

الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

في مؤسسات التعليم العالي

الأستاذ الدكتور مراد كاملي

أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، الجزائر

ملخص

لدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي أهميتها البارزة في إثراء الفكر والنص القانوني الوضعي، وتحديث عبارات الفقه الإسلامي وتقريبه من واقع الاصطلاح القانوني، إلا أنها تعترضها صعوبات جمة أظهرها تباين الاصطلاح بين الشريعة والقانون واضطراب الدراسات المقارنة في تحديد طرفي المقارنة، هل هما الشريعة أم الفقه؟ ولهذا فإنه من الضروري التزام جملة من القواعد في هذه الدراسات أهمها التَّحَقُّق من إمكانية المقارنة وجدواها قبل البدء فيها، ثم التزام الموضوعية في المقارنة والتوازن في تناول خلال الدراسة وتسجيل النتائج.

Sommaire

Les études comparatives entre la chariaa islamique et le droit sont très importantes pour enrichir la pensée et le texte juridique positif, et rapprocher et moderniser les termes de la doctrine islamique, sauf qu'il est confronté à d'importantes difficultés démontrées par la variation terminologique entre la chari'a et la loi, et la perturbation des études comparatives pour déterminer les parties de la comparaison, est ce: la chari'a ou la doctrine? c'est pour ça qu'il indispensable de se soumettre à une série de règles dans ces études, la plus importante de s'assurer de la possibilité de la comparaison et de son utilité avant de l'entamer, la précision dans le choix du terme et son usage et puis veiller à l'objectivité dans la comparaison et l'équilibre dans son abordage durant l'étude et la notification des résultats.

تمهيد:

لا تخلو الأطروحات الجامعية في كليات الشريعة وكليات الحقوق من دراسات مقارنة، تعتمد المقارنة¹ بين الأحكام والنظم المقررة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الجزائري منهجا، وهي إما أن تعتمد المقارنة أسلوبا شاملا لكل مسائل البحث، وإما أن تنحصر إلى اعتمادها في أجزاء منه بحسب الحاجة.

ولئن كان لهذا المنهج فائدته الكبيرة التي يدركها المشتغلون بهذا النوع من الدراسات، من خلال بيان أوجه الشبه والاختلاف، تمهيدا للاستفادة من الشريعة الإسلامية في إثراء الفكر والنص القانوني الوضعي، والاستفادة من الفكر والنص القانوني في تحديث عبارات الفقه الإسلامي وتقريبه من واقع الاصطلاح القانوني، أو من خلال بيان أوجه امتياز الشريعة الإسلامية والفقه المنتسب إليها، فإن أصنافا من الباحثين في الدراسات الشرعية والقانونية كثيرا ما يشككون في جدوى هذه المقارنة وفائدتها، نظرا لاختلاف مصدر وطبيعة النظام والأحكام المقررة في الشريعة الإسلامية عنها في القانون من جهة، ولأن الواقع الغالب لهذه الدراسات لم يتمخض في الواقع عن طروح جديدة ومفيدة، لا للفقه الإسلامي، ولا للقانون الوضعي، بل أنجب جيلا من الباحثين لم يتمكنوا من أحدهما لانشغالهما بهما معا. من هنا نطرح إشكالية عميقة نضاع في سؤال رئيس هو: ما هي أهم المعايير التي يجب أن تتوفر عليها الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي حتى تكون نافعة؟

وعليه تأتي هذه الدراسة قصد بيان أهمية هذه البحوث، والصعوبات التي تعترضها، مع الوقوف على واقعها، ومحاولة رسم معالم الدراسات المقارنة ذات الفائدة ومستقبلها في كليات الشريعة والحقوق في الجزائر.

مما تقدم سوف أدرس هذا الموضوع في نقاط أربع على النحو الآتي:

أولاً: أهمية الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

ثانياً: صعوبات الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

ثالثاً: واقع الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في الجزائر.

رابعاً: معايير الدراسات المقارنة الناجحة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

أولاً: أهمية الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

أ- بيان امتياز الشريعة الإسلامية² وعظمتها.

ينطلق هذا الوجه من الأهمية من مسلمة عقدية عند المسلم بتتزه النصوص الشرعية الواردة في القرآن والسنة النبوية عن الخطأ والقصور³، فالقرآن الكريم كلام الله تعالى المعصوم، والسنة النبوية وحى من الله تعالى أجراه تعالى على لسان نبيه صلى الله عليه وسلم، قال تعالى: "وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحى يؤحى"⁴.

وبالتالي فإن أحكام التشريع الإسلامي المقررة بمقتضى نصوص القرآن والسنة، هي بالضرورة أصوب وأصح وأصدق من أي أحكام مخالفة مقررة بمقتضى القوانين الوضعية. قال تعالى: "ألا يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير"⁵.

وتهدف هذه الدراسات على أساس ذلك إلى بيان مواضع الامتياز والتفوق في التشريع الإسلامي على سائر المنظومات الوضعية، وكذا أحقية الأحكام المقررة في التشريع الإسلامي بالتطبيق والاتباع على الأحكام المخالفة المقررة في القوانين الوضعية، والهدف البعيد منها هي دعوة المسلمين إلى التمسك بأحكام التشريع الإسلامي واعتصامها، وعدم اتباع أحكام القوانين الوضعية متى خالفتها، ولو بدت في ظاهرها حديثة أو أكثر إنسانية أو عدالة.

ب- إثراء الفقه الإسلامي⁶ والقانون الوضعي.

تهدف المقارنة أساساً إلى بيان أوجه الاتفاق والاختلاف بين الأشياء وأسباب ذلك، قصد الخلوص إلى نتائج تتعلق ببيان امتياز بعضها على الآخر للأخذ به واعتماده، أو معرفة مواضع الخلل والقصور في الأشياء بالنظر إلى شبيهاتها قصد التحسين واجتثاث الخلل والقصور.

وفي مجال الشرائع والقوانين فإن المقارنة بينها تهدف إلى بيان أوجه الاتفاق والاختلاف بينها في تقرير الأحكام والنظم القانونية، وتظهر فائدتها في إثراء هذه الشرائع والقوانين بعضها من بعضها، والسعي إلى التقريب بينها⁷.

والحقيقة التي يعرفها كل متمرس في دراسة الشريعة والقانون أن الفقه المقارن أو القانون المقارن هو أخصب المواد العلمية وأكثرها تمكينا من فهم الفقه المذهبي، أو القانون الوطني، والملاحظ أن الطالب يرسخ في ذهنه رأي المذهب الفقهي في مسألة ما متى تم

استعراض آراء المذاهب الأخرى في ذات المسألة، وكذلك حكم المسألة في القانون الوطني متى تم ذكر نظيره في القوانين الأجنبية، لأنه بأضدادها تُعرف الأشياء.

وإذا تقرر ذلك فإن الباحث أو الدارس لا يدرك حقيقة مواضع القوة والقصور في رأي فقهي أو حكم قانوني إلا بالمقارنة مع غيره، وحينئذ يكون مؤهلاً لاقتراح إدخال تعديلات تحسينية، قد تشمل الاستغناء عن آراء، أو تعديلها، أو تعديل نصوص قانونية أو استحداث أخرى لتكون أكثر تحقيقاً للفائدة وتحقيقاً للصواب.

ولهذا فإن الباحث في الدراسات المقارنة يقف على مواضع قصور وضلال في القانون الوضعي، مجافية لديننا وأعرافنا وواقع حياتنا ومصالحنا، أغلبها بسبب التأثير بالقوانين العلمانية التي غزت بلداننا الإسلامية بسبب التخلف والجهل الذي أصابنا، فأحكمت تلك النظم قبضتها على واقعنا، على اعتبار أن المغلوب مولع بتقليد الغالب، فيكون الأنسب العودة إلى أحكام الشريعة، واجتهادات فقهاء الشريعة الإسلامية المستثمرين بهداها.

كما يقف على مواضع قصور في الفقه الإسلامي⁸، أغلبها بسبب عامل الزمن، إذ أن أغلب تلك المقولات والاجتهادات صيغت منذ أزمان متطاولة، قبل أن يُغلق باب الاجتهاد، ولهذا فبعضها لا يستجيب للواقع الحالي، على خلاف القوانين الوضعية، التي استفادت في أغلبها من التطور التشريعي الذي مس المنظومة القانونية العالمية بمدارسها القانونية المختلفة وما يصاحبها من اجتهاد قضائي في تطبيقها وصلها.

فيكون الأنسب الأخذ بما ابتدعه القانون الوضعي مما لا يتضمن مخالفة لنصوص الشريعة وقواعدها، ونكون بذلك قد خدمنا الفقه الإسلامي بتحسينه، وجعلناه قريباً للتطبيق، فلا تُهجر أحكام الشريعة بسبب صعوبة العبارة الفقهية أو استحالة تطبيقها لاختلاف الوسائل والظروف.

ثانياً: صعوبات الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

تُعتبر الدراسات المقارنة من أكثر الدراسات صعوبة وتعقيداً، لأنها تتطلب ابتداء الإحاطة بأكثر من مادة لإجرائها، كما أنها تتخطى في منهجها وصف وتحليل المادة إلى ملاحظة أوجه الاتفاق والاختلاف بين المواد، وهي وإن بدت بسيطة في ظاهرها، إلا أنها في الحقيقة تقتضي حتماً إدراكاً عميقاً بحقيقة المواد محل المقارنة، وسائر الظروف والمقدمات التي مهدت لوجودها وظهورها، والأشكال التي تجسدت فيها.

ناهيك عن أن القيام بالدراسة المقارنة يقتضي إدراكاً عميقاً مسبقاً من الباحث بإمكانية إجراء المقارنة وجدواها، ويحتم عليه في بحوث الماجستير والدكتوراه التزام المقارنة

في سائر مباحث مذكرته أو أطروحته، ولهذا فإن الباحثين المبتدئين يجتنبونها عادة، ويُصحون بذلك مراعاة لمستواهم وقدراتهم⁹.

وترتبط بالدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي جملة من الصعوبات المنهجية التي تتطلب من الباحث اتخاذ مواقف دقيقة ومؤسسة، حتى يكون بحثه مجدياً، ويمكن إجمالها فيما يأتي:

أ- **الصعوبة المتعلقة بالمادة طرف المقارنة (هل هي الفقه أم الشريعة الإسلامية؟)**. إذا كانت مادة القانون الوضعي طرف المقارنة لا تثير إشكالا في تسميتها أو مضمونها، على اعتبار أنها القانون الساري العمل به في الجزائر حالياً وقت إنجاز الدراسة¹⁰، فإن طرف المقارنة الثاني لا يجد تحديداً واضحاً، هل هو الشريعة أم الفقه¹¹؟

إذا كان هو الشريعة، فهل هو الشريعة بمعناها الدقيق؟ أي الأحكام المقررة بمقتضى النصوص الشرعية.

وفي مثل هذه الحال فإن المقارنة بالنسبة للمؤمن لن تريد على بيان أوجه الاتفاق والاختلاف وأسباب ذلك، مع استهداف بيان أوجه امتياز الشريعة وكمالها، دون أدنى جراءة على افتراض النقص والقصور في أحكام الشريعة في مقابل أحكام القانون عند الاختلاف، وبالتالي فلا يمكن التزام الحياد والموضوعية العقلية المجردة، لأنه لا تصح مقارنة السماوي المعصوم بالأرضي القاصر؟ وهل يمكن أن يكون الباحث المسلم إلا متحيزاً للوحي، مؤمناً بأرجحيته، ولو لم يدرك ذلك بفكره القاصر¹²؟

وحتى لو تجاوزنا هذه المعضلة فإنه يُطرح إشكال عميق حول إمكانية مقارنة النص القانوني بالنص القانوني الوضعي لطبيعة كلّ منهما، وي طرح تساؤلاً عميقاً مفاده: هل يمكن وضع النص الشرعي منهجياً في مواجهة النص القانوني للمقارنة؟ وسبب طرحه أمور موضوعية أهمها:

الأمر الأول: النص الشرعي نص هداية قبل أن يكون نصاً لتقرير الأحكام، على خلاف النص القانوني الذي لا يهدف إلى أكثر من تقريرها.

الأمر الثاني: النص الشرعي معصوم، ولهذا فإن التحيز للأحكام الواردة فيه تنبع من إيمان المسلم بكونه الحق المطلق الذي لا يخالفه إلا الباطل.

الأمر الثالث: النص الشرعي مطلق من حيث الزمان والمكان، على اعتبار صلاحية الشريعة لكل مكان وزمان، على خلاف النص القانوني، إذ أنه "صالح للتطبيق من تاريخ إنشائه إلى تاريخ إلغائه وله سلطان كامل بين التاريخين، كما أنه محكوم بمبدأ الإقليمية، إذ أنه يطبق على إقليم الدولة"¹³.

أم الشريعة بمعناها الواسع، الشامل للأحكام المقررة بمقتضى النصوص وما ارتبط بها من اجتهاد فقهي فتكون مزيجا من المعصوم والاجتهاد، وبالتالي فإن هدف المقارنة يكون أحيانا مقتصرًا على بيان امتيازها إذا تعلق بالشق الأول منها على ما سبق بيانه، وأحيانا أخرى يتعدى إلى إبراز مواضع الامتياز والقصور في كل منهما، مع استفادة كل منهما من الآخر إذا تعلق بالشق الثاني.

وإذا كان هو الفقه، فهل يمكن الحديث عن فقه إسلامي مبتور عن مصدره؟ ألا وهما القرآن والسنة.

إذ غالب الاجتهاد الفقهي الإسلامي إنما كان أثرا للاختلاف في فهم النص وتطبيقه، وهو ما يمنحه بعض قداسة في قلوب الباحثين المسلمين، هي أثر قداسة النصوص، خاصة في مواجهة اجتهاد بشري معزول موضوعيا عن الوحي.

ويبدو لي أنّ كلّ ما ذكرنا إنما يلزم الباحث بتوخي الحذر فيما يجري من مقارنات، بضرورة مراعاة طبيعة طرف المقارنة وخصوصيته، بما يتضمن ذلك خصوصية الاصطلاح ومعناه، ونشأته وتطوره، دون أن يلغي ذلك أهمية المقارنة وأهمية نتائجها.

ب- الصعوبة المتعلقة بطبيعة المادة المقارنة (هل يمكن مقارنة فقه بتشريع؟).

من المعلوم أن النصوص الشرعية والقانونية كلاهما ارتبط به اجتهاد فقهي، يرمي أساسا إلى تفسير النصوص وبيان معانيها، وبيان حكم ما سكنت عنه إعمالا للقياس على ما قضى به النص، أو وقفا عند حدود ما صرح به النص عندما لا يجوز القياس، وبالتالي فإن المقارنة تقتضي أن توضع النصوص الشرعية وفقهاها على جانب، وتوضع النصوص القانونية وفقهاها على جانب آخر للتمكن من المقارنة.

وعلى خلاف ذلك، فإن كثيرا من الدراسات في مجال تخصص الشريعة والقانون تحمل عناوين الدراسات بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي¹⁴.

إلا أن هذا يطرح إشكالات عميقة ملخصها كما يلي:

■ هل يمكن وضع الاجتهاد الفقهي الإسلامي في مقابلة النص القانوني للمقارنة؟ وسبب طرحه أيضا أمران:

الأمر الأول: الاجتهاد الفقهي مرتبط بالنصوص التي جاء لتفسيرها، فهو تابع، لا يمكن أن يستقل بمعناه عن متبوعه وأصله، بخلاف النص القانوني فهو أصل، يستقل بتقرير المعاني والأحكام، فكيف يمكن مقارنة تابع من جهة بمتبوع من الجهة المقابلة؟ الأمر الثاني: الاجتهاد الفقهي متعدد بتعدد التفسيرات والفهوم، بخلاف النص القانوني، فهو متحد، على اعتبار أن القانون وحدة واحدة، والحقيقة القانونية في ظل القانون الوضعي واحدة، وهو ما يحير الباحثين عند مقارنة القانون الوضعي بالفقه الإسلامي، إذ أن الآراء الفقهية متعددة والحكم القانوني المقرر بمقتضى النص واحد، فبأي الآراء نقارن؟ خاصة إذا كان بعض هذه الآراء أو الاجتهادات الفقهية مطابقا تماما لما قرره النص القانوني من حكم، أو أقرب إليه من الآراء الفقهية الأخرى.

ت-الصعوبة المتعلقة بالبعد الزماني والمكاني للمادة.

من المعلوم أن الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة واتجاهاته المتنوعة قد نشأ على مدار قرون متطاولة، وفي أماكن مختلفة، وقد كان من أهم أسباب ثرائه وتنوعه اختلاف التفسيرات باختلاف الفهوم والأعراف والظروف، وكان الفقهاء يبدلون آراءهم الفقهية إذا ارتحلوا من بلد لآخر مراعاة لما بين البلدان من فروق في الطبائع والأحوال، كما كان الفقهاء يبدلون آراءهم واجتهاداتهم إذا بدا لهم رأي أصوب، ناهيك عن تعدد الآراء في المذهب الواحد بين متقدمي المذهب ومتأخريه لنفس الدواعي.

فإذا أضفنا إلى ذلك أن أغلب تلك الآراء والاجتهادات كانت قبل قرون، وفي واقع مختلف عن واقعنا، على خلاف القانون الوضعي المصاغ حديثا جدا، والمتغير بشكل مطرد بتغير الظروف والأحوال.

فإنه يُطرح إشكال مفاده: هل يمكن موضوعيا المقارنة بين فقه صيغ على مدى مئات السنين مع قانون يُصاغ ويعدل كل يوم مجارة لتغير الواقع وتبدله؟

ث- الصعوبة المتعلقة بالبعد القضائي في تفسير النصوص.

الدراسة القانونية تعتمد على ثلاثية هي النص القانوني، الاجتهاد الفقهي والاجتهاد القضائي، ويلعب التفسير القضائي دورا مهما في فهم النصوص وتوضيح الأحكام الواردة فيها، خاصة إذا شاب تلك النصوص غموض، ولهذا فإن البحث القانوني لا يستغني في عرضه للنظام القانوني عن استعراض فهم القضاء للنصوص وتطبيقه لها في أعيان القضايا المعروضة عليه.

ويغض النظر عن قيمة وحجية الأحكام والقرارات القضائية الصادرة في أعيان القضايا المعروضة، فإن العمل القضائي يمثل رافدا بالغ الأهمية في فهم النصوص وتصور النظام القانوني.

وعلى خلاف القانون الوضعي، فإن المقارنة مع الفقه الإسلامي تلغي هذا البعد أساسا، لأن الفقه لا يتعلق بقضاء، كما أن المقارنة مع الشريعة الإسلامية تطرح إشكالا مهما يتمثل في إبعاد الشريعة عن القضاء، ولهذا فهو أيضا عنصر مغيب نظريا لغيابه عمليا.

ولعلّ من المهم جدا بعد استعراض هذه الصعوبات المنهجية المطروحة على الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الإشارة إلى أن ذلك أمر طبيعي يُطرح على سائر المقارنات بين النظم القانونية المتباينة، وأنّ هذه الصعوبات لا تلغي المقارنة، بل تلزم الباحث باتخاذ جملة من المواقف والمنطلقات الواضحة في دراسته.

وأجدني أميل إلى اختيار مصطلح الشريعة الإسلامية طرفا للمقارنة بدلا من الفقه الإسلامي، على اعتبار أنها تجمع التشريع الإسلامي والاجتهاد الفقهي المرتبط به في مقابل التشريع الوضعي والاجتهاد الفقهي المرتبط به، ولأن بيان أوجه الاتفاق والاختلاف لا يمكن أن يستبعد ما بين التشريعين من اتفاق واختلاف، فيكون إدخالهما معا (أي التشريع والفقه) اختيارا يمكن من تحقيق شمولية المقارنة وإحاطتها، مع التمكن من بيان الأسباب العميقة للاختلافات القائمة بين النظامين.

إلا أن ذلك لا يلغي ما لهذه المقارنة من خصوصية ترتبط بمحدودية تطبيق مبدأ النزاهة والموضوعية في استعراض المضامين متى تعلق الأمر بالوحي ما دام الباحث مؤمنا بقداصة النص الإسلامي.

ج- صعوبة مقابلة المعاني والأفكار:

إنَّ أهميّة الدّراسة المقارنة تقوم أساسا على القدرة على المقابلة بين الأفكار والمعاني في كلّ من الشّريعة الإسلاميّة وفقهها من جهة والقانون الوضعي وفقهه من جهة أخرى، وذلك أنّ جوهر الدّراسة المقارنة هو في البحث عن ما يقابل المعنى القائم والموجود في الشّريعة الإسلاميّة وفقهها في القانون الوضعي وفقهه، والعكس صحيح. وهو ما يقتضي تجاوز الاصطلاح أحيانا، لأنّ نفس المعنى قد يكون في كلا النّظامين مع اختلاف الاصطلاح، وقد يتّحد الاصطلاح مع اختلاف المعنى ولو جزئيا.

وهذه مسألة دقيقة يخفق في فهمها ومراعاتها كثير من الباحثين المبتدئين، إذن أنّ وجود المصطلح ذاته في طرفي المقارنة يجعل الباحث يظنّ أنّه عثر على ضالّته، ويبدأ في بيان ما بينهما من شبه واختلاف، ليصل إلى نتيجة مفادها أنّ المعنى أوسع أو أضيق في أحدهما، وأنّ الشّريعة الإسلاميّة لم تعرف هذه الفكرة أو لا تقرّ هذا النّظام، وكذا الحال بالنّسبة للقانون الوضعي، بينما هو موجود قائم بذاته بمسمّى آخر.

ثالثا: واقع الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في الجزائر¹⁵.

يمكن إجماله في نقاط أهمّها:

أ- أكثرها من إنجاز باحثين مهتمين بالمجالين الفقهي الإسلامي والقانون الوضعي.

الملاحظ أنّ هذه الدراسات المقارنة وجدت على مدى عقود من الزمن في كليات الحقوق وكليات الشريعة على السواء، وقد كانت كليات الحقوق سبّاقة إلى هذا النوع من الدراسات باعتبارها أسبق نشوءا، إلا أنها أضحت مجالا أوفر للباحثين في كليات الشريعة، خاصة بعد اعتماد تخصص الشريعة والقانون في مجال العلوم الإسلامية.

ولئن كان اهتمام وانصراف أوائل من كتبوا في هذه البحوث مرده إلى ميولهم الشخصية للبحث في الدراسات الشرعية أو لاقتضاء موضوع البحث ذلك، فقد أضحي بعد ذلك تخصصا قائما بذاته، يكون فيه الباحث في تخصص الشريعة والقانون ملزما بالدراسة المقارنة.

ب- بعضها تعرض للفقه الإسلامي على اعتبار أنّه مرحلة تاريخية.

من الأخطاء الشائعة في بعض البحوث العلمية على اختلاف درجاتها أنها تعرض للنظم والأحكام الشرعية على اعتبار أنها نظم تاريخية، لا على اعتباره أنها قواعد شرعية صالحة لكل زمان، واجتهاد فقهي متطور، ولهذا فإن النقول المعروضة تنتهي في كثير من الأحيان بانتهاء الخلافة الراشدة، خاصة بالنسبة للدارسين في القانون. ولئن سلم كثير من الباحثين نظرياً بأن أحكام الشريعة خالدة بخلود الإسلام، وصالحة لكل زمان ومكان، فإن ممارستهم البحثية القاصرة على عرض أحكام الشريعة باعتبارها مرحلة تاريخية، وعرض الآراء الفقهية الإسلامية باعتبارها نتاج فترة تاريخية منتهية، يعزز القناعة بأنهم لا يرون في الشريعة نظاماً مستمراً، وقواعد مسيطرة لتطور الحياة وتغيرها.

ولعلّ هذا التوجه العام في الممارسة من طرف أصناف من الباحثين يجد مبرره في تخلف الاجتهاد الفقهي الإسلامي المعاصر عن مواكبة التغيرات الحاصلة في العالم والمجتمعات، بل يعتقد أصناف منهم أنّ تمام نصوص التشريع الإسلامي في فترة النبوة يجعله تشريعاً غير صالح للمقارنة معه، لأنه لا يمتّ من حيث الزمان إلى التشريعات الوضعية المعاصرة بصلة.

ولعلّه مما يؤخذ على الباحثين المتخصصين في الشريعة والقانون أن جل ما يستعرضونه من فقه أثناء إجراء دراساتهم المقارنة لا يتجاوز القرون الذهبية الأولى للفقه الإسلامي، رغم وجود كثير من الكتابات والآراء المستحدثة في الوقت المعاصر.

ت- بعضها تنحو نحو المقارنة الشمولية.

تفترض الدراسة المقارنة في موضوع محدد إجراء مقابلة بين الأفكار الجزئية بين طرفي المقارنة، وهو ما يعني أنه يجب دراسة نفس العناصر الجزئية في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مع بحث نفس الجزئية بشكل متتابع في الشريعة ثم القانون الوضعي، أو العكس، للتمكن من إبراز أوجه الشبه والاختلاف في كل جزئية. ولهذا فإننا إذا كنا بصدد إجراء مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في جريمة السرقة مثلاً، فإن هذا يقتضي منا التعرض لعناصر الموضوع (تعريف الجريمة،

أركانها، العقوبة المقررة لها، الإجراءات الواجب اتخاذها بشأنها) في كل منهما، وبيان أوجه الاتفاق والاختلاف في التعريف، ثم الأركان، وهكذا.

إلا أنه من الضروري الإشارة هنا إلى أن قدر التفصيل في المقابلة (النزول إلى العناصر الأكثر جزئية) محكوم بحجم المادة المعروضة في كل جزئية، وكذا أهميتها في تقسيم خطة البحث، ودرجة البحث.

فإذا كان البحث مجرد تقرير صفي، يُعرض خلال أعمال الفوج البيداغوجي، ولا يتعدى بضع صفحات (عشر صفحات مثلاً) فإنه يمكن عرض عنصر أركان جريمة السرقة في الشريعة أولاً، ثم عرضها في القانون، ثم تسجيل أوجه الاتفاق والاختلاف، أما إذا كان البحث يتعلق بمذكرة ماستر، كان لا بد من عرض كل ركن على حدة في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (الركن الشرعي، الركن المادي، الركن المعنوي)، مع تسجيل أوجه الاتفاق والاختلاف في كل منها، مع تقديم استنتاجات وملاحظات.

إن المقارنة الشمولية التي قد تظهر في عرض الموضوع في الشريعة في باب في أطروحة الدكتوراه، وفي القانون في باب آخر، أو في عرضه في الشريعة في فصل، وفي القانون في فصل، ثم الخلوص إلى تسجيل أوجه الاختلاف والاتفاق العامة، دون الالتزام بمقابلة الأفكار والعناصر الجزئية في مقابلة بعضها بعض، لا تدل فقط على عدم جدية الباحث وعدم قدرته على استعراض تفاصيل الموضوع، بل تدل بطريق أولى على أن الباحث غير ملم بالموضوع في كل من الشريعة والقانون، كما أنه عاجز على إجراء المقابلة اللازمة بسبب اختلاف الاصطلاح وتباين منهج العرض¹⁶.

إن البحث المقارن يكشف للباحث صعوبة تفوق صعوبة فهم المادة العلمية والإلمام بها في كل نظام على حدة -لأن ذلك محدود مستوى أول من البحث-، صعوبة تتعلق بتباين الاصطلاح واختلاف الأنظمة إلى حد عدم إمكانية إجراء المقابلة لاختلاف المضامين حيناً، وعدم وجودها حيناً آخر في أحد طرفي المقارنة، أو لاختلاف درجة النضوج والتطور للفكرة، بحيث تكون في أحدهما متطورة جداً ومفصلة جداً، وكتبت

فيها المؤلفات الكثيرة، بينما تكون في الطرف مجرد فكرة بسيطة، لم تتحور بعد لتكون نظاما، ولم تلق من التأليف والبيان شيئا يُذكر.

وإذا كانت المقارنة الشمولية مقوّنة بسبب ما ذكرنا، وهي الملاحظة التي كثيرا ما نثيرها في مناقشات الماستر والماجستير والدكتوراه، فإن المقارنة التجزئية أيضا منسوح باجتنابها وتلافيها، لأنها تجعل الباحث يذهل عن الإطار العام للموضوع، ويغفل عن الأهداف التي سطرها للبحث، ذلك أنّ تتبّع أوجه الاتفاق والاختلاف الدقيقة جدا عند المقارنة قد لا تنفع الباحث في تحقيق أهداف البحث من خلال إثراء أحد طرفي المقارنة بما في الطرف الآخر.

ث- بعضها تتعامل بشكل تقديسي مع الآراء الفقهية الإسلامية.

تخلط بعض البحوث بين النصوص الشرعية والآراء الفقهية إلى حد أن تضيف على الثانية منها ما يجب للأولى من قداسة وعصمة، فتجدها تعرض آراء الفقه ومقولات المجتهدين على اعتبار أنها مصدر للأحكام الشرعية، بحيث تعرضها دون أن تعقب عليها أو تنتقدها أو تقيّمها.

ورغم أن الباحثين في المجال يعلمون جيدا أنّ الاجتهاد الفقهي عملية عقلية أنجبت ظاهرة صحيّة تتمثل في اختلاف الفقهاء والمجتهدين من لدن كبار الصّحابة رضي الله عنهم إلى يومنا هذا لأسباب كثيرة، إلّا أنهم بعضهم بمجرد غوصهم في البحث الفقهيّ يتناسون ذلك، فيكتفون بعرض الرأي الاجتهادي على اعتبار أنه حكم الشرع في مقابل حكم القانون، بل تجد بعضهم يُعرض عن ذكر الآراء الفقهية المختلفة في المسألة الواحدة، ويكتفي برأي واحد يمثل في رأيه حكم الشرع، فيضيّق واسعاً، ويضر من حيث أراد أن ينفع، خاصة إذا لم يعثر في المسألة على مقولات تغيّثه فيما يريد أن يؤصل له من أنه حكم الشرع.

ولعلّ من أهم أسباب ذلك ضعف اطلاع الباحثين على مصادر الفقه، وعجزهم عن استعراضها والترجيح بينها.

ج- بعضها يجري مقارنات في مواضيع لا يمكن أن تكون المقارنة فيها مجدية.

يتعلق الأمر خاصة بحالة ما إذا كان موضوع المقارنة انفردت بتنظيمه الشريعة الإسلامية، أو انفرد بتنظيمه القانون، على اعتبار أن الشريعة الإسلامية لا تقرّ به ابتداء، أو أنه موضوع تقني حادث، ليس له وجود في التراث الفقهي، ويمكن إدخال الأخذ به في مسمى المصالح المرسلّة المستحدثة، التي ليس لها شاهد اعتبار ولا إلغاء في نصوص الشريعة.

وقد يضطر الباحث -بعد أن يكون قد تورّط في تسجيل موضوعه- حين يتحقّق من عدم وجود الفكرة أو العنصر في الشريعة الإسلامية في مقابل الموجود في القانون الوضعي إلى ليّ أعناق النصوص وأقوال الفقهاء وتحميلها من المعاني ما لا تحتمله، حتى يُسعف نفسه في كتابة صفحات مقابل ما كتبه في القانون.

رابعا: ضوابط ومعالم الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.
مما تقدّم من بيان أهمية الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي والصعوبات المنهجية التي تعترضها وواقعها في الجزائر يمكن الخلوّص إلى جملة من التوجيهات قصد تحسين هذه الدراسات وجعلها أكثر نفعاً من الناحيتين النظرية والعملية.

أ- التحقّق أولاً من إمكانية المقارنة:

تقتضي المقارنة ابتداء وجود طرفي المقارنة، وإلا كان عبثاً وضرباً من المحال، كما تقتضي المقارنة المجدية وجود مجال معتبر للتشابه وآخر للتغاير، وإلاّ فإنه لا قيمة عملية لمقارنة مسألتين متشابهتين تماماً ولو اختلفت المسميات، أو مختلفتين تماماً ولو توحدت التسميات.

ولهذا فإن اختيار المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في نظام معين يقتضي ابتداء وجود النظام فيهما معاً، وإلا كانت المقارنة مستحيلة، كمن يبحث موضوع نظام التبني بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الفرنسي، إذ أن الشريعة الإسلامية لا تقرّ التبني أساساً.

كما أن اختيار المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في نظام معين يقتضي وجود مجال معتبر للتشابه والتغاير، ولهذا فإن الأنظمة المقررة قانوناً، والمأخوذة من الشريعة الإسلامية لا يمكن أن تكون فيها المقارنة مجدية، ولو خالف

القانون نزرا قليلا من الأحكام المقررة في الشريعة، كمن يجري مقارنة بين نظام الميراث في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري¹⁷.

ب- التحقق من جدوى المقارنة:

إذا كان البحث العلمي الأكاديمي ينطلق أساسا من تقدير جدوى البحث في موضوع محدد، على اعتبار أنه يطرح إشكالية حقيقية، جادة، ويمكن التصدي لها، من خلال إثارة وبحث مجموعة من الأفكار والبيانات، ويكون لهذا البحث فائدة معرفية أو عملية، فإن البحث الأكاديمي المقارن أيضا يجب أن ينطلق من تقدير جدوى المقارنة، على اعتبار أنه يطرح إشكالية حقيقية وجادة تتعلق بذات المقارنة في الموضوع، وإمكانية التصدي لها، ليس على مستوى كل مادة على حدة، بل على مستوى المواد المقارن بينها بالموازاة، ويكون لهذه المقارنة فائدة معرفية وعملية.

وينطلق هذا أيضا من إدراك أن التساؤل الذي يُطرح على مستوى الدراسة المقارنة هو تساؤل من مستوى أعلى بالمقارنة مع التساؤل الذي يُطرح على مستوى بحث الموضوع في كلّ مادة على حدة، لأنه تساؤل لا يتعلق بمضمون المادة العلمية المفردة على حدة، بل بمدى توافق أو اختلاف مضامين المواد عند مقابلتها، وأثر ذلك على الرصيد المعرفي والبيان الفكري.

تقدير إمكانية الاستفادة لحل معضلات مطروحة على مستوى الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي، انطلاق هذه الدراسات من إشكالات حقيقية، لا مجرد ترف فكري، خاصة على مستوى بحوث الدكتوراه

والحقيقة أن المسؤولية في تقدير إمكانية المقارنة وجدواها تقع بشكل أغلبي على المشرف الذي يقترح أو يقبل الإشراف على موضوع الدراسة المقارنة، إذ إليه يرجع تقدير إمكانية المقارنة وجدواها، فخبرته وإطلاعه على الموضوع في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، وتقديره للحاجة للبحث في الموضوع، هما صمام الأمان حتى لا يقع الباحث المبتدئ فيما يُسمى بالعنوان الفخ.

يُضاف إلى ذلك مسؤولية الهيئات العلمية على مستوى الأقسام والكليات والمعاهد والمؤسسات الجامعية، والتي تمتلك دوماً وسيلة اللجوء إلى الخبرة للتحقق من سلامة الدراسة، إضافة إلى مسؤولية الخبراء الذين تلجأ إليهم الندوات الجامعية الجهوية لإجراء الخبرة بخصوص عروض التكوين في الطور الثالث (الدكتوراه)، خاصة وأن النموذج الحالي يتضمن عناوين الأطروحات المقترح تسجيلها لطلبة الدكتوراه في إطار العرض المقدم.

ت- التزام الحياد والموضوعية في النقد والتقييم والحكم.

من المواصفات المهمة في الباحث الحياد والنزاهة والالتزام الموضوعية في النقد والتقييم والحكم، لأن اتخاذ مواقف أولية منحازة، والانقياد خلف الميولات يحجب الحقيقة عن الباحث، ويُفقد البحث العلمي قيمته، على اعتبار أنه يهدف أساساً إلى بيان الحقيقة العلمية، وقيادة الفكر والثقافة الإنسانية.

ويكون التزام الحياد بترك تقديس الآراء والأفكار والحلول التي يقدمها الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي، وترك الانحياز ابتداءً لرأي الفقهاء أو اختيار المشرع القانوني حتى يتم استعراض مضمون كل منهما، وتقدير الأنسب والأصلح.

يقول الفقيه الفرنسي مونتييسكيو: "إن المقارنة تفيد الجمع بين شيئين أو أكثر بطريقة متساوية، و عليه فإن القانون المقارن يفرض دراسة القوانين بنفس الطريقة وبدون حكم مسبق يسمو واحد منها على الآخر"¹⁸.

وهذا الكلام إن صح مع الفقه الإسلامي بما يتضمن من اجتهاد وآراء، فهو لا يصلح في المقارنة بين التشريع الإسلامي والقانون الوضعي حال الاختلاف، إذ أن نصوص الشريعة معصومة، خاصة إذا تعلق الأمر بأحكام ومعاني واردة في النصوص الصحيحة الصريحة. وعلى خلاف ذلك فإن الاجتهاد ممكن للباحث القانوني مع وجود النص القانوني أو مع غيابه، وعبرة "لا اجتهاد مع نص" التي يرددها كثير من دارسي القانون دون تبصر، إنما تخص المعنيين بتطبيقه من قضاة وغيرهم، أما الباحث القانوني فإنّ اجتهاده يشمل تقييم ما ورد في النصوص من أحكام ومعاني، وبيان مواضع الامتياز والقصور فيها، واقتراح تعديلها أو إلغائها إن كان ذلك ضرورياً.

ث- التزام مقارنة متوازنة من حيث التقسيم، أو من حيث الكم.

ذلك أن الباحث يُطلب منحه عرض النظم والأحكام في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي أولاً، ثم عرض أوجه الاتفاق والخلاف بينهما، للخلوص أخيراً إلى نتائج، وهو ما يتطلب عرضاً متوازناً للمادتين عند تقسيم الفصول إلى مباحث، والمباحث إلى مطالب بشكل متوازن¹⁹.

نتائج الدراسة:

1. ضرورة تحديد الباحث في الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي للمعنى المختار عنده للمصطلحات، خاصة مصطلح "الشريعة"، وتحديد طرفي المقارنة بدقة حتى يكون منهجياً في تناوله، دقيقاً في عباراته، منضبطاً في نتائجه.
2. الأنسب اختيار مصطلح الشريعة الإسلامية طرفاً للمقارنة بدلاً من الفقه الإسلامي، على اعتبار أنه يجمع التشريع الإسلامي والاجتهاد الفقهي المرتبط به في مقابل التشريع الوضعي والاجتهاد الفقهي المرتبط به، تحقيقاً شمولية المقارنة وإحاطتها، مع التمكن من بيان الأسباب العميقة للاختلافات القائمة بين النظامين.
3. ضرورة التحقق من إمكانية المقارنة وجدواها قبل البدء في الدراسة، مع التزام الموضوعية دون المساس بقداصة النصوص الشرعية، وعدم تقديس الآراء الفقهية، وكذا التزام الموضوعية في المقارنة والتوازن في التناول حتى تكون الدراسة مفيدة في إثراء الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وفقهه على السواء.
4. ضرورة الاجتهاد في مقابلة الأفكار والمعاني، مع مراعاة اختلاف الاصطلاح في الغالب، واختلاف مضامين الاصطلاحات بين الشريعة وفقهها من جهة، والقانون الوضعي وفقهه من جهة أخرى.

الهوامش:

1 - الدراسات المقارنة هي تلك الدراسات التي تقوم أساساً على بيان أوجه الاختلاف والاتفاق والتنوع بين المواد محل المقارنة (انظر: عقيل حسين عقيل، **قواعد المنهج وطرق البحث العلمي**، دار ابن كثير للطباعة، طبعة 10، دمشق 2010، ص 20)

2- تضافرت عبارات الباحثين في علم الشريعة الإسلامية على تعريفها بأنها جملة الأحكام التي سنّها الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم- في جوانب الاعتقاد والأخلاق والعمل. (انظر: بدران أبو العينين بدران. **تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود**، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ص 13؛ الزرقا مصطفى

أحمد، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، ط7، 1968، ص30-31؛ عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة ناشرون، ط1، 2005، بيروت، لبنان، ص39).

3

⁴ سورة النجم، الآية 3-4.

⁵ سورة الملك، الآية 14.

6- يُطلق الفقه على الأحكام الشرعية العملية المستنبطة من الأدلة التفصيلية، أو على العلم بها (عبد الكريم زيدان، المدخل... ص61-62).

7 عبد الفتاح ولد باباه. فنية المقارنة القانونية ودورها في تجويد الرسائل والأطروحات العلمية. جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، مداخلة بمناسبة الملتقى العلمي الأول حول "تجويد الرسائل والأطروحات العلمية وتفعيل دورها في التنمية الشاملة والمستدامة". ص1.

8- يتعلق الأمر خاصة بالأحكام التي يغلب عليها الرأي والاجتهاد، مما لا يدخل في مفهوم الشريعة الاصطلاحي.

9 هذا ما يفسر تأخر إدراج مادة القانون المقارن في مناهج تدريس القانون إلى مستويات متقدمة من الدراسة، وكذا تأخر إدراج مادة الفقه المقارن في مناهج تدريس الشريعة إلى مراحل متقدمة من التكوين أيضاً.

10 قد يختار الباحث أن يقارن مع الشريعة أكثر من قانون وضعي، وهذا لا يمس بمسألة كون مادة المقارنة من جانب القانون محددة بدقة.

11- لا زالت البحوث والدراسات في مجال تخصص الشريعة والقانون غير مستقرة على حال، هل تقارن القانون الوضعي بالشريعة الإسلامية أم بالفقه الإسلامي، وهو ما يعكس اضطرابها في عناوين البحوث في الماجستير والدكتوراه، وبعضها يختار التعبير عن طرف المقارنة بتعابير أخرى تتناسب مع طبيعة بحثه (مثاله: أطروحة دكتوراه للباحث الهاشمي تافرونت موسومة بـ "آليات الرقابة على السلطة السياسية في الفكر السياسي الإسلامي والقانون الوضعي -دراسة مقارنة-"، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة1). بينما التخصص المعتمد هو: الشريعة والقانون.

12- ما يتردد في عبارات بعض الباحثين من عدم إمكانية مقارنة القانون بالشريعة إنما يقصدون به عدم صحة التسوية والمماثلة بينهما، على اعتبار أن أحدهما إلهي والثاني بشري، وهذا لا يلغي إمكانية إجراء المقارنة بينهما ببيان أوجه الاتفاق والاختلاف. ومثاله ما صرح به عبد القادر عودة في مستهل كتابه التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي بقوله: "القانون الوضعي تنظيم بشري من صنع الناس لا ينبغي مقارنته بالتشريع السماوي الذي جاء من عند الله، للفرق بين الخالق والمخلوق" (دار الكتاب العربي، بيروت، ص19)، كما عنون إحدى فقراته بعبارة "لا مماثلة بين الشريعة والقانون" (ص17). وكان قبل هذا الموضع قد صرح بقوله: "وقد أردت من هذا أن يكون القارئ على علم بأحكام الشريعة في كل صغيرة وكبيرة ومدى اتفاقها أو اختلافها مع أحكام القوانين الوضعية" (ص4). وإن كان عنوان كتابه الذي يُعد من أوائل الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي كافياً للتدليل على التسليم بالمقارنة منهجاً.

¹³ عبد الفتاح ولد باباه. فنية المقارنة القانونية... ص19.

14- وهي غير وفيّة في الظاهر لاسم التخصص الذي تحمله، إلاّ أنها في الحقيقة تختار مصطلح الفقه على الشريعة، لأنّ غالب ما تعرضه في المقارنة مع القانون الوضعي هو اجتهاد فقهي في مواضيع تعرّ فيها النصوص الشرعيّة.

¹⁵ أقصد من هذا العنصر التركيز خاصة على مواضيع القصور قصد تلافيها في الدراسات المستقبلية، لأنّه من المعلوم عند المشتغلين بالدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي أنها قطعت أشواطاً كبيرة، وأنها كانت فرصة وحافزاً للاطلاع على التراث الفقهي الإسلامي وتحديثه من حيث الاصطلاح وطريقة العرض، مع تحقيق فائدة أطلاع كثيرين من الباحثين في القانون على التراث الفقهي الإسلامي والاستفادة منه وإدراك ثرائه وعمقه.

16 يُفضل أن تكون المقابلة في المقارنة على مستوى المطالب، حتى تكون المقارنة مجدية ودقيقة، دون النزول إلى الفروع، حتى لا يتيه الباحث في الجزئيات التي تبعد الباحث عن إشكاليات البحث وأهدافه، والمسألة فنية، تُقدر بحسب أهمية الفكرة المعروضة، وحج المادة العلمية المعروضة فيها بالمقارنة بالحجم الإجمالي للبحث.

17 توريث القانون الجزائري للمرأة المطلقة المتوفى مطلقها في عدتها أو العكس دون اعتبار لكون العدة رجعية أم لا يُعد مخالفة للشريعة الإسلامية التي لا تقرّ التوارث بينهما إلا في حال الطلاق الرجعي. (تنص المادة 132 من قانون الأسرة على أنّه "إذا تُوفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث"). إذ أن هذه المخالفة تعتبر استثناء لا يستدعي دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، لأنّه بشكل أغلبي ساحق مأخوذ من الشريعة الإسلامية.

¹⁸ Montesquieu, De l'esprit des lois, Tome 2, Ed. chez Chatelain, 1749, p. 37

¹⁹ عبد الفتاح ولد باباه. فنية المقارنة القانونية ودورها في تجويد الرسائل والأطروحات العلمية. جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، مداخلته بمناسبة الملتقى العلمي الأول حول "تجويد الرسائل والأطروحات العلمية وتنفيذ دورها في التنمية الشاملة والمستدامة". ص9.