المحاضرة السابعة:

خصائص المقارنة بين الشريعة والقانون

يتعين على الباحث في الشريعة والقانون التزام منهجية علمية تعتمد على فنيات خاصة تتسم ببذل جهد كبير يفيد المقارنة شكلا ومضمونا، حتى يصل إلى نقاط الاتفاق والاختلاف والتنوع والتأثر، وتقوم هذه الدراسات المقارنة على أساس علمي لا على مجرد العاطفة. وهذا ذكر لبعض الشروط الواجب توافرها في الشخص المقارن وضوابط المقارنة وآلياتها:

أولا: شروط الباحث في الدراسات المقارنة:

1- **النية الخالصة:** فالنية الصالحة هي الخطوة الأساسية التي يتم عليها بناء البحث الفقهي المقارن بالقانون ، حتى نصل إلى النتائج المرجوة من هذه المقارنة دون نية سيئة مسبقة.

2- **التجرد من الهوى والتعصب:** وهي خاصية تقتضيها طبيعة البحث الفقهي المقارن مع القانون ، فالباحث لا يميل حسب عاطفته الدينية كون الفقه مصدره هو الشرع، اما القانون فمصدره وضعي من صنع البشر، وهذا حتى يكون بحثه متسما بالصحة والتجرد. فيجب عليه أن يتصف بالحلم والسعة والصبر على المخالف والهدوء في المناقشة ، يقول ابن عطاء الله : " ما أوى شيء إلى شيء أزين من حلم إلى علم ". فالمقارنة بالقانون الوضعي حتى وإن كان متسما بالنقص لأن واضعه هو الإنسان، يجب أن يكون بالتعقل والروية وعدم التسرع، وتغليب المعقول والمنطق على العواطف الجياشة والميولات الشخصية .

3-**الإلمام بالجانب الفقهي والقانوني:** وهذا يتطلب إلماما دقيقا بالموضوع محل البحث والنواحي الأخرى المراد تحليلها، وكلما كانت قراءة الباحث في موضوعه متخصصة أكثر ولديه إدراك بالقواعد العامة في الشريعة الإسلامية والقانون كان قادرا على العطاء المتميز. يقول ابن تيمية : " الحكم بين الشيئين بالتماثل أو التفاضل يستدعي معرفة كل منهما ، ومعرفة ما اتصف به من الصفات التي يقع بها التماثل والتفاضل".

4-القدرة على البحث العلمي المقارن: فيكون ملما بعلوم الفقه الإسلامي وعلوم التفسير والحديث وأصول الفقه وعلم الترجيح والموازنة وغيرها من العلوم الإسلامية ، متمكنا من الأدوات الفقهية والشرعية ، فيصعب على رجل القانون الذي لا يفقه في الشرع شيئا أن يعقد دراسة مقارنة بين الفقه والقانون ، ولذلك يجبذ أن يكون القائم بمثل هذه الدراسات حاملا لتخصص يجمع بين الشريعة الإسلامية والقانون ،كتخصص : " الشريعة والقانون ، الأحوال الشخصية مثلا. "...

ثانيا : الجوانب الواجب التطرق إليها أثناء المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

1. يجب أن تكون المقارنة في المبادئ والأحكام العامة والقواعد الأساسية التي تمثل الأصول في كل من الفقه والقانون ، والبحث عن مواطن الاتفاق والاختلاف ، ثم النظر في مدى الالتزام بها في كل منهما، كقاعدة المتأخر ينسخ المتقدم والذي يشترك فيها النظامين.

2. ومن المعلوم بالضرورة أن الفقه الإسلامي قد سبق القانون الوضعي في أغلب إن لم نقل جل المواضيع ، ولذلك ينبغي التركيز على أسبقية الفقه الإسلامي في طرح بعض المواضيع القانونية الحديثة ، وكذا الحلول التي وضعها الفقه الإسلامي منذ قرون خلت ، ومدى استفادة القانون الوضعي في الأخذ بها.

3. وأن يكون الهدف من المقارنة بين النظامين الفقهي والقانوني هو التعرف على طبيعة كل من النظامين ومصادرهما والعوامل الاجتماعية والاقتصادية التي أسهمت في تكوينهما؛ ذلك أن تشابه هذه الظروف في النظامين المقارن بينهما، ما يجعل نسبة القواعد التشريعية المتشابهة بينهما إلى هذه الظروف هو الغالب، أما عند اختلاف القواعد التشريعية مع تشابه هذه الظروف فيلزم البحث عن عوامل أخلاقية أو اعتقادية أو فنية أو قانونية أنتجت هذا الاختلاف.

4. ولعل هذا الهدف العلمي يكون أهم أهداف الدراسات المقارنة؛ ذلك أن التعرف على طبيعة النظم التشريعية والعوامل المؤثرة في تطورها من شأنه أن يسهم في التعرف على القواعد العامة التي تحكم تطور هذه النظم؛ ما يساعد على تفسير بعض الاختيارات التشريعية في نظام تشريعي أو فقهي معين .

ثالثا: الشروط المنهجية والعلمية للمقارنة بين الشريعة و القانون

1-**أن تكون منهجية الدراسة مقارنة**؛ أي أن تكون مقارنة الفقه الإسلامي مع القانون انطلاقا من دراسة شاملة لجميع مذاهب الفقه الإسلامية كالمذاهب الأربعة وغيرها من المذاهب أو ما يسمى بـ" الفقه المقارن "، ولذلك من الأفضل أن يكون البحث في الفقه الإسلامي مقارنا بين جميع المذاهب ثم نقارنه مع القانون الوضعي، ومع ذلك فلا حرج من مقارنة مذهب واحد مع القانون الوضعي.

2-**الاعتماد على الأدلة الشرعية الصحيحة** المنقولة منها والعقلية دون تمييز، والتي تعتمد على مصادرها الأصلية من كتاب وسنة نبوية وإجماع وقياس واستحسان ومصالح مرسلة وغيرها من المصادر، بالإضافة إلى أقوال الفقهاء وآرائهم المختلفة المبينة عليها، فلا يجوز الحكم على موضوع معين قبل الحديث عن كل ما يمكن أن يكون دليلا قائما صحيحا صالحا لبناء الحكم عليه .

فينبغي في مجال مناهج الاستنباط المقررة في علم أصول الفقه، أو بمعنى أوسع استمداد الأحكام من خلال الرجوع لمبادئ الشريعة فيما فيه نصٌ ومما لا نص فيه. كما ينبغي الاعتماد في الفقه الإسلامي على الدليل القطعي اليقيني المقنع الذي لا يخالف العقل ولا العرف، وأن يكون مستنبطاً من نصوص الشريعة أو مبادئها حسب مناهج الاستنباط المعروفة عند الأصوليين، وأن يكون ملزماً، وأن لا يعارض نصاً قطعياً ، وأن يوافق وجهاً من وجوه الاستنباط إذا كان من نصٍ ظنيٍ، وأن يراعي مقاصد الشارع بتحقيق المصالح ودرء المفاسد الواقعة أو المتوقعة. وفي هذا الإطار بيان تميز الفقه الإسلامي عن القانون الوضعي خاصة فيما يتعلق باعتماده على الدلائل القطعية واليقينية ولا يقتصر على العقلية فقط .

3-**على الباحث معرفة أسباب الخلاف**[1] في اجتهاد الفقهاء والعلم بآليات الترجيح بين الآراء المختلفة. والفهم الصحيح للأمثلة التطبيقية من المسائل الخلافية في الفقه الإسلامي. فمسؤولية الباحث في هذا المجال هو الاطلاع على الخلاف وتقديره حق قدره ، فكما قال قتادة رحمه الله: " من لم يعرف الخلاف لم يشم الفقه بأنفه "، فجهل الباحث بعلم الخلاف والترجيح يجره إلى الحكم على الأشياء دون اطلاع على التخصيص أو التقييد أو النسخ ....الخ من أدوات الفهم الفقهية.

1علم الخلاف هو علم يراد به كيفية إيراد الحجج الشرعية ودفع الشبهة وقوادح الأدلة الخلافية بإيراد البراهين القطعية ، كما يطلق عليه بمصطلح " علم الجدل"

4- **ربط الأحكام بعضها ببعض** من نحو ربط الأحكام الجزئية بالمقاصد الكلية العامة للشريعة وللرسالة الإسلامية وكمثال لذلك من يتحدث عن العاقلة في الديات يمكن ربطه بمسائل النفقات بين الأقارب ونظام المواريث، حتى تتضح الصورة الكلية ويتقابل جانبا الغنم والغرم معا .. وهذا كله يدعونا للاهتمام بمقاصد الشريعة وقواعدها الكلية.

5-أن يكون تحرير محل النزاع في المسائل المختلف فيها أو القضية المطروحة محل البحث، دون الاسترسال في المسائل المتفق عليها.

6-عرض آراء الفقهاء واجتهاداتهم على اختلاف مذاهبهم دون تحيز الباحث لمذهبه الخاص.

7-بسط أدلة كل فريق ووجوه الاستدلال بها، وما يقوم عليه الاستدلال من مناهج أصولية وقواعد شرعية، وبيان منشأ الخلاف فيها، وعلى الباحث مناقشة آراء كل فريق والرد عليها بعقلانية دون الإخلال بمناهج البحث العلمي المعروفة، ثم مقابلة كل رأي بغيره ، والموازنة بينها بالنظر إلى تلك المناقشات والردود .

8- تتويج هذه المناقشة بترجيح الرأي الأقوى دليلا، أو برأي جديد مدعم للدليل الأرجح.

رابعا: المنهجية المثالية في الدراسة المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

بالإضافة إلى ما تقدم من ضوابط؛ فإن الدراسة المقارنة تعتمد على قواعد وخطوات خاصة تمكن من تحقيق أهداف ومقاصد هذه الدراسة، وهي :

1- ضبط عنوان البحث بصورة دقيقة واضحة غير مبهمة، وأن يكون مقيدا غير عام ولا مطلق ولا فضفاض، حتى يفهم القارئ حدود الدراسة، وحتى يستطيع الباحث تحقيق الهداف المرجوة من دراسته المقارنة، فالعناوين والعامة من الصعب التحكم فيها أثناء البحث ولا توصل إلى نتائج محددة وإيجابية.

2-بعد تحديد مجال البحث والمسألة محل الدراسة يقوم الباحث بإجلاء صورتها ببيان أوجه الشبه والعوامل التي اقتضته، ثم تعيين أوجه الاختلاف وبيان أسبابه، وإزالة ما بينها من تناقض وما فيها من غموض للوصول إلى حل النزاع والخلاف، ولذلك تنقسم هذه المرحلة إلى ما يلي:

أ -**المرحلة الوصفية** : وصف للأفكار الخاصة بالمادة العلمية موضوع المقارنة في كلا التشريعين .

ب-**المرحلة التحليلية** : من خلال اتباع النصوص الفقهية والقانونية وتحليل مضامينها شرحا وبسطا لأفكارها ، من خلال تتبع النصوص في الآيات القرآنية والأحاديث النبوية والأقوال الفقهية للفقهاء ، ومن جهة تتبع نصوص المواد القانونية من مختلف القوانين وتحليلها وشرحها ، وكذا تحليل ومناقشة آراء رجال القانون في الموضوع محل الدراسة .

ج-**المرحلة الاستدلالية** : التعرف على أوجه الاختلاف والتشابه بين النظامين محل المقارنة، من خلال مقابلة رأي كل اتجاه بالآخر ثم بيان دليل كل اتجاه وبيان حجيته وقوته ومدى مخالفته للواقع والعرف والحقيقة المنطقية.

د-**المرحلة التفسيرية** : عرض و تحليل وتعليل لجميع الاختلافات بين النظامين موضوع المقارنة.

3-وجوب الاعتماد في الدراسة على المصادر الأساسية والبحوث المتخصصة، ففي الفقه منها المبسوط والمنخول والمختصر، أما أصول القانون فبالرغم من كثرتها إلا أنه لا مانع من أخذ الحد المشترك بين مصادره، وينصح هنا بالرجوع مباشرة إلى مصدر القانون وهو نصوص المواد القانونية.

4- يقوم الباحث بالموازنة بين التشريعين في مختلف الأحكام المتعلقة بجوانب الموضوع ومعرفة أوجه الاتفاق والاختلاف ، ومدى تأثر القانون بالفقه ، ثم الوصول إلى نتائج جزئية في كل محور ، ليتوصل في الأخير إلى نتائج كلية في خاتمة البحث .

5- التمييز بين المصطلحات الفقهية والقانونية وتتمثل هذه الأهمية أساسا في الوقوف على العلاقة بين الفقه والشريعة الإسلامية من جهة، وبين الفقه والقانون من جهة أخرى ، ثم التركيز على تعريف الكلمات المفتاحية للموضوع محل الدراسة المقارنة بين النظامين، حتى يفهم القارئ حقيقة الموضوع وجوانبه .

6-مراعاة القوانين الوضعية الحديثة : فيجب أن يكون التجديد والمراجعة لمواد القانون دائما ومستمرا، فلا يعقل مقارنة دراسة فقهية بقانون وضعي معدل أو ملغى، فيجب أن يكون الباحث متماشيا مع حركة التعديل القانوني في الدولة .

7-عقد مقارنات بين المذاهب الفقهية ومقابلتها والأخذ بالراجح منها، ومقارنتها بالقانون الوضعي مع ضم هذه الآراء وتوثيقها وهو مدخل كبير لتقنين الفقه الإسلامي.

8-مقارنة جميع الجزئيات القانونية بما يقابلها من الفقه الإسلامي وإن لم يوجد دليل شرعي يحكم هذه الجزئية فيرجع فيها إلى مقاصد الشريعة الإسلامية، ومعرفة مدى تطابق القانون لروح الشريعة الإسلامية ومقاصدها .

9- أن يعتمد في الدراسة المقارنة بين الفقه والقانون على الرأي الراجح وليس على الآراء غير الراجحة، وأن يتم الترجيح وفقا لقواعد التعارض والترجيح المعروفة في علم أصول الفقه، وذلك حتى لا يكون التقنين وسيلة إلى الهروب من أحكام الفقه الإسلامي بتقنين الآراء الضعيفة والآراء الشاذة، أو بتقنين الرخص بحجة التسهيل وغير ذلك، فيجب أن تقنن الآراء الراجحة في الفقه الإسلامي لا غيرها.

10- فهم النصوص الفقهية وفهم الواقع معاً، وهذا من التجديد الفقهي الذي يراعي حفظ المصالح والحقوق التي لا تخفى على الكثير مما يعد تجديداً فقهياً, يجمع بين الأصالة والمعاصرة , في حين أن هناك بعض الآراء التي يزعم أنها تجديدية وتقدمية, وهي مخالفة للنص ,ومتعارضة مع القواعد الأصولية والفقهية , مما تعد تحريفاً وتغييراً.

11- الانطلاق في الدراسة المقارنة من منطلق أن أحكام الفقه الإسلامي تتصف بأنها تحوي قواعد ثابتة لا تقبل التبدل أو التغيير في صورة كلية تتصف بالعموم والشمول فهي لا تخص واقعة بعينها أو مجموعة من المسائل على سبيل التجديد وإنما تصلح على الدوام لتطبق على كل جديد في إطار هذه الأحكام والقواعد.

12-التركيز في الدراسة الفقهية على واقعية الشريعة الإسلامية وأنها تتميز بفقه واقعي يلائم الحياة ويتسم بالمرونة وعدم الجمود، مهما تغيرت الظروف والأزمنة وهذا يدل على صلاحيته لكل زمان ومكان ،حتى نصل إلى اقتناع القانون بأفضلية الشريعة الإسلامية .يجب أن لا تبتعد الدراسة المقارنة عن التجديد ، فالبحث في أفعال المكلفين من حيث ما يناسبها من أحكام شرعية أو قواعد قانونية هي أفعال متجددة وغير محدودة ، فلا يقتصر البحث فيما هو موجود سابقا فقط دون التطرق للمستحدثات والمستجدات .