منهج البحث في الدراسات المقارنة
بين أصول الفقه الإسلامي وأصول القانون الوضعي

الأستاذ صالح بوبشيش
أستاذ مساعد مكلف بالدروس
كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية ـ باتنة

لقد تطور البحث في الدراسات المقارنة بين الفقه والقانون أيما تطور، حتى أضحت المكتبات في كثير من الكليات ومراكز البحوث المتخصصة تكتض بهذا النوع من الدراسات المقارنة في جوانب عديدة كأحكام الأسرة، والأحكام المدنية والتجارية والجنائية، وكذا القضايا الدستورية والدولية وغيرها، على اختلاف بينها في طريقة البحث ودوافعه والنتائج التي انتهى إليها.

والبحث في هذا المجال هو بحث متجدد، ولا يمكنه أن يتوقف عن التجديد؛ ذلك أن موضوع كل من الفقه والقانون هو البحث في أفعال المكلف أو جماعة المكلفين من حيث ما يناسبها من أحكام شرعية، أو قواعد قانونية، وهذه الأفعال متجددة وغير محدودة، فما هو موجود الآن من أفعال وتصرفات لم يكن له وجود في الماضي، ولا يمكنه كذلك أن يمتد في المستقبل إلى زمن بعيد، وهذا أمر معروف لدى كل باحث ودارس.

كما أنه لا حاجة إلى التنبيه على ضرورة هذا النوع من البحوث، ولا على الإشادة بإيجابياته وفعاليته لا سيما في حركة التقنين، وما يوفره لأصحابها من نتائج يقينية تبرز مدى واقعية أحكام الفقه الإسلامي ومسايرتها لكل زمان ومكان.

غير أن هذا البحث يبقى منقوصا، ولا يرقى إلى مستوى الاكتمال ما لم تقترن به دراسات علمية جادة حول موضوع الأصول والقواعد التي يقوم عليها كل من الفقه والقانون، وأحسبها

نادرة، ولا يمكن أن يستوعبها مقال أو بحث في مجلة[1]، بل هي محتاجة إلى دراسات تفصيلية في شكل بحوث موسعة أو أطروحات علمية.

وهذه الدراسات المقارنة ـ كغيرها ـ لا تنضبط إلا إذا كانت مبنية على منهج دقيق وواضح يتناسب مع طبيعة الدراسة وموضوعها، ويمكن من تحقيق أهدافها وبلوغ مقاصدها.

ويأتي هذا البحث البسيط كمحاولة للكشف عن أهم الخطوات التي يقوم عليها منهج البحث في الدراسات المقارنة بين أصول الفقه وأصول القانون، ويمهد الطريق لإعداد دراسة علمية متخصصة.

نعم لاشك أن القواعد العامة لمنهج البحث المقارن موحدة وتنطبق على مختلف العلوم والفنون؛ ولكن بعضا منها لا يمكن إجراء المقارنة فيه إلا إذا كانت قواعده ومبادئه تتناسب وطبيعته الخاصة به لاسيما موضوع المقارنة بين الفقه والقانون.

هذا، وقد عمدت في هذا المقام إلى بيان بعض المفاهيم الخاصة بالمنهج، وأصول الفقه، وأصول القانون، ثم عرضت لحقيقة الدراسة المقارنة،ومجالاتها، والغاية المرجوة منها، قبل أن أعدد مجموعة من الخطوات الأساسية في إشارة موجزة لما يمكن أن نسميه منهج الدراسة المقارنة.

مفاهيم:

1 ـ منهج البحث:

المنهج في اللغة؛ مصدر بمعنى الطريق أو السلوك، من الفعل نهج بمعنى طرق أو سلك[2].

---

[1] ـ من الأبحاث القليلة المنشورة في هذا الموضوع؛ الحكم الشرعي والقاعدة القانونية للدكتور محمد زكي عبد البر، وله أيضا علم أصول الفقه وعلم أصول القانون، بحث منشور بحولية كلية الشريعة بجامعة قطر، وللأستاذ محمد عبد الجواد محمد دراسة بعنوان: أصول الفقه وأصول القانون، ومجموعة بحوث في قضايا أصولية وفقهية مقارنة بالقانون، هذا فضلا عن الكثير من البحوث التي تناولت موضوع المقارنة العامة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

[2] ـ الفيومي، المصباح المنير مادة نهج:

والبحث في اللغة؛ مصدر بمعنى الطلب أو التقصي من الفعل بحث بمعنى طلب أو فتش، والبحث الإستقصاء، يقال بحث عن أمر بمعنى استقصى عنه، وبحث في الأرض حفرها، وفي القرآن: **(فبعث الله غرابا يبحث في الأرض)**[3].

ومنه فإن منهج البحث في اللغة يعني الطريق الذي يسلك للاستقصاء عن شيء.

وقريب منه المعنى الاصطلاحي؛ إذ عرفه العلماء بتعريفات كثيرة متقاربة منها: أن منهج البحث هو فن التنظيم الصحيح لسلسلة الأفكار العديدة إما من أجل الكشف عن حقيقة مجهولة لدينا، أو من أجل البرهنة على حقيقة لا يعرفها الآخرون.[4]

أو أنه الطريق الذي يسلكه الباحث في تقصيه للحقائق العلمية في أي فرع من فروع المعرفة[5].

ومنهج البحث بهذا المعنى كما يصدق على كل نوع من أنواع المناهج العلمية المعروفة كالمنهج الوصفي والمنهج الاستقرائي والمنهج الاستدلالي وغيرها، فإنه يصدق كذلك على مجموعة منها مجتمعة ضمن أي بحث أو دراسة، ويصدق أيضا على مجموعة الخطوات التي يسلكها الباحث وفق ما تمليه عليه طبيعة البحث، وهو المعنى الذي أقصده من كلمة المنهج هنا.

2 ـ أصول الفقه:

لقد عرف العلماء أصول الفقه باعتبارين:

الأول: باعتبار المصطلح مركبا إضافيا من لفظتي الأصول والفقه، ويراد به العلم بالقواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام العملية من أدلتها التفصيلية.[6]

والثاني: باعتباره لقبا للعلم، ويقصد به العلم بأدلة الفقه الإجمالية وكيفية الاستفادة منها وحال المستفيد[7].

---

[3] ـ الفيومي، المصباح المنير، مادة بحث: 36، الآية: 31 من سورة المائدة.

[4] ـ محمد زيان عمر، مناهج البحث العلمي: 48.

[5] ـ غازي عناية، منهجية البحث العلمي عند المسلمين: 92.

[6] ـ ابن جزي، تقريب الوصول إلى علم الأصول: 44.

[7] ـ أنظر الغزالي ، المستصفى: 5، البيضاوي، المنهاج: 3.

وأصول الفقه هو الأساس الذي تبنى عليه أحكام الفقه؛ حيث لا يمكن للمجتهد إدراك هذه الأحكام دون الرجوع إليه، ومعرفة ما تقتضيه مبادئه وقواعده الأصولية.

ويبحث موضوع أصول الفقه في الأدلة أو المصادر التشريعية والقواعد التي تساعد على الاستفادة منها، وتتنوع إلى قواعد لغوية وقواعد عقلية وقواعد أصولية، كما يهتم أيضا بالمجتهد، وهو من يستخدم هذه القواعد لاستنباط الأحكام الشرعية العملية من حيث تحديد مفهوم الاجتهاد ومراتبه وشروطه، وغير ذلك من المباحث المتعلقة به.

3 ــ أصول القانون:

يمكن لنا أن نعرفه بالنظر إلى حدي كل من الأصول والقانون؛ بأنه المبادئ والقواعد التي يتوصل من خلالها إلى معرفة القواعد الملزمة للإنسان في حياته الاجتماعية.

وتشمل أصول القانون مصادره المختلفة وما تقتضيه من مبادئ وقواعد قانونية، كما تشمل أيضا مجموعة القواعد التي تمكن من الاستدلال على ما يطرح من قضايا ومسائل انطلاقا من هذه المصادر.

ولا ريب أن فقهاء القانون فيما تواضعوا عليه من قواعد ومبادئ قد استفادوا كثيرا من الثروة العلمية التي يتميز بها أصول الفقه لاسيما في مجال التقعيد والصياغة، وهو أمر نلمسه في كثير من المباحث المشتركة بين العلمين كالقواعد التفسيرية مثلا.

4 ــ الدراسة المقارنة:

المقارنة في اللغة من قرن بمعنى وصل، وقارن الشيء بالشيء قابله، ومن ذلك بيوت قرائن أي متقابلات.[8]

وللدراسة المقارنة أو البحث المقارن مفهومين اثنين:

أحدهما عام، ويراد به المقابلة التي يجريها الباحث بين رأيين أو نظريتين قصد معرفة مواضع الاتفاق، وتحديد مواضع

[8] ــ الرازي، مختار الصحاح، مادة قرن : 339.

الاختلاف، ومناقشة وجهات نظر كل منهما فيها والخروج من ذلك بنتيجة يتعين فيها الراجح من الآراء بناء على ما ينكشف من قوة في الدلائل والحجج بعد الموازنة بينها.

ثانيهما خاص بموضوعنا هذا، ويمكن لنا أن نعرفه بأنه مقابلة قضايا ومسائل أصول الفقه الإسلامي بمثيلاتها في أصول القانون الوضعي خاصة فيما يرجع منها إلى العقل، لمعرفة مواضع الاشتراك وأسبابه وبيان مدى درجة التأثير والتأثر بينهما، ثم تحديد مواطن الاختلاف ومناقشة الدلائل والحجج المتباينة، ثم الموازنة بينها لبيان الراجح منها، ثم توظيف نتيجة ذلك في العمل الاجتهادي إن في الفقه أو في القانون لاسيما فيما يتعلق ببعض المعاملات الحديثة وفق شروط معينة تتوافق والقواعد العامة في الفقه.

ذلك أن هناك صور من المعاملات المدنية والتجارية قد جدت بعد وقوف الفقه الإسلامي عن التطور، ويمكن في مثل هذه الحالات وضع أحكام وقواعد لحكم هذه الحالات إما بطريق القياس أو الاستنتاج من قواعد الفقه الإسلامي أو باقتباسها من القوانين الفقهية مادامت لا تخرج عن القواعد العامة في هذا الفقه.[9]

مجال المقارنة:

ليس من الغريب أن يطرح على بساط البحث موضوع المقارنة بين أصول الفقه وأصول القانون، وقد كان محظورا لدى الكثيرين مجرد الإشارة إلى موضوع المقارنة في المسائل الفقهية، فما بالنا بالقضايا الأصولية، وقد يكون في رأيهم هذا جانب من الصواب إذا كان المقصود من ذلك هو استحالة أن توضع الأحكام والمسائل الشرعية التي ترجع في أصلها ـ مهما كان دليلها ـ إلى الكتاب والسنة بجانب ما يتواضع عليه الناس من آراء خارج ذلك الإطار والأصل، أو أن يكون الغرض إثبات مكانة الفقه وتميزه عن النظم القانونية فيما يرجع إليه في أحكامه من دلائل مؤيدة بالوحي.

أما إذا كان المقصود من المقارنة غير ذلك كبيان طبيعة المنهج المعتمد، أو المقاصد التي يرجى بلوغها من التشريع، أو

[9] ـ أنظر محمد عبد الجواد محمد، بحوث في الشريعة والقانون: 68.

الكشف عن مدى استفادة القانون من المناهج الأصولية فلا أرى مانعا من ذلك، بل يصبح البحث عندئذ على من تأهل لخوض غماره أمرا لابد من تحقيقه.

هذا ، ويمكن تركيز الدراسة المقارنة في المجالات الثلاثة التالية:

1 ــ المقارنة في مصادر كل من الفقه والقانون، وبيان الأصول التي يتوقف عليها كل منهما، وطبيعتها وأنواعها ومدى حجيتها، ولكن لا على أساس المفاضلة؛ لأن مصادر الفقه كما تعتمد على العقل مثلها مثل مصادر القانون؛ إلاّ أنها مؤيدة بالوحي الممثل في النص من الكتاب والسنة، وكل ما يرجع إليه المجتهد مما يصيب فيه حكم الله، ذلك أن المجتهد قد يصيب وقد يخطئ كما جاء في حديث النبي صلى الله عليه وسلم: (إذا حكم الحاكم فأصاب فله أجران وإذا حكم فأخطأ فله أجر واحد)[10].

2 ــ المقارنة في المبادئ والأحكام العامة والقواعد الأساسية التي تمثل الأصول في كل من الفقه والقانون، والبحث عن مواطن الاتفاق والاختلاف فيها، ثم النظر في مدى الالتزام بها في كل منهما. مثل قاعدة المتأخر ينسخ المتقدم، فهي قاعدة مشتركة لها وجود في الفقه بحيث إذا ورد نص متقدم يتعارض حقيقة مع نص متأخر فإن الأول منسوخ بالثاني.

ولها وجود أيضا في القانون، فالمشرع إذا أصدر تشريعا حديثا يتعارض مع ما كان يجري العمل به في الماضي، فإن هذا التصرف يعتبر دلالة ضمنية على الإلغاء (ABROGATION)[11] أي إلغاء النص السابق بالنص اللاحق.

---

[10] ــ رواه الشيخان من حديث عمرو بن العاص. صحيح البخاري، كتاب الاعتصام، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ. صحيح مسلم، كتاب الأقضية، باب بيان أجر الحاكم.

[11] ــ وتعني إبطال تشريع أو لائحة أو معاهدة، فينتهي سريانها فيما يتعلق بالمستقبل ويمتنع العمل بها، وذلك بموجب إجراء صريح، أ, ضمني كحالة تعارض النص الجديد مع النص القديم. القاموس القانوني: 2 .

فإذا كان الأمر كذلك؛ فهل هذه القاعدة مطردة ويجري العمل بها؟، أم أن هناك مواضع تشملها وتخلفت القاعدة عنها؟، فيبحث عن أسبابها، وإن كانت من المستثنيات فماهي شروط الاستثناء؟ وهكذا.

3 ـ المقارنة في طبيعة المقاصد وحقيقة الأهداف التي يرمي إليها كل من الفقه والقانون؛ ذلك أنها هي الدافع إلى ضبط ما يصدر عن المكلفين من أفعال وتصرفات وفق أحكام فقهية أو قواعد قانونية، مصدرها منهج تشريعي عام يحكم عملية الاستدلال من الفقه أو القانون بصورة يتميز بها أحدهما عن الآخر في كثير من الجوانب.

الغاية من المقارنة:

تتجلى الغاية من الدراسة المقارنة في الكشف عن مدى استفادة فقهاء القانون الوضعي من مناهج علماء الأصول في وضع القواعد وأسلوب صياغتها، وبيان طرق الاستنباط المختلفة، وكيفية توظيف تلك القواعد فيها، وذلك انطلاقا من تحديد وتعيين المواضع المشتركة بين أصول القانون وأصول الفقه. كما تظهر الغاية من الدراسة أيضا ـ كما أشرت سابقا ـ في محاولة الاستفادة مما تقرر في القوانين الوضعية من صور المعاملات الحديثة شرط أن لا تتعارض والقواعد العامة التي ينص عليها الفقه الإسلامي.

كما تبدو كذلك الغاية من الدراسة التركيز على مواطن الاختلاف بين أصول الفقه وأصول القانون ببيان الطابع الخاص الذي يتميز به الفقه عن سائر القوانين الوضعية، لاسيما فيما يرجع إليه من دلائل قطعية يقينية.

الخطوات التي ينبني عليها منهج الدراسة المقارنة:

كما تعتمد الدراسة المقارنة بين أصول الفقه وأصول القانون على المبادئ والقواعد العامة في المنهج المقارن؛ فإنها أيضا تعتمد

على قواعد وخطوات خاصة تمكن من تحقيق الأهداف وبلوغ المقاصد التي ترمي إليها، ويمكن أن نجمل هذه الخطوات فيما يلي:

1 ــ وجوب الاعتماد في الدراسة على المصادر الأساسية والبحوث المتخصصة: فلابد من الرجوع في عرض المسائل والقضايا محل الدراسة المقارنة إلى المصادر الأساسية والبحوث المتخصصة، وهي بالنسبة لأصول الفقه كثيرة ومتنوعة بين المبسوط والمنخول والمختصر، أما بالنسبة لأصول القانون فعلى الرغم من كثرتها؛ إلا أن اختلافا يكاد يصل إلى حد التباين بين بعض منها في العديد من الأفكار والقضايا، وهو أمر ليس بالغريب؛ لأن مبنى القانون على العقل والناس في ذلك تتفاوت عقولهم وتختلف مداركهم وتتباين مقاصدهم، وعليه فإنه لا مانع من اعتبار الحد المشترك بين هذه المصادر هو الأصل الذي تجرى به المقارنة.

2 ــ اعتبار علم أصول الفقه باختلاف مذاهب الأصوليين فيه وحدة متكاملة: فلا ينبغي التعرّض في الدراسة المقارنة للمسائل الخلافية بين الأصوليين؛ لأن ذلك يمس بطبيعة الدراسة ويخرجها عن الهدف الذي وضعت له، ولذلك فعلى الباحث أن ينظر إلى مبادئ وقواعد علم الأصول نظرة عامة شاملة موحدة، فإذا كان مثلا بصدد تعريف الحكم وبيان أقسامه مقارنة بمفهوم القاعدة القانونية وبيان اقسامها، فلا يصح منهجيا أن يتطرق إلى أقسام الفرض عند الجمهور والحنفية حال التعريف بالقاعدة القانونية الآمرة، وهكذا.

3 ــ المقارنة لا تجرى إلا في القواعد الأساسية والمبادئ العامة: يقتضي منهج الدراسة المقارنة في علم الأصول بين الفقه والقانون أن يتحدد محلها في القواعد العامة دون الخوض في جزئيات المسائل وفروعها ما أمكن؛ لأن البحث فيها يبعد الدراسة عن مجالها العلمي والمنهجي ويحيدها عن الغرض الذي تهدف إليه، فضلا عن استحالة إجرائها وتطبيق قواعد البحث عليها.

4 ـ بعد تحديد الموضوع أو المسألة محل الدراسة يعمل الباحث على إجلاء صورتها وذلك ببيان أوجه الشبه والعوامل التي اقتضته، ثم تعيين أوجه الاختلاف وبيان أسبابه كأن يكون مرجع القضية مثلا الوحي، فلا يمكن أن يكون لها مثيل في القانون، فهذا سبب من بين أسباب كثيرة تدعو إلى الاختلاف بين الفقه والقانون.

5 ـ لا ينبغي أن يكون الهدف من الدراسة هو إظهار مواكبة الحركة المنهجية عند الأصوليين لحركة التقنين الوضعي؛ لأن ذلك يشعر بالضعف والنقص حيال علم أصول الفقه الذي يمثل منهجا علميا فريدا من نوعه لا يمكن أن يضعف أو أن يتوقف عن مسايرة حركة التجدد والتغير في كل زمان ومكان إذا وجد من يكون في مستوى فهم مبادئه ومقاصده وإخضاعها لهذا الحركة انطلاقا من أن الشريعة صالحة لكل زمان ومكان.

بل ينبغي أن يكون القصد هو الكشف عن استفادة فقهاء القانون وتأثرهم الشديد بمنهج الأصوليين في أسلوب صياغة القواعد وتقعيدها، وذلك لبيان المبادئ المشتركة بينهما، كما يجب أن يكون الهدف هو إظهار مدى العجز الذي لا يمكن للقانون التخلص منه مهما حرص فقهاؤه وباحثوه على تطويره أمام تفوق علم الأصول باعتباره منهجا عظيما مستقلا بذاته عن سائر المناهج الوضعية.

وختاما أرجو أن أكون قد وفقت إلى بيان ـ ولو بصورة موجزة حقيقة ـ هذا الموضوع الهام والمثير، ولا أحسب أنني بذلك قد أحطت بمسائله وألممت بها إلماما، وإنما هي مجرد إشارات وملاحظات بسيطة استخلصتها من قراءاتي لكثير من البحوث المقارنة، لا سيما بين التشريع الإسلامي والقانون الوضعي التي يعدها في الغالب قانونيون يحرص الكثير منهم على إظهار مدى تفوق التشريع الإسلامي، ولا بأس أن أشير هنا إلى ضرورة أن تكون المقارنة ممن لهم اطلاع واسع وتخصص عميق يتساوى فيه بين الفقه والقانون، لأن ذلك يمكن من إجراء الدراسة إجراء

علميا شاملا لمختلف المسائل والقضايا التي تصلح أن تكون محـــلا للمقارنة.

ثبت بالمراجع:

1 ــ البيضاوي، المنهاج مع شرحه الإبهاج للسبكي وابنه، مطبعـــة التوفيق الأدبية القاهرة.

2 ــ ابن جزي المالكي، تقريب الوصول إلى علم الأصول، دراســة وتحقيق محمد علي فركوس، دار التراث الإسلامي الجزائـــر ط1 ــ 1990.

3 ــ الرازي، مختار الصحاح، دار الهدى، الجزائر.

4 ــ سعيد اسماعيل صيني، قواعد أساسية فـــي البحـــث العلمـــي. مؤسسة الرسالة ط1 ــ 1994.

5 ــ عادل مصطفى بسيوني، التشريع الإسلامي والنظـــم القانونيـــة الوضعية دراسة مقارنة. الهيئة المصرية العامة للكتاب 1978.

6 ــ غازي عناية منهجية البحث العلمي عند المسلمين، دار البعـــث قسنطينة 1986.

7 ــ الغزالي، المستصفى، دار الكتب العلمية بيروت.

8 ــ محمد زكي عبد البر تقنين أصول الفقه، مكتبة دار الـــتراث ط1 ــ 1989.

9 ــ محمد زكي عبد البر، الحكم الشرعي والقاعدة القانونية.

10 ــ محمد زيان عمر، مناهج البحث العلمي. ديوان المطبوعـــات الجامعية ــ الجزائر.

11 ــ محمد عبد الجواد محمد، بحوث فـــي الشـــريعة الإســـلامية والقانون، مطبعة الجامعة 1977 مصر.

12 ــ مجموعة أساتذة، القاموس القانوني. مكتبة لبنان.

13 ــ الفيومي، المصباح المنير. المكتبة العلمية ــ بيروت.