## المطلب الثاني: المصادر التبعية ( المختلف فيها) للتشريع الإسلامي

**المصادر التبعية في التشريع الإسلامي هي**: الاستحسان، المصلحة المرسلة، العرف، الاستصحاب، شرع ما قبلنا، مذهب الصحابي وسد الذرائع.

**أولا: الاستحسان: 1- تعريفه**: الاستحسان هو ترك القياس والأخذ بم هو أنفع للناس .

**2-أنواع الإستحسان**: وفيه العديد من الأنواع نذكر منها:

**2-1-الاستحسان بالنص:** يقوم على أساس استثناء نصي، كالعدول على نص عام إلى حكم خاص.

***مثاله***: جواز الوصية التي تعد تصرفا مضافا ما بعد الموت عن طريق التبرع، والقاعدة العامة تأبى جوازها باعتبار الموت مزيل للملك، فالموصي يتصرف في ملكه بعد وفاته، أي بعد زوال ملكيته، فهو يتصرف في ملك ورثته أي فيما لا يملك ، غير أنها استثنت من هذه القاعدة العامة بقوله تعالى: **"من بعد وصية يوصي بها أو دين"**

2-2-**الاستحسان بالإجماع**:إذا أفتى المجتهدون جميعا في نازلة على خلاف الأصل من أمثالها.

***مثاله***: جواز عقد الإستصناع، وهو عقد بين شخص وصانع، يطلب فيه الأول من الثاني أن يصنع له شيئا معينا بمقابل ثمن متفق عليه بينهما، والقاعدة العامة هنا تقضي بعدم جواز هذا العقد لأنه بيع لمعدوم غير أن العلماء استثنوه من القاعدة العامة لجريان التعامل به دون أن ينكره أحد من العلماء لحاجة الناس إليه.

**2-3-الاستحسان بالضرورة والحاجة:** وهو ترك العمل بالقياس للضرورة والحاجة.

مثاله: تطهير الأحواض والآبار التي تقع فيها النجاسة، فالقياس يقضي أنه لا يمكن تطهيرها بنزع الماء كله أو بعضه، ذلك أن نزع بعض الماء لا يؤثر في طهارة الماء الباقي، ونزع كل الماء لا يفيد في طهارة ما ينبع من ماء جديد لملاقاته محل النجاسة أسفل البئر، إلا أن الفقهاء استحسنوا طهارته للضرورة.

**2-4-الاستحسان بالعرف**: ويكون في الحالات التي جرى العرف بها على خلاف القواعد المقررة.

**مثاله**: القاعدة العامة تقضي بأن المشتري إذا استلم المبيع صار في ضمانه، فإذا هلك المبيع أو تلف تحمل هو تبعة الهلاك، كما تقضي ذات القاعدة بفساد شرط الضمان على البائع بعد التسليم، ومعنى ذلك فساد شرط الضمان على عقود الآلات الكهرومنزلية كالثلاجات، أجهزة

التلفاز والغسالات وغيرها، مما جرى به العمل في زماننا هذا لمخالفة القاعدة العامة غير أن الفقهاء أجازوا شرط الضمان لجريان العرف به.

**2-5-الاستحسان بالقياس الخفي**: وذلك عندما يجتمع في نفس المسألة قياسان أحدهما جلي.

**مثاله:** نص الحنفية إذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن قبل قبض المبيع، فادعى البائع 1000دينارو المشتري 800دينار، يتحالفان استحسانا، مع أن القياس يقتضي ألا يحلف البائع.تقول القاعدة " البينة عن من أدعى واليمين على من أنكر".

**2-6-الاستحسان بالمصلحة:** ومعناه العدول عن القواعد المقررة رعاية للقواعد المقررة.

**مثاله:** صحة وصية المحجور عليه في سبيل الخير خلافا للقاعدة العامة التي تقضي بعدم صحة تبرعاته، لأنه يترتب على ذلك تبديد أمواله، ولكن الفقهاء أجازوا تبرعه في أوجه الخير، لأن الغاية من الحجر هو المحافظة على أمواله، والوصية في سبيل الخير لا تتعارض مع هذه الغاية ، لأنها تفيد الملك إلا بعد وفاة المحجور عليه.

1- **حجية الاستحسان**: يرى المالكية والحنابلية الاستحسان حجة في استنباط الأحكام الشرعية إلا أنه عارض ذلك الشافعية.

**ثانيا : المصلحة المرسلة**

1-**تعريفها: -لغة**: تنقسم إلى لفطين: المصلحة: وتعني المنفعة.

المرسلة: بمعنى المطلقة

وبدلك فالمصلحة المرسلة تعني المنفعة المطلقة.

**-اصطلاحا**: هو استنباط الحكم في مسألة لا نص فيها ولا إجماعا بناءا على مصلحة لا دليل من الشارع على اعتبارها ولا على إلغائها.

**2-أمثلة عن المصلحة المرسلة:** - توثيق عقد الزواج بوثيقة رسمية.

- نسخ المصحف لعدة نسخ في عهد عثمان بن عفان.
- مكبرات الصوت في المساجد لإعلام الناس بالأذان.
- فرش المساجد فقد كانت في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم بالرمال والحصى.
- الخط الذي يوضع لتسوية الصفوف من إقامة الصلاة.
- المنارات وإن كانت لم تعرف في القديم فهي من باب المصلحة المرسلة لإعلام الناس أن هناك مكان يصلي فيه وهو المسجد.

**3-حجية المصلحة المرسلة:**

اتفق العلماء على أن العمل بالمصالح المرسلة لا تكون في الأمور التعبدية والأمور المنصوص عليها شرعا، كالحدود والكفرات، إنما يعمل بها في المعاملات وقضايا

العباد والبلاد، وهي حجة عند المالكية واستندوا بقوله تعالى: "يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر"سورة البقرة 182.

وعمل الصحابة : كجمع أبي بكر الصديق للقرآن لوجود مصلحة.

**2- شروط العمل بالمصلحة المرسلة:**

-أن تكون المصلحة ملائمة لمقاصد الشريعة وألا تعارض دليلا.

-أن تكون عامة لا خاصة.

-أن تكون المصلحة معقولة في ذاتها حقيقة ولا وهمية.

**ثالثا: العرف**

1-**تعريفه:** وهو تواتر الناس على سلوك معين.

2-**أركان العرف:** للعرف ركنيين: ركن مادي، ركن معنوي.

2-1 -**الركن المادي**: يتكون من العادة ومن شروط العادة أن تكون قديمة وثابتة وغير مخالفة للنظام العام والأخلاق الحميدة.

**2-1-الركن المعنوي**: أن يشعر الناس بإلزامية هذه العادة وأنها أصبحت قاعدة عرفية في حياتهم.

**3-أنواعه**: العرف نوعان: عرف صحيح وعرف فاسد.

**3-1-العرف الصحيح:** هو ما تعارف الناس عليه، ولا يخالف دليلا شرعيا، ويحل حرما.

**3-2- عرف الفاسد**: هو ما تعارف الناس عليه، ولكنه يخالف الشرع أو يحرم حلالا أو يحل حراما.

**4-حجية العرف**: العرف الصحيح حجة في ثبوت الحكم الشرعي وعلى المجتهد أن يحيط به ويأخذه بعين الاعتبار في فتياه، وعلى القاضي تطبيقه في قضائه.

**رابعا: الاستصحاب**

**1-تعريفه**: الاستصحاب هو جعل الحكم الذي كان ثابتا في الماضي باقيا في الحال حتى يقوم دليل على تغييره.

**2- أنواع الاستصحاب**: وله أربعة أنواع:

**2-1-استصحاب حكم الإباحة الأصلية للأشياء التي لم يرد دليل بتحريمها**: ويقصد به الحكم بإباحة الشيء بالنظر إلى عدم وجود دليل على التحريم، باعتبار أن الأصل في الأشياء الإباحة، وقد وردت الكثير من الأدلة من الكتاب والسنة على اعتبار هذا النوع وان الأصل في الأشياء الإباحة.

**مثال:** حكم الانتفاع بالحيوان أو نبات أو جماد قال تعالى:" **وهو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا** " سورة البقرة 29، وقوله تعالى:" **وسخر لكم ما في السموات وما في الأرض جميعا منه**"سورة الجاثية13، ومعنى الآية أن كل ما خلق الله في الأرض من

أشياء نافعة مختص بكم لتنتفعوا به، ولا يكون ما في الأرض مخلوقا للناس ومسخرا لهم إلا كان مباحا لهم، أما الأشياء الضارة فالأصل فيها الإباحة.

**2-2- استصحاب البراءة الأصلية أو العدم الأصلي المعلوم بالعقل في الأحكام الشرعية**: كالحكم ببراءة ذمة الإنسان من حقوق الغير إلا إذا قام الدليل على ذلك، وبراءتها من التكاليف الشرعية حتى يوجد دليل شرعي يدل على التكليف.

**مثال:** الأصل عدم الالتزام بالتكاليف الشرعية، فإذا ألزمنا الشارع خمس صلوات مفروضات، يكون القول صلاة سادسة قولا بخلاف الأصل، فيطلب عليه الدليل( ولا دليل).

**2-3-استصحاب العموم إلى أن يرد التخصيص واستصحاب النص على أن يرد النسخ:** وهذا النوع محل اتفاق بين جمهور العلماء ومعناه: إذا ورد حكم عام كان شاملا لجميع الأفراد الداخلة تحته، فإذا حدث نزاع في مسألة أو فرد من الأفراد هل هي باقية على العموم، أم خرج بالتخصيص، فإذا بحث المجتهد ولم يجد دليلا على التخصيص استصحاب الحكم العام في هذا الفرد المتنازع فيه، وإذا لم يدل دليل على ديمومة واستمرار حكم معين ، ولم يدل أيضا على نسخه، فإن الاستصحاب يدل على دوامه واستمراره وعدم نسخه.

**2-4- استصحاب ما دل العقل أو الشرع على ثبوته**: **مثاله:** استصحاب الوصف المثبت للحكم حتى يثبت خلافه، كبقاء الوضوء بعد التواظؤ عند الشك في النقض للطهارة الثابتة.

**3-أدلة حجية الاستصحاب:**

**من القرآن** : قال تعالى:**"قل لا أجد ما أوحي إلى محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقا أهل لغير الله به"**سورة الأنعام الآية 145، ووجه الاستدلال بالآية أنها احتجت على الإباحة ما سوى الأشياء المذكورة في الآية بعدم وجود الدليل وهو الاستصحاب.

**من السنة**: عن عبادة بن تميم عن عمه أنه شكا رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة فقال "لا ينتقل-أو لا ينصرف-حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا" رواه البخاري، هذا الحديث يدل على استدامة الوضوء عند الشك في الحدث، وهذا لا يكون إلا باستدامة الطهارة الثابتة، قيل الشك في الحدث الناقص، وهو عين الاستصحاب.

**4-بعض القواعد الفقهية المبنية على الاستصحاب:**

ومن أهم هذه القواعد نذكر منها:

**4-1-قاعدة اليقين لا يزول بالشك:** معنى ذلك ما ثبت باليقين ولا يزول بمجرد الشك الطارئ.

**4-2- قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة:** معناه أنه يجوز الانتفاع بكل ما خلقه المولى عز وجل إلا ما ورد النص بتحريمه.
**4-3-الأصل بقاء ما كان على ماكان** : ومعنى هذه القاعدة أنه يتم النظر إلى الشيء على الحالة التي كان عليها، فيحكم ببقاء الأمر على حاله، مالم يقم دليل على خلافه.
**4-4- الأصل في الإنسان البراءة**: المقصود براءة الذمة من التكاليف الشرعية التي لم يدل دليل على التكليف بها.

**خامسا: شرع ما قبلنا**
هذا المصدر مرتبط بالعلاقة القائمة بين الشرائع السماوية، فقد اتفقت الشرائع في مسائل العقيدة والأخلاق، واختلفت في بعض الأحكام العملية إلا أن الشرائع السابقة أرسلت الأنبياء إلى قومهم خاصة، حتى بعث اله محمد صلى الله عليه وسلم بالشريعة الإسلامية للإنسانية العالمية إلى الناس عامة، حتى تكون صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان، وهي ناسخة للشرائع السابقة، إلا ما أقرته من أحكام في الشرائع السابقة لا تتعارض مع شريعتنا، علم أن شريعتنا لم تنسخ جميع الأحكام الواردة في الشرائع السابقة، إذ لم تنسخ على سبيل المثال: **وجوب الإيمان، تحريم الزنا، السرقة، القتل.**
**2-حجية شرع ما قبلنا**
ويمكن حصر شرع ما قبلنا الذي ثار الخلاف بين العلماء حول حجيته في الأنواع التالية:
**2-1-أحكام الشرائع السماوية السابقة الغير واردة في القرآن والسنة**: فهذه لا تعد شرعا لنا باتفاق العلماء، لأنها وردت في كتب أهل الكتاب المحرفة، ولا سبيل هنا لتمييز الصحيح من المحرف،ما لم يرد ذكره في الكتاب أو السنة قال تعالى:" **أفتطمعون أن يؤمنوا لكم وقد كان فريق منهم يسمعون كلام الله ثم يحرفونه من بعد ما عقلوه وهم يعلمون"** سورة البقرة 75.
**2-2-أحكام الشرائع السماوية السابقة التي نسختها شريعتنا**: لا تعد شرعا لنا بإتفاق العلماء مثل تحريم بعض الطيبات على بغيهم وظلمهم، قال تعالى:**"وعلى الذين هادوا حرمنا كل ذي ظفر ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما إلا ما حملت ظهورهما أو الحوايا أو ما إختلط بعظم ذلك جزينهم ببغيهم وإنا لصادقون"** سورة الأنعام 146.فقد حرم الله عليهم في الآية كل ذي مخلب من الطير أو حافر من الدواب كالإبل والبط والإوز، والشحوم التي في بطون الأنعام، إلا أن هذا الحكم منسوخ في شريعتنا، بقوله تعالى:**"قل لا أجد في ما أوحي إلى محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقا أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ وعاد فإن ربك غفور رحيم"** سورة الأنعام145.

2-**3-أحكام الشرائع السماوية السابقة التي أقرتها شريعتنا**: لا خلاف في أن هذه الأحكام نتعبد بها وهي شرع لنا، مثل فريضة الصيام قال تعالى:" **يأيها الذين أمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون**" سورة البقرة183. والأضحية لقوله صلى الله عليه وسلم " **ضحوا فإنها سنة أبيكم إبراهيم**" وقال تعالى:"**وفديناه بذبح عظيم**" سورة الصافات 107.

**2-4- الأحكام التي وردت في الكتاب و السنة من غير إقرار أو نسخ**: مثل أية القصاص في شريعة موسى عليه السلام، قال تعالى:"**وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص**" وعليه فإن شرع ما قبلنا ما نقل إلينا بطريق صحيح من الشرائع السماوية السابقة عن طريق القرآن والسنة.

**سادسا : مذهب الصحابي**

1- تعرف الصحابي:هو من لقي النبي ولو كان صغيرا، أمن به ومات على الإسلام، أما عند الأصوليين هو من لقي النبي مؤمنا وطالت صحبته له.

**2- حجية قول الصحابي**

2-1-لاخلاف بين العلماء في وجوب الأخذ بقول الصحابي فيما لا مجال للرأي والاجتهاد فيه، لأنه يحتمل أن يكون قد سمعه من الرسول صلى الله عليه وسلم فيكون من قبيل السنة.

2-2- لا خلاف فيما أجمع عليه الصحابة.

3-3-اتفقوا على أن رأي الصحابي المجتهد لا يعد حجة على صحابي مجتهد أخر في المسائل الاجتهادية.

3-4- ثار الخلاف بشأن فتوه الصحابي التي أفتى بها بالاجتهاد المحض، فقد انقسم العلماء بشأن حجية مذهب الصحابي إلى فريقين: مذهب يعتبر مذهب الصحابي حجة وهو ما ذهب إليه الأحناف، المالكية، الحنابلة، مذهب لا يعتبره حجة وهو مذهب الشافعية.

**سابعا: سد الذرائع**

**1-تعريفها: -لغة:** الذريعة وهي الوسيلة ، وعند الأصوليين هي ما يكون طريقا إلى الحلال والحرام.

- **اصطلاحا:** ما ظاهره مباح ويتوصل به إلى محرم
- **والمقصود بسد الذرائع**:أن الفعل المباح إذا كان ذريعة إلى محرم فالشارع يحرم هذه الذريعة حتى وإن لم يقصد بها المحرم، لكونها مفضية إليه في الغالب والمطلوب شرعا في الذرائع المفضية إلى مفاسد سدها ومنعها لمنع المفاسد وإبطالها.
- 2- **أنواع الذرائع**: قسم العلماء الذرائع باعتبارات متعددة، يمكن إيجازها حسب تقسيم الإمام الشاطبي في الأنواع الأربعة التالية:

**2-1-ما يكون مفضيا إلى المفسدة قطعا**: كحفر بئر خلف الدار في مكان مظلم يقع المار فيها حتما، كتصرف المالك في ملكه ببناء أو عمل يلحق ضررا حتما بجاره، مثل بناء سور يحجب عنه الضوء والهواء فهذا ممنوع بإتفاق العلماء.

**2-2- ما يكون أداؤه إلى المفسدة نادرا أو قليلا**: بحيث تكون مصلحة راجحة ومفسدته مرجوحة مثال: -زرع العنب

- حفر بئر في مكان لا يؤدي غالبا إلى وقوع أحد فيها.

**2-3-ما يكون أداؤه إلى المفسدة الكبير**: حيث تكون مفسدته راجحة ومصلحته مرجوحة، **مثاله**: - بيع السلاح في زمن الفتن، إذا كان البائع يعلم أو باستطاعته أن يعلم أنه سيستخدم لقتل الأبرياء وإزهاق الأرواح

- بيع العنب لمن عرف عنه أنه يعصره خمرا.

**2-4- أن يكون ترتب المفسدة على الفعل كثيرا ولا غالبا ولا نادرا**: مثال:

-بيوع الآجال التي تؤدي إلى الربا كثيرا لا غالبا.

إن سد الذرائع يأخذ بها كل من المالكية والحنابلة، وقد خلت كتب الشافعية والحنفية من ذكر الذرائع لكن أغلب جمهور العلماء يأخذون بسد الذرائع ويعملون به.

3- حجية العمل بسد الذرائع:

3-1-**من القرآن الكريم**: قال تعالى: **" ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم"**سورة الأنعام 108، حيث نهى الله سبحانه وتعالى عن سب ألهه المشركين على الرغم من كون سبها إهانة لها، وحمية لله عز وجل، لأن ذلك يفضي إلى سب المشركين لله تعالى، فكانت مصلحة ترك مسبته تعالى أرجح من مصلحة سب آلهة المشركين.

**3-2-من السنة**: حديث النعمان بن بشير قال : سمعت الرسول صلى الله عليه وسلم يقول: **" الحلال بين والحرام بين، وبينهما مشبهات لا يعلمها كثيرا من الناس، فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات كراع يحوم حول الحمى يوشك أن يواقعه، ألا وإن لكل ملك حمى، ألا وإن حمى الله في أرضه محارمه، ألا وإن في الجسد مضغة إذا صلحت صلح الجسد كله، وإذا فسدت فسد الجسد كله، ألا وهو القلب"** رواه البخاري.

فالوقوع في الشبهات طريق إلى الوقوع في المعاصي، وسبيل إلى اقتراف الحرام، فكان الحديث دليلا على سد الذرائع الفساد، وتجنب الحرام بتجنب الشبهات.

**3-3- من عمل الصحابة**: -جمع أو بكر الصديق رضي الله عنه القرآن سد لذريعة ضياع شيء منه باستشهاد حفظته.

-كما جمعه عثمان بن عفان في مصحف واحد ونسخ منه نسخا أرسلت لمختلف جهات الدولة الإسلامية سد لذريعة الاختلاف فيه.