

## منهج النظر في دراسة القانون مقارناً بالشرعية\*

طارق البشري\*\*

-1-

قد يكون تناولي لهذا الموضوع مما يجري على غير ما يتوقع السادة واضعو برامج الندوة، وعلى غير ما فهمت أولاً مما هو مطلوب. بل إنه يجري الآن على غير ما بدأت به دراسة الموضوع وعلى غير ما شرعت بكتابته في البداية. وموضوعات المحور الثالث في الندوة عن تدريس "القانون والشرعية"، وأول البحوث عن منهج دراسة القانون المقارن، وثانيهما عن المنهج المقارن في دراسة الشرعية، وثالثهما الذي تتعلق به هذه الورقة هو عن مناهج دراسة القانون مقارناً بالشرعية، ومناهج تدريسها تدریساً مقارناً، ومدى صلاحية كل منها.

وقد بدأت بالمعتاد والمتوقع، بدأت بمطالعة عينات للدراسات وكتب التدريس التي اتبعت الأسلوب المقارن، ووقفت كثيراً بين إمكان اختيار العينات لذلك وإمكان "المسح" بالقدر المتيسر للجهد الفردي، كما ترددت بين التقاط الظواهر العامة في هذا الشأن ومحاوله التدقيق في تفاصيل العملية التي تتبع في وضع المقارنة. ثم فجأة القي في ذهني السؤال عما نريد من هذه الدراسة، وما هو معيار التقويم لصحة هذه المناهج أو فسادهما، ومعيار التقويم هنا لا ترد الحاجة إليه فقط لمعرفة مدى الصواب والخطأ، وإنما هو لازم لاختيار المادة المبحوثة. فنحن لا نستطيع أن نجمع مادة أي بحث إلا إذا كان لدينا معيار مسبق لما نأخذه وما نتركه، مما نرى له وجه دلالة في السياق المبحوث فنأخذه، أو لا نرى له دلالة مؤثرة في المجال المبحوث فنتركه. وبعبارة أخرى، إننا لا نستطيع أن نجيب في أمر ما قبل أن يتجلى لنا السؤال عن هذا الأمر.

\* ورقة عمل قدمت إلى: ندوة تدريس القانون واحتياجات المجتمع القطري التي نظمتها كلية الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية بجامعة قطر، 23-26 ديسمبر 1995م.

\*\* ليسانس حقوق من جامعة القاهرة، 1372هـ/ 1953م، النائب الأول لرئيس مجلس الدولة المصري.

والسؤال الأول هو: ما الذي نريد من هذه المقارنة التي نجريها بين القانون والشرية؟ إن ما نريده وما نحدده هدفاً لنا يتوقف عليه تقدير مدى صواب منهج المقارنة أو خطأه وتقدير أفضلية منهج على غيره لأن المنهج طريق ينتسب إلى الغاية منه. في مرحلة ما أردنا إثبات أن الشريعة لا تقل عن القانون الوضعي، من حيث الاستجابة لحاجات الناس، وما أكثر ما جمع باحثونا بين هذه الدلالات يستخلصونها من مقارنتهم.

بدأت المقارنة مع الشك الذي أصاب العقل المسلم في قدرة الفكر السائد في مجتمع على تحقيق النهضة المرجوة، بعد أن بهره تفوق الغرب وانتصاره على المسلمين بحكوماتهم ونظمهم، وبعد أن بهره ما أراه من نظم وممارسات في المجتمعات الأوروبية فقام يستنهض أمته بعقد المقارنات وباستخلاص ما قدر نفعه لدى الغرب ينقله ويعمل على ضمه واستيعابه في أطره المرجعية الإسلامية ومعايير احتكامه المستمدة من هذه الأطر. ويتجلى هذا في اجتهادات الشيخ محمد عبده ومن جرى على نهجه من العلماء والمصلحين.

وقد تعدلت القوانين والنظم إلى ما صارت به مأخوذة من قوانين الغرب ونظمه وإلى ما جرت به في إطار المرجعيات الغربية، وكان لا بد لتسوية هذه النقلة الخطيرة من أن تجري الكتابات والأقوال بعدم جدارة الشريعة الإسلامية لأن تحكم مجتمعاً يريد النهوض وهو في القرن العشرين، وأن أحكامها التي ظهرت منذ بضعة عشر قرناً قد صارت من تراث الغابرين، وجاء العقل الإسلامي على ذلك بعقد المقارنة بين أحكام الشريعة وأحكام القانون، لإثبات أفضليتها عليه وأسبقيتها، أو على الأقل لإثبات أنها لا تزال صالحة لحكم مجتمعات تعيش في القرن العشرين. ومن هنا جرت البحوث المقارنة لإثبات هذه الصلاحية وهذه المواكبة الزمنية لما اعتبر من ملامح المعاصرة في القرن العشرين نجد هذا في ما يظهر لنا من اجتهادات أمثال أساتذتنا الشيخ عبد الوهاب خلاف والشيخ علي الخفيف ممن درسوا في مدرسة القضاء الشرعي ومن على شاكلتهم.

إنني هنا لا أؤرخ، ولكنني أكتفي بالإشارة إلى السياق العام، آملاً أن يساعد ذلك على أن يظهر في النهاية وجه ما أريد أن أطرحه، وأنا في صدد رسم ملامح هذا السياق العام، إنما يجري مني القول بتعميمات قد لا تخلو من عدم الدقة، لأن التعميم يوجب قدرًا من التجريد يتخفف من التفاصيل ومما يعتبر أوضاعاً عارضة، لذلك كان التعميم دائماً لا يخلو من مجازفات ومن تعرُّض الصورة الكلية للعديد من التفصيلات العارضة.

لما ساد التشريع قوانين الغرب ونظمه، ظهر المطلب للعودة إلى الشريعة الإسلامية، ظهر بالتدريج، لأن العقل المسلم لم يكن يتصور في البداية أن تلك القوانين والنظم الغربية وضعت لتسود المجتمع كله ولتحل محل الشريعة الإسلامية، نظر إليها في البدايات على أنها نظم وافدة تقف بجوار الشريعة ولا تقصيها. يشهد على ذلك في مصر مثلاً أن القوانين الآخذة من الغرب عندما صدرت في سنة 1883 وأنشئت المحاكم الأهلية لتطبيقها، لم يتضمن كل ذلك أن المحاكم الأهلية هي جهة القضاء ذات الولاية العامة، وأن الناس استصحبوا من هذا السكوت أن الولاية القضائية العامة بقيت للقضاء الشرعي، كما يشهد به أن وزيرين منهما علي مبارك وافقوا على سن تلك التشريعات وإصدارها إقناعاً للأجانب بأن يستغنوا بها عن المحاكم المختلطة لأنها تطبق قوانين آخذة من مواردهم، فتكون مصر بهذا الإصدار قد استردت سيادتها القضائية وبعضاً من سيادتها التشريعية وإن بقيت مقيدة، لأن القضاء الأهلي تقيمه حكومة مصر دون مشاركة للحكومات الأجنبية في التعيين، ولأن القانون الأهلي تصدره الحكومة المصرية دون توقف على مشيئة الدول صاحبة الامتياز، وإن كانت الحكومة المصرية مقيدة بأن تصدر تلك التشريعات من موارد الغرب ومشارعه، ثم اكتسبت تلك المحاكم الأهلية الولاية العامة بعد إنشائها بعدد من السنين وكان الاستعمار البريطاني قد مد جذوره في الأرض المصرية مع خواتيم القرن التاسع عشر، وكان الفكر العلماني قد صارت له مؤسساته ودعواته، سواء في مدارس الدولة أو في دوريات الثقافة أو في الصحف السيارة.

من هنا بدأت المطالبة بالعودة إلى الشريعة الإسلامية شريعة حاكمية، وإلى القضاء الشرعي الذي يطبقها بوصفها صاحب الولاية العامة. بدأت هذه المطالبة قبل الحرب العالمية الأولى بوصفها مطلباً مهنيّاً، ولكن أقول: إنه كان يدور على أسس فقهية وفكرية واجتماعية، ويتردد الحديث بشأنه بين رجال الصفة من العلماء وغيرهم. ثم تطور الأمر بعد الحرب العالمية الأولى وبعد قيام ثورة 1919م، وبعد انكشاف أن التحول الذي كان يجري في المجتمع المصري وفي غيره من مجتمعات المسلمين، لا يقتصر على استبدال قوانين بقوانين، ولا على الاستعاضة عن تنظيم قضائي بتنظيم آخر، ولكنه يمتد تحويلاً لأسس الشريعة الإسلامية -وهي ركن النظم الإسلامية- إنما أريد إقصاؤها لا لعود أو نقص أو قصور في تنظيمها للمجتمع وثقيفها للبشر، ولكن أريد بإقصائها تغييب شعور الجماعة بذاتها، وتفكيك قوى التماسك فيها بوصفها جماعة ذات هوية وموقف حضاري وتاريخ ممتد. ومن هنا بدأ مطلب العودة إلى الشريعة الإسلامية

يتحول من مطلب فقهي مهني اجتماعي إلى مطلب سياسي، وجرى ذلك على أيدي الحركات السياسية الإسلامية التي ظهرت مع نهاية العشرينيات من القرن الحالي، وهو لا يزال كذلك.

لقد صار تطبيق الشريعة الإسلامية، أو العودة إلى الاحتكام إليها، صار "مسألة" أو "فضية"، وصارت هذه المسألة تعالج في مجالين: مجال فكري يقوم بإعداد البحوث والدراسات وبذل الجهود للمواءمة بين أحكام الشريعة الإسلامية وأوضاع الواقع المعيش ومطالبه، وبإجراء المقارنات بين أحكام القوانين الوضعية والأحكام التي تفتق عنها الفقه الإسلامي أو التي يمكن أن يتفتق عنها، ومجال سياسي يطالب بتطبيق الشريعة الإسلامية ويحشد النفوس للمطالبة بها، ويقف حارساً على هذه الدعوة، ويبين مدى ارتباط الشريعة الإسلامية والاحتكام إليها بالموقف العقدي الإسلامي، ومدى ما يطرأ من نقص على إسلامية المسلم إن ابتعد عن الاحتكام إلى شرع الله، وما يلحق المجتمع الإسلامي من عوار في هذه الحالة. ومن الطبيعي أن كلا المجالين يؤثر في الآخر ويتأثر به، وهو يغذيه ويتغذى بنتائجه.

على أني أجازف بالقول: إنه وإن كان كلا النشاطين، كل في مجاله، يتجه إلى جمهور يتلقى عنه، وكل منهما يستخدم الأدوات الصالحة لهذا التوجه، سواء بالبحث العلمي بالنسبة للنشاط الفكري، أو بالدعوة بالنسبة لمجال النشاط السياسي، فإن كلاهما كان يستبطن في وعيه أن الغاية المرجحة هي أن تتبنى الدولة العودة لتطبيق الشريعة الإسلامية هدفاً لها، وأن يستعيد المجتمع المسلم شريعته بواسطة سلطة الدولة وعن طريق قراراتها الملزمة القادرة وحدها على تحقيق هذا الأمر.

كان ولا يزال الهدف المستبطن هو تقنين الشريعة الإسلامية، أي صياغة أحكامها صياغة قانونية معاصرة و لتصدر بها قوانين وقرارات من الدولة، وتكتسب سيادتها من إقرار الدولة لها وإصدارها لأحكامها، ووقوفها كافلة تطبيقها، حارسة على حسن إعمالها. وهنا ظهرت العقبة الكؤود التي تزداد كل حين امتناعاً، كلما ازدادت مع الوقت المطالبة بعودة الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

يجدر بنا أن نفرق ونميز بين الدولة من حيث هي هيئة وهيكل تكوين أسلوب أداء والعاملين فيها من ناس متخصصين تتوزع عليهم التخصصات كل فيما تأهل له، وتنقسم بينهم الأعمال نوعيات ومستويات، ليتجمع الأداء الكلي بعد ذلك من مجمل ما أفضت إليه تلك الأعمال، وهي يتجمع مصطبغاً بالهدف الكلي أو بواحد من الأهداف الكلية التي نيط بالدولة أداؤها وتحدد بها الغرض من قيامها، مثال ذلك المدرسة أو المعهد العلمي، تتوزع الدراسة فيه أقساماً وفروعاً معرفية، ويقوم بذلك رجال متخصصون كل في مجاله، ولكن الأداء العام الإجمالي هو ما يصوغ عقل الطالب ويشكل الحصيلة العامة أو المنتج النهائي. ومن هنا يجري التمييز بين المدرسة بعامه وبين أفراد قائمين عليها، فهم ليسوا سواءاً، وما يصدق بالضرورة على العاملين بها أفراداً وفراداً.

بهذا التمييز المنهجي الواجب، يمكن القول إن الدولة الحديثة في مثل بلادنا الشرقية عامة، قد بلورتها الصناعة التاريخية منذ وجدت في القرن التاسع عشر والعشرين، وبلورتها حصيلة العلاقة العضوية مع النفوذ الغربي المهيم. لقد تمت تلك البلورة واكتمل ذلك التشكل للدولة في بلداننا وواحد من أهدافها الأساسية المتضمنة في أدائها الوظيفي وصياغتها الفكرية، أن تركز النزعة القطرية والإقليمية، وأن تؤكد الوجه العلماني الوضعي للمشرب الفكري، وأن تصفي المؤسسات الاجتماعية التقليدية التي كانت تتشكل بها وحدات الانتماء الاجتماعية، محلية كانت أو مهنية أو مذهبية، والتي كانت تحفظ التوازن الاجتماعي للجماعة، وأن تحل السلطة المركزية محل التكوينات الجماعية الفرعية، وأن تحتكر العمل العام من دون هيئات الإدارة الذاتية كالطوائف والنقابات والملل وغيرها، وأن تمتلك - على سبيل الاختصاص - سلطة إدارة المجتمع وشؤون الأمة بغير شريك لها من دونها من هيئات المجتمع المنظمة لجماعته الفرعية.

وليس غير التوجه العلماني الوضعي هو ما يكفل للدولة إمكان تحقيق كل هذه الوظائف، لأنها لا بد لقيامها بكل هذه المهام، لا أن تمتلك السلطة منفردة فقط، ولكن أن تمتلك مصدر السلطة، لا أن تمتلك جهاز التشريع فقط، ولكن أن تمتلك مصدر التشريع، أي أن تكون هي مصدر الشريعة لما تقيمه في المجتمع من نظم وهيئات ولما تسنه من قيم وأحكام. والدولة الحديثة تنظر إلى علاقتها بالجماعة وبالمجتمع بوصفها قوامه عليهما وذات وصاية، وهذا أمر إن لم يظهر في الصياغات الفكرية النظرية لقيامها وتكوينها، وفي الفكر

السياسي والفكر الدستوري الذي تستند إليه، إلا أنه يظهر واضحاً في ممارستها لوجوه نشاطها المختلفة، فهي أبداً مصدر الشرعية لي من أنواع النشاط التي تمارسها المهن أو الزراعة أو الصناعة أو الري أو مرافق الخدمة من فنادق أو مطاعم أو متاجر... إلخ، وسواء في ذلك نشاط التبرع أو أعمال الخير أو إقامة الجمعيات أو طبع الكتب أو إنشاء الصحف أو الخطابة... إلخ. لاشيء من ذلك إلا ويحتاج إلى توصيف من جهة ما من جهة ما من جهات الدولة، ويصدر بواسطة قانون ينظمه، والقانون ذاته تصدره الدولة ذاتها من الهيئة المختصة بالتشريع فيها.

والقانون يصدر مستنداً في مرجعيته إلى إجراءات إصداره عن طريق أجهزة الدولة، وإلى ما تقدره هذه الأجهزة من مصلحة في الإصدار. ومن ثم فإذا كانت الدولة الحديثة ذات سلطة مفيدة فيما تذكره النظريات الدستورية ونظريات علم السياسة، فهي مقيدة بما تنشئة من قوانين، أي هي مقيدة بعضها من بعض، أي سلطتها التنفيذية بسلطتها التشريعية، بواسطة سلطتها القضائية التي تنظر إلى ممارسات السلطة التنفيذية في ضوء ممارسات السلطة التشريعية لتقضي بما تنفذه السلطة التنفيذية، والدولة باعتبارها جماع تلك السلطات الثلاث مقيدة بإرادتها ومشيتها الذاتية. ولا يرد عليها القيد من خارجها من إطار مرجعي عام خارجي يهيمن عليها مثل ما يحدث عندما نتكلم عن وجوب تقيد الدولة بأحكام الشريعة الإسلامية، إذ تصير الدولة محكومة بمرجعية عليا خارجة عنها لم تصنعها الدولة بذاتها. ومن ذلك يظهر وجه القول إن العلمانية هي من خصائص الدولة الحديثة في مجتمعاتنا، وهي من مقتضيات هذه الدولة ومن أركان تكوينها. وهي خاصة لصيقة متضمنة في مواد بنائها، ومن هنا استطاعت الدولة أن تجعل المجتمع شيئاً من ممتلكاتها وأصولها الثابتة، ومن هنا صار المجتمع تابعاً وملحقاً بالدولة وليس العكس، لكنها لا تملك عليه سلطة التشريع له فقط، ولكنها تملك أيضاً مصدرية سلطة التشريع تلك.

من هنا يظهر التعارض الرئيس بين مطلب تطبيق الشريعة الإسلامية والدولة بالصياغة التي تقوم عليها هيكلها وبالوظائف التي تقوم بها هيئاتها الحديثة.

ونحن نلاحظ من متابعة وقائع حركة المطالبة بالعودة إلى الشريعة الإسلامية، أنه كلما توجهت هذه الحركة إلى الدولة تعثرت وارتدت على آثارها، وكلما توجهت إلى الجماعة سواء في خاصتها أو عامتها ازدهرت وزهت، وموقف " الدولة الحديثة" ليس مرجعة إلى أنها لم تؤمن بالتوجه إلى الشريعة الإسلامية، ولكن مرجعه إلى أنها بمركزيتها الطاغية وامتلاكها للمجتمع لا تستطيع إلا أن تمتلك مصدر الشرعية فيه، فلا تكتفي بامتلاك سلطة التشريع، كما لا تستطيع إلا أن تكون لديها القدرة على صياغة القيم وامتلاك الأساس الذي تقوم عليه تلك القيم، بمعنى أنه متى وجدت دولة تمتلك المجتمع وتعمل على السيطرة المنفردة على مقدراته لتكون هي المؤسسة الوحيدة ولتحطيم ما دونها وما يماثلها وما قد يعلوها من وحدات الانتماء الأخرى الجامعة للبشر على اختلاف مشاربهم وتنوع أنشطتهم، متى وجدت دولة بهذه المواصفات فلا بد أن تكون مشاربهم وتنوع أنشطتهم، متى وجدت دولة بهذه المواصفات فلا بد أن تكون علمانية ولتصير شرعيتها مستمدة من ذاتها، ونشاطها صادراً عن محض مشيئتها.

ونخلص من ذلك إلى أنه لا يقوم رجاء معتبر وله شأنه في أن تبادر الدولة الحديثة في بلادنا وتأخذ على عاتقها مهمة إعادة الشريعة الإسلامية شريعة حاکمة وشريعة مسيطرة على الأفعال والأقوال والنظم.إنما الرجاء جله في السعي بهذه المطالبة لدى جماعات الأمة، فهي مطالبة في هذا المجال أنفذ وأفعل، لأنها تستشير فيهم تراثاً يحفظونه وعقيدة ينطقون بها وقيم سلوكٍ وتعامل يألّفون الاحتكام إليها، وقوة تماسك يترابطون بها فيما بينهم. وبقدر ما يشيع تبني هذه المطالبة بين أفراد الأمة وجماعاتها، بقدر ما يهيئ ذلك وجوه ضغط على الدولة لتعدل من طبيعتها ولتخفف من غلواء تفردتها. وإن أفعل ما يقوم به هذا الأثر هو تحلل الأمة هيئات وجماعات وطوائف، ثم ما يشيعه ذلك من تغلغل في أبنية الدولة الحديثة من خلال العاملين بها كل في مجال ومحيطه، وافعل ما يكون هذا الصنيع في أجهزة الدول الحديثة ذات الهيمنة المركزية وذات الضخامة والتوغل في شؤون الجماعة، لأنها دول ذات أجهزة كبيرة تضم أعداداً غفيرة من المواطنين، بما تنضج به عقائدهم وآراؤهم، وبما يرشح من ذلك من آثار بقدر كثافتهم وقوة اقتناعهم.

إن لنا في تجربة أحداث 1919م في مصر لعبرة ويمكن استدعاؤها في هذا الصدد، فإن مطلب الاستقلال عندما ارتفع وشاع بما يشبه الإجماع، استطاع أن يحمل مؤسسات الدولة والإدارة إلى ما صارت به تزاور عن

حركة شعب أعزل، سلاحه تماسكه، وأداته وقوفه صفاً كالبنيان المرصوص، فصار ذلك الجهاز محايداً ثم متعاطفاً ثم مشاركاً، وهذا ما أكسب حركة المصريين وقتها صبغتها السلمية، ومضاء عزيمتها في الوقت ذاته عبر اللورد أَلنبي المنسوب السامي البريطاني في مصر عن وجهة نظره في موقف جهاز الدولة المصري وقتها بقوله: "إن الحكومة صارت مستحيلة"، وفي الحقيقة إن واقعة أن "الحكومة صارت مصرية" نضج عليها مجمل شعور الرأي العام المصري بما يطلب وما يبغى، وكان جهاز الدولة ذاك هو عينه الذي حكم الإنكليزي المصريين به ما يجاوز خمساً وثلاثين سنة سبقت، فامتنع في 1919م على حاكميه وسلس للمحكومين به، في لحظات حاسمة، وتعددت طبيعة الدولة وتنوع أدائها من بعد إلى درجة لا بأس بها بالقياس إلى سابق عهدها. وقد قصدت بذكر هذا المثال، بيان أن التوجه إلى الأمة من شأنه أن يفضي إلى التأثير بالتعديل في طبيعة الدولة ونوع أدائها، ما دامت اجتمعت الأمة بهذا التوجه على مطلب معين.

ومن جهة أخرى فنحن نتابع -في خبرة الواقع المعيش- حركة المناداة بالحجاب بعد السفور، ولنا أن نتصور لو أن حركة العودة إلى الحجاب بين النساء كانت توجهت إلى الدولة لتعميم الحجاب أو تزكيته في المدارس وأماكن العمل، فأولا كان الأمر الواقع، وثانياً كان سيلقى من الصدود ما لا يمكنه من الإقناع بدعوته، وثالثاً كان سيولد نقطة احتكاك بينه وبين الدولة لأنه ينازعها على قرارها ولأنه يريد منها الخروج من علمانيتها. ولكن الحادث أن دعوة الحجاب توجهت إلى جمهور الأمة، ولم نشاهد القول بها بقدر ما شاهدنا الفعل لها، الذي صار إلى الانتشار والتغلغل في المجتمعات التي اعتادت بعض أوساط النساء فيها على السفور منذ عشرينيات هذا القرن، حتى صارت الأزياء حاسرة عما لا يجوز كشفه، ثم آل الأمر إلى العكس، فدنت الجلايب وتغطت الشعور، وآتت المحاكاة آثارها، وتغير الوضع المحيط وانسدلت الملابس، وصارت الحاسرة تفاجأ من أمر نفسها بأنها قد صارت أقرب إلى الانكشاف والعري، رغم ثبات زيتها طولا وسعة، لأن "الوسط" قد تغير وكشف لها من أمر نفسها ما لم تكن تلاحظ، واكتسب الحجاب صفة الأمر الواقع، وجاءت دعوة التغيير من دعاة السفور وظهرت الدولة حيية مترددة تقدم رجلاً وتؤخر أخرى، وتلزم بالسفور في المدارس ثم تعود، وتعديل وترمي بأنصاف الأقوال ونواقض القرارات.



هذا ما قصدت بيانه من التوجه إلى الأمة، واكتساب قدم راسخة فيها قبل التوجه إلى الدولة، والتوجه إلى الأهالي بالنصيحة وبالفعل الفردي والجمعي، قبل التوجه إلى الحكومة لإصدار القرارات.

-5-

إلى أي مدى يمكن التوجه بطلب العودة إلى الشريعة الإسلامية إلى الأمة لممارسته، وهو يتعلق بتطبيق القانون النافذ في المجتمع مما تملكه الدولة، وما يعتبر جوهر سيادتها؟ وهل يمكن ممارسة الأهلين للتحاكم بالشريعة الإسلامية في ظل سيادة الدولة القائمة والنظام القانوني الوضعي السائد؟ إنني أحاول أن أضع السؤال بهذا الأسلوب الملتبس حتى يمكننا تحريره واستخلاص حقيقة المقصود. فليس المقصود تحدي سلطة الدولة، وليس المقصود إيجاد قانون بطريقة تأبأها نظم الدولة السائدة. إنما المقصود الذي أريد أن أوضحه هو كيفية تحلل الشريعة الإسلامية للنظام القانوني السائد. وهذا ما يجعلنا نحدد في البداية ما هو مقصود من "الشريعة الإسلامية".

عندما عدلت تشريعاتنا عن الأخذ من الشريعة الإسلامية إلى الأخذ من القوانين الأوروبية، فرنسية أو إنجليزية أو غيرها، لم يكن قصد النفوذ الغربي من ذلك- في ظني- استبدال أحكام محددة في القانون المدني أو التجاري بأخرى فقد كان ذلك ممكنا في إطار حاكمية الشريعة الإسلامية بما تسع من تعدد وتنوع في الاجتهادات والمذاهب والآراء، ولم يظهر أن مسعى من ذلك جرت محاولته قبل إدخال القوانين الأجنبية، ولا أن هذه القوانين الغربية أدخلت بعد اليأس من محاولات تجديد الشريعة الإسلامية، لم يظهر أي من ذلك، إنما كان القصد- في ظني- العدول عن الإطار المرجعي الشرعي ويكرس التبعية للغرب في نظامنا التشريعي واجتهادات قضائنا ومفتيينا وشراح القوانين عندنا، وهذا ما حدث فعلا. فبعد أن كنا نقول: قال الله وقال الرسول، صرنا نقول: قال قانون نابليون وقال القانون الروماني من قبل، وبدل أن نستدل بمالك والشافعي وأبي حنيفة وابن حنبل، وصرنا نستدل ب: "بلانيول" و"دوجي" و"أسمان" و"كابيتان" .. إلخ، وبدل أن نلجأ للفتاوى الهندية ومبسوط السرخسي، صرنا نلجأ "لدالوز" وأحكام النقض الفرنسية.

ولا تثريب علينا أن نطلب العلم من كل مكان، ولو من الصين مع أنها لم تكن من أهل العبادات السماوية، ولكن التثريب أننا لم نضف علما إلى علم إنما استبدلنا بعلمنا علم الآخرين والإثم الأعظم إننا فصلنا تنظيماتنا

عن عقيدتنا بوصفها أصلاً للشرعية ومعياراً للاحتكام، وأخذنا من عقائد الآخرين أصل شريعتهم ومعايير احتكامهم. لم يكن المقصود إذاً إحلال حكم فرعي في واقعة أو نازلة محل حكم آخر، وإنما كان المقصود العدول عن أصل الشريعة الإسلامية إلى أصول شرعية وضعية غريبة وافدة. ويقال إن القانون المدني الذي أعد لمصر من القانون الفرنسي وصدر في 1883 كانت نصوصه قد عرضت على بعض علماء الشريعة، فتحدث بعضهم عما وجده من وجوه الشبه بين أحكام هذا القانون واجتهادات الفقه المالكي في عديد من المسائل، وهذا يؤكد أنه لم يكن المقصود العدول عن الأحكام، وإنما كان المقصود العدول عن المصدر الشرعي للحكم، وهذا ما تحقق فعلاً فيما تلا ذلك من عقود، حتى ظهرت الدعوة لاستقلال القانون المصري عن القانون الفرنسي بمجموعة التقنيات التي صدرت في الأربعينات، وكان أساس حركة الاستقلال هذه هو الفصل بين أحكام هذه التقنيات والأصل المرجعي لهل، سواء قانوناً فرنسياً أو قانوناً ألمانياً أو غير ذلك.

وبهذا يظهر أن حركة العودة للشريعة الإسلامية، إنما تجد أساسها وحقيقتها مقصودها في العودة للإطار المرجعي والمصدر التشريعي للأحكام الشرعية التي ولدها الفقه الإسلامي -بأساليب الاجتهاد المعروفة أحياناً- وجعل الثابتين للشريعة الإسلامية، وهما القرآن الكريم وسنة سيدنا محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم. لذلك أخال أننا أخطأنا أحياناً عندما استدرجنا للحديث عن الأحكام التفصيلية. لقد كان طبيعياً ومطلوباً أن نثبت بالحديث عن الأحكام الفرعية قدرة الشرعية الإسلامية على البقاء والتجديد وتنظيم حياتنا المعاصرة ووجوه النفع الاجتماعي من تطبيقها، ولكن هذا المسعى للإثبات غلباً أحياناً وجعل البعض يظن أن طلبتنا أحكام فرعية محددة بموجب كونها كذلك مع أن طلبتنا في إعادة الشرعية الإسلامية لتكون حاکمة ومعياراً للاحتكام ومصدراً تشريعياً للمعاملات والنظم، فظلاً عن قيم الأخلاق الضابطة للسلوك. فالمطلوب هو المرجعية، هو المورد والمرجع وعين الماء، المطلوب ليس الموزون مجرداً، بل الميزان في الأصل والأساس، ونحن نطلبها كإطار فسيح يسع - كما وسع دائماً على مدى تاريخي طويل وفي مجال جغرافي عريض - العديد من الاجتهادات وتنوع الأحكام واختلافها وتغيرها، نطلبها ونعلم أنها تسع اجتهادات وتنوعات بقدر ما اتسع وطبقاً لمناهج التفسير وأصوله المعروفة والمعترف بها.

المقصود هنا التوجه إلى الأمة بالمطالبة بعودة الشريعة الإسلامية توجها لا يبغى تحدي سلطة الدولة، ولا يسعى إلى إيجاد قانون وتنظيم بديل على غير ما سنت الدولة، ولا يبغى الخروج على قوانينها، وفي الوقت ذاته ليس المقصود فقط هو عموم الدعوة إلى الشريعة الإسلامية وتزكية أطرها المرجعية ومعاييرها في الاحتكام بها بين الناس، إنما المقصود هو منزلة بين هاتين المنزلتين، وهذا ما أحاول عرضه في هذه الورقة حول "منهج دراسة القانون مقارنا بالشريعة الإسلامية".

المقصود ليس فقط الدعوة "للمطالبة" إنما هي دعوة تفيد الحث على "الممارسة"، ولكنها ممارسة مقصود أن تجري لا لتغيير الأحكام القائمة (فهذا أمر تبقى بالنسبة له الدعوة إلى المطالبة بتغيير ما يتعارض مع الشريعة الإسلامية وتشريع ما توجهه مما لا يزال غير نافذ بسلطان الدولة) ولكنها "ممارسة" تجري لتغيير "الأطر المرجعية" أي تعديل قواعد الاحتكام للنصوص والأحكام السارية الآن، ليصير مصدر الشريعة لها هو اتفاقها مع الشريعة.

إن المطلوب هنا النظر فيما تسعه الشريعة الإسلامية من أحكام تقوم بها القوانين والتشريعات السارية والنافذة في المجتمع الآن، ورد هذه الأحكام إلى أطرها المرجعية من الشريعة الإسلامية، إسنادها إلى ما يمكن أن تستند إليه من مصادر التشريع الإسلامي وفقا لما تفتق عنه اجتهاد الفقهاء المسلمين قديما وحديثا، وهذه المسألة هي ما أحاول عرضه: أن يتجه رجال القانون والفقهاء والعاملون بالقانون من المحامين والقضاة والشارحين والدارسين والأساتذة والمعلمين، أن يتجه كل هؤلاء إلى بيان الإسناد الشرعي لأحكام القوانين القائمة، في حدود ما تسمح الشريعة الإسلامية وفقهها بإسناده من أحكام تلك القوانين.

وأبادر فأذكر أن الأمر هنا لا يعني إضفاء بردة الدين والشرع الحنيف على نظام قانوني وضعي (علماني)، وإنما هو تخلل للنظام القائم الذي لا أستطيع إبداله مرة واحدة، تخلله بالتدرج لرد أصول مرجعيته لمصادر التشريع الإسلامي، والفرق بين العمليتين يتأتى من ثلاثة وجوه هي ما يأتي:

أولا: إن إضفاء بردة الإسلام على ما ليس منه، مقصود به تثبيت الوضع القائم وإبقاء المصدرية الوضعية (العلمانية) للتشريعات القائمة، وهي تبغي إذابة الفروق بين الصبغة (العلمانية) الوضعية والصبغة الشرعية

الإسلامية، وهي تنكر مسوغ قيام دعوة إسلامية تهدف إلى تطبيق الشريعة وإقرار حاكميتها في المجتمع، باعتبار أن الشريعة قائمة ونافذة فعلا.

بينما التخلل المطلوب للنظام القانوني يستبقي وضوح الفروق لديه بين أحكام ونظم وقوانين ذات مصدر (علماني) وضعي حسب أصل نشأتها وتقريرها، وأحكام ونظم وقوانين ذات مصدر شرعي إسلامي، وهو بدعوته إلى تحلل النظام القانوني لا ينكر قيام الدعوة العامة بإقرار مرجعية الشريعة الإسلامية، فهو يضيف وسيلة إلى وسائل ولا يستعيز بوسيلة مقترحة عن الوسائل القائمة الآن فعلا، فهو يضيف ولا ينقص.

ثانيا: إن إضفاء بردة الإسلام ما ليس منه، إنما يصطنع فقها واجتهادا لا يجريان وفق أصول التفسير والفقهاء التي يجربها علماء الشريعة، بحيث تؤول الأحكام الشرعية بما يخرجها عن وجوه القياس الصحيحة إلى ما ليس مقصودا به إلا إضفاء الصبغة الشرعية على أحكام تتعارض معها. فهو اجتهاد يصل في الحقيقة إلى "التعطيل" وليس إلى "الإعمال".

بينما القائل بالتخلل للنظام القانوني، لا يبغي أن يصطنع فقها يخرج عن مألوف ما تجري به مناهج الفقهاء الإسلامي وسوابق اجتهادات المجتهدين من داخل الفقه الإسلامي وبمادته، وهو بذلك يخضع نصوص الأحكام الوضعية لهيمنة الشريعة الإسلامية مصادرا وفقها، ولا يخضع أحكام الشريعة لهيمنة النظر الوضعي (العلماني).

ثالثا: إن من يضفي بردة الإسلام على الأحكام الوضعية (العلمانية)، إنما يبذل الطاقة ليخفي الفارق بينه وبين دعاة الشريعة الإسلامية، وهو ينشط لإثبات أن المطالبين بالشريعة الإسلامية إنما يطلبون أحكاما فرعية مما يتعلق بوقائع الحياة الجارية ونوازلهما، ويحاول أن يثبت ألا فرق في تلك الأحكام إلا في النزر اليسير.

بينما القائل بالتخلل يحاول -بما يبذل من طاقة- رد الأحكام السارية إلى إسنادها الشرعي، وأن يكشف عن أمرين جد هامين، أحدهما أن الفرق بين الموقفين فارق يتعلق بمصدرية الحكم وليس بالحكم ذاته، وأنه إذ يوافق على الحكم الفرعي فهو يؤكد اختلافه فيما يتعلق بمصدرية هذا الحكم، ويصر على التمسك بالمصدرية

الإسلامية لأصل شرعية الحكم الفرعي، وهو لا يتبناه إلا مشروطاً بارتباطه بهذه المصدرية الشرعية، فهو موقف يكشف عن جوهر المسألة المختلف عليها ولا يمانع في الجزئيات.

والأمر الآخر أنه بصرامة التزامه بالحدود الشرعية والضوابط المنهجية، إنما يقوم بعملية فرز تشريعي بين ما يتفق من القوانين الوضعية السارية مع أحكام الشريعة الإسلامية وما لا يتفق، وكل ذلك يفضي من بعد إلى فرز الأحكام المخالفة للإسلام فرزاً دقيقاً، وتنجلي للناس بذلك مجالات المخالفة واضحة بينة. وكما أن السيدة الحاضرة ازداد مع الوقت انكشاف محاسرها لغلبة المحجبات من حولها، كذلك سيزداد الحكم المخالف للشريعة انحساراً بغلبة انكشاف ما يتفق مع الشريعة من الأحكام الأخرى.

والأمر كله هنا هو التوسل إلى استرداد الشريعة الإسلامية للشريعة في المجتمع بهذا التخلل للنظام القانوني السائد، بوصفها وسيلة تمكن من الاستفادة بالمتاح وبأقل جهد صدامي، وفي إطار السعي للحركة الإسلامية بعامة لاستكمال استرداد كل الشريعة الإسلامية وسيادتها الكاملة، فهو مجال لا ينفي غيره ولا يستبعده ولا يستعيب عنه، ولكنه يكمل ويتمم ويقوم مساعداً وميسراً.

-7-

أمران أخالهما لازمين ليتفهم رجال الدعوة بعضهم بعضاً، أولهما أن لكل مجال نشاط أسلوباً للعمل فيه يتناسب مع طبيعته وأوضاعه، ولكل مجال نشاط رجاله بما يتفق معه، وهذا قول لا جديد ولا يضيف إلى القارئ فضل معرفة، ولكن مناسبة ذكره أن النشاط الإسلامي يحتاج إلى وجوه عمل كثيرة متنوعة ومنها ما يتعلق بالعمل السياسي والعمل الاقتصادي وغير ذلك، فتنوع المجالات يولّد تنوعاً في الرؤى وفي المنظور أو الوجهة التي ينظر منها إلى الجماعة وأوضاعها، والتمنع قد يولد الخلاف لاختلاف الرؤى ونوع الثقافة ومطالب النشاط النوعي في كل مجال، فالتعليم مثلاً يحتاج إلى الصبر وطول النفس والاستقرار والبعد عن المخاطر وتكرار ما هو معروف عاماً وراء عام، والسياسة تحتاج لخصوبة ذهنية وسرعة تفهم لما يتغير ونوع مخاطرة... وهكذا.

وأحرى بنا أن يدرك كل منا في مجاله ما يقتضيه اختلاف الثغور واختلاف المهام المطلوبة من صلاحيات مختلفة ودرجات نظر مختلفة، وما يترسخ من ذلك من تباين في التكوين النفسي وعادات العمل، كل ذلك لكي يمكن لنا أن ننظر نظرة تكامل لهذه الأوضاع المتباينة و ندرك ما يمكن أن يجري به التنسيق والتأليف بينها، فلا تتنافى أنواع النشاط ولا ينقص بعضها من بعض.

ومن هنا عندما نشير إلى أن الجهد الفقهي الشرعي الرامي إلى تحلل النظام القانوني القائم، إنما يتعين وضع ذلك كله في إطار التكامل مع المطالبة بسيادة التشريع الإسلامي كاملاً من حيث جوانب الدراسة الفقهية من جهة، والمطالبة من جهة أخرى.

وثاني الأمرين، أنه ما من فكرة إلا ولها حدود، وما من فقه إلا وله ضوابط، والفقه يتعلق ببيان شرعية السلوك والتصرف والتعامل، فهو يتعلق ببيان الحد الفاصل بين المشروع وغير المشروع، وبين الجائز والممنوع، وبين الواجب والجائز، وهو بيان "الفروق" و"الموافقات" بين الأمر وغيره، حسبما سُمي كل من القرآني والشاطبي كتابيهما.

ونحن عندما نجدد في الأحكام بفقه جديد، إنما نعدل في الحكم المستفاد من النص الثابت. بموجب ما طرأ على الواقع من تغير في الأوضاع، مما يقتضي لهذا الواقع وصفاً جديداً أو وضعاً جديداً يتزحج بسببه عن منزل الأحكام ومهبطها، عندما نصنع ذلك فإن الكثير منا يصرف همه للانفكاك من الحدود والضوابط التي كان الفقه أحاط بها حكم النص، وهو يفعل ذلك مبيناً وجوه الاختلاف في الوضع المحكوم بالنص بين الماضي والحاضر، إنما يغفل عن بذل الجهود الضابطة لحكم النص في الواقع الجديد، وبيان محددات هذا الحكم وفروقه بين حلال وحرام، أو صحيح وفاسد، وهو في إغفاله هذه المسألة تتفلت منه أحكام النصوص وتتميع، لأنه لا فقه بغير ضابط ولا تجديد برفع الحدود والضوابط، إنما يكون التجديد بتحريك تلك الحدود والضوابط، لتظل فارقة بين أمرين مختلفين وموفقة بين أمرين مجتمعين.

ومن هنا فعندما يقوم البعض بعملية الإسناد الشرعي للأحكام الوضعية، عليه أن يتفطن إلى أنه لا يرفع من أحكام الشريعة ضابطاً ولا حداً، ولكنه دائماً يحفظ لها ضوابطها ويستعين بفروقتها وموافقاتها في تبين حدود الحكم الشرعي الواجب مراعاته. وهو هنا لا يسبغ الشرعية على واقع غير مشروع، وإنما يحاكم الأحكام

الوضعية بما تسعه شريعة الله عز وجل، فما وسعته الشريعة أسند إليها، وما لم تسعه بقي خارجها لا يسنده إلا سلطان الدولة (العلمانية الحديثة، بما يمنحه هذا السلطان من إمكان نفاذ وقضاء بالقوة والتغلب).

-8-

وفي ضوء هذا التصور يمكن -في ظني- أن تجري دراسة القانون مقارناً بالشريعة الإسلامية، وهذا يقضي أن تتجه الدراسات إلى الأحكام التفصيلية، وذلك لتمديد العاملين بالقانون بالمادة المقارنة التي تساعدهم على إجراء هذا الإسناد الشرعي للحكام الوضعية في الحالات المخصوصة التي تعرض لهم في نشاطهم المهني، والأمر بطبيعة الحال ليس بهذه البساطة التي يتصور معها أن الشارح يختار من آراء الفقه الإسلامي ما يتناسب مع الحكم الوضعي المعني، وليس سهلاً، لأن الدارس سيواجه باختلاف المفاهيم بين النظر الفقهي الوضعي، والنظر الشرعي، سيواجه باختلاف دلالة المصطلحات بين المجالين أيضاً، وهذا من شأنه أن يستلزم جهداً جاهدًا في الملاءمة بين الأحكام والتقريب بين المفاهيم وهو يقتدي من الباحثين تعميقاً تنظيرياً لتلك المفاهيم لتبين وجوه المفارقة والتشابه بين مفاهيم المجالين.

أذكر أنه عندما كان مشروع القانون المدني الجديد في مصر يعد وتناقش أحكامه المقترحة في اللجان المختلفة، وذلك خلال الأربعينيات، تصاعدت بطبيعة الحال الدعوة إلى صياغة القانون كله من الفقه الإسلامي. وتشكلت لجنة من بعض رجال القانون، فيهم أساتذة جامعيون ومستشارون من محكمة النقض كالأستاذين محمد صادق فهمي وحسن الهضيبي، وأعدت تلك اللجنة صياغة تقنية للباب الخاص "بالعقد" في نظرية الالتزام أخذاً من الفقه الإسلامي، وقدمت مشروعها إلى لجنة مناقشة التقنين ووزعته على المهتمين بالأمر من المتخصصين. وأذكر ما تضمنته الأعمال التحضيرية للقانون المدني، من مناقشات حول هذا المشروع، وكان من أهم ما وجهه الدكتور عبد الرازق السنهوري إلى هذه المحاولة، أنها شرعية الشكل وضعية المحتوى، إذ اتبعت في اختيارها للأحكام الشرعية تصنيفات الفقه الغربي ومفاهيمه، مثل "البطلان" و"القابلية للبطلان".

وقد ذهب السنهوري إلى أن الأولى هو أن يجري تفهم التصورات العامة للفقه الإسلامي من مادة هذا الفقه ذاته، وما ذكره السنهوري هنا، وإن كان لا يؤثر على الجهد الفقهي الحميد الذي بذلته لجنة إعداد مشروع العقد من الفقه الإسلامي، إلا أنه يصدر عن نصيحة مخلصه ونظر ثاقب. فإن أي مفهوم جزئي لا تستفاد

دلالتة إلا في ضوء علاقته بالمفاهيم الجزئية الأخرى وفي ضوء الأداء العام لهذه المجموعة من المفاهيم، فالعقد مفهوم عام، ولكنه ينقسم إلى مرحلة نشوء وتنفيذ وانتهاء، والنشوء له أركان وشروط وانتفاء موانع، ثم هناك البطلان والفساد أو القابلية للإبطال وعدم النفاذ وغير ذلك. وكل تلك العناصر أو المفاهيم الفرعية قد تختلف دلالتها من نظام قانوني إلى نظام آخر، ولكن الأداء العام للنظام القانوني العام يبقى واحداً، ومتماثلاً. وهذا ما يتعين أن نعيه وندرکه عندما نقارن الأحكام الجزئية، أي نقارنها في إطار المفاد العام الكلي لها جميعاً.

وأحسب أنه لا تقوم صعوبة كبيرة في هذا الشأن، لأن حركة الدراسة المقارنة سارت خطوات واسعة، سواء في التأليف أو الرسائل الجامعية، على مدى العقود الأخيرة، وذلك في غالب مباحث القانون المدني وأساس النظرية القانونية الوضعية، ثم تلك الدراسات العديدة التي صدرت في معاملات المصارف، ومباحث القانون التجاري، وكذلك المجال الدستوري ونظم الحكم. فهذه الدراسات العديدة التي أنتجتها قرائح الباحثين في الفقه المقارن، يمكن أن تكون مورداً في عمليات إسناد الأحكام الوضعية إلى المرجعية الفقهية الإسلامية، فيما تسعه هذه المرجعية من تلك الأحكام، بمراعاة ما يقتضيه هذا الأمر من أصيل وتقعيد نظري يبعد عملية الإسناد عن الشطط والسطحية والتأويل الخاطيء.

-9-

وإذا كان التنظير الفقهي مما تدرك به الأحكام الكلية في أدائها العام، ومما يبعد عن الزلل عند مقارنة الأحكام الفرعية في نظام قانوني بما يشابهها في نظام قانوني آخر، فإن هذا التنظير الفقهي يصير ضرورياً ويجاوز حدود الاحتياج، وذلك عندما يطرق الباحث مجالات قانونية حديثة لم يتعرض لها الفقه الشرعي القديم، وذلك فيما حد من مجالات تتعلق بنشاط الإنسان في الأجواء وأعماق البحار وأمور البيئة، وفيما زادت أهميته عن أقصى ما كان يمكن أن يتوقع في الماضي، فيما يتعلق بنظم الإدارة وتكون المؤسسات الإدارية والاقتصادية وتنظيم علاقات الدول، وغير ذلك مما لا يخفى على القارئ.

إن المتابعة التاريخية للتنظير الفقهي وتقعيد الأحكام قد تراخى فيها الفقه الإسلامي قروناً، ولا يعني ذلك أنه لم يبدأ إلا متراخياً، فالحقيقة أنه بدأ منذ كتب الشافعي رسالته في أواخر القرن الهجري الثاني، ولكن وجه



القول بالتراخي أن حركة التنظير لم تكن مواكبة في سرعتها ومداهها لحركة فقه الأحكام التفصيلية. ويبدو أن ما تراخت به حركة التنظير بالمعنى السابق، إنما كان بسبب عدم إلحاح الحاجة إليها، بمثل ما تكون الحاجة ملحة إلى التنظير في الفقه الوضعي و(العلماني)، ذلك أن الفقه الإسلامي بارتباطه بإطار مرجعي عقدي، إنما يكتسب شرعية أحكامه وتقبل الناس لها ورضائهم بالانصياع لها وطاعتها من أصل الموقف الإيماني بالله ورسوله ووجوب الطاعة لله سبحانه ورسوله الكريم وما يتفرع عن ذلك من تقبل الاندراج في حاكمية القرآن والسنة.

لذلك خضع الناس لأحكام القرآن والسنة في سلوكهم وتعاملاتهم التفصيلية، وصرخوا أهم جهودهم الأولى في رصد الأحكام، بتدوين القرآن وجمعه أولاً، ثم جمع الحديث وتحقيقه، وكانوا يقيسون ما لا نص فيه من وقائع شؤونهم بما ورد فيه نص من القرآن أو حديث قياس حكم فرعي على حكم فرعي. والقياس يعني الصعود إلى أصل مشترك هو العلة في الواقعة المنصوصة، ثم المهبوط منها إلى الواقعة المنظورة، فهو يتضمن وجه تنظير ولكنه تنظير يحدث في أقرب المستويات إلى الأحكام التفصيلية، دون أن يصل إلى إحكام كلية عامة، ثم مع التدرج ومع مرور الزمن وصل التنظير إلى مستوياته العليا، بمثل ما وصل لدى الشاطبي في موافقاته واعتصامه، من استقراء لعموم المصالح الشرعية ومقاصد الأحكام، استقراءً يرد من المصادر الأولية للشرعية قرآناً وسنة.

تلك حركة التنظير التي سارت سيرها الوئيد عبر القرون، والناس تبدأ من الجزئي إلى الكلي، ومن الخاص إلى العام، ومن الفرع إلى الأصل، وهي تمارس ثم تنظر هكذا صنعوا في الشعر، نظموا الشعر وتغنوا به قروناً ثم أتى الخليل يستخلص علم لعروض ويقوم بتنظير نظم الشعر في البحور، استقراءً مما كان يجري عليه المنوال، وهكذا صنعوا في علم النحو، إذ جرت لغتهم فيما يتحدثون به وما يكتبون صحيحة مرتبطة المعنى بالإعراب، ثم أتى سيبويه يقعد من ممارستهم القواعد التي صيغ عليه علم النحو بعد قرون، وهكذا أيضاً في علم الفقه قاسوا قبل أن يسموه قياساً وأعملوا القياس صحيحاً قبل أن تستخلص مناهج القياس في علم الأصول، كما كان العرب لا يخطئون في الحديث قبل أن تقعد قواعد النحو.

ومن هنا يمكن القول إن تراخي التنظير في الفقه، كان ظاهرة طبيعية وليست سلبية، وهو تنظير وتقعيد يأتي في حينه بعد الممارسة، ويستخلص من تجارب الصواب والخطأ في هذه الممارسة، ويستخلص من الأحكام

التفصيلية بعد نضح التأمل فيها والمقارنة والتمحيص. ومن جهة أخرى فإن ما أدى إلى هذا التراخي أنه لم توجد ضرورة ملحة، توجب سرعة التنظير، بمثل ما نراه في الفقه الغربي الوضعي، لأنه لم تقم مشكلة تتعلق بشرعية الأحكام في الفقه الإسلامي، مادامت شرعيتها مستمدة من المصدر العقدي الإيماني للمسلمين في وجوب الطاعة لأوامر الله سبحانه ونواهييه أما الفقه الوضعي (العلماني) فهو يستمد شرعية الأحكام مما يسميه "القانون الطبيعي" أو "قواعد العدالة"، مما تجتمع الجماعة من قيم ومبادئ وأصول، أو مما تراه محققا "لمصلحتها العليا"... إلخ. وكل ذلك يتبلور في عملية التنظير التي تشكل الأحكام الكلية مستقرأة من جهود البشر التاريخية في وضع الأحكام وسن التشريعات ومراعاة مصالحهم. والنظرية هنا ليست مجرد تعميم كلي، ولكنها تقوم مصدرا لشرعية الحكم، ولهذا السبب مثلا تبلورت نظرية العقد في القانون المدني الفرنسي لتقوم على مبدأي سلطان الإرادة وأن العقد شريعة المتعاقدين... إلخ.

ونحن في التصدي لمجالات النشاط البشري والتعامل الاجتماعي التي لم تكن حظيت من فقهاء المسلمين بفضل اهتمام لعدم قيام البواعث لذلك في ظروف زمانهم ومكانهم، وذلك لما أشرت إلى أمثلته في صدر هذه الفقرة من أحكام تتعلق بنظم الإدارة والحكم ومعاملات الأجواء والبيئة، فإننا هنا نحتاج إلى الجهد التنظيري الفقهي الإسلامي ليتمكن منه استخلاص أصول الشريعة والشرعية الإسلامية التي نبتغي فيها تشكيل الأحكام المنظمة لهذه المجالات.

ومن الجلي أن ما تفتقت عنه نظم الغرب في هذه المجالات، هو مما لا بد أن يحظى بأكبر الاهتمام في دراستنا القانونية، وإن ما يتعين بذله من جهد في هذا المجال إنما يكون بإجراء عملية هضم حضاري وفقهي لهذه النظم والأحكام، مما يمكن أن أشير إليه في الفقرة الأخيرة إن شاء الله.

ترد هنا الإشارة إلى النظم والمؤسسات وكيفية بنائها وأساليب إدارتها وهذا المجال من أهم مجالات النظر في الفقه المقارن بين الشريعة والقانون، ذلك أن ثمة انقطاعاً مؤسسياً جرى في كل مجالات التنظيم المؤسسي للمجتمع، جرى ذلك على مدى القرنين الأخيرين، مع اختلافات تفصيلية بين كل قطر وقطر ولا يتسع المجال للشرح هنا، وقد لا يحتاج لذلك. وتكفي الإشارة إلى أن نظاماً كان يقوم على سلطان دولة جامعة هي

دولة الخلافة، انفك إلى نظام جماعات سياسية قطرية تقوم على حدود جغرافية أملاها وضع تبعيتنا للسياق الحضاري الغربي وانقطاعنا عن السياق التاريخي والفكري الإسلامي، حيث انهدم ما كان قائما في مجتمعاتنا، وعاشنا مزقاً من بقايا قديم وفسائل جديد معوق. ولم تبق إلا الأسرة مؤسسة حفظ الله سبحانه لنا بها نسقنا المؤسسي الفقهي والسلوكي مرتبطاً بأصول المرجعية الإسلامية.

ومن هنا وجب علينا - أولاً- إحياء الفكر المؤسسي الذي تفتق عنه تاريخ الأمة الإسلامية على مدى القرون الماضية، من حيث سلطات الدولة ووظائفها المتعددة وجوانب نشاطها، ومن حيث التكوينات المؤسسية للأنشطة الاجتماعية كالأوقاف والنقابات وتكوينات المذاهب والملل.. إلخ. ومع هذا الإحياء للفكر المؤسسي القديم، يمكن إجراء المقارنات بين وجوه الأداء الوظيفي لكل مؤسسة قديمة أو حديثة، وذلك في علاقتها بالمؤسسات المعاصرة لها التي تحيا بينها وتجري نشاطها بالعلاقات المتبادلة معها.

ويجب أن نلاحظ هنا أن الفكر المؤسسي لن يستخلص من كتابات الفقهاء فقط، فهي من التجريد بما لا يتضح معه حقيقة العمل المؤسسي في المجتمع، من حيث خريطة توزيع السلطات والأنشطة وتبادل الخدمات المؤداة، إنما الأمر يحتاج إلى دراسة لوقائع التاريخ أيضاً بحيث يمكن استخلاص الأوامر الفعلية للنشاط المؤسسي في علاقاته الواقعية وفي توظيفه الفعلي، ومن هنا وجب بعد البحث الفقهي التاريخي الذي يكشف عن الأداء الواقعي للنظر الفقهي، وجب بعد ذلك أن تجري المقارنة بين المؤسسات المثلية، أو المتقاربة في كل من فقه المؤسسات القديم وفقه المؤسسات الحديث الذي يدرس في معاهدنا العلمية، وذلك بملاحظة أن أداء أية هيئة أو مؤسسة لا يظهر إلا في إطار وجوه أعمالها في سياق علاقاتها مع الهيئات المعيشة لها والنشاط الجزئي لن يظهر معناه ودلالته إلا في ضوء مجمل النشاط الكلي، فليس من الصواب مقارنة وظيفة القاضي قديماً بوظيفته حديثاً إلا من خلال إدراك علاقة كل منهما ببيئات عصره، والقاضي لم يكن فاصلاً في نزاعات فقط. بل كانت له وظيفة اجتهادية تصل به إلى مشارف التشريع الاجتهادي بأكثر مما يصل إليه قاضي النظم الجارية الآن في معظم بلادنا. لقد كانت له قديماً وظيفة ولائمة تزيد عن وظائف اليوم، من حيث توزيع الصدقات ومراقبة الأوقاف وغير ذلك.

ومن ناحية ثانية، فقد صرنا اليوم في أوضاع مؤسسية واقعية يتعين عند النظر فيها وفيما نظن أن حياتنا تجود به، يتعين علينا أن نبدأ منها إصلاحنا أو على الأقل أن ندخل واقعها في حسابنا، ولكننا ننظر في هذا الأمر مبركين من عيوب الانبهار بالغرب ومحاكاته ومن أوزار ما لم ينفعا من بقايا الماضي شريطة أن ننظر في مؤسسات الماضي التي جرى إضمارها، أو صارت آفة بسبب انصرافنا عنها محاكاة للجديد الوافد من الغرب، أو لظن خاطئ بأن في تركنا لها نفعاً لنا. أقول: يتعين أن نعيد النظر في شأن هذه المؤسسات ونعيد تقويم وظائفها في المجتمع لنعيد إليه ما يصلح لنا منها، أو نقوي ونعتني بما ضعف منها لدينا، ومثال ذلك مؤسسة "الوقف" التي كانت تقوم بوظيفة فعالة في تجميع المبادرات الفردية والأهلية للقيام بأعمال الخدمات الاجتماعية من حيث التعليم والمداواة وسد حاجات المحتاجين في شؤون الحياة المختلفة. ومن هنا فإن الدراسة المقارنة الفقهية يحسن أن تدخل في اعتبارها جانباً من بيان الأداء الاجتماعي لهذه المؤسسات، والمقارنة بينه وبين المؤسسات الاجتماعية الحديثة ووجوه التطوير الفقهي للمؤسسات التقليدية بما يجود به أداؤها الوظيفي في الأطر لاجتماعية المعاصرة، ووجوه الأخذ من التنظيمات الوافدة وأساليبها في بناء المؤسسات.

ومن ناحية ثالثة فإن من أوضاع المؤسسات العاملة في المجتمعات الإسلامية الآن ما جرى اقتباسه من نظم الغرب وهيئاته، وقد أثبتت قدراً من الفاعلية وإمكان تحقيق الرشد من خلاله في الأنشطة الاجتماعية المختلفة، مثل النظام النيابي ونظم النقابات المهنية، وبعض من أساليب الإدارة، ومناهج تقسين العمل وتوزيعه على العديد من المؤسسات، مع أساليب اتخاذ القرارات الجماعية وتشكيل النظم المجلسية التي تتخذ فيها القرارات بالأغلبية ولا تنسب إلى من وافق على القرار، وإنما تكون منسوبة إلى الهيئة مجملها بما تحتوي من أغليات وأقليات. كل هذه التكوينات إنما يجري بذلك الجهد الفقهي الشرعي لإجراء عمليات الهضم الفقهي والعقدي لها، بطريق الإسناد الشرعي لأحكامها ونظمها ما تيسر ذلك وما أمكن.

ومن ناحية رابعة، فإنه يحسن -تفريعاً عن دراسات المؤسسات- دراسة المراكز القانونية التي تنجم عن النشاط المؤسسي، أو الانخراط فيه، كما قد تنجم عن العلاقات التعاقدية ونظم المعاملات الخاصة، وذلك أن النظم المؤسسية تبنى على قواعد وأحكام لائحية منظمة لأساليب عمل المؤسسة وأوضاعها ووجوه نشاطاتها وتوزيع

الاختصاصات بداخلها وطريقة تتابع أدائها الداخلي حتى تستقيم أداءاً عاماً مناسباً، إنما تقيم أنماطاً من العلاقات التي تخضع لأسلوب تعامل نمطي شبه مقنن يمثل ما نسميه في فقه القانون الحديث بالقواعد والأحكام الآمرة، ويمثل ما يسمى في الفقه الشرعي بالأحكام الجعلية. هذا النمط من العلاقات القانونية والشرعية المنظمة، من شأنه أن ينشئ مراكز قانونية، أي: وضعاً يفيد تجميعاً لمجموعة من العلاقات القانونية ومجموعة من الولايات والصلاحيات مما يكون مجموعة من الحقوق والواجبات الملائمة لتفصيل تلك العلاقات والولايات. يحسن إجراء الدراسات المقارنة بين القانون والشرعة من هذه الزاوية، زاوية المراكز القانونية، أي مجموعة الحقوق والواجبات التي تتجمع عن وضع شرعي أو قانوني معين، سواء في مجال نظم الدولة والمجتمع أو في مجال العلاقات الخاصة، وما يجوز من مراكز قانونية تفتق عنها فقه القانون الغربي من جوانبه التنظيمية المختلفة. ويمكن بذل الجهود الفقهية لإجراء عمليات الهضم الفقهي والعقدي له بطريق الإسناد الشرعي وبطريقة التعديل في هياكل المركز القانوني بما يلائم التصورات الشرعية الأساسية.

-11-

أشرت في الفقرتين السابقتين إلى موضوع الهضم الحضاري والعقدي عن طريق الإسناد الشرعي للأحكام، والنظم ذات الأصل الوضعي أو التي وفدت إلينا من أصول حضارية وعقدية أخرى، وأحاول هنا أن أجمع من ثنايا هذه الورقة ما أقصده من ذلك.

يتعين -في ظني- أن نبدأ النظر في المفهوم الوافد أو نظام المؤسسة الوافد أو المركز القانوني أو أي أسلوب منظم لهذا الصنف أو ذاك من أصناف المعاملات، يتعين أن ننظر في أي من هذه الأمور من وجهة نظر الشريعة الإسلامية وأحكامها الكلية، وننظر فيما إذا كانت تسع هذا الأمر الوافد أم لا من حيث الغاية من أدائه ووجه الحاجة الشرعية التي يستجيب لها و يحققها، مثال ذلك المجالس النيابية أو المصارف أو الشيك أو... إلخ.

ثم نعمل على التفصيل، أو بالأقل التمييز بين ما هو "نموذج تنظيمي" والنظام القانوني العام، أي نميز بين الجزء المراد الاغتناء به والإطار الأوسع الذي يشمل ما يحيط بالنظام من أفكار و معتقدات و تصورات عامة و قيم ومبادئ ومثل وأجهزة أو نماذج تنظيمية أخرى يجري التبادل بينها جمعياً. إن للشجرة جذوراً و جذوعاً

وأغصانا وفروعاً وأوراقاً وأزهاراً و ثماراً، ونحن عندما نجد لنا حاجة في أوراقها لا يتحتم أن نأخذ الشجرة كلها من جذورها، إنما نستخرج منها ما لنا فيه حاجة و نضمه إلى ما نرى لنا نفعاً منه، فالنظام النيابي مثلاً يعتمد في الغرب على مبدأ "سيادة الأمة" الذي يشير إلى إطار مرجعي (علماني)، و نحن عندما نحتاج إلى النموذج النيابي ننظر فيما إذا كان يمكن استخلاص هذا النموذج و انتزاعه من الفكرة الفلسفية الكامنة وراءه، فإن أمكن -وهو ممكن- لزم تمييزه عنها وفصله، كما يلزم قطع ما بين الحكم المطلوب استخلاصه وبين مصدره التشريعي في نظام الأجنبي. وإذا كان يعلق به بعض ما لا تسعه أصول الموقف الإسلامي عقيدة وأحكاماً وجب العمل على تخليصه من ذلك الأمر أن أمكن وإلا طرح كلية، مثل وجوب التخلية بين المصارف المالية والنظام الربوي، فهناك تخليص من الموانع الشرعية و تخليص من العقائد المخالفة و من السياق التاريخي و الواقعي غير المناسب.

ثم نعمل على وصل الحكم المأخوذ أو النموذج التنظيمي المستعار بأصول العقيدة الإسلامية وبالأحكام و التنظيمات السائدة في المجتمع، أي أن يجري هذا الوصل على طريقتين: أولاًهما: وصل فكري بحيث تكون مجموعة الأحكام أو النماذج المأخوذة مرتبطة في أفكارها وأحكامها بالأصول العقدية والفقهيّة السائدة في المجتمع ومنظمة لعلاقات البشر فيه والموصولة بالتطوير بأنساقه الثقافية ومفاهيمه الكلية. والثانية: وصل تنظيم يتعلق بربط الحكم أو النموذج التنظيمي بالهياكل التي تنظم التعامل بين الناس، بحيث يمكن ضمان أن أعمال هذا الحكم أو النموذج لن يؤدي إلى اضطراب في النسق التنظيمي العام لنظام المعاملات أو هياكل المؤسسات المنظمة لأنشطة المجتمع.

وبعد، فهذا ما عنّ لي من ملاحظات في هذا الموضوع أسأل الله سبحانه أن يكون فيها بعض ما ينفع.