مجلة الدراسات القانونية المقارنة
المجلد11/ العـــدد02 (2025)، ص.ص.67-83. ISSN:2478-0022 EISSN:2600-6154

نحو تفعيل دور الدارسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في تطوير التشريع في الواقع الراهن

Towards activating the role of comparative studies between Islamic jurisprudence and positive law in developing legislation in the contemporary context

الدكتور عبد الجليل درارجة

Dr. Abdeldjalil DERARDJA

أستاذ محاضر قسم "أ"، شريعة وقانون، جامعة مُحَمَّد البشير الإبراهيمي برج بوعريريج–الجزائر

Lecturer A, Sharia and Law, faculty of Law and Political Science, Mohamed El Bachir Ibrahimi University- BBA-ALGERIA

abdeldjalil.derardja@univ-bba.dz

تاريخ إرسال المقال:2025/10/27 تاريخ القبول:2025/11/28 تاريخ النشر:2025/12/25

ملخص:

في ظل انفتاح الجامعة الجزائرية على تخصصات الشريعة والقانون تحاول هذه الدراسة البحث في حظ هذا الانفتاح في صياغة سؤال النهضة؛ وذلك من خلال البحث عن الدور البارز الذي قد تلعبه الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في وضع بعض لبنات خروج الأمة الإسلامية من تخلفها الحضاري بعرض الحلول في دائرة التشريع. فضلا عن البحث في مدى إمكانية هذا الحقل من الدراسات في الإضافة المتميزة للمنظومة التشريعية العالمية عندما تسعفها في بعض مآزقها التشريعية التي تقصر فيها فلسفاتها ونظمها.

وقد خلص هذا البحث إلى كون الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي تشكل محورا ارتكازيا في حركة إثراء الفقه الإسلامي وتقنينه. غير أن الوضع الراهن للدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانوني الوضعي قد لا يسمح بتجسيد أهدافه السامية إذا لم يتجاوز القصور المنهجي في هذا الحقل من الدراسات؛ وتبقى هذه الأهداف السامية مجرد أماني يصعب دركها، وتكون جل الجهود في هذا الحقل من الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من قبيل الحركة في الفراغ.

كلمات مفتاحية:

الدراسات المقارنة.، الفقه الإسلامي.، القانون الوضعي.، تقنين الفقه الإسلامي.، القصور المنهجي.

المؤلف المرسل: عبد الجليل درارجة **Email**: abdeldjalil.derardja@univ-bba.dz

Abstract:

In light of the Algerian university's increasing openness to the fields of Sharia and Law, this study seeks to examine the extent to which such openness contributes to shaping the question of civilizational renaissance. It does so by exploring the pivotal role that comparative studies between Sharia and positive law may play in laying the foundations for the Islamic nation's revival and overcoming its civilizational stagnation, through the presentation of legislative solutions. Moreover, the study underscores the unique potential of these comparative legal studies to make a valuable contribution to the global legislative system, particularly by offering insights that may help resolve certain legislative predicaments in which existing philosophies and legal systems prove inadequate.

The findings of this research reveal that comparative studies between Sharia and positive law constitutes a central axis in the enrichment and codification of Islamic jurisprudence. However, the current state of comparative Sharia–law scholarship may not allow for the realization of its noble objectives unless it transcends the methodological deficiencies that currently characterize this field. Without such reform, these lofty goals will remain aspirations difficult to achieve, and much of the ongoing effort will amount to movement within a conceptual void.

***Keywords**:*

Comparative studies, Islamic jurisprudence, positive law, codification of Islamic jurisprudence, methodological deficiency.

مقدمة:

تكتسي الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي أهمية بالغة، إذ يمكنها أن تؤدي دورًا محوريًا في بناء أسس النهوض الحضاري للأمة الإسلامية. فهي تعرض البدائل والحلول التشريعية الممكنة، وتشكل لبنة أساسية في عملية تقنين الفقه الإسلامي، بما ييسّر تطبيق أحكامه في نطاق المعاملات العملية، متى توفرت الإرادة السياسية للدولة المسلمة لذلك.

ويطمح بعض المعاصرين من المهتمين بالتشريع الإسلامي إلى أبعد من ذلك بتقريرهم قدرة الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في إضافة متميزة للمنظومة التشريعية العالمية بإمكانية العمل على إخراجها من بعض مآزقها التشريعية خاصة في الجوانب التي تقصر فيها فلسفاتها ونظمها. كما هو الشأن إلى البعد الخلقي في التشريع الإسلامي الذي يعد محجة عديد فلاسفة القانون الوضعي ، وكذلك الموازنة بين حقوق الفرد ومصلحة الأمة .

وبعدما أبعد الفقه الإسلامي ردحا من الزمن على إدارة مناحي الحياة المدنية، تقتضي أي محاولة لتنزيله في واقع الناس خاصة في باب القضاء والمعاملات استمداد القوانين الملزمة منه وفقا للاتجاه المعاصر للاستفادة من الفقه الإسلامي. ومن ثم تبرز إيجابية هذا الفقه في الواقع الراهن وفعاليته، ومواكبته لتطورات الزمان والمكان.

وتبرز في ظل هذه الغاية النبيلة الحاجة الملحة للدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي للإسهام في حركة تقنين الفقه الإسلامي تمهيدا لتنزيله في الواقع الراهن، وتيسيرا لتطبيق أحكامه من خلال مجموعات قانونية تسهل تطبيقها أمام المحاكم في باب المعاملات. ولا شك أن هذا المسلك يعتبر ضرورة حضارية ومصلحة شرعية وفقا لما انتهت إليه الدراسات المهتمة بتقنين أحكام الفقه الإسلامي ومناهجه كونها السبيل الأقوم لتطبيق أحكامه أمام القضاء في هذا النطاق.

وإذا كان الأمر لا يحتاج إلى التنبيه على ضرورة هذا النوع من الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي لبيان واقعية التشريع الإسلامي، واستجابته لمتطلبات الواقع الراهن؛ فإنه قد لا ينضبط لهذا الحقل من الدراسات هدفا، وقد لا تتحقق له غاية إذا لم يكن مؤسسا على منهج رشيد، ومسلك قويم يتسم ببيّان المعالم، ووضوح المقاصد، فضلا عن مناسبته لطبيعة هذه النوع من الدراسات وموضوعها.

وانطلاقًا مما سبق، تسعى هذه الدراسة إلى معالجة الإشكالية المتمحورة حول كيفية تفعيل دور الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي لمواكبة التحولات الراهنة بالإسهام في تطوير الفكر التشريعي محليا وعالميا؟ وهل الوضع الراهن لهذا الحقل يسمح بتجسيد ذلك، أم أن هناك قصورا منهجيا في هذا الحقل إذا لم يتم تجاوزه تبقى الأهداف المنشودة مجرد أماني يصعب دركها، وتكون جل الجهود في هذا الحقل من قبيل الحركة في الفراغ؟

وتبرز الحاجة لهذه الدراسة للبحث في واقع مناهج الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، واستجلاء مدى قدرتها على تحقيق الأهداف المنشودة التي أشرنا إليها سلفا. كما تروم الدراسة تشخيص مظاهر القصور المنهجي في التعاطي مع المصادر المادية لهذا الحقل، والمتمثلة أساسًا في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بهدف ترشيد مسالك البحث فيه وبيان الموقف المنهجي المتوازن منهما. ويأتي ذلك في إطار السعي إلى تفعيل دور الدراسات المقارنة في مرافقة التحولات الراهنة والإسهام في تطوير الفكر التشريعي على المستويين المحلي والدولي. ذلك أن استمرار الخلل المنهجي في هذا المجال يجعل الأهداف المأمولة مجرد طموحات عسيرة المنال.

المطلب الأول: النهضة الفقهية الحديثة وأثرها في الدرس الشرعي القانوني المقارن.

مرّ الفقه الإسلامي بداية من القرن السابع للهجرة بمرحلة فراغ؛ أقبرت فيها كثيرا من مقوماته وطابعه الإبداعي والتوليدي. وقد ساد في هذه المرحلة من تاريخ الفقه الإسلامي الفكر التقليدي المغلق على حد تعبير الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا. وانصرف الاجتهاد عن البحث في العلل والمقاصد الشرعية في الأحكام الفقهية إلى الحفظ الجاف، والاكتفاء بالتسليم بكل ما جاء في الكتب المذهبية من دون تحقيق ولا ترجيح. كما اتجهت التصانيف الفقهية –باستثناء القليل منها– إلى اختصار ما سبقها أو شرحها. وأصبح بذلك همّ المطلع على هذه التصانيف في هذا الدور الفقهي فهم الأساليب، وبذل الجهد في حل العبارات والتراكيب وجمع شتات ما تفرق بين المتون والشروح والحواشي في مرحلة وصفت عند البعض بأنها مرحلة الجمود الفقهي؛ الذي أعاق الفقه الإسلامي عن التطور ومواكبة التطورات الحاصلة في دنيا الناس

في نطاق المعاملات. وقد استمر الوضع على هذا الحال إلى نهاية القرن الثالث عشر للهجرة بعدما أصدرت الدولة العثمانية مجلة الأحكام العدلية. (الزرقا، 2004، صفحة 211)(مقبول، 1994، صفحة 198)

الفرع الأول: مجلة الأحكام العدلية العثمانية منطلق عصر النهضة الفقهية الحديثة.

يعتبر معظم المهتمين بدراسة تاريخ الفقه الإسلامي أنه يعيش الآن في طور ما اصطلح على وصفه "بعصر النهضة الفقهية الحديثة" بعدما تعالت دعوات فتح باب الاجتهاد وتجديد الفقه الإسلامي بغية إخراجه من كبوة عصر الجمود والانكماش الذي انتابه في مرحلة من فترات تاريخ التشريع الإسلامي. ويكاد يجمع كل المهتمين بدراسة أدوار التشريع الإسلامي أن مجلة الأحكام العدلية التي أصدرتها الدولة العثمانية العام 1293هـ/ 1876م كانت محطة بارزة للتأريخ لبداية النهضة الفقهية الحديثة بعد عصر الجمود والانكماش الذي عرفه الفقه الإسلامي.

ولقد اهتدت الدولة العثمانية لإصدار مجلة الأحكام العدلية لما ظهرت الحاجة الملحة إلى ضرورة صياغة الفقه الإسلامي في مواد قانونية محددة تيسيرا لتحقيق المراد المتمثل في تسهيل العثور على الأحكام الشرعية عن فض المنازعات، وكذا توحيد الأحكام القضائية تحقيقا لمقتضيات العدل والمساواة بين المتقاضين. (كيحل، 2014، صفحة 235)

وقد قامت الدولة العثمانية في أواخر القرن الثالث عشر الهجري بتشكيل لجنة من العلماء لتقنين أحكام المعاملات اعتمادا على الفقه الحنفي، وشرعت تلك اللجنة في عملها سنة 1285هـ - 1869م، وانتهت منه سنة 1293هـ - 1876م، وسمي ذلك التقنين (مجلة الأحكام العدلية) الذي احتوى على ما يقارب 1851 مادة تطرقت لأحكام المعاملات المدنية كالبيع والإجارة والكفالة والحوالة والرهن وغيرها من مضامين التقنينات المدنية والتجارية في التشريعات الحديثة، فضلا عن الأحكام المتعلقة بأصول المرافعات المتعلقة بالدعوى القضائية وما يرتبط بها من البينات والأيمان وغيرها. (مقبول، 1994، صفحة 193)

ثم أصدرت الدولة العثمانية (قانون العائلة) سنة 1336هـ -1917م استهدف تنظيم الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والفرقة. واعتمد فيها أيضا على المذهب الحنفي، غير أنه خرج في بعض الأحكام على مذهب الحنفية، وأخذ بالمذاهب الأخرى. (الزرقا، 2004، صفحة 255)

الفرع الثاني: خصائص عصر النهضة الفقهية الحديثة.

يعتبر بروز علم الفقه الإسلامي المقارن في البحث والدراسة، وكذا ظهور الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في مؤسسات التعليم العالي من أبرز تجليات هذه النهضة الفقهية وخصائصها: (الزرقا، 2004، الصفحات 251-256)

- **أولا: بروز علم الفقه الإسلامي المقارن في البحث والدراسة.**

يعتبر تزايد الاهتمام بالفقه المقارن مصدر ثراء للفقه الإسلامي ومرحلة أساسية لتقنينه لأن الدراسة المقارنة من لوازم تكوين الملكة الفقهية كما أنها مصدر لتخفيف حدة التعصب الفقهي تبعا لما يأتي بيانه:

1 _ دور الفقه الإسلامي المقارن في تكوين الملكة الفقهية.

يلعب الاهتمام بدراسة الفقه الإسلامي المقارن في المناهج العلمية دورا محوريا في تكوين الملكة الفقهية التي تعد أمرا لازما لقيام الاجتهاد الفقهي الصحيح، فالفقه المقارن يبين وجهات النظر، ومنازع الاجتهاد المختلفة، وما يسند إليه كل منها من أدلة فأساس التفقه معرفة اختلاف الفقهاء؛ إذ من لم يدرك اختلاف الفقهاء لن يكون فقيها، ومن قصر عن هذه الغاية النبيلة لن تشم أنفه رائحة الفقه. (شبير، 1999، صفحة 45)

2- دور الفقه الإسلامي المقارن في تخفيف حدة التعصب المذهبي.

تعتبر الدراسات الفقهية الإسلامية المقارنة من جانب آخر لازمة لتخفيف حدة التعصب الفقهي التي أقبرت أهم حسنات تنوع مناهج الاجتهاد وآليته، بحيث أصبح التعصب الفقهي حائلا بين أصحابه وبين النظر في المذاهب الأخرى إلا في بعض المسائل لمحض الرد عليها وقديما قيل من جهل شيئا عاداه. (القرضاوي، 2001، صفحة 24)

3- دور الفقه الإسلامي المقارن في تشكيل العقلية النقدية.

تلعب الدراسات المقارنة بصفة عامة دورا بارزا في تشكيل العقلية النقدية؛ إذ تؤدي إلى تلاقح العلوم، وإدراك الدلائل والاستفادة من الخبرات المختلفة التي تكسب التعامل المنهجي القائم على النقد والتقويم والترجيح، وتخير الأفضل. (كاملي، 2017، صفحة 11)

- **ثانيا: اعتماد الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في مؤسسات التعليم العالي.**

اتجهت كثير من الجامعات والكليات في العالم الإسلامي لاعتماد الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في المناهج الدراسية والرسائل الجامعية استجابة للحاجة التي أصبحت جدّ ملحة لصياغة الفقه الإسلامي في شكل قوانين تيسيرا وتفعيلا لتنزيله إلى أرض الواقع في النطاق القضائي؛ إذ يعد ذلك من المقتضيات الشكلية لتطبيق الشريعة الإسلامية في الواقع الإسلامي الراهن، فضلا عن المقتضيات الموضوعية التي يضرب كثير من المتحمسين لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية عنها صفحا. (النجار، 1994، الصفحات 21-42)

ويذهب البعض إلى أبعد من ذلك حين يطمح في أن تسهم الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في إضافة جديدة إلى المنظومة التشريعية العالمية، وربما إخراجها من بعض مآزقها خاصة في الجوانب التي تقصر فيه فلسفاتها ونظمها القانونية كما هو الشأن إلى البعد الخلقي في التشريع الإسلامي أو مزية الصفة الدينية فيه المرتبطة بمصادره الأصلية التي لم تكن لتمنعه من أن يؤسس أحكامه على الظاهر المحض شأنه في ذلك شأن القوانين الوضعية، ثم يعضد هذه الأحكام على الصبغة الدينية المؤسسة على الحلال والحرام؛ والتي تفيض في أحكامه الهيبة والاحترام المستمدة من هيبة المصادر المستنبطة منها وقداستها. ولا شك أن هذا ينبوع القوة في الفقه الإسلامي المزاوج بين الجانب الديني والدنيوي في أحكامه لضمان نفاذها واحترامها عند المكلفين بها. (القرضاوي، 2001، صفحة 25)

ولا شك أن الدراسات الشرعية القانونية المقارنة، حين تستفيد من تطورات العلوم الإنسانية والاجتماعية والاقتصادية وعلم الإحصاء وغيرها، تمتلك القدرة على تقديم صورة واضحة لمقاصد التشريع الإسلامي السامية. فهي بذلك تُظهر هذه المقاصد بأسلوب علمي رصين يعتمد على الحجة الدامغة والدليل القاطع، مما يعزز مصداقية البحث ويسهم في توضيح الإطار الفكري والتشريعي للفقه الإسلامي في مواجهة التحولات القانونية والاجتماعية الراهنة.

الفرع الثالث: نتائج عصر النهضة الفقهية الحديثة:

وقد تحققت نتائج محمودة في هذه المرحلة المباركة في عصر النهضة الفقهية بفضل الجهود المخلصة في هذا النطاق التي يعد من أهم بركاتها على الأمة المسلمة ما يأتي ذكره مفصلا:

- **أولا: ظهور حركة تقنين الفقه الإسلامي.**

ظهرت في عصر النهضة الفقهية الحديثة عديد التقنينات المتحررة من التبعية العمياء للقانون الغربي في العالم الإسلامي خاصة في نطاق الأحوال الشخصية والمرتكزة على الفقه الإسلامي أصولا وفروعا بدء بما أصدرته الدولة العثمانية (قانون العائلة) سنة 1336هـ -1917م وامتدادا لجل تقنينات الأحوال الشخصية في العالم العربي حاليا باستثناء بعض التقنينات التي غلبت عليها النزعة الحداثية كما هو الشأن لمجلة الأحوال الشخصية التونسية. (الداودي، 2007، صفحة 2)

وقد اتسم التقنين في نطاق الأحوال الشخصية في العالم العربي بحركية واسعة حيث تجاوزت مراميه التقنين القطري لتبرز جهود محمودة حاولت توحيد التقنين في بعض الأقطار العربية كما هو الشأن بالنسبة لمشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد بين جمهورية مصر العربية وسوريا ما بين 1959-1961؛ والذي قام بإعداده وصياغة مشروعه، ووضع مقدمته ومذكرته الإيضاحية لجنه ترأسها مصطفى أحمد الزرقا أستاذ الشريعة الإسلامية والقانون المدني بجامعة دمشق. (الزرقا،، 1996، صفحة 4)

كما ظهرت بدرجة أقل بعض تجارب للتقنين في دائرة التشريعات الجنائية. التي ظهرت في العقود الأخيرة كالقانون الجنائي الليبي، وقانون العقوبات السوداني، وقانون العقوبات الباكستاني.. وغيرها، والتي كان للدراسات المقارنة في القانون الجنائي والعلوم المعاصرة المكملة له كعلم العقاب أثر جلي في التنظير لها. (زين، 1999، صفحة 75)

- **ثانيا: ظهور النظريات الفقهية في الفقه الإسلامي.**

تُعد النظريات الفقهية الركيزة الأساسية لبناء الأحكام الفقهية، فهي العمود الفقري الذي يقوم عليه صرح الفقه الإسلامي. وتمثل هذه النظريات المفاهيم الكبرى والكليات الأساسية، حيث يشكل كل منها منظومة حقوقية متكاملة، مثل نظرية الملكية، ونظرية العقد، ونظرية الأهلية، ونظرية البطلان، وغيرها، بما يضمن ترتيب الأحكام وفق أسس منهجية واضحة ومنظمة. (الزرقا، 2004، صفحة 329)

ولم تقم الحاجة لصياغة النظريات الفقهية في العصور المتقدمة للفقه الإسلامي لأن الفقه الإسلامي كان يشرف على إدارة دفة الحياة في جانبيها الديني والدنيوي، فكان الفقهاء والقضاة يتجهون إلى الأحكام الجزئية في القضايا التي تعرض للناس في حياتهم اليومية، سواء في مسائل العبادات أو المعاملات. فكانت سمة الفقه الإسلامي الاهتمام بالأحكام الجزئية مما ولد ثروة فقهية ضخمة زخرت بها كتب الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة.

غير إنه في عصر النهضة الفقهية الحديثة اتجهت أبحاث الفقه الإسلامي إلى دراسة النظريات الفقهية إسوة بمناهج القانون. ولا شك أن العناية بهذا الفن الذي وضع بذوره ابن تيمية فيما سماه كتاب العقود يسهم في إخراج الفقه من أسر النظرة الجزئية إلى رحابة الرؤية الكلية. (المرصفي، 2001، صفحة 5)

- **ثالثا: انفتاح حقل دراسات مقاصد الشريعة الإسلامية.**

تميزت المحاولات الأولى للأصوليين القدامى في التنظير لعلم مقاصد الشريعة الإسلامية بالعبقرية الفذة خاصة ما دونه الإمام الشاطبي في كتابه الموافقات في أصول الشريعة الإسلامية، ثم جاء عصر النهضة الفقهية الحديثة الذي عرف بالانفتاح التدريجي على علم مقاصد الشريعة الإسلامية؛ بحيث بدأ يأخذ حظه من التأليف كما هو الشأن للجهود المباركة لمحمد الطاهر بن عاشور وعلال الفاسي ومن تبعهما بإحسان في هذا المجال من الأجيال اللاحقة كيوسف العالم، وأحمد الريسوني، وإسماعيل الحسني وغيرهم ممن سار على الدرب نفسه.

وبفضل تلك الجهود المباركة عرفت الدراسات الشرعية انفتاحا تدريجيا نحو الدراسات المقاصدية برؤية جديدة، وآفاق واعدة، وأخذت تتبوأ مكانة بارزة في المناهج العلمية والبحوث العلمية الجامعية بصورة تضاهي فيها الدراسات المتعلقة بفلسفة القانون الوضعي. (العلواني، 2001، صفحة 7) وقد تعالت الدعوات حديثا ضمن ملف مقاصد الشريعة الإسلامية لتفعيل هذا الفن ونقله من مرحلة الكتابة التقليدية إلى مرحلة التجديد والتخطيط. (عطية، 2001، صفحة 16)

وتتجلى الأهمية البالغة للدراسات المقاصدية في إثراء الفقه الإسلامي والإسهام في تطوير عملية تقنينه، لا سيما عندما تجمع بين بعدين متكاملين:

الأول: البعد النظري، الذي يهدف إلى تفسير الحكمة من الأحكام الشرعية، مثل توضيح المقاصد الكامنة وراء أحكام القصاص في حفظ النفوس واستتباب الأمن، أو بيان أبعاد العدل في أحكام المواريث.

الثاني: البعد العملي، الذي يركز على النتائج المترتبة على تطبيق الحكم في الواقع الراهن، مثل توضيح حكمة تحريم الربا من خلال إبراز أثره السلبي على الاقتصاد العالمي المعاصر.

ومن ثم، فإن الاعتماد على البحث الميداني المستند إلى أسس علم الاجتماع وعلم الإحصاء يشكل أحد العناصر الجوهرية لتعميق هذا الاستدلال وتحقيق فهم موضوعي وواقعي لمقاصد الشريعة. (النجار، 1994، الصفحات 51-54)

المطلب الثاني: تشخيص القصور المنهجي المعوق للدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

لا مناص من الإقرار بأن الدراسات الشرعية القانونية المقارنة رغم ما تكتسيه من أهمية علمية وعملية بالغة لم تخل من بعض مواطن القصور المنهجي المؤثر سلبا في النهضة الفقهية الحديثة والمعيق لمواكبة الفقه الإسلامي لمتطلبات الحياة، ومستجداتها المتلاحقة التي جسدت بعضا من غربته في هذا العصر، وأوقعت المخاطبين بأحكامه في بعض الإصر والحرج. (العلواني، 2001، الصفحات 40-46)

إن قضية المنهجية في الفكر الإسلامي تعد من المسائل ذات الأهمية القصوى، سواء على مستوى التفكير، أو البحث العلمي، أو التعامل مع مصادر التشريع الإسلامي والتراث الإنساني، وكذلك في التعامل مع واقع الأمة المعاصر والعالم الحديث بوجه عام. وعلى الرغم من تنبيه العديد من الباحثين المسلمين، قديماً وحديثاً، إلى أهمية المنهجية وضرورة التفكير المنهجي ورصد وجوه الخلل في العقل المسلم، إلا أن الواقع المعاصر يشهد استمرار كثير من القصور المنهجي في التفكير، وفي البحث، وفي التعامل مع التراث الإسلامي والكسب البشري. ومن ثم، فإن هذا الواقع يستدعي التأكيد على أهمية الموضوع وتعميق الوعي المنهجي على مستويات متعددة وفي ميادين مختلفة.

واستنادا لما سبق يتقرر بأن حقل الدراسات الشرعية القانونية المقارنة يعاني من قصور الرؤية المنهجية المتبصرة، وذلك من خلال المواقف التي تقف على طرفي نقيض من الفقه الإسلامي، وكذا القانون الوضعي، وهذا بسبب التحديات الثقافية التي تواجه الأمة الإسلامية بعد تغييب الشريعة الإسلامية عن إدارة دفة الحياة. (ملكاوي، 2011، صفحة 63). والتي يمكن تفصيلها على النحو الآتي:

الفرع الأول: الفقه الإسلامي بين الموقف الإقصائي والموقف التنزيهي.

يمكن للملاحظ أن يقف على غياب الموقف العدل للتعاطي مع الفقه الإسلامي؛ بحيث يستشف موقفين على وجه النقيض منه: أحدهما يتميز بتجاهله وإقصائه بسبب انبهاره بالفكر القانوني الوضعي والافتتان به. والآخر خلافا له يلبس الفقه الإسلامي ثوب القداسة والتنزيه ويجعله بمنأى عن أي نقد أو تقويم بسبب الخلط بين مفهوم الشريعة الإسلامية ومفهوم الفقه الإسلامي (الزرقا، 2004، صفحة 153).

ففيما يتعلق بالموقف الأول يجابه الفقه الإسلامي النظرة المتجاهلة له من طرف بعض المتحللين من أحكامه المقصين لها من إدارة شؤون الحياة المدنية بدعوى أن هذا الفقه قد تجاوزه الزمن؛ إذ ليس بوسع هذا الفقه الذي حكم حياة الغابرين في منظور هذا الاتجاه أن ينهض بهذا الدور في عصر العولمة. وقد عمل هذا الاتجاه على المستوى الفكري والعملي على تجاهل الفقه الإسلامي وإقصائه. وراح يتتبع سنن الذين من قبله شبرا بشر ذراعا بذراع دون تمحيص وفرز. (بوتيقو، 1997، صفحة 100)

يقول الأستاذ عبد المجيد النجار في هذا السياق: «تتعرض كثير من الأحكام الشرعية في الوقت الراهن إلى تحديات الشك والإنكار على المستوى الداخلي والخارجي للأمة إما عن غفلة، أو تبيتا لهدمها ، ومن هنا تقوم الضرورة إلى تقديم أحكام الشريعة الإسلامية في سبيل إعدادها للتطبيق في سياق استدلالي عقلي مجانب للمنحى العاطفي المثير للوجدان يبين بوسائل البحث المنهجي المقنع للعقلية الحديثة ما تقوم عليه الشريعة الإسلامية من عناصر القوة لكفالة سعادة الإنسان في خضم مشاكله الكبرى." (النجار، 1994، صفحة 54)

وعلى النقيض من هذا الموقف يتجه البعض إلى التشبث بالفقه الإسلامي وتنزيهه اعتصاما به، ويضفون عليه موقف قد يصل إلى درجة التقديس بسب الخلط بين مفهوم عصمة المصدر المتمثل في الشريعة الإسلامية التي لا تعني بأي حال من الأحوال عصمة الفقه والتنزيل، وتحييده عن سهام النقد والتمحيص. مما أعاق حركة تقويم الفقه الإسلامي وتجديده، وأقعده عن التوليد، فأصبح الفقه دراسة حفظية نظرية لا إنتاجية علاجية. (الزرقا، 2004، صفحة 229) (النجار، 2001، الصفحات 57-60) (القرضاوي، 2004، صفحة 13)

كما شكلت العصور الزاهية للفقه الإسلامي، ومحطاته المتميزة لدى البعض هروبا إلى الماضي عندما وقفوا في حدود عد محاسنه وإحصاء مزاياه في تلك العصور الزاهية ردا عن المفترين عنه، والمتحللين من أحكامه، فشكل هذا المنحى ترياقا غير مجد لمركب النقص تجاه الآخر ونوعا من الحركة في الفراغ وتبديدا للطاقة وإهدارا للجهد. (العاني، 2005، صفحة 11)

ولا شك أن الفقه الإسلامي هو اجتهاد الفقهاء لفهم الشريعة الإسلامية، وتطبيق أحكامها وفقا لمقصود الشارع والقواعد الأصولية في استنباط الأحكام منها مما يجعل هذا الاجتهاد مهما علا قدره يحتمل الخطأ والصواب لأنه غير معصوم، وليست له القدسية التي للشريعة الإسلامية نفسها حتى لو كان مبنى الاجتهاد على النص الشرعي. (الزرقا، 2004، صفحة 154)

الفرع الثاني: القانون الوضعي بين الموقف المتوجس والموقف المنبهر.

ومن جهة أخرى يشهد حقل الدراسات الشرعية القانونية المقارنة غياب الرؤية المتبصرة تجاه القانون الوضعي الذي يتجاذبه هو الآخر موقفان على طرفي النقيض: أحدهما متوجس مرتاب يعتبره مصدر كل شر، والآخر منبهر مندهش يرى فيه المخرج الوحيد للتخلف التشريعي الذي تقبع فيه الأمة الإسلامية.

ففي الموقف الأول يستبطن الاتجاه الذي يعاني من عقدة الآخر من القانون الوضعي موقفا سلبيا يعتقد بأنه شر كله، وأنه لا خير يرجى منه جملة وتفصيلا، وأن الدعوة إلى الاستثمار الواعي لتطور الفكر القانوني الوضعي من قبيل الاحتكام إلى الطاغوت وأن المشتغلين بهذا الوهم قوم قد ضلوا عن سواء السبيل وأضلوا تتهاطل عليهم مطالبات التوبة، وتكلؤهم في أحسن الأحوال دعوات الهداية.

أما فيما يتعلق بالموقف الآخر من القانون الوضعي فإن هناك اتجاه يقف منه موقف المنبهر فيدعو إلى الاحتكام إليه بالنظر إلى التفوق الحضاري للمجتمعات التي يحكمها، أو يسعى في أحسن الأحوال لاصطناع التقريب المتعسف بينه وبين الفقه الإسلامي. (عالية، 2010، صفحة 23)

المطلب الثالث: أثر السياق التاريخي في النزوع إلى التقريب المصطنع بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

ولا شك أن هذه المواقف المتسمة بالتطرف المتضاد تأثر على الدراسات المقارنة وتلقي بظلالها السلبية على مناهجها، ولعل أخطر هذه العلل المتعلقة بغياب الرؤية المنهجية المتبصرة في حقل الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي؛ هو ما تعلق بالنزوع إلى التقريب المصنع بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وهو قصور منهجي بالغ الخطورة وضرورة بسط القول فيه في غاية الأهمية كونه يتعلق بفكرة ترشيد منهج الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

يبدو أن الدراسات الشرعية القانونية المقارنة شكلت رد فعل، ولم تكن فعلا واعيا كونها بدأت مع الشك الذي أصاب العقل المسلم بسبب التقهقر الحضاري في قدرة الفكر السائد في مجتمعه على تحقيق النهضة المرجوة بعد أن بهره تفوق الغرب وانتصاره على المسلمين في كافة مناحي الحياة الأمر الذي أدى إلى استنهاض الهمم بعقد المقارنات كرد فعل للقول من خلال عقد هذه المقارنات بأسبقية الشريعة الإسلامية وأفضليتها عن القانون الوضعي، والتأكيد على "كمال

الشريعة الإسلامية وعجز القوانين الوضعية " كما جاء في عناوين أحد المؤلفات في هذا السياق لصاحبه المستشار سالم البهنساوي. (البهنساوي، 2003، صفحة 1)

وانبرت هذه الدراسات من وجه آخر للرد عن الشبهات التي تطعن في صلاحية الشريعة الإسلامية لحكم مجتمعات تعيش في ذروة التطور التكنلوجي، واستجابتها لحاجاتها وعليه فأن هذه الدراسات تأثرت بالبيئة التي ولدت فيها؛ إذ انحسرت أهدافها وغايتها في هذه الدائرة، ولم تعمل على تفعيل دور الشريعة الإسلامية في واقعها الراهن بعد أن ظلت بعيدة عن إدارة دفة الحياة، ولا بيان مناهج الاستفادة من الكسب البشري في هذا السياق وضوابطه .

وبناء على ما سبق شهد الواقع الراهن ضعفاً ملحوظاً في تفعيل هذا الحقل المعرفي، سواء على مستوى البحث الأكاديمي أو الممارسة التشريعية، وانحصرت في ظله أهداف البحوث المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي لتحقيقه إثبات صلاحية الشريعة الإسلامية ومواكبتها للعصر؛ حيث ظهرت في اجتهادات الشيخ عبد الوهاب خلاف، والشيخ علي الخفيف ممن درسوا في مدرسة القضاء الشرعي ومن سار على هذا المنهج العقيم.

وبناء على ما سبق لم تستطع هذه الدراسات المقارنة في الإسهام في تحقيق التكامل بين الأصالة والمعاصرة لفتح آفاق رحبة لتجديد الفكر القانوني والفقهي نتيجة ضعف الوعي بأهمية المنهج المقارن في استيعاب التحولات القانونية والاجتماعية الحديثة (البشري، 1996، الصفحات 34-35)

ولقد كانت اجتهادات طلاب مدرسة القضاء الشرعي بمصر وغيرهم من المنافحين عن الفقه الإسلامي والمتأثرين بمسلكهم الرامي لإعادة نفخ الروح فيه لإدارة دفة الحياة العامة بالغة التأثر بهذا الخلل المنهجي؛ بحيث أصبحت الغاية المستهدفة من الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي معلنة منحصرة في الارتكان لتراث الأمة والاعتزاز به، كما ظهر عند عبد القادر عودة في كتابه التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي رغم أنه كان من طلبة القانون بالجامعة الفرنسية؛ (بوتيقو، 1997، صفحة 104) والذي صرح بهذه الغاية التي ترمي دراسته إلى تحقيقها بقوله في مقدمة كتابه:" فهذه دراسات في التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقوانين الوضعية، وفقني الله فيها إلى إظهار محاسن الشريعة، وتفوقها على القوانين الوضعية، وسبقها إلى تقرير كل المبادئ الإنسانية، والنظريات العلمية والاجتماعية التي لم يعرفها العالم ولم يهتدي إليها العلماء إلا أخيرا. وسيرى القارئ مصداق هذا القول بين دفتي الكتاب، وأرجو أن لا ينتهي من قراءته إلا وقد أصبح يعتقد بما اعتقده، وهو أن الشريعة الإسلامية هي شريعة كل زمان ومكان " .(عودة، 1985، صفحة 3)

وفي موضع آخر بين السبب الذي حمله لدراسة التشريع الجنائي الإسلامي بعدما كان ميالا لدراسة التاريخ وسير أبطال الإسلام، حينما لمس في أحكام القضاء أو الحكم أو التشريع الإسلامي بعض التشابه فثارت في نفسه روح المقابلة والمفاضلة، فيقول:" وقد أدهشني أني لم أجد قضاء أو حكما أو تشريعا إسلاميا إلا روعيت فيه المبادئ والنظريات الجنائية الحديثة التي قيل لنا في المدارس: إنها من ابتداع القوانين الوضعية " (عودة، 1985، صفحة 10)

وبالتالي نحت الدراسات المقارنة إلى تقريب الفقه الإسلامي من القانون الوضعي ربما على أسس واهية نتيجة الإحساس بالضعف والهوان الحضاري، والانبهار من القانون الوضعي وكأنها بهذا ترمي إلى إعلاء شأن الفقه الإسلامي.

ولقد عمدت الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في بعض الأحيان ربما بنية حسنة إلى تجريده من بعض فضائله وستره بعورات القانون الوضعي؛ إذ قد يعمد البعض في بعض الحالات إلى تبني قول فقهي مرجوح لتوافقه مع انتهى إليه التطور القانوني في بعض محطاته، التي سرعان ما يهجرها لبيان قصورها بعدما يثبت ذلك البحث العلمي الرصين والتطبيق العملي. (إبراهيم، 2021، صفحة 301)

وللتدليل على صحة هذه الدعوى نضرب مثالا في حقل الدراسات الجنائية من خلال نظام العقوبات السالبة للحرية ففي الوقت الذي يوجد هذا النظام في مأزق كبير كونه يحتل موقعا بارزا في السياسة الجنائية ففي الولايات المتحدة الأمريكية التي تعاني منذ مدة ليست بالوجيزة من تخطى عدد المساجين عتبة المليون سجين الذي يرهق كاهل الدولة على عديد الأصعدة المالية والأمنية والصحية وغيرها؛ وهو الأمر الذي جعل الصيحات تتعالى في ظل هذه المتاهة لإعادة النظر في مدى نجاح السياسة الجنائية، والبحث عن بدائل تخفف من حدة هذه الأزمة العقوبة السالبة للحرية. (السدحان، 2000، صفحة 50) (الدنيا، 1998، صفحة 42)

في مقابل ما سبق ذكره يجتهد بعض الفقهاء المحدثين في التأصيل الشرعي لنظام السجن وحقوق نزلائه، استنادا إلى حديث لا يتعلق أصلا بمحل النزاع وتحميله ما لا يحتمله لما ثبت عن النبي -ﷺ- فيما رواه النسائي وأبو داود في سننهما: أنه حبس رجلا في تهمة ثم خلّى سبيله. (عودة، 1985، صفحة 695)

والموقف الذي عرفته الشريعة الإسلامية من نظام العقوبة السالبة للحرية في حقيقته يتعلق بالحبس كإجراء تحفظي ضد المتهم الذي لم تثبت إدانته، وهو ما يعرف في التشريعات الحديثة " بالحبس المؤقت" غير أن الأمر يعد محلّ جدل فقهي قديما وحديثا حينما يتعلق بالحبس جزاء على جريمة، لأن المقرين له، اشترطوا أن يكون عقوبة ثانوية غير محورية في النظام العقابي الإسلامي من خلال عقوبات التعزير. فكان الأولى أن تتجه الدراسات إلى عرض بدائل هذا النظام والتي يزخر التشريع الجنائي الإسلامي بها. (بهنسي، 1990، الصفحات 204-208) (الصيفي، 1995، صفحة 508)

ولقد سبق عبد الرزاق السنهوري إلى التنبيه إلى هذا الخلل المنهجي في الدراسات المقارنة في مقدمة كتابه عندما أشهر خطته لدراسة مصادر الحق في الفقه الإسلامي مقارنة بالقوانين الوضعية بالقول: "لن يكون همنا في هذا البحث إخفاء ما بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي من فروق في الصنعة والأسلوب والتصوير، بل على النقيض من ذلك سنعني بإبراز هذه الفروق حتى يحتفظ الفقه الإسلامي بطابعه الخاص. ولن نحاول أن نصطنع التقريب ما بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي على أسس موهومة أو خاطئة، فإن الفقه الإسلامي نظام قانوني عظيم له صنعة يستقل بها، ويتميز بها على سائر النظم القانونية في صياغته.

وتقضى الدقة والأمانة العلمية علينا أن نحتفظ لهذا الفقه الجليل بمقوماته وطابعه. ونحن في هذا أشد حرصا من بعض الفقهاء المحدثين، فيما يؤنس فيهم من ميل إلى تقريب الفقه الإسلامي من الفقه الغربي، ولا يعنينا أن يكون الفقه الإسلامي قريبا من الفقه الغربي، فإن هذا لا يكسب الفقه الإسلامي قوة، بل لعله يبتعد به عن جانب الجدة والابتداع، وهو جانب للفقه الإسلامي منه حظ عظيم

وسنحاول بقدر ما يتهيأ لنا من الأسباب أن نحدد اتجاه الاجتهاد الفقهي في مراحله المتعاقبة، حتى نتبين من وراء ذلك سير هذا الاجتهاد، فنتابعه في تطوره إلى حيث يقف بنا في آخر خطواته، ثم ننظر إلى أين كان يصل لو أنه تابع تطوره، ونفعل ذلك في كثير من الأناة والحرص." (السنهوري، 1997، صفحة 7)

المطلب الرابع: المنهج العدل للاستفادة من الفكر القانوني الوضعي في الواقع الراهن

يتأسس المنهج العدل للاستفادة من الفكر القانوني في الواقع الراهن على التوظيف الواعي لجهود الفكر القانوني المقارن لإثراء للفقه الإسلامي، فضلا على التقدير الاستصحابي للنظام القانوني الوضعي.

- **أولا: التوظيف الواعي لجهود الفكر القانوني المقارن مصدر ثراء للفقه الإسلامي.**

لا شك أن التوظيف والاقتباس الواعي بعيدا عن التقليد الأعمى لجهود الإنسان التعميرية، ومكتسباته في استثمار الكون وتنظيم الحياة بعد تنظيفها في سياق الشريعة الإسلامية سيكون مصدر ثراء كبير للفقه الإسلامي؛ لأن التوجيه الوضعي لمناحي الحياة ليس باطلا كله، فالكسب البشري مهما تقاذفته أمواج الباطل فإنه لا يخلو دوما من وجود الحق وهذا من مظاهر التكريم الإلهي للإنسان. (بيطار، 2004، صفحة 188)

ولم تقم الشريعة الإسلامية عند تنزيلها في الواقع الجاهلي على منطق الإلغاء المطلق فما كان من ذلك الواقع باطلا أبطلته، وما كان حقا استصحبته تبعا لمنهج الاستصحاب بإضفاء الشرعية عليه.

ويجد الاستثمار الواعي في جهود الكسب البشري أساسه في حسن قراءة التوجيه القرآني وتدبره كما ينبغي في قوله تعالى: ﴿قَدْ خَلَتْ مِن قَبْلِكُمْ سُنَنٌ فَسِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَانْظُرُوا كَيْفَ كَانَ عَاقِبَةُ الْمُكَذِّبِينَ﴾ (آل عمران 137).

إن هذا التوجيه القرآني يفتح طريق العلاج والتبصر بسبل التدبر؛ ومن ثم ندرك تماما أهمية استيعاب التجارب الأخرى؛ إذ أن الله تعالى يذكر عباده المؤمنين أن يسيروا في الأرض ويتأملوا في الآثار السابقة لأخذ العبرة من الأمم السابقة التي جرت عليهم أحكام وقوانين، فالحكمة ضالة المؤمن فحيث وجدها فهو أحق بها كما ورد في الأثر. (العاني، 2005، صفحة 10)

ولقد كانت تجربة المسلمين الأوائل الذين لم يشعروا بالانهزام أو الدونية الحضارية ثرية في هذا الشأن؛ إذ لعمر بن الخطاب – ﷺ– عديد الأوليات في هذا السياق كما هو الشأن بالنسبة لتدوين الدواوين، وتمصير الأمصار اللذين لم يكن للمسلمين سالف عهد بهما، والمستلهمين من تجارب الأمم السابقة في الإدارة والحكم (مجدلاوي، 1998، صفحة 212).

ولقد توجه العلماء والفقهاء إلى واقع الحضارات السائدة على عهدهم، وأعملوا العقول في أوضاعها بالتقدير الشرعي، ليخرجوا منها بالاستصحاب الواعي المأمون شيئا كثيرا أصبح من صميم فقههم الشرعي، وعمموه بالتطبيق في سائر البلاد، ولعل الناظر في المدونات الفقهية على عهود الاجتهاد، وعلى الأخص مدونات أهل العراق ككتاب الخراج لصاحب أبي حنيفة أبي يوسف يلمس هذا المنهج بجلاء." (النجار، 1994، صفحة 70)

- **ثانيا: التقدير الاستصحابي للنظام القانوني الوضعي.**

إذا علمنا أن الحياة الإسلامية توقفت عن الحركة الحضارية، وأصبحت ترد عليها الأوضاع والنظم من خارجها فأنه يمكن التساؤل عن المنهج الأمثل للتعامل مع هذا الوافد في نطاق القانون الوضعي إذا تبين بناء على فكر رصين، واجتهاد واع أن فيه المصلحة الشرعية.

إننا هنا لسنا بصدد الحديث عن تسول قانوني يقبل بكل ما يلقى إليه، أو نقل عشوائي لما جاء في هذه النظم القانونية دون تمحيص بطي أعناق النصوص وتوجيهها الوجهة التي ارتضاها القانون الوضعي. إن المسألة تتعلق فقط بأنه يلزم أن يكون فضلا عن الاجتهاد الأول –الذي يبحث في مدى شرعية هذه النظم القانونية، وفي مدى تحقيقها للمصلحة التي ترمي الشريعة الإسلامية لتحقيقها – اجتهاد آخر لتحديد المنهج الأمثل لاستيعاب هذه النظم في رحاب الشريعة الإسلامية لأنها توافقت معها، ولم تتعارض مع مبادئها باعتبار أنها نشأت في غير بيئتها مما يجعل احتمال حملها في طياتها لرواسبها الإيدلوجية واردا.

يطرح عبد المجيد النجار منهجا اصطلح على تسميته **بالتقدير الاستصحابي**؛ والذي لا يقصره على الحقل القانوني بل يوسع نطاقه للكسب الإنساني كله فيدعو إلى استصحاب النظم والأوضاع التي ثبت صلاحها لسبغ الشرعية عليها وذلك في مرحلتين:

-**المرحلة الأولى** : يتم قطع الصلة بين الوضع المستصحب ومنبته الأصلي ، وتنظيفه مما قد يكون قد علق به من أدران إيدلوجية ظاهرة أو خفية.

والمرحلة الأخرى: يتم تقنين هذه النظم والأوضاع تقنينا شرعيا لتحتل موضعا جديدا ضمن المنظومة الشرعية بعدما كانت في سياق ثقافي آخر لتصبح بذلك مصدر ثراء للفقه الإسلامي. (النجار، 1994، الصفحات 70-71)

بينما يطرح المستشار طارق البشر المنهج نفسه؛ والذي سماه «**تخلل النظام القانوني السائد**" يقوم أساسا على تغيير الأطر المرجعية لهذه النظم والقوانين أي تعديل قواعد الاحتكام للنصوص والأحكام السارية ليصير مصدر الشرعية لها هو اتفاقها مع الشريعة الإسلامية.

وترّد في هذا المنهج الأحكام القانونية السارية إلى إسنادها الشرعي، بحيث ينظر فيما تسعه الشريعة الإسلامية من أحكام تقوم بها القوانين والتشريعات النافذة في المجتمع الآن، وترد هذه الأحكام إلى أطرها المرجعية من الشريعة الإسلامية في حدود ما تسمح به من غير تعسف بإسنادها إلى مصادر التشريع الإسلامي وفقا لاجتهادات الفقهاء قديما وحديثا.

وليس المقصود بهذا المنهج التقريب أو التلفيق من أجل إضفاء بردة الدين والشرع على نظام قانوني وضعي علماني قائم فهذا تعطيل لإقرار حاكمية الشريعة الإسلامية في المجتمع.

ولا بد في هذا السياق التفريق بين التخلل والتلفيق؛ والذي يمكن أن يبرز في النقاط الآتية:

الأولى: الفرق بين الموقفين فارق يتعلق بمصدرية الحكم وليس الحكم في حد ذاته، فالقائل بالتخلل عندما يوافق على حكم فرعي يؤكد على مصدريته الإسلامية ولا يتبناه إلا مشروطا بارتباطه بهذه المصدرية الشرعية.

والثانية: يؤدي التقيد الصارم بالحدود الشرعية والضوابط المنهجية إلى فرز تشريعي بين ما يتفق من القوانين الوضعية السارية مع أحكام الشريعة الإسلامية وما يختلف مما يؤدي إلى وضوح الأحكام المخالفة للإسلام وانجلائها للناس جلاء واضحا. (البشري، 1996، الصفحات 43-47)

والأخيرة: تكمن في أن الإسناد الشرعي للقاعدة القانونية السائدة تفعيل لبعدها الديني وضمان لنفاذها ويطلق على هذا المنهج عبد المجيد النجار الإحياء الروحي للشريعة الإسلامية، ويرى أن الفقه الإسلامي يجب أن تنفخ فيه هذه الروح التي فقدها في عصر الجمود. (النجار، 1994، صفحة 55)

وليس من نافلة القول أن البعد الأخروي(الديني) واستحضار الرقابة الربانية والجزاء الأخروي بشقيه الثواب والعقاب ينبوع القوة في الشريعة الإسلامية الذي يكفل التزام المكلفين بخطابها: (مقبول، 1994، صفحة 16) فإذا ردت القاعدة القانونية التي قد تكون نشأت في غير البيئة المسلمة من حيث مصدريتها إلي الشريعة الإسلامية من خلال منهج التخلل أو الاستصحاب التشريعي لقيت قبولا وتلقيا لأن الجزاء الدنيوي الثاوي في القاعدة القانونية وحده قد يتقاعس عن ضمان التزام المخاطبين بها كونها بيان قانوني جاف للحكم خالية من البعد الروحي المشبع بمعاني الخوف والرجاء ، المستشعر للرقابة الإلاهية ، وبهذا نعمد إلى الحفاظ على غرة جبين التشريع الإسلامي والمتمثل في القاعدة الخلقية أو الدينية. (الزرقا، 2004، صفحة 277)

ويتعضد هذا القول بما هو مقرر في الشريعة الإسلامية أن حكم القاضي لا يحل حراما وإن كان ينفذ قضاء كما ثبت عن النبي – ﷺ– فيما رواه البخاري ومسلم في صحيحيهما ﴿ إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقض له على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حقّ أخيه شيئا فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار ﴾

المطلب الخامس: المنهج العدل لتفعيل الفقه الإسلامي في الواقع الراهن

بصورة مجملة يرتكز الوعي المنهجي للتعامل مع الفقه الإسلامي في باب المعاملات في الواقع الراهن على تقنين الفقه الإسلامي مع ضرورة التحرر من التعصب الفقهي وتفعيل دور الاجتهاد الجماعي.

وتعتبر المذاهب الفقهية في الشريعة الإسلامية كلها مدارس فقهية معتبرة، عملت على معرفة أحكام الشريعة الإسلامية، وبالجملة فأن كل هذه المذاهب على هدي في مجموعها، لا في جميع جزئياتها وتفصيلاتها؛ إذ لا يخلو مذهب من مسائل في أدلتها ضعف، أو مأخذ غير مقنع، أو قول ارتبط بسياق تاريخي ومكاني خاص وهذا للنقص الذي يعتري جملة البشر، الأمر الذي يجعل شرعية التخير بين المسائل مشروعا وفق آليات التخير وقواعده، وليس في هذا إنقاص من قيمة المذهب، ولا حط من قدر صاحبه. (القرضاوي، 2004، صفحة 202)

فلئن كان التراث الإسلامي محلا للاحترام والتقدير كما توجه لذلك الأخلاق، وكما ترسب في ضمير الأمة، فإنه في ميزان التقدير الديني ليس بملزم الاتباع بل هو متصف في ذلك بالإباحة الشرعية المخولة للنظر فيه بالدرس والنقد والامتحان، ليؤخذ منه ويرد وفقا لمقتضيات ميزان الحق، وما تستدعيه مصلحة الأمة لذا يجب أن تخف حدة التعصب

للمذهب خاصة عندما يتعلق الأمر بالتقنين للمجتمع، والتشريع العام، وأن يؤخذ بأحسن ما في المذاهب من اجتهادات، وأليق بمصالح الناس. (النجار، 2001، صفحة 62)

فعلى المستوى التطبيقي يؤخذ على مجلة الأحكام العدلية استنادها على المذهب الحنفي وحده، مما قد يفوّت الأخذ بعلاج تشريعي يفتقر إليه المذهب الحنفي ويوجد في غيره من الاجتهادات خاصة في ظل تطور الحاجات الزمنية.

والأمر نفسه يصدق على ما قام به مجمع البحوث الإسلامية في الأزهر الشريف من تكليف عدة لجان تضم بعض رجال الفقه الإسلامي والقانون الوضعي لوضع تقنين لكل مذهب من المذاهب الفقهية الأربعة تمهيدا لوضع قانون عام يختار بعد ذلك من بين المذاهب جميعا. وقد كان هذا من المآخذ الأساسية لهذا المشروع رغم وجود وجهات نظر مخالفة ترى أن يتم التقنين مباشرة وابتداء من بين المذاهب كلها، لكن هذا الرأي لم يجد آذانا صاغية بدعوى أن اختلاف المذاهب واقع لا يمكن تجاهله، كما لا يمكن تجاوزه (القرضاوي، 2001، صفحة 54) .

ولابد كذلك أن يفعل دور الاجتهاد الجماعي من خلال المجامع والهيئات الشرعية المتخصصة التي تضم أهل الخبرة من جميع دول العالم الإسلامي كما هو الشأن لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي الذي أنشأته رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة، للاهتمام بدراسة المسائل الجديدة التي تهم المسلمين. ومجمع البحوث الإسلامية في الأزهر الشريف الذي أنشأ بموجب القانون 103 لسنة 1961م، ومن اختصاصاته تقنين الفقه الإسلامي بجميع مذاهبه وإصدار بحوث فقهية متنوعة. (الزرقا، 2004، صفحة 250) وغيرها من المؤسسات والإقليمية كمجلس الإفتاء الأوروبي، أو المؤسسات القطرية كالمجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر التي يقع عليها عبء الاجتهاد الجماعي وإيجاد حلول للنوازل التي تهم المسلمين في مناحي الحياة العامة.

خاتمة:

نخلص إلى القول في بأن الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي من أهم الميادين العلمية التي تسهم في تحقيق التكامل بين الأصالة والمعاصرة، وتفتح آفاقا واسعة لتجديد الفكر القانوني والفقهي في آنٍ واحد. غير أن الواقع الراهن في هذا الحقل المعرفي يشهد ضعفاً ملحوظاً في تفعيل هذا الحقل المعرفي في واقعه الراهن سواء على مستوى البحث العلمي أو على مستوى التشريع للأمة الإسلامية.

ولعل مرد هذا الضعف في تفعيل دور الدرس الشرعي القانوني المقارن في الواقع الراهن يرتبط بصورة وثيقة بالخلل المنهجي الملازم له؛ والذي يمكن رده إلى قصور أهدافه بسب السياق التاريخي الذي نشأ فيه، والذي جعل منه رد فعل محتكم لغاية متغاطمة هي تقريب الفقه الإسلامي من القانون الوضعي، أو في أحسن الحالات بيان تفوقه عليه، وهو الأمر الذي أدى إلى غياب المنهج العدل للتعامل مع الفقه الإسلامي والفكر القانوني الحديث.

إن ضرورة الوعي بأهمية المنهج المقارن بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي فضلا عن لزوم ترشيد هذا المنهج بإمكانه أن يسهم بدور بارز في وضع لبنات الخروج بالأمة الإسلامية من كبوتها الحضارية وعرض بدائلها التشريعية بطريقة دامغة مستفيدة من التكامل بين حقول المعرفة الشرعية والقانونية فضلا عن التكامل مع مجالات المعرفة الأخرى. وهو الأمر الذي يلزم أن يخرج هذا التفاعل بين هذه الحقول المعرفية من الجدل النظري أو عقد المقارنات الجزئية، وينطلق نحو

الرؤية الكلية ليتحول لإطار معرفي مؤسسي قادر على التجديد والتوليد في نطاق الفقه الإسلامي وما انتهى إليه الفكر القانوني المعاصر وتوجيهه نحو ترشيد التقنين في الدولة الحديثة تحقيقا لقيم العدل والإنصاف.

كما أن النهوض بعملية تقنين الفقه الإسلامي على الوجه المنشود لن تنطلق من فراغ مما يتطلب تأهيلا مزدوجا للباحثين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي؛ وهو الأمر الذي يلزم الأمة الإسلامية بالسعي لتكوين جيل من العلماء المزاوجين بين الثقافة الشرعية الأصلية وبين الثقافة القانونية الحديثة.

وليس من نافلة القول الإقرار بأن الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي تشكل محورا ارتكازيا في حركة تقنين الفقه الإسلامي فلا شك أن أحد أهم جوانب حسن تطبيق الشريعة الإسلامية يلقى التزاما كبيرا على عاتق رجال الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي للإسهام في الحركة التقنينية التي تقتضي أن تسبقها عملية التنظير المعتمدة على المناهج المقارنة سواء داخل الفقه الإسلامي، أو خارجه مع القوانين المقارنة وكذا الإحاطة بفن الصناعة القانونية وآلياتها.

ويتأكد هذا الاستنتاج بالنظر لأرباب تقنين الفقه الإسلامي، وكذا المحللين له والمقومين له كانوا ممن زاوجوا بين الدراسات الشرعية والقانونية. ويكفي أن نذكر في هذه السياق الفقيه عبد الرزاق السنهوري خريج المدرسة الفرنسية، ودوره في التقنينات العربية في كل من مصر والعراق والكويت وسوريا وليبيا الكويت (السنهوري، 1997، صفحة 6) وعمله على تنقيتها من الأحكام التي لا تتناغم مع الشريعة الإسلامية، وكذا عبد العزيز هندي، و مُحَمَّد عقيدة، وأعضاء اللجان الفنية التي شكلها صوفي أبو طالب رئيس مجلس الشعب المصري الأسبق لتقنين الشريعة الإسلامية.

قائمة المصادر والمراجع:

إبراهيم مُحَمَّد زين. (1999). نظرية العقاب التشريعي بين التشكل التاريخي والوعي المقصدي. *مجلة التجديد ماليزيا*، 33-75.

أحمد فتحي بهنسي. (1990). *العقوبة في الفقه الإسلامي*. بيروت: دار الرائد العربي.

برنارد بوتيقو. (1997). *الشريعة الإسلامية والقانون في المجتمعات العربية*. (فؤاد الدهان، المترجمون) القاهرة: سينا للنشر.

بشير إبراهيم. (2021). واقع البحث في الدراسات الفقهية والقانونية المقارنة –بين تحدي الصعوبات وضرورة المعايير. *مجلة الاستيعاب*، 284-306.

جمال الدين عطية. (2001). *نحو تفعيل مقاصد الشريعة*. فرجينيا: المعهد العالمي للفكر الإسلامي.

زهير بيطار. (2004). *حوارات حول فهم النص وقضايا الفكر الديني المعاصر*. بيروت: دار الهادي.

سالم البهنساوي. (2003). *كمال الشريعة الإسلامية وضعف القوانين الوضعية*. دار الوفاء: القاهرة.

سمير عالية. (2010). *القانون الوضعي المقارن بفقه الشريعة*. بيروت: مجد .

طارق البشري. (1996). منهج النظر في دراسة القانون مقارنا بالشريعة، مجلة إسلامية المعرفة. *مجلة إسلامية المعرفة*، 33-57.

طه جابر العلواني. (2001). *مقاصد الشريعة الإسلامية*. دار الهادي: بيروت.

عبد الرزاق السنهوري. (1997). *مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي* (المجلد 1). بيروت: دار إحياء التراث العربي.

عبد الفتاح مصطفى الصيفي. (1995). *الأحكام العامة للنظام الجزائي*. الرياض: امعة الملك سعود.

عبد القادر عودة. (1985). *التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي* (المجلد 1). بيروت: مؤسسةالرسالة.

عبد الله ناصر السدحان. (2000). هل السجن مشكلة أم حل لمشكلة ؟ *مجلة الأمن والحياة*، 50-52.

عبد المجيد النجار. (1994). الجزائر: مركز دراسات المستقبل الإسلامي، دار المستقبل.

عبد المجيد النجار. (2001). مقاربات في دراسة التراث، بيروت: دار البدائل.

عز الدين بوكركب عبد المجيد كيحل. (2014). تقنين الاحكام الشرعية ودوره في إثراء المنظومة القانونية الجزائرية. *مجلة العلوم الإنسانية جامعة بسكرة*، 231-248.

عمار عبد الواحد الداودي. (2007). *العلاقات بين الزوجين جدلية التقليد والتجديد في القانونين التونسي والمقارن*. تونس: مركز النشر الجامعي.

فاروق سعيد مجدلاوي. (1998). *الإدارة الإسلامية في عهد عمر بن الخطاب*. عمان: دار روائع مجدلاوي.

فتحي حسن ملكاوي. (2011). *منهجية التكامل المعرفي-مقدمات في المنهجية الإسلامية*. فرجينيا: المعهد العالمي للفكر الإسلامي.

كمال بمنساوي. (2003). *كمال الشريعة وعجز القوانين*. المنصورة، مصر: دار الوفاء.

كيحل، عز الدين، وبو كركب عبد المجيد. (2014). تقنين الأحام الشرعية ودوره في إثراء النظومة القانونية الجزائرية. *مجلة العلوم الإنسانية*، 231-248.

مُحَمَّد الدنيا. (1998). السجون في الغرب. *مجلة الشرطة، الإمارات العربية المتحدة*، 42-46.

مُحَمَّد شلال العاني. (2005). *عولمة الجريمة رؤية إسلامية في الوقاية*. الدوحة: كتاب الأمة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية،.

مُحَمَّد عثمان شبير. (1999). *تكوين الملكة الفقهية* . الدوحة: رئاسة المحاكم الشرعية والشؤون الدينية.

مُحَمَّدحسنين مقبول. (1994). *محاضرات في تاريخ التشريع الإسلامي*. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.

مراد كاملي. (2017). الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في مؤسسات التعليم العالي . *مجلة أبحاث سياسية وقانونية*، 11-27.

مصطفى أحمد الزرقا. (2004). *المدخل الفقهي العام* (المجلد 1). دمشق: دار القلم.

مصطفى أحمد الزرقا،. (1996). *مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما*. دمشق: دار القلم.

يوسف القرضاوي. (2001).الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد. بيروت: مؤسسة الرسالة.

يوسف القرضاوي. (2004).كيف نتعامل مع التراث والتمذهب والاختلاف. القاهرة: مكتبة وهبة.

يوسف عبد الفتاح المرصفي. (2001). *النظريات الفقهية*. القاهرة.: مؤسسة المختار.