

سه سخنرانی از دکتر ژوزف شاخت Joseph Schacht

استاد فقید دانشگاه کونیگسبرگ و دانشگاه مصر

پارسی کرده‌ی: محمدحسین ساکت

# پیرامون تاریخ حقوق اسلامی

درباره‌ی سخنران :

ژوزف شاخت رئیس شعبه‌ی فرهنگ و زبانهای خاورمیانه در دانشگاه کلمبیای آمریکا بود. وی در ۱۹۰۲ در آلمان پابجهان گذاشت در ۲۱ سالگی موفق باخذ درجه‌ی دکتری گردید و در ۲۵ سالگی استاد دانشگاه «فریبرگ» شد و جوانترین استاد در کشور آلمان محسوب می‌گشت. در زمان هیتلر از آلمان بیرون آمد و مدتی در دانشگاه قاهره (فؤاد اول آن زمان) مقالات مفیدی در مجله‌ی دانشکده‌ی ادبیات نوشت و از این گذشته با همکاری «ماکس مایر هوف» برخی از کتابهای فلسفی و طبعی عربی را منتشر

ساخت؛ از آن میان کتاب «خمس رسائل» که مکاتبات میان «ابن بطلان بغدادی» و «ابن رضوان مصری» است، او سپس به انگلستان آمد و تبعه‌ی آن کشور گردید و از سال ۱۹۳۶ تا ۱۹۵۳ به‌عنوان استاد مطالعات اسلامی در دانشگاه آکسفورد تدریس کرد و مدتی در الجزیره به تدریس پرداخت و دانشگاه الجزیره عنوان دکتری افتخاری باو تفویض کرد. ساخت در ۱۹۵۷ برای یکسال تدریس به کلمبیا دعوت شد و در ۱۹۵۹ به‌عنوان استاد رسمی و دائمی آن دانشگاه درآمد و نیز بطور غیر دائم در دانشگاه‌های «هاروارد»، «پرینستون»، «میشیگان» و «منسوتا» خطابه‌های علمی ایراد کرد.

او یکی از سه‌تنی بود که بر چاپ جدید دائرة المعارف اسلام نظارت دارند و نیز مجله‌ی «مطالعات اسلامی Studia Islamica» - که در پاریس مدت مدیدی است منتشر میشود - زیر نظر او و پروفیسور «برونشوویک» اداره می‌شد.

از ساخت تألیفات فراوانی بزبانهای آلمانی، فرانسه و انگلیسی باقی مانده است که مهم‌ترین آنها: *اساس فقه اسلامی The Origins of Islamic Jurisprudence* است که چهارمین چاپ آن در ۱۹۶۷ منتشر گردیده است و همچنین کتاب «مقدمه‌ای بر حقوق اسلامی An Introduction to Islamic Law» است که دومین چاپ آن در ۱۹۶۶ صورت گرفته است. گذشته از این دو، برخی از متون عربی در رشته‌ی فقه را چاپ کرده از آن میان: «اختلاف الفقهاء» ی طبری و «کتاب الحیل» شیبانی است.

ساخت در اوت ۱۸۶۹ جهان را بدرود گفت و با مرگ او جهان یکی از بزرگ‌ترین اسلام شناسان و خاورشناسان را از دست داد.<sup>۱</sup>

۱ - این زندگینامه را آقای دکتر مهدی محقق استاد و رئیس دانشمند گروه ادبیات پارسی دانشکده‌ی ادبیات و علوم انسانی دانشگاه تهران در مجله‌ی یغما (سال ۲۲، شماره‌ی دهم، دیماه ۱۳۴۸) زیر عنوان به «یاد ساخت» نوشته‌اند که مترجم آنرا، به‌همان‌گونه، آورد.

## پیرامون تاریخ حقوق اسلامی<sup>۱</sup>

### سخنرانی نخست

هدف از این سه سخنرانی که افتخار ایراد آنرا، برای شما، دارم اینست که از شیوه و روشی که دانش اروپایی در پژوهش و بررسی دین اسلام بکار میبرد گفتگو کنم و هم از برخی نتایج بزرگ و سترگی که این بررسی بدنبال می آورد. برای من آشکار شده است که این موضوع شایستگی دارد تا، بیش از یک دیدگاه، کوشش و نگرش شما را برانگیزد؛ چرا که مصر، بنام یک کشور اسلامی نوین، نمیتواند به بررسیها و گفتگوهای علمی که به آشکار شدن نکته‌های ازویژگیها و نشانه‌های اسلام می انجامد نپردازد.

از یکسو دانش اروپایی باید در پیوند و بستگی خود با دانش اسلامی، بانگرش بدین موضوع، سستی و غفلت نوزد.

به‌واژگونی دوگانگی اصول، روشها و مصالحی که این دو مکتب را از یکدیگر جدا میسازد، در دین اسلام، خویشاوندی ذاتی مشترکی میان این دو بررسی و گفتگو سازش و هماهنگی افکنده است و آن: روح پژوهش علمی است که خاورشناسان اروپایی امروزین از آن پیروی میکنند؛ همانگونه که دانشمندان اسلامی، از روزگار قرون وسطی این روش را دنباله‌رو بوده‌اند.

این آمادگی، بهترین نوید به همکاری سودمند و باروری است که بر پایه‌ی بزرگداشت متقابل میان دانشمندان خاوری و باختری، در این زمینه، استوار است؛ آنچنان همکاری که بستگی یکی از این دو گروه را به آیین و آداب و دست یازیدن آن دیگری را به قالبها و روش‌های علمی طرف دیگر خوار و کوچک نمی شمرد!

۲ - ساخت - این سه سخنرانی را به زبان تازی زیر عنوان «فی تاریخ الفقه الاسلامی»

ایراد کرده است که از مجله‌ی «الرسالة»، سال چهارم، شماره‌ی ۱۴۲، سال ۱۹۳۶،

چاپ مصر به‌پارسی در آوردم. «م»

امیدمندم بتوانم به شکفتگی تفاهم و همزیستی میان این دو گروه همکاری و کمک کنم.

آهنگ من این نیست تاچهره‌ای همگانی از دین اسلام ترسیم کنم و بسیاری از چهره‌هایی را که ، بی‌گمان ، بیشتر شما به آنها آشنا هستید بازگویم ؛ بلکه از مسایل ویژه‌ای در تاریخ این دین ، که دانشمندان اروپا از آن گفتگو کرده‌اند ، سخن خواهم گفت .

بانگ‌کش به این‌که ایراد آن ، برای شما ، به چهره‌ای است که شاید دلبستگی کسانی را که حتی ، در میان شما ، تخصصی در این زمینه ندارند ، به خود ، جلب خواهد کرد .

اینجاست که باید از موضوعی همگانی - مسأله‌ی تاریخ دین اسلام - آغاز کنیم .

این مسأله ، آگاهی همگی شمارا پیرامون آنچه در دیدگاه من است ، برایم ، امکان‌پذیر می‌سازد .

از دیدگاه دانشمندان اسلامی ، شریعت (دین) ، بیان و تعبیری است از اراده‌ی خداوندی که در آن دگرگونی و تغییر راه ندارد .

با اینکه اصل مسلم ، همیشه این بوده است ؛ تغییر حقوق از این قانون الهی ، گردشی تاریخی پیموده است ؛ تا آنجا که برخی از دانشمندان مسلمان کتابهای خود را «تاریخ قانونگذاری اسلام» نام نهاده‌اند .

دانشمندان اروپا کوشیده‌اند تا پیرامون این دگرگونی ، بی آنکه به مسایل اعتقادی کاری داشته باشند ، به پژوهش بپردازند و با این دید و برداشت ، از تاریخ شریعت ، گفتگو کرده‌اند .

دانشمندان مسلمان ، خود ، به واژگونی‌های باوری که به آسمانی بودن و جنبه‌ی خدایی مذهب خویش دارند ؛ باین سخن تن داده‌اند که برخی از احکام اسلام ، پیش از آنکه قانونگذاری اسلامی آنها را پایه‌گذاری کند ، عملاً در دیگر مذاهب

وجود داشته است .

برای آن يك نمونه می آوریم که کيفرداد (قصاص)<sup>۳</sup> است .  
اصولی که کيفرداد را استوار و پابرجا ساخته است قرآن و آيين (سنت) است که به قوانین عرفی عرب پیش از اسلام پیوند می یابد .  
بنابر این دانش اروپایی ، پیرامون آنچه همبستگیها و پیوندهای میان این دین و ادیان دیگری که فقط از دیدگاه تاریخی از آن پیشین بوده اند گفتگو می کند .

این همان معنایی است که به حقایق و ریشه های راستین اصول حقوق و فقه زیان نمیرساند .

بخوبی روشن است که دانشمندان مسلمان ، خود ، در نوشته ها ومدارك، اصول نقد و خرده سنجی را پیاده میکنند .

این نقد که منتقدین اروپایی دامنه ی آنرا گسترش داده اند و در آن برای دراز افتاده اند ؛ برای کارکرد ، ابزاری بجای گذاشته است که دانش اروپایی از آن بی نیاز نیست . ابزاری که نه تنها منفی نمیباشد ؛ بلکه مارا در شناخت راست و کاست بسیاری از احادیث یاری کرده است .

۳ - کيفرداد واژه ای است که من در برابر «قصاص» تازی گذارده ام . در قرآنی که تازگی به وسیله ی دانشمند محترم آقای دکتر رجایی رئیس پیشین دانشکده ی ادبیات مشهد ، در کتابخانه ی آستان قدس رضوی کشف گردیده است و به احتمال قوی ترجمه ی بسیار زیبا و روان آن به سده ی چهارم پیوند می یابد در برابر واژه ی «قصاص» «برابر» گذاشته شده است . این واژه گذاری ، با نگرش به دانش واژه شناسی ، بسیار درست ، زیبا و هماهنگ می نماید ؛ چرا که گویند : «قص الشعر» = موی کوتاه کرد - چون به يك اندازه مساوی کوتاه می شود . «قصه» (داستان) گفته اند زیرا قهرمانان آن سرگذشت یا افسانه به طور مساوی و برابر و همزمان تعقیب می شوند . قصاص گویند چون شخص برابر آنچه کرده است پاداش یاسزا می بیند «برابر» ترکیبی از «برابر» + «ه» نسبت یا تشبیه . این واژه رساتر از واژه ی گزیده ی مترجم است ولی کيفرداد زودتر به ذهن متبادر می گردد و همگان زودتر مفهوم آنرا درمی یابند .

رویهمرفته شاید - بلکه باید - شکاف بزرگی، در روشها و برداشتها، میان دانشمندان شرق و غرب یافت شود؛ ولی این دوگانگی و اختلاف وجود ذاتی ندارد؛ چراکه اصول باورهای اسلامی، در بررسی تاریخی ما، از دین اسلام، مؤثر نیست.

این مکتب اروپایی در چهارچوب شریعت - که آرمان اساسی آن خواهان چنین وضعی است - نمی‌ایستد؛ بلکه گفتگوها و پژوهشهای آن از چند پایگاه می‌گذرد؛ بنابراین از قوانین دیگری که با دین اسلام پیوندی مستقیم دارند به گفتگو می‌پردازد؛ خواه آیینهای این ادیان، بمفهومی که در پیش بیان داشتیم، در قالب کیش اسلام ریخته شده باشند یا دین اسلام در آن قوانین و آیینها نشان گذاشته باشد. مقصود از این گفته قوانین عرب روزگار جاهلیت است، از یکسوی، و قوانین کشور - هایی که بدولت اسلامی درمی‌آمدند، از دیگرسوی. نمونه‌ی آن قانون‌گذاری و اثرهای است برای مسیحیان اسپانیا که به تازی سخن می‌گویند و «عرب زده» (مستعربین) خوانده میشوند.

این بررسی از موضوعی گسترده نیز سخن می‌آورد و آن عرفی است که در میان خود کشورهای اسلامی وجود دارد.

میدانیم این عرفی که بنامهای گوناگون مانند: عادت، قانون، قانون اساسی و ... خوانده میشود تقریباً بیک اندازه در همه‌ی کشورهای اسلامی، در کنار فقه که آنرا برسمیت می‌شناختند بوجود آورده است.

شرح سرگذشت این عرف و پیوند آن با دین اسلام چیزی است که برای شناخت و برداشت راستین سراسر زندگی قانونگذاری، در ملت‌های اسلامی، بدان نیازمندیم.

در سالهای اخیر شاهد دگرگونیهای نوینی بوده‌ایم در پیوندهای موجود میان شریعت و قانون - همراه با کم‌وکاستهایی که مصر بر احوال شخصی (حقوق خانواده) وارد ساخته است.

دانشمندان اروپایی، بتازگی، بدین اسلام از دیدگاه نمود اجتماعی مینگرند؛ چراکه دین اسلام بهترین نمونه و بزرگترین نمودار است برای آنچه بدان قوانین الهی یا آسمانی (مقدس) نام میگذاریم.

با این سخن نمیخواهم، در بست، شریعت را با دیگر ادیان، در یک سطح و درجه قرار دهم، بلکه با آزمندی هر چه بیشتر به نمودار ساختن ویژگیهای فردی و یکتای آن که خواهان رسیدن به اندازهای است که کانون آن در میان ادیان و قوانین دیگر بی همتاست میپردازیم.

از اینرو دانش ما شریعت را در افقی دور دست قرار میداد بدین پندار که آن شریعت حقیقتی کمیاب و استثنایی نیست و پیوندی با آنچه در پیرامون آنست ندارد. ما این کار را میکردیم تا دربارهی آن بررسی کنیم یا از همهی چهرهها پژوهش آن ممکن گردد!

در اروپا، دانشمندان، نیز بررسی دین اسلام، بروش کهنه و تکراری آن نمیپردازند؛ چرا که شرط اساسی این بررسی برای هر کدام، زمینهی پژوهشی تاریخی فراهم میآورد.

شاید در این نگرشهای مقدماتی است که، از این دیدگاه سترگ، اندیشههای همگانی پیرامون گفتگوها و بررسیها و هدفهای آن برداشت میکنند.

پیش از اینکه گذری و گذاری بجزئیات افکنیم؛ خوبست سخنی از تاریخ و سرگذشت این پژوهش، در اروپا، بمیان آورم.

پیدایی آن بزمانی نزدیک پیوند میگیرد؛ زیرا، در اصل، زمین جنبش بزرگی است که اروپا، در نیمه دوم سدهی گذشته، به پژوهشهای اسلامی پرداخت. دو تن پیشتاز و انگیزهی بزرگی که در بررسیهای اسلامی، در همان هنگام پایه گذار پژوهش علمی در شرع اسلام بودند یکی استاد بزرگ مجارستانی « گلدتیسهر Goldziher » (که در ۱۹۲۱ درگذشت) بود و دیگری استاد گرانمایه‌ی هلندی « اسنوک هورگر ونجه Snouck Hurgronje » که تازگی به ۷۸ سالگی

رسیده است .

باین دو دوست و همکار ارجمند باید نام دانشمندی آلمانی که پیش از این دوران ، بسال ۱۹۳۳ ، در ۵۴ سالگی بدرود زندگی گفته است یعنی استاد فقید « برگ اشتراسر Bergstraesser » را بیفزاییم .

من خود را شاکرد « برگ اشتراسر » و « اسنوگهورگر ونخه » میدانم و به شکوهمندی آندو ، با ژرف ترین احساسات آگاهمدم و بدانان افتخار میکنم و ، به راستی ، میبالم .

یکی از نخستین مسایل ویژه ای که در اینجا بدان خواهم پرداخت قانون عرفی در عرب روزگار جاهلیت است ؛ زیرا مانند زمینی است که در آن ، درخت بزرگ و تناور شریعت روئیده است .

از اینرو این مسأله ، همانگونه که کمی پیش بیان کردیم ، در روش گفتگوها و بررسیهای ما جوانه میزند .

در اینجا نظریه ی مشهوری تا امروز هست که بررسی پیرامون زندگی حقوقی را در جزیره العرب پیش از اسلام ، بدنبال نبودن منابع مستقیم ، ناممکن میدانند بر آنست که آن زندگی : فطری ، ساده و خالص بود و با عوامل دیگر آمیختگی نداشت . پژوهشهایی که ، در سالهای اخیر بر پایه ی بهره وری از منابع غیر مستقیم استوار است درستی این نظر را توان بخشیده است ؛ ولی جز اوضاع و احوال چادر نشینی (بدوی) ، فطری نبوده است .

گواه این سخن ، شعر و گزاره های قبیله هاست و نیز آنچه شخص در میان قبیله های چادر نشین و ابتدایی امروزین بدان بر می خورد این گفته را نیرو میبخشد ، در مورد شهرها یکی مکه است که کانون بازرگانی بوده است و با یمن و سوریه ی ییزانسی و عراق ساسانی پیوند داشته است و دیگری مدینه که کانون کشت خرما و بسیاری از مهاجران یهود بوده است - در مورد شهرها و ، از آن میان آنچه را یاد آور شدیم ، می گوئیم : بی گمان حقوق بیشتر رشد می یافته است و ناگزیر از رنگ پذیری انگیزه



های بیگانه، که از آنها یاد کردیم، بوده است.

ما میتوانیم، به درازا، چیزهایی به چادر نشینی پیوند زنیم از آن میان است: نظام اجتماعی، احکام خانوادگی، ارث و قانون کیفر داد. ما میتوانیم میان دگرگونی شهرگرایی (تمدن) که با قواعد و مقررات مفصل سازگار است و در قراردادها و گذاردن و وضع قالبهای معین، برای شرکتها، و کاربرد اسناد نوشته شده اجراء میشد - که همگی در مکه بود - و دادوستد برخی از قراردادهای کشاورزی در مدینه خویشاوندی برقرار سازیم.

همه‌ی این عناصر بر کنار نماند؛ بلکه بانسان پذیری از پیوندهای بازرگانی که در شکفتن آن، ماههای حرام و بازارهای بزرگ همکاری و یاری میکرد - ورود و آمیختگی آن عناصر را گسترش میداد؛ تا آنجا که کشورهای تازی، در سده‌ی ششم میلادی، زیر فرمان قانون عرفی که از گوشه و کنار ریشه می‌گرفت قرار داشت. این، خود، مسأله‌ی تجزیه و بررسی مفصل این قانون را مطرح میسازد که برای شما نمونه‌ای از آن خواهم آورد.

در شرع اسلام وضع چنین است که عنصر ذاتی، در همه‌ی قراردادها، از ایجاب و قبول که نشانگر رضایت دو طرف قرارداد است تشکیل مییابد. همه‌ی مکتبها و روشهای حقوقی و مذاهب فقهی با این بافت قانونی قراردادها - ایجاب و قبول - هماهنگ‌اند و آنرا پذیره آمده‌اند.

بدانسان که گویی امری طبیعی است و هیچ مکتبی و مذهبی با دیگری متناقض نیست.

بناچار باید پیشنهادی برای آن مذاهب باشد که با اصول صرف اسلامی پیوندی نمی‌گیرد مانند منع ربا (بهره پول) و منع فریفتن (غرر) که همگی ابواب وابسته با حکام قراردادهای شریعت بر آن استوار است.

همه‌ی اینها و دیگر دلایل رساننده‌ی این باوراند که آن عبارت حقوقی، از سرشت و ماهیت قراردادها، بقوانین عرفی پیش از اسلام پیوند می‌گیرد.

آری این اندیشه‌ی حقوقی یکی از موارد کاملاً کمیاب در تاریخ قوانین گذشته است؛ ولی این مسأله، در اینجا، شامل این پیمایش طبیعی آشکار که پیوسته «ایجاب» و «قبول»، در زندگی اقتصادی، باعتبار اینکه دیباچه‌ی قراردادهایی بوده است که بمحض تراضی برقرار شده است نمی‌گردد.

نکته‌ی مهم و حساس اینست که این نظریه‌ی حقوقی، ایجاب و قبول را عنصری ذاتی در قراردادها می‌شناسد و کسانی که به پژوهش پیرامون شرع اسلام یا قوانین امروزین پرداخته‌اند فقط شاید این مسأله برای آنان لازم و ضرور بنماید. روشن است که تاریخ بما نشان میدهد که این مسأله چنین نیست؛ زیرا هیچیک از قوانین گذشته‌ی باستانی، جز شرع اسلام و قانون نوین بابلی، مانند این بافت حقوقی قراردادها را نشناخته است.

این قانون (بابلی) روشی را از صیغه‌ی عقد دو طرفه ارائه میدهد که، سراسر، با نظریه‌ی قراردادهایی که پیشتر بیان داشتیم هماهنگ و برابر است؛ به گونه‌ای که اگر خود قراردادهای نوین بابلی بزبان تازی ترجمه شود، میتوان بشرح زیر در میان نوشته‌های گذشته‌ی اسلامی آنرا دید: «اینست آنچه فلان از فلانی خریده است و ... آنرا فروخته است ... به رضامندی آن دو ...» این حقیقت رویداد، ما را باین پرسش میکشاند که: آیا پیوندی تاریخی میان این دو عبارت روشن هست؟ جدایی زمانی، آنگونه که در نخستین لحظه به چشم مینماید زیاد و مهم نیست؛ چرا که اسناد بابلی نوین از اواخر سده‌ی هشتم پیش از میلاد آغاز میگردد و تاپایان ادبیات بابلی، نزدیک میلاد، گسترش مییابد.

قانون عرفی تازه در سده‌ی ششم پس از میلاد دگرگونی خود را کامل کرده بود. روشن است که برخی از ویژگیهای آن، به پیش از این تاریخ، برمی‌گردد.

شگفت نمینماید که شکل اسنادی که در خلال هفت قرن در لابلای مه‌های سیاسی، اجتماعی و اقتصادی، در عراق، یمن زد و پز مرد، بجای بماند ... می‌گوئیم شگفت نیست که آن صیغه‌ی قراردادی دو طرفه، پس از آن روزگار، بهجا

مانده باشد :

اگر نتوانیم بآن پیشین داشته باشیم چیزی هم درباره‌ی آن مدت نمی‌دانیم . این تداوم تاریخی اجتماع ، دست کم ، این گفته را نیرو میبخشد که از سده‌ی هشتم پیش از میلاد ، به واژگونی تغییر دودمانهای حاکم ، آن ساکنین آرامی که عرب آنرا « بنطیان » نام نهاده بود در خلال کشورگشاییهای عربی ، در عراق ، سکونت داشته‌اند .

اما قانون عرفی تازی ، شاید ، بدان اندازه که از عراق نشان پذیرفته است ، بهمان اندازه هم زیر تأثیر سوریه قرار گرفته‌است و این میرساند که بازرگانی عربی ، بسوی این دو کشور ، بیک اندازه ، روان میشده است .

چکیده‌ی سخن اینکه کاملاً برجسته است که صیغهی قراردادها ، میان دو طرف ، - ایجاب و قبول - از قانون بابلی نوین به ارث مانده است . ما باین نکته رسیدیم که آن اندیشه‌ی حقوقی در انعقاد قرارداد تنها «احتمال» نیست ؛ در اینجا اندیشه‌ی دیگری هم هست که در قوانین گذشته ، به پهنی ، دامن گسترده است و عنصر ذاتی قراردادها را در اختیار یکی از دو طرف عقد ، موجود میداند .

نمونه‌ی آن هنگامی است که بیع با گذشت و چشم پوشی فروشنده از حق خود ، در چیزی از مبیع ، بِنفع خریدار ، در برابر ثمنی معین ، منعقد می‌گردد .

از اصطلاحات عربی روشن میشود که قانون تازی پیش از اسلام ، این اندیشه را ، در لایه و طبقه‌ای پیشین برای وارد ساختن صیغهی تبدلی در قراردادها شناخته است . این اصطلاحات هم ، بی‌گمان ، بر روزگار جاهلی پیوند مییابد .

بنابراین ، این اصطلاح فنی پذیرفته شده ، مستقیماً ، بیانگر معنای عقل است که بر آن واقع میشود ؛ ولی آن اصطلاح ویژه‌ی عرض - که ایجاب است - اگر اگر عقد تحقق یابد ، همانگونه که واقع است و از دو طرف برمی‌آید ، با تغییر خاص فعل او دوگانگی آشکاری دارد .

بنابراین عرض را که در نمونه‌ی گذشته‌ی ما فعل فروشنده بود گونه‌ای بیان

میکند که عقد را واجب، نهایی و پایان یافته قرار میدهد که هیچگونه رجوعی در آن راه ندارد و این، بدلیل معنای و اثری و جوب است در گواهیایی فراوان و از آن میان حدیث مشهور که پیامبر درباره‌ی مردی که اسلام آورد و بدنبال آن شهادت بر زبان جاری کرد میفرماید: «بر او بهشت واجب آمد».

به واژگونی این گفته، قرارداد دوجانبه، جز با قبول عرض پیش، واجب نمی‌گردد؛ زیرا تصرف از یکطرف، به گونه‌ای که در پیش گفتیم، سراسر با این اصطلاح هماهنگ و برابر است.

این روزگار جاهلی، زمینی هموار، گسترده و آباد، در برابر ما، برای پژوهش‌های آینده و واپسین آشکار و نمودار میسازد.

مسأله‌ی دومی که دوست دارم از آن سخن بگویم بر روزگاری پیوند می‌گیرد که از دیگر زمانها، در تاریخ دین اسلامی، حساس‌تر است و آن روزگار حقوق‌دانان (فقها) هفتگانه‌ی مدینه است.

تاکنون باور بر آن بود که کار این حقوق‌دانان نخستین، برای اسلام، وضع نظام و سامانی برای فقه بوده است تا نیازهای روزگاران گوناگون آنانرا دربرگیرد و با آنها برابری و هماهنگی داشته باشد؛ ولی بررسیهایی که شناخت ما را بوضع قانون عربی، در دوران گذشته‌ی اسلامی، گسترش داده است همانست که بما آموخته است تا کار این عصر واپسین را دقیق‌تر از آنچه عمل میکردیم ارزیابی کنیم.

این کار، پیش از هر چیز وارد ساختن اصول اسلامی در قانونی بود که در آنجا کاملاً پرورش یافته بود کسانیکه در وارد ساختن اصول اسلامی، در قانون عرفی جاهلی، سهم بیشتری داشتند؛ انجمنهای یاران (اصحاب) و پیروان (تابعین) و پیروان اینان را در بر می‌گرفتند.

اینان، در سراسر زندگی، آن اصول را جاری میکردند و از آن میان قواعد دینی اخلاقی را بر زندگی قانونگذاری بار میساختند.

پیش از هر چیز، این قواعد را، از آیات حقوقی قرآنی و سپس احادیث

گسترش میدادند و نتیجه می گرفتند .

در مورد احادیثی که از آنها بهره برمی گرفتند ، بی گمان ، بروزگاری کهن پیوند می یابند .

شایان یادآوری است که بررسیهای نوین ، به همبستگی و کاهش شك و دودلی دانش اروپایی در درستی برخی احادیث انجامیده است .

شك و دو دلی ای که گاهی بحد زیاد روی میرسید ! بنابراین بسیاری از آن احادیث گفته ها و گواهیهای پیامبر (ص) - که بصورت قواعد نوینی درمی آمد - باز گوئی ، کند ؛ بلکه یادآور میشود که پیامبر درستی عادت های یاران خود را ، بروشنی و با ضمنی و غیر مستقیم ، پابرجا ساخته است و روا دانسته است .

این ، خود ، همان دلیلی است که آنرا تداوم آیینهای حقوقی پیشین ، در دین اسلام ، می خوانیم .

از نتیجه های اجرای حتمی و منظم دستورهای قرآن و سنت اینست که نظامی از «اوامر و نواهی» سراسر فصلهای زندگی حقوقی را ، حتی درباره ی آنها بی که قرآن سخنی روشن (نص) نیاورده است ، دربر گرفته است .

روح این «دین الهی» در اصل ، برای نمونه ، از قوانین مدنی حقوق رم جداست و با آن فرق دارد ؛ چرا که نمونه هایی همانند قانون رم ، پیش از هر چیز ، از حقوقی سخن می گوید که از افعالی معین و دارای ارزش قانونی گرفته شده است ؛ در صورتی که ادیان الهی بحکم افعال ، از این دیدگاه که مباح است یا حرام و ممنوع می نگرند و این از اصطلاحات فنی آشکار و نمودار است : درجه بندی همگانی افعال انسان بر پایه ی واجب ، مستحب ، مباح یا جایز ، مکروه و حرام بیانگر و یژگیهای دینی و اخلاقی آنست .

واژه ی واجب - همانگونه که دیدیم - در اصطلاح جاهلی بر لازم و حتمی دلالت نداشت ؛ بلکه بمعنای «صحیح» بود که گاهی در کتابهای فقه این معنا هم بکار گرفته شده است .

درحقیقت ماگواه برگشت و پیوند عنصر حقوقی محض ، به تأثیر قواعد اخلاقی ، می باشیم .

حتی خود نظام مصطلحاتی که مستقیماً دلالت بر گونه‌گون صفات قانونی یعنی مشروع ، صحیح ، مکروه ، فاسد ، باطل و جز آن دارد از آن نظریه‌ی دینی نشان پذیرفته است .

بنابر این صفت همگانی «مشروع» ، برای نمونه ، مشروع بودن بیع است که حکمی را از نوع دینی اخلاقی دربر می‌گیرد ؛ آن‌گاه صفت «کراهت» را می‌بینیم که بر افعال حقوقی مشروع و صحیح که بدنبال آن امری جلوگیری شده می‌آید ؛ گفته می‌شود .

در خور یادآوری است که این نظام درجه‌بندی شده‌ی دومی هم از درجه‌بندی نخستین کوتاهتر و مختصرتر است و اینکه از مصطلحاتی که دلالت بر صفات حقوقی محض دارد مانند «لازم» ، «نافذ» ، «منجز» ، بی‌آنکه بدقت تعریف و محدود گردد ، بجای مانده است .

بتازگی اصطلاح «جایز» مترادف «صحیح» گردیده است و دلالت بر این دارد که افعالی که بر آنها «صحیح» گفته میشود از پایگاه ارزیابی دینی اخلاقی اشکالی ندارند و بدشمار نمی‌آیند و از این رهگذر صحیح اند .  
برای نمونه اگر گفته شود امان یکنفر مسلمان جایز است معنایش از یکسو اینست که در پناه این امان گناهکار نیست و از دیگر سوی اینکه اعتراض و ایرادی بر اینکار وارد نمیشود و از این روی صحیح شناخته و دانسته میشود .

از همه‌ی اینها ، در دین اسلام ، اندازه‌ای اهمیت و برتری دینی و اخلاقی کردارها ، برابر صفات حقوقی محض ، آشکار میشود و این ، خود ، در نظام شرعی کمتر نمودار نیست .

بزرگترین جنبه‌ی احکام قراردادهای دو طرفه ، برای نمونه ، گرایش به بیرون آوردن همه‌ی نتایج تحریم ربا و قمار بر آن حاکم است ؛ ولی احکام مجازات و کیفرها جز

به جنبه‌ی ساده‌ی افعال حرام نمی‌پردازد؛ تا آنجا که او امر و نواهی بیشتر رنگ اخلاقی دارد و کمتر رنگ حقوقی.

یکی از منابع مهم و بزرگی که باین عصر پیوند مییابد بواژگونه‌ی تاریخ آن که کمی نوین‌تر است، کتاب «الموطأ» مالک بن انس است. باید یادآور شد که، نویسنده، گفته‌های فقهای پیشین را یکی پس از دیگری، در فصلهایی که بدستورهای اخلاقی و سراسر احوال شخصی و ارث بستگی دارد می‌آورد. آن احکامی که به روشنی، رنگ دینی آنها را می‌بینیم - در صورتی که این سخنان در بسیاری از فصلهای پیوسته به قانون بازرگانی که از قلمرو اخلاق دوراست و کمتر بدان پرداخته میشود و گفتگو و بحث میان اهل دین را بر نمی‌انگیزد کمیاب است.

این ابواب، از جهت خود، به سرشار بودن دو اصطلاح سنت و اجماع برجسته‌اند.

معنای سنت، در «الموطأ»، عرف و عادت است که در مدینه نهاده و گذارده شده است؛ نه فقط آیین پیامبر.

جدایی میان این دو، از پایگاه اصطلاح، آشکار است.

شرط «اجماع» در کتاب «الموطأ» بیشتر اینست که، هیچیک از پیشوایان، آیینی از آیینها و سنتهای حقوقی را، به علل دینی اخلاقی، انکار نکرده باشند. در کنار کتاب «الموطأ» مالک بن انس، باید از کتاب دیگری که در این دوره از تاریخ دین اسلام مهم است یاد کنیم و آن «اختلاف الفقهاء» ابن جریر طبری است.

به‌واژگونه‌ی آنکه مقدار کمی از این کتاب بدست ما رسیده است ما را از کتاب نخست بیشتر رهنمون است.

نمونه‌ای از آن اینکه طبری بما یاد میدهد در آنجا ده اختلاف اساسی میان مکتب و مذهب «سعید بن مسیب» (نامی‌ترین حقوقدان هفتگانه‌ی مدینه) و اجماع

مذاهب گروه‌های واپسین وجود داشته است و این چیزی است که از موارد بی‌شماری که مالک بن انس، از این مرجع، برای تأیید نظریه شخصی خود آورده است نمودار نیست.

در اینجا کتاب سومی هم هست که سرآمد پژوهش و درس این عصر می‌باشد و آن کتاب «*اخبار القضاة*» (ابوبکر وکیع) قاضی است - مرده بسال ۳۰۶ - این کتاب گزاره‌های قضاة کشورهای بزرگ‌را در دولت اسلامی، گروه به‌گروه، دربر می‌گیرد و نیز دوران سرپرستی و عزل آنان را از آغاز تا روزگار خود نویسنده؛ همچنانکه، بتفصیل، شامل رویدادهایی است که در طول سرپرستی و مأموریت آنان رخ داده است و هم دربرگیرنده‌ی دادرسی‌های مهم، و دیگر دانستنی‌هایشان.

«*اخبار القضاة*» از دیگر پایگاه زندگی قانونگذاری، ما را سودمند می‌افتد و آن: دگرگونی شرع است همراه با عمل قضایی؛ چراکه دادرسی‌های این قضاة خیلی پیشین، و سرآمد آنان خلفای راشدین، نقش مهمی در شکفتن و پرورش فقه بازی کرده است.

گوشه‌ای دیگر از موضوعاتی که تاکنون بررسی نشده است مایه‌هایی است که تفسیر بزرگ «ابن حریر طبری» شامل آنهاست.

این سخن را وامی‌گذاریم و به‌چهارمین کتاب مهم، در بررسی‌های خود از این روزگار، می‌پردازیم یعنی دانستنی‌هایی که در کتاب‌های احادیث و آنچه بدان وابسته است وجود دارد.

بیشتر گفتیم که فقهای گذشته و نخستین، قواعدی را که بر قانون عرفی پیاده می‌کردند از قرآن و احادیث - که آنها را درست میدیدند - می‌گرفتند؛ از این رو شگفت نیست که در کنار احادیث، بسیاری از قضیه‌ها و احکامی را که بدان وابسته است، بویژه در فراهم آمده‌ی «صحیح بخاری» می‌یابیم.

این نویسنده بسیاری از نظریات فقهاء را که وارد در موضوع آن شده است در شرح کتابها و ابواب یادآور میشود؛ گرچه با احادیثی که نیازی سخت در آوردن آنها



داشته است همراه و هماهنگ نیست .

میتوان فرض کرد که هر حدیث وابسته بمسائل فقهی ، در اصل ، شامل رأیی فقهی است که با آن حدیث سازگار و همپا نیست ؛ گرچه حتی این رأی پنهان و پوشیده باشد.

احادیث - خواه راست یا کاست - ، در واقع ، سرچشمه‌ای از نخستین پلکان شناخت و درک این دگرگونی و گسترش گذشته‌ی فقه است و برپژوهشگران است تا میان نظریات فقهی - که بیانگر احادیث‌اند - و حالت چیزهایی که پس از رسیدن بچهره‌ی انجام و نهایی خود بدست آمده است مقایسه کنند .

دوست دارم ، در اینجا ، نمونه‌هایی چند از این روش برای شما بیاورم - شیوه‌ی مقایسه میان احادیث شرعی و فقه :

نخست نمونه‌ی ما «لعان» است که نص اساسی آن این آیه است : «وکسانی که به همسران و زنان خود تهمت میزنند و جز خود ، گواهی ندارند ؛ پس نزد خدا شهادت یکی از آنان همچون گواهی چهار تن است همانا او از راستگویان است و پنجمین اینکه نفرین خدا بر اوست اگر از دروغگویان باشد» [س نور آیه‌ی ۶ تا ۱۰] .

این نص مسأله‌ی عقد زناشویی را حل نمیکند که : آیا ضرورتاً بالعان فسخ میشود یا نه ؟ .

همگی مذاهب فقه جواب مثبت میدهند و آنرا با حدیث پیوند میزنند ؛ ولی آن احادیث این نظریه را بصورت حتمی و قوی ثابت میکنند ؛ تا آنجا که نظریه‌ی عکس ، بناچار ، باید پیش از فراهم آمدن این مذاهب پیدا شده باشد .

گویند «مصعب بن زبیر» این نظر واپسین را برگرفت ؛ ولی این سخن را پایه‌ای نیست .

خبر منفرد - از «عثمان بٹی» - اینست که او از این نظر پیروی میکرد که خود متن احادیث آنرا تأیید میکند و اما درباره‌ی فسخ زناشویی (نکاح) ، به هنگام

لعان، شاید سه چهره داشته باشد: زناشویی با طلاقى که شوهر باید بدهد فسخ می‌گردد یا دادرسی که ناظر با لعان است و آنرا رسیدگی میکند، با ادای آن، عقد زناشویی را فسخ میکند و یا باقوع لعان، عقد، خود بخود فسخ می‌گردد یا بسخن دیگر همینکه لعان صورت گرفت، عقد ازدواج، منفسخ میشود.<sup>۴</sup>

نظریه‌ی نخست، بی‌گمان، با ما فهم روشن دسته‌ی بزرگی از احادیث‌سازگار است؛ هر چند نشانی از آن در گفته‌های بازگو شده از فقهای پیشین، بجز يك جدال ضد آن، بجای نمانده است و ناگزیر باید از زمانی دور از میان رفته باشد. آن احادیث را بگونه‌ای تفسیر کرده‌اند که نظریه‌ی دوم را تأیید میکند و این نظر را احادیث فراوان دیگر، گواه است و «زهري» آنرا شرح میدهد که «سنت» (آیین) است و مذهب حنفی این نظریه را پذیرفته آمده است.

گمان می‌رود که «مالك بن انس» این نظریه را، شخصاً، هنگامی گرفت که مذهب مالکی از نظریه‌ی سوم پیروی می‌کرد.

شافعی - و پس از او شافعیان هم - این نظریه را گرفتند؛ ولی احادیثی که آنرا تأیید کنند نمی‌یابیم.

سنجش ما از احادیث مذهب فقهی، دگرگونی آشکاری را نیز بدنبال می‌آورد که رویا روی چهره‌ای ویژه قرار می‌گیرد.

احکام «قصاص» - که دومین نمونه‌ی ماست - بر آیات بسیاری استوار است؛

۴ - حکم لعان در سال نهم هجری به چهره‌ی رأی فقهی رخ نمود (استاد محمود شهابی: ادوار فقه، جلد اول، ص ۳۱۷، چاپ دوم، انتشارات دانشگاه تهران شهریور ۱۳۴۰) در فقه شیعه همینکه لعان واقع گردد زن بر مرد حرام همیشگی می‌شود و نیازی به طلاق نیست. اگر مرد زنا کرده باشد «حد» بر او جاری می‌شود و اگر ملامت کند حد نیز از او ساقط و بر زن حد زنا متوجه می‌گردد. و چون زن ملامت کند از او هم حد ساقط می‌شود و حدایی ابدی میان آن دو حاصل می‌گردد (همان کتاب، جلد دوم، ص ۱۹۸، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۳۶). ماده‌ی ۱۰۵۲ قانون مدنی می‌گوید: «تفریقی که با لعان حاصل می‌شود موجب حرمت ابدی است.» «مترجم»

از آن میان: «ای کسانی که ایمان آورید! بر شما در کشتن آزاد به آزاد، برده به برده، زن به زن، کیفر داد واجب گردید. هر که از برادرش بگذرد خوبی را پیروی کرده است و باو نیکی رسانده است» [س بقره آیه ۱۳۷] از این آیه تفسیرهای گوناگونی شده است: یکی اینکه نشان میدهد بامعنای ظاهری آن برابر است و در واقع مفهومی نیست که مرد آزاد، فقط در برابر مرد آزاد و زن فقط در برابر زن، کیفر داده میشود و در حالات دیگر باید بجای کیفر داد «دیه» پرداخت.

کسانی که چنین تفسیر کرده اند بر آنند که در همان زمان، این آیه، آیه دیگری را که بر قصاص همگانی دلالت داشت نسخ کرده است. آن آیه اینست: «و بر آنها واجب ساختیم کیفر داد را در جان به جان، چشم به چشم، بینی به بینی، گوش به گوش، دندان به دندان و اعضا؛ هر آنکه آنرا راست انگارد او را کفاره است و هر کس به آنچه خداوند فر فرستاده است حکم نکند و گریز ننهد از ستمکاران است» اکنون همه مذاهب بر آنند که مرد، به زن، کیفر داد میشود آیهی نخست را هم باستناد حدیثی که شکی در درستی آن نیست بهمین معنا تفسیر میکنند. آن حدیث اینست که پیامبر به کشتن مردی، به خاطر کیفر داد زنی، فرمان داد. باهمی اینها نظریه ای هست که می گوید مرد نباید در قصاص زن کشته شود. از کسانی که این نظر را دارند «عمر بن عبدالعزیز»، «حسن بصری»، «عطاء» و «عکرمه» اند؛ ولی حدیثی که این نظر را تأیید کند نیست.

این نمونه، از یابگاه دانش، این مفهوم را بدست ما میدهد که گرچه هر حدیثی با گفته ای فقهی مطابقت دارد؛ عکس آن چنین نیست؛ چرا که برخی از نظریات فقهی میتواند از احادیث جدا باشد.

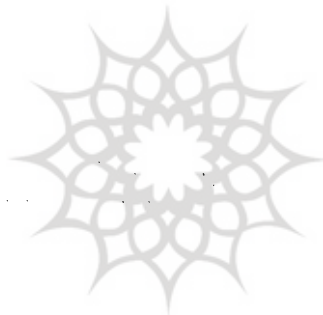
نمونهی آنرا دربارهی این پرسش که آیا هرگاه چندین تن در کشتن يك تن شرکت ورزند، همگی، کشته میشوند یا نه؟ می آورند<sup>۵</sup>.

۵ - این دشواری - یعنی اینکه آیا هرگاه چندتن يك تن را بکشند کیفر داد می شوند یا نه؟ - در زمان عمر بن خطاب پیش آمد... و آن اینکه زنی با دوستش پسر شوهرش را

چون هواداران این سخن - که مذاهب ابوحنیفه و شافعی آنرا گرفتند - نیاز سختی به حدیثی داشتند که مورد ایراد و اعتراض قرار نگیرد؛ ناچار بودند یا به حدیثی پیوند دهند که دلیل قاطعی نداشت و یا به نظریات یکی از پیشینیان وابسته سازند که، در اینحال، انتقادات دشمنان خود را بر میانگینخت. شاید همین اندازه، در بیان آن عصر سرشار تاریخ حقوق اسلام، ما را بسنده افتد.

در پایان این مسأله شایسته است یاد آوری کنیم که ما میتوانیم از مصادر و منابعی که امروزه در دسترس ماست در برداشت دقیق آن وظیفه‌ی قانونگذاری که شخصیتی قدیمی مانند «ابراهیم نخعی» آنرا بپا داشت بهره برگیریم. این اشاره را، بدنبال، میدانی است گسترده که برای بررسی‌های آینده اهمیت سترگی خواهد داشت. در اینجا سخن نخست را بیایان می‌بریم.

تیرماه ۱۳۵۱



روشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

تالار جامع علم انسانی

کشت «یعلی بن امیه» به عمر بن خطاب این قضیه را نوشت و نظر او را در این باره خواست. عمر در این قضیه فروماند تا اینکه به علی بن ابی طالب (ع) گفت: «ای امیر المؤمنین! اگر گروهی در دزدی گوسپندی شرکت می‌کردند و این یکی عضوی برمی‌داشت و آن دیگری عضوی، آیا تودست آنان را می‌بریدی؟ علی پاسخ فرمود «آری» و عمر گفت اینهم چنین است آنگاه به «یعلی بن امیه» - عامل خود - نوشت: هر دورا بکش! اگر مردم صنعاء در آن قتل شرکت جویند همگی باید کشته شوند».

(دکتر محمد یوسف موسی. تاریخ الفقه الاسلامی، الجزء الاول، ص ۷۳، دارالمعرفة،

القاهرة) «مترجم».