المحاضرة08: الصعوبات التي تواجه الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون

الهدف :الوقوف على أهم الصعوبات المنهجية التي تواجه الباحث أثناء إجراء البحث المقارن بين الشريعة والقانون .

تُعتبر الدراسات المقارنة من أكثر الدراسات صعوبة وتعقيدا، 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 حتما إدراكا عميقا بحقيقة المواد محل المقارنة، وسائر الظروف والمقدمات فيها التي مهدت لوجودها وظهورها،والأشكال التي تجسدت فيها، ناهيك عن أنّ القيام بالدراسة المقارنة يقتضي إدراكا عميقا مسبقا من الباحث بإمكانية إجراء المقارنة وجدواها، ويحتم عليه في بحوث الماستر والدكتوراه تخصص الشريعة والقانون أو في بعض التخصصات القانونية، التزام المقارنة في سائر مباحث مذكرته أو أطروحته،ولهذا فإن الباحثين المبتدئين يجتنبونها عادة.

وترتبط بالدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي جملة من الصعوبات المنهجية التي تتطلب من الباحث اتخاذ مواقف دقيقة ومؤسسة، حتى يكون بحثه مجديا، 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، فإن طرف المقارنة الثاني لا يجد تحديدا واضحا، هل هو الشريعة أم الفقه؟ إذا كان هو الشريعة، فهل هو الشريعة بمعناها الدقيق؟ أي الأحكام المقررة بمقتضى النصوص الشرعية.

وفي مثل هذه الحال فإن المقارنة بالنسبة للمؤمن لن تزيد على بيان أوجه الاتفاق والاختلاف وأسباب ذلك، مع استهداف بيان أوجه امتياز الشريعة وكمالها، دون أدنى جرأة 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 السّماوي المعصوم بالأرضّي القاصر؟ وهل يمكن أن يكون الباحث المسلم إلا متحيز للوحي، مؤمنا بأرجحيته، ولو لم يدرك ذلك بفكره القاصر؟ وحتّى لو تجاوزنا

هذه المعضلة فإنه ُيطرح إشكال عميق حول إمكانية مقارنة النّص الشرعي بالنّص القانوني الوضعي لطبيعة كّل منهما، ويطرح تساؤلا عميقا مفاده: هل يمكن وضع النص الشرعي منهجيا في مواجهة النص القانوني للمقارنة؟

وسبب طرحه أمور موضوعية أ همها :

الأمر الأول: النص الشرعي نص هداية قبل أن يكون نصا 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". 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 مقتصر 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 مصدريه؟ 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 أّن كل 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 سكتت عنه إعمالا للقياس على ما قضى به النص، أو وقوفا عند حدود ما صرح به النص عندما لا يجوز القياس، وبالتالي فإن المقارنة تقتضي أن توضع النصوص الشرعية وفقهها على جانب، وتوضع النصوص القانونية وفقهها 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 الوضعي. إلاّ 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، لايمكن 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 يحّير 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 يبّدلون 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 ُيطرح إشكال مفاده: هل يمكن موضوعيا المقارنة بين فقه صيغ على مدى مئات السنين مع قانون ُيصاغ ويعدل كل يوم مجاراة 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.

وبغض 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 مُغيّب نظريا لغيابه عمليا.

ولعلّه من المهم جدا بعد استعراض هذه الصعوبات المنهجية المطروحة على الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الإشارة إلى أن ذلك أمر طبيعي يطرح على سائر المقارنات بين النظم القانونية المتباينة، وأن هذه الصعوبات لا تُلغي المقارنة، بل تلزم الباحث باتخاذ جملة من المواقف والمنطلقات الواضحة في دراسته.وأجدني أميل إلى اختيار مصطلح الفقه الإسلامى طرفا للمقارنة بدلا من الشريعة الإسلامية، على اعتبار أن النصوص الشرعية والقانونية كلاهما ارتبط به اجتهاد فقهي، يرمي أساسا إلى تفسير النصوص وبيان معانيها، وبيان حكم ما سكتت عنه إعمالا للقياس على ما قضى به النص، أو وقوفا عند حدود ما صرح به النص عندما لا يجوز القياس ،مع مراعاة خصوصية الفقهين من حيث المصدر،وتطبيق مبدأ النزاهة والموضوعية في استعراض المضامين.

ج- صعوبة مقابلة المعاني والأفكار:

إن أهمّية الدراسة المقارنة تقوم أساسا على القدرة على المقابلة **بين الأفكار والمعاني** في كّل من الّشريعة الإسلامّية وفقهها من جهة والقانون الوضعي وفقهه من جهة أخرى، وذلك أ ن جوهر الّدراسة المقارنة هو في البحث عن ما يقابل المعنى القائم والموجود في الشريعة الإسلامية وفقهها في القانون الوضعي وفقهه، والعكس صحيح. وهو ما يقتضي تجاوز **الاصطلاح أحيانا،** لأن نفس المعنى قد يكون في كلا الّنظامين مع اختلاف الاصطلاح، وقد يتّحد الاصطلاح مع اختلاف المعنى ولو جزئّيا.

وهذه مسألة دقيقة يخفق في فهمها ومراعاتها كثير من الباحثين المبتدئين، إذن أن وجود المصطلح ذاته في طرفي المقارنة يجعل الباحث يظن أّنه عثر على ضالّته، ويبدأ في بيان ما بينهما من شبه واختلاف ، ليصل إلى نتيجة مفادها أن المعنى أوسع أو أضيق في أحدهما، وأن الشريعة الإسلامية لم تعرف هذه الفكرة أو لا تقّر هذا الّنظام، وكذا الحال بالّنسبة للقانون الوضعي، بينما هو موجود قائم بذاته بمسّمى آخر.