

تاريخ الفقه الإسلامي في مرآة المستشرقين نظرية تأثير القانون الروماني في الفقه الإسلامي نموذجاً

أنكة إيمان بوزنيطة*

مقدمة

لا يخفى أن العلم والبحث العلمي والنشاط الفكري أمور ليست بمعزل عن الظروف الثقافية والاقتصادية والسياسية العامة المحيطة بها؛ إذ إن نوعية الأسئلة المطروحة وإطارها وأسباب معالجتها كثيراً ما تؤثر في الجواب، فتأتي كيفية النظر إليها ونتيجة البحث في إطار رؤية مقررّة مسبقاً. وكثيراً ما استغل الباحثون والمتخصصون لأهداف لا تخدم مجال المعرفة العلمية ذاتها، مما يدفع للتساؤل حول بحوث معينة ونتائجها، وهذا ما يظهر في دراسات المستشرقين حول الفقه الإسلامي وتاريخه.

ولا شك أن المؤلفات حول نظريات المستشرقين عن تأثير القانون الروماني في الفقه الإسلامي عديدة ومعروفة، كما أن ردود الباحثين المسلمين عليها متوفرة، وهذا ما يدفع للتساؤل حول فائدة البحث في هذه القضية مجدداً، إذ الكلام حولها كلام معاد ومكرر، كما أن الموقف الإسلامي فيها واضح ومعلوم وموثق.

ومع ذلك يحاول هذا المقال دراسة مواقف المستشرقين من تاريخ الفقه الإسلامي من

* أستاذة مساعدة في قسم الفقه وأصول الفقه، بالجامعة الإسلامية العالمية بكوالمبور، ماليزيا.

خلال مناقشة "نظرية تأثير القانون الروماني على الفقه الإسلامي" بصورة خاصة، بغية التعرف على طبيعة منهجهم في الاستدلال. ولا يخفى أن تناول الجزئيات المكررة، والإشارة إلى عدم كفاءة المستشرقين في العلوم الإسلامية لا يفيدنا بشيء، بقدر ما يفيدنا البحث في مدى تأثير المسلمين بأرائهم ومنهجهم.¹ ولذلك لا بد من البحث في الموضوعية العلمية والمنهجية النقدية عند المستشرقين، حيث قلبوا رأساً على عقب كل مسلمات الموقف الإسلامي في مقتضيات البحث العلمي؛ لأن المطلوب من طالب العلم الذي يتحلّى بموضوعية علمية حسب مقاييس الاستشراق ألا يؤمن بالإسلام وعقائده؛ إذ إن كل من يعتقد أن القرآن كلام الله يفقد في نظرهم صفة الموضوعية، وسمة العلمية؛ وألاً يأخذ الإسلام من مصادره الأصلية، بل عليه أن يعتمد على مصادر غير القرآن والسنة، لتثبيت "الواقع التاريخي"؛ وألاً يدعو إلى الإسلام ديناً، بل يعتبره ظاهرة من ظواهر الماضي التاريخي والثقافي لا علاقة لها بالواقع؛ وألاً يتدين بالإسلام؛ وإلا عدّ غير موضوعي، بينما يعد المسيحي أو اليهودي موضوعياً بالطبع، سواء بحث في الثقافة الإسلامية أو في ثقافته الخاصة، أو في غيرها من الثقافات. والمطلوب من المسلم الذي يبحث في بيئة أكاديمية غربية التجرد من العقيدة الإسلامية أثناء البحث.²

سنيين من خلال المباحث الآتية المنهاج والبناء الفكري للاستشراق الكلاسيكي من حيث موضوعيته المزعومة وكيفية استدلاله. وسنعالج في هذا الصدد الإطار التاريخي والسياسي لنشأة بحوث المستشرقين في الفقه الإسلامي وأصوله، ومظاهر نوع التشابه المزعوم بين النظامين التشريعيين الإسلامي والروماني، كما سننظر في نظريات المستشرقين حول طرق التأثر.

¹ وبالتالي لا يحاول هذا البحث الموجز التعرض لكل التفاصيل ونقدها، والرد على كل الاتهامات والشبهات، وإنما يركز على بيان الخطوط المنهجية التي وجهت دراسات المستشرقين في هذا الشأن. ومن أجل ذلك تجنبت الكاتبة ذكر معلومات وتفصيل لا حاجة للقارئ البصير إليها، كما تركت بعض العبارات المسيئة التي تمس الإسلام والمسلمين كما هي، من غير تحميل ولا تعبير لتقدم الصورة الكاملة عن الجو الأكاديمي الاستشراقي الكلاسيكي.

² Ghorab, Ahmad, *Subverting Islam, The Role of Orientalist Centres* (London, Minerva Press 1994), p. 19.

نشأة اهتمام الاستشراق بالفقه الإسلامي وتاريخه

دخل علم الاستشراق مرحلة مهمة من تطوره في القرن التاسع عشر الميلادي، عندما انفصل عن الدراسات المسيحية الدينية التبشيرية، وتميز الجيل الأول من البحوث حول الفقه الإسلامي بطابع واقعي تطبيقي، عبر عنه المستشرق الفرنسي مليو Milliot بعبارة واضحة، تكشف عن ارتباط البحث الاستشراقي بالواقع الدولي المعاصر آنذاك، حيث قال: "إن نقطة البداية لجهود البحث هذه كانت في القرن الثامن عشر لما توطدت العلاقات بين الشرق الإسلامي والغرب، وخاصة عندما قدم الأوروبيون لاستعمار بعض البلاد الإسلامية وإدارتها: الإنجليز في الهند، والهولنديون في إندونيسيا، وفيما بعد في القرن التاسع عشر الفرنسيون في شمال أفريقيا".¹

ولذلك فمن المتوقع أن تتجه البحوث الأولى حول الفقه الإسلامي إلى ترجمة بعض الكتب الفقهية المشهورة التي تعتمدها المذاهب المتبعة في تلك المستعمرات، وذلك في إطار الاهتمام الاستعماري بمعرفة مجريات الأمور في تلك البلدان. ونجد في بداية هذه الحركة الاستشراقية ترجمة كتاب أحمد بن إبراهيم الحلبي "ملتقى الأبحر" في الفقه الحنفي التي قام بها إغناطوس مراجعة دوسون Ignatius Mouradgea d'Ohsson، وهو مسيحي من أصل عثماني. وكان هذا المترجم قد اشتغل كاتباً وترجماناً للملك السويدي،² وحاول تقسيم "ملتقى الأبحر" إلى مجالات مختلفة: مجال ديني، و مدني، وجنائي، وسياسي، وآخر عسكري، حسب تقنين الكتب القانونية الأوروبية، وقد صدرت هذه الترجمة فيما بين سنتي 1788 و 1804. كما أصدر هملتون Hamilton R.A.B في بريطانيا سنة 1791 "هداية الفرغاني" للمرغيناني مركزاً اهتمامه على المذهب الحنفي المتبع في الهند. بينما اهتم الاستشراق الهولندي بالمذهب الشافعي؛

¹ Milliot, Louis, *Introduction à l'étude du droit musulman* (Paris, 1953), p. 23.

² Ignatius Mouradgea d'Ohsson, see Wheatcroft, Andrew, *Infidels. A History of the Conflict between Christendom and Islam* (London, Penguin Books, 2003), p. 286-9.

فترجم كيزر Keijzer "مختصر أبي شجاع" وواصل المستشرق الهولندي فن دن برج Van den Berg هذا العمل في نهاية القرن التاسع عشر،¹ كما نشر المستشرق المشهور جونبول Juynboll كتابه في تقنين الفقه على المذهب الشافعي.² وقد تخصص المستشرقون في فرنسا وإيطاليا في دراسة المذهب المالكي لأسباب استعمارية معروفة؛ فترجم برون Perron "مختصر خليل بن إسحاق" بين عامي 1844 و1852 بباريس، كما ترجم هوداس Houdas ومرتيل Martel مؤلفات القاضي ابن عاصم الأندلسي إلى اللغة الفرنسية.³ وسلك بوسكي Bousquet هذا الطريق،⁴ وتابعه بوسي Bussi⁵ وستيلانا Santillana.⁶

أما الألمان فقد بدأ اهتمامهم بالفقه الإسلامي متأخراً نسبياً مقارنة بالدول الأوروبية الأخرى، لكون الاستعمار الألماني لم يظهر إلا مع نهاية القرن التاسع عشر الميلادي. ويذكر المستشرق النمساوي ساخو Sachau في التمهيد لكتابه في الفقه الإسلامي على المذهب الشافعي أن من أسباب عدم الحاجة إلى مثل هذا الكتاب في السابق عدم وجود ما يمكن وصفه بولايات محمدية للنمسا من جهة، وعدم وجود مستعمرات يقطنها من يسميهم بالمحمديين وتابعة للإمبراطورية الألمانية من جهة أخرى. ثم يبين أن الواقع قد تغير أخيراً،⁷ مما حدا به إلى تصنيف بحثه الهادف إلى إدارة

¹ Van den Berg, L.W.C., *De contracto do ut des iure mohammedano* (Leiden/Batavia, 1868).

² Juynboll, Gualtherus H., *Handbuch des islamischen Gesetzes nach der Lehre der schafitischen Schule* (Leiden, 1910)

³ Houdas, O., Martel, F., *Traité de droit musulman. La Tohfat d'Ebn Acem* (Alger, Gavault Saint-Lager, 1883).

⁴ Bousquet, George-Henri, *Abrégé de la loi musulmane selon le rite de l'Imam Malek* (Paris, 1952).

⁵ Bussi, Emilio, *Principi di diritti musulmane* (Milano, 1943).

⁶ Santillana, David, *Institutioni di diritto musulmano malchita* (Roma, 1926-38);

لقائمة هذه المؤلفات انظر:

Milliot, *Introduction*, p. 23ff; Spies, Otto, «Klassisches Islamisches Recht», in Spuler, Berthold, (ed.), *Handbuch der Orientalistik. Ergänzungsband III, Orientalisches Recht* (Leiden, 1964), pp. 220-344.

⁷ Sachau, Eduard, *Muhammedanisches Recht nach Schafitischer Lehre* (Berlin, 1897), p. XVI.

المستعمرات مع الأخذ بعين الاعتبار التناقض بين الحضارتين: الإسلامية الأصلية والغربية المستعمرة، وكذلك مراعاة النظم الفقهية والقانونية المنبثقة عن كل واحدة منهما، الأمر الذي اقتضى إيجاد حل عملي وسط بين النظامين في الرؤية الاستعمارية.

ويلاحظ تأثير هذا المقياس الاستعماري في نوعية البحوث، إذ لم تقتصر البحوث فيما بعد على مجرد فهم الفقه الإسلامي المطبق وشرحه، بل صارت تسعى لتحقيق "اندماج جزئي للنظامين التشريعيين".¹

والمقصود بعبارة المستشرق ساخو المذكورة أعلاه إيجاد حل وسط بين ما يسميه بالذاكرة المسيحية للدولة وفقه الإسلام،² فيقتصر في تطبيق الفقه الإسلامي في المستعمرات على فقه الأسرة وأحكام الميراث، وتطبق قوانين الدول المستعمرة على باقي المجالات تدريجياً. وقد نشأ نتيجةً لهذه الجهود ما أطلق عليه اسم "القانون الإنجليزي المحمدي" (Anglo-Muhammadan law)، و"القانون الفرنسي الجزائري" (loi franco-algérienne)³. وقد رجع المطالبون بإصلاح القانون في المناطق الإسلامية إلى فكرة النظام القانوني الوسط أثناء عهد الحركة الاستقلالية، ابتداءً من الخمسينيات من القرن العشرين، بعد أن وجدت فكرة الإصلاح التشريعي أرضاً خصبة عند بعض المستعمرين من المسلمين.

وفي هذا السياق، اقترح ديميليا D'Emilia سنة 1953 إنشاء نظام قانوني متميز في بعض المجالات بلمسات أوروبية مع غلبة للقوانين الإسلامية، وفي بعضها الآخر بلمسات قانونية إسلامية مع هيمنة القانون الأوروبي.⁴ كما ناقش المستشرق الألماني جريف Gräf سنة 1960 احتمالات متعددة لتغيير الشريعة حسب ما يسمى بمقتضيات العصر،⁵ وهذا ما يكشف عن دوافع البحث الاستشراقي آنذاك.

¹ Milliot, *Introduction*, p. 23

² Sachau, *Recht*, p. IX

³ Schacht, Joseph, *An Introduction to Islamic Law* (Oxford, 1964), pp. 94-99.

⁴ D'Emilia, Antonio, "Roman and Muslim Law. A Comparative Outline." *East and West* (Rom, 1953), pp. 73-80, p. 73.

⁵ Gräf, Erwin, "Vom Wesen und Werden des islamischen Rechts". In, *Bustan* (Wien, no.1, 1960), pp. 10-21.

وسرعان ما انتشرت البحوث في مبادئ التشريع الإسلامي ومصادره وتاريخه بجانب الترجمات الأولى. والملفت للنظر هنا أن البحوث الأولى لم تختلف كثيراً عن نظرة أهل السنة إلى مصادر الفقه (أعني القرآن، والسنة، والإجماع، والقياس)، وإن كان ينقصها الفهم الحقيقي والعميق، ويمكن الإشارة هنا إلى مؤلفات فن كريمة وساحو.¹

ولم تلبث هذه النظرة أن تغيرت جذرياً مع نظرية جولدسيهر Goldziher التي صاغها في كتابه "الدراسات المحمدية"، إذ اتخذ فيه موقفاً جديداً بناءً على آرائه الخاصة حول الحديث يختلف عن مواقف مَنْ سبقه من المؤلفين الأوروبيين في مجال نشأة الفقه الإسلامي ومصادره. فهو يرى أن الحديث ما هو إلا نتاجٌ خلافٍ سياسي، وأن الاختلاف بين أهل الحديث وأهل الرأي ليس سوى إرهابٍ لظهور الفقه الإسلامي.² ويسير تيان Tyan على نفس المنهج حيث يدعي أن النصوص الفقهية والتاريخية نتيجة لما سماه "مؤامرة صالحة"، يريد بذلك أن نصوص الاستدلال الخاصة بتاريخ الفقه الإسلامي من أحاديث وروايات قد وضعها العلماء لهذا الغرض فقط لا لغيره، وهو رأي خال من أي موضوعية علمية بلا شك.³

وأكثر الآراء الاستشراقية أثراً وتداولاً حول نشأة الفقه الإسلامي ومصادره آراء يوسف شاخت Joseph Schacht التي عبر عنها في كتابه "أصول الفقه المحمدي"،⁴ فقد ادعى عدم وجود فقه إسلامي بالمعنى الاصطلاحي في القرن الهجري الأول، وإنما

¹ Sachau, Eduard, "Zur ältesten Geschichte des muhammedanischen Rechts", *Sitzungsberichte der kaiserlichen Akademie der Wissenschaften Wien. Philosophisch-Historische Klasse* (Wien, no. 65, 1870). pp. 699-723. Von Kremer, Alfred, *Kulturgeschichte des Orients unter den Chalifen*. 2 vols (Wien, 1875).

² Goldziher, Ignaz, *Muhammedanische Studien*. 2 vols (Halle: 1889. Reprint Hildesheim, 1961). vol. 2, p. 88ff.

³ Tyan, Emile, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam* (Leiden, 1960, 2nd ed.), p. 18.

⁴ Schacht, Joseph, *The Origins of Muhammadan Jurisprudence* (Oxford, 1950).

نشأ مثل هذا الفقه في رأيه في القرن الثاني بناءً على الأعراف القانونية السائدة في البلاد المفتوحة، أو ما سّماه بـ "العرف الحي" (living tradition). وقد صار كتاب شاخت المرجع المطلق للمستشرقين وغيرهم، حتى سّماه مصطفى الأعظمي "كتابهم المقدس"؛ لعدم قبول مناقشته بينهم.¹ ولم يظهر نقد آراء شاخت بين المستشرقين إلا أخيراً، وبشكل جزئي فقط.² وقد نُجم عن هذه الدراسات تساؤل حول مصادر الفقه الإسلامي، وجرى البحث في مدى احتمال تأثره بمصادر مختلفة خارج الأصول المعتمدة لدى العلماء المسلمين، وسأصطلح على هذه الاتهامات بنظرية التأثير.

تنهض نظرية تأثير الفقه الإسلامي بالقوانين والأعراف السائدة على أفكار بعض المستشرقين والمؤرخين والمتخصصين في القانون الأوروبي من غير المسلمين، فهؤلاء يرون أن الفقه الإسلامي لا يمثل نظاماً تشريعياً مستقلاً نشأ بعيداً عن أي تأثير خارجي. ويذكرون العديد من المصادر المحتملة، والتي منها تقاليد البدو وأعرافهم، وقوانين المعاملات في المراكز التجارية، كمكة المكرمة، والتشريع الجاري في واحة المدينة قبل الإسلام، ومنها النظم القانونية للشعوب التي دخلت إلى حظيرة الإسلام، مثل مصر والشام والعراق، ومختلف القوانين القديمة، مثل القانون الروماني، والتشريع اليهودي، والقانون الساساني/الفارسي. كما يُذكر في مراجع أخرى قانون الكنيسة الشرقية وقانون بابل.³ إلا أن المناقشة اقتصرت على مسألة تأثير القانون الروماني والتشريع اليهودي، ونادراً ما كتب بحث علمي جاد حول الاحتمالات الأخرى، وويبدو أن ذلك يرجع إلى سببين هما:

¹ "Schacht's *Origins* has become the bible of Orientalists..." al-Azami, Mustafa, *On Schacht's Origins of Muhammadan Jurisprudence* (Riadh, 1985), p. 1.

² Motzki, Harald, *Die Anfänge der Islamischen Jurisprudenz- Ihre Entwicklung in Mekka bis zur Mitte des 2./8. Jahrhunderts* (Abhandlungen für die Kunde des Morgenlandes, 50.2, Stuttgart, 1991).

³ ويبدو أن صاحب هذه القائمة المستشرق الألماني المشهور شيبس لم يترك نظاماً من النظم القانونية الظاهرة في التاريخ.

Spies, Otto, "Klassisches Islamisches Recht", In, Spuler, Berthold, *Handbuch der Orientalistik, Ergänzungsband III, Orientalisches Recht* (Leiden, 1964), pp. 220-344, p. 223.

1. هناك في مجال القانون اليهودي والروماني آثار ومراجع عديدة متوفرة، مما

سهل بحوث مقارنة بينهما وبين الفقه الإسلامي.

2. وجد كل من القانون الروماني والتشريع اليهودي اهتماماً خاصاً لكونهما

متعلقين بثقافة المؤلفين والباحثين الأصلية، وبصفة خاصة القانون الروماني

الذي يعد من مكونات الحضارة الرومانية الأساسية وهي الأصل التاريخي

للحضارة الأوروبية ونظمها القانونية.

وبناء على هذه الاعتبارات نشأت المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الروماني

على الخصوص بغية البحث عن حل قانوني وسط لإدارة المستعمرات،¹ وتمحضت

عنها نظرية الأصل الروماني المشترك لكل من الحضارتين الإسلامية والغربية. وأول من

تكلم في هذا الموضوع هيوج Hugues الذي ادعى أن الفقه الإسلامي ليس إلا

القانون الروماني مع تغيير طفيف.² ومن المدافعين عن هذا الرأي في الساحة الثقافية

الإسلامية الأديب المصري طه حسين الذي نظر إلى الحضارتين الإسلامية والأوروبية

بوصفهما وحدة متميزة عن الحضارة الشرقية.³

ولا شك أن نظرية التأثير والتأثر هذه في حاجة إلى تحديد مصطلحاتها، ونعني

بصورة خاصة مصطلحيّ الفقه الإسلامي والقانون الروماني. أما الفقه الإسلامي فلا

يحتاج إلى تعريف لوضوحه. وأما القانون الروماني، فيطلق على أشياء متعددة

¹ كتب ديمبليا في سنة 1953 ما يلي:

“A valuable preliminary for this third intermediate path is to compare the Roman Justinian Law (or Byzantine law understood *lato senso*) inasmuch as this is one of the foundations of modern European legal systems (...) with Muslim law. Thus, a comparison between the two systems is not only of interest for historical studies in comparative law, but it will also prove useful for fuller consideration of certain modern legislative studies.” D’Emilia, “Roman and Muslim Law”, p. 73.

² Hugues, Henri, “La justice française et le droit musulman en Algérie”, *La France Judiciaire 1878-9*; “Les origines du droit musulman”, *ibid*, 1879-80; see Crone, Patricia, *Roman, Provincial and Islamic Law. The origins of the Islamic patronage* (Cambridge, 1987), p. 111.

³ Cachia, Pierre, *Taha Husayn - His place in the Egyptian Literary Renaissance* (London: Luzac, 1956), p. 86ff.

ومختلفة، وهنا تكمن إحدى إشكاليات الدراسات المقارنة؛ إذ يُقصد به القانون الروماني الكلاسيكي إلى عهد القيصر جوستينيان ابتداءً من سنة 528 ميلادي،¹ كما يراد به القانون السائد في ولايات الإمبراطورية الرومانية، الذي يختلف عن القانون الرسمي للدولة، كما يستعمل تارة أخرى بمعنى مراجع قانونية ألفت في القرون الوسطى، مثل كتاب *De jure belli ac paci*، وهذا ما يدفع للتساؤل حول المنهجية العلمية في المقارنة.

لقد اتخذ المستشرق ثيمث كتاب *De jure belli ac paci* لمؤلفه غروتوس Grotius (1538-1645)، الذي يعد مؤسس القانون الدولي الجديد، مقارناً إياه مع الفقه الحنفي في مجال السير، دون إعطاء أي اعتبار للواقع التاريخي وهو تأليف هذا الكتاب في بيئة كان يسيطر عليها التشريع الإسلامي لعدة قرون.² ومن ثم يستنتج أن الفقه الحنفي قد أخذ عن هذه المدرسة القانونية المتكوّنة في إسبانيا في القرن السادس عشر الميلادي.³

ويكمن الخطأ المنهجي في هذا البحث في عدم اعتبار الترتيب الزمني من جهة، وعدم اعتبار ظروف نشأة النظامين التشريعيين من جهة أخرى. ولا يخفى أن أي تشابه بين النصين المقارن بينهما هنا ينبغي أن يثبت تأثير المتقدم في المتأخر؛ أي تأثير الفقه الإسلامي في تكوين جروتوس، لا العكس.

ومن اللافت للنظر هنا عدم وجود بحث استشراقي في أصول الفقه الإسلامي وفروعه يخلو من ذكر مسألة التأثير، ويبدو أن أول إشارة إلى هذه القضية قد ظهرت في

¹ *Corpus Juris Justinianeum*, 528-534 C.E.

² Schmidt, F.F, "Die occupatio im islamischen Recht". *Der Islam*, Berlin I(1910) pp. 300-335.

³ أهدى الباحث المسلم محمد حميد الله مؤلفات متعددة للأثار الإسلامية خاصة في تكوين القانون الدولي الجديد، ويشير إلى الاتجاه الحقيقي للتأثر. ويرى الدكتور حميد الله أن الصلة المفقودة بين القانون الروماني الكلاسيكي ونشأة القانون الدولي الجديد تكمن في الفقه الإسلامي. Hamidullah, Muhammad, *The Muslim Conduct of State* (Hyderabad, 1941), p. 42

مقال نشر عام 1709 للمستشرق ريلند الذي كان أستاذ اللغات الشرقية في جامعة أترخت الهولندية، قام فيه بمقارنة بين التشريع الإسلامي والروماني.¹ وقد دافع الحاميان جتسكي² وآموس الجاهلان للغة العربية عن هذه النظرية دفاعاً شديداً، حتى إن آموس قال: "إن الفقه الإسلامي لا يمثل إلا القانون الروماني بثوب عربي".³ أما في صفوف المستشرقين، فقد أشار إنجر Enger إلى احتمال التأثير بدليل وجود تشابه بين القانونين في أحكام الملكية،⁴ كما ادعى برج Berg أنه وجد بعض أوجه التشابه في المعاملات.⁵ وسار فن كريمر Kremer في الطريق نفسه في تاريخه الثقافي المنشور 1875،⁶ وجاء بعده جولدسيهر، الداعية الكبير إلى نظرية تأثير القانون الروماني في الفقه الإسلامي.⁷ وهناك بحوث أخرى تحاول إرجاع مؤسسات معينة في الفقه الإسلامي إلى أصل روماني، مثل الأمان،⁸ وتسير في هذا الاتجاه مؤلفات سنتلانا⁹ و مورن.¹⁰ ويجدر التنبيه هنا إلى أن هناك مستشرقين ومؤرخين قاموا بنقد هذه النظرية، ومنهم نلينو،¹¹ وبوسكي،¹² وفتسجرلد.¹³ وقد أسهمت في المناقشة أخيراً المستشركة

¹ Reland, A., *Dissertationes Miscellanae*, trajecti ad rhenum 1706-8. vol. iii, p. 3f.

² Gatteschi, Domenico, *Manuale di diritto pubblico e private ottomano* (Alexandria, 1865).

³ "Roman law in Arab dress"; Amos, Sheldon, *The History and Principles of the Civil Law of Rome* (London, 1883). pp. 405, 414.

⁴ Enger, M. (ed.), *Maverdii constitutiones politicae* (Bonn, 1853), pp. XIV, 14f, 22f.

⁵ van den Berg, L.W.C., *De contracto do ut des iure mohammedano* (Leiden/Batavia, 1868)

⁶ v. Kremer, Alfred, *Kulturgeschichte des Orients unter den Kalifen*, 2 vols (Wien, 1875, Reprint Aalen, 1966)

⁷ Goldziher, *Muhammedanische Studien et al.*

⁸ Schmidt, F.F., „Die occupatio im islamischen Recht“, *Der Islam*, 1(1910) pp. 300-335. Hatschek, Julius, *Der Musta'min. Ein Beitrag zum internationalen Privat- und Völkerrecht des islamischen Gesetzes* (Berlin/Leipzig, 1919). Heffening, Willi, *Das islamische Fremdenrecht bis zu den islamisch-fränkischen Staatsverträgen* (Hannover, 1925).

⁹ Santillana, David, *Code civil et commercial Tunisie, avant-projet discuté et adopté* (Tunis, 1899)

¹⁰ Morand, Marcel, *Etudes de droit musulman algérien* (Alger, 1910).

¹¹ Nallino, Maria, "Considerazioni sui rapporti fra diritto romano et diritto musulmano". *Raccolta di Scritti editi e inediti*. 6 vols (Rom, 1942), vol. 4, pp. 85-94.

¹² Bousquet, George-Henri, Le mystère de la formation et des origines du fiqh". *Révue algérienne de législation et de jurisprudence* (Algiers, 1947), pp. 66-81.

¹³ Fitzgerald, S.V., "The alleged debt of Islamic to Roman Law". *The Law Quarterly Review* (London, No. 67, 1951), pp. 81-102.

كرون¹ بكتابها الذي يجوي تلخيص مختلف الآراء المهمة في هذا الموضوع. أما المؤلفات المنشورة باللغة العربية، فيكفي الإشارة إلى "تاريخ التشريع الإسلامي" لبدران أبي العينين بدران، الذي يشتمل على أهم نقاط المناقشة.² وأما نقد المسلمين لهذه الاتهامات في اللغات الأوروبية، فنذكر منها نقد كل من حسام³ والدواليبي⁴.

قضية التشابه بين القانون الروماني والفقه الإسلامي

يمثل ادعاء وجود تشابه بين الفقه الإسلامي والقانون الروماني نقطة انطلاق العديد من البحوث في هذا المجال، التي اتخذت منه في الآن ذاته أساساً للاستدلال. ولما كانت المسائل المذكورة في بحوث المستشرقين كثيرة وعديدة، فقد رأيت الاقتصار على بعضها، أتاولها في العناصر الآتية:

1. التشابه في الأصول

ذكر جولدسيهر في مؤلفاته العديد من الأصول التي زعم أنها متشابهة بين كل من الفقه الإسلامي والقانون الروماني، ومنها ما يلي:

أ. كلمة الفقه: يقول جولدسيهر إن إطلاق كلمة الفقه -التي يترجمها بلفظة "عقل" - على التشريع الإسلامي وكلمة الفقهاء (التي يترجمها بلفظة "العاقلون") على المتخصصين فيه يرجع إلى المصطلحات اللاتينية "jurisprudents" و"jurisprudencia". أما الدليل على ذلك فيظل المؤلف ساكناً عنه.⁵ ويظهر من منهجيته في الاستدلال

¹ Crone, Patricia, *Roman, Provincial and Islamic Law. The origins of the Islamic patronate* (Cambridge, 1987).

² بدران، بدران أبو العينين، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود (بيروت: دار النهضة العربية، 1990)، ص 262-274؛ شلي، محمد مصطفى، المدخل للفقه الإسلامي (القاهرة: دار الجامعة، 1985/1405)، ص 378-385.

³ Hassam, A., *Le droit musulman et le droit romain*. (Archives d'Histoire du Droit Oriental, n. p., 1949).

⁴ Doualibi, M. Marouf, *La jurisprudence dans le droit islamique* (Paris, 1941).

⁵ Goldziher, Ignaz, "Fiqh", in, Houtsma/Wensinck (ed.), *Enzyklopädie des Islam*, Vol. 1-4; Leiden, 1927. vol. 2, pp. 106-111, p. 107.

أنه قاس ترجمته على وجود تشابه في المعنى؛ أي في معنى الفقه، مع أن نظاماً تشريعياً التشابه في المعنى موجود في كثير من النظم التشريعية في العالم؛ بل إنه لا يوجد نظام تشريعي يستغنى فيه عن استعمال العقل. ولذلك لا يكفي أن يدعي أحد أن هذا أخذ عن آخر مستدلاً بمجرد وجود علاقة وراثية بين التشريعيين دون إعطاء أي اعتبار للفرق الشاسع بين المفاهيم والمبادئ الخاصة لكل منهما. ويجدر الذكر هنا أن كلمة "الفقه" وردت في القرآن الكريم وفي الحديث النبوي الشريف بمعنى الفهم في مجال الدين، وهذا ما يثبت أن هذا المصطلح أصيل في الفكر الإسلامي، قبل حصول أي احتكاك بالحضارة الرومانية، أو ما بقي منها.¹

ب. القانون المكتوب والقانون غير المكتوب (*Leges scriptae - leges non*

scriptae): يقول جولدسيهر إن الفقه الإسلامي قد استعار من القانون الروماني التفريق بين القوانين المكتوبة والقوانين غير المكتوبة، ثم بنى على ذلك مفهومين أساسيين: النص والقياس.² ولا يخفى ما في المماثلة بين الفقه الإسلامي والقانون الروماني من شطط؛ ذلك أن المراد من هذه التفرقة في القانون الروماني تأكيد أن شرعية القوانين المكتوبة (*leges scriptae*) ترجع - حسب تعريف القيصر جستنيان - إلى ما أمر به الأمراء أو ما صدر من مجلس المستشارين، بينما ترجع القوانين غير المكتوبة (*leges non scriptae*) إلى العادات والتقاليد السائدة التي تواضع الناس على اتباعها والعمل وفقاً لها.³ وأما في الفقه الإسلامي فمفهوم النص والقياس يختلفان عما

¹ قد ورد لفظ الفقه في عدد من الآيات القرآنية بمعنى الفهم، كقوله تعالى في سورة البقرة ﴿قَالُوا يَا شُعَيْبُ مَا نَفَقَهُ كَثِيرًا مِمَّا تَقُولُ﴾ (البقرة: 191)، وورد بمعنى الفهم في الأمور الدينية خاصة في سورة التوبة، ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ﴾ (التوبة: 122). وكذلك في الحديث النبوي الشريف ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن الرسول ﷺ قال: «تجدون الناس معادن، خيارهم في الجاهلية خيارهم في الإسلام إذا فقهوا» (أخرجه الإمام البخاري في كتاب المناقب، رقم 3234).

² Fitzgerald, *Debt*, p. 95

³ Watson, Alan, *Roman Law and Comparative Law* (The University of Georgia Press, Athens and London, 1991), p. 15.

ذكره جولدسيهر جملةً وتفصيلاً؛ إذ يُقصد بالنص نصُّ الوحي من الكتاب والسنة، بينما يقصد بالقياس أسلوب فهم النصوص وتعديده الأحكام الواردة فيها إلى مسائل جديدة بناءً على الاشتراك في علة الحكم بين الأصل المنصوص عليه والفرع غير المنصوص عليه.

ج. الرأي: وفقاً لجولدسيهر يتماثل مصطلح الرأي في الفقه الإسلامي تماثلاً حرفياً مع المصطلح اللاتيني *opinio prudentium* (رأي المتخصصين)، كما يرى أن فقهاء المسلمين الذين يسميهم بـ *prudentes* قد اعترفوا بالقيمة الكبيرة للرأي الشخصي في استنباط الأحكام، كما اعترف التشريع الروماني بسلطة رأي (*opinio*) المتخصصين الرومانيين في القانون.¹ وهذه المقارنة السطحية تعتبر مغالطة تاريخية سيئة كما يصفها أحد المؤلفين.²

إن استنتاج جولدسيهر ناجم عن خطأ في المقارنة، إذ لم يكن هناك "رأي المتخصصين" (*opinio prudentium*)، بمعنى إجابة المتخصصين عن أسئلة وإشكاليات قانونية، بل كان هناك "إجابة المتخصصين" (*responsa prudentium*)، ثم أخذت هذه الإجابة مكانة المصدر التشريعي. وكان هناك "تأويل المتخصصين" (*interpretatio prudentium*)، بمعنى التفكير العلمي في قضايا التشريع.³ أما "إجابة المتخصصين" فلم تصبح مصدراً للتشريع الروماني إلا بعد نهاية العهد الكلاسيكي، ويعد مودستينوس المتوفى سنة 244م المحدد الأخير لهذا المعنى، أي أربعة قرون قبل الإسلام.⁴ فضلاً عن ذلك، لا بد من الإشارة إلى الفرق الكبير بين المفهوم الروماني والمفهوم الفقهي؛ إذ إن عمل الفقيه والمجتهد لم يرق قط إلى مكانة المصدر في أصول

¹ Goldziher, Ignaz, "Das Prinzip des istishab in der muhammedanischen Gesetzswissenschaft", *Wiener Zeitschrift für die Kunde des Morgenlandes*, 1-2 (1887), pp. 228-51.

² "This involves a bad historical fallacy", Fitzgerald, *Debt*, p. 96

³ "(...) its first appearance as the name of a principle (but quite a different legal principle) is among the schoolmen of the middle ages." Fitzgerald, *Debt*, p. 97.

⁴ *Ibid*, p. 96f.

الفقه الإسلامي.

د. الإجماع: يعد الإجماع حسب جولدسيهر مكوناً اجتماعياً، حقيقته أنه عرف عام للأمة، نشأ عن اتفاق جمهور المؤمنين على أتباعه، وبذلك فهو حسب قوله مستقل أي أنه حكم مكتوب منقول أو مستنبط.¹ ويصفه في موضع آخر "بعصمة" إجماع الأمة أو الفقهاء، مستعملاً المصطلحات *consensus ecclesiae*،² و *consensus doctorum ecclesiae*.³ ويبدو أن ذلك ترجمة لما في ذهنه وتصوره وليس ترجمة للمفهوم الفقهي كما هو في الواقع؛ إذ لا يوجد ما يمكن أن يقارن بـ "إجماع الكنيسة" أو "إجماع رجال الكنيسة"، ولا ترجع هذه العبارة أيضاً إلى أي مؤسسة معينة في القانون الروماني.⁴

أما المستشرق شاخنت فيرى في إجماع الفقهاء امتداداً للمؤسسة الرومانية المخرفة باسم *opinio prudentium*، خلافاً لسلفه جولدسيهر الذي يقارنها بالرأي، ويستدل شاخنت بقول القيصر سفروس Severus (193-211م) الذي تكلم في أهمية العرف للقانون، مع أنه لا علاقة له بمفهوم الإجماع عند المسلمين.⁵

¹ "...here we recognize the Roman standard of *utilitas publica*, which gives the interpreter of the law the right (...) to wrest a plain and unambiguous law into something quite different, in the interests of public weal." Goldziher, "The Principles of Law in Islam", in, Williams, A.S (ed), *The Historians' History of the World* (London, 1907), p. 297.

² Goldziher, "Fiqh", Houtsma/Wensinck (Ed.) *Enzyklopädie des Islam* (Leiden, 1927), vol. 2, (pp. 106-111), p. 107

³ Goldziher, *Vorlesungen über den Islam* (Darmstadt, 1963), p. 52.

⁴ Crone, *Roman, Provincial and Islamic Law*, p. 104.

⁵ "The concept of the *opinio prudentium* of Roman law seems to have provided the model for the highly organised concept of the consensus of the scholars, as formulated by the ancient schools in Islamic law." (Schacht, *Introduction*, p. 20); "This concept {ijma'} corresponds to the opinion prudentium of Roman law, the authority of which was stated by the Emperor Severus in the following terms, "*In ambiguitatibus quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem aut rerum perpetuo similiter indicatorum auctoritatem vim legis obtinere debere.*" Schacht, "Foreign Elements in Ancient Islamic Law", in, *Journal of Comparative Legislation and International Law* (London, no. 32, 1950), pp. 9-17; p. 14, Crone, *Roman, Provincial and Islamic Law*, p. 104.

وأما المصطلحات الأخرى التي أشار إليها كل من جولديسيهر وشاخت فقد سبق الكلام على عدم وجود رأي المتخصصين في التشريع الروماني في العهد الكلاسيكي.¹ وقد ادعى جولديسيهر كذلك وجود آثار رومانية أخرى في قاعدتين أصوليتين، وهما الاستصحاب والمصالح المرسلّة، وأن معنى هاتين القاعدتين يرجع إلى القاعدة الرومانية *utilitas publica*.² أما الأولى، فلم يعرفها القانون الروماني إلا في القرون الوسطى.³

ولا شك أن من يتتبع الأمثلة التي ذكرها جولديسيهر على الخصوص مستدلاً بها على نظرية التأثير سيكتشف أن أوجه الشبه المزعومة لا علاقة لها بالمضمون، إذ إن هناك فرقاً شاسعاً بين مفاهيم كل من القانون الروماني والفقه الإسلامي. أما منهجيته في الاستدلال فيظهر منها أن مفاهيم الفقه الإسلامي استندت إلى أساسيات التشريع الروماني بترجمة حرفية للأسماء فحسب، وهكذا استنتج جولديسيهر أن مفهوم الإجماع مأخوذ بلا شك من إجماع الرومان (*consensus*)،⁴ ودليله اقتصر على مقارنة الألفاظ ذاتها دون الاعتبار لمدلولاتها. وبغض النظر عن عدم فهمه الدقيق لقضايا التشريع الإسلامي ومفاهيمه ومصطلحاته، نلاحظ أن القواعد والمؤسسات التي أشار إليها في القانون الروماني، إما أنه لا وجود لها على الصورة المذكورة، وإما أنها كانت جزءاً من التشريع الروماني الكلاسيكي الذي لم يعد مطبقاً في عصر الفتوحات الإسلامية، وإما أنها نشأت بعد مدة طويلة من عهد تكوين الفقه الإسلامي؛ مما يطرح السؤال عن الاتجاه الحقيقي للتأثير.

¹ “Si l’on pénètre au fond des choses pour discuter l’analogie relevée entre une partie des termes techniques des deux droits, on ne trouverait qu’une sorte de rapprochement au point de vue du sens littéral des mots, et non au point de vue du sens propre et technique. Doualibi, *Jurisprudence*, p. 145.

² Goldziher, “Das Prinzip des *istishab* in der muhammedanischen Gesetzeswissenschaft“, in, *Wiener Zeitschrift für die Kunde des Morgenlandes*, 1887, pp. 228-251.

³ Fitzgerald, *Debt*, p. 97.

⁴ Goldziher, *Vorlesungen über den Islam*, p. 57.

ومع كل هذا فلا يوجد تمحيص ولا تتبع لهذه التناقضات، بل إننا نجد عكس ذلك، فقد نقلت آراء جولدسيهر إلى كتب الأجيال اللاحقة، رغم أخطائها وعيوبها الواضحة ودون التأكد من صحتها؛ وكأن اسم المؤلف وسمعته قد صاراً بديلاً عن الأدلة ذاتها.

ولم يبدأ نقد نظرية جولدسيهر في أوساط المستشرقين إلا مع كرون وفتسجرالد اللذين قارنا بين مفاهيم التشريعين، الروماني والإسلامي، ولكن ليس بهدف الرد على نظرية التأثير بالرومان، وإنما بهدف إثبات آثار يهودية في الفقه الإسلامي، كأههما بذلك أرادا تعويض (*prudentes*) الرومان بحاخامات اليهود.

وترجع كرون أصل كل من المصالح المرسله والاستصحاب إلى اليهود،¹ كما يرى فتسجرالد Fitzgerald في إجماع الأئمة تأثراً بقواعد التشريع اليهودي.² ولا يخفى أنهما يعتمدان في الاستدلال المنهجية نفسها التي عابها سابقاً بشأن جولدسيهر. وتطرح كرون في نقدها لآراء جولدسيهر قضية البواعث والدوافع مرة أخرى، حيث إنه في نظرها قد أدرك جيداً الآثار اليهودية في الفقه الإسلامي، ومع ذلك ركز غالباً على الآثار الرومانية، وهي تفسر ذلك بأن اهتمامه بالآثار اليهودية كان سيؤكّد مكانته بوصفه يهودياً فقط، بينما اهتمامه بالآثار الرومانية في التشريع الإسلامي قد رفعه إلى مستوى أحد الدعاة إلى وجه من وجوه بناء الحضارة الغربية.³ وأما كرون نفسها، فإن التساؤل حول دوافعها الحقيقية في ادعائها المستمر للآثار اليهودية في الفقه الإسلامي يبقى قائماً.

¹ Crone, *Roman, Provincial and Islamic Law*, p. 104f

² Fitzgerald, *Debt*, p. 97f

³ "...whereas a preoccupation with Jewish influences on Islamic law simply confirmed him as a Jew, a preoccupation with Roman influence on this law made him an exponent of one of the most predigious aspects of European civilization. Be this as it may, it would be unwise for even the most ardent admirer of Goldziher to practice *taqlid* of his views on this subject." Crone, *Roman, Provincial and Islamic Law*, p. 106.

2. التشابه في الأحكام

نقلت إلينا مؤلفات المستشرقين تشابهات مكررة مزعومة بين أحكام وقوانين التشريعين الإسلامي والروماني، فتارة تستدل، كما فعل جولدسيهر، بأوجه التشابه عامة في مجالات مختلفة من التشريع، وتارة أخرى تستدل بمقارنة مجالات معينة من التشريع، بهدف إثبات تبعية التشريع الإسلامي للقانون الروماني.

وقد اعتنى ديميليا بذكر العديد من أوجه التشابه هذه في مجال فقه الأسرة والميراث، دون أن يعبأ بالتساؤل حول أسباب التشابه، هل أدخل عمداً أم لا؟¹

أما أوجه التشابه التي اكتشفها بين الأحكام الشرعية والقانون الروماني الكلاسيكي، والتي لا علاقة لها بالفقه الإسلامي للأسباب المذكورة، فهي بصفة عامة يمكن العثور على مثلها في أي نظام تشريعي في العالم، ابتداءً من التبعية للجنس البشري أو فقدان العقل من أسباب عدم التكليف.² وقد استنتج ديميليا من المقارنة أن معظم مجالات المقارنة لا تحتوي على أي تشابه،³ وفي حالتين فقط يصف أوجه التشابه محددة، كآثار رومانية محتملة، فيما يخص مسألة الوقف الأهلي الذي يوافق في رأيه القانون البيزنطي *commisum familiae fide*، وفي مسألة الشفعة التي يزعم أنها ترجع إلى الأصل نفسه. ولا يذكر المؤلف كلمة واحدة حول كيفية الأخذ.⁴ كما يجد تشابهاً آخر بين التشريعين في علاقة الجوار، دون أن يثير قضية أخذ الواحد عن الآخر.⁵

ولقد ادعى جولدسيهر في كتابه "الدراسات المحمدية" أن القاعدة الشرعية: "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"، التي ذكرها عمر بن الخطاب رضي الله عنه في رسالته المشهورة إلى أبي موسى الأشعري قبل أي احتكاك بالحضارة الرومانية والتي

¹ "without, however, entering into the vexata quaestio concerning their cause, i.e., whether these analogies are due to parallelism or have been deliberately introduced?" D'Emilia, *Roman and Muslim Law*, p. 74.

² Ibid.

³ Ibid, pp. 75-76.

⁴ Ibid, pp. 75, 77.

⁵ "it may be that both laws are inspired by the notion of normal usage." (Ibid, p. 76).

ترجع إلى الحديث النبوي الشريف،¹ مستعارة من قاعدة القانون الروماني *affirmenti incumbit onus probandi*.²

وقد حاول شميت في مقاله المنشور سنة 1910 أن يستدل على وجود آثار رومانية في أحكام الفقه الإسلامي، ولا يهمننا من هذا البحث هنا سوى منهجه في الاستدلال بشأن الغنيمة بمقارنتها بـ *occupatio* خاصة. ورغم علم هذا المستشرق بالفرق بين القوانين الرومانية الكلاسيكية، أعني قانون جستينيان، والقانون المطبق فعلاً في ولايات الإمبراطورية الرومانية، إلا أنه يرجع إلى قانون جستينيان لعدم وجود مصادر أخرى، و يقارن هذه القوانين بكتاب الخراج لأبي يوسف، الذي يحتوي على اجتهادات في الفقه الحنفي في هذه المسائل؛ ليثبت وجود علاقة وراثية بينهما، دون الأخذ بعين الاعتبار أن المذهب الحنفي المتكون والمنتشر في العراق كان جغرافياً بعيداً عن أي احتكاك بالقانون الروماني في أي نوع من أنواعه المختلفة.³

وقد أورد شميت عدة أسباب أدت إلى نشأة التشابهات بين التشريعين، أو إلى عدم وجودها في القوانين والمؤسسات. ويصف الأخيرة بأنها تدل على إشكاليات في النظرية، ويشرح ذلك بإمكانية وجود فرق جوهري بين نظريتين لشعبيين مختلفين، أو بالأحرى أن عدم التشابه يرجع إلى تطور أو تغير اللفظ الروماني بعد أن تمّ استيعابه في إطار الإسلام.⁴ وهناك احتمال لعامل ثالث وهو أن آثاراً غريبة تسربت إلى الأمثلة

¹ الجاحظ، أبو عثمان عمرو، البيان والبيان (القاهرة: المكتبة التجارية الكبرى، 1927)، ج2، ص50؛ انظر كتاب الأفضية في صحيح مسلم، باب اليمين على المدعى عليه (صحيح مسلم بشرح الإمام محيي الدين النووي (بيروت: دار المعرفي، 2004/1425)، ج12، ص229)؛ وأيضاً سنن الترمذي، كتاب الأحكام عن رسول الله، باب ما جاء في أن البيعة على المدعي واليمين على المدعى عليه (الترمذي، محمد بن عيسى، الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي (بيروت: دار ابن حزم، 2002/1422)، ص412-413).

² Goldziher, *Muhammedanische Studien*, vol. 2, p. 75.

³ Schmidt, F. F., "Die occupatio im islamischen Recht", in *Der Islam* (Berlin, no.1, 1910), pp. 300-335. يتبع المؤلف هاتشك نفس المنهاج بدون أن يذكر أي منهما هذا التناقض.

⁴ Schmidt, *Occupatio*, p. 319.

القانونية الرومانية المنقولة إلينا، وبذلك اختفى أصلها على الباحث.¹ ويتابع المستشرق هذه الاحتمالات ليبين أن التعارض الواضح بين التشريعين قد يبلغ مترلة البرهان على أخذ الفقه الإسلامي عن القانون الروماني، شارحاً الاختلافات الموجودة بين التشريعين باندماج عنصرين لم يكونا في المستوى الحضاري نفسه،² وهو رأي يوضح لنا نزعة الشعور بالفوق الغربي، وهي نزعة متجلية في معظم المؤلفات الاستشراقية. وبالمقابل يرى شميت في بعض آراء أبي يوسف "المستدل ببعض الروايات عن الرسول ﷺ" - كما يقول - تأثراً بقواعد آثار غريبة غير مفهومة.³

ويعدُّ كتابُ هاتشك حول المستأمن مثالا آخر للاستدلال على وجود علاقة وراثية في مجال فقهي معين، وهو مجال السير، بهدف إثبات جذور جاهلية وبيزنطية في مؤسسة الأمان، ويشكو هذا البحث من الأخطاء والعيوب نفسها المذكورة بخصوص بحث شميت. ونكتفي هنا بذكر مثال واحد للتعرف على منهجه في الاستدلال، وهو ما يسمى نظام الأجانب (*ius gentium*) الذي كان مطبقاً في الدولة البيزنطية. يذكر هاتشيك أنه وجد في كتاب الخراج لأبي يوسف ويتعلق المثال المشار إليه بجواب أبي يوسف في كتابه المذكور (ص117) عن سؤال: ما حكم تنفيذ عقوبة الشريعة على المستأمن المقيم في الدولة الإسلامية إذا قذف إنساناً آخر في دار الإسلام؟ يجيب على ذلك بقوله: إن ذلك جائز، وإنه من حق الأجانب (*ius gentium*)؛ (لأن هذا حق من حقوق الناس).⁴

ويظهر من هذا المثال التحليل الخاطئ لترجمة شميت الحرفية، ومن الملفت للنظر أن المصطلح المذكور (حقوق الناس) يستند إلى التفريق الفقهي بين ما هو حق الله وما هو

¹ المرجع نفسه، ص332.

² المرجع نفسه، ص345.

³ المرجع نفسه، ص345.

⁴ Heffening, *Fremdenrecht*, p. 68

حق العباد. ولهذا التفريق أهمية كبيرة في قضية تطبيق الحدود على المستأمن، فالمقصود من كلام أبي يوسف أن المستأمن يعاقب للقذف حسب مقتضيات الشريعة؛ لأن ذلك حق الإنسان المعتدى عليه. وليس هناك أي علاقة بالقانون الروماني *ius gentium*؛ أي القانون الذي كان معمولاً به في شأن الأجانب المقيمين في الدولة الرومانية مقابل القانون المنفذ على المواطنين الرومان (*ius civile*).¹

ويتضح لنا من الأمثلة السابقة أن وجوه التشابه المزعومة في مجالي الفقه والأصول ترتفع في نظر القائلين بها إلى درجة البرهان اليقين، بغض النظر عن الفرق الأساسي بين التشريعين في الأصول والفروع.

وهناك محاولات أخرى لشرح أوجه التشابه هذه، مثل محاولة سنتلانا الذي يرجع ذلك التشابه إلى الهوية الأساسية للفكر الإنساني (*l'identité essentielle de l'esprit humain*)². ولا شك أن هذه النظرية تنطلق من عدم الاعتراف بكون الشريعة الإسلامية هي خاتمة الشرائع السماوية وأن لها طبيعتها الخاصة وخصائصها المميزة. ولو كان هناك ما يسميه بعض الباحثين بوجوه التشابه بين النظم التشريعية المختلفة في الأحكام والقوانين، فإنها مع ذلك تبقى مرتبطة بالنظام التشريعي الذي انبثقت عنه؛ إذ إن الحكم الشرعي يستند في شرعيته إلى استدلال صحيح من مصادر التشريع. ولا يخفى أن عدد الحلول الممكنة لمشكلة مطروحة محدود في الحقيقة، كما أن احتمال وصول نظامين مختلفين تماماً في مصادرهما ومناهج استدلالهما إلى نتائج متشابهة نوعاً ما أمر وارد ولو نظرياً. إلا أن مثل هذا الاحتمال لا يثبت وجود أي علاقة وراثية أو أخذ الواحد عن الآخر. أما الأمثلة التي ذكرها المستشرقون، فنجد فيها افتراض مسائل وعلاقات لا أساس لها في الواقع. ومن الجدير بالذكر هنا أن معظم ميادين التشريع من زواج وطلاق ورق وجهاد وربما وميراث وقضاء لا تكشف عن أي تشابه مهما كان

¹ Stein, Peter, *Roman Law in European History* (Cambridge University Press, 1999), p. 12f.

² Doualibi, *Jurisprudence*, p. 145.

نوعه بين التشريعين الإسلامي والروماني كما أشار إليه بوسكي¹.
وأما احتمال وجود علاقة وراثية في الاتجاه المعاكس؛ أعني تأثير القوانين الغربية بالشريعة الإسلامية، فتغافل عنه البحوث الاستشراقية تغافلاً كاملاً. ولا نريد أن نعكس اتجاه التأثير المدعى في الأمثلة المذكورة فيما يخص قانون جستنيان مثلاً، ولكن من المحتمل أن مكانة الدولة الإسلامية في الساحة العالمية على مدى قرون عديدة تركت آثاراً ملموسة في تطور قوانين الدول التي كانت على اتصال مستمر بها سواء في الحرب أو السلم، وخاصة في مجال السير والعلاقات الدولية.

وكمثال عن ذلك، فقد ذكر شميت أدلة على وجود علاقة وراثية بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، منها مسألة قسمة الغنائم عند جروتوريوس، الذي يرى في قسمة الغنائم سهماً واحداً للراجل وثلاث أسهم للفارس أو سهماً للراجل وسهمين للفارس، ويتوهم أن رأي أبي يوسف في المسألة (سهم للراجل وثلاث أسهم للفارس) دليل على تأثره بالقانون الروماني! أو ليس أقرب إلى الحقيقة التاريخية أن جروتوريوس، الذي عاش في القرن السابع عشر الميلادي وقاد مدرسة سلمنكة القانونية في بلاد الأندلس سابقاً، وهي المنطقة التي لم تعرف إلا الأحكام الشرعية لقرون طويلة، أخذ هذه المعلومة ومعلومات أخرى من الثروة التشريعية الإسلامية، خاصة وأنه قد نقل الاختلاف الفقهي في المسألة؟

نظريات المستشرقين في طرق تأثير القانون الروماني في الفقه الإسلامي

بينما ركز الباحثون على ذكر أوجه شبه محتملة أو مدعاة بين الفقه الإسلامي والقانون الروماني، ظل معظمهم ساكناً عن طريقة التأثير ومسالكه. وتبقى مناقشة

¹ يقول بوسكي في خصوص هذه الميادين ما يلي:

“Il n'existe aucun rapport entre ces institutions fondamentales du fiqh et celles qui y correspondent en droit romain”. Bousquet, George-Henri, “Le Mystère de la formation et des origines du Fiqh”, *Révue Algérienne de Législation et Jurisprudence* (Algiers, 1947), (pp. 66-81), p. 71.

هذه الطريقة والإجابة على السؤال الخاص بكيفية حصولها من حيث المكان والزمن والأشخاص المشاركين في الأخذ مناقشة خيالة عارية من أي برهان، تصف طريقة التأثر بصفة غامضة، وتستند إلى أحد الاحتمالات الآتية:

1. نظرية تسرب آثار قانونية رومانية عن طريق قوانين الجاهلية

بني هذا الاحتمال على مقدمة مضمونها أن العرف التشريعي الجاهلي لمدينتي مكة ويثرب اشتمل على بعض القوانين الرومانية، وهذا ما جعلها تتسرب إلى الشريعة الإسلامية. ويفرق بفغشتريسر،¹ وشاخت،² وجريف،³ بين قانون مكة والمدينة من جهة والعرف التشريعي للبدو من جهة أخرى؛ إذ تميزت مكة بعلاقتها التجارية الخارجية، وتميزت المدينة بكونها واحة كان يسكنها نفر كثير من اليهود. والغرض من هذا التمييز الحكم على تشريع البدو بوصفه "بسيطاً"، والحكم على تشريع مكة والمدينة باعتباره "متطوراً"، نظراً للآثار الرومانية واليهودية المزعومة فيه.

ويرى جريف أن القانون التجاري المكي لم يتكون دون آثار رومانية وفارسية وحبشية،⁴ واقتصر ادعاؤه على التشريع الجاهلي في مجال التجارة دون غيره من المجالات والنظم التشريعية الأخرى. أما الاستدلال على هذا الادعاء، فيعترف نالينو بصعوبة معرفة التشريع الجاهلي نظراً لقلّة المعلومات الموفرة؛⁵ أما احتمال وجود آثار رومانية في التشريع الجاهلي أو المجال التجاري منه، فإنه ضئيل جداً إذ لم يكن الحجاز جزءاً من الدولة الرومانية؛ وبالتالي لم يكن ميداناً لتطبيق القوانين الرومانية. أما بلاد

¹ Bergsträsser, Gotthelf, *Grundzüge des islamischen Rechts* (Berlin, 1935).

² Schacht, *Origins et al.*

³ Gräf, Erwin, "Vom Wesen und Werden des islamischen Rechts", in, *Bustan* (Wien, no. 1, 1960), pp. 10-31.

⁴ المصدر السابق.

⁵ "Anche qui, come pel diritto arabo preislamico, non sarebbe cosa assurda pensare ad infiltrazioni romano-ellenistiche nel diritto sasanide, e da questo trasmesse al sistema islamico. Ma siamo sempre nel campo delle congetture, facili a farsi, difficili a provarsi." Nallino, Maria, "Considerazioni sui rapporti fra diritto romano e diritto musulmano", in, *Racolta di Scritti editi e inediti*. 6 vols (Rom, 1942), vol. 4 (pp. 84-94), p. 90.

الشام التي كانت على اتصال تجاري بالحجاز، فلم يكن يطبق فيها القانون الروماني الكلاسيكي، وإنما قانون الولايات الرومانية المختلف عن القانون النافذ في مركز الدولة الرومانية ذاتها. وبالتالي فإن بلاد الشام من حيث هي وسيط لإدخال آثار قانونية رومانية إلى الحجاز لا تصلح قطعاً لذلك، وهذا ما يثبت أن وجود آثار رومانية في التشريع الجاهلي غير موثق على الإطلاق، ومع ذلك فهي معتمدة عند دعاة نظرية التأثير، ومتبعة بمقدمة ثانية مبنية عليها، تتعلق بتبني الإسلام للتشريع الجاهلي؛ أي أن الرسول ﷺ لم يقصد تغيير نظام التشريع تغييراً جذرياً، وإنما قصد إحداث بعض الإصلاحات في المجال الاجتماعي فحسب؛ كمكانة المرأة مثلاً.¹

وقد أضاف شاخنت إلى هذه المقدمة مقدمة ثالثة؛ مفادها أن الفقه الإسلامي في القرن الأول الهجري كان لا يتعلق بمجال الدين أصلاً.² ويتنازل جويتين عن هذا الموقف ويقترح "حلاً وسطاً"، حيث يدعي أن الرسول ﷺ لم يفهم (!) إلا متأخراً أن الأمور القانونية ليست مجردة عن الدين، وإنما هي جزء من الوحي الإلهي والتزيل.³ فهذا موقف استشراقي كلاسيكي، حيث لا مجال عندهم للاعتراف بأن محمداً ﷺ رسول الله لا ينطق عن الهوى.

ومن المشهور في تاريخ التشريع الإسلامي أن التشريع المكّي، ولولم يدخل في تفاصيل تنظيم الحياة، إلا أنه صريح في رد التشريع الجاهلي قصد إحداث تغيير جذري للمجتمع العربي، وليس الاقتصار على تحقيق إصلاح محدود كما ظن المستشرقون، وهذا ما يظهر في الوحي المتلو وغير المتلو المتزل في المرحلة المكية.⁴ أما المرحلة المدنية،

¹ Tyan, *Histoire*, p. 62

² Schacht, Joseph, *An introduction to Islamic law* (Oxford, 1964), p. 19.

³ Goitein, S.D., "The birth-hour of Muslim law", in *Protocols of the 22nd Congress of Orientalists held in Istanbul*. -Leiden, 1957, vol. II, (pp. 247-53), p. 250.

⁴ والصحيح أن هجرة المسلمين والرسول ﷺ ترهن في قصدها وتحضيرها وتحقيقها على عزم الرسول ﷺ على التطبيق الكامل للنظام التشريعي الإسلامي وعدم قبول فكرة الحل الوسط بين الإسلام - عقيدة ونظماً - وعقائد الجاهلية وتشريعها. ومن ثم فإن قصد تحقيق بعض الإصلاحات البسيطة لا يقتضي مثل هذه الخطوة.

فقد انبثق فيها نظام تشريعي متكامل ينظم حياة البشرية بأكملها.

ومن التناقضات في آراء شاخت أنه يعترف بسلطة النبي ﷺ السياسية، وينكر الوجوه التشريعية الواردة فيها،¹ متجاهلاً أن التشريع الإسلامي بوصفه تشريعاً إلهياً جاء لينظم علاقات الإنسان بمخالقه وبنفسه وبباقي البشر؛² إذ ليس هناك دليل أو شبه دليل على أن الفقه كان خارج مجال الدين كما يدعي شاخت.

وقد تكرر رأيه في كثير من المؤلفات الاستشراقية ذات الصلة بالنظرية المذكورة أعلاه فحواه أن الفقه الإسلامي قد تكون في القرن الثاني للهجرة فقط، بمعنى أن الحكم الجاهلي استمرّ نافذاً أجيالاً عديدة بعد النبي ﷺ، وهو رأي لا يستند إلى أي دليل.³

2. نظرية تسرب آثار قانونية رومانية عن طريق التشريع اليهودي

إن وجود قبائل يهودية في المدينة المنورة وحوّلها جعل بعض المستشرقين يقولون بنظرية تأثير التشريع اليهودي في الفقه الإسلامي بشكل عام، ومن هؤلاء فن كريمر الذي يرى أن هذا التأثير قد تم في مرحلتين: أولاً؛ أن الكتب اليهودية وفّرت مادة غنية لإنشاء الإسلام (!)، وخاصةً في مجال أحكام الزواج والميراث والعقوبات التي عدّها الإسلام قليلاً. أما المرحلة الثانية فهي أن التشريع اليهودي قام بوظيفة الوسيط

¹ Schacht, *Introduction*, p. 11.

² انتقد الدكتور الأعظمي آراء شاخت، بقوله:

“It is difficult to see how, in the face of all this evidence, Schacht can maintain that law fell outside the sphere of religion, that the prophet did not intend to create a new system of law, and that his authority was religious and political but not legal.” (Azami, *On Schacht's Origins*, p. 18).

³ — « In the same way it is only natural, that « hukm al-Jahiliyya », judgement according to arbitrary opinion or local practice, did not disappear immediately and altogether, after Muhammad had denounced it, but was replaced only gradually by a legal system worked out on religious lines.” (Goitein, Shelomo Dov, *The birth-hour of Muslim law*, p. 253), see Tyan, *Histoire*, p. 62.

الناقل بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، حيث إن التشريع اليهودي تأثر بالقانون الروماني في مجال الكفالة والوصية خاصة، ثم أثر في الفقه الإسلامي لاحقاً. وقد بنى كريم رأييه في تأثر الفقه الإسلامي على مقدمة أخذها مباشرة من خلال دراسة الكتب التشريعية اليهودية.¹

أما جولديسهر وشاخت فيريان وجود آثار رومانية في كل من الفقه الإسلامي والتشريع اليهودي حصلت بصورة مستقلة، أي دون أن تكون هناك علاقة وراثية بين التشريع اليهودي والفقه الإسلامي.²

هذا وإن القول بكثرة الآثار اليهودية في الإسلام رأي مرجح في معظم الدراسات الاستشراقية منذ نشأتها؛ ومن ذلك ما ذكره المستشرق نولدكه في كتابه "تاريخ القرآن" من أن الروايات اليهودية التي كان النبي ﷺ يعرفها كانت المرجع الرئيس للوحي.³

إن مسألة مدى تأثر التشريع اليهودي بالقانون الروماني تقتضي بحثاً مستقلاً خارجاً عن موضوعنا. أما فيما يتعلق باحتمال تسرب آثار رومانية إلى الفقه الإسلامي عن طريق التشريع اليهودي، فلا بد من توضيح حقيقة العلاقة بين المسلمين واليهود آنذاك حتى يتضح لنا الأمر. من المعلوم أن اليهود كانوا يمثلون جماعة خاصة في يثرب، وكان تشريعها مقتصرًا عليها، وما كانت ترغب في نشر آرائها الدينية والتشريعية أو الدعوة إليها، وهذا يبين خطأ نظرية التأثير اليهودي في القانون الجاهلي.

ومن جهة أخرى، فإن الاحتكاك الإسلامي اليهودي، كما تم بين الرسول ﷺ ويهود المدينة وما حولها، كان احتكاكاً منظماً ومحكوماً بعهد المدينة الذي وافقت عليه القبائل اليهودية، مسلمةً بهيمنة الإسلام وشريعته وبمزلتها كأهل ذمة لها حقوقها

¹ von Kremer, *Kulturgeschichte*, vol. 1, p. 535

² Goldziher, *Fiqh*, p. 107; Schacht, *Introduction*, p. 21

³ Nöldeke, Theodor, *Geschichte des Qorans*, bearbeitet von Schwally, Bergsträsser, Pretzl. (2nd edition, Leipzig, 1909), pp. 6, 17

وعليها واجباتها في ظل الدولة الإسلامية، ومن ثم رد كل الخصومات إلى حكم الله ورسوله.¹ وهذا ما جعل العلاقة بين المسلمين واليهود تسير حسب مقتضيات الإسلام لا بناءً على التشريع اليهودي كما يتوهم بعض المستشرقين. وما ذكرته الآيات القرآنية من نقد واضح لليهود وأحبارهم ينقض فكرة الأخذ عن اليهود ويثبت عدم مطابقتها للواقع التاريخي.²

3. نظرية تسرب آثار رومانية عن طريق قوانين البلاد المفتوحة

تداولت العديد من الدراسات الاستشراقية القول بتأثر التشريع الإسلامي بقوانين البلاد المفتوحة، وخاصة بلاد الشام والعراق، سواء فيما يتعلق بتكوين الأصول أو ما يتعلق ببناء الفروع. وبنيت هذه النظرية على مقدمتين أساسيتين، لا بد من النظر فيهما:

1. المقدمة الأولى أنه لم تكن للمسلمين الفاتحين، وهم من البدو الرحل، حضارة تستحق هذا الاسم، تدمهم بالخبرة والنظم اللازمة لإدارة البلاد المفتوحة وتنظيمها، وهي - هذه المقدمة - ذات صلة بنشأة الفقه الإسلامي وتطوره.
2. أما المقدمة الثانية فهي أن المناطق المفتوحة كانت حافلة بمدينة عريقة، وحضارة ضاربة في القدم، باقية إلى عهد الفتوحات. وينتج عن هاتين المقدمتين أن المسلمين، لا سيما وهم رعاة جمال وأغنام، وبسطاء عقول (!)، قد أخذوا التشريع المزدهر الذي كان موجوداً أمامهم في بيئة المدينة الراقية،³ وهذا ما سناقشه في النقطتين الآتيتين:

¹ البوطي، محمد سعيد رمضان، فقه السيرة (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1970)، ص 216.

² انظر الآيات الكريمة في سورة المائدة (13) وفي سورة التوبة (31).

³ “Es war ja für die völlig ungeschulten, aus armseligen Verhältnissen auf alte Kulturländer eindringenden, in ihnen sich als Herrscher festsetzenden Leute das wie von selbst gegebene, unter den neuen Verhältnissen vom Gewohnheitsrecht der eroberten Länder zu rezipieren, was sich an die durch die Eroberung geschaffenen Zustände angleichen und mit den Forderungen der neuen religiösen Anschauungen vereinbaren liess”. Goldziher, *Fiqh*, p. 106

أ. مرحلة تطور الفقه الإسلامي في عصر الفتوحات في نظر المستشرقين

بدأ فتح مناطق واسعة للدولة البيزنطية والفارسية في عهد أبي بكر الصديق، وبلغ ذروته في خلافة كل من عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان رضي الله عنهما، وهذا ما يلفت النظر إلى حالة التشريع الإسلامي في هذا العهد.

ويرى معظم الباحثين المستشرقين أن بداية عصر المدونات الفقهية في القرن الثاني للهجرة (مثل الموطأ) تمثل بداية النشاط الفقهي ذاته،¹ وهم بذلك ينكرون صحة أي وثيقة فقهية سابقة لها قد وصلت إلينا، مما أدى بشاخصت إلى القول بنظرية الفراغ التشريعي في القرن الأول الهجري.

ولا يخفى أن الفرق الموجود بين الموقف الإسلامي من تاريخ الفقه وبين الرأي الراجح عند المستشرقين لا يرجع إلى عدم وجود وثائق؛ حيث إنه من المشهور أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد نفذ أحكام الله قاضياً، كما بعث بعض الصحابة معلمين وقرّاء وقضاة إلى مختلف مناطق الدولة الإسلامية وأن هؤلاء المبعوثين قد استندوا في كل ذلك إلى مصادر التشريع الإسلامي، القرآن والسنة.²

غير أن معظم المستشرقين ينظرون إلى هذه الأخبار باعتبارها روايات موضوعة، وضعت لخدمة احتياجات المسلمين في القرن الثاني وما يليه، ولذلك لا يعدون الأخبار الموثقة في تاريخ التشريع ابتداءً من حديث إرسال معاذ إلى اليمن قاضياً، إلى عهد أو كتاب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري إلا انعكاسات لأفكار علماء قاموا بإسقاطها (projection) في القرن الثاني الهجري على عصر الرسول صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين. ويدعي تيان Tyan أن ذكر كتاب عمر عند أبي يوسف، أي بعد 150 عاماً من وفاة عمر، دليل على وضعه، مثل الأسانيد المختلفة في روايات الجاحظ وابن

¹ Motzki, *Anfänge*, p. 1

² الوكيعة، أبو بكر محمد بن خلف بن حيان، أخبار القضاة، مراجعة سعيد محمد اللحام (بيروت: عالم الكتب، ط 1، 2001/1422)، ص 62-78.

قتيبة. ويضيف تيان بناء على ما يصفه بأنه "وثائق ثابتة" أن أبا موسى قد تولى ولاية البصرة وبالتالي فإنه من المستحيل أن يكون تولى القضاء. وللأسف، لا يذكر الوثائق التي تحتوي مثل هذا الرأي قط! ويرى في ذلك دليلاً آخر على وضع الأحاديث والأخبار.¹

وفي حالة تصديق هذه الأخبار، فإنها تفسر أيضاً في نظرهم بمقتضى تثبيت الرأي المسبق، لذلك فسر المستشرق مرجوليوت العبارة المروية في كتاب عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري أن "القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة"، بمعنى أن مؤسسة القضاء إما أن تكون بناءً على دليل قطعي من القرآن وإما بناءً على عمل،² ويزعم في هذا الصدد أن القاعدة "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر" إنما هي قاعدة عبرية.³

ويدعي تيان كذلك أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد استمر في ممارسة الأحكام الموجودة في الجاهلية دون تغيير،⁴ وهذا ما يدل على أن احتكام الناس إليه صلى الله عليه وسلم كان اختيارياً وليس إلزامياً بصفته نبياً مشرعاً، كما هو الحال في تقليد الحكم القديم؛⁵ يقول تيان: "إنه لم يكن من المعقول أن هذا النظام البسيط كما طبق في بداية الإسلام في البيئة العربية قد غلب على المؤسسات القضائية المتطورة في الولايات الفارسية والبيزنطية آنذاك".⁶

ويستدل تيان على ذلك بوجود مؤسسة تحكيم في الخصومات في الجاهلية -وهي

¹ Tyan, *Histoire*, P. 76

² Margoliouth, David Samuel, "Omar's Instructions to the Kadi", in, *Journal of the Royal Asiatic Society*. Bengal, 1910. pp. 307-326. p. 311

³ Ibid, p. 317f.

⁴ Tyan, *Histoire*, 1960, p. 62.

⁵ "Rien ne révèle l'existence d'une procédure réglementant des jours et des lieux d'audience; des formes à suivre dans le jugement des affaires, des modes de preuve et leur valeur probante. Rien n'est précisé quant à la force obligatoire des sentences rendues par le prophète et quant au mode d'exécution", Tyan, *Histoire*, p. 68

⁶ "On ne pouvait, certes, pas concevoir que le système primitif de la justice arbitrale, tel que nous l'avons vu fonctionner dans le milieu arabe de l'Islam des premières années allaient prévaloir sur les institutions judiciaires évoluées des provinces perses et byzantines." Tyan, *Histoire*, p. 89

مؤسسة لازمة وموجودة في أي مجتمع إنساني - على استمرار نظمها، ومصادرها ومفاهيمها في الإسلام، دون اعتبار أن العامل الجوهري الذي يحدد نوعية المؤسسة القضائية يكمن في أحكام التشريع ومصادره، ويوظف المنطق نفسه لينفي وجود أي مؤسسة قضائية إسلامية في عصر الخلفاء الراشدين.¹ ويتابعه في ذلك شاخت بخصوص استمرارية وظيفة الحكم الجاهلي ونشأة الفقه الإسلامي في القرن الثاني.² أما الأخبار التاريخية التي توثق تطبيق نظام قضائي إسلامي، فيقابلها شاخت بالتجاهل أو التأويل، وكمثال لذلك فقد عدَّ شريح القاضي "حَكماً من النموذج القديم السائد بين قبائل العرب المجاورة للكوفة".³ ونجد كذلك أن موقفه من المصادر الإسلامية، خاصة الحديث النبوي كما أشرنا آنفاً،⁴ لا يتعد كثيراً عن هذا التأويل. ويرى شاخت أن تولية القضاة بدأت في دولة بني أمية فقط، وهذا ما يراه منطلقاً لأسلمة التشريع.⁵ والجدير بالذكر هنا أن المراجع التاريخية توفر لنا صورة شاملة عن النشاط الفقهي والقضائي في جيل الصحابة والتابعين، رضوان الله تعالى عليهم، وعن نظام تشريعي إسلامي مستقل لم تكن به حاجة إلى نظم أو قواعد تشريعية أجنبية.⁶

ب. الواقع التشريعي في الشام والعراق قبيل الفتح

وفي الوقت الذي نجد أن الدراسات الاستشراقية حول تأثير القانون الروماني في الفقه الإسلامي قليلاً ما تهتم بدراسة الواقع الحضاري والتشريعي في البلاد المفتوحة قبيل

¹ Ibid, pp. 68f, 70, 89

² Schacht, *Origins*, interim ; *Introduction*, interim

³ Schacht, *Introduction*, p. 24.

⁴ "On peut regarder les traditions du Prophète comme la couche superficielle dans la structure artificielle du droit musulman, couche qu'il faut enlever si l'on veut arriver au centre à ce qu'est la réalité historique." Schacht, "Le droit musulman, Solution de quelques problèmes relatifs à ses origines", in, *Revue Algérienne de Législation et Jurisprudence*. Algiers, 1952. pp. 1-13, p. 6.

⁵ Schacht, *Introduction*, pp. 23-27.

⁶ انظر مثلاً الوكيعة، كتاب أخبار القضاة؛ والجاحظ، البيان والتبيين.

الفتوحات الإسلامية، نرى أن الباحثين المعارضين لنظرية التآثر قد تعمقوا في تحليل الواقع التاريخي. وباختصار، فقد اختلف الطابع الحضاري لولايتي العراق والشام اختلافاً جذرياً عن الثقافة الرسمية للدولتين الساسانية والبيزنطية. أما بلاد الشام، فقد حافظ معظم سكانها على خصوصياتهم السامية، ولم يكن متمكناً من اللغة اليونانية سوى شريحة صغيرة منهم، تقطن المدن. أما الرحل من البدو العرب فقد اختلفت سماتهم الثقافية كثيراً عن الطابع الرسمي للدولة.¹ أما الحياة الدينية فقد كان أغلب السكان معتقنين للمونوفيسية؛ وهي فرقة مرتدة في نظر الكنيسة الأورثوذكسية الرسمية للدولة.

ولم يكن العراق بعيداً عن وضع الشام من حيث الدين واللغة، أما من حيث الدين فقد تمسك معظم سكانه باليهودية أو المسيحية، بعكس الدولة الساسانية التي اعتنقت المجوسية ديانة رسمية لها. وأما اللغة فقد تكلم أهل العراق العربية أو لهجات آرامية.² ومن جهة أخرى، فقد بدأت مظاهر الوهن تتسلل إلى الدولتين البيزنطية والساسانية، فكثرت الحروب، وتعددت الفتن الداخلية ذات الصلة بالسلطة الحاكمة، وتتابع الكوارث الطبيعية، مما أدى إلى هجوم التفكك والانحطاط على كيان الدولة. ولهذا الأسباب لا يمكن لنا أن نبي على فكرة استيعاب الشعوب للحضارة الرسمية ولنظامها التشريعي في الدولتين. ومن العوامل التي سهّلت الفتوحات وقبول الإسلام والمسلمين من طرف سكان هذه المناطق أنهم لم يروا في دولتهم شيئاً يستحق الدفاع عنه والقتال من أجله.

أما التشريع المطبق في ولايات الدولة البيزنطية، فيظهر أن القانون الروماني لم يكن عاماً، ذلك أنه قد ثبت وجود بعض مواطني الدولة البيزنطية الذين لم يكونوا خاضعين للقانون الروماني،³ كما يتبين من دراسة بعض المخطوطات القانونية في بداية القرن العشرين وجود "القانون الشرقي" في الشام ومصر.⁴ ومن جهة أخرى، فإن عند

¹ Donner, Fred McGraw, *The early Islamic conquests* (Princeton 1981), p. 92ff

² Ibid, p. 168f

³ Doualibi, *Jurisprudence*, p. 139.

⁴ Crone, *Roman, Provincial and Islamic Law*, p. 14f

من كانت لديهم تقاليد تشريعية أخرى يجدون في قبول القانون الروماني على الخصوص.¹ فمن المعروف أن اللغة اللاتينية التي كانت الوسيلة الضرورية لدرس القانون الروماني، لم تكن مستعملة في ولايات الدولة.

إن مصير المدرسة القانونية في الشام يعبر عن أهمية القانون الروماني هناك، ويمثل انقراضها أحد الأدلة الرئيسة الناقضة لإمكانية التأثير الروماني؛ إذ إن جستينيان قد منع في عام 533م تعليم القانون خارج المدارس الرسمية في روما والقسطنطينية وبيروت، حفاظاً على صفاء تعاليمه.² أما المدرسة الوحيدة التي وجدت في الشام، أعني مدرسة بيروت، فقد هدمت سنة 551 بعد الميلاد، ومن ثم نقلت المؤسسة (مؤقتاً) إلى صيدا، قبل أن تستأنف مهامها من جديد في بيروت إلى أن دمرها حريق سنة 560م دون أن تواصل مهام التعليم في مكانها الجديد.³

وليس هناك أي دليل على أن المدرسة القانونية في بيروت كانت أكثر من أطلال وأنقاض حين فتح المسلمون بيروت عام 635م؛ وبذلك يتبين أن قول آموس بأن مدرسة بيروت قد استمرت أكثر من قرن بعد الفتح، مناقض للواقع التاريخي.⁴ وقد تجنبت كرون هذا الدليل حيث رأت أن التعليم القانوني، ونشاط المحامين قد استمر بعد خراب المدرسة لمدة من الزمن.⁵ ولا يخفى أن هذا القول لا يتعلق بجوهر القضية؛ إذ إن نهاية مدرسة بيروت القانونية تدل على نهاية تدريس القانون الرسمي، مما يحول دون تعلم المسلمين قواعده الضرورية حتى يقال إنهم أخذوها عنه فقط، ولا تدل على بداية فراغ في ميدان التشريع.

وتبقى مسألة القانون المطبق في ولايات الدولة البيزنطية، أو "القانون الشعبي"،

¹ Fitzgerald, *Debt*, p. 86

² Fitzgerald, *Debt*, p. 88f

³ المصدر نفسه.

⁴ المصدر نفسه، ص 87.

⁵ Crone, *Roman, Provincial and Islamic Law*, p. 14

ومدى تأثره بالقانون الروماني الرسمي. وتكمن صعوبة الإجابة عنها في عدم وجود مراجع للإحاطة به، ولذلك تظل المناقشة حول مضمونه وتعلقه بالقوانين الرومانية مجرد تخمين وتخيل.

ومهما يكن، فإن الوضعية الحضارية والسياسية للشام والعراق قبيل الفتح، تؤكد أن الواقع التشريعي كان خالياً من القانون الروماني، سواء في شكله الكلاسيكي، أو في شكل "القانون الشعبي"، لا سيما في الشام، مما يحول دون تسلله إلى الفقه الإسلامي، ويظل نظرية تأثر هذا الأخير بالقانون الروماني.

نظريات المستشرقين في كيفية أخذ الفقه الإسلامي

عن القانون الروماني¹

مثلما رُفعت مقدمات نظرية تأثر الفقه الإسلامي بالقانون الروماني إلى منزلة البرهان القاطع في معظم مؤلفات المستشرقين، مع كونها لا تستند إلى أي إثارة من الواقع، لم تفسر كذلك كيفية أخذ المسلمين للقانون الروماني إلا بناءً على الخيال. ولا تخرج نظريتهم عن احتمالين: أحدهما احتمال الأخذ المتعمد لقواعد القانون الروماني، مما أثر في تشكل علم أصول الفقه؛ والثاني الأخذ بواسطة النظم التشريعية في المناطق المفتوحة وأسلمة المادة التشريعية بتدرج أو الأخذ غير المتعمد.

وقد اختلف المستشرقون كثيراً حول حيثيات الاحتمال الأول. ففن كريم الذي يدعي استمداد مدرسة بيروت القانونية إلى غاية النصف الأول من القرن السابع الميلادي، رفض فكرة الأخذ المتعمد عن طريق دراسة القانون الروماني. ودليله على ذلك أن عقلية السلف كانت ترفض دراسة كتب الأديان الأخرى والتعلم منها.² ولا

¹ Mais comment? Aucun ne l'explique, Doualibi, *Jurisprudence*, p. 137.

² "Allein es hiesse den Geist des frühesten Islams ganzlich verkennen, wenn man annehmen wollte, arabische Juristen und Theologen hatten sich damals herbeigelassen, die Bücher der Ungläubigen zu studieren und bei ihnen in die Schule zu gehen." (v. Kremer, *Kulturgeschichte*, vol. 1, p. 533.)

يخفى أن ما أشار إليه فن كريم هنا مهم جداً؛ إذ إنه كشف عنصراً مهماً ذا صلة بفهم الذات عند مسلمي عصر الفتوحات، وهو يثبت أن المسلمين قد دخلوا تلك البلاد بوصفهم حاملو دعوة وتابعين لحضارة قائمة على أساس فعاليات الرسالة الإسلامية. إذا تبين هذا، فهل يعقل أن من جاء لجعل كلمة الله هي العليا يستعير من غيره نظاماً أساسياً لبناء المجتمع الجديد؟

أما قضية الاندماج في حضارة الآخر، فإن الواقع التاريخي يؤكد أن البيزنطيين ونسبة من السكان العرب الأصليين قد غادروا الشام بعد معركة اليرموك عام 636هـ، بينما أسلم معظم سكان المنطقة بعد مدة وجيزة، ورضي أتباع الدين المسيحي الذين بقوا على عقيدتهم بمثلة الذمة وهيمنة الإسلام وشريعته.¹

أما دراسة القانون الروماني الضرورية لحصول الأخذ عنه، فقد أشار نلينو إلى عدم وجود ترجمات لكتب قانونية إلى العربية.² ومع ذلك يذهب بعض المستشرقين إلى الأخذ بالنموذج الثاني؛ أي دراسة الفقهاء المسلمين للقانون الروماني حيث يرى جولدتسيهر: أن تأثير الدراسات القانونية الرومانية في الشام يكمن مبدئياً في المبادرات العلمية لقدامى علماء المسلمين في الأصول، كما يراه ثابتاً في تاريخ الحضارة. ويرى جولدتسيهر كذلك أنه إذا كان الإسلام قد استوعب آثاراً في مجال الفن أو الفلسفة فإنه لا بد من استيعابه لمثل هذه الآثار في مجال الفقه.³ كما تسلك كرون المسلك نفسه مستأنسة بالنقود التي سكها معاوية، وكأها بذلك تحاول "إعادة بناء ما يناسب نقود معاوية البيزنطية في الفقه".⁴

وبذلك يتبين أن المستشرقين لا يهتمون بالفرق بين مجال أساسي لتنظيم الحياة يعبر عن وجهة نظر خاصة في الحياة، وبين مجال ثانوي لا أثر له في ذلك، مثل كثير مما

¹ Shaban, M.A., *Islamic History AD 600-750. A New Interpretation* (Cambridge, 1971), p. 40.

² Nallino, *Considerazioni*, p. 92.

³ Goldziher, "Savvas Pacha. Etude sur la théorie du droit musulman", in, *Byzantinische Zeitschrift*, n. p., no. 2, 1893, (pp. 317-325), p. 321.

⁴ Crone, *Roman, Provincial and Islamic Law*, p. 17.

استوعبه الإسلام من أمور تعدّ من المباحات كالمعارف العلمية والتنظيم الإداري. وهذا ما يثبت أنه لا يوجد أي دليل، سواء في مؤلفات الفقهاء أو في سيرهم، على أنهم درسوا نظاماً تشريعية أخرى، لا سيما وأن العلماء المسلمين مشهورون بصدقهم واعترافهم بالتعلم والأخذ عن الآخر، ولم يكن هناك من سكت منهم عن الأخذ عن حضارات أخرى في مجال الطب والفلسفة والفن، إلخ. ويشير فتسجرالد Fitzgerald في هذا الصدد إلى عدم وجود مصطلحات في الفقه الإسلامي مستعارة من اللغة اليونانية أو اللاتينية، إلا كلمة "قانون" التي تتعلق بالإدارة غالباً وليس بالحكم في مفهومه الشرعي.¹ فالكتب الفقهية بأكملها لا تعرف مصدراً خارج المصادر الإسلامية، وهذا ما يفسره فتسجرالد بأنه "مؤامرة صالحة للسكوت".²

ويستدل تيان باقتباس عمر بن الخطاب رضي الله عنه للديوان من الحضارة الرومانية على استمرارية قوانينها بعد الفتوحات، ودون مراعاة الفرق بين أخذ آلية في مجال الإدارة المدنية وبين مواد النظام التشريعي استنتج تيان أخذ النظام التشريعي غير الموثق من أخذ الديوان الموثق.³

أما نظرية احتمال الأخذ المتعمد من خلال دراسة القانون الروماني و أصوله فلم تحظ بدعاية جديرة بالذكر في الدراسات الاستشراقية، فكان التركيز على نظرية احتمال الأخذ غير المتعمد وغير الواعي عن طريق قوانين المعاملات المطبقة حينها في البلدان والتي أسلمت تدريجياً أكثر انتشاراً. وهذا ما يثبت أن نظرية تأثر الفقه الإسلامي بالقانون الروماني لم تقم على دراسات علمية نقدية، ولا أدلة واضحة، ولا قرائن بينة، مما يكشف عن حيثيات التأثير و ملابساته، وإنما قامت هذه النظرية على تقدير مؤامرة سرية وآليات خفية، لا يمكن التحقق منها ألبتة.

¹ Fitzgerald, *Debt*, p. 99

² المصدر نفسه.

³ "Or, si telle a été le cas pour les institutions administratives, quelle raison y aurait-il de penser qu'il en peut être autrement des institutions judiciaires?" (Tyan, *Histoire*, p. 87ff).

وبناءً على هذه الحيلة المنهجية، أصبح مجرد ذكر تشابهات بين القانون الروماني والفقه الإسلامي بديلاً عن تقديم الدليل. نذكر على سبيل المثال رأي فن كريم الذي يقول إن "المعاملة اليومية مع الشعوب الخاضعة"¹ أدت إلى قبول قوانين رومانية. وما ذهب إليه شاخت قريبٌ منه حيث يرى أن التأثير تم عبر تسلل قوانين رومانية إلى "القانون الديني الناشئ أثناء فترة دور الحضارة"²، ثم فهمه المسلمون على أنه سياسة شرعية انتهجها الأمويون، وبذلك صارت كأنما هي نتاج أصلي للدين الجديد، لدرجة أن المؤمنين لم يشعروا "بالتلقيح الروماني"³.

ويرجع فن كريم الاستعارة إلى الإمامين الأوزاعي والشافعي رحمهما الله، اللذين كانا وسيطين بين القانون الروماني والفقه الإسلامي حسب ادعائه، إذ إن هذا المستشرق يتوهم أنهما لما ولدا في سوريا و تعرفا بلا شك على كثير من القوانين الرومانية البيزنطية المستمرة هناك، فهذا يقتضي أنهما قد تأثرا بها. يقول: "وسوف نسند إلى هذين الفقيهين كل القواعد العامة التي نقلت بلا تغيير جذري من القانون الروماني إلى القانون العربي"⁴. ولا يخفى أن هذا الكلام لا يوافق الواقع التاريخي قيد أنملة، إذ إنه معلوم أن الإمام الشافعي رحمته الله مع كونه قد ولد في بلاد الشام فقد تربى في مكة، وعاش بعيداً كل البعد عن الشام.⁵ ورغم ذلك فقد أصر أجيال من المستشرقين على خطأ فن كريم في هذا الموضوع، وقد تطور هذا التخمين الخاطئ إلى درجة أن ادعى أحدهم أن "الإمام الشافعي، كما هو مشهور، درس القانون في بيروت"⁶.

¹ v. Kremer, *Kulturgeschichte*, vol. 1, p. 536

² Schacht, *Introduction*, p. 21.

³ المصدر نفسه.

⁴ v. Kremer, *Kulturgeschichte*, vol. 1, p. 536

⁵ الذهبي، أبو عبدالله شمس الدين، *تذكرة الحفاظ* (حيدرآباد دكان: دائرة المعارف العثمانية، ط4، 1968/1388)، ج1، ص361.

⁶ "To students of the growth of legend it is interesting to observe how it has grown. (...) In the hands of successive relators, "doubtless" has grown into "admittedly" and "customary law" into "Byzantine jurisprudence" and even in one writer to a definite statement that Shafi'i as is well known studied law at Bayrou!" (Fitzgerald, *Debt*, p. 84).

وليس هناك أي محاولة منهم لحل هذا التعارض الواضح بين الواقع التاريخي وفرضية فن كريمر الخاطئة.

ولا يخفى أيضاً أن هذين الإمامين قد اشتهرا بأسلوب مدرسة الحديث في الفقه، وكان من المتوقع حسب منطق أصحاب نظرية التأثير هذه أن يكون أهل الرأي بالعراق أكثر عرضة للتأثر منهم، ومع ذلك لم يكونوا.

ومن نتائج أوهام المستشرقين في هذا المجال أنهم رأوا في الإمام أبي حنيفة النعمان، الذي عاش ودرس في العراق، وهي المنطقة التي لم تكن قط رومانية في تاريخها، وسيطاً آخر لاقتباس الفقه الإسلامي لأصول وقواعد عديدة عن القانون الروماني.¹

ويرى بعض المؤلفين في "الأصل الأعجمي" لبعض العلماء دليلاً آخر على اعتماد فقهم على آثار غربية،² وهو رأي يستند إلى النظرية العرقية، ويكشف عن سوء فهم لطبيعة الحضارة الإسلامية. ويشير شاخت في هذا الصدد إلى المسلمين الجدد الذين هم من أصل أعجمي في العراق والذين كانوا في نظره مثقفين في البلاغة اليونانية، مما يؤهلهم لأن يكونوا وسطاء لتأثر الفقه الإسلامي بالقانون الروماني.³ وهذا أمر لا دليل عليه هو الآخر ولا يمكن القطع بشأنه؛ إذ ليس هناك أي دليل على وجود البلاغة اليونانية في العراق، وليس هناك أيضاً أي احتمال يؤهل البلاغة اليونانية لتصبح وسيطاً لمفاهيم قانونية، إذ إن لغة القانون آنذاك هي اللاتينية وليست اليونانية.⁴ ومن جهة أخرى، لم يبين شاخت مكان حصول التأثير المزعوم؛ إذ من المعلوم أن مدينتي الكوفة والبصرة، وهما مركزا الفقه في العراق، هما من أصول عربية، فأين هي البلاغة الرومانية يا ترى؟⁵

¹ Schmidt, *Occupatio*, p. 304 ; Milliot, *Introduction*, p. 771.

² Goldziher, "Pacha", p. 322

³ Schacht, *Introduction*, p. 20

⁴ Crone, *Roman, Provincial and Islamic Law*, p. 10

⁵ المرجع نفسه، ص 6.

خاتمة

اهتم هذا المقال بتناول آراء أبرز المستشرقين في دراسة تاريخ الفقه الإسلامي، والكشف عن ارتباط الدراسات الاستشراقية بالسياق الاستعماري ومقتضيات الموقف السياسي، لإيجاد حل تشريعي وسط يسمح بإدارة المستعمرات والسيطرة على شؤونها. وقد تبين أن منهجية الدراسات الاستشراقية مبنية على مقدمات ظنية وافتراضية تم رفعها إلى درجة اليقين، ثم بنيت عليها مقدمات أخرى هي الأخرى غير مثبتة ولا موثقة، ثم بنيت على هذه طبقة ثالثة من المقدمات بالطريقة نفسها، وهكذا دواليك. وهذا ما أنتج سراباً يُتوهم واقعيته، وإن كان أساس البناية في الواقع ليس إلاً رمالاً متحركة. وتشبه هذه العملية منهج المنطق اليوناني الأرسطي حيث يؤدي بناء مقدمة "ب" على مقدمة أولية "أ" إلى نتيجة "ج". وتحتل النتيجة أن تكون صحيحة منطقياً من حيث صحة الربط المنطقي بينهما، دون أن تكون صحيحة إذا كانت لا تطابق الواقع. ومن الملاحظ في هذه الحالة أن الأخبار التاريخية تصدق أو تكذب حسب الحاجة.

ويتضح ذلك من بعض الدراسات الاستشراقية النظرية القائمة على فكرة التفوق الغربي على الشعوب الشرقية عموماً وعلى المسلمين خصوصاً، وتلك الفكرة التي تتجلى هذه في التعليقات المبتذلة على رسول الله صلى الله عليه وسلم والصحابة رضي الله عنهم. كما نلاحظ أيضاً أن الاستشراق لا يتكلم بصوت واحد، فهو أشكال ومعسكرات مختلفة، وإن كانت تسير في الغالب في الاتجاه نفسه.

وختاماً يجب التنبيه إلى أن جلّ المؤلفات المستعملة في إطار هذا البحث تمثل الجيل الكلاسيكي للاستشراق، ولذلك لا تمثل موقف الاستشراق المعاصر، إذ إن الدراسات الاستشراقية المعاصرة قد تغيرت كثيراً من حيث الاهتمامات والموضوعات، الأمر الذي يستدعي المزيد من البحوث في هذه التطورات التي تقابل بتجاهل عام في إطار البحث الأكاديمي بالجامعات، ومؤسسات البحث الإسلامية.