



From “Jurisprudence” to “Islamic Law”; A Critical Study of the Creation of the Concept of “Islamic Law” in the Thought of Joseph Schacht

Hadi Tahan Nazif¹ | Mohammad Reza Mohammadi²

1. Assistant Professor, Department of Public Law, Faculty of Islamic Education and Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran. Email: tahan@isu.ac.ir

2. Corresponding Author, PhD Student, Department of Public Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. Email: moham_mohammadi@sbu.ac.ir

Article Info

Article Type: Research Article

Article History

Received 8-Feb-2023

Received in revised form 6-May-2023

Accepted 20-Sep-2023

Published online 5-Oct-2023

Keywords

Islamic law,
Joseph Schacht,
historical sociology,
jurisprudence,
sociology of law.

ABSTRACT

"Islamic Law" is a relatively new concept for Muslims. This concept provides a new formulation of Islamic jurisprudence. One of the main platforms for the formation of this concept is the ideas of the Orientalists. Joseph Schacht is one of the orientalist who has specifically explained what "Islamic law" is. What Schacht has done is the creation of "Islamic law". "Islamic law" in Schacht's thought is the product of reappraisal of jurisprudence in the framework of historical sociology. The question of the current article is: What challenges does this new formulation face in terms of validity and reliability in explaining jurisprudence? The present article is an attempt to explain the development of this new matter in the three areas of methods, sources and issues in Schacht's thought (theory, approach and research processes) and a glance at some of its weaknesses in explaining jurisprudence. To seek answers, the present paper has used the descriptive-analytical method.

Cite this article: Tahan Nazif, H., Mohammadi, M. R. (2023). From “Jurisprudence” to “Islamic Law”; A Critical Study of the Creation of the Concept of “Islamic Law” in the Thought of Joseph Schacht. *Jurisprudence and the Fundamentals of the Islamic Law*, 56 (1), 219-235. DOI: <https://doi.org/10.22059/jjfil.2023.354536.669487>



© The Author(s).

Publisher: University of Tehran Press.

DOI: <https://doi.org/10.22059/jjfil.2023.354536.669487>

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

از «فقه» تا «حقوق اسلامی»: بررسی انتقادی تکوین مفهوم «حقوق اسلامی» در اندیشه یوزف شاخت

هادی طحان نظیف^۱ | محمدرضا محمدی^۲ ✉

۱. استادیار، گروه حقوق عمومی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران. رایانامه: tahan@isu.ac.ir

۲. نویسنده مسئول، دانشجوی دکترا، گروه حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران. رایانامه: moham_mohammadi@sbu.ac.ir

اطلاعات مقاله	چکیده
<p>نوع مقاله: مقاله پژوهشی</p> <p>تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۱/۱۹</p> <p>تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۲/۱۶</p> <p>تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۲۹</p> <p>تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۷/۱۳</p> <p>کلیدواژه‌ها: حقوق اسلامی، یوزف شاخت، جامعه‌شناسی تاریخی، فقه، جامعه‌شناسی حقوق، نظریه تضاد.</p>	<p>«حقوق اسلامی» در ادبیات مسلمانان مفهوم نسبتاً جدیدی است. این مفهوم، صورت‌بندی جدیدی از فقه اسلامی ارائه می‌دهد. یکی از بسترهای اصلی تشکیل این مفهوم، اندیشه‌های مستشرقین است. یوزف شاخت از مستشرقینی است که به تبیین چیستی «حقوق اسلامی» پرداخته‌است. پروژه فکری شاخت را می‌توان بازآفرینی مفهوم «حقوق اسلامی» دانست. «حقوق اسلامی» در اندیشه شاخت، محصول بازخوانی فقه در چهارچوب جامعه‌شناسی تاریخی است. سوال مقاله حاضر این است که این صورت‌بندی جدید در تبیین فقه، با چه چالش‌هایی در روایی و پایایی مواجه‌است؟ مقاله حاضر تلاشی است برای توضیح چگونگی تکوین این امر جدید در سه حوزه روش، منابع و مسائل در اندیشه شاخت (نظریه، رهیافت و فرآیندهای تحقیق) و نگاهی به برخی از ناتوانی‌های آن در تبیین فقه اسلامی. برای پی‌جویی پاسخ‌ها، متن حاضر از روش توصیفی-تحلیلی بهره برده‌است.</p>
<p>استناد: طحان نظیف، هادی، محمدی، محمدرضا (۱۴۰۲). از «فقه» تا «حقوق اسلامی»: بررسی انتقادی تکوین مفهوم «حقوق اسلامی» در اندیشه یوزف شاخت. فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۵۶ (۱)، ۲۱۹-۲۳۵.</p> <p>ناشر: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران. © نویسندگان.</p>	<p>DOI: https://doi.org/10.22059/ijfil.2023.354536.669487</p>



DOI: <https://doi.org/10.22059/ijfil.2023.354536.669487>

مقدمه

«حقوق اسلامی» تعبیری جدید است که ساخت و برخی از مستشرقین-و بعضا روشنفکران مسلمان-برای تسمیه «فقه» به کار برده‌اند. این عنوان، نام جدیدی است که نمی‌توان سبقه آن را در تراث مسلمین بیگرفت. مسئله اساسی اینجاست که آیا این نام جدید، دال بر تغییر اساسی و بنیادینی است که مقتضای نامگذاری جدید است یا خیر؟! به نظر می‌رسد این نامگذاری، دال بر یک تغییر اساسی می‌باشد. در فرآیند تبیین فقه به مثابه «حقوق اسلامی»، حقوق اسلامی عملاً متولد می‌شود. اما این روایت جدید با چه چالش‌هایی در حوزه روایی و پایایی مواجه است؟ برای پاسخ به این سوال باید به نحوه تکوین این امر جدید توجه داشت و سپس چالش‌های آن را محل توجه قرار داد. همچنین این پژوهش می‌تواند زمینه‌ای مختصر برای مواجهه انتقادی با اندیشه شرق‌شناسی و نیز روشنفکری در مورد فقه اسلامی فراهم آورد.

پیشینه پژوهش

بیشتر تحقیقاتی به بررسی آراء و اندیشه‌های ساخت پرداخته‌اند؛ از جمله مقاله «دیدگاه یوزف ساخت به فقه اسلامی به مثابه دانش اجتماعی» به قلم آقایان حمید پارسانیا و سید سعید موسوی اصل و خانم فاطمه هالالی. در این مقاله نویسندگان تلاش دارند تا به بررسی نگاه ساخت به فقه اسلامی به مثابه دانش اجتماعی مسلمین بپردازند. متن مذکور اصولاً به بررسی پیدایش مفهوم «حقوق اسلامی» در اندیشه ساخت از طریق مطالعه جامعه‌شناختی تاریخی فقه اسلامی پرداخته است. لذا نقطه فارق متن مذکور و تحقیق پیش‌رو، در تفصیل رویکرد جامعه‌شناسی تاریخی، نگاه انتقادی به این رویکرد و بررسی نتایج آن در تولد مفهوم «حقوق اسلامی» است. مقاله «ساخت و سنت نبوی» به قلم محمد مصطفی الأعظمی و ترجمه خانم نرگس بهشتی به بررسی ادعای ساخت مبنی بر تأسیس فقه اسلامی در قرن دوم می‌پردازد. او این ادعا را یک تحریف جدی می‌داند که در پس آن، دواعی استعماری قرار داشته است. محمد مصطفی الأعظمی معتقد است اولاً این داعیه ساخت عقلانی نیست و او به لوازم عقلانی صحبتش پایبند نمانده است و ثانیاً این داعیه ساخت بخاطر نادیده گرفتن قرآن است. محمد مصطفی الأعظمی به مسئله جامعه‌شناسی تاریخی ورود نکرده است و به دنبال اثبات این است که اسلام دینی اجتماعی و غیر سکولار است. متن «بررسی تاریخی ساخت در مورد تاثیر حقوق عرفی بر حقوق اسلامی» به قلم خانم فریبا پات و خانم زهرا الهویی نظری، به یک بخش پرحاشیه از اندیشه ساخت پیرامون حقوق اسلامی پرداخته است. ایشان در این مقاله به بررسی مسئله امکان و امتناع تأثیرپذیری فقه از سایر نظامات پرداخته‌اند. این مقاله از این جهت که به بررسی رویکرد جامعه‌شناختی-تاریخی ساخت نسبت به حقوق اسلامی نمی‌پردازد، از تحقیق حاضر متمایز می‌گردد. مقاله «المستشرقون و الشریعة الإسلامية: تعليق على رأى الأستاذ ساخت حول تأثر

الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني» اثر صوفی حسن أبوطالب به بررسی آراء شاخت پیرامون فقه و حقوق اسلامی پرداخته است.

روش‌شناسی پژوهش

تحقیق حاضر به صورت توصیفی-تحلیلی به بررسی سوال و موضوع مورد نظر می‌پردازد. در این مسیر از روش‌های کیفی برای تحلیل موضوع استفاده می‌کند و تلاش دارد دلالت‌های معنایی هرکدام از دال‌های مرکزی مهم اندیشه شاخت را بررسی کند.

۱. چهارچوب نظری رویکرد شاخت به فقه اسلامی

شاخت در یادداشت‌هایش برای چاپ کتاب «An Introduction to Islamic Law»، اشاره می‌کند که گرچه به عنوان دانشجوی مطالعات اسلامی این کتاب را تدوین می‌کند... ولی تلاش (Schacht, 1964, 1982) داشته تا تحولات فقه اسلامی را بر تحولات جامعه اسلامی تطبیق دهد. می‌توان ادعا کرد که شاخت رویکرد جامعه‌شناسی تاریخی را برای بررسی فقه اسلامی پیش گرفته است. (Schacht, 1960: 99) شاخت، ۱۳۸۸، ب: ۲). این رویکرد اصولاً از منظر یک نظریه خاص به تبیین پدیده‌های اجتماعی در دل تاریخ می‌پردازد. از این رو هم فهم نظریه و هم فهم تطبیق آن بر پدیده‌ها جایگاه مهمی در فهم این رویکرد دارد. لکن پیش از بررسی بیشتر جامعه‌شناسی تاریخی، نگاهی به برخی از مقدمات جامعه‌شناسانه ضروری می‌نماید.

۱-۱. در باب جامعه‌شناسی

شاخت وقتی به سراغ فقه و حقوق می‌رود، این دو حوزه دانشی را به واقعیت‌هایی اجتماعی تبدیل می‌کند. «واقعیت اجتماعی» چیست؟ «واقعیت اجتماعی» حدود موضوع جامعه‌شناسی را نمایان می‌سازد. «شیوه‌هایی برای عمل و تفکر و احساس وجود دارد که از ویژگی برجسته آن موجودیت آن در بیرون از ذهن فرد است. (دورکیم، ۱۴۰۱: ۳۶)» این شیوه‌های عمل و تفکر نه تنها در بیرون از ذهن فرد تحقق دارند، بلکه نوعی الزام به همراه دارند که می‌توانند خود را علی‌رغم خواسته فرد بر او تحمیل کنند. اجبار ویژگی ذاتی واقعیت اجتماعی است و می‌تواند حتی سبب ابطال عمل افراد یا مجازات آن‌ها و... گردد. (همان: ۳۶-۳۷)

۱-۱-۱. جامعه‌شناسی و عقلانیت

جامعه‌شناسی با مسئله تبیین واقعیت اجتماعی مواجه است. تبیین جایی است که علم با عقلانیت و اقسام عقلانیت مواجه می‌گردد. وبر اقسامی از عقلانیت را برمی‌شمارد. توضیح عقلانیت، کار دشواری است. لکن می‌توان نقاط اجماعی در باب عقلانیت را برشمرد؛ «محاسبه‌پذیری و پیش‌بینی‌پذیری و در نتیجه قابلیت کنترل حوادث آینده»، «منطقی و واجد روشی نظام‌مند بودن به نحوی که تمام اجزاء را باهم مرتبط سازد و «تأکید بر قصد آگاهانه برای دست‌یافتن به هدفی

خاص». نظامات حقوقی هم با این عناصر سنجیده می‌شوند. در نگاه جامعه‌شناسانه به فرآیندهای حقوقی باید حداقل‌هایی از عقلانیت در آنها موجود باشد که بتوان این امور را به عنوان مصادیقی از حقوق و قانون برشمرد، وگرنه این امور به جرگه اسطوره، مذهب و... می‌پیوندند.

۲-۱-۱. جامعه‌شناسی و حقوق

از منظر جامعه‌شناسی، حقوق پدیده و واقعیتی اجتماعی است. توجه به برخی نظرات جامعه‌شناسانه در باب ماهیت حقوق لازم به نظر می‌رسد. «حقوق مجموعه قواعد لازم‌الاجرائی است تعیین کننده روابط اجتماعی که در هر لحظه توسط گروه مورد تعلق، تحمیل می‌شود». (لوی برول، ۱۳۵۳: ۱۷) قواعد حقوقی الزام‌آور هستند. این قواعد توسط گروه‌های اجتماعی تحمیل می‌شوند و در حال صیورورت هستند. منظور از الزام‌آوری قواعد حقوقی، الزام مادی آنها است و نه الزام دینی یا اخلاقی. (همان: ۱۴-۱۵) همانطور که معلوم است جامعه‌شناسی، تمایز صریحی بین حقوق، اخلاق و دین قائل است.

«... فقط به دنبال یک فرآیند آهسته غیر مذهبی شدن یا زیر تأثیر تمدن‌های پیشرفته‌تر است که حقوق به معنی اخص کلمه، خصیصه واقعی خود را... بدست آورده‌است. در جوامعی از نوع جدید حتی قانونگذاری‌های جدید مذهبی... بین قصد برونی و نیت درونی تفاوت می‌گذارند. مذهب... فقط خود را به این قسمت مشغول می‌دارد. بنابراین نمی‌تواند با حقوق اشتباه شود نه از طریق ماهیت اعمالی که نظم می‌بخشد و نه از طریق ضمانت اجراهایی که برایش به وجود می‌آورد». (همان: ۲۲)

۲-۱. در باب جامعه‌شناسی تاریخی

جامعه‌شناسی تاریخی بدین معنا است که بین جامعه‌شناسی و تاریخ روابط مختلفی وجود دارد که در جامعه‌شناسی تاریخی متجلی شده‌اند. (آشتیانی، ۱۳۹۱: ۳۵) زمانی که نهادها، گروه‌ها و... موجود در جامعه را به صورت تاریخی بررسی کنیم برای اینکه بتوانیم به علل پیدایش و تحول، قانونمندی، روابط و مناسبات فراوان و... دست یابیم، به جامعه‌شناسی تاریخی پرداخته‌ایم. (اسمی جوشقانی، ۱۴۰۰) از طرفی اسمیت، جامعه‌شناسی تاریخی را مطالعه گذشته برای پی‌بردن به چگونگی کارکرد جوامع و چگونگی تغییر جوامع می‌داند (اسمیت، ۱۳۹۲). همانطور که گذشت جامعه‌شناسی تاریخی از منظر یک نظریه به پدیده‌ها می‌نگرد. لذا هم جایگاه نظریه و هم جایگاه تطبیق نظریه بر مواد تاریخی حائز اهمیت است.

۱-۲-۱. موضوع و سطوح جامعه‌شناسی تاریخی

تغییر و مکانیسم‌های تغییر جوامع مختلف یکی از موضوعات اساسی است که در جامعه‌شناسی تاریخی محل بحث است (کافی، ۱۳۹۳: ۷۴). علل این تغییر و تبیین این تغییرات از علاقه‌مندی‌های جامعه‌شناسان تاریخی است. در بررسی تغییرات می‌توان دو دسته رهیافت داشت؛ رهیافت اول قائل است که می‌توان قواعد و اصول واحدی-ولو اجمالا-برای مواجهه و تبیین تغییرات

جوامع مختلف به دست داد. رهیافت دوم هر تغییر را یک امر منحصر به فرد می‌داند که فقط از طریق بررسی دقیق تاریخ آن قابل فهم میشود. جامعه‌شناسان تاریخی در مسیر تحقیقی خود به بررسی سه سوال می‌پردازند؛ اولاً اینکه جوامع گوناگون انسانی با طی چه مراحل به این وضعیت رسیده‌اند؟ ثانیاً این جوامع به چه شکلی و در چه مسیری طی طریق کرده‌اند و نهایتاً اینکه آیا این تغییرات وضعیتی دوری دارد یا خطی است؟! در پاسخ به این سوالات محققان در دسته‌های مختلفی قرار می‌گیرند. برخی از ایشان رویکردی تکامل‌گرایانه اتخاذ می‌کنند و از همبستگی مراحل تغییر صحبت می‌کنند. ولی نظریه‌های مقابل در تلاش هستند تا با طرح تیپ‌های ایدئال از آسیب‌های رویکردهای تکامل‌گرا به دور باشند. (همان: ۷۴-۷۸)

برای مطالعات جامعه‌شناسی تاریخی می‌توان سه سطح مختلف را در نظر گرفت. اگر جامعه‌شناسی تاریخی به بررسی امور محسوس یا پدیده‌های اجتماعی نظیر ارزش‌ها، هنجارها و... بپردازد، سطح خرد جامعه‌شناسی تاریخی محقق می‌گردد. اگر جامعه‌شناس به بررسی ساختار جامعه و امور انتزاعی مربوط به آن مانند دولت، قانون و... بپردازد، سطح متوسط جامعه‌شناسی تاریخی محقق می‌شود. سطح کلان تحلیل جامعه‌شناسی تاریخی مربوط به جایی است که جامعه‌شناس به بررسی تغییرات یک جامعه و ادوار مختلف آن می‌پردازد. (همان: ۹۵)

۲-۲-۱. رهیافت‌های جامعه‌شناسی تاریخی

نسبت بین تاریخ، پدیده‌های اجتماعی و نظریه‌ها برای محققین جامعه‌شناسی تاریخی چالش برانگیز است. برای بررسی این مسئله رویکردها و رهیافت‌های متعددی می‌توان سراغ گرفت. بعضی جامعه‌شناسان تاریخی از یک الگوی واحد برای توضیح پدیده‌های مختلف استفاده می‌کنند. برخی دیگر به دنبال کشف علت‌ها در فرآیندهای تاریخی هستند و فرضیه‌های متعدد را برای یافتن علت‌ها و نتایج آن به کار می‌بندند. لکن برخی دیگر از جامعه‌شناسان تاریخی، در تلاش هستند که فقط به توضیح، تبیین و تفهیم پدیده‌های اجتماعی-تاریخی نائل شوند. (همان، ۱۳۹۳).

۳-۲-۱. روش‌های جامعه‌شناسی تاریخی

روش‌های کمی به دلیل جامعه آماری پایین جامعه‌شناسی تاریخی، برای این دست از مطالعات مناسب نیستند. در عوض از جامعه‌شناسان تاریخی معمولاً از روش‌های کیفی مختلفی برای مطالعه پدیده‌های مدنظرشان استفاده می‌کنند. رویه‌های مطالعه موردی و مطالعه تطبیقی تاریخی از رویه‌های مورد توجه جامعه‌شناسان تاریخی هستند. (همان: ۱۱۵) روش‌های کیفی تحقیق نیز دارای مراحل مختلفی هستند که عبارتند از گردآوری داده‌ها، تحلیل داده‌ها، ارزیابی داده‌ها و ارائه داده‌ها. هرکدام از این مراحل نیز دارای روش‌هایی است که باید با توجه به اوضاع، احوال و محدودیت‌های موضوع مورد مطالعه برگزیده شود. در این حوزه گردآوری داده معمولاً از سنجه‌های غیر مزاحم استفاده می‌شود. برای تحلیل داده‌ها از تحلیل‌های روایتی استفاده شده ولی برای ارزیابی داده‌ها می‌توان از روش‌های مختلفی مانند جبر بولی یا روش‌های میل استفاده کرد. (همان: ۱۱۶)

۲. روایت ساخت از «حقوق اسلامی»

همانطور که گذشت، یکی از بسترهایی که مفهوم حقوق اسلامی در آن تکوین پیدا کرده است، اندیشه مستشرقان-از جمله ساخت-است. تولد این مفهوم در اندیشه ساخت، فرآیندی را در حوزه رویکرد، منابع و مسائل پشت سرگذاشته است. البته برون داد تحولات رویکردی در سایر حوزه‌ها نیز نمایان است.

۲-۱. نظریه تکوین حقوق اسلامی از منظر ساخت

یکی از نقاطی که در آن مواجهه جامعه‌شناسی تاریخی ساخت با فقه اسلامی به خوبی نمایان است، نظریه‌ای است که او در تبیین نحوه تطور حقوق اسلامی بیان می‌کند. همانطور که گذشت این مواجهه مستلزم وجود نظریه‌ای است که الگویی برای اندیشمند باشد. این کلان روایت و نظریه از منظر ساخت، مناسبات نظر و عمل است. از منظر ساخت تحولات حقوق اسلامی یک الگوی معین دارند. ساخت عملاً به نظریات تضاد در جامعه‌شناسی نزدیک می‌شود. منظور او از تضاد، مناسبات (تضاد) عمل و نظر است. این تضاد سبب تضاد نمایندگان این دو حوزه در جامعه شده و اسباب تکوین و تطورات مختلف فقه اسلامی گشته است. ساخت معتقد است که تمام تاریخ حقوق اسلامی را می‌توان ذیل مناسبات نظر و عمل بررسی کرد. (Schacht 1982, 1964: 199). فقه اسلامی یک نظریه است که در ارتباطی تنگاتنگ با رفتار حقوقی مردم و جامعه معنی پیدا می‌کند، مثلاً در اموری مانند حیل ربا، مفهوم اکراه و... تحقق یافته است. (ساخت، ۱۳۸۸، الف: ۲۵۵) او تلاش دارد رابطه نظر-فقه اسلامی ناب-با عمل-حقوق-را در طول تاریخ توضیح دهد. از پس اتخاذ این نظریه، ساخت کیفیت تکوین فقه اسلامی در بستر تاریخ بررسی می‌کند و به این سوال که حقوق اسلامی چه مراحل را طی کرده و چه تطوراتی را پشت سرگذاشته، می‌پردازد. از نظر ساخت فقه یک حقوق آرمانی (ایده آل) است. اما حاکمان و جامعه به مرور زمان از این حقوق آرمانی فاصله می‌گرفته‌اند و این سبب پیدایش یک تضاد اساسی میان نظر و عمل و نمایندگان اجتماعی ایشان می‌شده است. از پس این درگیری نمایندگان جدیدی سر بر می‌آوردند که تغییراتی را در دو طرف این تضاد اعمال می‌کردند تا یک همسازی بین ایشان محقق شود. البته این نمایندگان، دوباره همان مسیر تاریخی را در پیش می‌گرفته‌اند. در این مناسبات چند نقطه تاریخی مهم وجود دارد، اولین نقطه زمان خود پیامبر(ص) است. این نقطه شروع دینی است که بعدتر جنبه حقوقی پیدا می‌کند. نقطه دوم اوایل قرن دوم هجری است که به نوعی پیدایش فقه اسلامی را شاهد هستیم جایی که فقه به عنوان نظریه حقوقی تدوین می‌شود. لکن در این نقطه هنوز فقه نتوانسته است مرجعیت عام پیدا کند و برخی مناسبات به صورت عرفی حل می‌شود. همین نقص، نقطه عزیمت عباسیان است. نقطه بعدی شروع عباسیان است. ایشان با این شعار که به دنبال اجرای شریعت هستند، عرصه سیاست را بدست گرفتند. نقطه بعدی واکنش‌های پاک‌دینانه بودند. از منظر ساخت، این جریان‌ها محصول

فاصله گرفتن نظر و عمل است. تلاش بعدی برای اسلامی و اجرایی کردن احکام اسلامی در زمانه امپراطوری عثمانی است. نهایتاً آخرین نقطه وضعیت و بحران مدرنی است که کشورهای اسلامی با آن ذیل اندیشه قانون مواجه شده‌اند.

همانطور که گذشت شاخت از دو نظام حقوقی در جوامع اسلامی صحبت می‌کند؛ نظام آرمانی و نظام عرفی. «در اثر همه این موارد عملاً نوعی اجرای عدالت دوگانه در تمام جهان اسلام رواج یافته‌است: یکی اجرای عدالت دینی که توسط قاضیان بر مبنای شریعت اعمال شده و است و دیگری اجرای عدالت غیردینی که توسط مقامات سیاسی بر مبنای عرف... و در دوره‌های نوین با مجموعه قوانین وضع شده، به عمل درآمده است». (همان: ۷۷). این نظام حقوقی عرفی تلاش می‌کند تا حدود نظام حقوقی آرمانی را حفظ کند ولی در بسیاری از موارد ملزوماتی عملی را بر آن تحمیل می‌کند. یکی از بارزترین مصادیق این تحمیل را باید در حوزه بانکداری و حیل شرعی جستجو کرد. حقوق عرفی که به صورت غیر رسمی شکل گرفته بود، سفته و حواله را خارج از محدودیت‌هایی که فقه برای آن در نظر گرفته بود مورد استفاده قرار می‌داد. بسیاری از نهادهای این حقوق تجارت عرفی، به اروپا راه یافته‌است مانند mohatra که از مخاطره عربی گرفته شده و برای فرار از ممنوعیت سود بردن از فروش مضاعف است. (همان: ۱۰۱)

بدین ترتیب شاخت یک وضعیت دوگانه نظری-عملی یا حقوق آرمانی-حقوق عرفی را در جوامع اسلامی تشخیص می‌دهد. او معتقد است که این به معنی مقابله این دو نظام نیست؛ بلکه یک موازنه بین این دو برقرار است. در این دوگانه، نظریه حقوق آرمانی قدرت بالاتر را دارد. «عرف و حقوق عرفی با نظریه آرمانی فقه اسلامی همزیستی داشته، اما در کل جهان اسلام بیرون از نظام حقوقی باقی مانده‌است. عرف به عنوان واقعیتهای تاریخی سهم بسیاری در شکل‌گیری حقوق اسلامی داشته، اما نظریه کلاسیک فقه اسلامی اعتنایی به تحولات تاریخی آن نداشته‌است. (همان: ۸۴)» در این موازنه علما از طریق مفهوم فسادالزمان، مسئله موازنه را پیش می‌بردند. فقه از جنبه نظری حاکمیت خود را اثبات کرده لکن عملاً اصراری برای اجرای کاملش نبوده است. (شاخت، ۱۳۸۸، ب: ۱۰۸-۱۰۹) شاخت پیدایش جنبش‌های پاک‌دینانه قرن ۵ و ۶ را محصول دیالکتیک نظر و عمل می‌داند. این جنبش‌های به نظام دوگانه فقه و حقوق معترض بودند و تلاش داشتند این دوگانگی برداشته شود. همانند مرابطون. (همان: ۱۱۱-۱۱۳)

۲-۲. «حقوق اسلامی» و تحولات در منابع

شاخت معتقد است حقوق اسلامی امری است که تولدی اجتماعی دارد و منابع آن هم باید در همین چهارچوب فهم شوند. شاخت چهار منبع قرآن، سنت، اجماع و قیاس را به عنوان منابع معتبر فقه اسلامی برمی‌شمارد. (Schacht, 1979: V) شاخت قیاس را متخذ از نظام حقوقی یهودی می‌داند. منبع دیگر قرآن است. شاخت معتقد است که اسلام دینی اخلاقی است و نه حقوقی. (شاخت، ۱۳۸۸، ب: ۲۷) بدین معنا که قرآن، اولاً داعیه قانونگذاری کلی در مورد زندگی انسانی

ندارد، بلکه مسئله او آخرت است. لکن وجود حدود ۵۰۰ آیه در مسائل مختلف حقوقی، تلاش پیامبر(ص) در مدینه برای برپایی یک جامعه سیاسی و فاصله گذاری بین اسلام و یهودیت، مانعی اساسی برای پذیرش این ادعای ساخت است. (حلاق؛ وائل، ۱۳۸۸: ۳۴-۳۵)

دومین منبع سنت است. سنت در دو حوزه روایات نبوی و سیره ایشان مطرح است. در زمینه روایات نبوی ساخت، گلدسیهر، جوینبول و... معتقدند که مجموعه روایاتی که مستند به پیامبر اسلام است، در قرن‌های اول و دوم ساخته شده‌اند. ایشان بوجود آمدن این منبع را امری کاملاً اجتماعی می‌دانند و آن را محصول نیرو و نیازهای اجتماعی می‌دانند. منبع سوم اجماع است. اجماع پیش از اسلام به توافق رسمی و آگاهانه قبیله دلالت می‌کرد. ایده اجماع از همان قرن اول هجری پشتیبان اندیشه حقوقی اسلام بوده است. برای تبیین و توجیه حجیت اجماع به روایات نبوی دال بر عدم اشتباه امت در نقطه اجماعی تمسک می‌شده است. (ساخت، ۱۳۸۸، الف: ۸۱)

۳-۲. جستجوی مسائل «حقوق اسلامی» در سایر نظامات حقوقی

یکی دیگر از نقاطی که محل توجه جامعه‌شناسانه ساخت بوده است، همبستگی مسائل مختلف حقوقی به پیشینه آن‌ها است. بدین معنا که از نظر او مسائل و عناصر حقوقی به صورت خلق الساعه پیدا نمی‌شوند و سابقه‌ای در سایر ادیان و مذاهب دارند. ساخت معتقد است بسیاری از عناصر فقه، از سایر تمدن‌ها وام گرفته شده است. «...به این ترتیب مفاهیم نشئت گرفته از حقوق روم و بیزانس، حقوق مسیحی کلیساهای مشرق، حقوق یهودی و حقوق ساسانی به حقوق مذهبی اسلام راه پیدا کرد. (ساخت، ۱۳۸۸، ب: ۳۸)» ساخت عملاً در این تمدن‌ها به دنبال ریشه‌های حقوق اسلامی است. او در این مسئله تا حدی پیش می‌رود که عملاً استقلال خاصی برای نظام حقوقی اسلام قائل نیست. مثلاً ساخت معتقد است اصل «زنا مانع نکاح می‌شود» از حقوق مسیحی وارد حقوق اسلامی شده، «وقف» متأثر از «*piae causae*»^۱ است (Schacht 1982, 1964) و ممنوعیت رباخواری، روش قیاس، استصلاح و استصحاب از یهودیت وارد اسلام شده است. (ساخت، ۱۳۸۸، ب)

یکی از دغدغه‌های ساخت بررسی مناسبت نظام حقوقی اسلامی و رومی است. این تأثیرپذیری به دلیل عدم آشنایی مسلمین با نظام رومی، محل تأمل جدی است. لذا تدوین نظام حقوقی اسلام را به قرن دوم-بعد از تشکیل امویان در سوریه-بازمی‌گرداند و به نظر او مسلمین در هنگام تدوین نظام حقوقی خود، با نظام حقوقی رومی آشنا بوده‌اند. (Schacht, 1950: 13). ساخت معتقد است که منطق حقوقی مسلمین متأثر از منطق حقوقی رومی-یونانی است (ibid). به نظر او قیاس، به حقاش (heqqesh) در حقوق تلمودی شبیه است که ترجمه (συμβάλλειν) یونانی است (Schacht

¹ Pious, charitable purposes. Gifts to charitable institutions (foundations), such as orphanages, hospitals, poorhouses, almshouses for old people, and the like, were favored by Justinian's legislation. Such institutions were administered by directors who were considered temporary and limited owners and were authorized to appoint their own successors. Berger 2004.

1979 و «اجماع» از «*opinio prudentium*» گرفته شده است. (Schacht 1950) «رهن» تحت تأثیر «*pignus*»^۲ است (Schacht 1982, 1964). گلدتسیهر و شاخت معتقدند، اصل «الولد للفراش» ریشه در «*pater est quem nuptiae demonstrant*»^۳ دارد. (Schacht 1950)

اسلام موضع متفاوتی در مورد احکام موجود در جامعه عربی داشته‌است و به مرور زمان، این قوانین را جایگزین ساخته است. (شاخت، ۱۳۸۸، ب: ۳۱) حقوق عربی در حوزه اصول نظام حقوقی بر نظام اسلامی مؤثر بوده‌است. مفهوم سنت در نظام فقهی همان معنای گذشته خود را دارد. (همان: ۳۴-۳۵) شاخت ابتدای حوزه تجاری و قراردادهای اسلامی بر حقوق عربی را نمی‌پذیرد. (شاخت، ۱۳۸۸، الف: ۲۰) او پیش‌بینی می‌کند که «ایجاب» به خاطر ساختار یک طرفه‌ای که دارد از بابل وارد اندیشه اسلامی شده باشد. (Schacht 1982, 1964: 22) از نظر شاخت پیامبر(ص) در ابتدا به دنبال تأسیس نظام حقوقی نبوده‌اند ولی نهایتاً مجبور می‌شوند نسبت به نهادهای پیشااسلامی احکامی صادر کنند. (شاخت، ۱۳۸۸، ب: ۲۷) □

«حقوق یهودی... اصطلاحات و مفاهیمی از حقوق کلاسیک رم را در بردارد که از طریق بلاغت‌نامه عامیانه یونانی وارد آن شد... همین قضیه درباره حقوق ایرانی ساسانی صادق است...».

(شاخت، ۱۳۸۸، ب: ۳۸) شاخت معتقد است حوزه تأثیر نظام حقوقی ساسانی بر نظام حقوقی اسلامی در حاله‌ای از ابهام است. (Schacht, 1950: 10) یکی از راه‌های احتمالی ورود نهادها و قوانین مختلف به عرصه حقوق اسلامی، تازه مسلمان‌هایی مانند ابن‌مقفع هستند.^۴ ابن‌مقفع را مبدع پیشنهاد یکسان‌سازی «*Codify*» قوانین-پینشهادی که محصول اندیشه حقوقی ساسانیان است- می‌دانند. (Schacht, 1982, 1964: 22). نهاد کاتب (ibid) و قاضی القضاة-موبدان موبد- (شاخت، ۱۳۸۸، الف: ۷۳) نیز متخذ از نظام ساسانی است.

۳. نگاهی انتقادی بر روایت شاخت از حقوق اسلامی

با توجه به مواردی که گذشت، بررسی انتقادی مواجهه شاخت با حقوق اسلامی در چند مبحث پیگیری خواهد شد. مبحث اول نگاهی انتقادی به ثمرات نگاه جامعه‌شناسانه به فقه اسلامی است و مبحث دوم ارزیابی روایت جامعه‌شناسی تاریخی شاخت از فقه است.

۳-۱. فقه از پس روایت جامعه‌شناسانه؛ نگاهی بر چالش‌های معرفتی یوزف شاخت

فقه اسلامی دارای جنبه‌های اجتماعی متعددی است. از این جهت می‌تواند موضوع مطالعه جامعه‌شناسانه باشد. اما این بررسی با چالش‌های متعددی مواجه است. از جمله اینکه فقه جنبه‌های

^۲ See: Berger 2004; Garner and Black 2009.

^۳ The father is the man whom the marriage indicates. This expresses the idea that a child born to a married woman is presumed begotten her husband. Garner and Black 2009.

^۴ در مورد ابن مقفع ر. ک به آذرنوش، آذرتاش؛ زریاب خوبی، عباس ۱۳۹۹؛ افندی، عبدالحمید ۱۳۳۶؛ فائزی ۱۳۲۹؛ ولدییگی و سعدون‌زاده ۱۳۹۶؛ فلاح و فرامرزراملکی ۱۳۹۲؛ Arjomand 1994.

غیر اجتماعی نیز دارد. مسئله دیگر چالش عقلانیت است. اصولاً عقلانیت موجود در امور است اندیشمندان را به یافتن نظم موجود راهنمایی کند. اما عقلانیت مقبول جامعه‌شناسان با عقلانیتی که در دل فقه وجود دارد، متفاوت است. روایت فقه به نحوی که بتواند در قالب جامعه‌شناسی قرار بگیرد، مستلزم تصرفاتی در این نقاط کلیدی است. لکن این تصرفات، روایی این قبیل مطالعات را به چالش می‌کشد.

۳-۱-۱. صورتی جدید بر دانشی کهن

همانطور که گذشت نظریه ساخت برای توضیح تاریخ فقه اسلامی، مسئله مناسبات نظر و عمل است. این کلان‌روایت، از چند جهت محل خدشه‌است. اولین مسئله، ساده‌سازی است. ساخت برای اینکه بتواند مطالعه خود را محدودتر کند، صرفاً به بررسی فقه عامه پرداخته‌است. در این بررسی فقه عامه نیز فقط به قرائت رایج بسنده کرده‌است. بدین ترتیب از دل فقه عامه جریان‌های منتقدی مانند غزالی حذف شده‌اند. از طرفی در خارج از فقه عامه بسیاری از مذاهب مانند تشیع حذف شده‌است.

اولاً؛ این نحوه برخورد با مذاهب و جریان‌های مختلف مبتنی بر نظام و طرح خاصی از دانش است. بر اساس این طرح از دانش که در جامعه‌شناسی و جامعه‌شناسی تاریخی با آن مواجه هستیم، مناط اعتبار بسیاری از پدیده‌ها، وضع اجتماعی آن‌ها است. از این رو شاید بتوان گفت که مناط ارزش‌دهی به روایات مختلف از فقه اسلامی به رواج آن بین مردم برمی‌گردد و حقیقت آن صرفاً اجتماعی است. ثانیاً؛ با حذف برخی از مذاهب و نحله‌ها، روایی و پایایی پژوهش با چالش مواجه می‌شود؛ خاصاً که برخی مذاهب مانند تشیع، مذاهبی قدیمی هستند و روایتی از فقه اسلامی در خود دارند که می‌تواند فهم جامعه‌شناس را تحت تأثیر قرار دهد. ثالثاً؛ داشتن یک قضاوت پیشینی، مسئله‌ساز است. ساخت بسیاری از مفاهیم و پیش‌فرض‌هایش را که برای مطالعه نظام حقوقی اسلام لازم است از جایی دیگر به همراه دارد. رابعاً؛ ساخت حوزه اخلاقی و عبادات فقه را اجدا کرده و روایتی خاص از فقه ارائه کرده‌است. از این جهت ساخت نهایتاً در تبیین فقه به صورتی جدید از دانش فقه رسیده‌است!

۳-۱-۲. غیب و عقلانیت؛ چالشی بنیادین برای ساخت

روایت ساخت از آنچه به عنوان منابع فقه اسلامی شناخته می‌شود در قالب رویکرد جامعه‌شناسی تاریخی او قرار دارد. غیب و امر قدسی در فقه اسلامی، برای نحوه مواجهه‌ای که ساخت برگزیده‌است، نامأنوس است. لذا باید در طرحی که جامعه‌شناسی از دانش دارد، این منابع حقوقی اسلامی موجه گردند. در مورد قرآن، ساخت معتقد است که قرآن بیش از اینکه یک کتاب حقوقی باشد، کتابی اخلاقی است. از نظر او شریعت اسلامی پیش از اینکه شریعتی حقوقی باشد، شریعتی اخلاقی است. (ساخت، ۱۳۸۸، ب: ۲۷) لذا قرآن سهم عمده‌ای در نظام حقوقی اسلامی ندارد. لکن حدود ۵۰ آیه که در باب احکام و معاملات در قرآن، روشن‌ترین دلیل بر اشتباه بودن این ادعا

است. این ادعای شاخت، تلاشی است برای اینکه موضوع مورد مطالعه بیش از پیش در حوزه امکانات موجود در جامعه‌شناسی تاریخی قرار گیرد.

کار شاخت با موضوع او در قبال روایات تکمیل می‌شود. شاخت معتقد است که سنت، محصول قرن دوم و نیازهای اجتماعی آن زمان است. از طرفی دیگر دو منبع باقی می‌مانند که عبارتند از قیاس و اجماع. این دو منبع باقی مانده، کاملاً عقلانی و عرفی‌اند و در چهارچوب جامعه‌شناسی حقوق قابل بررسی می‌باشند. بدین ترتیب با این فرآیندی که شاخت طی می‌کند، حضور امر غیبی در فقه نامحسوس و رقیق می‌گردد. بدین ترتیب فضا برای مطالعه جامعه‌شناسانه فقه اسلامی فراهم می‌گردد. این کار شاخت عملاً آفرینش و بازآرایی امری جدید می‌باشد و انتساب آن به مسلمین و تاریخ فقه ایشان به شدت محل مناقشه‌است. این عملاً آفرینشی جدید بر اساس طرحی است که جامعه‌شناسی تاریخی می‌تواند از حقوق داشته باشد در حالیکه نوعاً دریافت مسلمانان از فقه چیز دیگری است.

۲-۳. فقه و جامعه‌شناسی تاریخی؛ نگاهی بر چالش‌های رویکردی و روشی شاخت

پیش از بررسی اجزای روایت شاخت از فقه اسلامی، نگاهی انتقادی به کلیت جامعه‌شناسی تاریخی بسیار مهم به نظر می‌آید. یکی از چالش‌هایی که در روایت شاخت مشاهده شد، این بود که با گذشت هر چه بیشتر زمان، حقوق اسلامی و جامعه اسلامی وضعیتی ابتدایی، به وضعیتی پیچیده می‌رسید. این فرض به نظر بسیاری از منتقدین جامعه‌شناسی تاریخی بسیار مضر است، زیرا که جامعه مورد مطالعه را از جامعه‌ای واقعی به جامعه‌ای فرضی بدل می‌کند (کافی، ۱۳۹۳). در اینجا ما با این مواجه هستیم که تاریخ فقه اسلامی به عنوان وضعیتی مستقل که امکان‌های بسیاری پیش روی دارد و ممکن است هر آینده‌ای داشته باشد، دیده نمی‌شود. تاریخ فقه به مثابه گذشته‌ای دیده می‌شود که تنها یک امکان پیش روی دارد و آن هم امروزی است که در آن زندگی می‌کنیم. شاخت مجبور می‌شود که صورت‌های تحلیلی امروزی را به تن تاریخ بیوشاند. آنچه شاخت ارائه می‌دهد، گرچه تا حدودی می‌تواند وضعیت امروزی مسلمانان را نشان دهد ولی نمی‌تواند بازنمایی کاملی از تاریخ فقه اسلامی باشد. این روایت تاریخ را به مقتل اکنون و امروز آورده‌است. این مسلخ و مقتل حتی امکان‌های مستور در تاریخ فقه و حقوق اسلامی را که می‌تواند در شرایط خاصی ظاهر شده و وضعیت را دگرگون کند، از بین می‌برد. به عبارتی این روایت تاریخ را به نفع اکنون به فعلیت تمام آورده و مصرف می‌کند و جز تقاله‌ای از این تاریخ باقی نمی‌گذارد.

همانطور که گذشت شاخت رویکردی جامعه‌شناختی تاریخی به فقه اسلامی دارد. در مبحث قبلی برخی پیش‌فرض‌های متافیزیکی این رویکرد و نتایج آن، بررسی شد. در این مبحث روایت جامعه‌شناختی تاریخی شاخت از منظر روایی و پایداری در حوزه نظریه، رهیافت و فرآیندهای تحقیق بررسی می‌شود. همانطور که گذشت شاخت مستقلاً به توضیح روش‌های مطالعه‌ای خود پرداخته‌است.

۳-۲-۱. نظریه تضاد در توضیح تاریخ حقوق اسلامی

نظریات جامعه‌شناسی را می‌توان در دسته‌های مختلفی قرار داد. تقسیم‌بندی نظریات جامعه‌شناسی بر اساس موضوع می‌تواند کمک بیشتری به فهم اندیشه‌های شاخه در مورد حقوق اسلامی کند. نظریات حداقل در چهار دسته کلی کارکردگرایی، تضاد، ساختارگرایی و کنش متقابل قرار می‌گیرند.

الف- نظریه کارکردگرایی

کارکردگرایان معتقدند که جامعه یک نظام پیچیده‌است که بخش‌های مختلف آن در کنار هم تلاش دارند تا به سمت ثبات و انسجام حرکت کنند. از این منظر جامعه‌شناسی مناسبات این بخش‌های مختلف جامعه باهم و با کل جامعه را مورد بررسی قرار می‌دهد. کارکردگرایی تأکیدی اساسی بر اجماع و وفاق اخلاقی برای حفظ نظم و ثبات جامعه دارد. برای کارکردگرایان جامعه بعضاً دارای اهداف و مقاصد مختلفی است. از نظر ایشان بخش‌های مختلف جامعه مانند بخش‌های مختلف بدن، وظایفی دارند که باید برای حفظ ثبات و نظم جامعه ایفا کنند. (گیدنز، ۱۳۸۶: ۲۶-۲۷)

ب- نظریه ساختارگرایی

ساختارگرایی بر ساختارها تکیه دارد. نظریه کارکردگرایی نیز بر ساختارها تأکید دارد، لکن تفاوت این دو نظریه در این است که ساختارگرایی بر ساختارهای زبانی تأکید دارد و کارکردگرایی بر ساختارهای اجتماعی. تغییر از ساختارهای اجتماعی به ساختارهای زبانی را چرخش زبانی می‌دانند که تأثیرات زیادی در علوم اجتماعی داشته‌است. یکی از بنیادهای اولیه این نوع ساختارگرایی کارهای زبان‌شناسانه سوسور است. (ریترز، ۱۳۹۳: ۸۰۹)

ج- نظریه کنش متقابل

برخی از متفکران برای فهم اجتماع، بر کنش‌های متقابل افراد تأکید دارند. به نظر ایشان می‌رسد که کنش‌های متقابل افراد است که می‌تواند نهادها و ساختارهای اجتماعی را بیافریند. (گیدنز، ۱۳۸۶: ۲۸-۲۹)

د- نظریه تضاد

طرفداران نظریه تضاد نیز مانند کارکردگرایان بر تأثیر و نقش نهادهای مختلف توجه دارند، لکن برخلاف آن‌ها تمایل و حرکت جامعه به سمت وفاق را درست نمی‌دانند. ایشان بر تقسیم‌بندی نهادهای اجتماعی تأکید می‌کنند. ایشان به تضادها، اختلافات و... توجه دارند. تضادها را نیز متأثر از تفاوت در منافع گروه‌های مختلف می‌دانند. بسیاری از متفکرینی که پیرامون نظریه تضاد می‌اندیشند، متأثر از کارل مارکس و ماکس وبر هستند (همان: ۲۷). همانطور که گذشت ساخت عامل محرک تاریخ حقوق اسلامی را تضاد بین نظر و عمل می‌دانند. در مجموع آراء ساخت را باید در ردیف اندیشه‌های تضاد محور در جامعه‌شناسی قرار داد.

نظریه تضاد، در بسیاری از مواقع می‌تواند به خوبی بسیاری از تغییراتی که در جامعه به وقوع می‌پیوندد را بیان کند. لکن بزرگترین چالش این نظریات در توضیح و بیان وحدت است. در هر تغییری بین امر اول و امری که پس از تغییر بدست می‌آید، یک وجه وحدت وجود و یک وجه افتراق. نظریات تضاد به خوبی این وجه افتراق را بیان می‌کند، لکن در توضیح وجه وحدت و چرایی آن اختلافاتی وجود دارد. همچنین این نظریات در تبیین چگونگی و کارکرد اموری که در دوره‌های مختلف در مورد آن‌ها اختلاف و تغییر بوجود نیامده‌است، با چالش‌های بسیاری مواجه می‌شوند. (کافی ۱۳۹۳)

۳-۲-۲. رهیافت‌های جامعه‌شناختی تاریخی ساخت در مواجهه با فقه اسلامی

در مواجهه پدیده‌های اجتماعی و تاریخ می‌توان به نظریات مختلفی تمسک کرد. یکی از مهمترین فواید نظریات این است که می‌توانند حال را به گذشته متصل کنند و خلأهای مدارک و اسناد را جبران کنند. همانطور که گذشت رهیافت‌های مختلفی را در تمسک به این نظریات می‌توان در پیش گرفت. برخی از این رهیافت‌ها به دنبال استفاده و اعمال یک الگو در موارد خاص هستند، برخی به دنبال تبیین و تفسیر پدیده‌ها و نهایتاً برخی به دنبال علیت در توضیح پدیده‌ها می‌گردند. به نظر می‌رسد که ساخت به دنبال تحلیل تاریخ فقه اسلامی در بستر الگوی واحد مناسبات نظریه و عمل حقوقی است. به نظر می‌رسد که ذهن ساخت تا حدود بسیار زیادی با وضعیت اکنون کشورهای اسلامی درگیر است. او چالش اکنون مسلمین را به کل تاریخ ایشان سرایت داده‌است، گویی کل تاریخ به همین نحو بوده‌است. اما این تسری نظری ساخت بسیار چالش برانگیز است. الگوی مدنظر ساخت گرچه در بسیاری از موارد صورت معناداری به خود می‌گیرد، لکن با یک چالش اساسی مواجه‌است؛ چگونه به تعمیم این نظریه رسیده‌است؟! این سوالی است که در آثار ساخت پاسخ خاصی ندارد.

۳-۲-۳. روایی تاریخی و روشی

ساخت با چالش‌های دیگری هم در این زمینه مواجه‌است. او اگر تحقیق خود را نوعی تحقیق جامعه‌شناسانه می‌داند، باید بتواند از پایایی و روایی این تقریر در چهارچوب جامعه‌شناسی تاریخی دفاع کند. اما این پایایی و روایی با مشکلات جدی مواجه‌است. اولاً در حوزه گردآوری اطلاعات، ساخت معمولاً به کتب درجه دوم تاریخی و یافته‌های مورخان مختلف رجوع می‌کند. ثانیاً بسیاری از منابع غیر عامه از روایت او حذف شده‌اند در حالیکه هرکدام از این منابع حتی در روشن‌تر شدن تاریخ فقه عامه-خاصاً در صدر اسلام-می‌توانند کمک‌های شایانی به روایت ساخت بکنند. ثالثاً در حوزه تحلیل داده‌ها ساخت در بسیاری از تحلیل‌های خود در مورد ریشه‌های فقه اسلامی به سخنانی خطایی و بدون استدلال بسنده کرده. او معمولاً در مورد اینکه چرا باید بپذیریم که نهادی خاص از جایی دیگر به نحوی که در نظر اوست، وارد حقوق اسلامی شده‌است، تبیینی ندارد. بیان ادعاهایی بی‌دلیل و بدون استدلال روایت او را با چالش‌های روایی مواجه ساخته‌است. مسئله دیگر ساخت این

است که او بیش از حد در بند اکنون است. تلاشی اساسی از جانب شاخه برای نوعی هم‌زمانی و هم‌افق شدن با مردمان دوره‌های مختلف اسلامی دیده نمی‌شود. این شاید یکی از چالش‌هایی است که جامعه‌شناسی تاریخی به صورت عمده با آن مواجه است.

همانطور که دیدیم، جامعه‌شناسی بین حقوق و اخلاق تفاوت‌هایی قائل است ولی در حوزه فقه اسلامی، جدا کردن این مرزها بعضاً بسیار دشوار است. به همین دلیل تلاش برای اینکه صورتی جامعه‌شناسانه به فقه داده شود، باعث از دست رفتن بخش‌هایی از فقه می‌شود. بدین روی فقه اسلامی بخشی ارگانیک از ماهیت خود را از دست می‌دهد. تقسیم فقه به حوزه عبادات و معاملات و بررسی بخشی از آن و ترک بخشی دیگر، سبب چندپارگی یک امر واحد می‌شود. به نظر می‌رسد تجزیه و برگزیدن یک بخش از امر واحد تاریخی و ترک بخش دیگر آن، دلیل موجهی ندارد یا لااقل دلیل موجهی از جانب شاخه ارائه نشده است. این چالش دیگری است که ماهیت اجتماعی و واحد فقه را دستخوش تغییراتی می‌کند که دلیل موجهی برای این تغییرات به نظر نمی‌رسد. همه این موارد سبب می‌شود که روایی و پایایی تحلیل‌های شاخه، متزلزل شود.

نکته دیگری که شاخه در توجه به آن با مشکل مواجه است، حوزه مسائل می‌باشد. شاخه بنا بر رویه جامعه‌شناسی تاریخی معتقد است که مسائل و اموری که در اندیشه حقوقی مسلمین قرار دارد، خلق الساعه پدید نیامده‌اند. بسیاری از این امور از نظامات حقوقی دیگر وارد اسلام شده است. لکن این نکته را تبیین نکرده است که چرا برخی از نهادها و مسائل حقوقی وارد اسلام شده‌اند ولی برخی دیگر نتوانسته‌اند وارد شوند و همچنین چه چیزی سبب می‌شود که او این مجموعه متکثری که از نظامات مختلف گرد هم آمده‌اند را حقوق اسلامی بنامد؟ وجه وحدت این امور چه بوده است. اصولاً این امور به مثابه موادی هستند که صورتی جدید کنار هم یافته‌اند. این صورت جدید و تبیین آن در اندیشه شاخه مفقود است.

نتیجه‌گیری

یوزف شاخه برای مطالعه فقه به مثابه حقوق اسلامی، رویکرد جامعه‌شناسی تاریخی را برگزیده است. مطالعات شاخه، ماده‌هایی را در دل تاریخ فقه شناسایی می‌کند و با اعطای صورت‌های جدید به آن‌ها، «حقوق اسلامی» را بازتولید می‌کند. اولین مرحله این فرآیند دیدن فقه از منظر جامعه‌شناسی تاریخی است. پس از تعیین موضع بررسی فقه، شاخه چند مسئله مهم را بررسی می‌کند، اولاً منابع فقه و ثانیاً ریشه‌های فقه و ثالثاً یافتن جایی برای امر حقوقی در فقه و جدا کردن امر حقوقی از امر اخلاقی در فقه. از پس این بررسی، شاخه امکان بازآرایی «فقه» به مثابه «حقوق اسلامی» را پیدا می‌کند. این صورت جدید فقه در اندیشه شاخه در چند حوزه تکوین یافته است؛ اولاً در حوزه روش، ثانیاً در حوزه منابع و ثالثاً در حوزه مسائل. در حوزه روش مهمترین کار شاخه، خوانش فقه اسلامی از دریچه جامعه‌شناسی تاریخی است. در حوزه منابع؛ شاخه در ابتدا اتصال احادیث و روایات را از

صدر اسلام منقطع می‌داند و انتساب آن به پیامبر (ص) و سایر اصحاب در قرون اولیه را محل تأمل جدی می‌داند. از نظر او روایات در قرون متأخرتر به دلیل نیاز جامعه اسلامی تدوین شده‌است. همچنین از جهتی دیگر وجه حقوقی و فقهی قرآن را بسیار اندک می‌داند. از منظر او قرآن کتابی اخلاقی است تا کتابی حقوقی. کار دیگری که در این حوزه انجام می‌شود، ایجاد تمایز بین حوزه عبادات و معاملات به مثابه ایجاد نوعی تمایز بین امر حقوقی و امور غیر حقوقی است. مسئله دیگر در این حوزه یافتن یک کلان روایت واحد است که بتواند تمام تحولات فقه را تبیین کند. شاخت این کلان روایت را از مناسبات نظر و عمل بدست می‌آورد. ثالثاً در حوزه مسائل نیز بسیاری از مسائل و راهکارهای مطرح در فقه اسلامی را برگرفته از مسائل و راهکارهای موجود در سایر سنت‌ها می‌داند. بازخوانی شاخت سبب می‌شود که جنبه‌های عرفی فقه که محصول مقتضیات اجتماعی-تاریخی است بر جنبه‌های غیر تاریخی و حتی تعبدی فقه غلبه کند. و از پس این فرآیند است که مفهوم «حقوق اسلامی» در اندیشه شاخت متولد می‌شود. همچنین روایت شاخت، در حوزه جامعه‌شناسی تاریخی با چالش‌هایی اساسی مواجه‌است؛ اولاً معلوم نیست چه نظریه‌ای دقیقاً بر اندیشه شاخت حاکم است. ثانیاً در فرض حاکمیت نظریه تضاد، اتخاذ این نظریه در توضیح نقاط وحدت امر اجتماعی محل تأمل است. ثالثاً بسیاری از استنادات موجود در آثار شاخت، منبع معینی ندارند و بعضاً به روایات دسته دوم مورخان اکتفا کرده‌است. همچنین حذف منتقدین فقه عامه خدشه مهمی بر روایی و جامع بودن تحقیق شاخت وارد کرده‌است. نهایتاً تجزیه امر واحد تاریخی-فقه-به حقوق و اخلاق و ترک بررسی بخش اخلاق، بدون اینکه توجیه خاصی برای این کار وجود داشته باشد، سبب خدشه بر روایت تاریخی شاخت است.

منابع

۱. اسمیت، دنیس. برآمدن جامعه‌شناسی تاریخی، سید هاشم آقاجری. تهران: مروارید. ۱۳۹۲.
۲. اسمی جوشقانی، زهرا. «بررسی زمینه‌های شکل‌گیری جامعه‌شناسی تاریخی؛ الزامات و کارکردهای آن». پژوهش در آموزش تاریخ (۶). صص ۱۷-۳۴. ۱۴۰۰.
۳. افندی، عبدالحمید. «شرح حال ابن مقفع». عباس راسخی. راه حق (۱). ۱۳۳۶.
۴. آذرنوش، آذرتاش؛ زریاب خوبی، عباس. «ابن مقفع، ابو محمد». تهران. دایره المعارف بزرگ اسلامی ۴. ۱۳۹۹.
۵. آشتیانی، منوچهر. جامعه‌شناسی تاریخی. تهران: پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی. ۱۳۹۱.
۶. تنهائی، حسین ابوالحسن. درآمدی بر مکاتب و نظریه‌های جامعه‌شناسی. (ویرایش ۴). مشهد، تهران: انتشارات مرندیز: شرکت بهمن برنا. ۱۳۸۹.

۷. حلاق، وائل. تاریخ تئوری‌های حقوقی اسلامی. مقدمه‌ای بر اصول فقه سنی. تهران: نشر نی. ۱۳۸۸.
۸. دورکیم، امیل. قواعد روش جامعه‌شناسی. هوشنگ ناییبی. تهران: انتشارات آگاه. ۱۴۰۱.
۹. ریتزر، جورج. نظریه جامعه‌شناسی. هوشنگ ناییبی. تهران: نشر نی. ۱۳۹۳.
۱۰. ساخت، یوزف. مقدمه‌ای بر حقوق اسلامی، احمدرضا خواجه‌فرد؛ احمدرضا مرادی‌بنی. تهران: دادگستر. ۱۳۸۸، الف.
۱۱. ساخت، یوزف. دیپاچه‌ای بر فقه اسلامی. اسدالله نوری. تهران: کتابهای هرمس. ۱۳۸۸، ب.
۱۲. فائزی، مجتبی. «ابن مقفع». ارمغان (۲۵). صص ۱۴۱-۱۴۴. ۱۳۲۹.
۱۳. فلاح، رستم؛ فرامرزقراملکی، احد. «ابن مقفع و مکتب اخلاقی وی». جاویدان خرد (۲۳). صص ۵۷-۷۶. ۱۳۹۲.
۱۴. کافی، مجید. جامعه‌شناسی تاریخی (مفاهیم، نظریه‌ها، نقد و بررسی). قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه. ۱۳۹۳.
۱۵. گیدنز، آنتونی؛ بردسال، کارن. جامعه‌شناسی. حسن چاوشیان. نشر نی. ۱۳۸۶.
۱۶. لوی برول، هانری. جامعه‌شناسی حقوق. ابوالفضل قاضی. تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران. ۳۵۳۱.
۱۷. ولدییگی، مرادعلی؛ سعدون‌زاده، جواد. «ابن مقفع شهید قربانی تفکر شعوبیه ادیب و دانشمند نثر عربی و فارسی». پژوهشنامه تاریخ (۴۹). صص ۱۶۵-۱۸۲. ۱۳۹۶.
18. Arjomand, Said Amir ('Abd Allah Ibn al-Muqaffa' and the 'Abbasid Revolution). *Iranian Studies* (27). pp. 9-36. 1994.
19. Berger, Adolf. *Encyclopedic dictionary of Roman law*. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd. 2004.
20. Garner, Bryan A.; Black, Henry Campbell: *Black's law dictionary*. 9th ed. St. Paul, MN: West. 2009.
21. Goldziher, Ignác: *Muslim studies*. Edited by S. M. Stern. Chicago: Aldine Pub. Co. 1973, 1966-71.
22. Hallaq, Wael B.: *Sharī'a. Theory, practice, transformations*. Cambridge UK, New York: Cambridge University Press. 2009.
23. Hayes, Christine Elizabeth: *Cambridge companion to Judaism and law*. New York, NY: Cambridge University Press. 2017.
24. Schacht, Joseph: (Foreign Elements in Ancient Islamic Law). *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Vol. 32, No. 3/4 (1950), pp. 9-17. 1950
25. Schacht, Joseph: (Problems of Modern Islamic Legislation). *Studia Islamica* (12), p. 99-129. 1960.
26. Schacht, Joseph: *The origins of Muhammadan jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press. 1979.
27. Schacht, Joseph: *An introduction to Islamic law*. Oxford Oxfordshire, New York: Clarendon Press. 1982, 1964.

28. Afandi, Abd-Al Hamid. Biography of Ibn Muqaffa'. Translated by Abbas Rasekhi. Rah-e-Haq. 1954. in Persian
29. Ashtiani, Manouchehr: Historical Sociology. Institute for Humanities and Cultural Studies. Tehran. 2019. In Persian.
30. Azarnoush, Azartash. Zaryāb Khoyi, 'Abbās: Ibn Muqaffa', Abou Mohammad. The Great Islamic Encyclopaedia. Tehran. 2019. In Persian.
31. Dennis, Smith: The Rise of Historical Sociology. Translated by H.Aghajeri. Teharn. Morvarid Pub. 2007. in Persian.
32. Durkheim, Émile: The Rules of Sociological Method. Translated by Hooshang Nayebi. Aghah Pub. Tehran. 2021. In Persian.
33. Esmi Joshghani, Zahra: Investigating the Fields of Formation of Historical Sociology: Its Requirements and Functions. Research in history education. pp 17-34. 2020. In Persian.
34. Faezi, Mojtaba: Ibn Muqaffa'. Armaghan. pp 141-144. Tehran. 1948.
35. Fallah, Rostam; Faramarz Gharamaleki, Ahmad: Ibn Muqaffa' and His Moral School. Sophia Perennis. pp 57-76. 2013.
36. Giddens, Anthony; Birdsall, Karen: Sociology. Translated by Hasan Chavoshian. Ney Pub. Tehran. 2007.
37. H.A.Tanhaei: An Introduction to the Schools and Theories of Sociology. Marandiz Pub and Bahmanborna Pub. Mashhad. 2009. In Persian.
38. Hallaq, Wael B. A History of Islamic Legal Theories: An Introduction to Sunni Usul AlFiqh. Translated by Mohammad Rasekh. Ney Pub. Tehran. 2015.
39. Kafi, Hasan: Historical Sociology (concepts, theories, criticism). Research Institute of Hawzeh and University Pub. Qom. 2013. In Persian
40. Levi Bruhl, Henry: Sociology of Law. University of Tehran Pub. Tehran. 1970.
41. Ritzer, Georg: Sociological Theory. Translated by Hooshang Nayebi. Ney Pub. Tehran. 2014. In Persian.
42. Schacht, Joseph: An introduction to Islamic law. Translated by Ahmad Reza Khajeh fard and Ahmad Reza Moradi Beni. Dadgostar Pub. Tehran. 2009. In Persian
43. Schacht, Joseph: An introduction to Islamic law. Translated by Asadollah Nori. Hermes Pub. Tehran. 2009. In Persian.
44. Valad Beigi, Morad Ali; SadonZadeh, Javad: Ibn Muqaffa', the martyr victim of Shuaubi' thought, writer and scholar of Arabic and Persian prose. Pazhohehnameh Tarikh. Pp 165-182. 2017.