مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية

Journal of legal and social studies

Issn: 2507-7333

Eissn: 2676-1742

دور المنهج المقارن في إبراز مكانة الفقه الإسلامي بين النظم القانونية الغربية

The role of the comparative approach to clarify the status of Islamic jurisprudence among Western legal systems

أ/ طروب كامل*

مؤسسة جامعة باتنة 1، (الجزائر)، taroub.kamel@univ-batna.dz

تاريخ ارسال المقال:2021/12/07	تاريخ القبول:2022/01/15	تاريخ النشر: 2022/03/01

*المؤلف المرسل

الملخص:

مقارنة القوانين منهج يتوصل من خلاله إلى تقويم النظم والقواعد القانونية المختلفة، سواء على المستوى المحلي أو الدولي، كان ذلك على مستوى الشريعة والعائلة القانونية الواحد، أو العوائلوالشرائع العالمية الأخرى.

وبالمقارنة بين منهج القانون المقارن والنظام الإسلامي نجد أنهما يشتركان في بعض الآليات من بينها علم الخلاف عند الفقهاء المسلمين، وإذا كانت مهمة القانون المقارن هي التقريب بين القوانين في البلاد المتمدنة فيما بينها بصورة منسقة عن طريق تقسيم قوانين العالم إلى مجموعات، أو عائلات متقاربة فيما بينها من حيث الخلفية التاريخية والخصائص وكذا مفهوم القاعدة القانونية والتقسيمات العامة لفروع القانون المختلفة، فإن هذه المهمة هي إحدى وظائف القواعد الأصولية والقواعد المنهجية في التشريع الإسلامي، وهي منهجية معترف بها في العائلة القانونية التشريعية الإسلامية على اختلاف مذاهبها، ويؤكد ذلك منج علم الخلاف عند الفقهاء المسلمين.

الكلمات المفتاحية:نظام؛رجرمانية؛مقارنة؛.

Abstract :

Comparing laws is an approach aimed at evaluating different legal systems and rules. Whether at the local or international level, whether it is at the level of Sharia and the one legal family, or families and other global laws.

By comparing the comparative law approach with the Islamic system, we find that they share some mechanisms, including the science of disagreement among Muslim jurists.

If the goal of comparative law is to bring the laws of civilized countries closer together in a coordinated manner by dividing the laws of the world into groups, or families close to each other in terms of history and characteristics, as well as the concept of the legal base and the general divisions of the various branches of law, then this task is one of the functions of the rules Fundamentalism and methodological rules in Islamic legislation.

It is a recognized methodology in the Islamic legal family of various sects, and this is confirmed by the science of disagreement among Muslim jurists

Keywords:System ; Germanic ; Comparative ; .

مقدّمة:

نشهد في الفترة الحالية طفرة في الدراسات المقارنة في النواحي التشريعية؛ وهذا بإعمال ما يسمى بالمنهج المقارن الذي يعد عنصرا أساسيا لكل علم قانوني أو ثقافة قانونية؛ إذ أصبحت الدراسة المقارنة ركنا أساسيا وعنصرا فعالا في علم القانون؛ إن لم نقل عنه قانون القوانين بما اشتمل عليه من دراسة القوانين من حيث زمانها ومكانها .

وقد عرفت الدراسات المقارنة انتشارا واسعا منذ نهاية القرن 19م لهذا نجد الآن معظم البرامج الدراسية في كليات الحقوق في كل الدول تولي عناية خاصة للقانون المقارن.

ونظرا لأهمية الدور الذي يلعبه القانون المقارن، فقد لجأت الكثير من الدول إلى إنشاء مؤسسات ومراكز بحث متخصصة في الدراسات القانونية المقارنة. فالاقتصار على معرفة القانون الوطني والاكتفاء به من شأنه أن يحد من أُفق رجل القانون ويجعل معرِفته جزئية ومحصورة في الزمان والمكان، لكن الدراسة المقارِنة تجعل معرفته تنبض بالحركة والحياة، وتتطلع إلى المستقبل، وتحيط بالعالم الفسيح وتعمل على استيعابه.

ولكون الفقه الإسلامي قد تراجع في الأزمنة الأخيرة بسبب عوامل خارجة عن ذاتيته حتى رمي بالجمود وعدم مواكبة التطور، دعت الضرورة إلى التنويه بتجديد الفقه الإسلامي من خلال إعادة صياغته صياغة بسيطة بلغة العصر، ولا يتأتى ذلك إلا باعتماد المنهج المقارن الذي يهدف أساسا إلى تقويم وتطوير النظم القانونية المختلفة وذلك بمقارنتها على مستوى العائلة القانونية الواحدة، أو بمقارنة العائلات القانونية المختلفة .

وعليه يمكن طرح السؤال الجوهري التالي : كيف يساهم المنهج المقارن في إبراز مكانة الفقه الإسلامي وتجديده بصياغة حديثة تناسب لغة العصر واحتياجاته ؟

وللإجابة على الإشكال السابق عمدت إلى دراسة العناصر التالية :

1. مفهوم المنهج المقارنوأهدافه
2. التقسيمات الحديثة للقوانين في العالم
3. مجال المقارنة بين الفقه الإسلامي و القوانين العالمية
4. مكانة الفقه الإسلامي ضمن عائلات القانون

وقد اعتمدت منهج المقارنة بين القوانين وبالتحديد المضاهاة باعتبار المقارنة تتم بين منهجين مختلفين ينتمي كل واحد منهما لعائلة قانونية مختلفة، عائلة القوانين الغربية الكبرى باعتبار جل قوانين العالم تندرج ضمنها وعائلة القوانين الدينية وبالتحديد الشريعة الإسلامية كواحدة من التشريعات الدينية المجموعة ضمن عائلة واحدة مع الشريعة المسيحية وكذا اليهودية .

يهدف البحث في مقارنة القوانين إلى تقويم النظم والقواعد القانونية المختلفة، سواء على المستوى المحلي أو الدولي، سواء كان ذلك على مستوى الشريعة والعائلة القانونية الواحد، أو العوائل و الشرائع العالمية الأخرى، والتي صنفت في العالم حسب هذا المنهج إلى عائلات تشترك في الخصائص والجذور التاريخية وهذه العائلات حسب أشهر تصنيف لها هي :العائلة الرومانية الجرمانية، عائلة الكامنلو، العائلة الاشتراكية، عائلة النظم الدينية والمذاهب المتميزة، والتي صنف ضمنها النظام الإسلامي، كما يوجد غيرها من التصنيفات، والتقسيمات المختلفة لقوانين العالم.

المبحث الأول: مفهوم المنهج المقارن وأهدافه

لقد استعملت لفظ المنهج بدلا من العلم لتغليب الرأي القائل بأن القانون المقارن منهج كما سيأتي بيانه لكن التسمية الدارجة لهذا العلم هو القانون المقارن أو الأنظمة المقارنة ولكثرة الانتقادات الموجهة لهذه التسمية بالرغم من انتشار استعمالها يقترح البروفيسور Bruno de Loynes de Fumichon[1] استبدالها ب:"علم مقارنة القوانين"[2].

المطلب الأول: مفهوم المنهج المقارن

المنهج المقارن أو ما يصطلح عليه القانون المقارن في اللغة وحسب المعجم الفرنسي : هو العلم الذي يدرس مختلف الأنظمة العالمية المطبقة من أجل مقارنتها[3].

أما في الاصطلاح فالحقيقة أن القانون المقارن ليس مجموعة من القواعد القانونية، بل في واقع الأمر هو علم أو منهج يهدف إلى مقارنة القوانين مع بعضها البعض، لاستخلاص الخصائص الأساسية لكل قانون، وتحديد العوامل المشتركة والاختلافات الكائنة بينها. وعلى أي حال، لا يمكن تصور أن هذا القانون المقارن يمكن أن يكون فرعا من القانون الوضعي، لأنه من الصعب تخيل ما يمكن أن يكون عليه موضوعه وما قد يكون مستقبله[4].

لقد ظهر القانون المقارن في أوروبا واحتل مكانة في منظومة العلوم القانونية بجهود سالي ولامبير، وإليهما يعود الفضل في ذاتيته واستقلاليته وهما يختلفان في الغرض والغاية فالغاية عند سالي توظيف القانون المقارن في تطوير القانون الوضعي في بلد ما، والغاية عند لامبير التقريب بين النظم القانونية في البيئات المتجانسة لتصبح هذه المبادئ التشريعية العامة زادا مشتركا، ولكل أمة في الاعتماد عليه حق[5].

- وقد عرف الفقيهان "لامبير" وسالي القانون المقارن في المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي عقد في باريس عام 1900م، و الذي يعد تاريخ ميلاد للقانون المقارن بأنه "ذلك العلم الذي يبحث عن القواعد المشتركة بين القوانين والنظم القانونية المختلفة".
- كما عرف مؤتمر "لاهاي" القانون المقارن المنعقد سنة 1937 بأنه " ذلك العلم الذي عمل على المقارنة بين قوانين بلدان مختلفة، بهدف استخلاص أوجه الشبه والاختلاف بين هذه القوانين"

- الفقيه "رووني دافيد": القانون المقارن هو "المنهج المقارن في تطبيقه على الدراسات القانونية[6].

المطلب الثاني: أهداف القانون المقارن

ويمكن تلخيصها فيما يلي:

- تطوير القانون المحلي من خلال الاطلاع على الأنظمة الأجنبية المختلفة .
- إيجاد حلول للمشاكل القانونية الجديدة من خلال عملية المقارنة .
- الاستدلال باستخدام المقارنة .
- يلعب القانون المقارن دورا مهما في توثيق العلاقات بين الدول فالمعاهدات التي تبرم بين الدول لا تستمد أسسها من قانون دولة معينة، إنما تستمد من مناهج مختلفة يتوصل إليها عن طريق المنهج المقارن[7].

كما يمكن القول أن عملية المقارنة بين نظامين تشريعيين تيسر 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. ولعل الهدف العلمي يعد 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. وعلى سبيل المثال فإن مذهب الأحناف في عدم اعتبار المنافع أموالا أمر يتناسب مع التطور الاجتماعي والاقتصادي الذي لا تكتسب فيه المنفعة أو الخدمة أهمية اقتصادية. ويمكن فهم هذه الاستثناءات التي انتهى إليها متأخرو الحنفية في اعتبار بعض المنافع من الأموال (منفعة الصبي – منفعة ماله – منفعة الوقف – منفعة الأموال المعدة للاستغلال) على أساس من التعرف على طبيعة التطور الاجتماعي، واتجاه هذا التطور على إقرار قيمة مالية للمنافع والخدمات. وكذلك فإن إطلاق الحرية الاقتصادية في القرن التاسع عشر ناسب الأخذ في القوانين السائدة آنذاك بإطلاق يد المالك في ملكه ومنع مسؤوليته عما قد يترتب على استعماله حقوق ملكيته من إضرار بالغير. ويمكن تفسير مذهب أبي حنيفة وابن حزم في إطلاق يد المالك في ملكه بالنظر إلى هذا التوجه نفسه بخلاف مذهب جمهور الفقهاء الذي فطن إلى ما قد يترتب من أضرار اجتماعية على إطلاق يد المالك[8].

من جهة أخرى، فإن بيان أوجه الاتفاق والاختلاف بين النظم القانونية والتشريعية من شأنه أن يلقي الضوء على العلاقات التاريخية بين الشعوب؛ ما يؤكد التواصل بينهما، ويشجع على التقارب والالتقاء بين الأجناس والشعوب، ويساعد على التعرف على ما عند الآخر وفهمه. ولا شك في أن الاعتراف العالمي بمكانة الشريعة الإسلامية بين النظم القانونية العالمية إنما يرجع على اتباع منهج الدراسة المقارنة التي أدت إلى التعرف

على مبادئ هذه الشريعة وتأثيرها في التفكير القانوني الغربي. يقول ديسانتيالانا :DESANTILLNAمن الأمور الإيجابية التي اكتسبناها من التشريع العربي – يقصد الإسلامي – هذه الأنظمة القانونية العديدة من مثل الشركات المحدودة المسؤولية (القراض)، وهذه الأساليب المتصلة بالقانون التجاري، وحتى لو نحينا هذا كله جانبا فمما لا شك فيه أن المعايير الخلقية الراقية لجوانب معينة من هذا التشريع قد ساعدت على إحداث التطوير المناسب لكثير من مفاهيمنا الحديثة. وفي هذا تكمن العظمة الدائمة لهذا التشريع[9].

المبحث الثاني: التقسيمات الحديثة للقوانين في العالم

يكاد يجمع علماء القانون أن كل القوانين السائدة في العالم المعاصر الآن يمكن ردها إلى ثلاثة أنظمة قانونية كبرى وهي:

1. الأنظمة الرومانية الجرمانية
2. نظام "الكامن لو" الانجليزي
3. نظام الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول: الأنظمة الرومانية الجرمانية (اللاتينوجرمانية)

وتسمى شرائع القانون المدني أو شرائع القانون المكتوب، ونشأة الشرائع في أوروبا، ويرجع أصلها إلى القانون الروماني القديم وتكونت هذه الأنظمة عبر مخاض تطور النهضة الأوروبية الذي بدأ بجهة حركة النهضة للجماعات مند القرن الثامن عشر، وقد بدأ هذا الجهد باستخلاص منهج موحد مستمد من مجموعة "جوستنيان" ومن تدوين الأعراف المحلية خاصة من الأعراف الجرمانية التي سادت الإمبراطورية الرومانية منذ القرن الخامس.

وتغطي هذه العائلة عددا كبيرا من البلدان حوالي 90 بلد أي معظم بلدان القارة الأوروبية إضافة إلى أمريكا اللاتينية ، كما تتميز قواعد القانون في هذه العائلة بالتجريد والعموم ، والتمييز بين القانون العام والخاص[10].

الفرع الأول: البناء القانوني للشريعة الرومانوجرمانية

رغم التباين الموجود بين قوانين هذه العائلة خاصة في مجال القانون العام، لاتصاله بالأنظمة السياسية والإدارية الذي يختلف من دولة إلى أخرى ، إلا أنها تجتمع في بنائها القانوني وتتشابه في التقسيمات والمفاهيم القانونية من جهة وفي فكرة القاعدة القانونية ومصادر القانون من جهة أخرى .

فمن حيث التقسيمات تتفق جميع بلدان هذه المجموعة على تقسيم القانون إلى قسمين رئيسيين هما القانون العام والقانون الخاص، وهذا من أبرز إضافات مدرسة القانون الطبيعي التي تفرض وجود قانون عقلي أسبق من الدولة ويعلو عليها .

فالقانون الخاص يضم فروع عديدة على رأسها القانون المدني، ويترتب على هذا التقسيم أيضا وجود نوعين من المؤسسات القضائية، محاكم عادية ومحاكم إدارية .

أما بالنسبة للقاعدة القانونية فتتميز في هذه العائلة بخاصيتي التجريد والعموم ، فالقاعدة القانونية في هذه الشريعة قاعدة سلوك توضع مسبقا لتطبق على قواعد لاحقة وتتضمن نهيا عن فعل يمنعه القانون أو أمر بفعل يوجبه القانون ويتم بخاصيتي التجريد والعموم ، فالقاعدة القانونية في هذه الشريعة قاعدة سلوك توضع مسبقا لتطبق على قواعد لاحقة وتتضمن نهيا عن فعل يمنعه القانون أو أمر بفعل يوجبه القانون ويتم إعداد القاعدة القانونية على ضوء الواقع العملي مع مراعاة اعتبارات العدالة والأخلاق والظروف السائدة في المجتمع[11].

أما بالنسبة للمصادر فتتمثل في هذه العائلة في التشريع والعرف والاجتهاد مع اختلاف في ترتيب العرف والاجتهاد وإضافة مصدر الشريعة الإسلامية بالنسبة للدول المسلمة كالجزائر إذ تنص في المادة الأولى من القانون المدني الجزائري على ترتيب المصادر كالتالي: التشريع ثم الشريعة الإسلامية ثم العرف، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة[12].

الفرع الثاني: فلسفة إيديولوجية الشريعة الرومانوجرمانية

تقوم إيديولوجية دول بلاد العائلة الرومانوجرمانية على المذهب الفردي باعتبار الفرد أساس المجتمع، وباعتبار الأسرة والملكية الخاصة والحرية الفردية وحرية التعاقد، وحرية الصناعة والتجارة دعائم أساسية في تنظيم المجتمع، فهذا المذهب يعتبر الفرد هو الأساس الذي يقوم عليه النظام السياسي للدولة، وسلطة الدولة وجدت لخدمة الفرد وحماية حريته وممتلكاته، ويرجع أساس هذه الفلسفة إلى القانون الروماني والفلسفة اليونانية مرورا بفكرة القانون الطبيعي التي كرسها "روسو" في العقد الاجتماعي ثم أفكار الثورة الفرنسية وما أرست من حقوق الإنسان والمواطن[13].

المطلب الثاني: شريعة الكامنلو (Common law)

تغطي هذه العائلة حوالي 40 بلدا حول العالم، ويقصد بمصطلح الكامنلو القانون المشترك لكل إنجلترا بمفهوم القانون العادي أو الشريعة العامة مقارنة بالأعراف المحلية، وتسمى هذه المدرسة كذلك بمدرسة القانون غير المكتوب أو شريعة القانون القضائي.

وتتميز هذه الشريعة بأن قواعدها القانونية لا تستمد من التشريع، وقد نشأت شريعة الكامنلو في إنجلترا على يد المحاكم الملكية منذ الغزو النورمندي سنة 1066 لتصبح نظاما قانونيا عالميا تعتمده أغلب الدول التي تتكلم اللغة الإنجليزية (الأنجلو سكسونية)[14].

الفرع الأول: الخلفية التاريخية لشريعة الكامنلو (Common low)

أصل القانون في هذه العائلة هو مجموعة الأحكام الصادرة من المحاكم الملكية، والتي تحولت إلى نظام قانوني حل محل الأعراف المحلية والأنظمة التي كانت سائدة (نظام الإقطاع والقانون الكنسي)، وأصبحت هذه القواعد هي القانون العادي الذي يطبق على كل رعايا المملكة ويشترك بينهم ولهذا يسمى (Common) والتي تعني مشترك ويقابله المصطلح الفرنسي (Droit Commun)، ويرتكز القانون الذي أقامه نظام الكامنلو على: احترام السوابق القضائية، اعتماد المحلفين في الفصل، سمو القانون.

الفرع الثاني: خصائص شريعة الكامنو

يتميز القانون في هذه المجموعة بعدم التفرقة بين ما يسمى بالقانون العام والقانون الخاص المتبع في النظام السابق ويتم التفرقة في النظام الإنجليزي بين ما يسمى بالكامنلو من جهة وقواعد العدالة من جهة ثانية كما يتميز بعدم الاهتمام بالجوانب النظرية ، وإنما ينصب الاهتمام بالجوانب العملية خلاف النظام الرومانوجرماني، فالقاضي أو المحامي في هذه المجموعة لا يتطلب فيه لممارسة وظيفة القضاء والمحاماة الحصول على شهادات في العلوم القانونية، وإنما يكفي لأن تكون له خبرة في المجال العملي .

ويتميز النظام الإنجليزي بالاعتماد على السابقة القضائية وجعلها المصدر الأول من مصادر القانون حيث بعد صدورها من القضاء تصبح ملزمة للجهات القضائية الأخرى[15].

وإذا كانت الشريعة الرومانية الجرمانية وشريعة الكامنلو تشتركان في الإيديولوجية والفلسفة التي يقوم عليها بناء المجتمعات التي قامتا فيها، حيث تمجد كلها المذهب الفردي (الملكية الخاصة النظام الليبيرالي والرأسمالي) وكلاهما تأثر بالقانون الكنسي فإنهما تختلفان من حيث التكوين التاريخي، والبنيان القانوني والمصادر[16].

المطلب الثالث : نظام الشريعة الإسلامية

صنف النظام الإسلامي من طرف أغلب فقهاء القانون المقارن ضمن العائلات الدينية والتي من بينها القانون العبري والقانون الكنسي وكذا القانون الهندي، والنظام الإسلامي حسب هؤلاء يشكل حركة دينية مستمدة من الوحي الإلهي، والمنحدر من الله إلى محمد فالقرآن يشكل المصدر الأساسي والسامي للقوانين الإسلامية، التي تعد انعكاسا للدين الإسلامي حسب ريني دافيد .

والقانون الإسلامي يحمل في طياته نظام حياة شامل فهو يحدد علاقة الفرد بربه وعلاقته بالمجتمع من حوله، ويسمى بالقانون الإلهي المعروف باسم الشريعة أو الطريقة؛ مصدرها القرآن الكريم الذي يعد نصا مجملا يستكمل بالسنة .

لقد تصدى لفهم هذه القوانين الإلهية علماء الدين أو خبراء الفقه، وهم من نقلوا فهم هذه النظام الذي يحتوي على ثروة هائلة من الأحكام المستنبطة من القرآن الكريم والسنة،كما قاموا بتقسيم الأحكام الشرعية إلى خمس التزامات وهي: الواجب المستحب الحرام المكروه، والمباح .

لقد كان للطابع الديني للنظام الإسلامي تأثير قوي للغاية على مصادر القانون، وقد أدت علاقة التبعية بين الحق والقانون الإلهي، والدين إلى خلق عقبة يصعب التغلب عليها في تطوير التشريعات، إن الفكرة القائلة بأن الشعب يستطيع أن يلغي القانون أو يغيره أو يطوره أو يستبدل النظام القائم بأنظمة وضعية منطقية غير مقبولة وغير مسبوقة في النظام الإسلامي .

إن أوامر الخليفة ليست إلا إجراءات إدارية تكميلية فالحكم لله أولا وأخير وكذا القضاء ، كما أن فقه النبي يشكل سلطة كبيرة ، ومذاهب أهل العلم و عمل الفقهاء هو مصدر آخر للقانون خاضع للمصدرين الأول والثاني كل هذا تحت رقابة المؤمنين، الفقه القضائي والممارسة القضائية هي مصادر تبعية للقانون[17].

من خلال تتبع الكتابات في القانون المقارن نستطيع القول أن فقهاء القانون قد تحدثوا عن نظام الشريعة الإسلامية بدقة متناهية تشمل جميع الجوانب المعلومة لدي المتخصص في الشريعة الإسلامية، إلا أنهم خلصوا إلى نتائج تحتاج إلى مراجعة من بينها أن القانون في عائلة الشريعة الإسلامية يتسم بالجمود ولا يمكن أن يطور أو يعدل بأي حال من الأحوال بسبب قداسة المصدر، وقد ردّ على هذه المزاعم ثلة من علماء الأمة من خلال عقد مؤتمرات وندوات ساهموا من خلالها في تصويب هذا الفهم الخاطئ أبرزها أعمال المؤتمر الإسلامي بجامعة محمد بن سعود الإسلامية بالرياض سنة 1401_1981 ، والذي ينادي بوجوب تطبيق الشريعة الإسلامية تحدث العلماء من خلاله على مرونة الشريعة الإسلامية وقابلية أحكامها للتغير طبقا لتغير الأزمان والأحوال وعن منطقة العفو التي يتمكن المجتهد من خلالها من استنباط الأحكام والاجتهاد فيما لا نص فيه معملا مصادر مختلفة ووسائل غاية في الدقة ليستجيب لمتطلبات العصر ويضع حلولا وأحكام تخدم الواقع بمختلف مشاربه.

المبحث الثالث : مجال المقارنة بين نظام الشريعة الإسلامية والقوانين العالمية ومكانة الفقه الإسلامي ضمن عائلات القانون

المطلب الأول :مجال المقارنة بين نظام الشريعة الإسلامية والقوانين العالمية

قبل المقارنة بين عائلة القانون الإسلامي وعائلات القانون الغربي ينبغي أولا التمييز ين مصطلحي الشريعة والفقه لتحديد أي منهما جدير بالمقارنة.

الشريعة هي الأوامر والنواهي المبثوثة في نصوص الوحيكتابا وسنة، وليست الأحكام التي استنبطها المجتهدون من خلال فهمهم للنصوص، وبهذا المعنى فإن الشريعة الإسلامية تتصف بوصفين أساسيين: أولهما: أنها أحكام معصومة ومنزهة عن الخطأ والوهم والنقص لأنها صادرة من الله تعالى الموصوف بكل الصفات الكمال والتنزيه. وثانيهما: أنها أحكام خالدة وصالحة لكل زمان ومكان، لأن الشريعة نصوص عامة ومجردة بإمكانها إمداد المجتهدين والمكلفين بثروة من الأحكام الفقهية لكل الوقائع المعيَّنة والتصرفات المشخصة ووفق كل الظروف والملابسات. وبهذا تتمايز الشريعة عن الفقه الذي يعني مفاهيم المجتهدين لنصوص الشريعة.

فإذا كانت الشريعة هي الأحكام الواردة في القرآن والسنة في العقيدة والعبادة والأخلاق والمعاملات، فإن الفقه هو فهم هذه الأحكام ومعرفة مقاصدها، وبما أن الفقه هو فهم الناس للنصوص التشريعية فإن هذه الفهوم ما دامت صادرة عن اجتهادات بشر قد يصيبون وقد يخطئون فهي ليست معصومة إلا ما أجمعت الأمة عليه، ومن ثم فهذه الاجتهادات قد لا تكون صالحة لكل زمان ومكان وغير صالحة لكل الناس. فنصوص الوحي هي فقط المقدسة والمعصومة أما فهوم الناس لهذه النصوص فليست مقدسة ولا معصومة، بل قد تتجدد من زمان إلى آخر. وباستقراء الشريعة نجد أنها فصلت في أحكام العقيدة والعبادات والأخلاق وأصول الشريعة مما لا يدع مجالا واسعا للاجتهاد والفقه، ذلك أن هذا الصنف من الأحكام ثابت ولا يتغير من مكان إلى مكان ومن زمان إلى زمان، وهذا عكس مجالات الحياة المتغيرة كالسياسة والاقتصاد وغيرها فنجد أن الشريعة نصت على قواعد عامة دون التفصيل فيها مما يجعل مجال الاجتهاد فيها واسعا ومتغيرا[18].

أما عن مضمون هذه النصوص فقد جاءت في مجملها في صورة مبادئ كلية وأحكام عامة ولم تتعرض للجزئيات والتفصيلات والكيفيات، إلا فيما كان شأنه الثبات والدوام، برغم تغير المكان والزمان كشؤون العبادات والزواج والطلاق والمواريث ونحوها من شؤون الأسرة، وإرساء لدعائم الاستقرار في الجانبين وهما أخطر أمور الحياة .

أما فيما عدا ذلك مما يختلف تطبيقه باختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال والعوائد فكانت النصوص فيه _غالبا _ عامة ومرنة إلى حد بعيد لئلا يضيق الشارع على الناس إذا ألزمهم بصورة جزئية معينة قد تصلح لعصر دون عصر أو لإقليم دون إقليم ، أو لحال دون آخر[19].

ففي مجال القضاء مثلا جاءت نصوص الكتاب والسنة بأحكام عامة من الأمر بالعدل في الحكم، وأن يكون بما أنزل الله؛ ولكن كيف يكون الحكم أو القضاء عاما أو خاصا، أيكون على درجتين أو أكثر ؟ أيكون القاضي واحدا أم يضم إليه غيره في القضايا المهمة ؟ كل هذا لم تفصل فيه النصوص، وتركته للاجتهاد وتطور الزمن وهذا ما يطلق عليه في القوانين الحديثة بالقواعد الشكلية.

وعليه وبعد معرفة الجزء القابل للمقارنة في الشريعة و هو فهم الفقهاء للنصوص واجتهاداتهم المختلفة فيما لا نص فيه نستطيع أيضا أن نحدد بدقة أقسام الفقه القابلة للمقارنة مع القوانين العالمية،

فالفقه الإسلامي ينقسم إلى قسمين رئيسين هما:

الأول: العبادات : وتشمل القواعد التي تنظم صلة الإنسان بربه سبحانه وتعال وهذا القسم لا مجال لمقارنته بغيره لأن مصادره قطعية الثبوت والدلالة وقد جاءت ناسخة للديانات السابقة بأحكام مفصلة ومضبوطة لا يشوبها النقص ولا نحتاج لمقارنتها بهدف تطويرها أو فهمها .

الثاني : المعاملات ، وتشمل القواعد القانونية التي تنظم صلة الإنسان بأخيه الإنسان في وطنه ، وفي الدول الأخرى ، كما تنظم صلة الدول بعضها بالبعض ، وهذا القسم يشمل مختلف أنواع القوانين الوضعية بمسميات عصرية، وقد نجد لها مقابلا في مصطلحات فقاء الشريعة الإسلامية.

العام الدستوري والإداري يقابله في الشريعة الإسلامية عبارة السياسة الشرعية أو السياسة الحكمية، والقانون المدني والتجاري يقابله لفظ العقود، وغيرها[20].

وهناك تقسيم آخر يوضح لنا خارطة الفقه الإسلامي بشكل أدق نستطيع من خلاله تمييز الجزء الذي يمكن إخضاعه للمقارنة وهو حسب وحيد الدينخان : الشريعة ، الفقه ، اللوائح التنظيمية .

فالشريعة هي الأجزاء القانونية في الدين ماعدا الأجزاء الاعتقادية، ومصادر الشريعة، القرآن والسنة وقد بين الله ورسوله القوانين الأساسية التي يمكن أن يقوم النظام الصحيح للحياة الإنسانية ، وهذه القوانين الأساسية ثابتة ثبات قوانين الطبيعة والحياة .

أما الفقه فهو تفسير القوانين الأساسية وفقا للأحوال المتجددة في عصر بعد عصر .

إن القوانين الأساسية لا تتغير بدون أدنى شك ولكن التغيرات التي تطرأ على خريطة الحياة من عصر لعصر تتطلب تطبيق القانون الأبدي على المتغيرات الزمنية . وقد ظهر الفقه لاستجابة هذه الحاجة ، وحين توسعت رقعة الإسلام في العصر العباسي ، واستجدت المشكلات ظهر القاضي أبو يوسف (782_798م) وطبق القوانين الإسلامية على أعظم دولة في ذلك العصر وبين أن الإسلام يتمتع بالمرونة التامة للاستجابة لحاجات كل عصر فالفقه على عكس الشريعة يحمل العنصر الزمني فالاجتهاد الفقهي يتبع الشريعة ويخضع لها بدون شك ولكن لا يخضع لفقه سابق لعصره لأن الفقه ليس إلا سجلا للاجتهاد الإسلامي وهو ليس بالشريعة نفسها .

والجزء الثالث من القانون هو ما اصطلح عليه باللوائح التمدنية حسب وحيد الدين خان (والتي يمكن أن نطلق عليها القواعد الشكلية أو الإجرائية بلغة القانونيين) ولم تلزمنا الشريعة بشيء بصدد هذه اللوائح بل أجازت لنا اللوائح طبقا للمقتضيات التمدنية ومصالح البشر، يذكر الله تعالى في سورة سبأ(10_21_34) عن عباده الذين مكن لهم من الرقي المادي الكبير من استغلال المعادن ، والطيران في الفضاء ، والاستطلاع في الأماكن البعيدة جدا والعمران والهندسة والزراعة وتخطيط المدن وغيرها من الإمكانات ولكنه لم ينزل عليهم شريعة صناعية أو فقها تقنيا بل أمرهم أن يشكروا الله (13_24) ... ويتضح من هذا أن قضية وضع اللوائح التمدنية لا تتعلق بالشريعة، بل يجب على البشر أن يقوموا بهذا العمل وفقا لعلومهم وأحوالهم . ولكن يجب عليهم أيضا أن يشكروا الله ويحمدوه لما أسبغ عليهم من نعم ، وهذه الروح في نفسها ضمان ضد دخول عناصر الظلم والفساد إلى اللوائح المدنية التي سيشرعها هؤلاء البشر[21].

المطلب الثاني :مكانة الفقه الإسلامي ضمن عائلات القانون .

لقد هبت أمام الأوضاع المتردية في العالم الإسلامي حركة تجديدية للفقه الإسلامي قامت على التعريف به والخدمة لفروعه ومسائله، في اللقاءات والمؤتمرات والجامعات بالمحاضرات والبحوث والدراسات ، وبتصنيف أبوابه وضبط أحكامه في مجالات فقهية تمس أكثر جوانب الحياة .

وقد سبقت لذلك المجلة العثمانية ، كما ظهرت أعمال الشيخ أبي السعود ومجموعة الفتاوى الهندية ، ووضعت بتونس عدة مجلات تستمد أحكامها من الفقه الإسلامي مثل مجلة الجنايات سنة 1861، والمجلة التجارية سنة 1864، ومجلة العقود والالتزامات سنة 1906 وغيرها .

كما أصدر الشيخ محمد عبده تقريرا بشأن إصلاح المحاكم الشرعية ، وبحثت مجلة المنار عدة قضايا مدنية ومسائل العبادات وقضايا الأسرة ، وتكونت مؤتمرات الفقه الإسلامي في صورة أسابيع الفقه الإسلامي الدولي وانعقدت بباريس سنة 1951 وبدمشق سنة 1963، وبتونس سنة 1974 وانعقدت مؤتمرات مجمع البحوث الإسلامية بالقاهرة سنة 1974و1975 والندوات الثلاث السعودية مع رجال القانون العام سنة 1972 وصدرت عن المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بالقاهرة دراسات كثيرة في القانون والفقه الإسلامي ووضع المجمع والمجلس كلاهما مجلات تضبط أحكام الشريعة الإسلامية في أكثر فروع المعاملات[22].

أما عن حضور الفقه الإسلامي في معاهد القانون العالمية ممثلا لواحد من الأنظمة الدينية حسب تصنيفه فقد بدا أكثر ثراء وتقدما مما كان يظنه البعض من خلال مناهج تتسم بالعمق والجدة فاستعيدت ثقة كانت مفقودة بفضل جهود علماء ارتحلوا من أجل العلم وبه عادوا وكانت عودتهم بداية نهضة في دراسة الشريعة والقانون وقد برزت في هذه الفترة أعمال محمد صادق فهمي ، وعبد السلام ذهني ، ومحمد عبد الجواد ،ومحمد فؤاد مهنا وعبد الرزاق السنهوري وفي أعمال كل واحد منهم اجتهادات تلاحمت فيها مقاصد الشريعة مع اتجاهات حديثة في القانون المقارن .

كما أن الإنصاف يقتضي الاعتراف بإسهام إدوارد لامبير[23] في الدراسة المقارنة في مصر وكانت له اليد الطولى في توجيه مؤتمرات القانون المقارن إلى التسليم بأن الشريعة الإسلامية هي نظام مستقل ، وثمرات ذلك تمثلت في تزويد المكتبة القانونية في مصر بدراسات مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون أقنعت الفقه والقضاء في دوائر الفكر الوضعي بأهمية ما يحويه الفقه الإسلامي من ثروة .

وقد أسهمت مجهوداتهم في المقاربة بين العائلة اللاتينوجرمانية وعائلة النظام الإسلامي فتم تعريف المجموعة اللاتينو جرمانية بوجه خاص والفقه القانوني الغربي بوجه عام بثقافة قانونية حية هي الفقه الإسلامي استفاد منها الغرب عبر طرق اتصال مختلفة في الأندلس وصقلية وغيرهما من مسالك انتقال الحضارة الإسلامية إلى الغرب ، وعندما تحركت هذه الثقافة في جهود أبنائها في رسائل علمية محكمة ، وبلغة فرنسية رصينة؛ أصيب العقل

القانوني الغربي بالدهشة والانبهار ولم يستطع إنكار تأثيرها أعلام كبار في مقدمتهم ، ليفي أولمان ، وجوسران ، والألماني كوهلر وغيرهم[24].

وبالمقارنة بين منهج القانون المقارن والنظام الإسلامي نجد أنهما يشتركان في بعض الآليات من بينها علم الخلاف عند الفقهاء المسلمين ، فإذا كانت مهمة القانون المقارن هي التقريب بين القوانين في البلاد المتمدنة فيما بينها بصورة منسقة عن طريق تقسيم قوانين العالم إلى مجموعات، أو عائلات متقاربة فيما بينها من حيث الخلفية التاريخية والخصائص وكذا مفهوم القاعدة القانونية والتقسيمات العامة لفروع القانون المختلفة، فإن هذه المهمة هي إحدى وظائف القواعد الأصولية والقواعد المنهجية في التشريع الإسلامي، وهي منهجية معترف بها في العائلة القانونية التشريعية الإسلامية على اختلاف مذاهبها، ويؤكد ذلك منج علم الخلاف عند الفقهاء المسلمين.

فعلم الخلاف يعرف به كيفية إيراد الحجج الشرعية ودفع الشبهة، وقوادح الأدلة الخلافية بإيراد البراهين القطعية.وفي حقيقة الحال فإن علم الخلاف ماهو إلا علم متولد من علم المنطق والجدل وعلم الفقه، فهو يأخذ من المنطق مبادئه وقواعده وكلياته وقطعياته، ثم ينطلق بها ليستخدمها في الفقه ومسائله، وبيان قواعد الأئمة وأصول اجتهاداتهم، ودفع الشكوك والشبه التي ترد على مذاهبهم.

يقول ابن خلدون مبيناً فوائد علم الخلاف: وكان في هذه المناظرات بيانُ مآخذِ هؤلاء الأئمة، ومثاراتِ اختلافهم ومواقعِ اجتهادهم. وكان هذا الصنف من العلم يسمى بالخلافيات. ولابد لصاحبه من معرفة القواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام كما يحتاج المجتهد[25].

وعلم الخلاف له وظيفتان :

الأولى : عملية محورها معرفة مآخذ الأئمة وأدلتهم دفاعا عن المذاهب.

الثانية : عملية تعليمية تستهدف تكوين عقلية لديها مران بتأصيل المسائل ، وقدرة على الاستدلال والمناظرة، وهذه كلها من وظائف القانون المقارن في صورته الحديثة[26].

ومهما تنوعت مناهج هذا العلم وطرائق التأليف فيه إلا أن ميدان عملها جميعا هو الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة؛ أي في كل الأحوال يعد علم الخلاف حوار من داخل عائلة قانونية واحدة، وفي ذلك يفترق علم الخلاف عن القانون المقارن في كون القانون المقارن هو الحوار الدائر بين عائلات القانون الكبرى وكذا بين القوانين من نفس العائلة، ويعتبر بالتالي أوسع نطاقا من علم الخلاف من حيث ميدان المقارنة .

خاتمة:

من خلال ما سبق يمكننا القول أن الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه يمكنه الاستفادة من المنهج المقارن ، كما يمكن أن يشكل أحد المصادر الأساسية لهذا العلم وبالتالي يساهم بشكل فعال في تطور القوانين العالمية وذلك كما يلي :

1. تعريف المختصين في الدراسات القانونية بمزايا الفقه الإسلامي من خلال مقارنته بعوائل القانون الأخرى .
2. الاستفادة من عمليات المقارنة التي تبنتها كثير من دول العالم، واستطاعت أن تقرب بين وجهات نظر القانونيين ومن ثم توحيد الكثير من القواعد القانونية .
3. تمكين المشرع من التوصل إلى حلول للوقائع التي تحتاج إلى تشريعات جديدة عن طريق الاطلاع على تجارب الدول الأخرى ، وهذا يمكن إسقاطه على اجتهادات المجتهدين في القضايا المعاصرة وفيما لا نص فيه، حيث يمكنهم المنهج المقارن من الاطلاع أو الاستنباط من الحلول التي توصل إليها غيرهم من الأمم وتكييفها وفق مقتضيات الشريعة ومتطلباتها .
4. بفقه الخلاف يعرف مدى مابين المذاهب والآراء من اتفاق واختلاف وكذا منشأ اختلاف الأئمة والعلماء كما يوصلنا المنهج المقارن إلى معرفة ما تطمئن إليه النفوس من الأحكام؛ بالوقوف على مسالك الأمة في الاستنباط، وهذا ما يمكن إسقاطه على القانون المقارن كمنهج أيضا .
5. التعرف على القواعد المشتركة بين الفقه الإسلامي وغيره من قوانين العالم .
6. التقريب بين المذاهب الإسلامية باستخدام علم الخلاف وبينها وبين قوانين العالم باستخدام المنهج المقارن بين الشرائع المختلفة فإن لم يتيسر التقريب والجمع رجح الأقرب للحق .
7. تنشيط دراسة الشريعة الإسلامية باعتبارها أحد مصادر القانون العام المقارن ، وإبراز ما يمكن أن يكون للشريعة الإسلامية من نصيب في تقدم الحضارة.

الهوامش:

[1]Maître de conférences à l'école de droit de la Sorbonne (université Paris I) Doyen de la faculté de droit de l'université de la Polynésie française (Tahiti).

[2]Comparative Law Journal of the pacific Journal de Droit Compare Du Pacifique **Introduction au droit comparé**, AOUT 2013.

[3]dictionnerfrancais , www.linternaute.fr. 2018/11/08 تاريخ الزيارة ،

[4]borisbarraud, le droit comparé,in la recherche juridique (les branche de la recherche juridique), l'armattan,coll. Logique juridiques , 2016 ;p.91s.

[5]محمد كمال الدين إمام ، مقاصد الشريعة والقانون المقارن ، جامعة الإسكندرية ، مركز البحوث المعاصرة في بيروت،نقلا عن موقع: http://nosos.net تاريخ الزيارة : 2018/11/08 .

[6]Boris Barraud. 3_2:ص ، (مرجع سابق) ،

[7]cour de Mme robin olivier,droit privé, droit comparé, p 2

[8]عبد اللطيف القرني ، الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون نقلا عن موقع:http://www.aleqt.com تاريخ الزيارة 2018/11/08

[9]المرجع نفسه.

[10]cour de Mme robin olivier,p 17

[11]عبد الرزاق بن خروف ، مدخل إلى القانون المقارن ، الجزائر ، دار الخلدونية ،1438-2017، ص: 115-116-117

[12]الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20رمضان عام 1395 الموافق ل: 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن للقانون المدني المعدل والمتمم

[13]عبد الرزاق بن خروف ، (مرجع سابق)، ص: 126

[14]cour de Mme robin olivier,p 18

[15]معراج جديدي ، محاضرات في القانون المقارن وطرق البحث، الجزائر ،2004 ص: 21-22

[16]fumichon, Introduction au droit comparé, p142

[17]fumichon, Introduction au droit comparé, p231,232

[18]عمر سليمان الأشقر، تاريخ الفقه الإسلامي، ط:1 ، (الكويت :مكتبة الفلاح، 1402_1982)، ص: 18_19_20

[19]يوسف القرضاوي ، وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية ، بحث منشور ضمن أعمال المؤتمر الإسلامي بجامعة محمد بن سعود الإسلامية بالرياض سنة 1401_1981 ، ص: 91

[20]علي عليمنصور ، مقارنات بين الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية، ط:1، (بيروت : دار الفتح للطباعة والنشر ، 1390هـ_1970)، 24

[21]وحيد الدين خان ، وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية ، بحث منشور ضمن أعمال المؤتمر الإسلامي بجامعة محمد بن سعود الإسلامية بالرياض سنة 1401_1981 ، ص:312_313

[22]محمد الحبيب خوجة ، وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية ، بحث منشور ضمن أعمال المؤتمر الإسلامي بجامعة محمد بن سعود الإسلامية بالرياض سنة 1401_1981 ، ص: 8

[23]أحد أعلام القانون الفرنسي في جامعة ليون ومن الرواد في تأسيس القانون المقارن ، وله تأثير بارز على المدرسة المصرية في القانون في مرحلة مبكرة وحاسمة من تاريخ تطورها ، تولى إدارة مدرسة الحقوق السلطانية في القاهرة في أواخر القرن التاسع عشر ، ورحل عنها مرغما بتدبير بريطاني فعاد إلى ليون أستاذا في كلية الحقوق . نقلا عن : محمد كمال الدين إمام ، مقاصد الشريعة والقانون المقارن، ص: 280

[24]محمد كمال الدين إمام ، مقاصد الشريعة والقانون المقارن ، ص:280_281

[25]عبد الله نجيب سالم، باحث بالموسوعة الفقهية الكويتية، نقلا عن موقع http://www.alkeltawia.com تاريخ الزيارة : 20 /2018/11

[26]محمد كمال الدين إمام ، مقاصد الشريعة والقانون المقارن ، ص:287