مقدمة المؤلف

تخبرنا الدراسات التاريخية والاجتماعية أن الإنسان لم يعِش حياته منذ بداية الخليقة منعزلًا، بل كان يبحث دائمًا عن جماعات يتفاعل معها، ويؤثر ويتأثر بها، تلك الجماعات التي تشكَّلت في مناحٍ مختلفة من البسيطة، ارتضت كل منها بعض السلوكيات، ورفضت بعضها الآخر؛ فتكوَّن من الشقين ما يُسمَّى بالعادات والتقاليد، التي أصبحت سياجًا معنويًّا غير مسطور للمجتمع دون أن يشعروا أو يتفقوا عليه، وتكوَّنت بناءً على توارثها ومظاهرها التي تتكرَّر أمام العيون الهويةُ التي تربط بينهم، ثم تطور هذا الشعور ليصبح قانونًا يترتَّب عليه الثواب والعقاب.

إن تلك العادات التي شكَّلها كلُّ مجتمع -وَفْقَ ميوله وثقافته- منها ما تبدَّل وتغيَّر وفق سُنن الزمن، ومنها ما ظل محافظًا على وجوده، وتخبرنا الدراسات الاجتماعية أن الأعراف التي جاءت متسقةً مع الفطرة الإنسانية هي التي ظلت سائدةً حتى يومنا هذا. ثم جاءت الأديان السماوية لتشكِّل مجموعة من القيم والمعايير في بعض المناطق، وكان لتلك القيم دورٌ في الحكم على تلك العادات والأعراف من حيثُ الحذف، أو التأكيد، أو الاكتفاء بالتهذيب.

ومن هنا انقمست القوانين إلى: قوانين ذات طابع ديني بشقيه السماوي وغير السماوي، وقوانين وضعية ذات طابع بشري. وظل كلُّ مجتمع معتزًّا بقوانينه التي ارتضاها لنفسه، ومن خلال هذه القوانين وُلِدت ثلاث عائلات قانونية كبرى: الشريعة الإسلامية، والقوانين اللاتينية، والقوانين الأنجلوسكسونية. ولكل عائلة أصولها، ومصادرها، ومعاييرها التي شكَّلتها، وظلت كل عائلة وما تولَّد عنها من نُظُمٍ تدور في فلكها الخاص، دون أن تفتح كوة صغيرة تطلُّ من خلالها إلى ما لدى الآخر من نظرياتٍ وفروعٍ قد تعود عليها بالنفع، أو تخبرها بأنها -على الأقل- لا تزال تقوم بدروها الإيجابي.

ومن هنا ظهرت فكرة القانون المقارن الذي اعتمد على أسباب كثيرة في ظهوره، منها التقارب بين القوانين، ومدُّ الجسور بينها للوصول إلى أسمى صور العدالة، أو الوصول إلى قانون عالمي مشترك. ويختلف القانون المقارن عن القانون الوضعي (المحلي) الذي من سماته المحافظة والسكون، بينما الحركة هي أبرز خصائص القانون المقارن، وهي حركةٌ في الفكر، وحركةٌ في الواقع: حركة في الفكر وجهتها المبادئ الكلية، وحركة في الواقع ميدانها العالم الإنساني الرَّحْب، رغم حدوده الجغرافية، وموانعه السيادية.

وعندما بدأت تتبلور الدراسة المقارنة شَعر فصيل كبير من رجال القانون بالقلق تجاه هويته وثقافته من أن تذوب في القوانين الأخرى؛ فظهرت الكتابات التي تضع ضوابطَ ومنهجياتٍ للدراسة المقارنة، باعتبارها علمًا لا بدَّ من وضع أُطر وحدود ترسم الفواصل بينه وبين غيره، ومن جهة أخرى، كي تحافظ على الثوابت الأساسية في كل نظام قانوني. وتزداد الحساسية بصورة كبيرة عندما نُخضع الفقهَ للمقارنة، الأمر الذي أسهم بصورة أكبر في بلورة منهج يحفظ للفقه قدسيته، ولا يجعله عرضةً لما يمكن أن تتعرض له النُّظُم الأخرى؛ لذا نجد أن المنهجيات التي وضعها رجال القانون من ذوي الدراسات الشرعية أكثر انضباطًا وإحكامًا من الدراسات التي كانت تعبيرًا عن دراسة أكاديمية بحتة لا يحرِّكها شعور بالمسؤولية تجاه نظام قانوني له أصوله الخاصة.

ولعل هذه النقطة تجرُّنا إلى بُعْد آخر، وهو أن الأسباب الدافعة للمقارنة عند الغرب ورجال القانون الأكاديميين تختلف عن الأسباب التي دفعت علماء مجتمعاتنا إلى مقارنة الفقه بالقانون: حيث يُعبِّر الفصيل الأول عن منهج علمي يبحث عن أجود الحلول، ويحاول أن يجد ما يُسمَّى بالقانون العالمي المشترك -وفق أحلامهم المشروعة- لكن الأمر غير ذلك في بيئة الفقه الإسلامي؛ حيث كانت القضية وقت انتكاس وتدهور وبحث عن أسباب التقدُّم كدافع أول، ثم ما لبثوا أن وجدوا نظامًا قانونيًّا يفرض هيمنتَه عليهم، وظنوا أن الأمر توقف عند ذلك، لكن في مراحل لاحقة تفاجأ أصحاب التمسُّك بالهوية أنهم أمام قانون أتى ليبسط ظلاله على ثقافة البلاد،

ويغيِّر المرجعية القانونية التي ستستتبعها تغيرات أخرى، فجاءت المقارنة هنا لتثبت جدارة الشريعة بأحقيَّة قيادة المجتمعات المدنية، وجاءت منهجيات المقارنة -كما ذكرتُ- لتحفظ مقومات هذه الفقه؛ فلا يبقون منعزلين عن النُّظُم، ولا يعرضون الفقه -من جهة أخرى- لمنطقة بلا حدود، فيصبح عاريًا من الأطر التي تُبقي ما هو ثابت، وتسمح بالتحرُّك فيما هو بعيد عن المُسلَّمات.

في ظل هذا المعترك الفكري الذي تربع على مساحة ليست هيِّنة من الزمان، استدعت سنَّ الأقلام لخوض معركة الهوية، ظهر التيار القانوني ذو المرجعية الإسلامية بصورة أكثر قبولًا من التيار الكلاسيكي عند الغرب، حيث استطاع من خلال أبحاثه وندواته أن يجعل الشريعة من النُّظُم القانونية الكبرى في العالم، ومكَّن هذا الاعتراف للقانونيين من إجراء المقارنات لإعادة الهوية للبلاد وتحقيق الاستقلال، ونبذ القانون الفرنسي -بوصفه مثالًا على الهيمنة الثقافية- وعدم الاعتداد به إلا في إطار ما تقبله هوية البلاد المُشَكَّلة وفق عقيدتها وفقهها وقضائها، وهذا ما يُسمَّى بعملية الهضم الثقافي التي لا ترفض الآخر، ولكن تأخذ من جزئياته ما يسدّ وجوه النقص عندها، بينما تقطع الصلة بينه وبين موطنه الأجنبي، وتؤسس له وصلًا حضاريًّا بماضينا؛ فلا يظهر على أنه ثوب مرقَّع في بنيان نظام الفقه وأصوله، وإنما هو امتداد لكتلته الفكرية التي رسمتها فلسفته لتحقيق ما يبتغيه من أهداف.

وإذا كان هناك بالفعل تياران في المقارنة (تيار المنهج العام، وتيار في نطاق البيئة الإسلامية)، فإن كليهما تمكَّن من مدِّ الساحة العلمية بقواعد لا تخصُّ المقارنة وحسب، بل بقواعد تُعين على فهم النظام القانوني المحلي والعالمي، وبقواعد تحفظ الهوية القانونية من أن تكون ضحية الانبهار بنظمٍ أخرى، وبقواعد تُعيننا بصورة أكبر على ملاحظة عملية التأثير والتأثُّر التي حدثت بين النُّظُم، بل ساعدتنا بصورة ملحوظة في فهمِ الفقه ذاته، وعوامل تطوره، وخطط تجديده. كما أن فيها صورة مُفحِمة للتيار الذي يتهم الفقه الإسلامي بالهرم والعجز عن ملاحقة الحياة، من خلال بحوث المقارنين وشهادات الغرب، ونظريات فقهية جرت الإشارة إليها داخل تلك المنهجيات، كنظرية الظروف الطارئة، والتعسُّف في استعمال الحق، وغيرها من النظريات.

وتأتي هذه الدراسة لتضع منهجيات المقارنة وتطورها أمام أعين المقارنين، ولترسم صورة واضحة المعالم عن الاستخدام الأمثل لها، كآلية من آليات تطوير الدراسات الفقهية والقانونية.

عملي في هذه الدراسة

لقد حاولتُ -قدر المستطاع- جمعَ كافة البحوث والكتابات ذات الوزن العلمي الثقيل التي كُتبت في تلك الجزئيات، وتحليلَها لبيانِ مراحل تطور الدراسة المقارنة، فتظهر لنا كيفية التطور لنحاول بها علاج ما سيجدّ بصورة أكثر منهجية، ولكي نعلم أين توقفت المنهجية المقارنة؟ وكيف يمكن أن تستكمل تطورها؟ كل ذلك من خلال إعادة قراءاتها وبيان جديتها[1]، مع تقديم نقد منهجي إن وُجِدَ. وقد رأيت أن كثيرًا من الباحثين ينقل عن هذه الدراسات دون بيان الهدف من ورائها، فحاولت قدر الإمكان إجراء عملية توحيد بينها لأضع كل دراسة في تطورها الطبيعي، وفق الفكرة التي تناقشها، وذلك على النحو الآتي:

أ- الدراسات التاريخية والمنهجية عن المقارنات بصورة عامة.

ب- الدراسات التي أسست لمنهجية المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون بصورة خاصة.

ج- الكتابات التي حاولت أن توظف الدراسات المقارنة في توحيد القوانين العربية.

د- الدراسات التي طبقت مناهج المقارنة في إصلاح القوانين العربية، وبيان مصدرية الفقه الإسلامي فيها.

هـ- البحوث التي قامت بعملية التقييم للدراسات التطبيقية.

أهمية هذه الدراسة في سطور

- وضع مناهج المقارنة وتاريخها وتطورها أمام أصحاب الدراسات المقارنة التطبيقية للإفادة منها عند خوض التجربة.

---

(١) تركت المراجع الأجنبية كما هي غالبًا؛ حرصًا على توسعة المصادر أمام الباحثين.

- أنها تعطي فكرة مغايرة عن الفقه الإسلامي، ليظهر في صورة نظام قانوني راقٍ ومتمكِّن من أداء مهمته.
- أنها تكشف عن الجوانب التاريخية، وما يحيط بها من أبعاد فلسفية أدت إلى ظهور الدرس القانوني المقارن.
- وضحت هذه الدراسة كثيرًا من القواعد المهمة التي تُعين على فهم النُّظُم القانونية وتقييمها، بل وكيفية تطويرها.
- أظهرت هذه الدراسة تقدير علماء النُّظُم القانونية للفقه الإسلامي، وما حواه من نظريات فقهية يمكن أن تفيد النُّظُم الحديثة في حل بعض مشكلاتها.
- أنها كشفت عن خطورة استعارة القوانين الأجنبية دون تبصُّر؛ لئلا يُزج في التشريع قواعد يعوزها الانسجام، ولئلا يُقحم على بلد تشريع أجنبي العروق؛ فيحدث فيها من النتائج ما لا تُحمَد عقباه، ومع أن استعارة المشرعين الوطنيين حلول القوانين الأجنبية يرجع الفضل فيه إلى تقدُّم القانون الموازن، فإن هذه الاستعارة لا تحدث في كل الأحوال في جوٍّ علميٍّ من دراسة موازنة مستفيضة؛ لأن التيارات السياسية تقوم بدور حاسم في هذا الصدد؛ بحيث تزحم الفجاءات والعجلة الدراسة الموازنة وتملي حلولًا لا تصدر عن تبصُّر وحذر واحتياط، هذه العجلة الضارة في التشريع لا يُعزى عيبها للقانون الموازن؛ لأنها لا تخضع لمنطق هذا القانون، ولا لتوصيات فقهائه.
- توضيح السُّبل لدى المقارنين لاستكمال الخطط التي يُستعان بها عند تقنين أحكام الفقه الإسلامي، وتوحيد قوانين المنطقة العربية.
- إظهار أثر الشرق في الدرس المقارن؛ إذ إنه في فترات تاريخية أصبح أحد الميادين الأولى لتجربة القانون المقارن؛ لأن قضاةً من جنسيات مختلفة في المحاكم المختلطة بمصر يفسرون قوانين تشابه القوانين الفرنسية، ويستعينون على سدِّ أوجه النقص الكثيرة فيها بالتجارب التي اجتمعت لهم من الأقضية الوطنية المختلفة، فالأحكام التي أصدرتها محكمة الاستئناف بالإسكندرية -مثلًا- أصبحت نموذجًا لدراسات القانون المقارن.

- تأصيل منهجية الإسناد الشرعي للأحكام الوضعية. فعندما يقوم البعض بعملية الإسناد الشرعي للأحكام الوضعية، عليه أن يفطن إلى أنه لا يرفع من أحكام الشريعة ضابطًا ولا حدًّا، ولكنه دائمًا يحفظ لها ضوابطها، ويستعين بفروقها وموافقاتها في تبيين حدود الحكم الشرعي الواجب مراعاته. وهو هنا لا يسبغ الشريعة على واقع غير مشروع.
- إعادة تقييم الحضارات. فالمقارِن في مهمته التقييمية لا بدَّ أن يتخلى عن السطحية في تقييم الأمزجة الحضارية، والاعتقاد بأن الحضارة المتطورة آليًّا هي الحضارة وما سواها تخلُّف حضاري، فإن هذا التقدُّم الآلي تعوزه أصالة المروءة الخُلقية التي تكمُن في الحضارات القديمة المتمثلة في الكتل الهندية، والصينية، والإسلامية.

بيان مجمل لتطور الدراسة المقارنة عبر البحوث والدراسات

أولًا: الدراسات المتعلقة بتاريخ القانون المقارن ومبادئه العامة

أ- دراسة الدكتور شفيق شحاتة

تمكَّنت هذه الدراسة المبسطة من إضافة نقاط جادة للدرس المقارن، ومنها:

- إثبات أن القانون المقارن علم مستقل بذاته، وليس مجرد طريقة بحث.
- إقامة حدود فاصلة بين القانون المقارن وفلسفة القوانين وتاريخها.
- إثبات دور علماء الإسلام في وضع البذور الأولى للدرس المقارن من خلال إقامة العلاقة بينه وبين علم الخلافيات.

ب- القانون الموازن لصلاح الدين الناهي

إن الغرض من هذا البحث هو بيان مدى التطور في الكتابات التي اهتمت بالمقارنة بين النُّظُم عامَّة وبين الشريعة وغيرها خاصَّة، وقد قمت بتحليل هذه الدراسة بعد دراسة الدكتور شفيق؛ ليكون ذلك أشبه بالانتقال من البسيط إلى

المركَّب، فدراسة الناهي أكثر عمقًا وترتيبًا، وخصَّصت كثيرًا من إشارات الدكتور شفيق شحاتة التي أتت بصورة عامَّة،كما أنها تأتي هنا لتجسد كثيرًا من المفاهيم المجردة التي ذكرها الدكتور شفيق من خلال حسن التطبيق على النُّظُم المختلفة، وخاصةً الفقه الإسلامي، فهي دراسة تجمع بين التنظير والتطبيق، ومن بصماتها في التطور ما يلي:

- اهتمت هذه المقارنة بتحليل مصطلح القانون المقارن، بل ونقده؛ لتختار كلمة «القانون الموازن»؛ لأننا لا نقرن القوانين بعضها ببعض، بل نوازن بين القوانين لإنشاء نمط متطور يتوافق مع الحالة الاجتماعية المنقول إليها.
- أنها ألمحت إلى وجود ما يُسمَّى **بالنمط القانوني** وتحليله، وربطه بالجماعة، وليس الدولة والإقليم، وضربت مثالًا على ذلك بالشريعة الإسلامية، فهي نظام يسير فيه الفرد على خطاه، وإن كان في بلد غير إسلامية أو عربية.
- التوسُّع في اختيار القوانين التي نقارن بينها، فإذا كان الدكتور شفيق اقتصر على القوانين المتباينة في الصياغة، فإن الدكتور الناهي يوسع من هذه الدائرة ليربط القوانين التي نقارن بها بالغرض والهدف المراد، فإذا كان الباحث يرمي من وراء الموازنة البحث عن نشأة الفكرة القانونية وجب عليه دراسة القوانين البدائية، وإذا كان الغرض هو تحسين قانون بلده وجب عليه دراسة القوانين المعاصرة.
- تعمَّد الدكتور شفيق أن يربط بين علم الخلاف ومناهجه في الإسلام، وبين القانون المقارن؛ لكن الدكتور الناهي ربط بينهما بصورة أكثر دقَّة، فبعدما قسم القانون المقارن إلى أقسام عدَّة، وضَّح أن علم الخلاف يرتبط تحديدًا بالنوموثيطيقية، أي: تقييم القواعد الموازن فيما بينها؛ لأن غرض علم الخلاف تفنيد الحجج وغربلة الأقوال وصولًا إلى القول الأدق.
- العناية بالمصدر التاريخي للقوانين؛ لأنه مُعين في تفسير النُّظُم وبيان تطورها، فالفقه الإسلامي يُعَدُّ مصدرًا رسميًّا وتاريخيًّا لكثير من القوانين المرعيَّة في

البلاد العربية، وقد تمكَّنت الدراسات المقارنة من التفريق بين آراء رجال المذاهب بحسب العصور، وبين ما أبقاه الاجتهاد الجديد من الاجتهاد القديم.

- ضرورة العناية بالتصورات الفلسفية لكل نظام، وقد ضرب مثالًا على ذلك بالنمط الإسلامي، فمَن يدرسه دون الإلمام بمصادره المعروفة في أصول الفقه، ودون الإلمام بروحه العامَّة من أنه دين سماوي يجمع بين المعتقد وسُبل إدارة شؤون الفرد والدولة في آن واحد، وأن هناك قيمًا كبرى تهيمن على كل فروعه؛ لن يتمكَّن من تفهمه، بل لعل دراسته ستأتي بنتائج غير دقيقة وجائرة في كثير من الأوقات.

- تُبيِّن هذه الدراسة كيفية التعامل مع الموروث الفقهي في العصر الحديث، فحين نقارن بين المذاهب فعلينا أن نلمَّ بخائص العصر الحديث، الذي يطالب بالمزيد من المساواة في مركز الرجل والمرأة في الحياة الاجتماعية، وأن ينظر للفقه الإسلامي نظرة متساوية، الأمر الذي يجعلنا حين نتعامل مع المذاهب الفقهية للتقنين يكون الاعتبار لقوة المصلحة والمقصد، وليس لقوة الدليل، خاصةً بعد استقرار المذاهب وتقعيد الآراء والبرهنة عليها؛ فلا يبقى مجال للفقيه القانوني سوى اختبار صلاحيتها للمجتمع، وعرضها بصورة تناسب ثقافة البيئة[٢].

- من أكثر الأشياء بروزًا في هذه الدراسة، التي لا بدَّ من النظر إليها حين تحليلها، أنها لم تقتصر على منهجية دراسة المقارنة، بل لفتت النظر أيضًا إلى الصعوبات التي تواجه الباحث المقارن، ومنها صعوبة الفصل بين المصنفات، فهناك مصنفات يُعاد نشرها وتحتوي على مرحلة تاريخية من النظام القانوني المدروس، ولا تفصح عمَّا جدَّ في الحياة العملية، ولا يسلم من ذلك حتى الفقه الإسلامي الذي يُدرس في دواوينه دون ملاحظة ذلك في مجال الفتوى

(٢) مجيد حميد العنبكي، أثر المصلحة في تشريع الأحكام بين النظامين الإسلامي والإنجليزي، رسالة ماجستير بكلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، تحت رقم (١٤١/ ١).

والقضاء، باعتبارهما بوصلتين لما يمكن العمل به، وما هو مجرد رياضة عقلية لا يمكن أن تجد واقعًا يحتضنها، وإذا كان الناهي قد عرض لبعض المشاكل فإنه يتجاوز دور الواصف ليضع لنا شيئًا من الحل، كأن يتعاون الموازن مع أحد رجال النظام المدروس خاصة أن تقدُّم القانون الموازن مرتبط بالتعاون الدولي.

ج- محاضرات الأستاذ لامبير بكلية الحقوق

وهي وثيقة تاريخية عن بداية الاهتمام بالقانون المقارن، ودور الطلبة الشرقيين في إنضاج هذا الحقل، وتُعَدُّ هذه الوثيقة وثيقة مهمَّة للغاية لعدَّة أسباب، منها:

- صدورها من عَلَم من أعلام القانون المقارن وهو لامبير.
- أنها أثبتت أن التنوع القانوني الذي كان في مصر ساعد على إيجاد بيئة حقيقية مقارنة؛ حيث إن القضاة من جنسيات مختلفة، والتفسيرات التي تصدرها المحاكم متنوعة، وما بها من تباين بين الخلفية اللاتينية وخلفية الفقه الإسلامي جعل هناك حافزًا للمقارنة الحقيقية. وإذا كان لامبير استطاع أن يجمل صورة التنوع الثقافي، فهذا لا يعني أن المشهد كان رائعًا منسجمًا، بل كان معبرًا -في أصدق صُوره- عن غزو ثقافي قانوني أتى ليضرب هويتنا القانونية في مقتل، ولعل لامبير أراد أن يستلَّ من وسط هذا الظلام باقة نور تُقلّل من دجى المشهد الثقافي آنذاك.
- أنها تُبيِّن دور الطلبة العرب في إثراء الدرس المقارن منذ بواكيره، خاصةً في الفترة ما بين سنة ١٩١٣م وأوائل سنة ١٩١٤م، وقد وضع لامبير أعمالهم في مجموعة سُميت «**أبحاث الشعبة الشرقية للدراسات القانونية والاجتماعية**»، ومنها ما أنجزه محمود فتحي في «**النظرية الإسلامية في التعسف في استعمال الحقوق**» و«**مسؤولية الدولة المصرية بسبب استعمال سلطتها العامة**» لعبد السلام ذهني. وهي كلها -كما يوضِّح لامبير- من صُنع مؤلفين تصطنع بلادهم العربية لغةً لها، وهم من بيئات حضارية إسلامية تُمثِّل اللغة العربية فيها أداة مهمَّة من أدوات الثقافة العالمية.

- أنها تكشف عن دفاع رجال القانون المقارن عن دور الشريعة في حركة الإثراء العالمية، يقول لامبير: «ودافعت دفاعًا قد يكون مسرفًا إسرافًا لا يجيزه حياد الرياسة عن رغبة الوفد في الاحتفاظ بمكان لدراسة الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون المقارن، وقد وافق المؤتمر على هذه الرغبة ونفذها المجمع الدولي للقانون المقارن، وكان من مقتضى البرنامج الذي وضعه للمؤتمر الدولي للقانون المقارن المدعو للانعقاد في **لاهاى** في آخر يوليو سنة ١٩٣٧م تضمين جدول أعماله عدَّة مسائل في الشريعة الإسلامية، وقد سنحت لي الفرصة لتنبيه المؤتمر علنًا إلى التعاون الذي يسديه المصريون لتسيير أعمال مركز دراسات القانون المقارن بليون»[٣].

- أنها تكشف عن نصائح جدّ خطيرة للمجتمع الشرقي، ومن أهمها: ضرورة الوعي بأنهم هم الذين يملكون أمضى الوسائل لإبراز الخدمات التي يمكن أن تؤديها الشريعة الإسلامية للقضاء المقارن؛ وأن تنمو في جامعتهم الوطنية ولها من الهبات والموقع ما يكفي لإعداد الوسائل الضرورية لإنشاء مركز للأبحاث العلمية على غرار المركز الذي أنشأه أسلافهم بليون، ليُسهم في عقد الصلة بين العالم الإسلامي والعالم المسيحي في ميدان القانون ومذاهب العلوم الاجتماعية التي تعين على فهمه؛ والعمل على إبراز النظريات التي يحملها الفقه الإسلامي بين ثناياه الثريَّة على غرار «**نظرية التعسف**» لمحمود فتحي.

د- أصول القانون المدني المقارن للدكتور عبد المنعم البدراوي

ركَّز البدراوي في مقارنته على نقطتين: موضوعة المقارنة، وأساليب المقارنة. لكنه حاول بصورة أكثر إحكامًا أن يلقي الضوء على النقاط التي تجعل المقارنة في أعلى درجات الدقَّة، ومن ذلك:

- ضرورة أن تتم المقارنة بين شرائع بلاد متقاربة في الحضارة، وفي درجة

(٣) محاضرة الأستاذ لامبير بكلية الحقوق، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، العدد العاشر، ص٤٤.

التقـدُّم القانونـي والسياسـي والاقتصـادي. ولا يهـمُّ بعد ذلـك أن تكون هذه الشـرائع متعاصرةً في الزمن. فقد تتقارب الأنظمة القانونية في بلدين رغم ما بينهما من تباعد في الزمن والعهد.

- الاهتمـام بنظريـة مصـادر القانـون، فالملاحظ أن الشُّـراح الـذي اهتموا بهذه النظرية ودرسـوها دراسـة مسـتفيضة في مسـتهل هـذا القرن هم الذيـن قدَّموا للقانون المقارن أجلَّ الخدمات.
- ألَّا يعتمـد الباحـث على مقارنة عدد كبير من القوانين؛ لأن ذلك سـيؤدي إلى عدم الدقَّة.
- أن يلمَّ الباحث بهيكل القانون ولا يعتمد على الصياغة، فقد يبدو التقارب في الصياغة بين قانون وآخر، ولكنهما في الحقيقة والواقع يختلفان اختلافًا كبيرًا فـي روحهمـا. فعلى سـبيل المثال، عنـد مطالعة القانون المدني السـوفيتي قد تبـدو أحكام العقـود والالتزامات فيه قريبة من مثيلاتهـا في أي قانون أوروبي آخر، ولكن ليست الحقيقة كذلك.
- ضـرورة العناية بالبُعْد الاجتماعي للقاعدة القانونية، فمن الأمور التي تكاد أن تكون من البديهيات أنه لا يمكن فهمُ قانون شـعب من الشـعوب بدون دراسة الظروف التي يعيش فيها هذا الشعب، فالحياة وحدها هي التي تُفسِّر لنا سبب وجـود القاعدة القانونية، ودراسـة المجتمع أمر ضروريٌّ لفهـم القانون الذي يُطبَّق فيه.

هـ- مبادئ القانون المقارن لعبد الرحمن البزاز

نلاحظ في هذه الدراسة الصغيرة ما يلي:

- بداية الاستقرار الفعلي على أن الشريعة الإسلامية واحدة من الشرائع الكبرى التي لا بدَّ من الرجوع إليها ونحن نقارن أو نطور القوانين المحلية.
- لعلها أولُ دراسة تجيب عن الأسباب التي تجعلنا نعتمد على الشرائع الثلاث:

الرومانيـة والإنجليزيـة والشـريعة الإسـلامية دون غيرهـا. فيـرى أن الاهتمام بالشـريعة الإسـلامية -مثلًا- راجع لأنها تعكس طبيعة وجودنا. فهي شريعتنا الأصليـة التـي يجب أن نزيد معارفنا بها، ونتعمَّق في فهمنا لمبادئها عن طريق الدراسة المقارنة. ثم إنه من المشاهد والمحسوس أننا كلما ازددنا في الوعي القومي والشـعور بالذات المتميز، وتحرَّرنا من بقايا الاسـتعمار والاسـتعمار الفكري خاصة، ازدادت أهمية الشـريعة، وازداد القسـط الذي نأخذه منها في تشريعنا الحديث(٤).

- تمكّن هذه الدراسة من الربط بين الدراسة التاريخية للقانون، وبين تفسير كثير من القوانين التي تجري بيننا اليوم.
- العناية بدور الفقهاء والقضاء في الشرائع الثلاث؛ إذ نجد أن الشريعة الرومانية ترفع كثيرًا من مقام الفقهاء، وتجعل لهم الصدارة في وضع القانون، في حين أنهـا مـن الناحية الأخـرى تحطُّ من مقام القاضي، وهي فـي هذا على النقيض تمامًا من الشريعة الإنجليزية التي تجعل الصدارة للقضاء، ولا تبقي للفقه إلا مجالًا ضيقًا، ولا تعترف بآراء أعظم الفقهاء الإنجليز شـأنًا، وليسـت لآرائهم قوة الإلزام. وأما في الشـريعة الإسـلامية فنجد من ناحية ثالثة أنها تقف موقفًا وسـطًا وتسـوي بين القاضـي والفقيه في الأهمية، وإن كانـت -في مرحلة من مراحل تطورها- أميلَ إلى إيثار الفقهاء.

و- حركة التقنين المدني في العصور الحديثة للأستاذ عبد الرزاق السنهوري

نلاحـظ في هذه الدراسـة نفسًـا عميقًـا من صاحبها، فمعظم الدراسـات السـابقة تحدَّثـت عن المقصود بالـدرس المقـارن، ومنهجيته، وصعوبتـه، والمبادئ الكبرى التي لا بدَّ من اتباعها؛ لكن السنهوري استطاع أن يُحدث تطورًا أعمق في هذا الجزء النظري من خلال الآتي:

---

(٤) فايز محمد حسـين، فلسـفة النظم القانونية وتطورها، الإسـكندرية: دار المطبوعات الجامعية؛ صوفي أبو طالب، القانون الروماني والشريعة الإسلامية، القاهرة: الأزهر الشريف، ص١٦٠.

- أنـه وضع أمام عين المقـارن القوانين التي تفرعت عن النُّظُم الكبرى (اللاتينة والأنجلوسكسونية والإسلامية).

- قـام السـنهوري بعمليـة تحليل كبيـرة لأكثر من عشـرين قانونًـا، أي إنه وضَّح موضـع القـوة والضعف فـي كل قانون، بحيث يكون الـدارس المقارن لاحقًا متفهمًـا لها بصورة عامَّة. لقد تكوَّنت لدى السـنهوري خبرة كبيرة حتى سـاق مثل هذه العبارة عن القانون الألماني بقوله: «لقد خسـر في سـبيل هذا النجاح مزيتـي الوضـوح والنزعـة العمليـة. ولا شـكَّ فـي أن العمـل الجليـل يملـي الاحتـرام، ولكنـه كان مجهودًا فقهيًّـا أكثر منه مجهودًا عمليًّا تسـري فيه روح الحيـاة»، وتلـك نظـرة ثاقبـة لا تنبهر بالشـكل والصياغـة، بقدر مـا تعنيه قدرة القوانين على مواجهة المشاكل.

- اسـتطاع السـنهوري أن يكـوِّن من العنصـر التحليلي العنصرَ الإنشـائي، حيث اسـتثمر كل مـا هـو جيد في ترقيـة القوانين العربية، واسـتطاع مـن خلال هذه الدراسـة التحليليـة أن يُقـدِّم انتقـادات لاذعـة للنُّظُـم الغربيـة بصـورة عامـة، والقانون الفرنسي الذي ظلَّ جاثمًا على صدر مجتمعاتنا بصورة خاصة.

- استطاعت دراسة السنهوري أن تستخلص من بعض التجارب منهجية توحيد القوانين العربية، كما هو الحال من استفادته من المشروع الفرنسي الإيطالي.

ثانيًا: الدراسات التي تناولت منهجية المقارنة بين الفقه والنُّظُم القانونية الحديثة

أ- تقرير عن المؤتمر الدولي للقانون المقارن للدكتور عبد الرزاق السنهوري

تأتي هذه المقالة بوصفها واحدة من الوثائق التاريخية التي ترتقي لدرجة الشهادة؛ حيث إن السنهوري كان حاضرًا بشخصه، أو بقلمه في تلك المؤتمرات، الأمر الذي يُكسبها مزيدًا من الأهمية، التي تتبلور في الآتي:

- تسـجيل لأهـم القـرارات التـي توضِّح سـير اتجـاه القانـون المقـارن وأهدافه الموضوعية بعيدًا عن القوميات.

- أنها تبرز تطور الاهتمام بالشريعة في الدرس المقارن، يقول السنهوري: «بقي عليَّ أن أشير إلى ما لإنشاء بيئة لدراسة القانون المقارن والشريعة الاسلامية من أهمية بالقياس إلى كلية الحقوق المصرية. وأن المكانة التي استردَّها المندوبون المصريون في المؤتمر، وكسبوها للشريعة الإسلامية لتبرِّر كل التبرير التفاؤل الذي يصحب التفكير في تحقيق مثل هذا المشروع»(٥).

ب- الشريعة الإسلامية والدرس المقارن للدكتور عبد الرزاق السنهوري

تُعَدُّ هذه الدراسة من الدراسات المقارنة داخل النطاق الخاص بين الفقه والقانون، وقد استللتها من مقالات السنهوري، ووضعت لها هذا الاسم الذي يليق بها، وقد اشتملت على عدَّة نواحٍ في تطوير هذا الحقل منها:

- إبراز الهدف من المقارنة بين الفقه والقانون، يقول السنهوري: «ليس الغرض إلى أن تنتهي دراسة الفقه الإسلامي إلى أن يكون صورة مطابقة للقانون المدني العراقي. فهذا القانون إنما هو مزيج من الفقه الإسلامي والقانون الغربي، فلا هو فقه إسلامي خالص، ولا هو قانون غربي محض. والذي نبتغيه من دراسة الفقه الإسلامي أن نبقيه فقهًا إسلاميًّا خالصًا. فليس المقصود إذن حيث يتلاقى الفقه الإسلامي والقانون الغربي في نص واحد أن نخرج القانون الغربي فنجعله فقهًا إسلاميًّا، ولا أن نخرج الفقه الإسلامي فنجعله قانونًا غربيًّا، بل ولا أن نستبقي الفقه الإسلامي على حاله. فقد ينتهي بنا الدرس إلى شيء من هذا، أو إلى كل هذا، أو إلى شيء غير هذا. والهدف الذي نرمي إليه هو تطوير الفقه الإسلامي وفقًا لاصول صناعته، حتى نشتقَّ منه قانونًا حديثًا يصلح للعصر الذي نحن فيه»(٦).

---

(٥) تقرير عن المؤتمر الدولي للقانون المقارن بلاهاي في اجتماعه الأول سنة ١٩٣٢م، وضعه باللغة الفرنسية عبد الرزاق السنهوري، وترجمه إلى اللغة العربية الأستاذ عبده حسن الزيات، نُشر بكلية الحقوق جامعة القاهرة عام ١٩٩٢م، ص١٤.

(٦) عبد الرزاق السنهوري، مجموعة مقالات وبحوث، جمع وتقديم: نادية السنهوري وتوفيق الشاوي، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٩٢م.

- استطاع السنهوري أن يجمل بصورة تطبيقية الحدود الفاصلة بين الفقه والقانون وحدود التقارب، وحدود التفوق، وحدود القصور على الأقل في إطار النظريات الفقهية التي ظهرت في عصره، أو على الأقل في حدود بحثه على سَعته وعُمقه، كل ذلك من خلال النتائج الخمس التي رصدها بعد مقارنة الفقه بالنُّظُم الحديثة.

ج- مقاصد الشريعة والقانون للدكتور محمد كمال إمام

تُعَدُّ هذه الدراسة واحدة من أهم الدراسات التي تضيق نطاق منهجية الدرس المقارن لتقصره على الشريعة الإسلامية فقط، وقد جاءت هذه الدراسة بعد الدراسات التاريخية التي تبرز حضور الشريعة في الدرس المقارن؛ لكونها تحدَّثت عن مقاصد المقارنة وأهدافها، وموقف الفقه الإسلامي ونظامه القضائي من الاستعانة بالقانون المقارن، وهذه أسئلة لا بدَّ من الإجابة عنها وتجليتها للباحث قبل رسم منهجية المقارنة. ويُعَدُّ التطور الملحوظ في هذه الدراسة الجادة أنها:

- تعرضت لموقف لامبير من الفقه الإسلامي بصورة أكثر تركيزًا على الفلسفة التي ينبع منها هذا الاهتمام، فكل الدراسات السابقة تحدَّثت عن دوره الذي لا يُغفل في بلورة هذا الفن بصورة عامة، دون أن تفصح بجلاءٍ عن عمقِ تقديره للفقه الإسلامي ونظامه القانوني.
- أنها دراسة نقدية، وتلك سمة تُميز فقهاء المسلمين في كل العصور؛ فلا يقبلون النظريات الغربية على علاتها، ولا يبهرهم مصدرها، ولا يتعاملون معها بكامل طاقة التحيُّز أو الجور، ولكن مناهج الإسلام التي تدعو إلى التبصُّر والعدالة تدفعهم إلى الحكم الموضوعي، وهذا ما نشاهده عند أستاذنا الدكتور كمال، فقد عرض كلًّا من نظريتي سالي ولامبير حول القانون المقارن، لكنه من جهة أخرى بيَّن مواضع الضعف فيهما، فعلى سبيل المثال رأى كمال إمام أن لامبير على ما قام به من بلورة للقانون المقارنة قد أفسده عندما اعتبره فنًّا لا علمًا؛ ذلك أن لامبير لم ينظر إلى القانون المقارن إلا من زاوية واحدة، وهي إمكان تطبيق الحقائق التي تُستفاد منه، ولم ينظر إليه من

حيث الحقائق القانونية التي تُستخلص عن طريق المقارنة، وفيما يتعلق بفكرة القانون العالمي عند سالي فيرى كمال إمام أنها فكرة غير دقيقة؛ لأنه يريد أن يعالج كل الأمراض بدواء واحد، وأنه يريد من جهة أخرى إذابة الهُويات كلها في حضارة واحدة، والأصل أن يُشتَقَّ القانون من رَحِم المجتمع وعاداته وتقاليده، وكل مجتمع يأخذ من القانون المقارن ما يتوافق مع هويته وأصوله.

- أنها من الدراسات التي أجابت عن موقف الفقه الإسلامي من القانون المقارن بالنسبة إلى عمل القاضي، وفي الحقيقة كانت إجابته صادمة؛ لأنه اعتبر أن الشرع أحال القاضي للعقل، وليس للقانون المقارن، وافترض أن بينهما تعارضًا، وفي الحقيقة نحن لا نأمر القاضي بأن يستعين بالقانون المقارن وهو معصوب العينين، بل يستعين به وهو يحمل مجموعةً من المقاصد والأُطر الأصولية التي تجعله في مأمنٍ من أن يُدخِل في الفقه ما ليس منه أو من أصوله، وكل ذلك بعد استفراغ كل سُبل الاجتهاد المتعارف عليها أصوليًّا.
- أنها من الدراسات الأولى التي وضحت كلًّا من مقاصد الشريعة والقانون المقارن، وقربت بينهما، بل واستطاعت أن تظهر أن المنهجية المقاصدية تستوعب في داخلها الكثير من وظائف القانون المقارن، وحاجته إلى دراسة نشأة الأفكار القانونية وتطورها، يقول: «إن المقاصد عند فقهاء الإسلام شجرة معرفة لها أدواتها المبتكرة، وعلومها المستحدثة، وفي مقدّمتها: علوم فقه الواقع، وفقه التنزيل، وفقه الموازنات، وفقه الأولويات، والفقه الافتراضي، وفقه الموازنات وفقه الأولويات يقعان في قلب منظومة القانون المقارن، ويصبح الوعي بالمقاصد من ضرورات النهوض بالقانون المقارن في عالمنا الإسلامي في النظرية والتطبيق»[٧].
- أنها لفتت الأنظار للدراسات التي كشفت عن إسهام الفقه الإسلامي –من خلال منظومة المقاصد– في بناء النظريات العالمية في عالم القانون المقارن، وتعتبر الدارسة العميقة لنظرية التعسُّف في استعمال الحق التي قدَّمها محمود

(٧) محمد كمال إمام، مقاصد الشريعة والقانون المقارن، بيروت: مركز البحوث المعاصرة، ٢٠١٧م.

فتحي مدخلًا تطبيقيًّا عمليًّا على العلاقة الوثيقة بينهما. فالنظرية في جانبها المعنوي تقوم على حديث «إنما الأعمال بالنيات»[٨]، وفي جانبها المادّي على حديث «لا ضرر، ولا ضرار»[٩]. وهذه النظرية -باتّساع مباحثها، وشمول آفاقها- لا يملك الدارس للقانون المقارن حيالها إلا الاعتراف بأن مثل هذه النظريات العامة في القانون لا سبيل إلى رفع قواعدها وإرساء بنيانها إلا من خلال المنهجية المقاصدية.

ويؤخذ على هذه الدراسة عدَّة أشياء:

- أنها فرضت على الباحث المقارن أن يبسط دراسته، فيجعلها تمتدّ إلى النُّظُم القانونية في كل الشرائع والأزمان وعند جميع الشعوب، حتى يتمكَّن من بناء نَسَقٍ عامٍّ يفسِّر به نشوء النُّظُم القانونية وتطورها واختفاءها، ويستنبط المعايير التي تحدِّد درجات النمو الحضاري الكامنة وراء نصوص القانون، وفي الحقيقة كلما كانت المساحة أكبر كانت الدقَّة أقلَّ، وهذا ما أشار إليه العديد من رجال الدرس المقارن، ولعل الدكتور كمال إمام ذكر ذلك لعدم ممارسته المقارنة في أي بحثٍ من بحوثه، فظنَّ أن الأمر سهل هيِّن.
- أنه افترض أن النظام القضائي في الفقه الإسلامي لا يجد طريقًا في منظومته للرجوع إلى القانون المقارن، وهذا تصور يفتقر للدقَّة، ولعل قلمه كان أسرع إلى هذه الفكرة من شدَّة تأمُّله.

ج- الفقه الإسلامي والقانون المدني المقارن للمستشار محمد صادق فهمي

بما أن صادق فهمي أحد رجال القانون الذين يعملون في حقل القضاء، كان تركيزه بصورة أكبر على أن تكون الاستعانة بالقانون المقارن محصورةً فيما تقبله البيئة المنقول إليها، وتلك لفتة نُصَّ عليها كثيرًا، لكنها تقع في فكر صادق فهمي من

---

(٨) أخرجه مسلم، باب من حبسه عن الغزو مرض، رقم (١٩١١)، باختلاف يسير.

(٩) حديث صحيح، أخرجه أحمد (٢٨٦٥)، والطبراني (١١٨٠٦)، وعند الدارقطني في الأقضية (ص٥٢٢). انظر: الزيلعي، نصب الراية، ج٤، ص٣٨٥.

خلال خبرة التطبيق، ونلاحظ هذا عند حديثه عن الشريعة ومقوماتها القانونية، حيث كانت نظرته نابعةً من رؤيته القضائية التطبيقية للفقه في ساحات المحاكم.

لقد أسهمت هذه الدراسة في الكشف عن عدَّة أشياء ذات أهمية بالغة، لعل على رأسها:

- كيف أصبحت الشريعة مصدرًا رابعًا في القانون المقارن؛ حيث تطرقت الدراسة للأسباب التي تجعل الفقه الإسلامي من الناحية الفنية أحد أبرز حقول المقارنة في الدرس المقارن، وتعرضت من جهة أخرى لقضية التضييق لأحكامها في البلاد العربية؛ حيث أرجعت السبب لأسباب فنية وليست علمية.

- القواعد الضرورية للعمل بمقارنة الشرائع لتعديل القوانين الوطنية، ومنها:

أولًا: أن تشريع كل أُمَّة هو من خصائصها، وله ارتباط وثيق بأخلاقها وتقاليدها، وما هو إلا مظهر من مظاهرها الاجتماعية ومرآة لحالتها من جميع نواحي الحياة، أو كما يقول العالم الألماني سافيني: «إن قانون الأُمَّة كالثمرة يخرج من الزهرة»، أي إن تشريع كل أُمَّة هو منها وإليها.

ثانيًا: أن القاعدة السابقة لا تمنع من الالتجاء إلى التشريعات الأجنبية؛ لسدِّ النقص أو الثلم في التشريع الوطني، ولكن يجب تحديد المسألة المراد بحثها، والتي يرجى الاستفادة منها، وبالقدر الذي تدعو إليه الضرورة الملحَّة.

ثالثًا: وجوب تحديد التشريعات الأجنبية التي يتوافر فيها طرق البحث باعتبارها تشريعاتٍ أصلية لها ذاتيتها، وقرَّر المؤتمر أن هذه التشريعات ثلاثة: القانون الفرنسي، والقانون الألماني والقانون الإنجليزي.

رابعًا: أنه متى تم اختيار القوانين الأجنبية التي تكون أساسًا للمقارنة وحدّدت المسألة المراد بحثها لسدّ النقص في القانون الوطني، وجب دراستها وبحثها بطريقة مستفيضة بتتبُّع تطورها القانوني من وقت نشوئها وتطورها، والحالة التي وصلت إليها؛ حتى يلمَّ بها الباحث إلمامًا فنيًّا دقيقًا ليخرج بنتيجة منسجمة مع القانون الوطني.

د- منهج النظر في دراسة القانون مقارنًا بالشريعة للمستشار طارق البشري

لعل معظم الدراسات التي قمنا بتحليلها اهتمَّت وركَّزت على أصول المقارنة ومبادئها بين الشريعة والقانون دون الربط بين تلك المقارنات والظروف المحيطة بها، ويحاول البشري في دراسته أن يأخذنا بعيدًا عن الأصول الأكاديمية البحتة، ليحلِّق بنا في دراسة فلسفية تكشف لنا عن الظروف التي خضعت لها المقارنة، مع الربط بغزو الفكر العلماني للبلاد، ثم يعود ليضع المنهجية التي تراعي أصول الشريعة، والمنهجية التي يجب أن نتبعها حين نكشف عن مصدرية القوانين وفرزها، والتي بدورها ستحمينا من أن ننصهر في ثقافة الغير دون أن ندري، كما أنها من زاوية أخرى تكشف عن المراحل التي مرَّ بها تغلغل القوانين داخل مسام المجتمع، بدايةً من اعتبارها وسيلةً للنهوض، ثم وسيلة للهيمنة القانونية، ثم وسيلة للهيمنة الثقافية بوجه عام.

ولا تكتفي الدراسة بالوصف فقط، بل تحاول الدراسة من زواية أخرى أن تضع منهجًا لكيفية تخلّل الشريعة داخل النظام القانوني الوضعي، بعدما تمكَّن الأخير من زعزعة أركانها لا في الوجود والشعور، ولكن في سُبل الإدارة والثقافة السائدة.

ولعل من حسنات هذه الدراسة أنها أضافت ما يُسمَّى «**الهضم الشرعي والثقافي**»، ويعني به: كيف يمكن أن تفصل النص عن بيئته، وتُخضعه لشروط الحكم الشرعي وأُطره في الفقه الإسلامي، ولا شكَّ أن العمل القضائي للمستشار البشري يعطي مزيدًا من الاهتمام بدراسته لكونها تنبع من رؤية تطبيقية متمرسة.

ثالثًا: الدراسات التي وظفت المقارنة في الإصلاح القانوني للبلاد العربية

أ- وجوب تنقيح القانون المدني المصري للدكتور عبد الرزاق السنهوري

يُعَدُّ السنهوري صاحب النصيب الأوفى، بل والأدق في الدراسات المقارنة في الوطن العربي، وتأتي هذه الدراسة نموذجًا تطبيقيًّا لتفعيل المقارنة في إصلاح القوانين العربية، مما يجعلها صورةً صادقةً لقرارت القانون المقارن التي جمعتها الدراسات السابقة، ويمكن أن نضيف إلى هذه الأهمية عدَّة نقاط أخرى منها:

- كيفية الإفادة من القوانين الحديثة دون أن نفقد مقوماتنا القومية.
- إثبات النظريات الحديثة في حركة القوانين العالمية، وكيف يمكن أن نخرجها من أعمال القضاء.
- كيف يمكن للمشرع المصري أن يفيد من الشريعة في تنقيح القانون المصري، بما اشتملت عليه من نظريات، بعضها أقرته القوانين الحديثة، وبعضها سبقت فيها الشريعة غيرها.
- أنها رسمت خطةً دقيقةً لتحويل الشريعة إلى نظامٍ قانونيٍّ رصينٍ من خلال العناية بدراستها وتجلية أصولها على نحو ما قرَّره السنهوري داخل دراسته.

ب- من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي للدكتور عبد الرزاق السنهوري

هذه هي الدراسة التطبيقية الثانية للسنهوري التي توضِّح كيف يمكن توظيف الدراسة المقارنة في الإصلاح القانوني، فالسنهوري بعدما أنجز مهمته في مصر، حاول أن يفيد العراق من صياغته الحديثة للقوانين التي جمعها من واقع الدرس المقارن والخبرة العملية، وهو في الحقيقة لا يُقدِّم خدمة للقانون وحسب، بل يُقدِّم أيضًا خدمة للفقه الإسلامي حين يعرضه في ثوب حسن، وحين يُخرج من دواوينه النظريات الحديثة التي ملأت عالم القوانين، وعلى المستوى الشخصي لحياة السنهوري فإن هذه الدراسة أثقلت حِسَّه ووعيه بالفقه وأهميته كنظام قانوني. ويمكن أن نتلمس أهمية تلك الدراسة وتطورها في الآتي:

- أنها تبرز الجانب المهم في المقارنة من حيثُ التطبيق كسابقتها.
- أبرزت المشكلات التي توجد في القوانين العربية القديمة، كما أبرزت العيوب الفنية التي توجد في مجلة الأحكام العدلية، وسُبل تلافيها، وإن كنا لا نوافقه في بعضها.
- وضعت منهجية جيدة في كيفية تخريج النظريات الحديثة من الفقه الإسلامي

وفـق الأصول والمبادئ التي يسـمح بهـا. وهو منهج في نظري جيد جدًّا لكل مَن أراد تطوير القوانين أو مراجعتها لإبراز مصدريتها الشرعية.

- كمـا أن المقـالات تُبيِّـن الطريقة التي يحاول بهـا المقارن لمَّ شـتات القوانين المبعثـرة مع تنوع مصادرها، فقد تمكَّن السـنهوري مـن جمع مصادر القانون العراقـي، وضمها في بوتقة واحدة محدثًا بينها انسـجامًا في المعالجة بصورة تسـاير روح العصـر، ولا تخرج عن ثقافة المجتمـع. ففصل أحكامها موفقًا ما بين أحكام الفقه الإسـلامي ونصـوص المجلة من جهة، وبين مبادئ القوانين الغربية مقتبسـة من نصوص القانون المصري الجديد من جهة أخرى. وأدمج فـي هذا كله نصوص قانون الأراضي، بعـد أن هذَّب صياغتها ووضَّح المبهم منهـا؛ فوفَّـق في الرهن الرسـمي ما بين أحـكام التشـريعات العراقية الخاصة، ونصـوص القانـون المصري الجديد، وألَّف ما بين هـذه النصوص ونصوص المجلـة في رهن الحيـازة، واحتذى في حقوق الامتياز مثال القانون المصري الجديد.

رابعًا: الدراسات التي وظَّفت المقارنة في الوحدة القانونية للأمة العربية

أ- القانون المدني العربي للدكتور عبد الرزاق السنهوري

ذكـرتُ فـي هذه الدراسـة أنه قـد يكون الهدف مـن المقارنة هو توحيـد القوانين، وتأتي هذه الدراسـة لتكشـف عن الخطوات الجادة التي رسـمها السـنهوري تحقيقًا لهذا الغرض، وترجع أهمية هذه الدراسة في الآتي:

- أنهـا وضَّحـت بصـورة جغرافية حالـة القانون المدني فـي كل قطر عربي، ولا شكَّ أن التشخيص يسبق العلاج.
- أنها تكشف عن الخطة التي ينبغي اتباعها عندما نريد أن نجعل الشريعة حلقة الوصل بين القوانين العربية.
- تمكُّـن هذه الدراسـة من إحداث الانسـجام بيـن القوانين العربيـة، فلم تجعل

بنودها في حالة صراع، بل في حالة تكامل وتآلف، فالقانون المصري الذي يُمثِّل الثقافة الغربية قادر على أن يمدَّ القانون العراقي بأرقى سُبل التبويب والصياغة، في حين أن الفقه العراقي قادرٌ على صبغ القوانين الحديثة بالصبغة الإسلامية، ومن خلال هذين العنصرين يمكن أن نقيم القانون العربي الموحَّد.

ب- مقدمة عامة عن منهجية الفقه الإسلامي المقارن للدكتور محمد أحمد سراج

تنتمي هذه الدراسة التي أنجزها أستاذنا سراج إلى الدراسات المقارنة التي توضِّح المنهجية الحديثة للموازنة بين الفقه والقانون، وتُعَدُّ هذه الدراسة -في نظري- آخر مراحل تطور منهجية الدراسة المقارنة، ويمكن أن نتلمس هذا التطور في الآتي:

- أنها تحاول الربط بين القوانين العربية من خلال البحث عن القواسم المشتركة، وتقييم الجزء المختلف فيه من خلال إخضاعه للنص والمصلحة، فالهدف من المقارنة -وَفْقَ هذه الدراسة- تحقيق المصالح العليا للمجتمعات الإسلامية، سواء في السعي إلى توحيد التشريع لهذه المجتمعات، أو في استعادة المكانة العالمية للفقه الإسلامي، أو في إصلاح عمل مؤسسات العدالة، فإن من اليسير ربط آلية المقارنة بكلٍّ من فقه المصالح وبمقاصد الشريعة في تحقيق الكرامة الإنسانية، والعدل، والمساواة، وصون الحياة الإنسانية والدين والعرض والمال، كل ذلك من خلال منهجية بسيطة في بنيتها عميقة في معانيها رسمها أستاذنا سراج في دراسته.
- أنها أضافت هدفًا مهمًّا غفلت عنه الدراسات السابقة، وهو توظيف المقارنة للكشف عن المنشأ الفقهي الصحيح للقاعدة القانونية التي أخذها مشرعونا مباشرةً من مصادر غربية، فيؤدي إعادة توطينها في الفقه إلى الأُلفة معها، وإثراء توظيفها في تحقيق العدالة، وذلك كقاعدة التعسف في استعمال الحق التي أخذتها القوانين المدنية العربية بحسبانها أول الأمر من أفضل ما جادت

به قريحة المشرع الفرنسي، ثم ما لبثت الدراسات المتعاقبة أن برهنت بجلاءٍ مصدرية الفقه الإسلامي لهذه القاعدة.

- أنها فرقت بين مستويات ثلاثة في المقارنة: **مستوى المقارنة بين المذاهب الفقهية**، وهو مستوى جيد على المستوى النظري ينقصه الكثير على المستوى العملي من خلال ربطه بالواقع الاجتماعي، ومده بأنسب الحلول، و**مستوى المقارنة بين القوانين العربية** لاختيار أفضل الحلول وتعميمها، و**مستوى المقارنة بين الشريعة والقانون** لاختبار اختياراتنا المحلية في النطاق العالمي، ووضحت الدراسة متطلبات كل مرحلة وآلياتها.

- بناءً على النقطة السابقة، فإن الدراسة تقسم مجالات المقارنة حسب كل مستوى، فيمكن استبعاد مجال العبادات الشرعية من المقارنة إلا فيما بين المذاهب الفقهية. وكذا يمكن تناول قانون الأسرة بالمستويين الأول (داخل المذاهب) والثاني (بين المذاهب والقوانين العربية) مع استبعاد المقارنة بالمستوى الثالث (الاتجاهات التشريعية العالمية). وعلى الخلاف من ذلك، يُمثِّل فقه المعاملات والقانون الدولي والإنساني مجالًا حيويًّا للمقارنة، أما القوانين التي يجري عقد المقارنة معها فهي القوانين العربية أولًا، والإسلامية بعد ذلك، ثم الاتجاهات التشريعية للنُّظُم القانونية العالمية والمؤثرة في الأوضاع التشريعية للبلاد العربية والإسلامية.

خامسًا: الدراسات التقييمية للتجارب المقارنة بين الفقه والقانون

أ- مصادر الحق في الفقه الإسلامي: تجربة حاسمة في أسلوب دراسة الفقه الإسلامي للدكتور محمد زكي عبد البر

تُعَدُّ هذه الدراسة من أدق الدراسات وأطولها فيما يتعلق بالجانب النقدي والتقييمي في هذا الحقل، وهي دراسة لا تهتمُّ بالجزئيات والحكم عليها بقدر اهتمامها بالمنهج وإصلاح ما اعوج من بنيانه، وإذا كانت هذه الدراسة في مجملها تأخذ المنحى التطبيقي، فإنها على صعيد آخر تؤسِّس منهاجًا لمعايير شبه ثابته

للحكـم على كل تجربة تخوض فـي لجج المقارنة بين الفقه والقانون، ولعل نواحي التطور في هذه الدراسة الرائدة تتمركز حول ما يلي:

- أنهـا تناقـش أدقَّ تجربة تمـت بعد زوال أيدي الاحتـلال الخبيثة، وهي تجربة السنهوري في كتابه «**مصادر الحق**».
- أنهـا ترسـم طريقًـا جادًّا لمن يريد رسـم نظرية للتطور الفقهـي؛ حيث عليه أن يتتبـع الفقه الإسـلامي في مسـيرته عبـر الزمان، ويسـجل ما يراه مـن تغيُّر في الاجتهـاد بتغيُّر الزمان أو المـكان أو الظروف، وهذا أمر مهم، فالماضي دليل المسـتقبل، ثـم يربط ذلك بالآراء المعاصرة؛ لأن بتـرَ الرأي الفقهي عن حلقة تطـوره والحكـم عليـه دون بقية الشـوط يلقي مزيـدًا من الحكـم الجائر عليه وعلى مسيرته، ولربما على تصوره الكُليّ.
- أن هذه الدراسـة رسـمت الطرق التي من خلالها نستطيع أن نبرز استقلال كل نظـام عـن الآخـر في مسـيرته وفكـره ومعالجته للمسـائل، مما نتج عنـه إبراز استقلال الفقه الإسلامي عن القانون الروماني، وبذا دُفعت الفرية التي حاول بعض المستشرقين إلصاقها بالفقه الإسلامي، وهي أن الفقه الإسلامي مأخوذ عن القانون الروماني[١٠].
- لقـد سـاعدت دراسـة عبد البـر فـي بيان مـا بلغه الفقه الإسـلامي مـن دقَّة في الترتيـب المنطقـي، ففـي اللحظة التي يحاول فيها السـنهوري إثبـات أن الفقه الإسـلامي يعتمد على التجزئة والتشـتُّت وأن علينا أن نبني من حجارته نظريةً للعقـد علـى غـرار الفقـه الغربـي، يلاحقـه عبد البر بتقسـيم «**بدائـع الصنائع**» للكاسـاني الذي قسم فيه العقد تقسـيما بديعًا يتوافق مع ما توصل إليه الغرب وما يصبو إليه السنهوري.

---

(١٠) صوفي أبو طالب، بين الشـريعة الإسـلامية والقانون الروماني، القاهرة: الأزهر الشـريف، ١٤٣٤هـ، ص٤٠؛ برهـان محمـد عطا الله، تأثير الفقه الإسـلامي علـى تكوين القانون الإنجليـزي، مجلة قضايا الدولة، العدد ٥٣، يوليو ٢٠٠٩م، ص١٠٠.

- يمكن لنا القول إن هذه الدراسة، بما شدَّدت عليه من ضرورة أن يُدرس الفقه الإسلامي بأسلوبه، والحكم على معظم جهود السنهوري في الدرس المقارن بالإخفاق، من الدراسات التي جاءت لتحدّ من غلواء الانفتاح المبالغ فيه على الدراسات الغربية لدرجة تنسينا أصول هذا الفقه وطابعه، والتعامل معه على أنه نتاج بشري خالص يسمح لنا بالتصرف فيه وفق تصوراتنا، لا وفق فلسفته التي علينا اتباعها، أي إن تلك الدراسات هي التي سمحت بأن يمرَّ من خلف الحجب الاجتهادات التي سلكت المسلك الصحيح في النقد والإنشاء والتنظير.

وإذا جاز لنا أن ننقد هذه المقالة، فمن ذلك النقد استخدام اللغة الخطابية، والمبالغة في النقد لدرجة الوقوف على ظواهر الكلمات دون اعتبار للمقصد والشخصية التي تناقش، ومن ذلك قوله: «ومن التساهل في التعبير وصف المشروعية في الفقه الإسلامي بأنها «فكرة»؛ إذ الفقه الإسلامي ليس إلا شرحًا للكتاب والسُّنة واستنباطًا منهما، ولا يقال لما في الكتاب والسُّنة «فكرة»، جلَّ الله سبحانه وتعالى عن ذلك علوًّا كبيرًا»[١١].

ب- تقييم التجارب المقارنة عند الدكتور محمد أحمد سراج

إن دراسة أستاذنا سراج في شقها الآخر تُقيِّم أربع تجارب من المقارنات، وهي: تجربة مخلوف المنياوي، وتجربة عبد الله حسين التيدي، وتجربة محمد قدري باشا، ويختمها بتجربة عبد الرزاق السنهوري. فهو يبيِّن في كل تجربة الظروفَ الدافعة إليها، والمنهج المتَّبع فيها، والهدف المرجوَّ منها، مع دراسة نقدية لكلٍّ منها بحيث يكشف النقطة التي توقفت عندها، وكيف يمكن أن تستكمل طريقها، وأظن أن دراسة الدكتور سراج قد خففت من الانتقادات الشديدة التي وجَّهها عبد البر للسنهوري، كما أن دراسته عن تجربة السنهوري أتت في تطورها الطبيعي بعد التيدي وغيره، مما يجعلها امتدادًا للتجارب داخل الوطن العربي؛ بحيث يبرز مدى نجاحها

(١١) محمد زكي عبد البر، مصادر الحق في الفقه الإسلامي: تجربة حاسمة في أسلوب دراسة الفقه الإسلامي، كلية الشريعة بالرياض، ١٣٩٧هـ/ ١٩٧٧م.

مقارنة بالتجارب الأخرى، في حين أن النظر إليها بعيدًا عن امتدادها التاريخي -كما فعل عبد البر- يفقدها كثيرًا من مقومات نجاحها وتطورها.

إن هـذه الدراسـة تكشـف بصورة جليَّة عـن المنهج النقـدي والتقييمي للدراسـة المقارنـة التطبيقيـة، التي من خلالها يتمكَّـن المقارِن من أن يتلافى كثيرًا من الأخطاء التـي وقعـت فيها الدراسـات السـابقة، يقول الدكتور سـراج: «وتسـرف الدراسـات المقارنـة للفقه الإسـلامي بغيره في اتخاذ إثبات تفوُّق الفقه الإسـلامي وسـبقه غيره هدفًـا لها. لكن المشـكلة أن هذا الهدف الأكاديمي مُغـرِقٌ في النظرية، ولا طائل منه في العمل، ويمكن فهمُ الظروف النفسـية والثقافية التي أوجبت هذا الإسـراف. غير أن الهـدف الـذي قـد يصحُّ الانتقال إليـه الآن هو توظيف المقارنة توظيفًا يسـمح لها بالتأثير في التوجُّه التشـريعي للدول العربية والإسلامية بوجه العموم؛ لترقية قوانينها والإفادة مما بينها من اختلافات تشريعية، مع ربط هذا كله بالقواعد الفقهية»[١٢].

والله من وراء القصد

د. أحمد حسين عثمان

(١٢) محمـد أحمـد سـراج، ضمان العدوان في الفقه الإسـلامي: دراسـة فقهيـة مقارنة بأحكام المسـؤولية التقصيرية في القانون، الإسكندرية: دار المطبوعات، ط٢، ٢٠١٥م، مقدمة الكتاب.