أثر العرف والاستحسان في أحكام العبادات والمعاملات: دراسة تحليلية

The Impact of Custom and Juristic Discretion in the Provisions of Acts of Worship and Transactions: An Analytical Study

Nuruddeen Ahmed Bello[1] and Ahmad Abdullahi Shaali[2]

ملخص البحث

تستمد الشريعة الإسلامية أحكامها من خلال الأدلة المتفق عليها والمختلف فيها، وهما من المؤثرات المباشرة في مسيرة التشريع، وتجد أثرهما في كثير من الأحكام الواضحة الجليلة مما يؤكد التفاعل والتكافل بين التشريع وتوجهات المجتمع الإسلامي. هدفت الدراسة إلى الوقوف على أثر العرف والاستحسان في العبادات والمعاملات، اتبعت الدراسة المنهج الاستقرائي والوصفي والتحليلي. توصلت الدراسة إلى أن أكثر أثر للعرف والاستحسان في العبادات والمعاملات كان من باب التيسير على الناس، وتحقيقا لمصلحتهم، ورفعا للحرج، وأن اختلاف الفقهاء في حجية الاستحسان اختلاف لفظي؛ لأنهم متفقون على استعمال حقيقته في الأحكام العملية في مسائل كثيرة، وأما العرف فإنهم اختلفوا في معناه دون لفظه. وختمت الدراسة على أن فهم بعض نصوص الشريعة يتم من خلال تأمل عوائد العرب الجارية في عهد نزول الوحي؛ لأنهم أول من خاطبت بهم الشريعة. وأوصت الدراسة الباحثين بضرورة معرفة عادات العرب في أقوالها وأفعالها، ودعت الفقيه والمفتي إلى فهم أعراف الناس وعاداتهم في فتواه وفي استنباط الأحكام.

الكلمات الدالة: الاستحسان، العرف، الشريعة، العبادات، المعاملات.

[1] **Nuruddeen Ahmed Bello,** is a PhD candidate in the Faculty of Postgraduate Studies, University of Holy Qur'an and Tassel of Sciences Sudan. He can be reached at nurahmadbello@gmail.com
08146055169

[2] **Ahmad Abdullahi Shaali, PhD.**, is with the Department of Religious Studies, Gombe State University. He can be reached at 08038858002, augid2017@gmail.com

Abstract

The Islamic Shari'ah derives its provisions through the two categories of sources of evidence namely those agreed upon by scholars and those which they differed. Both have direct influence in the legislative process. There is also a strong connection between the legislation and Islamic community. This study aimed at identifying the effect of Custom (Urf) and Juristic Discretion (Istihsan) in matters of worship and transactions. Through the use of the inductive, descriptive and analytical method the paper found that the main trace of Custom and Juristic Discretion in both the matters of worship and transaction is on the basis of bringing ease to mankind and that the difference of scholars concerning their validity is based on choice of word in the case of Juristic Discretion (Istihsan) and meaning in the case of Custom (Urf), because they unanimously agreed on their application in different rulings of the Shari'ah. The study concluded that understanding of the Shari'ah rulings can only be achieved through reflection on the Arab customs in the era of revelation, because they are the immediate recipients of the message. The research recommends that scholars should know the customs of the Arabs in their words and deeds, and it calls upon the jurists and the muftis to understand the customs of the people in devising judgments and issuance of Fatwa.

Keywords: Juristic discretion, Custom, Shariah, worship, transaction.

مقدمة:

الحمدلله والصلاة والسلام على من لا نبي بعده أما بعد: فإن الشريعة الإسلامية تعتبر العرف والاستحسان من المؤثرات المباشرة في مسيرة التشريع ، وتجد أثرهما في كثير من الأحكام الواضحة الجليلة مما يؤكد التفاعل والتكافل بين التشريع وتوجهات المجتمع الإسلامي. لذا هدفت الورقة إلى بيان أثر العرف والاستحسان في أحكام العبادات والمعاملات، وحاجة الداعية لهذا الموضوع مدركا أن مظلة التشريع الإسلامي العامة هي جلب المصالح للإنسان ودرء المفاسد عنه، فحاجة إلى كتابة هذه الورقة هي إنابة حكم الشرع وإظهاره في كل حادثة مهما توالت الأزمنة، أو تحولت الأمكنة، أو تغيرت المصالح.

تعريف العرف والاستحسان عند الأصوليين

أولا: تعريف العرف

معنى العرف في اللغة:

قال صاحب لسان العرب: العرف ضد النكر يقال أولاه عرفا أي معروفا والمعروف والعارفة خلاف النكر والعرف والمعروف الجود. وقيل هو اسم لما تبذله وتسديه، والمعروف كالعرف. وقوله تعالى: {وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا}[1] أي مصاحباً معروفاً. والعرف والعارفة والمعروف ضد المنكر وهو: كل ما تعرفه النفس من الخير وتبسأ به – أي تُسَرُّ – وتطمئن إليه[2]

معنى العرف في الاصطلاح

لقد عرَّف علماء الأصول العرف قديما وحديثا بتعاريف مختلفة – وإن كانت في مجملها متقاربة – وفيما يلي أورد بعض التعاريف الاصطلاحية للعرف.

1. عرفه الجرجاني في كتابه التعريفات بقوله:" العرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطباعة السليمة بالقبول"[3].

2. وقيل " العرف ما عرفه العقلاء بأنه حسن وأقرهم الشارع عليه "[4]

3. وعرّفه أحد المعاصرين بقوله "هو الأمر الذي اطمأنت إليه النفوس وعرفته وتحقق في قراءتها وألفته، مستندة في ذلك إلى استحسان العقل ولم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة"[5].

وقد اختلف العلماء في تحديد النسبة بين العرف والعادة إلى ثلاثة أقسام: حيث منهم من لا يرى أن هناك فرقاً بين العرف والعادة، وأنهما مترادفان على معنى واحد، ومن هؤلاء الشيخ عبد الله بن أحمد النسفي الحنفي حيث قال: " العادة والعرف ما استقر في النفوس، وتلقته الطباع السليمة بالقبول"[6] ومنهم من يرى بوجود التفرقة بين العرف والعادة

[1] سورة لقمان، الآية 15

[2] محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر – بيروت، ط3، 1414هـ، ج9، ص: 236

[3] علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، التعريفات، دار الكتب العلمية بيروت . لبنان، ط1، 1403هـ ، ص193

[4] علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي، التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، مكتبة الرشد - السعودية / الرياض، ط1، 1421هـ، ج8، ص : 3852

[5] أحمد فهمي أبو سنة ، العرف والعادة في رأي الفقهاء، كتب تراث ـ، بدون طبعة، 1948م، ص: 8

[6] أحمد فهمي أبو سنة ، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ، ص: 8، المرجع السابق

حيث ذكر صاحب "التحرير" أن المراد بالعادة العرف العملي، والمراد بالعرف العرف القولي،[7] ومنهم من يرى أن النسبة بينهما العموم والخصوص المطلق ، فالعادة أعم من العرف مطلقا، حيث تطلق على العادة الجماعية – العرف – وعلى العادة الفردية، فكل عرف عادة ولا عكس. وقد قال بهذا الشيخ أحمد أبو سنة [8]، وغيره.

حجية العرف

يتفق الأئمة عمليا على اعتبار العرف الصحيح حجة ودليلا شرعيا، ولكنهم يختلفون في اعتباره مصدرا مستقلا قائما بذاته على قولين: فنمهم من قال بأن العرف حجة ودليل شرعي مستقل، وهو مذهب الحنفية والمالكية وابن القيم من الحنابلة ومنهم من ذهب إلى أن العرف ليس حجة ودليلا شرعيا إلا إذا أرشد الشارع إلى اعتباره، وهو مذهب الشافعية [9].

ثانيا: تعريف الاستحسان:

الاستحسان لغة: مشتق من الحسن وهو في اللغة عد الشيء حسنا [10] ، قال ابن فارس: " الحاء والسين والنون أصل واحد. فالحسن ضد القبح. يقال رجل حسن وامرأة حسناء وحسانة"[11]

تعريف الاستحسان في الاصطلاح: قال أبو الحسن الكرخي: الاستحسان: " هو ترك حكم إلى حكم هو أولى منه لولاه لكان الحكم الأول ثابتا" [12].

حجية الاستحسان:

اختلف الأئمة في حجية الاستحسان واعتباره مصدرا من مصادر التشريع على قولين: فمنهم من أقر بأن الاستحسان حجة شرعية ومصدر من مصادر التشريع، ذهب إلى ذلك الحنفية، وينسب إلى الحنابلة والمالكية، ومنهم من قال بأن

[7] محمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمير بادشاه الحنفي، تيسير التحرير، دار الكتب العلمية - بيروت (1403 هـ - 1983 م)، ج1، ص: 317،

[8] أحمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص: 13، المرجع السابق

[9] د. سعود بن عبد الله الورقي، العرف وتطبيقاته المعاصرة، بدون طبعة، وبدون تاريخ طبعة، ص: 11 - 12

[10] محمد بن علي ابن القاضي محمد حامد بن محمّد صابر الفاروقي الحنفي التهانوي، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، مكتبة لبنان ناشرون – بيروت، ط1، 1996م، ج1، ص: 145 (من كتب اللغة)

[11] أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، بدون طبعة، 1399هـ، ج2، ص: 57

[12] أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، الفصول في الأصول، وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، 1414هـ، ج4، ص: 234

الاستحسان ليس حجة شرعية ولا مصدرا ولا دليلا من أدلة الشرع، وأن استنباط الأحكام بالاستحسان هوى وتلذذ وتعسف، وأنه من استحسن فقد شرع من عند نفسه وهو مذهب الشافعي وابن حزم الظاهري[13].

أثر العرف والاستحسان في العبادات

أولا: أثر العرف في أحكام العبادات:

1. استعمال التقويم في تحديد مواقيت الصلاة

مما هو متفق عليه بين أهل العلم أن دخول الوقت من شروط صحة الصلاة، وقد أجمع المسلمون على أن الصلوات الخمس مؤقتة بمواقيت معلومة محدودة، ودليل ذلك من الكتاب قوله تعالى: { إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ كَانَتۡ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ كِتَٰبٗا مَّوۡقُوتٗا } [14] وكذلك قوله تعالى { أَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِدُلُوكِ ٱلشَّمۡسِ إِلَىٰ غَسَقِ ٱلَّيۡلِ وَقُرۡءَانَ ٱلۡفَجۡرِۖ إِنَّ قُرۡءَانَ ٱلۡفَجۡرِ كَانَ مَشۡهُودٗا } [15] وقوله تعالى : { فَسُبۡحَٰنَ ٱللَّهِ حِينَ تُمۡسُونَ وَحِينَ تُصۡبِحُونَ ﴿١٧﴾ وَلَهُ ٱلۡحَمۡدُ فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلۡأَرۡضِ وَعَشِيّٗا وَحِينَ تُظۡهِرُونَ }[16]

وأوقات الصلاة هي: الأزمنة التى حددها الشارع لفعل الصلاة أداء، فالوقت سبب وجوب الصلاة فلا تصح قبل دخوله.

أما تحديد مواقيت الصلاة عن طريق الحساب كان معروفا لدى متقدمي المسلمين، إلا أن استعمال هذا الحساب قد تطور عبر العصور بتطور الآلات المستخدمة في العمليات الحسابية، وصارت تستخدم بذلك الرسوم البيانية، أو الحاسبات الالكترونية في حل المعدلات، ومع ظهور آلات الطباعة وجد ما يعرف بالتقويم اليومي، وهو يعتمد على عمليات حسابية دقيقة، يقوم بها بعض المختصين عن طريق الربط بين حركة الشمس، التى هي المعتمد في تحديد أوقات الصلاة، وحساب ساعات النهار والليل في عدد من المدن المختلفة المواقع.

تبرز علاقة هذه المسألة بقاعدة العادة محكمة، ويتمثل ذلك في أن من أجاز العمل بالحساب في تحديد مواقيت الصلاة، قد احتج بأن الناس في سائر الأعصار والأمصار يعتمدون في حال ما إذا حال دون الشمس غيم على

[13] الأستاذ الدكتور محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق – سوريا، ط2، 1427هـ ، ج1، ص: 249. 251 .

[14] سورة النساء، الآية 103

[15] سورة الإسراء، الآية 78

[16] سورة الروم، الآية 17 - 18

الحساب بالرمل والماء ونحوهما، وحاصل ذلك راجع إلى العمل بالعادة والعرف، حيث شاع وانتشر العمل بالحساب بالرمل والماء ونحوهما إذا حال دون الشمس غيم ونحوه عسر استغناؤهم عن ذلك، وصار عادة وعرفا، والعمل بالتقويم في تحديد مواقيت الصلاة من هذا القبيل؛ إذ شاع وانتشر بين المسلمين العمل بالتقويم في تحديد مواقيت الصلاة وعسر استغناؤهم عن العمل به، حتى صار عادة وعرفا .

2. ما يجزئ في كفارة اليمين:

اختلف الفقهاء بتخصيص العرف في مقدار ما يجزئ من الكسوة في كفارة اليمين:

ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أن أقل ما يجزئ هو ما يستر عامة بدنه، ولا يجزئه السراويل، وإن كان يستر عورته وتجزئ به الصلاة لأن لابسه يسمى عريانا في العرف [17]

ذهب مالك وأحمد إلى أن الكسوة تتقدر بما تجزئ به الصلاة ولا يجزئ دون ذلك.

قال مالك: "أحسن ما سمعت في الذي يكفر عن يمينه بالكسوة. أنه إن كسا الرجال، كساهم ثوبا ثوبا. وإن كسا النساء كساهن ثوبين ثوبين. درعا وخمارا. وذلك أدنى ما يجزئ كلا في صلاته"[18]

وقال ابن قدامة: " وتتقدر الكسوة بما يجزئ الصلاة فيه؛ فإن كان رجلا، فثوب تجزئه الصلاة فيه، وإن كانت امرأة، فدرع وخمار" [19]

وعمدتهم بأقل ما يجزئ في الصلاة حمل الاسم على المعنى الشرعي فإن الكسوة بالمعنى الشرعي هو ما يستر العورة وتجوز به الصلاة وقياس الكسوة على الطعام، فإنه لا يجزئ فيه أقل ما يقع عليه الاسم، بل هو مقدر فكذك الكسوة والعرف: وذلك أن الذي يلبس ما لا يستر عورته إنما يسمى عريانا لا مكسيا، وكذلك الذي يلبس السراويل وحده أو مئزرا لا يستر عورته يسمى عريانا[20].

3. الأجرة وأخذها على القيام بأعمال الطاعات:

---

[17] علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين، الهداية في شرح بداية المبتدي ، دار احياء التراث العربي – بيروت – لبنان، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج2، ص: 320

[18] مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، موطأ الإمام مالك، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، بدون طبعة، 1406 هـ، ج2، ص : 479 .

[19] أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، المغني، مكتبة القاهرة، بدون طبعة، 1388هـ،، ج9، ص: 454.

[20] عطا موسى أحمد أهل، تخصيص العموم بالعرف، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية . غزة . 1428هـ ، ص: 162

الأصل أن كل طاعة أو عبادة لله تعالى يختص فاعلها أن يكون من أهل القربة، أن لا يجوز الاستئجار على القيام بها، ولا أخذ الأجرة كذلك، وذلك كالإمامة والأذان والحج وتعليم القرآن والجهاد، وهذا هو مذهب الإمام أبي حنيفة[21] ، والإمام أحمد في رواية عنه[22].

ففي المذهب الحنفي: العمل الواجب شرعا على الشخص لا يصح استئجاره فيه، ولا يجوز له أخذ أجرة عليه، فالقيام بالعبادات والأعمال الدينية الواجبة كالإمامة وخطبة الجمعة وتعليم القرآن لا يجوز أخذ الأجرة عليه في أصل المذهب خلافا للمذهب الشافعي[23].

وحينئذ فإن إعطاء الأجرة وأخذها هنا مفسدة لذلك لم يجز. إلا أن التكليف بعدم جواز إعطاء الأجور وأخذها هنا يلحق المفسدة بالمكلفين، حيث يعسر استغناؤهم عن تللك الطاعات، ويكون في ذلك تضييع إقامة تللك الشعائر، فإما أن يقوم الناس بها بلا أجرة فيلزم منه ضياعهم وضياع عياله، وإما أن يشغلوا بالاكتساب من حرفة أو صناعة، فيلزم منه ضياع تللك الشعائر، ولا شك أن المفسدة في حال القول بعدم الجواز أعظم من المفسدة في حال القول بجواز إعطاء الأجرة وأخذها على القيام بالطاعات.

لذلك أفتى المتأخرون من علماء المذهب الحنفي بجواز إعطاء الأجرة وأخذها على القيام بذلك مع أن هذا مخالف لما اتفق عليه الإمام والصاحبان من عدم جواز الاستئجار وأخذ الأجرة عليه كبقية الطاعات من الصوم والصلاة والحج وقراءة القرآن . كروا أن القول بمنع الاستئجار على القيام بالطاعات، وأخذ الأجرة عليها، إنما هو في الزمن الماضي عندما كان للقائمين بتلك الأعمال أعطيات من بيت المال، وكان للناس رغبة فيهم، فيجازون الإحسان بالإحسان من غير شرط، فيعينونهم على معاشهم ومعادهم، إلا أنه لما كانت أعمال الطاعات مما شاع بين المسلمين وانتشر، بحيث لو كلفوا بعدم إعطاء الأجرة وأخذها على القيام بها لعسر استغنائهم عن تلك الأعمال، خاصة متفاعل الهمم عن القيام بهذه الأعمال حسبة، وترتب على ذلك تضيع إقامة تلك الشعائر الدينية، لما كان الأمر كذلك أفتى المتأخرون بالجواز، لما رأوا من تغير الحال.

---

[21] عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية – بولاق، القاهرة، ط1، 1313 هـ، ج5، ص: 124

[22] أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، المغني، ج8، ص: 136، مرجع سابق

[23] علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط2، 1406هـ، ج1، ص: 152 بتصرف.

وفي هذا مراعاة لأعظم المفسدتين بارتكاب أخفهما عند التعارض، وهذه المسألة التى صارت عادة وعرفا، كان الضرر في التيسير عندها أقل من ضرر عدم التيسير[24].

ثانيا: أثر الاستحسان في أحكام العبادات:

1. حكم الصلاة مع وجود النجاسة في البدن والثوب:

النجاسة القليلة في الثوب أو البدن سواء كانت غليظة أو خفيفة لا تمنع جواز الصلاة، والقياس أنها تمنع، ووجه ذلك أن الطهارة عن النجاسة الحقيقية شرط جواز الصلاة، كما أن الطهارة عن النجاسة الحكمية وهي الحدث شرط ينعدم بالقليل من الحدث، بأن بقي على جسده لمعة، فكذا بالقليل من النجاسة الحقيقية [25] ، ولكن هذا القياس يترك استحسانا بالضرورة.

ووجهه: أن النجاسة القليلة لا يمكن الاحتراز منها، فإن الذباب يقع على النجاسة ثم يقع على ثياب المصلي، فلو لم يجعل عفوا لوقع الناس في الحرج[26]

2. حكم سلام المصلي وهو في مكانه وهو ناسيا أن عليه سجدة وصرف وجهه عن القبلة ولم يتكلم:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يعود لقضاء ما عليه ووجه القول الاستحسان بأن المسجد كله في حكم مكان واحد؛ لأنه مكان الصلاة، ألا ترى أنه صح اقتداء من هو في المسجد بالإمام وإن كان بينهما فرجة، واختلاف المكان يمنع صحة الاقتداء فكان بقاؤه فيه كبقائه في مكان صلاته، وصرف الوجه عن القبلة مفسد في غير حالة العذر والضرورة ..."[27]

3. حكم فتح المقتدي على الإمام:

ذهب جمهور العلماء إلى عدم فساد صلاة من فتح على الإمام استحسانا بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم: (إذا استطعمك الإمام فأطعمه)[28]

---

[24] عطا موسى أحمد أهل ، تخصيص العموم بالعرف، ص: 164، مرجع سابق

[25] عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط1، 1411هـ، ص: 164

[26] علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج1، ص: 80، مرجع سابق

[27] علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج1، ص: 169، مرجع سابق.

[28] أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي، المصنف في الأحاديث والآثار، مكتبة الرشد – الرياض، ط1، 1409، باب: من رخص في الفتح على الإمام، رقم: 4794، ج1، ص: 417.

ووجه آخر للاستحسان أنه مضطر إلى إصلاح صلاته فكان هذا من أعمال صلاته معنى، قال الشوكاني: " والأدلة قد دلت على مشروعية الفتح مطلقا، فعند نسيان الإمام الآية في القراءة الجهرية يكون الفتح عليه بتذكيره تلك الآية كما في حديث الباب، وعند نسيانه لغيرها من الأركان يكون الفتح بالتسبيح للرجال والتصفيق للنساء" [29]

4. لو أحرم بالحج، ولم يعين حجة الإسلام، وعليه حجة الإسلام، فهل تكون عن حجة الإسلام؟

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن هذه الحجة تقع عن حجة الإسلام استحسانا[30].

ووجهه الاستحسان: أن الظاهر من حال من عليه حجة الإسلام، أنه لا يريد بإحرام الحج حجة التطوع، ويبقي نفسه في عهدة الفرض، فيحمل على حجة الإسلام، بدلالة حاله، فكان الاختلاف في حاله تعيينا كما في صوم رمضان.

قال النووي: "من أحرم بالنفل وعليه فرضه انعقد إحرامه عن الفرض وان أحرم عن النذر وعليه فرض الاسلام انعقد احرامه عن فرض الاسلام قياسا على من أحرم عن غيره وعليه فرضه"[31]

أثر العرف والاستحسان في أحكام المعاملات

أولا: أثر العرف في أحكام المعاملات:

1. بيع الثمر إذا بدا صلاحه مع شرط بقائه:

يحتاج الناس إلى التعامل ببيع الثمر إذا بدا صلاحه مع شرط بقائه، ومثل ذلك بيع الزرع بشرط الترك وعسر استغنائهم عنه حتى صار عادة وعرفا للناس [32] وهذا خلافا للقاعدة العامة، فقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم (عن بيع وشرط) [33] قطعا للمنازعة، وتحقيقا للتوازن في مضمون العقد والتزاماته.

قال النووي: " يجوز بيع الثمر بعد بدو صلاحه مطلقا وبشرط قطعه وبشرط إبقائه "[34]

---

[29] محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، نيل الأوطار، دار الحديث، مصر، ط1، 1413هـ، ج2، ص: 380 .

[30] أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، بدون طبعة وبدون تاريخ طبعة، ج7، ص: 117

[31] أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، ج7، ص: 117، المرجع السابق

[32] كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، فتح القدير، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج6، ص : 288، بتصرف

[33] سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني، المعجم الأوسط، دار الحرمين – القاهرة، بدون طبعة وبدون تاريخ، باب: من اسمه عبدالله، رقم: 4361، ج4، ص: 335.

[34] أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، دار الفكر، ط1، 1425هـ، ج1، ص: 107.

قال الإمام الشافعي: " فإن قيل فقد يترك الثمر بعد أن يبدو صلاحه قيل الثمرة تخالفه في هذا الموضع فيكون الثمن إذا بدا صلاحه لا يخرج منه شيء من أصل شجرته لم يكن خرج إنما يتزايد في النضج والقضب ..."[35]

وهذه الإجازة فيها تخصيص بالعرف العملي لعموم الأحاديث التى نهت عن بيع الغرر.

2. عقد الاستصناع:

الاستصناع في اللغة: مصدر استصنع الشيء: سأل أن يصنع له: دعا إلى صنعه.[36]

وفي الاصطلاح: هو عقد على بيع عين موصوفة في الذمة مطلوب صنعها. [37]

والاستصناع من قبيل العرف العام، والعمل به من باب تخصيص العام بالعرف، وقد ورد النص بنهي الإنسان عن بيع ما ليس عنده وكان التعامل بالاستصناع مما يحتاج إليه الناس حتى صار العمل به عادة وعرفا، فيعمل بالنص في عمومه، ويخص منه التعامل بالاستصناع استحسانا.

صور من التعامل التي جرى العرف بها [38]:

ـ أن يتفق إنسان مع أحد النجارين أن يصنع له نجارة معينة من خشب أو ألمنيوم، والمادة من الصانع، وقد يدخل فيها الزجاج وغيره من أقفال ومفاتيح ومغاليق.

ـ أن يتقاول شخص مع صاحب مصنع لصنع الأثاث أو المفرواشات وغيرها على صنع غرفة نوم أو مقاعد، وما يترتب منه المصنوع كله من الصانع حسب نموذج معين يطلع المستصنع عليه ويحصل الاتفاق على هذا، إلى غير ذلك من الأمثلة .

والحكم بصحة هذا التعامل تيسيرا على الناس إذ أن الحاجة ماسة إليه، والناس يتعاملون به فكان جائزا تحقيقا للمصلحة ودفعا للحرج والمشقة عنهم.

ثانيا: أثر الاستحسان في أحكام المعاملات:

1. جواز تولي الأب البيع لنفسه من ابنه الصغير بمثل القيمة أو بتغابن يسير:

---

[35] أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي، الأم ، دار المعرفة – بيروت، بدون طبعة، 1410هـ، ج3، ص: 49

[36] أحمد رضا، معجم متن اللغة، دار مكتبة الحياة – بيروت، ط1، 1378 هـ، ج3، ص:501 .

[37] أبو زيد بن محمد بن عبد الله بن بكر بن عثمان بن يحيى بن غيهب بن محمد، فقه النوازل، مؤسسة الرسالة، ط1، 1416 هـ، ج2، ص: 72

[38] عطا موسى أحمد أهل، تخصيص العموم بالعرف، ص: 181. 182، مرجع سابق.

أجاز بعض العلماء تولي الأب البيع لنفسه من ابنه الصغير بمثل القيمة أو بتغابن يسير استحسانا بالنص القرآني وهو قوله تعالى: {وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ}[39]

ووجه الدلالة: أن هذه الأية وردت في سياق النهي عن التصرف في مال اليتيم من قبل الوصي إلا بما فيه منفعة لليتيم، فمن باب أولى أن يجوز للأب التصرف في مال ابنه لتوافر كمال الشفقة فيه

ووجه الاستحسان: أن الاستحسان في هذه المسألة مبني على النص القرآني وهو قوله تعالى: {وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ} ويؤيد اعتبار الاستحسان في تجويز بيع الأب وشرائه لنفسه ما ورد في" بدائع الصنائع" قال الكاساني: "وجه الاستحسان قوله تعالى :{وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ} فيملكه الأب، وكذا البيع والشراء بمثل قيمته وبما يتغابن الناس فيه عادة قد يكون قربانا على وجه الأحسن بحكم الحال. والظاهر أن الأب لا يفعل ذلك إلا في تلك الحال؛ لكمال شفقته فكان البيع والشراء بذلك قربانا على وجه الأحسن "[40]

2. بيع التلجئة:

التلجئة في اللغة: الإكراه، ويقال: ألجأة إلى كذا، أي اضطره، وذلك بأن تأتي أمرا باطنه خلاف ظاهره [41]

التلجئة في الاصطلاح: هو العقد الذي يباشره الإنسان عن ضرورة، ويصير كالمدفوع إليه [42]

صورة بيع التلجئة أو بيع الأمانة: أن يخاف إنسان اعتداء ظالم على بعض ما يملك، فيتظاهر هو ببيعه لثالث فرارا منه، ويتم العقد مستوفيا أركانه وشرائطه، مثل أن يتفق المتعاقدين في السر أن يكون البيع بألف درهم، ثم تبايعا في الظاهر بمائة دينار، ففي المسألة قياس واستحسان.

وفي الاستحسان يصح ثمن العلانية، أي: بمائة دينار وهذا ما ذهب إليه الجمهور[43]

---

[39] سورة الأنعام، الآية 102.

[40] علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، ص: 136، مرجع سابق .

[41] محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، أبو منصور، تهذيب اللغة، دار إحياء التراث العربي – بيروت، ط1، 2001م، ج11، ص: 131 .

[42] أبو عمر دُبْيَانِ بن محمد الدُّبْيَانِ، المُعَامَلَاتُ المَالِيَّةُ أَصَالَة وَمُعَاصَرَة، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض ـ المملكة العربية السعودية، ط2، 1432هـ، ج1، ص: 407

[43] أ. د. وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ، دار الفكر – سوريَّة – دمشق، ط4، بدون تأريخ طبعة، ج5، ص: 3325

ووجه الاستحسان:

قال السرخسي: " ولو كان هذا في البيع، فقالوا البيع على مائة دينار إلا أنا نظهر بيعا بخمسة آلاف درهم، فالبيع جائز بخمسة آلاف درهم، وما تواضعا عليه باطل. وهذا استحسان"[44]

جاء في الفتاوى الهندية: " أن يتفقا في الباطن أن الثمن ألف درهم ويتبايعان في الظاهر بمائة دينار قال محمد – رحمه الله تعالى – القياس أن يبطل العقد وفي الاستحسان يصح بمائة دينار[45] "

3. السلم في الثياب:

يراد بالسلم: اسم لعقد يوجب الملك في الثمن عاجلا وفي المثمن آجلا، فالمبيع يسمى مسلما فيه. والثمن رأس المال، والبائع يسمى مسلما إليه والمشتري رب السلم[46]

يجوز السلم في أشياء كثيرة منها: الثياب وغيره من الذرعيات، فهي جائزة عند أكثر الفقهاء بشرط بيان نوعها وصفتها، وطولها، وعرضها [47]، غير أن هذه المسألة مبنية على استحسان.

وجه الاستحسان:

قال الكاساني: " وأما الذرعيات كالثياب، والبسط، والحصير، والبواري ونحوها فالقياس أن لا يجوز السلم فيها؛ لأنها ليست من ذوات الأمثال لتفاوت فاحش بين ثوب وثوب، ولهذا لم تضمن بالمثل في ضمان العدديات بل بالقيمة فأشبه السلم في اللآلئ والجواهر، إلا أنا استحسنا الجواز لقوله عز وجل في آية الدين: {**وَلَا تَسْـَٔمُوٓاْ أَن تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰٓ أَجَلِهِۦ**} [48]، والمكيل والموزون لا يقال: فيه الصغير والكبير، وإنما يقال ذلك في الذرعيات، والعدديات، ولأن الناس تعاملوا السلم في الثياب لحاجتهم إلى ذلك فيكون إجماعا منهم على الجواز فيترك القياس بمقابلته، ولأنه إذا بين جنسه وصفته ونوعه ورفعته وطوله وعرضه ..."[49]

الخاتمة

---

[44] محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، دار المعرفة – بيروت، بدون طبعة، 1414هـ .

[45] لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، دار الفكر، ط2، 1310 هـ، ج3، ص: 210

[46] أريح ربيع الريس، المعاملات المالية المستدل لها بالاستحسان عند الحنفية، بدون طبعة، 1427هـ ، ص: 136

[47] أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، المغني لابن قدامة، ج4، ص: 313، مرجع سابق.

[48] سورة البقرة، الآية 282

[49] علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، ص: 209، مرجع سابق .

الحمدلله الذي بنعمته تتم الصالحات والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وبعد فيما يلي النتائج والتوصيات التى توصلت إليها الدراسة:

أولا: النتائج:

1. فهم نصوص الشريعة من خلال تأمل عادات العرب الجارية في عهد نزول الوحي؛ لأن الشريعة نزلت بلسان عربي مبين.

2. العرف هو الطبع الثاني للناس يرضون به بسهولة ويحقق مصالحهم ومنافعهم، فالشريعة جاءت لتحقيق المصالح.

3. لا يجوز اعتبار العرف المخالف للنص الشرعي ولو تعارفوا الناس عليه.

4. اختلاف الفقهاء في حجية بالاستحسان اختلاف لفظي؛ لأنهم متفقون على استعمال لفظه وحقيقته في الأحكام العملية في مسائل كثيرة.

5. إعطاء الأجرة وأخذها على القيام بأعمال العبادات مبنية على ما تعارف عليه الناس.

6. فتح المقتدي على الإمام في الصلاة أثر من آثار الاستحسان بالنص في العبادات.

7. التعامل بعقد الاستصناع صار عادة وعرفا وهو من آثار العرف في المعاملات

8. أكثر أثر العرف والاستحسان في العبادات والمعاملات كان من باب تيسير للناس، وتحقيقا لمصلحتهم، ورفعا للحرج.

ثانيا: التوصيات:

1. من ضرورة على من أراد الخوض في علم الكتاب والسنة، وفهم معانيهما من معرفة عادات العرب في أقوالها وأفعالها.

2. دعوة الفقيه والمفتي إلى فهم أعراف الناس وعاداتهم في فتواه وفي استنباط الأحكام.

3. التحذير عن بيع الإنسان ما لا يملك إلا ما أباحت الشريعة مثل السلم والاستصناع وغيرهما

4. على الفقيه ألا يستنبط الأحكام بالاستحسان من غير نظر في دلالة الشرع؛ لأن الاستحسان من غير نظر في أدلة الشرع حكم بالهوى.

قائمة المصادر والمراجع:

1. أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي، المصنف في الأحاديث والآثار، مكتبة الرشد – الرياض، ط1، 1409
2. أبو زكريا محيي الدين يحي بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، بدون طبعة وبدون تاريخ طبعة
3. أبو زكريا محيي الدين يحي بن شرف النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، دار الفكر، ط1، 1425هـ
4. أبو زيد بن محمد بن عبد الله بن بكر بن عثمان بن يحي بن غيهب بن محمد، فقه النوازل، مؤسسة الرسالة، ط1، 1416 هـ
5. أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي، الأم، دار المعرفة – بيروت، بدون طبعة، 1410هـ
6. أبو عمر دُبْيَانِ بن محمد الدُّبْيَانِ، المعَامَلَاتُ المالِيَّةُ أَصَالَة وَمُعَاصَرَة، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض ـ المملكة العربية السعودية، ط2، 1432هـ.
7. أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، المغني، مكتبة القاهرة، بدون طبعة، 1388هـ.
8. أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، الفصول في الأصول، وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، 1414هـ
9. أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، بدون طبعة، 1399هـ
10. أحمد رضا، معجم متن اللغة، دار مكتبة الحياة – بيروت، ط1، 1378 هـ
11. أحمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، كتب تراث ،. بدون طبعة، 1948م.
12. أريح ربيع الريس، المعاملات المالية المستدل لها بالاستحسان عند الحنفية، بدون طبعة، 1427هـ.
13. سعود بن عبد الله الورقي، العرف وتطبيقاته المعاصرة، بدون طبعة، وبدون تاريخ طبعة.
14. سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني، المعجم الأوسط، دار الحرمين – القاهرة، بدون طبعة وبدون تاريخ.

15. عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط1، 1411هـ.

16. عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية – بولاق، القاهرة، ط1، 1313 هـ

17. عطا موسى أحمد أهل، تخصيص العموم بالعرف، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية ـ غزة ـ 1428هـ

18. علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي، التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، مكتبة الرشد – السعودية / الرياض، ط1، 1421هـ

19. علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط2، 1406هـ.

20. علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين، الهداية في شرح بداية المبتدي، دار احياء التراث العربي – بيروت – لبنان، بدون طبعة وبدون تاريخ.

21. علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، التعريفات، دار الكتب العلمية بيروت ـ لبنان، ط1، 1403هـ.

22. كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، فتح القدير، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.

23. لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، دار الفكر، ط2، 1310 هـ.

24. مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، موطأ الإمام مالك، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، بدون طبعة، 1406 هـ.

25. محمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمير بادشاه الحنفي، تيسير التحرير، دار الكتب العلمية – بيروت (1403 هـ - 1983 م)

26. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، دار المعرفة – بيروت، بدون طبعة، 1414هـ

27. محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، أبو منصور، تهذيب اللغة، دار إحياء التراث العربي – بيروت، ط1، 2001م.

28.محمد بن علي ابن القاضي محمد حامد بن محمّد صابر الفاروقي الحنفي التهانوي، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، مكتبة لبنان ناشرون – بيروت، ط1، 1996م.

29. محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، نيل الأوطار، دار الحديث، مصر، ط1، 1413هـ

30.محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر – بيروت، ط3، 1414هـ.

31.وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ، دار الفكر - سوريَّة – دمشق، ط4، بدون تأريخ طبعة.

32. وهبة بن مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق – سوريا، ط2، 1427هـ.