

حضور شریعت در قانون اساسی یک دولت مدرن عربی

## اسلام و حقوق اساسی در مصر

کلارک. ب. لمباردی \*

برگردان: حسن رضایی

مجمعل و مبهم، کار اجرای حقوق اساسی را با

دشواری روبرو ساخته است. دادگاه‌ها در

\* نویسنده دارای دکترای حقوق و فوق لیسانس فلسفه از دانشگاه کلمبیای آمریکاست و هم اکنون همکار رئیس دانشگاه کلمبیا می باشد. وی در حال نگارش رساله خود درباره تفسیر حقوق اسلامی است. نوشتار حاضر ترجمه مقاله زیر است:

Clark Benner Lombardi, "Islamic Law as a Source of Constitutional Law in Egypt: The Constitutionalization of the Sharia in a Modern Arab State", *Transnat'l Law, Column 37, 1998-1999, pp. 81-123.*

توضیح مترجم: نویسنده در این نوشتار کوشیده است تلاش‌هایی که در برخی از کشورهای اسلامی در جهت اسلامی سازی نظام حقوقی خود انجام می دهند، تشریح نماید و در این خصوص توجه خود را بر چالش‌های جامعه مصر متمرکز ساخته است. مع الوصف آنچه که در آن تردیدی نمی توان رواداشت بی دانشی نویسنده مقاله نسبت به تحولات روند اسلامی سازی در نظام جمهوری اسلامی ایران و چالش‌های پشت سر گذاشته آن است که چنانچه نویسنده از این دانش برخوردار بود می توانست احتمالاً تحقیقی جامع تر، تطبیقی و مفیدتر ارائه نماید.

### مقدمه

در خلال سی سال گذشته جنبش‌های مردمی،

خواهان اجرای برخی اشکال شریعت (حقوق

اسلامی)، پدیده رایجی در بین بسیاری از

ملت‌های اسلامی بوده است. بر اثر فشار این

قبیل جنبش‌های اسلام‌گرا<sup>(۱)</sup> بسیاری از

کشورهای اسلامی وادار شده‌اند با اعطای نقش

بیشتری به شریعت، اصل جدایی دین از

سیاست را نادیده بگیرند. این جنبش‌ها موجب

شدند که تاکنون چندین دولت مسلمان با

تجدیدنظر در قانون اساسی خود برای نقش

حقوق اسلامی در جامعه اهمیت بیشتری قائل

شوند.<sup>(۲)</sup> اما واقعیت این است که اصلاحات

صورت گرفته غالباً به دلیل استفاده از تعابیر

هنگام تفسیر عبارات راجع به حقوق اسلامی در متن قانون اسلامی با دو مشکل عمده روبرو شده‌اند: اول، تحول و تغییر در تعریف کاربردی شریعت؛ یعنی مفهومی که در طول قرن‌ها، برداشت‌ها و فهم‌های گوناگونی از آن شده است. دوم، تعیین جایگاه حقیقی شریعت در قانون اساسی.

در سال ۱۹۸۰ حکومت مصر اصل (۲) قانون اساسی ۱۹۷۱ را اصلاح کرد. در اصل (۲) جدید آمده است: «الشریعة الاسلامیة المصدر الرئیسی

للتشريع». از این زمان به بعد است که می‌بینیم دادگاه‌های مصر مجبور می‌شوند به تفسیر این اصل بپردازند و ضمن تعریف اصطلاح «شریعت اسلامی» روشن می‌سازند که معنای عبارت «المصدر الرئیسی للتشريع» چیست. این پرسش‌ها در وهله اول متوجه دیوان عالی قانون اساسی مصر<sup>(۳)</sup> (SCC) بود، چرا که تفسیر دیوان برای تمام دادگاه‌ها در مسائل راجع به اصول قانون اساسی لازم‌الاتباع است<sup>(۴)</sup> و این نهاد قضایی به موجب قانون اساسی ۱۹۷۱ برای صیانت از قانون اساسی و به عنوان مرجع رسمی تفسیر آن تأسیس شده است. دیوان با نظارت قضایی خود حافظ آزادی‌های اساسی مندرج در قانون اساسی از گزند قوای مقننه و مجریه است. در حقیقت دیوان، دادگاهی اختصاصی است که صلاحیت آن تفسیر اصول قانون اساسی است<sup>(۵)</sup> از سال ۱۹۹۳ تاکنون موارد متعددی از دعاوی اصل (۲) به دیوان ارجاع شده است. دیوان در راستای تفسیر اصل (۲)، اصطلاح

«شریعت» را تعریف کرده است. همچنین شروع به تقویت روشی کرده است که دادگاه‌های مصر با اتخاذ این روش بتوانند در خصوص شرعی بودن یا نبودن یک قانون نظر دهند. متأسفانه تاکنون بررسی‌های محققانه چندانی در باب این نظریات دیوان صورت نگرفته است.<sup>(۶)</sup> من نسبت به دور نمای بلند مدت نظریه دیوان خوش بین نیستم. بنابراین در این نوشتار سعی دارم با تحلیلی انتقادی نظریه مذکور را بررسی کنم.

در بخش اول مقاله، پیشینه تاریخی آرای دیوان را در خصوص اصل (۲) بیان می‌کنم. در این بخش مباحث اولیه پیرامون روند اسلامی سازی در مصر را که نهایتاً به اصلاح اصل (۲) منجر شد، بررسی می‌کنیم و نیز به مشروح مذاکرات اصلاح‌کنندگان قانون اساسی نگاه خواهیم کرد. در بخش دوم مقاله آرای دیوان راجع به اصل (۲) از سال ۱۹۹۳ بررسی می‌شود، زیرا در همین دعاوی بود که دیوان بالاخره به تعریف «شریعت» پرداخت و متدولوژی مورد نیاز دادگاه‌های مصر را به منظور تعیین مغایرت یا عدم مغایرت قوانین مصوب با موازین شرع بسط و توسعه بخشید. گفتار اول این بخش به مسائل و مشکلات دادگاه‌ها در تعریف «شریعت اسلامی» اختصاص دارد و گفتار دوم آن تصویری اجمالی از تعریف دیوان را در عمل ارائه می‌کند. همچنین دور رأی از مهم‌ترین آرای دیوان که در همین اواخر در خصوص اصل (۲) صادر شده است، مورد بحث و دقت نظر قرار

می‌گیرد. بالاخره در بخش سوم ضمن برشمردن ادله حقوقی دیوان و نقد آنها به نتیجه‌گیری خواهیم پرداخت.

ارزش‌های سنتی «اسلامی» به خرج نداد. دادگاه‌ها هم هرگز اصل (۲) را به لزوم اسلامی کردن قوانین تفسیر نکردند.

اما با گذشت دهه هفتاد، جنبش‌های اسلامی مصر به شکل خاصی فعال شدند. آنها به شدت حکومت را به خاطر عدم تلاش برای اجرای شریعت مورد انتقاد و ایراد قرار دادند. برخی تأکید داشتند که اصل (۲) قانون اساسی بد تفسیر شده و لازم است از این اصل و وجوب فوری اصلاح حقوق مصر و هماهنگی آن با شریعت برداشت شود. اما برخی دیگر استدلال می‌کردند که اصل (۲) تاب چنین تفسیری را ندارد و باید اصلاح شود.

حکومت در سال‌های پایانی دهه هفتاد، دیگر نمی‌توانست نسبت به این خواسته‌ها بی تفاوت باشد. در نتیجه مجبور شد در سال ۱۹۸۰ با تغییر در قانون اساسی نقش برجسته‌تری برای حقوق اسلامی در جامعه مصری قائل شده و بدین ترتیب به نگرانی‌های روبه افزایش مسلمانان پاسخ مثبت دهد. تغییر این گونه شد که عبارت اصل (۲) قانون اساسی ۱۹۷۱: «الشریعة الاسلامیة مصدر رئیسی للشریعة» به عبارت «الشریعة الاسلامیة المصدر الرئیسی للشریعة» تبدیل شود.

تغییر در واژه‌های اصل (۲) عبارت بی تأثیر سابق را به یک عبارت پر مناقشه و بالقوه نیرومند تبدیل کرد. اقدام به اصلاح اصل (۲) امتیازی بود که از سوی حکومت به اسلام‌گراها داده شد و متضمن این واقعیت‌ست که از

## ۱- اصلاح اصل (۲) و پرسش‌های مطرح شده

قانون اساسی فعلی مصر در فروردین سال ۱۹۷۱ به تصویب رسید. زمانی که این قانون در حال تدوین بود، در این مورد که قانون اساسی جدید چگونه «اسلامی» می‌شود، بحث همگانی شدیدی در میان جامعه در گرفت. سرانجام اصل (۲) در قانون اساسی گنجانده شد. مطابق این اصل، اسلام در جامعه مصر دارای نقش‌های متعددی است؛ اسلام دین رسمی کشور اعلام شد و همچنین تصریح شد که «الشریعة الاسلامیة مصدر رئیسی للشریعة»، یعنی شریعت اسلامی منبعی از منابع اصلی قانونگذاری در مصر است.

در آغاز به اصل (۲) به عنوان یک اصل توصیفی نگاه شد تا یک دستور الزام‌آور قانون اساسی. در آن موقع علی‌رغم تاریخ دیرینه مصر به عنوان یک کشور با سابقه اسلامی، بازنگری قوانین مصر به منظور مطابقت با شریعت به عنوان یک تکلیف مورد توجه قانونگذاری قرار نگرفت. به همین سبب مشاهده می‌کنیم در دهه هفتاد تلاش‌های اندکی در جهت اسلامی سازی قوانین صورت می‌پذیرد. قوه مقننه تحت سیطره یک حزب سکولار، هیچ‌گونه کوششی برای تغییر قوانین و انعکاس قانونی

این پس شریعت اسلامی نقش بسیار جدی تری در جامعه مصر خواهد داشت. اما به هر صورت معنای دقیق اصل (۲) و یا آنچه که حقیقتاً حکومت متکفل انجام آن شده بود روشن نبود. اختلاف و نزاع درباره معنای اصل (۲) بر دو سؤال تفسیری عمده متمرکز شده بود: منظور از این که شریعت «منبع اصلی قانونگذاری مصر» است، چیست؟ و «شریعت اسلامی» به چه اطلاق می شود؟

بنابراین ابتدا باید روشن می شد که مقصود از «شریعت منبع اصلی قانونگذاری مصر» چیست؟ با لحاظ کردن شریعت اسلامی به عنوان منبع اصلی (المصدرالرئیس) قانونگذاری مصری، مشخص نشده بود که آیا اصل (۲)، شریعت را به عنوان منبع برتر در سلسله منابع قانونگذاری می داند یا به عنوان یک منبع قانونگذاری که نقش کنترل کنندگی سایر قانونگذاری ها را هم داراست. دلیل سکولاریست ها این است که براساس اصل (۲)، شریعت به عنوان یک مرجح در قانونگذاری دخالت می کند، لذا معتقد بودند هر چند قوه مقننه در تصویب قوانین باید با نگاه به احکام شرع عمل کند، ولی ملزم به تبعیت از قرائت خاصی از شریعت نیست. قوه مقننه آزاد است تا هر قرائتی از شریعت را که با مقتضیات زمان و مکان سازگار است اختیار کند و هر آنچه که به نظرش هماهنگ با زمان نیست و یا قابلیت اجرایی ندارد، نادیده بگیرد.<sup>(۷)</sup>

اما اسلام گراها «المصدرالرئیس» را به «منبع عالی» تفسیر می کردند. لذا براین اساس بایستی تمام قوانین مصر با موازین شریعت اسلامی هماهنگ شود و هر قانون مغایر شریعت بایستی توسط قضات بی اعتبار اعلام شود. واژه «الرئیس» صفت است و اسم آن «رئیس» است. رئیس هر چیز، معمولاً رهبر یا مهم ترین بخش آن می باشد. رئیس غالباً به شخصی اطلاق می شود که حق کنترل و نظارت دارد. برای مثال «رئیس» جمهور عالی ترین مقام اجرایی کشور است. پس وصف «الرئیس» به معنای «مهم ترین» است و اغلب دلالت ضمنی بر «عالی ترین مقام» دارد. از این رو تفسیر اسلام گرایان مقبول و منطقی نشان می داد.

اما دومین سؤال، صرف نظر از این که معنای «المصدرالرئیس» چیست؟ این است که مراد از اصطلاح «شریعت» چیست؟ همان گونه که در گفتار بعدی توضیح خواهیم داد، اصطلاح «شریعت» برای افراد مختلف در زمان های مختلف معانی متفاوتی داشته است. مسلمانان در این باره عموماً به گزاره هایی کلی و مجمل از قبیل: «شریعت یعنی قانون وحی شده به پیامبر که در متون مقدس اسلام [کتاب و سنت] ضبط شده است» اذعان داشته اند. اما به هر حال هیچ اجماعی در خصوص نحوه استنباط و استنتاج قوانین و احکام از این متون مقدس وجود نداشته است و بنابراین می توان ادعا کرد در مورد همه قوانین وحی شده به پیامبر اجماع دیده نمی شود. نتیجه آن که ما به یک تعریف کاربردی پذیرفته شده از سوی

تمام مسلمانان دسترسی پیدا نخواهیم کرد. بحث و مناقشه درباره معنای اصل (۲) اصلاحی، نخستین بار در قوه مقننه بالا گرفت. قبل از اصلاح، حزب حاکم کمیسیون پارلمانی تشکیل داده بود تا قوانین مصر را از جهت مطابقت آنها با شرع مورد بررسی قرار دهد. اسلام گراها که در انتظار شروع اصلاحات از سوی قوای مقننه و قضائیه بودند، تمام توان خود را برای فشار بر این دستگاه‌ها به کار گرفتند. آنها در ابتدای امر موارد زیادی از قوانین مغایر با اصل (۲) را در دادگاه‌ها مطرح نکردند. البته قوه قضائیه هم در این باره از خود آمادگی نشان نداد. دادگاه‌ها در هنگام مواجهه با موارد مغایر اصل (۲)، دعوا را به دیوان قانون اساسی ارجاع می‌دادند و دیوان نیز در خصوص رسیدگی به دعوی مزبور تأخیر می‌کرد. به نظر می‌رسد دیوان نیز چون مایل بود مسئله اسلامی سازی قوانین با توافق قوه مقننه حل و فصل شود، مایل به دخالت در این امور نبود. اما سرانجام دیوان قانون اساسی مجبور شد واکنش نشان دهد. زیرا که کمیسیون پارلمانی مأمور این امر به طور مکرر گزارش خود را درباره مطابقت قوانین مصر با شرع به تعویق انداخت و لذا اسلام گراها به طور فزاینده‌ای از این روند مأیوس شدند. سرانجام در سال ۱۹۸۵ حکومت به طور رسمی حمایت خود را از طرح اسلامی سازی قطع کرد و بنابراین برنامه قوه مقننه هم برای اسلامی سازی قوانین متوقف شد.

در این جا بود که گروهی از اسلام گراها خواهان تفسیر قضائی اصل (۲) شدند و از مراجع قضائی درخواست نمودند در صورت نیاز، حکم به لزوم اجرای اصل (۲) دهند. تا این که بالاخره در سال ۱۹۸۵ و در واکنش نسبت به بحران‌های ناشی از این مسئله، دیوان قانون اساسی در دو قضیه اختلافی مربوط به اصل (۲) نظریاتی ابراز داشت.

با تأسف بسیار برای اسلام گراها، دیوان قانون اساسی در این دو قضیه مطلب مشخصی راجع به نحوه تفسیر و اجرای اصل (۲) از سوی دادگاه‌ها بیان نکرد. دیوان اصولاً دعوی اول - یعنی قضیه قانون جیحان - را بدون ورود به اصل (۲) رد کرد. اسلام گراها مدعی بودند که قانون مزبور مغایر قوانین سنتی اسلامی است. ادعایی که درست بود. اما دیوان قانون اساسی بدون استناد به اصل (۲) آن را ملغی اعلام کرد. دیوان رأی داد: نظر به این که در تصویب این فرمان قانونی تشریفات معمول تصویب رعایت نشده است، از اعتبار ساقط است.

دیوان در رسیدگی به دعوی دوم - یعنی قضیه ربا - اعلام کرد که اصل (۲) عطف به ماسبق نمی‌شود<sup>(۸)</sup> بدین نحو که پس از بررسی تاریخچه تصویب اصل (۲) اصلاحی به این نتیجه گیری رسید که اصل (۲) فقط شامل قوانین تصویب شده پس از سال ۱۹۸۰ می‌شود<sup>(۹)</sup> و چون در این مورد، قانون مدنی و [تجارت] قبل از ۱۹۸۰ به تصویب رسیده است، مغایرتی وجود ندارد.

اسلام گراها در پی صدور آرای این چینی مایوس شده و در صدد آن برآمدند تا راهی بیابند برای این که مصوبات قبل از ۱۹۸۰ را مغایر با اصل (۲) معرفی کنند. برخی از قضات دادگاه‌های شهرستان هاهم که دارای گرایش‌های اسلام‌گرایانه بودند به کمک آنها شتافته و این گونه دعاوی را مستقیماً به دیوان قانون اساسی ارجاع می‌دادند تا بدین وسیله دیوان مجبور شد بر خلاف خواسته‌اش عمل کند. اما دیوان همچنان سرسختی نشان می‌داد و عطف به ماسبق نشدن حاکمیت شریعت را در دوازده مورد دیگر مجدداً تأیید نمود. در نهایت هشت سال گذشت تا آن که دیوان قانون اساسی وادار شد در مورد شرعی بودن یا نبودن قانونی جدید نظر دهد. بنابراین تا قبل از این رأی جدید، نظریه دیوان درباره معیار تشخیص مغایرت یا عدم مغایرت یک قانون با شرع تعریف نشده بود.

خود را در باب اصل (۲) ترسیم نموده و در قضایای بعدی به بسط و توسعه آن پرداخت. بعد از قضیه سال ۱۹۹۳ دیوان مجبور شد به پنج مورد دیگر از دعاوی مغایر با اصل (۲) رسیدگی کند. ملاحظه مجموع آرای صادر شده، تصویر روشنی از تعریف شریعت نزد دیوان و این که نحوه برخورد دادگاه‌ها نسبت به مسئله اسلامی بودن یا نبودن یک قانون جدید چگونه باید باشد، ارائه می‌دهد.

دیوان در تک تک این قضایا و در جهت اهداف اصل (۲)، شریعت را عبارت از تمام احکامی تعریف کرده که با اصول کلی حقوقی بیان شده در قرآن و پذیرفته شده به وسیله فقهای اسلامی در زمان‌های مختلف هماهنگ باشند. دیوان از این اصول به عنوان «اصول بنیادین شریعت» نام می‌برد. لذا اگر قانونی مغایر این اصول بنیادین حقوق اسلامی نباشد، شرعی است و لذا مغایرتی با اصل (۲) نخواهد داشت. دیوان همچنین در جریان این رسیدگی‌ها از طریق درک چارچوب‌های کلی شریعت عمل کرده است، یعنی به روشی که با اتخاذ آن قضات مصری قادر باشند ضمن تشخیص اصول بنیادین شرع تعیین کنند که آیا قانون مورد اعتراض با این اصول کلی همخوانی دارد یا خیر.

گفتار نخست این بحث به دیگر تعاریف شریعت اختصاص دارد که از سوی فقیهان اسلامی در طول تاریخ فقاهت مطرح شده است. هدف این است که نظریه دیوان جایگاه

۲- دکترین اصل (۲) دیوان از سال ۱۹۹۳: تعریف و تطبیق شریعت

در سال ۱۹۹۳ گروهی از حقوقدانان اسلام‌گرا مبارزه دامنه دار خود را علیه قوانین مصوب پس از ۱۹۸۰ تشدید نمودند. در نهایت دیوان مجبور شد شریعت را تعریف کرده و روش عمل دادگاه‌ها در تعیین مغایرت یا عدم مغایرت قوانین مصر با شرع را شرح و بسط دهند. دیوان در سال ۱۹۹۳ و در جریان رسیدگی به یکی از دعاوی ارجاع شده به آن، طرح کلی دکترین

تاریخی خود را در میان سایر تعاریف پیدا کند. ادامه این بحث مروری است بر تعریف شریعت از دیدگاه دیوان و نیز روشی که دیوان برای سنجش شرعی بودن یا نبودن قوانین به کار می برد. در گفتار پایانی این بخش ضمن تشریح دو مورد اخیر از دعوی اصل (۲) که دیوان آنها را به استناد همخوانی با اصول بنیادین شریعت تأیید کرده است، نشان خواهیم داد که روش به کار گرفته شده از سوی دیوان در عمل چگونه تحقق می یابد.

#### الف- سایر تعاریف شریعت

شریعت اصطلاحی تخصصی برای «حقوق اسلامی»<sup>(۱۰)</sup> است و به مجموعه احکام وحی شده به پیامبر که در قالب نصوص مقدس اسلامی وارد شده است، اطلاق می شود. مسلمانان اطاعت از شریعت را اصلی ترین تکلیف دینی خود می دانند. اما به لحاظ تاریخی هیچ اجماعی در خصوص محتوای شریعت یا تعریف آن وجود نداشته است. اصطلاح شریعت برای مردمان مختلف در کشورهای مختلف، معانی متفاوتی داشته است. حتی گاهی در قلمروی جغرافیایی یک کشور مسلمان در طول قرون متمادی فهم های متفاوتی از آن وجود داشته است. از دهه هفتاد و از زمانی که اصلاح اصل (۲) مدنظر بود، متفکران مصری [هر یک با قرائت خاص خود از دین]، شماری از تعاریف گوناگون شریعت و همین طور روش های گوناگون سنجش شرعی بودن یک قانون را مطرح کرده اند.<sup>(۱۱)</sup> ناگفته نماند که مسلمانان تا حدودی بر مبادی اولیه مشخصی درباره ماهیت شریعت اتفاق نظر دارند. آنها معتقدند که شریعت، مجموعه احکام و دستورات خداوند برای اعمال انسانی است. خداوند برای هر رفتار متصور آدمی یکی از احکام اخلاقی- حقوقی پنجگانه (وجوب، حرمت، استحباب، اباحه و کراهت) را قرار داده است. مکلفین باید بکوشند حکم متناسب رفتار خود را از میان احکام مذکور یافته و برطبق آن جهت زندگی شان را تنظیم کنند.<sup>(۱۲)</sup> از این رو برپایی حکومت اسلامی نیز برای کمک به مسلمانان در اطاعت از اوامر و نواهی الهی در جامعه ضرورت پیدامی کند.<sup>(۱۳)</sup> فقها و مجتهدان اسلامی در کلیت راه های کشف و استخراج احکام پنجگانه تکلیفیه اتفاق نظر دارند. آنان همگی معتقدند که حکم شرعی هر مسئله ای باید در وهله اول با رجوع به دو منبع قرآن و سنت استخراج شود. علاوه بر این اکثر قریب به اتفاق علما دکتترین اجماع را، یعنی دکتربینی که توافق همگانی مجتهدان بر حکمی را حجت شرعی بر حکم الله می داند، به عنوان یکی از منابع احکام دین قبول دارند. بنابراین هرگاه تمام فقهای یک دوره خاص به روی یک فتوا توافق داشته باشند: فرد می تواند کاملاً مطمئن شود که این استنباط صحیح است. می توان با تجزیه و تحلیل انتقادی نصوص و ملاحظه اجماعات فقهی، احکام ابدی الهی را استخراج کرد. همچنین با روش قیاسی، در

مواردی که نص صریح یا اجماع معتبری وجود ندارد، می‌توان به استنباط احکام شرعی پرداخت. نتیجه آن که فرآیند اجتهاد در حقوق اسلامی نیازمند آشنایی عمیق به قرآن، سنت، اجماعات و قواعد عقلی (قیاسی) است. اما همین نکات زیربنایی مورد اتفاق به سرعت راه را برای پیدایش اختلاف آرای نامحدود می‌گشاید. علمای اسلامی در باب روش‌های مقبول تفقه در قرآن، سنت و اجماع، یعنی شیوه‌های استنباط احکام الهی اختلاف نظر دارند.<sup>(۱۴)</sup> لذا در اسلام به مکاتب و مذاهب مختلف فقهی برخورد می‌کنیم. تقسیم‌بندی این مذاهب براساس شیوه استنباط احکام از منابع اجتهادی است. هر یک از مکاتب احکام مذهب خود را احکام حقیقی شریعت می‌داند.<sup>(۱۵)</sup> در جهان اسلام، چهار مکتب عمده فقهی وجود دارند که اکثریت مسلمانان را شامل می‌شوند.<sup>(۱۶)</sup> حاکمان سیاسی در اکثر کشورهای اسلامی یکی از این مکاتب را به عنوان قرائت رسمی کشورشان از حقوق اسلامی برگزیده‌اند. هر چند حقوق اسلامی در غالب کشورهای مسلمان در قرن ۱۹ به حاشیه کشیده شد، اما بیشتر مسلمانان با التزام به مذهب فقهی‌شان، اعمال دینی خود را انجام داده‌اند.<sup>(۱۷)</sup> مذهب حنفی در حدود ۶۰٪ از کل جمعیت مسلمانان جهان از جمله مصر را شامل می‌شود. قوانین خانواده در مصر همچنان در وهله اول براساس فقه حنفی تصویب و اجرا می‌شوند. مذاهب اربعه به عنوان مذاهب «سنت» مشهورند. اما

این عنوان گول‌زننده است، چرا که در اسلام یک قدرت مرکزی دینی مانند کلیسای کاتولیک که قادر به تحریم سایر مذاهب باشد، وجود ندارد. لذا علی‌رغم اقدامات بعضی از علمای اسلامی در زدندگی خواندن یا بدعت‌گزار نامیدن پیروان مذهب دیگر، به طور کلی همه مذاهب اسلامی در متن خود اسلام به رسمیت شناخته شده‌اند. این موضوع به خصوص در دوران جدید پذیرفته‌تر شده است، چراکه دیده می‌شود امروزه دیدگاه‌های مبنایی مذاهب غیر سنتی به عنوان راه‌حل‌های اصلی اسلام‌گراها مطرح شده‌اند.

علمای مذاهب اهل سنت همگی معتقدند با مراجعه به قرآن، سنت و اجماع می‌توان کلیه احکام جزئی و معین رفتار فرد مسلمان را برای همه زمان‌ها و مکان‌ها از شریعت استخراج کرد. در این مکاتب، احکام عموماً با استفاده از قیاسات عقلی نسبت به احکام ثابت و لایتغیر شریعت استنباط شده‌اند. مذاهب چهارگانه از آن جا که در روش تفسیر نصوص و شیوه استنباط اختلاف دارند، طبعاً در اجتهاداتشان به نتایج متفاوتی می‌رسند. ایگناز گلدزیهر (Ignaz Godziher) پژوهشگر مشهور حقوق اسلامی در آغاز قرن حاضر به نکته جالبی اشاره کرده است:

«به دشواری می‌توان در فقه اسلامی موضوعی را یافت که در مورد آن میان مذاهب مختلف عامه اختلاف وجود نداشته باشد.»

مذاهب خاصه (غیر سنتی) و حتی عده‌ای

از فقهای جسور عامه، برخی از پیش فرض‌های اصلی مذاهب اربعه را زیر سؤال برده‌اند. یکی از این انتقادات بنیادی به خصوص قابل توجه است، زیرا که به تدریج تأثیر خود را بر دیوان قانون اساسی نیز گذاشته است. مطابق این اندیشه از بررسی و تحلیل آیات و روایات، احکام معین و جزئی ابدی برداشت نمی‌شود، بلکه در عوض می‌توان یک رشته اصول کلی حقوقی و اخلاقی به دست آورد. مطابق این اندیشه تمام قوانین و مقرراتی که با اصول اساسی دین همخوانی دارند، جزو حقوق اسلامی خواهند بود.

این خط فکری غیر سنتی شدیداً متفکران جدید اسلامی را تحت تأثیر قرار داده است و آشکارا نظریه حقوقی اسلام‌گراها و دیوان قانون اساسی از آن تأثیر پذیرفته است. ریشه‌های این طرز تفکر در مکتب معتزله است. تفکر اعتزالی که قرن‌ها حاشیه نشین شده بود، در قالبی نوین توسط مجتهد تکفیر شده مالکی، ابواسحاق شاطبی، در قرن چهاردهم میلادی احیا شد.<sup>(۱۸)</sup> پس از درگذشت شاطبی، این اندیشه دوباره کم‌رنگ شد، تا این که در اواخر قرن نوزدهم با ظهور متفکران و مصلحان نوگرایی چون رشید رضا نظریه‌های حقوقی مبنی بر اعتزالی‌گری نوین مطرح شد. این نظریه که شریعت مجموعه‌ای از اصول حقوقی است و نه مجموعه گسترده‌ای از احکام جزئی ابدی، از زمان ظهور اعتزالی‌گری نوین، در میان متفکران اسلامی مطرح شده است. اندیشه

مزبور از سوی برخی تجدد طلبان تحصیل کرده غرب مانند صبحی محمصانی تقویت شده است. سید قطب، اسلام‌گرای افراطی و پرنفوذ مصری نیز در کتاب «عدالت اجتماعی» اش به طور ضمنی از این نظریه دفاع کرده است. حقوقدانان روشنفکر و لیبرال مصری، سعید الشماوی نیز چنین تفکری دارد.

از سوی متفکران گوناگونی نظریه مزبور به انحای مختلف توسعه یافته است. در واقع از زمان رشید رضا بسیار مورد توجه قرار گرفته است که اطاعت از اصول و مبانی شریعت حتماً می‌بایستی اهداف اجتماعی مطلوب وحی، از قبیل عدالت اجتماعی، آرامش و مردم سالاری را نتیجه دهد. حال اگر کسی به چنین اصل اولیه‌ای قائل شود، می‌تواند با سنجش میزان تحقق اهداف مذکور نتیجه‌گیری کند که آیا قوانین مورد اجرا هم‌نوا با اصول شریعت بوده‌اند یا خیر. نظریه‌های مبتنی بر این دیدگاه به «بساطت» و «ساده سازی» متهم شده‌اند و همچنین از این جهت که به «ذهنی‌گرایی حقوقی» می‌انجامد مورد انتقاد قرار گرفته‌اند.<sup>(۱۹)</sup> اما گذشته از این انتقادات، این دیدگاه که قوانین اسلامی باید تسهیل کننده اهداف اجتماعی دین باشند، در عصر حاضر بسیار رشد کرده است. دیوان قانون اساسی در قرائت خاص خود از این نظریه بیان می‌کند که اجرای شریعت باید به عنوان اجرای یک رشته اصول کلی در نظر گرفته شود که نقش آنها خدمت به اهداف اجتماعی دین است. دیوان افزون بر این، نظریه جدیدتری

نیز در تکمیل این نظریه قائل می‌شود، بدین معنا که از نظر دیوان لازم نیست مفسران حقوق اسلامی همچون فقیهان سنتی تحصیلات فقهی مخصوص داشته باشند. طبق نظریه دیوان قضات معمولی و نیز بسیاری از کسانی که متخصص حقوق اسلامی نیستند، صلاحیت دارند در مورد اصول اساسی اسلام اظهار نظر کنند.

#### ۱- تعریف شریعت از دیدگاه دیوان قانون اساسی

در مدلی که دیوان از حقوق اسلامی ارائه می‌کند، میان اصول بنیادین حقوق اسلامی و احکام فقهی استنباط شده توسط مجتهدان تمایز وجود دارد. با توجه به اظهار نظر دیوان، خداوند در قرآن یک رشته اصول موسع حقوقی را به پیامبر وحی کرده است. دیوان پس از اخذ مفهومی از نظریه سنتی حقوق اسلامی، این اصول را تحت عنوان اصولی که در آنها «اجتهاد جائز نیست» ذکر می‌کند. اصول غیر قابل اجتهاد در زمان و مکان اصولی هستند که هر مسلمان باید بدون سؤال آنها را بپذیرد. رعایت این اصول ضامن اسلامی بودن هر عملی است. اصول مذکور حقیقت و گوهر شریعت اند و مسلمانان هرگز حق ندارند قانونی مغایر آنها وضع کنند: «اقدامات قانونگذاری نمی‌تواند مغایر قواعدی از شریعت باشد که معنا و ابدیت آنها کاملاً محرز شده است، به حدی که می‌توان گفت در مورد آنها اجتهاد ممنوع است. این احکام ثابت و لایتغیر شریعت همانا اصول کلی و ریشه‌های ثابت دین اسلام هستند و قابل تفسیر یا تغییر نیستند.»<sup>(۲۰)</sup>

روشن است چنین اصولی آن قدر موسع اند

#### ب- نگاهی گذرا به آرای دیوان راجع به اصل (۲) از سال ۱۹۹۳

دیوان در سال ۱۹۹۳ برای اولین بار مراد اصل (۲) از مطابقت قانونگذاری با شرع را توضیح داد، قانونی اسلامی است که مطابق با اصول وحی شده باشد و به پیشبرد اهداف اجتماعی دین کمک کند. این اصول شریعت «جهان شمول» با «بنیادین» هستند. طبق نظر دیوان این اصول بنیادین در قرآن ذکر شده‌اند و اگر چه به تناسب زمان و مکان در شکل‌های گوناگونی ظهور یافته‌اند، اما از طرف تمامی مذاهب حقوق اسلامی دست کم به طور ضمنی، در طول سالیان سال پذیرفته شده‌اند. به استناد گفته دیوان، مکاتب گوناگون فقهی در طول زمان احکام متغیر بسیاری مطرح کرده‌اند، اما علی‌رغم این اختلاف‌ها هیچ یک از این احکام متغیر مغایرتی با اصول بنیادین نداشته‌اند. بنابراین نقطه اشتراک تمام مذاهب فقهی رعایت همین اصول بنیادین بوده است. رعایت این اصول معرف اسلامی بودن یک قانون است. لذا قوانین مصر تا جایی که این اصول کلی را مراعات

که بر هر اوضاع و احوالی قابل تطبیق اند. اما مشخص نیست آیا به نظر دیوان در یک زمان و مکان خاص فقط مجموعه واحدی از قوانین با مجموع این اصول قابلیت انطباق دارند یا خیر، ممکن است در زمان واحد مجموعه های مختلفی از قوانین قابل تطبیق با این اصول باشند؟ به هر حال آنچه که پیداست این است که در زمان و مکان مختلف قوانین هم‌نوا با این اصول مشابه نخواهند بود. لذا برای جوامع مختلف مسلمان می‌توان مجموعه قوانین مختلف اسلامی تصور نمود، در حالی که اصول بنیادین همه آنها یکی است.

با توجه به نحوه استفاده از سنت در آرای دیوان می‌توان چنین نتیجه‌گیری کرد که دیوان از چه منظری به تاریخ تحول حقوق اسلامی می‌نگرد. بدین گونه که وقتی مسلمانان برای اولین بار در صدد برآمدند با استفاده از اصول بنیادین دین به تنظیم و تدبیر زندگی دنیوی خود پردازند، شخص حضرت پیامبر(ص) اقدام به وضع قوانین برای اولین اجتماع اسلامی می‌کند. احکام النبى (ص) نشان می‌دهد که چگونه پیامبر(ص) با تفسیر مصون از خطای خود از آن اصول کلی، مقررات متناسب با شرایط و اوضاع و احوال جامعه عرب‌های آن زمان را تعیین می‌کند. در دوره‌های تاریخی بعد جوامع مسلمان ملزم نبودند از همان قواعد خاص حاکم بر جامعه عصر رسول(ص) تبعیت کنند.<sup>(۱۱)</sup> در واقع لزوم اطاعت از اصول بنیادین است که موجب می‌شود علما نتوانند عین احکام عصر

پیامبر(ص) را در جامعه زمان خود اجرا کنند. از آن جا که نیازهای مسلمانان در زمان‌ها و مکان‌های متفاوت فرق می‌کند، لذا پاسخگویی به این نیازهای متفاوت، احکام متفاوت می‌طلبد. ظهور مذاهب فقهی متعدد که همگی نیز از مجرای شریعت سیراب می‌شوند، ثمره طبیعی همین فرایند تطبیق اصول بنیادین در جوامع مختلف بوده است.<sup>(۱۲)</sup>

دلالت‌های تضمینی نظریه دیوان روشن است. هر قانونی که با اصول بنیادین حقوق اسلامی سازگار باشد، اسلامی شمرده می‌شود و همان گونه که دیوان اظهار داشته است چنین قوانینی در زمره احکام فرعی شریعت بشمار خواهند رفت. اصل (۲) حکومت مصر را تنها به رعایت اصول موسع قرآنی که غیرقابل اجتهادند، ملزم می‌سازد.<sup>(۱۳)</sup>

نظریه مذکور به نظر می‌رسد در بسیاری نقاط با نظریه‌های اسلام‌گرایان بر جسته‌ای چون سید قطب همسانی دارد. اما یک نکته را نباید فراموش کرد که نظریه اسلام‌گراها، اگر چه در مبنا مشابه نظریه دیوان است، ولی متضمن این نکته است که تنها مجتهدان و متخصصان حقوق اسلامی صلاحیت لازم برای تشخیص و تطبیق اصول بنیادین شریعت را دارا هستند. اما دیوان بر این نظر است که چون اصل (۲) از اصول قانون اساسی است، قضات دادگاه‌های کشور مکلف‌اند در مقام رسیدگی قضائی، نسبت به مصادیق مشخص و روشن اصل (۲) رأی دهند و دیوان نیز مقام صالح نهایی در تفسیر اصل (۲)

است. به همین خاطر دیوان در این مدت کوشیده است، روش تطبیق قانون با شرع توسط دادگاه‌ها را تقویت و توسعه بخشد.

## ۲- روش دیوان در تطبیق قوانین با احکام بنیادین شریعت

دیوان قانون اساسی برای تطبیق قوانین حکومت مصر با اصول بنیادین شرع یک متدولوژی دو مرحله‌ای کشف کرده است. در مرحله اول، اصول بنیادین شریعت در ارتباط با موضوع مطرح شده شناسایی می‌شوند و در دومین مرحله، دیوان تعیین می‌کند که آیا قانون مورد سؤال مغایرتی با این اصول بنیادین دارد یا خیر.

دیوان برای تعیین این امر که آیا قانون مورد سؤال، مغایر اصول بنیادین و شناخته شده شرع هستند یا نه؟

- یعنی سؤال دوم - یک فرآیند دو مرحله‌ای دیگر نیز طی می‌کند. در مرحله اول این سؤال را طرح می‌کند که این قانون برای تحقق کدام یک از اهداف اجتماعی دین وضع شده است و سپس در مرحله آخر بررسی می‌کند که آیا قانون مزبور رسیدن به آن هدف را تسهیل می‌کند، یا این که آن را دشوار می‌سازد.

بنابراین دیوان در اولین مرحله با بررسی قرآن، سنت و قواعد فقهی مذاهب اربعه، اصول بنیادین شرع را شناسایی می‌کند. طبق نظر دیوان، اصول بنیادین در محکومات قرآن و در سنت صحیح بیان شده است.<sup>(۲۴)</sup> تفسیر دیوان از آیات قرآن بر اساس معنای ساده لفظی است. در

واقع دیوان با توسل به تفسیر لفظی کتاب و سنت، اصل بنیادین مربوطه را برداشت می‌کند و سپس این فهم خود را با قواعد موجود در مذاهب فقهی مقابله می‌کند. دیوان همه مکاتب فقهی را در نظر نمی‌گیرد، بلکه بخشی از فتاوی موجود را بررسی و معمولاً هم در حدود همان مذاهب اربعه تفحص می‌کند. در صورتی که کشف کند قواعد مذاهب با این اصل هماهنگ است، آن‌گاه به نظر دیوان، اصل مزبور حقیقتاً یک اصل بنیادین شرعی است.

تشخیص درست اصول حقوقی از لابلای آیات و روایات چند پهلو و غیرشفاف، توسط قضاتی که علم تفسیر و حدیث نیاموخته‌اند، کار بسیار دشواری است. چنین کاری نیازمند تخصص و مهارت بسیار بالایی است که علمای اسلامی سال‌ها برای کسب چنین تخصص‌هایی تحصیل می‌کنند.<sup>(۲۵)</sup> لذا نبود آموزش‌های تفصیلی در زمینه فقه اسلامی در دانشگاه‌های مصر واقعیتی است که اسلام‌گرایان به حق نسبت به آن معترض‌اند.

به نظر من متدولوژی دیوان به قصد دورزدن مشکل قضات فاقد تحصیلات دینی طراحی شده است. دیوان توضیح نداده که چرا این روش را برگزیده است، اما می‌توان حدس زد که روش مزبور با این پیش فرض طراحی شده است که تفسیرهای دیوان ریشه در تفاسیر مبرز اسلامی دارد. یعنی دیوان بدین طریق می‌خواهد بگوید، اگر تمام علمای دین با همه تخصصی که دارند بر یک اصل خاص حقوقی اتفاق نظر

داشته باشند، پس می‌توان مطمئن شد که قرآن و سنت نیز اطاعت از این اصل را واجب می‌شمارند. اما اگر اجماعی در مورد این اصل وجود نداشته باشد، می‌توان نتیجه‌گیری کرد که قرآن و سنت نیز دلالتشان روشن نیست. بنابراین در صورت وجود هرگونه تردیدی نسبت به یکی از اصول بنیادین قرآنی، دادگاه باید تفسیر خود از قرآن و یا سنت را با رجوع به اجماع فقها در آن مورد بازبینی کند. با این متدولوژی آنچه به دست می‌آید، شناخت پاره‌ای اصول کلی بسیار موسّع است. فقط اصول کلی است که هم در قرآن و سنت و هم از سوی مذاهب پذیرفته شده‌اند.<sup>(۲۶)</sup> دیوان خود نیز قبول دارد که اصول این چنینی به ناگزیر کلی می‌شوند. این مطلب را دیوان در یکی از جدیدترین قضایای اصل (۲) چنین بیان می‌دارد:

«شریعت اسلامی برای تهذیب روح انسان و هدایت او به صراط مستقیم فقط یک رشته احکام کلی که چارچوب‌های ایمانی دینی را تشکیل می‌دهند، آورده است.»<sup>(۲۷)</sup>

با توجه به روش دیوان قانون اساسی در تطبیق قوانین با اصول کلی بنیادین می‌توان دو مرحله متمایز را در کار دیوان تشخیص داد. نخست دیوان می‌پرسد که این اصول بنیادین در خدمت کدام اهداف اجتماعی دین قرار دارند؟ چرا که پیش فرض دیوان این است که هر اصل بنیادین به یکی از اهداف دین خدمت می‌کند. سپس در مرحله دوم دیوان به ارزیابی این مسئله می‌پردازد که آیا این قانون خاص در

راستای آن هدف اجتماعی است یا این که بر خلاف آن عمل می‌کند؟ لذا سنجش قوانین به منظور مطابقت آنها با اهداف دین از پیامدهای طبیعی نظریه دیوان است. ارزیابی نتایج و عواقب هر قانون به دو گونه می‌تواند صورت گیرد: با معیارهای ذهنی و با معیارهای عینی. دیوان تا به حال بر اساس معیارهای ذهنی خود و با رویکردی مصلحت‌اندیشانه به تطبیق قوانین با اصول بنیادین شریعت و سپس با اهداف دین پرداخته است.

دیوان قضات را ملزم نمی‌داند که در رسیدگی به دعاوی اصل (۲) به سایر تفاسیر جنبی موجود از اصول قانون اساسی نیز مراجعه کنند. گذشته از این، دیوان در این خصوص که دادگاه‌ها چگونه بایستی به ارزیابی نتایج آتی قانون بپردازند یا به چه دلایلی برای تعیین مصلحت یا مفسده اجرای آن استناد کنند، اصول راهبردی دقیقی ارائه نکرده است. آنچه روشن است این که متدولوژی مذکور به طور فوق‌العاده‌ای اختیارات قضات را در تأیید یا نقض قوانین براساس قضاوت‌های ذهنی و سیاسی خودشان افزایش داده است.

نتیجه آن که دیوان تمام کوشش خود را در جهت پیشبرد لیبرالیسم به کار برده است. بدین جهت که دیوان در پنج مورد از موارد ششگانه ارجاع شده، قوانین مورد اشکال را تأیید کرده است. تنها در یک مورد، آن هم به دلیل مخالفت با اصول متعدد قانون اساسی، قانون مورد سؤال را بی اعتبار اعلام کرده است.

قضیه نیز همچون سایر موارد، نهایتاً اعلام کرد که قانون مورد بحث کاملاً هم‌نوا با احکام شرع است و در نتیجه به استناد اصل (۲) موافق قانون اساسی است.

#### ۱- قضیه نفقه طفل سال ۱۹۹۴

قضیه سال ۱۹۹۴ برای حقوق خانواده مصری و به ویژه قانون حضانت چالش ایجاد کرد. خواهان، پدری بود که زنش را در سال‌های دهه هفتاد طلاق داده بود. پس از طلاق، مادر بدون آن که از دادگاه الزام پدر را به پرداخت نفقه درخواست کند خود به تنهایی عهده‌دار مخارج کودک شده بود. مادر پس از بزرگ شدن طفل از دادگاه درخواست کرد تا دستور دهد پدر نفقه گذشته فرزندش را به او پرداخت کند. دادگاه به استناد قانون مصوب ۱۹۸۵ که به دادگاه‌ها اجازه صدور این گونه احکام رجعی را در باب حضانت می‌دهد، پدر را به جبران هزینه‌های صورت گرفته از سوی مادر محکوم کرد.

پدر از پرداخت محکوم بها امتناع نمود. او ادعا کرد که مصری‌ها به طور سنتی تابع مذهب حنفی‌اند و این مذهب همه دادگاه‌ها را از صدور حکم نسبت به نفقه گذشته منع می‌کند؛ فتوای حنفی‌ها مانند تمام مذاهب فقهی دیگر این است که مرد اگر چه اخلاقاً موظف به پرداخت نفقه فرزند صغیرش می‌باشد، حتی اگر این فرزند با او زندگی نکند، ولی به لحاظ فقهی، شوهر تنها از زمانی که دادگاه دستور پرداخت نفقه را صادر کرده، ملزم به پرداخت

#### ج- دکترین اصل (۲) در عمل: بررسی دو قضیه

روش دیوان در تعریف و تطبیق اصول بنیادین شرع با بررسی موارد عینی اصل (۲) بهتر فهمیده می‌شود. البته برای فهم دکترین فعلی دیوان در باب اصل (۲) نیازی به مطالعه تک تک موارد ارجاع شده و بررسی جداگانه نقاط ضعف و قوت آنها نیست. نحوه استدلال و حتی اصطلاحات و تعبیر به کار رفته از سوی دیوان در تمام موارد ششگانه مطرح شده ثابت و بعضاً هم تکراری است. لذا من در این مبحث به بررسی دو مورد از مهم‌ترین این موارد اکتفا می‌کنم (۲۸): «قضیه نفقه طفل» در سال ۱۹۹۴ و «قضیه حجاب» در سال ۱۹۹۶.

هر دو قضیه فوق‌الذکر از جمله آرای مشهور دیوان از سال ۱۹۹۳ به این طرف به شمار می‌روند. دیوان در آنها شرعی بودن راه هماهنگی قانون با اصول بنیادین شریعت تعریف می‌کند. اصول بنیادین شریعت را هم از طریق قرائت سطحی قرآن و سنت و بررسی ساده مذاهب فقهی مشخص می‌سازد. دیوان پس از تشخیص چند اصل بنیادین مربوط به موضوع، می‌سنجد که آیا قانون مورد ایراد با اصول مزبور همخوانی دارد یا خیر. نحوه تعیین میزان همخوانی بدین شکل است که دیوان بعد از شناخت اهداف اجتماعی لحاظ شده در این اصول حقوقی، بررسی می‌کند که آیا قانون در جهت این اهداف قرار دارد یا بر خلاف آنها حرکت می‌کند. به هر حال دیوان در این دو

است. افزون بر این دیدگاه فقهی، چنانچه افراد دیگری غیر از نزدیکان هم خرج تغذیه و پوشاک طفل را داده باشند، باز پدر جدای از مسئولیت اخلاقی، هیچ تکلیف شرعی جهت جبران هزینه‌های انجام گرفته ندارد.<sup>(۲۹)</sup> لذا نظر به این که اصل (۲) قانون اساسی، تصویب قوانین مغایر شرع را منع کرده است، قانونگذار نمی‌تواند قانونی مخالف احکام مذهب حنفی بگذارد. این دعوی در نهایت به دیوان ارجاع شد. دیوان هم دعوی پدر را رد کرد و مقرر داشت که قوه مقننه می‌تواند تا جایی که مغایر اصول بنیادین شریعت نباشد قانون وضع کند و حکم پرداخت نفقه گذشته طفل مغایر با هیچ یک از اصول بنیادین شریعت نیست.

دیوان جهت تأیید این استنتاج تردیدآمیز خود که در قرآن هیچ اصل بنیادین خاصی در باب نفقه گذشته طفل وجود ندارد، به نظریات و فتاوی‌های مذاهب مختلف فقهی استناد کرد. دیوان بدون ذکر منبع ادعا کرد که مذهب مالکی به قاضی اجازه می‌دهد پدر را ملزم به پرداخت مخارج گذشته حضانت فرزندش کند، حتی اگر قبلاً دستوری از سوی دادگاه مبنی بر پرداخت نفقه صادر نشده باشد.<sup>(۳۰)</sup> اما دیوان در اینجا نه به ادله فقهی مذهب مالکی در چنین فتوایی اشاره می‌کند و نه احکام فقهی سایر مذاهب را بررسی می‌کند. از نظر دیوان همین اندازه که مکاتب فقهی در مسئله مذکور اختلاف دارند، ثابت می‌کند که در شرع هیچ اصل بنیادین خاصی که دادگاه را از صدور این حکم منع کند، وجود ندارد. اما این استدلال هنوز قانع کننده نیست،

دیوان برای تصمیم‌گیری در این قضیه از همان متدولوژی ذکر شده در صفحات پیشین پیروی کرد، از آن جا که خواهان ادعای خلاف شرع بودن حکم نفقه گذشته را کرده بود، دیوان در بدو امر بررسی کرد که آیا در این موضوع، اصل بنیادین در شریعت وجود دارد که دال بر عدم جواز صدور حکم نفقه گذشته باشد یا خیر. اصول بنیادین شرع در قرآن آمده و از سوی مذاهب مختلف فقهی پذیرفته شده است. از این رو دیوان ابتدا به قرآن مراجعه کرد، اما حکم خاصی برای این موضوع نیافت. به محض این که نتوانست مستند قرآنی خاصی برای این مسئله پیدا کند، چنین نتیجه‌گیری کرد که هیچ قاعده بنیادین شرعی دال بر عدم جواز چنین حکمی وجود ندارد و لذا این تصمیم

این اصل دینی که پدران مکلف به پرداخت نفقه فرزندانشان هستند، نتیجه گرفت که حکم دادگاه مبنی بر پرداخت نفقه گذشته مغایر شرع نیست. دیوان حرجی بودن حکم پرداخت نفقه گذشته را انکار کرد. البته بر کسی پوشیده نیست که تطبیق حرجی این اصل بسیار دشوار است، چرا که حرج و سختی مصادیق بسیار متنوعی دارند و اندازه گیری آنها آسان نیست. گذشته از این، حتی آن جایی هم که عسر و حرج ناشی از قانون آشکار است، باز قضاوت دشوار است. برای نمونه ممکن است قانونی خود موجد حرج باشد، اما در عوض مانع عسر و حرج شدیدتری در آینده شود. به نظر می‌رسد از نظر دیوان عسر و حرج به معنای میزان سختی ناشی از قانون در برابر میزان راحتی و خوشی ناشی از آن است. اما به هر حال دیوان بر اساس یک روش تعریف شده معین به سنجش نمی‌پردازد و بنابراین معلوم نمی‌شود که آیا دیوان در محاسبه خود به حرجی بودن قانون لزوم پرداخت نفقه گذشته هم توجه کرده است یا نه (مثلاً در مورد والدینی که ناگهان با دیون غیر منتظره‌ای روبرو می‌شوند، این قانون حرجی محسوب می‌شود). به نظر می‌رسد دیوان حرجی بودن قانون را صرفاً در ارتباط با سایر افراد جامعه در نظر گرفته است.

دیوان به این نتیجه‌گیری رسید که قانون مورد سؤال از حرج بسیاری افراد جامعه جلوگیری می‌کند، چرا که دادگاه‌های کنونی مصر با تراکم پرونده‌ها مواجه‌اند و لذا در غالب

زیرا حتی اگر بپذیریم در شرع هیچ اصل بنیادینی هم به طور اخص دال بر عدم جواز حکم نفقه گذشته طفل وجود ندارد، باز این امکان هست که بتوان از میان اصول عام حقوقی قرآن دلیل مخالفی پیدا کرد. لذا دیوان برای رفع این احتمال به بررسی بعضی آیات مربوطه قرآنی می‌پردازد. دیوان با یک بررسی گذرا دو اصل مرتبط با این موضوع را از قرآن استخراج می‌کند. نخست اصلی که می‌گوید پدران ملزم به حمایت از فرزندانشان در هر زمان هستند و دوم این اصل که قانون نباید برای جامعه زحمت آفرین باشد (اصل لاجرح).

دیوان ابتدا اصل کلی حمایت پدران از فرزندان را «بنیادین» معرفی می‌کند. مستند دیوان آیه ۲۳۳ سوره بقره است<sup>(۳۳)</sup>: «ووظیفه تهبه پویشاک و تغذیه مناسب فرزند بر عهده پدر است... مادر نباید به خاطر فرزندش اذیت شود.»<sup>(۳۴)</sup> دومین اصلی که دیوان آن را «بنیادین» می‌نامد، این اصل است که قانون نباید برای مردم حرج ایجاد کند. دیوان این اصل را از تفسیر آیه ۶ سوره مائده به دست می‌آورد.<sup>(۳۳)</sup> «خداوند نمی‌خواهد برای شما حرج قرار دهد.» یادآور می‌شود که دیوان برای تأیید اصول مذکور هیچ دلیلی از سنت پیامبر (ص) یا از فتاوی‌ای مکاتب فقهی ارائه نمی‌کند.<sup>(۳۴)</sup>

دیوان پس از اشاره به این دو اصل بنیادین شریعت، کوشید مشخص سازد حقوق مصر که حکم نفقه گذشته طفل را جائز می‌داند، با این اصول همخوانی دارد یا خیر. دیوان به استناد

## ۲- قضیه حجاب سال ۱۹۹۶

دو سال بعد و در سال ۱۹۹۶، دیوان قانون اساسی در خصوص یکی از بحث‌انگیزترین دعاوی اصل (۲) یعنی قضیه حجاب رأی داد. در این قضیه، خلاف قانون اساسی بودن یک بخشنامه دولتی مطرح بود. به هر حال دیدگاه دیوان در این قضیه استمرار همان رویکردی بود که در سال ۱۹۹۴ در قضیه نفقه گذشته طفل پیش گرفته بود. دیوان مجدداً از اصول بنیادین شریعت، به عنوان اصول عامی که هم در قرآن آمده و هم از سوی تمام مذاهب فقهی پذیرفته شده است، سخن می‌گوید. هر چند تحلیل دیوان در این قضیه کامل‌تر از قضیه نفقه بود، اما هنوز در طرح یک متدولوژی منسجم و مقنع برای تشخیص اصول بنیادین شرع و تطبیق آنها با قوانین مصوب ناموفق بود. دعاوی حجاب علیه بخشنامه صادره از سوی وزارت آموزش و پرورش مبنی بر ممنوعیت استفاده از نوع خاصی از حجاب، یعنی نقاب، توسط دختران دانش‌آموز طرح شد.<sup>(۳۵)</sup> این نوع پوشش که خاص زنان جوامع شبه جزیره عربستان است، برای اولین بار در دهه هفتاد در مصر رواج یافت. بسیاری از مصری‌ها در زمان کارگری در کشورهای حاشیه خلیج فارس با این نوع پوشش آشنا شدند. همزمان اسلام‌گرایان حاضر در میان عامه مردم مسلمان مصر مرتباً به زنان تذکر می‌دادند که «حجابشان را رعایت کنند» زنان اسلام‌گرا و حتی زنانی که جزو این گروه‌ها نبودند، به نقاب و یا نوع سبک‌تر آن حجاب

موارد نمی‌توانند در مدت زمان مطلوب حکم به پرداخت نفقه دهند. بنابراین اگر دادگاه‌ها نتوانند نفقه گذشته را مضمول حکم قرار دهند، بدین معناست که سرپرست طفل به خاطر انجام هزینه‌های مشروع بچه در مدت رسیدگی دادگاه بدون تقصیر متحمل ضرر شود. پس می‌توان گفت حکم عدم جواز نفقه گذشته طفل مصداق عسر و حرج غیر قابل توجیه نسبت به اولیا بی‌تقصیر است و لذا جواز آن مشروع است.

پایان کلام آن که به نظر می‌رسد دیوان بدون توجه همزمان به هر دو طرف قضیه به سنجش پرداخته است. چراکه دیوان ابراز داشت که میزان عسر و حرج ناشی از حکم پرداخت نفقه گذشته به درجه اهمیت منافع قانون برای مادران نیازمند نمی‌رسد، ولی به این طرف قضیه پرداخت. خلاصه این که قصور دیوان در اتخاذ یک نگرش نظام‌آور و شفاف، سئوالات بی‌پاسخ بسیاری برای تحلیلگران و دادگاه‌ها به جای گذاشته است؛ دادگاه‌ها چگونه میزان سختی یا راحتی قانون را تعیین کنند؟ میزان بدی قانون چقدر باید بیش از خیر آن باشد تا مغایر قانون اساسی شناخته شود؟ آیا قاضی همواره باید یافته‌های سایر قوای حکومت را، به ویژه قوه مقننه که قانون مورد مناقشه را گذرانده است یا مجوز تصویب آن را [مانند آئین نامه‌ها] صادر کرده است، تأیید کند؟ به هر حال باید منتظر ماند تا دیوان در نظریات بعدی اش به این سئوالات پاسخ دهد.

روی می آوردند. در دهه هشتاد نقاب و حجاب به عنوان نمادهای اسلام خواهی در آمدند. حکومت سکولار مصر مخالف هر دوی حجاب و نقاب بود و قصد ممنوع کردن آنها را داشت. در سال ۱۹۹۴ وزارت آموزش و پرورش مصر طی بخشنامه وزارتی شماره ۱۱۳/۱۹۹۴ داشتن حجاب و نقاب را در همه مدارس زیر سطح دانشگاه ممنوع اعلام کرد. این در حالی بود که حکومت قبلاً در بخشنامه مشابهی آن را به علت مخالفت شدید عمومی<sup>(۳۶)</sup> و بیم طرح دعوی قانون اساسی لغو کرده بود.<sup>(۳۷)</sup>

حقوقدانان اسلام گرا فوراً علیه بخشنامه به استناد اصل (۲) قانون اساسی اقامه دعوی نمودند. وزیر آموزش و پرورش بر اثر واکنش تند مردمی آن را تعدیل نمود. وزارتخانه بخشنامه جدیدی (۲۰۸/۱۹۹۶) صادر کرد که اصلاحیه بخشنامه سابق بود. طبق بخشنامه جدید، دختران دانش آموزان توانستند با اجازه والدینشان «حجاب» [نه نقاب] بپوشند. اما اسلام گراها راضی نشدند و دعوا را پیگیری کردند. دادگاه بدوی به استناد مخالفت با اصل (۲) حکم بطلان بخشنامه را صادر کرد. در حالی که قضیه کم کم داشت حل می شد، دادگاه استیناف اسکندریه حکم دادگاه بدوی را نقض و ضمن تأیید اعتبار بخشنامه، از دیوان قانون اساسی، به عنوان مرجع صالح، درخواست کرد نسبت به مغایرت یا عدم مغایرت آن با اصل (۲) قانون اساسی رسیدگی کند. دیوان نیز در تاریخ ۱۸ مه ۱۹۹۶ شروع به رسیدگی به قضیه حجاب نمود.

دیوان بر مبنای همان رویکرد سابقش در قضیه نفقه ۱۹۹۴ عمل کرد. ابتدا این سؤال را مطرح کرد که آیا در قرآن یا سنت نص خاصی در مورد وجوب پوشش صورت وجود دارد؟ دیوان این بار با استناد به سنت در مقایسه با قضیه نفقه ۱۹۹۴ کامل تر رسیدگی کرد. دیوان نخست دو آیه از قرآن را مورد بررسی قرارداد. مطابق این آیات زنان بایستی بخش هایی از بدنشان را که از نظر جنسی برای مردان تحریک کننده است، بپوشانند. اما در قرآن هیچ مطلبی دال بر وجوب پوشش موها و صورت پیدا نکرد. آیه ۲۱ سوره نور بیان می کند که «زنان نباید زینت هایشان را آشکار سازند مگر آنچه خودش ظاهر است و روسری هایشان را روی سینه هایشان بیندازند... و چنان پای نکوبند تا زینتی که پنهان داشته اند، معلوم شود.»

همچنین آیه ۵۹ سوره احزاب به زنان امر می کند که «روسری هایشان را دور خود بپوشانند وقتی که خارج می شوند». دیوان با مراجعه به معنای تحت الفظی این آیات نتیجه گرفت که آیات مذکور زنان را به پوشیدن موها و صورت ملزم نمی کند، بلکه حد دلالت اینها اصلی کلی است که مطابق آن زنان باید بخش هایی از بدنشان را بپوشانند. به همین شکل دیوان اعلام کرد که برای این موضوع در سنت نیز نصی نیافته است که مطابق آن زنان مجبور باشند موها و صورتشان را بپوشانند.<sup>(۳۸)</sup> در سنت تنها پاره ای اخبار وجود دارد که پیامبر از زنان خواسته بود به جز سر و صورت، همه جای بدنشان را

بپوشانند. اما دیوان اظهار داشت در سنت دلیلی که نشان دهد پیامبر برخی زنان را الزام کرده باشد از حجاب (برای پوشش مو) و یانقاب (برای پوشش صورت) استفاده کنند، نیافته است. بنابراین، از آن جا که هیچ نص صریحی در قرآن و سنت دال بر وجوب حجاب یا نقاب وجود ندارد، لزوم استفاده از روسری وجه شرعی ندارد. دیوان نظر داد:

«با نظر به این که توصیف دقیق نحوه پوشش زنان به طور شفاف در متون دینی بیان نشده است، شیوه پوشش زن مسئله‌ای است که درباره آن راه اجتهاد باز است. این حداقل در چارچوب قواعد موضوعه قرآن از جمله مسائل اجتهادپذیر است.»<sup>(۳۹)</sup>

این استنباط متزلزل با این واقعیت که بین مذاهب اسلامی در خصوص استفاده از نقاب اختلاف نظر وجود دارد، تقویت شد. نبود اتفاق نظر فقهی در این موضوع ثابت کرد که یک اصل ثابت بنیادین شرعی در باب الزام استفاده از نقاب وجود ندارد.<sup>(۴۰)</sup>

نظریه دیوان در مقایسه با قضیه نفقه ۱۹۹۴ پیشرفت داشت. بررسی قرآن و سنت و فتاوی مذاهب جامع تر از قبل صورت پذیرفت. دیوان به منابع فقهی بیشتری استناد کرد و در رأی خود از چند فقیه نام برد. با این وجود باید به یاد داشت که دیوان باز هم آثار فقهی تمام مذاهب را بررسی نکرد و به تمام جزئیات فقهی نیز نپرداخت. مضافاً این که منابع فقهی مورد استفاده خویش را هم ذکر نکرد.

از آن جا که هیچ اصل بنیادینی در متون دینی ناظر بر موضوع خاص پوشیدن نقاب وجود نداشت، دیوان اعلام کرد که از جهت مغایرت با اصول خاص برای ممنوعیت آن مانعی وجود ندارد. دیوان سپس پرسید که آیا این ممنوعیت مغایرتی با اصول عام بنیادین هم ندارد؟ در پاسخ به این سؤال، دیوان دو اصل بنیادین را که ممکن بود به نوعی مرتبط با این موضوع باشند، عنوان کرد و آن گاه بررسی کرد آیا ممنوعیت حجاب با این اصول در تعارض است یا خیر.

دیوان در آغاز اصول بنیادین شرع درباره پوشش سالم زنان را مشخص ساخت و در ابتدا کوشید با تفسیر آیات ۲۱ سوره نور و ۵۹ سوره احزاب اصل قرآنی مربوطه را کشف کند. سپس با ذکر این مطلب که در تفسیر این آیات بین فقهای مذاهب اختلاف نظر وجود دارد، نظریه اش را تقویت می کند، زیرا هر چند تمام مذاهب فقهی قائل اند که زنان بایستی مطابق با معیارهای فرهنگی خود آن قسمت هایی از بدنشان را که جنبه جنسی دارد بپوشانند، ولی در این اختلاف دارند که آیا زن لازم است صورتش را هم بپوشاند یا خیر. این هم از آن جا ناشی می شود که آنها در این که «عورت» به چه چیزی اطلاق می شود، اختلاف نظر داشتند.<sup>(۴۱)</sup> دیوان این گونه توضیح می دهد:

«فقهای اسلامی در تفسیر آیات قرآن و اخبار صحیح یا ضعیف اختلاف نظر دارند. نحوه پوشش زنان و این که چه قسمت هایی از بدن

زن باید پوشیده باشد، از جمله مسائل اختلافی است. ولی به هر حال تأمل در روح و بطن احکام شریعت آشکار می‌سازد که شارع در آنجا که به محدودیت‌های پوشش زنان می‌پردازد، هدفش تکامل اجتماعی زنان بوده است... دستورات شرعی دربارهٔ حجاب مؤید این معناست که زن باید از سطح مسائلی که خلاف عفت و حیاست گذر کند به خصوص در طرز پوشش، صحبت، راه رفتن و... دقت کند از عفت خارج نشود. به موجب شرع حق انتخاب نوع پوشش محدود شده است. زن صرفاً نمی‌تواند آنچه را که خوشش می‌آید، انتخاب کند. نوع رفتار زن باید در عین حال که به او اجازه می‌دهد بدون دشواری امور زندگی‌اش را بگذراند، باید او را از افتادن در دامن ابتذالی که خواستهٔ مردان است و باعث می‌شود تا زن به سمت گناه کشیده شود و موقعیت و وضعیتش به خطر افتد، باز دارد.»

حال این پرسش در برابر دیوان وجود داشت که آیا ممنوعیت نقاب، برخلاف اصل بنیادین لزوم پوشش عقیفانه در زنان، موجب گسترش رفتارهای خلاف عفت شده است؟ دیوان در تحلیل خود با ملاحظهٔ اهداف اصول شرعی راجع به عفت به ارزیابی نتایج این ممنوعیت پرداخت. از نظر دیوان هدف اصلی حجاب پیشگیری از روابط جنسی نامشروع است. لذا به پوششی که منجر به گسترش روابط جنسی در جامعه نشود، پوشش عقیفانه اطلاق می‌شود. این نظریه، دیوان را به انتخاب یک ضابطهٔ

توازن‌ی دیگر سوق داد. براساس این ضابطه دیوان نتیجه گرفت که بی‌حجابی لزوماً «بی‌عفتی» نیست. ولی دیوان به درستی توضیح نداد که چه عواملی را در تعیین رابطهٔ پوشش زن و فساد جنسی در نظر گرفته است. به نظر می‌رسد تا حدودی بتوان گفت نظریهٔ دیوان در اینجا منعکس‌کنندهٔ ارزش‌گذاری‌های شخصی قضات دیوان است، در این که چه چیزی درست و چه چیزی خطاست آنها بر طبق معیارهای ذهنی خود، و نه ملاکات خارجی تعریف شده، نظر داده‌اند. دیوان براساس این فرضیه که مفاسد استفاده از روسری از مفاسد ظاهر شدن بدون حجاب و نقاب کمتر نیست، اظهار داشت که بیرون آمدن زنان با موها و صورت غیر پوشیده نشانهٔ بی‌عفتی آنان تلقی نخواهد شد.<sup>(۴۲)</sup>

دیوان در این بین مطلب دیگری نیز عنوان می‌کند، البته بدون این که آن را کاملاً تبیین کند، دیوان در رأی خود می‌گوید که اجازه به دختران دانش‌آموز برای پوشیدن دامن‌های کوتاهی که بالاتر از زانو قرار می‌گیرند، می‌تواند مغایر قانون اساسی [اصل ۲] شمرده شود:

«قانون نباید مغایر روح کلی شریعت باشد. روح کلی شریعت به زنان اجازه می‌دهد تا آنجا که لباسشان نمایش‌دهندهٔ عورتشان یا پاهایشان [بالاتر از زانو] یا قسمت عمدهٔ بدنشان نباشد، آزاد باشند.»

اصل لزوم حفظ عفت تنها اصل بنیادین شریعت در این باره نبود، بلکه دیوان ممنوعیت نقاب را از جهت اصل لاجرح نیز بررسی کرد.

دیوان پیشتر در قضیه نفقه هم به این اصل استناد کرده بود.<sup>(۴۳)</sup> لذا در این جا به توضیح و تفسیر مجدد آن نپرداخت و بلکه صرفاً این مسئله را مورد بررسی قرار داد که آیا ممنوعیت روسری مغایرتی با اصل مذکور دارد یا خیر. دیوان براساس یک تجزیه و تحلیل فایده‌گرایانه و بدون ارائه هیچ دلیلی در مورد پیش فرض‌های اساسی خود به حرجی بودن حجاب نظر داد. بدون استناد به مطالعات و یافته‌های روان شناختی بر این تأکید شد که استفاده از حجاب یا نقاب باعث ورود آسیب‌های روانی به دختران دانش‌آموزان می‌شود و طبعاً با ممنوعیت آنها می‌توان از این گونه آسیب‌ها پیشگیری کرد. دیوان در ادامه به رجحان فایده اجتماعی این ممنوعیت بر ضرر اجتماعی ناشی از اجبار زنان به کشف حجاب استدلال می‌کند. طبق گفته دیوان، حجاب دو مصلحت اجتماعی دارد: اول آن که از غلبه شهوت بر مردان در جامعه پیشگیری می‌کند و دوم آن که مانعی است در راه ارتکاب اعمال جنسی نامشروع که ممکن است به سبب حضور زنی زیبا در ملاء عام رخ دهد. ولی دیوان به این جمع بندی می‌رسد که منافع نپوشیدن روسری بر مفسد آن فزونی دارد. نپوشیدن روسری به نحوی حافظ حیات زن و بهداشت روانی وی بوده و از انگشت نداشتن او جلوگیری می‌کند. مضاف بر این که دیوان، همان طور که پیشتر یاد شد، تأکید دارد که نتیجه حضور زن بدون روسری در جامعه، گسترش فساد نیست.

بنابراین منع حجاب هیچ گونه حرج غیرقابل توجیهی برای جامعه مسلمان پدید نمی‌آورد. ناظر به این که دیوان هیچ اصل بنیادینی دال بر وجوب حجاب در متون دینی پیدا نکرد و از طرف دیگر این ممنوعیت با هیچ کدام از اصول عام بنیادین مربوط به این موضوع مغایرت نداشت، ممنوعیت حجاب خلاف شرع نبوده و بلکه مطابق قانون اساسی اعلام شد.

خلاصه کلام این که دیوان در قضیه حجاب ۱۹۹۶ در راستای همان استدلال گذشته‌اش در قضیه نفقه طفل ۱۹۹۴ حرکت کرد. به موجب رأی دیوان، اصل (۲) تنها دلالت بر لزوم رعایت پاره‌ای اصول عام وضع شده در قرآن و سنت و پذیرفته شده از سوی تمام مذاهب فقهی دارد و نه بیشتر.

دیوان باز در هنگام تطبیق قانون مصر با اصول بنیادین حقوق اسلامی یک فرآیند دو مرحله‌ای را طی کرد: نخست اصول بنیادین اسلام را که به قانون موضوع بحث مربوط می‌شد شناسائی کرد و سپس مغایرت یا عدم مغایرت را احراز نمود.

دیوان برای شناسایی اصول بنیادین اسلام به قرآن، سنت و متون فقهی مراجعه می‌کند. این منابع مهم بسیار عام و موسع‌اند، به نحوی که برای شرایط و اوضاع و احوال مختلف قابل تفسیر و تطبیق‌اند. دیوان در بررسی مغایرت یا عدم مغایرت قانون با اصول بنیادین، مصلحت اندیشانه عمل می‌کند؛ از این اصول یک دسته اهداف اجتماعی مفروض استنتاج می‌کند و آن

گاه تعیین می‌کند آیا قانون مورد سؤال در خدمت هدف مطلوب شریعت است یا برخلاف آن؟ دیوان تاکنون به طور مشخص و معین در خصوص چگونگی مواجهه دادگاه‌ها با دعای اصل (۲) کمترین اشاره‌ای نداشته است.

از نظر دیوان گاهی منافع اجتماعی قانون بر ضرر اجتماعی آن ترجیح دارد. ولی این که چگونه می‌توان به این اطمینان رسید، مشخص نیست. دیوان در قضیه حجاب برای این تجزیه و تحلیل مصلحت‌اندیشانه خود دلیل واضحی ارائه نداده است.

### ۳- نقدی بر دکترین کنونی اصل (۲) دیوان

اینک پس از توضیح آرای دیوان، امکان ارزیابی آنها وجود دارد. برای این کار ما باید از خود پرسیم آرای دیوان به منظور حل چه مشکلات حقوقی و سیاسی طرح شده‌اند و آیا عملاً در حل و فصل این مشکلات موفق بوده‌اند؟ آرای اصل (۲) دیوان با هدف «اسلامی کردن» حقوق مصر صادر شده‌اند. به گونه‌ای که برای هر دو گروه اسلام‌گرا و سکولاریست راضی‌کننده باشد. اما من معتقدم رویه دیوان به شکل فعلی آن تأمین‌کننده چنین هدفی نخواهد بود. دکترین دیوان تنها در صورتی که تغییری در رویکرد آن به وجود آید، می‌تواند هدف مذکور را محقق گرداند.

دیوان از سال ۱۹۹۳ تاکنون تلاش کرده است به گونه‌ای اصل (۲) را تفسیر کند که راه حقوقی برای نزاع اسلام‌گراها و سکولاریست‌ها فراهم آید؛ راه حلی که اولاً با تضمین هویت

جهت فهم و ارزیابی دکترین دیوان، نخست باید آن را در پرتو موقعیت دشوار سیاسی دید که دیوان و بلکه تمام مصر در آن واقع شده

اسلامی حقوق، رضایت اسلام‌گرایان را جلب کند و ثانیاً با حفظ خصیصه انعطاف‌پذیری و پویایی حقوق برای سکولاریست‌ها نیز راضی‌کننده باشد. در نگاه اول، دکترین دیوان راه حل زیرکانه‌ای به نظر می‌رسد که می‌تواند هدف‌های مذکور را تحقق بخشد. البته ناگفته نماند که برخی تحلیل‌گران نیز نسبت به آن بسیار خوش‌بین‌اند.<sup>(۴۴)</sup> من عقیده دارم این نتیجه‌گیری‌ها بسیار خوش‌بینانه است، اما باید گفت تنها یک شروع است. دکترین دیوان نه قادر است به حقوق مصر مشروعیت ببخشد و نه ضامن پویایی، تکامل و انعطاف‌پذیری آن در درازمدت باشد، مگر آن که دیوان به طور مداوم به تصحیح و تکمیل دکترینش پردازد؛

**الف- اسلام‌گرایان مسلماً نظریه‌دیوان را در شکل فعلی آن نخواهند پذیرفت، زیرا دیوان توضیح نداده است که چرا قاضی عرفی [غیر فقیه] صلاحیت تفسیر موازین شرعی را داراست.**

اگر چه دیوان اجباراً تعریفی از شریعت به دست داده است، اما تلاشی جدی برای تبیین این مسئله که چگونه قضات عرفی صلاحیت تفسیر کتاب، سنت و متون سنتی فقهی را دارا هستند، نکرده است. اسلام‌گرایان تفسیرهای دیوان را از شریعت نخواهند پذیرفت، مگر آن که دیوان با دلیل، صلاحیت علمی خود و نیز قضات دادگاه‌ها را برای این امر ثابت کند. دیوان قانون اساسی، حقوق اسلامی را به

عنوان اصول کلی طراحی شده به منظور تحقق اهداف اجتماعی دین تعریف کرده است. این تعریف نزد اسلام‌گرایان نیز مقبولیت دارد. به هر حال، همان طور که قبلاً آوردیم، این طرز تفکر که اجرای شریعت را اجرای اصول عام دین، و نه احکام فقهی مشخص و معین می‌داند، علی‌رغم نو بودن آن از سوی بسیاری از اسلام‌گرایان مصری سده اخیر مورد تأکید قرار گرفته است. بسیاری از اسلام‌گرایان در نهایت می‌پذیرند که شریعت وسیله‌ای برای تحقق اهداف اجتماعی دین است. همچنین ممکن است تعریف دیوان را از شریعت به عنوان مجموعه‌ای از اصول بنیادین کلی قبول کنند و بپذیرند که این اصول برای زمان‌های مختلف قابل تفسیر و تطبیق‌اند.<sup>(۴۵)</sup> بنابراین، تا اینجای

مطلب اشتراک نظر وجود دارد. اما اسلام‌گرایان و دیوان در خصوص شخص صالح برای تشخیص، تفسیر و تطبیق اصول بنیادین شرع اختلاف دارند. فرض دیوان این است که قضات غیر شرعی [عرفی] صلاحیت دارند در جهت تفسیر اصل (۲) و در تشخیص مغایرت یا عدم مغایرت قوانین با شرع اظهار نظر کنند. اما اسلام‌گرایان در این درباره تردید کرده و نهایتاً توانایی و صلاحیت قضات عرفی را برای تفسیر موازین شرع رد می‌کنند. آنها برای اثبات این حرف خود حتی می‌توانند به نظریات خود دیوان هم استناد کنند. زیرا دیوان در جایی نظر داده است که قضات عرفی در انجام بررسی‌ها و تحلیل‌های مورد نیاز دکترین

دیوان چندان قابل اعتماد نیستند. اسلام‌گرایان به طور کلی تأکید می‌کنند که تنها مجتهدان اسلامی جامع‌الشرایط صلاحیت لازم برای تشخیص و تعیین موازین شرع را دارا هستند. تنها اینها هستند که به واسطه تحصیلات عالی در علوم دینی، از جمله تفسیر و حدیث قادرند در چنین مواردی نظریه تخصصی بدهند. شناخت اصول و قواعد عام فقهی و نظریات گوناگون فقهای مذاهب تنها در قلمروی تخصص مجتهدان جامع‌الشرایط است. از این رو برخی از اسلام‌گرایان تصریح می‌کنند که دیوان و دادگاه‌ها توانایی انجام وظایف لازم جهت اجرای مناسب شریعت را در جامعه ندارند.

بخشی از اسلام‌گرایان مخالف دادن «هرگونه» نقشی به قضات عرفی در روند تکوین حقوق اسلامی در مصر هستند. به عقیده اینان تنها مجتهدان اسلامی، صلاحیت علمی و اخلاقی لازم را برای برپایی حکومتی مقتدر و کارآمد دارا هستند.<sup>(۴۶)</sup> البته همه اسلام‌گرایان مصری دقیقاً تا این حد مخالفت نمی‌ورزند؛ برخی می‌گویند دادگاه‌ها در مرحله بدوی می‌توانند به تطبیق قانون با شرع بپردازند. اما تصمیم دادگاه‌ها و همچنین نظریات خود دیوان بایستی از سوی مجتهدان اسلامی مورد تجدید نظر قرار گیرد. طبق نظریکی از اساتید حقوق مصر رأی اجماعی مجتهدان مستقل و جامع‌الشرایط می‌تواند رأی دیوان را نقض کند. هم‌اینک گروه‌هایی از اسلام‌گرایان مؤثر، ظاهراً پذیرفته‌اند

که قضات عرفی در صورت داشتن تحصیلات فقهی، علاوه بر تحصیلات حقوقی، قادرند به تفسیر و تطبیق شرع بپردازند.<sup>(۴۷)</sup> به نظر من دیوان باید این انتقادات را جدی بگیرد و بکوشد این مسئله را برای اسلام‌گرایان متجدد تبیین کند که آنها معلومات فقهی کافی در این زمینه دارند. دیوان تا به حال نتوانسته است تفسیر محققانه‌ای از نصوص دینی مورد استنادش ارائه دهد. فقدان تخصص دینی کافی در بین اعضای دیوان مانع پذیرش دکتترین و تصمیمات آنها می‌شود. در جریان قضایای فقه و حجاب، دیوان از کنار بحث‌ها و نظریات مختلف فقها به سرعت رد شد و فوراً به مرحله تشخیص اصول بنیادین رسید و حتی در این مرحله هم به معنای تحت‌اللفظی و ساده قرآن و سنت اکتفا کرد. در قضیه حجاب هم اگر چه روایات را ذکر می‌کند، اما بحث کاملی درباره مفاد ادله مورد استنادش و میزان حجیت آنها ارائه نمی‌دهد. از این گذشته فرضیه دیوان این بوده است که ملاک اعتبار و حجیت دلایل کتاب و سنت اجماع مذاهب فقهی است، اما آرای دیوان تا به حال نشان دهنده تسلط کافی دیوان بر فتاوا و اجماعات مختلف فقهی نیست.

دیوان معمولاً به ذکر فتاوی‌ای مذاهب خاصی قناعت می‌کند و به ندرت پیش می‌آید که منبع مورد استنادش را ذکر کند.<sup>(۴۸)</sup> گذشته از این در نوشته‌ها و تحقیقات دانشگاهی قضات دیوان نشانی از مطالعات تخصصی فقهی دیده نمی‌شود. به نظر نمی‌رسد آنها به اندازه‌ای که

صلاحیت و تفسیر و تطبیق موازین شرع را دارا هستند و در گام دوم تسلط و احاطه‌اش را بر نصوص و قواعد حقوق اسلامی نشان دهد.

### ب- نظریه دیوان تداوم قانونگذاری مترقیانه را تضمین نمی‌کند

با فرض این که مصری‌ها صلاحیت قضات عرفی را برای تفسیر و تعریف شریعت بپذیرند، مشکل بالقوه دیگری در راه اجرای موفقیت‌آمیز رویه دیوان در آینده وجود دارد. نظریه فعلی دیوان تضمین‌کننده روند تکاملی حقوق مصر نیست. اگر چه ادعا می‌شود که نظریه مذکور موجب کنار گذاشته شدن استنباطات نظری صرف (غیرکاربردی) فقهای اسلامی می‌شود، اما باید در نظر داشت که نفس همین ادعای دیوان می‌تواند مستمسک اسلام‌گرایانی قرار گیرد که خواهان اجرای قوانین ارتجاعی اند.

روشی که دیوان به منظور تشخیص مغایرت یا عدم مغایرت قوانین با اصول بنیادین شرع به کار می‌برد، از ضعف‌های عمده‌ای برخوردار است. رویکرد دیوان ایجاب می‌کند که نخست مقصدی مصلحت‌اندیشانه از هر یک از آن اصول بنیادین اخذ شود. برای نمونه مقصد اصل لاجرح، گسترش خوشی و راحتی مردم معرفی شود و مقصد اصل پوشش زنان، گسترش عفت در جامعه شناخته شود. آن‌گاه پس از تشخیص مقاصد شارع، قضات باید ببینند که آیا قانون مفروض در جهت تحقق اهداف مذکور است یا خیر. قانونی که آثار و نتایج سوء آن

سعی در تقویت دانش حقوق بین‌الملل و تطبیقی خود دارند، به مطالعات فقهی اهمیت دهند.<sup>(۴۹)</sup>

دیوان به واسطه عدم ارائه توضیحی کامل درخصوص شبهه صلاحیتش (یعنی صلاحیت

استنباط فقهی و شرعی) و نیز به خاطر تفسیرهای به رأی خود از منابع اسلامی، خود را در معرض

حمله اسلام‌گرایان جنجال طلب قرار داده است. اینان تأکید دارند که قضات، آیات و

روایات و سنت حقوقی اسلام را برای رسیدن به اهداف دنیوی خود دخل و تصرف کرده‌اند.

بدیهی است عواقب این مدعا که دیوان کلام خدا را دستکاری می‌کند به مراتب خطرناک‌تر

از اصل بی‌توجهی دیوان به اسلام‌گرایان است. بنابراین لازم است دیوان سریعاً برای دفع این

ادعای پیش‌دستی کند. دیوان باید به طور تفصیلی و واضح ثابت کند که چراقضات عرفی صلاحیت

کافی برای اجتهادات پیچیده فقهی را دارا هستند. همچنین لازم است در آرای خود این

نکته را هم روشن سازد که قضات خود دیوان از تخصص کافی برای بررسی نصوص دینی و

فتاوی فقهی برخوردارند. این گام در جهت کسب مقبولیت نزد مصری‌ها خواهد بود. دیوان

چنانچه این کار را انجام نهد، با خطر انزوای بسیاری از مصریان مواجه می‌شود.

کوتاه این که دیوان برای تصدیق نظریه خود به طور اعم و به خاطر تثبیت مشروعیت

خود به عنوان مفسر شریعت به دلایل سیاسی بایستی دو قدم بردارد: در قدم اول باید به طور

واضح ثابت کند که چرا قضات عرفی

بیش از مصالح آن باشد، مخالف قانون اساسی است و همین طور قانونی که به گسترش رفتار خلاف عفت کمک کند. برای قضاات مشکل است بدون توسل به داوری های ذهنی و شخصی درباره ماهیت خیر یا عقیفانه بودن یک قانون به تجزیه و تحلیل مقتضی بپردازند. افزون بر این، دکترین اصل (۲) ایجاب می کند که قضاات نتایج احتمالی قانون را هم ارزیابی کنند؛

پروسه ای که آنها را وادار می کند به فرضیات اثبات ناپذیر استناد کنند. دکترین دیوان در شکل کنونی آن به قضاات اجازه می دهد در نهایت بر اساس ارزش های ذهنی خود، قانونی را نقض و یا تأیید نمایند.

قضاات دیوان هیچ راهی برای تحدید اختیارات دادگاه ها در دعاوی اصل (۲) پیش بینی نکرده اند. امری که لازمه تطبیق مترقیانه اصول بنیادین شرع در آینده است. چه بسا زمانی که آنها معتقدند حضور زنان بدون روسری موجب گسترش رفتار خلاف عفت نمی شود، همزمان قاضی دیگری حس کند که این خلاف عفت است و بتواند برای نظر خود دلیل هم بیاورد. لذا انعطاف پذیری بیش از حد دکترین دیوان که به هدف تضمین حیات قانونگذاری مترقیانه طراحی شده، مانند یک شمشیر دو لبه قابل استفاده است. اصول عامی چون «عفت» به راحتی می توانند در آینده به وسیله قضاات محافظه کار اسلام گرا به منظور نقض قوانین تفسیر شوند. تا به حال اختیار قضاات به نفع جامعه مترقی به کار گرفته شده است. چرا که

قضاات کنونی بیش از حد مترقی هستند. اما معلوم نیست در آینده نیز این طور باشد. تاکنون در قضایای ششگانه اصل (۲) قضاات دیوان صرفاً به استناد مخالفت با اصل (۲) هیچ قانونی را غیر معتبر اعلام نکرده اند.<sup>(۵۰)</sup> در صورتی که با تغییر در ترکیب اعضای دیوان، روشن نیست که اصل (۲) در سال های آینده چگونه تفسیر شود.

هر چند بعید به نظر می رسد قوه قضائیه مصر در آینده نزدیک دستخوش تحولاتی شود، اما آنچه پیداست این که دستگاه قضائی در مصر به تدریج محافظه کارتر می شود. هم اکنون شمار قابل توجهی از قضاات دادگاه های بدوی اسلام گرا هستند و همین طور نفوذ اسلام گراها در دادگاه های استیناف آشکار است.<sup>(۵۱)</sup>

قضاات دادگاه های پایین گاهی در آرای اسلام گرایانه شان، عرفی ها را مرتد اعلام کرده اند. به هر حال چنانچه دامنه نفوذ اسلام گرایی تا مراکز اصلی قوه قضائیه پیش رود، امکان دارد که زمانی به طور کامل دکترین اصل (۲) به شیوه محافظه کارانه تفسیر شود. قضاات ممکن است از آن پس، نظر قانونگذار را مبنی بر این که قانون مصوب به اندازه کافی عادلانه است و یا متضمن خیر و سعادت بیشتری برای جامعه است و یا این که موجب گسترش عفت و سلامت در جامعه است، نپذیرند و بلکه بر مبنای دیدگاه سنتی از «سعادت» و «عفت» نظر دهند و در نتیجه رأی بر مغایرت قوانین مصوب با مفاهیم مذکور صادر کنند. در صورتی

که دیوان واقعاً طالب این باشد که رویه‌اش مورد رضایت اسلام گراها واقع شده و در عین حال مترقی باقی بماند، لازم است نظریه خود را در جهت محدود نمودن دامنه تفسیر قضایی، یا دست کم، کند نمودن روند کنونی اصلاح کند. دیوان نخست می‌تواند دستگاه قضایی را در چگونگی تطبیق موازین شرعی لحاظ شده در رویه قضایی خود دیوان هدایت کند. یعنی این که دیوان می‌تواند قضات را به سمت ارائه تفسیری مترقیانه از قوانین راهنمایی کند. به هر حال ادامه روند کنونی قابل توجیه نیست. چرا که موجب خشمگین شدن اسلام‌گرایان شده و ممکن است آنها را از توسل به دادگاه‌ها نیز منصرف کند.

راه حل بهتر آن است که کلیه قضات مجبور شوند در هنگام مطابقت قوانین با شرع به تصمیمات قوای مقننه و اجرائیه احترام بگذارند. این کار موجب می‌شود نقش قضات در گفتمان اسلامی سازی قوانین محدود شود و قانونگذاری مترقیانه بدون جهت‌گیری خاصی پیش رود.<sup>(۵۲)</sup> من پیشنهاد می‌دهم دیوان، دادگاه‌ها را ملزم کند از قانون مصوب حکومت تبعیت کنند. مانند روشی که دیوان عالی ایالات متحده در قضیه شورن (Shevron) طرح کرده است و دادگاه‌ها را ملزم به رعایت قوانین و مقررات اجرائی نموده است.

به موجب نظریه فعلی دیوان، اصل (۲) حکومت مصر را مجبور می‌کند از اصولی که تأمین‌کننده یک دسته اهداف اجتماعی

اصیل‌اند، تبعیت کند. بدین ترتیب به سادگی می‌توان هر نوع قانونی را موافق با شرع دانست. مانند این که می‌توان ادعا کرد تمام بخشنامه‌های اداری مطابق اساسنامه سازمان است. در قضیه چورن دیوان عالی آمریکا اظهار داشت که برای تطبیق مصوبات اداری با قانون، دادگاه‌های آمریکا باید یک فرایند دو قسمتی را انجام دهند. نخست باید مطمئن شوند که این مصوبه مغایر مفاد روشن اساسنامه قانونی آن سازمان نیست. چنانچه مقررات مذکور در پرتو مفاد اساسنامه قانونی نباشد، آن‌گاه دادگاه بررسی می‌کند که آیا مصوبه مذکور در پرتو مفاد اساسنامه «معقول» است یا خیر.

دادگاه در اغلب موارد لازم نیست مصوباتی را که سازمان بر اساس تفسیر معقول اساسنامه‌اش وضع کرده است، غیر معتبر اعلام نماید. حتی اگر احساس کند که تفسیر سازمان از مفاد اساسنامه بهترین تفسیر ممکن هم نیست. فقط در شرایط خاصی دادگاه باید با «سخت‌نگری» تفسیرهای سازمان از اساسنامه‌اش را با قانون تطبیق دهد.

به نظر من دیوان باید دکترین مشابهی را اتخاذ کند. در حال حاضر دیوان اولین قسمت از این دکترین را طی می‌کند؛ یعنی با تبیین اصول بنیادین شریعت در یک موضوع خاص بررسی می‌کند که آیا قانون مزبور مغایر موازین صریح شرع است یا خیر. من پیشنهاد می‌کنم دیوان در تکمیل این مرحله صراحتاً بیان دارد که چنانچه از نظر یک شخص معقول، قانون با

#### ۴- نتیجه گیری

اصول بنیادین شریعت هماهنگ باشد، برای شرعی بودن قانون کفایت می‌کند. قضات نباید صرفاً بر این مبنا که آنها اختیار دارند فهم خود را در تفسیر و تطبیق اصول بنیادین شریعت به کار گیرند، قانونی را مغایر شرع اعلام کنند. البته ممکن است در بعضی موارد که نیازمند نظارت قضایی بیشتری است، لازم باشد دیوان با سخت‌نگری قانون را بررسی کند. شاید قوانین خانواده از جمله این موارد باشند، چرا که حساسیت اسلام‌گرایان درباره آنها بسیار بالاست. همچنین می‌توان گفت حقوق زنان یا حقوق اقلیت‌ها در زمره این موارد خاص هستند که لازم است دیوان در مورد آنها سخت‌نگر باشد.

قضیه نفقه سال ۱۹۹۴ و قضیه حجاب ۱۹۹۶ به خوبی بیانگر رویه دیوان در باب اصل (۲)

است. به موجب نظریه دیوان، شرع مجموعه‌ای از «اصول بنیادین» عامی است که در قالب قرآن و سنت وحی شده‌اند. این اصول خود به منظور تحقق اهداف اجتماعی معینی که از سوی خداوند بیان شده‌اند، طراحی شده است. اصول مزبور به طور ضمنی از سوی تمام مذاهب فقهی در زمان‌های مختلف پذیرفته شده‌اند.

این اصول بنیادین را باید از مجموعه احکام معین و جزئی فقهی که در گذشته از سوی مذاهب فقهی اسلامی به عنوان احکام دین شناخته شده‌اند، تفکیک کرد. احکام مذاهب نمایانگر تلاش اجتهادی فقهای هر مذهب برای تطبیق آن اصول کلی در زمان و مکان خودشان است. پس حکومت مصر هم حق

به طور خلاصه دکتین دیوان به هدف سازش اسلام‌گراها با نظام حقوقی مترقی و انعطاف‌پذیر طرح شده است. بسیار بعید به نظر می‌رسد این دکتین در شکل فعلی آن به هدف مذکور نائل شود. این دکتین ممکن است از سوی اسلام‌گراها که صلاحیت قضات عرفی در تفسیر و استنباط و اصول حقوقی اسلام را قبول ندارند، رد شود یا این که قضات اسلام‌گرا از آن در جهت مقاصد افراطی و غیرمترقیانه خود سوءاستفاده کنند. اگر این نظریه می‌خواهد شانس موفقیتی داشته باشد، دیوان باید اولاً ثابت کند که قضات عرفی توانایی اجتهادات فقهی لازم را دارا هستند و ثانیاً از دامنه اختیارات آنها در تفسیر و تطبیق موازین شرع بکاهد.

دارد این اصول کلی را به شیوه‌ای که معتقد است بیشتر و بهتر با مقتضیات دنیای جدید سازگار است، برای زمان کنونی تطبیق دهد. دادگاه‌ها نیز تنها در صورتی که قانون مغایر اصول عالی دینی باشد، آن را ملغی اعلام می‌کنند.

شاید تعریف دیوان از شریعت بتواند مبنایی برای یک دکتترین شرعی قلمداد شود، اما به هر جهت دو اشکال بر رویه دیوان تا حال حاضر وارد است. اشکال اول بر ماهیت خلاف سنت این ادعای دیوان است که قضات دارای

تحصیلات حقوقی عرفی اصالتاً صلاحیت تشخیص و تطبیق اصول بنیادین شرع را دارا هستند. معلوم نیست آیا عامه مردم مصر این ادعای دستگاه‌های قضایی را برای تفسیر مسائل شرعی تأیید می‌کنند یا خیر. تابه حال، نه خود دیوان و نه سایر قضات عرفی نشان نداده‌اند که از تحصیلات فقهی لازم برخوردارند. بنابراین دیوان باید تلاش کند. احاطه بیشتر خود را بر قرآن و سنت و متون فقهی اثبات کند. در صورتی که مردم قضات را به عنوان مفسران شرع قبول نکنند، دکتترین دیوان قادر نخواهد بود در زمان افزایش توقعات گروه‌های رقیب اسلام‌گرا و عرفی، ضامن وحدت ملی باشد.

گفته می‌شود که اشکال دوم ناشی از انعطاف‌پذیر بودن اصول بنیادینی است که دیوان شناسائی کرده است. این اصول آن قدر کلی، عام و مبهم اند که قضات می‌توانند با توجیه کامل، هم در مغایرت یک قانون با شرع

و هم در مطابقت همان قانون به این اصول استناد کنند. چنانچه روند نفوذ اسلام‌گرایان در دستگاه قضایی مصر به همین گونه پیش رود، دکتترین دیوان می‌تواند علیه خود عرفی‌گرایان به کار گرفته شود. به هر حال ایده آل برای این دکتترین آن است که با دکتترین مراجعه به تفسیر قانونگذار پیوند بخورد، در صورتی که چنین پیوندی ایجاد نشود، دکتترین هرگز نمی‌تواند تضمین کند که اصل (۲) همیشه به شکل مترقیانه و انعطاف‌پذیر کنونی آن در دادگاه‌ها اجرا شود.

پایان سخن آن که دیوان باید راهی بیابد تا بدان وسیله بتواند به هر دو گروه اسلام‌گرا و عرفی بقبولاند که به رویه قضایی دیوان به عنوان ابزاری که قضات با توسل به آن بخواهند ارزش‌های فردی و ذهنی خود را به عنوان اصول عالی حقوقی اسلامی معرفی کنند، نگاه نکنند. شک نیست که این تفهیم و قانع‌سازی وظیفه دشواری است، اما محصول بالقوه آن برای مصر و دنیای اسلام بسیار ارزشمند خواهند بود. همان‌گونه که در مقدمه هم ذکر کردیم، بسیاری از کشورهای مسلمان اصل لزوم رعایت موازین شرعی را در قانون اساسی شان گنجانده‌اند. حال مسئله اصلی تمام این حکومت‌ها این است که چگونه اولویت را به شرع دهند، در عین حال که جامعه از روند توسعه و ترقی عقب نماند.

## پانوشت ها

۵. به طور کلی در نظام حقوقی کنونی مصر، چنانچه دادگاهی در جریان رسیدگی به موضوعی بایک دعوی مرتبط با اصول قانون اساسی مواجه شود، دو اختیار دارد: چنانچه معتقد باشد دعوی مطرح شده به طور روشن در زمره حقوق اساسی مندرج در قانون اساسی است می تواند راساً به آن رسیدگی کرده و حکم مقتضی را صادر کند، اما در صورتی که دادگاه به دلیل روشن نبودن مفاد قانون اساسی و یا فقدان یک رویه قضائی محکم نتواند در خصوص دعوی مربوطه تصمیم بگیرد، می تواند پرونده را به دیوان قانون اساسی ارجاع دهد. پس از ارجاع، دیوان باید نظریه اش در باب اصل مورد دعوی اعلام کند و سپس مطابق این نظریه حکم مقتضی را صادر کند.

۶. در این زمینه تنها می توان از مقاله مختصر زیر نام برد که گزارشی اجمالی از نحوه کار دیوان در باب اصل (۲) است. نویسنده این مقاله تنها فهرست موارد ارجاع شده به دیوان تا سال ۱۹۹۴ را ذکر می کند. وی در تبیین دکتین دیوان و رابطه آن با سایر نظریه های حقوق اسلامی ناموفق است. نویسنده دو موضوع قابل تأمل را مفروض می گیرد: یکی این که دکتین دیوان از سوی مصری ها به عنوان رویکردی مشروع در تفسیر و اجرای حقوق اسلامی پذیرفته شده است و دوم این که دکتین دیوان مشکل حقوقی حکومت برای تصویب قوانین پویا را حل می کند!

۷. سکولاریست ها می گفتند که در عمل، اصل (۲) دست حکومت مصر را تقریباً به طور کامل آزاد گذاشته است تا هر طور که مقتضی بود قانونگذاری کند.

۸. قضیه ماده ۲۲۶ قانون مدنی از این قرار بوده است که در آغاز دهه هشتاد دانشگاه الازهر، یکی از قدیمی ترین و پرنفوذترین دانشگاه های اسلامی در جهان، مقداری لوازم پزشکی برای دانشکده پزشکی خود خریداری می کند. الازهر در پرداخت بدهی خود تأخیر می کند. فروشنده مطالبه ۴٪ بهره سالانه می کند. فروشنده به ماده ۲۲۶ قانون مدنی مصر استناد می کند که به طلبکاران اجازه می دهد از بدهکاری که در پرداخت دین خود تأخیر دارد، این میزان بهره را مطالبه کنند. دانشگاه در مقام دفاع به طرح این دعوی پرداخت که پرداخت سود مغایر حقوق اسلامی است و ماده ۲۲۶ قانون مدنی نقض مفاد اصل (۲) قانون اساسی است و لذا غیر قابل اجراست. به هر حال در کتاب های فقهی اسلامی در تعریف ربا اختلاف وجود دارد و فقهای اسلامی بر عناصر متشکله موضوع آن اتفاق نظر ندارند. در دوران جدید حکومت های موجود در بسیاری از کشورهای اسلامی، از جمله مصر، در کل، قراردادهای با شرط بهره را پذیرفته اند. البته در این بین گروه کمی از پژوهشگران اسلامی هم وجود دارند که اساساً

۱. منظور نویسنده از اصطلاح اسلام گرا (Islamist) به طور عام همه کسانی است که اعتقاد به اجرای حقوق اسلامی در جامعه امروزی دارند. اما اسلام گراها در موارد عدیده ای نیز با همدیگر اختلاف دارند، از جمله در تعریف حقوق اسلامی و نحوه اجرای شریعت در جامعه. نویسنده اصطلاح اسلام گرای رادیکال را برای آن دسته از اسلام گراها به کار می برد که خواهان اجرای شریعت حتی با توسل به زور در جامعه می باشند.

۲. کشورهایی که حقوق اسلامی را در قانون اساسی گنجانده اند، عبارت اند از پاکستان، قطر، سودان، سوریه، امارات متحده عربی و عربستان سعودی. سایر حکومت ها، همچون لیبی، گرچه تا آنجا پیش نرفته اند که در قانون اساسی بیاورند، عملاً متعهد شده اند که حقوق خود را در راستای موازین شریعت اصلاح کنند.

در خصوص نقش حقوق اسلامی در قانون اساسی پاکستان به اصل (۲۲۷) قانون اساسی اصلاحی ۱۹۹۰ مراجعه کنید. به عنوان بخشی از موج جدید اسلامی سازی، حکومت نواز شریف خواهان اجرای «قانون شریعت» (Shariah Act) شده است. در این قانون، شریعت به عنوان قانون عالی پاکستان شناخته شده است.

در خصوص نقش حقوق اسلامی در قانون اساسی قطر به اصل (۱) قانون اساسی ۱۹۷۳ قطر، همچنین به قانون مدنی و تجارت قطر مراجعه شود. در مورد سودان به اصل (۴) قانون اساسی ۱۹۸۵ رجوع کنید.

عربستان سعودی که دارای قانون اساسی نوشته نیست، در مجموعه قواعد اساسی مصوب خویش تصریح می کند که شریعت قانون لازم الاتباع سعودی است و تمام قوانین و مقررات مغایر آن غیر قابل اجرا هستند. به فرمان پادشاهی شماره الف-۹ ماده (۱) نگاه کنید.

۳. مقایسه دیوان قانون اساسی مصر که یک نهاد قضایی برای پاسداری از قانون اساسی است با شورای نگهبان در نظام جمهوری اسلامی ایران که بیشتر به یک نهاد تقنینی شباهت دارد، جالب توجه خواهد بود. به ویژه آن که با اصلاحیه ۱۹۸۰ دیوان قانون اساسی مصر هم علاوه بر نظارت بر قانون اساسی و وظیفه تطبیق دعوی ارجاع شده به آن از جهت موازین شرعی را هم به عهده دارد. بی تردید مطالعه نحوه تشکیلات، سازماندهی، رویه عملی و نظریات تفسیری دیوان مذکور می تواند برای شورای نگهبان پرفایده باشد. (مترجم)

۴. نگاه کنید به: قانون اساسی جمهوری عربی مصر، (۳). (۶۵) مصوب سپتامبر ۱۹۷۱

مصری دهه هفتاد درباره معنای اجرای شریعت در دوران مدرن به چاپ رسیده است، مراجعه کنید به مقالات نجیب محفوظ، عبدالحلیم محمود، زکی نجیب محمود و انجمن اسلامی دانشجویان دانشگاه قاهره در کتاب **اسلام در گذار**، صص ۲۳۸-۵۰.

۱۲. این تقسیم بندی احکام فوراً این سؤال را مطرح می کند که آیا حکومت اسلامی موظف است «مکروهات شرعی» را ممنوع اعلام کند و یا این که نه، ممنوعیت محرّمات کافی است و حکومت، اضافه بر این نباید دخالت کند. ظاهراً با توجه به آنچه که تاکنون در کشورهای اسلامی صورت گرفته است و به عقیده همه علمای اسلام، حکومت اسلامی به طور کلی موظف به مجازات مرتکبین اعمال مکروه یا اعطای پاداش به مرتکب مستحبات نیست. رجوع کنید به کتاب: **تاریخ نظریات حقوقی اسلامی**، نوشته ائل حلاق استاد فقه و اصول دانشگاه مک گیل کانادا. صفحات ۳۰-۴۲، چاپ ۱۹۹۷.

۱۳. بیشتر علما اظهار داشته اند که، دولت می تواند متخلفان را مجازات کند. اما این تنها خداوند است که پاداش دهنده است (یعنی حسن عاقبت و جزای اخروی). بنابراین در خصوص افعال حرام خداوند از حکومت انتظار دارد تا با وضع قانون به تعقیب مرتکبان حرام پردازد، اما در باب امور مکروه خداوند خودش کیفر دهنده خواهد بود.

اما برخی دیگر از نظریه پردازان فقه معتقدند تمام احکام خمسه تکلیفیه در یک حکومت دینی دارای اثر حقوقی اند، لذا حکومت اسلامی بایستی در صورت امکان طوری قانونگذاری کند که در برگیرنده تمام اقسام حکم شرعی باشد. حکومت ها باید راه هایی پیدا کنند که بدان وسیله به کسانی که مستحبات را هم انجام می دهند پاداش داده شود. ۱۴. نظریه حقوقی در اسلام به اصول فقه موسوم است که در تعریف اصطلاحی به معنای ادله استنباط فقهی است از طریق این علم به استنباط و استخراج احکام الهی از منابع وحیانی پرداخته می شود. این علم جایگاه خاصی در میان علوم دینی داراست.

۱۵. طبیعی خواهد بود اگر کسی تعجب کند که چگونه سنت اسلامی توانسته است بدون این که به ورطه فرقه گرایی مضمحل کننده دچار شود، با این همه تراکم قرائت های مختلف از شرع بسازد. چنین سازشی با استفاده از عقیده اصولی «تختئه» امکان پذیر شده است. از آن جا که یک مسلمان نمی تواند علم یقینی کشف کند که کدام تفسیر از شریعت کاشف از حکم واقعی الهی است، لذا اصولیون معتقد شده اند که خداوند حتی به شخصی که از فتوای خطا نیز پیروی کند، ثواب می دهد به شرطی که نیت او تقرب

معتقدند این گونه قراردادهای جدید ربوی نیستند و طبق قواعد حقوق اسلامی قابل توجیه اند. اما بیشتر محققان اسلامی بر این نظرند که این گونه قراردادها مصداق ربا و مغایر موازین شرعی اند. بنابراین حقیقتاً روشن نبود که آیا ماده ۲۲۶ قانون مدنی مغایر شرع بوده است یا خیر.

دادگاه بدوی ماده قانونی مذکور را بی اعتبار اعلام نمود. موضوع سریعاً به دیوان قانون اساسی ارجاع شد. دیوان هم چنین حکم داد، نظر به این که ماده ۲۲۶۷ قانون تجارت پیش از اصل (۲) اصلاحی ۱۹۸۰ به تصویب رسیده است، مشمول این اصل نمی شود و از قلمروی حکومت آن خارج است.

۹. دیوان قانون اساسی در رأی خود آورده است که طراحان و مبدعان اصل (۲) هرگز قصدشان از بیان این اصل لزوم تجدید نظر در قوانین سابق نبوده است، بلکه پیشنهاد دهندگان اصلاحیه ۱۹۸۰ تنها خواسته اند محدودیت هایی در برابر قانونگذاری های لاحق ایجاد کنند تا قوانین مغایر شرع به تصویب نرسد. اما بسیاری از ناظران با این استدلال دیوان که اصل (۲) عطف به ماسبق نمی شود، قانع نشدند. دلایل و قرائن مورد استفاده دیوان نیز نمی توانست توجیه کننده این رأی باشد. برای مثال یکی از متخصصان حقوق مصر این رأی را به عنوان «یک سیاست و نه اساساً یک نتیجه گیری منطقی» معرفی می کند.

دیوان در این رأی برای مثال به شواهدی در تاریخ قانونگذاری مصر اشاره می کند که در آنها به نظر می رسد قوه مقننه ملزم شده است در «یک محدوده زمانی معقول» به اصلاح قوانین کشور، به منظور مطابقت با شریعت، بپردازد. دیوان چنین اظهار نظر کرده است که معنای اصل (۲) اصلاحی این است که بازنگری در قوانین مورد عمل پیش از اجرای قانون اساسی ۱۹۷۱ لازم نیست و گرچه باید قوانین را در جهت موافقت با قواعد اصول شرعی اصلاح کرد، اما تغییر کل نظام حقوقی بدون دادن فرصت لازم به قانونگذاران و الزام آنها به گردآوری تمام مقررات و مواد قانونی و بررسی شرعی آنها بدون در نظر گرفتن یک دوره زمانی معقول انتظار درستی نیست. به هر حال ناظران معتقدند که این تفسیر دیوان از اصل (۲) احتمالاً تحت تأثیر مسائل سیاسی صورت گرفته است و مشخص است که دیوان هنوز علی رغم دلایل سیاسی موجود که پاسخگویی آن را می طلبید مایل نبوده است خود را درگیر مباحثات شدید و عنیف اسلامی سازی در مصر نماید. قوه مقننه هم که کرسی های آن توسط مخالفان اسلامی سازی پر شده بود، در آن زمان تمایلی به وضع قوانین جدید اسلامی نداشت.

## 10. Islamic Law

۱۱. برای مطالعه چهار نوشتار مختلف که از سوی روشنفکران

ولی اخیراً در یک مورد چنین بیان داشته است که ممکن است پیامبر نیز به طور خاص اصل بنیادینی را اعلام کرده باشد، اما در ضمن یادآور شده است که احکام پیامبر اساساً برای تطبیق اصول بنیادین قرآن در شرایط زمانی و مکانی خود نبی (ص) بوده است و نه تأسیس یک سلسله اصول کلی ابدی.

۲۲. رأی دیوان در قضیه حجاب.

۲۳. رأی دیوان در قضیه حجاب.

۲۴. رأی دیوان در قضیه نفقه گذشته طفل.

۲۵. مطالعه زمینه‌های تاریخی آیات قرآن (اسباب نزول)، دکتربین نسخ و تفاسیر گوناگون قرآنی از جمله این آموزش‌ها هستند. علما همچنین به طور مفصل به فراگیری ادبیات عرب و زبان‌شناسی تاریخی و تطبیقی همت می‌کنند. تجزیه و تحلیل سنت نیز نیازمند کسب علوم خاصی است. تسلط به صرف و نحو عربی، هرمنوتیک [علم تأویل و تفسیر متون] و زبان‌شناسی، حدیث‌شناسی و رجال‌شناسی در تفسیر درست سنت نقش دارند و لذا علمای اسلام به گسترش آنها پرداخته‌اند.

۲۶. همان‌گونه که پیشتر یادآور شدیم، حتی در بین خود چهار مذهب عامه اختلافات حقوقی زیاد است. اما دیوان تنها اصولی را می‌پذیرد که نه تنها از سوی مذاهب اربعه به طور اجماعی پذیرفته شده است، بلکه مکاتب خاصه نیز آن را قبول داشته باشند. دیوان در اولین قضیه راجع به اصل (۲) آرا و فتاوی‌ای مذهب ظاهریه را ذکر می‌کند تا اثبات کند که در این مورد اختلاف نظر وجود دارد.

۲۷. رأی دیوان در قضیه حجاب.

۲۸. من از میان پنج مورد، به دلایل زیر این دو مورد را انتخاب کرده‌ام: قضیه نفقه طفل ۱۹۹۴ به طور کامل به فرانسه ترجمه شده است. کسانی که مسلط به زبان فرانسه‌اند، قادر خواهند بود در کنار این متن به توضیح و تحلیل این مقاله نیز توجه کنند. اما قضیه دوم، قضیه حجاب سال ۱۹۹۶ یکی از جدیدترین موضوعات اصل (۲) به شمار می‌رود و نسبت به دکتربین سابق کامل‌تر و جامع‌تر است. این قضیه تاکنون در هیچ‌جا مورد بررسی و تحقیق قرار نگرفته است. من آن را به طور کامل ترجمه کرده‌ام و امیدوارم در آینده نزدیک منتشر شود.

۲۹. دادگاه وجود چنین فتاوی‌ای را تأیید می‌کند ولی به استناد قانون حکم می‌دهد.

۳۰. در حقیقت، دکتربین اصلی ذکر شده در کتاب فقهی بزرگ‌ترین فقیه مالکی خلیل‌بن‌عشاق المختصر این‌گونه نیست. طبق نظر خلیل، پدر را نمی‌توان الزام نمود نفقه گذشته طفل را بپردازد، مگر در شرایط استثنایی که شخص ثالث

الی‌الله باشد. با این دکتربین مکاتب مختلف حقوقی اسلامی توانسته‌اند در کنار هم به طور مسالمت‌آمیز ادامه حیات دهند. ۱۶. نویسنده در این قسمت مقاله نیز ذکری از مکتب فقهی امامیه که در طول تاریخ جایگاه تئوریک و عملی بسیار مهمی در میان بسیاری از مسلمانان داشته است، به میان نمی‌آورد. تمام محور سخن او، مذاهب اربعه (عامه) است. از محتوای نوشتار او چنین برمی‌آید که در این باره آگاهانه عمل می‌کند. (مترجم)

۱۷. باید به این نکته توجه داشت که پیروی از یک مذهب فقهی لزوماً به معنای برگرفتن کل مجموعه احکام آن مذهب نیست. مذاهب فقهی بر مبنای متدولوژی خاص خودشان مشخص می‌شوند و یک مجتهد اصولی در هر یک از این مذاهب که قرار گرفته باشد، می‌تواند استنباطات جدیدی از نصوص قرآن و سنت داشته باشد.

با این وجود، اصول فقه در هر مذهب فقهی تا حدود معینی اجازه استنباط جدید می‌دهد. بسیاری از فقها در همه این مذاهب تحت تأثیر ائمه اصلی مذهب فتوا می‌دهند و بیشتر مقلدان تا مجتهد. بنابراین التزام به یک مذهب فقهی غالباً به معنای قبول رشته احکام الزامی موجود می‌باشد.

۱۸. دیوان قانون اساسی از تعابیر و مفاهیمی استفاده می‌کند که کاملاً مشابه تعابیر شاطبی است. توضیحات دیوان به چگونگی جهت‌گیری شریعت به سوی هدف‌های معین (مقاصد شریعت) که شامل توسعه اخلاقیات و اصلاح جامعه است و نیز در تأکیدش بر روی این واقعیت که خداوند خواهان وضع قوانین شاقی نیست که بشر بترسد و او از دین فراری شود، متأثر از اندیشه‌هایی است که پیشتر به طور مفصل توسط شاطبی در الموافقات مورد بحث قرار گرفته است.

۱۹. کسانی چون رشیدرضا، حسن ترابی، فضل‌الرحمان و سعیدالشمای همگی فایده جویانه به شریعت نگاه می‌کنند.

## 20. Supreme Constitutional Court of Egypt, case No. 8, Judicial Year 11 Official Gazette, (May 18, 1996).

۲۱. به نظر می‌رسد دیوان در آرای خود می‌کوشد از پاسخ به این سؤال که آیا مسلمانان پس از عصر رسول (ص) مکلف‌اند از احکام وضع شده از طرف پیامبر در زمان خودش پیروی کنند، طفره می‌رود. دیوان در بعضی موارد اصولاً به بررسی سنت و این که پیامبر چگونه فلان اصل بنیادین حقوقی را تفسیر کرده نپرداخته است. به عنوان مثال در قضیه نفقه گذشته طفل این‌گونه عمل کرده است. در مواردی نیز ادعا می‌کند که سنت مانند قرآن دارای همان اصول بنیادین است. مثلاً در قضیه حجاب این طور استدلال کرده است.

دانسته است که زنان باید پوشش عقیفانه داشته باشند. به نظر دیوان این اصل که زن باید با عفت بپوشد، در اوضاع و احوال مختلف قابل اجراست و لزوماً مصداق آن پوشش نقاب یا روسری نیست.

۳۹. دیوان همچنین در ادامه رأی می‌گوید: «بنابراین پوشش زنان یکی از اصول ثابت و بنیادین دین شمرده نمی‌شود و مقامات قانونی اختیار کامل برای قانونگذاری در این موضوع را دارا هستند. مقامات قانونی می‌توانند پوششی را که با توجه به عرف و سنت درست تشخیص می‌دهند، تاجایی که به نصوص صریح دینی خدشه وارد نکند، مجاز بشمارند.

۴۰. دیوان چنین می‌گوید: «احکام شرع در این موضوعات که روی آنها اختلاف نظر وجود دارد، نسبت به کسانی که فتوای دیگری دارند، الزام‌آور نیست، در نتیجه نمی‌توان گفت این احکام، احکامی ثابت، لا یتغیر و ابدی اند.»

۴۱. معنای واژه «عورت» در قرآن مبهم است. این واژه در قرآن و سنت به طور کلی اشاره دارد به «چیزی که نباید دیده شود». ظاهراً در بسیاری از آیات و روایات به اندام‌های جنسی برمی‌گردد. یکی از مترجمان انگلیسی قرآن، عورت را به «شرمگاه» و دیگری به «عریان» ترجمه کرده است. در عربی نوین این اصطلاح به مبنای عیب یا اعضای تناسلی می‌باشد. ۴۲. دیوان چنین آورده است: «الزام زنان به پوشاندن صورت هایشان، دست‌هایشان و حتی مطابق پاره‌ای فتاوا پاهایشان نمی‌تواند تفسیر قابل قبولی از شرع باشد. آشکار بودن صورت به زن کمک می‌کند تا بتواند با افراد مختلفی که او را می‌شناسند، در ارتباط باشد. این کار موجب می‌شود که در رفتارش دقت بیشتری کند و بنابراین چنین وضعیتی می‌تواند به نحو بهتری حافظ حیا او باشد و بهداشت روانی او را تأمین کند و از این که او مورد بدبینی قرار گیرد، جلوگیری نماید.»

۴۳. دیوان آیه قرآنی مربوط را دوباره ذکر نمی‌کند. اما تأکید می‌کند که با توجه به سنت مسلمین، خود اصحاب رسول (ص) و فقیهان متقدم در اجتهاداتشان اهداف و مقاصد شریعت را لحاظ می‌کردند: «اصحاب پیامبر (ص) و مجتهدین اغلب بر اساس مصالح مؤمنان فتوا می‌دادند و در نظریات خود جلب مصلحت و دفع مفسده احتمالی را مد نظر داشتند. آنان با توجه به تغییر، تحول و تکامل مصالح مسلمانان در یک جامعه متغیر و متحول اجتهاد می‌کردند.»

۴۴. تا آن جا که من جستجو کرده‌ام، غیر از نوشتار حاضر، تنها یک مقاله کوتاه دیگر به زبان‌های غربی منتشر شده است که به تحلیل و ارزیابی آرای دیوان تا سال ۱۹۹۴ پرداخته است. نویسنده این مقاله یکی از متخصصان برجسته مصری در مباحث دیوان قانون اساسی است. وی فوق‌العاده به این روند

بدون قصد تبرع هزینه‌هایی برای طفل انجام دهد. به هر جهت آنچه که برای دیوان داشت نفس همین اختلاف آرای فقهی است.

۳۱. والوالدات برضعن اولادهن حولین کاملین لمن اراد أن یتّم الرضاعة و علی المولده رزقهن و کسوتهن بالمعروف لا تکلف نفس الا وسعها لا تضارّ والده بولدها ولا مولوده بولده...»

۳۲. دیوان از این آیه نتیجه می‌گیرد که اصل کلی مسئولیت پدران متمول در برابر نگهداری فرزندان‌شان یکی از اهداف عالی شریعت است.

۳۳. ما یریدالله لیجعل علیکم من حرج.

۳۴. باید این نکته را اضافه کرد که دیوان برای رد این اصل حقوقی که بسیاری از مذاهب در توجیه عدم جواز دستور پرداخت نفقه گذشته ذکر می‌کنند، به شکل غیر عالمانه‌ای به تفسیر قرآن می‌پردازد. به طور کلی مکاتب فقهی قائل به ممنوعیت نفقه گذشته به استناد دو اصل کلی فتواداده‌اند:

۱- فرد در برابر فرزندان غیرمحتاجش تعهد به پرداخت نفقه ندارد. ۲- فرض این است که شخص محتاج باید در اسرع وقت برای مطالبه نفقه‌اش اقامه دعوی کند. استدلال مذاهب این است که اگر طفل یا سرپرست او اقامه دعوی نکردند، اماره‌ای براین است که طفل نیازمند نفقه نبوده است. اما دیوان با این ادعا که این اصول کلی مبنای قرآنی ندارند، آن‌را رد می‌کند.

۳۵. نقاب یکی از انواع گوناگون حجاب در خاورمیانه است. با این حجاب تمام صورت تا زیر چشمان پوشیده می‌شود. هر چند نقاب از نظر اغلب غربی‌ها همواره به عنوان منظره اصلی حجاب تلقی می‌شود، اما در مصر رایج نیست و زنان مصری به طور سنتی از روسری‌هایی استفاده می‌کنند که تنها پوشش سر است و در پشت سر یا زیر چانه بسته می‌شود.

۳۶. مردم از ممنوعیت حجاب ابراز انزجار می‌کردند. از آن جا که جامعه مصر بیشتر محافظه کارانه رشد کرده بود، حجاب در میان دختران دانش‌آموز در بسیاری جاها به صورت یک هنجار درآمد. روزنامه‌ها تخمین زدند که ۷۵٪ از دختران دانش‌آموز در آن زمان از حجاب یا نقاب استفاده می‌کردند.

۳۷. هدف ضد دینی قانونگذار آشکارا توسط وزیر آموزش و پرورش بیان شد؛ آن جا که وزیر در بیان دلایل ممنوعیت برای خبرنگاران گفت: «ما اجازه نخواهیم داد مدارس مصر به جایگاه تروریسم و افراطی‌گری تبدیل شوند.»

۳۸. دیوان به روایتی اشاره می‌کند که مطابق آن پیامبر به زنی دستور می‌دهد به جز دست‌ها و صورت، همه جای بدنش را بپوشاند. روشن است که دیوان از روایت مذکور یک حکم الزامی برداشت نکرده است، بلکه آن را اجرای این اصل کلی

این مقاله به موضوع حقوق اسلامی و هماهنگی آن با نظریه‌های حقوق بشر اشاره دارد. در این مقاله نویسنده، حقوق اساسی آمریکا و حقوق بین‌الملل را با تفصیل و ژرف‌نگری خاصی بررسی می‌کند و منابع و مأخذ و نظریات فراوانی از حقوق آمریکا و حقوق بین‌الملل می‌آورد. به ۴۵ نظریه از دیوان عالی آمریکا استناد می‌کند و معاهدات بین‌المللی زیادی را ذکر می‌کند. اما از حقوق اسلامی چندان بحث عمیقی مطرح نمی‌کند. بحث اصولی - فقهی او خیلی کلی است و در کل مقاله تنها به یک کتاب فقهی ارجاع می‌دهد.

۵۰. یادآوری می‌شود دیوان در مورد قانون شماره ۱۳۶ به استناد مغایرت با اصل (۷) قانون اساسی آن را ملغی اعلام نمود. دیوان تنها در نظریه‌اش، و بدون هیچ توضیحی، آورده است که قانون مزبور مغایر اصول ۳۲، ۳۴ و ۲ قانون اساسی نیز هست.

۵۱. ظهور اسلام‌گرایی در میان حقوقدانان بخشی از پدیده بزرگ‌تر ظهور اسلام‌گرایی در میان متخصصان به طور کلی است. جامعه‌شناسان به رابطه اسلام‌گرایی با افزایش تحصیلات دانشگاهی بدون لحاظ پایه شغلی اشاره کرده‌اند. به همان اندازه که تحصیلات دانشگاهی به خصوص تحصیلات حقوقی برای تعداد بیشتری از مصریان میسر می‌شود، کانون و کلا نیز تا مناطق جغرافیایی مختلف گسترش یافته و اعضای بیشتری را شامل می‌شود و شامل طبقات اجتماعی هم می‌شود که تاکنون از طبقات نخبه جامعه شمرده نمی‌شدند. گسترش حرفه حقوقی در مصر به نحوی که شامل طبقات نادیده گرفته شده شود، دو تأثیر داشت: اولاً درهای کانون و کلا را بر روی افرادی که در بخش‌های کم ثروت و کمتر غریزه جامعه بودند، گشود. لذا حقوقدانان و قضات کمتر مایل بودند فرض سکولار بودن حقوق را بپذیرند. ثانیاً این کار امکانات کانون و کلا را در خدمت طبقاتی قرارداد که تحت فشارهای اقتصادی قرار داشتند و به همین خاطر انتقادات اسلام‌گرایان از فساد حکومت برایشان جاذبیت داشت. در حقیقت اسلام‌گراها کانون و کلا را به تسخیر خود در آورده‌اند و از آنجا معترض قوه قضائیه می‌شوند.

۵۲. ظاهراً در کشور مصر همانند ایالات متحده آمریکا وظیفه کنترل مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی به عهده قوه قضائیه است که از طریق دادگاه‌های عادی با مکانیسم خاصی اعمال می‌شود. اما هنگامی که موضوع در دیوان قانون اساسی مطرح شود، رأی دیوان برای دادگاه‌های دیگر لازم‌الاجرا است (مترجم).

خوش بین است و معتقد است دکترین دیوان می‌تواند رضایت هر دو جریان اسلام‌گرا و سکولاریست را فراهم آورد. وی مدعی است که نظریه شرعی دیوان را می‌توان به عنوان رویکردی منسجم و قانع‌کننده در استنباط حقوق اسلامی قلمداد نمود. او همچنین ادعا می‌کند که رویکرد مزبور در عین حال تضمین می‌کند که همچنان حقوق مصر انعطاف‌پذیر و مترقی باقی بماند. به نظر او، دکترین دیوان این شبهه عظیم را که شریعت اسلامی با مجموعه‌ای از احکام مشخص و غیر قابل انعطاف که واجب است در هر شرایط و اوضاع و احوالی اجرا شوند توسعه آتی دولت‌های مسلمان است، رفع می‌کند. نظریات دیوان بیانگر این است که حکومت‌های اسلامی قادرند قوانین پیشرفته‌ای داشته باشند، در حالی که با موازین اسلام نیز هماهنگ هستند.

۴۵. از این گذشته باید متذکر شد که اسلام‌گراها تقریباً همگی یکی از اصولی را که توسط دیوان به عنوان اصل بنیادین اسلام مشخص شده است، می‌پذیرند، یعنی این اصل که تمام احکام باید در جهت مصلحت جامعه اسلامی باشند. اصل مذکور توسط سیدقطب مطرح و از سوی رهبری فکری اسلام‌گرا در عصر حاضر چون حسن الترابی مورد تأیید قرار گرفته است.

۴۶. نگاه کنید به بیانیه انجمن اسلامی دانشجویان دانشگاه قاهره.

۴۷. لذا در سال‌های دهه هفتاد شیخ با نفوذ الازهر تأکید داشت تا زمانی که دانشکده‌های حقوق مصر دروس لازم فقه اسلامی را در برنامه‌های آموزشی خود نگنجانده‌اند، هیچ دادگاهی نمی‌تواند به استناد قانون اساسی به تفسیر شرع بپردازد. اما او گفت در صورت افزایش دروس فقهی این امکان برای قضات دادگاه‌ها وجود خواهد داشت.

۴۸. می‌توان این نکته را هم افزود که دیوان در تفسیر آیات هم به نظر می‌رسد به معنای ساده آیات اکتفا کرده و انگار که از تفاسیر گوناگون قرآنی که در مجموعه سنتی اسلامی بسیار اهمیت دارند، خبر ندارد. قضات دیوان هنگامی که به حدیثی هم استناد می‌کنند، اصلاً به مباحث رجالی و علم‌الحدیثی آن نمی‌پردازند.

۴۹. زندگینامه دو تن از قضات دیوان در کتابی راجع به دیوان منتشر شده است. هر کدام دارای مدارک و تحصیلات عالی در حقوق بین‌الملل، حقوق بشر یا حقوق دریایی هستند. اما هیچ کدام دارای تحصیلات فقهی نیستند. افزون بر این در کارهای تحقیقی‌شان نیز توجه عمیقی به مفاهیم حقوق اسلامی نشان نمی‌دهند. این واقعیت در سخنرانی‌ها و مقالات دانشگاهی آنها نیز به چشم می‌خورد. مثلاً به مقاله اخیر رئیس دیوان دکتر عوادالمرومی اشاره کرد. بخشی از