

مطالعه تطبیقی سکوت قانون در نظام حقوقی ایران و کشورهای اسلامی (افغانستان، مصر و عربستان)

سید نورالدین حیدری منش^۱ - عباس شیخ الاسلامی^۲ - مهدی شیدائیان^۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۲/۲ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۳/۲۵

چکیده:

سکوت قانون با توجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی محل نزاع بین حقوقدانان بوده است. در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ جرم انگاری فقهی در جرایم حدی تجویز شده است. مطالعه حقوق تطبیقی سایر کشورهای اسلامی نیز اختلاف نظر بین آنها را نشان می‌دهد. سوال اصلی تحقیق این است که قانونگذار ایرانی و سایر کشورهای اسلامی نسبت به سکوت قانون در حوزه حقوق کیفری چه رویکردی را اتخاذ کرده‌اند؟ با بررسی قوانین اساسی کشورها به نظر می‌رسد برخی مانند عربستان حاکمیت شرع را پذیرفته و برخی دیگر مانند مصر تحت تاثیر حقوق کیفری غرب قرار گرفته‌اند و دسته سوم همانند ایران و افغانستان در قوانین خود دچار کشمکش و تعارض شده‌اند. در این پژوهش با استفاده از روش توصیفی تحلیلی ابتدا به توصیف وضعیت موجود مسئله پرداخته و سپس با تعیین خلاءها و با بهره‌گیری از نظرات اندیشمندان و بررسی قوانین به پرسش اصلی پژوهش بطور پاسخ می‌دهیم.

واژگان کلیدی: سکوت قانون، حقوق کیفری، کشورهای اسلامی

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
رتال جامع علوم انسانی

^۱ - دانشجوی دکتری، حقوق جزا و جرم شناسی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران

s.n.heydarimanesh@gmail.com

^۲ - دانشیار و عضو هیات علمی، حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق علوم سیاسی و زبان‌های خارجی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران: نویسنده مسئول

Dr.sheikhholeslami@gmail.com

^۳ - استادیار و عضو هیات علمی، حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق پردیس بین‌المللی قم، (دانشگاه تهران)، قم، ایران
m_sheidaei@ut.ac.ir

مقدمه

قانون به عنوان یکی از راه‌های نیل به کنترل اجتماعی که هدف آن تنظیم رفتار و فعالیت‌های افراد در جامعه است و نیز از قدیم الایام از ساز و کارهای حفظ ارزش‌ها بوده، مورد اتفاق آراء همه دولتها قرار دارد. بدون وجود کیفر هیچ ابزاری برای دولتها جهت کنترل اجتماع وجود ندارد. در برخی از کشورهای اسلامی، جرم انگاری مبتنی بر قانون، تنها راه نیل رسیدن به حفظ ارزشها نمی‌باشد. اگر این جرم انگاری‌ها در کشورهای اسلامی بجای قانون با مبنا و به استناد شرع باشد، آیا با اصل پذیرفته شده قانونی بودن جرایم و مجازاتها تعارض دارد یا خیر؟ به عبارتی در صورت ارتکاب رفتاری ضد ارزش که در قانون جرم انگاری نشده و قانون نسبت به آن سکوت دارد، قاضی می‌تواند به شرع مراجعه و مرتکب را مجرم بشناسد و او را مجازات نماید؟ بی‌تردید نظام عدالت کیفری دارای ظرفیت خاصی است و گنجایش ورود رفتارهای ممنوع و به طور محدود دارد. بدین سان، هرگونه زیاده‌روی در استفاده از آن می‌تواند موفقیت اهداف ترسیم شده برای مداخله کیفری را کاهش دهد. از این رو پیش جرم انگاری و افزایش بی‌رویه عناوین مجرمانه، یکی از مشکلات فراروی نظام‌های کیفری است که در کشورهای اسلامی بیشتر خودنمایی میکند. البته در برخی از کشورهای غربی نیز جرم انگاری‌های وسیعی صورت گرفته است. به عنوان مثال، در پایان سال ۲۰۰۱ میلادی، بیش از چهار هزار عنوان مجرمانه در قوانین کیفری فرانسه وجود داشته است. (نجفی آبرند آبادی، ۱۳۸۱: ۶۹) ولی مسئله عمده در حقوق کیفری ایران، جرم انگاری‌هایی است که قانونگذار در زمینه‌های اخلاقی و آزادی‌های فردی، اجتماعی و فرهنگی مردم انجام داده که در مواردی نه تنها از پیش‌تیبانی اصول و مبانی نظری مداخله حقوق کیفری برخوردار نیستند، بلکه موفقیت اهداف و ایفای کارکردهای ترسیم شده حقوق کیفری نیز در آنها با تردیدهای جدی مواجه است. (زینالی، ۱۳۹۷: ۳۰) مشکل زمانی حادتر می‌شود که با وجود تورم قوانین کیفری و سکوت قانون در مورد بسیاری از رفتارها، قانونگذار، برای جرم انگاری برخی رفتارها، قضاات را به شرع ارجاع دهد. سوال مورد پرسش در اینجا این است که رویکرد قانونگذار ایرانی در این مورد چیست؟ سایر کشورهای اسلامی نسبت به سکوت قانون چه تدبیری بکار بسته‌اند؟ به نظر می‌رسد قانونگذار ایران ضمن گسترش مرزهای جرم انگاری در حقوق کیفری ایران در مورد مجازات‌های حدی، آن را درگیر حمایت از قالب‌هایی کرده است که مخالف برخی از اصول قانونی اساسی و قوانین حقوق بشری و بین‌المللی است. اگرچه در مورد اصل قانونی بودن جرم و مجازات کتب و مقالات متفاوتی نگارش

یافته است لیکن موضوع خاص سکوت قانون و نگاه فراملی به این موضوع شاید بدلیل ضرورت استفاده از ابزار ترجمه مورد غفلت حقوقدانان قرار گرفته است. بدیهی است مطالعه در حقوق تطبیقی، دیدگاه‌ها و کیفیت لوایح قانونی را بالا می‌برد. بطوریکه نهایتاً استفاده مطلوب از نتایج حقوق تطبیقی در وضع و اصلاح قوانین میتواند نقش مثبت داشته باشد. از همین‌رو هدف نگارنده از این پژوهش ضمن بررسی موضع حقوق ایران در قبال سکوت قانون در حوزه حقوق کیفری، مقایسه جمهوری اسلامی ایران با کشورهای افغانستان، مصر و امارات متحده عربی در این زمینه می‌باشد.

۱- تعاریف

۱-۱- سکوت

در لسان العرب سکوت، خلاف نطق معنی شده و سکوت را از اصوات الحان شبیه تنفس بین دو نغمه تعبیر نموده است (ابن منظور، ۱۴۰۸: ۳۰۴). در لغت نامه‌ی دهخدا آمده است: «سکوت یعنی خاموشی، با توانایی به سخن گفتن، ترک آن کردن» این واژه در زبان عربی معادل الصمت می‌باشد.

در زبان انگلیسی برابر (Silence) است که از (Silere) لاتینی به معنای ساکت بودن استخراج شده و البته روشن نیست که منشأ این واژه چه بوده است، لیکن برخی زبان‌شناسان نظر داده‌اند که به طریقی با (anasilan) خویشاوند باشد و این فعل بر معنای «یاد در حال افول» دلالت داشته و نیز احتمال داده شده با (Desinere) لاتینی به معنای توقف کردن - ایستادن هم ریشه بوده که در این حالت معنای زیربنایی آن متوقف کردن گفتار است. (آیتو، ۱۳۸۵: ۱۰۸۲)

۱-۲- قانون

واژه قانون معرب از لغت یونانی به معنای رسم، قاعده، آیین معرفی شده است. (معین، ۱۳۸۴: ۶۹۱) در خصوص اصل واژه قانون گروهی اعتقادشان بر این است که قانون از واژه لاتین (kanon) یعنی خط‌کش اخذ شده است که ریشه آن عربی نیست و از واژه‌های وارداتی می‌باشد. (محمصانی، ۱۳۵۸: ۱۴-۱۲). گروه دوم نیز همانند گروه اول آن را غیر عربی می‌دانند ولی آن را اخذ شده از زبان رومی، فارسی، سریانی یا عبری دانسته‌اند. (الزبیدی، ۱۳۸۵ق: ذیل کلمه "قانون") سومین گروه معتقدند که قانون لغت عربی می‌باشد و ریشه آن «قن» است. طبق عقیده این گروه قانون به لحاظ شکلی بر وزن «فاعول» است که برکمال و بذل وجهه دلالت

دارد. دلیلی بر غیرعربی بودن آن وجود ندارد. (رنجبر و وکیل زاده، ۱۳۸۹: ۷۷)

این منظور در کتاب لغت آورده است: «قانون کل شیء طریقه و مقیاسه» او در ادامه توضیحات خود در مورد مشتقات «قن» مطرح می‌کند که قوانین به معنای اصول می‌باشد، مفرد آن قانون است که عربی نمی‌باشد. (ابن منظور، ۱۴۰۸: ۳۲۸) در بعضی موارد اصطلاح قانون به معنای قانون مدون در مقابل حقوق عرفی استعمال می‌شود. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۸۸)

(Canon) در زبان‌های انگلوساکسن قاعده یا عصا، در لاتین مقیاس اندازه‌گیری قاعده و نمونه، در یونانی به همان معنی و در انگلیسی به معنی نی و چوب دستی است. از تلفیق این معانی، میزانی برای سنجش حق و ناحق و سزا و جزا به دست می‌آید. در خصوص کاربرد قانون به معنای حقوقی آن در مفهوم (Law) انگلیسی به طور کلی دو نگرش وجود دارد: نگاه اول قانون را منحصر به نظاماتی می‌داند که بر پایه عقل و منطق و تجربه عملی بشر استوار است و ریشه ماوراء الطبیعه ندارد، اما نگاه صحیح‌تر، این است که بگوییم دو معنای عام و خاص از قانون وجود دارد. قانون به معنای عام، در برابر هرچیز غیرقابل استناد در محضر دادگاه به کار می‌رود و مقصود تمام مقررات لازم‌الاتباع است و از طرف یکی از مراجع صالح کشور برای آن نوع تقنین وضع می‌شود و ممکن است این نهاد قوه مقننه یا رئیس دولت یا یکی از اعضای قوه مجریه باشد و قانون به معنای خاص، به قواعدی گفته می‌شود که با تشریفات مقرر در قانون اساسی از طرف مجلس شورای اسلامی به تصویب می‌رسد و شورای نگهبان هم آن را تأیید می‌کند؛ یعنی قانون مفهوم ویژه‌ای دارد که با تصمیم‌های قوه مجریه متفاوت است. (الهام و زهروی، ۱۳۹۶: ۴۴۵)

بر این پایه با توجه به اینکه در اصل ۱۶۷ قانون اساسی قاضی مکلف شده است تا در مواضع سکوت به فتاوی معتبر رجوع نماید، معنای قانون در این اصل همان معنای عام است؛ مشروط بر اینکه بر طبق صلاحیت مرجع ذی صلاح و منطبق بر ضوابط آن باشد.

۱-۳- سکوت قانون

سکوت قانون عبارت ترکیبی است که در علم حقوق به معنی فقدان قانون صریح و به خصوص نسبت به موضوع یا موضوعات متین است. چه بسا که سکوت و خلاء قانونی با اراده و خواست خود قانونگذار باشد. در تعریف دیگر سکوت قانون به موردی معین اطلاق می‌شود که قوانین جاری جامعه از منظر قضایی، تکلیف آن را معین نکرده است. (جعفری لنگرودی، پیشین: ۱۰۲)

پس، از منظر اصطلاحی در دانش حقوق، سکوت قانون به معنای نبود قانون نسبت به موضوع

یا موضوعات معین است و بنابراین، سکوت عمدی و سهوی یعنی حتی مواردی که اساساً به علت بی‌توجهی قانونگذار، شامل قانونی که وضع نشده است هم می‌شود. به همین دلیل برای بیان این معنای وسیع در فقه، اصطلاح «ما لانص فیه» را به کار برده‌اند که حتی به اذعان حقوق‌دانان نیز بسیار رساتر و جامع است. (همان، ۱۳۷۲: ۵۲۳)

۱-۴- جرم انگاری

جرم انگاری فرآیندی است که به موجب آن، قانونگذار با در نظر گرفتن هنجارهای اجتماعی یا ضرورت‌های دیگر بر پایه مبانی نظری مورد قبول خود رفتاری را ممنوع یا الزام‌آور می‌کند و برای حمایت از آن ضمانت اجرای کیفری که آخرین تهدید حقوقی است، قرار می‌دهد. (محمودی جانکی، ۱۳۸۲: ۴۴) وقتی جامعه‌ای بدین ترتیب تصمیم می‌گیرد که جرم کیفری را از آنچه جرم کیفری نیست، تفکیک کند، و بدی را نام‌گذاری و از این راه خوبی را مشخص نماید، در واقع متعرض قلمروهای بسیار نمادینی می‌شود که آنها را شکل می‌بخشد و متحول می‌سازد. (دلماش مارتی، ۱۳۸۷: ۶۹)

در تعریف دیگر «جرم انگاری فرایندی است که به موجب آن قانونگذار با در نظر گرفتن هنجارها ارزش‌های اساسی جامعه و با تکیه بر مبانی نظری مورد قبول خود، فعل یا ترک فعلی را ممنوع و برای آن ضمانت اجرای کیفری وضع می‌کند. بر این اساس جرم انگاری امری پسینی و مبتنی بر علوم زیر ساختی همچون فلسفه حقوق، فلسفه سیاسی و علوم اجتماعی است». (آقابابایی، ۱۳۸۴: ۱۱؛ فاخری و عباسی، ۱۳۹۰: ۱۲)

۱-۵- اقسام جرم انگاری

جرم انگاری تقنینی، که اصلی‌ترین نوع جرم انگاری بوده و مسبوق به اصل جهان شمول قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها است.

جرم انگاری قضایی، که به دو صورت پنهان و آشکار قابل تشخیص است. نوع آشکار آن جرم انگاری بوسیله آرای وحدت رویه هیات عمومی دیوانعالی کشور است و نوع پنهان آن جرم-انگاری شخصی بوسیله قضات دادگستری است که در مقام مواجهه با موارد ابهام و اجمال قانون و برای گریز از چهارچوب‌های خشک قوانین و گاهی با تصور خدمت به جامعه انجام می‌گیرد. (فاخری و عباسی، همان: ۱۲)

جرم انگاری نوع سوم بوسیله فتاوی و منابع فقهی معتبر، که مبنای آن اصل ۱۶۷ قانون اساسی می‌باشد و در ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی در مورد جرایم حدی بر آن تصریح شده

است.

امروزه با عنایت به اینکه اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌هایی که از اصول راهبردی و مهم در اسناد حقوق بشر می‌باشد، کلیه کشورها در قوانین اساسی خود این اصل را پذیرفته‌اند. حتی در نظام‌های «کامان‌لو» نیز گرچه جرایم و مجازات‌های مبتنی بر قوانین مدون نیستند، اما پایبندی به کیس‌های «کامان‌لو» سبب شده است که خللی به این اصل وارد نیاید. همچنین ماده ۱۵ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶ مجمع عمومی سازمان ملل متحد، که دولت ایران نیز سال ۱۳۵۴ آنها را امضا نموده است، اصل فوق‌الذکر را مورد حمایت قرار داده است. در حال حاضر این اصل مورد پذیرش کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و در اساسنامه دیوان حقوق بشر قرار گرفته و در اساسنامه دیوان کیفری دایمی بین‌المللی نیز در مواد ۲۲ و ۲۳ به شرح ذیل آمده است. «هیچکس به موجب این اساسنامه مسئولیت کیفری نخواهد داشت مگر اینکه عمل وی در زمان وقوع منطبق با یکی از جرایمی باشد که در صلاحیت دیوان است.» ماده ۲۳ مقرر می‌دارد: «مجازات شخصی که توسط دیوان محکوم می‌شود فقط مطابق مقررات این اساسنامه تعیین خواهد شد».

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز اصل سی و ششم مقرر می‌دارد: «حکم به مجازات و جزای آن باید تنها از طریق دادگاه‌های صالح و به موجب قانون باشد».

۲- سکوت قانون در نظام حقوقی ایران

در نظام حقوقی ایران برای اولین بار در سال ۱۲۹۰ شمسی موضوع سکوت قانون به رسمیت شناخته شد و پس از گذشت هفت دهه، در اصل ۱۶۷ قانون اساسی تجلی یافت. اما اجماع در شناسایی سکوت و خلأ قانونی در زمان‌های مختلف و نیز تعیین ضمانت اجرا برای مستنکف از احقاق حق در موارد سکوت قانون، بدین معنا نیست که راه‌های رو در رویی با سکوت قانون نیز همواره یکسان بوده بلکه به اقتضای شرایط حاکم، منابع و روش‌هایی خاص برای جبران آن پیش‌بینی شده است. اصل ۱۶۷ قانون اساسی که مقرر می‌دارد: «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 هر 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».

اصل فوق‌الذکر تأیید کننده رویگردانی قانونگذار از روح قوانین و عرف و عادت مسلم در در مواقع سکوت قانون در قوانین پیش از انقلاب اسلامی و گرایش به منابع معتبر اسلامی و

فتاوی معتبر فقهی، در دوران بعد از پیروزی انقلاب اسلامی می‌باشد. در این دوران قانونگذار ابزارهای فرا حقوقی را برگزید تا از طریق آنها عدالت را برقرار سازد و اینگونه بود که عنصر فقه و آموزه‌های دینی به قلمرو نظام حقوقی وارد شد. (عامری، ۸۸: ۱۹) لذا در ایران بدلیل حاکمیت شرع بر قانون مطابق اصل ۴ قانون اساسی، از این چشمه جوشان، بعنوان منبع قانونگذاری استفاده می‌شود، البته این حاکمیت، در قانون اساسی بسیاری از کشورها تصریح شده است لیکن در عمل، اینگونه نیست.

۲-۱- تحلیل اصل ۱۶۷ قانون اساسی

اصل ۱۶۷ قانون اساسی از جمله اصولی است که باعث اختلافات فراوان بین حقوقدانان در حوزه تقنین و قضا شده است. بعضی بر این اعتقادند که قانونگذار با وضع اصل ۱۶۷ عملاً قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها را در سیستم قضایی ایران رد کرده است یعنی نتیجه عمل به اصل فوق چنین می‌شود که جرایم و مجازات‌ها تابع وضع قانون نیستند. البته نسبت به اشکال فوق چنین پاسخ گفته‌اند که «اصل ۱۶۷ قانون اساسی ناظر بر امور مدنی است نه کیفری زیرا امکان استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر با اصل ۳۶ قانون اساسی تعارض دارد، پس جمع دو اصل بدین‌گونه است که حکم عام ۱۶۷ در اثر حکم خاص اصل ۳۶ در امور کیفری، مخصوص به مواردی می‌شود که دادگاه حکم به مجازات نمی‌دهد». (خسروی، ۱۳۹۷: ۲۷۰)

نتیجه اینکه در جرم دانستن اعمال ارتكابی و مجازات آنها تنها مقررات اصل ۳۶ قانون اساسی و ماده ۲ قانون مجازات اسلامی حکومت می‌کنند. در سیستم قضایی نیز دادرسانی که تربیت حقوقی و دانشگاهی دارند و آموخته‌اند که احترام به قانون والاترین ارزشهاست و باید متن و روح قانون معیار تمیز حق باشد و در یافتن حکم دعوی از مجموعه‌های قوانین، مهارت بیشتر دارند و ترجیح می‌دهند که از معیار مشخصی قانون برای تمیز حق استفاده کنند، در نتیجه می‌کوشند که به هر تمهید، حکمی را به قانون نسبت دهند و خود را گرفتار دغدغه‌های تمیز فتاوی معتبر و آثار قابل گفتگوی آن سازند. (آخوندی، ۱۳۷۲؛ به نقل از خسروی، همان: ۲۷۰)

همچنین استدلال کرده‌اند که اصل ۱۶۹ نیز قاضی را در رسیدگی‌های جزایی از مراجعه به فتاوی معتبر ممنوع کرده است و نزدیکی این دو اصل ۱۶۷ و ۱۶۹ در قانون اساسی مبین این است که منظور قانونگذار از دعاوی مندرج اصل ۱۶۷ دعاوی مدنی است. ولی اگر اصل ۱۶۷ را ناظر بر امور کیفری هم بدانیم به ناچار باید بپذیریم که اصولی چند از قانون اساسی با اصل

۱۶۷ مغایرت دارد و پس از روشن شدن تعارض باید علاج تعارض به ناچار نماییم. آیا اصل ۱۶۷ را ملغی اعلام نماییم و یا اصول نه گانه‌ای که در قانون اساسی بر اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها تصریح دارند را ملغی اعلام کنیم. برای گریز از چنین تعارضی چاره‌ای نداریم جز اینکه بپذیریم اصل ۱۶۷ در موارد کیفری کاربردی ندارد. (خاموشی، ۱۳۸۵: ۳۱۷)

مراجعه به مشروح مذاکرات مجلس در بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، روشن‌گر آن است که مفاد اصل مزبور به خصوص با نگرش کیفری، به شایستگی مورد بررسی قانونگذار قرار نگرفته و با وجود ابهامات فراوان اصل مزبور در نهایت به تصویب می‌رسد. تصور می‌شود که مذاکرات مجلس خبرگان در بررسی نهایی قانون اساسی در تفسیر اصل ۱۶۷ راه-گشاست، متأسفانه مذاکراتی که در جلسه خبرگان در خصوص این اصل صورت پذیرفت، تصویر روشنی از آن بدست نمی‌دهد و معلوم نیست که چگونه اصل به این مهمی به طور گذرا مطرح و سپس به تصویب رسیده است.^۱

۲-۲- شمول اصل ۱۶۷ در کلیه دعاوی مدنی و کیفری با تاکید بر ماده ۲۲۰ ق.م.ا. ۹۲

برخی در مقام دفاع از رجوع مطلق به فقه بیان داشته‌اند که برای اجرای منویات شرع مقدس نمی‌توان در انتظار فعل قانونگذار بود و حکم به جرم و مجازات موجود در شرع نیازمند تصویب و گذراندن مراحل قانونی نیست، در غیر اینصورت به صراحت اعتبار قانون بشری را مقدم بر اعتبار قانون الهی دانسته‌ایم و این امر قطعاً خلاف موازین اسلامی است. نکته قابل تأمل اینکه اگر قانونگذار در زمان‌هایی جرائم قطعی همچون زنا، شرب خمر و سرقت حدی را از قانون مجازات حذف کند یا از ابتدا در قانون نیاورد، آیا باید قائل به عدم جرم بودن این افعال شد؟ (حاجی ده آبادی، ۱۳۹۵: ۲۶۴)

در این بیان نوعی غفلت از هدف و غایت تشکیل نظام جمهوری اسلامی به نظر می‌رسد. به نص صریح قانون اساسی در موارد متعدد و در اصول ۴، ۲، ۱۲، ۱۵۶ و .. اساس تشکیل جمهوری اسلامی، پاسداری از احکام شریعت اسلام و اجرای آنها اعلام شده و اساساً بخشی از فلسفه قانونگذاری در این نظام صورت قانونی بخشیدن به احکام شرعی است. حال اگر روزی بنا بر حذف احکام مسلم شرعی از قوانین موضوعه قرار گیرد، مگر نه این است که نظام از شرعیت خود عدول نموده و در این صورت دیگر نمی‌توان آن را یک نظام اسلامی دانست؟ حال نظامی

^۱ - در این زمینه رک. به صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی قانون اساسی، ج ۳، ۱۶۵۳

که بنیان آن اجرای منویات شرع مقدس است، خود برای اجرای این احکام طریق‌هایی را مشخص ساخته و آن هم قانونگذاری و طی مراحل مشخص در این جهت است تا بتوان به احکام پراکنده در متون فقهی صورتی مدون و واجد ضمانت اجرا بخشید. (میربد، ۱۳۹۶: ۱۳۶)

به نظر نگارنده علیرغم استدلال قوی مخالفین در عدم رجوع به فقه در امور کیفری بعلت تعارض با اصل ۳۶ قانون اساسی و البته سایر استدلال‌های مطرح شده توسط موافقین، واقعیت موجود فارغ از نظر هر دو گروه این است که تصویب ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲ بر تمامی استدلال‌های پیش گفته مخالفین خط بطلان می‌کشد، ماده ۲۲۰ مقرر می‌دارد: «در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است، طبق اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عمل می‌شود». این ماده به عنوان آخرین اراده مقنن تنها مورد قابل رجوع به منابع و فتاوی فقهی را حدودی اعلام کرده که در قانون به آنها اشاره نشده و ذکری از تعزیرات به میان نیاورده است. البته برخی جهت صحت استناد به اصل ۱۶۷ در تعزیرات نیز، به ماده ۶۹ قانون مجازات اسلامی استناد می‌کنند؛ این ماده بیان می‌دارد «مرتکبان جرایمی که نوع یا میزان تعزیر آنها در قوانین موضوعه تعیین نشده است به مجازات جایگزین حبس محکوم می‌گردند» در خصوص این مورد تفاوتی که با ماده ۲۲۰ از نظر جرم انگاری دارد، در این است که در ماده ۶۹ به نظر می‌بایست فعل یا ترک فعل در متن مشخص قانونی ممنوع باشد و فقط مجازات تعیین نشده باشد^۱ (فرج‌اللهی، ۱۳۹۴: ۶۵)، لیکن در بحث حدود برای جرم انگاری و نه مجازات، به شرع ارجاع داده است. ماده ۱۸ این قانون در مقام تعریف تعزیر، تعیین نوع و میزان آن را فقط به قانون سپرده است. در ماده ۱۸ چنین آمده: «تعزیر مجازاتی است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نیست و به موجب قانون در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌گردد. نوع، مقدار، کیفیت اجرا و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر به موجب قانون تعیین می‌شود».

به نظر می‌رسد نظر مخالفین در عدم رجوع به فقه در امور کیفری پس از تصویب قانون مجازات در سال ۹۲، حداقل در مورد حدود، اجتهاد در مقابل نص است. بنابراین در حقوق کیفری ایران در صورت سکوت قانون در جرایم حدی قاضی به استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی می‌تواند

^۱ - لازم به ذکر است این استدلال با این چالش مواجه می‌شود که فعل یا ترک فعلی که در متن قانونی ممنوع باشد و فقط مجازات تعیین نشده باشد اساساً مطابق ماده ۲ قانون مجازات جرم نیست تا بتوان برای آن مجازات جایگزین تعیین نمود. چرا که مطابق ماده ۲ قانون مجازات اسلامی جرم عبارت است از فعل یا ترک فعلی که در قانون برای آن مجازات تعیین شده، پس در جایگاه مجازات تعیین نشده، محکومیت به مجازات جایگزین حبس، فاقد وجهت قانونی است.

به فقه مراجعه کند. لیکن در سایر مجازات‌های قانونی در صورت سکوت قانون، قاضی به استناد اصل ۳۶ قانون اساسی نمی‌تواند جرم انگاری قضایی داشته باشد.

۳- سکوت قانون در نظام‌های حقوق کیفری کشورهای اسلامی

۳-۱- نظام حقوقی افغانستان

کشور افغانستان در ماده ۲۷ قانون اساسی خود آورده است «هیچ عملی جرم شمرده نمی‌شود مگر به حکم قانونی که قبل از ارتکاب آن نافذ گردیده باشد. شخصی را نمی‌توان تعقیب گرفتار و یا توقیف نمود مگر بر طبق احکام قانون. هیچ شخصی را نمی‌توان مجازات نمود مگر به حکم محکمه با صلاحیت و مطابق با احکام قانونی که قبل از ارتکاب فعل مورد اتهام نافذ گردیده باشد». همچنین در قانون جزای فعلی مصوب ۱۳۵۵ ماده دوم و سوم اینگونه آمده است: «هیچ عملی جرم شناخته نمی‌شود مگر به موجب قانون. هیچکس را نمی‌توان مجازات نمود مگر مطابق به احکام قانونی که قبل از ارتکاب فعل مورد اتهام نافذ گردیده باشد». در ماده ۳۷ همان قانون نیز آمده است: «عنصر قانونی جرم عبارت است از تصریح اعمال جرمی و جزای آن در قانون».

با اینکه این مواد، اصل قانونی بودن جرم و مجازات را به رسمیت شناخته است لیکن در ماده ۱۳۰ قانون اساسی آمده است: «محاکم در قضایای مورد رسیدگی، احکام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می‌کنند و هرگاه برای قضیه‌ای از قضایای مورد رسیدگی، در قانون اساسی و سایر قوانین، حکمی موجود نباشد، محاکم به پیروی از احکام فقه حنفی و در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع نموده، قضیه را به نحوی حل و فصل می‌نمایند که عدالت به بهترین وجه تامین نماید». این ماده از قانون اساسی افغانستان تا حدودی مشابه اصل ۱۶۷ قانون اساسی ایران است و مفهوم همان اصل را تداعی می‌کند. عین الفاظ این ماده از نظر ارجاع به فقه حنفی در ماده ۷ «قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم» قدیم مصوب ۱۳۸۴ و ماده ۱۳ «قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه» جدید مصوب ۱۳۹۲ نیز انعکاس یافته است. اما در بین این دو سال، در سال ۱۳۸۹، قانون دیگری تصویب شده با نام «قانون تشکیل صلاحیت محاکم خاص» که به نظر می‌رسد، در ماده ۱۴ آن، به صورت عامدانه، این قید ارجاع به فقه حنفی حذف شده است. احتمال دارد این حذف ناشی از غلبه دیدگاه قانون‌گرایانه، برای مدتی کوتاه، بر قوانین افغانستان باشد که ظاهراً این دیدگاه در قانون بعدی (قانون جدید تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه) در سال ۱۳۹۲ مجدداً به شکست انجامیده است. (توحیدخانه،

۱۳۹۵: ۱۶۵) وجود حکمی دیگر در یکی از قوانین نافذ افغانستان است که صریحاً ارجاع در مسائل جزایی را نیز به فقه حنفی نه تنها مجاز که واجب دانسته است؛ حکمی که با آن صراحت و وسعت هیچگاه در فرایند تلاقی سنت و تجدد به قوانین عادی ایران راه نیافته است و دوران امر بین قانون و شرع را نسبت به حقوق ایران پیچیده‌تر کرده است.

این حکم در قانونی آمده است که نامش «قانون جزا» است و در ۳۱ سنبله (شهریور) سال ۱۳۵۵ هجری شمسی طی یک فرمان تقنینی توسط صدارت عظمای دولت رئیس جمهور سردار محمد داوود خان به وزیر عدلیه وقت تصویب و توشیح و در ۳۰ حمل (فروردین) سال بعد در جریده رسمی شماره ۳۴۷ منتشر و به موجب ماده آخر آن یک ماه پس از انتشار، یعنی ۳۰ ثور (اردیبهشت)، نافذ گردیده است. ماده مورد بحث آن نیز ماده اول آن است: «این قانون جرایم و جزایهای تعزیری را تنظیم می‌نماید. مرتکب جرایم حدود، قصاص و دیه مطابق احکام فقه حنفی شریعت اسلام مجازات می‌گردد» به نظر می‌رسد ماده اول قانون جزا در آن بخش که رسیدگی به جرایم حدود، قصاص و دیات را به فقه حنفی ارجاع می‌دهد، در نظم حقوقی کنونی افغانستان پس از تصویب قانون اساسی جدید ۱۳۸۲ نسخ شده است و از نظر حقوقی قابل استناد نیست. (توحیدخانه، همان، ۱۶۶)

همچنین در قاعده ۵ نظامنامه جزایی افغانستان آمده است: «جرایمی که موجب تعزیر می‌شود افعال قبیحه و شنیعه است که به موجب آن جزا معین و مقدر نیست بلکه مفوض برای اولی الامر و وکیل آن است که به درجات مختلف و مراتب متنوعه برای اشخاص مجرمین بعد از ملاحظه حال مجرم در وقت وقوع جرم جزا تعیین کند و برای دیگر مجرمین مستلزم مجازات تعزیری هر میعاد حبس که تعیین می‌کنند اختیار دارد». نظام حقوقی افغانستان همانند ایران در مواد مختلف بر اصل قانونی بودن جرم و مجازات صحه گذاشته ولی از طرف دیگر، در موارد سکوت قانون، این اصل را نقض کرده است.

لذا مهمترین اشکالی که به آن اشاره کردن، همان است که قانونگذار در زمان سکوت قانون، در حالیکه حکمی در قوانین موجود نباشد، قاضی را به فقه ارجاع داده است. همچنین ماده ۱۳۱ قانون اساسی افغانستان مقرر داشته است: «محاکم برای اهل تشیع در قضایای مربوط به احوال شخصیه احکام مذهب تشیع را مطابق با احکام قانون تطبیق می‌نمایند در سایر دعاوی نیز اگر در این قانون اساسی و قوانین دیگر حکم نباشد محاکم قضیه را مطابق به احکام این مذهب حل و فصل می‌نمایند. در صورتی که برای یکی از تخلفات مندرج این قانون در قانون جزا

و سایر قوانین مجازات پیش‌بینی نگردیده باشد محکمه صلاحیت دارد مرتکب را با در نظر داشت حالات ارتکاب جرم تعقیب نماید» همانطور که از بند دوم این ماده به دست می‌آید اصل قانونی بودن مجازات با آن معنایی که حقوقدانان قائل هستند پذیرفته نشده است از این رو حقوقدانان افغانستان در این بند از ماده ایراد می‌گیرند. (موسوی، ۱۳۹۲: ۳۴)

۲-۳- نظام حقوقی مصر

مصر پس از آنکه تحت سلطه حکومت عثمانی قرار گرفت مانند سایر بلاد اسلامی تحت سیطره حکومت مشمول اجرای احکام شریعت اسلامی از جمله در حیطه مسائل کیفری قرار گرفت. در تاریخ ۱۷۸۹ مصر به مدت سه سال در اشغال فرانسویان قرار گرفت. قانون اساسی مصر در سال‌های ۱۸۷۵ تا ۱۸۸۳ از قانون فرانسه اقتباس شده بود (عالیه ۱۹۹۴: ۳۷) پس از تحولاتی سرانجام در ۲۰ مه ۱۹۷۱ قانون اساسی جدید مصر که ساختار تک حزبی داشت، رسمیت یافت و در سال ۱۹۸۰ مورد بازنگری قرار گرفت. از جمله تغییرات مهم در قانون اساسی مصر ایجاد نظام چند حزب، تعیین زبان عربی به عنوان زبان رسمی، اسلام به عنوان دین رسمی و فقه اسلامی به عنوان منبع اصلی قانونگذاری می‌باشد. گرچه اصل دوم قانون اساسی مصر بر مبادی شریعت اسلامی به عنوان منبع اصلی قانونگذاری تصریح کرده و حمایت از خانواده بر مبنای دین و برابری زنان و مردان در چارچوب قواعد شریعت اسلامی از جمله حقوق بنیادین مردم مصر در قانون اساسی اعلام شد (مدکس، ۱۳۸۵: ۴۶۲) اما به نظر می‌رسد قوانین کیفری این کشور نه تنها منطبق با شریعت نیست بلکه به شکل عمده و قالب با موازین حقوق اسلامی مغایرت دارد. در راستای قانونمندی جرایم و مجازاتها، اصل ۶۶ قانون اساسی مصر مقرر داشته است: «مجازات یک امر شخصی است که قانون آن را تعیین و اجراء می‌نماید و تنها یک محاکمه قضایی می‌تواند مجازات را اعمال نماید. مجازات تنها در مواردی اعمال می‌شود که قانون تعیین و تجویز نماید».

همچنین در اصل ۶۴ آمده است: «حق حاکمیت قانون، اساس، مبنا و اصل حکومت به شمار می‌رود».

قانون مجازات مصر نیز که در نظام حقوقی این کشور به «قانون العقوبات» معروف است، برای اولین بار در سال ۱۹۳۷ میلادی در زمان حکومت ملک فاروق اول به وسیله مجلسین سنا و شورای ملی آن کشور از قوانین ایتالیا و فرانسه اخذ شد و در همین سال دستور اجرای آن به وزیر دادگستری ابلاغ شد و از آن تاریخ تاکنون در سرزمین مصر مورد اجراست، البته در

طول این سالیان تغییرات و اصلاحات زیادی نیز داشته است. (حجاریان، ۱۳۹۰: ۱۲)

قانون مجازات مصر در ماده ۹ جرایم را بر سه نوع دانسته است: جنایات، جنحه‌ها و امور خلافی. ماده ۱۰ جنایات را جرایمی می‌داند که مرتکب به مجازات‌های زیر محکوم می‌شود: اعدام، زندان ابد، زندان مشدد، زندان؛ و مجازات جنحه‌ها نیز مطابق ماده ۱۰ عبارت است از حبس و جزای نقدی. همانطور که از این مواد پیداست، مجازات شرعی قصاص و تازیانه در قانون مجازات مصر وجود ندارد، به طوری که ماده ۲۳۰ قانون مجازات مصر مقرر می‌دارد: «هرکس عمداً و با سبق تصمیم یا تمهید مقدمات مرتکب قتل نفس بشود به اعدام محکوم می‌شود»^۱ مثال دیگر در این مورد جرم زنا می‌باشد، که این جرم در فقه اسلامی دارای مجازات‌های گوناگون از جمله سلب حیات، رجم، شلاق می‌باشد لیکن قانون مجازات مصر تحت تاثیر سیستم قانونگذاری عرفی غرب علاوه بر قابل گذشت دانستن این جرم، مجازات آن را نیز حبس تعیین کرده است. در مورد جرم زنا، کشور های اردن و لبنان این جرم را در صورتی محقق می‌دانند که مفعول، زن (غیر زوجه) باشد، برخلاف قانون فرانسه که رابطه مرد با مرد را نیز زنا محسوب کرده است! نکته قابل بحث اینجاست که قانون مصر، زن را منحصر در غیر زوجه نکرده است و در مورد نزدیکی اجباری با زوجه قانون سکوت دارد، در اینجا برخلاف نظر نگارنده، برخی معتقدند چون قانون مصر تکیه بیشتری بر منابع شرعی دارد، باید با لحاظ مقررات فقهی تفسیر شود و فقها نزدیکی اجباری با همسر را جرم نمی‌دانند، پس در قانون مصر این رفتار بعید است جرم تلقی شود. (زراعت، ۱۳۸۵: ۸۲)

این اختلاف شدید بین قانون اساسی و قانون مجازات مصر در رویه قضایی مصر تاثیری نداشته است و به نظر می‌رسد دادگاه‌های مصر با توجه به قانون مجازات مصر عمل می‌نمایند. البته فقط در امور حقوقی همانند تفسیر برخی از نویسندگان از اصل ۱۶۷ قانون اساسی ایران، در صورت فقدان یا سکوت قانون، قانونگذار مصری، منابعی را با رعایت سلسله مراتب برای قضات در نظر گرفته است. به عنوان مثال در ماده ۱ قانون مدنی مصر پیش بینی شده است که در صورت سکوت قانون، عرف، حقوق اسلامی، مبانی حقوق طبیعی و عدالت می‌توانند منبع تکمیل حقوق باشند. با یک نگاه اجمالی به نظام حقوقی کشور سودان نیز در می‌یابیم که غالباً در قوانین حقوقی خود به منابع فقهی استناد نموده‌اند. سیوطی در کتاب **الأشباه و النظائر عرف و عادات مسلم** را مانند قاعده قانونی قلمداد کرده (غفاری، ۱۳۹۱: ۱۱۸) و همین امر در قانون احکام قضایی سال ۱۹۸۳ میلادی سودان نیز به این ترتیب آمده است: «در صورتی که قاضی نصی نیافت که

^۱ - طبق ماده ۱۳ همان قانون مقرر شده است؛ «هرکس که به اعدام محکوم می‌گردد به دار آویخته می‌شود».

بر اساس آن اجتهاد کرده و حکم صادر کند ملزم به مراعات عرف در خصوص اختلاف معاملاتی است. البته به شرطی که این عرف بر خلاف شریعت اسلامی و مبانی عدالت فطری طبیعی نباشد». (خیر حسب الرسول، ۲۰۰۱: ۶۷)

البته در قانون مجازات مصر ماده ۲۴۶، قابل بررسی است. ماده ۲۴۶ این قانون اشعار می‌دارد: «استفاده از حق دفاع مشروع از جان، استفاده از استعمال زور را تحت شرایط استثنایی مقرر در مواد بعدی برای دفع هرکاری که جرم بر جان محسوب می‌شود و در این قانون ذکر نشده است را برای افراد جایز و مباح می‌کند...» نگارنده معتقد است عبارت «جرم محسوب شود و در این قانون ذکر نشده»، به معنای خروج قانونگذار مصری از اصل قانونی بودن جرم و مجازات در موارد سکوت قانونی نیست بلکه با توجه به لغت «این» قبل از واژه «قانون»، مراد قانونگذار جرایم دیگری است که در دیگر قوانین آمده است، نه در قانون العقوبات.

۴- نظام حقوقی عربستان

عربستان سعودی، قانون اساسی خود را قرآن و سنت پیامبر معرفی می‌نماید، ولی نظام سیاسی آن، پادشاهی مطلقه بوده و قوه مقننه آن انتصابی و مصوبات آن جز در موارد اندک، صرفاً مشورتی و تصمیم‌گیرنده نهایی، پادشاه است. از این‌رو، نظام تقنینی این کشور به لحاظ عدم ابتدای کامل ساختار تقنین بر شریعت اسلامی و اکتفای حداقلی در مورد احوال شخصیه و قوانین جزایی و مهمتر از آن، فقدان یک مرجع پایشگر، بیشتر متأثر از کشورهای غربی است تا اسلامی و شریعت اسلامی. (کدخدایی، حسینی، ۱۳۹۴: ۱۴)

عربستان به دلیل دارا بودن سیستم مذهبی از یک طرف و فقدان قوه مقننه از طرف دیگر، دارای قانون به معنای متن مصوب مرجع صالح به عنوان نماینده مردم نیست. بنابراین، عبارت قانون در خصوص مصوبات این کشور با مسامحه بکار می‌رود. (عالی پور و یکرنگی، ۱۳۹۶: ۱۱)

موضوعات جدید حقوقی از جمله مقررات شرکت‌های نفتی، مالیات، کار و مهاجرت، متأثر از حقوق غرب، تنظیم شده است. روش وضع قوانین در موضوعات جدید حقوقی بدین کیفیت است که موضوع، به وسیله کمیته و شورای وزیران، بررسی شده و مقررات تنظیم می‌گردد و پس از تأیید شورا و تقدیم به پادشاه، با فرمان وی که در خصوص آن صادر می‌گردد، جنبه قانونی پیدا می‌کند و در روزنامه رسمی «ام‌القری» منتشر می‌گردد. در این کشور از واژه «النظام» برای آنچه هیئت وزیران تصویب کرده و به تأیید پادشاه می‌رسد، استفاده می‌شود. البته همانطور که گفته شد، همه موضوعات در این کشور دارای مقررات به شکل فوق نیست و برخی موارد

از جمله قوانین جزایی و احوال شخصی، ازدواج، طلاق (اصول ۳۸، ۴۶، ۴۸ و ۴۹) به سنت و فقه ارجاع داده شده است. لذا این کشور دارای دو دسته منابع می‌باشد: منابع مصوب و منابع غیرمصوب. در اصل ۳۸ در کنار «شریعت»، «قانون مصوب» را مرجع انطباق جرائم و مجازات‌ها یاد می‌کند. با این تأکید که: «هیچ‌گونه تنبیه و مجازاتی صورت نمی‌گیرد، مگر در مورد اعمالی که پس از لازم‌الاجراءشدن قانون مصوب انجام پذیرفته باشند» منابع غیر مصوب نیز به طور خاص شامل کتاب و سنت پیامبر است که طبق ماده ۱ قانون اساسی عربستان سعودی، بعنوان بالاترین متن در این کشور تعیین شده است.

در ماده ۳۸ قانون اساسی آمده است: «مجازات‌ها شخصی می‌باشد، جرم و مجازات نیست، مگر بر اساس شرع یا نظام‌نامه قانونی، هیچ مجازاتی نیست مگر نسبت به اعمالی که بعد از لازم‌الاجرا شدن نظام‌نامه‌های قانونی انجام شده باشد».

با توجه به ماده ۳۸، این کشور از جمله کشورهایی است که صراحتاً هم در قانون اساسی خود و هم در قانون مجازات مراجعه به شرع و فقه را جایز شمرده است. لذا مراجعه به فقه اگر چه خلاف اصل پذیرفته قانونی بودن جرم و مجازات است لیکن در این کشور می‌بایست این اصل را با عنوان اصل قانونی و شرعی بودن جرم و مجازات نامید چرا که قانونگذار این کشور در قانون اساسی خود و در موضوعات متفاوت، قرآن و سنت را بعنوان منبع شریعت اسلامی و به عنوان منبع احکام قضات شمرده است. (ماده ۴۶ قانون اساسی) لذا نه تنها در سکوت قانون قاضی محکمه می‌تواند به شرع مراجعه کند بلکه شریعت یکی از منابع استنادی قضات محسوب می‌شود. از آنجا که شریعت اسلامی در فقه نمود پیدا می‌کند و مذهب رسمی عربستان سعودی، حنبلی است، بنابراین، منابع اصلی و مهم حقوق در عربستان، فقه، بر اساس مکتب حنبلی می‌باشد. در این مکتب «حدیث»، «اجماع صحابه» و «قول صحابه» که موافق کتاب و سنت باشد، از جمله ادله تشریع قرار گرفته و به «قیاس»، مگر در موارد ضرورت، توجهی نشده است (ابن قیم-جوزیه، ۱۹۹۳: ۴۰-۳۶). اختلافات موجود در فقه نیز می‌تواند از شفافیت کاسته و باعث شود شهروندان نتوانند به طور روشن به تکلیف خود آگاهی داشته باشند هر چند اغلب قضات عربستان برای حل این مسئله به نظرات فقهای قرن ۱۴ هجری قمری مراجعه می‌کنند (Vogel, 2000: 9) البته اختلافات در میان این فقها نیز وجود دارد! با این وجود پایبندی به اصل قانون‌مندی مجازات در ماده ۳ این مقررات به صراحت بیان شده و اعمال مجازات را تنها در صورتی ارتکاب اعمال ممنوعه و قابل مجازات دانسته است ولی در پرتو ابهام اختلافات فقهی

این اصل نمی‌تواند آنچنان که شایسته است اعمال شود.

بدیهی است سیاست جنایی این کشور در مورد اینکه اگر رفتاری هم در شرع و هم قانون جرم نبود و شرع و قانون عربستان نسبت به آن سکوت کرده باشد تکلیف چیست؟ به نظر می‌رسد اینجا محل اعمال و اجرای اصل برائت می‌باشد. اگر چه این کشور با توجه به قانون آیین دادرسی کیفری سعی داشته خود را به مفاهیم حقوق بشری نزدیک کند و اصول متعددی را بیان و رعایت آن را الزامی کند ولی در خصوص برخی از اصول بنیادین مانند اصل برائت، منع محاکمه مجدد و حق سکوت دارای سکوت و دچار خلأ می‌باشد. (عالی پور و یکرنگی، پیشین، ۱۹) لازم به ذکر است بسیاری از قوانین این کشور مخالف اعلامیه جهانی حقوق بشر و بسیاری از کنوانسیون‌های بین‌المللی می‌باشد. بطوریکه حکومت سعودی اعلامیه جهانی حقوق بشر را خلاف اسلام می‌داند و تاکنون حاضر به امضای آن نشده است و کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل نیز مبنایی برای برخورد با موارد نقض حقوق بشر در این کشور ندارد.

امارات متحده عربی نیز همانند مصر، دین رسمی اتحادیه را اسلام و منبع اصلی برای قانونگذاری را شریعت اسلام معرفی کرده است. با توجه به فرایند وضع قوانین در این کشور طبق اصول ۱۱۰ الی ۱۱۵ و مطابق ماده یک قانون مجازات امارات نسبت به جرایم موجب حد، قصاص و دیه احکام شریعت اسلام جاری است و نسبت به جرایم موجب تعزیر احکام این قانون و سایر قوانین کیفری حاکم است. قانونگذار اماراتی پس از آنکه جرایم موجب حد و قصاص و دیه را از شمول مقررات قانون مجازات خارج نموده بدون آنکه جرایم موصوف را برشمارد، احکام مقرر در قانون موصوف را بر تعزیرات بار نموده است و در این مورد بطور ضمنی بر حاکمیت اصل قانونی بودن در تعزیرات صحه گذاشته و ظاهراً با این استدلال که جرایم موجب حد و قصاص و دیه بموجب احکام شرع مورد تجریم و عقاب قرار گرفته‌اند نیازی به تصریح در قانون موضوعه ندانسته است. با این توضیح به نظر می‌رسد کشور امارات در مجازات‌های حدی و قصاص و دیات قانون موضوعه ندارد تا بحث سکوت قانون در این زمینه قابل بررسی باشد.

نتیجه‌گیری

دقت نظر قانونگذار در اصل ۱۶۷ قانون اساسی در رسیدگی به دعاوی و الزام قضات به فصل خصومت و صدور رای، امری قابل ستایش می‌باشد، اما وسعت بهره‌گیری از مصادری چون منابع فقهی و فتاوی معتبر در موارد سکوت قانون و صدور احکام آن هم بدون حد و حصر مشخصی

تا حدودی جایگاه اصلی اصل فوق را در صدور احکام کیفری تحت الشعاع قرار داده است، اصل جایز نبودن امتناع از رسیدگی به دعاوی و احقاق حق، در صورتی در امور کیفری تجلی می‌یابد که مقنن قضات محاکم را ملزم به رسیدگی به دعاوی براساس معیار قانونی مشخص نماید و قاضی نیز بر اساس نصوص منجز و صریح رسیدگی نماید، نه اینکه دامنه این اصل به منابعی چون منابع فقهی و فتاوی معتبر گسترش یافته و در واقع در مقام اجرای اصل فوق، اصول کیفری دیگری چون اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها اصل برائت و اصل تفکیک قوا، دچار خدشه و تزلزل گردد. تصویب ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی در سال ۹۲ نیز به نحوی در مورد جرایم حدی، با وجود اختلافات فراوان بین دکترین، به این اشکال رسمیت داده است. اختیاری که این ماده همراه با اصل ۱۶۷ قانونی اساسی به قضات داده است، نتیجه‌اش این است که قاضی حداقل در جرایم حدی می‌تواند به هر نظری که در فقه بشرطی که معتبر باشد، متمایل باشد و مستندی برای گفته خود بیابد، عیب این امر فارغ از ایرادات پیش گفته، در بر هم زدن نظم حقوقی است. با توجه به این واقعیت و از آن جائیکه در کشور ما، بخش زیادی از حقوق موضوعه کیفری مبتنی بر فقه اسلام می‌باشد و بالطبع شیوه‌های دادرسی در محاکم و مراجع قضایی نیز کم و بیش در حول این مکتب دور می‌زند، ضرورت دارد که قضات و دادرسان نیز که در جریان کار خود با شیوه‌های دادرسی روبرو هستند از قضاء و آداب آن در اسلام اطلاعات کافی داشته باشند تا در صدور احکام مبتنی بر شرع مقدس اسلام دچار مشکل نگردند. در سایر کشورهای اسلامی نیز گاه‌گاه تعارضاتی دیده می‌شود. کشورهای اسلامی در این مورد به سه گروه قابل تقسیم می‌باشند. گروه اول مانند کشورهای مصر، بحرین که علیرغم اینکه منبع قانونگذاری خویش را صراحتاً در قانون اساسی شریعت اسلام دانسته‌اند اما قوانین کیفری این کشورها نه تنها منطبق با شریعت نیست بلکه به شکل عمده و قالب با موازین حقوق اسلامی نیز مغایرت دارد. کشورهای یاد شده در موارد سکوت قانون در مورد رفتار خلاف شرع نه تنها به شرع مراجعه- ای نداشته بلکه جرم‌انگاری و قوانین کیفری ایشان نیز منبعث از غرب می‌باشد. گروه دوم مانند ایران و افغانستان که نظام حقوقی افغانستان همانند ایران در مواد مختلف بر اصل قانونی بودن جرم و مجازات صحه گذاشته و از طرف دیگر با توجه به موادی این اصل را نقض کرده است. قانونگذار افغانستان در بعضی از مواقع و قضایای خاص که قانون سکوت کرده باشد و حکمی در قوانین موجود نباشد قاضی را به فقه ارجاع داده است همانند اصل ۱۳۱ و ۱۳۹ قانون اساسی و دسته سوم نظام حقوقی کشور عربستان، امارات متحده عربی و تا حدودی سودان جنوبی که

با سایر کشورهای اسلامی متفاوت است. کشور امارات متحده عربی نیز پس از آنکه جرایم موجب حد و قصاص و دیه را از شمول مقررات قانون مجازات خارج نموده بدون آنکه جرایم موصوف را برشمارد، احکام مقرر در قانون موصوف را بر تعزیرات بار نموده است و در این مورد بطور ضمنی بر حاکمیت اصل قانونی بودن در تعزیرات صحه گذاشته و ظاهراً با این استدلال که جرایم موجب حد و قصاص و دیه بموجب احکام شرع مورد تجریم و عقاب قرار گرفته‌اند نیازی به تصریح در قانون موضوعه ندانسته است. لذا به نظر می‌رسد کشور امارات در مجازات‌های حدی و قصاص و دیات قانون موضوعه ندارد تا بحث سکوت قانون در این زمینه قابل بررسی باشد. کشور عربستان، نه تنها فقه حنبلی را منبع قانونگذاری دانسته بلکه در تهیه قوانین کیفری و احوال شخصیه، کاملاً به شرع نظر داشته است. از منظر نظام حقوقی، نخستین پایه حقوق بشر که حاکمیت قانون است، در عربستان وجود ندارد. این کشور برعکس سایر هم‌پیمانان عربی و اسلامی خود، در حیطه قانونگذاری منطبق با شرع تا جایی پیش رفته است که اعلامیه جهانی حقوق بشر و بسیاری از عقاید دینی و مذهبی را نیز خلاف اسلام دانسته و با آن به مخالفت برخاسته است. بنابراین به نظر می‌رسد اکثر کشورهای اسلامی در سیاست جنایی تقنینی و قضایی خود دچار تعارضاتی چه در میان مواد قانونی و چه در قانون و در عمل هستند و در مورد سکوت قانون و جرم‌انگاری قضایی بجز کشورهایی که با وجود اسلامی بودن، قوانین شان متأثر از غرب است، موضع ثابت، مشخص و واحدی وجود ندارد.

منابع فارسی کتب

- آخوندی، دکتر محمود (۱۳۷۲)، *آئین دادرسی کیفری*، در کلیات و دعاوی ناشی از جرم، تهران، طبع و نشر، چاپ پنجم
- آیتو، جان (۱۳۸۶)، *فرهنگ ریشه شناسی انگلیسی*، ترجمه، حمید کاشانیان، تهران، نشر نو و نشر معین، چاپ اول
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۰)، *مقدمه عمومی علم حقوق*، تهران، کتاب خانه گنج دانش
- حجاریان، محمدحسن (۱۳۹۰)، *قانون مجازات جمهوری عربی مصر*، تهران، انتشارات طرح نوین اندیشه، چاپ اول
- خاموشی، سید مهدی (۱۳۸۵)، *بررسی فقهی و حقوقی اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها*، تهران، انتشارات امیر کبیر، چاپ اول
- دلماس مارتی، میری (۱۳۸۷)، *نظام های بزرگ سیاست جنایی*، جلد اول، ترجمه، علی حسین نجفی ابرند آبادی، تهران، نشر میزان، چاپ اول
- زراعت، عباس (۱۳۸۵)، *حقوق جزای اختصاصی تطبیقی اجرای علیه اشخاص*، تهران، ققنوس
- مدکس، رابرت (۱۳۹۲)، *قوانین اساسی کشورهای جهان*، ترجمه، سید مقداد ترابی، تهران، موسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، چاپ دوم

مقالات

- آقابابایی، حسین (۱۳۸۴)، *گفتمان فقهی و جرم انگاری در حوزه جرایم علیه امنیت ملت و دولت*، مجله فقه و حقوق پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، سال دوم، شماره ۵
- الهام غلامحسین، رضا زهروی (۱۳۹۶)، *بررسی تطبیقی چالش های ناشی از سکوت قانون در حقوق کیفری ایران و فقه امامیه*، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۸، شماره ۲
- حاجی ده آبادی، احمد (۱۳۹۵)، *حاکمیت یا عدم حاکمیت اصل ۱۶۷ ق.ا. در امور کیفری با نگاهی به قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲*، مجله پژوهش های فقهی، دوره ۱۲، شماره ۲
- حسن عالی پور، محمد یکرنگی (۱۳۹۷)، *نظام حقوقی و حقوق بشر در عربستان*، فصلنامه مطالعات راهبردی، سال بیستم، شماره اول
- خسروی، وحید (۱۳۹۷)، *بررسی حقوقی اصل ۱۶۷ قانون اساسی در راستای عدم استنکاف*

- قاضی از صدور رای، پژوهش‌های حقوقی قانون یار، دوره اول، شماره ۲
- رضا رنجبر، رحیم وکیل زاده (۱۳۸۹)، تاملی در مسئله سکوت شارع، پژوهشنامه فقه و حقوق اسلامی، سال سوم، شماره ششم
- زینالی، امیر حمزه (۱۳۸۸)، ارزیابی گستره مداخله قانونگذار کیفری ایران در حوزه آسیب و انحرافات اجتماعی، علوم اجتماعی رفاه اجتماعی، شماره ۳۴
- غفاری، هدی (۱۳۹۱)، نسبت میان حاکمیت شرع و حاکمیت قانون در نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران، پژوهشی در حقوق عمومی، شماره ۳۶
- عباسعلی کدخدایی، سید ابراهیم حسینی (۱۳۹۴)، نقش شریعت در نظام تقنین عربستان، فصلنامه حکومت اسلامی شماره ۷۴
- میربد، سید علیرضا (۱۳۹۶)، تاملی در رجوع به فقه در قلمرو حقوق کیفری با تاکید بر فلسفه قانونگذاری و قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در نظام حقوقی ایران، دین و قانون، شماره ۱۶
- موسوی، سید علی (۱۳۹۲)، اصل قانونی بودن حقوق جزا، میزان، سال سوم، شماره ششم، نیمسال دوم
- نریمان فاخری، حسام عباسی (۱۳۹۰)، بررسی مبانی جرم‌انگاری جرایم مانع در حوزه حقوق کیفری ایران، مجله حقوقی عدالت آراء، شماره ۱۵ و ۱۶

پایان نامه

- حمود جانکی، فیروز (۱۳۸۲)، اصول، مبانی و شیوه‌های جرم‌انگاری، پایان نامه دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران
- عامری، فائزه (۱۳۸۸)، مطالعه انتقادی اصل ۱۶۷ قانون اساسی: جایگاه قیاس در قضا، پایان نامه جهت اخذ در کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه علامه طباطبائی

منابع عربی

کتب

- الزبیدی، محمد مرتضی حسینی (۱۳۸۵)، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقیق عبد الستار احمد فراح، ج ۱، بیروت، دارالهدایة
- الزحیلی، وهبه (۱۴۱۸)، نظریة الضرورة الشرعیة مقارنة مع القانون الوضعی، دمشق، دار الفکر
- ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم (۱۴۰۸)، لسان العرب، ج ۱۱، ج ۱، بیروت، دار احیاء احیاء التراث العربی

- خیر حسب الرسول، الدكتور محمد (۲۰۰۱)، اثر القواعد الفقهية في التشريع و التقنين الحديث، في دراسات في الاجتهاد و التقنين، كلية الشريعة و القانون جامعة العلوم الاسلامية بماليزيا
- سمير عاليه (بی تا)، علم القانون و الفقه الاسلامی (نظریه القانون و المعاملات الشرعية، دراسة مقارنة

English Resources

- Vogel, F. E.(2000), **Islamic Law and the Legal System of Saudi: Studies of Saudi Arabia** (vol 8). Brill

قوانین

- قانون اساسی کویت (۱۳۹۱)، مترجم پورمسجدیان، فاطمه، معاونت حقوقی ریاست جمهور امور توافق های بین الملل، معاونت تدوین، تهران، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات
- قانون اساسی بحرین (۱۳۹۱)، مترجم پورمسجدیان، فاطمه، معاونت حقوقی ریاست جمهور امور توافق های بین الملل، معاونت تدوین، تهران، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات
- قانون اساسی امارات متحده عربی (۱۳۹۱)، مترجم پورمسجدیان، فاطمه، معاونت حقوقی ریاست جمهور امور توافق های بین الملل، معاونت تدوین، تهران، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات
- قانون اساسی افغانستان (۱۳۸۲/۱۱/۱۸)، مصوب لویه جرگه در ۱۴ جدی ۱۳۸۲، جریده رسمی شماره ی فوق العاده ۸۱۸
- قانون جزا افغانستان، مصوب ۱۳۵۵/۶/۳۰، جریده رسمی شماره ۳۴۷، به تاریخ ۱۳۵۶/۱/۳۰
- قانون العقوبات لدوله الإمارات العربیة المتحدة، رقم (۳) لسنة ۱۹۸۷م، وفقاً لآخر التعديلات بالقانون رقم (۳۴) لسنة ۲۰۰۵ م و بالقانون رقم (۵۲) لسنة ۲
- قانون العقوبات المصری (۱۹۳۷)، القانون رقم ۵۸