ضوابط المنهج المقارن في دراسة موضوعات الشريعة والقانون

Rules of the comparative method in the study of the subjects of sharia and law

الباحث : أمين ماحي

جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان –الجزائر

البريد الالكتروني: mahiamine@hotmail.fr

الملخص:

تناولت الورقة البحثية في بداية البحث إلى التعريف بالإطار العام للمصطلحات ذات الصلة بموضوع الدراسة من خلال التعريف بمعنى البحث العلمي باعتبار أنه مركب يتألف من كلمتين، ثم التعريف به كمصطلح علمي، ثم عرج الباحث إلى تحديد مفهوم المنهج المقارن كمفهوم عام، ثم تحديد مفهومه في دراسة موضوعات الشريعة والقانون، ثم بيان أهمية استخدام المنهج المقارن وتطبيقه على موضوعات الفقه الإسلامي وأصوله وبين تلك الموضوعات التي يدرسه القانون الوضعي، ثم انتقل الباحث إلى النقطة الرئيسية في هذا الموضوع من خلال إبرازه لأهم الضوابط التي يجب على الباحث الالتزام بها عند توظيف المنهج المقارن خاصة وأنه يقارن بين علمين تختلف فيه طبيعتهما من حيث المصدر والنشأة.

الكلمات المفتاحية: البحث العلمي؛ المنهج المقارن؛ الشريعة؛ القانون.

Abstract.

The research paper addressed at the beginning of the research to introduce the general framework of the terms related to the

المنارة للاستشارات

subject of the study by defining the meaning of scientific research as a composite consisting of two words, then introducing it as a scientific term, then the researcher stopped to define the concept of the comparative method as a general concept, then define its concept in the study of the subjects of sharia and law, then indicate the importance of using the comparative method and its application on the subjects of Islamic jurisprudence and its origins and among those subjects studied by the law of the situation, and then the researcher moved to the main point in this subject through Highlighting the most important controls that the researcher must adhere to when employing the comparative approach, especially since it compares two sciences in which their nature differs in terms of origin and origin

Keywords: Scientific Research; Comparative Method; Sharia; Law.

المقدمة:

من المناهج العلمية الحديثة التي عرفتها مناهج البحث العلمي والتي استقر عليها غالبية الباحثين في الدراسات المقارنة في تخصصات الشريعة والقانون، خاصة في طور الدراسات العليا (ماجستير، دكتوراه)، وهو اعتمادهم على المنهج المقارن من خلال ما تتطلب الدراسة من مقارنة بين ما هو من موضوعات الفقه الإسلامي وأصوله، وبين ما هو من موضوعات القوانين الوضعية، هذه الدراسة المقارنة التي تعتمد على منهج أساسي في البحث، ألا وهو المنهج المقارن الذي يواجه بدوره إشكالية تميز موضوعات كل علم بخصائص وميزات تختلف عن الآخر.

إشكالية البحث:

وعليه فإن الاشكال المطروح في هذه الورقة البحثية: كيف يمكن توظيف المنهج المقارن في موضوعات الشريعة والقانون؟ وماهي أهم الضوابط المعتمدة

المنارة للاستشارات

التي يجب على الباحث في الدراسات الشرعية والقانونية أن يلتزم بها في مجال بحثه وألا يخرج عن نطاقها في كل مرحلة من مراحل إنجاز بحثه؟

وتندرج ضمن هذه الإشكالية عدة تساؤلات هي كالآتي:

ما المقصود بمنهج البحث المقارن؟

ماهي أساسيات المنهج المقارن؟

ماهي أهم الخطوات التي يجب على الباحث في الدراسات المقارنة اتباعها في دراسة موضوعات الفقه الإسلامي والقانون الوضعي؟

أهمية الموضوع:

تتجلى أهمية الورقة البحثية من خلال الآتي:

1- تسليط الضوء على أهمية المنهج المقارن في عملية البحث العلمي.

2- التأثير الذي يحققه المنهج المقارن في الخروج بنتائج البحوث العلمية في الدراسات المقارنة من خلال موضوعات الشريعة والقانون.

3- انكباب الباحثين على الدراسات المقارنة في موضوعات الشريعة والقانون في مختلف جامعات كليات الشريعة والحقوق، مما يتطلب وضع خطة علمية تحدد الضوابط والمعايير التي على الباحث ضرورة الالتزام بها في مراحل إعداد دراسته البحثية.

4- مواجهة القائلين باستحالة تطبيق المنهج المقارن بين ما هو سماوي وبين ما هو وضعي من نتاج البشر، من خلال جملة الضوابط والمعايير الممكنة التي يقوم عليها منهج المقارنة.

أهداف الموضوع:

سعى الباحث من خلال تقديم ورقته البحثية إلى الوصول إلى الأهداف الآتية:

المنارة للاستشارات

1- الكشف عن أهم الخطوات التي يقوم عليها منهج البحث في الدراسات المقارنة في موضوعات الفقه الإسلامي وأصوله وموضوعات القانون الوضعي.

2- تحديد أهم المفاهيم التي يقوم عليها المنهج المقارن.

3- تحرير أهم الضوابط والقواعد والمعايير التي يلتزم بها الباحث في مجال المقارنة بين موضوعات الشريعة والقانون والوضعي.

وسائل البحث وأدواته:

اعتمد الباحث من خلال هذه الورقة البحثية على مجموعة وسائل وأدوات ساهمت في بناء العمل البحثي ومن أهم هذه الوسائل:

1- الاستعانة بالمصادر الأصلية في جمع المادة العلمية.

2- الاستعانة بالدوريات والمجلات العلمية من خلال أهم المقالات التي استقيت منها المعلومة.

حدود البحث:

التزم الباحث في حدود دراسته في التعريف بالمنهج المقارن مع الإشارة إلى ضوابط هذا المنهج في موضوعات التي على الباحثين احترامها والالتزام بها في عملية البحث العلمي، كما اعتمد الباحث على نموذج للمقارنة من خلال موضوع مبدأ البراءة الأصلية في كل من الشريعة والقانون والتي تعد من بين الموضوعات التي تصلح لتكون دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون وعلى ذلك الموضوع اعتمد الباحث في تطبيق تلك الضوابط والمعايير المقررة في المنهج المقارن.

خطة الدراسة:

قسم الباحث دراسته إلى مبحثين رئيسيين:

المبحث الأول: الإطار التأصيلي لمصطلحات البحث ومدلولاته

المنارة للاستشارات

المبحث الثاني: توظيف المنهج المقارن في موضوعات الشريعة والقانون وضوابطه المنهجية

الخاتمة: لأهم النتائج والتوصيات المقترحة.

المبحث الأول: الإطار التأصيلي لمصطلحات البحث ومدلولاته

قسم الباحث المبحث الأول من الورقة البحثية إلى ثلاثة مطالب رئيسية: حيث تطرق في المطلب الأول منه إلى تحديد المفهوم اللغوي والاصطلاحي للبحث العلمي، أما المطلب الثاني فحدد فيه الباحث المعنى اللغوي والاصطلاحي المراد من المنهج المقارن، أما المطلب الثالث فعرض فيه الباحث مفهوم نموذج الدراسة البحثية من خلال التعريف بمبدأ البراءة الأصلية في كل من الشريعة والقانون.

المطلب الأول: مفهوم البحث العلمي

الفرع الأول: تعريف البحث العلمي باعتباره مركب إضافي

أولا: البحث في اللغة

البحث مصدر بمعنى الطلب والتقصي من الفعل بحث بمعنى طلب وفتش، والبحث الاستقصاء، يقال بحث عن أمر بمعنى استقصى عنه، وبحث في الأرض حفرها[1].

ثانيا: البحث في الاصطلاح

ويطلق البحث في الاصطلاح على أنه وسيلة للدراسة يمكن بواسطتها الوصول إلى حل لمشكلة محددة، وذلك عن طريق التقصي الشامل والدقيق

[1] المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، ت: عبد العظيم الشناوي، ط2، دار المعارف، مادة بحث، ص36.

المنارة للاستشارات

لجميع الشواهد والأدلة التي يمكن التحقق منها والتي تتصل بهذه المشكلة المحددة[2].

وقيل: "البحث استقصاء دقيق يهدف إلى إضافة معارف يمكن توصيلها، والتحقق من صحتها عن طريق الاختبار العلمي"[3].

وبهذا المفهوم لمصطلح البحث نجد أن المعنى الاصطلاحي لمفهوم البحث لا يخرج عن المعاني اللغوية التي تدل على التقصي والتفتيش والطلب، وهذه المعاني هي التي تكون من مهام الباحث من خلال قيامه بعملية التقصي والتفتيش من أجل الوصول إلى المشكلة التي يريد الوصول إلى حلها.

ثالثا: العلم في اللغة

ويطلق العلم في اللغة: من الفعل "علم" بمعنى "عرف"[4].

رابعا: العلم في الاصطلاح

أما في الاصطلاح فقد عرفه العلماء بتعريفات متعددة منها[5]:

"تيقن الشيء على ما هو عليه".

وقيل: هو "إدراك الشيء بحقيقته".

الفرع الثاني: تعريف البحث العلمي باعتباره لقبا

---

[2] أصول البحث العلمي ومناهجه، بدر أحمد، المكتبة الأكاديمية، القاهرة، ط9، 1996، ص22.

[3] المرجع نفسه، ص22.

[4] مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا، ت: هارون عبد السلام، مادة بحث، ج1، ص204.

[5] البحث العلمي حقيقته ومصادره ومادته مناهجه وكتابته وطباعته ومناقشته، عبد العزيز بن عبد الرحمان بن علي الربيعة، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ج1، ص20.

المنارة للاستشارات

عرف كثير من الباحثين المختصين في علم مناهج البحث العلمي إلى ضبط مفهوم خاص بالبحث العلمي بتعريفات متعددة حسب وجهة نظر كل واحد منهم ومن ذلك نذكر الآتي:

1- البحث العلمي هو: "دراسة مبنية على تقص وتتبع لموضوع معين وفق منهج خاص لتحقيق هدف معين: من إضافة جديد، أو جمع متفرق أو ترتيب مختلط، أو غير ذلك من أهداف البحث العلمي"[6].

شرح التعريف:

يتضح من هذا المفهوم للبحث العلمي أنه جاء موافق للمعاني اللغوي من حيث أن البحث العلمي يرتكز على التقصي وتتبع؛ وعليه فإن من خطوات الباحث هو السعي في تقصي المعلومة التي تساعده في حل المشكلة البحثية التي يحاول أن يعالجها من خلال دراسته لموضوع معين، معتمدا في ذلك على منهج معين يحدد له طريقة البحث التي يسلكها في مختلف مراحل البحث للوصول إلى الهدف من هذه الدراسة، التي تكون على سبيل أضافة جديدة لم يسبق إليها من قبل وهذا هو أعلى دراجات البحث العلمي التي تسعى دوما إلى الإبداع والاكتشاف في مختلف الفنون والتخصصات العلمية، سواء كانت مرتبط بالعلوم الإنسانية أو العلوم الدقيقة المجردة، أو تكون الدراسة على سبيل جمع متفرق حيث يسعى فيه الباحث إلى تتبع موضوع ما وجمعه على قالب معين يسهل الرجوع إليه، أو يكون الهدف من الدراسة ترتيب مختلط فيسعى الباحث إلى ترتيب ما اختلط في موضوع ما فيكون الهدف منه هو ترتيبها ترتيبا علميا على الوجه السليم.

[6] البحث العلمي حقيقته ومصادره ومادته مناهجه وكتابته وطباعته ومناقشته، المرجع السابق، ص20.

المنارة للاستشارات

2- وهناك تعريف آخر يقول البحث العلمي: "هو وسيلة للاستعلام والاستقصاء المنظم والدقيق الذي يقوم به الباحث بغرض اكتشاف معلومات أو علاقات جديدة بالإضافة إلى تطوير أو تصحيح المعلومات الموجودة فعلاً، على أن يتبع في هذا الفحص والاستعلام الدقيق، خطوات المنهج العلمي، واختيار الطريقة اللازمة للبحث وجمع البيانات والمعلومات الواردة في العرض بحجج وأدلة وبراهين ومصادر كافية[7].

المطلب الثاني: مفهوم المنهج المقارن

من خلال هذا المطلب الثاني سنتعرف على المفاهيم اللغوية والاصطلاحية للمنهج المقارن، بحيث سنتطرق في الفرع الأول: إلى معنى المنهج في اللغة والاصطلاح، أما الفرع الثاني: سنتطرق إلى معنى المنهج المقارن في الاصطلاح.

الفرع الأول: معنى المنهج المقارن باعتباره مركب إضافي

أولا: المنهج في اللغة والاصطلاح

لغة: المنهج والمنهاج الطريق الواضح، ونهج الطريق أبانه وأوضحه، ونهجه سلكه[8].

أما المنهج في الاصطلاح: هو: "فن التنظيم الصحيح لسلسلة الأفكار العديدة إما من أجل الكشف عن حقيقة مجهولة عندنا أو من أجل البرهنة على حقيقة لا يعرفها الآخرون"[9].

---

[7] منهجية البحث العلمي في التربية والعلوم الاجتماعية، مصطفى دعمس، دار غيداء، الأردن، 2008، ص30.

[8] مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر الرازي، المكتبة الأموية، بيروت، لبنان، ص681.

[9] البحث العلمي مناهجه وتقنياته، محمد زيان عمر، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 2002م، ص48.

المنارة للاستشارات

أو بعبارة أخرى منهج البحث هو: "الطريق الذي يسلكه الباحث في تقصيه للحقائق العلمية في أي فرع من فروع المعرفة"[10].

ثانيا: المقارن في اللغة والاصطلاح

1- لغة

المقارن، أو المقارنة يقال: "قارن الشيء، الشيءَ مقارنة وقِرانا اقترن به وصاحبه.

واقترن الشيءُ بغيره، وقارَنْتَهُ قِرانا صاحبته. وقرنت الشيءَ بالشيء وصلته. والقرين المصاحب[11].

2- في الاصطلاح

ويطلق معنى المقارنة في الاصطلاح على أنه العملية التي من خلالها إبراز أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بين شيئين متماثلين أو أكثر، وهذا يعني أنه لا يمكن أن تجرى مقارنة بين شيئين متناقضين. وبعبارة أخرى: هي عملية موازنة بين معطيات، ووضعها على صعيد واحد، من أجل البحث عن أوجه التشابه، وأوجه الاختلاف[12].

الفرع الثاني: معنى المنهج المقارن باعتباره لقبا

أولا: تعريف المنهج المقارن في البحث العلمي

أما مفهوم المنهج المقارن باعتباره أحد المناهج المعتبرة في البحث العلمي، فيقصد به: "تلك الخطوات التي يتبعها الباحث في مقارنته للظواهر محل البحث

---

[10] منهج البحث في الدراسات المقارنة بين أصول الفقه الإسلامي وأصول القانون الوضعي، صالح بوبشيش، مجلة الإحياء، العدد الرابع، 1422هـ-2001م، ص175.

[11] لسان العرب، محمد بن مكرم ابن منظور، ج13، ص336.

[12] من تطبيقات منهج المقارنة في الدراسات الحديثية، عفيف الصبّابطي، مجلة المشكاة، العدد الخامس، 2007م، ص194.

المنارة للاستشارات

والدراسة، بقصد معرفة العناصر التي تتحكم في أوجه التشابه والاختلاف في تلك الظواهر"[13].

ثانيا: تعريف المنهج المقارن في الشريعة والقانون

يعد استخدام المنهج المقارن في دراسة موضوعات الشريعة والقانون منهجا جوهريا في طبيعة الدراسة وعليه يمكن أن نطلق على تعريف المنهج المقارن في دراسة هذه الموضوعات المقارنة على أنه: المنهج الذي يعتمد عليه الباحث للقيام بعملية المقارنة بين أحد موضوعات الفقه الإسلامي وأصوله وبين القانون الوضعي، وذلك ببيان أوجه التشابه أو الاختلاف بينهما في مسائل معينة يحددها الباحث من خلال ما تثيره المشكلة البحثية، وعلى سبيل المثال اعتمدت دراستنا على اختيار نموذج تطبيقي (البراءة الأصلية)، لتحديد أهم ضوابط المنهج المقارن بين موضوعات الشريعة والقانون

المطلب الثالث: المفهوم اللغوي والاصطلاحي لشريعة والقانون

الفرع الأول: مفهوم الشريعة

أولا: الشريعة في اللغة

تطلق الشريعة في اللغة على معنى مورد الماء[14].

ثانيا: الشريعة في الاصطلاح: وفي الاصطلاح تطلق الشريعة على معنيين:

أولا: المعنى الواسع:

والمراد بالشريعة في اصطلاح علماء الشريعة الإسلامية هو: "كل ما سنه الله لعباده من الأحكام الاعتقادية والعملية والأخلاقية"[15].

---

[13] عبد الحليم بن مشري، توظيف المنهج المقارن في الدراسات القانونية، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص41.

[14] المصباح المنير، المرجع السابق، ص310.

المنارة للاستشارات

ثانيا: المعنى الضيق: تشمل أحكام المعاملات والجنايات والأحوال الشخصية بمقابل أحكام التشريعات القانونية الوضعية.

وبهذا أصبح معنى الشريعة مماثلا أو مقابلا لمعنى القانون. ومن هنا بدأت تظهر المقابلة والمقارنة بين (الشريعة الإسلامية) و(القوانين الوضعية). وقد تعززت هذه المقابلة، وتحولت إلى خصومة ومنافسة، بسبب ما تعرضت له أحكام الشريعة "المدنيةُ والجنائية" من إزاحة قسرية، لفائدة القوانين المستوردة من الغرب، وهذا ما جعل العلامة الأستاذ علال الفاسي يتحدث عن صراع بين (الشريعة الإسلامية) و(الشريعة الاستعمارية)، وذلك في كتابه القيم (دفاع عن الشريعة)[16].

الفرع الثاني: مفهوم القانون

أولا: في اللغة

القانون في اللغة ليست بعربية وقيل أصلها يوناني، معناها العصا المستقيمة، ولها معنى مجازي هو: القاعدة، المبدأ[17].

ثانيا: في الاصطلاح

أما في اصطلاح أهل القانون "هو مجموعة القواعد التي تنظم علاقات أفراد الجماعة البشرية بهدف إقامة نظام اجتماعي معين، على أن يكفل المجتمع احترامها بالقوة عند الضرورة"[18].

---

[15] خصائص الشريعة الإسلامية، عمر سليمان الأشقر، مكتبة الفلاح، 1982م، ص11.

[16] أحمد الريسوني، معنى الشريعة، مقال منشور بموقع إسلام أون لاين بتاريخ: 2020/01/29، الرابط: https: //islamonline. net

[17] المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون- نظرية الحق، محمد صغير بعلي، دار العلوم، عنابة، 2006م، ص9.

[18] المرجع نفسه، ص9.

المنارة للاستشارات

وبمعنى آخر قالوا فقهاء القانون يطلق على أنه مجموعة قواعد اجتماعية عامة ومجردة يجب احترامها بفرض الجزاء المناسب في حالة مخالفتها"[19].

المطلب الرابع: مفهوم البراءة الأصلية في الشريعة والقانون

الفرع الأول: مفهوم البراءة الأصلية في الشريعة

لغة: البراءة في اللغة، يقال: برئت منك ومن الديون والعيوب براءةً، وبرئت من المرض بُراء أو براء[20].

وجاء في لسان العرب: ابن الأعرابي: البريء: المتفضي من القبائح، المتنجي عن الكذب والباطل البعيد من التهم، النقي القلب من الشرك. والبريءُ الصحيح الجسم والعقل[21].

أما معنى الأصل في اللغة، فيقال أصل شيء أي أساسه[22]، أما عند علماء الأصول: فهو ما يبنى عليه غيره ويتفرع عليه[23].

أما الأصل في الاصطلاح فيطلق على معان منها[24]:

أ- الدليل: فيقال أصل هذه المسألة الإجماع، أي دليلها الإجماع .

---

[19] المرجع نفسه، ص9.

[20] نديم مرعشلي، أسامة مرعشلي، الصحاح في اللغة والعلوم، دار الحضارة العربية، بيروت، م1، 1974، ص79.

[21] أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، م1، (د. ت)، ص33.

[22] ابن فارس ابن زكريا: معجم مقاييس اللغة ج1 تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ص109.

[23] أبو الحسين الطيب البصري محمد بن علي المعتمد في أصول الفقه تحقيق خليل الميس ط1 بيروت دار الكتب العلمية ج1/ص5.

[24] عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة قرطبة، ط6، مؤسسة قرطبة، بغداد، ص8.

المنارة للاستشارات

ب- الراجح: مثل قولهم الأصل في الكلام الحقيقة، أي الراجح في الكلام حمله على الحقيقة لا المجاز

ت- القاعدة: فيقال: إباحة الميتة للمضطر على خلاف أصل، أي على خلاف القاعدة العامة.

ث- المستصحب: فيقال الأصل براءة الذمة، أي يستصحب خلو الذمة من الانشغال بشيء حتى يثبت خلافه.وهذا الإطلاق هو المراد هنا.

وبعد أن عرفنا معنى البراءة الأصلية باعتباره مركبا إضافي، يمكن لنا أن نعرفه باعتباره لقبا، وعليه فقد جاءت تعريفات الأصوليين للبراءة الأصلية كالآتي:

عرفها الامام القرافي بقوله: البراءة الأصلية هي "استصحابُ حُكم العقل في عدم الأحكام"[25].

وعرفها الزاهدي صاحب تلخيص الأصول بقوله هي: "خلوّ الذمّة عن الاشتغال بالحُكم إلى أن يدلّ الدليل عليه"[26].

ويتضح من التعريفين أن البراءة الأصلية هي براءة ذمة الانسان من التكاليف الشرعية، حتى يرد دليل من الشرع على ما يشغلها، وبهذا المعنى فإن مجال البراءة عند الانسان يمتد في جميع الأبواب الفقهية من عبادات ومعاملات وجنايات، وعليه تقوم البراءة الأصلية على أصل من أصول الشرعية ومصدرا من مصادرها التشريعية وهو دليل أصل الاستصحاب.

[25] شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول طبعة جديدة منقحة ومصححة دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ص352.

[26] حافظ ثناء الله الزاهدي تلخيص الأصول ط1 مركز المخطوطات والتراث والوثائق الكويت ص45.

المنارة للاستشارات

الفرع الثاني: مفهوم البراءة الأصلية في القانون الوضعي

ومن التعريفات التي عُرفت بها البراءة الأصلية من الناحية القانونية: "أن كل شخص تقام ضده الدعوى الجنائية، بصفته فاعلا للجريمة أو شريكا فيها، يعتبر بريئا حتى تثبت إدانته بحكم بات، يصدر وفق محاكمة قانونية ومنصفة، تتوفر فيها ضمانات الدفاع عن نفسه، وأن تتم معاملته أثناء الإجراءات الجنائية على أساس أنه بريء"[27].

ويعد هذا التعريف من الناحية القانونية تعريفا قاصرا عن حقيقة البراءة الأصلية، باعتبار أنه تم تقييده فقط بالجانب الجزائي دون غيره من المجالات الأخرى، على غرار جانب المعاملات المدنية والمالية والتجارية والأحوال الشخصية.

المبحث الثاني: توظيف المنهج المقارن في موضوعات الشريعة والقانون وضوابطه المنهجية

ينقسم المبحث الثاني من هذه الورقة البحثية إلى مطلبين أساسيين: المطلب الأول تناول فيه الباحث أهمية توظيف المنهج المقارن في دراسة موضوعات الشريعة والقانون، وأتبعه بنموذج تطبيقي من موضوعات علم أصول الفقه الإسلامي (البراءة الأصلية)، وأثره في مختلف النصوص وتطبيقات القانونية خاصة في التشريع المدني والجنائي، أما المطلب الثاني فحاول فيه الباحث دراسة ضوابط المنهج المقارن بين موضوعات الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية.

المطلب الأول: أهمية توظيف المنهج المقارن في الشريعة والقانون

تناول الباحث من خلال دراسة هذا المطلب إلى إبراز أهمية توظيف المنهج المقارن في دراسة موضوعات الشريعة والقانون عموما، ويبرز أهم العناصر من

[27] السيد محمد حسن الشريف، النظرية العامة للإثبات الجنائي، دار النهضة العربية 2002، ص377.

المنارة للاستشارات

توظيف المنهج المقارن في تخصصات الشريعة والقانون، ثم ينتقل في الفرع الثاني منه إلى دراسة نموذج تطبيقي يتعلق بقاعدة البراءة الأصلية التي هي جزئية مرتبطة أساسا بموضوعات علم أصول الفقه حيث يبين فيه الباحث أهمية هذا الموضوع في القانون الوضعي وأثره فيه من خلال المبادئ والقواعد المستنبطة منه.

إن توظيف المنهج المقارن في دراسة موضوعات الفقه الإسلامي وأصوله بمقابل موضوعات القانون الوضعي على اختلاف مجالاتها له أهمية تتحدد من خلال الآتي:

أولا: تحقيق الباحث لأهداف الدراسة من خلال تحديد أوجه التشابه والاختلاف في الموضوعات التي تكون محل بحث بين موضوعات الفقه الإسلامي وأصوله وبين مختلف موضوعات القانون الوضعي.

فمن خلال دراسة نموذج البراءة الأصلية في الشريعة والقانون يستطيع الباحث أن يحدد طبيعة قاعدة البراءة الأصلية في الشريعة الإسلامية، عنها عن القانون الوضعي، بحيث تعد قاعدة البراءة الأصلية نتيجة عن نظرية الاستصحاب، وأحد صوره، وعليها بنى الفقهاء كثير من القواعد الفقهية في مختلف الأبواب الفقهية من أبرزها:

قاعدة بقاء ما كان على ما كان.

قاعدة الأصل براءة الذمة

قاعدة بقاء ما كان على ما كان

أما طبيعة القاعدة في القانون الوضعي فقد اختلف فقهاء القانون في تحديدها على أربع أوجه:

الوجه الأول: القائلون بأنها حيلة قانونية

الوجه الثاني: القائلون بأنها افتراض قانوني

المنارة للاستشارات

الوجه الثالث: القائلون بأنها قرينة قانونية بسيطة.

الوجه الرابع: القائلون بأنها حق من الحقوق اللصيقة بالإنسان.

أما من حيث السند الشرعي والقانوني للموضوع فإقرار المبدأ، بحيث يعتبر مبدأ البراءة الأصلية أحد المبادئ الذي نص عليه الشرع في كثير من نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية، ويعد من أحد القواعد الفقهية المنبثقة من دليل أصل الاستصحاب وأحد أقسامه، كما تأثرت مختلف القوانين الوضعية بهذا المبدأ الشرعي مع مطلع القرن 18 م ومع النهضة الفلسفية والفكرية التي خذها فلاسفة أوروبا ومفكريها على الأوضاع السائدة في النظام العقابي التي كانت تتسم بالقسوة و الإيلام وعقم قوانينها من المبادئ الإنسانية و القواعد العلمية التي تتماشى مع طبيعة الإنسان ونظام العدالة آنذاك، وجاء كتاب الجرائم و العقوبات 1764 لصاحبه الإيطالي بيكاريا الذي فجرة ثورة في عالم القانون الوضعي باعتباره ندى بمبدأ المشروعية الذي ينص على: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، وثانيهما: بمبدأ البراءة الأصلية، ولقد جاء هذا المبدأ مكرسا في جميع المواثيق الدولية والمؤتمرات العالمية وجل التشريعات الداخلية.

أما من حيث الآثار المترتبة لقاعدة البراءة الأصلية في كل من التشريع الإسلامي والقانون الوضعي فقد وقفنا على نقاط التشابه من خلال النقاط الآتية:

أ- تكريس مبدأ البراءة الأصلية تطبيقا في باب المعاملات المدنية والمالية وبمقابل تم تقريره في القانون المدني بناء على قاعدة الأصل براءة الذمة وهذه القاعدة معمول بها فقها وقانونا.

ب- تكريس مبدأ البراءة الأصلية تطبيقا في باب فقه الجنايات الإسلامي ومختلف القوانين الجنائية والإجراءات الجزائية والجنائية على اختلاف مدارسها

المنارة للاستشارات

الفكرية والفلسفية بناء على قاعدة الأصل في الانسان براءته، وهذه القاعدة دورها معمول بها فقها وقانونا.

ج- تكريس العمل بمبدأ البراءة الأصلية في مجال القضاء، سواء القضاء الإسلامي أو القضاء الوضعي.

أما من حيث النتائج المستنبطة من دراسة الموضوع بين الشريعة والقانون:

أ- إلقاء عبء الاثبات على سلطة الاتهام في المجال الجنائي وحتى في المجال المدني بناء على قاعدة الأصل براءة الذمة.

ب- تفسير الشك لمصلحة المتهم أو المدعى عليه.

ج- بناء الحكم بالإدانة بالأدلة القطعية الثابتة يقينا في حق المتهم أو المدعى عليه.

د- حق المتهم في الدفاع عن نفسه أو توكيل من يدافع عنه.

ثانيا: توجيه القانونين إلى علم أصول الفقه الإسلامي من خلال قواعد فهم النصوص وتفسيرها وطرق الترجيح بين الأدلة عند تعارضها أساس في حل كثير من الاختلافات بين شراح القانون في تفسير الأحكام القضائية، ولأهميته الكبيرة نجد أكابر علماء المسلمين المتخصصين في الشريعة والقانون، أمثال د. مصطفى شلبي الذي صرح أن: هذا العلم -أصول الفقه- لم تنقطع فائدته، وأن الحاجة إليه تتزايد بمرور الأيام، وأنه أصبح طالب القانون أحوج ما يكون إليه في هذا العصر من ذي قبل، باعتبار أن النصوص لا تفي بمنطوقها لكي تستوعب الأحداث المتسارعة والمتناقضة في حياة البشر.

3- التعرف على الطبيعة التشريعية لكل نظام، فمن خلال الشريعة الإسلامية سيكتسب القانوني أصالة التشريع الإسلامي من خلال التعرف على مصادر الأحكام في الفقه الإسلامي سواء كانت هذه المصادر، مصادر أصلية متفق

المنارة للاستشارات

عليها (القرآن الكريم والسنة النبوية والاجماع والقياس)، أو مصادر مختلف فيها (الاستصحاب والاستصحاب وشرع من قبلنا . . . الخ)؛ أما الباحث في علوم الشريعة سيحاول من جانبه البحث في مصادر القانون وتمحيصها جيدا، فيقبل ما يتوافق مع التشريع الإسلامي، ويبرز ما يخالف مصادر الشريعة وأصولها.

المطلب الثاني: أوجه المقارنة بين موضوعات الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية:

الفرع الأول: من حيث الطبيعة والنشأة.

إن علماء القانون عموما يربطون نشأة موضوعات القانون بالمجتمع، وإن القانون ظل يتطور مع الجماعة حتى تكونت الدولة، مع اختلاف العادات والأعراف من مجتمع إلى آخر ومن دولة إلى أخرى، حيث توحدت هذه العادات والأعراف الاجتماعية وجعلت منها قانون ملزما لجميع الأفراد والأسر والقبائل الداخلين في نطاق الدولة، واستمر تطور القانون مع التغييرات الحاصلة في المجتمعات إلى أن وصل لما هو عليه الآن[28].

وعلى خلاف القانون فإن الشريعة الإسلامية لم تنشأ هذه النشأة ولم تسر في هذا الطريق، بحيث لم تكن قواعد قليلة ثم كثرت، ولا مبادئ متفرقة ثم جمعت، ولا نظريات أولية ثم هذبت، ولم تولد الشريعة طفلة مع الجماعة الإسلامية ثم سايرت تطورها ونمت بنموها، وإنما ولدت شابة متكاملة، ونزلت من عند الله شريعة كاملة شاملة جامعة مانعة لا ترى فيها عوجا، ولا تشهد فيها نقصا، ولم تأت الشريعة لجماعة دون أخرى، أو لدولة دون دولة، وإنما جاءت

[28] عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي، بيروت، ج1، ص14-15، بتصرف.

المنارة للاستشارات

شريعة للعالم أجمع، كما أن الشريعة لم تأت مقتصرة على زمن معين، بل هي ممتدة إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها[29].

وبناء على ما تقدم يقول الأستاذ عبد القادر عودة بعد إن استطاع أن يحدد مقارنة بين طبيعة ونشأة كل من الشريعة والقانون: إن الشريعة لا تماثل القانون ولا تساويه، ولا يصح أن تقاس به، وإن طبيعة الشريعة تختلف تماما عن طبيعة القانون، ولو كانت طبيعة الشريعة من طبيعة القانون الوضعي لما جاءت على الشكل الذي جاءت به، وعلى الوصف الذي أسلفنا[30].

أما من خلال موضوع البراءة الأصلية فنجد أنها في الشريعة الإسلامية نشأة في أحضان علم أصول الفقه من خلال مباحثهم الأصولية في نظرية الاستصحاب، أما في القانون الوضعي فبرغم من أن القاعدة أصولية إلا أننا نجد فقهاء الفكر القانوني ينسبون الموضوع إلى المدارس الفكرية والفلسفية التي تطرقت للموضوع بناء على اطلاعهم على مصنفات علماء التشريع الإسلامي.

الفرع الثاني: من حيث مصادر التشريع والاستدلال

الاستدلال في الشريعة الإسلامي يكون من مصادر التشريع الإسلامي التي احتج الأصوليون على حجيتها باتفاق وهي القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع والقياس، واختلفوا في أدلة أخرى منها الاستصحاب والاستحسان والمصلحة المرسلة والعرف وسد الذرائع وعمل أهل المدينة . . . الخ، لكن كلّ من يستدل بها يشترط أن تعود بالاستناد للكتاب والسنة، أي لا تخالفهما، وكتبُ أصول الفقه في الشريعة طافحة بالتطبيقات التي تستند إلى هذه الأدلّة. وهذا الاستدلال المنضبط أضفى بظلاله على علم وثقافة علماء الشريعة حتى تكاد أن تعرف رأي

[29] المرجع نفسه، ص15-16.

[30] المرجع نفسه، ص17.

المنارة للاستشارات

العالم الشرعي في مسألة ما إذا كنت تعرف طريقته في الاستدلال من الأدلة الإجماليّة. فمثلاً إذا عرفت طريقة الإمام أبي حنيفة في الاستدلال - وإليه يُنسب المذهب الحنفي – تمكّنت من معرفة رأيه في مسألة ما، ومثل ذلك مع طريقة الأئمة مالك والشافعي وأحمد[31].

أما الاستدلال في القانون فغير منضبط ؛ فعندما تفتّش كتاباً لرمز من رموز القانون وتقرئَه قراءة نقديّة ، تجد الاستدلال بما لا يُستدلّ به ، فمثلاً تجد الاستدلال بالقانون نفسه دون بيان مستند القانون في ذلك ، كالذي يفسّر الماء بالماء ، كالاستدلال للمادة القانونيّة بكوْنها صدرت من السلطة المخوّلة بذلك ، وكان المطلوب بيان الدليل الذي استندت إليه السلطة ، وتارة تجد الاستدلال بأقوال الرموز أيّاً كانت هذه الرموز التي من المنهجيّة في البحث طلب الدليل لها لا الاستدلال بها ، وتارة تجد الاستدلال بالعقل بالنظر لمصلحة الأقوى دون النظر لمصلحة غيره، كتبرير قبول القانون للفائدة من القرض أن الفائدة أمرٌ تقرّره مصلحة المقرض[32].

الفرع الثالث: من حيث المقاصد والغايات

إن المقصد من وضع الشريعة الإسلامية كما عبر على ذلك الإمام الشاطبي تتحدد من خلال الآتي:

أولا: قصد الشارع في وضع الشريعة ابتداءً لمراعاة مصالح العباد في الدارين.

ثانيا: قصد الشارع في وضع الشريعة للإفهام.

---

[31] سلطان بن عثمان البصيري، مسائل حول الشريعة والقانون، مقال منشور بموقع صيد الفوائد بتاريخ: 13-8-1433هـ، الرابط: http: //www. saaid. net/Doat/busairi/61. htm

[32] سلطان بن عثمان البصيري، مسائل حول الشريعة والقانون، مقال منشور بموقع صيد الفوائد بتاريخ: 13-8-1433هـ، الرابط: http: //www. saaid. net/Doat/busairi/61. htm

المنارة للاستشارات

ثالثا: قصد الشارع في وضع الشريعة للتكليف بمقتضاها.

رابعا: قصد الشارع في وضع الشريعة لدخول المكلف تحتها (أي: لامتثالها).

أما المقصد السلطة التشريعية في تشريع القوانين وتنظيمها فقد يتحدد من خلال الآتي:

أولا: إيجاد تنظيم قانوني للعلاقات الاجتماعية تحكمهم بصفة دائمة أو مؤقتة.

ثانيا: محاولة إضفاء صبغة إلزامية على قواعدها القانونية بغية احترامها من طرف الجماعات والأفراد داخل نطاق الجماعة الواحدة أو الدولة بصفة عامة، وهذا المقصد يقارب قصد الشارع الحكيم من وضع الشريعة لدخول المكلفين تحتها وامتثالها.

المطلب الثالث: ضوابط المنهج المقارن

تتحدد ضوابط المنهج المقارن عند قيام الباحث بخلق مقارنة بين موضوعات الفقه الإسلامي وأصوله وما يقابلها من موضوعات في القانون الوضعي ما يأتي تفصيله.

أولا: التحقق من إمكانية المقارنة

أول نقطة يراعيها الباحث قبل بداية دراسة موضوعه أن يتقيد بضابط إمكانية إجراء المقارنة في الموضوع المقترح للدراسة بين الشريعة والقانون، فمثلا لو أخذنا نموذجنا تطبيقي المتعلق بموضوع البراءة الأصلية، الذي يصنف ضمن مباحث علم أصول الفقه، فالباحث أولا ينظر في جوانب الموضوع هل يمكن له إجراء دراسة مقارنة باعتبار كون أن هذا الموضوع تناوله علماء الشريعة الإسلامية في مباحث علم أصول الفقه، واستنبط منه الفقهاء عدد من القواعد الفقهية

المنارة للاستشارات

والمبادئ التي أعملوها في الجانب التطبيقي في الفقه الإسلامي في مختلف الأبواب الفقهية وعلى وجه الخصوص في مجال المعاملات والجنايات، وهنا يلاحظ الباحث إمكانية إجراء المقارنة في الجوانب التطبيقية بين ما هو مقرر في الفقه الإسلامي وبين ما هو مقرر في القانون الوضعي.

ثانيا: التحقق من جدوى المقارنة

بعد نظر الباحث في إمكانية إجراء مقارنة في الموضوع محل الدراسة، يعمل الباحث على التحقق من جدوى هذه المقارنة، وماهي الإشكالية التي يثيرها الموضوع، وماهي الأهداف التي تحققها المقارنة ، فإذا ما حاولنا التحقق من جدوى المقارنة من خلال نموذجنا التطبيقي المتعلق بموضوع البراءة الأصلية، بعد أن تم التحقق من إمكانية إجراء المقارنة فيه، من خلال ما قدمه الأصوليين حول هذا المبحث دراسة نظرية تأصيلية لمسائله وكيف استفاد الفقهاء من هذه النظرية في الجانب العملي منه، ينبغي أن يكون القصد هو الكشف عن استفادة فقهاء القانون وتأثرهم الشديد بمنهج الأصوليين في أسلوب صياغة القواعد وتقعيدها (البراءة الأصلية)، وذلك لبيان المبادئ المشتركة بينهما، في موضوع البراءة الأصلية. ولعل من أهم المبادئ المشتركة التي يحققها دراسة موضوع البراءة الأصلية في كل من الشريعة والقانون هي:

1- مبدأ قرينة البراءة استنادا على قاعدة الأصل براءة الذمة وهي قاعدة ومبدأ معمول به في كل من الشريعة والقانون، والذي يعد نتيجة حتمية لمبدأ البراءة الأصلية.

1- مبدأ الشرعية، بناء على قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وهي قاعدة أخرى منبثقة عن مبدأ البراءة الأصلية ونتيجة حتمية تكرسها نصوص الشريعة والقانون.

المنارة للاستشارات

ثالثا: التزام الحياد والموضوعية في النقد والتقييم والحكم

من ضروريات البحث العلمي التي يقوم عليها وأحد مبادئه الأساسية عند إدراء أي دراسة علمية كانت هو التزام الباحث أثناء بحثه بضابط الحياد والموضوعية، ولعل هذا الشرط يعتبر أشد عند الباحثين في الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون، باعتبار طبيعة نظام التشريع في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، "ويكون التزام الحياد بترك تقديس الآراء والأفكار والحلول التي يقدمها الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي، وترك الانحياز ابتداء لرأي الفقهاء أو اختيار المشرع القانوني، حتى يتم استعراض مضمون كل منهما، وتقدير الأنسب والأصلح"[33].

الخاتمة:

نصل في خاتمة البحث إلى استعراض أهم النتائج التي توصل إليها الباحث من خلال بحثه، مع تقديم أهم التوصيات في هذا الجانب.

النتائج:

1- أهمية الدراسات المقارنة في الشريعة والقانون التي أصبحت ضرورة ملحة في العصر الحالي، تلبية لحاجيات المجتمع المعرفية والفقهية والقانونية، وتوضيح صورتها بجلاء أمام الناس، مع بين أوجه التوافق والاختلاف والاحتراز بين ما هو مخالف لشرع منه وبين ما هو على وجه المباح.

2- أهمية علم أصول الفقه بالنسبة للدراسات المقارنة فيما يتعلق من مبادئ وقواعد مستنبطة منها ولها آثار فقهية وقانونية من الناحية العملية والواقعية.

[33] الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مراد كاملي، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد الرابع، 2017، ص24.

المنارة للاستشارات

3- اعتبار نموذج البراءة الأصلية نموذج عملي لتحقيق إمكانية المقارنة من خلال وللجدوى العلمية التي يحققها في الفقه والقانون.

4- الموضوعية والحياد ضابط جامع لتحقيق دراسة علمية دقيقة عند توظيف المنهج المقارن في الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون لثمار التي يجنيها الباحث من خلال توصله لنتائج سليمة وصحيحة خالية من التعصب الفكري والمذهبي.

التوصيات:

1- الدعوة إلى الالتزام بضوابط توظيف المنهج المقارن في دراسة موضوعات الشريعة والقانون، لتحقيق الأهداف المرجوة من عملية البحث العلمي.

2- الدعوة إلى البحث الدقيق والمستفيض بين موضوعات الشريعة والقانون بالنسبة للباحثين المتخصصين في مجال الدراسات المقارنة.

3- الدعوة إلى الاستفادة من منهج الأصوليين ومباحثهم التي تخدم موضوعات الفقه الإسلامي والقانون الوضعي خاصة عند المقارنة بينهما.

2- الدعوة لتقريب التخصصات العلمية في كل من كليات الشريعة الإسلامية وكليات الحقوق بما يتناسب بينهما من موضوعات هادفة في المجال تطبيقي والواقعي للمجتمع.

المنارة للاستشارات

قائمة المصادر والمراجع

أولا: الكتب:

1- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، ت: عبد العظيم الشناوي، ط2، دار المعارف.

2- أصول البحث العلمي ومناهجه، بدر أحمد، المكتبة الأكاديمية، القاهرة، ط9، 1996.

3- معجم مقاييس اللغة، أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، ت: هارون عبد السلام، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء الأول، 1399هـ-1989م.

4- البحث العلمي حقيقته ومصادره ومادته مناهجه وكتابته وطباعته ومناقشته، عبد العزيز بن عبد الرحمان بن علي الربيعة، مكتبة الملك فهد الوطنية، الجزء الأول، 2001م.

5- مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، المكتبة الأموية، بيروت.

6- البحث العلمي مناهجه وتقنياته، محمد زيان عمر، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 2002م.

7- لسان العرب، محمد بن مكرم ابن منظور، ج13.

8- خصائص الشريعة الإسلامية، عمر سليمان الأشقر، مكتبة الفلاح، 1982م.

9- المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون- نظرية الحق، محمد صغير بعلي، دار العلوم، عنابة، 2006م.

10- نديم مرعشلي، أسامة مرعشلي، الصحاح في اللغة والعلوم، دار الحضارة العربية، بيروت، م1، 1974.

المنارة للاستشارات

11- أبو الحسين الطيب البصري محمد بن علي المعتمد في أصول الفقه تحقيق خليل الميس ط1 بيروت دار الكتب العلمية ج1.

12- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة قرطبة، ط6، مؤسسة قرطبة، بغداد.

13- شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول طبعة جديدة منقحة ومصححة دار الفكر للطباعة.

14- حافظ ثناء الله الزاهدي، تلخيص الأصول، ط1، مركز المخطوطات والتراث والوثائق، الكويت.

15- السيد محمد حسن الشريف، النظرية العامة للإثبات الجنائي، دار النهضة العربية 2002.

16- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي، بيروت، ج1.

ثانيا: المجلات والدوريات:

1- منهج البحث في الدراسات المقارنة بين أصول الفقه الإسلامي وأصول القانون الوضعي، صالح بوبشيش، مجلة الإحياء، العدد الرابع، 1422هـ-2001.

2- من تطبيقات منهج المقارنة في الدراسات الحديثية، عفيف الصبّابطي، مجلة المشكاة، العدد الخامس، 2007م.

3- عبد الحليم بن مشري، توظيف المنهج المقارن في الدراسات القانونية، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة.

4- الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مراد كاملي، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد الرابع، 2017.

المنارة للاستشارات

ثالثا: المواقع الإلكترونية:

1- أحمد الريسوني، معنى الشريعة، مقال منشور بموقع إسلام أون لاين بتاريخ: 2020/01/29، الرابط: https: //islamonline. net

2- سلطان بن عثمان البصيري، مسائل حول الشريعة والقانون، مقال منشور بموقع صيد الفوائد بتاريخ: 13-8-1433هـ، الرابط: http: //www. saaid. net/Doat/busairi/61. htm

المنارة للاستشارات