الفصل الأول

الفصل التمهيدي

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد: فإنه لا يخفى على الناظر في فروع الشريعة ما تتميز به من الشمولية والتفصيل، وكثرة الجزئيات الفرعية التي تعود إلى كليات أصولية أو فقهية تندرج تحتها لتُعطى بعد ذلك حكماً واحداً يلمّ شملها، ويجمع شتاتها.

وفي تراثنا الفقهي الكبير اعتنى العلماء من كافة المذاهب الفقهية بالتأصيل والتقعيد من خلال إرجاع الفروع الفقهية إلى دلائلها الكلية، أو من خلال جمع شتات الفروع الفقهية من كافة أبواب الفقه الإسلامي وضمها تحت حكم أغلبي ينطبق عليها جميعاً، وهذا الأخير يمثل علم القواعد الفقهية.

ومن خلال تتبُّع ما سطره أهل العلم حول علم القواعد الفقهية قديماً وحديثاً، سيظهر لنا وبجلاء حجم العناية والاهتمام بهذا العلم، والثروة العلمية الكبيرة في المدونات والكتب المختصة في هذا المجال الفقهي المهم.

وفي زماننا المعاصر نزلت في ساحات المسلمين نوازل فقهية متنوعة في كافة مجالاتهم الحياتية، اجتهد الفقهاء المعاصرون في بيان حكمها المناسب من خلال مصادر التشريع، أو تخريجها على الأحكام السابقة،

وفي تراثنا الفقهي الواسع أعدادٌ كبيرة جداً من القواعد والضوابط الفقهية المؤثرة في أحكام هذه المسائل المعاصرة، حيث تندرج هذه الفروع المعاصرة تحت حكم أغلبي يُعرف من خلاله حكم هذا الفرع.

ولعل من أشهر القواعد الفقهية التي تم تداولها في هذا العلم وهي أحد القواعد الفقهية الخمس قاعدة: "العادة محكّمة"، حيث تفرعت تحتها عشرات القواعد الفقهية الفرعية والضوابط الفقهية، وأثّرت في آلاف المسائل الفقهية في كافة أبواب الفقه المدونة في التراث الفقهي، ولا يزال لها أثر كبير وبالغ في المسائل والنوازل الفقهية المعاصرة.

والجدير بالذكر أن مجال العرف والعادة يشترك الكلام فيه بين المجال الأصولي والمجال الفقهي، ففي علم أصول الفقه تأتي قاعدة: تخصيص العام بالعرف، والأصل في العادات الإباحة، وهي قواعد أصولية متعلقة بالتشريع والدليل الشرعي، في حين أن مجال القواعد الفقهية يتعلق بالفروع الفقهية المندرجة تحت القاعدة الفقهية الكلية، والتي تشترك في الحكم المنصوص عليه في القاعدة، وتتعلق بفعل المكلف، نحو: "استعمال الناس حجة"، و"المعروف بين التجار كالمشروط بينهم"، و"مطلق الكلام محمول على المتعارف" [1] وغيرها من القواعد.

إن تعدّد القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف والعادة وتنوعها يدفع إلى الاهتمام بها من حيث الفهم والتطبيق، ويدعو إلى الاستفادة منها في كشف المجالات الفقهية المعاصرة التي تتأثر كثيراً بالأعراف والعادات كالمعاملات المالية المعاصرة، فمن خلال استقراء الموسوعات المختصة بالقواعد الفقهية[2] نجد أن القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف تجاوزت العشرين قاعدة، ما بين قاعدة مقيِّدة أو مكمِّلة أو متفرعة، أضف إلى

[1] وسيأتي بيان هذه القواعد وتوثيقها في البحث.

[2] كموسوعة القواعد الفقهية للغزي، ومعلمة زايد للقواعد الأصولية والفقهية، وموسوعة القواعد الفقهية في المعاملات المالية للندوي.

ذلك الضوابط الفقهية المتعلقة بالعرف والتي ترتبط بباب فقهي واحد كقولهم في باب الوقف: "ألفاظ الواقفين تحمل على عرفهم"، أما في المجال التطبيقي الفقهي فأبواب المعاملات المالية تتأثر تأثراً واضحاً بالقواعد الفقهية المتعلقة بالعرف، فنجد قواعد العرف مؤثرة في مسائل القبض الحكمي المتعلقة بالمصارف، ومسائل اعتبار الحقوق المعنوية للشركات والأفراد، ومسائل ما يدخل في المبيع من عقارات، ومسائل ضابط الانتفاع بالعين المؤجرة وغيرها من التطبيقات المالية.

لأجل ما سبق فإن البحث في الأثر الفقهي للقواعد الفقهية المتعلقة بالعرف على المعاملات المالية، مجال مهم يحتاج إلى مزيد من البحث والتحرير.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة الدراسة في تحديد مناط التأثير في القواعد الفقهية العرفية على الفروع الفقهية المندرجة تحتها في مجال المعاملات، وتسليط الضوء على أداة مهمة من أدوات الاجتهاد المؤثرة في توجيه الأحكام الشرعية في أبواب المعاملات وهي أداة التقعيد الفقهي، فالقواعد الفقهية تتضمن أحكاماً للفروع التي تندرج تحتها، ويجب أن يظهر أثر الحكم الأغلبي في القاعدة على الفروع الفقهية.

كما أن تأثير العرف على مسائل الفقه عموماً ثم على مسائل المعاملات خصوصاً أمر معلوم ومشاهد، وقد تبين ذلك من خلال تتبع البحوث والمؤلفات التي سيتم إيرادها في الدراسات السابقة، فجميع الباحثين الذين كتبوا حول العرف تأصيلاً أشاروا إلى تأثر الفروع الفقهية في كافة أبواب الفقه بالعرف، إلا أن تسليط الضوء على القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف وتأثيرها على المعاملات المالية قضية لم تُعط حقها من البحث، فالموضوع بحاجة إلى بحث مخصص لما في المعاملات المالية من ارتباط وثيق في كثير من جزئياتها بالأعراف والعادات، والقواعد الفقهية المتعلقة بالعرف كفيلة بأن تُبرز لنا هذه العلاقة الوثيقة

بين العرف والمعاملات المالية وتبين لنا مدى تأثير العرف على إصدار الأحكام الفقهية في باب المعاملات عند أهل الفتوى.

يُضاف أيضاً إلى مشكلة البحث عدم وجود دراسة خاصة بالقواعد الفقهية المتعلقة بالعرف، فالدراسات التي تناولت حزمة من القواعد الفقهية المتعلقة بموضوع فقهي أو أصولي معين تطرقت إلى مجالات متنوعة للقواعد الفقهية، فلم يجد الباحث من بينها مَن درس القواعد المتعلقة بالعرف، ومن خلال تتبع ما كُتب حول القواعد الفقهية في قواعد البيانات، فإن البحوث الأكاديمية التي درست القواعد الفقهية من حيث موضوعها الفقهي أو الأصولي شملت الموضوعات التالية: القواعد الفقهية المتعلقة بالعاقدين[٣]، القواعد الفقهية المتعلقة بالقضاء[٤]، القواعد الفقهية المتعلقة بالضمان[٥]، القواعد الفقهية المتعلقة بالضرورات[٦]، القواعد الفقهية المتعلقة بالشروط الفاسدة[٧]، القواعد الفقهية المتعلقة بمحل العقد[٨]، القواعد الفقهية المتعلقة بالمباشرة والتسبب[٩]، القواعد الفقهية المتعلقة بالحاجة الشرعية[١٠]، القواعد الفقهية المتعلقة بالخطأ والنسيان[١١]، القواعد الفقهية المتعلقة بالتصرف المالي[١٢].

وعليه فإن عدم وجود دراسة متخصصة ومستقلة في موضوع القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف مشكلة جديرة بالدراسة والبحث، ونفس الأمر في المجال التطبيقي، فإن البحوث التي درست المسائل

---

[٣] للباحث: علواش رضوان، وهي رسالة ماجستير في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة.

[٤] للباحث: فرحات عبد العاطي سعد، وهي رسالة ماجستير في جامعة الأزهر.

[٥] للباحث: أحمد إبراهيم عبد الفتاح، وهي رسالة ماجستير في جامعة الأزهر.

[٦] للباحث: صلاح الدين أحمد سعيد عزام، وهي رسالة ماجستير في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة.

[٧] للباحث: مفرح بن سعيد آل مسبل، وهي رسالة ماجستير في المعهد العالي للقضاء بالرياض.

[٨] للباحث: عبد الله بن إبراهيم العجلان، وهي رسالة ماجستير في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة.

[٩] للباحث: أحمد عقل محمود، وهي رسالة ماجستير في المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم.

[١٠] للباحث: صالح بن ناصر آل مسفر، وهي رسالة دكتوراه في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة.

[١١] للباحث: محمد نور محمود، وهي رسالة ماجستير في جامعة المدينة العالمية بماليزيا.

[١٢] للباحثَيْن: رأفت محمد وحسين جاد، وهو بحث محكم في المجلة الأردنية للدراسات الإسلامية.

الفقهية المتعلقة بالعرف إما أن تكون فروعاً فقهية مصدرها الكتب التراثية وليس لها ارتباط مباشر بالواقع المعاصر، وإما أن يكون ذكر المسائل المعاصرة يأتي على سبيل التمثيل الموجز كما سيظهر في الدراسات السابقة، أضف إلى ما سبق أن الكتب التراثية التي شرحت قاعدة العادة المحكمة وما يتفرع منها اتسمت بالعرض الموجز والسرد المختصر للأمثلة الفقهية.

أسئلة البحث:

يفترض هذا البحث عدة أسئلة ليصل من خلال الإجابة عليها إلى المحاور الرئيسية التي يقوم عليها البحث، وهذه الأسئلة هي:

١. ما القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف والعادة، وما أنواعها ومصادرها وأدلتها؟

٢. ما حقيقة العرف والعادة، وما شروطه وأقسامه؟

٣. ما مدلولات هذه القواعد من حيث الأحكام المتضمنة لها؟

٤. إلى أي مدى تؤثر الأعراف والعادات على الأحكام الشرعية في باب المعاملات، وما مجالات التأثير؟

٥. ما المعاملات المالية التي تتأثر بقواعد العرف والعادة؟

أهداف البحث:

يحقق هذا البحث عدداً من الأهداف المهمة التي ينبني عليها أركان البحث، وهذه الأهداف هي:

١. معرفة القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف، وأنواعها ومصادرها وأدلتها.

٢. توضيح حقيقة العرف والعادة مع بيان ضوابطه وشروطه وأقسامه.

٣. دراسة معاني هذه القواعد وما تتضمنه من أحكام فقهية.

٤. بيان مجالات تأثير القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف في الفقه الإسلامي.

٥. استنباط الحكم الفقهي للمعاملة المالية من خلال القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف.

منهجية البحث:

إن هذا البحث سوف يسير محقِّقاً أهدافه، ومجيباً على أسئلته، من خلال ثلاثة مناهج متَّبعة، وهي:

١. **المنهج الاستقرائي**: وتم تحديد هذا المنهج لانتقال الباحث في بحثه من الجزئيات إلى الكليات، وعن طريقه سيقوم الباحث بتحقيق هدف أساسي من أهداف البحث والإجابة عن سؤال مهم من أسئلة البحث، وهو معرفة القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف، ومعرفة المعاملات المتأثرة بالعرف، وتطبيق هذا المنهج سيكون بتتبع مصادر وموسوعات القواعد الفقهية لحصر القواعد ذات الصلة بالمجال العرفي، وتتبع المصنفات والبحوث القديمة والحديثة التي شرحت تلك القواعد وبيّنت مضامينها، بالإضافة إلى تتبع المراجع والبحوث التي تحدثت عن نظرية العرف وأثرها في الفقه الإسلامي، وفي جانب المعاملات المالية سيقوم الباحث بتتبع المؤلفات ذات الصلة بالمعاملات المالية، وفتاوى المجامع الفقهية والمختصين في هذا المجال، والمقالات والبحوث التي كتبت حول أثر العرف في المعاملات المالية، كل هذا لتحديد الجزئيات التي من خلالها سيصل الباحث إلى مفهوم كلي وهو تأثر المعاملات المالية بالقواعد الفقهية العرفية.

٢. **المنهج الوصفي**: وتم تحديد هذا النوع من مناهج البحث تحقيقاً لهدف مهم من أهداف البحث وهو وصف المعاملات المالية كما هي، ومن خلال هذا المنهج سيقوم الباحث بالإجابة عن أسئلة مهمة للبحث وذلك بشرح ووصف القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف لتوضيح معناها وبيان أثرها في الفقه، مع توصيف مفصل للمعاملات المالية المتأثرة بالقواعد الفقهية العرفية.

٣. **المنهج التحليلي**: سيعتمد الباحث بشكل كبير على هذا المنهج للقيام بعمليات: النقد والتفسير

والاستنباط، وهذا سيحقق أهدافاً مهمة في البحث، من ذلك: دراسة العلاقة بين القاعدة الفقهية المتعلقة بالعرف والمعاملات المالية، وبيان مدى تأثر المعاملات المالية بالقواعد الفقهية العرفية، وسيتم تحليل هذه العلاقة من خلال توضيح دور القاعدة الفقهية العرفية في تحديد حكم المعاملات المالية. وعن طريق هذا المنهج أيضاً سيوظف المنهج الاستنباطي وذلك من خلال استنباط أحكام فقهية محددة لعدد من المعاملات المالية انطلاقاً من قاعدة فقهية كلية، وكذلك سيتم توظيف المنهج المقارن في بعض المسائل الأصولية والفقهية التي تعددت فيها الأقوال والآراء وتحتاج إلى عرض وإيراد للأدلة ومناقشات.

الدراسات السابقة:

بعد أن تم اختيار العنوان وهو: (القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف وأثرها في المعاملات المالية المعاصرة) قام الباحث بتتبع البحوث والمؤلفات المرتبطة بالموضوع، فلم يجد بحثاً متخصصاً يتناول القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف تناولاً مستقلاً يُسلَّط فيه الضوء على القواعد الفقهية في مجال العرف فيحصرها ويدرسها ويبين أثرها في مجال المعاملات المالية، وما وقف عليه الباحث من الدراسات والبحوث مما له ارتباط بالدراسة من جانب أو أكثر يتقسم إلى خمسة أقسام:

القسم الأول: دراسات تناولت نظرية العرف من جهة تأصيلية، واستفاضت في الكلام حول العرف وحقيقته وشروطه وضوابطه، وبيّنت آثاره في مختلف الأبواب الفقهية على وجه التمثيل، ويندرج تحت هذا القسم عدد من المؤلفات:

أولاً: "العرف والعادة في رأي الفقهاء- عرض نظرية في التشريع الإسلامي-"، للدكتور: أحمد فهمي أبو سِنة(١٩٤٨م)، وهو بحث قديم، وأول ما كُتب في العصر الحديث حول موضوع العرف، فقد حصل صاحبه بهذا البحث على الدكتوراه من جامعة الأزهر عام ١٩٤١م وطبع البحث عام ١٩٤٨م، وتناول

في بحثه حقيقة العرف والعادة وأنواعهما، وحجية العرف وشروطه، والعرف والعادة في الفتيا والقضاء، وختمها بمجموعة من الأحكام المبنية على العرف والعادة في مختلف أبواب الفقه، وبما أن البحث قديم وكتب في وقت مبكر قبل تطور مناهج البحث العلمي في الجامعات فإن الكتاب يخلو في كثير من صفحاته عن الإحالات إلى المراجع في الهامش، وتحدث في الفصل الأخير المتعلق بالأحكام المبنية على العرف حول أبرز الفروع الفقهية المتأثرة بالعرف في البيوع والأنكحة والجنايات. والجانب المهم في هذا البحث والذي يخدم أهداف هذه الدراسة هو التأصيل العلمي لمفهوم العرف وشروطه وأنواعه، وهذا هو وجه التوافق بين الدراسة والبحث، فيُعدُّ هذا البحث مرجعاً أساسياً من مراجع هذه الدراسة لبيان مصطلح العرف وشرح أنواعه، والإضافة التي ستقدمها هذه الدراسة على البحث هو في مجال القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف والتي ليس لها ذكر في البحث، وكذلك حداثة المسائل الفقهية المذكورة في الدراسة بخلاف الأمثلة القديمة المذكورة في البحث.

ثانياً: "أثر العرف في التشريع الإسلامي"، للدكتور سيد صالح عوض(١٩٦٩م)، وهي رسالة دكتوراه في جامعة الأزهر، نوقشت عام ١٩٦٩م، تناول فيها حقيقة العرف وضوابطه وأقسامه، وأشار باختصار إلى القاعدة الفقهية "العادة محكمة" وما تفرع عليها من قواعد تعبر عن: أقسام العرف، والعرف العملي، وشروط العرف، ثم ذكر مجالات قاعدة العرف في الفقه وهي: العقود والتصرفات، والشروط المقترنة بالعقد، وعقود التولية والمرابحة، وبيع الأصول، وبيع الثمار، وأبواب الخيارات في البيع، والقول في ثمن المبيع، والغبن في البيع، والأنكحة، والأيمان، والقضاء، والجانب المهم من هذا البحث وله ارتباط بالدراسة هو ما أورده من قواعد فقهية متفرعة عن القاعدة الكبرى "العادة محكمة" وهي عشرُ قواعد مع تقسيمها باعتبارات مختلفة، والقواعد العشر هي:(الحقيقة تترك بدلالة العادة)، (الكتاب كالخطاب)، (الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان)، وهذه الثلاث تعبر عن العرف القولي، أما ما يعبر عن العرف العملي فهي ثلاث قواعد:

(المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)، (التعيين بالعرف كالتعيين بالنص)، (المعروف بين التجار كالمشروط بينهم)، والقواعد التي تعبر عن شروط العرف هي: (إنما تعتبر العادة إذا اطردت)، (العبرة الغالب الشائع لا النادر). (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً). والقاعدة العاشرة: (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان)، والإضافة التي في الدراسة تكمن في استقصاء جميع ما يمكن الوقوف عليه من القواعد المتعلقة بالعرف والتي وصلت إلى ١٧ قاعدة.

ثالثاً: كتاب: نظرية العرف، للدكتور عبد العزيز الخياط (١٩٧٧)، وبه ظهر مصطلح نظرية العرف لأول مرة، وهو بحث مختصر تكلم فيه الباحث عن حقيقة العرف وأنواعه واعتباره وشروطه، وأشار إلى الجانب القانوني لنظرية العرف، ثم تطرق إلى القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف وذكر منها ١٢ قاعدة فقهية شرح بعضها شرحاً مختصراً، ومما ذكره من القواعد زيادة على ما سبق:

١. (استعمال الناس حجة يجب العمل بها).
٢. (الممتنع عادة كالممتنع حقيقة).
٣. (العرف بين التجار كالمشروط بينهم).
٤. (الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي).

ثم ختم بحثه بعلاقة العرف ببعض المباحث الأصولية والفقهية، فذكر من جملة المباحث الأصولية: الاستحسان، والمصالح المرسلة، والاستصحاب، وذكر من جملة المباحث الفقهية: ضابط المال، وحقوق الارتفاق، والبيوع التي استندت على العرف: كالسلم، والاستصناع، والإجارة، والمزارعة والمساقاة، وخيارات البيع، وفي مجال الأنكحة: مسألة هدايا الخطبة، والنفقة، والكفاءة، وكذلك في مجال الوصية، والتعزيرات، والديات، والجانب المهم في هذا البحث وهو محل الاستفادة ما أورده من القواعد الفقهية العرفية، وما نبّه

عليه من مجالات إعمال العرف في الفقه، والإضافة التي في الدراسة على هذا البحث كما ذكرنا سابقاً هو استقصاء جميع ما يمكن الوقوف عليه من قواعد فقهية متعلقة بالعرف، في حين أن البحث تطرق إلى ذلك في تسع صفحات فقط.

رابعاً: ومن البحوث التي اعتنت بالجانب التأصيلي بحث للأستاذ محمد بن إبراهيم (١٩٨٥) بعنوان: "الاجتهاد والعرف"، تناول في بحثه المباحث الأساسية التي تبنى عليها قضية العرف كالتعريف والتقسيم واعتبارات التقسيم، بالإضافة إلى حجيته عند المذاهب الأربعة، وشروطه عند الفقهاء، مع عقده لفصل مستقل لبيان أثر العرف على الأحكام، فأوردَ الأمثلة من كافة الأبواب الفقهية، والجانب المتميز في هذه الدراسة على البحث هو في مجال التقعيد الفقهي والتوسع في الأمثلة المعاصرة لمسائل المعاملات.

خامساً: وحول قضية العرف في النطاق المذهبي يأتي كتاب :"العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب"، للدكتور عمر عبدالكريم الجيدي(١٩٨٢)، وهي رسالة دكتوراه مقدمة إلى دار الحديث الحسنية في المغرب، درس فيها الباحث العرف والعادة من الناحية التأصيلية، واهتم بشكل كبير بمسألة: ما جرى عليه العمل، وما يتعلق به من عمل أهل المدينة، وتطرق للأعراف المغربية وتأثرها بالأحكام الشرعية، والاستفادة من هذا البحث هو في الفصل الذي عقده حول أدلة العرف مع المباحث التأصيلية لقضية العرف، و قد أطال النفس في بيان أدلة العرف ونوّع في الأدلة، إلا أن البحث مبني على المذهب المالكي فقط في تطبيقاته وأمثلته ونماذجه العرفية، والإضافة التي في الدراسة تتعلق بجانب القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف وأثرها في المعاملات المالية المعاصرة.

سادساً: ومن البحوث التأصيلية التي سلّطت الضوء على أثر العرف على مجال فقهي محدد: "أثر العرف في فهم النصوص–قضايا المرأة أنموذجاً–" للدكتورة: رقية طه جابر العلواني(٢٠٠٢)، وهي رسالة دكتوراه

نوقشت سنة ٢٠٠١م في الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا، تحدثت فيها الباحثة عن أثر العرف في فهم النصوص المتعلقة بقضايا المرأة، والذي يتعلق بدراستنا هو الجانب التأصيلي في أول البحث حيث تناولت تعريف العرف وتقسيمه، بالإضافة إلى بيان حقيقة العرف في الدراسات الاجتماعية، والإضافة التي في الدراسة على هذا البحث هو في تناول القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف.

سابعاً: يأتي بعد ذلك الدكتور يعقوب الباحسين(٢٠٠٤م) في كتابه :"قاعدة: العادة محكمة–دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية"، ليقدم لنا بحثاً تأصيلياً تطبيقياً حول القاعدة الفقهية الكبرى: "العادة محكمة"، تناول فيها المؤلف هذه القاعدة بدراسة وافية مفصلة شملت جميع جوانبها وحيثيّاتها، ومن ضمنها العرف والعادة وما يتعلق بهما من تعريف وشروط وضوابط وتطبيقات، تضمن ذلك دراسة مختصرة للقواعد والضوابط المتفرعة عن القاعدة الرئيسية، والتي قام بتصنيفها وتوزيعها على خمسة أنواع وهي: قواعد مشخصة لمعنى القاعدة الرئيسية، وقواعد وضوابط مشخصة لمعنى القاعدة في نطاق خاص، وقواعد مشخصة لبعض شروط القاعدة، وقواعد مشخصة لمجال عمل العرف والعادة، وقواعد مشخصة للعرف في مجال التفسير، والجانب المهم في هذا البحث وهو محل الاستفادة، شرحه المفصل للقاعدة الفقهية "العادة محكمة" وتنويع الأمثلة التطبيقية للقاعدة، مع حصر عدد كبير من القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف وتحديد مصادرها وشرحها مع التمثيل، معتمداً في ذلك على شروح مجلة الأحكام العدلية والتي تعتبر نموذجاً للقانون المدني في زمن الدولة العثمانية، والإضافة التي في هذه الدراسة على البحث هو في دراسة هذه القواعد الفقهية العرفية كلٌّ على حدة في حين كانت دراسة القواعد في البحث على قواعد محددة ومختارة، أضف إلى ذلك أنه خلط القواعد الفقهية بالضوابط الفقهية والتي تعتبر قاعدة في باب فقهي محدد في حين أن القاعدة الفقهية كما هو معلوم قاعدة أغلبية مطردة تنطبق على جميع أبواب الفقه دون بعضها.

ومن الملاحظ أن جانب التأصيل الذي يشمل التعريفات والمصطلحات والتقاسيم والأنواع هي

الغالب على البحوث السابقة، وهذا المبحث مما لا تستغني عنه البحوث الأكاديمية في المجال الشرعي، فالاستفادة مما سبق من البحوث والدراسات هو من باب الحكم على الشيء فرع عن تصوره، وتصور حقيقة العرف يوصل بطبيعة الحال إلى فهم القواعد الفقهية المرتبطة بها، وقد يكون في ذكر بعض هذه المسائل في هذا البحث نوع من التكرار، إلا أنه لابد منه ليكون البحث مرتباً من حيث التدرج في حل المشكلة، وبعض البحوث السابقة أظهرت مجال القواعد الفقهية والتي تشكل هدفاً أساسياً من أهداف دراستنا، وجزءاً مهماً من مشكلة البحث، وهذا من حيث حصر هذه القواعد الفقهية ومعرفة مظانها، ثم ذكر الأمثلة المنطبقة عليها والتي تزيدها وضوحاً وفائدة، إلا أنه كما ظهر لنا أن القواعد الفقهية كانت تشكل مطلباً فرعياً في البحوث السابقة في حين أنها مشكلة أساسية في دراستنا هذه. إلا أنه يمكن أن يقال إن القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف غالبها مستنبط من الشروط التي وضعها الفقهاء لإعمال العرف، فصيغت بصيغة القواعد نظراً لاطرادها.

القسم الثاني: البحوث والدراسات المحكّمة المتعلقة بالعرف:

أولاً: في مجال تحديد ما يعمل به العرف يأتي بحث الأستاذ أحمد ياسين القرالة (٢٠٠٧): "وظائف العرف في التشريع الإسلامي"، وهو بحث محكّم منشور في المجلة الأردنية للدراسات الإسلامية، تحدث فيه الباحث عن دور العرف ومجالاته في الحياة وجعلها في سبعة مجالات وهي:

١. الوظيفة التفسيرية: حيث يحصل بالعرف تحديد المقاصد ومدلول الألفاظ.

٢. الوظيفة التكميلية: وبها يحصل تحديد نطاق التصرفات في الأمور المسكوت عنها.

٣. اعتباره معياراً لغيره: وهذا في بيان نوع ومقدار ما كان مجملاً أو غير منضبط.

٤. اعتباره دليلاً باطناً: فما يتعذر الوقوف على حقيقته بسبب الخفاء يقيم الشارع مقامه ما يدل على وجوده.

٥. اعتباره دليلاً حيث لا دليل: فقد يكون العرف دليلاً مستقلاً.

٦. الترجيح حال التعارض: فيكون العرف مرجحاً لأحد الطرفين عند التزاحم والتعارض.

٧. تصحيح الشروط الفاسدة: فالعرف يصحح بعض الشروط كما هو مقرر في بعض المذاهب.

ومجال هذا البحث المرتبط بالدراسة هو في تحديد المجالات التي يعمل فيها العرف، والإضافة في الدراسة تتعلق بالقواعد الفقهية المتعلقة بالعرف والتي لا ذكر لها في البحث.

ثانياً: وفي نفس المجال أيضاً بحث الأستاذة أسماء الموسى(٢٠٠٨): "العرف حجيته وآثاره الفقهية"، وهو بحث محكّم، تكلمت فيه الباحثة باختصار حول مفهوم العرف وآثاره في العبادات والمعاملات، والجانب المتعلق بالمعاملات في بحثها مختصر جداً اقتصرت فيه على ستة مجالات متعلقة بالمعاملات المالية ذكرتها في ثمان صفحات فقط، وهذه المجالات هي: ألفاظ العقود في البيع والشراء، ودخول الأبنية والأشجار في بيع الدار للعرف، ومسألة قبض الأشياء بحسب العرف، والفاصل بين الإيجاب والقبول، وحقيقة التفرق في خيار البيع، وتجويز بعض المعاملات بناء على العرف، والأمثلة الواردة فيها هي من المسائل الفقهية الواردة في كتب التراث الفقهي، وليس فيها أي صورة من صور المعاملات المالية المعاصرة، ومحل الاستفادة من بحثها هو في معرفة المجالات التي يعمل فيها العرف، والإضافة التي في دراستنا على هذا البحث هو في الكلام حول القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف، مع دراسة تفصيلية للمعاملات المعاصرة المتأثرة بالعرف.

ثالثاً: وفي المجال المذهبي يأتي بحث بعنوان: "إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي" لمحمد عبدالله ابن التمين(٢٠٠٩)، الباحث في دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي، وهو بحث محكّم

يدور حول تطبيقات العرف في المذهب المالكي في مجال الفتاوى والقضاء والتصرفات، مع مقدمة تأصيلية عن العرف وتعريفه وأقسامه، وجانب الاستفادة من هذا البحث هو في التعرف على مجالات إعمال العرف في باب المعاملات، وهذا الجانب يتعلق بدراستنا، فقد ذكر الباحث جملة من المسائل في المعاملات والتي تنبني على العرف، فمن ذلك: قيام العرف مقام اللفظ في العقود، وقيام العرف مقام النية والشرط، هي إشارات في بحثه استفدت منها في الانطلاق والتوسع، والإضافة في الدراسة على هذا البحث هو في التناول المقارن للمسائل الفقهية في حين أن البحث المذكور يقتصر على المذهب المالكي.

رابعاً: ومما كُتب في جانب علاقة العرف بالنوازل الفقهية: "أثر العرف والعادة في دراسة النوازل الفقهية مع تطبيقات فقهية معاصرة"، للدكتور عبدالعزيز المشعل(٢٠١٠)، وهو بحث مشارك في ندوة "نحو منهج علمي أصيل لدراسة القضايا الفقهية المعاصرة" بالرياض، يدور هذا البحث حول أثر التغير في العرف على أحكام النوازل، وقضايا أخرى مثل: أثر العرف في فهم النصوص، وحاجة المفتي والمجتهد إلى العرف، والجانب المهم الذي سيستفاد منه في الدراسة هو في صلة الأعراف وتغيرها بأحكام النوازل، وبيان بعض ما يتأثر من المسائل المعاصرة بتغير الأعراف، وهذا الجانب من البحث مستفاد منه في بعض التطبيقات المعاصرة المهمة التي سيتم تناولها في دراستنا وهي مذكورة في بحث الأستاذ المشعل:

١. قضية ضابط التمول لما لم يكن له قيمة فيما مضى، مثل: مالية الحشرات وفئران التجارب وأنواع السموم الداخلة في تركيب الأدوية.
٢. ملكية الحقوق المعنوية: كحق الابتكار والتأليف وبراءات الاختراع والعلامة التجارية.
٣. نظام السجل العقاري وقيامه مقام القبض الشرعي.
٤. الاعتداد بوسائل الاتصال الحديثة في إبرام العقود.
٥. الفتوى عبر وسائل الاتصال والإعلام المعاصرة.

والإضافة التي تتضمنها دراستنا المقترحة على هذا البحث هو في القواعد الفقهية العرفية وأثرها على المعاملات المالية، حيث سيتم إرجاع هذه التطبيقات إلى قواعدها الفقهية.

خامساً: وفي مجلة الجمعية الفقهية السعودية بحث محكّم يتناول قاعدة مهمة من قواعد العرف ويسلط الضوء عليها وهي قاعدة: (تغير الأحكام والفتاوى بتغير العرف والعوائد) للدكتور: سفيان ناول محمد (٢٠١٧)، تناول الباحث فيها قاعدة فقهية مهمة من قواعد العرف ودرسها بالتفصيل، وسيستفاد من هذا البحث في تحليل قاعدة: (الأحكام المرتبة على العوائد تتبع العوائد وتتغير عند تغيرها)، ومن الواضح أن الدراسة ستكون أوسع وأشمل من هذا البحث لتضمنها عدداً أكبر من القواعد والتطبيقات.

سادساً: وفي جانب التأصيل أيضاً: أثر العرف في التشريع الإسلامي-دراسة تأصيلية-، للدكتور باسم عبد الله عبيد (٢٠١٧)، وهو بحث محكّم في مجلة الزهراء التابع لجامعة الأزهر، درس فيه الباحث قضية العرف دراسة تأصيلية عامة ذكر فيها مفهوم العرف وأقسامه وأدلته وشرائطه وحجيته واستعمالاته عند الفقهاء، وهذه القضايا تتكرر في عدد من البحوث السابقة ومحل الاستفادة من البحث هو في جانبه التأصيلي، والإضافة في الدراسة على هذا البحث هو في ذكر القواعد الفقهية ذات الصلة، وبيان أثرها على المعاملات المعاصرة.

سابعاً: وفي المقارنة بين العرف في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي تأتي دراسة الدكتور حسنين محمود حسنين (١٩٨٨) والتي أضاف فيها محوراً مهماً يتعلق برأي القانون في العرف من حيث مفهومه عند رجال القانون العام والخاص وفي مجال القانون الدستوري، ثم تكلم عن شروطه عند القانونيين وتقسيماته وحجيته، وسلط الضوء على العلاقة بين التقنين والعرف.

تشترك البحوث السابقة في قضية مهمة تشكل سؤالا مهماً من أسئلة البحث المقترح، وهو كيفية

تأثير العرف على الأحكام الشرعية، وما هي مجالات التأثير، وكانت البحوث السابقة تذكر مجال التأثر بصورة عامة، وتثبت حقيقة التأثر من خلال عشرات الأمثلة الفقهية القديمة والحديثة التي يرتبط حكمها بالعرف، إلا أن مجال المعاملات المالية تحتاج إلى قدر أكبر من العناية في بيان تأثرها بالعرف، من خلال نماذج فقهية ونوازل حديثة، باعتبار أن مجال المعاملات المالية مجال خصب لتأثير العرف في الأحكام.

وفي القسم الثالث: الدراسات التي تناولت أثر العرف على المعاملات المالية:

أولاً: من أوسع الدراسات كتاب: "العرف، حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة–دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية–" للدكتور عادل عبد القادر قوته(١٩٩٧)، وهو بحث جمع بين المجال التأصيلي للعرف وبيان أثره في مجال المعاملات المالية في كافة أبوابها عند الحنابلة، مع ذكر للمسائل الفقهية المعاصرة المخرجة عليها، إلا أن التطبيقات الفقهية في البحث مقتصرة على المذهب الحنبلي فقط دون غيره من المذاهب ، ونال جانب المعاملات المالية جزءاً كبيراً من البحث من حيث شمولية الأبواب واستقصاء المسائل، فقد بلغ عدد صفحات الجانب التأصيلي للعرف قرابة الـ٢٥٠ صفحة، في حين أن بقية البحث فيما يقارب الـ٨٥٠ صفحة كلها في مسائل المعاملات المالية المبنية على العرف عند الحنابلة فقط. والبحث كما هو ظاهر تناول مذهباً محدداً مستقرئاً جميع مسائله المبنية على العرف في باب المعاملات، ومجال الاستفادة من هذا البحث هو في معرفة مجالات إعمال العرف في باب المعاملات، والإضافة التي في الدراسة على هذا البحث هي في تناول القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف والتي لم يتعرض لها البحث، وكذلك دراسة المعاملات المالية ستكون مرتبطة بالقضايا المعاصرة والبحث الفقهي المقارن، ولن تقتصر في دراستها على مذهب محدد وأمثلة فقهية من المتون المذهبية كما هو الحال في هذا البحث.

ثانياً: ولنفس المؤلف السابق بحث آخر بعنوان: أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في فقه المعاملات

المالية(٢٠٠٧)، طبع هذا البحث في المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب في ٢٤١ صفحة، تناول فيه الباحث المعاملات المالية المعاصرة المتأثرة بالعرف بصورة موجزة وفي كثير من الأحيان من غير توثيق أو إحالة لمراجع، مع مقدمة مختصرة حول العرف، والبحث ليس دراسة جامعية أكاديمية بل بحث مقدم للمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، مع اعتماده في البحث على كتابه السابق المذكور آنفاً، يتضح ذلك من اقتصاره في أغلب الأحيان على المراجع الحنبلية في المعاملات المالية، وإيراد الأمثلة المعاصرة للمعاملات المتأثرة بالعرف جاء على وجه مختصر وعلى سبيل التمثيل، والجانب المهم في هذا البحث ومحل الاستفادة منه هو في الأمثلة الفقهية المعاصرة المتأثرة بالعرف، والإضافة في هذه الدراسة على البحث هو في دراسة القواعد الفقهية العرفية ، مع دراسة المعاملات المالية المعاصرة دراسة مقارنة.

ثالثاً: وفي جانب البحوث التي تطرقت للقواعد الفقهية تأتي دراسة الدكتور عمر عبدالله كامل في بحثه :القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية(٢٠٠١)، وهي رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الأزهر، درس فيها الباحث القواعد الفقهية الكبرى دراسة عامة، ثم درس أبواب المعاملات دراسة فقهية مقارنة، وأردف كل مبحث من مباحث المعاملات بالقواعد الفقهية المؤثرة في هذا المبحث مع مثال مختصر يوضح علاقة القاعدة بالمبحث، وعقد باباً للمعاملات المالية المعاصرة وذكر فيها بعد كل مبحث القواعد الفقهية المؤثرة فيها، ومحل الاستفادة من هذا البحث هو في كشف المعاملات المالية المعاصرة المرتبطة بالعرف، والإضافة التي في الدراسة على البحث هو في الدراسة المفصلة للقواعد المتفرعة عن قاعدة (العادة محكمة)، وبيان أثر كل قاعدة على المعاملات المالية المعاصرة.

رابعاً: الباحث: فواز القحطاني في بحثه: "القواعد والضوابط الفقهية المؤثرة في المعاملات المصرفية"(٢٠١٣)، وهي رسالة ماجستير في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، بذل فيه الباحث جهداً في جمع القواعد والضوابط الفقهية المؤثرة في مجال المصارف المالية، وأورد عدداً كبيراً من المعاملات المصرفية المعاصرة المتأثرة بالقواعد

الفقهية المختلفة، ومن جملة القواعد المذكورة قواعد العرف، لكنها قليلة، فقد ذكر أربع قواعد فقط، ومثالاً واحداً من المعاملات المصرفية المعاصرة، وهي مسألة قبض الشيك المصرفي، ومجال الاستفادة من هذا البحث هو في الكشف عن بعض المعاملات الفقهية المتأثرة بقواعد العرف، والإضافة في الدراسة هي في دراسة جميع القواعد العرفية المؤثرة في المعاملات ، فليس الاقتصار على بعض القواعد، ولا الاقتصار على مثال واحد كما هو الحال في البحث المذكور.

خامساً: يضاف إلى المجال السابق: "موسوعة القواعد الفقهية المنظمة للمعاملات المالية الإسلامية ودورها في توجيه النظم المعاصرة"، للدكتور: عطية عدلان عطية(٢٠٠٧)، وهي رسالة ماجستير في جامعة عين شمس، درس فيها القواعد والضوابط الفقهية المؤثرة في المعاملات المالية القديمة والمعاصرة، وعلى رأسها قاعدة (العادة محكمة) ثم أورد ما تفرع عنها من القواعد وهي ١٤ قاعدة فقهية، ذُكرت بعضها في الدراسات السابقة، ويزاد عليها من هذا البحث جملة أخرى من القواعد وهي:

١. (لا عبرة بالعرف الطارئ).
٢. (كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف).
٣. (العرف القولي يقضى به على الألفاظ ويخصصها، والعرف الفعلي لا يقضى به على الألفاظ ولا يخصصها).

ومجال الاستفادة من هذا البحث هو في معرفة المعاملات المالية المتأثرة بقواعد العرف، والإضافة التي في دراستنا على هذا البحث هي في استقصاء جميع قواعد العرف ودراستها.

وبما أن البحث يدور حول القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف، فإن الإشارة إلى دور علم القواعد الفقهية في استنباط الأحكام قضية مهمة تشترك فيها البحوث السابقة، وعلى وجه الخصوص أثرها في

المعاملات المالية ، وهذه من القضايا التي سيتم تناولها في البحث، والسبب هو أن صياغة القاعدة الفقهية تتضمن حكماً، فكل ما يندرج تحت القاعدة محكوم عليه بحكم القاعدة، فقولنا في قاعدة: "الكتاب كالخطاب"، حكم بإلحاق المكتوب المقول باللسان في الحكم، وعلى هذا النحو بقية القواعد التي سيتم ذكرها في البحث، وأيضاً تعتبر القواعد الفقهية مجالاً مهماً لجمع المتناثر من المسائل التي تشترك في الحكم تحت قاعدة واحدة، وهذا يسهل معرفة النظائر والمسائل المتشابهة.

وفي القسم الرابع: تأتي البحوث المحكّمة حول أثر العرف في المعاملات المالية:

أولاً: "التقعيد الفقهي وأثره في القضايا المعاصرة"، للدكتور نضال عليوات والدكتور عثمان ضميرية (٢٠١٨)، وهو بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة، يتناول البحث موضوع القواعد الفقهية وأثرها في استنباط أحكام القضايا المعاصرة، تعرض البحث للقواعد الكلية الكبرى ومنها قاعدة العادة محكمة، وتكلم عنها بإيجاز شديد مع ذكر مثالين معاصرين فقط لتأثر القضايا المعاصرة بقاعدة العادة محكمة وهما:

١. الحقوق المعنوية.

٢. ومسؤولية المشفى وطبيب التخدير عند تضرر المريض.

والجانب المهم في هذا البحث وهو محل الاستفادة منه ما أشار إليه من الخلاف حول اعتبار القواعد الفقهية مصدراً للأحكام، والإضافة التي في دراستنا على هذا البحث هي في دراسة القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف، والتي لم يتطرق لها البحث.

ثانياً: وفي قضية ربط القواعد الفقهية بالاجتهاد يأتي البحث المحكم: "إعمال القواعد الفقهية في الاجتهاد المعاصر لاستنباط حكم القضايا الفقهية المستجدة"، للدكتور محمد زين العابدين رستم(٢٠١٥)، يتحدث الباحث فيها عن أثر القواعد الفقهية في الاجتهاد المعاصر وأهميته في استنباط أحكام النوازل، ومحل

الاستفادة من هذا البحث هو في الكلام حول استنباط الأحكام من القواعد الفقهية، وهذه قضية تأصيلية سيتم دراستها في مقدمة الدراسة عند الكلام حول القواعد الفقهية وحقيقتها، والإضافة التي في الدراسة على هذا البحث هو في تحديد القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف والتي لها دور واضح في استنباط أحكام المستجدات.

وفي القسم الخامس: بحوث ودراسات تشترك مع البحث في بيان تأثير العرف على الأحكام الشرعية:

أولاً: أثر العرف في الأحوال الشخصية، دراسة فقهية قانونية، للباحث: أحمد رشاد أبو حسين(٢٠١٣)، من جامعة الخليل في فلسطين، وهي رسالة ماجستير، نوقشت سنة ٢٠١٣، تشترك مع موضوع البحث المراد دراسته في جملة من الجوانب، من أهمها إشارته وبصورة مختصرة إلى عدد من القواعد الفقهية المبنية على العرف، وعددها تسع قواعد، هي مما سوف أتناوله في البحث بالدراسة والتطبيق، إلا أنه ذكرها سرداً من غير دراسة ولا شرح لأنها ليست مقصود بحثه الأساسي، بل ذكرها في معرض الحديث عن حجية العرف عند المذاهب الأربعة، والجوانب الأخرى المشتركة هي في المقدمات الأساسية التي تتقدم الكلام حول العرف، كالتفاصيل المتعلقة بحقيقة العرف والفرق بينه وبين الإجماع.

ثانياً: ومن جملة البحوث أيضاً: أثر العرف وتطبيقاته في البيوع عند الحنفية- كتاب الاختيار نموذجاً، للباحث: داود صالح عبدالله(٢٠٠٨)، من كلية الإمام الأعظم في العراق، وهو بحث محكم منشور في مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، تناول الباحث جوانب لها ارتباط بالبحث المقترح، ومن أبرز ما استفدنا منه ويشكل كذلك إضافة مهمة لبحثنا ما يظهر من عناية السادة الحنفية بقضية العرف، وسَبْقهم في التفصيل والتطبيق على هذا الأصل، ومن ناحية التطبيق انتقى الباحث مباحث محددة من كتاب البيوع تتأثر بالعرف كالبيع بالأنموذج، والشروط في البيع، وبيع المسيل، وبيع الحشرات، وعيوب المبيع، والسوم، وبيع التولية، والسلم في الخبز، والاستصناع، وهذه المباحث يمكن الاستفادة منها في معرفة أحكام النوازل المعاصرة التي

تتخرج عليها، وبذلك نستطيع معرفة أثر القواعد العرفية في المعاملات المالية المعاصرة، وقد أشار الباحث إلى بعض من هذه الصور المعاصرة مثل: جعل الثياب من المثليات، وجواز بيع المسايل(السواقي) الإسمنتية، وجواز بيع بعض الحيوانات كالحيات والعقارب والفهود والسباع وغيرها للتعارف على بيعها وصدق مفهوم المال عليها، وجواز بيع السلم في الخبز للقدرة على ضبط الأوصاف، وجواز الاستصناع في نسج الثياب.

ثالثاً: وفي مجال تأثير العرف على الأحكام رسالة بعنوان: "أثر العرف على مستجدات أحكام المرأة في الفقه الإسلامي"، للباحثة: ختام سلامة(٢٠١٧)، وهي رسالة ماجستير في الجامعة الإسلامية بغزة، توصلت فيها الباحثة إلى بعض النتائج المهمة والتي تعتبر إضافة جيدة للبحث المقترح، من ذلك أن العرف قابل للتطور وفقاً للظروف الاجتماعية والاقتصادية، مع عقدها مبحثاً مختصراً بيّنت فيه أثر العرف على الأحكام في العبادات والمعاملات، مشيرة إلى بعض المعاملات التي بنيت على العرف، كدخول الأبنية والأشجار في بيع الدار، والقبض، ثم بينت أثرها على أحكام المرأة وهو مقصود بحثها.

ومن خلال العرض السابق فإن البحوث التي وقف عليها الباحث آنفاً لم تتعرض لجانب القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف بصورة وافية، وإنما ذُكرت في بعض البحوث عرَضاً وعلى سبيل التمثيل، وشُرحت شرحاً مختصراً، والبحوث السابقة إما أن تستفيض في جانب التأصيل لنظرية العرف في الفقه فيكون البحث المقصود هو الجانب الأصولي فقط، وتكون المسائل الفقهية المذكورة المراد منها التمثيل، وإما أن يكون هدف البحث تتبّع المسائل الفقهية المتأثرة بالعرف والاستقصاء في تتبعها وجمعها فيكون المقصود الأصلي من البحث المسائل الفقهية كما هو الحال في بحث الدكتور عادل عبدالقادر قوته، وعليه فإن البحث المقترح سيتميّز عن البحوث السابقة بجانب مهم لا يوجد فيها، وهو جمع القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف ودراستها مع بيان أثرها في باب المعاملات المالية، وهذه الفكرة البحثية المقترحة تتركب من عدة جوانب تناول

الباحثون جزئيات مختصرة منها، وتعتبر هذه الجزئيات المختصرة نقاطَ انطلاق لدراسة أوسع من حيث التطبيقات المعاصرة، ومن زاوية أخرى وهي زاوية علم القواعد الفقهية.

أهمية البحث:

تتجلّى أهمية البحث الذي تم اختياره في النقاط التالية:

أولا: يقدم هذا البحث دراسة متخصصة في مجال القواعد الفقهية، فهي مساهمة متواضعة من الباحث في نشر علم القواعد الفقهية وجانبٍ مهم من جوانبها، وهي كذلك إضافة علمية للمهتمين بنظرية العرف في الفقه الإسلامي، وللمهتمين أيضاً بالمعاملات المالية.

ثانياً: يُبرز هذا البحث الدورَ المهم والمؤثر للقواعد الفقهية على الفروع الفقهية، باعتبارها وسيلة من وسائل استنباط الأحكام الشرعية، ويُبرز كذلك التنوع في مجالات القاعدة الفقهية، فمع ضخامة عدد القواعد الفقهية في التراث الفقهي والتي جُمعت في موسوعات كبيرة تنوَّعَت مواضيعها وتخصصاتها، نجد في خِضمِّ هذه القواعد مجموعةً منها تدور حول العرف والعادة، في صدارتها القاعدة المشهورة (العادة محكمة)، وهذا يبرهن على أهمية المجال التقعيدي في الفقه الإسلامي، وأن له أثراً كبيراً في عمليات الاستنباط والاستدلال.

ثالثاً: يُظهر هذا البحث الجانب الدقيق في التراث الفقهي الإسلامي من حيث صياغة القواعد الفقهية الجامعة والتي ما تزال بصياغتها الأولية تؤثر في المسائل المعاصرة وتجمع عدداً كبيراً من الجزئيات القديمة والحديثة تحت عبارة كلية واحدة، فيجمع هذا البحث بين الأصالة والمعاصرة من حيث الرجوع إلى عمق فهم المتقدمين وتطبيق ذلك على النوازل المعاصرة.

رابعاً: يؤكد هذا البحث أن علم القواعد الفقهية يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالنوازل المعاصرة في باب المعاملات على وجه الخصوص، فبالتأمل في النوازل العصرية المتأثرة بالعرف نجد صوراً عديدة ونماذج مختلفة للمسائل

التي بنيت أحكامها على العرف، وهي بحاجة إلى قاعدة تجمعها، وهذا البحث يساهم في إبراز هذه القواعد العرفية الجامعة لهذه المسائل.

خامساً: يسلّط هذا البحث الضوء على نظرية العرف والعادة وأثرهما في الفروع الفقهية، وما يتعلق بهما من تعريفات وشروط وضوابط وأحوال، وعلاقتهما بعلم أصول الفقه.

سادساً: يُلفِت هذا البحث الانتباه إلى حزمة مهمة من القواعد الفقهية المندرجة تحت قاعدة: (العادة محكمة) والتي تغطي جوانب مختلفة في مجال العرف، فمنها المقيّد ومنها المكمّل ومنها الموضّح، فهذه القواعد مع بعضها تشكل نظرية العرف في الفقه الإسلامي.

سابعاً: يبين هذا البحث عدداً من المعاملات المالية المعاصرة التي يحتاجها الناس في تعاملاتهم اليومية والتي لا ينفك غالب الناس عنها وتتأثر في أحكامها بالأعراف والعادات، فبعضها في المجال المصرفي وبعضها في المجال التجاري، وبعضها في المجال العقاري.

ثامناً: يساهم هذا البحث إسهاماً عملياً في مجال المؤسسات المالية كالمصارف والبنوك وأقسام التدقيق من خلال طرح القضايا المالية المصرفية والتجارية المعاصرة ذات الصلة مثل مفهوم القبض، والعملة، والإيجاب والقبول، والعملات الافتراضية.

النظرية المتبعة في هذا البحث:

بما أن البحث يعتبر من البحوث المكتبية والتي تنبني على جمع النتائج السابقة مع الترتيب والتحليل، فإن البحث لن يقوم على النظريات العلمية لكونه من البحوث المتعلقة بالشريعة الإسلامية، ولكن يمكن أن يكون لنظرية العرف دورٌ عند الكلام حول حقيقة العرف، لذلك سيكون الكلام عليه.

وأول من وقفت عليه يستعمل مصطلح "نظرية العرف" هو الدكتور: عبد العزيز الخياط في كتابه: "نظرية العرف"، حيث ذكر في بحثه عناصر هذه النظرية ومكوناتها، فاستوفى فيها القواعد العامة لنظرية العرف، وذكر فيها أهمية العرف، وتعريفه والفرق بينه وبين العادة، وأقسام العرف من عام وخاص، ودليل اعتباره، والقوانين العرفية، مع تقصي عادات الناس وأعرافهم في المعاملات.

والعرف أصبح نظرية تشمل عدة قواعد تتعلق به، فهو كنظرية العقد، ونظرية الملكية، ونظرية البطلان والفساد، ونظرية الضمان، ونظرية الاجتهاد، ونظرية التقليد، وغيرها مما يؤلِّف نظاماً قانونياً يشتمل على عدة قواعد تهدف إلى تحقيق غرض معين مشترك، وتتميز القواعد فيها بأنها منسجمة وتطبيقها مستمر.

والذي يرتبط ببحثنا هي القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف فهي من ضمن النظرية، فالقواعد ضوابطُ وأصولٌ فقهية يُرجع إليها عند استنباط الأحكام الفرعية ضمن النظرية الكلية، يضاف إلى هذه القواعد ما سبق ذكره من القواعد العامة والأقسام والفروق والأدلة والقوانين المتعلقة بنظرية العرف كل هذه العناصر جزء من هذا البحث.

حدود الدراسة:

ينحصر مجال البحث في نطاق محدد وهو دراسة القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف فقط دون غيرها من القواعد، وهي حسب ما توصل إليه الباحث تسعَ عشرة قاعدة، فلا تندرج في هذه الدراسة القواعد الأصولية المتعلقة بالعرف والتي مجالها الأدلة نحو تخصيص العرف للعام، وتقييد العرف للمطلق، ولا تندرج كذلك الضوابط الفقهية المتعلقة بالعرف والتي تؤثر على باب معين ومحدد من أبواب الفقه، أما في مجال الأثر الفقهي فالبحث محصور في مجال المعاملات المالية دون غيرها من التطبيقات الفقهية، سواء أكانت هذه المعاملات معاصرة وهي الغالب والأصل في البحث، أم مستخرجَة من كتب التراث مع عرضها عرضاً

يُستفاد منه في المعاملات المعاصرة، مع تسليط الضوء بصورة أكبر على الجانب المعاصر، ومحاولة تخريج هذه المعاملات بصورة صحيحة على القاعدة العرفية.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA