وزارة التعليم العالي والبحث العلمي –الجزائر –

جامعة محمد بوضياف –المسيلة

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم العلوم الإسلامية

محاضرات مناهج البحث في الشريعة والقانون

لطلبة السنة الأولى ماستر شريعة وقانون
السداسي الأول

السنة الجامعية: 2023م-2024م

مقياس " مناهج البحث في الشريعة والقانون " للسنة أولى ماستر تخصص "شريعة وقانون

المحاور الأساسية للمقياس

فصل تمهيدي: **مدخل لمنهجية البحث المقارن.**

الفصل الأول : **منهجية المقارنة بين الشريعة والقانون**

الفصل الثاني: **منهجية الدراسات الفقهية المقارنة.**

الفصل الثالث: **منهجية الدراسات الأصولية المقارنة.**

الفصل الرابع: **منهجية الدراسات القانونية المقارنة..**

الفصل الخامس: **منهجية تحليل النصوص الفقهية والقانونية والنقد القانوني.**

الفصل التمهيدي : مدخل لمنهجية البحث المقارن

تقتضي منهجية البحث المقارن الوقوف على مدلولها ، ومعرفة تاريخ نشأتها وتطورها ،وتفصيل ذلك:

المبحث الأول: التعريف بمنهج البحث المقارن

المطلب الأول: تعريف المنهج:

للوقوف على تعريف المنهجية لابد من تعريف المنهج أولا، ثم المنهجية، ثم الفرق بينهما.

أولا:المنهج لغة :أما المعنى اللغوي للمنهج فأصله من الفعل نهج، ويقال: نهج فلان الأمر نهجا؛ أي أبانه وأوضحه، ونهج الطريق: سلكه، ونهج الطريق: وضح واستبان، وصار منهجا واضحا بيّنا، والمنهج بفتح الميم وكسرها هو النّهج والمنهاج؛ أي الطريق الواضح المستقيم، ومن معانيه أيضا الخطة المرسومة.

ثانيا: المنهج اصطلاحا :عُرف تعريفات متعددة أشهرها:

1–المنهج هو:" فن التنظيم الصحيح لسلسلة من الأفكار العديدة إما من أجل الكشف عن الحقيقة حين نكون بها جاهلين، وإما من أجل البرهنة عليها للآخرين حين نكون بها عارفين".

2–المنهج هو:" الطريق المؤدي إلى الكشف عن الحقيقة في العلوم بواسطة طائفة من القواعد العامة التي تهيمن على سير العقل، وتحّدد عملياته حتى يصل إلى نتيجة معلومة".

3–المنهج هو": الطريق الذي يسلكه الباحث في تقصيه للحقائق العلمية في أي فرع من فروع المعرفة"

المطلب الثاني: تعريف المنهجية والفرق بينها وبين المنهج:

أولا: المنهجية لغة :التعريف اللغوي للمنهج يصدق على المنهجية، إذ هي مصدر صناعي للمنهج، فيكون المستفاد بها كالمستفاد بالمصدر

ثانيا: المنهجية اصطلاحا :هناك من يجعل المنهجية مرادفة للمنهج حتى من الناحية الاصطلاحية في استعمالاته، وهناك من يفّرق بينهما وهو الأصل، غير أننا نسجل اختلافا بين العلماء في التفرقة بينهما اصطلاحا.

1–هناك من عّرف المنهجية في الاصطلاح على أساس أنّا لفظة مترجمة من اللغات الأخرى اللاتينية، حيث يقابل لفظ المنهجية لفظ "méthodologie،" وهو مركب من كلمتينMethod" :"و "logie،"وعليه فإن المنهجية في اللغة الأجنبية هي مصطلح يطلق على علم الطرق أو المناهج، وبهذه الدلالة يتحدد معنى المنهج بالوسائل والطرائق التي تستخدم للوصول إلى الحقيقة ويسلكها العقل البشري لكشف غوامض الوجود وفك أسراره والاقتراب من حقائقه، في حين أن معنى المنهجية يتحدد بالعلم الذي يدرس كيفية بناء المناهج واختبارها وتشغيلها وتعديلها ونقضها وإعادة بنائها، فالمنهجية هي الواصلة بين النموذج المعرفي والمناهج.

2–هناك من جعل المنهجية اصطلاحا هي: " مجموعة من المعايير والتقنيات والوسائل والإرشادات التي يتبعها الباحث قبل وأثناء البحث، وعليه فموضوع المنهجية هو معايير البحث وكيفية كتابته، وكيفية تدوين الحواشي والهوامش والفهارس...بغرض تعليم الطالب البحث العلمي وتنمية الروح العلمية فيه."

وبناء على ذلك تكون أهم الفروق بين المنهج والمنهجية خمسة فروق هي:

أ– المناهج وصف لأعمال المتقدمين وطرائق بحوثهم وأساليبهم ومصطلحاتهم، فالعلوم والبحث العلمي سابقة للمنهج، أما المنهجية فمجموعة معايير وتقنيات ووسائل يجب إتباعها قبل وأثناء البحث.

ب– المنهجية كالمنهج وصفية؛ لأنَها تبين كيف يقوم الباحثون بأبحاثهم ،لكنها تختلف عنه في كونَها معيارية في الوقت نفسه ؛لأنَها تقّدم للباحث مجموعة من الوسائل والمعايير والتقنيات الواجب إتباعها.

ج– المناهج مرتبطة بالمنطق وطرق الاستدلال والاستنتاج، لذلك فهي تتطور و تتعدل من حين لآخر، أما المنهجية فأضحت عموما جملة قواعد ومعايير ثابتة.

د– مناهج الدراسة والبحوث تختلف من علم لآخر ،فالأدب له منهجه، وكذلك اللغة والتاريخ والقانون والرياضيات،... أما المنهجية فواحدة عموما

هـ– المناهج تطرح عادة للنقد والتقويم، فيفّ صل ما لها وما عليها وأيها أولى بالإتباع، وما المنهج المناسب للدراسة، أما المنهجية فمعايير وتقنيات يجب التزامها بتوفير الجهد وعدم إضاعة الوقت وتسديد الخطى على الطريق العلمي الصحيح.

و عليه نصل في الأخير إلى أن المنهجية و المنهج ليسا حقيقة واحدة، بل إن المنهجية مفهوم أشمل وأعم من المنهج؛ حتى قيل عن المنهجية أنَا فلسفة المناهج.

المطلب الثالث: التعريف بالبحث المقارن

بما أن مصطلح البحث المقارن مركب من لفظتي: البحث والمقارن لا بد من تناول مدلول كل منهما لغة واصطلاحا، ثم الوصول إلى مدلول المركب الإضافي.

الفرع الاول : البحث المقارن لغة واصطلاحا

أولا: البحث لغة واصطلاحا :أما البحث لغة فهو من الفعل: بحث،يبحثه بحثا، وابتحثه ، بمعنى طلب الشيء، وأن تسأل عنه وتستخبر، وتبحثت عن الشيء أي فتشت عنه .والبحث اصطلاحا :طلب الحقيقة وتقصيها وإشاعتها بين الناس؛ لأن الوصول إلى الحقيقة غاية كل الباحثين.

ثانيا: المقارن لغة و اصطلاحا :المقارن من الفعل قارن، وأصله الفعل قرن وهو بمعنى جمع و وصل وصاحب ، فيقال قرن بين الحج بالعمرة أي جمع بينهما بنية واحدة، وقرنت الشيء بالشيء أي وصلته به، واقترن به صاحبه ومنه قرينه أي صاحبه، وقارن الشيء بالشيء وازنه به وقابله.

والمقارنة اصطلاحا هي:" مقارنة الرأي بالرأي مقابلته أو موازنته به، ليعرف مدى اتفاقهما أو اختلافهما، وأيهما أقوى وأسد بالدليل، وهو لا يخرج عن أصل المعنى اللغوي".

الفرع الثاني : تعريف البحث المقارن كمركب اضافي : عُرف البحث المقارن تعريفات مختلفة تبعا لعدة اتجاهات، إلا أننا سنركز في دراستنا على تعريفه بناء على الاتجاه العلمي، ذلك أننا نسجل في تحديد ماهية البحث المقارن اتجاهين رئيسين هما: اتجاه العامة والاتجاه العلمي:

01– البحث المقارن وفقا لاتجاه العامة :إن البحث المقارن وفقا لاتجاه العامة يمثل هدفا في حد ذاته، إذ تقتصر ماهيته على تحديد مستويات الخلاف تضاف إليها مستويات التشابه بناء على رأي آخر، فالبحث المقارن وفقا لهذا الاتجاه يقتصر على الوصف وينتهي عند استقصاء حالات التشابه أو الاختلاف.

02 – البحث المقارن وفقا للاتجاه العلمي :أما في الاتجاه العلمي، فإن البحث المقارن يمثل أداة ومنهجا يستهدف استيعابا أعمق للظاهرة أو النظرية، وهو يمارس عملية التفسير إضافة إلى سياق

الوصف،لذلك تمثل الخطوة الأكثر أهمية في إطاره هي: الانتقال من حالات الشبه والخلاف الشكليين، نحو مساحات الاشتراك والتباين الحقيقيين وتفسير ذلك وتعليله.

وعليه يمكن تعريف البحث المقارن وفقا للاتجاه العلمي هو:" قراءة وفهم ظاهرة أو فكرة في إطار مقارن من خلال فهم مستويات الاشتراك والتباين وتفسيرها،" أو هو:" **البحث الذي يسعى إلى إبراز مواطن الوفاق أو الخلاف بين قضيتين أو قضايا في موضوع واحد، مع تفسير ذلك وتعليله**". و من خلال هذين التعريفين نستنتج أن ماهية البحث المقارن تقوم على ركنين أساسيين هما:

أ– فهم ظاهرة أو فكرة أو قضية ما فهما متعدد الأبعاد، وهو هدف البحث المقارن.

ب– فهم حالات الاشتراك والتباين وتفسيرها و تعليلها، وهو الركن الثاني في ماهية البحث المقارن والذي يوصل إلى الركن الأول في حقيقة الأمر.

المبحث الثاني:التطور التاريخي للمنهج المقارن

المطلب الثاني :تاريخ المنهج المقارن في المجال المعرفي الواحد .

المنهج المقارن، منهج قديم قِدم الفكر الإنساني، وقد استعمل كأداة معرفية يتم من خلالها تحديد أو إبراز أوجه الاختلاف أو الائتلاف بين موضوعين أو ظاهرتين أو شيئين متماثلين، وهذا يعني استحالة عقد مقارنة بين شيئين متناقضين تماما؛ لأننا سنكون أمام ما اصطلح على تسميته بالمقابَلة وليس المقارنة.

وتتباين آراء العلماء وتختلف مواقفهم من نشأة الدراسات المقارنة، فمنهم جعل ميلادها قد انطلق في القرن السادس عشر الميلادي التشريح المقارن مع عالم الطبيعة والكاتب والدبلوماسي بيير بيلونBelon،Pierre الذي قام بتوضيح وعرض تشريح مقارن لكل من هيكل الإنسان والطير عام 1555م، لأجل ذلك سماه إيفان بافلوIvan–Pavlov نبي التشريح المقارن،ومنذ ذلك الوقت تطورت هذه الدراسات لتشمل موضوعات أخرى مثل الطب وعلوم الحياة والسياسة والأدب وعلم اللغة والقانون والتربية ومنهم من يعود به إلى الوراء،فيجعل بداياته الأولى مع الفكر السياسي اليُونانيّ، حيث كان أرسطو من أكثر المفكرين اليونانيين الذين استخدموا المنهج المقارن في دراساتِه الاجتماعيَّة، والفلسفيَّة، وتطبيقه في أبحاثه السياسية التي أثمرت كتابه "السياسة عندما تعرض لدراسة ومناقشة حوالي (158دستورا ونظاما سياسيا في اليونان القديمة) .

ونجد عند العلامة ابن خلدون إشارةً واضحةً في تاريخه إلى ضرورة استخدام طريقة المقارنة خصوصا

في العلم الذي هو بصدد الحديث عنه، وهو علم التاريخ، بقوله: (فإذًا يحتاج صاحب هذا الفن إلى العلم بقواعد السياسة وطبائع الموجودات واختلاف الأمم والبقاع والأعصار في السير والأخلاق والعوائد والنّحل والمذاهب وسائر الأحوال والإحاطة بالحاضر من ذلك ومماثلة ما بينه وبين الغائب من الوفاق أو بون ما بينهما من الخلاف وتعليل المتّفق منها والمختلف.

وأيا ما يكون الأمر، فإن المنهج المقارن الذي هو جوهر الدراسات المقارنة ذو امتداد تاريخي بعيد؛لأنه جزء لا يتجزأ من نمط التفكير الإنساني؛ حيث إنه وإن لم يكن مدوّن في صحائف ومكتوب في مصنّفات، إلاّ أنّه وجد على مستوى التفكير الإنساني.

وللمسلمين تاريخيا أياد بيضاء على المجتمعات الإنسانية في مجال الدراسات المقارنة من داخل المنظومة الشرعية ودور مهم في تطوير هذا المنهج، وما خلفوه عبر قرون من ثروة هائلة في علوم شتى شاهد على هذا الأمر.

فعلم الخلاف منهجاً وموضوعاً ومباحث؛ يُعدِ بحَق إبداعا إسلاميا محضا، حيث حاز الفقه الإسلامي بقَصب السبق على غيره في مجال الدراسات المقارنة؛لأن جوهره البحث في أوجه الائتلاف والاختلاف،سواء داخل المذهب الواحد، وهو ما يعرف بالخلاف النازل، أو الخلاف الصغير؛ كالخلاف داخل مذهب مالك أو أبي حنيفة أو الشافعي، الذي يُعتمد فيه على حكاية أقوال أئمة المذهب وأعلامه في المسألة،والنظر في المعتمد منها والمشهور، والراجح والمرجوح، أو خارج المذهب، وهو المعروف بالخلاف العالي، أو الخلاف الكبير الذي يعنَى أهل العلم فيه باختلاف العلماء النُّظَّار، والأئمة المجتهدين، وفقهاء الأمصار، والمتمثل في أحكام الفقه المشتملة على آراء المخالفين من المذاهب الأربعة وغيرها ،ولا نُغفل في هذا المقام أن هذا الخلاف قائم على تشكيل المذاهب الفقهية المختلفة، وقبلها الاتجاهات الفقهية في عصر التدوين، حيث شكل كل منها تيارا في الأمة الإسلامية بنى أحكامه على قواعد ارتضاها؛منها ما يلتزم الحديث منهجا، ومنها ما يعتضد بالرأي والقياس، ومنها ما يجمع بينهما،ولعلنا لا نُصادم الحقيقة إن قلنا إن الخلاف العالي تخَطَّى عند المسلمين حدود المذاهب الفقهية والمدارس الفكرية، إلى المقارنة بين تشريعات الإسلام وغيره من الملل الإلهية، وثمة إرهاص حقيقي للقانون المقارن في تراث العلوم المِلِّيَّة في فترة مبكرة من فترات الفكر الإسلامي، وهو ما نجده عند أبي الحسن العامري(381هـ). في كتابه " الإنابة عن علَل الديانَة الذي لا يزال مفقودا، فقد تجاوز فيه حدود علم الخلاف ما بين المذاهب الإسلامية، إلى آفاق الموازنة بين الشرع الإسلامي وشرائع بعض الأمم من حيث الأحكام، والتشريعات،والمبادئ العامة.

المطلب الثاني :تاريخ المنهج المقارن في مجال ثنائية الفقه والقانون

إذا كانت الدراسات المقارنة داخل الحقل المعرفي الواحد قديمة قدم العلم في حد ذاته، فإنها في الحقول المختلفة ليست كذلك، وبالأخص ثنائية الفقه والقانون التي تعود بدايتها الأولى إلى مرحلة قبل احتلال الإنجليز لمصر، وأول بارقَة نرُمُقها في هذه الفترة محاولة الشيخ محمد حَسنِين العَدوي الشهير بمَخلوف المِنيَاوي(1235هـ–1878م) من خلال كتابه "**المقارنات التشريعية تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك**"، وهي أقدم محاولة انصرفت إلى مقارنة القوانين الفرنسية بأحكام المذهب المالكي، وكانت بطلب من الخديوي إسماعيل حاكم مصر بعد ضغط أوروبا عليه ليعمل بقوانينها؛ ليثبت أن القانون الفرنسي لا يخالف الشريعة، وأن استمداد القانون الفرنسي المدني والجنائي من المذهب المالكي في تسعة أعشاره، ومن ثمَّ يجوز العمل به والأخذ بأحكامه.

وقد جاءت كَرَّدةِ فِعل، وصورة من صور المقاومة في مواجهة ظاهرة غريبة آنذاك غزت البلاد الإسلامية، والمتمثلة في تنحية الشريعة من سياسة المجتمع، وإقصائها من التطبيق، وإحلال القوانين الغربية محلها،حيث كان الغرض حينذاك رفع الإصر عن علماء مصر، وإزالة تهمة التفريط في الشريعة عنهم، وبيان أنهم ما رضوا بالتغيير القانوني الذي أحدثه المحتل الإنجليزي.وما واكب هذا العمل –في الفترة نفسها– من ترجمات كتب القانون، كتلك التي صنعها رفاعة الطهطاوي بطلب من الخديوي إسماعيل، حيث قام بترجمة قانون نابليون، أو القانون المدني الفرنسي وهي مرحلة احتكاك حقيقي للفقه الإسلامي بالنظم القانونية الغربية، ومزاحمتهم له في مراكز القرار،وبسبب ذلك نبَذ كثير من العلماء التعصب الذي كان سائدا في تدريس الفقه بتبني مذهب واحد فقط في التلقين، والانتقال إلى العناية بالمذاهب الفقهية السنية الأربعة المعتبرة، التي كتب لها البقاء والاستمرار، بل صاروا إلى تلقين الفقه المقارن والخلاف العالي،وكانت هذه الطريقة المثلى دافعا قويا، وباعثا رئيسا على التعمق في الاستنباط والتخريج، والموازنة بين الآراء المختلفة وتبيان الراجح منها.

وبموازاة ذلك بدأ الفقه مقارنا بالتشريعات الوضعية يُدَّرس على مستوى المعاهد والمدارس النِّظامية،فَلاح سمُو أحكام الفقه الإسلامي على كثير من النظريات القانونية الوضعية المجلوبة من الغرب مع الاحتلال،واستثمروا العلوم القانونية في صياغة الفقه الإسلامي في قوانين كمجلة الأحكام العدلية العثمانية وقوانين الأحوال الشخصية بعدها، كما استفيد منها في صياغة النظريات الفقهية، وكانت المقارنة آنذاك مظهراً للعمق في وعي علوم القانون ونظرياته، فنتج عن ذلك دراسات فقهية متقدمة

أنتجت نظريات ما تزال مرجعا للقانونيين والفقهاء سواء في دراسة الفقه أو القانون،ولعل أسماء مثل (عبدالرزاق السْنهوري، ومصطفى الزرقا،وفتْحي الدريني) تعتبر الأبرز في هذا المجال ويرجع ضلوعهم إلى ازدواج اختصاصهم، ومعظم من جاء بعدهم كان عالةً عليهم.

وأعقب هذه المحاولةَ الأولى صنيع آخرَ دشنَه المرحوم قدري باشا (1306هـ– 1886م) بأعماله المتميزة، ومصنفاته الرائدة شكلا ومضمونا،والمكونة من ثلاثة مؤلفات، وهي:

–**الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية:** وهو تقنين لأحكام المذهب الحنفي في الأحوال الشخصية وأمور الأسرة، مكون من 355مادة، سهلة التناول، ميسرة للفهم، خصوصا بالنسبة لمن ليس لهم سابق ممارسة لعبارات الفقهاء، وقد اعتنى به العلماء كثيرا، وعكفوا على تلقينه وشرحه، وأهم شروحه شرح محمد بك زيد الأبياني.

–**قانون العدل والإنصاف في القضاء على مشكلات الأوقاف**:وهو جوهرة في الفقه فريدة، ألفه صاحبه وجمع فيه بين الفقه التراثي وطريقة القوانين الوضعية والنظم الحديثة،تَضمن 646 مادة، مقسمة على سبعة أبواب ،عرضها عرضا مَقنّنًا موجزا مبَسطا بعيدا عن الغموض والإبهام .

–**مُرْشِد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ملائما لعرف الديار المصرية وسائر الأمم الإسلامية:** وهو كتاب بين من عنوانه أنه موضوع تقنينا لمذهب أبي حنيفة، وهو مقارنة لأحكام القانون المدني المصري الذي بدأ الاستعمار الإنجليزي تطبيقه في مصر سنة 1883م، وقد وجدت بعض مخطوطات بعنوان "بيان المسائل الشرعية التي وجدت فيالقانون المدني مناسبة أو موافقة لمذهب الإمام أبي حنيفة النعمان،ويُعدٌ الكتاب الأخير من أكثر الكتب الفقهية الحديثة تأثيرا في الصياغات التّشريعية العربية

وعضَدت هذه الأعمال بعدها محاولةُ الشيخ سيِّد عبد الله علي حسين من خلال كتابه "**المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك**، وهي دراسة ناضجة أكملها صاحبها إبان إعداد القانون المدني عام 1949م، حيث فرغ منها حين كان البرلمان المصري ينظر في القانون المدني الذي قدمه العلامة القانوني المصري الشهير عبد الرزاق السنهوري، وكان مقصد المؤلف لفت نظر اللجنة التي عُهد إليها صياغة هذا القانون إلى واجبها في مراجعة المشروع على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية.

ومع تعاظم دور المفكرين المسلمين أواخر القرن الماضي،برز بشكل لافت هذا النَّمط الجديد من الدراسات الذي يجعل آراء الشريعة مادة للمقارنة مع مخرجات الحضارة الغربية على صعيد العلوم

الإنسانية بشكل عام،والفلسفة الحقوقية بشكل خاص،وقد تميز العديد من التيارات التي عنت بهذا الموضوع من المستشرقين المعاصرين كـ"هنري كوربان و برنارد لويس" والعديد من الباحثين في العالم الإسلامي الذين تصدوا لهكذا دراسات.

الفصل الأول :منهجية الدراسة المقارنة بين الشريعة والقانون

تكتسي الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي أهمية كبيرة في مجال البحث العلمي الأكاديمي،لما لها من أهداف على المستوى النظري والتطبيقي ،ولما تواجهه من عوائق وصعوبات تطبيقية ،ولما تؤديه من وظائف وادوار متقدمة في التقريب بين الشعوب ،وتقديم الحلول للإشكاليات المجتمعية المختلفة

المبحث الأول:الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون(تعريفها ،أهميتها، أهدافها ، ووظائفها ،وقواعدها الأساسية) وفيه خمسة مطالب

المطلب الأول:التعريف بالدراسة المقارنة بين الشريعة والقانون

المقارنة بين الشريعة والقانون نوع من الدراسات المقارنة التي تدرس مباحثها ضمن فرع من فروع العلوم القانونية وهو القانون المقارن، تهدف لتطوير القوانين وتحسينها أو توحيد القوانين على المستوى العالمي.من خلال استخراج أوجه التوافق والاختلاف بين اجتهادات فقهاء الشريعة في فهم وتفسير النصوص الشرعية في مجال المعاملات وبين الأحكام والنصوص المختلفة في فروع القانون ؛ المدنية والتجارية والجنائية والدولية ...وتعليل ذلك .

غير أن لهذه الدراسة خصوصية عن غيرها من أنواع الدراسات المقارنة بين القوانين، باعتبار خصوصية الشريعة الإسلامية باعتبارها نظاما وقانونا إلهيا، ومن ثمة وقع الاختلاف في المراد بطرف المقارنة الأول وهو الشريعة، هل المراد بها الفقه وأصوله أم النصوص الشرعية في حد ذاتها ؟
فإذا كانت مادة القانون الوضعي طرف المقارنة لا تثير إشكالا في تسميتها أو مضمونَا، فإن الأمر بالنسبة للشريعة يختلف؛ لأنه إذا كان المراد بها مقتضى النصوص الشرعية، فإن المقارنة لن تزيد عن بيان أوجه الاتفاق والاختلاف وأسباب ذلك، مع استهداف بيان أوجه امتياز الشريعة وكمالها دون أدنى جرأة على افتراض النقص أو القصور في أحكامها في مقابل أحكام ونصوص القانون عند الاختلاف، وبالتالي لا يمكن التزام الحياد والموضوعية؛ لأنه لا تصح مقارنة ما كان مصدره إلهيا سماويا وهو

معصوم مع ما كان مصدره البشر غير المعصومين.

أما إذا كان المراد بها الفقه الإسلامي الذي يمثل اجتهادات فقهاء الشريعة في فهم وتفسير النصوص الشرعية، فإننا حينئذ نكون أمام اجتهاد بشري في مقابل اجتهاد بشري مثله، فتتضح الحقيقة أن المجال الذي فيه المقارنة هو الفقه الإسلامي أو أصوله وليس نصوص الشريعة، وبشكل أدق وأخص مجال المعاملات من الفقه الإسلامي؛ لأنَها تنظم علاقات الناس فيما بينهم،وتقابل فروع القانون بكل أنواعها، والفقه الإسلامي جزء من الشريعة فقط.

المطلب الثاني :أهمية الدراسة المقارنة بين الشريعة والقانون

لقد سيطرت القوانين الوضعية الغربية على المجتمعات الإسلامية نتيجة ظروف سياسية وتاريخية أهمها الاستعمار الذي طال أغلب البلدان العربية والإسلامية، مما جعل قوانينها تحل بديلا عن قوانين الشريعة الإسلامية، ولإعادة القانون إلى أداء دوره الطبيعي، لا بد من إعادة النظر في القوانين التي تحكم المجتمعات الإسلامية بما يتوافق وهويتها الإسلامية، لذلك تعتبر الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون أحد مفاتيح هذا التحدي من خلال أهميتها في عصرنا، والتي تبرز من خلال ما يلي:

أولا :تيسير فهم الشريعة للذين اقتصرت دراستهم على القانون، وتسهيل رجوعهم إلى كتب الشريعة بالإحالة عليها ليتمكنوا من فهمها، خاصة وأن كثيرا من أساتذة القانون في بلادنا اليوم غير مهتمين بفقه الشريعة الإسلامية ويجهلون كثيرا من أحكامها ومصادرها ونظرياتها، وبالتالي تلعب الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون بإبطال العقيدة الرائجة بين رجال القانون أن أحكام الشريعة الإسلامية لا تصلح للتطبيق اليوم ولا تبلغ مستوى القوانين الغربية.

ثانيا :إيجاد جسر للتعاون بين رجال الشريعة ورجال القانون في بلادنا من أجل تطوير القوانين الوطنية وترقيتها والارتقاء بها إلى مستوى الكمال من خلال ربطها بالشريعة الكاملة، كما أن الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون تعد مجالا مشتركا بين الطرفين، وفضاء للحوار المتبادل والنقاش العلمي الرصين.

ثالثا :تساعد الدراسات المقارنة للموضوعات التشريعية على تطوير الاجتهاد الفقهي في القضايا المعاصرة، ليواكب التطورات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، وتأهيله وتفعيله لحل الأزمات التي تعيشها أمتنا العربية والإسلامية على المستوى المحلي والإقليمي والعالمي.

المطلب الثالث :أهداف الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون

إن الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون تعد من **أصعب أنواع الدراسات المقارنة**، باعتبار أن المقارن فيها سيتعامل مع أحكام مصادر التشريع الإسلامي عموما(كتابا وسنة وإجماعا..). وما يرتبط بها من فهوم علمية لفقهاء وعلماء الشريعة، وهو في كل ذلك يتوخى الحذر من المساس بقدسية النصوص الشرعية، ورغم صعوبة هذه الدراسات إلا أنَها تحقق جملة من الأهداف والفوائد أهمها:

أولا: بيان امتياز الشريعة الإسلامية وعظمتها وصلاحيتها

من أهم أهداف المقارنة بين الشريعة والقانون إظهار امتياز الشريعة الإسلامية وأنَها ليست دون القوانين الوضعية الغربية في تحضرها وإنسانية أحكامها، ثم إثبات تفوقها وتميزها وامتيازها على هذه القوانين البشرية، ذلك أن أحكام التشريع الإسلامي المقررة بمقتضى نصوص القرآن والسنة هي أصوب وأصح من أي أحكام مخافة مقررة بمقتضى القوانين الوضعية،وكذا أحقية الأحكام المقررة في التشريع الإسلامي بالتطبيق والاتباع على الأحكام المخالفة المقررة في القوانين الوضعية، وفرصة للدفاع عن الشريعة ضد الاتهامات التي وجهت لها بأنَا شريعة قد عفا عنها الزمن ولم تعد صالحة لهذا الزمان، وأنَ هي السبب في تخلف المسلمين عن الركب الحضاري. والهدف البعيد منها هي دعوة المسلمين إلى التمسك بأحكام التشريع الإسلامي واعتصامها وبذلك كان يهدف هذا النوع من الدراسات المقارنة إلى بيان مواضع التفوق والامتياز في التشريع الإسلامي على سائر المنظومات الوضعية وبيان صلاحيتها لكل زمان ومكان ورد الأباطيل والتهم والشبه التي تحاك ضدها .

ثانيا: إثراء الفقه الإسلامي والقانون الوضعي واستفادة كل منها من الآخر

إن الباحث في الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون يقف على مواضع قصور في القانون الوضعي مجافية لديننا وأعرافنا وواقع حياتنا، أغلبها بسبب التأثر بالقوانين التي غزت بلادنا الإسلامية، فيكون الأنسب العودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية واجتهادات الفقهاء المستنيرين بهداها، كما يقف على مواضع قصور في الفقه الإسلامي أغلبها بسبب عامل الزمن، إذ أن أغلب تلك الاجتهادات صيغت منذ أزمان طويلة قبل أن يغلق 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، وهو ما يتطلب دراسة الفقه الإسلامي في ظل القانون المقارن وتطويره بأسلوب المناهج المعاصرة.

بالإضافة إلى أن المقارنة بين نظامين تشريعيين تيسر لنا التعرف على طبيعة كل من النظامين ومصادرهما، وتحقق التواصل والتقارب بينهما، ولا شك أن الاعتراف العالمي بمكانة الشريعة الإسلامية بين النظم التشريعية العالمية إنما كان نتيجة لإتباع منهج الدراسة المقارنة التي أدت إلى التعرف على مبادئ هذه الشريعة وتأثيرها في التفكير القانوني الغربي، فهذا عميد كلية الحقوق بجامعة فينا الدكتور شبرك النمساوي يقول في أحد المؤتمرات الدولية للقانون المقارن :"**إنّ البشرية لتفتخر بانتساب رجل كمحمد إليها، إذ إنّه رغم أُمّيته، استطاع قبل بضعة عشر قرنًا أنْ يأتي بتشريع، سنكونُ نحنُ الأوروبيين أسعد ما نكون، إذا توصلنا إلى قمّته.**"

وفي المؤتمر الدولي للقانون المقارن المنعقد في مدينة "لاهاي" في دورته الأولى عام 1932م يعترف أعضاؤه من الألمان والفرنسيين وغيرهم بأن الشريعة الإسلامية إحدى الشرائع التي سادت والتي لا تزال تسود العالم، كما قررت الدورات المتوالية أنَا مصدر من مصادر التشريع وأن فقهها مرن قابل للتطور كما أن هذه الدراسات المقارنة لعبت دورا في استفادة القانون من الشريعة، ولعل في الاستقراء التاريخي ما يدل على استفادة القانون الفرنسي من المذهب المالكي خصوصا، فضلا عن استفادة كل النظم القانونية الوضعية من مبادئ وأصول الشريعة الإسلامية في كثير من التشريعات، وفي نفس الوقت استفاد الفقه الإسلامي من القوانين الوضعية خاصة فيما تعلق بالتقنين المنهجي لأحكام الفقه الإسلامي.

المطلب الرابع :وظائف الدراسات الفقهية–القانونية المقارنة

يخطئ من يظن أن الدراسات المقارنة الفقهية القانونية لا أدوار لها، وقد يعزى ذلك إلى جملة أسباب مهمة؛ منها: **اعتقاد البعض التباين التام بين الفقه والقانون،** وهذا الاعتقاد يجعلهم يرومون ترك هذه الدراسات؛ لأن فيها مزاحمة من لدن القوانين.ومنها : **العمل على إبعاد الفقه من دائرة اهتمامات الناس وتطلعاتهم** خصوصا مع هذا الكم الهائل من المسائل الجديدة والحوادث المتجددة، التي لم تعرض على الفقه الإسلامي لمعرفة رأيه، ومن ثم زاد التباعد واتسع في أذهان البعيدين عن دراسة الفقه الإسلامي دراسة متخصصة، وبدا لهم أنهذا الفقه لا يمكن أن يحكم علاقات هذه العلاقات المستحدثة.بيد أن هذه الدراسات لا تعرى عن وظائف تسديها، وأدوار تقدمها في الحقول المعرفية، ويمكن تلخيصها في الآتي:

1–تساهم في تطوير الأفكار وتحديثها؛ لأن المنهج المقارن يتيح فرصا وطرقا للبحث تجعل الباحث لا ينزوي في ناحية معينة، وإنما يعطيه فرصة أرحب للوقوف على نقاط الائتلاف ونقاط الاختلاف؛ لأجل

ذلك كانت خلاصات البحوث المقارنة خير معين على بيان حجم الاختلاف الحاصل بين النسقين، وإثراء مضامين القضايا الشرعية والقانونية.

2–إشاعة الروح العليمة بين الباحثين ومحاولة القضاء على مختلف النزعات العاطفية، وإبعادها عن مجالات البحث العلمي، وهذا يُصِّيرُ المسائل المطروقة قائمة على أدلة قويمة وأصول سليمة يحصل بها الإقناع.

3–تعتبر مجالا رحبا لتدريب الباحثين على تمثل الموضوعية والتزام الحياد في عرض الآراء وسوق الأقوال، فبغض النظر عن موقف الباحث من المسألة المناقشة، ينبغي عليه أن يعرض لكل الأقوال التي التزم بها في عنوانه أو مقدمة بحثه، والعمل على درسها علميا بعيدا عن رأيه الشخصي، ونزوعه الذاتي، فيصير حينذاك وكأنه حَكَّم نزيه، لا يرجح رأي على آخر، ولا مدرسة على مثيلتها إلا بناء على عمق نظر، وجودة تبصر.

4– وتَعد هذه الدراسات أيضا جسرا مهما للانفتاح العلمي بغرض الجمع المرجو بين الشريعة والقانون؛ وتقريب البون الحاصل بينهما، وتضييق شقة الخلاف، والإسهام بذلك في بناء تقارب الآراء من خلال بسط وجهات النظر المختلفة،وإجراء المداولات العلمية المثمرة .ذلكم أن الأحكام الشرعية العملية هي فقه تشريعي، وكذلك القانون الخاص هو فقه تشريعي ،إلا أن فقه الأحكام الشرعية يستمد قوته من كون أصوله وحي من السماء، بخلاف فقه القانون الذي هو صنع البشر، نتيجة التبادل الحضاري والتلاقح العلمي، والتطور المعرفي،والتاريخي، والبيئات الاجتماعية، والعادات الشفوية، والأعراف السائدة، وهناك تشابه كبير في طريقة التفكير الفقهي للفقهاء، واستخدام منهجية أصول الفقه في التعامل مع النصوص الشرعية وأقوال الفقهاء، وبين التفكير القانوني في تفسير النصوص وتطبيقها واستخدام الموازنة الترجيحية.

ولا مرية في أن الاطلاع الآراء المختلفة والمدارس المتناقضة في أي حقل من الحقول العلمية يغني الفكرة ويثري المضمون ويوسع دائرة البحث؛ لأنه بأضدادها تعرف الأشياء، ومن ثم فإن بيان أوجه الاتفاق والاختلاف بين النُّظُم القانونية والتشريعية من شأنه أن يلقي الضوء على العلاقات التاريخية بين الشعوب؛ مايؤكد التواصل بينهما، ويشجع على التقارب والالتقاء بين الأجناس والشعوب، ويساعد على التعرف على ما عند الآخر وفهمه، خصوصا وأن الشرع المطهر يُرغب بالاستفادة من كل جديد سواء في الأفكار أو الأساليب الموضوعية والشكلية لكون الحكمة ضالة المؤمن أنى وجدها أخذ بها .وهذه الوظيفة هي التي كان يسعى إلى بلوغها العلامة القانوني الفرنسي إدوارد لامبير Édouard ،– 1866)

Lambert (1947حيث كتب أحد تلامذته المصريين، وهو "محمد لطفي جمعة" في مذكراته وهو يتحدث عن الأستاذ "لامبير": (وقد تكلمنا عن الشريعة الإسلامية فأثبت لي بالأدلة العقلية والنقلية أن دينَنا هو دين تطور وترقّي، وخلاصة رأي "لامبير" أن غاية القانون المقارن محورها الوصول إلى مبادئ تشريعية عامة،هدفها التقريب بين القوانين في البيئات الاجتماعية التي تجمعها وحدة المصادر في التشريع، وهو ينفتح على الشرائع الأجنبية بقصد اكتشاف منابعها، وتحليل مكوناتها وأصولها، علنا نصل إلى قانون عالمي.

5–المساهمة في إثراء التفكير الفقهي، وتجديد الفقه الإسلامي، وتطويره بما يحقق المصالح الاجتماعية،وذلك باستحثاثِ همَم الباحثين لاستفراغ طاقتهم، وبذل وسعهم في البحث عن الأحكام الأنسب لعصرهم،والأصلح لمجتمعهم، والعمل على تأصيل المستجدات المعاصرة، وتقعيد النوازل على قواعد مناسبة اعتماداً على أصول الشريعة التي قعدتها، ومقاصدها التي رامتها.وهذا له دور في إقامة نهضة تشريعية التي لا يمكن تحقيقها في غياب الفقه الإسلامي بثراء مبادئه،وتأثيرها في نفوس الناس، وتشكيلها للعدل المبتغى في الأنفس والمجتمعات.

6–يهيئ الباحثين تهيئة تجعلهم قادرين على مواجهة المشكلات الإنسانية ببصيرة ووعي، والانطلاق نحو العمل على البحث عن حلول مناسبة لها بانفتاح وتفهم، يفسحون من خلالها حظا من سعة النفس وبذل القلم ووزن الأمور بميزان العلم، بلا تفريط في الثوابت القطعية والأصول المستقرة، ولا تقصير في مآلات الأفعال ومقاصد الخطاب، وهذا مؤداه البعد عن جمود المتحجرين من جهة، وآراء المختلين من جهة أخرى، وتمثل التوازن المبني على سعة الاطلاع ورحابة الصدر من غير ضيق ولا حرج.

7–المساهمة في تقديم الحلول الناجعة المستمدة من أحكام الشريعة، والكشف عن حجم الأخطاء الواردة في كثير من القواعد القانونية، وفداحتها بمناقضتها للمقاصد العامة للحياة الإنسانية، ومخالفتها لما أجمعت عليه الأديان السماوية.

8– ولا نَغفلُ عن المهمة التشريعية التي قد تساهم فيها الدراسات المقارنة من خلال حركة تقنين القوانين، فقد لوحظ أن أسوأ القوانين صياغة وحلولا هي تلك القوانين التي شرعتها سلطة تجاهلت الإفادة من الحلول الواردة في أمثال تلك القوانين في البلاد الأجنبية، ومن ثم فإن اهتداء المشرع بالدراسات المقارنة من شأنه أن يُفيده في الصياغة، ويعينه على تدارك ما فاته من أخطاء.ومع كل هذا أن يضمن

ضرورة التزامه الحيطة عند استعارة القوانين الأجنبية لئلا يُزَّج في التشريع قواعد يعوزها الانسجام، ولِئلاَّ يُقْحَم في قوانين بلد تشريعا أجنبيا فيحدث فيه من النتائج ما لا تحمد عقباه.

09– يستطيع الباحثون من خلال هذه الدراسات صياغة مجموعة من الآراء والنظريات التي قد تساهم في سد الفراغ التشريعي الحاصل في القوانين، أو الوقوف على الثغرات في الأنظمة القانونية، واكتشاف مكامن النقص التي تشوبها مما يدفع المشرع إلى إعادة النظر فيه تنقيحا وتعديلا، أو تتميما وتكميلا، وبهذا نضمن وجود قوانين بإمكانها مسايرة النسق المتسارع للحضارة الإنسانية.

10– الأخذ بيد القضاة، ومعاونتهم من أجل التعرف على أكثر من حل للقضية الواحدة، فيعلمون أن ثمَّة حلولا أخرى، ونُظُما مغايرةً غير تلك التي أغفلها قانونهم الوطني ولم يتطرق لها، أو تلك التي نظم لها حلا واحدا، مما يقوي عندهم الملكة النقدية، وينمي القدرات التحليلية.

المطلب الخامس: ضوابط وقواعد الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون: لإجراء المقارنة بين الشريعة والقانون لا بد من التزام مجموعة من القواعد والضوابط الموضوعية والمنهجية حتى تحقق الدراسة المقارنة أهدافها، ويتوصل الباحث إلى نتائج علمية وموضوعية وأهمها:

1– التحقق من إمكانية المقارنة :

تقتضي المقارنة المجدية وجود مجال معتبر للتشابه وآخر للتغاير، فإن اختيار المقارنة بين الشريعة والقانون في نظام معين يقتضي وجود مجال معتبر من التشابه والتغاير،فحصول الاشتراك في موضوع الدراسة المقارنة ضروري لقيام الأساس الذي تبنى عليه ركائز المقارنة في كل أجزاء الموضوع الذي يتركب منها؛ولهذا فإن الموضوعات المختارة للمقارنة يجب أن تكون قابلة للمقارنة بطبيعتها، وذلك بأن تخدم وظائف متشابهة في النظم محل المقارنة، أي ترتبط بمؤسسات أومنظومات متشابهة، وبهذا يتضح أن مجال المقارنة من جهة الشريعة الإسلامية تدور في مجال الاجتهاد، فلا تجدي المقارنة مثلا بين نظام الميراث في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

02– التحقق من جدوى المقارنة:

إن البحث الأكاديمي المقارن ينطلق من 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 المقارنة بينها بالموازاة،ولعل غياب هذا الضابط هو ما جعل الكثير من المقارنات

بين الشريعة والقانون مقارنات سطحية تقف عند حدود أوجه الشبه والاختلاف الشكلية التي لا تتجاوز فيها المقارنة حدود العناوين العامة،ولا تعكس ما ينبغي أن تكون عليه المقارنة من عمق، فالالتزام بهذا الضابط من شأنه تجنيب الباحثين التكلف في إيجاد أوجه شبه بين أحكام الشريعة الإسلامية والقواعد القانونية، سواء بهدف إثبات سبق الشريعة الإسلامية إلى هذه الأحكام، أو إضفاء الشرعية على القوانين الوضعية في بلادنا.

03- الالتزام بالموضوعية والحياد في النقد والتقييم والحكم :

تتطلب المقارنة بين الشريعة والقانون أساسا مهما جدا يمثل أهم أصول المقارنة وهو الموضوعية، ذلك أن اتخاذ مواقف أولية منحازة، أو الانقياد خلف الميولات هو مما يحجب الحقيقة عن الباحث ويفقد البحث قيمته العلمية،فلا بد من أن تقوم الدراسة المقارنة على أساس علمي وموضوعي بعيدا عن الأحكام المسبقة الناتجة عن الجهل بحقائق الأمور سواء من ناحية رجال القانون الذين يتحمسون له ويرون فيه الحق المطلق وأنه مظهر التقدم والمعاصرة،من غير تدقيق وتقييم للمسائل بشكل موضوعي، وكذلك الأمر بالنسبة لرجال الفقه الذين يرفضون ويلفظون كل ما يأتي من جهة القانون بحجة أنه وضعي حتى ولو أثبت فوائده العلمية والعملية.

ولعل هذا الضابط المطلوب في الدراسات المقارنة هو ما عبر عنه الشيخ" ابن تيمية" بالعدل فيقوله: " فمن عنده علم وعدل فينظر في القرآن وغيره من الكتب...أو في معجزات محمد–صلى الله عليه وسلم– ومعجزات غيره، أو في شريعته وشريعة غيره،"

ومن تمام الموضوعية في الدراسة المقارنة بين الشريعة والقانون أن يلتزم الباحث مقارنة متوازنة بين الطرفين من حيث التقسيم والكم عند عرض المادة الخاصة بهما.

04-التعميم:

وذلك بأن يعتمد الباحث المنهج المقارن في أغلب مباحث الدراسة المقارنة، فلا يعد من المنهج المقارن قيام الباحث بعقد مقارنات في بعض قضايا الموضوع، ويهمل ذلك في قضايا أخرى، فالمنهج المقارن لابد وأن يغلب على طابع الدراسة ويكون مهيمنا عليها.

05-مراعاة المقابلة التزامنية:

والمقصود بالمقابلة أن يتم النظر إلى عناصر المقارنة في أجزاء الموضوع بمنهج تقابلي، بحيث يقوم الباحث بمناظرة عناصر الموضوع ومقابلتها لمعرفة عناصر الاختلاف والائتلاف فيها، مع إبراز ذلك بشكل تزامني، أي أن الباحث يقوم بمقابلة ومناظرة بين القضايا الجزئية للموضوع بصورة تزامنية لإدراك أوجه التشابه والاختلاف، أي في نفس الوقت الذي يذكر فيه السالب هنا يورد الموجب هناك لإبراز أوجه التقابل في نفس الوقت.

ويترتب على هذا الشرط وجود أسلوبين للمقارنة يمكن للباحث أن يعتمد أحدهما في الدراسة المقارنة هما:

- **منهج المقارنة العمودية:** الذي يتناول فيه كل جزئية من جزئيات البحث في كلا طرفي المقارنة في آن واحد.

- **منهج المقارنة الأفقية** : الذي يقوم فيه الباحث ببحث الموضوع في كل طرف على حدة، بحيث لا يعرض لموقف الطرف الثاني حتى ينتهي من بحث الموضوع في الطرف الأول.

ويمكن القول أن منهج المقارنة العمودية أفضل وأنجع من منهج المقارنة الأفقية؛ لأنه يبعدنا عن التكرار وتقطيع أوصال البحث، فضلا إلى أنه يؤدي إلى حسن وسهولة إدراك أوجه الاتفاق والاختلاف بين أطراف المقارنة.

06- كون المقارن من أهل العلم بالشريعة والعلم بالقانون معا: تتطلب الدراسة المقارنة بين الشريعة والقانون كون المقارن من أهل العلم بالشريعة والعلم بالقانون معا، فيما يجري فيه المقارنة على الأقل، وهذا من شروط وضوابط الدراسات المقارنة التي نص عليها علماؤنا كابن تيمية الذي جعل مبنى علم الموازنات قائما على العلم لا على مجرد العاطفة والميل، إذ يقول" :الحكم بين الشيئين بالتماثل أو التفاضل يستدعي معرفة كل منهما، ومعرفة ما اتصف به من الصفات التي يقع بها التماثل أو التفاضل" .

ويترتب على فقدان هذا الشرط الخلل الكبير في كثير من الدراسات المقارنة التي يجريها بعض القانونيين ممن لم يدرسوا الشريعة، أو أخذوها من غير مصادرها ومنابعها وحاولوا فهم كلام علماء الشريعة بناء على ذلك، كما هو الشأن عي الدراسات التي يقوم يجريها بعض الباحثين في علوم الشريعة مع نقص علمهم وإلمامهم بالجانب القانوني وارتباطاته، مما جعلهم يجرون موازنات بين أحكام لمسائل مختلفة،

والنتيجة أنه ربما اقتنع القانونيون وتأثروا بالقوانين الوضعية لقلة علمهم بالشريعة ومزاياها، وبالنسبة للباحثين في الشريعة ربما غلب عليهم التحيز العاطفي لقلة علمهم وإلمامهم بالقوانين الوضعية.

المبحث الثاني: الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون(الواقع والصعوبات)

لقد أضحت الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون واقعا حيّا 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 أ همها:

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 نظريا بأن أحكام الشريعة خالدة بخلود الإسلام،وصالحة لكل زمان ومكان،فإن ممارستهم البحثيّة القاصرة على عرض أحكام الشريعة باعتبارها مرحلة تاريخية، وعرض الآراء الفقهيّة الإسلامية باعتبارها نتاج فترة تاريخية منتهية، يعّزز القناعة بأّنهم لا يرون في الشريعة

نظاما مستمرا وقواعد مسايرة لتطور الحياة وتغيرها، ولعل هذا التوجه العام في الممارسة من طرف أصناف من الباحثين يجد مبّرره في تخلّف الاجتهاد الفقهي الإسلامي المعاصر عن مواكبة التغيرات الحاصلة في العالم والمجتمعات، بل يعتقد أصناف منهم أنّ تمام نصوص التشريع الإسلامي في فترة النبوة يجعله تشريعا غير صالح للمقارنة معه،لأنه لا يمت من حيث الزّمان إلى الّتشريعات الوضعية المعاصرة بصلة. ولعلّه مماُ يؤخذ على الباحثين المتخصصين في الشريعة والقانون أن جل مايستعرضونه 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 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 مثلا، 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.

إلاّ 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، يعرض 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 ، كما أنه عاجز على إجراء المقابلة اللازمة بسبب اختلاف الاصطلاح وتباين منهج العرض.

إن البحث المقارن يكشف للباحث صعوبة تفوق صعوبة فهم المادة العلمية والإلمام بها في كل نظام على حدة –لأن ذلك معدود مستوى أّول من البحث–، صعوبة تتعلق بتباين الاصطلاح واختلاف الأنظمة إلى حد عدم إمكانية إجراء المقابلة لاختلاف المضامين حينا، وعدم وجودها حينا آخر في أحد طرفي المقارنة، أو لاختلاف درجةالنضوج والتطور للفكرة، بحيث تكون في أحدهما متطورة جدا ومفصلة جدا، وكتبت فيها المؤلفات الكثيرة، بينما تكون في الطرف مجرد فكرة بسيطة، لم تتحور بعد لتكون نظاما،ولم تلق من التأليف والبيان شيئاُ يذكر

وإذا كانت المقارنة الشمولية ممقوتة بسبب ما ذكرنا،وهي الملاحظة التي كثيرا مانثيرها في مناقشات الماستر والماجستير والدكتوراه، فإن المقارنة التجزيئية أيضا منصوح باجتنابها وتلافيها، لأنها تجعل الباحث يذهل عن الإطار العام للموضوع، ويغفل عن الأهداف التي سطرها للبحث، ذلك أّ ن تتّبع 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 تضفي 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 تعقّب عليها أو تنتقدها أو تقيمها.

ورغم أن الباحثين في المجال يعلمون جيدا أن الاجتهاد الفقهي عملية عقلية أنجبت ظاهرة صحية تتمثّل في اختلاف الفقهاء والمجتهدين من لدن كبار الصحابة رضي الله عنهم إلى يومنا هذا لأسباب كثيرة، إلاّ أنهم بعضهم بمجرد غوصهم في البحث الفقهي يتناسون ذلك، فيكتفون بعرض الرأي الاجتهادي على اعتبار أنه حكم الشرع في مقابل حكم القانون، بل تجد بعضهمُ يعرض عن ذكر الآراء الفقهية المختلفة في المسألة الواحدة، ويكتفي برأي واحد يمثّل في رأيه حكم الشرع، فيضيق واسعا ، خاصة إذا لم يعثر في المسألة على مقولات تغيثه فيما يريد أن يؤصل له من أنه حكم الشرع. ولعل من 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 تقّر به ابتداء، أو أنه موضوع تقني حادث، ليس له وجود في التراث الفقهي، ويمكن إدخال الأخذ به في مسمى المصالح المرسلة المستحدثة، التي ليس لها شاهد اعتبار ولا إلغاء في نصوص الشريعة ،وقد يضطر الباحث –بعد أن يكون قد توّرط في تسجيل موضوعه –حين يتحقّق من عدم وجود الفكرة أو العنصر في الشريعة الإسلامية في مقابل الموجود في القانون الوضعي إلى ليّ أعناق النّصوص وأقوال الفقهاء وتحميلها من المعاني ما لا تحتمله، حتىُ 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 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 فإنهُ 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، 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 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. فإنهُ يطرح إشكال مفاده: هل يمكن موضوعيا المقارنة بين فقه صيغ على مدى مئات السنين مع قانونُ 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

أن 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.

الفصل الثاني : منهجية الدراسة الفقهية المقارنة

تتطلب منهجية الدراسة الفقهية المقارنة، بداية التعريف بهذا النوع من الدراسات المقارنة، ثم بيان الخطوات المنهجية الواجب اتباعها ، وأهم مصادرها .

المبحث الأول :التعريف بالدراسة الفقهية المقارنة وبيان موضوعها وفوائدها وأصولها.

يطلق علماء الشريعة الإسلامية على الدراسة الفقهية المقارنة مصطلح" الفقه المقارن " لذلك سنعرف بالفقه المقارن أولا ثم نبين موضوعه وفوائده وأصوله.

المطلب الأول: التعريف بالفقه المقارن وبيان موضوعه

الفرع الأول: التعريف بالفقه المقارن

أولا: تعريف الفقه لغة واصطلاحا:

1– لغة :الفقه لغة العلم بالشيء والفهم له والفطنة.

2–اصطلاحا:

أ– **في اصطلاح الفقهاء** :هو: "حفظ طائفة من مسائل الأحكام الشرعية العملية الواردة في الكتاب والسنة، وما استنبط منها، سواء كان قد حفظها مع أدلتها، أو مجردا عنها" لذلك فاسم الفقيه عند الفقهاء لا يختص بالمجتهد– كما سنرى عند الأصوليين– بل يشمله ويشمل غيره من المشتغلين في هذه المسائل.

ب – **في اصطلاح الأصوليين** : الفقه في اصطلاح الأصوليين هو" العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية " مع العلم أن هذا التعريف الاصطلاحي للفقه لم يشتهر ولم يكن معروفا إلا بعد أن تمايزت العلوم، وإلا فإنه كان يطلق سابقا على العلم بأحكام الدين جملة.

ثانيا: تعريف المقارن لغة واصطلاحا :قد مر معنا في المبحث الأول

ثالثا: تعريف الفقه المقارن :عّرفه فتحي الدريني بأنه " تقرير آراء الفقهاء المسلمين أو المذاهب الإسلامية في مسألة معينة، بعد تحرير محل النزاع فيها، مقرونة بأدلتها ووجوه الاستدلال بها، وما

ينهض عليه الاستدلال من مناهج أصولية، وبيان منشأ الخلاف فيها، ثم مناقشة هذه الأدلة أصوليا والموازنة بينها، وترجيح ما هو أقوى دليلا أو أسلم منهجا، أو الإتيان برأي جديد مدعم بالدليل الأرجح في نظر الباحث المجتهد".

كما عّرفت الدراسة الفقهية المقارنة بأنَها:" هي علم الخلاف العالي، وهي الدراسة التي تهتم بعرض المذاهب الفقهية والآراء الاجتهادية المختلفة، والاستدلال لكل منها، ثم المقارنة بينها للتوصل إلى الرأي الراجح."

الفرع الثاني : موضوع الفقه المقارن : إن موضوع الفقه المقارن لايختلف عن موضوع الفقه ؛

فموضوعه متفرع عنه ويشمل جمع الآراء الاجتهادية في المسائل الفقهية من حيث تقييمها والموازنة بينها وترجيح بعضها على بعض.

المطلب الثاني: أصول دراسة الفقه المقارن وفوائده : وفيه فرعان

الفرع الأول :أصول الدراسة الفقهية المقارنة :

تقوم الدراسة الفقهية المقارنة على جملة من الركائز الأساسية التي تمكن من الوصول إلى الغايات المرجوة من الحوض في المسائل الاجتهادية المختلفة ومن هذه الركائز والأصول :

–**الموضوعية في البحث والصياغة** . ونقصد منها هنا أن يكون المقارن مهيأ من وجهة نفسية للتحلل من تأثير رواسبه، والخضوع لما تدعو إليه الحجة عند المقارنة سواء وافق ما تدعو إليه ما يملكه من مسبقات أم خالفها!

– **معرفة أسباب الاختلاف بين الفقهاء**. وهي من أهم الأصول التي يجب ان يرتكز عليها المقارن وربما كانت أهمها على الاطلاق ولقد ألفت كتب في تعدادها وشرحها أمثال كتاب (أسباب اختلاف الفقهاء) لعلي الخفيف، و (الإنصاف) للبطليموسي الأندلسي وغيرهما.

وقد أوجز ابن رشد في مقدمة كتابه (بداية المجتهد ونهاية المقتصد) هذه الأسباب وحصرها في ستة :

أحدها: تردد الألفاظ بين هذه الطرق الأربع أعني بين أن يكون اللفظ عاما يراد به الخاص أو خاصا يراد به العام أو خاصا يراد به الخاص أو يكون له دليل خطاب أو لا يكون.

والثاني: الاشتراك الذي في الألفاظ وذلك إما في اللفظ المفرد كلفظ القرء الذي ينطلق على الأطهار وعلى الحيض وكذلك لفظ الأمر هل يحمل على الوجوب أو على الندب ولفظ النهي هل يحمل على التحريم أو الكراهية، وإما في اللفظ المركب مثل قوله تعالى: (إلا الذين تابوا) فإنه يحتمل ان يعود على الفاسق فقط ويحتمل ان يعود على الفاسق والشاهد فتكون التوبة رافعة للفسق ومجيزة شهادة القاذف .

والثالث: اختلاف الإعراب.

والرابع: تردد اللفظ بين حمله على الحقيقة أو حمله على نوع من أنواع المجاز التي هي إما الحذف وإما الزيادة وإما التأخير وإما تردده على الحقيقة أو الاستعارة.

والخامس: إطلاق اللفظ تارة وتقييده تارة مثل اطلاق الرقبة في العتق تارة وتقييدها بالايمان تارة .

والسادس: التعارض في الشيئين في جميع أصناف الألفاظ التي يتلقى منها الشرع الاحكام بعضها مع بعض وكذلك التعارض الذي يأتي في الأفعال، أو في الاقرارات أو تعارض القياسات أنفسها، أو التعارض الذي يتركب من هذه الأصناف الثلاثة أعني معارضة القول للفعل أو للاقرار أو للقياس ومعارضة الفعل للاقرار أو للقياس ومعارضة الاقرار للقياس .

–**<u>الخبرة بأصول الاحتجاج</u>:** أن يكون على درجة من الخبرة بأصول الاحتجاج، ومعرفة مفاهيم الحجج، وأدلتها، ومواقع تقديم بعضها على بعض، ليصح له الخوض في مجالات الموازنة بين الآراء وتقديم أقربها إلى الحجية وأقواها دليلا .

الفرع الثاني: فوائد الدراسة الفقهيه المقارنة :

ذكر الإمام النووي رحمه الله في مقدمة كتابه المجموع بعض الفوائد التي تحققها الدراسات الفقهية المقارنة ،فقال:(اعلم أن معرفة مذاهب السلف بأدلتها من أهم ما يحتاج إليه؛ لأن اختلافهم في الفروع

رحمة، وبذكر مذاهبهم بأدلتها يعرف المتمكن المذاهب على وجهها، والراجح من المرجوح، ويتضح له ولغيره المشكلات، وتظهر الفوائد النفيسات، ويتدرب الناظر فيها بالسؤال والجواب، ويتفتح ذهنه، ويتميز عند ذوي البصائر والألباب، ويعرف الأحاديث الصحيحة من الضعيفة، والدلائل الراجحة من المرجوحة، ويقوم بالجمع بين الأحاديث المتعارضات والمعمول بظاهرها من المؤولات، ولا يشكل عليه إلا أفراد من النادر.

وعبر ابن خلدون في المقدمة عن الفائدة الكبرى لعلم الفقه المقارن هي"**محاولة الوصول إلى حكم الله في المسألة التي تنازع فيها أهل العلم.** ولاشك أن عرض آراء العلماء في المسألة الواحدة،والتعرف إلى الأدلة التي استندوا إليها،ينير درب الباحث، ويعرفه على المسألة من زواياها المختلفة،ويجعل ترجيحه فيها دقيقاً إن أحسن النظر والفهم والاستدلال. ومن هنا فإن جهد العلماء السابقين محل تقدير وتبجيل عند العلماء اللاحقين(...) وواجبنا أن نستفيد من خلال التمرس بتلك الجهود المباركة في مواجهة المسائل المستجدة،فإن الملكة العلمية المبدعة التي تستطيع مواجهة الأحكام المستجدة بالتعرف على أحكامها هي الملكة التي أبدعت فقه ما نظر فيه الفقهاء من أحكام،وتحقيق ما اختلفوا فيه.

ويمكن اجمال هذه الفوائد في النقاط التالية:

1–**يُبيّن الفقه المقارن قيمة الفقه الإسلامي، ومدى ارتباطه بالمصادر المتولَّد عنها،** وهي الكتاب والسنَّة والإجماع والقياس، وغيرها من المصادر التبعية كالاستحسان، والمصالح المُرسلَة، والذرائع، والعُرف.

2– **يوضِّح الفقه المقارن المعنى الديني الذي يقوم عليه الفقه الإسلامي، ويتميز بذلك عن القانون الوضعية، وهي التي وضَعها الإنسان بنفسِه لنفسه؛** فهي وليدة العقل البشري، وهي قابلة للنقص والتغير والتناقض، والتبدل بتبدُّل مزاج الفئة الحاكمة، ولا توجد رقابة في تنفيذ القوانين إلا رقابة الدولة والقضاء، بينما الفقه الإسلامي يقوم على بُعدٍ عقَديٍّ إيمانيٍّ يولد الاحترام والتقدير للحكم الشرعي، ويجعل الإنسان رقيبًا على نفسه بنفسه، بالإضافة إلى رقابة الدولة والقضاء.

3–**يكشف الفقه المقارن مدى الحاجة إلى دراسة اللغة العربية، وأساليبها في البيان، وطرُق الدلالة والبلاغة؛** لأنَّ القرآن الكريم نزَل بلُغة العرب، وفهمه متوقِّف على فهم اللغة، ومعرفة أساليبها في البيان؛

بالإضافة إلى معرفة أسباب النُّزول، أو الظرف التاريخي الذي نزَل فيه النص، وكذلك معرفة الناسخ والمنسوخ، وعلم مصطلح الحديث، وعلم أصول الفقه، وآيات الأحكام، وأحاديث الأحكام، ومواقع كل منها مِن عملية الاجتهاد.

4-الفقه المقارن هو الطريق الوحيد لتقدير المذاهب الفقهية حق قدرها؛ لأنَّ المذاهب الفقهية مدارس اجتهادية تُثري الفقه الإسلامي، تتعاون ولا تتناحر، تَخدم الشريعة، ولا تَخرج عليها، تؤصِّل مبدأ احترام الرأي، والرأي الآخر، وبهذا نحفَظ التراث الإسلامي، ونُغلق الأبواب على المُغرضين والحاقدين وأعداء الشريعة الذين يُطالبون بتوحيد المذاهب، أو إلغائها أو تجميدها؛ لأن مثل هذه الدعوات تؤدي إلى إلغاء التراث، وتعطيل أحكام الشريعة، وعدم مُسايرتها، وتلبيتها لحاجة الإنسان مِن الأحكام الشرعية المتعلِّقة بأفعاله، والفقه المقارن هو صمام الأمان في ذلك، مع التركيز على طرح ما يُسمى بالتعصُّب المذهبي والتقليد الأعمى والجمود.

5-**الفقه المقارن يشجِّع ويدعم البحث العلمي والاجتهاد؛** لأن الفقه المقارن يضَع الحلول، ويقرِّر الحكم الشرعي في المسائل والمستجدات في كل مجالات الحياة؛ كالطبِّ، والهندسة، وعلوم البيئة، والزراعة، والاقتصاد، والسياسة والحرب، وهذا يتطلب تصوير المسألة من المختصين للمجتهدين في الشريعة، وهذا لا يتمُّ إلا من خلال البحوث العلمية الدقيقة للوصول إلى حكم شرعي صحيح؛ لأنَّ الحكم على الشيء فرع عن تصوره؛ بالإضافة إلى الدراسات والبحوث العلمية التي يقوم بها علماء الشريعة في المسألة مدار البحث.

المبحث الثاني: خطوات الدراسة الفقهية المقارنة (الفقه المقارن)ومصادرها.

تتطلب منهجية الدراسة الفقهية المقارنة معرفة الخطوات التي ينبغي إتباعها لتحقق الغرض منها،وأهم المصادر التي تعتمد عليها.

المطلب الأول: الخطوات المنهجية للدراسة الفقهية المقارنة

من خلال التعريف الذي سبق معنا للفقه المقارن يمكننا استنتاج الخطوات المنهجية التي تمر بها الدراسة الفقهية المقارنة، والتي تمثل في حقيقتها دعائم وأسس المقارنة الفقهية وهي:

- **تصوير المسألة وتحرير محل الخلاف**
- **عرض الأقوال في المسألة**

- **بيان أدلة الأقوال في المسألة**
- **المناقشة والردود**
- **الترجيح**

الفرع الأول : **تصوير المسألة وتحرير محل الخلاف**

إن هذه الخطوة المنهجية هي الخطوة الأساس للانطلاق في الدراسة الفقهية المقارنة؛ لأن عدم بيان الموضع الفعلي الذي لأجله دار الخلاف بين الفقهاء في المسألة الفقهية المدروسة و عدم تحديد محل النزاع بينهم يجعل المقارنة بين الآراء والمذاهب أمرا غير منطقي، ما دام موضع الخلاف غير واضح.

مثال: اتفق الفقهاء على أن مسح الرأس فرض في الوضوء، واختلفوا في القدر الذي يجب مسحه على قولين .

الفرع الثاني : عرض آراء الفقهاء في المسألة

بعد تحرير محل النزاع في المسألة الفقهية محل المقارنة، ينتقل الباحث إلى عرض آراء العلماء على اختلاف اتجاهاتهم ومذاهبهم وطرقهم في الاجتهاد، دون أن يهمل أو يغفل رأيا أو مذهبا؛ لأنه لا يتوافق و فكره أو توجهه المذهبي.

الفرع الثالث : بسط أدلة المذاهب في المسألة

في الدراسة الفقهية المقارنة لا يكفي عرض آراء العلماء والمذاهب في المسألة محل النزاع، بل لا بد للباحث من أن يبسط أدلة كل منهم، ويلتمس هذه الأدلة من مصادرهم لا مصادر غيرهم، كما يبين أوجه الاستدلال بتلك الأدلة، وما يقوم عليه الاستدلال من مناهج أصولية وقواعد شرعية.

الفرع الرابع : مناقشة أدلة المذاهب والآراء

ويتم ذلك من خلال بيان نقد كل اتجاه فقهي لأدلة الاتجاهات الفقهية الأخرى، وكذا وجوه ردهم الاستدلال بها، مع بيان الإجابات على هذا النقد إن وجدت، مع التزام الباحث كامل الحياد والموضوعية في ذلك.

الفرع الخامس: الترجيح : بعد موازنة الباحث بين أدلة الاتجاهات الفقهية المختلفة في المسألة بالنظر إلى تلك المناقشات والردود، يتوج الباحث دراسته الفقهية المقارنة بترجيح الرأي الأقوى دليلا والأسلم منهجا، أو الإتيان برأي جديد مدعم بالدليل الأرجح والحجة الأقوى.

المطلب الثاني: مصادر الدراسة الفقهية المقارنة

يتعين على الباحث في الدراسة الفقهية المقارنة الإلمام بجملة من المسائل الأساسية والتي من بينها:

1–البحث في المتون الفقهية المعتمدة في كل مذهب..

2–الاطلاع على كتب الشروح المذهبية المعتمدة لتلك المتون، للوقوف على تحليلاتها والاستدلال لها.

3–لا يقتصر البحث في مصادر المذاهب على ما سبق، بل لابد أن يتسع إلى كتب المذاهب الأخرى غير المعتمدة، أملا في الحصول على معلومات ربما لا توجد في الكتب المعتمدة.

4–الاطلاع على كتب التفسير وشروح السنة التي تهتم بالجانب الفقهي وتزخر بالدراسات والبحوث الفقهية التي يندر وجودها في كتب الفقه نفسه، متميزة في عرضها وأسلوب مناقشتها والاستنباط من أدلتها دون تعصب مذهبي، حيث يقتبس منها الباحث ما يوجهه إلى الرأي الصحيح والراجح.

5–البحث في مصادر الفقه المقارن أو ما يعرف بكتب الخلاف التي تفيده في التأكد من صحة العزو، وسلامة النقل من المصادر السابقة فيما تنسبه إلى المذاهب، فضلا عن استيفاء هذه الكتب لأدلة المذاهب وتوضح وجهة نظرهم.

6–الاطلاع على البحوث الفقهية المعاصرة في موضوع البحث، للوقوف على ما توصل إليه الباحثون في موضوع البحث، وكذا الإفادة من أسلوب العرض والمناقشة.

وفي مايلي بيان لأهم الكتب المشار إليها في الخطوات السابقة.

الفرع الأول: كتب الفقه المذهبي وكتب الخلاف

تشكل المصادر الفقهية المعتمدة في كل مذهب من المذاهب المصدر الأول والأهم من مصادر الدراسة الفقهية المقارنة، وإلى جانبها كتب الخلاف.

أولا: كتب الفقه المذهبي :يعتبر هذا النوع من المصادر المنبع الأساسي الذي يعتمد عليه الباحث في نقل الآراء الفقهية ونسبتها إلى أصحابها من أئمة المذاهب أو تلامذتهم، وفيما يلي عرض لأهم المصادر المعتمدة في كل مذهب من المذاهب الإسلامية سنية كانت أم شيعية.

1-الكتب المعتمدة في المذهب الحنفي :وأهمها:

أ-كتاب المبسوط لأبي بكر بن سهل السرخسي(ت483هـ)

ب-كتاب تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي(ت539هـ)

ج-كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين الكاساني(ت587هـ)

د-كتاب الهداية لأبي بكر المرغيناني (ت593هـ)، وشروحها المختلفة

هـ-كتاب رد المحتار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين، لمحمد أمين بن عمر المشهور بابن عابدين(ت1252هـ)

2-الكتب المعتمدة في المذهب المالكي :وأهمها:

أ-كتاب المدونة للإمام سحنون(ت240هـ)

ب-كتاب الرسالة، وكتاب النوادر والزيادات لابن أبي زيد القيرواني(ت386هـ)

ج-كتاب التلقين وكتاب المعونة للقاضي عبد الوهاب المالكي البغدادي(ت422هـ)

د-كتاب الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر(ت463هـ)

هـ-كتاب المقدمات الممهدات، وكتاب البيان والتحصيل لابن رشد الجد(520هـ)

و-كتاب عقد الجواهر الثمينة لجلال الدين بن نجم بن شاش(ت616هـ)

ح- كتاب الذخيرة لشهاب الدين القرافي(ت684هـ)، إلى جانب كتاب مختصر خليل لخليل بن إسحاق الجندي(ت 776هـ) مع شروحه التي تربو على المائة.

3-الكتب المعتمدة في المذهب الشافعي :وأهمها:

أ-كتاب الأم للإمام محمد بن إدريس الشافعي(ت204هـ)

ب- كتاب مختصر المزني، للإمام أبي إبراهيم إسماعيل بن يحي المزني(ت 264هـ) وهو صاحب الشافعي واختصر كتابه هذا من كتاب الأم.

ج– كتاب المهذب لأبي إسحاق الشيرازي(ت476هـ)، وشرحه المجموع ليحي بن شرف النووي(ت676هـ)

د–كتاب نَاية المطلب في دراية المذهب لإمام الحرمين الجويني(ت478هـ)

هـ–كتاب الوسيط في المذهب لأبي حامد الغزالي(ت505هـ)

و– كتاب منهاج الطالبين للإمام النووي، وشرحه نَاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين الرملي(ت 1004هـ)

4–الكتب المعتمدة في الفقه الحنبلي :وأهمها:

أ–كتاب مختصر الخرقي لأبي القاسم الخرقي (ت334هـ) وشرحه لأبي يعلى البغدادي (ت458هـ)

ب–كتاب المغني لموفق الدين بن قدامة (ت620هـ)، وشرحه الشرح الكبير لعبد الرحمن بن أبي عمر بن قدامة المقدسي(ت682هـ)

ج–كتاب مجموع الفتاوى لتقي الدين بن عبد الحليم بن تيمية(ت728هـ)

د–كتاب الفروع لشمس الدين بن مفلح المقدسي(ت763هـ)

هـ– كتاب الإقناع لشرف الدين الحجاوي(ت 968هـ)، وشرحه كشاف القناع عن متن الإقناع لمنصور بن يونس البهوتي(ت 1051هـ)

5–كتب الفقه الظاهري والشيعي :وأهمها:

أ– بالنسبة للفقه الظاهري نجد كتاب المحلى بالآثار لابن حزم.

ب– والفقه الشيعي نجد الشيعة الإمامية والشيعة الزيدية، أما بالنسبة للشيعة الإمامية فمن أهم مصادرهم:

*كتاب من لا يحضره الفقيه لأبي جعفر محمد بن علي بن الحسين بن موسى القمي(ت 381هـ)

*كتاب الاستبصار فيما اختلف فيه من الأخبار لأبي جعفر محمد بن علي الطوسي(ت460هـ)

*كتاب الانتصار لعلي بن الحسين الشريف المرتضى(ت436هـ)

*شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام لأبي القاسم جعفر بن الحسين الهذلي المعروف بالمحقق

الحلي(ت676هـ)، وأيضا كتابه المختصر النافع.

*الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للإمام زين الدين بن علي العاملي الجبعي(ت 966هـ)

ج– أما مصادر الشيعة الزيدية فمن أهمها:

*كتاب المجموع للإمام زيد بن علي زين العابدين بن الحسين بن علي(ت122هـ)

*كتاب البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لأحمد بن يحي المرتضى(ت840هـ)

*كتاب الأزهار في فقه الأئمة الأطهار، وكتاب الأنوار في أدلة الأزهار لنفس المؤلف(المرتضى)

*السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار لمحمد بن علي الشوكاني(1250هـ)

ثانيا: كتب الخلاف :وهي من أهم مظان المسائل الفقهية الخلافية، ومن أهمها:

1–اختلاف العلماء لأبي عبد الله محمد بن نصر المروزي (ت 294هـ)

2–اختلاف الفقهاء لابن جرير الطبري (ت 310هـ)

3–الإشراف على مذاهب العلماء لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر(ت 318هـ)

4–الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب بن نصر المالكي(ت422هـ)

5–تأسيس النظر لأبي زيد الدبوسي(ت430هـ)

الفرع الثاني: كتب التفسير و كتب شروح الحديث المهتمة بالفقه المقارن :ومن أهم هذه الكتب:

أولا:كتب التفسير :وأشهرها:

1–كتاب أحكام القرآن للجصاص الحنفي(ت370هـ)

2–كتاب أحكام القرآن لأبي محمد القرطبي المالكي(ت340هـ)

3–كتاب أحكام القرآن لابن العربي المالكي(ت543هـ)

4–كتاب أحكام القرآن لصاحبه إلكيا الهراسي الشافعي(ت504هـ)

5–كتاب الجامع لأحكام القرآن لأبي عبد الله الأنصاري المالكي(ت671هـ)

ثانيا: كتب شروح الحديث :ومن أهمها وأشهرها:

1–شروح صحيح البخاري(ت256هـ) ومنها: كتاب فتح الباري لابن حجر العسقلاني(ت852هـ)، وكتاب عمدة القارئ لبدر الدين العيني(ت855هـ)، وكتاب إرشاد الساري

للقسطلاني(ت923هـ)

2–شروح صحيح مسلم(ت261هـ) ومنها: كتاب المعلم بفوائد مسلم للمازري(ت536هـ) وكتاب المنهاج شرح صحيح مسلم للنووي(ت676هـ)

3–شروح السنن خاصة منها: عارضة الأحوذي لابن العربي المالكي(ت543هـ)، وكذا تحفة الأحوذي للمباركافوري(ت1353هـ)

4–كتاب شرح معاني الآثار للطحاوي(ت221هـ)، وكتاب الاستذكار لابن عبد البر(ت463هـ) وكتاب المنتقى لأبي الوليد الباجي(ت474هـ)، وسبل السلام للصنعاني(ت1182هـ)، ونيل الأوطار لعلي بن محمد الشوكاني(ت1250هـ)، وغيرها من شروح الحديث.

الفصل الثالث : منهجية الدراسة الأصولية المقارنة(أصول الفقه المقارن)

قبل بيان منهجية الدراسة الأصولية المقارنة، لا بد من التعريف بها وبالمصطلح الذي يطلق عليها عند علماء الشريعة، ثم نبين منهجيتها، ولأن هذه المنهجية مرتبطة ارتباطا وثيقا بمناهج الأصوليين سنتعرض لما باختصار.

المبحث الأول: التعريف بالدراسة الأصولية المقارنة ومنهجيتها:

يطلق علماء الشريعة على الدراسة الأصولية المقارنة مصطلح" أصول الفقه المقارن،" لذلك سنعرف به ثم نتناول منهجيته.

المطلب الأول: التعريف بأصول الفقه المقارن :مصطلح أصول الفقه المقارن مركب من" أصول الفقه" و" المقارن" ولتعريفه لا بد من التعريف بمركبيه:

أولا: التعريف بأصول الفقه :مصطلح أصول الفقه بدوره مركب من لفظتي: أصول وفقه.

–**الأصول لغة واصطلاحا** :أما الأصول في اللغة فهي جمع مفردها أصل، وهو في اللغة أسفل الشيء، وأساسه الذي يقوم عليه، ومنشؤه الذي ينبت منه، وأصول العلوم قواعدها التي تبنى عليها الأحكام، فالأصل ما يبنى عليه غيره وهو أكثر معنى رجحه أهل العلم.

أما اصطلاحا: الأصل في الاصطلاح يطلق ويراد به أحد المعاني التالية:

أ –**الدليل** :كقولنا الأصل في التيمم الكتاب لقوله تعالى))**:فَتَيَّمموا صَعِيدًا طَيِبًا** ((الآية ، أي أن الدليل في مشروعية التيمم الكتاب.

ب –**الرجحان** :لقولهم الأصل في الكلام الحقيقة، أي الراجح عند السماع هو الحقيقة لا المجاز.

ج –**القاعدة الكلية المستمرة** :كقولهم إباحة الميتة للمضطر خلاف الأصل، أي على خلاف القاعدة المستمرة، كما يقال أن " الأمور بمقاصدها" أصل من أصول الشريعة، أي أنَا قاعدة من قواعدها.

د –**الصورة المقيس عليها** :وهي أحد أركان القياس، إذ لا بد من أصل يقاس عليه، وفرع يلحقه حكم الأصل.

هـ –**المستصحب** :فيقال لمن استيقن الطهارة وشك في الحدث الأصل الطهارة، أي تستصحب الطهارة حتى يثبت حدوث نقيضها، وكقولهم الأصل في الأشياء الإباحة، أي يستصحب حكم الإباحة حتى يأتي ما يحرم.

ولعل المعنى الأول هو المراد من كلمة الأصل في أصول الفقه، لمناسبته لما قلناه من أن الأصل لغة ما يبنى عليه غيره، فالدليل هو ما يبنى عليه الحكم، فأصول الفقه أدلته.

ثالثا: التعريف بأصول الفقه المقارن

عّرف بأنه ":" تقرير آراء الأصوليين في المسائل الخلافية، بعد تحرير محل النزاع فيها مقرونة بأدلتها ووجوه الاستدلال بها، ومناقشة هذه الأدلة أصوليا والموازنة بينها لترجيح ما هو أقوى دليلا، أو أسلم منهجا، أو الإتيان برأي جديد مدعم بالدليل،" أو هو": القواعد التي يرتكز عليها قياس استنباط الفقهاء للأحكام الشرعية الفرعية، أو الوظائف المجعولة من قبل الشارع أو العقل عند اليأس من تحصيلها، من حيث الموازنة والتقييم".

وعليه فالمراد بأصول الفقه المقارن استعراض آراء الأصوليين في مسألة معينة، مع الموازنة بينها على أساس من القرب من الأدلة والبعد عنها، فتكون مهمة المقارن في الأصول هي مقابلة آراء الأصوليين مدللة بأدلتها في مسألة خلافية لأجل الوصول إلى الرأي الأقوى دليلا والأسلم منهجا واستدلالا.

المطلب الثاني: منهجية الدراسة الأصولية المقارنة(أصول الفقه المقارن)

هي نفسها خطوات منهجية الفقه المقارن إلا أن موضوعها المسائل الأصولية الخلافية، ونختصرها فيمايلي:

أولا: تحرير محل النزاع في المسألة الأصولية :من خلال بيان الموضع الفعلي الذي وقع فيه الخلاف بين الأصوليين.

ثانيا: عرض مذاهب وآراء الأصوليين في المسألة :وأغلب المسائل الخلافية بين الأصوليين ارتبطت بمنهج المتكلمين الذي يمثله الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، ومنه الفقهاء الذي يمثله الأحناف.

ثالثا: بسط أدلة الآراء والمذاهب :والتي يلتمسها الباحث من مصادر علماء الأصول، والتي سيأتي بيانَا في مصادر المناهج الأصولية.

رابعا: مناقشة الأدلة والردود :من خلال إيراد ما وجهه كل اتجاه أصولي للاتجاه الآخر من مناقشات، مع ذكر الإجابات والردود على النقد الموجه لكل الاستدلالات.

خامسا: نوع الخلاف و الترجيح :تتوج الدراسة الأصولية المقارنة ببيان نوع الخلاف بين الأصوليين في المسألة محل النزاع وإن كان لفظيا لا أصر له في الفروع، أو معنويا له أثره في الفروع، ثم بيان الراجح في المسألة سواء ترجيح أحد الآراء أو المذاهب، أو التوفيق بينها، أو الإتيان برأس جديد يستند إلى الدليل الأقوى.

المبحث الثاني: مناهج الأصوليين ومصادرهم

سنتناول في هذا المبحث أهم المناهج الأصولية التي ارتبطت بها المسائل الخلافية بين علماء الأصول، وهي: منهج المتكلمين ومنهج الفقهاء والمنهج الجامع بينهما.

المطلب الأول: مدرسة المتكلمين

الفرع الأول :التعريف بمدرسة المتكلمين وتسميتها

هي المدرسة الأصولية التي اهتمت بتقرير القواعد الأصولية ووضع المقاييس مع الاستدلال العقلي ما أمكن، مجّردة للمسائل الأصولية عن الفروع الفقهية ومن غير نظر إلى مذهب بعينه، فهي المدرسة التي تقوم على منهج نظري تجريدي.

وتسمى هذه المدرسة بمدرسة المتكلمين، لأنّ أغلب من ألفوا على طريقتها من المتكلمين، إذ وجدوا في علم أصول الفقه ما يتلاقى مع دراستهم ومنهجهم العقلي، ونظرهم إلى الحقائق المجردة، لذلك سلكوا في مصنفاتهم منهج علم الكلام معتزلة و أشاعرة، وهي أصح تسمية لهذه المدرسة .وتسمى أيضا بمدرسة الشافعية ؛لأنّ الشافعي أول من كتب على طريقتها من وجهة نظر من ذهب إلى ذلك.

الفرع الثاني : منهج مدرسة المتكلمين

إن منهج مدرسة المتكلمين الأصولية يقوم على الأسس التالية:

1- تحقيق القواعد الأصولية تحقيقا نظريا تجريديا بعيدا عن تأثير الفروع الفقهية، خلافا للفقهاء الذين جاءت قواعدهم مستوحاة من الفروع، وهو ما يجعل منهج هذه المدرسة نظريا تجريديا، مما ترتب عنه أن جاءت القواعد الأصولية عندهم حاكمة والفروع محكومة.

2- العناية بوضع الحدود والتعريفات، فقد عنى منهج هذه المدرسة بوضع الحدود والتعريفات للمصطلحات الأصولية التي يتناولونَا، وهي المصطلحات الخاصة بأصول الفقه، حتى أن بعضهم صنف كتبا خاصة بتعاريف المصطلحات الأصولية كما فعل " أبو الوليد الباجي" في كتابه " الحدود في الأصول".

3- الاعتماد على الاستدلال على آرائهم الأصولية وخاصة منه الاستدلال العقلي، وذلك بحشد الأدلة والبراهين النقلية والعقلية على صحة آرائهم وضعف آراء مخالفيهم، معتمدين في ذلك منهج الجدل في مختلف مسالكه العلمية والمنطقية، مستخدمين أسلوب الفنقلة، أين يديرون حوارا بينهم وبين مخالفيهم بقولهم": فإن قالوا...قلنا..." أو " إن قلتم ...قلنا"...

4- الاعتماد على المباحث الكلامية الغريبة على علم الأصول، وهذا من خلال تأثر منهج هذه المدرسة بمنهج علم الكلام، حيث تناول مؤلفوها الكثير من القضايا النظرية التي ليس لها تطبيقات عملية، كمسألة حكم الأفعال قبل ورود الشرع، الحسن والتقبيح العقليين...لذلك اعتبر الكثير من العلماء أن المنهج هو القاسم المشترك بين علم الأصول وعلم الكلام، إذ يكاد يكون متطابقا بينهما، خاصة في ما تعلق بالأسس المنهجية المعتمدة في كليهما، أو نوع الأدلة المستخدمة في البرهنة والتي زاحمت فيها الأدلة العقلية الأدلة النقلية.

الفرع الثالث : مصادر مدرسة المتكلمين

هناك كتب أربعة تعد أصول طريقة المتكلمين، وهي:

- كتاب" العمد"لعبد الجبار الهمذاني(415هـ)

- وكناب"المعتمد" لأبي الحسين البصري(436هـ)

- وكتاب"البرهان" للجويني(478هـ)

-وكتاب" المستصفى" للغزالي(505هـ)

واعتبرت أصولا لهذه المدرسة؛لأن ما أُلّف بعدها جاء تلخيصا لها ككتاب "المحصول"للرازي(606هـ) وكتاب "الإحكام" للآمدي(631هـ) ثم هذان الكتابان توالت عليها الاختصارات، فاختصر كناب الرازي سراج الدين الأرموي(682هـ) في "التحصيل"، وتاج الدين الأرموي(656هـ) في الحاصل، أما كتاب الآمدي فاختصره ابن الحاجب(646هـ) في "المختصر الكبير."

ولقد نص العلامة" ابن خلدون" على أن هذه الكتب هي قواعد علم الأصول وقواعده فقال :"وكان من أحسن ما كتب فيه المتكلمون كتاب البرهان لإمام الحرمين و المستصفى للغزالي وهما من الأشعرية، وكتاب العمد لعبد الجبار وشرحه المعتمد لأبي الحسين البصري وهما من المعتزلة، وكانت الأربعة قواعد هذا الفن وأركانه".

المطلب الثاني: منهج مدرسة الفقهاء

سنتناول التعريف بها وتسمياتها، ثم نبرز خصائص منهجها وأهم مصنفاتها

الفرع الأول : التعريف بمدرسة الفقهاء وتسمياتها

هي مدرسة الطريقة التي سارت باتجاه التأثر بالفروع وإثبات سلامة الاجتهاد فيها، فهي تقرر القواعد الأصولية على مقتضى ما نقل من الفروع عن أئمة المذهب، مدعين أنَا القواعد التي لاحظها أولئك الأئمة عندما فرعوا الفروع، وعليه فأصول هذه المدرسة متأخرة عن استنباط الفروع.

تسمى هذه المدرسة بطريقة الفقهاء، كما تسمى بطريقة الحنفية .

أ –مدرسة الفقهاء :سميت هذه المدرسة بمدرسة الفقهاء وذلك لشدة تعلقها بالفرع الفقهي وإخضاع الأصل أو القاعدة له، يقول" ابن خلدون :" " إن كتابة الفقهاء (الحنفية) في أصول الفقه أمس بالفقه، وأليق

بالفروع لكثرة الأمثلة فيها" .

ب –مدرسة الحنفية :وتسمى أيضا هذه المدرسة بمدرسة الحنفية؛ لأنَم هم الذين كتبوا في أصول الفقه على نَهجها، خاصة وأن غالب أصحاب هذه الطريقة من متأخري الحنفية الذين اشتهروا بالتعصب لمذهبهم والدفاع عنه، والشهادة بسلامة فروعه وأن له أصولا مسبقة، وذلك حينما لم يجدوا لأئمتهم قواعد أصولية مدونة كما فعل الشافعي، ثم صارت هذه القواعد والأصول أداة للدفاع عن مذهبهم في مقام الجدل والمناظرة بينهم وبين أتباع المذاهب الأخرى.

مع أن هناك من العلماء من جعل ما شاع حول تسمية هذه المدرسة بمدرسة الأحناف فقط غير صحيح؛ لأن فقهاء المذهب الحنفي كغيرهم من فقهاء المذاهب ليس لهم اختصاص بهذه المدرسة دون غيرهم، وبالتالي فالتسمية الأولى أنسب وأصح لهذه المدرسة.

الفرع الثاني : خصائص منهج مدرسة الفقهاء

سلكت هذه المدرسة مسلكا مغايرا لمسلك مدرسة المتكلمين، حيث يقوم على تقرير القواعد الأصولية على مقتضى ما نقل من الفروع الفقهية عن أئمة المذهب، حيث أن هؤلاء العلماء وضعوا القواعد التي رأوا أن أئمتهم لاحظوها في اجتهاداتهم واستنباطهم للأحكام، حتى أنَم إذا وجدوا قاعدة تتعارض مع بعض الفروع المقررة في المذهب، عمدوا إلى تعديلها بما يتفق والفروع الفقهية، لذا سميت بطريقة الفقهاء، ولذلك جاء منهجهم يتميز بالخصائص التالية:

1–منهج مدرسة الفقهاء منهج عملي؛ لأنه قائم على ربط الأصول بالفروع، إذ أن تقرير القواعد الأصولية وإثباتها يكون على مقتضى الفروع الفقهية في المذهب، وعليه كان منهجها في تأصيل القواعد هو منهج الاستقراء والتتبع للفروع من خلال اجتهادات أئمة المذهب.

2–وفرة الأمثلة والتطبيقات على القاعدة الأصولية وهي من أهم خصائص منهج مدرسة الفقهاء، وبالتالي خلت قواعدهم من المباحث النظرية المجردة التي وجدت عند المتكلمين، وعليه ابتعد منهجهم عن الاستدلالات المنطقية والعقلية.

3–قارب منهجها بين الأصول والفقه،حيث كان من خصائص هذه المدرسة أيضا أن ربط منهجها الفقه

بأصوله، ومزج بينهما بأسلوب مفيد، فجاءت طريقتهم أقرب للفقه وصنيع الفقهاء.

4–نشأ هذا المنهج دفاعا عن مذهب الحنفية،فكان ذلك من أهم ما يميز هذه المدرسة، لذلك فقد جاءت طريقتهم استنباطا للقواعد التي يبنى عليها مذهبيهم ودافعوا عنها، فأصبحت مقاييس مقررة وليست مقاييس حاكمة.

الفرع الثالث :مصادر مدرسة الفقهاء :

من أهم المؤلفات والكتب التي صنفت على طريقة الفقهاء ما يلي:

1–كتاب" مآخذ الشرائع " لأبي منصور الماتريدي(330ه).

2–رسالة الكرخي في الأصول، لأبي الحسن بن الحسن الكرخي(340ه) .

3–كتاب" أصول الجصاص" لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص(370ه) .

4–كتاب"تأسيس النظر" لأبي زيد الدبوسي(430ه)

5–كتاب"كنز الوصول إلى معرفة الأصول" لفخر الإسلام أبو الحسن البزدوي(482ه)

6–كتاب "أصول السرخسي" لأبي بكر محمد بن سهل السرخسي(490ه) .

7–كتاب" منار الأنوار" لأبي البركات حافظ الدين النسفي(710ه) .

المطلب الثالث: المدرسة الجامعة بين الطريقتين

سنعرف بها وبتسمياتها، ثم نتناول خصائص منهجها وأهم المؤلفات على طريقتها، ونشير في الأخير إلى الطرق التي انبثقت عن الطريقة الجامعة، وتفصيل ذلك فيما يلي:

الفرع الأول : التعريف بالمدرسة الجامعة وتسمياتها:

إن النقد الذي تعرضت له الطريقتان السابقتان(المتكلمون –الفقهاء) هو الأمر الذي حدا ببعض المؤلفين أن يأتي بطريقة تجمع فضائل ما يكون في الطريقتين، وتتجنب ما كان موجها إليها من نقد، وبذلك ظهرت الطريقة الجامعة بين المتكلمين والفقهاء في نَهاية القرن السابع الهجري.وسميت هذه

الطريقة بالطريقة الجامعة؛ لأنهَا جمعت بين طريقة المتكلمين وطريقة الفقهاء، حيث حاولت أن تجمع بين فضائل المدرستين وتتجنب ما وجه إليهما من نقد، كما سميت بطريقة المتأخرين؛ لأن من ألفوا على نَهجها هم من المتأخرين.

الفرع الثاني : خصائص منهج المدرسة الجامعة

نظرا لأن المؤلفين على هذه الطريقة حرصوا على الأخذ بمزايا كل من طريقة المتكلمين وطريقة الفقهاء، جاء منهج هذه المدرسة معتمدا على الجمع بين مزايا المنهجين السابقين، فنظروا إلى طريقة استنباط الحكم عند المتكلمين باستخدام القاعدة الأصولية بعد إثباتها بالدليل، ثم إعطاء الفرع حكمها، وطريقة الفقهاء باستنباط القاعدة من الفروع الفقهية التي قال بها أئمتهم، وبذلك جمع منهجهم بين خدمة القواعد الأصولية بإثباتها بالدليل وتحقيقها، وخدمة الفقه بذكر الفروع العملية وتطبيق القواعد الأصولية عليها.وبذلك جاء منهج المدرسة الجامعة سليما مفيدا قائما على الأدلة النقلية الصحيحة والحجج العقلية السليمة، التي تمنح الاستقلال في الحكم وتيسر تطبيق القواعد الأصولية على ما جد من قضايا، وبذلك اتبع هذه الطريقة مؤلفون من المذاهب الأربعة؛ لأن منهجها تميز بخاصيتين أساسيتين هما:

1–خدمة تمحيص القواعد والأدلة الأصولية وذلك من خلال البحث في مذهب المتكلمين وتجريد علم الأصول مما علق به من الإغراق في العقليات والغوص في الجدليات، فاهتموا بجواهره ودرره وأكثروا من بناء المسائل الأصولية على الأدلة النقلية والقواعد الشرعية.

2–خدمة الفقه وبيان الفروع الفقهية، إذ عمد مؤلفوا هذه الطريقة إلى الإكثار من المسائل الفقهية والتطبيقات العملية للقواعد الأصولية، كما حرصوا على الشرح والإيضاح والتحرر من التعصب المذهبي.

الفرع الثالث: مؤلفات الطريقة الجامعة

من أهم المؤلفات التي صنفت على الطريقة الجامعة بين المتكلمين والفقهاء ما يلي:

01–كتاب" بديع النظام الجامع بين أصول البزدوي والإحكام، لمظفر الدين أحمد بن علي الساعاتي الحنفي(694هـ،) والذي جمع فيه بين كتاب البزدوي الحنفي و الآمدي الشافعي.

2–كتاب" تنقيح الأصول" وشرحه" التوضيح" لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود البخاري الحنفي) 747هـ،) والذي جمع فيه بين ثلاثة كتب هي: "أصول البزدوي"(حنفي،) و"المحصول" للرازي الشافعي، والمختصر لابن الحاجب المالكي.

3–كتاب"جمع الجوامع" لتاج الدين بن علي السبكي الشافعي(771هـ،) ويقال أنه استمد كتابه مما يقرب من مائة مصنف، فسمي "جمع الجوامع."

4–كتاب" التحرير في أصول الفقه" لكمال الدين بن الهمام(861هـ)، وهو صاحب" فتح القدير" في الفقه.

5–كتاب" مسلم الثبوت" لمحب الله بن عبد الله الشكور الهندي الحنفي(11189هـ،) مع شرحه "فواتح الرحموت" لعبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري(1225هـ

الفصل الرابع : منهجية الدراسة القانونية المقارنة

سنتناول في هذا الفصل التعريف بالدراسة القانونية المقارنة وأهميتها وأساليبها وتطورها التاريخي ، ثم منهجيتها وأهم مصادرها.

المبحث الأول: الدراسة القانونية المقارنة؛تعريفها،نشأتها وتطورها،أهميتها،أساليبها.

يطلق علماء القانون على الدراسة القانونية المقارنة مصطلح " القانون المقارن "، لذلك سنقوم بتعريفه من خلال التعرض لتعريف مركبيه: القانون والمقارن لنصل إلى تعريف المركب الإضافي.ثم نعرج على نشأته وتطوره ،لنصل في الأخير لبيان اهميتها في مجالي القوانين النظرية والعملية وأهم أساليب المقارنة.

المطلب الأول: التعريف بالقانون المقارن لغة وا اصطلاحا

أولا: القانون لغة :قيل أن أصل كلمة" قانون " يوناني، ويعني العصا المستقيمة، ثم تم تعريبها فأصبحت تطلق بمعنى الاستقامة والاستقرار والاطراد، كما تعني مقياس كل شيء.

ثانيا: القانون اصطلاحا :يطلق مصطلح القانون ويراد به "كل أمر كلي ينطبق على جميع جزئياته التي نتعرف أحكامها منه"، وهذا المعنى الاصطلاحي ينطبق على جميع مجالات العلوم طبيعية.

القانون المقارن ليس مجموعة من قواعد القانون التي تنظم حياة المجتمع، ولا فرعا من فروع القانون العام أو الخاص، ولكنه دراسة قانونية أو بحث قانوني يقوم على أساس المقارنة بين قانونين أو أكثر، مهما كانت التسمية التي اختارها الباحثون له، سواء سُم ي القانون المقارن، مقارنة القوانين، الطريقة المقارنة أو التشريع المقارن.

ومرّد اختلاف الفقهاء والباحثين في تسمية القانون المقارن هو اختلافهم في تحديد وظيفته وطبيعته، وقد نتج عن الاختلاف في التسمية اختلاف في تعريف القانون المقارن بين من يعتبره علما مستقلا بذاته، غايته توحيد الشرائع والنظم الحديثة وتحسينها ومن يراه طريقة مقارنة تُستخدم لتوضيح الحلول الواردة في القوانين الوضعية.

ثالثا:تعريف القانون المقارن

يعرّف القانون المقارن comparative law بأنه: فرع من العلوم القانونية، يقصد به استعمال الطريقة المقارِنة في دراسة النُظم و النصوص القانونية لبلدان عدة، وذلك بهدف حسن تفهّم القوانين الوطنية وتطويرها، ومن ثم الوصول إلى توحيد دولي للقواعد القانونية.

وتسمية «القانون المقارن» حديثة العهد، ترجع إلى ما يقرب من مئة عام، وهي تسمية اصطلاحية؛ لأنها لا تدل على ما توحي إليه، فهي توحي أنها مجموعة قواعد كسائر فروع القانون الوضعي، في حين أنها ليست كذلك، فالقانون المقارن ليس مجموعة من القواعد تنظم نشاطاً معيناً كالقانون المدني أو القانون التجاري، فكل ما يدل عليه هذا التعبير الاصطلاحي أنه دراسة قانونية أو بحث قانوني يقوم على المقارنة بين قانونين أو أكثر.

المطلب الثاني: تطور الدراسة القانونية المقارِنة

بتعقّب تطور الدراسة المقارِنة عبر العصور يلحظ أن لها جذوراً تاريخيةً، فقد اتبعها فلاسفة اليونان، كما فعل أفلاطون في كتابه: «حوار في القوانين» الذي قارن فيه بين قوانين عصره.

وفي القرن السابع عشر ظهرت في أوربا فكرة القانون العالمي من قبل الفقهاء الألمان الذين نادوا بالبحث عن الأفكار المشتركة للقوانين ومقارنتها ومن ثم استخلاص القانون العالمي.

وفي النصف الثاني من القرن التاسع عشر نشطت الدراسة المقارنة بسبب عاملين هما: تطور مناهج البحث العلمي.و قيام الثورة الصناعية، وتطلّع الدول إلى ما وراء حدودها لاستصلاح تشريعها، واقتناعها بأن قانونها الوطني لا يمكن أن يبقى منعزلاً أو أن يتخذ شكلاً نهائياً، بل لابد أن يتأثر بالقوانين الأخرى وأن يقتبس منها، كما لابد أن يتبدل ليجاري التطور العالمي.

وتعد المرحلة السابقة مرحلة تمهيدية لتأسيس القانون المقارن، أما المرحلة التأسيسية فقد بدأت في مطلع القرن العشرين وذلك في المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي عقد في باريس عام 1900م، و الذي يعد تاريخ ميلاد للقانون المقارن، إذ زادت أهميته بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية، فغدا عنصراً أساسياً لكل علم قانوني أو ثقافة قانونية.

المطلب الثالث :أهمية القانون المقارن

رغم تشكيك البعض في أهمية القانون المقارن إلا أنه أصبح يعتبر لدى الكثير من الباحثين في هذا المجال عنصرا أساسيا في كل علم قانوني أو ثقافة قانونية، وتبرز أهميته في مجال العلوم القانونية النظرية وفي مجال القوانين العملية.

الفرع الأول :فوائد القانون المقارن في مجال العلوم القانونية النظرية

يقصد بالعلوم القانونية النظرية تاريخ القانون، فلسفة القانون، النظرية العامة للقانون وعلم اجتماع القانون، وهي مجالات تتجلى من خلالها فكرة القانون من حيث نشأته، تطوره وتأثير مختلف الظروف فيه، إضافة إلى معرفة غاياته، مصادره وتقسيماته.

أولا: تاريخ القانون :تؤدي الدراسة في مجال تاريخ القانون إلى معرفة مفاهيم القانون من حيث أصولها ومدى ارتباطها بالمعتقدات المحلية، مما يساعد على التعمق في فهم بعض النظم والقواعد القانونية

العتيقة .

ثانيا: النظرية العامة للقانون

تهدينا الدراسة المقارنة في مجال النظرية العامة للقانون إلى معرفة أصل تقسيمات القانون وسبب التمييز بين أقسامه وفروعه، وبيان خصائصه ومفاهيمه التي يتميز بها عن خصائص ومفاهيم القوانين المقارنة.

ثالثا: فلسفة القانون :تحقق الدراسة في مجال فلسفة القانون فوائد من جانب تفسير العلاقة بين القانون والمذاهب الفلسفية والاعتقادات الدينية، وكذا مدى تأثير القواعد الأخلاقية فيه، وال كشف عن كل ما يباعد أو يقارب بين الأنظمة القانونية بحسب التوجهات الفلسفية التي تغذيها .

رابعا: علم الاجتماع القانوني

تبين الدراسة المقارنة في هذا المجال أثر الظروف الاجتماعية الخاصة بكل نظام قانوني، ومدى ارتباط حركة القانون بالظواهر الاجتماعية، وتكشف مدى إمكانية إحاطة القاعدة القانونية بالظاهرة الاجتماعية أو إفلاتها منها بسبب قصور تلك القاعدة وعدم مراعاتها للجوانب المتطورة لتلك الظاهرة

الفرع الثاني: فوائد القانون المقارن في مجال القوانين ا لعملية

يقصد بالقوانين العملية فروع القانون وما تتضمنه من قواعد لتنظيم حياة الأشخاص على المستويين الوطني والدولي.

أولا: على المستوى الوطني

تساهم الدراسات المقارنة في مجال القوانين الوضعية على المستوى الوطني في فهم أفضل للقانون الوطني، واكتشاف بعض ما قد يعتريه من عيوب وثغرات، وإدراك أفكاره الكامنة، خاصة حينما يكون القانون الوطني مقتبسا من قوانين أخرى أكثر تطورا.

وانطلاقا من هذا السياق، يمكن للمشرع أن يستفيد من تجارب الدول الأخرى من خلال الدراسة المقارنة لأنظمتها القانونية، فيتمكن من إصلاح عيوب مختلف فروع القانون الوطني وسد ما بها من ثغرات وإكمال ما بها من نقص.

ويمكن للفقه من خلال الدراسات المقارنة التي يجريها أن يكون رائدا للمشرع في مجال إصلاح القانون الوطني، يمهد له سبل صنع القواعد القانونية الأصلح للمجتمع .

ثانيا: على المستوى الدولي

يحقق القانون المقارن على المستوى الدولي فوائد مهمة، تتجلى أساسا في مساهمته في التقريب بين الشعوب وحسن التفاهم والتعاون بينها، وفي سبيل تحقيق هذا الهدف دعا الفقيه الفرنسي لامبير)

Lambert(في المحاضرة الافتتاحية للموسم الجامعي إلى جعل القانون المقارن وسيلة اتصال بين القوانين الوطنية لتكوين ضمير قانوني، عالمي تؤدي إلى جعل القانون أداة تفاهم بين الشعوب لتتمكن من الاتفاق فيما بيها كما يقوم بتوثيق العلاقات بين الدول من خلال دوره الهام في إعداد المعاهدات، إبرامها وتفسيرها، فضلا عن أهميته المتميزة في المفاوضات بين الدول، لأن معرفة القانون الأجنبي تساهم في معرفة وإدراك وجهة نظر الطرف الآخر وإعداد الحجج التي تكفل نجاح التفاوض

المطلب الرابع : أساليب القانون المقارن

أولا– المقابلة: وهي أن يضع الباحث الأحكام التي تُعالج موضوعاً واحداً في قوانين مختلفة جنباً إلى جنب حيث يُقابل بعضها بعضاً، فيتعرف بذلك على مواضع التشابه والاختلاف بينها.

ثالثا– المقاربة: وهي أن يدرس الباحث وجوه التقارب بين القوانين التي تعتمد على مصادر قانونية مشتركة وبالتالي خضوعها لمنهج قانوني واحد.

ثالثا– المضاهاة: وتقوم على بيان أوجه التباين والاختلاف بين منهجين قانونيين. (الطرائق الثلاثة السابقة تقوم على تقرير ما هو كائن فعلاً من وجود تشابهٍ أو تباينٍ بين قوانين عدة).

رابعا– الموازنة أو المقارنة: و تقوم على منهج معين يساعد على استخلاص نتائج نتعرّف بها إلى القانون الأفضل بعد دراسة أسباب التقارب والاختلاف في ضوء الظروف المحيطة بكل قانون. و هذا المنهج يفرض على الباحث اتباع الخطوات الآتية:

أ. تجزئة النص الأجنبي (أي تحليله) ومن ثم دراسته، وبعد ذلك ينتقل الباحث إلى دراسة المنهج الكامل لهذا القانون. مثال ذلك: أن دراسة البنوة الشرعية تتطلب دراسة القواعد و الأحكام و النصوص المتعلقة بالولد الشرعي ومن ثم ينهي الباحث خطته بدراسة نظام الأسرة ككل.

ب . يستخلص الباحث الروابط بين القواعد القانونية المختلفة و ما يوجد بينها من تشابه و اختلاف، ويوضح أسبابه، وينقده، ثم يصدر حكمه بتقييمه.

ث . معرفة القانون الأجنبي معرفة موضوعية كاملة، بالتعرّف على تقسيماته ومصادره، مع الإحاطة بتطبيقاته.

ت . معرفة لغة القانون الأجنبي ومصطلحاته، ومن ثم تحديد مفهوم هذه المصطلحات إذا لم يكن لها مقابل في القانون الوطني.

ج . هناك عوامل سياسية واقتصادية واجتماعية وتاريخية تسهم في تكوين القانون الأجنبي، وعلى الباحث أن يتحراها ويدرس تأثيرها في تحديد المفاهيم القانونية.

ح . حين يباشر الباحث عمله بعد تحصيل ما تقدم، يترتب عليه أن يقوم بدراسته بروحٍ موضوعيةٍ.

وثَم مؤسسات تعنى بالقانون المقارن في العديد من الدول منها معهد القانون الدولي والمقارن (إنكلترا) والمركز الفرنسي للقانون المقارن (ألمانيا) والتجمع الدولي للمؤسسات القانونية(الولايات المتحدة).

المبحث الثاني: منهجية الدراسة القانونية المقارنة ومصادرها

نبرز أولا الخطوات المنهجية للدراسة المقارنة، ثم نبين أهم مصادرها و مظانَا.

المطلب الأول: منهجية الدراسة القانونية المقارنة

إذا سبق معنا أن الدراسة القانونية المقارنة هي جهد فكري منظم يقصد إلى دراسة موضوع قانوني وفقا لتنظيمه في نظامين قانونيين أوأكثر عن طريق تجميع وتنظيم جوانبه العلمية المختلفة ضمن عدد محدود من الأقسام المتجانسة، ومن ثم القيام بالتحليل العلمي الدقيق للمعلومات المتعلقة به والمقارنة بينها كما وردت في النظم القانونية محل البحث قصد حل المشكلة البحثية المطروحة، فإن الطريقة المنهجية للدراسات القانونية المقارنة تمر بالخطوات والمراحل التالية:

أولا:اختيار عينات المقارنة

إن الكم الهائل من القوانين الأجنبية يحول لا محالة دون إمكانية معالجة أي مسألة قانونية مهما كانت دقتها وتناهيها في الصغر، ناهيك عن الاختلاف اللغوي والاصطلاحي بينها، واختلاف البنى القانونية والتمايز الحضاري، لذا فإن أول مشكلة تصادف الباحث في الدراسة المقارنة هي كيفية اختيار عينات المقارنة، وكثيرا ما نجد في البحوث المقارنة اختيارا عشوائيا للقوانين محل المقارنة دون أي ضابط للاختيار.

من هنا فالباحث يجب أن يختار القوانين الأجنبية للمقارنة بغية تحقيق غاية محددة، وليس مجرد استعراض النصوص أو القوانين وتكديسها من أجل استعراض قدرة الباحث على ترجمة النصوص ونقلها، وإذا كانت الخطوة الأولى في الدراسة القانونية المقارنة هي تحديد عينات القوانين محل المقارنة، فإن المشتغلين بالقانون المقارن اختلفوا بخصوص المواصفات المطلوبة في القوانين المقارنة بين من يرى المقارنة تكون بين القوانين المتقاربة حضاريا، وبين من يرى المقارنة بين قوانين العائلة القانونية الواحدة، وبين من يرى المقارنة بين قوانين من عائلات قانونية مختلفة.

ورغم هذا الاختلاف إلا أن المؤكد أنه كلما كان عدد القوانين محدوداكلما كانت الدراسة مجدية، وكلما كانت أكثر تعمقا واستفاضة في المقارنة، كما أنه كلما كانت الدراسة المقارنة داخل حدود العائلة القانونية الواحدة، كلما كانت أسهل وأنفع باعتبار أن قواعدها القانونية تكون متقاربة من حيث المصدر والفلسفة والشروط والأركان.

ثانيا: تحديد مستويات المقارنة المنهجية

بعد ما يفرغ الباحث من تحديد عينات المقارنة، ينتقل إلى مرحلة ثانية أكثر تعقيدا وأهمية، حيث يقع على الباحث تحديد مستويات المقارنة، إذ أن الدراسات المعمقة لا يكتفى فيها بالتصنيف والتصفيف للنصوص جنبا إلى جنب، بل يجب على الباحث أن يحلل هذه النصوص المراد مقارنتها لمعرفة النقاط الجوهرية التي تحتاج إلى الموازنة، ثم يقوم بتصميم وتحديد مستويات للمقارنة، وهي تختلف باختلاف الموضوع، فمثلا لو كنا بصدد مقارنة بين أحكام جريمة القتل بين القانونين الجزائري و الفرنسي، يبدأ الباحث بتحليل النصوص ليصل إلى أن هناك اختلافات جوهرية على المستوى الاصطلاحي، على

مستوى بعض ظروف التشديد، على مستوى بعض ظروف التخفيف، على مستوى العقوبات الجزائية، كما يحدد أوجه التشابه من حيث نفس المستويات السابقة، فيحدد على أساس هذا التحليل الأولي للنصوص مستويات المقارنة.

والمقارنة المنهجية لا تتوقف عند هذا المستوى، بل أن الباحث يكون قد أنجز الشق الأول ألا وهو المرحلة التحليلية حينما قام بتجزئة هذه النصوص وتحليلها، وبعد هذه المرحلة التحليلية ينتقل إلى المرحلة التركيبية والتي تتضمن هي الأخرى مستويين الأول هو دراسة النظام القانوني الذي يحتوي هذه القاعدة، والثاني يتعلق بدراسة المنهج الكامل للقانون الأجنبي، وبالعودة إلى المثال السابق يمكننا فهم هذين المستويين، حيث أنه بعد أن ينتهي الباحث من تحديد الفروق والتطابق بين النصوص المنظمة للقتل العمدي في القانونين الجزائري والفرنسي، ينتقل بعد ذلك إلى الاختلاف في ظل قانوني العقوبات للدولتين، ذلك أن هناك اختلافات يرجع السبب فيها إلى الأحكام العامة في الجرائم والعقوبات، وهنا يقع على عاتق الباحث تفسير أسباب الاختلاف ومبررات كل طرف حتى يستطيع الحكم بموضوعية عند الموازنة والمفاضلة بين القواعد المقارنة.

ولا يقف الأمر عند هذا الحد، بل لا بد للباحث من أن ينتقل بالمقارنة إلى مستوى أعلى، وهومستوى النظام القانوني، حيث يربط الموضوع بمختلف أجزاء النظام القانوني في كل دولة، ففي المثال السابق نجد أن القتل العمدي يرتبط في هذه المرحلة بالمبادئ الدستورية التي تحمي الحق في الحياة، والنصوص الاتفاقية التي صادقت عليها الدولة، وقد تمنع عقوبة الإعدام كما هو في فرنسا.

أما المستوى الأخير من مستويات المقارنة المنهجية هو الوصول إلى مرحلة المنهج الكامل، حيث يستفرغ الباحث مكتسباته الأولية المتعلقة بالعوامل المؤثرة في تكوين القانون ويربطها بدراسته، ففي نفس المثال يبين الباحث أن عقوبة الإعدام غير موجودة في فرنسا بسبب التوجهات السياسية للدولة على المستوى الخارجي، حيث أن فرنسا صادقت على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي تمنع عقوبة الإعدام، وبالمثل يتعامل مع القانون الجزائري في بيان مختلف العوامل المؤثرة في تكوين النصوص القانونية.

ثالثا: استخلاص نتائج المقارنة المنهجية

بعد أن يفرغ الباحث من المرحلة الثانية التحليلية، ينتقل إلى استخلاص النتائج، فإذا ما احترم الباحث الخطوات السابقة، فإن استنباط النتائج سوف يكون سهلا، فبعد المرحلة التحليلية تأتي المرحلة التركيبية.

وقد لا حظنا أن المقارنة في المرحلة التحليلية تبدأ بكشف العلاقة بين العناصر الجزئية في قانونين أو أكثر، وهو ما يعرف بالمقارنة الجزئية، فإذا ما اكتملت كل المقارنات الجزئية ينتقل الباحث إلى مرحلة المقارنة الكلية، وهي المقارنة التي تحوي كل جزئيات الدراسة، وبهذا يتم استخلاص الروابط بين القواعد القانونية المختلفة من تشابه واختلاف وأسباب ذلك بروح المنتقد المحايد، ثم يصدر أحكامه التقييمية

ومن ثم يمكن للباحث أن يوجه نتائجه وفقا لمقاصده من المقارنة المنهجية، فإذا كان الغرض هو توحيد القانون بين دولتين، فإنه يوضح القواعد المشتركة، كما يوضح مواضع الاختلاف وأسبابه، وكيفية إزالته للوصول إلى مرحلة توحيد النصوص– وإن كانت هذه الغاية مستبعدة في الوقت الراهن بسبب الخصوصية وعقبة السيادة الوطنية– أما إذا كان الغرض هو الاستفادة من تجارب الدول السباقة أو المتطورة في مجال ما وتحسين النصوص الداخلية، فعلى الباحث المقارن أن يبين كذلك القواعد المشتركة، وما يستحسن في القانون الوطني والأجنبي، والنصوص الواجب تعديلها، والصياغة التي يجب أن تكون عليها هذه النصوص، حيث أن الكثير من البحوث المقارنة تكون منقوصة في هذه المرحلة الأخيرة، ويكتفي الباحثون باقتراحات عامة كضرورة قيام المشرع بتعديل النصوص، أو استحداث أخرى دون أن يقدم الباحث عرضا بمشروع هذه النصوص.

المطلب الثاني: مصادر الدراسة القانونية المقارنة

إذا كانت المقارنة بين الأشياء قديمة قدم الفكر الإنساني كما بينا في المبحث الأول، فإن القانون المقارن كعلم منهجي يهتم بمقارنة الأنظمة القانونية لم يتأسس إلا في العصر الحديث، وفي مطلع القرن العشرين في المؤتمر الدولي للقانون الدولي المنعقد بباريس سنة1900م، ثم زادت أهميته بعد ذلك حتى أصبح عنصرا أساسيا لكل علم قانوني، وأصبح علما مستقلا بذاته موضوعا ومنهجا وغاية، أما الموضوع فهو القوانين المختلفة مكانا وزمانا، وأما المنهج فهو الطريقة المقارنة، وأما الغاية فهو البحث

عن القواعد العامة والمبادئ الكلية بين الشرائع والنظم، وبذلك فالمصادر الأساسية لكل دراسة قانونية مقارنة هي النظم القانونية وشرائع كل دولة، مع الاستعانة بدراسات قانونية مقارنة سابقة تمت في الموضوع محل المقارنة، وكذا الاستعانة ببعض كتب القانون المقارن التي تبرز ماهيته وطريقته حتى وإن كانت المؤلفات في هذا العلم أكثرها باللغة الأجنبية.

أولا: مصادر الأنظمة القانونية :

1–مصادر النظام الأنجلوسكسوني وهي: **القضاء والتشريع والعرف.**

2–مصادر النظام الروماني الجرماني وهي: **التشريع والعرف والقضاء والفقه.**

ثانيا: الدراسات القانونية المقارنة السابقة :يمكن للباحث أن يستعين بدراسات قانونية مقارنة سابقة تمت في الموضوع محل المقارنة، أو جل مواضيع القانون المقارن الكبيرة، وهو ما يضمن للباحث مادة علمية إضافية.

ثالثا: مراجع القانون المقارن :من الوسائل المساعدة في إعداد الدراسات القانونية المقارنة مراجع القانون المقارن من موسوعات وكتب ومجلات متخصصة، حتى وإن كانت أكثرها باللغات الأجنبية، ومنها:

1–كتاب القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة لعبد السلام الترمانيني.

2–علم القانون المقارن وتطبيقاته القضائية لمحمد نصر محمد.

3–القانون المقارن والأنظمة القانونية الكبرى لعصام نجاح.

4–Cruz, peter, comparative law in changing world.

5– Ric, Agostini, droit comparé.

الفصل الخامس : منهجية تحليل النصوص الفقهية والقانونية والنقد القانوني

المبحث الأول : منهجية تحليل النصوص الفقهية

سنقوم أولا بتحديد مفهوم تحليل النص الفقهي وبيان الفرق بينه وبين التفسير والاستنباط، ثم نبين الخطوات المنهجية لهذا التحليل.

المطلب الأول: مفهوم تحليل النص الفقهي والفرق بينه وبين التفسير والاستنباط

نتناول فيه تحديد مفهوم تحليل النص الفقهي، ثم بيان أهم أدواته.

الفرع الأول: مفهوم تحليل النص الفقهي

ينطلق مفهوم تحليل النص الفقهي من كونه مسارا من مسارات التعامل مع النصوص الفقهية، والذي يعني بكشف العلاقة بين مكونات النص الفقهي، وإدراك طبيعتها من تدليل وتعليل، وأثرها في البناء والتفريع للأحكام، ومنه فمفهوم تحليل النص الفقهي هو دراسة النص الفقهي بطريق التفكيك من خلال إرجاعه إلى أصوله، أو بطريق التركيب لعناصره المتفرقة من خلال دراسة طبيعتها ووظائفها ليركب منها نظرية ما، أو أصولا ما، أو قواعد معينة، أو بطريق التقويم نقدا لانقضا من خلال مسلك الفحص والاختبار الذي يلغي ما ليس مناسبا، ويثبت الصالح المناسب.

الفرع الثاني: الفرق بين تحليل النص الفقهي وتفسيره والاستنباط منه :يعتبر كل من تحليل النص الفقهي وتفسيره والاستنباط منه مسارات ثلاثة ينبني بعضها على بعض ينبغي للمجتهد مراعاتها في التعامل مع النصوص الفقهية ودراستها، أما التحليل فهو المسار الذي يعني بكشف العلاقة بين مكونات النص الفقهي وإدراك طبيعتها من تدليل وتعليل وأثرها في البناء والتفريع للأحكام ، أما تفسير النص الفقهي فهو المسار الذي يعني بكشف معاني دلالات الألفاظ وصيغ التراكيب والأعراف الاصطلاحية ونحوها، أما الاستنباط من النص الفقهي فهو المسار الذي يعني باستخلاص الأحكام بواسطة القواعد و الضوابط الأصولية المرعية والمقررة في علم الأصول، ثم إن مسار التفسير والتحليل للنص الفقهي يشكلان الفهم للنص الفقهي، و بهما يتحقق و يهيأ النص للاستنباط منه.

المطلب الثاني: الخطوات المنهجية لتحليل النص الفقهي :لا يمكن للباحث أن يقوم بعملية التحليل للنص الفقهي إلا من خلال مجموعة من الأدوات والخطوات التي يتوقف عليها فهم النص الفقهي نفصلها فيما يلي:

الفرع الأول: أدوات تحليل النص الفقهي :لابد من الإلمام بأدوات التحليل للنص الفقهي للكشف والتعرف على البناء الفقهي ومكوناته الفقهية وبيان العلاقة التي تحقق بها هذا البناء الفقهي، وأهم هذه الأدوات:

أولا: الدلالة اللفظية للنصوص الفقهية :لكونَا من القواعد المعينة على استنباط الأحكام وإدراك المعاني المؤثرة في تغير الأحكام، والمشتغل بتحليل النص الفقهي لا ينفك عن نظير تلك الاستعمالات، إلا أن استعماله يقوم على ثلاثة مسارات:

1–استعمال الدلالة اللفظية لكشف المعنى الوارد في الألفاظ المكونة للنص.

2–استعمال الدلالة اللفظية للتعرف على طبيعة الدلالة من حيث وضعها الأول وما طرأ عليها من معنى حاد بها عن المعنى الأول الناتج عن الدلالة اللفظية اللغوية إلى المعنى الشرعي أو المعنى الاصطلاحي.

3–استعمال الدلالة اللفظية لقياس أثرها في بناء الحكم الذي تضمنه النص الفقهي.

وترتسم من خلال هذه المسارات الثلاث أهمية الدلالة اللفظية باعتبارها أداة تحليلية في عملية التحليل للنص الفقهي.

ثانيا: المصطلحات الفقهية :إن المصطلح الفقهي من القضايا الفقهية المنهجية التي اعتنى العلماء بها وسعوا للتأليف فيها لإبراز مصطلحات مذاهبهم، وهذا النوع من المدونات قد تلتقي في بعض المصطلحات؛ لكونَا معاني مشتهرة برزت في واقع لسانَم، وثمة مصطلحات أخذت شيئا من الخصوصية في مذهب دون مذهب، وللمعرفة بهذه المصطلحات وطلاقاتها في المذاهب دور مهم في عملية تحليل النص الفقهي.

ثالثا: مراعاة السياق :وهي وسيلة مهمة في من وسائل الكشف عن وحدة النص الفقهي وتحقيق تماسكه وانسجامه، ذلك أن النص الفقهي يحتوي على علاقات داخلية –لفظية ومعنوية – وأخرى خارجية

مرتبطة بالسياق، ويبرز دور مراعاة السياق كأداة لتحليل النص الفقهي من خلال التعامل مع نصوص الفقهاء في تقريراتهم الفقهية في ضوء منصوصات الأئمة وأخذ الأحكام من ألفاظها.

رابعا: مراعاة القرائن المصاحبة للنص :ذلك أن هناك قرائن قد تصاحب النص الفقهي وتبين المراد به وتكشف العلاقة بين مكوناته في حال الاحتمال، ويختص النص الفقهي بجملة من القرائن التي يتجلى بها المعنى الشرعي ومناطات الأحكام وعللها، ويتمثل دور القرائن في أنَا يستكمل بها المعنى الوارد في النص الفقهي؛ لأن قصره على ظاهره يوجد إشكالا في بعض الأحيان، مما يؤدي إلى عدم التكامل في التصور في ذهن الباحث المتأمل للنص الفقهي.

خامسا: المقارنة الفقهية :المقصود بالمقارنة الفقهية في سياق تحليل النصوص الفقهية هي طريقة تعنى بالموازنة بين نصوص المجتهدين المتغايرة في حكم مسألة فرعية وفق نسق معين، وتعد هذه المقارنة وسيلة لدراسة نصوص الفقهاء وتفكيكها من خلال المقارنة، ليحصل للدارس مبنى الاجتهاد في المسألة الفرعية المشمولة بالنصوص الفقهية، على أن النصوص الفقهية المقصودة بالمقارنة الفقهية هي التي تعلن نتيجة حكم فقهي، فعرض الخلافيات من خلال المقارنة يعد نوها من التحليل لآراء الفقهاء في المسألة المتضمنة في النص الفقهي.

سادسا: المطابقة الفقهية :ويقصد بالمطابقة تمام تهيؤ الفرع لإلحاقه بحكم الأصل قيما يتحد معه في الجامع المعتبر شرعا وفقها، والمطابقة كما أنَا وصف يطلق على التمام، فهي كذلك معيار بمقدماتها لتحليل النصوص الفقهية التي تضمنت نتائج الإلحاق، ولا بد للناظر في أي نص فقهي اشتمل على هذا النوع من الإلحاق ويعنى بتحليله أن يراعي الأركان والشروط والعلاقات بين أطراف الواقعة التي عرضت أمام نظر الفقيه ومدى تطابقها مع الأصل(تحقيق المناط(.

سابعا: مراعاة العرف :ذلك أن للعرف مداره الواسع وحضوره في الألفاظ والقصود، كما أن له دور في التصور والأحكام، وله دوره في التعامل مع النصوص الفقهية تحليلا وتفسيرا واستنباطا، مما جعل الفقهاء يعتنون به في بيان النصوص عموما وفي النصوص الفقهية خصوصا، وهذه العناية متممة لأدوات تحليل النصوص الفقهية.

الفرع الثاني: خطوات تحليل النص الفقهي :من خلال مفهوم تحليل النص الفقهي وبيان أدواته، يمكننا

إجمال خطوات تحليل نص فقهي فيما يلي:

أولا: إلقاء نظرة عامة بقراءة متأنية للنص الفقهي :فقراءة النص والتمعن في معانيه يحقق للمحلل للنص إدراكه وتفهم مقاصده، فتنكشف له معانيه ويتضح المقصود من جمله وعباراته، ومما يساعد على تحقيق ذلك والوصول إلى فهم النص تقسيمه إلى فقرات حسب المعنى، وإرجاع الضمائر في النص إلى أسمائها الظاهرة، كما يستعين المحلل بالمدونات الفقهية التي يشرح بعضها بعضا، فما هو غامض في كتاب يتعرض له كتابٌ آخر بعبارات جزلة وأسلوب واضح ميسر.

ثانيا: محاولة فهم معاني المصطلحات الفقهية ومفردات النص الفقهي :وقد سبق معنا أن ذلك يعد من أهم أدوات التحليل للنصوص الفقهية، وتتكفل معاجم اللغة و معاجم المصطلحات الفقهية والمدونات الخاصة بها بإعانة المحلل على إدراك مدلولات ألفاظ النص الفقهي والمصطلحات الفقهية المتضمنة فيه.

ثالثا: تأمل تلك المصطلحات ومضمون النص الفقهي إن كان من المسلمات أم من الخلافيات :وقد بينا أن من أهم أدوات التحليل الفقهي للنصوص المقارنة الفقهية، سواء بالنسبة للمصطلحات، أو مضمون النص الفقهي من المسائل والأحكام، فمن شأن تلك المقارنة أن تبرز لنا فيما إذا كان محتوى النص ومصطلحاته من المسلمات بين الفقهاء، أم من الخلافيات.

رابعا: معرفة القوادح والعوارض وإمكانية دفعها والجواب عليها :إذا كانت المسألة أو الحكم الوارد في النص الفقهي من الخلافيات، فيقدم المحلل أهم ما اعترض به على تلك المسألة، كما يحاول دفع ذلك الاعتراض والجواب عليه.

خامسا: استخلاص ما يستفاد من النص الفقهي :بعد قيام محلل النص الفقهي بشرح المصطلحات والألفاظ الواردة في النص وإدراك المعنى الإجمالي له والوقوف على نوع المسألة أو المسائل المتضمنة فيه ومقارنة الآراء الفقهية فيها وعرض ما يتعلق بها من استدلال ومناقشة، فإنه يبين بعد ذلك ما يستفاد من النص الفقهي من حكم أو قاعدة أو نظرية.

المبحث الثاني : منهجية تحليل النصوص القانونية :سنتناول في هذا المبحث مفهوم تحليل النص القانوني والفرق بينه وبين التعليق والتفسير، ثم نبرز الخطوات المنهجية لتحليل النص القانوني.

المطلب الأول: مفهوم تحليل النص القانوني والفرق بينه وبين التعليق والتفسير :سنقوم ببان مفهوم التحليل لنص قانوني، ثم نميز بينه وبين ما قد يلتبس به كالتعليق والتفسير:

الفرع الأول: مفهوم تحليل نص قانوني :يقصد بتقنية تحليل النص القانوني كآلية منهجية":تفكيك النص القانوني وتجزئته إلى مجموعة العناصر التي يتألف منها، ومن ثم التعرف إلى أجزائه ومكوناته،"

وبمعنى أكثر دقة يمكن القول أن عملية التحليل تقوم على دراسة مفصلة للنص حتى

يتمكن المتفحص له من استيعابه وتحديد المعنى الذي قصده من كان وراء وضع ذلك النص.

الفرع الثاني: الفرق بين تحليل النص القانوني والتعليق والتفسير :لكي يتضح المراد بتحليل النص القانوني ولا يلتبس بغيره كالتعليق على النص القانوني أو تفسيره، سنبين الفرق بينها والذي يمكن تلخيصه فيما يلي:

لقد سبق معنا أن تحليل النص القانوني هو تفكيكه إلى العناصر التي يتألف منها، ومن ثم المعرفة بهذه الأجزاء، أما التعليق على النص، فهو عبارة عن عملية تفسير و توضيح للموضوع محل ذلك التعليق، ويكون ذلك بقدر من الحرية وأسلوب شخصي، والذي يخلص فيه المعلق إلى إعطاء فكرة

هن الموضوع أو ذلك النص، وعليه فالتعليق هو بمثابة فحص انتقادي لمضمون وشكل النص، لذلك يظهر وكأن التحليل هو مرحلة أو جزء من التعليق.ولكن الأمر يختلف إذا كان الموضوع يقتصر على تحليل نص قانوني، إذ علينا أن نقوم بتحليل النص من خلال تفكيكه ومعرفة أجزائه ومكوناته في مرحلة أولى، ومن ثم نقوم بمناقشة النص ونقده وتقويمه وإبراز رأينا الشخصي فيه في مرحلة ثانية، وهنا يتشابه التحليل والتعليق، فيعتمد بعض الفقهاء عبارة تحليل نص قانوني أو التعليق على نص قانوني، والمقصود في الحالتين دراسة النص القانوني وتوضيحه وإظهار إيجابياته وسلبياته إذا وجدت، أما فيما يتعلق بتفسير النص، فإنه يعنى به تحديد مضمونه ومعناه من عدة زوايا.

المطلب الثاني: الخطوات المنهجية لتحليل النص القانوني

لكي يقوم الباحث بتحليل نص قانوني عليه أن يتبع خطوات منهجية نوجزها فيما يلي:

الفرع الأول: المرحلة التحضيرية (مرحلة التعرف إلى النص القانوني وفهمه)

للتمكن من دراية وتحليل نص قانوني علينا القيام بالتعرف عليه من ناحية الشكل أم الظواهر الخارجية أولا، ثم نعمد إلى التعرف على المضمون أو الظواهر الداخلية ثانيا، لذا علينا تحديد هوية النص وتفكيكه و معرفة الأجزاء التي يتألف منها قيل البدء بمناقشة النص وتقييمه، وتعرف هذه المرحلة بالتحليل الشكلي، وتقتضي هذه المرحلة جمع العديد من المعلومات المتعلقة بالنص القانوني، والتي بدونَا لن يستطيع الباحث فهم مضمون النص وتحليله، ويشمل ذلك ما يلي:

أولا: هوية وطبيعة النص :فبعد قراءة الباحث للنص القانوني قراءة متعددة يتعين عليه تحديد:

1–هوية النص وطبيعته :هل هو نص دستوري أو نص معاهدة دولية أو مادة من مواد القانون الوطني، وهل هو مدني أو تجاري أو جنائي، وهل هو عام أو خاص...

2–مصدر النص :ويقصد به الجهة المصدرة للنص، فقد يكون برلمانا أو حكومة أو وزارة أو هيئة دولية...

3–تاريخ صدور النص :لمعرفة فيما إذا كان النص جديدا أو معدلا، حتى يشير إليه المحلل عند تحليله للنص القانوني.

4–تحديد المصدر الأصلي للنص واستخراج موضوعه :لابد للباحث من أن يحدد الكتاب أو النص الأصلي الذي أخذ منه النص محل التحليل، ثم يقوم بتحديد موضوع النص، فأي قانون هو عبارة عن مجموعة قواعد منظمة لسلوك الأفراد في المجتمع.

ثانيا: الدراسة البنيوية للنص :هنا يتم تقسيم النص والتسطير على المصطلحات والعبارات المتضمنة فيه، وتتمثل هذه الدراسة في معرفة ما يلي:

1–البنية الطباعية(الطوبوغرافية :(ويقصد بها بيان عدد الفقرات أو المقاطع التي يتكون منها النص القانوني، مما يساعد الباحث على التحليل، كأن يبين أن المادة القانونية تتألف من ثلاث فقرات، الأولى تبدأ من"..". وتنتهي عند."."، والفقرة الثانية تبدأ من "..." وتنتهي عند"..."، وهكذا.

2–البنية الاصطلاحية واللغوية:من خلال تحديد الباحث للمصطلحات المعتمدة في البحث وتحديد نوعها قانونية أو تقنية أو اقتصادية... وكذا كيفية صياغة المادة والأسلوب المعتمد.

3–البنية الخارجية للنص :فالنص القانوني ليس عنصرا منعزلا، بل هو جزء من كل ولا يمكن أن نحلله إلا في ضوء محيطه الخارجي، أي ربطه بما قبله أو بما يوازيه، أو بما بعده من نصوص أخرى.

ثالثا: غايات النص(فائدته) :لا يصدر نص قانوني إل وله غاية أو فائدة يسعى المشرع لتحقيقها، والأسباب الموجبة للقانون تبين هادة الغاية من وضعه، كأن تكون حلولا لمسائل قانونية مثارة في الحياة اليومية، لذلك يتوجب علينا أثناء تحليل نص قانوني أن نبين الفائدة التي تكمن وراء إصدار هذا النص القانوني.

الفرع الثاني: مرحلة التحليل الموضوعي

إن تحليل أي نص أو قاعدة قانونية يتم عن طريق تفكيك الفرضيات التي تضمنها إلى عناصرها الأولية، وإذا كان النص يتضمن قاعدة واحدة فإن التحليل ينصب على هذه القاعدة بتبيان الحالات المفترضة والتي تشملها والحكم الذي تقرره لتلك الفرضيات، وإذا كان النص يتضمن أكثر من قاعدة قانونية، فيتناول التحليل كل قاعدة على النحو السابق .هذا وتتم مرحلة التحليل للنص القانوني من خلال احترام التقسيم المنهجي المتعارف عليه :مقدمة، عرض، خاتمة، وتفصيل ذلك في التالي:

أولا: المقدمة :والتي يقدم فيها الباحث الإطار العام الذي يندرج فيه النص وذكر طبيعته ومصدره وتاريخه ومكانه، وتحديد نوع النص مع ذكر النصوص المماثلة أو المشابهة والتي لها نفس الهدف، سواء من حيث المسطرة أو النتيجة، وأيضا إثارة الإشكالية التي يتمحور حولها النص، ثم الإعلان عن التصميم والتقسيم المراد اعتماده للإجابة عن الإشكالية والذي يؤخذ من بنية النص.

ثانيا: العرض :وهو الذي يتم فيه تحليل الأفكار المتضمنة بالنص ومناقشتها من خلال:

1–الاستنتاج عن طريق القياس، أي قياسها على قاعدة مشابهة خصها المشرع بنص صريح، أو عن طريق مفهوم المخالفة، أو استعمال مفهوم الموافقة.

2–المقابلة و المقارنة مع كل واقعة منظمة قانونا، سواء من حيث الشبه أو الاختلاف، أو ذكر قانون

مفسر أو رأي فقهي أو اجتهاد قضائي تماشيا مع كل الأفكار التي تلقاها الباحث.

3–ذكر تقييم الموضوع سواء من الوجهة القانونية، أو الوجهات غير القانونية من خلال الحديث عن مدى ملاءمة القواعد التي ينص عليه النص موضوع التحليل مع الظروف الواقعية (اجتماعيا وسياسيا واقتصاديا..). المصاحبة للنص وانعكاساتها على المجتمع، ومدى انسجامها مع المبادئ القانونية المعمول بها.

ثالثا: الخاتمة :وهي عبارة عن استنتاجات وخلاصة لما توصل إليه الباحث من خلال موضوع التحليل، والتي يمكن أن تكون قناعات شخصية، أو مقترحات مقدمة للتعديل أو المراجعة أو الإلغاء، أو ترميم النص من حيث الصياغة أو من حيث الأحكام، مع إمكانية طرح صيغة بديلة.

المبحث الثالث : منهجية النقد القانوني

سنتناول في هذا المبحث تعريف النقد القانوني وشروطه ثم نبين منهجية النقد القانوني.

المطلب الأول: تعريف النقد القانوني وشروطه

لتعريف النقد القانوني لا بد من تعريف النقد أولا ثم القانون، ثم المركب الإضافي، ولأن عملية النقد في أي مجال لا بد لها من شروط، سنبين شروط النقد القانوني.

الفرع الأول: التعريف بالنقد القانوني:

أ– التعريف بالنقد لغة واصطلاحا :

أما النقد لغة فهو: تفحص الشيء والنظر إليه، كما أن النقد والتنقاد تمييز الجيد من الرديء، ومنه نقد الدراهم إخراج الزيف منها.

أما النقد اصطلاحا: فقد عرف تعريفات متعددة أغلبها تربطه بوظيفته من حيث الحكم على الشيء من خلال إظهار محاسنه وعيوبه، بعد دراسته وتفحصه، لذلك يمكننا تعريف النقد بأنه "عملية رصد لمواطن الخطأ والصواب في موضوع علمي معين بعد دراسته وفحصه، يستند فيه الباحث
إلى الأصول والثوابت العلمية المقررة في مجال العلم الذي ينتمي إليه هذا الموضوع، وذلك من أجل تقويم وتصحيح بعض المفاهيم المتعلقة بذلك الموضوع".

ومن خلال هذا التعريف يتبين أن النقد يتوجه إلى كل إنتاج بشري اجتهادي يعتريه النقص والخطأ، ولا يمكن توجيهه فقط إلى الوحي الإلهي باعتباره معصوما من ذلك.

ب– تعريف القانون لغة واصطلاحا :سبق معنا التعريف بالقانون في اللغة والاصطلاح

ج– تعريف النقد القانوني :من خلال ما سبق من تعريف كل من النقد والقانون نستنتج تعريف النقد القانوني بأنه": فحص ودراسة قاعدة أو نص قانوني بغرض إبراز محاسنه و مواطن الصواب فيه إلى جانب بيان عيوبه ومواطن الخطأ فيه لأجل تقويمها وتصحيحها."

الفرع الثاني: شروط النقد القانوني

سبق معنا في تعريف النقد القانوني أنه عملية دراسة وتفحص لنص أو قاعدة قانونية بهدف إبراز محاسنها ونقد عيوبها وتقويمها، لذلك فعملية النقد هذه تتطلب ثلاثة شروط أساسية لنجاح عملية النقد نوجزها فيما يلي:

أولا: أن يكون من يتصدى ويشتغل بعملية النقد عالما ومتخصصا في دراسة القانون :فإذا كان للنقد دوره الخطير في عملية الهدم والبناء على أسس سليمة، والتمييز بين الخطأ والصواب والحق والباطل والحسن والقبح، فإنه لا يتصور إلا من عالم متخصص في ذلك الفن يعرف أصوله وقواعده؛ لأنه لا يقف على فساد أو صلاح فن أو صناعة أو اجتهاد من لم يكن على منتهى علم فيها، كما أن رد شيء أو قبوله لا يكون قيل فهمه والاطلاع على كنهه ومقاصده.

ثانيا: أن لا تكون عملية النقد إلا بعد دراسة وتفحص للقاعدة أو النص القانوني :إن عملية النقد لا تكون إلا بعد دراسة وتمحيص للموضوع المراد نقده، فالنقد ليس وليد رؤية سطحية، بل إن الدراسة والفحص الدقيق للموضوع هو السبيل الوحيد للوقوف على مواطن الخلل والقصور لأجل تقويمها وتداركها.

ثالثا: أن يكون النقد موضوعيا وبناء :إن عملية النقد في أي مجال تتطلب من الناقد والمتفحص أن يكون موضوعيا في إبراز مواطن الخلل والقصور في الموضوع محل النقد، وأن يكون محايدا في الحكم عليها، كما أنه لا يقف عند مجرد بيان العيوب ومواطن القصور، بل لابد من أن

يقوم بتقويمها وتصحيحها، حتى لا ينقلب نقده من نقد بناء إلى مجرد تهجم و استعراض للنقائص دون أدنى تقويم.

المطلب الثاني: منهجية النقد القانوني

من خلال ما مر معنا من مفهوم النقد القانوني والشروط التي ينبغي مراعاتها لإنجاحه، فإننا نستنتج أنه لا تتم عملية النقد القانوني بشكل علمي ومنهجي إلا بإتباع خطوات ومراحل معينة نلخصها فيما يلي:

الفرع الأول: دراسة موضوع النص القانوني وتفحصه

لابد لمن أراد نقد نص أو قاعدة قانونية أن يبدأ أولا بقراءة النص القانوني ودراسته وتفحصه لفهمه و الاطلاع على كنهه ومقاصده التي قصدها منه واضع النص، فمن خلال الفحص الدقيق لموضوع النص القانوني وما يتبعه من تحليل وتفسير يمكن الوقوف على المراد منه، حتى يتمكن الناقد من الانتقال إلى صلب عملية النقد من إبراز لمحاسن النص و كشف لعيوبه ومواطن القصور.

الفرع الثاني: الكشف عن موضوع النص القانوني وتحليله من جميع جوانبه

بعد تأمل النص القانوني ودراسته وتفحصه يمكن للناقد أن يحدد موضوعه ويكشف عنه، ثم يقوم بعملية تحليله بشكل دقيق ومن كل جوانبه؛ لأنه من غير عملية التحليل لمحتوى النص و إدراك جوانبه المختلفة ما أمكن الناقد الوقوف على ما فيه من محاسن ومزايا وما يشوبه من نقائص وجوانب قصور.

الفرع الثالث: إظهار محاسن ومزايا النص القانوني وعيوبه ومواطن القصور والخلل

لعل الوقوف على مزايا ومحاسن النص القانوني وإبرازها، وكذا الوقوف على عيوبه ومواطن القصور والخلل يشكل لب العملية النقدية وأساسها، خاصة وأن النصوص القانونية هي اجتهادات وتشريعات بشرية يعتريها النقص والقصور، ولعل في عملية النقد الموضوعي لها توجيه لها نحو الكمال المرغوب والمقصود، فكم من قواعد ونصوص قانونية استفادت مما وّجه لها من نقد، فأضحت أكثر

عدالة وخدمة للمصلحة العامة.

الفرع الرابع: المناقشة العلمية للعيوب والنقائص بالحجج والبراهين لأجل تقويمها وتصحيحها

ليس الغرض الأساسي من عملية النقد للنص القانوني هو الوقوف على العيوب التي تعتريه أو النقائص ومواطن الخلل التي تشوبه فقط، وإنما على الناقد أن يقوم بمناقشتها علميا وتقويمها والحكم عليه بكل موضوعية وطريقة منطقية سليمة لأجل تصحيح مواطن الخلل والخطأ وإكمال وتدارك جوانب القصور والنقص، ولكن هذا التقويم والتصحيح لا يكون عن ميل أو هوى، ولكن بالحجج والبراهين العلمية