

الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

- وصف وتقويم

Comparative studies between Islamic jurisprudence and law-Description and correction-

الدكتور يونس لخضر بن ناصر

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - الجزائر

البريد الإلكتروني: younesbennaceur82@gmail.com

الملخص:

تعتبر الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من أهم الوسائل لتقريب الفقه وتسهيل الاستفادة منه خصوصا للمتخصصين في القانون. غير أن الناظر في واقع هذه الدراسات يجد أن غالبيتها لم يتمخض في الواقع عن طروح جديدة؛ مما جعل كثيرا من الباحثين يشككون في جدواها وفائدتها. وفي هذه الورقات محاولة للوقوف على أبرز الإشكالات والصعوبات التي تعترضها، وبعض المواقف والمنطلقات الواضحة التي يجب على الباحث مراعاتها في دراسته، قصد الرفع من مستواها وتحسينها، وتجاوز العوائق التي تواجهها، وجعلها أكثر فاعلية من الناحيتين النظرية والعملية.

الكلمات المفتاحية: المقارنة- القانون - الدراسات- الفقه الاسلامي

Abstract

Comparative studies between Islamic jurisprudence and law are considered one of the most important means of approximating the terms of jurisprudence to specialists in law. but most of these studies did not actually give new results, which made many researchers doubt its usefulness .

In this article, an attempt is made to identify the most important problems and difficulties encountered in comparative studies, and to clarify some of the controls that the researcher must observe in his study, with the aim of raising and improving their level and making them more effective from both theoretical and practical terms .

Keywords: Comparison - Law - Studies - Jurisprudence

مقدمة:

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وآله وصحبه ومن والاه (أما بعد):
فإن الرسائل الأكاديمية لا تخلو في كثير من الجامعات من دراسات مقارنة بين الأحكام والنظم المقررة في الفقه الإسلامي وبين القانون الوضعي حتى غدت واقعا حتميا.

وبالنظر المتفحص نجد أن غالب هذه الدراسات المقارنة لم تتمخض في الواقع عن طروح جديدة سواء في الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي؛ مما جعل كثيرا من الباحثين يشككون في جدواها وفائدتها.

ولذا كان من الواجب الوقوف عندها بالدراسة والتحليل والنقد من أجل رصد مسارها العلمي، وتشخيص المشكلات والعوائق التي تواجهها وتقف حائلا دون الارتقاء بها نحو الآفاق المرجوة منها.

وبناء على ما سبق فإن مداخلتي هذه سوف تعالج الإشكالية التالية:
كيف نرتقي بالدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من مجرد المحاولة لإبراز محاسن الفقه الإسلامي أو حتى إثبات تفوقه على القوانين الوضعية، إلى العمل على تفعيله في جميع مجالات الحياة؟
وعليه فإن هذه الدراسة تهدف إلى:

● بيان واقع الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون

● تجلية الإشكالات التي تتعلق بالدراسات المقارنة بين الفقه والقانون

● بيان ضوابط الاستفادة من الدراسات المقارنة بين الفقه والقانون.

وللإجابة عن هذا التساؤل اتبعت المنهج الوصفي الذي يقوم على بيان واقع الدراسات المقارنة بين الفقه والقانون، من حيث بيان بعض الفوائد والمزايا التي تحققها، وكذا الإشكالات والعوائق التي يواجهها الباحث في هذا المجال، ثم عرض جملة من الضوابط التي تساهم في تحسين مستواها وجعلها ذات فاعلية نظريا وعمليا.

ومن أجل الإلمام بالموضوع فإنني سأحاول دراسته من خلال الجوانب التالية:

★ بيان الحاجة إلى الدراسات المقارنة بين الفقه والقانون.

★ إشكالات في الدراسات المقارنة بين الفقه والقانون.

★ ضوابط تفعيل الدراسات المقارنة بين الفقه والقانون.

★ بيان الحاجة إلى الدراسات المقارنة بين الفقه والقانون:

إن الناظر في واقع الدول الإسلامية، التي جلبت القوانين الغربية -نتيجة ظروف تاريخية وسياسية- لتطبق على المجتمعات الإسلامية بحذافيرها دون إعادة النظر فيها وتعديلها بما يتوافق مع طبيعة المجتمع المسلم، يلحظ الحاجة الشديدة إلى الدراسات المقارنة بين الفقه والقانون، والتي يمكن أن تحقق الفوائد التالية:

● بيان أوجه امتياز الفقه الإسلامي وأحقية الأحكام المقررة فيه بالتطبيق والاتباع على الأحكام المخالفة المقررة في القوانين الوضعية. الاستفادة من الفقه الإسلامي

في إثراء الفكر والنص القانوني الوضعي، والاستفادة من الفكر والنص القانوني في تحديث عبارات الفقه الإسلامي وتقريبه من واقع الاصطلاح القانوني¹.

● تقريب الفقه الإسلامي للذين اقتصرت دراستهم على القوانين ويجهلون ما يتعلق بمسائله وأحكامه، وتسهيل رجوعهم إلى مصادره بالإحالة عليها ليتمكنوا من الوصول إليها²؛ فالقضاة في بلدنا مثلا مطالبون بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية في أحكامهم باعتبارها المصدر الثاني للقانون بعد التشريع³.

● إن الفقه الإسلامي يستمد قوته من الإلزام الشرعي المتمثل في مسؤولية المسلم أمام ربه، إلا أن هذا المقدار من الإلزام لا يكفي لتحقيق الالتزام بنصوصه، والتقيّد بأحكامه وضبط المجتمع وتدير علاقته، وإذا كان هناك ثمة ما يلزم أفراد المجتمع بذلك؛ فإن القانون هو المخول بهذه المهمة، لأنه جهة إلزام اجتماعية، ((وينزع الله بالسلطان ما لا يزعه بالقرآن))⁴؛ فالفقه إذا لم يتلبس بلباس القانون، لا يمكنه أن يساهم مساهمة فعالة في تنظيم شؤون المجتمع وتعزيز علاقات أفراد⁵، وتعد الدراسات المقارنة أحد المفاتيح الضرورية لولوج هذا التحدي.

¹ - الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في مؤسسات التعليم العالي، مراد كاملي، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد 4، نوفمبر 2017، (ص 11).

² - نحو نظرية للمقارنة بين الشريعة والقانون، رحيمة بن حمو، مجلة المعيار، المجلد 23، العدد 46، 2019، (ص 648).

³ - جاء في المادة الثانية من القانون المدني الجزائري: "... إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية..."

⁴ - روي موقوفا عن عمرو وعثمان رضي الله عنهما. انظر: التمهيد، ابن عبد البر، (1/118).

⁵ - مقال: العلاقة بين الفقه والقانون بين رؤيتين: سعة وضيقا، أحمد المبلغي، كتاب الفقه والقانون، مركز الدراسات الإسلامية في مجلس الشورى الإسلامي، (ص: 166). ثنائية الفقه والقانون في

* إشكالات في الدراسات المقارنة بين الفقه والقانون.

يواجه المتصدي للدراسات المقارنة بين الفقه والقانون جملة من الإشكالات، نظرا لما تتطلبه من الإدراك العميق المسبق لحقيقة المواد محل المقارنة والتحقق من إمكانية المقارنة وجدواها، فضلا عن اختلاف طبيعة المادة محل المقارنة وكذا غياب النموذج الإسلامي في الواقع المعاش، وفيما يلي توضيح لذلك:

1- الإشكالات المتعلقة بعملية المقارنة: ويتجلى ذلك من خلال غياب التأطير النظري الذي يؤسس لهذا النوع من الدراسات كعلم مستقل أو منهج للدراسة؛ إلا ما نلاحظه هنا وهناك من إشارات أو دراسات متفرقة لا يجمعها جامع؛ من حيث الهدف من المقارنة ولا من حيث المنهج المتبع في الدراسة، ولا من حيث الموضوع الذي تشمله هذه الدراسات.⁶

ولذلك يجد كثير من الباحثين صعوبة متعلقة بالتصور المبدئي لعملية المقارنة والجدوى منها، وكيف يمكن استثمار نتائجها لفائدة المجتمعات الإنسانية، وفاقد التصور ليس له القدرة على ضبط المسارات ومعرفة المسالك.⁷

2- الإشكالات المتعلقة بطبيعة المادة محل المقارنة: وهما الفقه والقانون؛ ذلكم أنهما مختلفان، وإن التقيا في بعض المسائل الجزئية؛ فالمقارنة تقتضي أن توضع النصوص الشرعية وفقهاها على جانب، وتوضع النصوص القانونية وفقهاها على جانب آخر للتمكن من المقارنة.

الدراسات المقارنة، دراق محمد، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 3، العدد 3، سبتمبر 2020، (ص 81).

⁶ - نحو نظرية للمقارنة بين الشريعة والقانون، رحيمة بن حمو، مصدر سابق، (ص 652).

⁷ - ثنائية الفقه والقانون في الدراسات المقارنة، دراق محمد، مصدر سابق، (ص 95).

ومن هنا فإن الإشكالية التي تطرح هي: هل يمكن وضع الفقه الإسلامي في مقابلة النص القانون للمقارنة؟ ذلك أنه لا يمكن فصل الفقه عن مصدره ((الكتاب والسنة)) لارتباطه الشديد بهما، فهو يستمد قداسته منهما، خاصة في مواجهة اجتهاد بشري معزول عن الوحي⁸.

كما نجد أيضا أن كثيرا من الباحثين الدارسين للقانون يحاولون إخضاع الأحكام محل المقارنة لمقتضيات المنطق القانوني؛ نظرا لما ترسخ لديهم من قناعات وأفكار، صارت مسلمة لديهم، تعود في أصلها إلى الفكر الغربي ورؤيته المادية للحياة، وهذه الرؤية لها أثرها البالغ في تحديد المفاهيم وتفسير النصوص القانونية ذاتها.

ومن الأمثلة الواضحة على استحضار المفاهيم الغربية أو الاستعانة بها لمعالجة مسائل تتعلق بالأحكام الشرعية: تجد الباحث مثلا؛ وهو بصدد دراسة الحقوق السياسية للمرأة في ضوء الفقه الإسلامي، يعرّف الحقوق السياسية بأنها: "ما تمنحه الدولة للأفراد من حقوق ذات صلة شخصية بهم ضمن المصلحة العامة"، وهذا مناقض لما ثبت في الشريعة الإسلامية من أن الحقوق يمنحها الله عز وجل، وبالتالي ينسب إلى الشريعة ما ليس منها⁹.

3- الإشكالات المتعلقة بالباحث: من حيث المؤهلات المطلوبة فيه من الدقة والموضوعية والمعرفة الواسعة بالمصادر في الحقلين المعرفيين معا، وسعة الاطلاع على المدارس المختلفة والفلسفات المتنوعة، بالإضافة إلى الإلمام ببعض اللغات

⁸ - الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مراد كاملي، مصدر سابق، (ص15).

⁹ - نحو نظرية للمقارنة بين الشريعة والقانون، رحيمة بن حمو، مصدر سابق، (ص653، 654).

الأجنبية؛ فقد يكون أحد طرفي المقارنة قوانين مستقاة من مصادر أجنبية، يحتاج معها الباحث إلى الرجوع إليها لتوثيق المعلومة¹⁰.

ولذا يُنصح الباحثون المبتدئون باجتنب الدراسات المقارنة عادة؛ مراعاة لمستواهم وقدراتهم.

4- الإشكالات المتعلقة بالمصطلح: إن جوهر المقارنة في الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي قائم على المقابلة بين المعاني والأحكام في كل منهما، وهذه المصطلحات لا إشكال فيها إذا كانت قد حملت المعاني الصحيحة دون محذور شرعي.

أما إذا كان هناك تباين في الاصطلاح بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي؛ فهنا موضع الالتباس والغلط؛ ذلك أن استيراد القوانين من مصادر مختلفة وتطبيقها في مختلف الأقطار الإسلامية، قد أوجب اختلافا كبيرا في المصطلحات المستعملة، ولذا نجد بعض الباحثين يغفل عن ذلك ويوظف بعض المصطلحات ويستعملها في غير مدلولاتها، فيقعفي الاضطراب والخلط في المفاهيم وبناء الأحكام عليها¹¹. كما أن استعمال مصطلحات الفقه في مجال القانون والعكس انخداعا بالتشابه اللفظي دون التنبيه إلى الخلاف رغم ذلك في المضمون، كان من أقوى الأسباب التي ساعدت على الخلط والخطأ¹².

5- الإشكالات التاريخية: من المعلوم أن الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة واتجاهاته المتنوعة قد نشأ على مدار قرون متطاولة، وفي أماكن مختلفة، على خلاف القانون الوضعي المصاغ حديثا، والمتغير بشكل مضطرد، فهل من

¹⁰ - ثنائية الفقه والقانون في الدراسات المقارنة، دراق محمد، مصدر سابق، (ص 95، 96).

¹¹ - إشكالية المصطلح الفقهي في الدراسات المقارنة، يمينه شودار، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية واقتصادية، المجلد 8، العدد 5، 2019، (ص 240، 241).

¹² - الحكم الشرعي والقاعدة القانونية، محمد زكي، دار القلم الكويت، د. ط، (ص 7).

الموضوعية المقارنة بين فقه صيغ على مدى مئات السنين مع قانون يصاغ ويعدل كل يوم مجارة لتغير الواقع وتبدله؟¹³

كما أن غياب النموذج التشريعي الإسلامي في واقع البلدان الإسلامية الذي يصلح اليوم كأرضية اليوم للمقارنة بالقوانين الوضعية المعاصرة، طرح إشكالا جديدا يتعلق بالنموذج محل المقارنة¹⁴.

★ سبل تفعيل الدراسات المقارنة بين الفقه والقانون.

مما سبق بيانه من الإشكالات التي تعترض الدراسات المقارنة، فإنه على الباحث التزام جملة من المواقف والمنطلقات الواضحة في دراسته، قصد الرفع من مستوى هذه الدراسات وتحسينها، وتجاوز العوائق التي تواجهها، وجعلها أكثر فاعلية من الناحيتين النظرية والعملية:

- 1- التحقق من إمكانية المقارنة وجدواها؛ أي أن الموضوعات المختارة للدراسة يجب أن تكون قابلة للمقارنة بطبيعتها، بحيث يكون وجودها مشتركا في الفقه والقانون معا؛ فلا يصح مثلا بحث موضوع التبني بين الفقه الإسلامي والقانون الفرنسي، إذ أن الفقه الإسلامي لا يقر التبني أساسا.
- كما يقتضي ذلك أيضا وجود مجال للتوافق والاختلاف؛ ولذا فإن الأنظمة المستمدة من الشريعة الإسلامية، لا يمكن أن تكون فيها المقارنة مجدية، كمن يجري مقارنة بين نظام الميراث في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، إلا إذا كان الغرض من المقارنة مثلا هو معرفة مدى خضوع هذا القانون للأحكام الكلية والمبادئ العامة للشريعة الإسلامية، والنظر في مدى قدرته على تفعيل أحكامها

¹³ - الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مراد كاملي، مصدر سابق، (ص16).

¹⁴ - واقع تخصص الشريعة والقانون في الجامعة الجزائرية، محمد بلعياض، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد7، العدد2، جوان2020، (ص1055، 1056).

على الأرض، وتفعيل مقاصدها العامة والخاصة في الخلق، بغرض تصويبه وإصلاحه¹⁵.

2- التزام الحياد والموضوعية في النقد والتقييم والحكم، بتحري البحث المتعمق الدقيق، والنأي عن المبالغات والأحكام المسبقة الناتجة عن الجهل بحقائق الأمور، سواء من ناحية رجال القانون، الذين يتحمسون له ويرون فيه الحق المطلق، وأنه مظهر للتقدم والمعاصرة، من غير تدقيق في المسائل. وكذلك الأمر بالنسبة للمشتغلين بالفقه الذين يرفضون كل ما يأتي من جهة القانون، رغم أنه قد يكون فيه فوائد علمية وعملية¹⁶، وقد قيل إن: ((الحكمة ضالة المؤمن، أينما وجدها فهو أحق الناس بها))¹⁷.

3- تجنب التكلف في إيجاد أوجه شبه بين القواعد القانونية وأحكام الشريعة الإسلامية؛ سواء بهدف إثبات سبق الشريعة إلى هذه الأحكام، أم بغرض إضفاء الشرعية على القوانين الوضعية في بلادنا، ذلك أن وجود التشابه بين الشرائع والقوانين التي تحكم موضوعا واحدا أمر طبيعي، إلا أنه لا بد من التسليم بأن لكل شرع أو قانون منطلقاته العقدية والفلسفية التي تتطلب نوعا معينا من السلوك في ظرف من الظروف¹⁸.

¹⁵ - الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مراد كاملي، مصدر سابق، (ص22).

23). نحو نظرية للمقارنة بين الشريعة والقانون، رحيمة بن حمو، مصدر سابق، (ص655).

¹⁶ - الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مراد كاملي، مصدر سابق، (ص24).

نحو نظرية للمقارنة بين الشريعة والقانون، رحيمة بن حمو، مصدر سابق، (ص651).

¹⁷ - أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الزهد، باب الحكمة، رقم: 4169. والترمذي في سننه، كتاب

العلم، باب فضل الفقه على العبادة، رقم: 3687، وقال: هذا حديث غريب. وضعفه الألباني.

¹⁸ - نحو نظرية للمقارنة بين الشريعة والقانون، رحيمة بن حمو، مصدر سابق، (ص652).

4- ضرورة ضبط مصطلحات ومفردات الدراسة من الناحيتين: الفقهية والقانونية، وهو أمر في غاية الأهمية؛ لأن المصطلحات هي الوعاء التي تطرح من خلاله المعاني والمضامين، فإذا ما اختل ضبطه وقع اللبس والخلط في المفاهيم والأحكام المبنية عليها.¹⁹

5- لا ينبغي الاقتصار على المقارنات الجزئية، بل لا بد من النظر في الأصول النظرية والفلسفية للأحكام والقواعد والأهداف التي تنظم المسألة الواحدة في الفقه أو القانون.²⁰

6- العمل على تأطير الباحثين من طرف الأساتذة المقتدرين الذين لهم مؤهلات فقهية وقانونية تمكنهم من كشف خبايا هذه الدراسات.

★ الخاتمة:

تكتسي المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون أهمية بالغة اليوم، إذ تعدت العناية بها مرحلة السعي لإبراز محاسن الشريعة أو حتى إثبات تفوقها على القوانين الوضعية، إلى العمل على تفعيلها والإفادة من مقترحاتها لتكون حصنا للخصوصية الثقافية في مواجهة موجات العولمة العارمة.

كما تعد الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون فضاء مشتركا بين المتخصصين في الشريعة وبين رجال القانون من أجل تبادل الحوار والنقاش والتعاون لربط القوانين الوطنية بالشريعة الإسلامية.

¹⁹ - إشكالية المصطلح الفقهي في الدراسات المقارنة، يمينة شودار، مصدر سابق، (ص242).

²⁰ - نحو نظرية للمقارنة بين الشريعة والقانون، رحيمة بن حمو، مصدر سابق، (ص652). منهج البحث في الدراسات المقارنة بين أصول الفقه الإسلامي وأصول القانون الوضعي، صالح بوبشيش، مجلة الإحياء، العدد4، 1422هـ، (ص178، 179).

ضرورة التأطير والتنظير والتنقيح لهذه الدراسات من أجل إيجاد الحلول التي تساعد على تجاوز الإشكالات والنقائص التي تعترى هذا المسار العلمي الهام... ولتكن هذه السطور بمثابة لبنة أولى في بناء إطار علمي متكامل.

والحمد لله رب العالمين

* قائمة المراجع:

1. إشكالية المصطلح الفقهي في الدراسات المقارنة، يمينة شودار، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 8، العدد 5، 2019.
2. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ابن عبد البر، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي ومحمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1387هـ.
3. ثنائية الفقه والقانون في الدراسات المقارنة، دراق محمد، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 3، العدد 3، سبتمبر 2020.
4. الحكم الشرعي والقاعدة القانونية، محمد زكي، دار القلم الكويت، د. ط.
5. الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في مؤسسات التعليم العالي، مراد كاملي، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد 4، نوفمبر 2017.
6. سنن الترمذي، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1998م.
7. سنن ابن ماجه، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، دار الرسالة العالمية، ط 1، 1430هـ، 2009م.
8. العلاقة بين الفقه والقانون بين رؤيتين: سعة وضيقا، أحمد المبلغي، كتاب الفقه والقانون، مركز الدراسات الإسلامية في مجلس الشورى الإسلامي.
9. منهج البحث في الدراسات المقارنة بين أصول الفقه الإسلامي وأصول القانون الوضعي، صالح بوبشيش، مجلة الإحياء، العدد 4، 1422هـ.

10. نحو نظرية للمقارنة بين الشريعة والقانون، رحيمة بن حمو، مجلة المعيار، المجلد 23، العدد 46، 2019.
- واقع تخصص الشريعة والقانون في الجامعة الجزائرية، محمد بلعلياء، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 7، العدد 2، جوان 2020.