

# نقش احکام فقهی اسلامی در نظام حقوق جزایی کشورهای مهم اسلامی

## مقایسه تطبیقی کشورهای ایران، عراق، عربستان و مصر

تاریخ دریافت: ۹۷/۵/۱۱

تاریخ تأیید: ۹۷/۷/۳

غلامرضا پیوندی\*  
سیدعلیرضا میربد\*\*

### چکیده

پدیداری نظام‌های سیاسی بر مبنای آرمان‌های اسلامی در دوران معاصر اذهان جستجوگران را به سمت تدقیق در نحوه برخورد این نظام‌ها با اصول اسلامی سوق داده است. در زمانه حاضر کم نیستند کشورهایی که از اکثریت جمعیت مسلمان برخوردار بوده و نظام سیاسی حاکم نیز ولو در ظاهر خود را متصف به صفت اسلامی معرفی می‌کند اما در نظام حقوقی این کشورها ردپایی از احکام اسلامی یافت نمی‌شود؛ باین حال فارغ از گونه‌های ارتباطی متعدد بین دین و دولت، یکی از مهمترین و حساس‌ترین مواضعی که نمایانگر رفتار کشورها با احکام اسلامی است، قوانین جاری در کشورها خصوصاً قوانین جزایی و کیفری است. مقاله حاضر نظام‌های حقوقی چهار کشور ایران، عراق، عربستان و مصر را با محوریت مدل‌های ارتباطی بین شریعت و نظام حقوقی مورد بررسی قرار داده تا بدین وسیله ورود یا عدم ورود احکام اسلامی به قوانین جزایی هر کدام روشن شود. ایران و عراق به عنوان دو پایگاه مهم شیعیان جهان با نظام‌های حقوقی کاملاً متفاوت و نیز عربستان سعودی و مصر به عنوان دو موضع قدرتمند و تأثیرگذار اهل سنت، اگرچه با ساختاری متفاوت از یکدیگر، به صورت جداگانه مطمح نظر واقع شده‌اند.

\* استادیار گروه فقه و حقوق پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی

(peyvandi@yahoo.com)

\*\* کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه تهران / نویسنده مسئول

(ali.mirbod@yahoo.com)

## مقدمه

مقصود از احکام فقهی اسلامی در زمینه کیفرهای شرعی در این بررسی، مشخصاً حدود، قصاص، دیات و تعزیرات است؛ مسلم است که در بین مذاهب اسلامی اختلافات فراوانی در این خصوص وجود دارد اما بررسی امور مذکور در نظام حقوقی کشورهای پیش گفته، فارغ از حدود و اختصاصات هر مذهب، صرفاً ناظر به وجود یا عدم وجود جرایم و مجازات‌های ۴ گانه است. البته نباید از یاد برد که شناخت ورود حدود، قصاص و دیات به نظامات حقوقی میسر و ممکن است؛ اما با توجه به فهم متفاوت از تعزیرات در مذاهب مختلف اسلامی می‌توان ادعا کرد که تشخیص آن به سادگی ۳ مورد دیگر نیست؛ اگرچه نگاهی عمیق به مبانی نظام حقوقی در هر کشور می‌تواند افقی کلی از رفتار قانونگذار با احکام اسلامی از جمله تعزیرات در معنای شرعی را به دست دهد. نکته قابل ذکر اینست که در مسیر بررسی نقش موارد پیش گفته نمی‌توان از عنصر اجتهاد نیز غافل شد در واقع بیان قانونگذار از حدود، دیات، قصاص و نیز تعزیرات در مجموعه قوانین موضوعه امری مشخص است که با وجود اختلاف فقهای گذشته و حاضر اما به صورت مدون در کتب مربوطه موجود است اما عنصر اجتهاد در مسائل مستحدثه امری مربوط به زمان حاضر است و ورود این عرصه به نظامات حقوقی نیازمند تمهیدات لازم از جمله وجود گونه‌ای از رابطه میان فقها و سیستم قانونگذاری و قضایی خواهد بود. البته وجود اینچنین عنصری بدون شک زمانی پدیدار می‌گردد که قانونگذار حضور احکام فقهی جزایی در نظام حقوقی را به رسمیت شناخته باشد؛ در واقع نمی‌توان سخن از پذیرش اجتهاد فقهی در نظام حقوقی به میان آورد حال آنکه قانونگذار اجازه ورود یا حتی تأثیرپذیری قانون از فقه اسلامی را نداده است. از اینرو در این مقاله پس از بیان گونه‌های ارتباطی شریعت و نظام حقوقی، مصادیق ۴ گانه بر اساس گونه‌های ارتباطی و البته در دو عرصه احکام فقهی و اجتهاد فقهی مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

نقش‌آفرینی احکام جزایی فقه اسلامی در نظام حقوقی کشورها نیازمند اذن واضعان اولیه یک نظام سیاسی اعم از مجلس موسسان و دیگر واضعان قانون اساسی است و

البته ناگفته پیداست که به صرف کثرت و قَلت جمعیت مسلمانان در جوامع نمی‌توان حکم به ابتدای نظام حقوقی بر احکام شرع نمود. بر اساس مدل‌های سه‌گانه‌ی رابطه شریعت و نظام حقوقی که ذکر خواهد شد ۴ نظام حقوقی ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد؛ در نظام‌های حقوقی ایران و عربستان با وجود غلبه جمعیتی مذاهب مختلف‌اما در اجرای احکام اسلامی اصرار بیشتری موجود است، در نظام ایران با غلبه جمعیتی شیعیان، احکام جزایی بر اساس فقه امامیه جاری و ساری است و در نظام حقوقی عربستان با غلبه مطلق اهل سنت احکام فقه جنبدلی در غالب موارد به سان قوانین جزایی و مدنی در نظام حقوقی این کشور اجرا می‌شود. در مقابل، با وجود غلبه مطلق اهل سنت در مصر و غلبه نسبی شیعیان در عراق، اما احکام اسلامی در قوانین جزایی این دو کشور نقش چندانی ندارد. آنگونه که روشن است هر یک از نظامات مذکور نمایانگر مدلی از جوامع اسلامی با متغیرهای مذهب و کارکرد آن در نظام حقوقی جزایی است. به عبارتی برخلاف تصور ابتدایی از این ۴ کشور، عراق و مصر با وجود غلبه مذاهب متفاوت اما بیشترین مشابهت را به یکدیگر در عرصه نظام حقوقی داشته و از سوی دیگر نظام‌های حقوقی ایران و عربستان نیز به همین ترتیب واجد مشابهت‌های بیشتری با یکدیگر هستند. البته طبیعی است که در غالب کشورهای با غلبه جمعیتی مسلمان قوانین مربوط به حوزه حقوق خصوصی و احوال شخصیه بر اساس شریعت اسلامی تنظیم شده باشد اما حوزه حقوق عمومی و حقوق جزا که ارتباط کامل با اراده‌ی حاکمیت و مبانی مشروعیت‌ساز قدرت دارد در هر کدام از جوامع مسلمان می‌تواند ساختار متفاوتی به خود بگیرد.

### گونه‌شناسی رابطه شریعت و نظام حقوقی

با توجه به ماهیت فقه اسلام و رابطه‌ای که بین احکام فقهی و نظام‌های حقوقی معاصر می‌تواند برقرار شود در مجموع می‌توان سه مدل ارتباطی ادغام، تعامل و استقلال را تبیین نمود. این تقسیم‌بندی آنگونه که بیان خواهد شد مبین میزان و نحوه بهره‌گیری نظام حقوقی از احکام فقه اسلامی است؛ آنگونه که پیش از این نیز گفته شد عنصر اجتهاد نیز تنها می‌تواند در طول ورود احکام فقهی به عرصه قانونگذاری واجد نقش در نظامات حقوقی شود بنابراین بر اساس تعاریفی که بیان خواهد شد، اساساً

ورود عنصر اجتهاد تنها می‌تواند در دو مدل ادغام و تعامل قابل طرح باشد اما در مدل استقلال نمی‌توان سخنی از امکان یا عدم اجتهاد جدید به میان آورد چون اساساً در آن نظام حقوقی، ورود شریعت در هیچ لباسی مورد پذیرش واقع نشده است. اهمیت بررسی این مطلب از آنروست که در صورت عدم پذیرش اجتهاد تنها رابطه نظام حقوقی با فقه اسلامی همان موارد منصوص و متون فقهی مورد اعتبار نزد قانونگذار است و فراتر از آن ارتباطی بین این دو وجود نخواهد داشت و در سایر مسائل قوانینی بی‌توجه به احکام اسلامی وضع خواهد شد. اما اگر مبنای اجتهاد را در نظام حقوقی بپذیریم در این صورت می‌توان با دو نظریه دیگر مواجه شد که یکی انطباق کامل تمامی قوانین و مقررات با احکام اسلامی است و دیگری صرفاً عدم مغایرت قوانین با احکام اسلام.

## ۱. ادغام

در این مدل، احکام فقه اسلام به مثابه قانون جاری در محاکم بدون وجود پیش شرط مورد استناد واقع می‌شود و هیچ قانون موضوعه یا نهادی امکان کاستن از نقش-آفرینی آنرا در نظام حقوقی نخواهد داشت. در این رابطه، نظرات فقهی علمای دین که در کتب فقهی خود مطرح نموده‌اند به مثابه قانون معتبر و نافذ در نظام حقوقی است و اساساً قضات محاکم وظیفه‌ای به جز یافتن حکم در کتب و منابع معتبر فقهی نخواهند داشت. البته ناگفته پیداست که بنابر میزان این ادغام، می‌توان از ادغام مطلق و ادغام نسبی نام برد. اما آنگونه که توضیح داده خواهد شد عربستان حداقل در بخشی از نظام حقوقی خود این مدل را اعمال ساخته است به عبارتی می‌توان عربستان را به عنوان مدل نسبی ادغام شریعت اسلامی و نظام حقوقی شناخت.

### ۱.۱. عربستان

#### ۱.۱.۱ مبانی نظام حقوقی

کشور عربستان با شکل و شمایل فعلی سابقه‌ای کمتر از یک قرن دارد؛ بر اساس فرمان عبدالعزیز در سال ۱۳۵۱ قمری (۱۹۳۲م) نجد و اطراف آن که عبدالعزیز اول بار با تصرف آن قدرت خود را علنی کرده بود به سرزمین حجاز - که از ۱۳۴۳ تحت تسلط

وی درآمده بود- پیوست و پادشاهی عربستان سعودی شکل گرفت. پیش از این تسلط و در دوران سلطه عثمانی بر سرزمین‌های منطقه، شبه جزیره به صورت کامل تحت حاکمیت این امپراطوری قرار نگرفت و اصلاحاتی را که دولت عثمانی در خلال قرن ۱۳ قمری (۱۹ میلادی) در سرزمین‌های تحت تصرف خود اعمال کرد، نتوانست به صورت کامل در شبه جزیره عربستان ایجاد کند (آل دریب، ۱۴۱۹، ص ۲۸۰). در سرزمین حجاز و با مرکزیت مکه، نظام حقوقی عثمانی استقرار یافت و آخرین اراده آنها تحت عنوان «مجله الاحکام العدلیه» طی سالهای ۱۸۶۹-۱۸۷۶ میلادی در حکومت عثمانی تدوین شد و مقررات مربوط به معاملات به ویژه اعمال حقوقی و عقود را بر اساس مذهب حنفی بیان کرد (شحاته، ۱۳۸۲، ص ۱۵) در زمان حکومت عثمانیان مذهب حنفی، مذهب رسمی در محاکم شرعی و سایر مراکز حکومتی آنها بود. در حجاز مذهب شافعی و در نجد نیز مذهب حنبلی غالب بود (محمضانی، ۱۹۵۷، ص ۳۳۶) در آغاز دوران تشکیل دولت سوم سعودی -از ۱۳۱۹ قمری تا کنون- اگرچه عمل کردن بر اساس مذاهب چهارگانه اهل سنت از سوی صاحبان قدرت تبلیغ می‌شد (محمد، ۱۳۹۷، ص ۴۶)؛ اما طبیعی بود که با تشکیل دولت سوم سعودی بر اساس پیمانی که به هنگامه تشکیل دولت اول سعودی با آل شیخ - نوادگان محمدبن عبدالوهاب- منعقد نموده بودند مذهب حنبلی مورد حمایت حاکمان این کشور شود.

باید توجه داشت که در کشور عربستان به دلیل فقد قانون اساسی تا ۱۴۱۲ قمری، مختصات نظام حقوقی را تا پیش از آن باید در اراده یکجانبه پادشاه و یا شاهزاده‌ها یافت. ملک عبدالعزيز پس از تسلط بر مناطق عمده‌ای از شبه جزیره در ۱۳۴۳ قمری طی فرمانی اعلام کرد که مصدر تشریح و نیز صدور حکم تنها کتاب و سنت و فقه اسلامی است و درست در نقطه مقابل، برخی قائلند که عبدالعزيز در سال ۱۹۲۷ میلادی از قصد خود در خصوص ایجاد مجموعه‌ای از حقوق اسلامی بر اساس تعلیمات ابن- تیمیه سخن گفت که به دلیل مخالتهایی که با این طرح صورت گرفت از دستور کار خارج شد (داوید، ۱۳۷۸، ص ۴۶۶). او همچنین قیاس و اجماع علما را منبع تشریح اعلام کرد (المرزوقی، ۲۰۱۴، ص ۲۰). در ۱۳۴۵ قمری ملک عبدالعزيز طی فرمانی اعلام کرد که عمل به قوانین عثمانی‌ها که بر مبنای مذهب حنفی بوده جایز است. در ۱۳۴۷ قمری

اما در نهایت با اعلام این مطلب که در محاکم قضایی باید بر اساس فقه حنبلی حکم شود منابع صدور احکام برای قضات از میان کتب معروف فقهای حنبلی تعیین شد (محمصانی، ۱۹۵۷، ص ۳۳۶). مجلس وزرا که متشکل از ولیعهد و وزیر دولت عربستان است در ۱۳۹۶ قمری مصوبه‌ای را صادر کرد و در آن بیان شد که به دلیل اختصاص «تشریح» به خداوند، استفاده از این کلمه برای قانونگذاری در این کشور نامناسب است. همچنین به دلیل استفاده فقها از واژه قانون برای افاده مفهوم احکام وضع شده از جانب خداوند، این واژه نیز در مورد مصوبات و مقررات به کار نمی‌رود (المرزوقی، ۲۰۱۴، ص ۲۲) و عمده‌تاً مصوبات قانونی در این کشور با عنوان «نظام» منتشر می‌شود. البته شرایط وضع و تصویب قوانین و مقررات در این کشور پادشاهی نیز به نحوی است که اساساً اطلاق واژه قانون بر آنها با مسامحه صورت می‌گیرد؛ بر اساس ماده ۱۷ قانون مجلس شورا مصوب ۱۴۱۲ قمری دو مجلس شورا و وزرا تنها از حق پیشنهاد برخوردار هستند و تأیید نهایی که به مثابه تنفیذ است باید از جانب شخص اول مملکت یعنی پادشاه صورت گیرد و بدون آن فاقد هر گونه جاهت و اعتبار است.

در قانون اساسی عربستان که برای اولین بار در ۱۴۱۲ قمری با فرمان پادشاه صادر شد، با وجود اختصار و اجمال فراوان، بر ابتدای قوانین موضوعه بر شریعت اسلامی - البته بدون اشاره به مذهب خاصی - به صورت ویژه تأکید شده است؛ در اصل ۷، احکام مندرج در کتاب خدا و سنت رسول الله ﷺ را حاکم بر تمامی نظامات و قوانین کشور می‌داند. مطابق اصل ۳۸ قانون اساسی این کشور علاوه بر اشاره به فردی بودن مجازات - ها هر گونه اعمال مجازات تنها مبتنی بر نصوص شرعی، یا نصوص قانونی امکان‌پذیر است. اصل ۴۸ نیز به وظایف دادگاه‌ها پرداخته و چنین حکم کرده است: دادگاه‌ها باید مقررات شریعت اسلامی را پیرامون موضوعاتی که به آنها عرضه می‌شود اعمال کنند و این اقدام را بر اساس کتاب خدا و سنت پیامبر اکرم ﷺ و نیز قوانین صادره از پادشاه به شرط مطابقت با احکام کتاب و سنت انجام می‌دهند. اصل ۴۵ قانون اساسی نیز منشأ صدور فتوا در کشور را کتاب خدا و سنت نبی مکرم اسلام ﷺ دانسته و در همین اصل به «هیئ‌ه کبار العلماء» اشاره شده است. این هیئت در جدیدترین فرمان که ملک سلمان بن عبدالعزیز در ربیع‌الاول ۱۴۳۸ صادر کرده دارای ۲۱ عضو می‌باشد. بر

اساس این فرمان رئیس این هیئت، عبدالعزیز بن عبدالله بن محمد آل شیخ می‌باشد. در درون این هیئت شعبه‌ای به نام «لجنة دائمة للفتوى» (کمیسیون دائمی فتوا) قرار دارد که با فرمان پادشاه انتخاب می‌شوند و وظیفه‌ی صدور فتوا در زمینه مسائل فردی، اعتقادات، اعمال عبادی و معاملات شخصی را بر عهده دارد. بر اساس لایحه «نحوه عمل هیئت کبارالعلماء» که در ۱۳۹۱ توسط ملک فیصل صادر شد این هیئت از علمای سعودی و در صورت نیاز برخی غیرسعودی‌ها نیز که در آنها روش علمای سلف دیده می‌شود تشکیل خواهد شد. وظیفه این هیئت صدور فتوا و ارائه نظر به صورت مستند به همراه ادله شرعی در مواردی است که از جانب پادشاه به آنها احاله می‌شود. همچنین حق ارائه‌ی توصیه‌هایی در قضایای دینی متعلق به امور عمومی را داراست. در واقع حداکثر اقدامی که این هیئت بر عهده دارد فتوی و پاسخ به سوالاتی است که به این هیئت به عنوان عالیترین نهاد شرعی احاله می‌شود که البته بیشتر ناظر به حوزه‌های مختلف اجرایی است و نه حوزه‌های تقنینی. با رجوعی به شرح وظایف و نیز نظرات این هیئت نمی‌توان نوعی نظارت پیشینی یا پسینی برای این مرکز در قبال قوانین مصوب مشاهده کرد و تنها به سان یک نهاد فتوایی سنتی مورد استفاده واقع می‌شود که حتی با وجود پذیرش اقدامات اجتهادی این مرکز در پاسخ به استفتائات مختلف اما راهی برای ورود و نفوذ نظرات این هیئت در قوانین موضوعه وجود ندارد<sup>۱</sup>. به علاوه در رویدای قابل تأمل در سال ۱۳۴۵ قمری بنا به درخواست ملک عبدالعزیز پایه‌گذار پادشاهی آل سعود، جلسه‌ای با حضور علمای اسلامی در مکه مکرمه حول محور قوانین باقیمانده از دوران عثمانی و برخی از مستحدثات روز مثل برق و عوارض گمرکی تشکیل شد؛ نظر نهایی این همایش این چنین بود: «اگر از قوانین سابق چیزی در حجاز باقیمانده سریعاً زائل شود و تنها بر اساس شرع مطهر حکم شود» و در همین فتوی علما اعلام شد که اخذ عوارض از محرمات ظاهره است و اگر پادشاه آنرا ترک کرد که -این عمل صحیح و - واجب است و اگر امتناع کرد و عوارضی اخذ نمود هرگونه

۱. برای دیدن تفصیلات بیشتر در خصوص آرای صادره از جانب این هیئت؛ ر، ک، اب‌حاث هیئة کبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، ریاض، رئاسة ادارة البحوث العلمية و الافتاء.

عصیان مسلمین و خروج از اطاعت او جایز نیست (محمصانی، ۱۹۵۷، ص ۳۳۵).

### ۱.۱.۲. بررسی قوانین جزایی

در نظام حقوقی عربستان بدون آنکه اقدامی در جهت شکل قانونی بخشیدن به احکام خام فقهی صورت بگیرد قضات بنا بر تخصصی که در دانشگاه‌های مدرن اسلامی کسب می‌کنند، موظف به رجوع به متون فقهی مشخصی هستند. البته مشخص است که قضات در خصوص مسائل مستحدثه امکان رجوع به متون فقهی نداشته و باید با رجوع به قوانین و نظامات مصوب مربوطه حکم قضیه را صادر نمایند. در واقع رسیدگی به مسائلی که در فقه حنبلی بنا بر اقتضای زمانه اشارتی بدان نشده، باید بر اساس قوانینی که توسط مجلسین شورا و وزرا تهیه شده و به تصویب نهایی پادشاه رسیده، حل و فصل شود. نکته مهم اینجاست که نوعی رفتار دوگانه که هر کدام واجد ثغور مشخص و دقیقی است، در نظام حقوقی این کشور مشاهده می‌شود؛ از یک سو رجوع به متون خام فقهی در موارد مرتبط و مشخص و از سوی دیگر رجوع به قوانین تازه تصویب در مسائل مستحدثه و این در صورتی است که در نظام حقوقی ایران رجوع قضات به متون فقهی بر اساس اصل ۱۶۷ به عنوان یک منبع تکمیلی، از آغاز تصویب قانون اساسی تا به حال محل اختلاف نظرهای گسترده در خصوص محدوده و گستره این رجوع بوده است.

آنگونه که گفته شد حقوق جزا در کشور عربستان فاقد متون قانونی مدون است. «هیئت المراقبه القضاییه» به عنوان یک نهاد قضایی در ۱۳۴۷ قمری طی مقرره‌ای ابراز داشت که احکام صادره از تمامی محاکم باید بر اساس مذهب امام احمد حنبل باشد و البته این مقرره اجازه داد در صورتی که فتوای امام احمد باعث مشقت و یا خلاف مصلحت عمومی باشد بر اساس مذهب دیگری رأی صادر شود (محمصانی، ۱۹۵۷، ص ۳۳۶). این نهاد قضایی چندین منبع فقهی مربوط به مذهب حنبلی را به عنوان منبع معتبر احکام قضایی به ترتیب اولویت معرفی کرد:

۱. منتهی الارادات، متن: شیخ الفتوحی (متوفی ۹۷۲) و شرح شیخ منصور البهوتی

(متوفی ۱۰۵۱).



۲. الاقناع، متن: شیخ موسی الحجاوی (متوفی ۹۴۸) شرح (کشاف القناع عن متن الاقناع): منصور بن یونس البهوتی.

۳. زاد المستقنع: للحجاوی و شرح آن: الروض المربع شرح زاد المستقنع فی اختصار المقنع: منصور بن یونس البهوتی.

۴. دلیل الطالب لنیل المطالب: متن: شیخ مرعی بن یوسف المقدسی الحنبلی (متوفی ۱۰۳۲) و شرح آن، منار السبیل: شیخ ابراهیم بن محمد الضویان (متوفی ۱۳۵۳).

۵. المغنی: موفق الدین عبدالله بن قدامه (متوفی ۶۲۰).

۶. الشرح الكبير (المسمى بالشافي شرح المقنع في الفقه الحنبلي): عبدالرحمن بن قدامه (متوفی ۶۸۲) (آل دریب، ۱۴۱۹، صص ۲۹۲ و ۲۹۳).

این مصوبه در احکام مدنی و جزایی جاری است اما در عبادات، سعودی‌ها طبق مذهب خویش اقدام می‌کنند (محمصانی، ۱۹۵۷، ص ۳۳۷) همچنین در این مقرر مصوب شد در صورتی که دعاوی مربوط به مسابقات و اجاره نخل‌ها و ارث و وقف بود بر اساس مذهب غالب در مکانی که دعوی در آن اقامه شده و اگذار خواهد شد (آل دریب، ۱۴۱۹، صص ۲۹۲ و ۲۹۳). بر این اساس است که قانونگذاری در این کشور در خصوص نظام ماهوی مدنی و کیفری تاکنون شکل مدون به خود نگرفته و قضاوت به عنوان یک عمل شرعی با رجوع مستقیم و بی واسطه قاضی به منابع فقه جنبلی صورت می‌گیرد. این رجوع به شرع نیز از صلاحیت‌های اجباری قاضی است و نه صلاحیت اختیاری وی؛ از اینروست که در قانون «نظام القضا» مصوب ۱۴۲۸ که بیانگر ساختار قضایی در عربستان است، تحصیل در دانشکده‌های شرعی برای ورود به عرصه‌ی قضا لازم دانسته شده است.

البته از لحاظ شکلی نظام حقوقی این کشور واجد نظام قضایی مدرن است و حجم بالایی از قوانین مصوب در این کشور در خصوص آیین دادرسی‌های قضایی است. البته در نظام حقوقی عربستان جرایمی که در دوران گذشته سابقه‌ای نداشته و نوپدید است بر اساس قانون مشخص شده و دارای نظام مدونی شده است. برای مثال جرایمی مثل پول شویی در ۱۴۳۳، مواد مخدر در ۱۴۲۶، ارتشا و کلاهبرداری در ۱۴۱۲، جعل و تزویر در ۱۴۳۵ همگی در متون قانونی مدون، بیان شده‌اند.

در پایان باید متذکر این نکته نیز شد که اگرچه بتوان از ادغام شریعت با بخشی از نظام حقوقی عربستان سخن به میان آورد اما نمی‌توان اینچنین رابطه‌ای را به نظام سیاسی این کشور تسری داد؛ ساختار سیاسی فعلی عربستان اساساً برآمده از حمله نظامی توسط خاندان آل سعود به فرماندهی عبدالعزیز به سرزمین حجاز و نجد بوده و بقای این پادشاهی نیز تنها مبتنی بر وراثت است از اینرو حدوث و بقای این پادشاهی را علی‌رغم توجیحات فراوان، نمی‌توان خلافت اسلامی به معنایی که در میان اهل سنت شناخته شده است، دانست (محمدالباشا، ۲۰۰۸، صص ۲۷ و ۲۸)؛ خلافتی که به مثابه ارثی ابدی در خاندان عبدالعزیز پایدار و ماناست.

## ۲. تعامل

در مدل تعامل برخلاف مدل ادغام هدف نظام حقوقی وحدت نصوص شریعت با نظامات حقوقی نیست بلکه در این عرصه با محوریت قوانین موضوعه، تلاش‌ها می‌تواند مصروف دو جهت گردد: اول اینکه قوانین و مقررات وضع شده از سوی نهادهای واجد صلاحیت مطابق با مفاد شریعت باشد و دوم اینکه قوانین و مقررات، فاقد مفاهیم و مندرجات مغایر شریعت باشد. در واقع در این مدل ممکن است بر اساس جهت اول، مفاد یک نظام حقوقی در حد امکان منطبق با فقه اسلامی و در واقع قوانین و نظامات متخذ از ادله شرعی باشد همانگونه که احکام فقهی از ادله مربوطه استنباط می‌شود و یا بر اساس جهت دوم عدم مغایرت قوانین با احکام فقهی کفایت می‌کند و انطباق لازم نیست. مشخص است که در این مدل می‌توان گونه‌ای همکاری را از طریق نهادهای دینی و یا علمای دینی مشاهده نمود؛ نهادهایی که البته با اراده دولت و با همکاری علما پدید آمده است. نمونه تعامل شریعت و نظام حقوقی را می‌توان در نظام حقوقی ایران مشاهده نمود.

### ۲.۱. ایران

#### ۲.۱.۱. مبانی نظام حقوقی

اولین قانون اساسی ایران در سال ۱۲۸۵ شمسی با اقدام مجلس شورای ملی و اراده شاه قاجار پدیدار شد. در اصل اول این قانون چنین آمده: «مذهب رسمی ایران اسلام و

طریقه حقه جعفریه اثنی عشریه است، باید پادشاه ایران دارا و مروج این مذهب باشد». در اصل ۲۷ قانون اساسی مشروطه استقرار قانون منوط به عدم مخالفت با موازین شرعی شده بود و به همین جهت در اصل ۲ هیئتی پنج نفره از علما که بعداً عنوان «هیئت طراز» به خود گرفت، جهت تشخیص مخالفت قوانین موضوعه با قواعد اسلامی پیش‌بینی شده بود. اهمیت این هیئت برای قانونگذار تا بدانجا بود که اولاً رأی این هیئت در هر صورت لازم‌الاتباع دانسته شده و ثانیاً مفاد این اصل تا ظهور امام زمان علیه السلام غیرقابل تغییر بود. البته این چنین هیئتی به جز دوران کوتاهی در دوران قاجار شکل نگرفت و اساساً تطبیق قوانین موضوعه با احکام شرعی که مورد نظر قانون اساسی مشروطه بود صورتی به خود نگرفت.

با وقوع انقلاب اسلامی در ایران در سال ۱۳۵۷ شمسی آنگونه که مشخص بود، نقش احکام شرعی در شئون مختلف نظام سیاسی و حقوقی نقشی جدی و مهم بود. قانون اساسی ابتدای نظام حقوقی حاکم بر کشور را بنا بر مذهب عمده شهروندان ایرانی، بر فقه شیعه نهاد. بر اساس اصل دوم، جمهوری اسلامی نظامی بر پایه ایمان به خدای یکتا و اختصاص حاکمیت و تشریح به او و نیز ایمان به وحی الهی و نقش بنیادین آن در بیان قوانین، ایمان به معاد، عدل خداوند در خلقت و تشریح، امامت و رهبری مستمر، کرامت و ارزش والای انسان معرفی شده است که با در نظر داشتن این موارد از راه اجتهاد مستمر فقهای شیعه بر اساس کتاب و سنت معصومین علیهم السلام و نیز استفاده از فنون و تجارب پیشرفته بشری و نفی هرگونه ستم‌گری و ستم‌کشی، قسط و عدل و استقلال سیاسی و اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی و همبستگی ملی را تأمین می‌کند.

اصل ۴ در یک بیان عمومی چنین حکم می‌کند «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است» اصل ۷۲ نیز متضمن این امر است که مجلس نمی‌تواند قوانینی وضع کند که مغایر با اصول و احکام مذهب رسمی کشور باشد. علاوه بر این، اصول ۹۱ تا ۹۹ به بیان

وظایف شورای نگهبان در خصوص تشخیص مغایرت قوانین و مقررات با شرع و نیز قانون اساسی پرداخته است. نکته مهم در خصوص وظیفه شورای نگهبان اینست که در قانون اساسی گاهی از عبارت مطابقت قوانین سخن به میان رفته و گاهی از عدم مغایرت قوانین. مقصود نهایی از بیان قانونگذار اساسی در خصوص وضع قوانین مطابق با اسلام منع از وضع قانونی است که با اصول و احکام مذهب مخالف باشد. در خصوص این مسئله دکتر کاتوزیان برآنست که لزوم عدم مغایرت مندرج در اصل ۷۲ بر اصل ۴ که از لزوم انطباق سخن به میان آورده حکومت دارد و مقصود نهایی، در حقیقت منع از وضع قانونی است که با اصول و احکام مذهب مخالف نباشد؛ و این همان نکته‌ای است که به صراحت در اصل ۹۶ بیان شده است و تشخیص عدم مغایرت مصوبات با احکام اسلام بر عهده فقهای شورای نگهبان قرار داده شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۳۸۹) برخی دیگر برآنند که واضعان قانون اساسی آگاهانه از الفاظ مطابقت و عدم مغایرت بهره جسته‌اند؛ در جایی که لزوم مطابقت قوانین ذکر شده سخن از موازین اسلامی است و در جایی که از لفظ عدم مغایرت استفاده شده، از احکام اسلامی یاد شده است در واقع قانونگذار اساسی در خصوص موازین اسلامی که یک سری اصول و قواعد کلی همچون اصول عدالت، انصاف، کرامت انسان، رفع فقر، حفظ و توقیت نظام اسلامی و... مقصود است لزوم انطباق قوانین موضوعه را حکم نموده و البته در خصوص احکام اسلامی که مقصود احکام فقهی جزئی و مشخص هستند از لزوم عدم مغایرت سخن به میان آورده است (هدایت‌نیا و کاویانی، ۱۳۸۰، صص ۱۲۹-۱۳۱)؛ البته باید متذکر شد که در مذاکرات مجلس خبرگان قانون اساسی چنین تفکیکی بیان نشده اما می‌توان مویداتی از جانب برخی اعضا همچون نائب رئیس مجلس مذکور مشاهده نمود که ایشان بدون اشاره به تفکیک بین موازین و احکام اسلام، ضرورت فهم این مسئله را عنوان کردند که باید بین انطباق و عدم مغایرت قائل به تفکیک شد به این صورت که قطعاً در نظام حقوقی نمی‌توان همه احکام را متخذ از قرآن و سنت دانست بلکه در قوانین راهنمایی و رانندگی نیازمند به استفاده از تخصص کارشناسان مربوطه هستیم (مذاکرات مجلس بررسی قانون اساسی، ۱۳۶۴، ج ۱، صص ۳۱۶ و ۳۱۷).

بر این اساس شورای نگهبان با ترکیب ۶ فقیه و ۶ حقوقدان، وظیفه بررسی مطابقت

یا عدم مطابقت مصوبات مجلس شورای اسلامی بر شرع اسلام را داراست؛ به این صورت که مجلس پس از تصویب، متن مورد نظر خویش را به این شورا ارسال داشته و ظرف ۱۰ روز در انتظار پاسخ شورا است. در اوایل کار نظر فقهای شورای نگهبان بر این بود که در مورد بررسی شرعی بودن قوانین باید اکثریت فقها رأی مثبت بر انطباق آن با موازین شرع بدهند در واقع نیازمند حداقل ۴ رأی بر مطابقت قانون با شرع بود. اما با توجه به مشکلات و بن‌بست‌های عملی در این راستا این شیوه کنار گذاشته شد و شورای نگهبان پذیرفت که در مورد خلاف شرع بودن مصوبه مجلس نظر اکثریت فقها بر مغایرت آن با موازین شرع معتبر و ملاک عمل باشد و اگر چنین اکثریتی نیز حاصل نشد در هر صورت مصوبه مجلس مغایر موازین شرع اعلام نشود (مهرپور، ۱۳۹۴، ص ۲۳۰). اما در صورت اعلام مغایرت قانون با شرع توسط شورای نگهبان، مجلس پس از بحث و بررسی مجدد موظف است برای بار دوم مصوبه خویش را با اصلاحات به شورای نگهبان ارسال کند که در صورتی که این شورا مجدداً با مصوبه مخالفت نماید، این مصوبه راهی مجمع تشخیص مصلحت نظام می‌شود و تصمیم‌گیری نهایی بر اساس اصل ۱۱۲ قانون اساسی به این مجمع واگذار می‌شود. نکته قابل توجه اینجاست که با وجود این حد از پذیرش نقش فقه امامیه در نظام حقوقی ایران، اما قانونگذار به این امر اکتفا نکرده و در اصل ۱۶۷ قانون اساسی بیان داشته که «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد». در واقع نه تنها شریعت اسلامی به عنوان منبع رسمی قوانین موضوعه در ایران معرفی شده بلکه به عنوان منبع تکمیلی نیز دارای کارکرد است (دانش پژوه، ۱۳۸۹، صص ۸۹ و ۹۰).

### ۲.۱.۲. بررسی قوانین جزایی

اولین قانون جزایی ایران در سال ۱۳۰۴ شمسی تحت عنوان قانون مجازات عمومی به تصویب رسید. نحوه برخورد این قانون با شرع اسلام به گونه‌ای بود که نشانگر عدم ابتنای آن بر شریعت اسلام بود. بر اساس ماده ۱ این قانون «مجازات‌های مصرّحه در

این قانون از نقطه نظر حفظ انتظامات مملکتی مقرر و در محاکم عدلیه مجری خواهد بود و جرم‌هایی که موافق موازین اسلامی تعقیب و کشف شود بر طبق حدود و تعزیرات مقرر در شرع مجازات می‌شوند». بر این اساس در صورتی که جرایم مذکور در آن قانون وفق مقررات شرعی ثابت می‌گردید واجد مجازات مقرر در شرع می‌شد؛ برای نمونه در ماده ۲۰۷ همین قانون اعلام شده بود که «مرتکب لواط و زنا محصنه و زنا با محارم نسبی و زنا به عنف در صورتی که جنایت مطابق مقررات شرعیه ثابت شود اعدام می‌گردد و الا در محاکم عمومی محاکمه و مطابق مواد ذیل مجازات خواهد شد»<sup>۱</sup> در واقع این قانون آشکارا جرم انگاری و نیز اعمال مجازات شرعی و قانونی را از یکدیگر تفکیک نموده و از اینرو این قانون به بیان ضمنی قانونگذار فاقد بیان مجازات و جرم انگاری مطابق با شرع بود البته مشخص است که این امر به خودی خود مغایرت مفاد قانون با شرع را افاده نمی‌کند.

در تحولات بعدی در ماده ۲ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲ به صورت قاطع بیان داشت که تنها فعل و ترک فعلی جرم محسوب می‌شود که به موجب قانون، برای آن مجازات یا اقدامات تأمینی و تربیتی مقرر شده باشد. در ماده ۷ این قانون جرایم را از لحاظ ضعف و شدت مجازات به سه دسته تقسیم کرده بود: جنایت، جنحه، خلاف. نگاهی به مواد این قانون روشن می‌کند که در این قانون اثری از ورود احکام فقهی جزایی اسلامی دیده نمی‌شود. با این حال مواردی در این قانون موجود است که می‌توان با دیده تردید به آنها نگریست، اگرچه نمی‌توان در قطعیت به عدم تمایل قانونگذار به وارد کردن احکام اسلامی تردیدی روا داشت. ماده ۱۷۹ این قانون از جمله این مواد است: «هر گاه شوهری زن خود را با مرد اجنبی در یک فراش یا در حالی که به منزله وجود در یک فراش است مشاهده کند و مرتکب قتل یا جرح یا ضرب یکی از آنها یا هر دو شود معاف از مجازات است.» که در کتب فقهی نیز چنین حکمی یافت می‌شود (حلی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۵۳۴/ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۹، ص ۱۲۰).

پس از انقلاب اسلامی با توجه به الزام قانونگذار در اصل ۴ به تصویب قوانین

۱. ماده ۲۰۷ در سال ۱۳۱۰ شمسی نسخ شد.

مطابق با شرع در یکی از اولین اقدامات در این خصوص لایحه حدود و قصاص در سال ۱۳۶۱ به تصویب رسید، همچنین قانون راجع به مجازات اسلامی و قانون دیات در همین سال و قانون تعزیرات در سال ۱۳۶۲ پدیدار گشت. در سال ۱۳۷۰ قانون مجازات اسلامی که در بردارنده حدود و قصاص و دیات بود به تصویب رسید و در ۱۳۷۵ مبحث تعزیرات نیز به آن افزوده شد. تا اینکه نهایتاً در سال ۱۳۹۲ چهار بخش اول قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ یعنی بخش‌های کلیات، حدود، قصاص و دیات که به صورت آزمایشی تصویب شده بود تغییر یافت و کتاب تعزیرات ۱۳۷۵ نیز به این قانون الحاق شد (فتحی، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۱۹).

آخرین قانون مجازات اسلامی که در سال ۱۳۹۲ به تصویب رسیده است در ماده ۱۴ خود جرایم را به ۴ دسته حدود، قصاص، دیات و تعزیرات تقسیم می‌کند. حدود در ماده ۱۵ به مجازاتی تعریف می‌شود که نوع و میزان و کیفیت اجرای آن در شرع تعیین شده است. جرایم حدی در قانون مجازات اسلامی در چند عنوان ذیل از مواد ۲۲۱ تا ۲۸۸ معرفی شده‌اند: زنا، لواط، مساحقه، قوادی، قذف، سب النبی، شرب خمر، سرقت، محاربه، بغی و افساد فی الارض.

قانون مجازات اسلامی در زمان حاضر بر اساس الزام اصل ۴ قانون اساسی، و با نظارت شورای نگهبان به تصویب رسیده و از اینرو حدود شرعی در قانون به دقت احصا شده است. با تتبع در متون فقه تنها برخی جرایم حدی همچون ارتداد (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۶۵۸)، سحر (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۹/ محقق حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۲۲۱) و ادعای نبوت (محقق حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۲۲۱) را می‌توان - یافت که در قانون مجازات اسلامی وارد نشده است (فتحی، ۱۳۹۳، ص ۱۴۴) که در این خصوص ماده ۲۲۰ قانون مجازات ۱۳۹۲ تکلیف قضات را روشن نموده و به صراحت رجوع به فقه را در مورد جرایم حدی تعیین نموده است؛ اگرچه نباید از نظر دور داشت که این ماده باید ناظر به جرایم بسیار محدودی باشد؛ چراکه با توجه به شواهد و مشکلات بین‌المللی، بیشترین دلیل وضع ماده ۲۲۰ در قانون، مسئله ارتداد بوده است و در صورت بیان صریح در قانون با برخی از کنوانسیون‌های امضا شده توسط ایران در تضاد بود.

در ماده ۱۶ این قانون قصاص به عنوان مجازات اصلی جنایات عمدی بر نفس و دیه نیز در ماده ۱۷ به عنوان مالی که در شرع برای ایراد جنایت غیرعمدی و جنایات عمدی که به هر جهتی قصاص ندارد، تبیین شده است. و در نهایت در ماده ۱۸ تعزیر مجازاتی تلقی شده که مشمول حد یا قصاص و دیه نیست و در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعلام می‌شود.

البته نباید از این نکته غافل ماند که معنای نظام حقوقی اسلامی در ایران این است که هر کدام از جرایم منصوص شرعی بنا به خصائص خود توانسته وارد این نظام حقوقی گردد و از سوی دیگر در مسائل مستحدثه که در کتب فقهای متقدم سخنی از آن به میان نیامده نیز با توجه به راهکار فقه شیعه در این مسائل، اجتهاد فقها و در نظام حقوقی ایران نظارت شورای نگهبان بر طرح‌ها و لوایح مصوب مجلس شورای اسلامی می‌تواند متضمن نوعی از این اجتهاد باشد و خود باعث می‌شود قانونی که در زمره قوانین جزایی قرار می‌گیرد بنابر اذعان فقهای شورای نگهبان، حداقل مغایر با شرع نباشد.

### ۳. استقلال

در این مدل، نظام حقوقی حیاتی مستقل از شریعت و احکام آن دارد، قوانین و مقررات و یا ساختار قضایی برآمده از نیاز جوامع با در نظر گرفتن مصالح جامعه مشخص بوده و تعهدی به احکام شرعی نخواهند داشت. مشخص است که این امر دارای مراتب بوده و در برخی نظام‌ها می‌تواند این دو نهاد کاملاً بی‌ارتباط به یکدیگر باشد و در برخی دیگر نیز چه بسا بتوان ردپایی از ارتباط را مشاهده نمود اما نکته اصلی اینست که جهت‌گیری اصلی آن نظام حقوقی به سوی احکام، اهداف و مقاصد شریعت نیست. برای مثال در دو نظام حقوقی مصر و عراق با وجود بیان قانونگذار اساسی در خصوص نقش‌آفرینی اسلام در قوانین اما نه در ساختار سیاسی این دو کشور نهادی جهت نظارت دقیق و جوه شرعی قوانین پیش‌بینی شده و نه قوانین جزایی در آنها واجد جنبه‌های مذهبی قابل توجهی هست.



## ۳.۱. عراق

### ۳.۱.۱. مبانی نظام حقوقی

عراق از سال ۱۵۳۳ تا ۱۹۱۸ میلادی تحت سیطره حکومت عثمانی بود. در این دوران شیعیان از تمامی مناصب اداری و نظامی کنار گذاشته شدند و احکام فقه جعفری نه مورد تأیید دولت عثمانی بود و نه در محاکم شریعت دارای اعتبار بود علاوه بر این در کادر قضایی محاکم نیز تنها قضاات سنی مذهب حضور داشتند (مار، ۱۳۸۰، ص ۲۷). آنچه که مشخص است در دولت عثمانی مذهب رسمی حنفی بود و مهمترین یادگار حقوقی این دولت مجموعه قوانین مدنی با نام مجله الاحکام العدلیه بود که طی سال-های ۱۸۶۹ تا ۱۸۷۹ میلادی منتشر شد این مجموعه ناظر به قوانین حقوقی عمدتاً بر مبنای مذهب حنفی بود که البته در برخی مسائل جزئی به دیگر مذاهب اهل سنت نیز توجه شده است با این حال نمی توان ابتدای کامل مجموع قوانین بر احکام اسلامی را نتیجه گرفت؛ اندک اندک گرایش این دولت به سمت دول غربی باعث وارد شدن قوانین غربی به نظام حقوقی عثمانی شد تا آنجا که حتی بر اساس قانونی که در ۱۸۸۷ میلادی به تصویب رسید اخذ ربا مجاز اعلام شد (جناتی، [بی تا]، صص ۱۱۰-۱۱۲). در قانونی که به سان قانون اساسی این امپراطوری در ۱۸۷۶ سامان یافته بود نیز بدون ذکر توضیحات بیشتر، دین اسلام دین رسمی دولت معرفی شده بود و پادشاه نیز حامی دین اسلام اعلام شده بود.

با اتمام جنگ اول جهانی و افول عثمانی، کشور عراق در ۱۹۱۸ تحت سلطه انگلستان درآمد (محمصانی، ۱۹۵۷، ص ۲۸۷). پس از نفوذ انگلیس در این سرزمین شیوه مدیریتی با الگوی ساختار امپراتوری بریتانیا در هند اجرا شد و از اینرو قوانین مدنی و جزایی تازه‌ای بر مبنای قوانین انگلیسی-هندی جای قوانین عثمانی را گرفت مجموعه این قوانین با نام «قانون البلاد المحتله العراقیه» نظام جزایی و مدنی نوینی را تنظیم نمود که مأخوذ از نظام هندی بود (مار، ۱۳۸۰، ص ۶۶) و بر این اساس نفوذ قوانین عثمانی متوقف شد البته این قانون در منطقه بغداد جاری نشد و تنها در بصره فرصت اجرا یافت اما نهایتاً این قانون پس از زمان اندکی در ۱۹۲۰ میلادی لغو شد و مجدداً قوانین

عثمانی بر نظام حقوقی این کشور حاکم شد (محمصانی، ۱۹۵۷، ص ۳۰۳). با پایان یافتن اشغال انگلستان قوانین عثمانی تا زمان تصویب قوانین جدید بر نظام حقوقی این کشور جاری بود تا اینکه در ۱۹۲۵ اولین قانون اساسی این کشور به تصویب رسید. در اصل ۱۳ این قانون دین اسلام به عنوان دین رسمی دولت شناخته شد و البته در این قانون از بیان نقش بیشتر و واضح تری از اسلام پرهیز شد (Stilt, 2010, p739). ناگفته نماند که در اصل ۶۹ این قانون دادگاه‌های این کشور به سه نوع مدنی، شرعی و خصوصی تقسیم شد. دادگاه‌های مدنی به عنوان محاکم عمومی که صلاحیت رسیدگی به دعاوی حقوقی و جزایی تمامی شهروندان عراقی را داراست. دادگاه‌های شرعی تنها صلاحیت رسیدگی به احوال شخصیه و دعاوی مربوط به وقفیات هر مذهب را برعهده دارد که برای رسیدگی به وضعیت احوال شخصیه هر یک از مذاهب اهل سنت و شیعه در عراق پیش‌بینی شد و بر این اساس در هر منطقه، قضات باید از میان مذهب غالب برگزیده شود به علاوه که در بغداد و بصره هم بدون در نظر گرفتن وضعیت جمعیت، باید دادگاه مخصوص شیعیان و نیز اهل سنت شکل بگیرد. در ۱۹۵۸ میلادی در اثر کودتای قاسم، قانون اساسی دیگری به تصویب رسید در اصل ۴ قانون اساسی ۱۹۵۸ به سان قانون پیشین اسلام دین رسمی دولت معرفی شد و البته در اصل ۹ همگی مردم فارغ جنس و زبان و دین و عقیده در برابر قانون یکسان دانسته شده و تبعیض بر اساس این مولفه‌ها غیرقانونی اعلام شد.

قانون اساسی مصوب ۲۰۰۵ میلادی که آخرین اراده قانونگذار است بر خلاف قوانین گذشته به اعلام دین رسمی دولت اکتفا نکرده و علاوه بر آن در بند الف از اصل دوم این قانون اعلام نموده که اسلام، مصدر اصلی تشریح و قانونگذاری است و وضع قوانین مخالف با احکام ثابت اسلامی جایز نیست. البته در بند ب نیز وضع قانون مغایر با مبانی دموکراتیک ممنوع اعلام شده است. ایراد اساسی این اصل این نکته است که اولاً شرط عدم مغایرت با اسلام را تنها در خصوص احکام ثابت اسلامی بیان نمود که گذشته از مقید نمودن، ممکن است در تعبیر مختلف به دلیل اختلاف علما در احکام فقهی از مصادیق اندکی برخوردار باشد و به علاوه مبانی دموکراتیک را بدون هرگونه قید و شرطی عنوان نموده و گویی بر احکام ثابت اسلامی حکومت دارد.

در همین اصل تأکید شده که قانون اساسی حفظ هویت اسلامی را برای غالب ملت عراق که مسلمانند به رسمیت می‌شناسد و در کنار این امر حقوق کامل برای همه افراد را در آزادی اعتقادی و انجام اعمال دینی برای مسیحیان و ایزدیان و صائبی‌مندی‌ها را تضمین می‌کند. بر اساس ماده ۴۱ التزام کلیه عراقی‌ها به احوال شخصیه به حسب ادیان و مذاهب آنها مورد پذیرش است و علاوه بر آن بر اساس ماده ۴۳ اتباع همه ادیان و مذاهب در انجام شعائر دینی (بما فیها الشعائر الحسینیه) و نیز اداره اوقاف و موسسات دینی خود آزادند. در اصل ۹۲ دیوان عالی فدرال به عنوان هیئت قضایی مستقلی معرفی شده که از تعدادی قاضی و علمای فقه اسلامی و حقوقدانان تشکیل می‌شود. این نهاد علاوه بر وظایف قضایی مرسوم به عنوان مرجع نهایی تجدیدنظر در آرای دادگاه‌ها و حل و فصل اختلافات دولت‌های محلی با یکدیگر و دولت مرکزی و نظارت بر انتخابات، وظیفه نظارت بر مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی را نیز بر عهده دارد. البته با وجود صراحت این اصل از قانون اساسی، این دیوان در حال حاضر بر اساس قانون تشکیلاتی که در سال ۲۰۰۵ با نام قانون شماره ۳۰ به تصویب رسید اداره می‌شود و تاکنون گروهی از فقهای اسلامی و نیز حقوقدانان که در قانون اساسی این کشور بر آن تأکید شده به این دیوان راه نیافته‌اند (صلاح خلف، ۲۰۱۱، صص ۳۸-۴۰). به علاوه آرای که این دیوان در زمینه نظارت بر عدم مغایرت با احکام ثابت اسلامی صادر کرده عمدتاً شامل موضوعاتی در خصوص احوال شخصیه از جمله طلاق، مهریه، ارث و وقف است و کمتر به حوزه مسائل اجتماعی و عمومی ورود نموده است (غفاری و نظری، ۱۳۹۵، ص ۵۴۶).

همچنین قانون مدنی در این کشور پس از افست و خیز فراوان در سال ۱۹۵۱ تصویب شد و از ۱۹۵۳ به اجرا درآمد. در این قانون، احکام اسلامی بدون تقید به مذهب خاصی بیان شده بود اما تأثیرپذیری از مجله احکام عدلیه و قانون اراضی عثمانی آشکار بود به علاوه اینکه از قانون مدنی مصر نیز بهره گرفته شده بود. بر اساس ماده ۱ این قانون به هنگام نبود نص قانونی در دعاوی، ابتدا باید به عرف رجوع نمود و آنگاه در صورت سکوت عرف نوبت به احکام اسلامی می‌رسد بدون آنکه مقید به مذهب خاصی باشد و این امر شبیه آن چیزی است که در قانون مدنی مصر نیز وجود

دارد (محمصانی، ۱۹۵۷، صص ۳۰۹ و ۳۱۰).

### ۳.۱.۲. بررسی قوانین جزایی

عراق به سان دیگر مناطق تحت سیطره حکومت عثمانی در سال ۱۸۵۸ میلادی واجد قانون جزایی شد در این قانون بخش عظیمی از مجازات‌های اسلامی از جمله شلاق و قطع ید حذف شد و در برخی موارد به صراحت خلاف احکام اسلام بیان شد (محمصانی، ۱۳۸۶، ص ۶۷). این قانون تا جنگ جهانی اول که باعث زوال قدرت عثمانی شد بر عراق حاکم بود و آنگونه که پیش از این اشاره شد با ورود و نفوذ انگلیسی‌ها به عراق، «قانون البلاد المحتله العراقیه»، نظام جزایی و مدنی نوینی را تنظیم نمود که مأخوذ از نظام هندی بود و بر این اساس قوانین عثمانی متوقف شد البته این قانون در منطقه بغداد جاری نشد و فقط در بصره وجود داشت که نهایتاً در ۱۹۲۰ میلادی الغا شد و باز قوانین مصوب عثمانی احیا شد (محمصانی، ۱۹۵۷، ص ۳۰۳). اما در بغداد قانونی به نام «قانون العقوبات البغدادی» در ۱۹۱۸ صادر شد و در ۱۹۱۹ در تمامی مناطق عراق اجرایی شد (الخلف و الشاوی، ۲۰۰۶، ص ۲۶) این قانون علاوه بر اینکه برگرفته از قانون عثمانی بود، با نیم نگاهی به قانون جزایی مصر نگاشته شده بود (محمصانی، ۱۹۵۷، ص ۳۰۴) و تا ۱۹۶۹ جاری و ساری بود.

محتوای قانون جزایی عثمانی با قانون عقوبات بغدادی در توسعه و ضیق مجازات اعدام یکسان بودند و این مجازات در اغلب موارد ناظر به مسائل عرفی بود و فاقد وجوه مذکور در احکام اسلامی بود (خضر الجورانی، ۲۰۰۸، ص ۲۸) تا اینکه در ۱۹۶۹ قانون عقوبات دیگری صادر شد و در ۱۹۷۷ جهت همراهی با انقلاب، قانون جدیدی به نام «قانون اصلاح النظام القانونی» تصویب شد (الخلف و الشاوی، ۲۰۰۶، ص ۲۷) بر اساس ماده ۱ قانون جزای عراق مصوب ۱۹۶۹ هیچ فعلی مورد تعقیب واقع نمی‌شود مگر آنکه قانون آنرا جرم انگاری نموده باشد و مجازات در قبال افعالی که جرم انگاری نشده هرگز جایز نیست. نگاهی به مجازات‌های احصا شده در این قانون می‌تواند گویای موضع قانون در خصوص عدم تأثیرپذیری از شریعت اسلام باشد. بر اساس ماده ۸۵ قانون مجازات عراق، مجازات‌های اصلی در نظام حقوقی عراق عبارتند از اعدام،

حبس ابد (۲۰ سال)، حبس موقت (از ۵ تا ۱۵ سال)، حبس شدید (۳ ماه تا ۵ سال)، حبس بسیط (۲۴ ساعت تا ۱ سال)، غرامت (نیم دینار تا ۵۰۰ دینار)، بازداشت در کانون اصلاح جوانان و نیز بازداشت در کانون اصلاح کودکان.

در صورت نفوذ شریعت اسلامی به نظام حقوقی جزایی در برخی جرایم می‌توان با وضوح و صراحت بیشتری مفاد اسلامی را یافت. در ادامه برخی از این جرایم در نظام حقوقی عراق بررسی خواهد شد.

### ۲.۲.۱. سرقت

با نگاهی به قوانین جزایی عراق درمی‌یابیم که شریعت اسلامی برای تحقق سرقت حدی شروطی را فوق شروطی که قوانین موضوعه برای تحقق سرقت قرار داده‌اند، نهاده است از جمله سرقت از حرز و رسیدن مال مسروقه به نصاب معین (الزکروط، ۲۰۱۲، ص ۱۶) حال آنکه در مواد ۴۳۹ و ۴۴۰ قانون جزا شرط ربایش پنهانی وجود ندارد و صرف اینکه با عدم رضایت مالک همراه باشد این فعل سرقت نام می‌گیرد (پیشین، صص ۲۳ و ۲۴). همچنین در شرع اسلامی مشروعیت مال مسروقه شرط اساسی است بنابراین در صورت سرقت مشروبات و... حدی اجرا نمی‌شود اما در قانون، مشروعیت مال، فاقد موضوعیت است و هر چه که سرقت شود مشمول عنوان کلی و مجازات مندرج در قانون است (الهموندی، ۲۰۱۴، ص ۲۰۱).

### ۲.۲.۲. جرایم علیه اشخاص

#### الف. قتل عمد

ماده ۴۰۶ قانون جزای عراق اشعار می‌دارد هر کسی قتل نفس از روی عمد مرتکب شود حسب شرایط به حبس ابد و موقت محکوم خواهد شد. و البته طی شرایطی از جمله موارد ذیل به اعدام محکوم می‌شود: در شرایطی که قتل با سبق اصرار باشد، قتل با مواد سمی یا مواد منفجره باشد، مزدور دیگری باشد و در مقابل مزد قتل را مرتکب شده باشد و نیز اینکه مقتول کارمند و مقام دولتی حین انجام وظیفه باشد. در این مورد نیز مشخصاً هیچ سخنی از قصاص به میان نیامده است.

#### ب. جرایم جنسی

فصل چهارم قانون عقوبات عراق مختص به جرایم علیه نظام خانواده است؛ در ماده ۳۷۶ بیان شده که هر کدام از طرفین به سبب عقد ازدواجی که بنابر شرع یا قانون باطل است با علم به این بطلان به زوجیت هم درآیند محکوم به مجازات حبس تا ۷ سال و این حکم برای هر کسی که متولی اجرای این عقد است نیز جاری است.

بر اساس ماده ۳۷۷ زن شوهردار زانیه و نیز مرد زانی مجازات می‌شوند و در جایی که مرد دلیلی خلاف این امر مطرح نکند علم وی بر وجود زوجیت زن با شخصی دیگر مفروض تلقی می‌شود. بر اساس ماده ۳۷۸ آغاز دعوی و شکایت در مورد زنا علیه زوجین مورد پذیرش نیست مگر از جانب یکی از زوجین. ماده ۳۷۹ نیز در تکمیل این امر بیان می‌کند که دعوی زنا با وفات زوج شاکی یا با گذشت از زوج زانی توسط او و همچنین با رضایت شاکی به بازگشت به زندگی زناشویی با زانی، قبل از صدور حکم نهایی ساقط می‌شود. در این ماده همچنین بیان شده که زوج می‌تواند پس از صدور حکم نیز اجرای حکم را متوقف کند و در صورت فوت شاکی هر یک از فرزندان شاکی یا وصی آنها حق دارد که از اجرای حکم جلوگیری کنند.

آنچه که از مواد مرتبط با زنا در قانون عقوبات عراق به دست می‌آید اینست که مهمترین عنصر برای قانونگذار در این بخش از قانون، حفظ خانواده بوده و نه دغدغه شرعی چراکه هیچ اشاره‌ای به زناي زنان و مردان مجرد نشده و تنها با محوریت خانواده این موضوع مدنظر قرار گرفته است. تنها موردی که در این قانون با وجود رضایت زانیه، برای زانی مجازات در نظر گرفته شده در ماده ۳۹۴ بیان شده است؛ بر این اساس هر مردی بدون رابطه زوجیت و البته با رضایت زن رابطه جنسی با او داشته باشد به حبسی که از ۷ سال تجاوز نمی‌کند محکوم می‌شود و البته این امر در مواردی جاری است که زن بین ۱۵ سال تا ۱۸ سال تمام داشته و هنوز به سن قانونی نرسیده باشد. و در صورتی که زیر ۱۵ سال باشد مرتکب به حبس تا ۱۰ سال مجازات می‌شود. اما در فصل جرایم مخل به اخلاق و آداب عمومی، جزای زناي به عنف در ماده ۳۹۳ حبس ابد یا موقت بیان شده است و در عین حال اگر جانی از اقارب تا درجه سوم مجنی علیه باشد و یا مجنی علیه به ۱۸ سال نرسیده باشد در این صورت مجازات جانی تشدید خواهد شد.

در ماده ۳۸۵ آمده که هر کس با یکی از محارم خود با رضایت وی رابطه جنسی برقرار کند و سن آن زن ۱۸ سال تمام باشد مرد به حبس محکوم می‌شود که البته بیش از ۱۰ سال نخواهد بود. نکته مهم اینست که در این بخش از قانون آمده که به جریبان افتان این دعوی تنها از جانب شاکی خصوصی امکانپذیر است.

در واقع قانون مجازات عراق، زنا را یک موضوع خصوصی تلقی نموده و تا زمانی که بر مدار رضایت طرفینی باشد فاقد اشکال دانسته و این فعل خارج از چارچوب زوجیت را حتی مخل مصالح اجتماعی تلقی نکرده است. البته این امر نه فقط در عراق بلکه در بیشتر قوانین موضوعه دولت‌های عربی اسلامی نیز جاری است و آنچیزی که جرم انگاری شده است نیز نهایتاً گونه‌ای تجاوز به حق شخصی افراد تلقی شده که قابل عفو و گذشت در تمام مراحل دادرسی است (الزکروط، ۲۰۱۱، ص ۱۹۹).

### ج. قذف

قانون جزای عراق ضمن تفکیک قذف و سب از یکدیگر، ابتدا در ماده ۴۳۳ تعریفی اینچنین از قذف ارائه نموده: نسبت‌دادن هر واقعه معینی به هرکسی از یکی از راه‌های آشکار به نحوی که اگر صحیح باشد فردی که به او نسبت داده شده مستوجب عقاب باشد یا اینکه موجبات تحقیر او نزد همشهریان او شود. ماده ۴۳۴ نیز سب را هر فعلی می‌داند که شرف و اعتبار دیگری را خدشه‌دار کند یا شعور او را جریحه‌دار نماید اگرچه که متضمن واقعه معینی نباشد. قانونگذار عراقی با بیان این تعاریف عام از قذف و سب، از تعریف شرعی و فقهی این دو فاصله بسیار گرفته است و طبیعی است که مجازات مندرج در این مواد نیز سنخیتی با بیان فقهی قذف ندارد.

قانون اصول محاکمات جزایی مصوب ۱۹۷۱ در ماده ۳ جرایمی را که تنها با شکایت شاکی خصوصی به جریان می‌افتد را برشمرده است از جمله این جرایم می‌توان به زنا، زوجیت، قذف و سب اشاره نمود.

## ۳.۲. مصر

### ۳.۲.۱. مبانی نظام حقوقی

از زمان فتح مصر توسط مسلمانان تا زمان محمد علی پاشا، شریعت اسلامی مصدر

رسمی قانون در مصر بود و حاکم بر تمامی افراد و تمامی مسائل به جز احوال شخصیه غیرمسلمین بود که در این مورد بر اساس شریعت خود آنان اقدام می‌شد (فرج الصده، [بی تا]، ص ۱۲۵). در دوران فاطمیون در مصر مذهب شافعی مذهب رسمی این کشور بود و شیخ الازهر نیز تا مدت‌ها از میان علمای شافعی برگزیده می‌شد (محمصانی، ۱۹۵۷، ص ۲۰۷). با انقراض فاطمیون در مصر نظام تعدد قانونگذاری پدیدار شد در این دوره ۴ گونه رسیدگی به مرافعات بر اساس ۴ مذهب اهل سنت یعنی شافعی، مالکی، حنفی و حنبلی وجود داشت، اگرچه که محوریت با قضات شافعی مذهب بود (محمصانی، ۱۹۵۷، ص ۲۱۱) با آغاز حکومت محمد علی پاشا در سال ۱۸۰۵ میلادی که در واقع شعبه‌ای از امپراطوری عظیم عثمانی بود تنها فقه حنفی رسمیت یافت و به عنوان مذهب رسمی مطرح شد (شحاته، ۱۳۸۲، ص ۲۳). در همین دوران بود که تدوین قوانین موضوعه در این کشور آغاز شد و این امر مصادف بود با رابطه گرم شرق و غرب در آن روزگاران. چنین ارتباطی تا بدانجا پیش رفت که می‌توان این دوران را آغاز جایگزینی نظام حقوقی غرب خصوصاً فرانسه به جای نظام حقوقی اسلامی دانست؛ از اینرو قضاوت شرعی نیز در مصر رو به اضمحلال نهاد تا اینکه در ۱۸۹۷ صلاحیت محاکم شریعت، محدود به احوال شخصیه شد (اسماعیلی و همکاران، ۱۳۹۱، ص ۳۴۳) و مفاهیم حقوقی غربی همچون قانون طبیعی و قواعد عدالت به عنوان منبع و مصدر قانون در نظام حقوقی مصر پذیرفته شد (محمدحسین، ۲۰۰۹، ص ۶۱۸). بیشتر قوانین در این زمان منبعث از نظام حقوقی فرانسه بود به جز اندکی از احکام در خصوص شفعه، بیع و اجاره که همچنان بر پایه‌های شرعی خود استوار بود؛ اما در مجموع شریعت اسلامی در این عصر منبع رسمی صدور و تصویب قوانین محسوب نمی‌شد (فرج الصده، [بی تا]، ص ۱۲۵).

اولین قانون اساسی کشور مصر توسط ملک فواد در ۱۹۲۳ صادر شد. در باب ششم از این قانون و در اصل ۱۴۹ اسلام دین رسمی دولت اعلام شده بود البته این قانون سخنی در باب پیاده‌سازی و اجرای احکام اسلامی به میان نیاورده بود و صرفاً به اعلام دین رسمی اکتفا شده بود. در قانون اساسی اخیر این کشور که در سال ۲۰۱۴ به تصویب رسید در اصل ۲ چنین اعلام شده: «الاسلام دین الدولة و اللغة العربية لغتها



الرسمية و مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع» بر این اساس، اسلام دین رسمی دولت و زبان عربی زبان اصلی و منبع اصلی قانونگذاری، شریعت اسلامی است. آنچه که از بیان حقوقدانان و نیز رویه دادگاه عالی قانون اساسی مشخص است مقصود از شریعت اسلامی، هرگز به معنای فقه اهل سنت که در بردارنده ۴ مذهب فقهی است نخواهد بود (stilt, 2010, p723) بر اساس یکی از آرای دادگاه عالی قانون اساسی مصر در ۱۹۹۶ میلادی، این دادگاه اعلام کرد که مقصود از اصل ۲ قانون اساسی اینست که قانونگذاری در این کشور نباید با قوانین اسلامی که همانا احکام قطعی از جهت صحت صدور و نیز دلالت هستند، مغایر باشد و این احکام نیازمند اجتهاد نیست چراکه مطلقاً، روشن و صریح هستند و هیچ زمانی تغییر نمی‌کنند (stilt, 2010, p725) از اینرو دو معیار کلی برای فهم معنای «شریعت اسلامی» در رأی دادگاه عالی بیان شد: اولاً؛ صحت سند متن مورد استناد ثابت شده باشد و ثانیاً معنای متن به صورت مطلق روشن باشد و نیازمند اجتهاد نباشد. بر این اساس طبق معیار اول صحت اسنادی قرآن مورد پذیرش است اگرچه در خصوص سنت و روایات باید بررسی شود تا صحت اسنادی آن تأیید شود. اما در خصوص معیار دوم باید اذعان کرد که این معیار سد بزرگی است در برابر احکامی که هم در قرآن و هم در سنت بیان شده برای ورود به این نظام حقوقی، و از اینرو به ندرت می‌توان قوانینی را در نظام حقوقی سکولار مصر یافت که توسط دادگاه عالی به دلیل مغایرت با اصل ۲ غیرمعتبر اعلام شده باشد (stilt, 2010, p727). بنابراین با توجه به عدم دخالت نظرات اجتهادی در این نظارت و برگزیدن معیار منفی، اصل دوم قانون اساسی یعنی مبتنی بودن قوانین بر شریعت اسلامی گستره محدودی پیدا می‌کند (اسماعیلی و همکاران، ۱۳۹۱، ص ۳۴۷).

نکته قابل ذکر در خصوص قانون مدنی مصر نیز اینست که با وجود حضور عبدالرزاق السنهوری در تهیه متن قانون مدنی اما خود وی اذعان کرد که به دنبال قانونی است که در آن شریعت اسلامی به صورت مناسب با اقتضائات عصر مدرن هماهنگ باشد و از اینرو از برخی تئوری‌های اصلی شریعت اسلامی و قوانین جزئی آن وام گرفت (stilt, 2010, p 730)؛ در مجموع این قانون نمایانگر نوعی ادغام و ترکیب نظام اروپایی با نظام حقوقی اسلام است.

برای مثال توجه به ماده ۱ قانون مدنی مصر گویای این نگاه است: «در صورت نبودن قانون قابل اجرا قاضی به اقتضای عرف و در صورت نبودن عرف به اقتضای اصول شریعت اسلامی و در صورت نبودن چنین اصولی به اقتضای حقوق طبیعی و قواعد عدالت حکم صادر خواهد کرد» البته نباید چنین پنداشت که این اذن باعث می‌شود قضات با رجوع به منابع اسلامی احکام مشخصی را بر شرایط فعلی تحمیل کنند بلکه به دلیل شرایط و انسداد باب اجتهاد، مطابقت عین آن موارد بر وضعیت‌های سابق ممکن نیست بلکه وظیفه قاضی جستجوی نوعی حقوق طبیعی ثانوی در حقوق اسلامی است که بنای عقلی شناخته شده‌ای در یک جامعه‌ی مشخص محسوب می‌شود. و هرگونه تقابل بین محتوای نظام حقوقی غربی و محتوایی که از این بنای عقلی اخذ می‌شود باید نفی شود و این اعتقاد باید ایجاد شود که قانون مدنی مصر باید در مصر اجرا شود (شحاته، ۱۳۸۲، ص ۵۸). یکی از حقوقدانان مصری قواعد مشترک بین مذاهب فقه اسلامی را به عنوان مصادیق «شریعت اسلامی» مندرج در قانون مدنی بیان کرده که بین فقها محل اختلاف نیست؛ قواعدی همچون «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام»، «الضرورات تبيح المحظورات»، «المشقة تجلب التيسير» و اذعان کرده ورود این قواعد به قوانین مصر نیز امری مشهود است و قاضی می‌تواند بر اساس ماده ۱ به این قواعد مشترک رجوع کند (العشماوی، ۱۹۹۶، صص ۲۳-۲۷). در مجموع می‌توان این چنین گفت که مقصود از مبادی شریعت اسلامی احکام جزئی یا تفصیلی که در مذاهب مختلف فقها بر آن اشتراک نظر ندارند، نیست (فرج الصده، [بی تا]، ص ۱۷۰).

### ۳.۲.۲. بررسی قوانین جزایی

در ۱۸۳۰ میلادی قانونی به نام «قانون الفلاح» وضع شد که مربوط به وضعیت روستاییان و صاحبان اراضی کشاورزی بود و با وجود تأثیرپذیری شدید از نظام غربی حاوی برخی از احکام جزایی اسلام نیز بود (شحاته، ۱۳۸۲، ص ۲۵). اما قانون جزای همایونی که در سال ۱۸۵۵ منتشر شد قانون جزای اصلی حاکم در سرزمین مصر بود، این قانون در موارد زیادی بر اساس احکام شریعت اسلامی تنظیم شده بود و نیز در مواردی مستقیماً به شرع احاله داده بود. برای مثال قصاص نفس و نیز حد جلد به

عنوان مجازات‌های اسلامی در این قانون پیش‌بینی شده بود. قانون بعدی در این عرصه که از قانون جزای ۱۸۱۰ فرانسه اقتباس شده بود در ۱۸۸۳ میلادی انتشار یافت (محمد، ۲۰۱۰، ص ۹) و با قانون سابق (۱۸۵۰) تفاوت داشت؛ اول آنکه مجازات خارج از متون قانونی دیگر قابل اعمال نبود، دوم آنکه مجازات‌ها ملایم‌تر شده بود و شلاق از قانون حذف شده بود و اصل فردی شدن جرایم و مجازات‌ها نیز به سان اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها پذیرفته شد (شحاته، ۱۳۸۲، ص ۴۰). البته با وجود حذف حد شلاق و نیز عدم امکان رجوع مستقیم به شرع اما در درون خود برخی از احکام اسلام را نیز جای داده بود؛ مواردی از قبیل لزوم پرداخت دیه در جرایم منجر به قتل و جرح (ماده ۲۳۰) و جوب اقرار متهم یا شهادت شهودی که ناظر قتل بوده‌اند (ماده ۳۲). همچنین در این قانون تصریح شده بود که اگر قتل مطابق اصول فقهی اثبات شده باشد حکم اعدام در این خصوص نیز باید توسط مفتی شرع تنفیذ شود که مواد ۲۰۷ تا ۲۰۹ قانون دربردارنده این احکام بود (شحاته، ۱۳۸۲، ص ۳۹). در ۱۹۰۴ قانون کیفری دیگری جایگزین این قانون شد که علاوه بر حقوق فرانسه از ایتالیا و انگلستان و سایر نظام‌های حقوقی جدید بهره گرفت. این قانون با پذیرش گرایش‌های بشردوستانه مجازات تبعید و حبس ابد را لغو نمود. در ۱۹۳۷ قانون جزایی یکنواختی در مصر جایگزین شد و قانون مختلط ۱۹۰۴ لغو شد این قانون با لغو و عدم پذیرش دیه ارتباط خود را با اصول حقوق اسلامی به کلی قطع کرد (شحاته، ۱۳۸۲، صص ۴۰ و ۴۱).

در ماده ۹ قانون ۱۹۳۷ که آخرین قانون جزایی این کشور است انواع جرایم به جنایت، جنحه و مخالفات تقسیم شده است. در مواد بعد جنایت را از ۴ طریق قابل مجازات دانسته است: اعدام، حبس ابد با اعمال شاقه، حبس موقت با اعمال شاقه، حبس. اعمال جنحی نیز با ۲ مجازات حبس و نیز غرامتی که حداکثر ۱۰۰ جنیه باشد، قابل عقوبت اعلام شده است. ماده ۱۲ نیز در بیان مجازات جرایم خلافی غرامتی که بیش از ۱۰۰ جنیه نباشد را تعیین نموده است در واقع در بیان قانونگذار مصری خبری از مجازات‌های مقرر در احکام فقهی اسلامی نیست و آنگونه که پس از این نیز بیان خواهد شد مجازات اعدام نیز ناظر به موارد شرعی نیست. در ذیل برخی از جرایم و مجازات‌های پیش‌بینی شده برای آن در نظام حقوقی مصر بیان خواهد شد.

#### ۴.۲.۱. سرقت

بر اساس ماده ۳۱۳ قانون جزا، مجازات سرقت در صورتی که مقرون به ۵ شرط زیر باشد حبس ابد است: ۱. سرقت در شب ۲. دو نفر یا بیشتر ۳. یک یا چند نفر از سارقین دارای سلاح باشند ۴. داخل ساختمان مسکونی شده یا با لباس مأمورین دولتی وارد شوند ۵. سرقت مقرون به آزار و اکراه و تهدید باشد. ماده ۳۱۵ این قانون نزدیکترین حالت به محاربه را بیان داشته و البته کاملاً متفاوت با مجازات محاربه در شریعت اسلامی، اشعار می‌دارد که هرگاه سرقت در شوارع عمومی و اعم از اینکه داخل شهرها یا روستاها یا خارج از آنها باشد و به وسیله سلاح باشد به حبس ابد یا زندان مشدد محکوم می‌شود (طنطاوی، ۲۰۰۸، ص ۹۸).

#### ۴.۲.۲. جرایم علیه اشخاص

در ماده ۲۳۰ قانون مجازات مصر در خصوص قتل عمد بیان شده که هر کس به عمد و با سابقه اقدام قبلی کسی را به قتل برساند به اعدام محکوم خواهد شد و در ماده ۲۳۴ نیز مجازات قتل عمدی که خالی از اوصاف مذکور باشد را حبس ابد یا مشدد معرفی کرده و این بیان مشخصاً با مفهوم قصاص بیگانه است. در قانون جزایی مصر جرم انگاری در خصوص جرایم جنسی نیز بیشتر ناظر به رابطه جنسی مرد و زنی است که هر دو ازدواج کرده و در واقع جرم زنا از دیدگاه قانونگذار مصری زمانی محقق می‌شود که هر دو طرف محصن باشند. در قانون مصر حتی شروع زنا دارای مجازات نیست و چون زنا یک فعل جنحی است شروع به آن و تهیه مقدمات آن تا زمانی که منجر به دخول نشده باشد هیچ عنوان مجرمانه‌ای همچون رابطه نامشروع نخواهد داشت (طنطاوی، ۲۰۰۸، صص ۱۱۶ و ۱۱۷). بر اساس مواد ۲۷۴ و ۲۷۵ این قانون مجازات زن زانی با وجود احصان و نیز مرد زانی محصن بیش از ۲ سال حبس نخواهد بود؛ که البته این جرم واجد جنبه خصوصی است و با دعوای طرف ذینفع قابل رسیدگی است ۱. بر اساس ماده ۲۷۳ محاکمه زن زانیه تنها با شکایت زوج

لازم به ذکر است که در بین کشورهای عربی تنها کشور لیبی است که مجازات شلاق را به عنوان حد شرعی پذیرفته البته قانونگذار این کشور بین زانی محصن و

وی آغاز می‌شود. این در حالی که در شرع اسلام عفو در خصوص زنا از جانب شوهر هرگز جایز نیست چراکه این فعل واجد حقالله است و اثبات این امر نیازمند اقامه دعوی از جانب کسی نیست (طنطاوی، ۲۰۰۸، ص ۱۱۹).

بر اساس ماده ۲۷۶ ادله مثبت زنا نیز عبارتست از: دستگیری متهم حین ارتکاب، اعتراف مرتکب، وجود مدارک و اسناد دیگری از او یا حضور او در منازلی که اختصاصاً برای انجام کارهای غیرمشروع دائر شده است. بر اساس ماده ۲۷۷ این قانون هر مردی که در منزل زوجیت خود زنا نماید و با شکایت زن این امر ثابت شود به حبس تا ۶ ماه محکوم می‌شود.

در مورد غیرمتزوجین تا زمانی که به رضای آنها باشد و نیز سن زن از ۱۸ سال تجاوز کند، جرم انگاری نشده است. البته به سان کشورهای دیگر زنای به عنف بر اساس ماده ۲۶۷ قانون عقوبات مصر جرم انگاری شده و مجرم به زندان بلند مدت محکوم می‌شود و البته اگر فاعل از محارم مجنی‌علیه باشد یا متولی تربیت او باشد یا کسی که سلطه بر زن داشته یا خادم وی بوده است به حبس ابد محکوم می‌شود. نکته جالب توجه اینست که حتی در ماده ۲۳۷ قانون جزا برای کسی که زن خود را در حال ارتکاب زنا با غیر ببیند و آن زن و زانی را بکشد محکومیت حبس را در نظر گرفته است.

باب هفتم از قانون عقوبات مصر اختصاص به قذف و سب افراد دارد؛ بر اساس ماده ۳۰۲ هر کسی به هر طریقی، امری را به کسی اسناد دهد که در قانون دارای مجازات است یا به وی امری را نسبت دهد که نزد مردم تحقیر شود قاذف محسوب می‌شود. به عبارتی قذف در این تعبیر به معنای عمومی افتراست؛ در حالی که در شریعت اسلامی حد قذف در مورد اتهام به زنا و نفی نسب از فردی است در قانون مصر شامل هرگونه دادن نسبت مانند اختلاس و دزدی و نیز اسناد هر واقعه‌ای به مجنی‌علیه است که در اذهان مردم تحقیر از آن برداشت شود (طنطاوی، ۲۰۰۸، ص ۱۴۶)

غیرمحصن تفاوتی قائل نشده و برای هر دو ۱۰۰ ضربه شلاق در نظر گرفته است (طنطاوی، ۲۰۰۸، صص ۱۲۰ و ۱۲۱).

در بیان قانونگذار مصری، مجازات قاذف حبس تا یکسال و جزای نقدی که کمتر از ۲۵۰۰ جنیه نیست و بیشتر از ۷۵۰۰ جنیه نیست، در نظر گرفته شده است.

در خصوص نظام جزایی مصر یکی از قضات مصری با ادعای اینکه تعزیرات در شریعت اسلامی به تمام و کمال به حاکم سپرده شده ادعا نموده که تمامی قوانین جزایی مصر را می‌توان از قبیل تعزیرات اسلامی دانست و از اینرو این اساس نمی‌تواند هرگز خلاف شریعت باشد چراکه برای اجتماع امر لازم و ضروری است (العشماوی، ۱۹۹۶، ص ۸۱) البته وی این سخن را در توجیه عدم ورود حدود و قصاص به نظام حقوقی این کشور مطرح نموده و ادعا نموده که به دلیل محدود و محصور بودن جرایم حدی و عدم وجود شرایط برای اجرای حدود در زمانه حاضر در غالب موارد، می‌توان تعزیر را جایگزین حدود کرد و همچنین به هنگام بخشش مجنی علیه یا گذشت اولیاء دم او در خصوص قصاص، می‌توان از تعزیر استفاده نمود. در واقع او مجازات‌های موجود در نظام حقوقی مصر را به عنوان تعزیرات شرعی در اختیار حاکم، جایگزینی برای معذوریت اجرای حدود و قصاص می‌داند غافل از آنکه نظام حقوقی مصر در قوانین مختلف و نیز دادگاه عالی فدرال بر اساس رویه خود خلاف این منظور حرکت کرده و آنگونه که در رأی دادگاه فدرال گفته شد امکان ورود احکام شرعی در این نظام بسیار محدود و مضیق است.

۲۲۰

## نتیجه گیری

بررسی و تحلیل ۴ نظام حقوقی عربستان، ایران، عراق و مصر در جوامعی غالباً مسلمان این نکته را آشکار ساخت که می توان در برخی جوامع مسلمان شاهد اجرای احکام شریعت اسلام در عرصه های عمومی حقوقی همچون حقوق کیفری نبود. عراق به عنوان یکی از معدود کشورهایی با غلبه نسبی شیعیان در کنار جمعیت قابل توجهی از اهل سنت و با وجود پذیرش اسلام به عنوان دین رسمی دولت در قانون اساسی، اما برخوردار از قانون جزایی کاملاً عرفی است در واقع در کنار تأکيدات قانونگذار عراقی بر نقش اسلام در ساختار حقوقی این کشور اما نگاهی به قوانین جزایی این کشور خلاف این امر را ثابت می کند و می توان به استقلال شریعت اسلام از نظام حقوق جزایی رسید؛ کشور مصر نیز که با دارا بودن غلبه مطلق سنی مذهب و نیز با برخوردار از دانشگاه الازهر به عنوان مهمترین مرکز علمی اهل سنت در دنیای اسلام مطرح است نیز نشانی از احکام فقهی اسلامی را در قوانین جزایی خود وارد نکرده است. در واقع در دو کشور عراق و مصر نه تنها در قوانین جاری جزایی نمی توان اثری از احکام فقهی اسلامی یافت که حتی در ساختار سیاسی و حقوقی این کشورها نیز نهادی که بتواند عناصر حقوقی را با احکام اسلامی مطابقت دهد در نظر گرفته نشده است. واضح است که در این کشورها، غلبه ی جمعیتی مسلمان، اشاره صریح یا ضمنی قانونگذار اساسی و حتی وجود نهادهای قدرتمند مذهبی همچون دانشگاه جامع الازهر در مصر یا حوزه علمیه نجف در عراق هیچ کدام نتوانسته اراده ی حاکمیت در تأثیرپذیری نظام حقوقی از فقه اسلامی را متحول نماید اگرچه که در عرصه حقوق خصوصی و احوال شخصیه نفوذ احکام فقهی اسلامی پذیرفته شده است. در مجموع بعید نیست که در یک نظام سیاسی-حقوقی سکولار که بالطبع انفکاک دین از دولت را مورد پذیرش قرار داده است، نظام حقوق مدنی یا احوال شخصیه و یا دیگر نظامات حقوقی مربوط به حقوق خصوصی مبتنی بر شرع و دین باشد، اما در عرصه های عمومی به دلیل ارتباط تنگاتنگ قوانین و مقررات با اراده و فعل دولت در دو عرصه تقنین و اجرا نمی توان شاهد چنین پدیده ای بود که در یک نظام سیاسی حقوقی کاملاً سکولار نظاماتی همچون اداری، جزایی، اقتصادی و... در اتحاد و یا حتی تعامل با شرع و دین غالب باشد.

اما در دو کشور ایران و عربستان وضعیت کاملاً متفاوت است؛ کشور ایران با حاکمیت کامل شیعیان، هم در عرصه سیاسی و هم در عرصه حقوقی در پی حاکم- نمودن احکام فقهی اسلامی است و پس از انقلاب اسلامی در سال ۱۳۵۷ شمسی در تمامی قوانین جزایی خود مفاد فقهی را وارد نموده است در واقع تدوین قوانین بر اساس مفاد شرعی و ورود اجتهاد فقهی در مسائل مستحدثه از طریق نهاد حاکمیتی با عنوان شورای نگهبان، نموده‌های تعامل نظام حقوقی ایران با احکام فقهی است علاوه بر این، قانونگذار ایران رجوع به متون معتبر و فتاوی فقهی را نیز در برخی موارد همچون اجمال و ابهام و فقدان نص قانونی به عنوان منبع تکمیلی، در حین دادرسی بر قضات تکلیف نموده است. عربستان نیز از جهت موافقت با حضور شرع در نظام حقوقی در وضعیتی مشابه با ایران قرار دارد؛ با این تفاوت که در مسائلی که در کتب فقهی متقدمان موجود بوده است راه ادغام قانون با متون فقهی را در پیش گرفته و بدون آنکه زحمت صورت قانونی دادن به این متون را به خود بدهد مستقیماً رجوع به آن متون را به عنوان منبع اصلی و نه تکمیلی بر قضات تکلیف نموده اما شریعت حضوری بیش از این در نظام حقوقی این کشور ندارد، در واقع به جز نصوص شرعی که بنا بر اذن قانونگذار به مثابه قانون حکم فرماست، نمی‌توان ادعای مطابقت با شرع و یا عدم مغایرت با شرع را در مورد دیگر قوانین موضوعه در این کشور مطرح کرد و نهادهای حاکمیتی که با حضور علمای شرعی اهل سنت در این کشور فعال هستند تنها در قالب استفتا و به عبارتی به صورت موردی به ارائه راه‌حل می‌پردازند و نه به صورت نظارت دائمی و مطلق. اساساً آنچه که باعث شده وضعیت ایران و عربستان از دو کشور عراق و مصر متفاوت جلوه داده شود وجود ایدئولوژی اسلامی در بنیان مشروعیت بخش این دو نظام سیاسی است. ابتدای حدودی و بقائی نظام سیاسی - حقوقی ایران بر فقه امامیه نه تنها در قانون اساسی به صراحت بیان شده بلکه در عمل نیز با وجود نهادی به نام شورای نگهبان تأمین می‌شود. در عربستان نیز گذشته از پدیداری حاکمیت خاندان آل سعود از طریق زور و غلبه اما نقش پررنگ احکام فقهی اسلامی در نظام حقوقی این کشور از سوی حاکمان این کشور به عنوان یک مبنای مشروعیت‌ساز ادعا شده و البته آثار آن حداقل در بخشی از نظام حقوقی این کشور بر اساس مدل ادغام دیده می‌شود.





## منابع

۱. ابراهیم؛ فواد؛ الشیعة فی السعودیة؛ ج ۱، بیروت: دارالساقی، ۲۰۰۷م.
۲. اسماعیلی؛ محسن و همکاران؛ دین و قانون (مجموعه مقالات)؛ ج ۱، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۱.
۳. آل دریب؛ سعود بن سعد؛ التنظيم القضایی فی المملكة العربیة السعودیة فی ضوء الشریعة الاسلامیة و نظام السلطة القضاییة؛ ریاض: جامعہ الامام محمد بن سعود الاسلامیة، ۱۴۱۹ق.
۴. تقی زاده داوری؛ محمود؛ گزارشی از آمار جمعیتی شیعیان جهان؛ ج ۱، قم: شیعه شناسی، ۱۳۹۰.
۵. جناتی؛ محمد ابراهیم؛ ادوار فقه و کیفیت بیان آن؛ تهران: نشر کیهان (نسخه الکترونیکی مرکز تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان)، [بی تا].
۶. حسین؛ فایز محمد و طارق مجذوب؛ تاریخ النظم القانونیة؛ بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیة، ۲۰۰۹م.
۷. حقیقت؛ سید صادق؛ «گونه شناسی ارتباط دین و سیاست در اندیشه سیاسی شیعه»؛ نامه مفید، ش ۴۴، سال دهم مهر و آبان ۱۳۸۳.
۸. حلی؛ حسن بن یوسف بن مطهر اسدی؛ قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام؛ ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
۹. حلی، محقق؛ نجم الدین؛ المختصر النافع فی فقه الامامیة؛ ج ۶، قم: موسسه المطبوعات الدینیة، ۱۴۱۸ق.
۱۰. خضر الجورانی؛ ناصر کریمش؛ عقوبة الاعدام فی القوانين العربیة؛ عمان: دارالحامد، ۲۰۰۸م.
۱۱. الخلف؛ علی حسین و سلطان عبدالقادر الشاوی؛ المبادئ العامة فی قانون العقوبات؛ بغداد: المكتبة القانونیه، ۲۰۰۶م.
۱۲. دانش پزوه؛ مصطفی؛ مقدمه علم حقوق با رویکرد به حقوق ایران و اسلام؛ ج ۱، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و سمت، بهار ۱۳۸۹.
۱۳. داوید؛ رنه؛ نظام های بزرگ حقوقی معاصر؛ ترجمه حسین صفایی، محمد آشوری و

- عزت الله عراقی؛ چ ۴، تهران: مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۷۸.
۱۲. الزکروط؛ خلیل ابراهیم علی؛ احکام السرقة و الحراية فى الشريعة الاسلامية و القانون؛ چ ۱، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه، ۲۰۱۲م.
۱۳. \_\_\_\_\_؛ عقوبة التعزير و طرق استيفائها فى الشريعة الاسلامية؛ چ ۱، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه، ۲۰۱۱م.
۱۴. شامی؛ ابوالفضل؛ عربستان؛ تهران: سازمان جغرافیایی نیروهای مسلح، ۱۳۸۹.
۱۵. شجاعی زند؛ علیرضا؛ مشروعیت دینی دولت و اقتدار سیاسی دین؛ چ ۱، تهران: موسسه تبیان، ۱۳۷۶.
۱۶. شحاته؛ شفیق؛ حقوق اسلامی در خاورمیانه؛ ترجمه سیدمحمد علوی؛ چ ۱، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۲.
۱۷. صلاح خلف عبد؛ المحكمة الاتحادية العليا فى العراق تشكيلها و اختصاصاتها؛ جامعة النهرين، كلية الحقوق، ۲۰۱۱.
۱۸. طنطاوی؛ ابراهیم حامد؛ الصلة بين التعازير الشرعية فى الفقه الاسلامى و العقوبات فى القانون الجنائى المصرى؛ چ ۱، قاهره: دارالنهضة العربية، ۲۰۰۸.
۱۹. شهيدثانى؛ زين الدين بن على؛ الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية؛ قم: کتابفروشى. داورى، ۱۴۱۰.
۲۰. عبدالرحمان؛ محمود؛ معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية؛ ۳ جلد، بی جا، [بی تا].
۲۱. العشماوى؛ محمدسعيد؛ الشريعة الاسلامية و القانون المصرى؛ مكتبه مدبولى الصغير، ۱۹۹۶.
۲۲. عوده؛ عبدالقادر؛ التشريع الجنائى الاسلامى مقارناً بالقانون الوضعى؛ بیروت: دارالکاتب العزلى، [بی تا].
۲۳. غفارى؛ هدى و فاطمه نظرى؛ «بررسى و تبیین جایگاه شریعت در نظام حقوقی کشور عراق با تأکید بر نقش مرجعیت»؛ فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، ش ۳، ۱۳۹۵.
۲۴. فاضل هندى؛ محمدبن حسن؛ كشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام؛ چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ق.

۲۵. فتحی؛ حجت‌الله؛ شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی؛ ۲ جلد، چ ۱، تهران: موسسه دائره المعارف فقه اسلامی، ۱۳۹۳.
۲۶. فرج‌الصدده؛ عبدالنعیم؛ اصول القانون؛ بیروت: دارالنهضة العربية، [بی تا].
۲۷. قانون اصول محاکمات الجزاییه؛ اعداد نبیل عبدالرحمن حیوی؛ رقم ۲۳ لسنة ۱۹۷۱ و تعديلاته، بغداد: المكتبة القانونية، ۲۰۰۸ م.
۲۸. قانون مجازات جمهوری عربی مصر؛ ترجمه محمد حسن حجاریان؛ چ ۱، تهران: طرح نوین اندیشه، ۱۳۹۰.
۲۹. قانون مدنی مصر؛ ترجمه محمد علی نوری؛ چ ۱، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸.
۳۰. القهوجی؛ علی عبدالقادر؛ شرح قانون العقوبات؛ بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه، ۲۰۰۸ م.
۳۱. کاتوزیان؛ ناصر؛ فلسفه حقوق؛ ج ۲، چ ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷.
۳۲. مار؛ فب؛ تاریخ نوین عراق؛ ترجمه محمد عباسپور؛ چ ۱، مشهد: بنیاد پژوهش‌های اسلامی، ۱۳۸۰.
- محمد الباشا؛ موسی؛ الدولة الاسلامیة فی النظریة و التطبيق؛ چ ۱، ام درمان (سودان): مرکز عبدالکریم میرغنی الثقافی، ۲۰۰۸ م.
۳۳. محمد؛ امین مصطفی؛ قانون العقوبات؛ چ ۱، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه، ۲۰۱۰ م.
۳۴. محمد؛ عبدالجواد محمد؛ التطور التشريعی فی المملكة العربیة السعودیة؛ قاهره: مطبعة الجامعة القاهرة و الكتاب الجامعة، ۱۳۹۷ ق.
۳۵. محمصانی؛ صبحی؛ الاوضاع التشريعیة فی الدول العربیة ماضيها و حاضرها؛ چ ۱، بیروت: دارالعلم للملایین، ۱۹۵۷ م.
۳۶. —؛ فلسفه قانونگذاری در اسلام؛ ترجمه اسمعیل گلستانی؛ چ ۱، تهران: آثار اندیشه، ۱۳۸۶.
۳۷. المرزوقی؛ محمدبن عبدالله؛ السلطة التنظيمیة فی المملكة العربیة السعودیة؛ چ ۱، بیروت: الشبكة العربیة للابحاث و النشر، ۲۰۱۴ م.
- المفرجی؛ احسان؛ زغیر نعمه؛ كطران و رعد الجده؛ النظریة العامة فی القانون

- لدستوری و النظام الدستوری فی العراق؛ بیروت: مکتبه السنهوری (بغداد)، ۲۰۱۲م.
۳۸. واعظی؛ احمد؛ حکومت دینی؛ ج ۴، قم: نشر اسوه، ۱۳۷۹.
۳۹. هدایت‌نیا؛ فرج‌الله و محمدهادی کاویانی؛ بررسی فقهی حقوقی شورای نگهبان؛ ج ۱، تهران: نشر پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۰.
۴۰. الهموندی؛ نوری حمه سعید حیدر؛ جرایم الاموال العامة و الوظيفة العامة فی الشريعة الاسلامیة و القانون؛ بیروت: مکتبه زین الحقوقیه و الادبیة، ۲۰۱۴م.

41. Stilt, Kristen, Islamic Law and the Making and Remaking of the Iraqi Legal System, Northwestern University School of Law, 2010.

