٠٠٧م، ص ١٤٥.

(٤) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٩٢.

(٥) الشاطبي، الموافقات، ٥٠٩/٢.

قاعدة: الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت ..

سبق يتبين أن العُرف ملزم، إذا ترتب عليه حق، وتوفرت فيه الشروط السابقة^(١).

الضابط الثالث: أن يكون التغير موافقاً لمقاصد الشريعة:

التدابير التي تتطلبها مصالح الناس في زمن ما إذا لم تُحقق الغرض منها في زمن آخر بسبب تغير الظروف - فإنه لا مانع شرعاً من استحداث تدابير جديدة تلائم الظروف الجديدة، وبالتالي يتغير الحكم تبعاً لذلك؛ إذ المعول عليه في ذلك هو موافقة مقاصد الشريعة في تحقيق مصالح الناس سواء بجلب المصلحة، أو دفع المفسدة وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول ﷺ لا نزل به وحي^(٢).

وهذا الضابط متحقق في المسألة و العُرف الجديد تؤيده القاعدة فهو مناسب لمقتضيات عصرنا بسبب تغير الأعراف ، فهو تكليف المباشر لعملية استثمار المال، من مضارب ونحوه، عبء إثبات عدم مسؤوليته في حال تحقق الخسارة، فيكون مسؤولاً عن الخسارة حتى يثبت عدم قيامه بما يوجب تضمينه شرعاً من إهمال أو تقصير أو مخالفة شروط ، فالرأي الجديد يختلف عن المعروف فقهاً في تحديد المطالب بالبينة، فهو في الفقه رب المال، وهو بحسب العُرف المعاصر المباشر للاستثمار، أو ما يسمى بمدير الاستثمار فهذا العُرف المعاصر إنما هو من باب دوران الأحكام مع مناطاتها، فأينما وجدت العلة وتحقق المنط في الحادثة وجد الحكم، وأينما انتفت العلة، ولم يتحقق المنط، انتفى الحكم، وليس ذلك تغييراً لحقيقة الحكم وجوهره^(٣)، فدراسة الجدوى للمشروع لم تكن موجودة سابقاً، ولكن مع تغير الظروف والعصور أصبحت من أساسيات صكوك الاستثمار المعاصرة ؛ فكانت سبباً في تغير العُرف مما يؤدي إلى تغير الحكم^(٤).

الفرع الرابع: رأي العلماء العصريين في المسألة الموافق للقاعدة^(٥):

ذهب الدكتور معبد علي الجارحي والدكتور عبد العظيم جلال أبو زيد : الى أنه بعد النظر في مسوغات هذه الاجتهادات، وظروف الاستثمار العامة وآلياته في عصرنا، نجد أن هذا الاجتهاد يمكن قبوله في الجملة إن قيد ببعض الشروط، ومؤداه أن تكون يد مدير الصكوك أمينة، فلا يضمن المال في حال الخسارة إلا أن يعجز عن إثبات عدم تقصيره في حفظه أو استثماره، وهذا تعديل طفيف على قول الفقهاء

(١) جابر، صالح محمود، القواعد الأصولية المتعلقة بالعرف، ص ١٥.

(٢) إبراهيم، محمد يسري، فقه النوازل للأقليات المسلمة «تأصيلاً وتطبيقاً»، رسالة دكتوراه في الفقه الإسلامي من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، دار اليسر، القاهرة - جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م، ٦١٤/١.

(٣) انظر: البوطي، محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٣٩٧هـ، ص ٢٤٧.

(٤) جابر، صالح محمود، القواعد الأصولية المتعلقة بالعرف، ص ١٦.

(٥) في الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، الصكوك قضايا فقهية واقتصادية، إعداد: د. معبد علي الجارحي، د. عبد العظيم جلال أبو زيد، إدارة الهيكل والتنسيق الشرعي، مصرف الإمارات الإسلامي، ص ٢١.

في يد المضارب ونحوه، لكن هذا العُرف المعاصر، من تحميل مدير الاستثمار مسؤولية رأس المال حتى يثبت العكس، ينبغي تقييده بشروط وضوابط وهي كما يلي^(١):

- أن لا يكون مدير الاستثمار قد نص بداية على عدم مسؤوليته عن إثبات براءته من الخسارة الواقعة، وأقره على ذلك رب المال وأن ينص الاتفاق أو العقد بين الطرفين على تحديد مسببات الخسارة التي لا يكون بوقوعها مدير الاستثمار مسؤولاً عن رأس المال، مثل: الاضطراب المفاجئ في الأسواق، ووقوع الأزمات المالية، والكوارث، ونحو ذلك.

- أن يحتكم إلى محكم خارجي مستقل يتمتع بالخبرة الشرعية والتجارية اللازمة للحكم في هذه المسائل؛ لتقرير مسؤولية مدير الاستثمار من عدمها.

- أن يقتصر تضمينه، في حال عجزه عن تبرئة نفسه وتحميله مسؤولية الخسارة التي وقعت حقيقة وأضررت بكل الأطراف، على رأس المال، ولا يتجاوز بذلك إلى الربح؛ لأن هذا الحكم على خلاف القياس لاعتبارات تقدمت، فلا يتوسع فيه.

- ألا يسبق تعدي مدير الصكوك أو تقصيره أو مخالفته للشروط إن وقع شيء من ذلك وكان هو سبب التضمين، طرء ما لا يمكن أن يعد هو مسؤولاً عنه، كهبوط مفاجئ في القيمة السوقية للموجودات، فهنا لا يمكن أن نضمنه رأس المال كاملاً؛ أي القيمة الاسمية للصكوك؛ لأن القيمة الاسمية للصكوك في هذه الحالة هي أعلى من قيمة الموجودات التي يضمنها مدير الصكوك، فالواجب أن يضمن مدير الصكوك في هذه الحالة القيمة السوقية لموجودات الصكوك عند وقوع التعدي أو التقصير، لا أن يضمن رأس المال كاملاً عبر ضمانه للقيمة الاسمية للصكوك، فهذا يتجاوز تحميله مسؤولية التعدي والتقصير ومخالفة الشروط.^(٢)

المطلب الثاني: المسألة الثانية: (تأخير رأس مال السلم وصلته بالقاعدة) ويحتوي على أربعة فروع:

الفرع الأول: صورة المسألة:

يجوز تأخير الدين الحال، أو المؤجل بأجل قريب إلى أجل بعيد، وأخذ مساوي الثمن أو أقل منه من جنسه؛ لأنه تسليف أو تسليف مع إسقاط البعض وهو من المعروف، وأجاز المالكية تأخير رأس المال

(١) أبو زيد، عبد العظيم، نحو صكوك إسلامية حقيقية، حقيقة الصكوك وضوابطها وقضاياها الشرعية، تاريخ قبوله للنشر: ٢٠١٠/٨/٢٢ م، ص ١٢٢.

(٢) أبو زيد، عبد العظيم، نحو صكوك إسلامية حقيقية، حقيقة الصكوك وضوابطها وقضاياها الشرعية، تاريخ قبوله للنشر: ٢٠١٠/٨/٢٢ م، ص ١٢٢.

قاعدة: الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت ..

في حدود ثلاثة أيام ولو بشرط^(١)، وأجاز المالكية تأخير رأس المال في حدود ثلاثة أيام ولو بشرط.

الفرع الثاني: مدى تحقق المعنى الإجمالي للقاعدة في التطبيق:

معنى القاعدة أن الأحكام الشرعية المستندة إلى الأعراف والعادات تدور معها وجوداً وعدماً، فإذا تغيرت الأعراف والعادات بتغير احتياجات الناس وتغير نمط الحياة بتغير الزمان والمكان والأحوال، تتغير الأحكام الشرعية التي بنيت عليها، فيحل محلها أحكام جديدة مبنية على ما استجد من أعراف وعادات؛ دفعاً للحرج والضرر عن الناس^(٢)، وما هو مقرر أصولياً أن الأحكام الشرعية تدور مع عللها وجوداً وعدماً. وإذا كان مناط الحكم الشرعي هو العرف، أو المصلحة الزمانية المرتبطة به، فإن الحكم الشرعي يتغير بتغيره، أو بتغيرها، لا محالة.

والذي يدخل في هذا النوع من الأحكام المتغيرة، هي الأحكام الاجتهادية ومسألة تأخير رأس مال السلم من هذه الأحكام، التي ارتبطت بالمصالح المتغيرة بتغير الأعراف، والأزمان، والبيئات، وهذا أصل مقرر، وهو من سنن الشارع الحكيم، وهو ما سار عليه الأئمة والتزموه في الاجتهاد التطبيقي، فقد جاء أبو البحتري إلى شريح القاضي، فقال له: «ما الذي أحدث في القضاء؟! فقال: «إن الناس قد أحدثوا فأحدثت»^(٣).

فالعرف القديم طبقاً للشروط الشرعية للسلم فالأصل تعجيل قبض رأس مال السلم في مجلس العقد وعدم جواز تأخيره مطلقاً، وإلى هذا الأصل ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية^(٤)، والشافعية^(٥) والحنابلة^(٦)، والظاهرية^(٧)، إن تأخير رأس مال السلم يجعل السلم من بيع الكالئ بالكالئ المنهي عنه^(٨).

(١) (الأبحاث، التطبيقات، الفتاوى، المصطلحات)، موسوعة فقه المعاملات، مجموعة من المؤلفين، ٦٧/٨.

(٢) انظر: معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية - مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية - منظمة التعاون الإسلامي مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ١٨٤/٨١.

(٣) ابن سعد، الطبقات الكبرى، تحقيق الدكتور علي محمد عمر، مكتبة الخانجي - القاهرة، ٢٠٠١م، ٩١/٦، انظر: الزرقاني، أبو عبد الله محمد بن عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن شهاب الدين بن محمد المالكي، شرح الزرقاني على الموطأ، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط١، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، ٥/٢.

(٤) السرخسي، المبسوط، ١٤٤/١٢، ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط٢، دار الكتاب الإسلامي، ١٧٧/٦.

(٥) الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م، ٤/٣، زكريا الأنصاري، ١٢٢/٣.

(٦) ابن مفلح، شمس الدين المقدسي أبو عبد الله محمد، الفروع، الطبعة الثانية، ١٩٦٢م، ١٨٣/٤، ابن قدامه، المغني، ٤٠٩/٦.

(٧) ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، دون طبعة، دون تاريخ، ٤٦/٨.

(٨) السرخسي، المبسوط، ١٤٤/١٢.

في قوله ﷺ أنه (نهى عن بيع الكالئ بالكالئ)^(١)، فالمسلم فيه دين في الذمة، فلو أخر تسليم رأس المال عن المجلس لكان ذلك في معنى بيع الكالئ بالكالئ^(٢)، وإن السلم عقد غرر رخص لحاجة الناس إليه، فلا يجوز أن يضاف إليه غرر آخر - وهو غرر تأخير رأس ماله -^(٣)، والمعنى المقصود من الترخيص بالسلم هو الرفق بالمسلم إليه - بتمليكه مالا عاجلاً مقابل التزامه بتسليم مبيع أجل - فإذا كان رأس المال مؤجلاً بطل معنى الترخيص به، ولذلك فإنه يشترط وصول رأس المال إليه عند العقد مباشرة^(٤)، ومعنى السلم يقتضي التسليم والقبض، فهو بيع أجل بعاجل^(٥)، والقول بتأجيل القبض يناقض معنى التسليم^(٦).

هذا وقد ذهب بعض الفقهاء وهم المالكية إلى جواز تأخير القبض إلى يومين أو ثلاثة فقالوا: «ما قارب الشيء يعطى حكمه»^(٧)، وعدوا هذا التأخير اليسير معفواً عنه فأشبهه التأخير للتشاغل بالقبض، ولأنه معاوضة لا يخرج بتأخير قبضه من أن يكون سلماً، فأشبهه ما لو تأخر إلى آخر المجلس^(٨)، فالعرف الجديد يتفق مع قول المالكية وتؤيده المصالح المتحققة لجميع الأطراف إذ لا يوجد فيها مخالفة لمقصود الشارع وهذا ما يؤكده المذهب المالكي بقولهم السابق الذكر^(٩).

والعرف الجديد مدخل في تعزيز هذا القول الذي ذهب إليه المالكية إذا كان حاجة إلى تأخير رأس مال السلم ويتصور ذلك فيما انتهت إليه ندوة البركة، وذكرت في مسألة تأجيل البدلين ما نصه: «الأصل

(١) أي التسيئة بالتسيئة، السرخسي، المبسوط، ٢٢٢/١٢.

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب: (اليوع)، ٧٢/٣، حديث رقم (٢٧٠)، علي بن عمر أبو الحسن البغدادي: سنن الدارقطني: دار المعرفة - بيروت، ١٣٨٦هـ-١٩٦٦م، تحقيق: السيد عبد الله هاشم يماني المدني، الحكم على الحديث: قال الحاكم: «حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه»، انظر: الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الأملعي في تخريج، ٤٠/٤.

(٣) ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد القرطبي (ت ٥٩٥هـ)، بداية المجتهد نهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، دون طبعة، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، ٢٠٢/٢.

(٤) الشربيني، مغني المحتاج، ٤/٣، زكريا الأنصاري، زكريا الأنصاري (ت ٩٢٦هـ)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتب الإسلامية، دون طبعة، دون تاريخ، ١٢٢/٢.

(٥) السرخسي، المبسوط، ١٤٤/١٢، ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد (ت ٩٧٠هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط ٢، دار الكتاب الإسلامي، ١٧٧/٦.

(٦) المراجع السابقة.

(٧) أنظر: جابر، صالح محمود، الاستدلال بالاستحسان الاصولي وتطبيقاته في صيغ الاستثمار الإسلامية المعاصرة، رسالة دكتوراه الجامعة الأردنية ٢٠١١م، ٨٩-٩٣.

(٨) الزركشي محمد بن بهادر بن عبد الله أبو عبد الله، المنشور في القواعد، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ، تحقيق: د. تيسير فائق أحمد محمود، ١٤٤/٣.

(٩) محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق: محمد عليش، دار الفكر، بيروت، ١٩٥/٣، القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب، ١٩٩٤م، بيروت، ٢٣٠/٥.

(١٠) أنظر: جابر، الاستدلال بالاستحسان الاصولي وتطبيقاته في صيغ الاستثمار الإسلامية المعاصرة، ٩٠.

قاعدة: الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت ..

أن تأجيل البدلين في عقود المعاوضات المالية لا يجوز؛ لأن في ذلك بيع الإنسان ما لا يملك وما ليس عنده المنهي عنه بنص الحديث إلا على وجه السلم، ولإجماع الفقهاء على منع ذلك، ولما فيه من المضاربات (المجازفات) على فروق الأسعار عند حلول الأجل، ولأنه لا يحقق مقصود أي من العاقدين، فلا يحصل المشتري على المبيع ولا يحصل البائع على الثمن، ولما فيه من الغرر^(١).

غير أنه يجوز تأجيل البدلين في حالة الضرورة بالمقدار الذي تستلزمه الأنشطة الإنتاجية والخدمية درءاً للمشقة، أي إذا توقف على ذلك تشغيل المؤسسات الإنتاجية العامة أو الخاصة في تأمين احتياجاتها من المواد اللازمة للإنتاج لفترات طويلة وكان يتعذر عليها شراء هذه المواد بثمن معجل وتخزينها لمدة طويلة^(٢)، وما تقدم من انشطه انتاجيه وخدمية تتفق مع المعنى الإجمالي للقاعدة.

الفرع الثالث: مدى تحقق الضوابط في المسألة:

الضابط الأول: أن لا يكون العُرف مخالفاً لنص من الكتاب أو السنة.

الأصل التمسك بالنص، وعدم مخالفته، وتحكيمة في كل ما يمكن تحكيمة فيه دون التحول إلى غيره^(٣)، قال تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ﴾^(٤)، وقال سبحانه: ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾^(٥) وقال عز من قائل: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ﴾^(٦).

فلا اعتداد لعرف خالف نصاً شرعياً من كل وجه، فلو تعارف الناس على شرب الخمر، أو لعب الميسر، أو خروج النساء سافرات، أو على التعامل بالربا، أو لبس الرجال بالحرير والذهب، أو نحو ذلك مما يصادم نصوصاً شرعية فلا اعتبار له، إذ المصلحة الحقيقية في مراعاة النصوص الشرعية لا في مخالفتها كما أنه لا مصلحة إطلاقاً فيما حرمه الله تعالى ورسوله - صلى الله عليه وسلم -، ولو لم يكن هناك احترام والتزام وتقييد بالنصوص الشرعية لما بقي لها معنى، ولأصبحت الأهواء والشهوات هي المقدمة على النصوص، كما أن النصوص الشرعية هي المصدر للأحكام الشرعية، ومنها تستمد الأحكام، وبها يعرف

(١) أنظر: جابر، الاستدلال بالاستحسان الأصولي وتطبيقاته في صيغ الاستثمار الإسلامية المعاصرة، ٩١

(٢) أنظر: أبو غدة، عبد الستار، قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م، مجموعة البركة المصرفية - السعودية، ص ١٤٧، أنظر: جابر، الاستدلال بالاستحسان الأصولي وتطبيقاته في صيغ الاستثمار الإسلامية المعاصرة، ٨٩-٩٣

(٣) إبراهيم، محمد يسري، فقه النوازل للأقليات المسلمة «تأصيلاً وتطبيقاً»، رسالة دكتوراه في الفقه الإسلامي من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، دار اليسر، القاهرة-جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، ١٤٣٤هـ-٢٠١٣م، ٦١٢/١.

(٤) المائدة: ٤٩.

(٥) النساء: ٥٩.

(٦) الأحزاب: ٣٦.

شرعية غيرها من عدمه^(١).

ومما سبق يفهم بأن معارضة العُرف للنص إذا كانت من كل وجه فهو مرفوض باتفاق ؛ لأن التعامل بخلاف النص لا يعتبر، وإذا لم تكن المعارضة من كل وجه فيعمل بالعرف والنص معاً وهذا متحقق في مسألة تأخير راس مال السلم لمدة ثلاث أيام، ويكون العرف مخصصاً للنص العام لا مبطلاً له، وتخصيص النص بالعُرف العام محل اتفاق في هذه الحالة وهذا ما يؤكد ابن عابدين بقوله: «إن لم يخالفه من كل وجه بأن ورد الدليل عاماً والعُرف خالفه في بعض أفرادهِ أو كان الدليل قياساً، فإن العُرف معتبر إن كان عاماً، فإن العُرف العام يصلح مخصصاً ويترك به القياس كما صرحوا به في مسألة الاستصناع ودخول الحمام والشرب من السقا»^(٢).

الضابط الثاني: أن يكون التغير قائماً حال العقد وسابقاً عليه، فلا عبرة بعرف لاحق ولا يعتبر ملزماً. إذا طرأ جديد بعد اعتبار العُرف السائد عند صدور الفعل أو القول لا يعتبر العُرف، كما لو حكمنا العرف التجاري في توقيع الصك أو الشيك دون ذكر أي عبارة في التحويل إلى حاملها، فإذا ذهب إنسان وقبض المبلغ من المصرف ثم طرأ بعد ذلك عرف آخر لا يعتبر التوقيع كافياً في التحويل، فلا يحكم العُرف الجديد فيما مضى إنما يحكم ما كان سائداً حين التصرف^(٣)، وقال الإمام السيوطي: «العُرف الذي تُحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر»^(٤)، وقال الإمام الشاطبي: «العوائد التي تختلف باختلاف الأعصار والأمصار، فلا يصح أن يقضى به البتة، حتى يقوم دليل على الموافقة من خارج، فإذا ذاك يكون قضاء على ما مضى بذلك الدليل لا بمجرى العادة، وكذلك في المستقبل، ويستوي في ذلك أيضاً العادة الوجودية والشرعية»^(٥).

ويتضح مما سبق تحقق هذا الضابط في هذه المسألة؛ لأنه لا بد للعرف الذي يراد القضاء به في حادثة معينة، وفي زمن معين لا بد له أن يكون جارياً ومعتمداً ومعمول به وقت وقوع الحادثة التي يحكم فيها، ولذلك لا يجوز أن يحكم بعرف قديم، على ما سيكون مستقبلاً، إلا أن يكون ثابتاً مستقراً^(٦).

(١) الديلمي، عبد الوهاب بن لطف، ضوابط الفتوى في ضوء الكتاب والسنة ومنهج السلف الصالح، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد: (١١).

(٢) ابن عابدين، رسائل ابن عابدين، ١٣٠/٢.

(٣) الهويمل، معدي ناصر، العرف وأثره في تكوين القاعدة القانونية، رسالة دكتوراه - جامعة أم درمان قسم الدراسات العليا - الفقه المقارن، ٢٠٠٧م، ص ١٤٥.

(٤) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٩٢.

(٥) الشاطبي، الموافقات، ٥٠٩/٢.

(٦) جابر، صالح محمود، القواعد الأصولية المتعلقة بالعرف، ص ١٥.

قاعدة: الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت ..

الضابط الثالث: أن يكون التغير موافقاً لمقاصد الشريعة:

التدابير التي تتطلبها مصالح الناس في زمن ما إذا لم تُحقق الغرض منها في زمن آخر بسبب تغير الظروف - فإنه لا مانع شرعاً من استحداث تدابير جديدة تلائم الظروف الجديدة وتأخير قبض رأس المال لمدة ثلاث أيام عملاً بقول المالكية هو من هذا القبيل، وبالتالي يتغير الحكم تبعاً لذلك؛ إذ المعول عليه في ذلك هو موافقة مقاصد الشريعة في تحقيق مصالح الناس سواء بجلب المصلحة، أو دفع المفسدة وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول ﷺ لا نزل به وحياً^(١).

وبناءً على ما تقدم في مسألة جواز تأجيل رأس مال السلم يومين أو ثلاثة، يلاحظ أنه لا يوجد فيها مخالفة لمقصد الشارع بشرط الالتزام بضوابطها الآتي ذكرها في رأي العلماء العصريين، فهذه مصالح لا بد من مراعاتها في الحكم على هذا العقد، فعدم اعتبار مثل هذه المصالح ينبني عليه آثار عكسية وسلبية تؤثر على عقد السلم، فهو عرف متفق مع مقاصد الشارع ولا يخالفها ولكن ضمن شروط لا بد من الالتزام بها خشية أن يصبح عرف مخالف لمقاصد الشارع ويحكم عليه بالبطلان حين إذ.

الفرع الرابع: رأي العلماء العصريين في المسألة الموافق للقاعدة:

ما انتهت إليه ندوة البركة، وذكرت في مسألة تأجيل البدلين ما نصه: «الأصل أن تأجيل البدلين في عقود المعاوضات المالية لا يجوز؛ لأن في ذلك بيع الإنسان ما لا يملك وما ليس عنده المنهي عنه بنص الحديث إلا على وجه السلم، ولإجماع الفقهاء على منع ذلك، ولما فيه من المضاربات (المجازفات) على فروق الأسعار عند حلول الأجل، ولأنه لا يحقق مقصود أي من العاقدين، فلا يحصل المشتري على المبيع ولا يحصل البائع على الثمن، ولما فيه من الغرر.

غير أنه يجوز تأجيل البدلين في حالة الضرورة بالمقدار الذي تستلزمه الأنشطة الإنتاجية والخدمية درأً للمشقة، أي إذا توقف على ذلك تشغيل المؤسسات الإنتاجية العامة أو الخاصة في تأمين احتياجاتها من المواد اللازمة للإنتاج لفترات طويلة وكان يتعذر عليها شراء هذه المواد بثمن معجل وتخزينها لمدة طويلة.

وكما يجري هذا بالنسبة للحصول على المواد اللازمة للإنتاج فإنه يجري بالنسبة لعملية التسويق للمنتجات، لتعذر إيجاد مشترين يقومون بسداد جميع الثمن لما يشترونه من كميات كبيرة لمدد طويلة^(٢).

(١) إبراهيم، محمد يسري، فقه النوازل للأقليات المسلمة «تأصيلاً وتطبيقاً»، رسالة دكتوراه في الفقه الإسلامي من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، دار اليسر، القاهرة - جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م، ٦١٤/١.

(٢) أبو غدة، عبد الستار، قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م، مجموعة البركة المصرفية - السعودية، ص ١٤٧.

غير أنه لا بد من توافر جميع الضوابط التي يؤمن معها إساءة استعمال هذا العُرف ومن تلك الضوابط ما يأتي^(١):

- أن ينص في العقد المؤجل البدلين على وجوب تسليم البدلين فعلاً عند الأجل.
- أن لا يجري تداول العقد المؤجل البدلين، وألاّ يصار إلى إجراء المقاصة بالاكْتفاء بحصول أحد المتعاقدين على فرق السعر عند حلول الأجل بدلاً من الالتزام بالتسليم.
- أن ينحصر استخدام هذه الرخصة في مجال الإنتاج وليس لمجرد المتاجرة وتداول الأيدي بين التجار رغبة في تحقيق الأرباح.
- ألا يتصادم ذلك مع قواعد وضوابط عقد السلم في الأحوال المعتادة.
- ألا تستخدم هذه الرخصة في بيع النقود في الأعمال المصرفية وغيرها.
- ألا تكون مدة التأخير مساوية أو زائدة عن الأجل المحدد للسلم^(٢)؛ وذلك لكي لا تصبح هذه المعاملة بيع الكالئ بالكالئ^(٣)، وألا تكون ذريعة وتحايلاً على الربا^(٤).

المطلب الثالث: المسألة الثالثة: (التنضيض الحتمي بدلاً من التنضيض الحقيقي) ويحتوي على أربعة فروع:

الفرع الأول: صورة المسألة:

هو تقويم الموجودات من عروض وديون بقيمتها النقدية لتحديد أو توزيع أرباح المضاربة المشتركة أو الشركات بوجه عام^(٥)، فهو تقويم أحوال المضاربة في نهاية الفترة المتفق عليها (كسنة أو شهر أو أقل من ذلك أو أكثر) واعتماد ذلك التقويم أساساً لتوزيع الأرباح ورد رأس مال من يرغب من أرباب المال بدون تصفية فعلية للمضاربة. وربما تكون تلك الأصول استثمارات في مشروعات مختلفة أو سلعا أو منشآت عقارية أو ديوناً، ويكثر استخدام هذه الطريقة في البنوك الإسلامية في الودائع الاستثمارية وفي

(١) أبو غدة، قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي، ص ١٤٨.

(٢) مجمع الفقه الإسلامي (منظمة المؤتمر الإسلامي)، العدد التاسع، ٣٧١/٨.

(٣) أي التَّسَيُّةُ بِالتَّسَيَّةِ، السرخسي، المبسوط، ٢٢٢/١٢.

(٤) انظر: ابن قدامة، قدامه، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي أبو محمد (ت ٦٢٠هـ)، الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م، ٦٢/٢، النووي، أبو زكريا محيي الدين بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ)، المجموع شرح المذهب، مطبعة التضامن الأخوي، القاهرة، ١٣٤٤هـ-١٣٤٧هـ، ١٤٤/١٣، البعلي، عبد الحميد محمود (بلا)، أدوات الاستثمار في المصارف الإسلامية، الديوان الأميري، الكويت، ١٣٣/١، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (٢٠٠٧م)، المعايير الشرعية، المنامة البحرين، ص ١٦٨.

(٥) الطيار وآخرون، عبد الله بن محمد، عبد الله بن محمد المطلق، محمّد بن إبراهيم الموسى، الفقه الميسّر، مَدَار الوطن للنشر، الرياض - المملكة العربية السعودية، ط ٢، ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م، ٧٦/١٠.

قاعدة: الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت ..

صناديق الاستثمار التي تديرها البنوك وذلك لتحقيق الاستمرارية في نشاط المصرف ومعالجة مشكلة عدم التوافق في مدد الأصول والخصوم^(١).

الفرع الثاني: مدى تحقق المعنى الإجمالي للقاعدة في التطبيق:

المعنى الإجمالي للقاعدة متحقق في المسألة إذ الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت وتبطل معها إذا بطلت، فلو تغيرت العادة وهنا تغيرت العادة من التنضيض الحقيقي الى التنضيض الحكمي يحمل التنضيض على ما تجددت العادة بها، دون ما قبلها، وعلى هذا القانون تراعى الفتاوى على طول الأيام، فمهما تجدد العرف فاعتبره، ومهما سقط فأسقطه ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمره، بل إذا جاء رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك لا تُجره على عرف بلدك، واسأل عن عرف بلده وأجره عليه وأفته به دون عرف بلدك والمقرر في كتبك، فهذا هو الحق الواضح، والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين^(٢).

معنى القاعدة أن الأحكام الشرعية المستندة إلى الأعراف والعادات تدور معها وجوداً وعدماً، فإذا تغيرت الأعراف والعادات بتغير احتياجات الناس وتغير نمط الحياة بتغير الزمان والمكان والأحوال، تتغير الأحكام الشرعية التي بنيت عليها، فيحل محلها أحكام جديدة مبنية على ما استجد من أعراف وعادات؛ دفعا للحرج والضرر عن الناس^(٣)، وهذا متحقق في استبدال التنضيض الحقيقي بالتنضيض الحكمي وما هو مقرر أصولياً أن الأحكام الشرعية تدور مع عللها وجوداً وعدماً، وإذا كان مناط الحكم الشرعي الاجتهادي هو العرف، أو المصلحة المرتبطة به زماناً أو مكاناً؛ فإن الحكم الشرعي يتغير بتغيره^(٤).

الفرع الثالث: مدى تحقق الضوابط في المسألة:

الضابط الأول: أن لا يكون العرف مخالفاً لنص من الكتاب أو السنة:

الأصل التمسك بالنص، وعدم مخالفته، وتحكيمه في كل ما يمكن تحكيمه فيه دون التحول إلى غيره^(٥)، قال تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد ٩، ص ٥٥٦.

(٢) انظر بتصرف: القرافي، الفروق، ٣١٤/١.

(٣) انظر: معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية - مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية - منظمة التعاون الإسلامي مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ١٨٤/٨١.

(٤) انظر بتصرف: جابر، صالح محمود، الاستدلال بالاستحسان الأصولي وتطبيقاته في صيغ الاستثمار الإسلامية المعاصرة، رسالة دكتوراة الجامعة الأردنية ٢٠١١م، ص ١٠٨.

(٥) إبراهيم، محمد يسري، فقه النوازل للأقليات المسلمة «تأصيلاً وتطبيقاً»، رسالة دكتوراه في الفقه الإسلامي من كلية الشريعة

أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ^(١)، وقال سبحانه: ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾^(٢) وقال عز من قائل: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ﴾^(٣).

فلا اعتداد لعرف خالف نصاً شرعياً من كل وجه، فلو تعارف الناس على شرب الخمر، أو لعب الميسر، أو خروج النساء سافرات، أو على التعامل بالربا، أو لبس الرجال بالحرير والذهب، أو نحو ذلك مما يصادم نصوصاً شرعية فلا اعتداد به، إذ المصلحة الحقيقية في مراعاة النصوص الشرعية لا في مخالفتها كما أنه لا مصلحة إطلاقاً فيما حرمه الله تعالى ورسوله ﷺ، وإلا أصبح الهوى والشهوة مقدمين على النص، ولأصبح الحكم لهما^(٤).

ويتبين مما سبق أن معارضة العرف للنص إذا كانت من كل وجه فهو مرفوض باتفاق، كتعامل كثير من الناس بالربا فهو عرف ولكنه لا يحل به الربا، أما إذا لم تكن المعارضة من كل وجه فيعمل بالعرف من باب تخصيصه للنص^(٥)، قال ابن عابدين: «إن لم يخالفه من كل وجه بأن ورد الدليل عاماً والعرف خالفه في بعض أفراده أو كان الدليل قياساً، فإن العرف معتبر إن كان عاماً، فإن العرف العام يصلح مخصصاً ويترك به القياس كما صرحوا به في مسألة الاستصناع ودخول الحمام والشرب من السقا»^(٦).

الضابط الثاني: أن يكون التغير قائماً حال العقد وسابقاً عليه، فلا عبرة بعرف لاحق ولا يعتبر ملزماً:

إذا طرأ جديد بعد اعتبار العرف السائد عند صدور الفعل أو القول لا يُعتد بالعرف، كما لو حكمنا العرف التجاري في توقيع الصك أو الشيك دون ذكر أي عبارة في التحويل إلى حاملها، فإذا ذهب إنسان وقبض المبلغ من المصرف ثم طرأ بعد ذلك عرف آخر لا يعتبر التوقيع كافياً في التحويل، فلا يحكم العرف الجديد فيما مضى إنما يحكم ما كان سائداً حين التصرف^(٧)، وقال الإمام السيوطي: «العرف الذي تُحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر»^(٨)، وقال الإمام الشاطبي: «العوائد التي تختلف باختلاف الأعصار والأمصار، فلا يصح أن يقضى به البتة، حتى يقوم دليل على الموافقة من خارج، فإذا

والقانون بجامعة الأزهر، دار البسر، القاهرة - جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م، ٦١٢/١.

(١) المائدة: ٤٩.

(٢) النساء: ٥٩.

(٣) الأحزاب: ٣٦.

(٤) الديلمي، عبد الوهاب بن لطف، ضوابط الفتوى في ضوء الكتاب والسنة ومنهج السلف الصالح، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد: (١١).

(٥) أنظر بتصرف: جابر، الاستدلال بالاستحسان الأصولي وتطبيقاته في صيغ الاستثمار الإسلامية المعاصرة، ص ١٠٦.

(٦) ابن عابدين، رسائل ابن عابدين، ١٣٠/٢.

(٧) الهويميل، معدي ناصر، العرف وأثره في تكوين القاعدة القانونية، رسالة دكتوراه - جامعة أم درمان قسم الدراسات العليا -

الفقه المقارن، ٢٠٠٧م، ص ١٤٥.

(٨) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٩٢.

قاعدة: الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت ..

ذاك يكون قضاء على ما مضى بذلك الدليل لا بمجرى العادة، وكذلك في المستقبل، ويستوي في ذلك أيضاً العادة الوجودية والشرعية»^(١).

ويتبين مما سبق أن العرف الذي يراد القضاء به في حادثة معينة، وفي زمن معين لا بد أن يكون جارياً ومعمولاً به وقت وقوع الحادثة وهذا متحقق في جواز التنضيض الحكمي بدلا من الحقيقي، فلا يجوز أن يحكم بعرف قديم، فالعرف ملزم، إذا ترتب عليه حق، وتوفرت فيه الشروط^(٢).

الضابط الثالث: أن يكون التغير موافقاً لمقاصد الشريعة:

لا مانع من استحداث تدابير جديدة الظروف المستجدة التي تقتضيها مصالح الناس إذا كانت مما يدور مع عرفهم وتتغير بتغيره. ويدخل ذلك في جليب المصالح للناس ودفع المفاسد عنهم وهو مقصد الشارع من تشريع الأحكام، وإن لم يضعه الرسول ﷺ لا نزل به وحي^(٣).

الفرع الرابع: رأي العلماء العصريين في المسألة الموافق للقاعدة :

أولاً: ندوة البركة : ما يؤيد العمل بالقاعدة ، ما ذهبت إليه ندوة البركة:

- في حال المضاربة المشتركة المستمرة لا غنى عن التنضيض الحكمي «التقويم» لاختلاف مواعيد التخارج حيث لا يتزامن دخول وخروج أرباب المال - أصحاب حسابات الاستثمار، أو المشاركين في الصناديق المدارة بالمضاربة - فضلاً عن الحاجة إلى التنضيض الحكمي عند إعادة هيكلة المؤسسات المراد إصلاحها أو في حالات اندماج المؤسسات.

- للتنضيض الحكمي بطريقة التقويم في الفترات الدورية خلال مدة عقد المضاربة حكم التنضيض الفعلي لمال المضاربة شريطة أن يتم التقويم وفقاً للمعايير المحاسبية الواضحة والمنضبطة.

- يجوز شرعاً توزيع الأرباح التي يظهرها التقويم كما يجوز تحديد أسعار تداول الوحدات بناء على هذا التقويم»^(٤).

(١) الشاطبي، الموافقات، ٥٠٩/٢.

(٢) جابر، صالح محمود، القواعد الأصولية المتعلقة بالعرف، ص ١٥.

(٣) إبراهيم، محمد يسري، فقه النوازل للأقليات المسلمة «تأصيلاً وتطبيقاً»، رسالة دكتوراه في الفقه الإسلامي من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، دار اليسر، القاهرة - جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م، ٦١٤/١.

(٤) قرارات وتوصيات ندوة البركة، ص ٦٠.

ثانياً : ذهب إلى هذا الرأي بعض العلماء العصريين منهم الدكتور صالح محمود جابر، والدكتور منصور مقدادي والدكتور نبيل مغايرة : فقالوا: لا بد من التنضيق الحقيقي لرأس مال المضاربة؛ لكن أصبح ذلك عسيراً في المعاملات المصرفية، فقالوا بالتنضيق الحكمي (التقديري) بديلاً^(١).
ومن هنا، فالقول بعدم جواز التنضيق الحكمي يؤدي إلى حرج، وهذا يناقض مصالح الناس فيباح لدفع الحرج^(٢).

(١) مقدادي، منصور ونبيل مغايرة، محاسبة شركة المضاربة في الفقه الإسلامي، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد السادس العدد الثالث، ٢٠١٠م، ص ٩٨.

(٢) جابر، الاستدلال بالاستحسان الأصولي وتطبيقاته في صيغ الاستثمار الإسلامية المعاصرة، ص ١٠٨.

الخاتمة

وتضمنت أهم النتائج والتوصيات :

أولاً: النتائج : من أبرز الاستنتاجات في هذه الدراسة ما يلي:

- تنفيذ القاعدة أنّ الأحكام الشرعية المستندة إلى العرف أو العادة تدور معه وجوداً وعدماً.
- هذه القاعدة ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع.
- أظهرت الدراسة أهم ضوابط هذه القاعدة وهي:
- أ- أن لا يكون العرف مخالفاً لنص من الكتاب والسنة.
- ب- أن يكون تغير العرف قائماً حال العقد وسابقاً عليه، فلا عبرة بعرف لاحق ولا يعتبر ملزماً.
- ج- أن يكون تغير العرف موافقاً لمقاصد الشريعة.
- أبرزت الدراسة الأثر التطبيقي لهذه القاعدة من خلال الأمثلة التطبيقية في الدراسة.

ثانياً: التوصيات :

ويوصي الباحث بدراسة مزيد من القواعد التي تعالج القضايا العصرية والنوازل المستجدة.

قائمة المصادر والمراجع

- إبراهيم، محمد يسري، فقه النوازل للأقليات المسلمة تأصيلاً وتطبيقاً، دار اليسر، القاهرة، مصر، ط١، ١٤٣٤هـ-٢٠١٣م.
- ابن حنبل، أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.
- الأزهري، محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي أبو منصور (ت ٣٧٠هـ)، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط١، ٢٠٠١م.
- الأمدي، علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، علق عليه: عبد الرزاق عفيفي المكتب الإسلامي، دمشق - بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٢هـ.
- الأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري (ت ٩٢٦هـ)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتب الإسلامي، دون طبعة، دون تاريخ.
- البخاري، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة أبو عبدالله، صحيح البخاري، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م.
- بدر الدين، عماري، العُرف وأثره في تغير الفتوى، دراسة تحليلية تطبيقية، بحث منشور، جامعة وهران، أحمد بن بله، الجزائر، مختبر الدراسات القرآنية والمقاصدية، مجلة التربية واللغات، المجلد ١٩، العدد ٢، ٢٠٢٠م.
- بطل، أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (ت ٤٤٩هـ)، شرح صحيح البخاري، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، السعودية، الرياض، ط٢، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م.
- البعلي، عبد الحميد محمود (بلا)، أدوات الاستثمار في المصارف الإسلامية، الديوان الأميري، الكويت.
- البورنو، محمد صدقي بن أحمد بن محمد، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط٤، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م.
- البوطي، محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٣٩٧هـ.
- البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، ١٤١٤-١٩٩٤م.

- قاعدة: الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت ..
- الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى (ت ٢٧٩هـ)، كتاب الجامع الكبير (سنن الترمذي)، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٦م.
- جابر، صالح محمود، الاستدلال بالاستحسان الأصولي وتطبيقاته في صيغ الاستثمار الإسلامية المعاصرة، رسالة دكتوراه الجامعة الأردنية ٢٠١١م.
- جابر، صالح محمود، القواعد الأصولية المتعلقة بالعرف وتطبيقاتها في صيغ الاستثمار المعاصرة ودراسة أصولية تطبيقية معاصرة، بحث منشور، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤٤، العدد ١٧٢٠١٧م.
- الجارحي وآخرون، معبد علي الجارحي، عبد العظيم جلال أبو زيد، الصكوك قضايا فقهية واقتصادية، إدارة الهيكلة والتنسيق الشرعي، مصرف الإمارات الإسلامية في الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة.
- جلال الدين محمد بن أحمد بن محمد بن إبراهيم المحلي الشافعي (ت ٨٦٤هـ)، شرح الورقات في أصول الفقه، قدّم له وحققه وعلّق عليه: الدكتور حسام الدين بن موسى عفانة، جامعة القدس، فلسطين، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.
- جميل، أحمد، الدور التنموي للبنوك الإسلامية دراسة نظرية تطبيقية، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير بالخروبة - جامعة الجزائر، ٢٠٠٥-٢٠٠٦م.
- حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلي بالآثار، تحقيق: عبدالغفار سليمان البنداري، دون طبعة، دون تاريخ.
- حيدر، علي، قضية المسؤولية عن التغير، بيروت - لبنان، دار الكتب العلمية، ١٩٩٣م.
- خلدون، عبدالرحمن بن محمد بن خلدون الحضرمي (ت ١٤٠٦هـ)، المقدمة، ط١، المكتبة التجارية.
- الدارقطني، علي بن عمر أبو الحسن البغدادي، سنن الدارقطني، تحقيق: السيد عبد الله هاشم يماني المدني، دار المعرفة - بيروت، ١٣٨٦هـ-١٩٦٦م.
- الدسوقي، محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق محمد عlish، دار الفكر - بيروت.
- الديلمي، عبد الوهاب بن لطف، ضوابط الفتوى في ضوء الكتاب والسنة ومنهج السلف الصالح، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد: (١١).
- الرازي، أبو عبدالله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي، المحصول، تحقيق: طه جابر العلواني، مؤسسة الرسالة، ط٣، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
- الرازي، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي (ت ٦٦٦هـ)، مختار الصحاح، باب ح ك م، تحقيق: يوسف الشيخ محمد المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، الطبعة:

الخامس، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.

رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد القرطبي (ت ٥٩٥هـ)، بداية المجتهد نهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، دون طبعة، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.

رضا، محمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين بن محمد بهاء الدين (ت ١٣٥٤هـ)، تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٠م.

الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: جماعة من المختصين، وزارة الإرشاد والأنباء في الكويت - المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب بدولة الكويت.

الزرقاني، أبو عبدالله محمد بن عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن شهاب الدين بن محمد المالكي، شرح الزرقاني على الموطأ، تحقيق: طه عبدالرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط ١، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.

الزركشي، محمد بن بهادر بن عبد الله أبو عبد الله، المتثور في القواعد، تحقيق: د. تيسير فائق أحمد محمود، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ.

زيد، عبد العظيم، نحو صكوك إسلامية حقيقية، حقيقة الصكوك وضوابطها وقضاياها الشرعية، تاريخ قبوله للنشر: ٢٠١٠/٨/٢٢م.

الزيلي، فخر الدين عثمان بن علي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، ط ١، ١٣١٤هـ.

الزيلي، فخر الدين عثمان بن علي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب الإسلامية، ١٣١٣هـ، القاهرة.

السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (ت ٤٨٣هـ)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م.

سعد، الطبقات الكبرى، تحقيق: الدكتور علي محمد عمر، مكتبة الخانجي - القاهرة، ٢٠٠١م.

سنة، أحمد فهمي، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ١٤١٢هـ.

السيوطي، جلال الدين عبدالرحمن، (ت ٩١١هـ)، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.

الشاطبي، أبو اسحق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي، (ت ٧٩٠هـ)، الموافقات، تحقيق: أبو عبدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط ١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.

الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني (ت ٩٧٧هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق: علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ط ١،

- قاعدة: الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت ..
- ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.
- الشيرازي، أبو اسحق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي (ت ٤٧٦هـ)، التبصرة في أصول الفقه، تحقيق: محمد حسن هيتو، دار الفكر، دمشق، ط١، ١٩٨٠م.
- الصاوي، أحمد، بلغة السالك لأقرب المسالك، تحقيق: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م، لبنان - بيروت.
- طارق، زراري، موقع قاعدة الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان والأحوال في السياسة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة، رسالة ماجستير، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، معهد العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، ١٤٤٠-١٤٤١هـ، ٢٠١٨-٢٠١٩م.
- الطوفي، سليمان بن عبد القوي ابن الكريم، أبو الربيع نجم الدين (ت ٧١٦هـ)، شرح مختصر الروضة، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م.
- الطيّار وآخرون، عبد الله بن محمد، عبد الله بن محمد المطلق، محمّد بن إبراهيم الموسى، الفقه الميسّر، مَدَار الوطن للنشر، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الثانية، ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م.
- عابدين، محمد أمين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي، ط٢، ١٣٨٦هـ-١٩٦٦م.
- عابدين، محمد أمين، رسالة نور العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، رسائل ابن عابدين، طبعة الاستانة.
- عبد، صلاح أنور، مصادر التشريع في فقه النوازل وتطبيقاتها الفقهية المعاصرة، بحث منشور، مجلة البحوث والدراسات الإسلامية، العدد ٦٧.
- غدة، عبد الستار، قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م، مجموعة البركة المصرفية - السعودية.
- فارس، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي أبو الحسين (ت ٣٩٥هـ)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.
- قدامه، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه أبو محمد، المغني، تحقيق: طه الزيني، ومحمود عبد الوهاب فايد، وعبد القادر عطا، ومحمود غانم غيث، مكتبة القاهرة، ط١، ١٣٨٩هـ - ١٩٦٩م.
- قدامه، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي أبو محمد (ت ٦٢٠هـ)، الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.
- القراقي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، (ت ٦٨٤هـ)، أنوار البروق في أنواء الفروق، عالم الكتب، دون طبعة، دون تاريخ.

- القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، دار البشائر الإسلامية، بيروت - لبنان، ط ٢، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.
- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب ١٩٩٤م - بيروت.
- القرضاوي، يوسف، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ١، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
- القيم، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار عطاءات العلم، الرياض، الطبعة الرابعة، ١٤٤٠هـ - ٢٠١٩م.
- القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي، أبو عبد الله، إغاثة اللهفان من مصائد الشرطان، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت، ط ٢، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م.
- القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين، (ت ٥٧٥هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٠هـ - ١٩٩١م.
- الكاساني، علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، ١٩٨٢م، بيروت.
- ماجة، أبو عبد الله محمد يزيد ابن ماجة الربعي، (٢٠٩هـ - ٢٧٣هـ)، تحقيق: عصام موسى هادي، دار الصديق للنشر، الجبيل، السعودية، ط ٢، ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م، حديث رقم ٢٥٠٤.
- ماجة، أبو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة القزويني (٢٠٩ - ٢٧٣هـ)، سنن ابن ماجه، باب ضالة الإبل والبقر والغنم، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد - محمد كامل قره بللي - عبد اللطيف حرز الله، دار الرسالة العالمية، ط ١، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.
- مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، تصدر عن منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة، العدد ٩.
- مجمع الفقه الإسلامي (منظمة المؤتمر الإسلامي)، العدد التاسع.
- معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية - مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية - منظمة التعاون الإسلامي مجمع الفقه الإسلامي الدولي.
- مفلح، شمس الدين المقدسي أبو عبد الله محمد (٧٦٣هـ)، الفروع، الطبعة الثانية، ١٩٦٢م.
- مقدادي، منصور ونبيل مغايرة، محاسبة شركة المضاربة في الفقه الإسلامي، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد السادس العدد الثالث، ٢٠١٠م.
- نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد (ت ٩٧٠هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط ٢، دار الكتاب الإسلامي.
- نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، (ت ٩٧٠هـ)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط ١، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.

قاعدة: الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت ..

الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت .
الهويميل، معدي ناصر، العُرف وأثره في تكوين القاعدة القانونية، رسالة دكتوراه - جامعة أم درمان قسم
الدراسات العليا - الفقه المقارن، ٢٠٠٧ م .

هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (٢٠٠٧م)، المعايير الشرعية، المنامة، البحرين.
الورقي، سعود بن عبد الله، العُرف وتطبيقاته المعاصرة، بحث منشور على الشبكة العنكبوتية .
الأبحاث، التطبيقات، الفتاوى، المصطلحات، موسوعة فقه المعاملات، مجموعة من المؤلفين.

<http://www.islamfeqh.com/Nawazel/NawazelItem.aspx>

