

تبیین و ایضاح هسته مشترکی از اصول حقوقی، جایگزین آن آرمان خیالی شود.^(۴)

1. مقدمه

متخصصان متعددی در خصوص تأسیس، عملکرد و رویه دیوان بین‌المللی کیفری بحث و بررسی نموده‌اند. یکی از پر مجادله‌ترین این مباحثات، مقوله اصول عام حقوقی‌ای است که دیوان در قضایای مختلف می‌تواند آن‌ها را به کار گیرد. در خلال مذاکره در خصوص اساسنامه رم، کشورهای اسلامی از موجودیت یک نهاد بین‌المللی قضایی کیفری حمایت نمودند. اما آن‌ها همچنین به دیده تردید به این امر نگرستند و به‌خاطر گزینش دیوان در اعمال اصول حقوق کیفری، در خصوص تصویب اساسنامه اظهار بی‌علاقگی و عدم تمایل نمودند.^(۵)

متخصصان عنوان داشته‌اند که در نگرستن به حقوق اسلامی تمایل چنین است که این حقوق را ایستا یا غیرپیشرفته به‌شمار آورند که اغلب اصول آن از متون دینی و مذهبی منبث شده است.^(۶)

غالب مباحثات تخصصی غربی، حقوق کیفری اسلام را در یک مرحله بدوی و اولیه مد نظر قرار می‌دهند بی‌آنکه این مقوله را عمیقاً دریابند. این امر به‌خاطر نبود متون انگلیسی در دسترس راجع به حقوق کیفری اسلامی قابل درک است و نیاز به پرشدن این خلأ شدیداً احساس می‌شود.^(۷) چنین استدلال شده است که مقایسه نظام حقوقی غرب با حقوق اسلام غیرممکن است چرا که تقریباً نظام حقوقی همه کشورهای اسلامی مبتنی بر اصول شریعت است و این امر باعث می‌شود که در مسیر گفت‌وگوی حقوق اسلامی و نهادهای بین‌المللی حقیقتاً پیشرفتی حاصل نشود.^(۸)

رسالت مقاله حاضر، پاسخ به این پرسش است که آیا دیوان بین‌المللی کیفری می‌تواند اصول حقوق بین‌الملل کیفری را از نظام حقوقی اسلام اقتباس کند. نیک پیداست که پرداختن به تمامی جنبه‌های حقوق اسلامی و موارد مشابه آن در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، امری غیرممکن است لذا حوزه بحث این مقاله به برخی از اصول بنیادین حقوق کیفری اسلامی و انطباق آن‌ها با اصول حقوق بین‌الملل کیفری یعنی اصول قانونی‌بودن، فرض بی‌گناهی، مفهوم قصد و ضوابطی که حقوق دانان مسلمان برای احراز قصد در قضایای قتل به کار می‌گیرند محدود می‌شود. سایر دفاعیات کلی، نظیر اجبار و اوامر مافوق نیز در این مقاله گنجانده شده است. برای نیل به این مقصود، بخش‌های دوم و سوم مقاله حاضر مبادرت به بررسی تفصیلی منابع حقوق اسلامی، طبقه‌بندی جرایم،

4. R. B. Schlesinger, *Research on the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, (1957) 51 AJIL 734, at 741.

5. J. C. Ochoa, *The Settlement of Disputes Concerning States Arising from the Application of the Statute of the International Criminal Court: Balancing Sovereignty and the Need for an Effective and Independent ICC*, (2007) 7 International Criminal Law Review 3.

6. M. J. Kelly, *Islam and International Criminal Law: A Brief (In) Compatibility Study*, (2010) Pace International Law Review Online Companion, available at <http://digitalcommons.pace.edu/pilronline/8>.

7. M. H. Kamali, *Legal Maxims and Other Genres of Literature in Islamic Jurisprudence*, (2006) 20 Arab Law Quarterly 77; G. Badr, *Islamic Law: Its Relationship to Other Legal Systems*, (1978) 26 American Journal of Comparative Law 187.

8. M. Zahraa, *Characteristic Features of Islamic Law: Perceptions and Misconceptions*, (2000) 15 Arab Law Quarterly 168; see also D. Westbrook, *Islamic International Law and Public International Law: Separate Expressions of World Order*, (1993) 33 Virg. JIL 819.

2-1. اجرای حقوق اسلامی در دولت‌های مسلمان در حال حاضر

جامعه اسلامی مدرن، به دولت - ملت‌های مستقل تقسیم شده است. امروز 57 دولت، عضو سازمان کنفرانس اسلامی هستند و این سازمان بعد از سازمان ملل متحد، دومین سازمان بین‌الدولی بزرگ محسوب می‌شود.^(۱۸) این سازمان مدعی است که صدای جمعی جهان اسلام است و در پی حراست و محافظت از منافع این جامعه می‌باشد.^(۱۹) به استثنای ایران، عراق، آذربایجان، بحرین و لبنان که اکثریت مردمان آن‌ها شیعه هستند، بیشتر دولتی که به سازمان کنفرانس اسلامی ملحق شده‌اند، اکثراً سنی هستند. قطع نظر از لبنان و سوریه تمامی دولت‌های عربی، اسلام را به‌عنوان دین کشور و منبع قوانین و مقررات محسوب می‌کنند.^(۲۰)

پروفسور بسیونی (Bassiouni) کشورهای مذکور را در سه گروه طبقه‌بندی نموده است. دسته نخست متشکل از دولت‌های سکولار است مانند ترکیه و تونس؛ که به‌رغم پیوند اخلاقی یا فرهنگی با اسلام، قوانین و مقررات خود را مطیع شریعت قرار نمی‌دهند. کشورهای دسته دوم نظیر عراق و مصر در قوانین اساسی خود اعلام داشته‌اند که قوانین و مقررات آن‌ها مطیع شریعت خواهد بود. بنابراین دادگاه‌های قوانین اساسی آن‌ها تصمیم می‌گیرند که آیا قانون مورد نظر، با شریعت منطبق است یا خیر. علاوه بر این برای حصول اطمینان از وجود این انطباق، دادگاه‌های قوانین اساسی، نحوه تفسیر و اعمال این قوانین و مقررات توسط محاکم ملی را بازبینی می‌کند.^(۲۱) دسته سوم دولت‌ها اعلام نموده‌اند که مستقیماً شریعت را به مرحله اجرا می‌گذارند. به‌زعم یکی از صاحب‌نظران، اکثریت دول مسلمان در بازه‌ای جای می‌گیرند که یک سوی آن عربستان سعودی «بنیادگرا» و در سوی دیگر آن ترکیه «سکولار» قرار دارد.^(۲۲) بیشتر دولت‌ها در تعیین اینکه کدام دسته از قواعد شریعت در قوانین ملی آن‌ها به‌کار گرفته شود، گزینشی عمل کرده‌اند.^(۲۳) در نتیجه استعمار و اقتباس از مجموعه قوانین غربی، در قرون نوزدهم و بیستم، شریعت از حقوق کیفری برخی از کشورهای مسلمان، رخت برست؛ لیکن این امر در سالیان اخیر با به‌رسمیت‌شناختن مجدد شریعت به‌جای مجموعه قوانین کیفری غربی در کشورهایی همچون

(2005) 10 JCSL 321; M. A. Boisard, *On the Probable Influence of Islam on Western Public and International Law*, (1980) 11 International Journal of Middle East Studies 429.

18. این تعداد شامل فلسطین نیز می‌شود که هنوز مطابق حقوق بین‌الملل به‌عنوان دولت محسوب نشده است. برای اطلاعات بیشتر در خصوص سازمان کنفرانس اسلامی، ن.ک: www.oic-oci.org/page_detail.asp?p_id=52.

19. در سال 2004، سازمان کنفرانس اسلامی به‌نیابت از دولت‌های مسلمان، لایحه‌ای را در خصوص اصلاحات پیشنهادی شورای امنیت سازمان ملل متحد تسلیم نمود مبنی بر اینکه «هر پیشنهاد اصلاحی که در خصوص [ساختار] گسترده و بسط‌یافته شورای امنیت مطرح شود و در آن، به‌طور تمام و کمال، نمایندگی امت اسلامی در هر گروه از اعضا نادیده گرفته شود، مورد پذیرش کشورهای اسلامی نخواهد بود». ن.ک:

UN Doc. A/59/425/S/2004/808 (11 October 2004), para. 56, quoted in M. A. Baderin (ed.), *International Law and Islamic Law* (2008), xv.

20. C. B. Lombardi, *Islamic Law as a Source of Constitutional Law in Egypt: The Constitutionalization of the Shari'a in a Modern Arab State*, (1998) 37 Col. JTL 81.

21. M. C. Bassiouni, *The Shari'a and Post-Conflict Justice* (2010), 15 (on file with the author).

22. J. Esoisutim, *Contemporary Islam: Reformation or Revolution?*, in J. Esposito (ed.), *The Oxford History of Islam* (1999), 643.

23. H. Hamoudi, *The Death of Islamic Law*, (2009) 38 Georgia JICL 316, at 325.

منبع اصلی حقوق اسلامی و ریشه و سرچشمه کلیه منابع دیگر به شمار می‌رود.^(۳۳) اما قرآن با متن یک کتاب حقوقی فاصله زیادی دارد و بیشتر، کتابی است که تمامی جنبه‌های زندگی آحاد مسلمانان را هدایت و ارشاد می‌کند: «این قرآن عظیم را فرستادیم تا حقیقت هر چیز را روشن کند و برای مسلمین، هدایت و رحمت و بشارت باشد» (قرآن، 16:89).

قرآن بالغ بر 6000 آیه دارد.^(۳۵) حقوق‌دانان در خصوص تعداد آیاتی که موضوعشان حقوقی است اختلاف نظر دارند چرا که برای تعیین اینکه منظور از آیه حقوقی چیست از شیوه‌های مختلفی استفاده می‌کنند. دامنه برآوردها، از 80 آیه تا بیش از 800 آیه را شامل می‌شود.^(۳۶) آیات حقوقی در سوره‌های مجزا جمع‌آوری نشده است بلکه چه‌بسا در کنار آیاتی که پیرامون اعتقادات، رفتار کلی، ماهیت هستی یا تاریخچه پیشینیان است بتوان آیات حقوقی را نیز یافت نمود. یک حکم الهی خاص ممکن است در موقعیت‌ها و به اشکال مختلف عنوان شده باشد تا در عین حال که قاعده به انسان گوشزد می‌شود، فهم و درک انسان مؤمن، تعمیق و گسترش یابد.^(۳۷) قرآن، یک کل به هم منسجم و غیرقابل انفکاک به شمار می‌رود و کتاب راهنمایی است که باید به‌طور تمام و کمال مورد پذیرش و تبعیت قرار گیرد.^(۳۸) قرآن در طول دوره‌ای 23 ساله با وحی چند آیه در هر دفعه نازل گردیده که با رحلت حضرت محمد (ص) در سال 623 هجری قمری خاتمه یافته است. برای درک درست قوانین آن باید سنت و همچنین اوضاع و احوال و بستر زمان وحی را نیز مد نظر قرار داد.

2-2-2. سنت

مطابق برداشت مشترک مسلمانان، دومین منبع حقوق اسلامی، سخنان و روایه حضرت محمد (ص) یا سنت است که در احادیث گردآوری شده است.^(۳۹) در حالی که عقیده بر این است که قرآن، وحی آشکار است - یعنی دقیقاً همان الفاظ خداوند است که به واسطه فرشته جبرئیل به حضرت محمد (ص) منتقل شده - سنت در طبقه وحی باطنی جای می‌گیرد که عقیده بر این است که خداوند الهام‌بخش حضرت محمد (ص) بوده و ایشان مفاهیم را با الفاظ خاص خودشان منتقل نموده‌اند.^(۴۰) سنت به‌عنوان منبع، تکمیل‌کننده قرآن است تا خواست الهی استنباط شود؛ امری که صراحتاً در خود قرآن نیز

33. Alarefi, *supra* note 26, at 709-10.

34. M. S. El-Awa, *Approaches to Shari'a: A Response to N. J. Coulson's A History of Islamic Law*, (1991) 2 *Journal of Islamic Studies* 143, at 146.

35. 6239 verses (Bassiouni, *supra* note 18); 6235 verses (Kamali, *supra* note 8); 6666 (I. Abdal-Haqq, *Islamic Law: An Overview of Its Origin and Elements*, (2002) 7 *Islamic Law and Culture* 27).

36. تعداد آیات حقوقی به‌زعم کولسون (Coulson)، 80 آیه است (ن.ک: پاورقی 57)؛ به عقیده بسیونی، 120 تعداد آیات حقوقی است (ن.ک: پاورقی 18)؛ کمالی این تعداد را 350 آیه می‌داند (ن.ک: پاورقی 8)؛ به‌زعم غزالی، این تعداد، 500 و به‌زعم ابن عربی، 800 آیه است؛ در حالی که به باور شوقانی، هر گونه محاسبه صرفاً برآورد و تخمینی غیردقیق و تقریبی است.

37. El-Awa, *supra* note 31, at 146.

38. Kamali, *supra* note 8, at 22.

39. El-Awa, *supra* note 31, at 153.

40. Kamali, *supra* note 8, at 18.

بدان تصریح شده است: «و شما آن چه رسول حق دستور دهد فراگیرید و هر چه نهی کند واگذارید» (قرآن، 7:59). قرآن به حضرت محمد (ص) اجازه داده که در واکنش به پیشرفت‌های جامعه مسلمانان مبادرت به اتخاذ تصمیمات حقوقی نماید و وظیفه توضیح احکام قرآن را به ایشان تفویض نموده است:^(۴۱)

«بدانچه خدا به تو فرستاده، میان مردم حکم کن و پیرو خواهش‌های واهی آنان مباش». قرآن (49:5)؛ «نه چنین است، قسم به خدای تو که اینان به حقیقت اهل ایمان نمی‌شوند مگر آنکه در خصومت و نزاعشان تنها تو را حاکم کنند و آن‌گاه به هر حکمی که کنی، هیچ‌گونه اعتراضی در دل نداشته و کاملاً از دل و جان تسلیم فرمان تو باشند». (قرآن، 4:65)

3.2.2. فقه

زمانی که مسئله‌ای نه در قرآن و نه در سنت عنوان نشده باشد، پیامبر دستور داده‌اند برای تحصیل یک حکم باید از استدلال منطقی استفاده شود.^(۴۲) پیامبر در زمان انتصاب قاضی برای یمن، از وی پرسیدند:

بر چه مبنایی باید قضاوت کنی؟ وی در جواب گفت: بر اساس کتاب خدا. و اگر چیزی در آن نیافتی؟ بر اساس سنت پیامبر خدا. و اگر چیزی در آن نیافتی؟ پس آن‌گاه خودم می‌کوشم تا قضاوت خاص خود را شکل دهم. [پیامبر پاسخ دادند] حمد و سپاس از آن خدایی است که قاصد پیامبرش را نسبت به آنچه پیامبر را خشنود می‌سازد هدایت فرموده.^(۴۳)

استدلال فرد به منظور احراز مسئله حقوقی، اجتهاد خوانده می‌شود و اساس و جوهر اصول فقه به شمار می‌رود. اصول فقه، شیوه‌ای حقوقی است که منابع حقوقی، تعاملات، تفاسیر و به‌کارگیری آن‌ها را از حیث تقدم و تأخر رده‌بندی می‌کند.^(۴۴) ثمره این روش، فقه است که به لحاظ اصطلاحی به معنای درک و دانش انسان در مسیر استنتاج و اعمال دستور شریعت در قضایای واقعی یا فرضی است.^(۴۵) از این رو فقه، واجد همان اقتداری نیست که شریعت برخوردار است و تابع رویکردهای مختلف تخصصی و روشی سنی و شیعه قرار می‌گیرد.^(۴۶)

در دوران شکل‌گیری حقوق اسلامی، علم اصول فقه به‌عنوان یک شاخه مجزا از تلاش‌های فکری هنوز موجود نبود و هنوز برای منابع، سلسله‌مراتب معینی در نظر گرفته نشده بود.^(۴۷) به هر تقدیر، متعاقباً تقریباً در گستره جهانی این امر به رسمیت شناخته شد که قرآن بر سنت تفوق دارد و در مرتبه پایین‌تر، دو دلیل عمده حقوقی قرار دارد که از مجرای قدرت استدلال انسان به دست می‌آید یعنی اجماع و قیاس.

1.3.2.2. حصول وفاق عام از طریق استدلال جمعی (اجماع). زمانی که قرآن و سنت، پاسخی برای یک

41. El-Awa, *supra* note 31, at 147.

42. Abdal-Haqq, *supra* note 32, at 35.

43. S. Rammadan, *Islamic Law: Its Scope and Equity* (1970), 75.

44. M. H. Kamali, *Principles of Islamic Jurisprudence* (2006), 469.

45. Kamali, *supra* note 8, at 40-1.

46. Bassiouni, *supra* note 18, at 10.

47. J. E. Brockopp, *Competing Theories of Authority in Early Maliki Texts*, in B. G. Weiss (ed.), *Studies in Islamic Legal Theories* (2002), 3.

مسئله ندارند، کارشناسان متبحر حقوقی باید در مورد یک نظر به وفاق عام (اجماع) نائل آیند. این رویه از طریق همراهان (صحابه) پیامبر ایجاد شده است.^(۴۸) اجماع، دلیل عقلانی شریعت است و به خاطر ماهیت الزام آور آن، مستلزم آن است که وفاق عام، قطعی و فراگیر باشد؛ اما در عمل در غالب موارد، ادعا بر این است که صرفاً بر اساس وفاق عام اکثریت، حکم داده می‌شود.^(۴۹)

2-3-2-2. استنتاج منطقی از طریق استدلال فردی (قیاس).^(۵۰) قیاس، بسط و تعمیم ارزش یا حکم قضیه اولیه و اصلی به قضیه جدیدی است که در قرآن، سنت یا اجماع محرز پیدا نمی‌شود و دلیل این امر آن است که علت مؤثر قضیه جدید همانند قضیه اولیه است.^(۵۱) یک نمونه از قیاس، تعمیم حرمت شراب به حرمت هرگونه دارویی است که موجب مستی می‌شود چرا که حرمت مورد اخیر، مقصود و هدف مؤثر حرمت اصلی است.^(۵۲) سایر شیوه‌ها شامل *استحسان* (انصاف در حقوق اسلامی)، *مصلح مرسله* (مد نظر قراردادن منافع عمومی)، *عرف* (عادات و رسوم)، *استصحاب* (پیش فرض تداوم) و *اجتهاد* (استدلال فردی) است.^(۵۳)

3-2. طبقه‌بندی جرایم در حقوق کیفری اسلامی

در حقوق اسلامی، جرایم به سه قسم تقسیم می‌شود؛ آن‌هم بر مبنای ضوابط پیچیده‌ای که شدت مجازات حکم‌شده، روش و شیوه به کارگرفته شده در احراز مجرمیت و مجازات نمودن و ماهیت منافی را که بر اثر عمل ممنوعه تحت تأثیر قرار گرفته، در هم تلفیق نموده‌اند [تقسیم‌بندی جرایم و تعیین نوع جرم ارتکاب یافته، با تلفیق این ضوابط سه‌گانه صورت می‌پذیرد].^(۵۴)

اولین گروه جرایم، حدود است. این دسته از جرایم از سوی جامعه مجازات می‌شود و از طریق مجازات‌های معینی که در قرآن و سنت مقرر شده، قابل کیفر است.^(۵۵) هم جرم و هم مجازات دقیقاً تعیین شده و بسته به قصد متهم و کیفیت ادله، قدری دست قاضی (همراه با قدری انعطاف‌پذیری) باز است.^(۵۶) عمدتاً هفت جرم در دسته حدود مورد شناسایی قرار گرفته است: *ارتداد* (ترک مذهب یا عقیده)، *بغی* (تجاوز و تخطی)، *سرقه* (ربایش)،

48. Abdal-Haqq, *supra* note 32, at 55.

49. *Ibid.*, at 228-9.

50. Refutations of the validity of qiyas are to be found in Imami Shi'i collections of reports, all available Shi'i works of *u- su- l al-fiqh*, polemics against Sunni thought and not infrequently in works of *furu al-fiqh*: R. M. Gleave, *Imami Shi'i Refutations of Qiyas*, in Weiss, *supra* note 44, at 267.

51. Kamali, *supra* note 41, at 264.

علما (حقوق دانان مسلمان) اتفاق نظر دارند که قرآن و سنت تشکیل دهنده منابع قضیه اولیه است ولی در خصوص اینکه آیا اجماع، منبع معتبری برای قیاس به شمار می‌رود یا خیر، مخالفت‌هایی وجود دارد. ن.ک:

Kamali, *ibid.*, at 268.

52. *Ibid.*, at 267.

53. *Ibid.*

54. S. Nagaty, *The Theory of Crime and Criminal Responsibility in Islamic Law: Shari'a* (1991), 50.

55. A. Mansour, *Hudud Crimes*, in M. C. Bassiouni (ed.), *The Islamic Criminal Justice System* (1982), 195.

56. Kamali, *supra* note 8, at 161.

محاربه (راهزنی)، زنا (رابطه جنسی غیرمشروع)، قذف (تهمت زدن)، شرب خمر (نوشیدن الکل).^(۵۷) چنین استدلال شده است که این موارد حساس‌ترین حوزه‌های حیات جمعی را تحت شمول قرار می‌دهد (به ترتیب اولویت: دین، حیات، خانواده، عقل، دارایی)^(۵۸) و تعهد جمعی باید نسبت به این ارزش‌ها در شکل و شمایل حقوقی واکنش نشان دهد.^(۵۹) در این دسته از تخلفات، انگاره تعهد انسان به خداوند بیش از تعهد انسان نسبت به انسان‌های هم‌شأن او که در تسلط هستند، مد نظر می‌باشد.^(۶۰) حق خداوند برای اجرای حدود از آن دولت است.^(۶۱)

در خصوص اینکه چه جرایمی باید به‌عنوان حدود تلقی شود، اختلاف نظر وجود دارد. در فقه مالکی، حدود شامل دو مجموعه مختلف از جرایم می‌شود. به‌زعم ماوردی (فقه شافعی) حدود شامل چهار جرم است: زنا، سرقت، مستی و قذف؛ حال آنکه ابن‌رشد و غزالی (فقه شافعی) مدعی آن‌اند که حدود شامل هفت مورد می‌شود: ترک مذهب یا عقیده، شورش و طغیان، زنا، سرقت، راهزنی، مستی و قذف.^(۶۲)

دسته دوم شامل جرایم مستوجب قصاص و دیات می‌شود. در حقوق اسلامی، مجازات حکم‌شده برای قتل و ایراد آسیب، قصاص نامیده می‌شود که به معنی واردآوردن آسیب به مجرم، درست به‌اندازه آسیبی است که وی بر قربانی خود وارد آورد.^(۶۳) حق مطالبه مجازات یا غرامت در دست قربانی یا در موارد قتل وی، در دست خویشاوندان نزدیک قربانی است. در مواردی وجود رابطه قرابت میان مجنی‌علیه و مباشر جرم، مانع از اعمال قصاص می‌شود.^(۶۴) جرایم مستوجب قصاص و دیات در دو دسته جای می‌گیرند: قتل نفس و ضرب و جرح.^(۶۵) بنابراین در حقوق اسلامی با این دسته از جرایم به‌عنوان جرایم خصوصی، نه جرایم عمومی، برخورد می‌شود.^(۶۶) سومین دسته از جرایم در حقوق اسلامی، جرایم تعزیر خوانده می‌شود. این دسته از جرایم به‌وسیله مجازات‌هایی که به صلاحدید حاکم یا قاضی واگذار شده، قابل کیفر است. این جرایم به‌طور خاص در قرآن و سنت مورد اشاره قرار نگرفته است بلکه هر عملی که انتفاع خصوصی یا جمعی از نظم عمومی را پایمال سازد می‌تواند موضوع تعزیر قرار گیرد.^(۶۷) وضع مقرراتی برای جرم‌انگاری رفتارهایی از این دست، جزء وظایف مقامات عمومی به شمار می‌رود. به هر تقدیر این مقررات باید ملهم از شریعت باشد.^(۶۸) یکی از مصادیق جرم تعزیری، قاچاق انسان‌هاست. این امر در قرآن یا سنت تعیین نشده اما نقض آشکار حق امنیت شخصی یعنی یکی از پنج

57. M. C. Bassiouni, *Crimes and the Criminal Process*, (1997) 12 *Arab Law Quarterly* 269.

58. I. A. K. Nyazee, *General Principles of Criminal Law: Islamic and Western* (2000), 28.

59. El-Awa, *supra* note 31, at 157.

60. N. J. Coulson, *A History of Islamic Law* (1964), 124.

61. Nyazee, *supra* note 55, at 18.

62. B. Al-Muhairi, *The Islamisation of Laws in the UAE: The Case of the Penal Code*, (1996) 11 *Arab Law Quarterly* 363.

63. Rules establishing the next of kin vary according to different schools; see Peters, *supra* note 21, at 45.

64. *Ibid.*, at 48.

65. M. C. Bassiouni, *Qesas Crimes*, in Bassiouni, *supra* note 52, at 203.

66. Coulson, *supra* note 57, at 124.

67. G. Benmelha, *Ta'azir Crimes*, in Bassiouni, *supra* note 52, at 213.

68. *Ibid.*, at 213.

ضروریات اسلام به شمار می‌رود.^(۶۹) تعزیر در سه مورد به کار می‌رود:

1. اعمال مجرمانه‌ای که از حیث ماهیت باید با کیفه‌هایی که با حدود مرتبط است مجازات شود، برای مثال شروع به زنا، زندگی مشترک زن و مرد به نحو غیرقانونی یا سرقت ساده؛
2. اعمال مجرمانه‌ای که به طور معمول از طریق حدود مجازات می‌شود اما به دلیل شبهه، دلایل شکلی یا به خاطر وضعیت فرد متهم، تعزیر جای حدود را می‌گیرد؛
3. تمامی افعالی که بر طبق مقررات قانونی، به وسیله حدود قابل مجازات نیست.^(۷۰)

4-2. مکاتب حقوقی پیشگام (مذهب)

عالمانی که نظرات یک مرجع اولیه را دنبال می‌کردند خود را به عنوان پیروان همان مکتب به شمار می‌آورند. با شروع بحث و مباحثه در مورد مسائل حقوقی توسط افرادی که قرآن را فراگرفته بودند و همچنین بر اثر نقش معلم، علاقه اولیه به حقوق نیز زیاد شد.^(۷۱) در بادی امر، دانشجویان به ندرت خود را به یک معلم محدود می‌کردند و تازه از نیمه دوم قرن نوزدهم بود که حقوق دانان به طور معمول دکترین واحدی را اقتباس نمودند.^(۷۲) زمانی که حقوق دانان برجسته^(۷۳)، پیروان وفاداری پیدا کردند که فقط نظریات آن‌ها را در محاکم حقوقی به کار می‌بستند، آنچه تحت عنوان «مکاتب فردی» از آن یاد می‌شود، پدیدار شد و تنها اندکی از این رهبران به درجه‌ای نائل آمدند که بنیان‌گذار «مکتب نظری» شوند. این امر در حقوق اسلامی تحت عنوان مذهب مورد اشاره قرار می‌گیرد.^(۷۴) بعد از آنکه مکاتب فردی پدیدار شد، مکاتب نظری صرفاً به نظرات فردی یک حقوق دان واحد محدود نماند بلکه یک دکترین جمعی به وجود آمد که در آن نظریات حقوق دانان پیشگام در بهترین حالت، تنها به عنوان سرآمد همتایانشان محسوب می‌شد.^(۷۵)

چهار مکتب سنی عبارت‌اند از حنفی (که به نام امام ابوحنیفه نام‌گذاری شده)، مالکی (که به نام امام مالکی نام‌گذاری شده)، شافعی (که به نام امام شافعی نام‌گذاری شده) و حنبلی (که به نام امام حنبل نام‌گذاری شده است). از میان این مکاتب، مکتب حنفی به لحاظ جغرافیایی از همه فراگیرتر بوده و عمدتاً در طول تاریخ اسلام از حیث سیاسی از سایرین قدرتمندتر به شمار می‌رفته است. مکاتب شیعه عبارت‌اند از اثنا عشری، اسماعیلی و زیدیه.^(۷۶) از میان این مکاتب، اثنا عشری‌ها از همه معروف‌ترند و در ایران و عراق، بیشترین درصد را به خود اختصاص داده‌اند.^(۷۷)

69. UNDOC, Combating Trafficking in Persons in Accordance with the Principles of Islamic Law, 45, available at www.unodc.org/documents/human-trafficking/islamic_law_tip_e_ebook_18_march_2010_v0985841.pdf.

70. Benmelha, *supra* note 64, at 213-14.

71. W. B. Hallaq, *The Origins and Evolution of Islamic Law* (2005), 153.

72. *Ibid.*

73. *Ibid.* Those jurists are Abu Hanifa, Ibn Abi Layla, Abu Yusuf, Shaybani, Malik, Awza'i, Thawri, and Shafi'i.

74. *Ibid.*, at 157.

75. *Ibid.*, at 156.

76. *Ibid.*

77. Bassiouni, *supra* note 18.

یافتن توافق عام در میان مکاتب مختلف و مکاتب فرعی کاری دشوار است اما می‌توان نمونه‌هایی از اجماع را در میان چهار مکتب سنی و در میان سه مکتب شیعه پیدا نمود. اختلاف در به‌کارگیری قواعد تفسیر قرآن، یکی از مؤلفه‌های بنیادینی است که این مذاهب را از یکدیگر مجزا می‌سازد.^(۷۸) در اینکه قرآن، اولین منبع شریعت به شمار می‌رود و پس از آن، سنت، دومین منبع است، هیچ‌گونه تردیدی نیست اما مذاهب مختلف در خصوص سلسله‌مراتب سایر منابع حقوقی اختلاف نظر دارند.

برای ایجاد شفافیت حقوقی بیش‌تر، حاکمان مستقیماً می‌توانند به قضات منصوب خود دستور دهند که از یک مکتب پیروی نمایند.^(۷۹) این رویه سلاطین عثمانی بود، حال آنکه پادشاهان سعودی برای تصمیم‌گیری در مورد قضایا، دست قاضی را در انتخاب مذهب و نظریات کاملاً باز می‌گذاشتند. بنابراین عالمان مذهبی عضو محاکم، شدیداً احساس استقلال می‌کردند چرا که حوزه فقه را در اختیار خود دانسته و بر این باور بودند که دولت نباید در این حوزه مداخله نماید.^(۸۰)

امروزه درحالی‌که برداشت عمومی در بین جمهوری‌های اسلامی آن است که حقوق می‌بایست با شریعت منطبق باشد، انطباق مقررات با تمام مجموعه حقوق اسلامی، من جمله فقه و نظرات یک مکتب حقوق اسلامی خاص، همواره مورد تصریح قرار نگرفته است.^(۸۱) مصداق این امر را می‌توان از قانون اساسی جمهوری اسلامی پاکستان استخراج نمود که مقرر می‌دارد که «تمامی قوانین موجود باید با دستورهای اسلام به‌نحوی که در قرآن کریم و سنت وضع گردیده، انطباق داشته باشد». قانون اساسی افغانستان نیز به‌نحو مشابه اعلام می‌دارد که «هیچ قانونی نباید با دین مقدس اسلام در تعارض باشد» اما در ماده ۱۳۰، به‌کارگیری فقه حنفی تنها به مواردی محدود شده که «در قانون اساسی یا سایر قوانین، هیچ مقرره‌ای در خصوص حکم یک مسئله وجود نداشته باشد». در نقطه مقابل در عربستان سعودی، قواعد حقوقی حنبلی قوانین پادشاهی را تشکیل می‌دهد.^(۸۲) در ایران، قانون اساسی مقرر می‌دارد که قوانین و مقررات باید بر مبنای ضوابط اسلامی باشد که در عمل شامل شریعت، فقه، فتوا و نظریات فقه جعفری اسلام می‌شود.^(۸۳)

3. قواعد کلی حقوق اسلامی (قواعد فقه)

در حقوق بین‌الملل عمومی، «قواعد کلی حقوقی» مترادف «اصول کلی حقوقی» به شمار می‌رود.^(۸۴) به‌نحو مشابه

78. Rahim, *supra* note 24, at 73–110.

79. Peters, *supra* note 21, at 6.

80. همان. به هر تقدیر قضات سعودی به‌عنوان یک قاعده از فقه حنبلی تبعیت می‌نمایند.

81. R. Moshtaghi, *Max Planck Manual on Afghan Constitutional Law*, Vol. I, *Structure and Principles of the State* (2009), at 31.

82. S. Mahmoudi, *The Sharia in the New Afghan Constitution: Contradiction or Compliment?*, (2004), 868, available at: www.mpil.de/shared/data/pdf/mahmoudi_the_shari%27a_in_the_new_afghan_constitution_contradiction_or_compliment.pdf.

83. *Ibid.*, at 871.

84. As noted by the English jurist Lord Phillimore in the *Proceedings of the Advisory Committee of Jurists*, 16 June–24 July 1920, in *Proces-verbaux*, 335, quoted in F. F. Jalet, *The Quest for the General Principles of Law*

در آداب و رسوم حقوقی غرب نیز قواعد کلی در فرایند قضاوت، نقش حساسی ایفا می‌کند. در خصوص اهمیت و نقش اصول کلی حقوقی در حقوق غربی می‌توان گفت: «یک اصل کلی، حقیقتی راه‌گشاست که به خاطر اینکه شأن و مقامش، از همه والاترست و نسبت به سایرین بیشتر مورد وثوق است و نظر به اینکه از منظر جهانی از سوی همگان مورد پذیرش قرار گرفته، این عنوان به آن اطلاق می‌شود».^(۸۵) برای مثال در زمان کُک^(۸۶) (Coke) این قاعده کلی که «یک عمل، موجب گناهکاری یک فرد نمی‌شود مگر آنکه قصد و نیت وی گناهکارانه باشد»^(۸۷) کاملاً با حقوق کامن‌لا عجین شده بود.^(۸۸)

«قواعد کلی حقوقی» (قواعد فقه) اصطلاحی است که در مورد دانشی خاص در فقه اسلامی به‌کار گرفته می‌شود. قواعد کلی حقوق اسلامی، مشابه نسخه‌های مشابه غربی خود، از حیث شکلی نظریه‌ای انتزاعی است که به‌طور معمول در قالب عبارات وصفی کوتاه ظاهر می‌شود. این عبارات بیانگر ماهیت و منابع حقوق اسلامی به‌شمار می‌رود و برای قضایی که تحت‌الشمول موضوع آن‌ها قرار می‌گیرد، متضمن قواعدی کلی است.^(۸۹) قواعد فقه با اصول فقه (ریشه‌ها و منابع فقه اسلامی) متفاوت است، به‌این‌ترتیب که قواعد کلی بر خود فقه مبتنی شده و بیانگر اصول و قواعدی است که از مطالعه قواعد جزئی فقه در خصوص موضوعات مختلف استخراج گشته است.^(۹۰) یکی از عمده وظایف قواعد کلی حقوق اسلامی آن است که تصویری کلی از آرمان‌ها و اهداف حقوق اسلامی ترسیم نماید (مقاصد شریعت).^(۹۱) امروزه قواعد کلی حقوقی «برای هر حقوق‌دان و قاضی اسلامی به شرط لازمی مبدل شده که از طریق آن، برخی از قواعد در مرتبه بالاتری جای می‌گیرد تا رأی صادر و قضاوتی معتبر انجام گردد».^(۹۲) همان‌گونه که امام قزاقی (متوفی 684 هجری قمری) اذعان داشته است:

این قواعد کلی در فقه اسلامی حائز اهمیت است ... از رهگذر آن، اعتبار حقوق‌دان، مورد سنجش قرار می‌گیرد. از طریق آن‌ها، مزیت فقه به منصف ظهور می‌رسد و معرفی می‌شود. از طریق آن‌ها، شیوه فتوا (رأی یا نظر حقوقی) به وضوح درک می‌شود ... هر کس فقه را از طریق قواعد کلی آن فراگیرد نیازی به حفظ بیشتر

Recognized by Civilized Nations: A Study, (1963) 10 *University of California, Los Angeles Law Review* 1041, at 1046.

85. J. Early and C. Walsh, *Jowitt's Dictionary of English Law*, Vol. 2 (1977), at 1164, quoted in L. Zakariyah, *Applications of Legal Maxims in Islamic Criminal Law with Special Reference to Shari'ah Law in Northern Nigeria (1999–2007)*, D. Phil. Thesis, University of Wales, 2009.

86. See E. Coke, *The Third Part of the Institutes of the Laws of England* (1817), 6; the Latin maxim appears in Coke's *Third Institute*, Chapter 1 ('High Treason').

87. *actus non facit reum nisi mens sit rea*: عنصر مادی به‌تنهایی موجب جرم نیست بلکه باید عنصر روانی نیز با آن همراه باشد.

88. Stephen admits that he does not know where Coke quotes it from; see J. F. Stephen, *A History of the Criminal Law of England* (1883), 94; Pollock and Maitland traced it correctly back to St Augustine, where the maxim reads '*Reum non facit nisi mens rea*' and certainly contained no reference to an *actus*; F. Pollock and W. Maitland, *The History of English Law before the Time of Edward I* (1923), 476.

89. M. A. al-Zarqa, *al-Madkhal al-Fiqhi al-'Amm*, Vol. II (1983), 933.

90. Kamali, *supra* note 8, at 143.

91. Kamali, *supra* note 4, at 78.

92. Zakariyah, *supra* note 82, at 58–9.

بخش‌های فقه نخواهد داشت چرا که این موارد، تحت شمول قواعد کلی عام جای می‌گیرد.^(۹۳)

قضات در مواجهه با هر مسئله چالش‌برانگیزی برای آنکه عمده نظریات حقوق اسلامی را درک نمایند از کمک قواعد کلی حقوقی استفاده می‌نمایند. برای مثال، این قاعده کلی حقوقی اسلامی که به قضات دستور می‌دهد که در موارد شبهه در خصوص قلمروی حقوق یا کفایت دلایل، از حکم نمودن حدود و سایر مجازات‌ها اجتناب نمایند،^(۹۴) در غالب موارد توسط قضات دیوان عالی ابوظبی امارات متحده عربی مورد استناد و اجرا قرار می‌گیرد.^(۹۵) عنوان شده است که «علاوه بر این، عالمان، قضات و حقوق‌دانان مسلمان از این طریق این امکان را می‌یابند که قضاوت‌های حقوقی معقول و منصفانه‌ای داشته باشند».^(۹۶)

تعیین زمان دقیقی که قواعد فقه به‌عنوان شاخه مجزایی از اصول فقه پا به عرصه وجود گذاشته، دشوار است. به این حد کفایت می‌کنیم که قواعد فقه سه مرحله پیشرفت را پشت سر گذاشته است.^(۹۷) سابقه مرحله نخست را می‌توان به قرن هفتم (610-632) به عقب برگرداند که پیامبر اسلام از موهبت استفاده از عبارات دقیق و در عین حال جامع و مانع برخوردار بود (جوامع‌الکلام).^(۹۸) به‌رغم آنکه اصطلاح قواعد (جمع قاعده) به‌صراحت در سخنان پیامبر مورد اشاره قرار نگرفته، احادیث نبوی مملو از اصطلاحات و عبارات قواعد فقه است. برای مثال حدیث لاضرر و لاضرار («باشد که نه ضرری وارد نشود و نه تلافی»)، انما‌الاعمال بالنیات («اعمال بر حسب نیات نهفته در آن ارزیابی می‌شود»)، و البینه علی‌المدعی و الیمین علی من انکر («بار اثبات بر عهده خواهان است و سوگند به عهده کسی است که انکار می‌کند») تنها تعدادی از احادیث نبوی است که به‌عنوان اصول کلی حقوقی اسلامی ظاهر شده است.

مرحله دوم که قواعد فقه در آن شروع به اشتها نمود، اواسط قرن چهارم هجرت (قرن نهم پس از میلاد مسیح) و پس از زمانی بود که ایده تقلید پدیدار شد و روحیه استدلال فردی (اجتهاد)^(۹۹) در آستانه منسوخ‌شدن قرار گرفت.^(۱۰۰) در این مرحله، قواعد کلی حقوقی به‌عنوان موضوع مجزایی از اصول فقه مورد شناسایی قرار گرفت.^(۱۰۱) اولین فعالیت ملموس در خصوص قواعد کلی حقوق اسلامی (یعنی اصول کرخی) توسط حقوق‌دان حنفی، ابن حسن کرخی به رشته تحریر در آمد.^(۱۰۲) این روند با نوشته‌های مهم حقوق‌دانان دیگر مذاهب (مکاتب

93. A. Al-Qarafi, *al-Furu' q*, Vol. 1, 3, quoted in Zakariyah, *supra* note 82, at 59.

94. ادرثوا الحدود بالشبهات.

95. Appeal No. 36, Penal Judicial Year 5, Session 9/1/1984; Appeal No. 40, Penal Judicial Year 6, Session 18/1/1985; Appeal No. 32, Penal Judicial Year 13, Session 15/1/1992; Appeal No. 42, Penal Judicial Year 8, Session 1986; Appeal No. 43, Penal/Shari'a Judicial Year 18, Session 4/5/1996.

96. Zakariyah, *supra* note 82, at 59-60.

97. *Ibid.*

98. *Ibid.*, at 38.

99. اجتهاد (استدلال مستقل) از حیث اصطلاحی به معنای شیوه‌های حقوقی تفسیر و استدلال است که به‌وسیله آن یک مجتهد، قانون را بر مبنای قرآن، سنت و/یا اجماع استنباط می‌کند یا در مقام توجیه منطقی قانون بر می‌آید.

100. Zakariyah, *supra* note 82, at 42.

101. *Ibid.*

102. K. Mohammed, *The Islamic Law Maxims*, (2005) 44 *Islamic Studies* 19, at 196; W. Heinrichs, *Qawa' id as a Genre of Legal Literature*, in Weiss, *supra* note 44, at 369.

حقوقی)، یعنی مذاهب شافعی، حنبلی و مالکی پی گرفته شد. (۱۰۳)

در حوالی قرن سیزدهم هجری قمری (هجدهم پس از میلاد مسیح) اصول کلی حقوقی اسلامی به مرحله بالندگی رسید. به زعم یکی از صاحب نظران، «یکی از وجوه بارز این مرحله، وضع اصول کلی به عنوان دانش مجزایی در فقه اسلامی بود. در عین حال قالب تدوین این قواعد نیز ضابطه مند گشت». (۱۰۴)

گفته شده که مجله احکام عدلیه، یعنی مجموعه قوانین اسلامی ای که به وسیله گروهی از عالمان ترک در اواخر قرن نوزدهم به زیور طبع آراسته شده، پیشرفته ترین مرحله گردآوری قواعد کلی حقوق اسلامی را عرضه نموده است.

قواعد کلی حقوق اسلامی به دو نوع تقسیم می شود. نوع اول، قواعدی است که مجدداً قرآن و سنت را تکرار می کند، حال آنکه نوع دوم، قواعدی است که به وسیله حقوق دانان تنظیم شده است. (۱۰۵) نوع اول نسبت به نوع اخیر، از اعتبار بیش تری برخوردار است. قواعد فقهی اصلی یا قواعد فقهی کلی («قواعد کلی حقوقی هنجاری/ اصلی») به عنوان مفصل ترین مجموعه قواعد کلی حقوقی شناخته شده است. این قسم از قواعد کلی، ستون و شالوده اصول فقه است و می تواند به نحوی گسترده در تمامی مجموعه فقه اسلامی مجرا باشد. هر یک از این قواعد کلی واجد قواعد تکمیلی ای است که قلمروی خاص تری دارند و مکاتب حقوقی در خصوص این قواعد کلی به وفاق عام نائل آمده اند. (۱۰۶) پنج مورد از قواعد کلی ای که عموماً مورد پذیرش است، عبارت اند از: 1) الامور بالمقاصدها («اعمال بر حسب اهداف و مقاصدشان مورد قضاوت قرار می گیرد»); 2) الیقین لایزل بالشک («قطعیت با شک از بین نمی رود»); 3) المشقه تجلب التیسیر («صعوبت موجب سهولت می گردد»); 4) الضرر یزال («أسبب و خسارات باید مرتفع گردد»); و 5) العاده محاکمون («عرف مبنای قضاوت است»).

قاعده کلی «قطعیت با شک از بین نمی رود» واجد قواعد فرعی بسیاری است یکی از آنها مقرر می دارد که «علمی که مبتنی بر قطعیت است، متفاوت با علم ظاهری ای است که بر احتمال مبتنی گشته است» (یفرق بین السلم اذا ثبت ظهیران و بینة اذا ثبت یقینان). دو مثال ذیل در این زمینه گویا و روشن گر است:

زمانی که قاضی بر مبنای قطعیت قضاوت می کند، لیکن متعاقباً مشخص می شود که چه بسا وی در قضاوت خود دچار اشتباه شده، اگر تصمیم اولیه او بر نص صریح و وفاق عام مبتنی باشد، لازم نخواهد بود که بر مبنای احتمالی صرف [حکم خود را] بازبینی نماید. (۱۰۷)

قاعده مذکور افزون بر این در مورد ذیل نیز به کار گرفته می شود:

فرض گرفته می شود که فرد گمشده ای (مفقودی) که جا و مکانش نامعلوم است، در قید حیات است چرا که زنده بودن، امری قطعی است که پیش از ناپدید شدن او محرز بوده. در این جا قطعیت می بایست تفوق یابد و مادام که مرگ او از طریق ادله صریحی به اثبات نرسد، هیچ گونه ادعایی مبنی بر فوت وی، به تقسیم دارایی های او

103. Kamali, *supra* note 41, at 142-4.

104. Zakariyah, *supra* note 82, at 46.

105. Heinrichs, *supra* note 97, at 364 and 385; Mohammed, *supra* note 97, at 191-209; M. H. Kamali, *Shari'ah and the Challenge of Modernity*, (1994) 1 Journal of the Institute of Islamic Understanding Malaysia, reprinted in (1995) 2 Islamic University Quarterly.

106. Zakariyah, *supra* note 82, at 55.

107. M. A. Barikati, *Qawa'id al-Fiqh* (1961), 142, quoted in Kamali, *supra* note 8, at 145 (emphasis added).

میان وراثش اعتبار نمی‌بخشد. بنابراین جایز نیست ادعای مرگ او که ادعایی مورد تردید است، آنچه را که فرض قطعی است ملغی کند. (۱۰۸)

4. اصل قانونی بودن و عطف به ماسبق نشدن

یکی از مقررات نادری که به‌عنوان هنجار تخلف‌ناپذیر در تمامی اسناد مهم حقوق بشری ذکر شده، این قاعده است که هیچ عملی جرم نیست مگر به حکم قانون.^(۱۰۹) ماده ۲۲ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری بر هسته اصلی ممنوعیت عطف به ماسبق کردن قانون کیفری به همراه دو نتیجه تبعی مهم این ممنوعیت یعنی قاعده تفسیر مضیق و الزام به شک به نفع متهم صحه می‌گذارد.^(۱۱۰) ممنوعیت عطف به ماسبق نمودن جرایم به همراه ممنوعیت عطف به ماسبق نمودن مجازات‌ها، [یعنی قاعده] هیچ مجازاتی بدون حکم قانون اعمال نمی‌شود،^(۱۱۱) «اصل قانونی بودن» را قوام می‌بخشد.

در حقوق اسلامی، حکم خودسرانه گروه یا شخصی واحد، محلی از اعراب ندارد.^(۱۱۲) در حقیقت بسیار قبل‌تر از آنکه اعلامیه حقوق‌های بشری برای نخستین بار در سال ۱۷۸۹ به اصل قانونی‌بودن در نظام غربی تصریح نماید، نظام عدالت کیفری اسلام، اصل ضمنی قانونی‌بودن را به کار می‌بست.^(۱۱۳) نشانه‌های این اصل را می‌توان در آیات قرآنی ذیل جستجو نمود:

و ما تا رسول نفرستادیم (برای انذار) هرگز کسی را عذاب نخواهیم کرد. (قرآن ۱۷:۱۵)

و رسولان را فرستاد که نیکان را بشارت دهند و بدان را بترسانند تا آنکه پس از فرستادن این همه رسولان مردم را بر خدا حجتی نباشد و خدا همیشه مقتدر و کارش بر وفق حکمت است. (قرآن ۴:۱۶۵)

حقوق اسلامی متضمن تعدادی قواعد کلی حقوقی دیگری است که این اصل را تکمیل می‌نماید نظیر: «بر رفتار یک فرد متعارف (یا حکم عقل) به‌تنهایی و بدون پشتیبانی نص قانونی، نتیجه‌ای مترتب نمی‌شود» یعنی هیچ رفتاری را نمی‌توان بر اساس صرف عقل یا بر اساس رفتار افراد متعارف، ممنوع (حرام) اعلام نمود؛ برعکس، وجود نص قانونی ضروری است.^(۱۱۴) قاعده کلی دیگری اعلام می‌دارد که «جائز بودن، هنجار اصلی و اولیه است» (الاصل فی الاشیاء الاباحه) که افاده این را می‌کند که تمامی امور جایز است مگر آنکه قانون به گونه‌ای

108. S.M. Zarqa, *Sharh al-Qawa'id al-Fiqhiyyah* (1993), 382, in Kamali, *supra* note 8, at 145.

109. W. A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute* (2010), 403, with reference to universal and regional human rights instruments together with relevant provision (Art. 99) in the third Geneva Convention of 1949 Relative to the Treatment of Prisoners of War and Arts. 2(c) and 6(c) the two Additional Protocols to the 1949 Geneva Conventions Relating to the Protection of Victims of International and Non-International Armed Conflict, respectively.

110. See B. Broomhall, *Article 22: Nullum crimen sine lege*, in O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (2008), 714.

111. ماده ۲۳ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری.

112. Kamali, *supra* note 8, at 180.

113. T. Kamel, *The Principle of Legality and Its Application in Islamic Criminal Justice*, in M. C. Bassiouni *supra* note 52, at 149–50.

114. Kamali, *supra* note 8, at 186.

دیگر مقرر نماید.^(۱۱۵) افزون بر این، شریعت، قاعده عطف به ماسبق نشدن را وضع نموده جز در مواردی که به نفع متهم است:^(۱۱۶) «ای رسول ما کافران را بگو که اگر از کفر خود دست کشیده و به راه ایمان باز آید هر چه از پیش کرده‌اید بخشیده شود و اگر به کفر و عصیان روی آرید سنت الهی در گذشته است (قرآن ۸:۳۸).

این اصل همچنین در سنت پیامبر نیز انعکاس یافته است. زمانی که عمرو بن عاص به اسلام گروید، او با پیامبر بیعت نمود و از ایشان پرسید که آیا به خاطر تخلفات گذشته‌اش مسئول خواهد بود. در اینجا پیامبر پاسخ داد: «عمرو آیا نمی‌دانستی که اسلام آنچه را پیش از آن اتفاق افتاده می‌زداید؟»^(۱۱۷) به نحوی مشابه پیامبر از مجازات جرایم نسبی یا اقدامات رباخواری که پیش از اسلام روی داده بود، احتراز نمود:

باید از هرگونه جرم نسبی که رد پای آن به دوران جاهلیت برمی‌گردد چشم‌پوشی شود، و من از حریص بن عبدالمطلب آغاز می‌کنم؛ اقدامات رباخوارانه آن برهه نیز زدوده می‌شود و شروع این امر، زدودن اقدامات عموم، عباس عبدالمطلب است.^(۱۱۸)

جرایم حدود اساساً مبتنی بر اصل قانونی بودن است چرا که خود این جرایم به همراه مجازات‌های آن‌ها دقیقاً در قرآن یا سنت معین شده است. جرایم قصاص متعهد به تشریفات بخصوص و مجازات‌های مقتضی در جریان کیفردهی و جبران خسارت است و بدین لحاظ همچنین تکیه خود را به اصل قانونی بودن نشان می‌دهد.^(۱۱۹) مشکل، بیشتر جرایم تعزیری است که مطابق برخی مکاتب فکری [مذاهب]، صلاح‌دید بسیار موسعی به خلیفه (حاکم) و قاضی در مورد آنچه باید مجازات شود و نحوه آن تفویض شده است.^(۱۲۰) به‌رغم آنکه به این جهت از منظر عالمان غربی، جرایم تعزیری آشکارا اصل قانونی بودن را نقض می‌نماید^(۱۲۱) عالمان مسلمان عمدتاً از تفویض صلاحیت گسترده به قضات دفاع می‌نمایند با این ادعا که با این اقدام صرفاً تعادل اصل قانونی بودن تضمین می‌گردد و بدین ترتیب از مشکل احتمال عدم انعطاف این اصل اجتناب می‌شود.^(۱۲۲)

نتیجه‌گیری نگارنده این است که در میان منابع اولیه، هیچ مدرکی در دست نیست که اجازه دهد جرایم تعزیری از اصل قانونی بودن مستثنا باشند.^(۱۲۳) علاوه بر این اگر به‌نحو خودسرانه آن دسته از جرایم حدود را که واجد شرایط شکلی نیست از طریق تعزیر مجازات کنیم، تنها تلاش کرده‌ایم که از قواعد شریعت منحرف شویم.

115. Al- Ghazali, a-Mustasfa, I, 63; Al-A midī, al-Ihkam, I, 130, in Kamali, *supra* note 8, at 186.

116. Kamali, *supra* note 8, at 188.

117. Muslim, *Sahih Muslim, Kitab al-Islam, Bab al-Islam yahdim maqablah wa kadha al-hijrah wa al-hajj; Abu Zahrah, al-Jarmah*, 343, in Kamali, *supra* note 8, at 188.

118. Kamel, *supra* note 108, at 159.

119. *Ibid.*, at 161.

120. S. Tellenbach, *Fair Trial Guarantees in Criminal Proceedings under Islamic, Afghan Constitutional and International Law*, (2004), available at www.zaoerv.de/64_2004/64_2004_4_a_929_942.pdf.

121. Kamel, *supra* note 108, at 157.

122. *Ibid.*, at 151; M. S. El-Awa, *supra* note 31; Benmelha, *supra* note 64, at 213.

123. See also Bassiouni, *supra* note 18, at 56.

5. فرض بی گناهی

فرض بی گناهی همان گونه که در ماده 66 اساسنامه دیوان بین المللی کیفری مورد تکریم قرار گرفته، دارای سه قسمت است و سازوکار آن به بهترین نحو توسط دیوان اروپایی حقوق بشر در قضیه *Barberá v. Spain* تشریح شده است:

از جمله لازم است که اعضای دیوان در زمان انجام وظایفشان (1) با این پیش فرض که متهم، مرتکب آن جرم شده، رسیدگی خود را آغاز نکنند؛ (2) بار اثبات بر عهده خواهان است؛ (3) هر گونه شک و شبهه باید به نفع متهم تعبیر و تفسیر شود. (124)

مطابق حقوق اسلامی، احدی به خاطر ارتکاب جرم، مجرم شناخته نخواهد شد مگر آنکه مجرمیت او از طریق ادله قانونی به اثبات رسیده باشد. (125) یکی از قواعد فرعی مستخرج از قاعده کلی «قطعیت با شک و شبهه از بین نمی رود» این قاعده است که: «(در شریعت) اصل بر عدم مسئولیت است» (اصل برائت ذمه). به پیامبر اعلام شده که عنوان دارد: «همه افراد از منظر فطرت، پاک به دنیا می آیند». (126) بر اساس اصل حقوقی استصحاب که از سوی مکاتب شافعی و حنبلی مورد شناسایی قرار گرفته، فرض بر استمرار یک حالت خاص است تا زمانی که خلاف آن به وسیله دلیلی به اثبات رسد. (127) بنابراین فرد متهم، بی گناه تلقی می شود تا زمانی که خلاف آن ثابت گردد. به بیان کمالی «با انتساب مجرمیت به هر فرد همانند شک و شبهه برخورد می شود. قطعیت صرفاً و تنها با قطعیت از میان می رود نه با شک و شبهه». (128) به پیامبر اعلام شده که عنوان دارد:

بار اثبات به عهده فردی است که ادعا می کند، درحالی که سوگند (انکار ارتکاب جرم) به عهده فردی است که انکار می کند؛ (129)

اگر تنها به ادعاهای مردم اطمینان می شد، برخی از افراد مدعی آن می شدند که نسب و اموال به دیگران تعلق دارد لیکن مدعی ملتزم به ارائه ادله مثبت است؛ (130)

و تا جایی که می توانید از محکوم کردن مسلمانان به حدود اجتناب نمایید و زمانی که مفری برای یک مسلمان می یابید پس آن گاه به خاطر آن، او را آزاد و رها کنید. بهتر آن است که امام به نفع بی گناهی (عفو) اشتباه کند تا به نفع مجرمیت (مجازات). (131)

کارشناسان امر حدیث از مورد اخیر، اصلی کلی را استخراج نموده اند که از سوی چهار مکتب اصلی سنی مورد

124. *Barberá, Messegue and Jabardo v. Spain*, (1988) Series ANo. 146, para. 77, quoted by W.A. Schabas, 'Presumption of Innocence', in Triffterer, *supra* note 105, at 1236 (numbers added).

125. Abu Yu suf, *Kitab al-Kharaj*, 152, in Kamali, *supra* note 8, at 181.

126. Baderin, *supra* note 23, at 103.

127. M. H. Kamali, *Principles of Islamic Jurisprudence* (2003), 384.

128. Kamali, *supra* note 8, at 145-6.

129. Al-Bayhaqi, *al-Sunan al-Kubra, Kitab al-Da'wa wa al-Bayyinah, Bab al-Bayyinah 'ala al-Mudda'a wa al-Yam n'alaal-Mudda'a 'alayh'*, in Kamali, *supra* note 8, at 182.

130. Al Baihagi, *The 40 Hadith of Imam al Nawawi, No. 33*, in Bassiouni, *supra* note 18, at 40.

131. Al Turmuzy, No. 1424; Al Baihagi, No. 8/338; Al Hakim, No. 4384, in Bassiouni, *supra* note 18, at 40.

پذیرش قرار گرفته و مطابق آن، شک (شبهه) قصاص را نیز دفع می‌کند.^(۱۳۲) قضیه ذیل در این زمینه گویاست:

در سازمان سیاسی خلیفه چهارم مسلمانان، حضرت علی(ع)، مأموران گشت‌زنی مدینه، مردی را در خرابه‌های شهر پیدا کردند که چاقویی آغشته به خون در دست داشت و بر سر جنازه فرد دیگری ایستاده بود که به‌تازگی تا سر حد مرگ به او ضربه چاقو اصابت شده بود. زمانی که مأموران، آن فرد را دستگیر نمودند، بی‌درنگ اقرار نمود که: «من او را کشتم». او را به حضور حضرت علی آوردند و ایشان او را به خاطر این اقدام به مرگ محکوم نمودند. پیش از آنکه حکم اجرا شود، مرد دیگری با عجله از راه رسید و به مأموران اجرای حکم گفت که با شتاب‌زدگی عمل نکنید. وی گفت: «او را نکشید. من این کار را کردم». حضرت علی ناباورانه رو به محکوم‌علیه نمود و سؤال کرد که: «چه چیز باعث شد که تو به قتل اقرار کنی که مرتکب آن نشدی؟!». او برای حضرت علی توضیح داد که فکر می‌کرده که حضرت هیچ‌گاه سخن او را بر سخن مأمورانی که شاهد صحنه جرم بوده‌اند اولی نخواهد دانست. او قصابی بوده که در آن زمان، تازه یک گاو را ذبح کرده بود. پس از این، ناگهان به قضای حاجت احتیاج پیدا می‌کند. لذا وارد منطقه خرابه‌ها می‌شود؛ درحالی‌که کماکان چاقوی خونی در دستانش بود. در راه برگشت او ناگهان با جنازه مردی برخورد می‌کند و با ناراحتی بر سر آن می‌ایستد. در همین میان، مأموران گشت‌زنی او را دستگیر می‌کنند. او تصور می‌کند که احتمالاً نمی‌تواند ارتکاب این قتل را انکار کند. او خود را در محاصره می‌بیند و به «ظاهر امر» اعتراف می‌کند و تصمیم می‌گیرد که حقیقت را به خدا واگذار نماید. مرد دومی روایت تأییدکننده‌ای را مطرح کرد. او توضیح داد که او بوده که مقتول را به خاطر پول به قتل رسانده و زمانی که صدای مأموران گشت‌زنی را شنیده که در حال نزدیک شدن هستند فرار کرده است. در راه فرار، وی به قصابی برخورد نموده و نظاره‌گر وقایعی بوده که قبلاً شرح آن رفت.

اما زمانی که مرد اولی به مرگ محکوم شد، مرد دوم گفت که باید پا پیش بگذارد چون نمی‌خواهد دستانش به خون دو مرد آغشته شود.^(۱۳۳)

حضرت علی تشخیص داد که حقایق قضیه فوق در مظان شک و شبهه است چون دلایلی مطمئن و کافی وجود ندارد که موجب اعتبار بیشتر یکی از این دو روایت نسبت به دیگری گردد. لذا حضرت، مرد اول را آزاد و دومی را عفو کرد.^(۱۳۴)

نظام [ادله] اثباتی‌ای که در مورد حدود و قصاص به کار گرفته می‌شود، باعث دشواری اثبات جرم می‌گردد و در پاره‌ای از موارد، اثبات تقریباً غیرممکن است.^(۱۳۵)

در همین رابطه قرآن می‌فرماید: «و آنانکه به زنان باعفت مؤمنه نسبت زنا دهند، آن‌گاه که چهار شاهد بر دعوی خود نیابند آن را به هشتاد تازیانه کیفر دهید و دیگر هرگز شهادتشان را نپذیرید که مردمانی فاسق و نادرستند». (قرآن، 4:24).

132. S. S. S. Haneef, *Homicide in Islam* (2000), 120.

133. Quoted in I. A. Rabb, *Islamic Legal Maxims as Substantive Canons of Construction: Hudu`d – Avoidance in Cases of Doubt*, (2010) 17 *Arab Law Quarterly* 63, at 64–5.

134. *Ibid.*, at 66.

135. Tellenbach, *supra* note 115, at 930.

6. عنصر معنوی (قصد ارتکاب)

برای نخستین بار در وادی حقوق بین‌الملل کیفری و برخلاف دادگاه‌های نورنبرگ و توکیو و اساسنامه دیوان‌های یوگسلاوی و رواندا، ماده 30 اساسنامه رم، دیوان بین‌المللی کیفری از عنصر معنوی که برای انتساب مسئولیت کیفری اشخاص به خاطر نقض فاحش حقوق بین‌الملل بشردوستانه مورد نیاز است، تعریفی کلی ارائه نموده است. این مقرر در راستای این قاعده کلی لاتین است که عنصر مادی به‌تنهایی موجب جرم نیست و باید عنصر روانی نیز با آن همراه باشد. ولی ماده 30 اساسنامه از این هم پا را فراتر می‌گذارد و اذعان می‌کند که عنصر معنوی متشکل از دو مؤلفه است: مؤلفه ارادی قصد و مؤلفه ادراکی علم و آگاهی.^(۱۳۶)

در شریعت یکی از قواعدی که عالمان مسلمان بر آن اتفاق نظر دارند، قاعده الامور بالمقاصدها است که افاده این را می‌کند که هر عملی اعم از فیزیکی یا گفتاری، باید بر اساس قصد و نیت فاعل آن، مطمح‌نظر و مورد قضاوت قرار گیرد.^(۱۳۷) اولین مؤلفه این قاعده، یعنی امور (که جمع امر است) از حیث اصطلاحی به مسئله، مقوله و عمل، خواه فیزیکی یا گفتاری، ترجمه و تعبیر شده است.^(۱۳۸) واژه دوم مقاصد (که جمع مقصد است) از حیث اصطلاحی به معنای تمایل و اراده بر انجام چیزی برای نائل آمدن به هدف است.^(۱۳۹) بنابراین برای آنکه عمل قابل مجازات باشد، قصد و نیت مرتکب باید احراز شود. نشانه‌های این قاعده کلی را می‌توان در قرآن و سنت جستجو نمود: «اینکه برای آدمی جز آنچه بر سعی خود انجام داده، نخواهد بود» (قرآن 53:39)؛ «و در کار ناشایسته‌ای که به خطا کنید، بر شما گناهی نیست؛ لیکن آن کار زشتی که به عمد و با اراده قلبی می‌کنید، بر آن گناه مؤاخذه می‌شوید و باز خدا بسیار آمرزنده و مهربان است» (قرآن 33:5). سنت پیامبر نیز متعاقباً بر این موضع صحه گذاشت: اعمال به‌وسیله نیت مورد قضاوت قرار می‌گیرد و هر کس باید آن چیزی را دریافت نماید که قصد و نیت آن را داشته است؛^(۱۴۰)

هر آینه، خداوند به خاطر من از اشتباهات و قصورات غیرعمد امت (اجتماع) من و آنچه آن‌ها مجبور به انجام آن شده‌اند، چشم‌پوشی کرده است؛^(۱۴۱) و اشتباهات و قصورات غیرعمد امت (اجتماع) من مورد اغماض قرار می‌گیرد.^(۱۴۲)

در عین حال قاعده کلی در شریعت این است که انسان را نمی‌توان صرفاً به خاطر قصدش مسئول قلمداد نمود. در اسلام، قصد خوب و نیک به‌عنوان عملی از سر تقوا منظور می‌شود و قصد سوء اساساً ثبت نمی‌گردد.^(۱۴۳) به‌زعم یکی از عالمان شهیر (امام ابوزهرا) قصد مجرمانه، قصد و نیت انجام عمل است از سر

136. See M. E. Badar, *The Mental Element in the Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary from a Comparative Criminal Law Perspective*, (2008) 19 *Criminal Law Forum* 473.

137. Zakariyah, *supra* note 82, at 64.

138. *Ibid.*, at 64.

139. *Ibid.*, at 65.

140. *Al-Bukhari, Sahih*, hadi-th no. 1, Muslim, *Sahih*, hadi-th no. 1599.

141. *Sahih al-Bukhari*; Vol. 9, at 65, quoted in Y. Y. Bambale, *Crimes and Punishment in Islamic Law* (2003), 7.

142. *Ibid.*

143. A. O. Naseef, *Encyclopedia of Seerah* (1982), 741, in Bambale, *supra* note 136, at 6.

تمایل، با اندیشه و تأمل قبلی و به‌نحو عامدانه و همراه با رضایت کامل در خصوص نتایج مورد نظر آن.^(۱۴۴) جرایم بین‌المللی مستلزم حصول سه شرط است: اندیشه و قصد قبلی، اراده آزادانه در گزینش مرحله خاصی از عمل و علم به غیرقانونی بودن آن عمل.^(۱۴۵) تفاوت میان نتایج عامدانه و غیرعامدانه در شدت و حدت مجازات نمود پیدا می‌کند.

رویه قضایی دیوان عالی امارات متحده عربی به‌جز قصد واقعی، برای وضعیت روانی، سه درجه مختلف را به رسمیت شناخته است. نکته شایان توجه آنکه، امارات از فقه مالکی تبعیت می‌کند که مطابق آن، لازم نیست در قضایای قتل، قصد قتل مشتکی‌عنه اثبات شود بلکه کافی است ثابت شود که عمل با هدف ضرب و شتم و نه با هدف تفریح یا تنبیه ارتکاب یافته است. مثالی کاربردی که در یکی از منابع حقوقی مالکی ذکر شده این است که «اگر دو نفر عامدانه با هم بجنگند و یکی از آن دو کشته شود، معامله به مثل (قصاص) باید نسبت به فردی که جان سالم به در برده وضع گردد».^(۱۴۶)

6-1. ضوابط مورد استفاده برای احراز قصد در قضایای قتل

نظر به اینکه کار احراز قصد شخص، دشوار است حقوق‌دانان مسلمان، روح و روان قاتل را در ذهن خود تجسم نمی‌کنند یا به بررسی تفصیلی الگوهای رفتاری یا رابطه خانوادگی قاتل و مقتول نمی‌پردازند.^(۱۴۷) به جای این امر، آن‌ها بر حسب احادیث مرتبط، اشیاء استفاده‌شده در ارتکاب جرم را به‌عنوان معیارهای بیرونی مد نظر قرار می‌دهند (معیارهایی که احتمالاً تابع عملکرد ذهن مرتکب است) و بدین ترتیب، آن‌ها میان عمد و شبه‌عمد تمیز قائل می‌شوند.^(۱۴۸)

اکثریت عالمان مسلمان از احادیث مرتبط، این چنین نتیجه‌گیری نموده‌اند که عنصر معنوی قتل، زمانی یافت می‌شود که مرتکب از وسیله‌ای استفاده کرده باشد که به احتمال زیاد موجب مرگ می‌شود یا این وسیله برای کشتن تدارک دیده شده باشد نظیر شمشیر، نیزه، سنگ یا شلیک [گلوله].^(۱۴۹) ابوحنیفه تمامی ابزارهای کند، نظیر چماق چوبی را از فهرست وسایل کشنده خارج نموده و به عقیده او این ابزارها قطع نظر از اندازه یا نیروی به‌کارگرفته‌شده، بر ارتکاب جرم شبه‌عمد دلالت می‌کند.^(۱۵۰) اما وی با استناد به لفظ و کلام قرآن، میله آهنی را از این فهرست مستثنا نکرده است: «و آهن را که در آن هم سختی (جنگ) و کارزار و هم منافع بسیار بر مردم است (نیز برای حفظ عدالت) آفریدیم» (قرآن 57:25).^(۱۵۱)

باوجود این، پیروان ابوحنیفه (امام یوسف و امام محمد شیبانی) استدلالات او را رد می‌کنند و عنوان می‌دارند که سنگ و چوبی که در حدیث از آن سخن به میان آمده، به سنگ و چوبی اشاره دارد که به‌طور معمول موجب

144. M. Abu-Zahra, *Al-Jarima Wal-Uquba fil Islam* (Crime and Punishment in Islam) (1998), 396.

145. *Ibid.*, at 106.

146. Supreme Federal Court of the UAE, Appeal 52, judicial year 14, hearing 30 January 1993.

147. P. R. Powers, *Offending Heaven and Earth: Sin and Expiation in Islamic Homicide Law*, (2007) 14 *Islamic Law and Society* 42.

148. Nyazee, *supra* note 55, at 98.

149. Haneef, *supra* note 127, at 1.

150. Nyazee, *supra* note 55, at 99; Haneef, *supra* note 127, at 35.

151. Nyazee, *supra* note 55, at 99.

مرگ نمی‌شده و منظور، مطلق هر سنگ و چوبی نیست. (۱۵۲) عقیده اکثریت حقوق دانان نیز بر همین منوال است. (۱۵۳)

اگر در مقام برقراری تعادل میان معیارهای ذهنی و عینی احراز قصد باشیم، دستورالعمل‌های این چنینی قطعاً طرفدار دلیل عینی خواهند بود. (۱۵۴) به نظر می‌رسد این دلیل به یکی از عناصر لازم خود جرم مبدل گشته و جایگزین قصد واقعی شده است. بر این اساس، حنفی/ابن معدود موصیالی قصد کشتن را این گونه تعریف نموده: «ضربه عامدانه با چیزی نظیر شمشیر، نیزه، سنگ یا شلیک که [چیز دیگری را] به چند قسمت می‌شکند»؛ (۱۵۵) و به زعم حنبلی/ابن قداما، عمد، هر گونه آدم‌کشی به وسیله ایزاری است «که احتمالاً در زمان استفاده معمول از آن تصور می‌شده که موجب مرگ [مجنی علیه] می‌شود». (۱۵۶)

7. اجبار و اوامر مافوق

اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، دو شکل از اجبار را به‌عنوان مبنایی برای رفع مسئولیت کیفری مورد شناسایی قرار داده که عبارت‌اند از اجبار (۱۵۷) و اجبار شرایط و احوال. (۱۵۸) دادگاه‌های انگلیسی با شق اخیر به‌عنوان دفاع ضرورت برخورد کرده‌اند. (۱۵۹) مؤلفه‌های این دو شکل تقریباً یکسان‌اند. برخلاف رویه قضایی دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق، دیوان بین‌المللی کیفری [استناد به] دفاعیه اجبار را برای قتل، جایز می‌شمارد. این امر برخلاف حقوق اسلامی (شریعت) است و متعاقباً در این قسمت مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت.

در حقوق بین‌الملل کیفری، دفاعیه «اوامر مافوق» غالباً با «اجبار» اشتباه گرفته می‌شود اما این دو کاملاً از هم متمایزاند. برای آنکه اوامر مافوق، دفاعی معتبر در پیشگاه دیوان بین‌المللی کیفری شناخته شود، سه شرط باید تحقق یابد: متهم باید به لحاظ قانونی متعهد باشد که از حکومت یا مافوق تبعیت نماید؛ او نباید بداند که دستور، غیرقانونی بوده؛ و دستور ظاهراً نباید غیرقانونی باشد. (۱۶۰)

در حقوق اسلامی، اجبار (اکراه) وضعیتی است که فردی در آن مجبور به انجام چیزی برخلاف خواست و تمایزش می‌شود. (۱۶۱) قرآن بر چنین وضعیتی اذعان نموده و مقرر داشته: «نه آنکه به زبان از روی اجبار کافر شود و دلش کماکان در ایمان ثابت باشد» (قرآن 16:106). بر پیامبر ابلاغ شده که عنوان دارد: «امت من به خاطر

152. Al-Tahawi, *Sharih Ma'ani al-Athar*, Vol. 3, 186, quoted in Haneef, *supra* note 127, at 36.

153. Haneef, *supra* note 127, at 36.

154. Powers, *supra* note 142, at 48; Peters, *supra* note 21, at 43.

155. Powers, *supra* note 142, at 42 and 48.

156. *Ibid.*, at 49.

157. ماده 31 (1) (د) (1) اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری.

158. ماده 31 (1) (د) (2) اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری.

159. See *R. v. Conway*, [1988] 3 All ER 1025, Court of Appeal, Criminal Division; *R. v. Martin*, [1989] 1 All ER 652, Court of Appeal, Criminal Division.

160. ماده 33 اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری.

161. Nyazee, *supra* note 55, at 144.

جرایمی که تحت اجبار یا اشتباه یا در نتیجه غفلت و فراموشی مرتکب شده‌اند بخشیده خواهند شد» (۱۶۲).
شخص در اجبار، مرتکب عملی مجرمانه می‌شود درحالی که ارتکاب خود آن عمل، هدف وی نبوده بلکه او به‌عنوان وسیله‌ای برای محافظت از خودش در مقابل صدمه‌دیدن به انجام آن عمل تن در داده است. چنانچه تهدید متوجه شخصی غیر از شخص اکراه‌شده باشد، مالکی آن را اجبار به شمار می‌آورد. برخی از حنفی‌ها آن را اجبار نمی‌دانند درحالی که به عقیده شافعی و سایر حنفی‌ها این امر تنها در صورتی اجبار به حساب می‌آید که تهدید متوجه پدر، پسر یا سایر اقوام نزدیک باشد. (۱۶۳)

حقوق اسلامی دو نوع اجبار را به رسمیت شمرده است:

1. اجبار ناقص - نوعی اجبار که حیات و زندگی عامل را تهدید نمی‌کند مانند تهدید به حبس برای مدت زمانی مشخص یا واردآوردن خشونت فیزیکی به عامل به قدری که حیات او تهدید نمی‌شود. این نوع اجبار، هیچ‌گونه اثری را بر جرایم مترتب نمی‌کند. (۱۶۴)

2. اجبار کامل - نوعی اجبار که در آن، حیات عامل تهدید می‌شود. هم رضا و هم انتخاب عامل از کار می‌افتد. در اجبار کامل، برخی اعمال ممنوعه نه تنها قابل مجازات نخواهد بود بلکه جایز هم خواهد شد. این امر به خوراک و نوشیدنی‌های حرام مربوط می‌شود. اقدامات دیگر همانند افتراء، فحاشی، سرقت و تخریب اموال سایرین، کماکان غیرقانونی باقی می‌ماند اما مجازات از بین می‌رود. (۱۶۵) به هر تقدیر قتل یا هر جرم کشنده‌ای تحت تأثیر اجبار قرار نمی‌گیرد و نه به اعمالی مجاز مبدل می‌شود و نه مشمول مجازات ارفاق‌آمیز قرار می‌گیرد. (۱۶۶)

در وضعیت اخیر اجبار، شریعت، هر دو جریان اقداماتی را که فرد مجبور می‌تواند از میان آن‌ها دست به انتخاب زند مردود اعلام می‌کند. شریعت، هم ایراد خسارت به سایرین را قدغن می‌کند و هم به‌مخاطره‌افکندن امنیت خود را. در چنین وضعیتی، دو قاعده کلی حقوقی اعمال می‌شود: «ایراد یک خسارت نباید با واردآوردن خسارت دیگری دفع شود» و زمانی که این امر اجتناب‌ناپذیر است باید «زیان کم‌تر مرجح شود». (۱۶۷) بنابراین اگر فردی باید میان ایراد آسیب جسمانی خفیف یا کشته‌شدن دست به انتخاب زند و اولی را برمی‌گزیند، عمل او موجه است. (۱۶۸) اما در مورد قتل، زیان هر دو با هم برابر است چرا که حیات هیچ فردی از دیگری ارزشمندتر نیست. (۱۶۹)

در مورد قتل، مسئله مجازات، محل اختلاف است. بیش‌تر عالمان مسلمان اتفاق نظر دارند که باید معامله به‌مثل (قصاص) وجود داشته باشد. با این حال برخی بر مبنای اینکه اجبار، عنصر شک و تردید را دخیل می‌نماید

162. Ibn Majah, al-Sunan, op. cit., hadith no. 2045, in Zakariyah, *supra* note 82, at 73.

163. Peters, *supra* note 21, at 23.

164. A. Q. Oudah, *Criminal Law of Islam*, Vol. 2 (2005), 293.

165. *Ibid.*, at 300-3.

166. *Ibid.*, at 298.

167. Zakariyah, *supra* note 82, at 178-83.

168. Abu-Zahra, *supra* note 139, at 379.

169. Zakariyah, *supra* note 82, at 73; Oudah, *supra* note 159, at 306.

تنها به خون‌بها (دیه) حکم می‌کنند.^(۱۷۰) در مکتب حنفی، سه نظر مختلف وجود دارد:

1. قصاص باید به شخص مجبور تحمیل شود چرا که در حقیقت، او عمل مجرمانه را انجام داده است؛
2. شخصی که اجبار نموده و شخص مجبور نباید با قصاص مجازات شوند چرا که کسی که اجبار می‌کند، تنها تحریک‌کننده است. در عین حال شخصی که تحت اجبار است، نه قصد مجرمانه دارد و نه از نتیجه این اقدام خشنود می‌گردد و صرفاً خون‌بها باید به وسیله شخصی که اجبار نموده پرداخت شود؛^(۱۷۱)
3. قصاص باید به شخصی که اجبار نموده تحمیل گردد چرا که فردی که تحت اجبار است تنها آلت دست یا وسیله انجام قتل در دستان شخص تهدیدکننده است. برای یک نفر، انتخاب مرگ فردی غیر از خود، زیان کمتری دارد. اما این فرد در جهان آخرت بی‌گناه نخواهد بود بلکه خداوند باید در روز قیامت گناه او را بخشاید.^(۱۷۲)

تا جایی که مربوط به اوامر مافوق می‌شود، «اسلام به همه شهروندان، حق اجتناب از ارتکاب جرمی را می‌دهد که هر حکومت یا مقام اداری دستور انجام آن را داده است».^(۱۷۳) به پیامبر ابلاغ شده که عنوان دارد: «در تجاوز و تخطی اطاعت و فرمان‌برداری نیست بلکه اطاعت صرفاً در رفتار قانونی است»؛^(۱۷۴) «نباید از مخلوق، اطاعت و فرمان‌برداری نمود مادام که این کار متضمن عدم اطاعت از خالق است».^(۱۷۵) با دستور مقام ذی‌صلاحی که عدم تبعیت از آن به مجازات مرگ، صدمه شدید یا حبس می‌انجامد همانند اجبار رفتار خواهد شد.^(۱۷۶) اما اگر دستور از جانب مقامی صادر شده باشد که فاقد قدرت لازم است، تنها در صورتی به منزله اجبار خواهد بود که فرد تحت امر، اطمینان دارد که اگر در انجام دستور قصور ورزد، شیوه‌های اجبار نسبت به او اعمال خواهد شد یا مقام مربوطه عادت دارد که زمانی که از اوامر او سرپیچی می‌شود، طرق یادشده را به کار گیرد.^(۱۷۷) در سایر موارد، هیچ متخلفی با عنوان اینکه تخلف با دستور مافوق ارتکاب یافته، نمی‌تواند از مجازات خلاصی یابد. در چنین صورتی، هم فردی که مرتکب خلاف شده و هم امر، به‌نحو برابر مسئول خواهند بود.^(۱۷۸)

8. حکمرانان، مافوق قانون نیستند (بی‌تأثیر بودن سمت رسمی / مصونیت)

مشابه ماده 27 اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری (بی‌تأثیر بودن سمت رسمی)، در حقوق اسلامی نیز امتیاز به‌خصوصی برای هیچ‌کس به رسمیت شناخته نشده و حکمرانان مافوق قانون نیستند. حقوق‌دانان مسلمان

170. Peters, *supra* note 21, at 24; Zakariyah, *supra* note 82, at 151–2.

171. Abu-Zahra, *supra* note 139, at 382; Oudah, *supra* note 159, at 299.

172. Abu-Zahra, *supra* note 139, at 382.

173. A. A. Mawdudi, *Human Rights in Islam* (1980), 33.

174. Sahih Muslim, Kitab al-Amanah, Bab Wujub Ta'at al-Umara' fi Ghayral-Ma'siyahwa Tahrimuha fi'l-Ma'siyah, hadith no. 39. This hadith is reported in both Bukhari and Muslim.

175. Abu Dawud al-Sijistani, Sunan Abu Dawud, tr. Ahmad Hasan, hadith no. 2285.

176. Oudah, *supra* note 159, at 295.

177. Hasia Ibn Abideen, Vol. 5, at 112, in *ibid.*

178. Mawdudi, *supra* note 168, at 33.

اتفاق نظر دارند که رئیس دولت و حکومت مانند سایر افراد به خاطر رفتارهایشان مسئول اند.^(۱۷۹) برابری در پیشگاه قانون و محاکم به طور یکسان برای تمامی شهروندان، به صراحت شناسایی شده، از بینواترین شهروندان گرفته تا عالی‌ترین مقامات سرزمین.^(۱۸۰) سنتی از عمر نقل شده که بیانگر آن است که چگونه خود پیامبر انتظار هیچ‌گونه برخورد خاصی را نداشت: «در موقع جنگ بدر، زمانی که پیامبر در حال مرتب‌نمودن صفوف ارتش مسلمین بودند، ایشان ضربه‌ای به شکم سربازی زدند تا بلکه او را به داخل صف هل دهند. سرباز لب به شکایت گشود: «آخ پیامبر، شما با عصای خود به من آسیب رساندی». پیامبر فوراً شکم خود را نشان داد و فرمود، «من بسیار متأسفم، تو می‌توانی به نحو مشابه تلافی نمایی».^(۱۸۱) زمانی که زنی از خانواده اشرافی را در خصوص سرقتی پیش پیامبر آوردند و توصیه شد که او از مجازات معاف گردد، پیامبر حتی با صراحت بیش‌تری موضع خود مبنی بر برابری همگان در پیشگاه قانون را اعلام نمود:

ملت‌های پیش از شما به دست خداوند نابود شدند چرا که افراد عادی را به خاطر گناهانشان مجازات نمودند و اجازه دادند که افراد عالی‌رتبه از بابت جرایم‌شان بی‌کیفر باقی بمانند. قسم به خدایی که حیات من در دستان اوست، اگر فاطمه (دختر پیامبر) مرتکب چنین جرمی شده بود، آن‌گاه من دست او را قطع می‌کردم.^(۱۸۲)

9. ملاحظات کلی و نتیجه‌گیری

حقوق اسلامی با اهتمام حقوق‌دانان در خلال قرون متمادی، بسط و توسعه یافته و به واقعیتی ظریف، پیچیده و بسیار پیشرفته مبدل شده است. اما پیچیدگی یادشده، باعث نامعلوم‌شدن حقوق اسلامی نگشته است.^(۱۸۳) تفاوت‌های میان حقوق‌دانان و مکاتب [مذاهب] فقه اسلامی بیانگر «تجلیات مختلف یک خواست الهی یکسان است» و به منزله «وحدت در عین کثرت» به شمار می‌رود.^(۱۸۴) «حقوق اسلامی نیز همانند سایر حقوق، «منابع» خاص خود را دارد؛ «اصول راهنمایی» دارد که ماهیت «ادله» آن را دیکته می‌کند؛ علاوه بر این‌ها حقوق اسلامی از «قواعد کلی حقوقی» (قواعد فقه) استفاده می‌کند و «اهدافی» (مقاصد) زیربنایی را به کار می‌گیرد تا بنیان‌های تئوری حقوقی خود را بر آن‌ها بنا نماید».^(۱۸۵)

مطالعه حاضر بیانگر آن است که قواعد فقه اسلامی که اکثریت آن‌ها فراگیر و جهان‌شمولند، نقشی حیاتی در فرایند قضاوت ایفا می‌نمایند. از این رو، «فرض بی‌گناهی» یعنی بنیادین‌ترین حق متهم که در ماده 66 اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری مورد تکریم قرار گرفته، نسخه مشابه خود را در میان قواعد فقه اسلامی در ذیل عنوان «قطعیت با شبهه از بین نمی‌رود» و قاعده فرعی آن یعنی «در شریعت اصل بر عدم مسئولیت است» جستجو می‌نماید. قاعده اخیر، بسیار صریح است که قضات را ملتزم می‌نماید که محاکمه را با این پیش‌فرض که متهم،

179. Kamali, *supra* note 8, at 180.

180. Mawdudi, *supra* note 168, at 32; cf. Abu Zahrah, *Tanzim*, 34–5; Mutawali, *Mabadu*, 387; Ghazawi, *al-Hurriyyah*, 26, in Kamali, *supra* note 8, at 181.

181. Mawdudi, *supra* note 168, at 32.

182. *Ibid.*

183. Baderin, *supra* note 23, at 32–3.

184. M. H. Kamali, *Principles of Islamic Jurisprudence* (1991), 169.

185. G. Picken, *Islamic Law*, 4 vols. (2010).

مرتکب جرم مورد ادعا شده، آغاز نمایند.

بند دوم ماده 66 اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری که مقرر می‌دارد بار اثبات مجرمیت بر دوش دادستان است، هم‌سنگ حدیث پیامبر است که عنوان داشته: «بار اثبات به عهده مدعی است و سوگند (انکار مجرمیت) به عهده منکر است». اما رویه دیوان بین‌المللی کیفری به منوال دیگری است. بررسی ما در خصوص عنصر معنوی حاکی از آن است که در مورد جرایمی که در صلاحیت موضوعی دیوان بین‌المللی کیفری قرار دارد، استثنائاتی در اعمال قاعده اولیه قصد و آگاهی وجود دارد. در قضیه *لوبانگا* (Lubanga) شعبه پیش از محاکمه اذعان داشت که در دیوان بین‌المللی کیفری، عناصر جرایم می‌توانند «به‌نحو و ترتیب دیگری باشند». به‌زعم این شعبه، عنصر تصصیر و اهمال به‌عنوان یکی از عناصر ذکر شده برای برخی جرایم، می‌تواند استثنائی باشد بر ضابطه قصد و آگاهی که در بند الف ماده 30 اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری بدان تصریح شده است.^(۱۸۶) در چنین وضعیتی که صدور حکم محکومیت، به اثبات این امر بستگی دارد که مرتکب، «دلیل متعارفی» برای باور یا ظن نسبت به برخی وقایع مرتبط داشته است، دیگر لازم نیست که دادستان کار چندانی انجام دهد و احتمالاً بار اثبات بر عهده متهم است. این رویه ظاهراً در تعارض با حدیثی است که پیش‌تر مورد اشاره قرار گرفت.

تا جایی که به عنصر معنوی مربوط می‌شود، مستثناسدن بی‌مبالاتی به‌عنوان عنصر ذهنی قابل سرزنش در چهارچوب مفاد ماده 30 دیوان بین‌المللی کیفری، هماهنگ با اصول اولیه حقوق اسلامی است [که مقرر می‌دارد] احدی نباید برای جرایم حدود (جرایمی با مجازات الزامی و معین) یا جرایم قصاص (معامله‌به‌مثل) مسئولیت کیفری داشته باشد مگر آنکه وی از روی اراده یا تعمد (عمداً) مرتکب جرم مربوطه شده باشد. رویکردی که حقوق‌دانان مسلمان در زمینه احراز عنصر معنوی قضایای قتل دنبال نموده‌اند، ایجاب می‌کند که توجه بیش‌تری به این امر معطوف شود. این حقوق‌دانان، اشیاء مورد استفاده در ارتکاب جرم را به‌عنوان عاملی بیرونی مد نظر قرار می‌دهند. این عامل احتمالاً از وضعیت ذهنی متهم پرده برمی‌دارد.

موضع‌گیری این دو نظام [نظام حقوقی اسلام و اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری] در خصوص اعتبار استناد به اجبار به‌عنوان دفاعیه‌ای کلی برای قتل با هم در تضاداند. برخلاف اساسنامه رم که چنین دفاعی را جایز می‌شمارد، حقوق اسلامی موضعی ثابت در این امر دارد مبنی بر اینکه حیات هیچ فردی ارزشمندتر از سایرین نیست. این موضع مبتنی بر این قاعده کلی حقوق اسلامی است که «ایراد خسارت نباید با واردآوردن خسارت دیگری دفع شود».

بر اساس این مطالعه مقدماتی و سایر آثار متخصصان،^(۱۸۷) دلیلی در دست نیست که با آن بتوان در مقام

186. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Décision sur la confirmation des charges, Case No. ICC-01/04-01/06-803, 29 January 2007, paras. 356–359.

187. M. C. Bassiouni, *Islamic Criminal Justice* (1982); M. C. Bassiouni, *Protection of Diplomats under Islamic Law*, (1980) 74 AJIL 609; M. C. Bassiouni, *Evolving Approaches to Jihad: From Self-Defense to Revolutionary and Regime-Change Political Violence*, (2007) 8 Chicago JIL 119; M. C. Bassiouni and A. Guellali (eds.), *Jihad and Its Challenges to International and Domestic Law* (2010); M. E. El Zeidy and R. Murphy, *Islamic Law on Prisoners of War and Its Relationship with International Humanitarian Law*, (2004) 14 Italian Yearbook of International Law 53; F. Malekian, *The Homogeneity of ICC with Islamic Jurisprudence*, (2009) 9 International Criminal Law Review 595; A. Maged, *Arab and Islamic Shari'a Perspectives on the Current System of*

توجیه این امر برآییم که نظام حقوق اسلامی، که توسط بخش قابل توجهی از دنیا مورد شناسایی قرار گرفته، نباید در مطالعات تطبیقی قضات دیوان بین‌المللی به‌منظور استخراج اصول کلی حقوقی دخیل شود. همان‌گونه که رادولف شلسینگر (Schlesinger) عنوان داشته: «شاید زمان آن فرا رسیده باشد که این آرمان خیالی، که «یک حقوق» یا «یک مجموعه قوانین» برای تمام دنیا کارگشاست، به گوشه‌ای افکنده شود یا محدود و مقید گردد و هدفی واقع‌گرایانه‌تر، یعنی تبیین و ایضاح هسته مشترکی از اصول حقوقی، جایگزین آن آرمان خیالی شود».^(۱۸۸)



International Criminal Court, (2008) 8 *International Criminal Law Review* 477; S. C. Roach, *Arab States and the Role of Islam in the International Criminal Court*, (2005) 53 *Political Studies* 143.

188. Schlesinger, *supra* note 1, at 741;

آمبوس (Ambos) خاطر نشان ساخته که رویکرد محض غربی باید با مفاهیم غیر غربی جرم و مجازات، نظیر حقوق اسلامی، تکمیل گردد تا نظامی جهان‌شمول ایجاد و توسعه یابد؛ ن.ک:

K. Ambos, *International Criminal Law at the Crossroads: From Ad Hoc Imposition to a Treaty-Based Universal System*, in C. Stahn and L. Van den Herik (eds.), *Future Perspective on International Criminal Justice* (2010), 161, at 177.