E-ISSN:2602-6163

ثنائية الفقه والقانون في الدراسات المقارنة
الأهمية والأدوار والآثار

Duality of islamic Jurisprudenceand Law in Comparative Studies
Importance, roles and implications

د.محمد الحراق EL HARRAK MOHAMED

دكتوراه في الفقه المقارن بالقانون

أستاذ زائر بالكلية المتعددة التخصصات بالعرائش المملكة المغربية البريد الإلكتروني:Abouyasser06@gmail.com

تاريخ الاستلام: 15-08-2020 تاريخ القبول:28-08-2020 تاريخ النشر: 15-09-2020

ملخص: لئن كانت هذه الدراسات المقارنة قد عرفت انتعاشا كبيرا في علوم شتى؛ فإنها في ثنائية الفقه والقانون لها القِدْحُ المعَلَّى، ذلك أنها تستمد شرعيتها وتستند في حضورها القوي علميا وعمليا إلى إيقاع الحياة السريع، والواقع الضاغط الذي يفرض وجود مشكلات إنسانية جمَّة أصبحت جزءا لا يتجزأ من حياتهم، إذ إنَّ نموَّ الحضارة يرافقه ظهور معضلات جديدة تحتاج إلى إيجاد مُخرجات علمية دقيقة، والبحث باستمرار عن حلول لها، ويفترض أن يسايرَ سَنُّ الأنظمة تطورَ المجتمع، ومع ذلك فإن ضرورة التوافق تبدو في الحقبة المعاصرة أشد إلحاحا وأكثر بداهة مما كانت في أي يوم مضى.

بيد أنه مع هذا الانتعاش الذي عرفته ثنائية الفقه والقانون في الدراسات المقارنة، إلا أنها صارت تعاني من تراجع مَهُول ليس على مستوى الكم والعدد، بل على مستوى الكيف والجودة، لاعتبارات متعددة منها: خلفيات الدراسة، ومنها جودة الموضوعات المطروقة.

لأجل جاء هذا البحث ليرسم ملامح الدراسات المقارنة في جانب حدودها، وسياقها التاريخي، وأهميتها وصعوباتها ووظائفها.

الكلمات المفتاحية: الفقه– القانون– الدراسات المقارنة

Abstract:
While these comparative studies have witnessed a great recovery in various sciences; In the dualism of jurisprudence and law it has the highest status, as it derives its legitimacy and rests in its strong scientific and practical presence on the fast rhythm of life, and the pressured reality that imposes the existence of many human problems has become an integral part of their lives .However, with this revival that the duality of jurisprudence and law has known in comparative studies, it has become suffering from a dramatic decline not on the level of quantity and number, but on the level of quality and quality.In order for this research came to draw the features of comparative studies in the aspect of their limits, their historical context, their importance, their difficulties and their functions

.**Keywords:** Islamic Jurisprudence; Law; Comparative Studies.

المؤلف المرسل: دراق محمد abouyasser06@gmail.com

مقدمة

الحمد لله كفى والصلاة والسلام على عباده الذين اصطفى، وبعد:

فإن ثنائية الفقه والقانون تظهر مكانتها من خلال تَجْلية وَثاقة صِلَة القانون بالفقه، وهي صلة تجعله أشبه ما يكون بدِهليزٍ يعبر خلاله الفقه إلى ميدان الإلزام الاجتماعي المنَظِّملعلاقات أفراد المجتمع، والموَجِّه لتصرُّفاتهم بُغْيَة ترتيب أوضاعه وشؤونه العامة.

فالفقه، وإن كان يَتَدَثَّر بِدِثار الإلزام الشرعي المتمثل في مسؤولية الإنسان المسلم نحوَ ربه كَحَقٍّ من حقوقه، إلا أن هذا المقدار من الإلزام لا يكفي لتحقيق الالتزامِ بنصوصه، والتَّقَيُّدِ بأحكامه نصًّا وروحًا؛ لضبط حركة المجتمع، وتدبير علاقاته، إذا ما ابتغينا أن يكون للفقه دورٌ رئيسٌ في هذا الضبط.

وإذا اعتبرنا ضرورة أن يكون ثَمَّة ما يُلزم أفراد المجتمع بذلك، فلا غرو أن يكون القانون هو المخوَّل بهذه المهمة؛ لأنه يعتبر جهة إلزام اجتماعية، وعلى أفراد المجتمع أن يبذلوا جهوداً من أجل عدم التخلي عنه وإهماله في الوسط الاجتماعي؛ والفقه إذا لم يتلبس بلباس القانون، لا يمكنه أنيساهم مساهمة فعالة في تنظيم شؤون المجتمع وتعزيز علاقات أفراده[1].

ومما لا تخطئه عين القارئ اليوم حجمُ الدراسات المقارنة (**Les études comparatives**) الموجودة في الساحة العلمية، وما يواكبها من اهتمام كبير يروم تطويرها، ويهدف إلى نشرها، وتعميم موضوعاتها على كل فروع المعرفة.

وهذه الدراسات تستقي استمدادَها من مُسلَّمَة مُفادها أن استقلالَ العلم الواحد لا يعني انعدام الترابط بين العلوم، فهي على اختلاف تخصصاتها وأنظارها، وتنوع فروعها ومناهج بحثها مترابطةٌ ومتشابكةٌ، وهذا يمنع من إقامة معيقات بين بعضها البعض، إذْ إنَّ كل علم يَستخدم معطياتِ ومفاهيمَ وقوانينَ ونظرياتِ العلوم الأخرى[2]؛ لأنها في الجملة ليست لها حدود صارمة، بل الحقول المعرفية المتجاورة لم يزل يتداخل بعضها في بعض[3]؛ ذلكم أنها كلها متعاونة، ولو استقلت العلوم استقلالا تاما لما بلغت البشرية اليوم ما بلغته من التَّرَقِّي بسبب التطور الذي حققته، والتقنية التي أنجزتها.

وإذا كنَّا في حاجة في حقولِ المعرفة المختلفة إلى دراسات ناضجةٍ وأبحاث راشدة تساهم في حلِّ كثير من المشكلات المجتمعية، فإننا في أمس الحاجة إلى الدراسات المقارنة لنستفيد منها في وضع أصول أثيلة،

(1)العلاقة بين الفقه والقانون بينرؤيتين: سعةً وضيقا، أحمد المبلّغي، مقال منشور ضمن كتاب الفقه والقانون الصادر عن مركز الدراسات الإسلامية في مجلس الشورى الإسلامي، ص:167.

(2) منهج البحث المقارن: بحوث ودراسات، لعبد الجواد بكر، ص:12.

(3) ميزان العمل، للغزالي، ص:348.

وقواعد أصيلة لعلاج أسسهذه المشكلات، خصوصا وأن المنهج المقارن بات جزءاً من هموم أهل العلم الفكرية فيكتاباتهم ومؤتمراتهم.

ولئن كانتهذه الدراسات المقارنة قد عرفت انتعاشا كبيرا في علوم شتى؛ فإنها في ثنائية الفقه والقانون لها القِدْحُ المعَلَّى، ذلك أنها تستمد شرعيتها وتستند في حضورها القوي علميا وعمليا إلى إيقاع الحياة السريع، والواقع الضاغط الذي يفرض وجود مشكلات إنسانية جمَّة أصبحت جزءا لا يتجزأ من حياتهم، إذ إنَّ نموَّ الحضارة يرافقه ظهور معضلات جديدة تحتاج إلى إيجاد مُخرجات علمية دقيقة، والبحث باستمرار عن حلول لها، ويفترض أن يسايرَ سَنُّ الأنظمة تطورَ المجتمع، ومع ذلك فإن ضرورة التوافق تبدو في الحقبة المعاصرة أشد إلحاحا وأكثر بداهة مما كانت في أي يوم مضى(4).

بيد أنه مع هذا الانتعاش الذي عرفته ثنائية الفقه والقانون في الدراسات المقارنة، إلا أنها صارت تعاني من تراجع مَهُول ليس على مستوى الكم والعدد، بل على مستوى الكيف والجودة، ولعل من بواعث ذلك أمور:

1- منها ما يتعلق بخلفيات دراسة الفقه المقارن بالقانون، وهي خلفيات تجعل الباحث رهينًا بها، ترسم له حدودا يتعذر عليه تخطيها، بل قد يصل الأمر إلى أن تصير هواجس تسوقه دونما لِحاظ الموضوعية المبتغاة في الباحث.

2- ومنها ما يتعلق بالموضوعات المطروقة، حيث صار فيها نوع من التكلف أدى بجمع من الباحثين إلى ربط كل جزئية علمية في فنون مختلفة بأسبقية الإسلام إليها، ورَوْمِ ملْء عناوين تلك الفنون بمضامين إسلامية، بغض النظر عن الانسجام فيها أو اتساقها مع بنائه.

وفي هذه الدراسة أحاول ملامسة الموضوع من جوانب خمسة، هي في حد ذاتها صلب الإشكالات التي يدور عليها البحث، وفق الترتيب الآتي:

أولها: البحث عن نوعية الدراسة المقارنة في الفقه والقانون التي نريد، وما حدود هذه المقارنة؟.

ثانيها: سرد تأريخي للدراسات الفقهية- القانونية المقارنة، أروم من خلاله بيان ثنائية الفقه والقانون في سياقها التاريخي، وهذا من شأنه أن يُشَيِّدَ جسورًا لوصل الحاضر بالماضي.

ثالثها: بيان أهمية هذه الدراسات كفرع من فروع المعرفة، ولهذا أثره الذي لا ينكر في أن تحل محلها التي تليق به، وتتبوأ مكانتها المرجوة.

رابعها: الكشف عن الوظائف التي تسديها، والأدوار التي تقدمها في الحقول المعرفية.

(4) إنسانية الإسلام، مارسيل بوازار، ص:7.

خامسها: تعداد جملة من الصعوبات التي يثيرها هذا الحقل المعرفي باعتبار التعقيد الذي يكتنفه.

وعليه فقد اتَّسَقَ البحث عندي فيمباحث خمسة: (المبحث الأول) جعلته لرصد حدود المقارنة في ثنائية الفقه والقانون، و(المبحث الثاني) للحديث عن السياق التاريخي لثنائية الفقه والقانون، و(المبحث الثالث) لذكر أهمية الدراسات المقارنة في الفقه والقانون، و(المبحث الرابع) لسَوْقِ وظائف الدراسات الفقهية–القانونية المقارنة، و(المبحث الخامس) لتحديد صعوبات البحث في الدراسات الفقهية–القانونية المقارنة، على أني ذيلت هذه المباحث الخمسة بخاتمة ضمنتها جملة من المقترحات.

المبحث الأول: حدود المقارنة في ثنائية الفقه والقانون

إن الحديث عن الدراسات المقارنة فقهاً وقانوناًهو بالنظر إلى كون التشريع الإسلامي صنفا من الأصناف التي تَتصنَّف إليها التَّشاريع الموجودة في العالم، لتدخل نطاق المقارنة تحت ذلك المعنى من التصنيف والتنويع، وهذا أمر ما دام مبنيا على المقارنة الموضوعية التي تدل على تقريرِ الحكم في نظر شريعةٍ وتقريرِه في نظر شريعة أخرى أمرٌ تقريريٌّ وصفيٌّ موضوعيٌّ لا حرج فيه [(5)]، وما دام أنه لا يخرج من حيّزِ المقارنات في صلب التشريع فلا غضاضة في ذلك.

ذلكم أن هذه المقارنات من حيث المضمون غير متكافئة؛ لأن ما شَرَّعه الله لا يقارن بما وضعه البشر، ولكن لتظهرَ قيمةُ التشريع الإسلامي وتَلُوحَ للناظرين استقلاليتُه عن سائر الفلسفات الوضعية، وتفردُ نظرته عن كل المذاهب التشريعية القانونية الأخرى، ويتبَيَّن عدم تأثره بأي قانون وضعي سالف، ناهيكم عن أنها تبدي عما للفقه الإسلامي من مرونة وقوة جابهت بها القضايا المعاصرة.

ولعل من أَبْيَنِ شواهد تَمَيُّزِ التشريع الإسلامي على القوانين الوضعية كون هذه المقارنة تقع بين قانون متطور مَرَّ بمراحلَ، وجاز عقباتٍ، وعُدِّل عشراتِ بل ربما مئاتِ المرّات، قبل أن يصل إلى الحالة التي هو عليها الآن، مع شريعة عُمرها يزيد على 15 قرنا من الزمان، ولو رحنا لنعقد المقارنة بين الشريعة وقت نزولها، والقانون في الزمان نفسه لما كانت هناك مجالات للمقارنة؛ لأن القوانين في ذلكم الزمان كانت بدائية جدا لا ترقى لمقام الموازنة مع الشريعة، وفي ذلك يقول عبد القادر عودة: (فنحن إذن حين نقارن إنما نقارن بين أحدث الآراء والنظريات في القانون، وبين أقدمها في الشريعة، أو نحن نقارن بين الحديث القابل للتغيير والتبديل، وبين القديم المستعصي على التغيير والتبديل) [(6)].

(5) المحاضرات المغربية، للفاضل بنعاشور، ص:35.

(6) التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، لعبد القادر عودة، 5/1.

على أنه، وتجليةً للعلاقات التي ينظمها كل من الفقه والقانون وما فيها من التَّبايُن، فإن من المسلَّم به أن المساحة التي يتحرك فيها الفقه أوسعُبكثير من المساحة التي يتحرك فيها القانون(7)، ذلكم أن الفقه ينظم العلاقة مع الله والعلاقة مع النفس، والعلاقة مع الناس، بينما يستهدف القانون تنظيم العلاقات الاجتماعية، وهي نقطة الالتقاء بينهما.

ولا شك أنه ستنطلق أَلْسُنٌ بالتعبير عن أن سُمُوَّ الشريعة ومحافظتَها على أصالتِها تمنعنا من عقد هذه المقارنات، بيد أن الممارس بداهة للفقه الإسلامي يعلم علما لا يخالطه ريب أن الفقه وإن كان فيه جانب لا مجال لأن تقربه الأذهان، أو أن يجيل فيه المتبصرون أنظارهم، وفيه جانبٌ ثانٍ بشريٌّ مُحاط بسياج الشرع وأدلته ومقاصده، إلا أنه ثمة جانب ثالث هو عمل إنسانيمحض لا يرجع إلى أصل معتبر أو دليل معمول به.

بل إني أذهب إلى أبعد من ذلك، إلى ضرورة أن تكون هذه المقارنات ليست فقط بين الشريعة والقوانين الوضعية في بلاد المسلمين، بل ينبغي أن نخطو خطوة أخرى نحاول من خلالها وضع دراسات مقارنة أكثر انفتاحا تكون بين الشريعة والقوانين الغربية الحديثة، وهذا من شأنه أن يجعل المقارنة ذات قيمة أوفى، وهو صنيع ليس بمستحدث، وما كنا في الدعوة إليه بِدْعاً من الباحثين، ولكنه سبيل سلكه قبلُ الأستاذ المرحوم السنهوري، وذلك حينما وضع أمامه معظم قوانين العالم المدنية، عندما قام بمشروع القانون المدني المصري، ومع ذلك ألفيناه يحافظ على أصالته بقوله: (إنه من السفه أن نبدد ثروة تركها لنا الأجداد، ونعيش على غيرنا نتكفف)(8).

وعلى وفق هذا يمكن تكييف عمل المقارِن بأنه يأخذ وظيفة الحاكم الذي يعتبر نفسه مسؤولا عن فحص جميع الوثائق وتقييمها، والتماس أقربها للواقع تمهيدا لإصدار حكمه، ولا يهمُّه أن يلتقي ما ينتهي إليه مع ما لديه من مسبقات علمية، ومكاسب معرفية، وربما عمد إلى تصحيح آرائه السابقة على ضوء ما ينتهي إليه.

فلا يفترض المقارِن وجود آراء مسبقة يراد له تقريرها وتعزيزها وهدم ما عداها، لأنَّ وظيفته ليست وظيفة جَدَلي لا يهمُّه الواقع بقدر ما يهمُّه انتصاره في مقام المجادلة والخصومة، أو وظيفة محام يضع نفسه طرفا في الدعوى للدفاع عمن يتوكل عنه، ولا يهمُّه بعد ذلك أن يكون موكلا قريبا من الواقع أو بعيدا عنه، إنما وظيفته عرض الآراء والموازنة بينها وإن كانا يفترقان في قربهما من الموضوعية في البحث وبعدها عنها(9).

(7) معالم العلاقة بين الفقه والقانون، لخالد الغفوري، مقال منشور ضمن كتاب الفقه والقانون الصادر عن مركز الدراسات الإسلامية في مجلس الشورى الإسلامي، ص:149.

(8) بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون،مُحَمَّد عبد الجواد مُحَمَّد، ص: 150.

(9) الأصول العامة للفقه المقارن،مُحَمَّد تقي الحكيم، ص: 9.

المبحث الثاني: ثنائية الفقه والقانون في السياق التاريخي

المنهج المقارن، منهج قديم قِدَم 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[10].

وتتباين آراء العلماء وتختلف مواقفهم من نشأة الدراسات المقارنة، فمنهم جعل ميلادها قد انطلق فيالقرن السادس عشر الميلادي بالتشريح المقارن مع عالم الطبيعة والكاتب والدبلوماسي بيير بيلون Pierre Belon، الذي قام بتوضيح وعرض تشريح مقارن لكل من هيكل الإنسان والطير عام 1555م، لأجل ذلك سماه إيفان بافلوف Ivan Pavlov(نبي التشريح المقارن prophet of comparative anatomy).

ومنذ ذلك الوقت تطورت هذه الدراسات لتشمل موضوعات أخرى مثل الطب وعلوم الحياة والسياسة والأدب وعلم اللغة والقانون والتربية[11].

ومنهم من يعود به إلى الوراء،فيجعل بداياته الأولى مع الفكر السِّياسيِّ اليُونانيّ، حيث كان أرسطو من أكثر المفكرين اليونانيين الذين استخدموا المنهج المقارن في دراساتِهِ الاجتماعيَّة، والفلسفيَّة، وتطبيقه في أبحاثه السياسية التي أثمرت كتابه **"السياسة"**[12]، عندما تعرض لدراسة ومناقشة حوالي (158) دستورا ونظاما سياسيا في اليونان القديمة[13].

ونجد عند العلامة ابن خلدون إشارةً واضحةًفي تاريخه إلى ضرورة استخدام طريقة المقارنة خصوصا في العلم الذي هو بصدد الحديث عنه، وهو علم التاريخ، بقوله: (فإذًا يحتاج صاحب هذا الفنّ إلى العلم بقواعد السّياسة وطبائع الموجودات واختلاف الأمم والبقاع والأعصار في السّير والأخلاق والعوائد والنّحل والمذاهب

(10)الدراسات المقارنة ودورها في التقريب بين المذاهب الإسلامية، لمحمد التهامي ذكير، مداخلة ضمن أعمال المؤتمر الدولي الـ 24 للوحدة الإسلامية / طهران 2011م، ص:1.

(11)الدراسات المقارنة في علم المكتبات والمعلومات، لحمد عودة عليوي، مداخلة غير منشورة ضمن أعمال ندوة "الدراسات المقارنة في العلوم الإنسانية" المنعقدة بكلية الآداب، جامعة البصرة، 2010م.

(12) يقع الكتاب في ثمانية مقالات، ترجمه من اليونانية إلى الفرنسية المستشرق بارتملسانتهلير، ونقله إلى العربية أحمد لطفي السيد، بعنوان: "علم الأخلاق إلى نيقوماخوس"، ونشر عام 1919م.

(13)الدراسات المقارنة ودورها في التقريب بين المذاهب الإسلامية، لمحمد التهامي ذكير، مداخلة ضمن أعمال المؤتمر الدولي الـ 24 للوحدة الإسلامية، طهران 2011م، ص:1.

وسائر الأحوال والإحاطة بالحاضر من ذلك ومماثلة ما بينه وبين الغائب من الوفاق أو بون ما بينهما من الخلاف وتعليل المتّفق منها والمختلف) [14].

وأيًّا ما يكون الأمر، فإن المنهج المقارن الذي هو جوهر الدراسات المقارنة ذو امتداد تاريخيّ بعيد؛لأنه جزء لا يتجزأ من نمط التفكير الإنساني؛ حيث إنه وإن لم يكن مدونا في صحائف ومكتوبا في مصنفات، إلا أنه وجد على مستوى التفكير الإنساني.

وللمسلمين تاريخيا أيادٍ بيضاء على المجتمعات الإنسانية فيمجال الدراسات المقارنة من داخل المنظومة الشرعية، ودورٌ مهمٌ في تطوير هذا المنهج، وما خلفوه عبر قرون من ثروة هائلة في علوم شتى شاهدٌ على هذا الأمر.

فعلم الخلاف منهجاً وموضوعاً ومباحثَ يُعَدُّ بِحَقٍّ إبداعا إسلاميا محضا، حيث حاز الفقه الإسلامي به قَصَبَ السَّبْقِ 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[15]، 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 يُعْنَىأهل العلم فيه باختلافالعلماء النُّظَّار، والأئمة المجتهدين، وفقهاء الأمصار، والمتمثل في أحكام الفقه المشتملة على آراء المخالفين من المذاهب الأربعة وغيرها[16].

ولا نُغفِل 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[17]، بنى أحكامه على قواعد ارتضاها؛ منها ما يلتزم الحديث منهجا، ومنها ما يعتضد بالرأي والقياس، ومنها ما يجمع بينهما[18].

ولعلنا لا نُصادم الحقيقة إن قلنا إن الخلافَ العاليَ تَخَطَّى عند المسلمين حدود المذاهب الفقهية والمدارس الفكرية، إلى المقارنة بين تشريعات الإسلام وغيره من الملل الإلهية، وثمة إرهاصٌ حقيقي للقانون المقارن في تراث العلوم المِلِّيَّةفي فترة مبكرة من فترات الفكر الإسلامي، وهو ما نجده عند أبي الحسن العامري (381هـ)

(14)ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكبر، لابن خلدون، 37/1.

(15) المستوعب لتاريخ الخلاف العالي ومناهجه عند المالكية، لمحمد العلمي، 28/1.

(16) المستوعب لتاريخ الخلاف العالي ومناهجه عند المالكية، لمحمد العلمي، 29/1.

(17)المدخل إلى دراسة المدارس والمذاهب الفقهية، عمر سليمان الأشقر، ص:11.

(18) لمزيد من التفصيل حول الخلاف العالي وعناية المسلمين به ينظر: الدليل التاريخي لمؤلفات المذهب المالكي، لمحمد العلمي، ص: 257-270.

في كتابه "الإِبَانَةُ عن عِلَلِ الدِّيَانَة"[19]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.

وإذا كانت الدراسات المقارنة داخل الحقل المعرفي الواحد قديمة قدم العلم في حد ذاته، فإنها في الحقول المختلفة ليست كذلك، وبالأخص ثنائية الفقه والقانونالتي تعود بداياتها الأولى إلى مرحلة قبل احتلال الإنجليز لمصر، وأول بارِقَةٍ نَرْمُقُها في هذه الفترة محاولة الشيخ مُحَمَّد حَسَنِين العَدَوي الشهير بمَخْلوف المِنْيَاوي (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 الخدِّيوي 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 ثَمَّ يجوز العمل به والأخذ بأحكامه.

وقد جاءت كَرَدَّةِ فِعلٍ، 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[20].

وهي مرحلة احتكاك حقيقي للفقه الإسلامي بالنظم القانونية الغربية، ومزاحمتهم له في مراكز القرار، وبسبب ذلك نَبَذَ 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.

(19)مع كتبه الأخرى التي صنفها على وفق المنهج المقارن، منها **"الأمد على الأبد"**، وهو دراسة مقارنة لعقيدة البعث والحساب، وكتاب **"الإعلام بمناقب الإسلام"**، وهو مؤلف رائد في مقارنة الأديان.

(20)المقارنات التشريعية، لمحمد مخلوف المنياوي، مقدمة التحقيق، 9/1.

وبموازاة ذلك بدأ الفقه مقارنا بالتشريعات الوضعية يُدَرَّس على مستوى المعاهد والمدارس النِّظامية، فَلاحَ سُمُوُّ 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 مرجعاً للقانونيين والفقهاء سواء في دراسة الفقه أو القانون، ولعل أسماء مثل (عبد الرزاق السَّنْهوري، ومصطفى الزَّرقا، وفَتْحي الدّريني) تعتبر الأبرز في هذا المجال ويرجع ضُلوعهم إلى ازدواج اختصاصهم، ومعظم من جاء بعدهم كان عالةً عليهم[21].

وأعقب هذه المحاولةَ الأولى صنيعٌ آخرُدَشَّنَه المرحوم قدري باشا (1306 هـ- 1886م) بأعماله المتميزة، ومصنفاته الرائدة شكلا ومضمونا، والمكونة من ثلاثة مؤلفات، وهي:

- **"الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية"**[22]، وهو تقنين لأحكام المذهب الحنفي في الأحوال الشخصية وأمور الأسرة، مكون من 355 مادة، 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 مُحَمَّد بك زيد الأبياني[23].

- **"قانون العدل والإنصاف في القضاء على مشكلات الأوقاف"** [24]، وهو جوهرة في الفقه فريدة، ودرة نفيسة نضيدة، ألفه صاحبه وجمع فيه بين الفقه التراثي وطريقة القوانين الوضعية والنظم الحديثة، تَضَمَّنَ 646 مادة، مقسمة على سبعة أبواب [25]، عرضها عرضا مُقَنَّنًا موجزا مُبَسَّطا بعيدا عن الغموض والإبهام المعروف في الكتب الفقهية التراثية، إلا ما لا بد منه؛ كتعريف وغيره.

---

(21) الدراسات الشرعية المقارنة بين هواجس الهوية والمعرفة، لعبد الرحمن حللي، مقال منشور بمجلة الحياة، عدد 15863، شتنبر 2006، ص: 14.

(22) نشرته أول مرة المطبعة الأميرية بولاق، عام: 1298هـ/1881م.

(23) وهو مدرس الشريعة الإسلامية بمدرسة الحقوق الخديوية، وقد طبع الشرح في ثلاثة أجزاء سنة 1326هـ، ونشرته في أولى طبعاته مطبعة الواعظ، عام: 1326هـ.

(24) نُشر أول مرةبالمطبعة الأميرية بولاق عام: 1311هـ/ 1894م.

(25) تنظر مقدمة تحقيق الكتاب التي دبجها عبد الله نذير أحمد مزي، من نشر دار الريان في طبعتها الأولى، سنة 1428هـ/ 2007م.

- **"مُرْشِد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ملائما لعرف الديار المصرية وسائر الأمم الإسلامية"**[26]، وهو كتاب بيِّنٌ من عنوانه أنه وُضِعَ 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 في القانون المدني مناسبة أو موافقة لمذهب الإمام أبي حنيفة النعمان"**[27].

وهذا الكتاب الأخير من أكثر الكتب الفقهية الحديثة تأثيرا في الصياغات التشريعية العربية فيما تدل عليه القراءة السريعة للمذكرات التوضيحية للقانون المدني الأردني والعراقي والإماراتي[28].

وعَضَدَت هذه الأعمالَ بعدها محاولةُ الشيخ سَيِّد عبد الله علي حسين من خلال كتابه **"المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك"**[29]، وهي دراسة ناضجة أكملها صاحبها إبَّان 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 مُغَيَّا المؤلف لفت نظر اللجنة التي عُهِد إليها صياغة هذا القانون إلى واجبها في مراجعة المشروع على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية[30].

ومع تعاظم دور تيار الإسلامي السياسيمنذ أواخر القرن الماضي،برز بشكل لافت هذا النَّمَط الجديد من الدراسات الذي يجعل آراء الشريعة مادة للمقارنة مع مُخْرَجات 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" إلى المسلمين الذين يحملون ثقافة غربية رفيعة كـ"مُحَمَّد إقبال و زكي نجيب محمود" إلى العديد من الباحثين في العالم الإسلامي الذين تصدوا لهكذادراسات[31].

المبحث الثالث: أهمية الدراسات المقارنة في الفقه والقانون

(26) نُشر أول مرة بالمطبعة الأميرية بولاق، عام: 1307هـ/ 1890م.

(27)مخطوط بدار الكتب المصرية برقم: 90 قوانين.

(28)مقدمة تحقيق كتاب " المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي " للشيخ سيد عبد الله علي حسين، 3/1.

(29)نُشر في أربعة أجزاء عام: 1366هـ/ 1947م، وأعادت نشره دار السلام، بتحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية بالقاهرة، سنة: 2001م.

(30) ينظر مقدمة تحقيق الكتاب،8/1.

(31)الدراسات الشرعية المقارنة والتفكير بملء الفراغات، لعبدالرحمن حللي، مقال منشور بمجلة الملتقى، 11/6 /2015م.

ليس بخافٍفي الأوساط العلمية أن المنهج المقارن يترك للإنسان حرية الاختيار بين ما هو قائم من نماذجذات مشارب مختلفة،ومصادر متنوعة،وخلفيات متعددة، فلا غرو إذن في أن الباحثين في الفقه والقانون يتوجب عليهم أن ينتقوا من بين ما هو قائم من نماذج حضارية ما يتناسب مع تراثهم الضاربة جذوره في عمق التاريخ، والذي يتوجب صَوْنُ تمثلاته، والحفاظ على مقوماته، بحيث لا تحدث هوة تؤدي إلى التغريب في مساره الحضاري(32)، لذلك فأهمية الدراسات المقارنة في الفقه والقانون تبرز ابتداءً من كونها خطوة نحو تشكيل المرتكز النظري للتغيير المفترض القيام به في المجتمع لنبذ التخلف والخلاص من مظاهره، والترقي في معارج التقدم.

وعليه، يمكن اعتبارها مساهمة في إرساء المرتكزات النظرية لبناء الوطن المتحرر من ألوان التبعية التي يعاني منها، عبر الاختيار لما هو الأنسب له في مساره التاريخي، والتفكير في انتقاء ما ينسجم وخصوصياته الدينية واختياراته الثقافية.

ناهيكم عن أن الدراسات المقارنة لها مكانة متميزة، وقيمة أكاديمية في حد ذاتها باعتبارهافرعامستقلاًّمن فروع المعرفة(33)، بصرف النظر عن ثمراتها في الجوانب التطبيقية، ما يُلجئنا إلى تحديد أمارات مركزيتها، وما يدل على أهميتها، ويمكن أن نُجَلِّيذلك في الآتي:

1- تستلهم الدراسات المقارنة فقها وقانونا أولى أركان أهميتها من كون موضوعها يمس بالأفكار الجوهرية التي تحكم حركة المجتمع، المتمثلة في أحكام الدين ونظم القانون، وما يقوم مقامهما من العادات التليدة، والتقاليد الثابتة في السلوك الاجتماعي.

2- بيان سبق الشريعة، والإعلاء من قيمتها من خلال مقارنتها بنظائرها من القوانين الوضعية، وإجراء هذه الدراسات من شأنه أن يُبِينَ عن تميز الشريعة أحكاما وقواعد، وتشريعات وأصولا على كل القوانين القديمة والحديثة، وهذا نجد له أمثلة في الواقع متضافرة من خلال الإعجاب الذي أبان عنهجَمْهَرَةٌ من القانونيين الغربيين، وإشادتهم بأحكامها، وإشارتهم إلى أنها أحد الأنظمة القانونية الراقية في العالم الحديث، واعترافهم الصريح ببعدهم عن هذه الحقائق؛ لأن جملة وافرة من المبادئ القانونية التي انتهت إليها القوانين

(32) المنهج المقارن مع دراسات تطبيقية، لعاطف علبي، ص:9.

(33) وهو كما يرى العلامة القانوني الفرنسي إدوارد لامبير علم واحد تندرج تحته فرعان من العلوم، يتمايزان هدفاً وموضوعاً، ولا يشتركان إلاّ في المظهر الخارجي، وفي استعمال الطريقة المقارنة في كلٍّ منهما، **أولهما: علم الظواهر القانونية**. والغرض منه الكشف عن الظواهر القانونية في نشوئها وتطوّرها، **وثانيهما: التشريع المقارن**، ويبحث في مجموعة من القواعد القائمة فعلاً، والتي بينها وشائج قربى تاريخية واجتماعية وسياسية.ينظر: مقاصد الشريعة والقانون المقارن، لمحمد كمال الدين إمام، مقال منشور ضمن كتاب "الفقه والقانون" الصادر عن مركز الدراسات الإسلامية في مجلس الشورى الإسلامي بإيران، ص:274، بتصرف.

الوضعية تجد لها في أحكام الشريعة وقواعدها ومقاصدها وروحها أصلا معمولا به وسبقا ظاهرا، ولا شك أنه لم يكن للشريعة أن يظهر لها هذا الأثر لولا الدراسات المقارنة.

3- إذا كان البحث العلمي هو أسلوب لتقصي الحقائق المرتبطة بقضية معينة، وإعطاء تفسيرات لها وبيان ما يتعلق بها، مما يؤدي إلى التوصل إلى بعض القوانين العامة التي تعد مؤشرات يسترشد بها في مواجهة المشكلات القائمة أو المتوقعة، فإن غاية الدراسات المقارنة هي استخراج القوانين.

4- الدراسات المقارنة ليست وجهة علمية خالصة مجردة، وإنما حركة لهاأبعادها السياسية والاجتماعية، وليس مجرد طريقة بحثووسيلة فهم، فمداركها أوسع مدى، ووظائفها تستجيبلتشريع القانون الداخلي من أجل تفعيله وتطويره مع قوانين أخرى بغية الوصولإلى العناصر المشتركة إن لم يكن من أجل توحيدها، فأضعف الإيمان ينبغي السعينحو التقريب بينها؛ لأن القانون المقارن يختلف عن القانون الوضعي الذي منسماته المحافظة والسكون، بينما الحركة هي أبرز خصائص القانون المقارن، وهيحركة في الفكر، وحركة في الواقع، حركة في الفكر وجهتها المبادئ الكلية،وحركة في الواقع ميدانها العالم الرحيب، رغم حدوده الجغرافية، وموانعه السيادية[34].

5- وتبدو أهميتها أيضا على مستوى تاريخ القوانين، حيث إن تِبيان ملامح تطور القوانين يحتاج معه الدارس إلى عرض جميع الشرائع ليتعرفوا من خلالها على مسيرة تطورها ويقومون بدراسة أعراف وعادات القبائل والجماعات البدائية باعتبارها الأصل الذي تمتد منه جذور القانون، وهذا يجعلنا نهتدي إلى معرفة الأصول التي يستند إليها مفهوم القانون، وتعمق فهمنا للنظم والقواعد القانونية العتيقة، وتوضح قدرا كبيرا من القوانين القديمة كالقانون الروماني والقانون الجرماني القديم وغيرها في علاقتها بالشريعة الإسلامية.

المبحث الرابع: وظائف الدراسات الفقهية–القانونية المقارنة

يخطئ من يظن أن الدراسات 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 أن هذا الفقه لا يمكن أن يحكم علاقات هذه العلاقات المستحدثة.

(34) مقاصد الشريعة والقانون المقارن، لمحمد كمال الدين إمام، مقال منشور ضمن كتاب "الفقه والقانون" الصادر عن مركز الدراسات الإسلامية في مجلس الشورى الإسلامي بإيران، ص:273-274.

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 يُصَيِّرُ 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 دَرْسها علميا بعيدا عن رأيه الشخصي، ونزوعه الذاتي، فيصير حينذاك وكأنه حَكَمٌ نزيه، لا يرجح رأيا على آخر، ولا مدرسة على مثيلتها إلا بناء على عمق نظر، وجودة تبصر.

4- وتُعَدُّ 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 —مع تحفظنا على كلمة فقه في سياقها القانوني-، 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 مِرية 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؛ ما يؤكد التواصل بينهما، ويشجع على التقارب والالتقاء بين الأجناس والشعوب، ويساعد على التعرف على ما

عند الآخر وفهمه، خصوصا وأن الشرعَ 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 Lambert (1866 -1947)، حيث كتب أحد تلامذته المصريين، وهو "مُحَمَّد 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)[35].

ويمكن في غير الدراسات الفقهية القانونية بلوغ ما هو أوسع من ذلك كتوحيد القوانين في داخل البلاد التي لا تجمعها وحدة قانونية، فالقانون المدني السويسري[36]، مثلا مدين بوجوده لدراسة قام بها عالم القانون السويسري "يوجين هوبر Eugen Huber (1849 -1923) الذي كان يدعى "أب القانون المدني" في كتابه (نمط القوانين الخاصة السويسرية وتاريخها) [37]، جمع فيها النظم القانونية المعمول بها في الكنتونات السويسرية، صاغها على شكل مبادئ وأتمها عام 1904م،ثم ستتطور فيما بعد لتصير نواةَ القانون المدني السويسري[38].

5- المساهمةُ في إثراء التفكير الفقهي، وتجديدِ الفقه الإسلامي،وتطويره بما يحقق المصالح الاجتماعية، وذلك باستحثاثِ هِمَمِ 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[39].

---

(35) مقاصد الشريعة والقانون المقارن، لمحمد كمال الدين إمام، مقال منشور ضمنكتاب "الفقه والقانون" الصادر عن مركز الدراسات الإسلامية في مجلس الشورى الإسلامي بإيران، ص:273-274.

(36) الصادر بتاريخ 10 دسمبر 1907م.

(37) مقاصد الشريعة والقانون المقارن، لمحمد كمال الدين إمام، مقال منشور ضمن كتاب الفقه والقانون الصادر عن مركز الدراسات الإسلامية في مجلس الشورى الإسلامي، ص:278.

(38)Les racines historique de la légistique en suisse, alexandreFlückiger, séminaire commission européenne, bruxelles. 19/10/2007.p.4

(39) المقارنات التشريعية، لمحمد مخلوف المنياوي، مقدمة التحقيق،21/1.

6- تهييئ 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 البعدُ عن جمود المتحجرين من جهة، وآراء المختلين من جهة أخرى، وتَمَثُّلُ التوازن المبني على سعة الاطلاع ورحابة الصدر من غير ضيق ولا حرج.

7- المساهم 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 نَغفُلعن 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 يَزُجَّ في التشريع قواعد يعوزها الانسجام، ولِئلاَّ يُقْحِمَ في قوانين بلد تشريعا أجنبيا فيحدث فيه من النتائج ما لا تحمد عقباه[40].

9- 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- ناهيكم عما يمكن أن تقدمه هذه الدراسات من الأخذ بيد للقضاة، ومعاونتهم من أجل التعرف على أكثر من حلٍّ للقضية الواحدة، فيعلمون أنَّ ثَمَّة حلولا أخرى، ونُظُمًا 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.

المبحث الخامس: صعوبات البحث في الدراسات الفقهية–القانونية المقارنة

(40) مقاصد الشريعة والقانون المقارن، لمحمد كمال الدين إمام، مقال منشور ضمن كتاب الفقه والقانون الصادر عن مركز الدراسات الإسلامية في مجلس الشورى الإسلامي، ص:279.

بالنظر إلى ما ذكرناه قبلُ، ينكشف لنا أن الدراسات المقارنة فقها وقانونا، من أكثر الحقول العلمية حساسية، وأشدها تعقيدا؛ لاعتبارات مختلفة:

1- صعوبة متعلقة بالتصور المبدئي لعملية المقارنة، والجدوى منها، وكيف يمكن استثمار نتاجها فيما يفيد المجتمعات الإنسانية، ففاقد التصور مَثَلُه كمثل فاقد البوصلة، ليست له القدرة على ضبط المسارات، ومعرفة المسالك التي تُبلغه مأمنه، وتوصله إلى مُغَيَّاه.

2- صعوبة متعلقة بطبيعة المنهجين الذين يُعدّان ظرفا للمقارنة؛ وهما الفقه والقانون؛ ذلكم أنهما منهجان مستقلاَّن، وإن التقيا في بعض المسائل اختلفا في أكثرها،وهذا يُحَتِّم ضرورة وجود إلمامٍ دقيقٍ بالموضوع محل البحث، والنواحي الأخرى المراد تحليلها، وكلما كان بَصَرُالباحث في العلم نافذا، ودراسته متخصصة، ومحصلا لقواعد المنهجين، كلما كان أقدر على ملامسة الموضوع.

ذلكم أن المقارنة تقتضي وجود أصول وشكليات محددة ينبغي الالتزام بها، فمن فَقَدَها فقد افتقر إلى شرط الأهلية العلمية، وتاه بذلك في دروب هذه الأصول لا يعرف كوعه من بوعه، ومن أمثلة ذلك:

- ذكرُ طَرَفَيْ المقارنة ذكرا محررا ومدققا ومخرجا مشارا إلى مكانه ومصدره.
- ذكرُ القدرِ المعبر عن الفكرة عند كل طرف.
- بيانُأوجه التَّمايز أو القصور الظاهرة للقارئ بين الطرفين.

3- صعوبة متعلقة بالضوابط المعرفية والمعايير العلمية المأخوذة بعين الاعتبار، وحجم المؤهلات المطلوبة في الباحث فيها من الدقة والموضوعية وبسط المعرفة بإدراك المصادر في الحقلين المعرفيين معا، وسعة الاطلاع على المدارس المختلفة والفلسفات المتنوعة.

4- الخلل الذي يحصل في اختيار نماذج الدراسة وحالات المقارنة، فالأصل في ذلك أنها تقوم على أساس موضوعي موحد، وتتم بين مكونات من نفس المواصفات حتى تكون المقارنة مثمرة، من هنا كان التأكد من هذه النماذج مما يعطي للبحث قيمته، ويزيد من نفاسته، ويستطيع أن يقدم مقترحات حَقيقةً بالإعمال والنظر،ويخرج بتوصيات تحمل حلولا جدية يستفاد منها في قابل الأيام.

وأي قصور في ذلك من شأنه أن يؤدي إلى نتائج عكسية، أو على الأقل يخرج الباحث من بحث كما دخله، لم يستفد من شيء ولم يُسْدِ للمجتمع أي فائدة تذكر، وقد لاحظنا كيف أنجملةً من البحوث الجامعية يتحول نصفها أو ثلثها إلى تعريفات وبيان المفاهيم، دون الخوض في المضامين الحقيقية، وملامسة الإشكالات المطروحة، حتى إذا استوفى الباحث مقدماته وممهداته، أشعرك بكَلَلِه، وقُرْبِ انتهاء بحثه.

5- صعوبة جمع المعلومات الموثوق بها، وهذه الصعوبة شائعة، إذ يغلب على البحوث المقارنة الجمع غير الموثق، ولأن الدراسات المقارنة تعتمد على جمع معلومات من حقلين علميين مختلفين فإن الدقة والتركيز تصبح مسألة ذات بال.

6- صعوبة متعلقة بأدوات البحث وآلياته، وعلى رأسها الإلمام باللغات الأجنبية؛ لأن الدراسات المقارنة غالبًا ما تتم في الطرف القانوني بين قوانين مستقاة من أصول أجنبية،يحتاج معها الدارس إلى الرجوع إليها تحقيقا لمقصد الاستيثاق من المعلومة الذي ألمعنا إليه قبلُ، وهذا ليس له من سبيل إذا كان الكتاب لم يترجم بعد.

خاتمة:

ليس من وُكْدِنا في خاتمة هذا البحث إشباع القول في هذه المسألة تأصيلا وتفصيلا، ولا تجليتها بمزيد بيان، لأنه قد لاحَتْ لنا القيمة العلمية للدراسات المقارنة، والنتائج الطيبة التي يمكن أن تصل إليها، فضلاً عن الآراء المتنوعة التي تقدمها، ومساهمتها في الاعتراف العالمي بمكانة الشريعة الإسلامية بين النُّظُم القانونية الدولية، من خلال التعرف على مبادئ هذه الشريعة، وتأثيرها في التفكير القانوني الغربي، ولكن حسبي فيها أن أنبه على ما يتحتم علينا فعله في خضم الاستشراف القانوني الذي بات عليه العالم أجمع، وحسبي من ذلك جملة مقترحات مختصرة أرى ضرورتها ههنا، وهي:

- إيلاءُ هذه الدراسات اهتماماً أكبر، يروم توسيع مجالاتها، ونشرها على أوسع مدى.
- تفعيل توصياتها، والإفادة من مقترحاتها بغرض إعمالها لا إهمالها.
- اختيار الأنسب لمقارعة قضاياها،واقتحامِ صَعْبِ مسالكها، ودخولِ غِمار مناقشةِ عَويصِ مسائلها.
- العمل على توجيه الدارسين من لدن الأساتذة الموجهين، والباحثين المقتدرين الذي لهم مؤهلات تمكنهم من كشف خبايا هذه الدراسات.
- التركيز في هذه الدراسات على المنهج المقارن التطبيقي القائم على عملين كبيرين: التحليل والاستنباط؛ تحليل دقيق للتشريعات موضوع المقارنة، واستنباط النتائج من هذا التحليل.

والحمد لله رب العالمين

المصادر والمراجع

- **الأصول العامة للفقه المقارن**، مُحَمَّد تقي الحكيم، نشر المجمع العالمي لأهل البيت، قم، ط2، 1418هـ/1997م.

- **إنسانية الإسلام**، مارسيل بوازار، ترجمة عفيف دمشقية، نشر دار الآداب، بيروت، ط1، 1980م.
- **التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي**، لعبد القادر عودة، دار الكاتب العربي، بيروت، (د.ت).
- **الدليل التاريخي لمؤلفات المذهب المالكي**، لمحمد العلمي، نشر مركز البُحوث والدِّراسات في الفقه المالكيّ التابع للرابطة المحمدية للعلماء- المغرب، ط1، 1433هـ – 2012م.
- **ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكبر**، لابن خلدون، لابن خلدون، تحقيق: خليل شحادة، نشر دار الفكر، بيروت، ط2، 1408 هـ - 1988 م.
- **السياسة**، أرسطو، ترجمه من اليونانية إلى الفرنسية المستشرق بارتملسانتهلير، ونقله إلى العربية أحمد لطفي السيد بعنوان: "علم الأخلاق إلى نيقوماخوس"، ط1، عام 1919م.
- **قانون العدل والإنصاف في القضاء على مشكلات الأوقاف**، قدري باشا (1306 هـ-1886م)، تحقيق عبد الله نذير أحمد مزي، نشر دار الريان، ط1428،1هـ/ 2007م.
- **محاضرات**، للفاضل بنعاشور، نشر مركز النشر المغربي، 1999م.
- **المدخل إلى دراسة المدارس والمذاهب الفقهية**، عمر سليمان الأشقر، نشر دار النفائس الأردن، ط2، 1418 – 1998.
- **المستوعب لتاريخ الخلاف العالي ومناهجه عند المالكية**، لمحمد العلمي، نشر مركز البُحوث والدِّراسات في الفقه المالكيّ التابع للرابطة المحمدية للعلماء- المغرب، ط1، 1431هـ/2010م،
- **المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي**، لسيد عبد الله علي حسين، تحقيق: مُحَمَّد أحمد سراج، وأحمد جميل بدر، وعلي جمعة، نشر دار السلام القاهرة، ط1، 2001م.
- **المقارنات التشريعية**، لمحمد مخلوف المنياوي، تحقيق: مُحَمَّد أحمد سراج وعلي جمعة، نشر دار السلام القاهرة، ط1، 2000م.
- **المنهج المقارن مع دراسات تطبيقية**، لعاطف علبي، نشر "مجد" المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، 1426هـ/2006م.
- **منهج البحث المقارن: بحوث ودراسات**، لعبد الجواد بكر، نشر دار الوفاء الإسكندرية، ط1، 2003م.
- **ميزان العمل**، أبو حامد الغزالي (ت505هـ)، تحقيق: سليمان دنيا، نشر دار المعارف، مصر، ط1، 1964 هـ.

البحوث والدراسات

- **الدراسات الشرعية المقارنة بين هواجس الهوية والمعرفة**، لعبد الرحمن حللي، مقال منشور بمجلة الحياة، عدد 15863، شتنبر 2006م.
- **الدراسات الشرعية المقارنة والتفكير بملء الفراغات**، لعبد الرحمن حللي، مقال منشور بمجلة الملتقى، 11/6 /2015م.
- **الدراسات المقارنة في علم المكتبات والمعلومات**، لحمد عودة عليوي، مداخلة غير منشورة ضمن أعمال ندوة "الدراسات المقارنة في العلوم الإنسانية" المنعقدة بكلية الآداب، جامعة البصرة، 2010م.
- **الدراسات المقارنة ودورها في التقريب بين المذاهب الإسلامية**، لمحمد التهامي ذكير، مداخلة ضمن أعمال المؤتمر الدولي الـ 24 للوحدة الاسلامية / طهران 2011م.
- **العلاقة بين الفقه والقانون بينرؤيتين: سعةً وضيقا**، أحمد المبلّغي، مقال منشور ضمن كتاب الفقه والقانون الصادر عن مركز الدراسات الإسلامية في مجلس الشورى الإسلاميبإيران، (د.ت)، مجموعة مقالات مقدمة لمؤتمر" الفقه والقانون "الدولي الأول المنعقد عام 2012 م في مدينة قم.
- **معالم العلاقة بين الفقه والقانون**، لخالد الغفوري، مقال منشور ضمن كتاب الفقه والقانون الصادر عن مركز الدراسات الإسلامية في مجلس الشورى الإسلاميبإيران، (د.ت)، مجموعة مقالات مقدمة لمؤتمر" الفقه والقانون "الدولي الأول المنعقد عام 2012 م في مدينة قم.
- **مقاصد الشريعة والقانون المقارن**، لمحمد كمال الدين إمام، مقال منشور ضمن كتاب "الفقه والقانون" الصادر عن مركز الدراسات الإسلامية في مجلس الشورى الإسلامي بإيران، (د.ت)، مجموعة مقالات مقدمة لمؤتمر" الفقه والقانون "الدولي الأول المنعقد عام 2012 م في مدينة قم.

المراجع الأجنبية

Les racines historique de la légistique en suisse, alexandreFlückiger, séminaire commission européenne, bruxelles. 19/10/2007.p.4