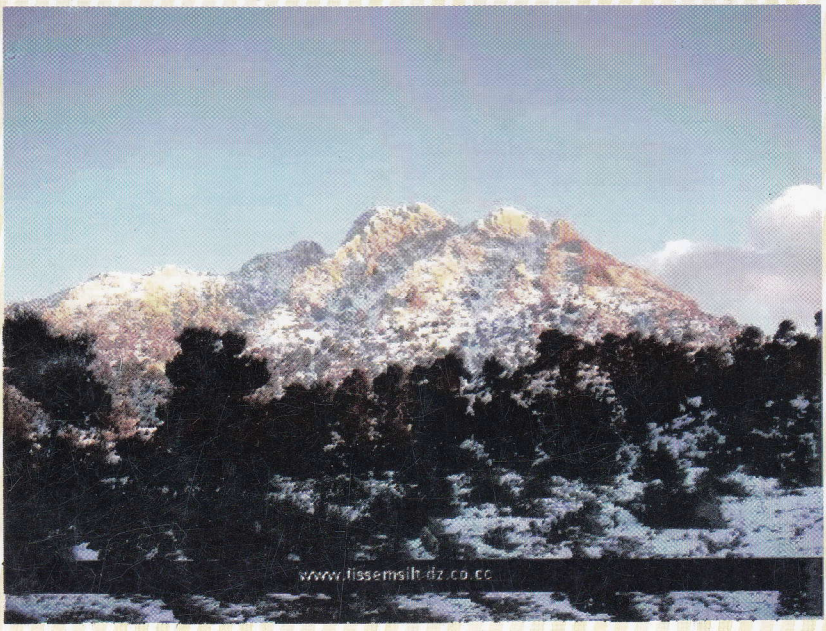
المعيار

مجلة دورية محكمة تصدر عن
المركز الجامعي تيسمسيلت



العدد : 02 - ديسمبر 2010

منشورات المركز الجامعي بتيسمسيلت-
الجزائر

المعيار

مجلة دورية محكمة تصدر عن
المركز الجامعي تيسمسيلت

العدد: 02: - ديسمبر 2010

منشورات المركز الجامعي بتيسمسيلت-
الجزائر

المعيار

مجلة دورية محكمة تصدر عن
المركز الجامعي تيسمسيلت
تعنى بالدراسات الأدبية والقانونية والاقتصادية باللغات العربية والفرنسية والإنجليزية.
العدد الثاني ديسمبر 2010

رئيس المجلة
د. الطيب بن جامعة

المدير المسؤول
د.محمد بلحسين

رئيس التحرير
أ.رشيد مرسي

رئيس هيئة التحرير
أ. بشير دردار

هيئة التحرير
أ. خالد تواتي
أ. خالد روشو
أ. قدوية يعقوبي
أ. دايري مسكين
أ. الحاج لونيس بلخياطي
أ. الجيلالي لعقاب

الهيئة العلمية
أ.د محمد عباس – جامعة تلمسان –
أ.د مختار حبار – جامعة وهران –
أ.د عبد الجليل مرتاض – جامعة تلمسان
أ.د محمد بلوحي – جامعة بلعباس -
د. بوسماحة الشيخ –جامعة تيارت -
أ.د شريط عابد – جامعة تيارت –
أ. رابحي عبد القادر – جامعة سعيدة -
د. كبريت علي – المركز الجامعي يسمسيلت

المراسلات
الأستاذ: رشيد مرسي
المركز الجامعي تيسمسيلت
الهاتف/ الفاكس: 18 56 49 046
البريد الإلكتروني: rachidmersi@yahoo.fr

شروط النشر بالمجلة

- المعيار مجلة علمية محكمة تنشر البحوث الأكاديمية والدراسات الفكرية ، العلمية، الأدبية التي لم يسبق نشرها من قبل.
- دورية تصدر مرتين في السنة عن المركز الجامعي بتيسمسيلت.
- تُقبل البحوث باللغات العربية و الفرنسية و الانجليزية.
- تخضع البحوث و الدراسات المقدمة للمجلة للشروط الأكاديمية المتعارف عليها.
- تخضع البحوث للتحكيم من طرف اللجنة العلمية للمجلة.
- تُقدم البحوث و الدراسات مكتوبة في ورقة على مقاس B5 بهامش 2.5 سم عن يسار الصفحة وأسفلها وأعلاها، وهامش 3 سم يمين الصفحة.
- تتم الكتابة بخط(Simplified Arabic) حجم(14)، وفي الهامش بالخط نفسه حجم (12).
- تتم كتابة البحوث كاملة أو الفقرات والمصطلحات والكلمات باللغة الأجنبية داخل البحوث المكتوبة باللغة العربية بخط (*Times new roman*)حجم (14)، و في الهامش بالخط نفسه حجم (12).
- تكون الهوامش والإحالات في آخر الدراسة ولا يقبل استعمال التهميش الأوتوماتيكي.
- يُقدم البحث مخزناً في ملفي word و pdf في قرص مضغوط وفي نسخة ورقية مطبوعة عليهما البيانات الضرورية الخاصة بالمقال وصاحبه.
- لا يقل حجم البحث عن08 صفحة ولا يزيد عن 20 صفحة.
- الأعمال المقدمة لا تُردّ إلى أصحابها سواء نشرت أم لم تنشر.
- المواد المنشورة تعبر عن آراء أصحابها، و المجلة غير مسؤولة عن آراك وأحكام الكتاب. كما أن ترتيب البحوث يخضع لاعتبارات تقنية و فنية.

المدير المسؤول عن النشر

شارك في هذا العدد

الأستاذ: الحاج لونيس بلخياطي

الأستاذ: عبد القادر رابحي

الأستاذ : عبد القادر شريف حسني

الأستاذ : بلمصابيع خالد

الأستاذ : قاسم قادة

الأستاذ :عبد القادر بن عزّة

الأستاذ : درار بشير

الأستاذ : فايد محمّد

الأستاذ : بن علي خلف الله

الأستاذ : قلايلية العربي

الأستاذ : مبطوش الحاج

الأستاذ : عبد الله عابدي

الأستاذ : طاهري بلخير

الأستاذ : مقني بن عمار

الأستاذ : خيثر هواري

الأستاذ : عبد الرزاق بن صالح

الأستاذة: فرطاسي حفيظة

محتويات العدد

- كـــــلـــمـــة

• مقالات اللغة والأدب العربي

- إشكالية الأدب الجزائري المكتوب باللغة الفرنسية.....09
- منحنيات السؤال الإبداعي في ديوان (توشيحُ الذّاكرة) للشاعر مجدوب العيد المشراوي.....20
- إشكالات النص المترابط.....33
- التأويل وأثره في نشأة الفرق.....54
- الشُّروحات المجازية في مُعجم أساس البلاغة دراسة في المنهج والمحتوى.....73
- مستويات اللّغة الصوفية عند محي الدّين بن عربي.....88
- الهاجس الإبستمولوجي في رسائل الجاحظ.....101
- الرّواية المغاربية المكتوبة بالعربية..في النشأة والتطوّر.....124
- سمات القصيدة المعاصرة.....143
- البعد الإنساني في شخصية الأمير عبدالقادر الجزائري.....163

• مقالات العلوم القانونية والإدارية

- المركز القانوني للصحفيين أثناء الحروب وحمايتهم من أثاره.....185
- منهج المقارنة بين الشريعة و القانون.....207
- حق الزوجة في التطليق لعدم الإنفاق.....227
- المسؤولية الجنائية الداخلية لرؤساء الدول.....243

• مقالات العلوم الاقتصادية والتجارية

- واقع وآفاق التنمية السياحية في ظل التحديات الراهنة في الجزائر 265
- دور تطبيق مفهوم التسويق بالعلاقات في بناء و تدعيم المزايا التنافسية للمؤسسة.....285
- إستراتيجية تطوير المنتجات كأداة لتحقيق التميز للمؤسسة 316

كلمة

" الإبداع نقد، والنقد إبداع "

أوكتافيو باث

هذه المجلة المعيار

تهفو في عددها الثاني إلى تأسيس رؤيا نقدية وفكرية حول مجموعة من المفاهيم والقضايا والظواهر التي تشكل محوراً إشكالياً في ميادين أدبية واقتصادية وقانونية وفكرية.

كما تحاول تجاوز الطروحات السابقة بآليات ومفاهيم تتماشى وطبيعة التحول والمغايرة، والاستمرارية الزمنية، وما تفرزه من مفارقات معرفية وفكرية. في شتى الميادين.

لذلك فإن المعيار تفتح أفقها للنقاد والباحثين للمساهمة في إثراء مدونتها النقدية والفكرية.

د. بلحسين محمد

منهج المقارنة بين الشريعة و القانون

طاهري بلخير
جامعة وهران

أشاد الدكتور وهبة الزحيلى بقيمة وأهمية هذا الفن فى مسألة مقارنة الأديان والقوانين الوضعية، حيث اعتبر أن قواعد فهم النصوص وتفسيرها وطرق الترجيح بين الأدلة عند تعارضها أساس فى حل كثير من الاختلافات بين شراح القانون في تفسير الأحكام القضائية، كما أن القياس يمكن استخدامه في تفسيرالقوانين الوضعية، لأن ألفاظ القانون لم تشتمل على جميع الحوادث والوقائع,فيلجأ القاضي إلى تطبيق القانون على الوقائع المتشابهة مراعيا فى عمله الوصف المناسب لعلة القياس بحيث يلائم بين القانون ومصالح الناس *.

* وعليه فان هذه القواعد ليست قواعد شرعية أو دينية خاصة وإنما هي عربية شكلا ومضمونا نصا وروحا لذا فإنها تستعمل فى فهم أي نص شرعي أو قانوني كان مصاغا باللغة العربية* .

* ولأهمية هذه الدراسة دعا إليها أكابر علماء المسلمين المتخصصين فى الشريعة والقانون، أمثال الدكتور مصطفى شلبي ,الذي صرح أن: هذا العلم _ أصول الفقه_ لم تنقطع فائدته، وأن الحاجة إليه تتزايد بمرور الأيام، وأنه أصبح طالب القانون أحوج ما يكون إليه في هذا العصر من ذي قبل، باعتبار أن النصوص
لا تفي بمنطوقها لإستعاب الأحداث المتسارعة والمتناقضة في حياة البشر* .

* وهاهو فضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف يطلقها مدوية قائلا : إنه ليس من الصائغ قانونا ولا عقلا، أن يسن الشارع قانونا من القوانين بلغة، ويطلب من الأمة أن تفهم ألفاظه ومواده وعباراتها على مقتضى أساليب وأوضاع لغة أخرى،

لأن شرط صحة التكليف بالقانون قدرة المكلفين به على فهمه. فلا يكون القانون حجة إلا إذا كان فى استطاعة أفراد الأمة فهمه بمقتضى لسانها و لا يكون أي تشريع_ شرعي أو وضعي _ حجة على أصحابه إلا إذا كان وفقا لمعهود هم فى التعامل به انطلاقا من قوله تعالى: "وما أرسلنا من رسول إلا بلسان قومه ليبين لهم **1**"

وأهمية الموضوع يمكن أن نجملها في النقاط التالية:

.1*إظهار مدى أهمية أصول الفقه في مجال الدراسات المقارنة وخاصة القانونية منها ويتجلى ذلك في أثر هذه القواعد في تفسير النصوص سواء الشرعية أم القانونية

.2*كسر حاجز التخوف من عواقب المقارنة بين ما هو سماوي وما هو وضعي*.

.3*عدم وجود منهج واضح المعالم في مجال المقارنة بين الشريعة والقانون، يمكن أن يُسلم له الطرفان من غير نكير* .

.4*أن القوانين الوضعية بالنسبة للأمة أصبحت اليوم، واقعا مفروضا نتعامل معــه وعليه لابد من إيجاد آليات لحفظ حقوق الناس من أي تعسف يلحق بفهم النصوص

.5*أن توظيف هذه القواعد يسد بابين كبيرين، لا تخلو النصوص منهما*.

* أولهما : عدم إيفاء النصوص بنوازل العصر*.

* و ثانيهما : الثغرات التي تتركها هده النصوص، مما يفتح باب الحيل والتحايل على النصوص على مصراعيه* .

6*كما لفت انتباهي أنّ المؤلفين من المشارقة استفادوا من القواعد الأصولية وتوظيفها في فهم المواد القانونية، مثل ما قام به فضيلة الدكتور عبد الكريم زيدان في كتابه الوجيز في أصول الفقه، حيث وظف القانون العراقي أثناء التمثيل، كما وظف فضيلة الدكتور فتحي الدريني القانون السوري في كتابه المناهج الأصولية، و العمل نفسه قام به علماء مصر أمثال: فضيلة الشيخ عبد الوهاب

خلاّف في كتابه علم أصول الفقه، وفضيلة الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه أصول الفقه ,وفضيلة الدكتور زكي عبد البر في كتابه أصول الفقه الإسلامي وغيرهم من العلماء في هذا المجال*.

* غير أن ما يأسف له بالنسبة للباحثين الجزائريين ، لزلنا عالة على غيرنا في مثل هذه المواضيع*!

.7*قلت الدراسات المقارنة المزجية بين المباحث والمسائل المشتركة والمتشابهة، وإنما الملاحظ وجود دراسات لو أردت أن تقسم الكتاب على نصفين لأمكنك ذلك ! *

-8*اقتصار بعض الباحثين القانونيين على بعض أراء الفقهاء دون غيرهم ، خاصة المعاصرين منهم، أو إهمال الآراء الفقهية القديمة على اختلاف أنواعها، والتركيز على المذاهب الأربعة دون سواها من المذاهب الفقهية المعتبرة كالظاهرية والزيدية ومذاهب اهل الحديث ، والمذاهب المندثرة، ثم غياب في هذا كله مقاصد الشريعة

الإسلامية التي تستوعب كل مساحة وكل مسألة إثباتاُ ونفياُ* .

* وعليه لابد الاتجاه في البداية إلى الكتب القانونية ،والنظر في المسألة المطروحة ، فينظر في نقاط التشابه مع الفقه الإسلامي، من قريب أو من بعيد، فإن كان هناك تطابق كان المزج حتى في الطرح، وإن كان التشابه من وجه بعيد أطرح الوجه القانوني كما هو وما يقابله في الفقه الإسلامي، فإن تباعد الطرحان ، ذكر كل واحد على حده* .

* - الفرع الأول :علاقة القانون بالفقه الإسلامي*

* جاءت الشريعة الإسلامية لتقود الحياة ,فشملت أحكامها آباد الزمان وطبقت أفاق المكان ووسعت حالات الإنسان، هذه الأحكام منها ما تعلق بالعقيدة ويجمعها علم التوحيد ومنها ما يهتم بتزكية النفس وتحليتها بنبيل الشيم ومكارم الأخلاق .وهي موضوع علم التصوف، ومنها ما ينظم سلوك الإنسان الظاهر فان كان في علاقة الإنسان بالله سمي فقه العبادات، وإن كان في علاقة الإنسان بغيره فهو فقه

المعاملات وهذا الأخير هو الذي يقابل القانون كما سأبينه*.

* وهنا أبادر فأنقل ما ذكره المستشار الشرعي القانوني الدكتور طارق البشري في مبحث تحت عنوان "منهج النظر في دراسة القانون مقارنا بالشريعة "فيقول :المطلوب هنا هو النظر فيما تسعه الشريعة الإسلامية من أحكام تقوم بها القوانين والتشريعات السارية والنافذة في المجتمع الآن، ورد هذه الأحكام إلى أطرها المرجعية من الشريعة الإسلامية، وإسناد ها إلى ما يمكن أن تستند إليه من مصادر التشريع الإسلامي وفقا لما تفتق عنه اجتهاد الفقهاء المسلمين قديما وحديثا. وهذه المسألة هي ما أحاول عرضه، أن يتجه رجال القانون والفقه والعاملون بالقانون من المحامين والقضاة والشارحين والدارسين والأساتذة المعلمين، أن يتجه كل هؤلاء إلى بيان الإسناد الشرعي لإحكام القوانين القائمة، في حدود ما تطيق الشريعة الإسلامية وفقهها إسناده من أحكام تلك القوانين ." * *2* **

* فهناك خمس حقائق لابد من ذكرها عند دراسة القانون ومدى صلته بالشريعة الإسلامية* *خاصة وأن كثيرا من طلبة العلم عندما تذكر الشريعة في مقابل القانون، يطرح سؤالا : كيف يليق بنا أن نقارن شيئا ربانيا بشيء وضعي؟ و هذا يتنافى مع العقيدة الإسلامية **3* . **

* ولكن عندما تتضح هذه الحقائق التي تُبين مدى علاقة الشريعة بالقانون، وأن المجال الذي فيه المقارنة هو الفقه الإسلامي، وليس الشريعة الإسلامية، وبشكل أدق وأخص إن مجال المقارنة في دائرة المعاملات في الفقه الإسلامي. وهذه الأخيرة تقابل فروع القانون بكل أنواعها وستتجلى هذه بوضوح من خلال الحقائق التي

سأوردها*.

الحقيقة الأولى

* أن الفقه الإسلامي**4** جزء من الشريعة الإسلامية، هذه الأخيرة فيها العقيدة والعبادات والمعاملات والأخلاق، ولهذا يُعتبر الفقه الإسلامي جزءاً فقط من الشريعة الإسلامية*.

* والشريعة لغة : ما شرعه الله لعباده من العقائد والأحكام.والطريقة.وفي التنزيل{ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاء الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ {الجاثية18*

* ويقصدبها "مورد الماء الذي يستقى منه بلا رشاء "**5* .**

* أما اصطلاحا: فيقولالإمام الشاطبي:" إن معنى الشريعة أنها تحدد للمكلفين حدودا في أفعالهم و أقوالهم واعتقاداتهم، وهو جملة ما تضمنته الشريعة**6*.**

* فالشريعة هي ما شرعه الله للناس من قواعد الدين سواء كانت متعلقة بالعقيدة الدينية أم بالأخلاق أم بأفعال المكلفين من عبادات ومعاملات. * *7*

* فالشرع والشريعة والدين والملة بمعنى واحد، وهو ما شرعه الله للناس من قواعد وأحكام، ولكن هذه القواعد تسمى شرعا أو شريعة باعتبار وضعها وبيانها و استقامتها، وتسمى دينا باعتبار الخضوع لها وعبادة الله بها، وتسمى ملة باعتبار إملائها على الناس لتنظيم حياتهم وتدبير شؤونهم.**8*

* وتأسيسا على ما سبق ذكره يمكن تقسيم قواعد الشرع الإسلامي إلى*:

* أولا: قواعد العقيدة: وموضوعها ما يتصل بذات الله تعالى وصفاته والإيمان به وبرسله واليوم الآخر ومحل دراستها علم التوحيد.**9*

* ثانيا: القواعد الأخلاقية: وموضوعها تزكية النفس وإصلاحها وتحليتها بنبيل الشيم وعالي الفضائل وهي موضوع علم الأخلاق أو التصوف*

* ثالثا: القواعد العملية: وموضوعها العبادات كالصلاة والصوم و الزكاة والحج وتسمى فقه العبادات والمعاملات سواء أكانت في نطاق الأحوال الشخصية أو المعاملات المالية أو المسائل الجنائية ... أو غيرها*.

* والملاحظ أن هذا الجزء من الشريعة يقابل الفقه وبالتالي بينهما عموم وخصوص وإن تطابق في البداية كما عليه الحال في تعريف أبي حنيفة للفقه بأنه "بأنه معرفة النفس ما لها وما عليها"**10** ويشمل هذا التعريف الأحكام الإعتقادية والأحكام الأخلاقية والأحكام العملية، لم تغير من مفهوم الفقه اصطلاحا فعرف بأنه " العلم بالأحكام الشرعية العملية المستنبطة من أدلتها

التفصيلية"**11** فأصبح موضوعه فقط الأحكام العملية بنوعيها العبادات والمعاملات*.

* ويقابل القانون بمختلف فروعه من الفقه الإسلامي جزء المعاملات لأن الاثنين يبحثان في تنظيم أعمال الإنسان وعلاقاته بغيره وبالمجتمع* .

* - **الحقيقة الثانية** :

* يخلص الدكتور عبد الكريم زيدان إلى أن: "المعاملات في الفقه الإسلامي وهي التي يقصد بها تنظيم علاقات الأفراد فيما بينهم تشمل جميع روابط القانون العام والقانون الخاص في الاصطلاح القانوني. وعلى هذا فهي تنقسم إلى ما ينقسم إليه القانون الوضعي من فروع مختلفة، وفقهاء الشريعة الإسلامية تناولوا جميع علاقات الأفراد فيما بينهم ,ولكن ما قسموها إلى ما قسمها عليه علماء القانون الوضعي...وبالتالي يمكننا أن نسمي كل مجموعة من الأحكام الشرعية التي تتعلق بموضوع معين بنفس اسم الفرع في القانون الوضعي مادامت تعالج كل مجموعة من الأحكام الشرعية، ما يعالجه وينظمه هذا الفرع من فروع القانون**12 ."**

*وهذه القوانين هي المقصودة بعملية التقنين في الفقه الإسلامي، وليست الشريعة الإسلامية بمعناها الواسع ومضمونها الإجمالي**13*. **

* - **الحقيقة الثالثة** :

* وتتمثل في كون ثلاثة فروع من القانون توجد معظم أحكامها ،بل دقائق تفاصيلها أحياناً في القرآن الكريم كالأحوال الشخصية من زواج وطلاق ونفقات,وكذلك القانون الدولي العالم بمعظم أحكامه كالحرب والسلم والمعاهدات ،وكذلك القانون الجنائي وهو ما يسمى في الفقه الإسلامي بالجنايات والحدود ،توجد معظم أحكامه في القرآن الكريم**14*. **

* ولعل سبب عناية المشرع الحكيم بذكر تفاصيل هذه المسائل في القرآن الكريم هو عموم البلوى في مثل هذه القضايا ،وإعطاء سوابق في مثل هذه الحالات حتى تلحق بها ويخرج على نظائرها*.

* -

الحقيقة الرابعة :

* أن بعض القوانين وردت في القرآن الكريم لبعض المواضيع على سبيل الحصر، ومن ذلك القانون الدستوري*.

* مثلا : لم يرد فيها عن القرآن الكريم إلا الأمر بالشورى فيقوله تعالى " :وَشَاوِرْهُمْ فِي الأَمْرِ"**15**، وقوله : "وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ**16**"، وقوله : "وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسَ أَن تَحْكُمُواْبِالْعَدْلِ"**17*** .

* وفي القانون المدني اقتصر القرآن الكريم على بعض الأحكام منها الوفاء بالعقود عند قوله تعالى : "يَا أَيُّهَا الذِينَ ءَآمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ"**18**. وإثبات الدّين عند قوله : "يَا أَيُّهَا الْذِينَ ءآمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَينٍ إلى أجل مسمًّى فاكتبوهُ *.**19**"...

* وهذا الحصر لايعني القصور، وإنما فيه دلالة كبرى وهي فسحة الاجتهاد وإمعان النظر فيما يصلح لأهل كل زمان، من غير ضيق ولا حرج خاصة في ما يتعلق بالسياسة الشرعية و اجتهاد الصحابة رضوان الله عليهم، في أمر الخلافة خير دليل على ذلك، فسيدنا أبوبكر رضي الله عنه عَيَنَ، وسيدنا عمر رضي الله عنه، تركها شورى، وهكذا في قضايا الحكم والسياسة، فإن في الأمر سعة، لأن الخلاف ليس في الحجة والبرهان، إنما في اختلاف العصر و الأوان، والقاعدة المقررة فقها، أن : "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة "**20**.ورحم الله سيدنا عمر بن عبد العزبز عندما كان يقول: أنه ما يصرني أن صحابة رسول الله لم يختلفا ,فإن في اختلافهمرحمة وسعة**21 .**

*** - الحقيقة الخامسة :**

* أن الدين كامل ولكن الفقه يجب أن يتطور، ويقول فضيلة الدكتور عبد الجواد أن المعاملات بصفة عامة فإنها تسير جنبا إلى جنب مع تطور المجتمعات بسبب التقدم العلمي .**22*

* وما الفقه الإسلامي إلا وليد الحركة، ولولا عجلة الواقع التي تفرض في كل زمان نازلة لما رأينا هذه الثروة الهائلة من أراء الفقهاء في شتى المجالات,وهي تنم عن الجانب الحضاري في الفقه الإسلامي ,والعقلية الجبارة لعباقرة هذه الأمة أمثال الأئمة الأربعة ...وغيرهم ممن يعسر حصره وذكره*.

* وهذا ما تفطن له كثير من متحرري المذاهب، الذين لم يجمدو على حرفية النص ونظروا إلى المقاصد والمآلات، وهو عين ما نبه عليه ابن قيم الجوزية في فصل عظيم تحت عنوان "تغيير الفتوى بتغيير الأزمنة والأمكنة والعوائد والنيات والأحوال والأشخاص**23**"، وهذا إنما يدل مرونة الفقه الإسلامي وأنه صالح لكل زمان ومكان وهو ما عبر عنه العلامة الشهرستاني**24** إن النصوص متناهية والحوادث غير متناهية ولا يمكن أن يحمل المتناهي اللامتناهي أو بعبارة أخرى أن النصوص من كتاب أو سنة وقواعد عامة للشريعة الإسلامية معلومة ومحدودة، لكن الحوادث والمسائل تجدد مع مرور الزمن.والعبارة المشهورة عند العلماء في كون الخلاف بين أبي حنيفة والصاحبان _أبو يوسف ومحمد بن الحسن _ خلاف عصر وأوان وليس خلاف حجة وبرهان* .

* والشيء نفسه يقال عن القانون، فإن القواعد القانونية معلومة ومحدودة،ولا يمكن أن تفي بمستجدات العصر، وتطور المجتمعات، وما نراه من تعديل وتقيد وإلغاء من وقت لآخر لخير دليل على عجز هذه القواعد والنصوص على الإيفاء و الإستعاب لإملاءات الواقع*.

* أما الشريعة الإسلامية فإنه على الرُغم من كون أدلتها محصورة، إلا أنها تفي بمتطلبات العصر في كل زمان ومكان، هذا ما أشار إليه الكثير من العلماء القدامى منهم والمعاصرين ومن ذلك العلامة ابن قيم الجوزية**25** في كتابه أعلام الموقعين خاصة في الجزء الثالث؛ والشيخ محمد لخضر حسين**26** في مقدمة كتابه **27**الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان والشيخ

القرضاوي**28** في
كتابه "الشريعة الإسلامية خلودها وصلاحيتها لكل زمان ومكان "والشيخ المرحوم عبد القادر عودة**29** في مقدمة كتابه النفيس"التشريع الجنائي الإسلامي المقارن**"

30وكتابه"الإسلام بين جهل أبنائه وعجز علمائه * **"**31**، فرغم صغر حجم هذا الكتاب غير أن له قيمة عظيمة في الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي*.

* ولا أطيل في هذه النقطة أو الحقيقة التي لا تحتاج إلى برهان وهذا باعتراف العلماء الغربيين أنفسهم ومن ذلك ما نقله الدكتور عبد السلام مدكور عن المستشرق المجري الأستاذ فمبوي "إن فقهكم الإسلامي واسع جدا إلى درجة أنني أعجب كلما فكرت في أنكم لم تستنبطوا منه الأنظمة والأحكام الموافقة لبلادكم وزمانكم"**32***

* ومن ذلك المؤتمر الدولي للقانون المقارن المنعقد في مدينة لاهاي في دورته الأولى عام 1932م يعترف أعضاؤه من فقهاء الألمان والفرنسيين وغيرهم، بأن الشريعة الإسلامية وغيرهم، بأن الشريعة الإسلامية إحدى الشرائع الأساسية التيسادت، ولا تزال تسود العالم*.

* وبأنها مرنة قابلة للتطور، فقه حي نام متطور يجب النظر إليه بعين الاعتبار. وفي دورته الثانية عام 1937م في لاهاي أيضاً قرر أعضاء المؤتمر مايلي**33*
**:

* .1 اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع العام*.

* .2 اعتبار ها حية قابلة للتطور*.,

* .3 اعتبارها قائمة بذاتها ليست مأخوذة من غيرها* .

* وفي سنة 1947م انعقد مؤتمر المحامين الدولي بنفس المدينة ,وكانت دعوته صريحة لجمعية المحامين الدولية، من أجل تبني الدراسة المقارنة للتشريع الإسلامي والتشجيع عليه. فتعتبر هذه هي بكورة المقارنة بين التشريعات الوضعية

والشريعة الإسلامية* .

* وهناك نُقولٌ نفيسة عن كبار القانونيين والمفكرين الغربيين تشيد بعظمة هذا التشريع ولولا خشية الإطالة لنقلتها ، ولكن أكتفي بهذه الشهادة .وفيما ذكره الشيخ مصطفى الزرقا * الخير الكثير لمن أراد الوقوف عليه .**34* **

* فهذه شهادة بعض العلماء الغربيين والمحافل الدولية والملتقيات العالمية تقرر ذلك وكفى بها شهادة من أهلها*.

* يقول أستاذ القانونيين العرب عبد الرزاق السنهوري ." ولا أريد الاقتصار على شهادة الفقهاء المنصفين من علماء الغرب كالفقيه الألماني كوهلر والأستاذ الإيطالي ديل فيشيو والعميل الأمريكي ويجمور وكثيرين غيرهم ...ولكني أرجع للشريعة نفسها لأثبت صحة ما قررته ففي هذه الشريعة عناصر لو تولتها يد الصياغة فاحسنت صياغتها لصنعت منها نظريات و مبادىء لا تقل في الرقي والشمول وفي مسايرة التطور عن أخطر النظريات الفقهية التي نتلقاها اليوم عن الفقه الغربي الحديث* **35** ".

* والذي يُخلص إليه أن القانون بجميع فروعه يقابل المعاملات في الفقه الإسلامي وليس الشريعة الإسلامية وذلك للأسباب الآتية**36* : **

* أولا- الشريعة الإسلامية أوسع من الفقه الإسلامي وهذا الأخير جزء منها غير أنه أوسع من القانون ، لأن هذا الأخير يقابل أحد شطري الفقه الإسلامي فقط.

* ثانيا- الفقه الإسلامي يشمل على جميع فروع القانون التقليدية، دونما استجد من قوانين حديثة مثل الطيران وقانون الفضاء ، وهذا لتوقف الفقه الإسلامي عن المسايرة لا عجزا فيه ولكن لعدم خوض العلماء في هذا الميدان* .

* ثالثا- إذا كانت القوانين الوضعية من وضع البشر فإن الشريعة الإسلامية بمصدريها الكتاب والسنة من وحي الله عز وجل*.

* أما الفقه الإسلامي فهو من وضع الفقهاء استنباطا من المصدرين الإلهيين(الكتاب والسنة) وفق القواعد الشرعية*.

* والفقه منه ما هو مبني على نصوص قطعية في دلالتها فهذا لا غبار في

أحكامه وليس محلا للنقاش والمقارنة، أما ما هو خاضع للاجتهادات بناء على الاستنباط من نصوص قد تكون ظنية في دلالتها وثبوتها . فهنا الاجتهاد يكون معرضا للصواب والخطأ*.

من هذه النقطة يمكن أن يلتقي القانون الوضعي ويكون النقاش والترجيح في هذا المجال أو هذه الدائرة، بناء على القاعدة القانونية ومدى مصداقيتها عند مخالفة أي نص تشريعي.

* وهذه المقارنة لا تأتي إلا من خلال دراسة معمقة من أياد متخصصة تحسن التعامل مع النصوص سواء كانت شرعية أم وضعية*.

* وهنا أبادر فأنقل التحذير والتنبيه الذي وجهه الفقيه القانوني الدكتور عبد الكريم زيدان حيث قال :" ... أنبههم وأحذرهم جميعا بأن هذه الدراسة لا تعني أبدا تنزيل الشريعة الإسلامية منزل القوانين الوضعية من جهة جواز الأخذ ببعضها وترك البعض الآخر، وجواز التعقيب عليها بالتصحيح والإبطال والزيادة والنقصان كما يفعله المعنيون بدراسة القوانين الوضعية، لسبب بسيط هو أن الشريعة الإسلامية من صنع الله وتشريعه، ولا تعقيب على ما يشرعه الله لعباده، قال تعالى : {وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْراً أَن يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَن يعص اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالاً مُّبِيناً }** 37** .. نعم هناك ما يسمى ب (الفقه الإسلامي) القائم على الاجتهاد ففي الفقه الإسلامي دائرة من الاجتهاد السائغ، وفي هذه الدائرة يجوز النقاش و التعقيب عليه والأخذ منه والرد عليه في ضوء الدليل والبرهان وقواعد الاجتهاد "**38* .**

* وبهذا يتضح مجال المقارنة بأنه يدور في دائرة الاجتهاد، والتي لابد لها من وسائل وقواعد سواء لعقد المقارنة أو لعملية الاستنباط، ومن هنا كانت ثمرة دراسة علم أصول الفقه ومدى الحاجة إليه، خاصة في الدراسات المعاصرة_ الفقهية والقانونية _ التي فرضت نفسها في الجامعات العالمية * .

* وهذه المقارنة تحتاج إلى ميزان منصف في تقيم النصوص إستنباطاً ,ومعرفة للراجح منها فكان لابد من الرجوع إلى قواعد يتحاكم إليها . فوجد من العلوم التي

عنيت بهذا الشأن علم أصول الفقه، وقد استفاد منه الطرفان. فمن الضروري معرفة هذا الفن ومدى الحاجة إليه* .

*الفرع الثاني: المقارنة بين لنصوص الشرعية والنصوص القانونية:

* للنص عدة إطلاقات بحسب استعماله، فهو تارة يطلق على كل مكتوب، وتارة على نص مقدس، وثارة أخرى على مبحث أصولي، وعليه فلا بد من تحديد المراد منه.

* النص لغة :يراد به الظهور والارتفاع، ومنه يقال نصصت الشيء بمعنى رفعته وأظهرته *

وقال عمرو بن دينار : ما رأيت رجلا أنص للحديث من الزهري أي أرفع له وأسند **39** .

*قال امرؤ القيس**40** : وجيد كجيد الرّئم ليس بفاحش *
إذا هينصّته ولا بمعطّل .

* يقول أبو البقاء:" النص أصله أن يتعدى بنفسه لأن معناه الرفع البالغ ,ومنه منصة العروس، ثم نقل في الاصطلاح إلى الكتاب والسنة وإلى معنى واحد.ومعنى الرفع في الأول ظاهر، وفي الثاني أخذ لازم النص وهو الظهور"**41* .

* أما في الاصطلاح فعند أهل الأصول يطلق على معاني يمكن إجمالها فيما يلي* : **42**

-* أحدها:مجرد لفظ الكتاب والسنة، فيقال :الدليل إما نص أو معقول وهو اصطلاح الجدليين* .

-* ثانيها : ما يذكر في باب القياس وهو مقابل الإماء*.

-* ثالثها :نص الشافعي فيقال : لألفاظه نصوص باصطلاح أصحابه قاطبة*.

-* رابعها : يقابل الظاهر ، وهذا في الألفاظ واضحة الدلالة*.

*ومجال المقارنة في الإطلاق الأول دون غيره ،لكون تلك النصوص تتصف بالقداسة روحا ومعنى،وكل تقديم أو تأخير أو إضمار ينبني عليه حكم شرعي، فلا

بد من التثبت فيه عند التفسير* .

*أما في اصطلاح أهل القانون:" نصّ (**texte **)" هو:ألفاظ القانون والعقود والسندات كما وضعت لا شرحها ولا ترجمتها .**43* **

* والغرض من هذا المطلب حتى يتبين أولا الخلاف الجوهري بين مصدري هذين العلمين ومن ناحية أخرى أن هذا الاختلاف له أثره عند الاستنباط، لأن كل تقديم أو تأخير أو ضمير في نصوص الشريعة الإسلامية له تأثيره في تغير الأحكام، وهذا ما لا نجده في النصوص الوضعية*

* وعليه، فإن ذكر الاختلافات الأساسية بين النصوص الشرعية والقوانين الوضعية أمر ضروري*.

* لأن المجتهد المسلم أمام كلام مشحون بمعان خاصة مقدسة تحتاج إلى بحث دقيق وعميق بخلاف النصوص العادية البشرية التي يغتفر فيها مالا يغتفر في النصوص الشرعية، لأن الناظر فيها يحتاج إلى نظر زائد على النظر المعهود، وعليه كان لابد من توفر شروط في المجتهد نص عليها علمائنا في مدوناتهم الأصولية، ولماّ كان الأصوليون في هذا المقام العالي الغاية والمسؤولية فرض عليهم واقع الحال ترقية المعايير اللغوية والنحوية المستعملة في بحوثهم لجعلها في مستوى الموضوع وخطورته .**44* **

* ولقد حصرها المرحوم "عبد القادر عودة" في ثلاثة أوجه سأوجزها في النقاط الآتية:**45* **

* الوجه الأول: أن الشريعة بمصدريها من عند الله عز وجل أما القوانين الوضعية من وضع البشر*.

* الوجه الثاني : أن القوانين عبارة عن قواعد مؤقتة تضعها الجماعة لتنظيم شؤونها وسد حاجاتها، فهي قواعد متأخرة عن الجماعة، أو هي في مستوى الجماعة اليوم، ومتخلفة عنها غدا، لأن القوانين لا تتغير بسعة تطور الجماعة*.

* أما الشريعة الإسلامية فقواعدها وأصولها وضعها الله عز وجل على سبيل

الدوام لتنظيم شؤون الجماعة، فالخلاف بينهما الديمومة وعدم التغيير والتبديل*.

* الوجه الثالث: أن الغرض من الشريعة هو تنظيم الجماعة وتوجيهها، وإيجاد الأفراد الصالحين، أما القوانين الوضعية فالأصل فيها التنظيم وعدم التوجيه، ومن ثم كان القانون متأخرا عن الجماعة وتابعا لتطورها*.

* ثم يبدي المرحوم ملاحظة : وهي أنه في العصر الحالي اصبح القانون هو الذي ينظم ويوجه، غير أن التوجيه خاضع لأغراض شخصية وتوجيهات معينة *.

* وعلى هذا الأساس كانت النصوص الشرعي، أكثر قداسة وأكثر عناية عند العلماء المسلمين لما في ذلك من حفظ لدينهم ودنياهم. وأنها صالحة لكل زمان ومكان سواء بمنطو قها أو بمفهومها سواء كان هذا الحكم منصوصا عليه أو مفهوما عن طريق الاجتهاد الذي له الفضل الكبير في إحداث هذه الثروة العلمية الهائلة التي تزخر بها المكتبة الإسلامية*.

* وبالرجوع إلى كتب الأصول والنظر إلى موضوع الحكم الشرعي نجد أنه يتعلق بفعل المكلف وأنه من شرطه أن يكون ممكنا في ذاته ومقدورا للمكلف ومعلوما لديه حتى يتسنى له الامتثال، وإلا كان تكليفا بمستحيل*.

* أما القاعدة القانونية : "فهي تلك القاعدة التي تنظم الروابط الاجتماعية والتي تقصر الدولة الناس على إتباعها، ولو بالقوة عند الاقتضاء"**46*.**

* وحتى نقف على هذه المعاني لابد من التفرقة بين الحكم الشرعي والقاعدة القانونية *.

الفرع الثالث: الفرق بين الحكم الشرعي والقاعدة القانونية**47* : **

لعل المباحث التي تتعلق بالحكم في أصول الفقه تحوي أربعة مباحث وهي الحكم والمحكوم عليه المحكوم فيه والحكم الشرعي، وسأتطرق إلى كل مبحث بما يخدمالموضوع وعلاقته بالقانون.

* أولا : الحاكم (المشرع) في الحكم الشرعي ،هو الله عزّ وجل وحده لا شريك له "إن الحكم إلا لله **48**"، أما القاعدة القانونية فالمشرع هم البشر كسائر

الناس غير معصومين من الخطأ والزلل*.

* ثانيا :المحكوم فيه ، في الحكم الشرعي هو فعل المكلف بإيجاب أو ندب أو تحريم أو كراهة أو إباحة أو الربط بين شيئين بجعل أحدهما للآخر سببا، أو شرطا أو مانعا، أما في القاعدة القانونية، الرابطة الاجتماعية بإنشاء حقوق في ناحية والتزامات في ناحية أخرى*.

* ثالثا : المحكوم عليه، في الحكم الشرعي والقانون سواء إلا أن تطبيق ذلك في الشريعة الإسلامية، أن يكون الإسلام شرطا في المحكوم عليه، اعتبار أن جنسية الإسلام، وإن كانت في بعض الحالات تخرج عن هذا القيد كالذمي، لأنها القاعدة العامة في تلقي الخطاب*.

* رابعا : الحكم الشرعي، يشمل الدنيا والآخرة عند إصدار الحكم سواء بالثواب أم بالعقاب*.

* أما القاعدة القانونية فالجزاء دنيوي فقط، ولا شأن لها بالثواب*.

* الأول : متعدد المراتب بأحكامه التكليفية الخمسة كما هو الحال عند جمهور الأصوليين (الوجوب، الندب* ...

* أما الثاني : فيتـــردد بين الإيجاب والتحريم والإباحة ولا وجود للكـــراهة والندب*.

* كما أن الأول يمتد إلى العبادات والمعاملات، أما الثاني فهو محصور في المعاملات فقط وهذا ما وضح في المطلب الأول*.

* وبالنظر إلى النصوص الشرعية والقانونية نجدها تجمع نوعين من القواعد , وهما قواعد التفسير وقواعد الأحكام، والفرق بينهما دقيق، وقلما ينبه له في مصنفات ومدونات هذا الفن* .

* وبهذا يتضح جليا أن صناعة النص سواء الفقهي أم القانوني ، يحتاج إلى ضوابط محددة و معالم مدروسة وموازين محكمة ، ولغة رصينة ومفهومة ، وألفاظ مألوفة لا مستوحشة، و عبارات واضحة لا مستغربة* .

* - الخاتمـــة :

بعد هذه الجولة في كتب الأصول والقانون، حاولت أن أقف على بعض ملامح العلمين أصول الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وأن أستل ما يمكن استلاله من كتب المتقدمين والمتأخرين، والمعاصرين.

فكانت أول حقيقة، لابد من إبرازها: هي تحديد مجال المقارنة وحصره بين الفقه والقانون، وفي الفقه؛ فقه المعاملات فقط , وهذا الأخير مجال الاجتهاد فيه واسع، والأصل فيه الإباحة حتى يرد النص المانع ,ففيه النظر إلى تحقيق مصالح النص أكثر من الوقوف عند حرفية النص.

كما يمكن تسجيل بعض نتائج وآفاق هذا البحث في النقاط التالية :

-1*ضرورة دراسة أصول الفقه بالنسبة لدارسي القانون وضرورة دراسة النظرية العامة للقانون بالنسبة لدارسي الشريعة*.

-2*ضرورة تفعيل الفكر المقاصدي لأهل الفقه و القانون على حد سواء حتى لا يُوقف على حرفية النص ويهدر المقصد الأصلي الذي وضع من أجله، والمصلحة المتوخاة منه*.

-3*ضرورة كشف أو رسم منهجية واضحة المعالم، للدراسات المقارنة بين الفقه والقانون*. ** **

-4*أن علماء الأصول أبدعوا وتفننوا في هذا العلم، وكان لهم فضل السبق في التقعيد والتنظير** **.وكان لأهل القانون فضل السبق في والمنهجية والتقنين والتبويب*.

- 5*ضرورة التجديد في الأمثلة، سواء الفقهية أو القانونية*.

-6** *عدم وجود أصول حقيقية -بمعنى أصول القانون- عند أهل القانون، فلا بد من تمحيصها واستخلاصها من الدراسة القانونية المتنوعة* .

-7*إزالة الحاجز النفسي في ميدان المقارنة، ومحاولة الإبداع في** **الطرح والتوظيف*.

-8*تكريس عقلية الإقناع العلمي، والتحرر المذهبي من فكرة الإقصاء، والابتعاد

عن الضغط الفكري عند الطرفين*.

- 9*الواقع العملي العلمي، ** **رجح مدرسة البحث العلمي الحر أو ما ** **تسمى بالمدرسة الواقعية على غيرها من المدارس التي** ** انسجمت مع المدرسة الشاطبية (أي مدرسة المقاصد) في تحرير النصوص من نزعتها ** **الحرفية وإضفاء البعد المقاصدي عليها*.

-10*أن تسبق المقارنة بين الفقه والقانون ، تقنين الفقه الفقه الإسلامي، حتى تتيسر المقارنة ، و لا يغرق الباحث خاصة غير المتخصص في الفقه الإسلامي ، في عبارات و ألفاظ المتقدمين من تقديم وتأخير وضمير، وعوض أن يفهم المسألة الفقهية، يهدر وقته في حل ألفاظ المؤلف التي هي عبارة عن ألغاز و اختصاراتلحروف ومعاني* .

-11*إذا تحقق التقنين، فلا بد أن تكون الدراسات مزجية بين الأحكام المتشبهة ، وطرح كل ما انفرد به أحدهما عن الأخر في مباحث مستقلة، تبرز فيها الجدة ، و الاجتهاد ، ويقبل منها ما لا يتصادم مع مقاصد التشريع العامة* .

وفي الأخير هذا جهد مقلّ حاولت فيه أن ألج الدراسات المقارنة من جهة قواعدها وأصولها، بعدما زخرت المكتبة الإسلامية بالدراسات المقارنة في المواضيع الجزئية في أغلب أبواب فقه المعاملات.

و عليه فإن الاتجاه إلى التقعيد والتنظير يساهم بشكل كبير في تقريب الشقة بين فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون.

المصادر والمراجع:

-*الوضع القانوني المعاصر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي: المستشار طارق البشري، ،دار الشروق مصر ط1- 1996/1418*.

-*المقارنات التشريعية: محمد حسنين العدوي الشهير بمخلوف المناوي، تحقيق: د /محمد سراج و د/ علي جمعة، دار السلام القاهرة، ط1، 1999/1420*.

-*المقارنات التشريعية(مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن

أنس رضي الله عنه): سيد عبد علي حسين، تحقيق: د/ محمد سراج و د/ علي جمعة وأحمد جابر بدران ,دار السلام القاهرة، ط 1، 2001/1421* .

* * -*الفقه المقارن: عبد الفتاح كبّارة، دار النفائس لبنان، ظ1، 1997/1418* .

المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية: عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة لبنان،ط11 , 1410/1989.

-*الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة . ط 1998، مؤسسة الراسلة، بيروت، لبنان.

**-*مصطفى شلبي: المدخل في الفقه الإسلامي، ط1988، دار صادر، بيروت، لبنان*.

-*عبد الكريم زيدان: نظرات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ط1،2000، مؤسسة الرسالة لبنان*.

-*خصائص التشريع الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، د/ عباس حسني، موضوع منشور بمجلة الحقوق الكويت،ط3 ، 1997، ص 116و ما بعدها*.

* * -*محمد عبد الجواد محمد: بحوث في الشريعة والقانون "بحث التقنين"، منشأ المعارف – الإسكندرية 1411 هـ/1991*

-*محمد عبد الجواد محمد: بحوث في الشريعة والقانون " بحث القانون في القرآن ،دار الفكر العربي- سنة 1973* . -

-*شرح القواعد الفقهية , الشيخ أحمد الزرقا ، راجعه :د/عبد الستار أبوغدة ،دار الغرب الإسلامي ،ط1 , 1403/1983ص247 القاعدة 57*.

-*جلال الدين السيوطي: تراث الخلفاء، ط1987، دار إحياء التراث، بيروت، لبنان، ص 198*.

-*وهبة الزحيلي، محاضرة بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ،السنة الرابعة1987 العدد7_9*.

-*ابن قيم الجوزية: أعلام الموقعين عن رب العالمين، راجعه وقدم له وعلق عليه طه عبد الرءوف سعد دار الجبل بيروت لبنان ،ب/ت*.

-*الملل والنحل، لأبي الفتح محمد الشهرستاني، تحقيق: أ/ أحمد فهمي محمد، دار الكتب العلمية لبنان ط 1*. 1410/1990

-*عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي مؤسسة الرسالة ط1-1421/2000*.

-*المرجع نفسه ج1 ص 17 وما بعدها*.

-*عبد القادر عودة: الإسلام بين جهل أبنائه وعجز علمائه ، ط2000، مؤسسة الرسالة، *

-** *محمد سلام مدكور: المدخل للفقه الإسلامي ، دار الكتاب الحديث، ب.ت، *

-*شوكت محمد عليان: التشريع الإسلامي والقانون الوضعي، ط1، 1996، دار الشواف، عمان ، الأردن*.

-*مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام مصطفى الزرقا مطابع ألف باء الأديب دمشق ط9 - 1968*.

-*مجلة نقابة المحامين بدمشق السنة الأولى العدد السابع ص 506 نقلا عن جهود تقنين الفقه الإسلامي د/ وهبة الزحيلي مؤسسة الرسالة ط 1 -1408-1987 ص 31*.

-*عباس حسني: خصائص التشريع الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، ط1998، دار النهضة، القاهرة، مصر*

-*مولود السريري: منهج الأصوليين في بحث الدلالة اللفظية الوضعية، دار الكتب العلمية، ط1، 2002، بيروت، لبنان* .

- ** **48*محمد زكي عبد البر:الحكم الشرعي والقاعدة القانونية ، ط1،1402هـ/1982م، مؤسسة الكتاب العربي، بيروت، لبنان *.