العرفاء : مجلة الشريعة والاقتصاد الإسلامي والقانون
AL-ARFA: Journal of Sharia, Islamic Economics and Law
Journal website: https://al-arfa.my.id

E-ISSN: 2988-0483 Vol. 3 No. 1 (2025)
DOI: https://doi.org/10.61166/arfa.v3i1.90 pp. 1-27

Research Article

العرف و اثره على الفقه الحنفي وتطبيقاته في الفتاوى المعاصرة

Nasir Ahmed Shariati[1], Fazul Rahman Haqyar[2]
1. Professor of Jurisprudence and Law Department, Sharia Faculty, Alberoni University, Kapisa Province, Afghanistan; nasirahmadsharaity127@gmail.com
2. Professor of Jurisprudence and Law Department, Sharia Faculty, Alberoni University, Kapisa Province, Afghanistan, Hagyar1344@gmail.com

Copyright © 2025 by Authors, Published by AL-ARFA: Journal of Sharia, Islamic Economics and Law. This is an open access article under the CC BY License https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

Received : March 06, 2025 Revised : April 12, 2025
Accepted : May 02, 2024 Available online : May 11, 2025

How to Cite: Shariati, N. A., & Haqyar, F. R., (2025). Custom and Its Impact on Hanafi Jurisprudence and Applications in Contemporary Fatwas. *Al-Arfa: Journal of Sharia, Islamic Economics and Law*, 3(1), 1–27. https://doi.org/10.61166/arfa.v3i1.90

Custom and Its Impact on Hanafi Jurisprudence and Applications in Contemporary Fatwas

Abstract. Among the cosmic laws of Almighty Allah are the change of conditions, the alteration of circumstances and times, and the continuity of renewal. Every time has its own customs and characteristics, and what is unique to this time is scientific development and technological progress. We know that modern discoveries have an impact on changing some fatwas, there is no doubt that changing customs, times, and conditions have their impact on fatwas. In this research, we study the impact of changing customs on changing fatwas, as we witness a change in some contemporary fatwas from what they were in past times, which raises a question about the reasons for this change. This research answers this question with some scientific foundations, demonstrating contemporary jurisprudential applications that indicate the extent of the impact of changing customs on changing

fatwas, and the impact of all of that on the movement. Jurisprudence, especially in recent times. In addition, custom in the custom of jurists, as Imam Al-Shafi'i said: (And custom is what people know and agree upon among themselves in dealings). Custom is a great need, especially in issues that have mentioned. In general and were not specified in Islamic law, and many evidences have been reported on the influence of custom in building Islamic rulings. This is clearly that indicates its status and position in Islamic law, and custom is considered an argument and a ruling, when it does not contradict a legal text in many areas. Moreover, the method followed in this article is the descriptive analytical method with the collection of scientific material from authentic sources and the information network (the Internet). It is good and benefit to the writer and reader of these papers, for who is the best responsible and the best supporter.

Keywords: Impact, Fatwas, Contemporary, Custom, Hanafi Jurisprudence, Applications, text.

الملخص

من سنن الله تعالى الكونية تبدل الأحوال و تغير الظروف و الأزمان و دوام التجدد، فلكل زمان أعرافه، وخصائصه، وإن مما اختص به هذا الزمان التطور العلمى والتقدم التقني، و نعلم قطعاً أن للاكتشافات الحديثة أثراً فى تغير بعض الفتاوى، و لا شک أن تغير الأعراف والأزمان، و الأحوال، لها أثرها على الفتاوى، و في هذا البحث نتناول بدراسة أثر تغير الأعراف في تغير الفتاوى، حيث نشهد تغيراً في بعض الفتاوى المعاصرة عماكانت عليه في الأزمنة الماضية، ممايثير تساؤلًا عن أسباب هذا التغير، و هذا البحث يجيب عن هذا التساؤل، بشئ من التأصيل العلمي، مستظهراً التطبيقات الفقهية المعاصرة الدالة على مدى أثر تغير الأعراف في تغير الفتاوى، و أثر ذلک كله على الحركة الفقهية سيما في هذه الآونة الأخيرة.

والعرف في عرف الفقهاء كما قال الإمام الشافعي: (والعرف ما يعرفه الناس ويتعارفونه فيما بينهم معاملة)، والعرف تمس الحاجة إليه سيما فى المسائل التى وردت مجملة ولم يأت تحديدها في الشريعة الإسلامية، وقد وردت أدلة كثيرة على تأثير العرف في بناء الأحكام الشرعية، وهذا يدل دلالة واضحة على مكانته ومنزلته في الشريعة الإسلامية، ويعتبر العرف حجة وحكماً عند عدم مخالفته لنص شرعي في مجالات كثيرة، والمنهج المتبع في هذا المقال هو المنهج التوصيفي التحليلي مع جمع المادة العلمية من المصادر الأصيلة وشبكة المعلومات (الإنترنت)، والله أسأل أن ينفع بهذه الوريقات كاتبها وقارئها فإنه نعم المسؤول ونعم النصير.

كلمات المفتاحية: أثر، الفتاوى، المعاصرة، العرف، الفقه الحنفي، التطبيقات، النص.

المقدمة:

الحمد لله رب العلمين، والعاقبة للمتقين، والصلاة، والسلام على خير خلقه محمد وآله و– أصحابه أجمعين.أما بعد: فالعرف يُعد من المصادر المهمة للفقه الإسلامي، فهو يساهم بشكل كبير في تطوير وتطبيق الأحكام الفقهية بما يتناسب مع الواقع الاجتماعي والثقافي للمجتمع الإسلامى، وذلک أنه لما جاء الإسلام وجد أن كثيراً من الأعراف تأصلت في النفوس، فسلك معها مسلكاً يتسم بالتدرج وعمق المعالجة، وأبقى الأعراف الموافقة لتعاليمه، وأنكر على ما خالف الشرع بحكمة و رويّة، حتى تركت، وصار العرف بعد ذلك مصدراً أصولياً وضعت له ضوابط وأصول وشروط وأقسام لقبوله، وقد نالت تلك الأصول والضوابط قدراً كبيراً من اهتمام العلماء في كتبهم. قال الشافعي: (فما قيل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فعن الله قيل فإن قيل هيئات القبوض في البياعات وكيفية الإحراز في السرقة، وغالب العقود في المعاملات ليس لها أصل في الكتاب ولا في السنة.

قلنا قد قال الله تعالى: {خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ}[1]. والعرف ما يعرفه الناس ويتعارفونه فيما بينهم معاملة فصار العرف في صفة القبوض والإحراز، والنفوذ معتبراً بالكتاب فعلى هذا نقول: أن الكتاب أمثل الدلائل والسنة ماخوذة منه والقياس مأخوذ من الكتاب والسنة والاجماع مأخوذ من الكتاب والسنة والقياس) [2]. وهناك عدة تحديات رئيسية تواجه تطبيق العرف في الفتاوى المعاصرة ومن أهمها، التغيرات الاجتماعية والثقافية السريعة، والمجتمع الإسلامى يشهد تحولات اجتماعية، وثقافية متسارعة نتيجة العولمة والتطورات التكنولوجية، وهذه التغييرات قد تؤدي إلى تغير بعض الممارسات العرفية التقليدية وتطورها، مما يشكل تحديًا لتطبيقها في الفتاوى المعاصرة ولما كان هذا الموضوع بهذه المثابة الفضيلة والدرجة النبيلة وددت أن أساهم في هذه الخدمة المتواضعة لاستفيد وأفيد المجتمع الأفغاني بإذن الله عزوكل والله الموفق والهادي إلى سواء السبيل.

---

1 – سورة الأعراف، الاية:199.

2 – منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني، 1418هـ، قواطع الأدلة في الأصول، دراسة وتحقيق: محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 24/1.

أسباب اختيار الموضوع:[3]

أسباب اختيار الموضوع تشتمل على النقاط التالية:

1) كون العرف أحد مصادر المهمة للتشريع الإسلامي.
2) كون العرف بنيت عليه كثير من الأحكام الشرعية.
3) الأعراف احتلت حيزاً واسعاً في مجال الأحكام الفقهية.
4) كون العرف له تطبيقات فى الفتاوى المعاصرة.

أهمية الموضوع:

تظهر أهمية هذا الموضوع فى النقاط التالية:

- العرف له أهمية كبيرة في شريعتنا الغراء حيث هو من أسباب التيسير على الناس، ورفع الحرج عنهم تحقيقا لقاعدة (رفع الحرج في الدين).
- المحافظة على النظام والاستقرار الاجتماعي من خلال تنظيم العلاقات والمعاملات بين الناس.
- العرف قد يؤدي إلى تخصيص عام، أو تقييد مطلق في بعض الأحكام الفقهية.
- العرف يساهم في تفسير وتطبيق الفتاوى المعاصرة، بما يتناسب مع الواقع الاجتماعي والثقافي الإسلامى.
- العرف يؤدي إلى تعديل بعض الفتاوى المعاصرة، أو إضافة أحكام جديدة وفقًا للعرف السائد.

أهداف الموضوع:

أهداف هذا الموضوع تشتمل على النقاط الآتية:

- معرفة بعض الأحكام والمسائل التى مستندها العرف فى الفقه الحنفى والفتاوى المعاصرة.
- العرف يعزز من الاستقرار في المعاملات التجارية من خلال توفير توقعات واضحة حول كيفية تنفيذ العقود.
- إغناء المكتبة الإسلامية الفقهية بشيء من المقالات الجزئية.

3

- الإطلاع العام على المسائل الفقهية سيما مسائل الفقه الحنفي.

أسئلة البحث:

هذاالبحث يحتوى لحل المشكلات التالية:

1) ما هي أنواع البيوعات التي يتأثر بها العرف في الفقه الحنفي؟
2) هل يختلف تأثير العرف في الفقه الحنفي مقارنة بالفتاوى المعاصرة؟
3) هل يساهم العرف في حماية حقوق الأطراف في عقود البيع وفقاً للفقه الحنفي والفتاوى؟
4) كيف يمكن أن تؤثر التغيرات الاجتماعية والاقتصادية على دور العرف في البيوعات؟
5) كيف يتم استخدام العرف كدليل في المنازعات التجارية وفقاً للفقه الحنفي والفتاوى المعاصرة؟

الدراسات السابقة:

لم نجد بعد البحث و التقصي – حسب جهدنا – من قام بالكتابة هذا الموضوع بدراسة علمية أكاديمية يخضع لشروط البحث العلمي وقواعده اللهم إلا ما وجد من بعض بحثوث مطولة يصعب قرائتها، أو مختصرة مخلة يعسر فهمها، و لذا رأينا أن أقدمنا زبدة الموضوع وأساساته في وريقات يسيرة يسهل الوصول اليه و الإستفادة منه، لعل الله أن يتقبله مني وأن ينفع به، ويجدر الإشارة إلى بعض الكتابات حول الموضوع لكن ليست تخصصية في المجال المشار إليه ومن ذلك:

- الفقة الاسلامى وأدلته – للدكتور هبة الزهيلى.
- المدخل إلى الفقه الاسلامى- للدكتور عبد الكريم زيدان.
- القواع الفقهية – للدكتور محمد عجيل جاسم.
- أثر العرف فى الفقه الاسلامى – للدكتور عبد الله بن سليمان المنبع.
- العرف في الشريعة الاسلامية – للدكتور أحمد الريسونى.
- العرف وأثره في التطبيق الفقهي وفقه المذهب الحنفي- باسم حسين عيتاني.

والبحث المشار إليه لا يعد تخصصاً في المجالات التي أشرت إليها آنفاً، وبناء عليه بذلت قصارى جهدي أن أراعي في البحث التخصص، وكذا تطبيق العرف في الفتاوى المعاصرة أسأل الله التوفيق والسداد في القول والعمل.

خطة البحث:

اخترنا فى كتابة هذا البحث منهج الوصفي التحليلي علماً بأننا جمعنا المادة العلمية من المصادر المعتمدة الأصيلة، والمراجع العلمية الحديثة، سيما كتب الفقه الحنفى وكتب أصول الفقه الإسلامى وكتب الفتاوى كما استفدنا من الشبكة (الانترنت)، حيث يشتمل البحث على مقدمة، وثلاثة مباحث، وخاتمة.

المبحث الأول: تعريف العرف، وأقسامه.

المبحث الثاني: اعتبار العرف في الأحكام وحجيته.

المبحث الثالث: شرائط اعتبارالعرف، وأثره وتطبيقاته في الفتاوى المعاصرة.

المبحث الأول: تعريف العرف و أقسامه.

المطلب الاول: تعريف العرف:

أولا: العرف لغة: (المعروف وهو خلاف النكر وما تعارف عليه الناس في عاداتهم ومعاملاتهم [4].

ثانياً: العرف اصطلاحا: (والعرف ما يعرفه الناس ويتعارفونه فيما بينهم معاملة) أو هو: (ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع السليمة بالقبول)[5] .

المطلب الثاني: أقسام العرف بحسب اللفظ.

ينقسم العرف بحسب اللفظ إلى قسمين: عرف قولي: (لفظي) وعرف عملي.

أولاً:العرف القولي:

أن يتعارف قوم إطلاق لفظ على معنى، بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذلك المعنى، كالدرهم على النقد الغالب[6]، فمعنى العرف في اللفظ: أن ينقل إطلاق لفظ، ويستعمل في معنى، حتى يصير

4 – إبراهيم مصطفى ـ أحمد الزيات ـ حامد عبد القادر ـ محمد النجار، د، ت، المعجم الوسيط، دار النشر: دار الدعوة، تحقيق / مجمع اللغة العربية، 595:2.

5 – علي بن محمد بن علي الجرجاني، 1405هـ، التعريفات، المحقق: إبراهيم الأبياري، ط1، بيروت، دار الكتاب العربي، 45:1.

6 – ابن أميرالحاج، أبوعبد الله، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد، 1417هـ، التقرير والتحرير في علم الأصول،ط2، بيروت: دارالفكر، 272:1.

هوالمعتاد من ذلك عند الإطلاق، مثال ذلك: إطلاق لفظ الدابة على ذوات الأربع، مع أنها في اللغة لكل ما يدبّ وكما ينقل العرف اللفظ المفرد ينقل المركب ايضاً، فالعرف القولي لا يكون إلا إذا نقلت الألفاظ عن معناها اللغوي، أوخصصت ببعض أفرادها، أما إذا استمر المعنى اللغوي متعارفاً، فلا يسمى عرفا قوليا أوحقيقة عرفية، وإنما هوحقيقة لغوية مشهورة[7]، وقد اعتبرالفقهاء العرف القولي، فحملوا عليه ألفاظ التصرفات، ولاحظوا ذلك في القضاء والفتوى، ونصوا على أن كل متكلم إنما يحمل لفظه على عرفه، فإذا كان المتكلم باللفظ هوالشارع فإنه يحمل على الحقيقة الشرعية، وإذا كان المتكلم من أهل اللغة فإنه يحمل كلامه علىعرفه، وتحمل ألفاظ الناس التي تدور عليها العقود والتصرفات على عرفهم في مخاطبتهم، ويجري ما يترتب على ذلك من التزامات على حسب ما يفيده اللفظ في العرف[8].

ثانياً : العرف العملي:

هو ما جرى عليه الناس وتعارفوه في معاملاتهم وتصرفاتهم، كتعارف الناس البيع بالتعاطي والاستصناع، قال ابن عابدين: العرف عملي وقولي، فالأول: كتعارف قوم على أكل البر ولحم الضأن، فإذا قال: اشترلي طعاما أولحما، انصرف إلى البر ولحم الضأن، عملا بالعرف العملي[9] .
والأعراف والعادات التي تجري بين الناس في معاملاتهم تقوم مقام النطق بالألفاظ، قال عز الدين بن عبد السلام: فصل في تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العام وتقييد المطلق وغيرها، ومن الأمثلة في ذلك: التوكيل في البيع المطلق، فإنه يتقيد بثمن المثل وغالب نقد البلد، تنزيلا للعادة الجارية في المعاملات منزلة صريح اللفظ، وكذلك حمل الإذن في النكاح على الكفء ومهر المثل؛ لأنه المتبادر إلى الأفهام فيمن وكل آخر بتزويج ابنته، وقال ابن القيم مبيناً

7 – أبوالعباس أحمد بن ادريس القرافي ، 1418هـ – 1998م، أنوارالفروق فى أنواء الفروق، د.ط، بيروت: دارالكتب العلمية، 172:1.

8– أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء، (د . ت)، قواعد الأحكام، (د. ط)، القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية 77:1.

9 – محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين الدمشقي الحنفي،1421هـ، رد المختار على الدر المختار، ط2، بيروت: دارالفكر، 112:2.

حجية العرف والعمل به: وهذا أكثر من أن يحصر، وعليه يخرج حديث عروة بن الجعد البارقي – رضي الله عنه – حيث أعطاه النبي – صلى الله عليه وسلم – ديناراً يشتري به شاة، فاشترى شاتين بدينار، فباع إحداهما بدينار وجاءه بالدينار والشاة الأخرى[10]، فباع وأقبض وقبض بغير إذن لفظي، اعتمادا منه على الإذن العرفي، الذي هو أقوى من اللفظي في أكثرالمواضع [11]، فالعرف العملي أوالعادة في الفعل: هي المحكمّة فيما يجري بين الناس في معاملاتهم، ما يجب منها وما لا يجب، تبعا للعرف الجاري بينهم، وما يدخل في العقود تبعا وما لا يدخل، وقد ذكر الفقهاء أن الشرط العرفي كاللفظي[12]، ومن القواعد الفقهية في ذلك: (المعروف كالمشروط)، (والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم)، قال السرخسي: والمعلوم بالعرف كالمشروط، وفيه أيضا:(الثابت بالعرف كالثابت بالنص)[13].

المطلب الثالث: اقسام العرف بحسب العموم والخصوص:

ينقسم العرف بهذا الاعتبار إلى العرف العام والعرف الخاص:

أولا: العرف العام: هو ما تعارفه عامة الناس كمن حلف لا يضع قدمه في دار فلان، فهو في العرف العام بمعنى الدخول، سواء دخلها ماشياً أو راكباً.

10 – أبو عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم ابن المغيرة بن بردزبة البخاري الجعفي، 1401هـ، صحيح البخارى، (د. ط)، بيروت: دار الفكر، 632:6.

11 – أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية، 1423هـ، إعلام الموقعين، ط 1، بيروت: دار ابن الجوزي، 412:2؛ والدمشقي، قواعد الأحكام، 77:1.

12 – الدمشقي، قواعد الأحكام، 413:2.

13 – محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، 1414هـ، المبسوط، (د. ط)، بيروت: دار المعرف، 172:15.

ثانياً:العرف الخاص: هو ما لم يتعارفه عامة الناس، بل بعضهم، كالألفاظ المصطلح عليها في عرف الشرع أو عرف التخاطب، أو في عرف طائفة خاصة، ومن ذلك اصطلاح الرفع عند النحاة، واشترط الحنفية في العرف العام: استمرار العمل به بين الناس[14] .

المطلب الرابع: اقسام العرف باعتبارالصحة والفساد:

ينقسم العرف بهذا الاعتبار إلى صحيح وفاسد:

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

ثانياً: العرف الفاسد: ما خالف بعض أدلة الشرع أو بعض قواعده، كتعارفهم على بعض العقود الربوية [15] .

المطلب الخامس: اقسام العرف باعتبار ثبوته واستقراره وعدمه:

ينقسم العرف بهذا الاعتبار إلى عرف ثابت وعرف متبدل:

أولا: العرف الثابت: هو الذي لا يختلف باختلاف الأزمان والأماكن والأشخاص والأحوال؛ لأنه يعود إلى طبيعة الإنسان وفطرته، كشهوة الطعام والشراب، والحزن والفرح، ومن العرف الثابت العرف الشرعي: وهو ما كلف به الشرع وأمر به، أو نهىعنه أو أذن فيه.

ثانيا: العرف المتبدل: هو الذي يختلف باختلاف الأزمان والبيئات والأحوال، وهوأنواع: فمنه مايعود إلىاعتبارالبقاع والبيئات منحسن شيء أو قبحه، فيكون في مكان حسناً وفي مكان آخر– قبيحاً، مثل كشف الرأس فهو لذوي المروءات قبيح في البلاد المشرقية وغير قبيح في البلاد المغربية [16].

14 – الشيخ زين العابدين إبراهيم بن نجيم ، 1980م، الأشباه و النظائر ، (د. ط)، بيروت: دار الكتب العلمية، 93:1.

15 – ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، 114:2.

16 – عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي، (د . ت)، الأشباه والنظائر، (د. ط)، بيروت: دار الكتب، 90:1.

المبحث الثاني: اعتبار العرف في الأحكام وحجيته:

المطلب الأول: العرف بهذا الاعتبار – ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

الاول:ما قام الدليل الشرعي علىاعتباره:كمراعاة الكفاءة فيالنكاح، و وضع الدية علىالعاقلة، فهذا يجب اعتباره والأخذ به.

الثاني: ما قام الدليل الشرعي علىنفيه:كعادة أهل الجاهلية في التبرج، وطوافهم في البيت عراة، والجمع بين الأختين، وغير ذلك من الأعراف التي نهىعنها الشارع، فهذه الأعراف لاتعتبر.

الثالث: ما لم يقم الدليل الشرعي علىاعتباره أونفيه: وهذا هو موضع نظرالفقهاء: وقد ذهب الفقهاء إلى اعتباره ومراعاته وبنوا عليه الكثير من الأحكام ولم ينكر ذلك أحد منهم[17]، وقد قام الدليل من الكتاب والسنة والإجماع على اعتبار العرف، فمن الكتاب – قوله تعالى:{لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا}[18]، وفي تفسير أحكام القرآن للجصاص: إن الإنفاق ليس له تقدير شرعي، وإنما أحاله الله تعالى على العادة وهي دليل أصولي، بنى الله تعالى عليه الأحكام، وربط به الحلال والحرام[19]، وقال ابن قدامة: والصحيح رد الحقوق المطلقة في الشرع إلى العرف فيما بين الناس في نفقاتهم في حق الموسر والمعسر والمتوسط، كما رددناهم في الكسوة إلى ذلك [20]، ومن السنة حديث عائشة – رضي الله عنها – أن هند بنت عتبة – رضي الله عنها – قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني وولدي إلا ما أخذت منه وهولايعلم، فقال:خذي ما

17- أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، (د . ت)، فتح الباري، المحقق: عبد العزيز بن عبد الله بن باز ومحب الدين الخطيب، (د. ط)، بيروت: دار الفكر، 510:9.

18 – سورة الطلاق، الآية: 7.

19 – أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، 1405هـ، أحكام القرآن، المحقق: محمد صادق القمحاوي عضو لجنة مراجعة المصاحف بالأزهر الشريف، (د. ط)، بيروت: دار إحياء التراث، 1830:1.

20- أبومحمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، (د . ت)، المغني لابن قدامة، (د. ط)، القاهرة:مكتبة القاهرة، 567:7.

يكفيك وولدك بالمعروف [21]، قال ابن‌حجر: فيه اعتماد العرف في الأمور التي لا تحديد فيها من قبل الشارع [22].

المطلب الثاني:حجية العرف:

سبق أن مرّ وهنا أن العرف حجة عند عامة العلماء، وأنه دليل شرعي، وأصل يبنى عليه كثير من الأحكام، واستدلوا بأدلة من الكتاب الكريم، والسنة المشرفّة، والإجماع العملي.

أولاً: الاستدلال بالكتاب الكريم:

قوله تعالى:{خُذْ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنْ الْجَاهِلِينَ}[23]، لقد استُدل بهذه الآية، في مسألة إذا اختلف الزوجان في متاع البيت حيث يقول" لنا قوله تعالى:{خُذْ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ..}، فكل ما اشهدت به العادة قضي به لظاهر هذه الآية إلا أن تكون هناك بينة [24].

والمراد من العرف إما المعروف، وهو أفعال الخير، أوالعرف الجاري بين الناس، واحتج المالكية بذلك على الحكم بالعرف الذي يجري بين الناس[25].

وجه الاستدلال: إن الله أمر نبيه صلى الله عليه وسلم بالعمل بالعرف، وهو ما تعارفه الناس وجرت عليه عاداتهم في تعاملاتهم، فحيث أمر الله عز وجل نبيه – صلى الله عليه وسلم – بالأمر دل ذلك على اعتباره في الشرع، وإلا لما كان للأمر به فائدة[26].

ثانياً: الاستدلال من السنة:

---

21 – أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، (د . ت)، صحيح مسلم، (د. ط)، بيروت: دارالجيل، 1338:3.

22 – العسقلاني، فتح الباري، 51:9.

23 – سورة الأعراف، الآية: 199.

24 – المستدِل هو الإمام القرافي رحمه الله، الفروق، 149:3.

25 – أبو العباس أحمد بن محمد بن المهدي بن عجيبة الحسني الأنجري الفاسي الصوفي، 1419هـ، البحر المديد في تفسير القرآن المجيد، المحقق: أحمد عبد الله القرشي رسلان، الناشر: الدكتور حسن عباس زكي – القاهرة. (297/2).

26 – شيخ احمد ابو سنة فهمي، 1016م، العرف والعادة في رأي الفقهاء، (د. ط)، القاهرة: مكتبة الازهرية، ص:33.

1- ما رُوي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح»[27]، فهذا الحديث يستدِل به كثير من الفقهاء عند ما تحكيم العرف في مسألة من المسائل، كما يستدل به الأصوليون في إثبات حجية الإجماع[28]،والاستحسان [29]، كما جاء في كتاب "الأشباه والنظائر": القاعدة السادسة: العادة محكمة [30].

وجه الاستدلال من الحديث: هو أن ما اعتاده المسلمون وعرفوه، واستحسنته عقولهم، وتلقته نفوسهم بالقبول أنه حسن، وإذا كان كذلك فهو عند الله حسن، أي: مقبول ومسلَّم بشرعيته[31]، وهذا الحديث قلّما نجد أن أحداً من العلماء، قديماً وحديثاً ذكره في مسألة العرف واستدل به.

و لكن بعض العلماء طعن في دلالة هذا الحديث و أبطل الاحتجاج به، و لقد طعن في رفعه كما طعن في دلالته.

أما الطعن في رفعه فكما يلي:

قال العلائي: لم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث أصلاً، ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال، وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه موقوفاً عليه[32].

---

27 – أبو عبدالله أحمد بن حنبل الشيباني، (د . ت)، مسند الإمام أحمد بن حنبل، (د. ط)، القاهرة: مؤسسة قرطبة، 379:1. هذا الحديث مرفوعاً غير ثابت عن النبى – صلى الله عليه و سلم – بل هو موقوف على بن مسعود – رضى الله عنه – (نصب الراية، 7/ 168).

28 – أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الآمدي، (د . ت)، الإحكام في أصول الأحكام، المحقق: عبد الرزاق عفيفي، (د. ط)، بيروت: المكتب الإسلامي،182:1.

29- أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، 1399هـ، روضة الناظر وجنة المناظر، تحقيق : د. عبد العزيز عبد الرحمن السعيد، ط 2 ، الرياض: جامعة الإمام محمد بن سعود، 409:1.

30 – السيوطي، الأشباه والنظائر، 89:1.

31 – أحمد بن على بن احمد سيرالمباركي، 1435هـ، العرف و اثره فى الشريعة و القانون، ط 4، الرياض: مكتبة المعهد العالي للقضاء، ص:115.

32 – السيوطي، الأشباه والنظائر، 89:1.

وذكر أيضاً صاحب "نصب الراية" له ثلاث طرق كلها موقوف فيها على ابن مسعود[33].

وأجيب عن ذلك من وجهين:

1- أنه وإن كان موقوفاً على ابن مسعود إلا أن له حكم الرفع، لأنه من المجالات التي لا مدخل للرأي فيها[34].

2- أن أدنى ما يقال فيه أنه قول صحابي، وقول الصحابي حجة[35].

وأما الطعن في دلالته على المطلوب: فبيانه:

أن المراد بالمسلمين في الحديث "المجتهدون" لا المطلق الشامل الذي يشمل العوام والخواص، بدليل كلمة (ما رآه) وذلك؛ لأن "رأى" من الرأي، والرأي في عرف "ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لوجه الصحابة كما قال ابن القيم :الصواب مما تتعارض فيه الأمارات"، ثم إن كلمة "المسلمون" صيغة عموم، واللام فيها للاستغراق الذي هو المعنى الحقيقي لها عند عدم قرينة العهد، فالمعنى ما رآه جميع المجتهدين، وحينئذ يكون الحديث وارداً في إجماع أهل الحل والعقد.

فمجمل القول أن الحديث إما وارد في الإجماع أو في الصحابة، وعلى كل لا ينتهض دليلاً على اعتبار العرف[36].

الإجابة عن هذا الطعن:

1- أن الحديث وإن كان فيه دلالة على حجية الإجماع، فإن هذا لا يمنع أن يدل ذلك على اعتبار العرف وبخاصة ما رجع إلى الإجماع العملي، فما رآه أهل الإجماع من الأعراف حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه قبيحاً فهو عند الله قبيح(37)، فمما سبق يظهر أن دلالة الحديث على حجية العرف محتملة، وليس معنى هذا أنه غير معتبر.

---

33 – عبدالله بن يوسف أبو محمد الحنفي الزيلعي ، 1357هـ، نصب الراية، د .ط، مصر: دار الحديث ،4:133-134.

34 – الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، د .ت، شرح القواعد الفقهية، د .ط، بيروت: دار القلم ، 1:165.

35 – بحوث في الاجتهاد فيما لا نص فيه: د. الطيب خضري السيد، 1:2.

36 – عبد الكريم عيد الحشاش، 1991م، العرف ، ط1،فلسطين:مطبعة المنار ، ص.٢٦-٢٥.

37 – الدكتور عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين، 1422هـ، أثر العرف في التشريع الإسلامي، د.ط، الرياض:دار الفاروق، ص181.

2- حديث هند بنت عتبة، فيما روته عائشة رضي الله عنها: أن هنداً بنت عتبة قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال:«خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[38].

وجه الاستدلال:

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ردها إلى المعروف، وهو ما عرف أنه يكفيها من الطعام وغيره عرفاً، وإن هذه العبارة فيها تصريح ودلالة على اعتبار العرف في التشريع فيما جاء من الأحكام مطلقاً التي لم يفصل فيها. فكأنه قال: لقد وجب على الزوج نفقة الزوجية وترك أمر تقديرها إلى ما يجري به العرف بينكم بحسب الأحوال والأشخاص والأماكن والأزمان[39].

وقال النووي في هذا الحديث فوائد، وذكر منها: اعتماد العرف في الأمور التي ليس فيها تحديد شرعي[40].

المبحث الثالث: شروط اعتبار العرف، و اثره و تطبيقاته في الفتاوى المعاصرة.

المطلب الاول:لاعتبار العرف خمسة شروط:

الأول: أن يكون العرف مطرداً أو غالباً:

ومعنى الاطراد: أن يكون العرف مستمراً بحيث لايتخلف في جميع الحوادث، ومعنى الغلبة: أن يكون العمل بالعرف كثيراً، ولا يتخلف إلا قليلا، ذلك أن الاطراد أو الغلبة يجعل العرف مقطوعاً بوجوده.

قال بعض العلماء: إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإذا اضطربت فلا[41]، وقال بعضهم: إنما تعتبر- العادة إذا اطردت أو غلبت، ولذا قالوا: لو باع بدراهم أو دنانير، وكانا في بلد اختلف فيه النقود مع الاختلاف في المالية والرواج، انصرف البيع إلى الأغلب، وقال الشاطبي: وإذا كانت العوائد

38 - صحيح البخاري، 2052:5.

39 - أثر العرف في التشريع الإسلامي، ص182.

40 - صحيح مسلم شرح النووي، 9:12.

41- السيوطي، صادر عن وزارة الأوقاف و الشئون الإسلامية، 1427هـ، الكويت، الموسوعة الفقهية الكوتيية، ط 2، الكويت: دارالسلاسل، 58:3.

معتبرة شرعا فلا يقدح في اعتبارها انخراقها ما بقيت عادة في الجملة[42]، وبهذا الشرط يخرج العرف المشترك – هو ماتساوى العمل به وتركه – من الاعتبار، فلايصلح أن يكون مستندا أو دليلا يرجع إليه في تحديد الحقوق والواجبات المطلقة)[43].

الثاني: أن يكون العرف عاما: هذا الشرط محل خلاف بين الفقهاء: فذهب جمهورالحنفية والشافعية – رحمة الله عليهم – إلى أنه يعتبر في بناء الأحكام العرف العام دون الخاص[44] .

الثالث: ألا يكون العرف مخالفاً للنص الشرعي:

يشترط في العرف المعتبر شرعاً: ألا يخالف النصوص الشرعية، بمعنى أن لا يكون ما تعارف عليه الناس مخالفاً للأحكام الشرعية المنصوص عليها، وإلا فلا اعتبار للعرف، كتعارف الناس شرب الخمر، وتبرج النساء، والتعامل بالعقود الربوية، ونحو ذلك، ثم إن مخالفة العرف للنص تأتي على وجهين: إذا خالف العرف النص الشرعي من كل وجه، فإنه يعمل بالنص، ولا اعتبارللعرف؛ لأن النص أقوى من العرف، ولا يترك الأقوى لما هو أضعف منه، سواء كان العرف عاماً أو خاصاً[45].

وإذا خالف العرف النص في بعض الوجوه، فذهب الجمهور – رحمة الله عليهم – إلى أنه لا يصلح العرف مخصصاً ولا مقيداً للنص، وذهب الحنفية – رحمة الله عليهم – إلى أن العرف يخصص النص ويقيده [46].

---

42 – ا ابن نجيم الحنفي، السيوطي، الأشباه والنظائر، 92:1؛ وابن نجيم، الأشباه و النظائر، 93:1.

43 – ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 132:2.

44 – تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، 1416هـ، مجموع الفتاوى، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، (د. ط)، المدينة النبوية: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف،58:4.

45 – ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، 114:2؛ والعسقلاني، فتح الباري ، 510:9.

46 – ابن أمير الحاج، التقرير و التحبير، 282:1؛ والغزالى، المستصفى فى علم الاصول، 345:1؛ والعطار، حاشيه العطار على جمع الجوامع، 70:2؛ وابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، 132:2؛ وسعد الدين التفتازاني، (د . ت)، حاشية الدسوقي، المحقق: عبد الحميد هنداوي، (د. ط)، بيروت: المكتبة العصرية، 143:2.

الرابع: ألا يعارض العرف تصريح بخلافه: يشترط لاعتبار العرف ألا يصدر تصريح بخلافه، فإذا صرح العاقدان مثلاً بخلاف العرف فلا اعتبار للعرف؛ لأن من القواعد الفقهية: أنه (لاعبرة للدلالة في مقابلة التصريح)، قال العز بن عبد السلام: كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه مما يوافق مقصود العقد ويمكن الوفاء به صح، فلو شرط المستأجر علىالأجير أن يستوعب النهار بالعمل من غير أكل يقطع المنفعة لزمه ذلك، ولو شرط عليه أن لا يصلي الرواتب، وأن يقتصر في الفرائض على الأركان، صح ووجب الوفاء بذلك؛ لأن تلك الأوقات إنما خرجت عن الاستحقاق بالعرف القائم مقام الشرط، فإذا صرح بخلاف ذلك مما يجوزه الشرع ويمكن الوفاء به جاز[47].

الخامس: أن يكون العرف قائماً عند إنشاء التصرف: يشترط لاعتبارالعرف أن يكون قائماً عند إنشاء التصرف، وذلك بأن يكون العرف سابقا أومقارناً للتصرف عند إنشائه؛ لأن كل من يقوم بتصرف – سواء كان قولياً أوفعلياً إنما يتصرف بحسب ما جرى به العرف، ليصح الحمل على العرف القائم، فلاعبرة بالعرف الطارئ بعد التصرف، قال القرافي: العوائد الطارئة بعد النطق لايقضى بها علىالنطق، فإن النطق سالم عن معارضتها، فيحمل علىاللغة، ونظيره: إذا وقع العقد في البيع فإن الثمن يحمل علىالعادة الحاضرة في النقد، وما يطرأ بعد ذلك منالعوائد في النقود لاعبرة به في هذا البيع المتقدم، وكذلك النذر والإقرار والوصية إذا تأخرت العوائد عليها لاتعتبر، وإنما يعتبر منالعوائد ما كان مقارناً لها. وقالالسيوطي: العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر. وقال ابن نجيم بعد أن ذكر عبارة السيوطي: ولذا قالوا: لاعبرة بالطارئ[48].

المطلب الثاني: اثر العرف في الفقه الحنفي

هناك العديد من الأمثلة على تأثير العرف مثلاً في باب البيوع، في الفقه الحنفي، نذكرمنها:

1. تحديد الأجور المعتادة والمتعارف عليها في بيع سلع معينة، كالخضروات والفواكه[49].

47 – علي حيدر خواجه أمين أفندي، 1991م، درر الاحكام شرح مجلة الاحكام، ط 1، بيروت: دار الجيل، 42:1.

48– السيوطي، الأشباه والنظائر، 96:1؛ وابن نجيم، الأشباه والنظائر، 101:1.

49–لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، (د . ت)، مجلة الأحكام العدلية، ط 1، كراتشي: نورمحمد، كارخانه تجارتِ كتب، 48:1.

2. تحديد طرق التسليم والتسلم المتبعة في البيوع، مثل تسليم البضاعة في مكان محدد أو زمان معين[50].
3. تحديد الضمانات المعتادة للبضائع المباعة، كفترة الضمان وشروطه[51].
4. تحديد مدة السماح للمشتري في سداد الثمن في البيع الآجل[52] [53].
5. تحديد الأثمان في الأسواق، يُعتبر السعر المتعارف عليه للسلع مرجعًا أساسيًا عند إبرام عقود البيع – على سبيل المثال، إذا كان هناك سعر محدد لمنتج معين في السوق، فإن هذا السعر يُعتبر ملزمًا للأطراف حتى لو لم يُذكر في العقد.
6. شروط التسليم – العرف قد يحدد مكان التسليم، مثل أن يتم التسليم في السوق أو في عنوان المشتري. إذا كان هناك عرف سائد حول مكان التسليم، فإن هذا الشرط يُعتبر جزءًا من العقد.

50– الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، (د . ت)، مجلة البحوث الإسلامية، (د. ط)، تصدر عن منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، 88:47.

51– الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، بجدة، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، 89:47.

52 – فهو ما يتأخر فيه تسليم بدل عن بدل آخر، وهذا له صوركثيرة بعضها مشروع وبعضها غيرمشروع (القول الفصل في بيع الأجل، ص: 4).

أ: بيع تمر مثلاً أو قمح بصنف آخر كشعير ونحوه إلى أجل فهذا لايجوز إجماعاً – لقوله صلى الله عليه وسلم: « الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواء بسواء، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد»(صحيح مسلم، 1210/3).

ب: شراء (سلعة) ما مما يخرج من الأرض زروعاً أو ثماراً ليست موجودة الآن، وهذا يسمى (السلم، والسلف) وصورتها أن يبيع الفلاح كيلاً معلوماً أو وزناً معلوماً يسدده للمشتري وقت الحصاد ويأخذ ثمنه الآن وقت الشراء ويجوز هذا التأجيل لسنة أو اثنين أو أكثر كما جاء في الحديث المتفق عليه ونصه عن ابن عباس – رضي الله عنه – قال: لما قدم النبي – صلى الله عليه وسلم – المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين فقال: « من أسلف فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم إلى أجل معلوم»(سنن الترمذي، 387/2).

53– الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، بجدة، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، 921:5.

7. تأجيل الدفع في بعض المجتمعات، قد يكون هناك عرف يقضي بأن يتم الدفع فورًا عند التسليم، بينما في مجتمعات أخرى يمكن أن يكون هناك مهلة للدفع. هذا العرف يؤثر على صياغة العقد ويُعتبر ملزمًا[54].
8. الضمانات إذا كان هناك عرف يقضي بأن يكون للبائع الحق في ضمان السلعة لفترة معينة، فإن هذا الشرط يُعتبر جزءًا من العقد. على سبيل المثال، في بعض الأسواق، يُعتبر ضمان السلعة لمدة معينة أمرًا شائعًا.
9. بيع السلع المستعملة في حالة بيع السلع المستعملة، قد يكون هناك عرف سائد حول كيفية تقييم جودة السلعة المستعملة، مما يؤثر على السعر وشروط البيع. يُعتبر هذا العرف مرجعًا لتحديد قيمة السلعة.
10. عقود البيع بالتقسيط في حالة بيع السلع بالتقسيط، إذا كان هناك عرف ينظم كيفية تحديد الفوائد أو الأقساط، فإن هذا العرف يؤثر على صياغة العقد ويُعتبر ملزمًا[55].
11. السلع ذات الخصائص الخاصة بعض السلع، مثل الماشية أو المحاصيل الزراعية، لها طرق خاصة في البيع. إذا كان هناك عرف محدد حول كيفية بيع هذه السلع (مثل الوزن أو العدد)، فإن الالتزام بهذا العرف يُعتبر إلزاميًا[56].

المطلب الثالث: تطبيقاته في الفتاوى المعاصرة

هناك بعض الأمثلة في تطبيقات العرف في الفتاوى المعاصرة عند الحنفية تعتبر من المواضيع المهمة في الفقه الإسلامي، نذكر منها:

اولاً: الاستصناع المتوازي: لعل من أهم شروط عقد الاستصناع أن يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس في أي عصر من العصور، وبهذا لو تعارفوا في أي وقت على أشياء لم تكن معروفة في الأزمنة

54 – الدكتور وهبة الزحيلي، 2005م، فقه الاسلامى و أدلته، ط1، دمشق: دار الفكر، ج6، ص227.

55 – الدكتور محمد بن سعود العصيمي، 2018م، موسوعة المعاملات المالية المعاصرة، د.ط، الرياض: دار الميمان، ج1، ص261.

56 – الدكتور عبد الله بن محمد بن احمد الطيار، 2005م، العرف كمصدر من مصادر التشريع، ط1، الرياض: دار البحوث للدراسات الإسلامية، ج1، ص98.

التي سبقتهم فلا مانع والحالة هذه من اعتباره عرفاً وإلحاقه بالاستصناع دون الوقوف بالاستصناع عند مسائل معينة قال بها بعض الفقهاء المتقدمون فقط، وهذا ما اتجه إليه بعض الفقهاء المعاصرين، حيث أدخل بعضهم الثياب ضمن عقد الاستصناع، وقد كان الفقهاء السابقون لا يرون الاستصناع في الثياب؛ لأنها لم تكن عندهم مما تعورف عليه بعد[57].

يقول بعض العلماء: " فالفقه أن ما جرى العرف به صح استصناعه ويقول :كالخفاف والأحذية، والأواني، وأثاث المترل، وعدد الحرب والثياب وأما تصريح فقهائنا – أي الحنفية – بأنه لا يجوز استصناع الثياب فذلك مبني على عرفهم؛ لأن الناس ما كانوا يتعاملون هذا النوع، أما الآن فقد فشا هذا التعامل بين التجار والصناع في البلدان، ويشترط في العرف المجوز للاستصناع أن يكون عاماً[58].

ومعلوم أن الفقهاء القدامى عللوا ذلك بتعامل الناس، وما كان كذلك فهو يتغير بتغير التعامل، ومن المعلوم أن الأحكام التي تبنى على العرف تتغير بتغيره كالحرز والنفقة، تتغير حسب العرف، وقد اتضح لك أن الفقهاء ذكروا الأشياء التي يصح فيها التعامل على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر، فإذا جرى التعامل بشيء آخر لم يكن يتعامل به ثبت له الحكم، وكذلك لو تغير العرف وتعامل الناس بما لم يكن فيه تعامل كاستصناع الثياب في عصرنا الحاضر، وغيرها كالطائرات والسيارات، وأدوات الإنارة، والمعامل التحليلية، والمصانع، والسفن، وآلات الكتابة والتصوير إلى آخر ما توصلت إليه العقول البشرية كسفن الفضاء، والأقمار الصناعية يجوز استصناعها إذا أمكن ضبطها على وجه تنتفي المنازعة معه فكما هو معلوم أن الأشياء التي يجيزها الشرع في الجملة ولم يكن فيه ولا في لغة العرب ما يحددها يرجع في تحديدها إلى العرف وتتغير بتغيره[59].

---

57 – الدكتور عبد الله بن احمد بن سعيد، 2009م، مناهج الباحثين في الاقتصاد الاسلامي، ط1، بيروت : مؤسسة الرسالة، ج1، ص213.

58 – قال بذلك أبو سنه: العرف والعادة في رأي الفقهاء، 176:1.

59 – استصناع " تعريفه – تكييفه – حكمه – شروطه"، الشبيتي، سعود، ص٧٦ والاستصناع لغة: من الفعل الثلاثي صنع. يقول ابن فارس في معجم مقاييس اللغة ٣ / ٣١٣ : الصاد والنون والعين أصل صحيح واحد، وهو عمل الشيء صنعاً وامرأة صناع ورجل صنع، إذا كانا حاذقين فيما يصنعان. قال :خرقاء بالخير لا تهدي لوجهته وهي صناع الأذى في الأهل والجار والاستصناع في الاصطلاح هو: أن يقول إنسان لصانع خفاف أو صغار أو غيرهما: اعمل لي خفاً أو آنية من أديم، أو نحاس

فالاستصناع عقد فيه مرونة تيسر للمصارف الإسلامية استخدامه في تعاملها مع الجمهور، لما فيه من إمكانية تعجيل الثمن أو تقسيطه، ويمكن للمصرف أن يدخل هذا المجال على أساس أنه مستصنع، أو على أساس أنه صانع:

1- أما على أساس كون المصرف مستصنعاً، فإن ذلك يمكنه من أن يلبي حاجة الصناعيين إلى التمويل المبكر، أو المجزأ، ويمكنهم ذلك من شراء الخامات أو الأجهزة أو قطع الغيار، ومن تذليل كل عقبة مالية تحول دون المباشرة في الإنتاج. وفي تعاملهم مع المصرف الإسلامي بهذا الأسلوب يحلون أيضاً مشكلة تسويق مصنوعاتهم؛ لأنهم يضمنون مسبقاً مشترياً ملتزماً بأخذ المصنوع عند تمامه.

بالاضافة إلى أن الأجل لا يجب أن يكون محدداً في الاستصناع، بيوم أو يومين أو شهر أو شهرين، فيمكن أن يتفقا على أجل معين للتسليم، عن أن لا يزيد عن المدة الكافية فعلاً لصناعة المطلوب، وفي ذلك يسر في صياغة العقود التي هي ليست متوفرة في صيغة السلم(60).

والمصرف الإسلامي إذ يوصي على السلع ذات الرواج يحصلها بأسعار منخفضة، ثم يستطيع بيعها بالسعر الحاضر، أو المؤجل، أو المقسط، وهذا يتيح له أرباحاً جيدة(61).

من عندك بثمن كذا، ويبين نوع ما يعمل، وقدره، وصفته فيقول الصانع: نعم .وقيل هو: عقد على مبيع في الذمة، وشرط عمله على الصانع والقياس أن لا يجوز، وفي الاستحسان جائز لتعامل الناس، فلا جرم اختص جوازه بما فيه تعامل، كما في الخف والقلنسوة والأواني ونحوها، بعد بيان القدر والصفة والنوع. انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٦ / ٢٦٧٧، تحفة الفقهاء للسمرقندي ٢/ ٥٣٨، العناية شرح البداية للبابرتي ٥/٣٥٤ وما بعدها.

60 - تتجلى أهم الفوارق الجوهرية بين السلم والاستصناع عند الحنفية – رحمة الله عليهم – فيما يلي:

1- يرى جمهور الحنفية – رحمة الله عليهم – أن المبيع في السلم دين تحتمله الذمة، أما في الاستصناع فيرى جمهورهم أن المعقود عليه عين المستصنع وله تعلق بالذمة.

2- الثمن في السلم يدفع في مجلس العقد عندهم. أما في الاستصناع فقد يدفع كله أو بعضه، وقد لا يدفع منه شيء، بل يكون ديناً حتى يسلم المصنوع.

3- التأجيل في السلم للاستمهال، وفي الاستصناع للاستعجال.

4- السلم يكون في المثليات فقط، والاستصناع في المثلي وغير المثلي. انظر: الاستصناع، ص81.

61 - محمد الأشقر، 2000م، عقد الاستصناع، ط1، بيروت: مؤسسة الرسالة، ج1، 239.

٢ أما أن يكون المصرف صانعاً، فإنه يتمكن على أساس عقد الاستصناع من دخول عالم الصناعة وعالم المقاولات بآفاقهما الرحبة، كصناعة السفن والطائرات والآليات ونحوها، ومشاريع الإسكان، والعمائر الضخمة، وإنشاء الطريق وشقها وتعبيدها، وإنشاء سكك الحديد والمطارات وتزويدها بتجهيزاتها المختلفة. فيقوم المصرف بتنفيذ ذلك، وذلك بأجهزة إدارية ضمن أقسام منفصلة عن دوائر العمل المصرفي في المصرف نفسه، وتقوم تلك الأجهزة بإدارة العمليات الصناعية لإنتاج ما طلب منه صنعه، أو إعادة استصناعه.

ثانياً: بعض المصارف الإسلامية بأسلوب (الاستصناع المتوازي):

أ- يتعاقد المحتاج للسلع الصناعية، سواء كان تاجراً، أو مستهلكاً، مع المصرف بطريقة الاستصناع، ليقوم المصرف بإنتاجها فيكون المصرف في هذه الخطوة بائعاً، ويمكن أن يكون الثمن هنا مؤجلاً .

ب- يتعاقد المصرف مع المختصين بصناعة ذلك النوع من السلع على إنتاج سلع على أساس المواصفات والتصاميم المطلوبة المبينة في العقد الأول، ويمكن أن يكون الثمن هنا معجلاً، وهذا كأن تكون مدة التمويل مضاعفة، مما يتيح للمصرف الإسلامي أن يحصل على ربح وافر.

ج- إذا تسلم المصرف السلع من الصناعيين بعد تمامها، يقوم بتسليمها إلى طالبيها[62].

ثم يحذر الدكتور محمد الأشقر من مجموعة من المحاذير التي ينبغي تجنبها في أسلوب الاستصناع المتوازي، حيث يقول: " لكن ينبغي الحذر في أسلوب الاستصناع المتوازي من الربط بين العقدين، أو من توكيل المشتري طالب السلعة بالتعاقد على استصناعها أو قبضها، أو الإشراف على صناعتها أو قيامه بشيء من الأدوار التي تقلص دور المصرف في العملية، مما يحول العملية إلى مجرد قرض بفائدة.

ويجب الحذر من تحول الاستصناع المتوازي إلى عملية إقراض بالفائدة.

62 - المرجع السابق نفسه، 1:240.

يجب أن لا ينتظر المصرف الإسلامي حتى يأتيه شخصان قد اتفقا فيما بينهما أحدهما صانع والآخر مستصنع يريد تمويلاً، ليدفع للصانع مقدماً، فيدخل المصرف بينهما مقرضاً بالفائدة ملتفاً بعباءة الاستصناع المتوازي.

بل نرى أنه يجب على المصرف أن يأخذ بزمام المبادرة، بأن يكون لديه دائرة خاصة بالعمليات الاستصناعية، يأتي إليها المحتاجون لبناء المباني، أو لصيانتها، أو تعبيد الطرق، أو مد سكك الحديد، أو إنشاء المطارات، أو غير ذلك، فيطلبوا منه هذه الأعمال استصناعاً.

ويكون لتلك الدائرة الخاصة بالاستصناع علاقات مع الصناعيين، والمقاولين ممن يستطيع تنفيذ مثل هذه الأعمال، فيساومهم عليها ويعقد معهم، على مسؤوليته الخاصة.

يجب أن لا يتعثر الاستصناع المتوازي كما تعثرت المرابحة في المصارف الإسلامية. وعلى هيئات الرقابة وضع الضوابط العملية التي تحول دون ذلك. وهذا يتدعي قيام الجهات المسؤولة عن الفتوى الشرعية الإسلامية بوضع خطوات تفصيلية، وضوابط محددة تقلل جداً من إمكانية الخطأ في التطبيق، آخذة بعين الاعتبار أن الموظف العادي لم يصل في بعض المصارف الإسلامية إلى درجة معرفة التصرف الممنوع شرعاً، ووجه منعه، ليوكل إليه أمر التمييز بين الممنوع والجائز في هذا الميدان وأمثاله.

ويستدعي أيضاً قيام المصارف الإسلامية ببذل مزيد من العناية للبلوغ بموظفيها إلى درجة عالية في الفقه المتعلق بخصوص أعمالهم، مع التدريب العملي المنضبط بإشراف هيئات الرقابة الشرعية[63].

ثالثاً: استصناع العملات الورقية: إذا احتاج البنك المركزي إلى طباعة ١٠ ملايين ورقة نقدية مثلاً، وكلف بذلك إحدى الشركات على أساس عقد الاستصناع فلا فرق بين ذلك وبين طباعة ١٠ ملايين بطاقة مثلاً، كلاهما جائز دون تحفظ. وليس هنا ربا؛ لأن هذه الأوراق النقدية ليس لها أية قوة ثمنية قبل أن يتسلمها البنك المركزي ممن قام بطبعها؛ لأن قوتها الثمنية إنما تأخذها من اعتراف

63 – المرجع السابق نفسه، 242:1.

البنك المركزي بها، وهو لا يعترف لها بقيمة قبل استلامها وإدخالها في سجلاته وخزائنه تمهيداً لطرحها للتداول، فمتى فعل ذلك أصبح لها قوة ثمن ودخلتها أحكام الربا[64].

رابعاً: قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٧/٢/٦٥ بشأن الاستصناع: لقد طرح مجمع الفقه الإسلامي موضوع "عقد الاستصناع " في دورته السابعة المنعقدة في جدة بالمملكة العربية السعودية من ٧ – ١٢ ذي القعدة ١٤١٢هـ، الموافق ١٤–٩ مايو ١٩٩٢م، وبعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع عقد الاستصناع، وبعد استماعه للمناقشات التي دارت حوله، ومراعاة لمقاصد الشريعة في مصالح العباد والقواعد الفقهية في العقود والتصرفات، ونظراً؛ لأن عقد الاستصناع له دور كبير في تنشيط الصناعة، وفي فتح مجالات واسعة للتمويل والنهوض بالاقتصاد الإسلامي.

وقد قرر المجلس مايلي:

1– إن عقد الاستصناع – وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة – ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط.

2– يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:

أ– بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة.

ب– أن يحدد فيه الأجل.

1– يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة.

2– يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان مالم تكن هناك ظروف قاهرة[65].

الخاتمة:

تشتمل الخاتمة على النتائج والإقتراحات:

64 – المرجع السابق نفسه، 244:1.

65 – مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ٢/ 223، وانظر أيضاً: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، للدورات،١٠–١ القرارات،٩٧–١ ص١٤٤.

أولاً: النتائيج:

يمكن في الختام استخلاص النتائج التالية فيما يتعلق بموضوع (أثر العرف في الفقه الحنفي و تطبيقاته في الفتاوى المعاصرة).

- العرف هو ما استقر عليه الناس من عادات وتقاليد، وله أهمية كبيرة في تحديد الأحكام الشرعية.
- يعترف الفقه الحنفي بدور العرف في استنباط الأحكام، مما يعكس مرونة هذا المذهب في التفاعل مع المجتمعات الإسلامية.
- تُظهر الفتاوى المعاصرة كيفية استخدام العرف في معالجة قضايا جديدة، مع مراعاة التغيرات الاجتماعية والثقافية.
- يواجه تطبيق العرف عددًا من التحديات، بما في ذلك تغير الأعراف، تعدد الثقافات، وتأثير وسائل الإعلام.
- يُبرز البحث أهمية فهم العرف وأثره في تعزيز الفقه الإسلامي وتطويره بما يتناسب مع التحديات المعاصرة.
- يمثل العرف أداة حيوية في الفقه الحنفي، حيث يسهم في تكيف الأحكام الشرعية مع الواقع الاجتماعي. ومع ذلك، يظل تطبيقه في الفتاوى المعاصرة موضوعًا يتطلب دقة وفهمًا عميقًا للتغيرات المستمرة في الأعراف والممارسات الثقافية.

ثانياً: الاقتراحات و التوصيات:

- تشجيع الدراسات والبحوث الأكاديمية التي تتناول العرف وتأثيره في الفقه الحنفي، مما يسهم في تطوير فهم أعمق للمسائل المعاصرة.
- ضرورة مراجعة الفتاوى القديمة وإعادة تقييمها في ضوء الأعراف الحديثة والتغيرات الاجتماعية، لضمان تلبيتها للاحتياجات المعاصرة.
- وضع مناهج واضحة لتفسير العرف وتطبيقه في الفتاوى، مع مراعاة السياقات الثقافية والاجتماعية.

- تعزيز دور المجامع الفقهية في إصدار فتاوى تأخذ في اعتبارها العرف المعاصر، مما يسهم في تقديم حلول فقهية متوازنة.
- تنفيذ برنامج توعية للمجتمع حول أهمية العرف وتأثيره في الفقه، و كيف يمكن أن يسهم في معالجة القضايا المعاصرة.
- استخدام وسائل الإعلام و وسائل التواصل الإجتماعى لنشر الوعى حول العرف و تأثيره في الفقه الحنفي.
- إجراء دراسات لتقييم أثر تطبيق العرف في الفتاوى المعاصرة و مدى استجابتها للاحتياجات المجتمعية.

المصادر والمراجع:

القرآن الكريم

الجرجانى، على بن محمد بن على، التعريفات،ط1، بيروت: دارالكتاب العربي، 1405 هـ، عدد الأجزاء1.

إبراهيم مصطفى ـ أحمد الزيات ـ حامد عبد القادر ـ محمد النجار، المعجم الوسيط، د.ط، دار النشر: دار الدعوة د، ت، تحقيق: مجمع اللغة العربية، عدد الأجزاء 2.

ابن‌أميرالحاج، أبوعبد الله، شمس‌الدين محمد بن‌محمد بن‌محمد، التقرير والتحرير في علم الأصول،ط2، بيروت: دارالفكر، 1417هـ، عدد الأجزاء3.

ابن‌تيمية، تقى الدين أبوالعباس بن عبد الحليم، الفتاوى الكبرى،د.ط، بيروت: دارالكتب العلمية، 1408هـ، عدد الاجزاء6.

ابن‌عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي،حاشية رد المختار على الدر المختار، ط2، بيروت: دارالفكر، 1421هـ، عدد الأجزاء8.

ابن‌قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين، د.ط، بيروت: دارالجيل، 1973م، عدد الأجزاء4.

ابن‌نجيم، الشيخ زين العابدين بن ابراهيم، الاشباه و النظاير،د.ط، بيروت: دارالكتب العلمية، 1400هـ، عدد الاجزاء1.

أبو العباس أحمد بن محمد بن المهدي بن عجيبة الحسني الأنجري الفاسي الصوفي ، البحر المديد في تفسير القرآن المجيد،1423 هـ، بيروت: دار الكتب العلمية ، 1419 هـ .

البخارى، محمد بن إسماعيل أبوعبد الله الجعفي، صحيح البخارى، ط2، بيروت: دارابن كثير، 1407هـ، عدد الاجزاء6.

الدكتور عبد الله بن احمد بن سعيد، مناهج الباحثين في الاقتصاد الاسلامي، ط1، بيروت : مؤسسة الرسالة، 2009م.

الدكتور عبد الله بن محمد بن احمد الطيار، العرف كمصدر من مصادر التشريع، ط1، الرياض: دار البحوث للدراسات الإسلامية، 2005م.

الدكتور محمد بن سعود العصيمي، موسوعة المعاملات المالية المعاصرة، د.ط، الرياض: دار الميمان، 2018م.

الدكتور وهبة الزحيلي،، فقه الاسلامى و أدلته، ط1، دمشق: دار الفكر، 2005م.

السرخسى، شمس الدين أبوبكر محمد بن أبي سهل، المبسوط، د.ط، بيروت: دارالفكر، 1421هـ.

السيواسي، كمال الدين بن عبد الواحد، شرح فتح الكبير، د.ط، بيروت: دارالفكر، د.ت، عدد الاجزاء7.

الشيباني، أحمد بن حنبل، مسند أحمد بن حنبل، د.ط، القاهرة: مؤسسئة قرطبة، 1421هـ، عدد الاجزاء6.

العطار، حسن بن محمد بن محمود، حاشيه العطار على جمع الجوامع،د.ط، بيروت: دارالعلمية، 1420هـ، عدد الجزاء2.

الغزالى، محمد بن محمد، المستصفى فى علم الاصول، د.ط، بيروت: دارالكتب العلمية، 1413هـ، عدد الاجزاء1.

القرافي، أبوالعباس أحمد بن ادريس الصنهاجى، أنوارالفروق فى أنواء الفروق، د.ط، بيروت: دار– الكتب العلمية، 1418هـ – 1998م ، عدد الاجزاء4.

القشيرى، أبوالحسن مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، د.ط، بيروت: دارالجيل ، ب.ت، عدد الاجزاء8.

المقدسی، عبد الله بن أحمد بن قدامة، روضة الناظر وجنة المناظر، ط2، جامعة الإمام محمد بن سعود:الرياض، 1399هـ، عدد الاجزاء1.

أمیرپادشاه، محمد أمین، تیسیر التحریر، د.ط، بیروت: دارالفکر، ب.ت، عدد الاجزاء 4.

صادر عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكوتيية، ط1، الكويت، 1404هـ.

علی‌حیدر، خواجه أمین أفندي، دررالاحکام شرح مجلة الاحکام، ط1، بیروت: دارالکتب العلمیة، 1411هـ، عدد الاجزاء16.

محمد الأشقر، عقد الاستصناع، ط1، بیروت: مؤسسة الرسالة، 2000م.

منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني، قواطع الأدلة في الأصول، دراسة وتحقيق: محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1418هـ.

أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء، قواعد الأحكام، د. ط، القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، د . ت.