

خاستگاه و مصادر فقه اسلامی در نگاه خاورشناسان

فروغ پارسا*

استادیار پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

(تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۸۸/۱۲/۱۹ - تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۸۹/۱۲/۲۱)

چکیده

فقه اسلامی، یکی از مهم‌ترین مباحثی است که خاورشناسان در خلال مطالعات خود درباره‌ی اسلام به آن پرداخته‌اند. نقطه‌ی عزیمت مطالعات آنها، این ایده بوده که نظام حقوق اسلامی، از نظام حقوقی یهودیت و نیز رومی اقتباس شده است. در همین رابطه خاستگاه فقه اسلامی، مورد مناقشه قرار گرفته است. با اینکه بسیاری از آنها دیدگاه مسلمانان درباره‌ی ابتدای فقه بر قرآن و سنت را پذیرفته‌اند، برخی از آنها معتقدند فقه اسلامی، در قرآن و سنت نبوی ریشه ندارد؛ بلکه آرای صحابه و تابعین و فقهای متأخر اسلامی که اندیشه‌های خود را از ملل دیگر گرفته‌اند، در پیدایی نظام فقهی اسلام تأثیر داشته‌اند. در همان حال، دانشمندان غربی، در پژوهش‌های فقه‌شناختی خود، نمونه‌هایی از موارد تشابه قوانین اسلامی با قوانین یهود و یا رومی را مطرح کرده‌اند. دانشمندان مسلمان از سویی توجه همگان را به این مطلب جلب کرده‌اند که همه‌ی ادیان الهی برای هدایت بشر آمده و ناگزیر احکام عبادی و مدنی مشابهی دارند. از سوی دیگر، با بررسی موارد متعدد نشان داده‌اند که قوانین عبادی و نیز احکام حقوقی و جزایی فقه اسلامی، با قوانین یهود و نیز رومی تفاوت ماهوی دارند. همچنین در مواردی از قبیل قاعده‌ی فراس و نیز قاعده‌ی ثبوتیه نشان داده‌اند که این دو در سنت‌های عرب پیش از اسلام متداول بوده و به هیچ روی از قوانین رومی اقتباس نشده‌اند.

کلیدواژه‌ها فقه اسلامی - تاریخ فقه - خاستگاه فقه - خاورشناسان - قوانین رومی - شریعت یهود.

طرح مسأله

فقه اسلامی، به مثابه‌ی منظومه‌ی نسبتاً کاملی از حقوق و قوانین، دیر زمانی است که مورد توجه خاورشناسان قرار گرفته است. در واقع مبادی و خاستگاه‌های فقه اسلامی از

مسائل بحث برانگیز در این حوزه مطالعاتی است. برخی از دانشمندان غربی می‌اندیشند فقه اسلام، دانش اصیلی نبوده و بیش از آن که از قرآن و آموزه‌های نبوی سرچشمه گرفته باشد از اجتهاد صحابه و یا تابعین ناشی شده است. ریشه و سرچشمه‌های فقه، مسأله‌ی دیگری است که در این رابطه به چالش کشیده شده است. این جستار تلاش کرده در حد امکان نظریه‌های مختلف در این عرصه را بازنمایی کرده و تفاوت آنها را نشان دهد. همچنین تلاش کرده از لابه‌لای پاسخ‌های دانشمندان مسلمان به شبهات خاورشناسان اصالت نظام فقه اسلامی را تبیین نماید.

۱- مبادی و خاستگاه‌های فقه اسلامی

۱-۱- تعریف فقه

معنای لغوی فقه، فهمیدن دقیق و نافذ است؛ چنان که بتوان به کنه و غایت تفصیلی سخن و کردار پی برد (محمد ابوزهره، ۳۵) همان طور که قرآن مؤمنان را دعوت می‌کند تا به مراکز فرهنگی وارد و در امور دین فقیه شوند؛ یعنی بصیرت دینی پیدا کنند. این فقاقت، شامل عقاید و اخلاق و حقوق بوده است.

فقه، در اصطلاح دانشمندان مسلمان، عبارت است از علم به احکام شرعی فرعی از روی دلیل تفصیلی آنها (حسن بن زین الدین، ۱۹). در مناقشات مختلفی که در رابطه با اعتبار این تعریف از جهت جامع و مانع بودن مطرح شده، گفته‌اند: استنباط هر حکم شرعی فرعی، متوقف بر دانستن یک یا چند قاعده‌ی اصولی است که کبری‌های یک شکل منطقی قرار می‌گیرد و نتیجه‌ی آن، علم به حکم شرعی از روی ادله‌ی تفصیلی آن است که فقه نامیده می‌شود (فیض، ۱۸). در همان حال، به خود احکام شرعی و فرعی نیز فقه اطلاق می‌شود (حکیم، ۴۰). بهر روی استعمال فقه به معنی علم به احکام شرعی در اواخر قرن اول هجری شایع شده است چنان که سال ۹۴ هجری سنة الفقها خوانده شده که امام زین العابدین و ۵ نفر از تابعین که به عنوان فقهای سته^۱ خوانده می‌شدند، رحلت کردند (محسن الامین، ۴۰۳/۱۶).

۲-۱- دیدگاه مسلمانان

دیدگاه مسلمانان درباره‌ی خاستگاه و پیدایی فقه اسلامی را بدین صورت می‌توان خلاصه کرد: فقه در سده‌ی نخستین، هنوز صورت یک «علم» و مجموعه‌ای از آموزه‌های منظم را به خود نگرفته بود. پیامبر (ص) با توجه به قرآن کریم و آنچه بعدها عنوان سنت نبوی

۱. فقیهان شش گانه.

به خود گرفت، قضاوت می‌فرمود (نک: شرف الدین، ۶۸). با وفات رسول خدا در سال ۱۱ هجری باب نزول قرآن و درک سنت مستقیم نبوی مسدود شد و از آن پس، آموزش فقهی، افتاء و قضاء بر پایه‌ی درک عالمان از کتاب خدا و سنت نبوی قرار گرفت (نک: پاکتچی، اندیشه‌های فقهی در سده‌ی نخست هجری، ۴۳۹).

در زمان خلفا ملاحظه می‌شود که ایشان با توجه به قرآن و سنت و نیز مشورت عالمان در امور اقتصادی، حکومتی و نیز عبادی، قانونگذاری می‌کردند (نک: ابن‌قیم الجوزیه، ۳۲/۳؛ شرف‌الدین، ۶۷) چنان‌که برخی از بزرگان صحابه، چون امام علی (ع)، ابن مسعود، ابی ابن کعب و معاذ بن جبل و در نسل متأخر، ابن عباس و ابن عمر، به عنوان فقیه شناخته می‌شدند و در استفتائات، طرف مراجعه بودند (ابن‌سعد، ۹۸/۲ به بعد) اختلاف فتوا در میان صحابه (نک: مسند زید، ۱۳۵، صنعانی، ۳۵۶/۱، ۵۶۵/۲، ۱۱/۳) که در زمان پیامبر (ص) نیز نمونه‌هایی داشت، در این دوره بروز گسترده‌ای یافت. گفته شده ریشه‌های اختلاف، به رأی فقهی و احادیث مرجع آنان باز می‌گشت که تا حدّ زیادی بومی و منطقه‌ای بود (نک: پاکتچی، ۴۴۰). و نیز گفته شده اختلاف فتوا به دلیل اختلاف در فهم قرآن بوده است (نک: خضری، ۱۰۴-۱۰۵).

در دوران صحابه، منابع فتوا، قرآن و رجوع به سنت رسول (ص) بوده که ریشه در آموزش‌های قرآن دارد (نک: طبری، ۵۴/۵-۵۳، ابن‌قتیبه، ۱۳۳/۱-۱۳۲). اما در این باره که صحابه اجتهاد و رای خود را دخالت می‌داده‌اند، مطالب موثق تاریخی وجود ندارد. در روایاتی که به عمر، معاذ بن جبل، ابن مسعود و ابن عباس حتی در روایت زیدیه به امام علی منتسب شده است، توصیه‌هایی در مورد استفاده از رأی وجود دارد. ولی این روایات به گونه‌ای هستند که نمی‌توان آنها را ادله‌ای قابل تکیه برای اثبات تاریخی چنین جریانی در نیمه‌ی نخست سده‌ی اول به شمار آورد (دارمی، ۵۹/۱-۶۰؛ ابن‌شیبیه، ۲۴۱/۷-۲۴۰، مسند زید، ۲۹۳).

سیر تحول دانش فقه در ادوار مختلف فراز و فرودهایی داشته و بالاخره به این ایده منجر شده که برای استنباط احکام شرعی، در کنار قرآن و سنت نبوی، دو منبع عقل و اجماع نیز در نظر گرفته شود (نک: محمود شهابی، *دوار فقه، الدوایی، المدخل الی علم اصول الفقه*).

۱-۳- دیدگاه خاور شناسان

به نظر می‌رسد خاورشناسان نیز معنای جامعی از فقه را لحاظ کرده‌اند. گلدتسیهر^۱ (۱۹۲۱-۱۸۵۰)، خاورشناس مشهور مجاری، می‌گوید فقه به معنی فراست و دانش است

1. Goldziher.

و در جامع‌ترین معنی، همه زمینه‌های مذهبی، سیاسی و مدنی زندگی را پوشش می‌دهد. گلدتسیهر واژه‌ی "jurisprudence" معادل «فقه» در زبان لاتین را شبیه و نظیر "jurisprudentia" فقه رومی می‌داند و می‌گوید: فقه، قوانین خانواده، ارث، قوانین مالی، عقود و معاملات، قوانین جزایی، قوانین اداری، حکومتی و جنگی را شامل می‌شود (Golziher, Fikh, 101). جوزف شاخت^۱ (۱۹۶۹-۱۹۰۲)، خاورشناس آلمانی نیز معتقد است، فقه اسلامی، چکیده و عصاره‌ای از تفکر اسلامی، برترین نمونه‌ی روش زندگی اسلامی، هسته و جوهره‌ی خود اسلام است (shacht, introduction, 1).

نخستین مطالعاتی که درباره‌ی خاستگاه فقه اسلامی به انجام رسید، در اواخر قرن نوزدهم بود. ادوار زاخائو^۲ در مقاله‌ای که در ۱۸۷۰م. منتشر شد، تصویر مسلمانان از تحولات فقه اسلامی را به رسمیت شناخت. زاخائو برآن است که مسلمانان در زمان حیات پیامبر (ص) و صحابه، از قرآن و سنت پیامبر (ص) که در شکل حدیث بیان می‌شد، برای استنباط احکام فقهی استفاده می‌کردند. پس از درگذشت صحابه، تابعین درباره‌ی مسائلی که در قرآن و سنت، حکمی برای آن نبود، از رأی خود و اجماع صحابه استفاده می‌کردند (Sachau, 701). در دوره‌های بعدی، رأی به‌صورت قیاس ظاهر شد و چهارمین منبع اصول فقه شد (همان، ۷۰۸، ۷۱۵). به اعتقاد زاخائو، تکوین فقه به‌عنوان یک علم مستقل، از ابتدای قرن دوم آغاز شد و نخستین بازتاب آن در پیدایی مفهوم رأی بود که بعدها شاخص تمایز و حدّ فاصل بین اصحاب حدیث^۳ و اصحاب رأی^۴ به‌حساب می‌آمد (همان، ۷۱۷).

پس از وی، آلفرد فن کرمر^۵ (۱۸۲۸-۱۸۸۹) نیز همین عقیده را درباره‌ی منابع اصول فقه داشت. به نظر او نیز پس از وفات پیامبر (ص)، قرآن و سنت پیامبر (ص) منابع عمده‌ی حقوق اسلامی بودند. پس از پیامبر (ص)، چهار خلیفه‌ی اول، با توجه به ایده‌های ایشان قضاوت می‌کردند. صحابه و تابعین براساس نیازها، احادیثی اضافه

1. Schacht.

2. Eduard Sachau.

۳. اصحاب حدیث، عنوان گروهی از عالمان در سده‌های نخست اسلامی است که در مطالعات خود عمدتاً به منابع نقلی اعم از حدیث و اثر اعتنا داشته‌اند (برای مطالعه بیشتر، بنگرید به: احمد پاکتچی، «اصحاب حدیث»، *دایرةالمعارف بزرگ اسلامی*، ۱۲۶/۹-۱۱۳).

۴. اصحاب رأی، عنوان پیروان یکی از دو گرایش اصلی در فقه سده‌های نخستین اسلامی است که مروج کاربرد شیوه‌های اجتهادالرأی در استنباط فقهی بوده‌اند (برای مطالعه بیشتر، بنگرید به: احمد پاکتچی، «اصحاب رأی»، *دایرةالمعارف بزرگ اسلامی*، ۱۳۲/۹-۱۲۶).

5. Alfred von kremer.

می‌کردند؛ چنان‌که سنت ابعاد وسیعی پیدا کرد (Kremer, 470-474) به اعتقاد کرمر، مدینه مرکز اصلی پیدایش حدیث بود که در همانجا نیز مکتب فقه مدینه پایه‌گذاری شد. مالک بن انس (م. ۱۷۹هـ / ۷۹۵م.) توانست براساس آرای «فقهای سبعة» که در قرن اول در مدینه مقبولیت عام داشتند، فقه خود را بنا نهد. (Kremer, 483-488) به عقیده کرمر، در مقابل مدینه، مکتب اصحاب رأی در عراق قرار داشت که ابوحنیفه (م. ۱۵۰هـ) و ابن ابی لیلی (م. ۱۴۸هـ) بنیانگذار آن بودند. آنها برای استنباط فقهی در مواردی که در قرآن و حدیث و اثر اشاره‌ای وجود نداشت، از قیاس استفاده می‌کردند (Kremer, 490) پس از کرمر، هرخرونیه^۱، اشپرنگر^۲، مارگلیوت^۳ و مکدونالد^۴ نیز درباره‌ی مبادی فقه اسلامی مطالعاتی انجام دادند. در این میان، گلدتسیهر بر اساس تحقیقی که درباره‌ی مکتب فقهی ظاهریه انجام داد، به این نتیجه رسید که فقه اسلامی، از همان آغاز براساس رأی شکل گرفته است. به عقیده‌ی گلدتسیهر، در دوران متقدم اسلامی، در عملکرد دستگاه قضایی، استفاده از «رأی» اشخاص در کنار منابع سنتی، اصل اجتناب‌ناپذیری بود که این امر در دوره‌ی بعد یعنی در نیمه‌ی قرن دوم در قالب قیاس ظاهر شد. به اعتقاد گلدتسیهر، جعل مطالب حدیثی برای گریز از مسأله‌ی رأی انجام گرفت و بسیاری از احادیث جعلی همان رأی‌ها بودند که لباس حدیث پوشیدند (Goldziher, *Die Zâhiriten*. 3-11).

گلدتسیهر، خیلی آشکارا اعلام کرد که تکوین فقه اسلامی براساس قرآن و سنت نبوده، بلکه عمدتاً براساس رأی بوده است. رأی در کنار علم (یعنی دانش فقهی مأثور) دو عامل هم‌سنگ هستند و چنان است که رأی صحابه‌ی متقدم برای متأخران حکم علم پیدا کرد (Goldziher, "Fikh", 101-105) گلدتسیهر معتقد است: آغاز پیدایی فقه اسلامی در نیمه‌ی قرن دوم بوده است. وی می‌گوید: در آغاز قرن دوم در مدینه، سوریه و عراق، تلاش‌های اولیه‌ای برای پایه‌گذاری نظام مشخص فقه اسلامی انجام شد. اما فعالیت‌های پراکنده‌ی فقهی دوران اموی، به قانونگذاری براساس منابع موجود منجر نشد و تنها پس از ظهور خلافت عباسیان به دلیل علایق مذهبی خلفای عباسی، به‌ویژه هارون الرشید و مأمون، فقه رسمی اسلامی پدیدار شد (Goldziher, *Muslim studies*, p. 71-73).

1. Hurgroñje.
2. Sprenger.
3. Mac Donald.
4. Margoliouth.

کولسون، خاورشناس معاصر انگلیسی که کتاب مهمی با عنوان تاریخ شریعت اسلامی^۱ تألیف کرده، دیدگاه‌های شک‌گرایانه ساخت و گلدتسیهر را مورد نقد قرار می‌دهد. کولسون می‌گوید: «پس از هجرت محمد(ص) به مدینه و بعد از آن که قبایل عرب وی را به مثابه‌ی پیامبر خدا قبول کردند، قرآن در تشکیل و پیدایی شریعت اسلامی نقش اساسی ایفا کرد. و بدین ترتیب، جایگاه محمد(ص) از پیام‌آوری توحید به قانونگذار و شارع آیین اسلام متحول شد.» به اعتقاد کولسون، مفاهیمی در قرآن وجود دارد که بیشتر به نظر می‌رسد، الزامات اخلاقی هستند. مفاهیم قرآنی از قبیل: توجه به ضعفا و عدم غبن در معاملات تجاری، معیارهای تعامل و منش مطلوب هستند و اگرچه وجوب و الزام حقوقی ندارند ولی در واقع منشأ قوانین شرعی تلقی می‌شوند. قرآن اگر شرب خمر و معامله ربوی را تحریم کرده، به دلیل الزامات اخلاقی است. آیات الاحکام قرآن حدود ۶۰۰ آیه است و اکثر آن هم به قوانین عبادی معطوف است چنان‌که احکام حقوقی آن از ۸۰ آیه تجاوز نمی‌کند (Coulson, 11-12). کولسون معتقد است احکام قرآنی با قوانین ۱۲ گانه‌ی رومی ماهیتاً متفاوت است. کولسون نشان می‌دهد که پیامبر(ص) در پایه‌گذاری حقوق اسلامی در مرحله‌ی نخست تحول آن نقش مهمی داشته است و در دوران حکومتش در مدینه با مسائل قانونی بسیاری به‌ناچار مواجه بوده و به اعتبار این که امین وحی و مفسر قرآن بوده قانون‌گذاری و قضاوت می‌کرده است. به اعتقاد کولسون توزیع ارث برای صاحبان سهام و تحدید وصیت به $\frac{1}{3}$ ترکه، نمونه‌هایی از قانون‌گذاری پیامبر(ص) هستند (همان، ۲۰-۲۲). کولسون بر آن است که پس از وفات پیامبر(ص) مسلمانان در پایه‌گذاری احکام حقوقی به قرآن و سنت نبوی اهمیت می‌دادند.

جوزف ساخت نیز از خاورشناسانی است که درباره‌ی فقه مطالعه کرده است. مبادی فقه اسلامی^۲ و مقدمه‌ای بر حقوق اسلام^۳، کتابهایی هستند که ساخت در این رابطه نگاشته است. به اعتقاد ساخت، قرآن و سنت^۴ پیامبر(ص) نقش ویژه‌ای در بنای فقه اسلامی نداشته است و احکام شرعی قرآنی منحصر به احوال شخصی و ارث بوده است. همچنین، وی تصور می‌کند در ابتدای ظهور اسلام، قانون اسلام مطابق با عرف اعراب بدوی بوده که در خلال

1. A History of Islamic Law.

2. The Origin of Muhammadan Jurisprudence.

3. An Introduction to Islamic Law.

۴. برای اطلاع از چگونگی تلقی خاورشناسان از مفهوم سنت نبوی، بنگرید به حدیث در نگاه خاورشناسان، فروغ پارسا، دانشگاه الزهراء، تهران، ۱۳۸۸، ص ۳۱-۵۳.

شعر جاهلی و شعر اسلامی و اساطیری می‌توان به آن دسترسی پیدا کرد. او می‌گوید: «سنت، در نظر عرب جاهلی عبارت از همان عرف بوده است و قاعده‌ی طلایی عرب، تقلید از عرف و اجداد بوده است.» (Schacht, introduction, 17) ساخت می‌گوید: «حجم فراوانی از روایات موجود در نخستین جوامع حدیثی و غیرآنها، تنها پس از عصر شافعی (یعنی در قرن سوم هجری) رواج و تداول یافتند.» (Schacht, The Origins, 4). وی مطالعات خود درباره‌ی فقه را بر کتاب *الامشافعی* متمرکز کرده که پیشوای اصحاب حدیث مدینه است. ساخت، دیدگاه گلدتسیهر درباره‌ی خاستگاه فقه اسلامی را به‌گونه‌ی افراطی‌تری مطرح می‌کند و معتقد است که خاستگاه فقه اسلامی، قوانین اجرایی و اداری امویان بوده است (Schacht, "A Revaluation.", 152) ساخت می‌گوید: «تحلیل مسائل تخصصی فقهی، نشان می‌دهد که آرای اهل مدینه غالباً عقب‌تر از آرای عراقی‌ها و یا وابسته به آنها است» (همان، ۱۴۴). به عقیده‌ی وی، برخلاف آنچه تاکنون تصور می‌شود، مدینه نقش محوری و پیشگامی در تکوین فقه ندارد بلکه این نقش از آن عراق است (Schacht, *The Origins of...*, 222).

هارالد موتسکی، اسلام شناس معاصر آلمانی تبار، با این نظریه که خاستگاه فقه اسلامی خارج از جزیره‌ی عربستان است، مخالف است. او معتقد است در قرن اول هجری در مکه مکتب فقهی اصیلی شکل گرفته است.

موتسکی، در کتابی با عنوان مبادی فقه اسلامی^۱، مقدمات و مبانی روش‌شناسی مطالعات قبل از خود، از جمله گلدتسیهر را نقد می‌کند و معتقد است همه‌ی فرضیه‌های گلدتسیهر براساس حدس و گمان است و دلایل منطقی و شواهد و مدارکی برای آن وجود ندارد. به اعتقاد موتسکی، گلدتسیهر منابع شرح حالی و گزارش‌های تاریخی را نقادانه‌تر از زاخائو و کرمر و اشپرنگر بررسی می‌کند؛ ولی گزارش‌هایی را که با نظریه‌ی وی درباره‌ی تاریخ فقه اسلام مخالفاند، بلافاصله به جعلی بودن محکوم می‌کند (Motzki, 14-10).

ایده‌های موتسکی درباره‌ی فقه اسلامی، از تحقیق و تتبع گسترده‌ای در منابع متقدم اسلامی همچون مصنف عبدالرزاق صنعانی و مصنف ابن ابی‌شبیبه اخذ شده است. وی مخصوصاً بر این نکته تأکید می‌کند که این منابع، در دسترس ساخت و گلدتسیهر نبوده و به همین دلیل است که موتسکی به نتایج متفاوتی رسیده است. موتسکی معتقد است همان‌گونه که موطأ مالک، برای شناخت فقه مدنی و کتاب *الآثار* ابویوسف، در شناسایی فقه کوفی ابوحنیفه، نقش محوری دارند، این دو مصنف نیز عمده‌ترین منبع برای ترسیم

1. The Origin of Islamic jurisprudence.

فقه مکی هستند. *المصنّف*، تألیف عبدالرزاق بن همام صنعانی (م. ۲۱۱هـ) کتابی مفصل است که اخیراً در یازده جلد منتشر شده است. عبدالرزاق، معاصر شافعی (م. ۲۰۴هـ) است و به نظر می‌رسد که از او تأثیر نپذیرفته است. موتسکی، برای ترسیم چگونگی پیدایش و تحولات فقه مکی، به دلایل روش‌شناسانه و نیز به دلیل ساختار عمیقاً متجانس مصنف عبدالرزاق، به بررسی مرویات مکی (ابن جریر و ابن عیینه) در کتاب «النکاح» و «الطلاق» که سه چهارم جلد ۶ و جلد ۷ را دربر می‌گیرد، بسنده می‌کند (همان، ۷۳-۷۴).

۱-۳-۱- پیدایی و تحول مکتب فقه مکه

موتسکی، نشان می‌دهد که در قرن اول هجری در مکه، مکتب فقهی به وجود آمده که پایه‌گذار آن عبدالله ابن عباس (م. ۶۸هـ) است. مکتب فقهی مکه نه متأخر از مکتب عراق بوده و نه وابسته به آن، بلکه کاملاً از آن مستقل بوده است. به عقیده موتسکی، اگر سخن ساخت درباب وجود یک «مکتب فقهی مادر» درست باشد، بهتر است که مرکز این مکتب نه در عراق (بصره و کوفه) بلکه در حجاز (مکه و مدینه) باشد (همان، ص ۲۸۹). موتسکی تاریخ تحول مکتب مکه را در چند مرحله ترسیم می‌کند و نشان می‌دهد: ابن عباس، در رأس هرم مکتب قرار دارد و این مکتب؛ عمدتاً در فعالیت‌های آموزشی و استنباط‌های فقهی ابن عباس ریشه دارد (همان، ۲۸۷). موتسکی می‌گوید: مرجعیت ابن عباس چنان‌که ساخت می‌پندارد (Schacht, *The Origins*. 249) دروغی و تصنعی نیست؛ بلکه او واقعاً استاد شماری از علما بوده است که بعداً معروف و مشهور شده‌اند. (Motzki, 287).

در سه دهه‌ی آخر قرن اول، شاگردان ابن عباس، یعنی عطاء بن ابی‌ریاح و مجاهد، مکتب فقهی او را در مکه ادامه دادند. ویژگی این دو آن بود که هر دو مشخصاً از موالی و غیرعرب بودند (همان، ۱۷۲، ۲۸۹).

به اعتقاد موتسکی، مکتب ابن عباس به مکه محدود نبود، بلکه به دیگر شهرها هم نفوذ کرد. شاگردان ابن عباس، در شهرهای دیگر زندگی می‌کردند و آموزه‌های او را تعلیم می‌دادند؛ برای مثال، ابوالشعثاء در بصره، سعید بن جبیر در کوفه، طاووس در صنعا، ابن ابی‌ملیکه در طائف و عکرمه همگی شاگرد ابن عباس بودند (نک: شیرازی، ۷۰).

در دهه‌های اول قرن دوم، عطاء بن ابی‌ریاح فقیه ارشد و پیشکسوت مکه بود ولی علمای جوان‌تری همچون عمرو بن دینار (م. ۱۲۶هـ) ابوالزبیر (م. حوالی ۱۲۶هـ) ابن ابی النجیح (م. ۱۳۲هـ) و ابراهیم بن میسره (م. ۱۳۲هـ) که همگی از موالی بودند، مکتب فقهی ابن عباس را ادامه دادند (Motzki, 290).

در ربع دوم قرن دوم هجری، پس از درگذشت ابن ابی‌النجیح، ابن جریج، در واقع مهم‌ترین فقیه مکه محسوب می‌شد. او مانند دیگر فقهای برجسته‌ی مکتب ابن عباس، از موالی بود. ابن جریج، برخلاف معاصر مکی‌اش سفیان بن عیینه که در حدیث شهرت داشت، به‌عنوان **فقیه مشهور** بود. ابن جریج نخستین عالم قرن دوم بود که درصدد برآمد میراث مکتب فقهی مکه به مرجعیت دوران ابن عباس را گردآوری کند و آن را دستمایه‌ی آموزش‌های خود قرار داد (ابن ندیم، ۳۱۶).

از نیمه‌ی دوم قرن دوم به بعد، مرحله‌ی پنجم این مکتب آغاز می‌شود که با توجه به کتاب‌های طبقات‌الفقهاء، می‌توان فقهای این مکتب در دوران بعدی را مشخص کرد (Motzki, 291) براساس طبقه‌بندی شیرازی، سلسله‌ی مفتی‌های مکه بعد از ابن جریج با شاگردان وی مانند مسلم بن خالد معروف به زنجی (م. ۱۷۹ هـ) ادامه پیدا می‌کند؛ و آخرین فقیه برجسته‌ی مکه در این دوران، محمد بن ادریس، معروف به شافعی است که از سن ۱۵ سالگی نزد مسلم بن خالد تلمذ می‌کرد. او نزد سفیان بن عیینه **حدیث خواند** و پس از آنکه در زمینه‌ی حدیث استاد شد، موطأ مالک را حفظ کرد و به تلمذ نزد وی رفت (شیرازی، ۷۲-۷۱).

به اعتقاد موتسکی، شافعی، به دلیل آنکه مدت زیادی خارج از وطن خود بوده، احتمالاً تأثیر زیادی از فقه متقدم مکی نگرفته است؛ چنان‌که شاگردان وی، عبدالله بن زبیر و ابن ابی‌جراد، فقه وی (فقه شافعی) را در مکه پایه‌گذاری کردند و مذهب شافعی به‌عنوان یک مذهب فقهی مستقل، جانشین فقه متقدم مکی شد.

۱-۳-۲- میزان استفاده از احادیث نبوی، در احتجاجات فقهی مکتب مکه

موتسکی، با تتبع تفصیلی در مرویات فقهای این مکتب نشان می‌دهد که به‌غیر از رأی، مهم‌ترین منبع آنها قرآن، حدیث و اثر است.

شاخص ادعا می‌کند که اگر به جلد هفتم کتاب *الام شافعی* که آرای پیشینیان خود، از فقهای مدینه و شام و عراق را به بحث گذاشته است، مراجعه کنیم، متوجه می‌شویم که هیچ‌کس به‌غیر از شافعی به حدیث پیامبر (ص) استناد نمی‌کند (Schacht, "A Revaluation, 145). همچنین وی نشان می‌دهد که به‌طور مثال، موطأ مالک، در روایت یحیی، شامل ۸۲۲ حدیث از پیامبر (ص) است که در مقابل آن، ۸۹۸ حدیث از دیگران وجود دارد؛ و نیز موطأ، در روایت شیبانی، شامل ۴۲۹ حدیث از پیامبر (ص) و ۷۵۰ حدیث از دیگران است، چنان‌که در کتاب *الآثار ابویوسف* هم ۱۸۹ حدیث از پیامبر (ص) در مقابل ۹۲۱ حدیث از صحابه و تابعین وجود دارد. ساخت از این همه نتیجه می‌گیرد که در

استنباط‌های فقهی، به حدیث نبوی استناد نمی‌شده است (همان، ص ۱۴۶). موتسکی برای بررسی صحت و سقم این فرضیه، منقولات فقهای مکتب مکه را بررسی می‌کند. موتسکی از بررسی میزان استفاده‌ی اصحاب مکتب فقه مکه از حدیث پیامبر (ص)، به این نتیجه می‌رسد که در قرن اول به تدریج میزان استفاده از حدیث پیامبر (ص) افزایش پیدا کرده است. ابن عباس - بنیانگذار این مکتب - خیلی کم از حدیث استفاده می‌کرده و یا اصلاً استفاده نمی‌کرده است. در طبقه‌ی اول شاگردان ابن عباس، در آثار عطاءبن ابی‌ریاح (م. ۱۱۱۵هـ) ۵٪، در طبقه‌ی دوم عمروبن دینار (م. ۱۲۶هـ) ۱۰٪ و در آثار ابن جریج (م. ۱۵۰هـ)، ۱۴٪ حدیث پیامبر (ص) یافت می‌شود (Motzki, 291). در مجموع موتسکی نتیجه می‌گیرد که تا نیمه‌ی قرن دوم، حدیث پیامبر (ص) در بین فقهای مکه نقش ثانوی و فرعی داشته است ولی این احادیث، به هر حال، وجود داشتند و گاهی برای حکم درباره‌ی مسئله‌ی فقهی یا توجیه نظریه‌ی فقهی از آن استفاده می‌شده است (همان، ص ۱۵۸). این نتیجه‌گیری، دقیقاً در مقابل ایده‌ی ساخت است که معتقد بود تا قرن سوم هیچ حدیث فقهی از پیامبر (ص) وجود نداشته است.

۱-۳-۳- میزان استفاده از رأی در احتجاجات فقهی مکتب مکه

موتسکی، مشاهده می‌کند که آموزه‌های فقهی ابن عباس به‌عنوان پایه‌گذار این مکتب، کاملاً مبتنی بر رأی است. این بدان معنی است که بیشتر فتاوی او «رأی» خاص او است (همان، ۲۸۸) و به حدیثی از پیامبر (ص) استناد نکرده است. در طبقه‌ی بعد از او، شاگرد وی عطاءبن ابی‌ریاح نیز اعتماد زیادی بر رأی شخصی خود دارد. موتسکی از بررسی منقولات عطاء به این نتیجه رسیده که سهم احادیث (و آثار) در مجموع ۲۰٪ است و در مقابل، آرای خود وی، ۸۰٪ است.

موتسکی، نشان می‌دهد که اگرچه عطاء، برای توجیه آرای خود معمولاً دلیلی برای ذکر منابع خود نمی‌دیده، در مواردی که منابع را ذکر کرده است می‌توان متوجه شد که مهم‌ترین مأخذ وی (۱۵٪) منقولات صحابه‌ی پیامبر (ص) بوده است؛ پس از آن (۱۰٪) قرآن و سپس (۵٪) حدیث نبوی بوده است (همان، ۱۴۰).

در طبقه‌ی بعد، بررسی منقولات عمروبن دینار در همان نمونه‌ی آماری نشان می‌دهد که نسبت نقل، حدیث و اثر، به رأی، ۵۸٪ به ۴۲٪ است. این بدان معنی است که فتاوا و اقوال و یادداشت‌های عمروبن دینار، در مجموع ۴۲٪ رأی فقهی او است که در مقایسه با آرای فقهی عطاء، تفاوت معنی‌داری نشان می‌دهد. موتسکی برآن است که فرایند استناد به حدیث فقهی (حدیث، اثر، خبر) به جای رأی، به وضوح در حال شکل‌گیری است.

به همین ترتیب، موتسکی نشان می‌دهد که منابع و مآخذ عمروبن‌دینار نیز در مقایسه با عطاء تغییر کرده است؛ چنان‌که استفاده از حدیث صحابه ۳۷٪، استفاده از حدیث تابعین ۲۸٪، استفاده از حدیث پیامبر (ص) ۱۰٪ و استفاده از قرآن ۲-۱٪ است (همان، ۱۸۷). تفاوت معنادار منابع عمرو در مقایسه با عطاء نظریه‌ی موتسکی درباره‌ی تحول معیارهای مکتب فقه مکه را بار دیگر تأیید می‌کند.

موتسکی در طبقه‌ی بعد به ابن‌جریج می‌پردازد. بررسی منقولات ابن‌جریج نشان می‌دهد که فقط ۱٪ مطالب شامل آرای فقهی خود وی است.

به اعتقاد موتسکی، تغییرات کمی نقل رأی در آرای عطاء، عمرو و ابن‌جریج را نیز باید در تطور و تحول فقه مکی در خلال سال‌های ۷۰ تا ۱۵۰ هجری جست‌وجو کرد که استفاده از رأی شخصی در مقایسه با حدیث کاهش پیدا کرد (همان، ۲۰۶) در جریان این سال‌ها فقه مکه در تعامل با بوم‌های دیگر دستخوش تحولاتی شد. چنان‌که ابن‌جریج در برخی موارد از رأی استادش عطاء به آرای فقهای عراق یا مدینه تمایل پیدا می‌کند.^۱ در مواردی نیز او از دیدگاه‌های استادش در برابر مکتب عراق دفاع می‌کند.^۲ ولی در مجموع به مبادی و اصول مکتب فقه مکه اعتقاد راسخ دارد (Motzki, 2006) تصویری که موتسکی از فقه مکتب مکه با توجه به استعمال منابع مختلف ارائه می‌دهد، به شکل زیر است:

| متوفی | قرآن | حدیث | اثر | رأی | |
|-------|------|------|-----|-----|--------------|
| ۶۸ | ۱۲ | ۰ | ۰ | ۸۸ | ابن عباس |
| ۱۱۵ | ۱۰ | ۵ | ۵ | ۸۰ | عطا |
| ۱۲۶ | ۲ | ۱۰ | ۴۶ | ۴۲ | عمروبن‌دینار |
| ۱۵۰ | ۰ | ۱۵ | ۸۴ | ۱ | ابن‌جریج |
| ۲۰۴ | ۰ | ۱۰۰ | ۰ | ۰ | شافعی |

موتسکی، در واقع در خلال یک پژوهش میدانی در اخبار و آثار فقهی^۳ نشان داده که برخلاف تصور گلدتسیهر و ساخت، نخستین مکتب فقهی اسلام، در مکه شکل گرفته که در آن اجتهاد صحابه، قرآن و حدیث به ترتیب نقش داشته‌اند.

۱. نک: به مصنف عبدالرزاق، ج ۶، ش ۱۱۱۱۳، ش ۱۱۰۹۵ و ش ۱۱۰۹۸، ج ۷، ش ۱۲۵۳۸.

۲. نک: به مصنف عبدالرزاق، ج ۶، ش ۱۱۶۹۰ و ش ۱۱۶۹۴ و ش ۱۱۶۹۷.

۳. این اخبار و آثار عمدتاً مبتنی بر مصنف عبدالرزاق صنعانی است که گمانه‌هایی درباره‌ی شیعه بودن وی وجود دارد.

۲- ریشه‌ها و سرچشمه‌های فقه اسلامی

خاورپژوهانی که به مطالعه در فقه اسلامی علاقه‌مند بوده‌اند، غالباً بدین امر نیز تمایل داشتند که فقه اسلامی را تحت تأثیر قوانین سرزمین‌ها و آیین‌های دیگر قلمداد کنند. چنان‌که مشاهده می‌شود، ایشان کتاب مقدس اسلام را نیز متأثر از عهد قدیم و جدید می‌دانند. در این زمینه، برخی خاورشناسان خودشان اعتراف می‌کنند این سنت دیرینه‌ی خاورشناسی است که همواره مصرّانه در پی اثبات خاستگاهی یهودی برای آموزه‌ها و مفاهیم اسلامی بوده‌اند (Graham, 139-140) از همین‌رو است که غربی‌ها در جست‌وجوی اطلاعاتی بودند که امکان تأثیر نظام‌های حقوقی غیر عربی بر نظام حقوقی اسلام را نشان دهد. فن کریمر در مطالعه‌ی خود درباره‌ی فقه اسلامی، مسئله‌ی تأثیرات خارجی در قوانین اسلامی و بیش از همه احتمال تأثیر قوانین رومی را بررسی کرد. شباهت‌های بین قوانین روم و فقه حنفی در برخی اصطلاحات و احکام آنها، نقطه‌ی عزیمت تحقیق وی بود (Kremer, 532-547) کرامر می‌گوید که مسلمانان بعد از فتح سوریه و عراق به مدارس فقهی رومی دست پیدا کردند و از آن اقتباس کردند. وی تصور می‌کند که اوزاعی و شافعی، در مدرسه‌ی رومی سوریه آموزش دیده و تحصیل کرده‌اند چنان‌که می‌گوید هر دو در سوریه متولد شده و بدون شک از بسیاری از قوانین بیزانسی رومی آگاهی داشته‌اند (فون کریمر، ۴۴۷). دانشمندان اسلامی این ایده را انکار کرده و معتقدند: قبل از اینکه نهضت ترجمه در اسلام شروع شود و معارف یونانی و رومی یا هندی و ایرانی وارد اسلام شود، فقه اسلامی تکوین یافته بوده است (سالم الحاج، ۴۶۴، معروف الدوالیبی، ۳۳۰). از سوی دیگر، این اندیشه اساساً با وقایع تاریخی هماهنگی ندارد. زمانی که مسلمانان سوریه و عراق را در سال ۶۳۵ میلادی فتح کردند مدارس رومی بسته شده و یا از بین رفته بودند. پل کولینیه خاورشناس فرانسوی (1869-1938) که درباره‌ی مدرسه رومی بیروت پژوهش مفصلی انجام داده بر آن است که این مدرسه در آخر قرن دوم میلادی و یا اوایل قرن سوم تأسیس شده و اهمیت زیادی داشته و دانشمندان زیادی به آن روی می‌آوردند؛ ولی این منطقه، دچار حوادث طبیعی زیادی شده از جمله در سال ۵۵۱ دچار زلزله‌ی شدیدی شده بود. بنا به گزارش کولینیه، بیروت در سال ۶۰۰ میلادی ویران بوده به همین دلیل در سال ۶۳۵ میلادی به آسانی تحت سلطه‌ی اعراب درآمده و در آن زمان، مدرسه‌ی حقوق بیروت، اگرچه موقتاً به صیدا منتقل شده بود ولی هنوز نابه سامان بوده است. (Paul Collinet, 55-57, 28, 29)

سوی دیگر باید توجه داشت که اوزاعی از فقهای بود که برای استنباطهای فقهی، به حدیث رجوع می‌کرده و اساساً اهل رأی نبوده است. همچنین، باید در نظر داشت که دولت عباسی به آراء و اندیشه‌های علمای سوریه و شام میدان نمی‌داده است (سالم الحاج، ۴۶۹) در رابطه با امام شافعی نیز گفته شده که وی در سال ۱۵۰ هجری در غزه متولد شد و در کودکی به مکه رفت و نزد مالک علوم اولیه را آموخت. و از پیروان مدرسه‌ی حدیث وی شد. سپس به بغداد رفت و نزد شیبانی تلمذ کرد و در آن سالها مذهب فقهی متمایز خود را پایه‌گذاری کرد و هیچ گزارش تاریخی مبنی بر حضور و سکونت وی در بیروت و استفاده از آموزش‌های مدرسه‌ی حقوق روم وجود ندارد و چنان‌که پیشتر بیان شد این مدرسه اساساً دویست سال پیش از شافعی نابود شده است. در میان خاورشناسان گلدتسیهر بیش از همه به اقتباس فقه اسلام از یهودیت و نیز حقوق رومی اصرار داشت. وی معتقد بود که در قرن اول هجری هنوز احادیث کافی برای تنظیم قوانین مورد نیاز جامعه‌ی اسلامی و تغذیه‌ی نظام حقوقی اسلامی در دسترس نبود. از این‌رو، فقها و دستگاه قضایی برای پرکردن این شکاف، علاوه بر رأی خودشان، از نظام‌های حقوقی دیگران و غالباً از قوانین رومی الگو می‌گرفتند (Goldziher, *Muslim Studies*, 79) گلدتسیهر ادعا می‌کند از مطالبی که قضات و وکلا در مناطق مفتوحه اظهار می‌کنند، می‌توان به قوانین و احکام حقوقی که از جاهای دیگر عاریت گرفته شده است، پی برد. حتی وی برآن است که فقهای مسلمان شکل و قالب‌های قضایی و قواعد کلی قضاوت مانند «البینه علی المدعی والیمین علی المدعی علیه» را از منابع دیگر وام گرفته‌اند (همان). وی می‌پندارد در نیمه‌ی قرن دوم در مناطق سوریه و بین‌النهرین قضات مسلمان، شروع به طراحی نظام فقه اسلامی کردند که تحت تأثیر قوانین آن مناطق بود و بر خاستگاهی عربی مبتنی نبود. بنیانگذار این نظام فقهی نیز ابوحنیفه‌ی پارسی بود (همان، ۸۰).

در همین راستا، مشاهده می‌شود که خود شاخت، اذعان کرده که فقه اسلامی با حقوق یهود و مسیحیت اختلاف ماهوی دارد (Introduction, Schacht, 1). در عین حال، وی با گلدتسیهر در این ایده موافق بود که قوانین رومی بر نظام حقوقی اسلام تأثیر گذاشته است و معتقد است فقه اسلامی در اواخر دوران امویان بر مبنای قوانین حقوقی عراق پایه‌ریزی شد (Schacht, *The Origins*, 181-182). پاتریشیا کرونه در تحقیق اخیر خود در این باره به این نتیجه رسیده است که سرچشمه‌های فقه اسلامی را باید در قوانین سوریه جست‌وجو کرد (بنگرید به: Crone, Roman, Provincial and Islamic Law)

به اعتقاد موتسکی، این دیدگاه‌ها بر حدس و گمان مبتنی‌اند. او می‌گوید: درست است که به لحاظ فضا و مکان، این احتمال وجود دارد که نظام‌های حقوقی شرقی در ریشه‌های فقه اسلام تأثیر داشته باشند و نیز تأثیر قوانین رومی و یا قالب‌های فقه یهودی بر فقه اسلام قابل تصور است؛ ولی از آنجا که درباره‌ی قوانین شایع در شبه جزیره‌ی عربستان، در قرن ششم و هفتم میلادی و پیش از آن اطلاع دقیقی وجود ندارد، بعید است که بتوان ثابت کرد نظام‌های حقوقی دیگری فقه اسلامی را به وجود آورده یا بر آن تأثیر داشته‌اند. به عقیده‌ی موتسکی، بیش از هر چیز قوانین عربی پیش از اسلام، بر فقه اسلامی تأثیر داشته‌اند و باید خاستگاه آن تلقی شود (Motzki, xv).

قاعده‌ی فراش، یکی از مواردی است که خاورشناسان درباره‌ی آن بحث کرده و شبهه‌ی اقتباس از نظام‌های دیگر را درباره‌ی آن مطرح کرده‌اند. موتسکی، به‌طور خاص، این قاعده را بررسی کرده و می‌گوید: شاخه در بحث از این قاعده‌ی فقهی، فرضیه‌ی گلدتسیهر را دنبال می‌کند که گمان کرده است این «قول» نبوی احتمالاً برگرفته از قوانین روم است، چرا که در آنجا نیز قاعده‌ای مشابه^۱، حاکم بوده است.

شاخه می‌گوید: «پیش از اسلام، عرب‌ها در نزاع‌های مربوط به نسب، به صورتی دیگر، یعنی با دعوت از قیافه‌شناس‌های حرفه‌ای (قافه) داوری می‌کردند. بر این اساس، این قاعده نمی‌تواند بستر و فضایی عربی داشته باشد به علاوه که این قاعده‌ی فقهی، به معنای دقیق کلمه، با قرآن ناسازگار است و اساساً در سایه‌ی دستور قرآن به نگهداری عده، دیگر به‌ندرت این سنخ مشکلات پیش می‌آمده است تا این قاعده بخواهد آنها را حل کند» (Schacht, *The Origins*, 181). موتسکی هیچ‌یک از دلایل شاخه را قانع‌کننده و قاطع نمی‌داند و می‌گوید این دلیل شاخه که این قاعده با قرآن سازگاری ندارد درست نیست، زیرا نزاع درباره‌ی نسبت فرزند فقط در مواردی که عده نگهداشته نمی‌شد، به‌وقوع نمی‌پیوست؛ بلکه این تنها یکی از صورت‌های ممکن قضیه بوده که همان‌طور که شاخه اشاره کرده، در دوران اسلام نمی‌توانسته است مطرح باشد. اما موارد بسیار مهم‌تری که نزاع درباره‌ی نسب پیش می‌آمد، به ارتباط نامشروع جنسی با زنان شوهردار یا کنیز مربوط بوده است. (Motzki, 130) موتسکی می‌گوید: «قرآن با تعیین هنجارها و احکام فقهی روشن درباره‌ی ازدواج، طلاق و همبستری با بردگان و نیز با تحریم روابط جنسی نامشروع همراه با تجویز مجازات‌های سنگین برای آن در دنیا و

1. Pater est quem iustae nuptiae demonstrant.

سرای دیگر، با این مسئله مبارزه کرده است. با این همه، روایات متقدمی که کاربرد قاعده‌ی فقهی «الولد للفراش و للعاهر الحجر» در آن بیان شده است^۱، نشان می‌دهند که در جامعه‌ی صدر اسلام، زمینه‌های اجتماعی خاصی وجود داشته است که در آنها هنجارهای قرآنی هنوز به قوت پا نگرفته بودند. یکی از حوزه‌های مسئله‌ساز، رابطه‌ی مولا و کنیز او است که حتی در زمان حضرت محمد (ص) هم روشن نبوده است. این امر، زمینه‌ی بروز نزاع‌هایی بود که در ضمن آنها، قاعده‌ی فقهی مورد بحث اول بار در روایات ظاهر شد تا احتمال بهره‌مندی مرد زانی (مرتکب زنا با زن یا کنیز مرد دیگر) از فرزند حاصل از این وصلت نامشروع را دفع کند. علاوه بر این، بسیاری از موارد زنا علنی نمی‌شدند؛ چرا که، اقرار به ارتباط نامشروع جنسی با خطر مجازات مواجه می‌شد. عطاء ابن ابی رباح فقیه مکی در اواخر قرن اول، اعمال این قاعده‌ی فقهی را به مواردی محدود می‌کند که خود همسر یا صاحب کنیز منکر ابوت فرزند نبوده، بلکه ابوت او با ادعای فرد دیگر، به چالش کشیده شده باشد و این کار را نیز چنین توجیه می‌کند که هدف اصلی این قانون، حل و فصل نزاع‌های مربوط به نسب بوده است. عطاء به روش جاهلی یعنی استفاده از قیافه شناس‌های حرفه‌ای برای اثبات ابوت، توجهی نشان نمی‌دهد. به نظر می‌رسد که او برآن است که قاعده‌ی «الولد للفراش و للعاهر الحجر» جایگزین این روش شده است (موتسکی، ۱۱۸-۱۱۷).

موتسکی به هر روی نتیجه می‌گیرد که: این قاعده با احکام قرآن درباره‌ی ازدواج و خانواده و با رسومات دوران صدر اسلام متناسب است و تأثیر قوانین رومی برآن حدس و گمانی بیش نیست. وی خاطر نشان کرده که حتی پاتریشیا کرونه نیز اخیراً ثابت کرده که وقوع این اقتباس بعید است (Crone, 10-11). به‌ویژه که در برخی روایات اوایل به

۱. به‌عنوان مثال: المصنف عبدالرزاق الصنعانی، ج ۷، ش ۱۲۳۶۹:

عبدالرزاق از قول ابن جریج که گفت: «به عطا گفتم درباره‌ی مردی که (تعلق) فرزند (به خود) را نفی می‌کند پس از تولد بچه. چه می‌گویی؟» (عطا) گفت: «(در این مورد) مرد باید زن را لعنت کند و فرزند به زن تعلق دارد». گفتم: «مگر پیامبر (ص) فرمود: الولد للفراش و للعاهر الحجر؟» عطا گفت: «بلی؛ اما به این دلیل بود که در آن زمان (در آغاز اسلام) اگر فرزندی در فراش مرد دیگری به دنیا می‌آمد، مردم به این عبارت که او متعلق به ما است، اعتماد می‌کردند و به همین علت، پیامبر (ص) فرمود: الولد للفراش و للعاهر الحجر».

همان، ش ۱۲۳۸۱:

ابن جریج گفت: به عطا گفتم: «ام ولد مسیره - غلام ابن زیاد - ادعا می‌کند که فرزند وی متعلق به مسیره نیست». عطا گفت: «نه (ادعای وی مقبول نیست) این فرزند متعلق به فراش است و کسی که زناکار است، بهره‌ای ندارد (الولد للفراش و للعاهر الحجر)». ابن عبیدین عمیر در این حال گفت: «آیا از قیافه‌شناس برای او استفاده نمی‌شود؟». [عطا گفت]: «فرزند متعلق به فراش است و به زناکار بهره‌ای نمی‌رسد». ابن جریج گفت: «من گفتم اگر زن حره چنین گفت، تکذیب می‌شود و کتک می‌خورد.»

صراحت آمده که پیش از اسلام در برخی مناطق از این قاعده استفاده می‌کردند؛ چنان‌که نقل است که اکثم بن صیفی - قاضی پیش از اسلام - در نزاع درباره‌ی نسب براساس این قاعده حکم کرده است (همان).

قاعده‌ی ثبوتیه «البینه علی من ادعی والیمین علی من انکر»، نیز در شمار قواعدی است که ادعا شده مسلمانان، از نظام دعاوی عراق و سوریه و یا قوانین رومی برگرفته‌اند. دانشمندان اسلامی معتقدند این قاعده در بین عرب جاهلی معروف بوده و مبنای آن اصل برائت است که در همه‌ی شرایع مورد اتفاق است و اسلام هم آن را تأیید کرده چنان‌که دیگر قواعد حقوقی را تا جایی که موافق منطق و عدالت بوده‌اند، تأیید کرده است. گفته شده این قاعده از امثال عربی پیش از اسلام بوده که قیس بن ساعده الایادی، یکی از حکما و خطبای معروف این قاعده را وضع کرده است (المیدانی، ۹۹). این قاعده در حدیث شریف آمده و سیوطی آن را در الجامع الصغیر به شماره ۳۲۲۶ و ۳۲۲۵ روایت کرده است (نک: سالم الحاج، ۴۸۳).

این قاعده براین مطلب اشعار دارد که اگر شخصی، مطلبی را ادعا کند باید دلیل داشته باشد. مثلاً ادعا می‌کند که مالی را به کسی وام داده است؛ در این صورت، باید دلیل و سند بیاورد و انکار کننده‌ی این دعوی، نیاز به اثبات ندارد.

نظام وقف، شفعه، سن بلوغ، قوانین ازدواج و طلاق و ارث موارد دیگری هستند که خاورشناسان ادعا می‌کنند قوانین اسلامی از قوانین رومی تأثیر گرفته‌اند. در این میان، بوسکه^۱ (۱۹۷۸-۱۹۰۰) از دانشمندانی است که به اصالت فقه اسلامی معتقد است و در تحقیقات خود نشان داده که این قوانین صرفاً با هم تشابه ظاهری دارند و گرنه در مبادی، اهداف و ویژگی‌های فنی با هم اختلاف دارند. بوسکه همچنین می‌اندیشد؛ تشابه، فی حد ذاته، دلیل بر اقتباس نیست (Bousquet, 71). وی معتقد است؛ شریعت اسلامی عبارت از مجموعه‌ی مسایل فقهی دقیقی است که از حیث ارتباط نفوس انسانی با خداوند مورد ملاحظه قرار گرفته و لذا شامل احکام عبادی و نیز معاملات مثل بیع و رهن و موارد دیگر است. احکام معاملات نیز در بسیاری موارد به وجهی است که صبغه و رنگ دینی دارد. در حالی که قانون رومی این ارتباط را لحاظ نکرده صرفاً علمی است و حاصل کار فقها و حقوقدانان است. بوسکه، امکان ورود قوانین رومی به قوانین اسلامی

۱. ژرژ آنری بوسکه 1900-1978 از اهالی فرانسه، استاد دانشکده حقوق و جامعه‌شناس در الجزایر بوده است. Bousquet, G Henri متخصص حقوق اسلامی بوده و آثار بسیار زیادی در این زمینه دارد (مشکین‌نژاد و دیگران).

حتّی از طریق کنسیه‌ها و یا دیرهای زردشتیان در سرزمین‌های اسلامی را منتفی می‌داند؛ زیرا معتقد است که کارگزاران اسلامی اساساً در امور اهل ذمه دخالت نمی‌کردند و در امور دیوانی و قضایی، قوانین خاص خودشان را داشتند و اهل ذمه را نیز آزاد می‌گذاشتند (همان، ۷۳-۷۵). دانشمندان مسلمان نیز در تحقیقات خود عدم تأثیرپذیری فقه اسلامی از قوانین رومی را نشان داده‌اند که قوانین احوال شخصیه از موارد آن است. به مثل احکام ازدواج در این دو نظام کاملاً متفاوت است. در قانون رومی، ازدواج دو نوع است؛ همراه با سرپرستی و ولایت مرد^۱ - بدون سرپرستی^۲. نوع اول به سه صورت منعقد می‌شده است. اول؛ ازدواج مذهبی است که مخصوص به طبقه اشراف بوده و در معبد ژوپیتر در حضور کاهن اعظم و ده نفر شاهد و با عبارات دینی خاصی شکل می‌گرفته است. دوم؛ ازدواج از طریق خرید زوجه یا طرق معمولی که به مردم عامی مربوط می‌شده است. سوم ازدواجی بوده که زن و مرد یکسال کامل با هم زندگی می‌کردند و پس از آن مرد به همسرش سیادت پیدا می‌کرده است (فرج، ۲۱۳-۲۰۹). اینگونه زوجیت مشروط به بلوغ، رضایت و شایستگی برای ازدواج بوده و با تحقق آنها زن از خویشاوندان مرد تلقی می‌شده و کلیه حقوق مترتب بر خویشاوندی با خاندان خود از قبیل ارث و وصایت را از دست می‌داده است.

نوع دیگر ازدواج (بدون حق سرپرستی مرد)، نیازی به حضور علمای دینی و یا کارگزاران دیوانی نداشته و به مجرد توافق طرفین منعقد می‌شده و زن از حقوق مترتب بر خویشاوندی با خاندان خودش منفک نمی‌شده و البته قوانین مخصوص به خود را داراست. آشکار است که هیچیک از این انواع با قوانین ازدواج در فقه اسلامی مطابقت ندارد (شعبان، ۵۷).

احکام طلاق رومی نیز با احکام اسلامی تفاوت‌های بسیار زیادی دارد. چنان که در ازدواج نوع اول (همراه با سرپرستی مرد)، اگر زوجه، مرتکب زنا و یا بی‌عفتی شود و یا به دروغ ادعای آبستنی کند، مستوجب طلاق است. همچنین زوجه به هیچ روی حق تقاضای طلاق ندارد. طلاق در همان مجاری که ازدواج صورت گرفته، انجام می‌شده است. اگر از طریق مذهبی بوده طلاق هم در یک مراسم خاص دینی صورت می‌گرفته است. اگر به طریق خرید یا معاشرت بوده طلاق با فروش زوجه در حضور مشتریان انجام

1. Cummanue.
2. Sine Manus.

می گرفته و مرد زوجه را از ولایت و سرپرستی خود آزاد می کرده است. در ازدواج نوع دوم، طلاق یا اجباری است و یا اختیاری. طلاق اجباری به محض وفات یکی از طرفین و یا لغو امتیاز شهروندی آنها صورت می گرفته و طلاق اختیاری نیز به درخواست هریک از زن و مرد قابل اجرا بوده است (نک: فرج، ۲۱۶-۲۱۳).

دانشمندان مسلمان، تفاوت فقه اسلامی با قوانین رومی در ارث، معاملات، وقف، شفعه، نظام دعاوی و بسیاری امور دیگر را نشان داده اند.^۱

تقریباً اکثر خاورشناسان، این شبهه که فقه اسلامی از شریعت یهود سرچشمه گرفته را به گونه ای مطرح کرده اند. بوسکه درباره ی ارتباط فقه اسلامی و شریعت یهود معتقد است، این دو شریعت شامل قوانین آمره در عبادات و معاملات هستند و به لحاظ اینکه مستند به وحی الهی هستند و مصدر احکام آنها خداوند است باید تشابه داشته باشند ولی از پژوهش های موردی به سختی می توان به این نتیجه رسید که دین اسلام از تلمود یهودی تأثیر گرفته باشد. بوسکه معتقد است: فقه اسلامی و شریعت یهود تفاوت های جوهری دارد و اگر چه علما در پیدایی فقه هر دو شریعت نقش اساسی دارند ولی به ویژه دانش «اصول فقه» و نیز «حدیث» نقطه ی تمایز این دو نظام حقوقی است که در شریعت یهود ما به ازای آن وجود ندارد (Bousquet, 77-78). وی در تحقیق گسترده خود نشان داده که این دو نظام قانونی در همه ی عرصه ها اعم از عبادات، معاملات احکام جزایی و خانوادگی کاملاً متفاوت هستند (Bousquet, 76-80).

دانشمندان مسلمان نیز با تحقیقات خود تلاش کرده اند شبهه ی اقتباس فقه اسلامی از شریعت یهود را ابطال کنند. آنها از سویی به این مطلب تأکید کرده اند که ادیان آسمانی، از آن رو که مبدأ و اهداف واحدی دارند، در نوع عبادات و احتمالاً در معاملات تشابه دارند. چنان که قاعده ی عامی در شریعت اسلامی وجود دارد که گویای آن است که شریعت های قبلی، شریعت ماست مادامی که قرآن و سنت آن را نسخ نکرده باشد. «شرع من قبلنا شرع لنا ما لم ینسخ بنص صریح من القرآن او السنه». در نتیجه عجیب نیست اگر برخی احکام اعتقادی و مدنی این دو شریعت همانند باشند (سالم الحاج، ۴۵۰) از سوی دیگر امور متشابه این دو شریعت را احصا کرده، موارد اختلاف قوانین آنها

۱. بنگرید به: صبحی محمصانی، فلسفه التشریح فی الاسلام، دارالعلم للملایین الطبعة الثالثة، ۱۹۶۱، عبدالرزاق السنهوری، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، معهد البحوث و الدراسات العربیه، ۱۹۶۷، ج ۱، عبدالجلیل القرنشای، دراسات فی الشریعه الاسلامیه، منشورات جامعه قاریونس، بی تا، عبدالکریم زیدان، المدخل لدراسه الشریعه، مطبعه بغداد، ۱۹۶۹، ط ۴.

را بررسی کرده‌اند. از موارد اختلاف فقه اسلامی با شریعت یهود می‌توان به اختلاف در احکام ازدواج، طلاق، احکام طلاق رجعی، شایستگی زنان برای مالکیت، احکام ارث و قوانین جزایی اسلام اشاره کرد.

بنابر فقه مذاهب پنج‌گانه اسلامی، عقد ازدواج به مجرد ایجاب و قبول منعقد می‌شود و نیازی به مراسم صوری دیگری ندارد؛ در حالی که در شریعت یهود، اعتبار عقد ازدواج منوط به اجرای آن در شکل خاصی است و باید حتماً مکتوب شده و در حضور عده‌ای نماز خاصی گزارده شود. در رابطه با مالکیت، اسلام برای زنان این شایستگی را قائل است که مالک اموال خود بوده در آن تصرف کنند ولی شریعت یهود، تصرف در اموال را برای زنان حرام می‌داند؛ چنانکه به محض ازدواج اموال زن به همسرش تعلق می‌گیرد و زن تنها مالک مهریه خودش هست که پس از وفات همسرش و یا طلاق، می‌تواند آن را مطالبه کند.

در رابطه با احکام رجوع نیز تفاوت‌های آشکاری وجود دارد؛ چنانکه شریعت یهود به مرد اجازه می‌دهد پس از طلاق، تا هر زمانی که همسرش با مرد دیگری ازدواج نکرده به وی رجوع کند و اگر دلیل طلاق، زنا و یا عقیم بودن همسر بوده رجوع به وی حرام است ولی در فقه اسلام، مرد تا زمان انقضای عده، حق رجوع دارد و در مواردی که دلیل طلاق، عقیم بودن زن باشد، رجوع حرام نیست (صوفی ابوطالب، ۶۳-۶۹).

در قانون اسلامی، ازدواج با اقرباء درجه سه، حرام است؛ چنان که ازدواج دایی با دختر خواهرش حرام است (نساء/۲۳) ولی در شریعت یهود این مقدار حرمت وجود ندارد. همچنین شریعت یهود، رضاع را در ایجاد نسبت خانوادگی معتبر نمی‌داند (نک: صبحی محمصانی، ۲۵۷).

طلاق در شریعت یهود آداب و مراسم خاصی دارد که باید حتماً در آن حالات انجام گیرد. از جمله آن که به زبان عبری و با حروف قدیم به وسیله‌ی نویسنده، در حضور روحانی یهودی مکتوب شود. دیگر این که در روز شنبه و دیگر اعیاد دینی یهودی مطلقاً قابل انجام نیست. زوجه در شریعت یهود به هیچ وجه حتی در صورت عیوب خاص زوج حق تقاضای طلاق ندارد (صوفی ابوطالب، ۶۹) در رابطه با احکام ارث نیز تفاوت‌های بارزی بین دو شریعت وجود دارد؛ به طوری که بنابر شریعت یهود، هر طبقه از وارثان طبقات بعدی را از ارث محروم کنند. برای نمونه، با وجود فرزندان، والدین (پدر و مادر) به هیچ‌وجه ارث نمی‌برند. در هر طبقه نیز فروع به جای اصول، می‌توانند ارث ببرند. در یک طبقه اناث، در صورت وجود ذکور ارث نمی‌برند و اناث تنها در صورتی ارث می‌برند که هیچ‌یک از ذکور و اولاد آنها وجود نداشته باشند. این در حالی است که طبق احکام

اسلامی، پدر و مادر در کنار فرزندان ارث می‌برند و نیز انانث از ارث محروم نیستند اگر چه سهم کمتری دارند (سالم‌الحاج، ۶۱-۴۶۰). در احکام جزایی این تفاوت قابل ملاحظه است که شریعت یهود اعمالی که انجام آنها مستوجب کیفر است و نیز مجازات آنها را معین کرده و برای حاکمیت، حقی برای تشریح مجازات قرار نداده است ولی در فقه اسلام علاوه بر کیفر شرعی جرایم که عبارت از حدود است، برای حاکمیت این حق وجود دارد که برای برخی جرایم کیفر و مجازات هایی به عنوان تعزیرات مقرر کند (صوفی ابوطالب، ۷۳-۷۴).

نتیجه

در پایان این جستار، می‌توان به این نتیجه رسید که تشابهی که برخی از خاورشناسان درباره‌ی آن بحث کرده‌اند، در بسیاری موارد صرفاً ظاهری است و متن احکام در فقه اسلامی و نظام‌های حقوقی دیگر، با هم متفاوت هستند. از سوی دیگر وجود تشابه در بسیاری از قوانین کلی مانند حرمت قتل نفس یا حرمت زنا و دزدی نیز نباید به این ایده منجر شود که فقه اسلامی از قانون روم یا یهود تأثیر پذیرفته است. خاستگاه این گونه احکام، عدالت و مصالح انسانی است که در همه‌ی نظام‌های حقوقی و فرهنگ‌های بشری رعایت شده و قابل احترام هستند.

اگرچه احکام حقوقی دایره‌ی بسیار وسیعی دارد و در این مختصر کنکاش در همه‌ی آنها میسر نیست، ولی در همین مثال‌ها نیز مشخص شد که فقه اسلامی مشخصاً از شریعت یهود و یا قوانین رومی تأثیر نپذیرفته است و نظام حقوقی اسلام، در نوع خود، اصیل بوده به لحاظ منابع و مناط خود (قرآن سنت نبوی - عقل و اجماع) مستقل از دیگر نظام‌های حقوقی است.

فهرست منابع

۱. ابن ابی شیبیه، عبدالله بن محمد، المصنف، حیدرآباد دکن، بی‌نا، ۱۹۶۶ به بعد؛
۲. ابن سعد، محمد، الطبقات‌الکبیر، به کوشش زحائو و دیگران، لیدن، بریل، ۱۹۱۵-۱۹۰۴؛
۳. الامامه و السیاسه، ابن قتیبه، عبدالله بن مسلم، قاهره، بی‌نا، ۱۳۸۸/۱۹۶۹؛
۴. همو، تأویل مختلف الحدیث، به کوشش محمدزهری نجار، بیروت، ۱۳۸۶ هـ ق/۱۹۶۶؛
۵. ابن قیم الجوزیه، محمد بن ابی بکر، اعلام‌الموقعین، اداره الطباعه المنیرییه، بی‌تا؛
۶. ابن ندیم، محمد بن ابی یعقوب، الفهرست، مصر، مطبعة الاستقامه، بی‌تا؛

۷. ابوزهره، محمد، *اصول الفقه*، دارالفکرالعربی، القاهرة، بی تا؛
۸. ابوطالب، صوفی، *بین الشریعه الاسلامیه و القانون الرومانی*، القاهرة، بی تا؛
۹. الامین، محسن، *دایره المعارف الاسلامیه الشیعه*، دارالتعارف للمطبوعات، بیروت، ۱۴۲۳/۲۰۰۲، ج ۱۶؛
۱۰. بلاذری، احمد بن یحیی، *انساب الاشراف*، به کوشش گویتین، بیت المقدس، بی تا، ۱۹۳۶؛
۱۱. بیهقی، ابوبکر احمد بن الحسین، *الکتاب السنن الکبری*، دکن، چاپ حیدرآباد، ۱۳۴۴ هـ ق؛
۱۲. پارسا، فروغ، *حدیث در نگاه خاورشناسان*، تهران، انتشارات دانشگاه الزهراء، ۱۳۸۸؛
۱۳. پاکتچی، احمد، «اصحاب حدیث»، *دایره المعارف بزرگ اسلامی*، ج ۹، زیر نظر محمد کاظم موسوی بجنوردی، تهران، ۱۳۸۱؛
۱۴. همو، «اصحاب رأی»، *دایره المعارف بزرگ اسلامی*، ج ۹، زیر نظر محمد کاظم موسوی بجنوردی، تهران، ۱۳۸۱؛
۱۵. همو، «اندیشه‌های فقهی در سده نخست هجری»، *دایره المعارف بزرگ اسلامی*، ج زیر نظر محمد کاظم موسوی بجنوردی، تهران، ۱۳۷۷؛
۱۶. الحاج، ساسی سالم، *نقد الخطاب الاستشراقی*، بیروت، دارالمدارالاسلامی، ۲۰۰۲، ج ۲؛
۱۷. حسن بن زین الدین {صاحب معالم}، *معالم الدین و ملاذ المجتهدین*، المكتبة العلمیه الاسلامیه، تهران، ۱۳۷۸ هـ ق؛
۱۸. حکیم، محمد تقی، *اصول العامه للفقه المقارن*، بی تا، بی تا، بی تا؛
۱۹. الخضری، محمد، *تاریخ التشریع الاسلامی*، المكتبة التجاریه الکبری، القاهرة، ۱۹۶۷، ط ۸؛
۲۰. دارمی، عبدالله ابن عبدالرحمن، سنن، دمشق، ۱۳۴۹ هـ ق؛
۲۱. الدوالیبی، معروف، *المدخل الی علم اصول الفقه*، دمشق، مطبعه الجامعه السوریه، ۱۳۶۸ هـ ق، ط ۱؛
۲۲. همو، *الموجز فی الحقوق الرومانیه*، دمشق، بی تا، ۱۹۶۱؛
۲۳. زیدان، عبدالکریم، *المدخل لدراسه الشریعه الاسلامیه*، ط ۴، مطبعه العانی، بغداد، ۱۹۶۹؛
۲۴. زید بن علی، مسند، به کوشش عبدالواسع بن یحیی واسعی، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۹۶۶؛
۲۵. السنهوری، عبدالرزاق، *مصادر الحق فی الفقه الاسلامی*، قاهره، معهد البحوث و الدراسات العربیه، ۱۹۶۷؛
۲۶. شرف الدین، عبدالعظیم، *تاریخ التشریع الاسلامی*، بنغازی، منشورات جامعه قاریونس، ۱۹۷۴، ج ۲؛
۲۷. شعبان، زکی الدین، *الاحکام الشرعیه للاحوال الشخصیه*، بنغازی لیبی، منشورات جامعه قاریونس، ۱۹۷۸، ط ۴؛
۲۸. شهابی، محمود، *دوار فقه*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۰؛
۲۹. الشیرازی، ابواسحاق ابراهیم بن علی، *طبقات الفقهاء*، تحقیق احسان عباس، بیروت، بی تا، ۱۹۷۰؛

٣٠. الصنعانى، عبدالرزاق ابن همام، المصنف، تحقيق حبيب الرحمن الاعظمى، بيروت، مجلس العلمى، ١٩٨٧؛
٣١. طبرى، محمد بن جرير، ١٩٠- تاريخ الرسل و الملوك، ١٥ جزءاً، طبعه دى خويه، مطبعة خياط، بيروت، بى تا؛
٣٢. فرج، رضا، محاضرات فى القانون الرومانى، بنغازى، ليبيا، محاضرات مطبوعه على الالة الكاتبة، ١٩٦٥؛
٣٣. فيض، عليرضا، مبادئ فقه و اصول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ١٣٦٣؛
٣٤. كريم، ألفرد فون، تاريخ الحضارة فى الشرق، ترجمه خوداباكش، قاهره، بى نا، ١٩٢٠؛
٣٥. محمصانى، صبحى، فلسفه التشريع فى الاسلام، بيروت، دارالعلم للملئين، ١٩٦١، ط ٣؛
٣٦. موتسكى، هارالد، «مصنف عبدالرزاق»، ترجمه شادى نفيسى، فصلنامه، علوم حديث، شماره ٤٠، ١٣٨٥؛
37. Bousquet.G.H:”Le Mystere de la formation at des origines du Fiqh”.in, *Revue Algerienne,Tunisienne et Marocaine de la legislation et de la jurisprudence*,Vol 63,P. 76, Alger,1947;
38. Kremer, Alfered Von, *Culture Geschichte des Oriens under den chalifen*, Vienna, 1875;
39. Collinet, Paul, *Histoire de l’ecole de droit de Beyrouth*, Paris, 1925;
40. Coulson, N. J., *A History of Islamic law*, Islamic Survey 2, 1964, Reprinted Edinburgh, Edinburgh university Press, 1991;
41. Crone, Patricia, *Roman, Provincial and Islamic law: The origins of the Islamic patronate*,Cambridge, 1987;
42. Goldziher, Ignaz, *Die Zâhiriten*, Leipzig, 1884;
43. Goldziher, "Fikh", *ET*¹ vol. 3, Leiden / London, 1927;
44. Goldziher, Ignaz. *Muslim Studies (Muhammedanische Studien)*. Edited by S. M. Stern, translated by C. R. Barber and S. M. Stern. vol. 2 London: George Allen and Unwin, 1971;
45. Graham, W, Review of Quranic studies: sources and Methods of scriptural interpretation, by John Wansbrough, in *Journal of the American Oriental society* 100ii, (1980) 137-141;
46. Motzki, Harald, *The Origins of Islamic Jurisprudence Meccan Fiqh before the Classical Schools*, Brill, Leiden. Boston. Koln, 2002;
47. Sachau, "Zur ältesten Geschichte des Muhammedanischen Recht", in *Sitzungsberichte der Kaiserlichen Akademie der Wissenschaften in Wien*, vol. 65, pp. 699-723;
48. Schacht, Joseph. *The Origins of Muhammadan Jurisprudence*, 4th impression. Oxford, 1967 [1st ed. 1950];
49. Schacht, Joseph. "A Revaluation of Islamic Traditions", *Journal of the Royal Asiatic Society*, 1949, 143-54;
50. Schacht, Joseph, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford, Clarendon Press, 1964.