

## بررسی تاریخی ساخت در مورد تاثیر حقوق عرفی بر حقوق اسلامی

دکتر فریبا پات<sup>۱</sup>

دکتر زهرا الهویی نظری<sup>۲</sup>

تاریخ دریافت: ۹۴/۰۸/۱۰

تاریخ پذیرش: ۹۴/۱۱/۱۵

### چکیده

ژوزف ساخت اسلام‌شناس آلمانی و متخصص در فقه اسلامی معتقد است شریعت اسلام بارزترین تجلی شیوه زندگی اسلامی و جوهر اسلام است و تمامی عرصه‌های زندگی مسلمانان متأثر از شریعت اسلامی بوده و درک اسلام بدون فهم شریعت غیر ممکن است. او در عین حال که حقوق اسلام را حقوقی مستقل می‌داند، آن را مشتمل بر مواد گوناگونی از قوانین عربستان و عناصر قابل توجهی از قوانین سرزمین‌های مفتوحه (اعم از حقوق رومی - کلیسایی - تلمودی و...) نیز می‌داند که به صورت عرف‌های رایج حقوقی وارد نهاد نوپای حقوقی اسلام شده و در آنجا با یکدیگر هماهنگ گشته‌اند.

**کلید واژه‌ها:** ساخت، حقوق عرفی، حقوق اسلامی، فقه اسلامی، شریعت.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

<sup>۱</sup> استادیار گروه تاریخ فرهنگ و تمدن اسلامی دانشگاه الزهرا (س) f.pat@alzahra.ac.ir

<sup>۲</sup> استادیار گروه تاریخ فرهنگ و تمدن اسلامی دانشگاه الزهرا (س) Alhooii.Nazari@alzahra.ac.ir

## مقدمه

در فقه اسلامی، مراجعه به عرف و سیره عقلاء یکی از ابزارهای داوری و قضاوت در محاکم و نیز در برخی موارد وسیله‌ای برای استنباط حکم شرعی توسط فقیه می‌باشد. استمداد از عرف، فقیه را گاه در تبیین مفاهیم و گاه در تشریح مصادیق و در نهایت به دست آوردن حکم فقهی یاری می‌رساند. هر گاه مفهوم واژه‌ای که موضوع حکم قرار گرفته از لحاظ سعه و ضیق روشن نباشد تنها مرجع تبیین و تحدید آن عرف می‌باشد و اگر مفهوم لفظ روشن باشد ولی در تطبیق بر موارد تردید وجود داشته باشد، مصداق یابی نیز به کمک عرف صورت می‌گیرد. مثلاً در تبیین مفهوم واژگانی چون "بیع"، "عین" و "عیب" و نیز تعیین مصداق مواردی چون "اراضی موات" و... عرف مرجعیت دارد. در برخی موارد "آداب و رسوم قومی" نیز در قضاوت‌ها ملاک داوری قرار می‌گیرد و قاضی با استمداد از آن - که در اصطلاح فقها "اعراف قومی" نام دارد- حکم صادر می‌نماید.<sup>۱</sup>

تقسیم احکام شرعی به تأسیسی و امضایی نیز حاکی از آن است که اسلام بر بخشی از قوانین بشری صحه گذاشته و آن را امضاء کرده است. در این مورد گاه گفته می‌شود اسلام بسیاری از "عرف‌های جاهلیت" را تایید کرده و تنها در "فقه العباده" به تاسیس موضوعات و احکام جدید پرداخته است. اما واقعیت این است که کلیه امور معاملاتی که اسلام تصویب کرده، فقه جاهلی نبوده، بلکه فقه الهی ناشی از شرایع آسمانی پیشین و نیز محصول تجارب بشری بوده که اعراب جاهلی نیز از آنان اخذ کرده بودند. معنی وحیانی بودن یک دین آن نیست که کلیه احکام شرایع پیشین را نسخ کند و یا تجارب امم را نادیده بگیرد.<sup>۲</sup> بنابراین حضور عناصری چون "حقوق موسوی"، "حقوق بیزانس"، "حقوق ساسانی" و... در شریعت اسلامی، صرف نظر از نیازی که به اثبات موارد دارد، فی نفسه، قبح آن نیست. در عین حال توجه به این نکته ضروری می‌نماید که در برخی موارد، عناصر تایید نشده فقهی- حقوقی توسط دولت خلفا وارد اسلام گردیده است. در این مقاله بر آنیم که به بررسی دیدگاه ساخت (۱۹۶۹-۱۹۰۲م) اسلام‌شناس معروف آلمانی و متخصص تاریخ فقه اسلامی در مورد تاثیر حقوق عرفی بر حقوق اسلامی بپردازیم.

آثار ساخت که غالباً در زمینه تاریخ فقه اسلامی است در مقایسه با آثار سایر مستشرقان محققانه‌تر و دقیق‌تر به نظر می‌رسد.<sup>۳</sup> از جمله آثار وی می‌توان به کتاب‌هایی چون "بنیادهای فقه اسلامی"، "طرح تاریخی حقوق اسلامی"، "ملاحظات اجتماعی در فقه اسلامی"؛ و مهم‌ترین مقالات او: "نوشته‌های عربی مربوط به حیل"، "اصول اولیه وقف" و "حقوق بیزانس و فقه اسلامی" اشاره کرد. در مقاله اخیر ساخت نشانه‌هایی را که در فقه اسلامی از نظام‌های حقوقی موجود در سرزمین‌های تسخیر شده و رایج در میان مردمانی که به مرور اسلام آورده‌اند، به جا مانده است را مورد بررسی قرار داده است.<sup>۴</sup>

شاخت در کتاب مقدمه‌ای بر حقوق اسلامی دربارهٔ وضعیت حقوق اسلامی در قرن اول هجری و میزان تاثیر آن را از عناصر بیرونی بر این باور است که حقوق اسلامی تا اواخر قرن اول به معنای اصطلاحی آن هنوز به وجود نیامده بود و مانند عصر پیامبر(ص) بسیاری از قوانین خارج از قلمرو دین بودند و تا زمانی که معاملات و مقررات با اصول اخلاقی و دینی مغایرتی نداشتند، مسلمانان نسبت به آنها حساسیتی نشان نمی‌دادند. این رویکرد مسلمانان اولیه از یک سو پذیرش گسترده نهادهای حقوقی سرزمین‌های مفتوحه و از سوی دیگر ماندگاری آن نهادها را توجیه می‌کند. به جز عبادات و مناسک، بسیاری از احکام فقه اسلامی بویژه در حقوق خانواده و ارث از آغاز مبتنی بر قرآن بود، اما بعدها تحت تاثیر حقوق عرفی جامعه آموزه‌های فقه اسلامی از نص صریح قرآن فاصله گرفت. از جمله موارد آن مجازات دزد بود که به تایید سنت جان دمشقی به زدن تازیانه تقلیل یافت. مورد دیگر محدود کردن دلیل حقوقی به شهادت شاهدان عینی و رد اعتبار اسناد است که با حکم صریح قرآن مبنی بر مکتوب کردن توافقات تعارض دارد.<sup>۵</sup> جان دمشقی اصرار بر شاهدان و تنها بر شاهدان را به عنوان عرف خاص ساراسن‌ها (Saracens) ذکر می‌کند که احتمالاً حدود نیمه نخست اسلامی تثبیت شده است.<sup>۶</sup>

از نظر شاخت عناصری از حقوق تلمود، حقوق کلیسا، حقوق رومی و حقوق ساسانی و به طور کلی حقوق عرفی جوامع تحت سلطه مسلمانان وارد حقوق اسلامی شده است. ابویوسف (شاگرد ابوحنیفه و قاضی عصر هارون الرشید) معتقد بود اگر یک سنت قدیمی در منطقه‌ای وجود دارد- که اسلام آن را تغییر نداده و منسوخ نیز نکرده است- ولو آن که مردم هم به خلیفه شکایت کنند که این سنت آن‌ها را به عسرت انداخته، خلیفه حق تغییر آن را ندارد. اما مالک و شافعی معتقد بودند که خلیفه مجاز است آن سنت را هر چند کهن باشد، تغییر دهد زیرا خلیفه می‌بایست در شرایط عسرت از هر سنت معتبری که حتی مسلمانان تعریف کرده‌اند جلوگیری کند چه رسد به آن سنتی که کافران مطرح کرده‌اند. هر دو نظر مبتنی بر این پیش فرض است که حفظ رویه‌های حقوقی قبل از اسلام روند طبیعی است.

### ۱. تاثیر حقوق تلمود بر حقوق اسلامی

حقوق تلمود بر اساس برداشت‌های دانشمندان یهودی از تورات طی چندین سده تدوین شده بود. هدف اصلی علمای دینی یهود از تالیف این اثر، تدوین احکام و قوانین دینی و تبیین نحوه اجرای این شرایع بود. تلمود اسم خاص و واژه‌ای عبری به معنای مطالعه و تعلیم است. اما در کاربرد عام، تلمود به مجموعه اثری اطلاق می‌شود که مشتمل بر دو بخش اصلی و عمده است: میشناه و گمارا. میشناه بدنه اصلی تلمود به شمار می‌آید و گمارا اثری تکمیلی است که به صورت تفسیر بر میشناه نگاشته شده است.<sup>۷</sup> این متن عبری آیین‌نامه قانونی یهود به شمار می‌رود که

بخشی از ابواب آن مانند خود تورات به "حقوق" مربوط است.<sup>۸</sup> آشنایی مسلمانان با تلمود با توجه به حضور یهودیان در شبه جزیره به مدت‌ها پیش از ظهور اسلام برمی‌گردد. احتمالاً آنها از اوایل قرن ششم پیش از میلاد در این سرزمین ساکن شده بودند.<sup>۹</sup>

اصولی که از حقوق یهودیان اقتباس شده عبارت است از روش قیاس- که اصطلاح آن واژه‌ای دخیل در زبان عربی است- و دیگر روش‌های استنباط حقوقی از قبیل استصحاب و استصلاح. البته این مطلب مورد تردید است که آیا اینگونه مفاهیم وارد شده در حقوق اسلامی مستقیماً از طریق یونانی بوده یا به واسطه حقوق یهودیان. تاثیر حقوق یهودی به ویژه در حوزه عبادات قابل توجه است.

در این زمینه آشنایی مسلمانان با متون مقدس عبری در آن روزگار جالب توجه می‌باشد. در عربستان پیش از اسلام و پس از ظهور اسلام ترجمه‌های عربی بخش‌هایی از کتاب مقدس در دسترس بوده که البته امروزه چیزی از آن به دست ما نرسیده اما نسخه‌هایی از ترجمه‌های سریانی این متون که مورد استفاده عرب‌ها بوده، باقی مانده است. پس از ظهور اسلام نیز یهودیان در مناطق گوناگون تحت حکومت مسلمانان، با امنیت کامل به زندگی خود ادامه دادند. مسلمانان در این ارتباط نزدیک، از وجود کتاب مقدسی جز تورات نزد یهودیان آگاهی اجمالی داشتند و آن را با نام "المثناة" می‌شناختند. چنانکه ابوعبید قاسم بن سلام آورده، بر این اعتقاد بوده که احبار و رهبان بنی‌اسرائیل پس از حضرت موسی کتابی محرف جز تورات را پدید آورده‌اند و آن را مثناة (احتمالاً میشناه) نامیده‌اند<sup>۱۰</sup> و لذا نقل سخنان اهل کتاب را جایز نمی‌دانستند (کره الاخذ من اهل الکتاب). در داستان منع تدوین حدیث از عمر بن خطاب نقل شده که گفت: آیا می‌خواهید مثناتی مانند مثناة اهل کتاب پدید آورید؟ به کارگیری واژه مثناة در آن زمان نشان دهنده آگاهی اجمالی مسلمانان از کتابی حاوی سنت و احکام و شرایع یهود جدا از کتاب مقدس یهود می‌باشد.<sup>۱۱</sup>

ابن حزم اندلسی در قرن پنجم به صراحت نام تلمود را در کتاب خود الفصل ذکر کرده است.<sup>۱۲</sup> آشنایی ابن حزم با تلمود از طریق فرقه قرائیم بوده که مشخصه آن مخالفت با تلمود و نفی آن بوده است.<sup>۱۳</sup> ابن قیم جوزیه (۷۵۱ هـ) نیز ظاهراً از تلمود آگاهی داشته و در کتاب خود اغاثه اللهفان به مشنا (میشناه) و تلمود و برخی از آرای فقهی علمای یهود اشاره کرده است. او نیز از مخالفت‌های فرقه قرائیم با تلمود سخن گفته است.<sup>۱۴</sup>

توجه به آشنایی مسلمانان با این کتاب و قوانین آن از طرفی و ارتباط با فرقه‌های یهودی مخالف آن از سوی دیگر هر دو احتمال یعنی تاثیرپذیری و نیز مقاومت در برابر تعالیم آن را توسط مسلمانان پیش روی ما قرار می‌دهد. باز در همین راستا حضور موثر یهودیان در دستگاه خلافت و نیز ابواب فقهی "کراهت نقل حدیث از ایشان" حاکی از شدت تاثیر ایشان بر عرصه‌های مختلف فرهنگ اسلامی از جمله شریعت آن می‌باشد. از جمله ناشران فرهنگ یهود در جامعه اسلامی

کعب الاحبار، عبدالله بن سلام، عبدالله بن عمرو عاص، وهب بن منبه، ابوهیرره، مقاتل بن سلیمان بلخی و... بودند. کعب الاحبار در عصر خلیفه دوم شهرت و حسن اعتبار یافت. او که کعب بن ماتب نام داشت از دانشمندان بزرگ یهودی بود و یهودیان از آن جهت که کتاب مقدس در دست او بود به او کعب الاحبار لقب دادند. روایاتی از او در کتب حدیث و تفسیر و... نقل شده که مطابق با تورات و اخبار یهود است.<sup>۱۵</sup> در تفاسیر معتبر اهل سنت سوالات عمر بن خطاب از کعب الاحبار در تفسیر قرآن مکرر نقل شده است.<sup>۱۶</sup>

## ۲. تأثیر حقوق کلیسا بر حقوق اسلامی

حقوق کلیسا نیز که شاخت در کتاب خود به آن اشاره کرده تا حد زیادی تابع حقوق یهودی بود و ظاهراً حضرت مسیح از نظر حقوقی نظام جدیدی را معرفی نکرد،<sup>۱۷</sup> و لذا مسیحیت حقوقی مستقل از حقوق یهود نداشت. در عین حال به خاطر دشمنی‌های میان یهودیان و مسیحیان هرگز این دو در یک صف قرار نگرفتند و دانشمندان مسیحی در زمینه احکام و حقوق برداشت‌های مستقلی از کتاب مقدس و نیز حقوق روم داشته‌اند. این برداشت‌ها پس از چندین قرن، به صورت اولین مجموعه حقوقی کلیسا، در حدود سال ۱۱۵۰م، به دست "گراسیانوس" تدوین گردید. در سال ۱۲۳۴م به دستور پاپ گراگور نهم "انابنی" نخستین مجموعه حقوقی رسمی تدوین گردید. دومین مجموعه در عهد پاپ بنیفاس و سومین مجموعه در عهد کلمان پنجم تدوین شد. این سه مجموعه با مجموعه حقوقی "گراسیانوس" پایه و اساس حقوق کلیسا را تشکیل می‌دهد.<sup>۱۸</sup> با آن - که در ابتدا حقوق کلیسا صرفاً در محدوده کلیسا قابل اجرا بود، اما به تدریج با قدرت گرفتن پاپ‌ها در حقوق روم نیز نفوذ پیدا کرد. پس از آن "سنت آگوستین" فلسفه رواقیون را وارد حقوق ناشی از تورات و انجیل کرد، به طوری که کلیسا بتواند علاوه بر استفاده از کتب دینی در استنتاجات حقوقی و فلسفی از فلسفه رواقیون نیز بهره‌مند شود.

## ۳. تأثیر حقوق روم بر حقوق اسلامی

حقوق مدون دیگری که در دوران باستان وجود داشته حقوق روم بوده است. اولین متن حقوقی روم در سال ۴۵۴ ق.م تدوین گردید. این قانون توسط مجلس سنای روم و با عنایت به قوانین یونان تدوین شد و به صورت الواح دوازده‌گانه برای اطلاع عموم در میدان شهر آویخته شد.<sup>۱۹</sup> این الواح که بارها اصلاح و تکمیل گردید، برای مدت نهمصد سال پایه قوانین روم بود.<sup>۲۰</sup> بعضی عقیده دارند که حقوق روم تحت تأثیر حقوق یونان و آن نیز به توسط فنیقی‌ها از تمدن شرق و قوانین بابل متأثر بوده است. تشابه مواد این قانون با قوانین حمورابی نیز می‌تواند موید دیدگاه فوق باشد. با قدرت گرفتن پاپ‌ها حقوق کلیسا در حقوق روم تأثیر گذارد و با وارد شدن فلسفه رواقی به

کلیسا، تحول جدیدی پدید آمد. بر اساس این نظریه به عقل بشری اجازه داده می‌شد به عنوان سایه‌ای از عقل الهی احکام الهی را تفسیر کند. اولیری آشنایی مسلمانان با حقوق رایج در سرزمین‌های رومی و فلسفه حاکم بر حقوق ایشان یعنی فلسفه رواقی را در پیدایش "اصحاب رای" در عراق موثر می‌داند.<sup>۲۱</sup> ساخت معتقد است قدیمی‌ترین آراء فقهی و حقوقی فقهای مسلمان رنگ نظریه‌های مقتبس از حقوق رومی را داشت، و این یکی به نوبه خود متضمن اصولی فراهم آمده از فلسفه رواقی بود. مقارن با فتح اسلامی، قانون و حقوق رومی به زبان یونانی در ایالت‌های شرقی جریان داشت، و در هر جا مطابق مقتضیات محلی تغییرات مختصری به آن داده بودند. از منابع نظریات فلسفی- قانونی آن چه که برجستگی خاص داشت این بود که انسان فطرتاً تشخیص حق و عدل را می‌دهد و این همان است که رواقیان، قانون طبیعت می‌نامیدند. فقهای نخستین مسلمان نیز این اصل را پذیرفتند و هر وقت با مشکلی روبرو می‌شدند که برای آن نصی وجود نداشت به چیزی به نام "رای" متوسل می‌شدند.<sup>۲۲</sup> البته این مطلب که نخستین نشانه‌های آن نه در سوریه- که قانون رومی در آن جاری بود- بلکه در عراق پدید آمد، در حالی که مسلمین نخستین بار در سوریه و مصر با حقوق رومی تماس پیدا کردند، خود قابل تامل است.

وقف مثال خوبی برای ماهیت ترکیبی حقوق اسلامی و ویژگی کیفی جدیدی می‌باشد که روش‌های متداول آن را در بردارد. وقف از طرفی ریشه در کمک‌های مالی و هدایایی داشت که محمد (ص) در هنگام جهاد پیوسته از پیروانش در مدینه تقاضا می‌کرد و از طرف دیگر در اوقاف کلیسای شرقی (Piae causae) و در نیکوکاری‌ها و خیرات اولیه و بالاخره در نیاز جامعه جدید اسلامی به تقابل با برخی از آثار قانون ارث ریشه داشت که مورد اخیر بعدها حائز اهمیت بیشتری گردید. حفظ سنت‌ها و رویه‌های حقوقی به قبول اصول و مفاهیم حقوقی و روش‌های منطقی و حتی ایده‌های اساسی علم حقوق تعمیم یافت. به عنوان مثال به نظر می‌رسد مفهوم نظر حقوق- دانان (opinion prudentium) در حقوق روم زمینه را برای مفهوم کلی "اجماع" فراهم کرده باشد که این اجماع در مکاتب قدیمی حقوق اسلامی تدوین شده بود.<sup>۲۳</sup>

واسطه انتقال این مفاهیم، دانشمندان غیر عربی بودند که به تازگی مسلمان شده و دارای تحصیلات به شیوه یونانی بودند. این علوم در سرزمین‌های هلال خصیب در خاور نزدیک که به تصرف عرب‌ها در آمده بود رواج داشت و این تحصیلات منجر به آشنایی با این حقوق می‌گردید. این نوکیشان دانشمند، عقاید مشترک خود را که شامل اصول و مفاهیم حقوقی بود با خود به دین جدیدشان آوردند. این اصول و مفاهیم به گونه‌ای عام بودند که نه تنها برای حقوق‌دانان، بلکه برای تمام دانشمندان شناخته شده بود. این تشابه میان حقوق اسلامی و رومی موجب شد که اغلب آموزه‌های موجود در حقوق روم باستان (و بعدها بیزانس)، مورد توجه قرار گیرد، نه آن‌ها که در

قوانین ژوستینین (روم جدید) موجود بود. البته این پدیده منحصر به فرد نبود. حقوق تلمود و خاخمی نیز شامل اصول و مفاهیم حقوق روم باستان است و از طریق علوم یونانی وارد آن شده است و نیز تا حدی شامل اصول و مفاهیم حقوق ساسانیان ایران است که در عراق با حقوق تلمودی در تماس بوده است.<sup>۲۴</sup>

در پایان قرن اول هجری حقوق اسلامی در عراق پا به عرصه وجود نهاد. یعنی زمانی که دروازه تمدن اسلامی به صورتی گسترده به روی ناقلین بالقوه اصول و مفاهیم حقوقی یعنی عالمان تازه مسلمان غیر عرب گشوده شد. این مطلب که فقهای اولیه، آگاهانه می‌بایست هر اصل حقوقی بیگانه را قبول کنند از موضوع مورد بحث خارج است.

با اطمینان می‌توان ادعا کرد که موارد ذیل از همین طریق وارد حقوق اسلامی شده‌اند: قاعده "الولد للفراش" (کودک به بستر ازدواج تعلق دارد) که مطابق با اصل رومی *paterest quem nuptiae demonstrant* است، هر چند که این اصل نقش اساسی در حقوق اسلامی ندارد؛ محکومیت سارقی که مجازات قرآنی را نمی‌توان در باره او اعمال کرد به پرداخت دو برابر آن چه که سرقت کرده است، شیوه‌ای قدیمی بود که به زودی در حقوق اسلامی متروک گردید؛ دگرگونی مفهوم وثیقه در قرآن و عربستان قدیم به مفهوم وثیقه برای ادای دین که مطابق با *pignus location conduction* رومی بود؛ معنای حقوقی عقد اجاره به تقلید از الگوی حقوق رومی *location conduction* که در واقع از سه قرارداد مستقل کرایه (مطابق با *L.C.rei*)، اجاره (مطابق با *L.C.operarum*) و جُل<sup>۲۵</sup> (مطابق با *L.C.operis*) ترکیب شده است؛ سه مفهومی که در قانون بیع اهمیت دارند یعنی مکیل، موزون و معدود که مطابق با *quae pandere numero mensura constant* است؛ و اصلی که از قوانین شرعی کلیساهای شرقی به دست آمده است مبنی بر اینکه زنا مانع زناشویی مشروع است، در حقوق اهل سنت تنها رد پایی از این اصل باقی مانده ولی در حقوق شیعه دوازده امامی و حقوق اباضیه (خارجی) حفظ شده است.<sup>۲۶</sup>

#### ۴. تاثیر حقوق ساسانی بر حقوق اسلامی

در زمینه تاثیر حقوق ساسانی بر حقوق اسلامی شاخه معتقد است "منصب کتابت (کاتب) از طریق حقوق ساسانیان وارد شد و کاتب و قاضی در نیمه دوم قرن دوم هجری پدید آمدند".<sup>۲۷</sup> اگرچه شاخه در این قسمت توضیحات بیشتری نمی‌دهد اما با توجه به دیگر مقالات او باید گفت که مراد وی از پیدایش منصب قضا در قرن دوم هجری در واقع تحول این منصب و استقلال آن می‌باشد. او در مقاله "قانون و عدالت" می‌نویسد: "قاضی نماینده فرماندار محسوب می‌شد و فرماندار بر ولایت خود اختیار تام (در تشکیلات اداری، قانون‌گذاری و قضایی) داشت. او می-

توانست در حوزه قضایی، مسئولیت و اختیارات خویش را به منشی حقوقی خود یعنی قاضی تفویض کند. با وجود این فرماندار حق تصمیم‌گیری در مورد هر نوع مساله قضایی از جمله برکناری قاضی شرع را برای خود حفظ می‌کرد.<sup>۲۸</sup> در قرن دوم هجری منصب قاضی دچار تحول گردید. در این دوره قاضی دیگر منشی حقوقی فرماندار نبود. او به طور معمول از سوی خلیفه برگزیده می‌شد و تا زمانی که بر سر این مسند باقی بود، می‌بایست تنها شرع مقدس را به کار گیرد، البته بدون آنکه با مخالفت‌های حکومت روبه‌رو شود. قاضی دست کم به لحاظ نظری مستقل بود. گرایش به تمرکز در اوایل دوره عباسی- که احتمالاً بی‌تأثیر از تشکیلات اداری ساسانیان نبود- به ایجاد منصب قاضی القضاة منجر شد. این منصب در اصل عنوانی تجلیلی بود که به قاضی پایتخت داده شد، اما قاضی القضاة خیلی زود به صورت یکی از مهم‌ترین مشاوران خلیفه در آمد. عزل و نصب دیگر قضاة که زیر نفوذ و اقتدار خلیفه صورت می‌گرفت، به اصلی-ترین وظیفه او تبدیل گردید.<sup>۲۹</sup>

### ۵. تاثیر حقوق جاهلیت بر حقوق اسلامی

در مورد حقوق عرفی جاهلیت، شاکت معتقد است نباید چنین فرض شود که طرح کلی حقوق اسلامی در زمینه مالکیت، قراردادهای و تعهدات برگرفته از حقوق عرفی عرب جاهلیت است. در مورد نظام قضایی نیز از آنجا که قدرت سیاسی منسجمی در جامعه عرب وجود نداشته لذا نظام قضایی سازمان یافته‌ای نیز موجود نبوده است. در عین حال در مراعات جدی و طولانی، راه حل طبیعی رجوع به حاکم بوده است. حاکم به دلیل خصوصیات فردی و حسن شهرت انتخاب می‌شد و مهم‌تر از همه قدرت فوق طبیعی او بود که طرفین وی را به پیشگویی امری نامعلوم امتحان می‌کردند و برمی‌گزیدند. لذا حاکم غالباً از میان کاهنان انتخاب می‌شد. رأی حاکم ضمانت اجرا نداشت (مگر آنکه از قبل با وثیقه ضمانت شده باشد) و تنها بیان حق در مورد موضوع مورد اختلاف بود.<sup>۳۰</sup>

بعدها در اسلام نیز به چنین داوریهایی حکمیت (و نه قضاوت) اطلاق گردید. قرآن در باب قضاوت‌های پیامبر (ص)<sup>۳۱</sup> از فعل "حکم" و مشتقات آن استفاده کرده در حالی که فعل "قضی" که واژه قاضی از آن مشتق شده در قرآن به طور عادی به معنای قضاوت قاضی استعمال نشده، بلکه به معنای فرمان یا حکم مطلق بی‌چون و چرا بکار رفته است خواه آن فرمان از جانب خداوند باشد یا پیامبر. در یک آیه هر دو فعل در کنار هم به کار رفته:<sup>۳۲</sup> "نه سوگند به پروردگارت، آنها حقیقتاً ایمان نخواهند داشت مگر اینکه در اختلافات خود تو را به داوریه انتخاب کنند (یحکموک) و نیز در دل خود از داوریه تو (قضیت) احساس ناراضیتی نکنند و کاملاً تسلیم (حکم تو) باشند". در این آیه فعل اول در مورد جنبه حکمیت محمد (ص) است در حالیکه فعل دوم بر ویژگی آمرانه



بودن رأی وی تأکید می‌کند. این مصداق منحصر به فرد، اولین نشانه پیدایش ایده اسلامی جدید پیرامون دادگستری است.<sup>۳۳</sup>

اصطلاحات تخصصی حقوق عرفی در میان اعراب پیش از اسلام نیز تا حد زیادی در اصطلاحات حقوق اسلامی باقی مانده است. البته این اصطلاحات اغلب به صورت اصلاح شده یا به طور دقیق تعریف شده و یا حتی با معنایی کاملاً متفاوت استعمال شده است.<sup>۳۴</sup>

شاخت در باب تأثیرپذیری ساختار حقوقی اسلام از سایر نظام‌های حقوقی می‌نویسد: "یکی از متمایزترین اشکال تخصصی حقوق اسلامی، ساختار حقوقی قراردادهای است که احتمالاً از حقوق قدیمی شرق نزدیک اقتباس شده و از طریق روابط تجاری با عراق به جهان اسلام وارد شده است. شکل اساسی یک قرارداد در حقوق اسلامی شامل ایجاب و قبول است، اما نه به معنای روزمره آن بلکه به عنوان عناصر اصلی رسمیت یک قرارداد از حیث تجزیه و تحلیل حقوقی. ایجاب همیشه می‌تواند قبل از قبول واقع شود اما تنها پس از "قبول"، قرارداد منعقد می‌شود. به نظر می‌رسد شکل طرفینی قرارداد (عقد ملزم طرفین) در همان زمان که ساختار حقوقی جدید قرارداد اجاره پدید آمده، جایگزین شکل یک جانبه (عقد ملزم یک طرف) شده باشد.

شکل طرفینی قراردادهای بطور کامل در میان حقوق‌های قرون وسطایی متروک شده است،<sup>۳۵</sup> به استثنای یک نوع قرارداد اجاره و ازدواج نئوبابلی‌ها که از قرن هفتم پیش از میلاد مسیح تا پایان دوره متون میخی در قرن اول پیش از میلاد مسیح باقی مانده است. احتمال این‌که این نوع قراردادهای در بابل (عراق) باقی مانده باشد و اینکه شکل حقوقی قراردادهای در حقوق اسلامی از آن اقتباس شده باشد احتیاج به تحقیق بیشتری دارد.<sup>۳۶</sup>

### نتیجه‌گیری

شاخت به عنوان اسلام‌شناس متخصص در فقه اسلامی در بیان علت آن که باید برای شناخت اسلام، فقه و حقوق اسلام را مد نظر قرار داد معتقد است شریعت مقدس اسلام پیکره فراگیر تکالیف دینی و تنظیم کننده زندگی هر فرد مسلمان در تمامی عرصه‌هاست و شامل مقررات بنیادی در مورد عبادات و آداب و اصول سیاسی و به معنای دقیق‌تر قواعد حقوقی است. حقوق اسلامی مظهر تفکر اسلامی و بارزترین تجلی زندگی اسلامی و جوهر اسلام است. توجه به معنای واژه "فقه" (فهم عمیق و دقیق) نشان دهنده آن است که اسلام از همان ابتدا، فهم شریعت را به تمام معنا مد نظر داشته است. علم کلام هرگز قادر نبوده اهمیتی برابر با شریعت در اسلام به دست آورد. تنها عرفان تا بدان حد قوی بوده که بتواند با استیلائی شریعت در ذهن مسلمانان به مقابله برخیزد و بارها بر آن غلبه کند. اما حتی امروزه شریعت با موضوعات حقوقی اش به عنوان یک

عنصر مهم و شاید مهم‌ترین عنصر، در مبارزه میان "سنت‌گرایی" و "تجددگرایی متأثر از غرب" باقی مانده است. علاوه بر آن تمام زندگی مسلمانان، ادبیات عرب و علوم اسلامی و عربی عمیقاً، ملهم از شریعت اسلامی است و در واقع درک اسلام بدون فهم شریعت غیر ممکن است.

از نظر ساخت اصول و مفاهیم نشأت گرفته از حقوق بیزانس و روم، حقوق کلیسای شرقی، حقوق خاخامی و تلمودی و حقوق ساسانی در حقوق در حال تکوین اسلامی نفوذ کرده و این تأثیرات در آموزه‌های قرن دوم هجری مشهود است. اما در عین حال او معتقد است که حقوق اسلام اگرچه از نظر تاریخی و جغرافیایی بیشترین شباهت را با حقوق یهودی و حقوق کلیسا دارد اما به طور محسوسی با آنها در تغایر است. از طرف دیگر میان حقوق اسلام با نظام بت‌پرستی عرب نیز تفاوت اساسی مشاهده می‌شود. حقوق اسلامی نتیجه یک نگاه ژرف از زاویه دینی به موضوعات حقوقی است که یکدست نیستند و شامل مواد گوناگونی از قوانین عربستان و عناصر معتنابهی از قوانین سرزمین‌های مفتوحه است، اما با نگاهی عمیق می‌توان دریافت که این عناصر گوناگون در حقوق اسلامی با یکدیگر هماهنگ شده‌اند، به طوری که این هماهنگی در هیچ نهاد نوپای حقوقی دیگری دیده نمی‌شود.



## یادداشت‌ها:

- ۱- سبحانی، جعفر، عرفی شدن دین، چاپ اول، قم: انتشارات امام صادق، ۱۳۶۳ش، ص ۱۸.
- ۲- همان، ص ۶۲
- ۳- بدوی، عبدالرحمن، فرهنگ کامل خاورشناسان، ترجمه شکرالله خاگرد، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۵، ص ۲۳۵-۲۳۸؛ نیک‌بین، نصرالله، فرهنگ جامع خاورشناسان مشهور و مسافران به مشرق زمین، تهران: آرون، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۶۲۹؛ عقیقی، نجیب، المستشرقون، قاهره: دارالمعارف بمصر، ۱۹۶۵، الجزء الثاني، ص ۸۰۵-۸۰۳.
- ۴- سواژه، زان، مدخل تاریخ شرق اسلامی، ترجمه نوش‌آفرین انصاری، چاپ اول، تهران: مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۶۶، ص ۵۴، ۵۶، ۵۸، ۱۳۳، ۱۴۶؛ بدوی، فرهنگ کامل خاورشناسان، ص ۲۳۸-۲۳۶.
- ۵- سوره بقره، آیه ۲۸۲؛ سوره نور، آیه ۳۳.
- ۶- ساخت، ژوزف، مقدمه‌ای بر حقوق اسلامی، ترجمه محمدعلی مرادی بنی و احمدرضا خواجه‌فرد، چاپ اول، نشر دادگستر، ۱۳۸۸، ص ۳۵.
- ۷- هوشنگی، لیلیا، «تلمود»، دانشنامه جهان اسلام، زیر نظر غلامعلی حداد عادل، تهران، ۱۳۸۳، ج ۸، صص ۱۲۸-۱۲۷.
- ۸- کوهن، آبراهام، گنجینه‌ای از تلمود، ترجمه امیر فریدون گرگانی، تهران، ۱۳۵۰، ص ۱۷.
- ۹- علی، جواد، المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام، بیروت، ۱۹۷۶، ج ۶، صص ۵۱۴-۵۱۱.
- ۱۰- ابوعبید، قاسم بن سلام، غریب الحدیث، حیدرآباد دکن، ۱۳۸۴، ج ۴، ص ۲۸۲.
- ۱۱- هوشنگی، «تلمود»، ج ۸، ص ۱۳۲.
- ۱۲- ابن حزم، الفصل فی المل و الاهواء و النحل، بیروت، ۱۹۸۵/۱۴۰۵، ج ۱، صص ۳۲۵-۳۲۴.
- ۱۳- هوشنگی، «تلمود»، ج ۸، ص ۱۳۳.
- ۱۴- ابن قیم جوزیه، اغاثه اللهفان من مصادد الشیطان، بیروت، ۱۹۸۸/۱۴۰۸، صص ۳۶۱-۳۵۵.
- ۱۵- ابن عساکر، تاریخ مدینه دمشق، چاپ دمشق، بی تا، ج ۱، صص ۱۱۰، ۱۲۲، ۱۴۷، ۲۱۱ و ۲۱۲.
- ۱۶- عسکری، سید مرتضی، نقش ائمه در احیاء دین، مجمع علمی اسلامی، ۱۳۷۴، ج ۶، صص ۱۱۲-۱۱۱، به نقل از تفسیر قرطبی، ج ۱۵، ص ۲۹۵ و تفسیر الدرالمثور، ج ۵، ص ۳۴۷.
- ۱۷- سوره آل عمران، آیه ۴۹ و ۵۰.
- ۱۸- علی پاشا، صالح، سرگذشت قانون، مباحثی از تاریخ حقوق، دانشگاه تهران، ۱۳۴۸، ص ۶۱۴؛ دورانت، ویل، تاریخ تمدن، قیصر و مسیح، چاپ نهم، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۸۲، ج ۳، ص ۳۳۹.
- ۱۹- دورانت، تاریخ تمدن، قیصر و مسیح، ج ۳، ص ۴۰-۳۸.
- ۲۰- همان، ص ۳۹.

<sup>۲۱</sup> - اولیری، دیسی، انتقال علوم یونانی به عالم اسلامی، ترجمه احمد آرام، تهران: مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۷۴، ص ۲۲۰.

<sup>۲۲</sup> - همان.

<sup>23</sup> - Schacht, Joseph, An Introduction to Islamic Law, Oxford university press, 1982, op.cit, pp 19-20.

<sup>۲۴</sup> - ساخت، ژوزف، قانون و عدالت، تاریخ اسلام کمبریج، ترجمه تیمور قادری، تهران: موسسه انتشارات امیر کبیر، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۱۶۴۸.

<sup>۲۵</sup> - جعل: اجرت عامل جعاله را گویند. (جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، نشر بنیاد راستاد، ۱۳۶۳، ص ۱۹۶)؛ جعاله: التزام شخصی است (به صورت ایقاع) به پرداخت اجرت معلوم در مقابل عملی، همان.

<sup>26</sup> - Schacht, An Introduction to Islamic Law, pp 20-21.

<sup>27</sup> - Ibid, p 21.

<sup>۲۸</sup> - ساخت، قانون و عدالت، ج ۲، ص ۱۶۴۹.

<sup>۲۹</sup> - همان، ج ۲، صص ۱۶۶۰-۱۶۵۹.

<sup>30</sup> - Schacht, An Introduction to Islamic Law, p 8.

<sup>۳۱</sup> - سوره نساء، آیه ۱۰۵.

<sup>۳۲</sup> - همان، آیه ۶۵.

<sup>33</sup> - Schacht, An Introduction to Islamic Law, p 10.

<sup>34</sup> - Ibid, p 8.

<sup>۳۵</sup> - به عنوان مثال، حقوق رومی اصطلاحات فنی ثابتی برای ایجاب و قبول ندارد، درست است که ایجاب و قبول، موافقت طرفین را بیان می‌کند اما قراردادهای توافقی حقوق روم به طور اساسی با مفاهیم اسلامی قراردادها تفاوت دارند. قرآن (سوره ۴، آیه ۲۹) از تجارت با توافق (تراضی) سخن گفته اما این واژه یک اصطلاح فنی نیست همان‌گونه که این مطلب از سوره بقره آیه ۲۳۳ ظاهر می‌شود و مفهوم توافق یا وفاق در تئوری اسلامی قراردادها وارد شده است.

<sup>36</sup> - Schacht, An Introduction to Islamic Law, p 22.