

## المبحث الثالث: الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون (الواقع والصعوبات)

لقد أضحت الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون واقعا حيا في الوسط العلمي الأكاديمي ،رغم صعوبتها ، خاصة بعد اعتمادها من الجهات الرسمية ، وفتح تخصصات جامعية تهتم بها.وللتعرف على واقع الدراسات المقارنة ،والصعوبات التي تواجه الدارسين فيه ،سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

### المطلب الأول: واقع الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

يمكن إجماله في نقاط أهمها:

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

الملاحظ أن هذه الدراسات المقارنة وجدت على مدى عقود من الزمن في كليات الحقوق وكليات الشريعة على السواء، وقد كانت كليات الحقوق سباقة 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 أضحى بعد ذلك تخصصا قائما بذاته، يكون فيه الباحث في تخصص الشريعة والقانون ملزما بالدراسات المقارنة.

#### ب- بعضها تعرض للفقه الإسلامي على اعتبار أنه 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 سلّم 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 مسايرة لتطور الحياة وتغيرها، ولعل 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 يمت 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 للفقهاء 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 الشريعة 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 الإسلامية 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 ) 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 مثلا) فإنه يمكن عرض عنصر أركان جريمة السرقة في الشريعة أولا، 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 العرض.

إن البحث المقارن يكشف للباحث صعوبة تفوق صعوبة فهم المادة العلمية والإمام بها في كل نظام على حدة -لأن ذلك معدود 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 جدا ومفصلة جدا، وكتبتيها المؤلفات الكثيرة، بينما تكون في الطرف مجرد فكرة بسيطة، لم تتحور بعد لتكون نظاما، ولم تلق من التأليف والبيان شيئا يذكر

وإذا كانت المقارنة الشمولية ممقوتة بسبب ما ذكرنا، وهي الملاحظة التي كثيرا ما نثيرها في مناقشات الماستر والماجستير والدكتوراه، فإن المقارنة التجزئية أيضا منسوح باجتتابها

وتلافيها، لأنها تجعل الباحث يذهل عن الإطار العام للموضوع، ويغفل عن الأهداف التي سطرها للبحث، ذلك أن 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 تضي 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 أن الاجتهاد الفقهي عملية عقلية أنجبت ظاهرة صحية تتمثل في اختلاف الفقهاء والمجتهدين من لدن كبار الصحابة رضي الله عنهم إلى يومنا هذا لأسباب كثيرة، إلا أنهم بعضهم بمجرد غوصهم في البحث الفقهي يتناسون ذلك، فيكتفون بعرض الرأي الاجتهادي على اعتبار أنه حكم الشرع في مقابل حكم القانون، بل تجد بعضهم يعرض عن ذكر الآراء الفقهية المختلفة في المسألة الواحدة، ويكتفي برأي واحد يمثّل في رأيه حكم الشرع، فيضيق واسعا، ويضر من حيث أراد أن ينفع، خاصة إذا لم يعثر في المسألة على مقولات تغيّته فيما يريد أن يؤصل له من أنه حكم الشرع. ولعل 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 تورط في تسجيل موضوعه- حين يتحقّق

من عدم وجود الفكرة أو العنصر في الشريعة الإسلامية في مقابل الموجود في القانون الوضعي إلى لي أعناق النصوص وأقوال الفقهاء وتحميلها من المعاني ما لا تحتمله، حتى يسعف نفسه في كتابة صفحات مقابل ما كتبه في القانون.

### المطلب الثاني: الصعوبات التي تواجه الدراسات المقارنة 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 ومؤسسية، 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 السماوي المعصوم بالأرضي القاصر؟ وهل يمكن أن يكون الباحث المسلم إلا متحيز للوحي، مؤمنا بأرجحيته، ولو لم يدرك ذلك بفكره القاصر؟ وحتى لو تجاوزنا هذه المعضلة فإنه يطرح إشكال عميق حول إمكانية مقارنة النص الشرعي بالنص القانوني الوضعي لطبيعة كل منهما، ويطرح تساؤلا عميقا مفاده: هل يمكن وضع النص الشرعي منهجيا في مواجهة النص القانوني للمقارنة؟ وسبب طرحه أمور موضوعية أهمها :

**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 تتبع 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 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 أن 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 سكنت 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 وفقها على جانب، وتوضع النصوص القانونية وفقها 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. 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 يبذلون آراءهم الفقهية إذا ارتحلوا من بلد لآخر مراعاة لما بين البلدان من فروق في الطبائع والأحوال، كما كان الفقهاء يبذلون 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 مجازاة 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 مُغَيَّب 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 الإسلامي 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 وقفا عند حدود ما صرح به النص عندما لا يجوز القياس، مع مراعاة خصوصية الفقهاء من حيث المصدر، وتطبيق مبدأ النزاهة والموضوعية في استعراض المضامين.

ج- صعوبة مقابلة المعاني والأفكار:

إن أهمية الدراسة المقارنة تقوم أساساً على القدرة على المقابلة بين الأفكار والمعاني في كل من الشريعة الإسلامية وفقهها من جهة والقانون الوضعي وفقهه من جهة أخرى، وذلك أن جوهر الدراسة 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 أحياناً، لأن نفس المعنى قد يكون في كلا النظامين مع اختلاف الاصطلاح، وقد يتحد الاصطلاح مع اختلاف المعنى ولو جزئياً.

وهذه مسألة دقيقة يخفق في فهمها ومراعاتها كثير من الباحثين المبتدئين، إذن أن وجود المصطلح ذاته في طرفي المقارنة يجعل الباحث يظن أنه عثر على ضالته، 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 تقر هذا النظام، وكذا الحال بالنسبة للقانون الوضعي، بينما هو موجود قائم بذاته بمسمى آخر.