النّظر في منهج البحث الفقهي المقارن بالقانون

د. يمينة شودار

أستاذة الفقه

كلية العلوم الإسلامية جامعة الجزائر -1-

مقدمة

تشهد الفترة الحديثة والمعاصرة كثرة المؤلفات التي تعنى بالدراسات المقارنة في النواحي التشريعية بين الفقه الإسلامي والقانون، حيث تنوعت مناهجها واختلفت موضوعاتها حسب أهداف مؤلفيها.

وتعد هذه الدراسات من أصعب قنوات البحث العلمي والإقدام عليه في أبحاث الدراسات العليا لما يتطلب من الباحث إلماما دقيقا بالموضوع محل البحث والنواحي الأخرى المراد تحليلها، كما تحتاج إلى اهتمام في طريقة إعدادها؛ لأنها تعتمد على عناصر أساسية في المقارنة.

وتأتي هذه الدراسة تلبية لمتطلبات العمل التجديدي في الفقه، ساعية إلى بيان بعض النقائص المنهجية في الدراسات التشريعية المقارنة لطلبة الدراسات العليا، من خلال الإجابة عن بعض التساؤلات التالية : ما واقع البحث الفقهي المقارن ؟ ما هي نقائصه المنهجية ؟

وتكمن الإجابة عن هذه التساؤلات في النقاط التالية: واقع البحث الفقهي المقارن نقائص البحث الفقهي المقارن بالقانون وكيفية تلافي هذه النقائص و التخلص منها في بحوثنا الجامعية .

أولا : اهتمام الغرب بالدراسات الإسلامية

انتبه فقهاء وفلاسفة القانون العالميون المعاصرون لإعجاز التشريع الإسلامي، فلم يتمالكوا التصريح في مؤتمراتهم بمكانة الشريعة في المجال التشريعي، كمصدرا من مصادر التشريع العام وأنها صالحة للتطور، ومستقلة عن غيرها من الشرائع.

فقد نادي المستشار ROBERT H.JACKSON قاضي المحكمة العظمى SUPREME COURT في الولايات المتحدة بضرورة أن يتجه طلاب الدراسات القانونية في الغرب إلى بذل جهد أوفر في الاهتمام بالتشريع الإسلامي نظرا لتزايد العلاقات التجارية والسياسية القائمة بين البلاد الإسلامية والبلاد الغربية.

وقرّر مؤتمر القانون الدولي المقارن الذي انعقد في لاهاي سنة 1932:"أن الشريعة الإسلامية من الأهمية والشأن في علم القوانين الحديثة، ما ستدعي أن يكون في المؤتمرات القادمة قسم خاص لدراسة الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون المقارن" ففي المؤتمر الدولي الثاني للقانون المقارن الذي عقد في لاهاي أيضا سنة 1937. جاءت قرارات المؤتمر معترفة بمرونة الشريعة وقابليتها للتطور واستقلالها عن غيرها من الشرائع، وصلاحيتها لأن تكون دعامة من دعائم القانون المقارن "[1].

وقد انعقد المؤتمر مرة أخرى في سنة 1938م وبحث قضية شائكة كانت مثارة بين القانونيين بشأن ارتباط التشريع الإسلامي بالقانون الروماني وصلته به، وقد أعلن المؤتمر في النهاية أن الشريعة الإسلامية مستقلة بذاتها وليست لها صلة بالقانون الروماني ولا بأي تشريع آخر.

ويكفي لبيان مكانة الشريعة الإسلامية أن نشير إلى مؤتمر أسبوع الفقه الإسلامي الذي عقد بجامعة باريس سنة 1951 برئاسة نقيب المحامين والذي انتهى إلى النتائج الآتية:

- أن مبادئ الفقه الإسلامي لها قيمة حقوقية لا يمارى فيها Une valeur indiscutable .

- أن اختلاف المذاهب الفقهية في هذه المجموعة الحقوقية العظمى ينطوي على ثروة من المفاهيم والمسلمات ومن الأصول الحقوقية، هي مناط الإعجاب و بها يستطيع الفقه الإسلامي أن يستجيب لجميع مطالب الحياة والتوفيق بين حاجياتها "[2] وقد أوصى الحاضرون بإخراج موسوعة للفقه الإسلامي تعرض فيها المبادئ والنظريات مبوبة تبويبا عصريا، ليسهل على رجال القانون في العالم أن ينتفعوا بها .ولقد كان مما ذكرته هيئة تحرير المجلة الدولية للقانون المقارن ""أنه ليس بالتقدير الهين أن تتبوأ الشريعة الإسلامية مكانها في علم القانون المقارن"[3].

كما أعلن المؤتمرون رغبتهم في تكرار فعاليات مؤتمر (أسبوع الفقه الإسلامي) سنوياً، ومتابعة أعماله وتفعيل قراراته وتوصياته بعد انعقاده، وأصدروا توصيتهم بتأليف لجنة لوضع (معجم للفقه الإسلامي) يُسهل الرجوع إلى المؤلفات الفقهية حتى يُمكن استعراض المعلومات الحقوقية الإسلامية وفقاً للأساليب الحديثة.

وانتهت محكمة العدل الدولية الدائمة في حكمها الصادر في 1958/8/23 إلى الإشادة بأحكام الشريعة الإسلامية والإشارة إلى أنها أحد الأنظمة القانونية الراقية في العالم الحديث.

ولا شك أن الاعتراف العالمي بمكانة الشريعة الإسلامية بين النظم القانونية العالمية إنما يرجع على إتباع منهج الدراسة المقارنة التي أدت على التعرف على مبادئ هذه الشريعة وتأثيرها في التفكير القانوني الغربي.

وقد أدرك كثير من علماء القانون الغربيين ما اشتمل عليه الفقه الإسلامي من مرونة وصلاحية لحل مشاكل الحياة على مختلف ضروبها وتنوع مطالبها، يقول

العلامة سانيتلا:"إن في الفقه الإسلامي ما يكفي المسلمين في تشريعهم المدني، إن لم نقل إن فيه ما يكفي الإنسانية كلها" "[4].

وفي سنة 1966 كتب الأستاذ دافيد R.David من أكبر أساتذة القانون المقارن في فرنسا يقول: "من ضروب الخطأ الاعتقاد – كما يظن البعض – أن الشريعة الإسلامية في حالة سبات يذكرنا بسكون المقابر وجمودها، فالحقيقة هنالك غير ذلك فالشريعة الإسلامية لا تزال تعد من الأنظمة الفقهية العظيمة في العالم الحديث [5].

وقرر عمداء كليات الحقوق بالبلاد العربية في مؤتمرين سنة 1971 ببغداد، وسنة 1975 ببيروت ضرورة الرجوع عن القوانين المتباينة في الدول العربية والعودة إلى الشريعة الاسلامية ولا شك في أن الاعتراف العالمي بمكانة الشريعة الاسلامية بين النظم القانونية العالمية إنما يرجع إلى اتباع منهج الدراسة المقارنة التي أدت إلى التعرف على مبادئ هذه الشرعية وتأثيرها في التفكير القانوني الغربي، ويشير مشيل دي توب إلى: تأثير هذه الروح الإنسانية والخلقية التي جاء بها الإسلام وتجسدت في فلسفته الفقهية وفضلها على أوروبا في العصر الوسيط، حيث يذكر بما كانت تعانيه البشرية من بؤس وتعاسة، وتأثير القواعد التشريعية الإسلامية الرامية إلى تخفيف وطأة الحروب على غير المقاتلين في التخفيف من هذه المعاناة.

كانت تلك بعضا من النماذج التي تبين أن كل من يتعرف على شريعة الإسلام يثني عليها ويشهد لها ولا شك أن هناك من الشهادات الكثيرة من غير المسلمين للإسلام ولنبيه بما يشهد بالفضل .

ثانيا :نشأة البحث الفقهي المقارن

ترجع بوادر البحث الفقهي المقارن بالقانون بعد القرن التسع عشر الميلادي غير أن الظهور الفعلي له كأداة من أدوات البحث و الصياغة في الفقه كان في بدايات القرن العشرين الميلادي ، وأول من تصدى لعقد المقارنات الشيخ مخلوف المنياوي الذي تولى التعقيب على مواد القانون المدني، ببيان أوجه الاختلاف والاتفاق في الفقه المالكي، فألف كتاب " تطبيق القانون المدني و الجنائي على مذهب الإمام مالك، طبع باسم المقارنات التشريعية .

ثم تلاها عقد مقارنة أخرى بين الفقه الحنفي والقانون المدني المصري لقدري باشا في كتابه"بيان المسائل الشرعية التي وجدت في القانون المدني موافقة مذهب الإمام أبي حنيفة .

بعد ذلك ألف الشيخ سيد حسن كتابه "المقارنات التشريعية بين القوانين المدنية والتشريع الإسلامي، سعى فيه لإثبات العلاقة التاريخية والتشابه التشريعي بين الشريعة والقانون الفرنسي .

ثم تلا ذلك الكثير من الدراسات المقارنة سواء في الجامعات الغربية للطلبة المبعوثين التي أغلبها لأغراض استشراقية أو الدراسات الإسلامية بغرض تقنين الفقه الإسلامي"[6]،وفيما يتعلق بالبحث الفقهي المقارن، فقد شهدت الفترة المعاصرة توجها كبيرا إلى البحث بتعمق في كثير من مسائل الفقه و القانون و توسع البحث فيه، وقد تجلى هذا الاتجاه في كثير من رسائل الجامعية التي تعد في مختلف الجامعات الإسلامية في الدول العربية، كما أنشئت العديد من المجلات العلمية الأكاديمية التي أخذت على عاتقها مهمة نشر الأبحاث المتخصصة في الدراسات التشريعية لا يسع المجال إلى ذكرها، إضافة إلى هذا، فقد عقد العديد من الملتقيات والمؤتمرات العلمية في

كل أنحاء العالم الإسلامي، نوقشت فيها أبحاث كثيرة في مسائل متعلقة بالفقه والقانون .

ثالثا: نقائص البحث الفقهي المقارن بالقانون

أصبحت حركة البحث الفقهي في الدراسات المقارنة لطلبة الدراسات العليا جملة من النقائص المنهجية لعقد المقارنة بين المجال الفقهي و القانوني، حيث تلحظ ما يلي :

- قد نقف على رسائل في التخصص متعلقة بمواضيع مختلفة لا تتجاوز عرض أقوال الفقهاء في الموضوع مقترنة بالأدلة و تكون غالبا منفصلة عما ورد تفصيله من الناحية القانونية مما يجعل البحث بعيدا عن تحقيق نتائج ملموسة في البحث أو تحقيق الأهداف التي تصبو إليها الدراسات المقارنة .

- ضعف تأصيل الجانب القانوني للطالب في البحث، ولعل دلك راجع لعدم اهتمام الطلبة بدراسة القانون و أصوله ـــ

فمجمل الأبحاث، نقف فيها على منهج ضعيف يفتقر إلى تحديد الأهداف التي تصبو إليها الدراسات المقارنة. و يحضرني في هذا المقام قول المستشار البشري الأستاذ المتخصص في الدراسات الفقهية القانونية حيث يقول :" إن صواب منهج وتقدير أفضلية منهج على غيره، يتوقف على حقيقة ما نريده و ما نحدده هدفا ، لأن المنهج طريق ينتسب إلى الغاية منه أو الهدف منه "[7].

ففي نظري، عدم اعتماد منهج معين في تحديد وجه المقارنة لدى الباحثين أن الباحث قد تعترضه عدة اتجاهات إزاء عرض المادة العلمية .منهج يقضي بالتقريب في العرض لموقف كل من الفقه الإسلامي و القانون الوضعي اعتمادا على النسق القانوني بتطبيق نظرياته على الفقه الإسلامي في منهجها و صياغتها و اصطلاحاتها.

وثمة منهج ثان يقضي بعرض وجهة نظر الفقه الإسلامي إزاء موضوع معين ثم عرض وجهة نظر القانون فيظهر البحث وكأنه كتابان احدهما في الفقه والآخر في القانون وهو ما لا يستطيع معه القارئ متابعة المقارنة بدقة لطول الفصل بينهما .

ومن الانتقادات التي وجهت للطريقة الأولى. الطريقة التقريبية كما يسميها د:وهبـــه الزحيلي أن الاعتماد على النسق القانوني الوضعي يؤدي إلى التبعية و الابتعاد عن أصالة التراث الفقهي،حيث تجعل الفقه تبعا و القانون الوضعي أصلا، وهي طريقة تمضي على الأدلة الشرعية التي يراها معتدلة و متوازية ويدعو إلى الطريقة الوسطية التي تحافظ على ثوابت الشرع وتراعي المصالح المرسلة في مقتضيات التطور"[8].

ويؤيده على ذلك ما ذهب د:حسام الدين الاهواني الذي يرى عدم جواز قراءة الشريعة من خلال أفكار الثقافة القانونية الغربية، لأن ذلك يؤدي إلى طمس الفقه الإسلامي و المفروض السعي إلى إبراز الفقه الإسلامي بآرائه لا بأفكار غيره"[9].

ومن الاعتراضات التي وجهت إلى الطريقة الثانية، أنها لا تحقق الهدف الغاية التي تصبو إليها الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي،والحقيقة أن المقارنة بعرض أحكام القانون و ما يقابل تلك الأحكام في الفقه الإسلامي وفق المنهج أو النسق القانوني لا يخل بالفقه الإسلامي لا في مضمونه ولا في أصوله .

ويكفي أن واضع القانون المدني المصري الدكتور عبد الرزاق السنهوري قد أوضح في مقالته المعنونة: "القانون المدني العربي" بقول :"أن الهدف الذي قصد إليه هو أن يكون للبلاد العربية قانون مدني واحد يُشتق رأسًا من الشريعة الإسلامية، ولكنه رأى أن هذا الهدف بعيد، ثم ذكر أن الأمر كان يحتاج إلى مرحلتين: أولهما

وثمة منهج ثان يقضي بعرض وجهة نظر الفقه الإسلامي إزاء موضوع معين ثم عرض وجهة نظر القانون فيظهر البحث وكأنه كتابان احدهما في الفقه والآخر في القانون وهو ما لا يستطيع معه القارئ متابعة المقارنة بدقة لطول الفصل بينهما .

ومن الانتقادات التي وجهت للطريقة الأولى. الطريقة التقريبية كما يسميها د:وهبـــه الزحيلي أن الاعتماد على النسق القانوني الوضعي يؤدي إلى التبعية و الابتعاد عن أصالة التراث الفقهي،حيث تجعل الفقه تبعا و القانون الوضعي أصلا، وهي طريقة تمضي على الأدلة الشرعية التي يراها معتدلة و متوازية ويدعو إلى الطريقة الوسطية التي تحافظ على ثوابت الشرع وتراعي المصالح المرسلة في مقتضيات التطور"[8].

ويؤيده على ذلك ما ذهب د:حسام الدين الاهواني الذي يرى عدم جواز قراءة الشريعة من خلال أفكار الثقافة القانونية الغربية، لأن ذلك يؤدي إلى طمس الفقه الإسلامي و المفروض السعي إلى إبراز الفقه الإسلامي بآرائه لا بأفكار غيره"[9].

ومن الاعتراضات التي وجهت إلى الطريقة الثانية، أنها لا تحقق الهدف الغاية التي تصبو إليها الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي،والحقيقة أن المقارنة بعرض أحكام القانون و ما يقابل تلك الأحكام في الفقه الإسلامي وفق المنهج أو النسق القانوني لا يخل بالفقه الإسلامي لا في مضمونه ولا في أصوله .

ويكفي أن واضع القانون المدني المصري الدكتور عبد الرزاق السنهوري قد أوضح في مقالته المعنونة: "القانون المدني العربي" بقول :"أن الهدف الذي قصد إليه هو أن يكون للبلاد العربية قانون مدني واحد يُشتق رأسًا من الشريعة الإسلامية، ولكنه رأى أن هذا الهدف بعيد، ثم ذكر أن الأمر كان يحتاج إلى مرحلتين: أولهما

استخلاص ما وصلت إليه الثقافة المدنية الغربية في آخر تطوراتها، وهذا ما تحقق بالقانون المدني المصري، وثانيهما وضع هذه الثقافة المدنية الغربية بجانب الفقه الإسلامي، وهذا ما تحقق في القانون المدني العراقي الذي وضعه السنهوري بنفسه، ثم ترد مرحلة التفاعل بين القانونين، مع وجوب عقد الدراسات المقارنة بين المذاهب الفقهية كلها، سنية كانت أو شيعية، أو خارجية أو ظاهرية، ثم عقد المقارنات بين فقه الشريعة والفقه الغربي، ثم يكون الهدف الذي نرمي إليه وهو تطوير الفقه الإسلامي وفقًا لأصول صناعته، حتى نشتق منه قانونًا حديثًا يصلح للعصر الذي نحن فيه.. القانون النهائي الدائم لكل من مصر والعراق ولجميع البلاد العربية، إنما هو القانون المدني العربي الذي نشتقه رأسًا من الشريعة الإسلامية بعد أن يتم تطويرها"[10].

كما أن عملية الإسناد الشرعي لأحكام القوانين القائمة، في حدود ما تسمح الشريعة الإسلامية وفقهها بإسناد الحكم الشرعي من أحكام تلك القوانين، لا ترفع من أحكام الشريعة ضابطاً ولا حداً، ولكنه دائماً يحفظ لها ضوابطها ويستعين بفروقها و موافقاتها في تبين حدود الحكم الشرعي الواجب مراعاته. وهو هنا لا يسبغ الشرعية على واقع غير مشروع، وإنما يحاكم الأحكام الوضعية بما تسعه شريعة الله عز وجل فما وسعته الشريعة أسند إليها، وما لم تسعه بقي خارجها لا يسنده إلا سلطان الدولة....."[11]،ويرى المستشار البشري أن ما دعا له السنهوري قد تحقق في مجمل الأعمال الجماعية والفردية والبحوث التي أعدها الباحثون والعلماء في فروع القانون المدني بين فقه الإسلام وفقه الغرب، وذلك على مدى سنوات القرن العشرين جميعها، وقرر أنه –حسبما يرى- إذا تم جمع هذه الدراسات والبحوث وصنفت يمكن أن نستخلص من ذلك ما طلبه السنهوري من التهيؤ لإصدار قانون مستخلص كله من الفقه الإسلامي.

و الواقع أن التقريب أو الموازنة التي لا تخل بالفقه الإسلامي في مضمونه و أصوله بل توسع من آفاق الفقيه و تجعله أكثر إدراكا لمفاهيم القانون و نظرياته لمعرفة مواطن الاختلاف و الاتفاق

رابعا: كيفية تلافي هذه النقائص

هذا ونود في هذه العجالة أن نقدم بعض الاقتراحات التي يمكن الاستفادة منها في النظر في منهج البحث الفقهي القانوني كمعالم على الطريق قابلة للمناقشة و الرد.

ـ الاستفادة من المحاولات الجادة و القيمة لتجديد البحث الفقهي المقارن عبر مسار تاريخ الدراسات التشريعية المقارنة كدراسات السنهوري و أبو زهرة و الزرقا و غيرهم ولا يعني هذا أن نتوقف عندها بل بإثرائها .

ـدراسة الموضوعات الفقهية التي لم تنل نصيبا من البحث و الدراسة من الناحية القانونية، خاصة باب المعاملات .

ـ ضرورة تحديد ا أهداف الدراسة بالأثر الملموس في تدعيم مسيرة القضاء بأحكام الشريعة كمرحلة مندرجة كما يسميها المستشار البشري .

ـ ضرورة الاهتمام بمتطلبات القانونية و تدريسها بتعمق للطلبة التخصص من قبل المتخصصين .

المراجع

1- الأهواني حسام الدين: المنهج المقارن في دراسة القانون ضمن ندوة"تدريس القانون واحتياجات المجتمع المقدمة للندوة قطر ـ

2- بدران أبو العينين بدران: الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود مؤسسة شباب الجامعة، 1986 الإسكندرية، مصر.

3- السنهوري عبد الرزاق: مقدمة كتاب الوسيط في شرح القانون المدني، دائرة المعارف القانونية.

4- طارق البشيري : منهج النظر في الدراسات المقارنة ، مجلة إسلامية المعرفة العدد التاسع عشر.

5- عبد الحميد متولى :الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور ،الطبعة الثانية، نشأة المعارف.

6- عبد الفتاح طيارة: روح الدين الإسلامي، دار العلم للملايين، الطبعة الثامنة 1389هـ 1969م.

7- وهبه الزحيلي :تجديد الفقه الإسلامي ، دار الفكر الإسلامي المعاصر ،دمشق سنة2002 م.

8- المجلة الدولية للقانون المقارن. عدد أكتوبر، دجنبر 1951 م .

9- هيثم بن فهد بن عبد الرحمن الرومي : الصياغة الفقهية في العصر الحديث، دار التدمرية الرياض2011 م.

الهوامش

1- بدران أبو العينين بدران: الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود ص: 2، عبدالحميد متولى :الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور ص: 265.

2- Ce grand système juridique, implique une richesse de notions juridiques et de technique remarquables.

Avant-projet du code civil et commercial Tunisien

Ce n'est pas un minée mérite d'avoir assigné au droit assigné au droit musulmane sa place dans la science du droit comparé.

3- المجلة الدولية للقانون المقارن. عدد أكتوبر، دجنبر 1951 ص:661 .

4- نقلا عن روح الدين الإسلامي :عبد الفتاح طيارة ص: 301 .

5- les grands systèmes de droit contemporains P 477. Paris 1966.

6- هيثم بن فهد بن عبد الرحمن الرومي: الصياغة الفقهية في العصر الحديث، ص 303.

7- البشري طارق : منهج النظر في الدراسات المقارنة ، مجلة إسلامية المعرفة العدد، ص645ـ

8- وهبه الزحيلي :تجديد الفقه الإسلامي، ص 8.

9- الاهواني ،حسام الدين : المنهج المقارن في دراسة القانون ضمن ندوة " تدريس القانون واحتياجات المجتمع ،المقدمة للندوة قطر ـ ص 303

10- السنهوري عبد الرزاق : مقدمة كتاب الوسيط في شرح القانون المدني، دائرة المعارف القانونية.

11- طارق البشيري:منهج النظر في الدراسات المقارنة، مجلة إسلامية المعرفة العدد، ص 665ـــ666.