

برای دانشجویان دوره‌های تخصصی رشته فقه
و مبانی حقوق اسلامی ضرورت دارد که از نظریات
استادان معروف حقوق در باره حقوق اسلامی و
همچنین از نحوه استنباط احکام در نظام‌های
متفاوت و کیفیت اجرای قوانین فقهی در کشورهای
مختلف اسلامی به خوبی و درستی مطلع باشند، و
همه مسائل را از دیدهای مختلف مورد مطالعه قرار
دهند. آنچه ازین قبیل مباحث در این نشریه نقل
میشود به همین منظور است یعنی به عنوان يك نظریه
از يك فرد پزوهنده است نه به عنوان يك اصل مسلم.
مقاله‌ای که ترجمه شده و در صفحات بعد چاپ
میشود فصلی از کتابی از یکی از استادان مشهور
حقوق تطبیقی در دانشکده حقوق و علوم اقتصادی
دانشگاه پاریس است و بسیاری از مباحث آن عالمانه
و قابل استفاده است. البته باید در نظر داشت که
داوری نویسنده این کتاب در باره حقوق اسلامی
مانند اکثر محققین خارجی بر اساس حقوق مذاهب
سنت و جماعت است، بنابراین ممکن است در بعضی
موارد و مطالب کمبودها از نظر فقه شیعه اثنی عشری
در آن مشاهده گردد.

این گفتار را آقای دکتر ابوالفضل عزتی
استادیار دانشکده که هم از لحاظ اطلاع بر اصل
موضوع و هم تسلط بر زبان انگلیسی برای ترجمه
چنین متنی از هر لحاظ شایستگی دارند به فارسی
ترجمه نموده‌اند و برای آنکه مقاله برای
خوانندگان و طلاب فقه جعفری مفید و نارسائیهای
آن جبران شده باشد در گروه فقه و مبانی حقوق
اسلامی دانشکده نیز مطالعه و بررسی شده و در ذیل
بعضی مطالب آن توضیحات اضافه گردیده است.

حواشی که در این مقاله با حرف «گ» مشخص
شده از آقای دکتر ابوالقاسم گرجی مدیر این گروه
است. مقالات و بررسیها

ابوالفضل عزتی

استادبارگروه فلسفه و حکمت اسلامی

نظری درباره

تحول حقوق اسلامی در جهان اسلام

مقدمه مترجم

پروفسور رنه داوید^۱ استاد مشهور حقوق تطبیقی در دانشکده حقوق و علوم اقتصادی دانشگاه پاریس اخیراً قدم مهمی در راه معرفی حقوق تطبیقی از راه نوشتن کتاب (سیستمهای مهم حقوقی در دنیای معاصر)^۲ برداشته است.

این کتاب در سال ۱۹۶۸ بوسیله بریرلی^۳ دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه مک گیل از فرانسه به انگلیسی ترجمه و منتشر گردیده است.

در این کتاب که اساساً بعنوان مقدمه‌ای بر حقوق تطبیقی نوشته شده است ابتدا در مقدمه تعریفی از حقوق تطبیقی و موقعیت و خواص آن بعمل آمده و سپس در چهار قسمت جداگانه چهار سیستم مهم حقوقی دنیای معاصر بتفصیل، بترتیب زیر بررسی شده است:

اول سیستم و مجموعه حقوقی رم و ژرمن (Romano-Germanic)

دوم سیستم و مجموعه حقوقی سوسیالیست و Socialist Laws

سوم سیستم و مجموعه حقوقی انگلیسی The Common Law

(English Law)

چهارم سیستم و مجموعه حقوقی مذهبی Religious Laws

1- René David

2- Les Grands Systèmes de Droits Contemprains (Major Legal Systems in the World Today)

3- John.E C. Brierly.

این بررسیها تنها جنبه گزارشی که معمولاً در حقوق تطبیقی مورد توجه است نداشته بلکه ریشه‌ها و منابع تاریخی و حقوقی و تطور سیستمهای حقوقی و کیفیت فعل و انفعال این سیستمها در یکدیگر نیز در آن بررسی گردیده است .

در قسمت چهارم کتاب یعنی قسمت سیستمها و مجموعه حقوق مذهبی فصل مشروحاتی بحقوق اسلام تخصیص داده شده است . در این فصل ابتدا منابع حقوق اسلامی و سپس تطبیق و تلفیق حقوق اسلامی با نیای جدید و در آخر قوانین حقوقی کشورهای مختلف اسلامی بررسی گردیده است و آنچه در این مقال بنظر خواننده می‌رسد ترجمه قسمت دوم از این فصل است که بحث آن درباره کیفیت تعیین و هماهنگ ساختن حقوق اسلامی با مقتضیات عصر حاضر است .

البته باید توجه داشت که قضاوت نویسنده این کتاب مانند اکثر محققین خارجی درباره حقوق اسلامی بر اساس حقوق مذاهب اهل تسنن میباشد و بنابراین ممکنست در بعضی موارد و مطالب کمبودها و یا نقائصی از نظر فقه شیعه اثنی عشری در آن مشاهده گردد .

۱- عزتی

تهران - اسفند ۱۳۴۹

تطبیق دادن و هماهنگ نمودن حقوق اسلامی

با مقتضیات زندگی جدید

۱- حجیت همیشگی و مداوم حقوق اسلامی

آنچه تا کنون درباره حقوق اسلامی گفته شده است ممکنست این تصور را در خواننده بوجود آورد که حقوق اسلامی يك سیستم حقوقی زمانهای خیلی گذشته است و باطبق گفته اسناک هورگک رونج - Snock

Hurgronje حقوق اسلام يك حقوق كاملا مجهول و منفی است كه انسان را بیادگورستانها می اندازد. این ادعاصحت ندارد و حقوق اسلامی هنوز یکی از بزرگترین سیستمهای حقوقی دنیای معاصر است كه مسائل و امور حقوقی مربوط بجامعه مسلمان را در کشورهای مختلف با جمعیتی متجاوز از ۴۰۰ میلیون حل و فصل مینماید .

بسیاری از کشورهای اسلامی در قوانین اساسی و قسمتهای مختلف حقوق مکرراً وفاداری خور را نسبت بمبسانی و اصول حقوق اسلامی ابراز داشته اند. تأکید این وفاداری در قوانین اساسی کشورهای مراکش، تونس، سوریه، جمهوری اسلامی موریتانیا ایران و پاکستان بطور صریحی مشاهده میگردد. قانون مدنی ۱۹۴۸ مصر، ۱۹۴۹ سوریه، ۱۹۵۱ ایران قضات را برپر کردن خلاء های حقوقی طبق اصول حقوق اسلامی موظف نموده است. قوانین مختلف اندونزی هماهنگی و تطبیق سازمانهای مختلف را با اصول حقوق اسلامی تأمین مینماید. با وجود این، کلیه این کشورها همواره آرزوی تجدید نظر در سیستم حقوقی خود را دارند و بسرعت در این راه گام برمیدارند. با توجه به این نکات چگونه سیستم حقوقی منفی اسلام (طبق ادعای بعضی) میتواند خود را با پیشرفتهائی که مستلزم و متضمن ایجاد سیستمهای جدید سیاسی و تجدید نظر در قسمتهای حقوق شخصی است هماهنگ نماید.

۲- امکانات هماهنگ کردن حقوق اسلامی با دنیای جدید

انعطاف ناپذیری طبیعت حقوق اسلامی غیر قابل انکار است ولی باید توجه شود که حقوق اسلامی يك سیستم حقوقی بسیار غنی و ثروتمندی است. تغییر پذیری حقوق اسلام باید بهمان اندازه انعطاف ناپذیریش تأکید شود. و این دو طبیعت بایکدیگر بهیچوجه تضاد نداشته

و غیر قابل تطابق نیستند. این مسأله باسانی فراموش شده است که در کشورهای غربی نیز حقوق برای زمانهای طولانی بعنوان امری غیر قابل تغییر مورد توجه بوده است؛ هر چند این عدم تغییر حقوق ضمانت مذهبی نداشت. قدرتهای مدنی مانند پادشاهان فرانسه حتی در اوج قدرت خود قدرت قانونی تغییر مسائل حقوقی را نداشتند. در کلیه این کشورها در موارد ضرورت طرقی برای حل مشکلات در شرایط جدید پیدا میشد بدون آنکه قوانین تغییر کنند و یا تغییر داده شوند.

داوری و دخالت مسئول امور حقوقی Roman Praetor در سیستم حقوق رم و متصدی امور حقوقی Chancellor در سیستم حقوق انگلیس نمونه‌های واضحی بشمار می‌روند. رعایت خیارغبین و ضرر در حقوق رم، اصول انصاف و ترحم نیز در سیستم حقوقی انگلیس در موارد مناسب بکار میرفت، بدون آنکه تئوریهای اساسی و اصول حقوقی تغییر داده شوند.

۱- توضیح اینکه در دین اسلام احکام بر سه نوع است: احکام واقعی اولی، احکام واقعی ثانوی، احکام ظاهری.

احکام واقعی اولی احکامی است که موضوعات آنها عناوین اصلی افعال است مانند وجوب صلوة و صوم، حلیت بیع، حرمت ربا.

احکام واقعی ثانوی احکامی است که موضوعات آنها عناوینی است که بر عناوین اولی افعال عارض شده و موجب تغییر حکم آنها می‌گردد مانند احکام ضرر، عسر، حرج، اضطراب، اکراه، سهو، نسیان، تقید و امثال اینها.

احکام ظاهری احکامی است که در صورت جهل به حکم و یا موضوع حکم واقعی برای مکلف جعل شده است مانند احکام امارات و اصول ملاحمکی که بوسیله خبر واحد یا اصل براءت و استصحاب ثابت شده است.

در این که قسم دوم و سوم مجزی است یعنی با امثال آنها حکم واقعی اولی ساقط می‌گردد یا خیر، بین دانشمندان حقوق اسلامی بحث است، بسیاری از دانشمندان آنها را مطلقاً یا تحت شرائطی خاص مجزی دانسته‌اند، و بنا بر این می‌توان گفت که احکام اولی منبذل گشته است. «گ»

این موضوع نیز در باره حقوق اسلامی صادق است. اصول حقوق اسلامی غیر قابل انعطاف است ولی با وجود این محل و فرصت برای رعایت عرف و عادت، آزادی طرفین معامله و مقررات اداری همیشه وجود دارد و بنابراین امکان وصول بحل مشکلات که رضایت تمامی سطوح اجتماعی را تأمین نماید و بیک جامعه مدرن فرصت پیشرفت بدون تعصب در حقوق را بدهد همواره وجود دارد. فقط در موارد خیلی استثنائی ممکن است طبیعت اولیه بعضی اصول و قوانین حقوقی اسلامی هنوز هم مشکل و غیرعادی بنظر برسد.

۳- استمداد از عرف و عادت (آداب و رسوم)

بسیاری از جوامع اسلامی در قرنهای متمادی بر طبق عرف و عادت (رسم) زندگی میکردند و هنوز هم زندگی میکنند درحالیکه بحیثیت و شایستگی حقوق اسلامی بعنوان اصلی از دین اعتراف و اعتقاد دارند. عرف و عادت هیچگاه در فقه تلفیق نگردیده و هیچگاه قسمت و منبعی از حقوق اسلامی بشمار نیامده است. این تلفیق و ترکیب در صورتی میتواند صورت گیرد که یکی از اصول مهم و متمیزه حقوق اسلامی نادیده گرفته شود و آن عبارتست از اصل شمول و عمومیت حقوق اسلامی نسبت بجامعه معتقد باسلام. ولی عدم تلفیق عرف و عادت با فقه بهیچوجه دلیل آن نیست که حقوق اسلامی حجیت عرف و عادت را طرد نموده است.^۱

۱- عرف گرچه بطور مستقیم هیچگونه تأثیری در حقوق اسلام ندارد ولی بدون شك اسلام در حقوق خود در پاره‌ای از موارد عرف را پذیرفته است برای نمونه موارد زیر یاد می‌گردد:

الف - اکثریت قریب به اتفاق احکام معاملات اموری است عرفی که دین اسلام آنرا بمقتضای پاره‌ای از آیات و روایات امضاء نموده است.

به عرف و عادت (رسم) در حقوق اسلام باهمان نظر توجه میشود که در حقوق غرب بجملات و انشاءهای دوستانه در قراردادهای داوری و یا بقدرت مصالحه و انصاف که در بعضی موارد قضات براساس آنها حکم میدهند توجه میشود. طرفین دعاوی معاملات معمولاً مجازند که معاملات خود را بروفق میل خود ترتیب داده و یا اختلاف خود را بنحو مرضی الطرفین حل کنند بدون اینکه بقوانین مراجعه گردد. توسعه اسلام بدون این آزادمنشی صورت نمی پذیرفت. قبول اسلام مستلزم آن نبود که مؤمنین از راه و رسم زندگی خود که در عرف و عادت آنها (آداب و رسوم) منعکس میگردد بکلی دست بردارند. البته باید یاد آور شد که ادامه بعضی از آداب و رسوم از نظر اسلام غیر مجاز شمرده شده است. ولی بسیاری از آداب و رسوم از این نوع نیستند مخصوصاً در مواردی که اسلام آنها را ناپسندیده گرفته مانند آداب و رسوم در مورد میزان و نوع و چگونگی پرداخت مهریه و یا مصرف آب جاری مشترك بین صاحبان زمین - در اینجا باید یاد آور شود که حقوق اسلامی کلیه اعمال هر فرد مکلفی را به پنج نوع تقسیم مینماید ۱- واجب ۲- مستحب ۳- مباح ۴- مکروه ۵- حرام.

آداب و رسوم نمیتوانند در واجبات و محرمات تأثیر نموده و آنها را تغییر دهند ولی در موارد مستحبات و مباحات میتوانند دخالت نموده

← ب - موضوعات ادله بلکه تمام مفاهیم الفاظی که در ادله شرعی بکار رفته است بجز مصطلحات شرعی از عرف مأخوذ است.

ج - روشهای عرفی که در زمان شارع موجود بوده (سیره مسمره) و شارع از آنها ردع ننموده حجت و متمتع است مانند معاطات. (گ)

و همچنین می‌توانند در بعضی مکروهات نیز تأثیر نمایند.

۴- عقود^۲

حقوق اسلامی تعداد خیلی کمی مقررات واجب الرعايه دارد^۳ و بنابراین فرصت و فضای فعالیت وسیعی برای آزادی شخصی و ابتکارات انفرادی باقی گذاشته است. بنابراین در صورت لزوم و تمسایل امکان تجدیدنظر در قوانینی که جنبه‌های اجتماعی زندگی را بررسی میکند از راه بکاربردن سیستم عقود و قراردادهای وجود دارد بدون آنکه با اعتقادات معنوی اسلامی خللی وارد آید.

يك حديث ميگويد: «انعقاد قراردادهائيكه از طرف شرع تحريم نگريده است حرام نيست»^۴. از راه انعقاد قراردادهای تغییرات قابل توجهی

۱- در مورد مباحات و مستحبات و مکروهات، چون احکامی هستند غیر الزامی، مکلف می‌تواند عملاً هر چه می‌خواهد بکند، و نیز می‌تواند بموجب برخی از عناوین مانند شرط و نذر و عهد و نظیر اینها حکم آنها را تغییر دهد و همچنین چه بسا برخلاف متعارف بودن هم موجب شود حکم آنها تغییر کند و اما امور دیگر تأثیری در آنها ندارد مانند واجبات و محرمات. «گ»

۲- بهتر بود شروط هم بر عقود اضافه شود.

۳- اگر مقصود این است که تکالیف الزامی نسبت به غیر الزامی اندک است درست است ولی اگر مقصود این است که در حقوق مردم حقوقی که واجب الرعايه باشند اندک است این مطلب صحیح نیست تمام حقوق مردم نسبت به من علیه الحق واجب الرعايه است، من له الحق می‌تواند حق خود را استیفا کند و می‌تواند استیفا نکند. شاید مقصود این باشد که در اسلام می‌توان حقوق اشخاص را بوسیله عقود یا شروط ضمن العقد به شخص دیگر منتقل نمود و یا بطور کلی اسقاط نمود، و در این صورت مطلب تا حد زیادی درست است. «گ»

۴- بنظر میرسد که نظر مولف بحديث «المؤمنون عند شروطهم الاما حرم حلالا و احرام حلالا» باشد. (مترجم)

را در قوانین اسلامی که پیشنهادی هستند و جنبه ارشاد دارند نه جنبه تشریح میتوان بوجود آورد.

با توجه به این اصل است که کشورهای اسلامی بزوجین اجازه میدهند که در عقد ازدواج شرط شود که زوجه حق استفاده از قدرتهای قانونی زوج را دارد و بنا بر این زوجه می تواند مثلاً هرگاه شوهر مجدداً ازدواج کند خود را از قید زوجیت آزاد سازد. در نتیجه این قراردادها است که در قانون ازدواج و قانون خانواده تغییرات قابل توجهی بوجود آمده، مخصوصاً در سوریه. البته در تجویز ابداعات و ابتکارات در بعضی موارد تشکیک شده است. برخلاف مذهب شیعه، مذاهب اهل تسنن امکان اشتراط بعضی شروط را مانند نکاح موقت و یا اشتراك در مال و ثروت زوجین را تجویز نموده اند. امکان پیشرفت و تجدید نظر در حقوق اسلامی از راه قراردادهای خصوصی قابل توجه است.

توجه به اغراض طرفین قرارداد يك امر آسان و متداول و متدیست کلاسیک هر چند در بعضی موارد این موضوع تصور محض است.^۲ استناد به اصطلاحات متداول در قانون عقود انگلیس مثل خوبی است. تصمیمات قضائی اسلامی در موارد حیلله های شرعی شبیه استنباطات قضائی در حقوق انگلیس است. مثلاً در جواهر قاضی شرع میتواند با استناد به اصل وجود شرکت مالی بین زوجین ملکیت شرعی ناشی از زوجیت را محدود نموده و به عرف و عادت استناد جوید.

۱- در فقه شیعه زوج می تواند به زوجه وکالت دهد که خود را از قبل زوج طلاق دهد نه این که حق به زوجه منتقل گردد و یا اساساً ساقط شود (رجوع شود به شرح لمعه کتاب طلاق ص ۳۶۵ چاپ خوانساری و همچنین جواهر ج ۵ طلاق رکن اول و سایر کتب). «گ»

۲- اصطلاح «الاغراض لاتنضب» در سیستم استنباط حقوق اسلامی مورد توجه خاص است و فرصت های فراوانی را برای طرفین قراردادها ایجاد مینماید.

۵ - حیل‌های شرعی

علاوه بر عرف و عادت (رسوم) و عقود راه دیگری برای فرار از تنگناهای حقوقی وجود دارد و آن عبارتست از استناد به حیل شرعی و بکار بردن آنها. فقه در بعضی موارد رعایت ظاهر احکام را کافی دانسته و بواقعیت چندان توجهی نکرده است. قاضی شرع در بعضی موارد تنها جنبه‌های ظاهری امور را مدنظر قرار داده و توجهی باغراض و اهداف نهفته شده در قوانین مربوط را ندارد. بسیاری از قواعد رسمی حقوق اسلامی باین طریق میتواند خنثی گردد بدون آنکه در ظاهر هتک حرمت قانون شده باشد. مثلاً با در اسلام حرام است ولی از این حرمت میتوان از طریق فروش دوباره و یا از طریق واگذاری حق استفاده از منافع و نتیجه بعضی اشیاء و املاک اجتناب جست. البته امکان انحصار حرمت را نسبت باشخاص (در برابر سازمانهایی که شخصیت حقوقی دارند) نیز وجود دارد. بنابراین بانکها و مؤسسات و کمپانیهای حساب پس انداز میتوانند از حرمت را استثناء شوند. اجاره زمین هم حرام است ولی این مشکل از راه استفاده از مفهومی شبیه وقف حل گردیده است.^۲ مجدداً اشراط عقود بشروط مجهول و مخصوصاً قراردادهای

- ۱- این تقید برخلاف اطلاق ادله حرمت را است مانند «حرم الربوا» (سوره بقره آیه ۲۷۵) و ادعاه انصراف اطلاق به اشخاص بعید است. «گ»
- ۲- نه شیعه و نه سنی هیچکدام اجاره زمین را حرام نمی دانند. آری حنفیه معتقدند که زمین وقف را بدون اذن واقف نمی توان بیش از سه سال و در مثل مساکن و حیوانات بیش از یکسال اجاره داد مگر اینکه مصلحت اقتضا کند آن هم بانظر حاکم و در اینجا حیل‌های برای جواز اندیشیده اند و آن حیل‌ها این است که اجاره را بنحو عقود مترادف قرار دهند که متعلق هر عقد، یکسال باشد که در این صورت سال اول منجز و سالهای دیگر معلق می شود و لذا عقد اول لازم است و بقیه بملت تعلیق جائز. ضمناً عدم جواز هم بمعنی عدم صحت یا عدم لزوم است نه حرمت. «گ»

بیمه تحریم شده است ولی تنها کسیکه اقساط را جمع آوری میکند گناهکار است^۱ و بنابراین يك فرد میتواند قرار دادهای بیمه خود را با کمپانیهای بیمه ویا باغیرمسلمانان منعقدنماید. بهر صورت بیمه‌های پایا- پای حرام نیستند: درمورد بیمه‌های پایاپای هدف معاونت و همکاری مورد توجه قرار گرفته است و بیمه را بصورت يك معامله و امر مورد توجه و علاقه شارع قرار داده و حرمت آنرا باستحباب تبدیل نموده است.

۶- دخالت مقامات شایسته .

یکی از طرق متداول برای تطبیق حقوق اسلامی بامقتضیات و شرایط زندگی مدرن دخالت مقامات شایسته و قدرتهای حاکمه است. در بادی امر چنین بنظر میرسد که دخالت مقامات حاکمه در مسائل حقوقی در سیستم حقوقی اسلامی طرد شده است. طبق اصول حقوقی اسلامی قدرت حاکمه - چه حکام و چه شوراها و پارلمانها- حاکم بر قانون نیستند بلکه خادم قانون هستند و بنابراین نمیتوانند از خود قانون وضع کنند. بهر صورت حاکم هر چند قدرت قانون گذاری ندارد، قدرت اجرائی دارد و مسئول نظارت بر اداره امور حقوقی و قضائی است. حقوق اسلامی تصمیمات و مقرراتی را که از طرف مقامات حاکمه در اینگونه مسائل اتخاذ میگردد تأیید مینماید و این تصمیمات در موارد نظامی و انتظامی، مالیات و مسائل قضائی مورد استناد وسیع و مکرر قرار گرفته است، هر چند متعصبین ممکنست اصرار داشته باشند که چنین قدرت و اختیاری تنها باید باموافقت کامل قواعد و اصول اسلامی و شریعت بکار رود ولی این نظریه هرگز مورد توجه قرار نگرفته است. بنابراین باتوجه باین مطلب

۱- شرط مجهول عقد ویا بیمه حرام نیست حداکثر این است که صحیح نیست. واز نظر دانشمندان شیعه بیمه هم حلال است هم صحیح (رجوع شود به کتاب بحوث فقهیه). «گ»

علاوه بر قوانینی که طبق نظام شرعی وضع شده‌اند سلاطین و پادشاهان نیز مقررات دیگری جعل کرده‌اند که بمراتب قدرتی را که طبق همان اصول و نظام شرعی بدست آورده‌اند افزایش داده است. با وجودیکه در بعضی مواقع حکام عرف نسبت بتقدس جوامع متمدن و مدنیت با دیده تجاوز مینگریستند، فقها و متالیهین هرگز مردم را بشورش علیه قدرتهای حاکمه غیر مذهبی تشویق ننموده‌اند. این تجاوز و لاقیدی تا موقعیکه برتری و عظمت حقوق اسلامی مورد تأیید حکام است همیشه نادیده گرفته شده است.

۷- تمایلات تجددطلبی حقوق.

پیشرفت حقوق اسلامی در قرن دهم میلادی با انسداد باب اجتهاد متوقف مانده^۱. این مطلب در نتیجه پیش آمدهای غیرمنتظره و بمنظور جلوگیری از تفرقه‌ایکه جهان اسلام را تهدید مینمود صورت گرفت. زوال و سقوط خلافت عباسی در ۱۲۵۸ میلادی در اثر تسخیر بغداد بوسیله مغول باین مسئله کمک کرد.

در حال حاضر گروهها و مکاتبی در اسلام وجود دارد که نسبت باعتبار انسداد باب اجتهاد و محدودیتهائی که موجب جلوگیری توسعه حقوقی در آن زمان گردیده است تشکیک مینمایند. اینان معتقدند که اسلام واقعی با چنین نظریه‌ای توافق ندارد. در حالیکه این گروهها و مکاتب تکیه مینمایند بر سنت جاری قرون اولیه اسلام و استدلال مینمایند که موسسن مکاتب و مذاهب حقوقی همیشه شرایط خاص و مقتضیات را منظور میداشتند و در سیستمهای حقوقی خود محل مخصوصی و اهمیت خاصی برای اغراض، اهداف

۱- این مطلب بنا بر مذهب اهل سنت درست است ولی بنا بر مذهب شیعه باب اجتهاد از همان زمان مفتوح شد. هر چند بعضی از علماء شیعه نیز قایل بانسداد باب اجتهاد و علم شده‌اند. (مترجم).

و حکمتهای حقوقی قائل بودند و صلاح و احتیاج جامعه را همیشه در نظر می‌داشتند. لهذا این گروهها بهیچوجه خطری در بازگشت باین اصول نمی‌بینند. البته مشروط بآنکه مرّ قوانین و روشهای اجتهاد و استنباط برای پیشرفت و توسعه حقوق و بدست آوردن راههای حل لازم به صلاح جامعه و متناسب بامقتضیات و اغراض واقعی احکام مورد توجه خاص قرار گیرد. این گروهها فعلاً خطر تفرقه جهان اسلام را که موجب انسداد باب اجتهاد گردیده بود منتفی میدانند و معتقدند خطری که فعلاً وجود دارد عبارتست از آنکه ممکنست انعطاف ناپذیری حقوق اسلامی سبب شود که حقوق اسلامی بکلی بصورت یک سلسله تئوریهای محض غیر قابل عمل در آید، و ارزش اسلام در این صورت فقط در الهیات او منحصر خواهد شد که فقط میتواند برای عدّه معین متشرعین مقدس مفید واقع شود در حالیکه زندگی روزمره طبق مقررات و قوانینی اداره خواهد شد که بامفاهیم واقعی اسلام مغایرت دارد. تمایلات شدید فعلی بمنظور افتتاح باب اجتهاد در طول چند قرن گذشته بوجود آمده است. حوزه‌ها و مقامات رسمی پاکستان مخصوصاً نسبت باین عقیده اظهار تمایل دارند. مثل خوب این موضوع قانونی است که در ۱۹۵۱ تصویب گردیده که موجب تأسیس آکادمی اقبال گردید. در این آکادمی نظرات حقوقی قاضی مشهور پاکستانی سید محمد اقبال (۱۹۳۸ - ۱۸۷۶) اشاعه و بررسی میگردد. از طرف دیگر بعضی بررسیها صورت گرفته که نشان دهنده علاقه بتجدید نظر در حقوق اسلامی از طریق مراجعه دموکراتیک بافکار عمومی میباشد. این جریان بطور واضحی مورد توجه و علاقه آنان که بتفکرات صحیح عادت داشته و پذیرفتن بحثهای قدیمی و کهنه در مورد منابع قانون را مشکل میدانند قرار گرفته است. بهر صورت افتتاح باب اجتهاد مانند هر اقدام و کوششی که در راه منطقی و اصلاح حقوق اسلام صورت گیرد دارای مخاطراتی است. و اگر این جریان و طرز تفکر جای

خود را باز کند تصور امکان حفظ وحدت اسلامی در جهانی که جوامع مسلمان در کشورهای متعدد و مختلف و مستقل پراکنده هستند مشکل است. باین جهت است که استناد و استفاده از طرق و امکانات دیگر برای تطابق و هماهنگ کردن حقوق اسلامی جوامع مسلمان با زندگی مدرن ممکنست قابل ترجیح بنظر برسد. این طرق و روشها شاید خارج از مرقع حقوق اسلام باشد (مانند آداب و رسوم، عقود، مقررات) ولی حداقل با حقوق اسلام تضادی ندارد. مزیت این روشها به آنستکه صحت اصول پذیرفته شده در طول قرون متمادی را که در وحدت جوامع مسلمان ریشه دوانده اند موضوع تردید و تشکیک قرار نمیدهند.

حقوق و قوانین کشورهای مسلمان

۸- حقوق اسلام بصورت يك مفهوم بسیط و يك كل غیر قابل تجزیه و تفکیک بکار نمی رود. از مراکش تا اندونزی، از جمهوریهای سوسیالیست شوروی آسیای مرکزی و آلبانی تا ننگبار و گینه، متجاوز از چهارصد ملیون مسلمان اکثریت جمعیت در حدود سی کشور و اقلیتهای بزرگی را در کشورهای دیگر تشکیل میدهند. هیچیک از این کشورها بطور در بست و کامل بوسیله حقوق اسلامی اداره نمیگردند. هرچند اعتبار و حجیت آن اساساً مورد تائید و اعتراف است، آداب و رسوم و قوای مقننه در کلیه این کشورها بحقوق اسلام یا افزوده یا از آن کاسته اند.

حقوق اسلام، يك حقوق مذهبی و دینی، نباید با حقوق کشورهای اسلامی اشتباه شود. برای جلوگیری از سوء تفاهم حقوق در کشورهای اسلامی را نباید حتی حقوق مسلمانان دانست. جوامع غیر مذهبی در اسلام هیچگاه با جوامع مذهبی در یکدیگر نیامیخته اند، همچنانکه در کشورهای مسیحی درهم آمیخته اند.

جوامع غیر مذهبی در کشورهای مسلمان همیشه طبق آداب و رسوم و یا قوانینی که هر چند اساساً و عموماً بر اصول حقوق اسلامی بنیان گذاری شده است و برای حقوق اسلامی ارجحی خاص قائل است ولی از مرقانون اسلام جدا شده و در بعضی موارد با اصول و قواعد شرع بـمـیزانـهائی که بر حسب زمان و کشور و موضوع حقوقی متفاوت میباشند زندگی مینمایند. حتی در زمانهائی هم که فقط عظیمترین قدرت را داشته است تمام جزئیات و اصول حقوق اسلامی دارای ارزشی مساوی نبوده است. در چنین مخلوطی از مفاهیم حقوقی، اخلاقی و مذهبی باید همیشه بین واقعیت از یکطرف و مدینه فاضله خیالی از طرف دیگر و بین حقایق زندگی حقوقی و قضائی از یکطرف و تصورات فلسفی غیر ممکن از طرف دیگر فرق گذاشته شود. بهمین جهت است که فقه که در ابتدا یک سلسله تفکرات الهی و فلسفی و دینی بود تنها بمرور زمان و تدریج طبیعت حقوقی کسب کرد. در اثناء دوره پیشروی اسلام بنی امیه (اولین سلسله سلطنتی در اسلام ۱۳۲-۴۱ هجری ۷۵۰-۶۶۱ میلادی) توجه زیادی بـفـقه نشان ندادند و پذیرش فقه بعنوان سیستم حقوقی در کشورهای اسلامی تنها در زمان و تحت نفوذ حکومت مذهبی و دینی خلفای عباسی صورت گرفت.

۹- احوال شخصیه، خانواده، ارث و موضوعات دیگر

حتی در آن زمان هم پذیرش کامل صورت نگرفت. هر چند در تئوری کلیه بخشهای حقوقی کشورهای اسلامی با دین اسلام بستگی و ارتباط کامل و مساوی دارد در عمل تفاوتی وجود دارد. قانون خانواده و احوال شخصیه بموازی مقررات دینی و تکالیف مذهبی همیشه در شرع دارای اهمیت خاصی بوده است. بعقیده يك فرد مسلمان بین دین و بین بخشهای حقوقی که احوال شخصیه را تعیین میکند رابطه بسیار نزدیک

وقوی وجود دارد. قرآن غالباً وضع احوال شخصیه را در حقیقت بررسی میکند.

بهر صورت تغییر قسمت‌های دیگر خیلی آسانتر صورت گرفت. همانطور که از حقوق اسلام استفاده و استنباط میشود قانون اساسی هیچوقت بیش از یک امید دینی نبوده است. هم قانون جزا و هم قانون مالیاتها در همان مراحل اولیه تقدس و جنبه‌های مذهبی خود را از دست داد. در نظر متکلمین، بهر صورت، آنان که حکومت میکنند اگر از قوانین شرع در این گونه مسائل تخلف کنند و انحراف جویند مقصرند. ولی هیچ مسلمانی را نمیتوان بعلت تسلیم بمقرراتی که از طرف قدرت حاکمه وضع گردیده سرزنش کرد، زیرا خود قرآن موافقت و پیروی از حکومت مدنی رسمی را توصیه نموده است. بهر صورت یک فرد مسلمان از پیروی شدید قوانین حقوقی در موارد ضرورت معفو گردیده است. در کشورهای مختلف گاهگاه کوششهای جدی ولی غیر موقتی از طرف گروههای متعصب در راه اجراء کامل وبدون قید و شرط حقوق اسلامی بعمل آمده است. اقدامات، کوششها و شورشهای مرابطون^۲ در شمال افریقا و در اسپانیا (در قرن یازدهم و دوازدهم) و امپراطور مغول اورنگ زیب (۱۷۰۷-۱۶۵۸) در هندوستان در قرن هفدهم و فولانیس یا

۱- شاید منظور آیه شریفه «اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولی الامر منكم» (سوره نساء آیه ۵۹) باشد. مترجم

۲- سلسله المرابید Almoravids که بنام المرابطون Almorabetoon نیز شناخته شده است بوسیله یحیی ابن ابراهیم الجدالی تأسیس و در قرون ۱۱ و ۱۲ بر شمال افریقا حکومت کرد وقتی نفوذ خود را تا اسپانیا نیز گسترده. شهر مراکش را این سلسله بمقلوب پایتخت قلمرو حکومت خود ساختند (المنجد چاپ بیستم - المرابطون) مترجم.

فولب^۱ در افریقای غربی در قرن نوزدهم و وهابیهها در عربستان در قرن نوزدهم و بیستم از این نوع است.

۱۰- سازمان قضائی.

بهمین علت است که تصور مسلمانان در مورد تصادم و برخورد جامعه معتقد با جوامع غیر مذهبی هرگز بوقوع نیپوسته است. تفاوت و دوگانگی محسوسی که در سیستمهای حقوقی وجود دارد دلیل خوبی برای اثبات این موضوع است.

در زمان بنی امیه، تنها دوران قضاوت شرعی واقعی بر طبق حقوق مسلمانان، يك نوع و بلکه چندین نوع دادگاه در کنار یکدیگر با دادگاه شرع وجود داشته است. این دادگاههای غیر مذهبی با آداب و رسوم محلی و مقرراتی که از طرف قدرتهای حاکمه وضع گردیده است استناد جسته و تصمیمات آنها تا حدی با قوانین اسلامی در مسائل پلیسی، بازرسی و کنترل بازار و انصاف و داوریهای خلیفه و جانشینانش اختلاف دارد. قدرتی که این مراجع قضائی کسب کرده اند نشان میدهد که تا چه حد حقوق اسلامی در یک کشور اسلامی اجرا میگردد.

۱۱- مشخصات پیشرفتهای حقوقی معاصر

سه تغییر قابل توجه در حقوق کشورهای اسلامی در قرون نوزده و بیست بوجود آمده است.

اولین تغییر که دو تغییر دیگر را تحت تأثیر قرار داده عبارتست از پیشرفتی سابقه مقررات اداری (قانون) که قبلاً موقعیتی بسیار ناچیز را حیازت میکرد. دومین تغییر پذیرش قوانین حقوقی کشورهای مغرب-زمین بوسیله کشورهای مختلف اسلامی در قسمتهای مختلف است. سومین

تغییر و جدیدترین آنها عبارتست از محدود کردن مقررات و دادگاههای که قبلاً مسئول اداره امور قضائی در بعضی کشورهای اسلامی بوده اند.

۱۲- کدگذاری قوانین در کشورهای اسلامی

حقوق اسلامی همیشه معتقد بوده است که قدرتهای مدنی حق وضع مقررات (بطور محدودی) را بمنظور برقراری نظم جامعه دارد. این حق برای قرنهای متمسادی باتعدیل اجرا میگشته است و بهیچوجه باعث ناراحتی متکلمین و متشرعین اسلامی هم نگشته. بهر صورت در صدسال گذشته در کشورهای اسلامی جریان از این قرار نبوده است: از این حق وضع مقررات و برقراری نظم جامعه بطور کامل استفاده شده است و این امر موجب پیدایش بخش جدیدی در حقوق گردید. اصول و احکام با سابقه نیز تحت تأثیر ظواهر مقررات اداری قرار گرفته اند. زیرا احتیاج بهماهنگی بازندگی مدرن رسماً مورد اعتراف قرار گرفته. این تغییرات و پیشرویها تا آنجا که بامسائل احوال شخصیه، خانواده، ارث و مسائل مشابه مانند وقف و آنچه نفع جامعه در آنست در حقوق اسلامی تضاد و تصادم نداشته باشد مورد قبول واقع گردیده و این پیشرویها بهمین جا هم متوقف نشد.

اولین سؤال آنست که آیا این قدرتهای مدنی در جریان هماهنگی کردن و ترکیب و تدوین قوانین حق دارند که قوانین و احکام شرع را بطور سیستماتیک توسعه داده بدون آنکه آنها را واقعاً تغییر دهند. علاقه باتمام این کار خیلی زیاد بود، زیرا این کار موجب رفع احتیاج مراجعه بمنافع بیشمار و مجهول که بزبان عربی چاپ شده بود و بسیاری از کشورهای اسلامی از آن اطلاع کافی نداشتند می گردید. اخباریون و قشریون از خطرات منطقی و مستدل کردن حقوق کاملاً آگاه بودند و تنها

در این اواخر بود که هیئتهای حاکمه حق قانونی وضع مقررات در احوال شخصیه و خانواده و مسائل مشابه را بدست آوردند هر چند این حق در واقع بیش از وضع قوانینی که قبلا هم تأیید شده بود کاری انجام نداد. کدهای مربوط باحوال شخصیه‌ای که محمد قدری پاشا در مصر و رم و موراند در الجزایر تهیه کرده هنوز هم بیش از يك کار شخصی تلقی نمیشود، هر چند وفاداری آنها به اسلام و پیروی از اسلام واقعی و درجه علمی آنان و کوشش در راه پیروی از روح اسلام مورد اعتراف است. حتی در ترکیه قانون مدنی عثمانی و قانون آئین دادرسی مدنی چاپ ۱۸۷۷-۱۸۷۰ تحت عنوان مجله قسمت احوال شخصیه و خانواده و موضوعات مشابه را، علیرغم مشکلاتیکه برای تر کها در مورد مراجعه بمنابع عربی وجود داشت، نادیده گرفته است.

در ۱۹۲۷ ملک ابن سعود در عربستان تصمیم خود را در مورد کدگذاری قانون اسلامی بر اساس تعلیمات و فتاوی ابن تیمیه (۱۳۲۸) اعلان نمود ولی این طرح و تصمیم بعلت مخالفتهایی که صورت گرفت بمرحله اجراء در نیامد.

۱۳- کدهای جدید.

هر چند کدبندی و تقسیم و تدوین قوانین اسلام در ابتدا بامشکلاتی مواجه شد سرانجام این کار در چند کشور اسلامی صورت گرفت. اولین کدگذاری حقوق اسلامی که بصورت قانونی صورت گرفت عبارت بود از قانون مدنی ایران که بین ۱۹۳۵-۱۹۲۷ صورت گرفت، در قسمت قانون خانواده وارث^۱. کدبندی و تدوین قانون احوال شخصیه در تونس

۱- در سال ۱۹۰۷ کمیته‌ای از علما مامور شدند که حقوق شیعه را کلاسه و بصورت مواد قانونی بشکل جدید در آورند. این کمیته موفقیتی بدست نیاورد. قانون مدنی فعلی ایران بین سالهای ۱۹۲۶ (ج ۱) و ۱۹۳۴ (ج ۲ و ۳) طبق —

مراکش و عراق نیز صورت گرفته و کدمشابهی نیز در قانون اساسی (ماده ۴۴) جمهوری اسلامی موریتانیا مورد توجه قرار گرفته و پیش-بینی شده .

تغییرات مهمی در قانون مربوط بتوارث در مواردیکه وصیت وجود ندارد و در قانون امور خیریه و عام المنفعه ، هرچند بصورت کدنیست ، در قانون مصر صورت گرفته است .

مقررات مربوط به سرپرستی و قیم و گم شدن اشخاص دچار تغییرات قانونی مهمی در الجزایر شده است و اصلاح قانون خانواده در پاکستان نیز در دست مطالعه است . همینطور که ملاحظه میشود تمایل بر فورم که قبلاً طرد شده بود مجدداً در بسیاری از کشورهای اسلامی مورد توجه قرار گرفته است . ولی تردیدهای قبلی در مورد کدبندی و تدوین قانون احوال شخصیه شاید کاملاً غیر موجه نبوده است . علیرغم کوششهای فراوان در راه حفظ ظاهر و ایجاد توافق بین قدرتهای مذهبی از راه اصرار در محاسن غیر قابل خدشه این تغییرات جدید شکی نیست که در کشورهای معینی این تغییرات موجب بدعتهایی گردیده که بسختی با حقوق واقعی اسلامی قابل تلفیق و تطبیق است .

علیرغم انتقادهایی که قشریون و متشرعین ممکنست نسبت باینگونه تغییرات بعمل آورند این تغییرات اساساً بر پایه های مفاهیم، تفکرات

← نظریه مشهور و رسمی فقهای معروف شیعه تنظیم شد. آنچه از حقوق کشورهای غربی اقتباس شده بود (مخصوصاً فرانسه) در چهار چوب و قالب سیستم حقوقی شیعه ریخته شد و سپس بصورت قانون درآمد. در مواردیکه بین مواد حقوقی تناقض و تنازع بوده و یا قانون تکلیف را روشن نکرده و یا سکوت اختیار کرده ، روح اسلام در پرتو شیعه بضمیمه عدالت طبیعی و آداب و سنن ملی بایستی مورد توجه قرار گیرد (قانون مدنی ایران). مترجم

واستنباطات از حقوق اسلام استوار میباشند. این مطلب در مورد کدهائیکه درصد سال گذشته در حقوق بسیاری از کشورهای اسلامی در قسمتهای غیر احوال شخصیه، حقوق خانواده و توارث و مسائل مربوط بمنافع عامه داخل شده اند صدق نمیکند. برای تشخیص این نکته کافیست که نظری بکدهای قانون جزا، آئین دادرسی جزائی، معاملات و عقود، قانون تجارت، آئین دادرسی مدنی و قانون کار و امور اداری بشود. این مطلب کاملاً روشن است که مفاهیم و استنباطات حقوق غربی در این قسمتها در حقوق تعدادی از کشورهای اسلامی وارد شده است. این نکته مخصوصاً در ترکیه محسوس است: کمال اتاتورك در ۱۹۲۶ دستور تدوین قانون مدنی ترکیه را بر طبق قانون مدنی سویس صادر نمود (باتعدیل). در مصر، لبنان، ایران، مراکش، اندونزی و پاکستان تأثیر غرب زیاد است هر چند نه باندازه ترکیه. با استثنای مسائل مربوط باحوال شخصیه، خانواده، و توارث قوانین این کشورها یا بخانواده حقوقی رومانو-جرمانیک یا بخانواده حقوقی انگلیس و کمون لانزدیک شده است. تنها در موارد محدود و معدودی حقوق اسلامی اصالت خود را حفظ نموده است.

۱۴- زوال سیستم حقوقی سنتی یا قرادیسیمون Tradition ۲

انتخاب این دو سیستم حقوقی که باین طریق در این کشورها صورت گرفته است تا موقعیکه محدوده و حوزه اجرا و قدرت هر کدام

۱ - Romano-Germanic

۲ - Common Law (English Law)

۳ - بنظر میرسد که توجه مؤلف از بکار بردن اصطلاح حقوق سنتی به حقوق

اهل سنت بوده. کلمه سنت که از طرف اهل سنت بکار میرود (رابطه بین سنت و اهل -

مشخص باشد ممکن بنظر میرسد. البته باید توجه داشت که این دو سیستم باقتضای طبیعت خود چه در اصول و چه در روش بایکدیگر تباین دارند. یکی از این دو سیستم بر حقوق تطبیقی و استدلالات عقلی استوار بوده و مستمراً در حال تغییر است در حالیکه سیستم دیگر بر پایه‌های قدرت و ایمان استوار بوده و اساساً غیر قابل تغییر است. بهر صورت این قسمت از تشخیص و امتیاز سیستم حقوقی مذهبی (غیر قابل تغییر بودن) نیز سرانجام در حال زوال است. در بسیاری از کشورهای اسلامی قضات مسئولیت قضاوت در قوانین جدید را بموازات حق مسئولیت قضاوت در قوانین اسلامی را بطور مساوی دارند، قدرت اختصاصی قدیمی حقوق اسلامی در ترکیه در سال ۱۹۲۶ از بین رفت و در مصر از ۱۹۵۵ و در تونس و پاکستان از ۱۹۵۶ این قدرتهای حقوقی وجود خارجی ندارند. در ایران میدان این قدرت محدودیت پیدا کرده و در اندونزی در حال از بین رفتن میباشد. از این بیعد هم فقه و هم کدهای جدید هر دو بموازات یکدیگر بوسیله قضاتیکه باروشهای عقلی و منطقی حقوق غربی تربیت شده و بآنها آشنائی دارند بکار

— سنت قابل توجه است و از همین جا میتوان وجه تسمیه و اصطلاح را درک کرد) و با انگلیسی به Tradition ترجمه شده است در اصل بمعنی راه و رسم معمول بوده و جمع آن سنن است. مکتب و سیستم حقوقی شیعه بجای کلمه سنت اصطلاحات کاملاً متفاوت دیگری مانند حدیث، خبر و روایت را بکار میبرد و وجه جامع این اصطلاحات عبارتست از نظرات جدیدی که ادامه خواهند یافت. این اصطلاحات اصلاً به رسم و عادت قابل تفسیر نیستند. نکته جالب توجه آنکه مفهوم و حجیت سنت در حقوق شیعه بطور کلی بر پایه‌های نظرات کلامی و حقوقی استوار است. بهر صورت چون مبانی حقوق در سیستم شیعه - کتاب، سنت، عقل و اجماع (ادله اربعه) است و عقل بر ادله دیگر حکومت دارد این سیستم را نمیتوان بطور درست سیستم حقوقی سنتی دانست و بنا بر این تضاد موضوع بحث در سیستم حقوقی شیعه چندان محسوس نبوده و نیست. (مترجم)

خواهند رفت. این پدیده جدید محتملا از تدوین و کدبندی قوانین مختلف مهمتر خواهد بود.

۱۵- تنوع قوانین اسلامی

قوانین مثبت کشورهای اسلامی در شکل فعلی خود بایکدیگر اختلاف زیادی دارند. شرایط اجتماعی و آداب و سنن در کشورهای اسلامی متفاوت میباشند. اختلافات اساسی متعددی مصر، مالی، سین کیانگ، پاکستان و اندونزی را از یکدیگر جدا مینماید. ایران با آداب و سنن باستانی خود که علیرغم مسلمان شدن از راه فتح بدست نژاد دیگر حفظ نموده افتخار می‌ورزد. بهمین جهات است که تصویر کامل قوانین کشورهای اسلامی امریست کامل مشکل. با وجود این مشخصات عمومی قابل توجهی وجود دارد و کشورهای اسلامی را میتوان بسه گروه متفاوت طبقه بندی نمود.

اولین گروه تشکیل میشود از کشورهای اسلامی که از سیستم سیاسی جمهوری اشتراکی پیروی میکنند.

آلبانی و جمهوری اشتراکی آسیای مرکزی (آذربایجان شوروی، قزاقستان شوروی، جمهوری اشتراکی ترکمنستان، جمهوری اشتراکی ازبکستان، جمهوری اشتراکی تاجیکستان و جمهوری اشتراکی قرقیز). در این کشورها که سیستمهای سیاسی خود را بر اصول مکتب ماتریالیست^۱ تاریخی و تئوریهای مارکسیست، لنینیستی استوار نموده‌اند دین اسلام در نظر قدرتهای حاکمه يك اشتباه محسوب میگردد.

در این کشورها بهیچ وجه کوششی برای حفظ حقوق اسلامی صورت نمیگیرد، زیرا بحقوق اسلام بعنوان عاملی که برای حفظ نظام

اجتماعی غیر اشتراکی وضع و جعل گردیده است نگریسته می شود. این جمهورها اینک دارای يك سیستم حقوقی غیر مذهبی بوده که بمنظور ایجاد يك نوع جامعه جدیدی که معتقد باصولی خواهد بود که با اصول اسلامی کاملاً مغایرت خواهد داشت تدوین گردیده است.

در این کشورها دادگاههایی که قوانین اسلامی را بکاربرند وجود ندارد، هر چند قوانین اسلامی و اسلام هنوز هم در خلفاوی خارج از حوزه حقوق رسمی از طرف مردم، علیرغم کوششی که از طرف مقامات رسمی برای جدا کردن اسلام از مردم بعمل آمده است، مورد توجه است. برخلاف گروه اول، گروه دوم تشکیل میشود از کشورهاییکه خیلی کم تحت تأثیر نظریه های جدید قرار دارند. کشورهای شبه جزیره عربستان (عربستان سعودی، یمن، عدن) و امارت نشینهای خلیج فارس، افغانستان در آسیا و سومالی لند در افریقا نمونه های کاملی از این گروه میباشند. این کشورها در تئوری با قوانین اسلامی اداره میشوند ولی در حقیقت تحت قدرت آداب و رسوم و سنن خود هستند و هر چند به برتری و عظمت قوانین اسلامی اعتراف دارند در بعضی موارد کاملاً با آنها مغایرت دارند. سومین گروه مرکب است از کشورهاییکه در آنها قوانین اسلامی، مانند گروههای قبلی، کم و بیش با آداب و رسوم ترکیب شده و محدود گشته است باحوال شخصیه، خانواده منافع عامه و در بعضی موارد قوانین ارضی. در غیر این موارد قوانین جدیدی وضع شده تا روابط اجتماعی جدید را تنظیم نماید.

این گروه آخر بنوبه خود میتواند بدو گروه، بر اساس اینکه آیا حقوق جدید بر پایه های سیستم حقوق کمون لا Common Law (مانند پاکستان، مالزی، نیجریه شمالی و سودان) و یا بر پایه های سیستم حقوق فرانسه (کشورهای فرانسه زبان افریقا و کشورهای عرب زبان بجز سودان و ایران و مستعمرات هلندی (اندونزی) استوار است، تقسیم گردد.

ممکنست این امر باعث تعجب شود که ترکیه در این گروه بندی داخل نیست . ترکیه موقعیتی خاص را در بین کشورهای مسلمان دارد . زیرا ترکیه يك کشور مسلمان غیر عربی است که با کشورهای اروپای غربی روابط نزدیک سیاسی و اقتصادی دارد . از نقطه نظر حقوقی اختلاف ترکیه با سایر کشورهای مسلمان اینک بمراتب کمتر از چهل سال قبل است . انقلاب کمال اتاتورك ، آنطور که بعضی مواقع تصور میشود ، باعث قطع ترکیه از گذشته خود نگشت . انقلاب اتاتورك در واقع در نتیجه وقایعی بود که حتی بسال ۱۸۳۹ منتهی میگردد . منشور مقدس گولهین Gulhane در ۱۸۳۹ باعث بوجود آمدن مجموعه «تنظیمات» گردید .

انتخاب قانون مدنی سوئیس بوسیله ترکیه در ابتدا باعث تعجب گردید ولی این موضوع بخودی خود چندان اختلافی با تطبیق قوانین ترکیه با کدهای حقوقی و قوانین کشورهای اروپائی ندارد . بهر صورت آنچه بیش از هر چیز باعث تعجب است اصلاح قانون احوال شخصیه ، خانواده وارث ترکیه در ۱۹۲۶ است که بطور کلی بر پایه های قوانین غربی استوار است و با مفاهیم و سنن اسلامی کاملاً مغایرت دارد . در این قانون ترکیه تعدد زوجات ، حق يك جانیة طلاق برای شوهر و عدم تساوی ارث فرزندان دختر و پسر را طرد کرد . از این موقع این تغییرات در سایر کشورهای اسلامی با صورت گرفته است و یاد حال صورت گرفتن میباشد و يك تجربه نهائی نشان میدهد که ترکیه تنها سرخیل این تغییرات بوده است .

۱۶- حقوق اسلامی و غربگرایی

ممکنست سؤال شود که آیا کلیه آثار قوانین اسلامی سابق در کشورهای اسلامی در مواردیکه قوانین بطور وسیعی تحت تأثیر سیستمها

ومدل‌های حقوقی غربی قرار گرفته ناپدید گردیده و آیاسیستم حقوقی اسلامی بنا بر این بایستی از لیست سیستم‌های حقوقی مهم معاصر حذف گردد .
 کوشش فراوان شده است که چنین استنتاجی صورت گیرد، صرف نظر از میزان تأثیر سیستم‌های حقوقی غربی بر روی قوانین در کشورهای اسلامی .
 ل . میلیوت^۱ گفته است که « نتیجه نهائی بحث تلفیق و انتخاب قوانین کشورهای اسلامی با سیستم‌های حقوقی غربی، اسلامی کردن این سیستمها و قوانین است ».

ج.ن.د. اندرسون^۲ نیز معتقد است که در زمان فعلی کشورهای مسلمان توانسته‌اند قسمت‌های مختلف قوانین فعلی خود را، چه قوانینی که از شریعت اتخاذ شده و چه آنها که از منابع غربی ریشه گرفته، ترکیب و تلفیق نمایند بنحویکه با سنن و طرز تفکر خود تطابق و موافقت داشته باشد.
 در اینجا لازمست بآنچه در اتحاد جماهیر شوروی و سایر کشورهای سوسیالیستی بوقوع پیوسته است توجه شود . يك كوشش سیستماتيك در راه طرد سنن بمنظور بوجود آوردن يك نظام اجتماعی و حقوقی جدید صورت گرفته . ولی تجربه نشان داده است که گذشته را نمیتوان با خراش نوک قلم تغییر داد . اساس حقوق و قانون ممکنست بطور وسیعی تغییر کرده باشد ولی نظام حقوقی و تا حدود زیادی روشهای حقوقی بوضع سابق باقی مانده باشد . تجربه در کشورهای اسلامی نیز بدون شك همین نکته را تأیید خواهد کرد . يك قسمت جدیدی از قانون که بر اساس سیستم و مفاهیم جدید پایه گذاری شده ممکنست با مفاهیم حقوقی غربی تلفیق و تطبیق داده شود و مورد قبول کامل قرار گیرد . حتی در بعضی موارد ممکنست از اصول قدیمی اصلی تا حد رد و طرد مفاهیم اساسی حقوق

۱- Milliot : Le Conception Musulmane du Droit

۲- J.N.D. Anderson, Islamic Law In the Modern World

اسلام نیز جداگشته و غیر مذهبی گردد . با وجود این ، حقوق کشورهای اسلامی هنوز هم کاملاً در خانواده و سیستم حقوقی رمی تحلیل نخواهد رفت و با حداقل برای سالهای سال چنین نخواهد شد . صرف نظر از ملاحظات حقوقی ، قضات در کشورهای اسلامی برای مدتی متمادی در طرز فکر و بحث خود به سنن و رسوم کاملاً پابند خواهند بود . این روش و راه ورسم کشورهایی است که در آنها زندگی میکنند . اگر بنا باشد که کلیه آثار و سنن حقوقی اسلامی بکلی از بین رود در واقع تمدن اسلامی بطور کلی بایستی طرد گردد نه تنها حقوق و قانون بلکه جامعه بطور کلی بایستی تغییر کند . علاقه و اراده بانجام این کار در کشورهای اسلامی جمهوری سوسیالیستی ولی نه در کشورهای دیگر ، وجود دارد . حتی ترکیه که مایلست يك کشور غیر مذهبی گردد تصمیم ندارد انقلاب خود را از راه مبارزه کامل با اسلام تکمیل نماید . در چنین شرایطی بنظر نمیرسد که این کشورها کاملاً تسلیم سیستم حقوقی کمون و یارمی شوند . بطور احتمال تقسیم بندی و مفاهیمی که از قوانین و حقوق غربی اتخاذ گردیده بطوری با قوانین تلفیق خواهند شد و رنگ اسلام خواهند گرفت که با طرز استدلال و روشهای حقوقی موافق با سنن مورد تأیید حقوق اسلامی تطبیق نمایند . بهمین جهت مطالعه و بررسی حقوق اسلامی هم از نظر بین المللی و هم از نظر حقوق تطبیقی در حال حاضر و برای مدتی طولانی مفید خواهد بود .