

Corporal Punishments from the Perspective of International Criminal Court in Al-Hassan Case

Muhammad Hassan Maldar *
Abdoreza Javan Ja'afari Boojnordi **
Seiyed Muhammad Javad Sadati ***

(DOI) : 10.22066/CILAMAG.2023.701345

(DOR) : 1001.1.2251614.1402.40.69.6.5

Abstract

“Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud”, one of the leaders of the Ansar al-Din organization in Mali’s civil war, is now facing two charges of crimes against humanity and war crimes in the International Criminal Court. The implementation of corporal punishments is among his brutal acts. In this respect, we are facing this question that how the criminalization of corporal punishment should be analyzed from the court statute perspective? It is also necessary to unravel the mystery of how to rethink the corporal punishment system in Islamic countries in the light of the recent case. Present research concludes that the nature of corporal punishment implemented by Al-Hassan is compatible with the actus reus and mens rea of crimes against humanity and war crimes. Therefore, the implementation of corporal punishment by Islamic countries cannot be considered an international crime unless there are defined matching elements. However, in line with rethinking corporal punishments, they should come up with a message-oriented perception about the discussed case and pay attention to the expressive function of the court. With regard to various principles and jurisprudence rules such as Mulazeme rule (combination of reason and Sharia) and the Rule of Nafy Sabil (Denying the Domination of Unbelievers over Believers), there will be no doubt that this is an important issue. The importance of this issue and an urgent need for a solution increases with the international human rights organizations’ reactions and protests, considering Islamic governments in the

* PhD Candidate in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University, Mashhad, Iran, mohammadhasan.maldar@mail.um.ac.ir

** Corresponding Author, Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Ferdowsi University, Mashhad, Iran, javan-j@um.ac.ir

*** Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Ferdowsi University, Mashhad, Iran, mj.sadati@um.ac.ir



same category as Takfiri groups in the international eyes, as well as the growth of the phenomenon of Islamophobia.

Keywords

War Crime, Crime against Humanity, Lashing Punishment, Mulazeme Rule, The Rule of Nafy Sabil (Denying the Domination of Unbelievers Over Believers)

کیفرهای بدنی از منظر دیوان کیفری بین‌المللی در پرونده الحسن

محمدحسن مالدار *

عبدالرضا جوان جعفری بجنوردی **

سیدمحمدجواد ساداتی ***

(DOI) : 10.22066/CILAMAG.2023.701345

(DOR) : 1001.1.2251614.1402.40.69.6.5

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۰۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۳/۰۵

چکیده

الحسن آغ عبدالعزیز آغ محمد آغ محمود از رهبران انصارالدین در جنگ داخلی مالی، اکنون با دو اتهام جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی در دیوان کیفری بین‌المللی مواجه است. از جمله اقدامات ضدبشری وی می‌توان به اجرای کیفرهای بدنی اشاره کرد. این پرسش مطرح است که جنایت‌انگاری اجرای کیفرهای بدنی از منظر اساسنامه دیوان، چگونه تحلیل می‌شود؟ همچنین باید گره از این معما گشود که چگونه می‌توان در پرتو پرونده اخیر، در نظام کیفرهای بدنی در حال اجرا در کشورهای اسلامی بازاندیشی کرد؟ تحقیق حاضر دریافته است که اجرای کیفرهای بدنی توسط الحسن با عناصر زمینه‌ای مادی و معنوی (روانی) جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی انطباق دارد. وانگهی اجرای مجازات‌های

* mohammadhasan.maldar@mail.um.ac.ir

* دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه فردوسی مشهد

Javan-j@um.ac.ir

** نویسنده مسئول، دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

mj.sadati@um.ac.ir

*** استادیار دانشگاه فردوسی مشهد

جسمانی به دست کشورهای اسلامی جز در صورت وجود عناصر سازنده نمی‌تواند جنایت بین‌المللی تلقی شود. با این حال آن‌ها باید با خوانشی پیام‌محورانه از پرونده مورد بحث و توجه به کارکرد بیانی دیوان، در تکاپوی بازاندیشی در کیفرهای بدنی برآیند. این موضوع مهمی است که نه تنها قواعد اصولی و فقهی گوناگونی همچون «ملازمه» و «نفی سبیل» آن را تأیید می‌کنند، بلکه در پرتو اعتراضات و واکنش‌های سازمان‌های حقوق بشری بین‌المللی، یکسان پنداشته شدن کشورهای اسلامی با گروه‌های تکفیری در انظار بین‌المللی و نیز رشد پدیده اسلام‌هراسی ضرورت می‌یابد.

واژگان کلیدی

جنایت جنگی، جنایت علیه بشریت، کیفر شلاق، قاعده ملازمه، قاعده نفی سبیل

مقدمه

یکی از رویدادهای مهم سده بیست‌ویکم، جنگ داخلی کشور مالی بوده است. ازجمله نتایج این جنگ، تسخیر برخی از شهرهای مالی ازجمله تیمبوکتو^۱ به دست گروه‌های سلفی^۲ مانند انصارالدین^۳ و القاعده^۴ بود. پیرو این تصرف، گروه انصارالدین، باورها و اندیشه‌های مذهبی و سیاسی خود را بر شهروندان تحمیل کرد.^۵ اقدامات خشن و ضدانسانی به‌ظاهر شرعی ازجمله وضع قوانین سخت‌گیرانه مانند ممنوع کردن رفتارهایی همچون مصرف تنباکو و توتون، انجام بازی فوتبال و نیز تعقیب و آزار جنسیتی^۶ در کنار تخریب آثار فرهنگی و تاریخی، آن‌چنان اندوه‌آور و

1. Timbuktu

۲. «سلفی به گروهی از مسلمانان اهل سنت گفته می‌شود که به دین اسلام تمسک بسته و خود را پیرو سلف صالح می‌دانند و در عمل و اعتقادات خود از پیامبر اسلام، صحابه و تابعین تبعیت می‌کنند. سلفی‌ها تنها قرآن و سنت را منابع احکام و تصمیمات خود می‌دانند. سلفی‌گری دو رکن اساسی دارد: یکی بازگشت به شیوه زندگی و مرام سلف صالح و در نهایت، سنت حجاز و بخصوص سنت اهل مدینه در ۱۴۰۰ سال پیش، و دوم مبارزه با بدعت، یعنی هر چیزی که سلفی‌ها جدید و خلاف سنت می‌دانند». معصومی، ابراهیم، سعید اسلامی و کمال پولادی؛ «بررسی مقایسه‌ای اسلام سیاسی مبتنی بر امامت و اسلام سیاسی مبتنی بر خلافت در نو سلفیه»؛ ماهنامه جامعه‌شناسی سیاسی ایران، دوره پنجم، شماره ۶، شهریور ۱۴۰۱، ص ۲۱.

3. Ansar Dine

4. Al Qaeda

۵. خسروی، حسن و فرید سلطان‌قیس؛ «حمایت از اموال فرهنگی و تاریخی در حقوق بین‌الملل با نگاهی بر اقدام دیوان

بین‌المللی کیفری در قضیه کشور مالی»، مطالعات میان‌فرهنگی، دوره ۱۲، شماره ۳۳، اسفند ۱۳۹۶، صص ۱۷۹-۱۷۸.

Also: Chauzal, Grégory, Van Damme, Thibault, *The Roots of Mali's Conflict Moving beyond the 2012 Crisis*, Clingendael Institute, 2015, pp. 10-11.

۶. سیدزاده ثانی، سیدمهدی و زهرا فرهادی آلاشتی؛ «جبران خسارت تخریب میراث فرهنگی در دیوان کیفری بین‌المللی با

نگاهی به پرونده المهدی»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۴۹، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۸، ص ۱۱۲.

۷. ازجمله این تفاوت‌گذاری‌ها، منع ترک خانه، عدم حضور در تجمع‌ها و اجبار به پوشیدن دستکش در بازار بوده است.

غیرانسانی بود که موجبات نگرانی جامعه بین‌الملل را فراهم آورد.^۸ بر این اساس، دولت مالی در ۲۰۱۲ وضعیت جاری در این کشور را به دادستان دیوان کیفری بین‌المللی (زین پس دیوان) ارجاع داد.^۹ دادستان بر اساس این ارجاع، در روزهای نخست ۲۰۱۳ تحقیقات خود را نسبت به جرایم احتمالی واقع شده در وضعیت مالی از نیمه ۲۰۱۲ آغاز کرد.^{۱۰}

یکی از پرونده‌های مرتبط با مخاصمه مسلحانه مالی، پرونده الحسن آغ عبدالعزیز آغ محمد آغ محمود^{۱۱} (زین پس الحسن) است. الحسن از جمله افراد شرکت کننده در مخاصمه مسلحانه مالی با سمت رئیس امور حسبه تیمبوکتو بود. جایگاه شغلی الحسن در این شهر موجب شده بود که وی به اختیارات و قدرت زیادی از رهگذر آن دست یابد. این اتفاق باعث شد تا وی در جهت اجرای قوانین موسوم به شرعی از جمله تحمیل مقررات و دستورهای اجباری بر شهروندان، به ویژه زنان و دختران، همچون ممنوعیت تحصیل، ممنوعیت استفاده از طلا و جواهر، پوشش اجباری مانند استفاده از دستکش هنگام پرداخت و دریافت پول از کاسبان، سوءاستفاده کند. البته این تمام ماجرا نبود و وی برای سرپیچی از چنین فرمان‌هایی ضمانت اجراهای خشنی مانند اقامه مجازات‌های بدنی در ملا عام را برنهاده بود.^{۱۲}

این اقدامات ناروا موجب شد تا پس از اتمام مخاصمه مذکور، دولت مالی در ۲۰۱۲ با استناد به ماده ۱۴ اساسنامه دیوان، قضیه الحسن را به دادستان دیوان ارجاع دهد.^{۱۳} پس از انجام ارزیابی

8. ICC, Decision of 30.9.2019 – ICC-01/12-01/18-461-Corr-Red.

Also: Chauzal, Grégory, *op. cit.*, p. 12.

۹. ماده ۱۴ اساسنامه دیوان در این باره مقرر می‌دارد: «یک دولت عضو می‌تواند موضوعی را که ظاهراً در آن یک یا چند جنایت مشمول صلاحیت دیوان ارتکاب یافته است، به دادستان ارجاع و درخواست تحقیق نماید به این منظور که مشخص شود آیا شخص یا اشخاصی باید به ارتکاب آن جنایت متهم شوند. تا حد امکان در هر ارجاع بایستی اوضاع و احوال مربوط مشخص شده و همراه با اسناد مثبت‌های باشد که در دسترس دولت ارجاع‌کننده قضیه قرار دارد».

۱۰. مرکز حقوق کیفری بین‌المللی ایران، «اولین پرونده تخریب میراث فرهنگی در دیوان کیفری بین‌المللی»، ۱۳۹۷/۷/۴، (در دسترس در تاریخ ۱۴۰۰/۱۱/۱۱).

available at: <<http://www.icicl.org/details.asp?id=322>>.

11. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud.

12. ICC., *Le Procureur c. Al Hassan*, La Chambre Préliminaire I, 30 September 2019, No. ICC-01/12-01/18., para. 114.

۱۳. (۱) کشور عضو می‌تواند موردی را به دادستان ارجاع نماید که در آن به نظر می‌رسد یک یا چند جنایت در حوزه صلاحیت دادگاه واقع شده باشد و از دادستان تقاضا نماید به منظور تشخیص اینکه آیا یک یا چند شخص بخصوص باید به ارتکاب این جنایات متهم شوند، تحقیق کند. (۲) موردی که به دادگاه ارجاع می‌شود باید تا حد امکان شرایط مربوطه را تشریح نماید و تا آنجا که در دسترس کشور ارجاع‌کننده دعوا باشد، مدارک و شواهد مؤید ادعا را در پرونده ضمیمه نماید.

۱۴. به نظر می‌رسد دلیل اساسی ارجاع قضیه الحسن به دیوان توسط دولت مالی، «عدم امکان تحقق عدالت» و «ملاحظات نظام قضایی ملی» به دلیل فقدان سازوکارهای مناسب حقوقی در آن کشور باشد. در ماده ۱۷ اساسنامه رم به این موارد اشاره شده است.

مقدماتی، دادستان وقت در ۲۰۱۳ به این نتیجه رسید که بر اساس مبنای معقول و بررسی اسناد و مدارک موجود، جرایم تحت صلاحیت دیوان در مالی رخ داده است؛ لذا تحقیقاتش را در خصوص آن آغاز کرد. در ۲۰۱۸ پس از اتمام تحقیقات و احراز مجرمیت الحسن برای دادستان، حکم بازداشت متهم توسط دفتر دادستانی درخواست و به وسیله شعبه پیش‌دادرسی صادر شد.^{۱۵} سپس الحسن توسط مقامات مالی دستگیر و به بازداشتگاه دیوان، واقع در لاهه انتقال یافت.^{۱۶} در ۲۰۱۹ در جلسه تأیید اتهام، اتهامات جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی نسبت به وی تأیید شد.^{۱۷} بعد از این اتفاق، الحسن به این موضوع اعتراض کرد که این درخواست در شعبه پیش‌دادرسی رد شد. از نوامبر ۲۰۱۹ دیوان، شعبه‌ای برای رسیدگی به اتهامات الحسن تشکیل داد. شعبه تشکیل شده به ریاست قاضی آنتوان کسیا-مبه میندوا،^{۱۸} تاریخ برگزاری نخستین جلسه رسیدگی را ۱۴ ژوئیه ۲۰۲۰ تعیین کرد.^{۱۹} شعبه دادرسی دو اتهام جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی را متوجه الحسن دانست. بر اساس نظر شعبه پیش‌دادرسی، جنایات علیه بشریت در تیمبوکتو، به صورت حمله گسترده و نظام‌مند توسط گروه‌های مسلح انصارالدین و القاعده در مغرب اسلامی علیه مردم غیرنظامی تیمبوکتو از آوریل ۲۰۱۲ تا ژانویه ۲۰۱۳ انجام پذیرفت.^{۲۰} از جمله این رفتارها می‌توان به شکنجه، تجاوز، برده‌داری جنسی و سایر اقدامات غیرانسانی مانند ازدواج‌های اجباری، تعقیب و آزار اشاره کرد. دوم اینکه، در همان دوره، ارتکاب جنایات جنگی در تیمبوکتو مالی، در چارچوب مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی رخ داده است. برای مثال، شکنجه، برخورد ظالمانه، صدور حکم و اجرای مجازات با نظر شخصی و بدون تشکیل دادگاه صالح و نیز عدم رعایت تشریفات قانونی، هدایت عمدی حملات علیه بناهای مذهبی و تاریخی و در آخر، تجاوز جنسی و برده‌گیری جنسی، از جمله اقدامات غیرانسانی و ظالمانه‌ای است که الحسن و افراد تحت نظر وی علیه افراد غیرنظامی انجام داده‌اند.^{۲۱}

15. *The Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, Case Information Sheet, ICC-01/12-01/18.

16. ICC., "Situation in Mali: Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud Surrendered to the ICC on Charges of Crimes against Humanity and War Crimes in Timbuktu", 31 March 2018, available at: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1376#_blank>, last seen 1 February 2022.

17. ICC, "Al Hassan Case: ICC Pre-Trial Chamber I Confirms Charges of War Crimes and Crimes against Humanity and Commits Suspect to Trial", 30 September 2019, available at: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1483#_blank>, last seen 1 February 2022.

18. Antoine Kesia-Mbe Mindua

19. ICC, "Opening of the Trial in the Al Hassan Case: Practical Information", 9 July 2020, available at: <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=ma254>>, last seen 1 February 2022.

20. ICC, Decision of 30.9.2019 – ICC-01/12-01/18-461-Corr-Red.

21. ICC, *The Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, Decision of 30.9.2019, ICC-01/12-01/18.

همان‌طور که گذشت، از جمله اقدامات رایج/الحسن، اجرای کیفرهای بدنی بوده است. بر این اساس در این باره دو پرسش اساسی مطرح است. نخست آنکه جنایت‌انگاری اجرای کیفرهای بدنی از منظر اساسنامه دیوان چگونه تحلیل می‌شود؟ همچنین، چگونه می‌توان در پرتو جنایت‌انگاری اخیر، در نظام کیفرهای بدنی در کشورهای اسلامی بازاندیشی کرد؟^{۲۲}

مهم‌ترین هدف پژوهش حاضر، اثبات ضرورت بازاندیشی در اجرای مجازات‌های بدنی در کشورهای اسلامی است زیرا در عصر جهانی‌شدن، حکمرانان سراسر کره‌خاکی باید در مسائل مختلفی از جمله حقوق کیفری در گذرگاهی همانند یکدیگر یا نهاده و اصول و مبانی مشترکی را بپذیرند. در زمان کنونی، کشورهای دنیا باید قوانین خود را هماهنگ با «معیارها و هنجارهای بین‌المللی یکپارچه» تصویب و تنقیح کنند.^{۲۳} همچنین تعقیب/الحسن به دست دیوان، هشدار و نسبت به افراد و گروه‌هایی است که می‌خواهند شیوه‌های بنیادگرایانه اسلامی^{۲۴} را در پیش بگیرند، به این صورت که آنها نیز ممکن است زمانی تحت تعقیب عالی‌ترین مرجع کیفری بین‌المللی قرار گیرند.

تحقیق پیش رو برای دستیابی به پاسخ پرسش‌های اخیر با موشکافی پرونده مزبور و مسائل مرتبط با آن، در سه بخش به رشته تحریر درآمده است. در بخش اول و دوم با عناوین «توصیف اجرای کیفرهای بدنی به مثابه جنایت علیه بشریت» و «توصیف اجرای کیفرهای بدنی به مثابه جنایت جنگی»، اتهامات/الحسن بررسی شده است. سپس در بخش دوم با عنوان «ضرورت اصلاح سیاست‌های کیفری خشونت‌آمیز در پرتو خوانش پیام‌محورانه از پرونده/الحسن»، الهام‌بخش بودن اقدام دیوان برای کشورهای اسلامی، در چهار قسمت مجزا تجزیه و تحلیل شده است.

۲۲. مرور پیشینه پژوهش نشان می‌دهد که درباره جنگ داخلی مالی دست‌کم در آثار پارسی پژوهش‌های پرشماری دیده نمی‌شود، گرچه این‌گونه نبوده است که به‌طور کلی این مسئله از نگاه پژوهشگران عرصه حقوق کیفری بین‌الملل دور بماند. برای نمونه، ن.ک: سیدمهدی سیدزاده ثانی و زهرا فرهادی آلاشتی؛ همان؛ شامل بررسی رأی تاریخی دیوان درباره تخریب میراث فرهنگی؛ حسن خسروی و فرید سلطان‌قیس؛ همان؛ شامل بررسی چگونگی حمایت از آثار فرهنگی و تاریخی در حقوق بین‌الملل و ارزیابی اقدامات دیوان در قبال تخریب اموال تاریخی و فرهنگی.

۲۳. آخوندی، محمود و محمدعلی جاهد؛ «حقوق جهانی، از تئوری تا عمل با تأکید بر جهانی‌شدن حقوق بشر»، فصلنامه پژوهش حقوقی، دوره ۱۴، شماره ۳۶، فروردین ۱۳۹۱، ص ۳.

۲۴. «بنیادگرایی اسلامی به معنای بازگشت به اعتقادات اصولی و اولیه اسلامی (قرآن و سنت) است. آنها معتقدند که باید به منابع دینی بدون دستبرد، تحریف یا توجیه مبتنی بر دیدگاه شخصی التزام نمود». محقق‌نیا، حامد، جهان‌بخش مرادی و علی مختاری؛ «چالش‌های گفتمان بنیادگرایی اسلامی و غرب»، فصلنامه مطالعات سیاسی، دوره ۵، شماره ۲۰، تابستان ۱۳۹۲، ص ۱۱۸.

۱. توصیف اجرای کیفرهای بدنی به‌مثابه جنایت علیه بشریت

پس از بازخوانی پرونده الحسن و نیز اتهامات وی در مباحث پیشین، اینک باید این مسئله شفاف شود که آیا اجرای کیفرهای بدنی می‌تواند مصداق جنایت علیه بشریت قلمداد شود یا خیر؟ اگر پاسخ مثبت است، این موضوع ذیل کدامیک از مصادیق جنایت مزبور می‌گنجد؟ برای دستیابی به پاسخ پرسش اخیر باید نخست موارد این جنایت که در ماده ۲۵^{۲۵} اساسنامه رم متجلی شده‌اند، روشن شوند.

نگاهی به گزاره‌های ماده ۷ نشان می‌دهد که اجرای کیفرهای بدنی که بیشتر در ملاً عام و با نظارت الحسن و نیز بدون دادرسی عادلانه انجام می‌پذیرفت، می‌تواند از دو چشم‌انداز «شکنجه» و «سایر رفتارهای غیرانسانی» بررسی شود.

در حقوق بین‌الملل، تعریف یگانه‌ای از شکنجه وجود ندارد. بیشتر اسناد بین‌المللی مرتبط با موضوع، مانند ماده ۱^{۲۶} کنوانسیون منع شکنجه و رفتار یا مجازات خشن، غیرانسانی یا تحقیرکننده (۱۹۸۴)، ماده ۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸)، ماده ۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶)، ماده ۳ کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های بنیادی (۱۹۵۰) بر ممنوعیت آن و نیز سایر رفتارهای غیرانسانی و تحقیرآمیز تأکید کرده‌اند.

این مسئله که مجازات‌های قانونی فی‌نفسه شکنجه نیستند، مورد تصریح کنوانسیون‌ها و معاهدات بین‌المللی قرار گرفته است.^{۲۷} به عبارت دیگر، کیفرهای گوناگون با مبنای قانونی

۲۵. ماده ۷ مقرر می‌دارد: «کشتار، ریشه‌کن کردن، به‌بردگی گرفتن، اخراج یا انتقال اجباری یک جمعیت، حبس کردن یا ایجاد محرومیت شدید از آزادی جسمانی که برخلاف قواعد اساسی حقوق بین‌الملل انجام می‌شود، شکنجه، تجاوز جنسی، برده‌گیری جنسی، فاحشگی اجباری، حاملگی اجباری، عقیم کردن اجباری یا هر شکل دیگر خشونت جنسی همسنگ با آن‌ها، تعقیب و آزار مداوم هر گروه یا مجموعه مشخص به علل سیاسی، نژادی، ملی، قومی، فرهنگی، مذهبی، جنسی یا دلایل دیگر، در ارتباط با هر یک از اعمال مذکور در این بند یا هر جنایت مشمول صلاحیت دیوان که در سراسر جهان به موجب حقوق بین‌الملل غیرمجاز شناخته شده است، ناپدید کردن اجباری اشخاص، جنایت تبعیض نژادی، اعمال غیرانسانی مشابه دیگری که آگاهانه به قصد ایجاد رنج عظیم یا صدمه شدید به جسم یا به سلامت روحی و جسمی صورت پذیرد».

۲۶. ماده مزبور بیان می‌دارد: «در این کنوانسیون واژه «شکنجه» به هر عمل عمدی که در اثر آن درد یا رنج شدید جسمی یا روحی علیه شخصی به منظور کسب اطلاعات یا گرفتن اقرار از او یا از شخص ثالث اعمال شود، اطلاق می‌شود. همچنین تنبیه شخص به خاطر عملی که وی یا شخص ثالثی انجام داده یا احتمال انجام آن می‌رود یا تهدید یا اجبار او یا شخص ثالث، یا تنبیه شخص به هر دلیلی که مبتنی بر هر نوع تبعیض باشد، شکنجه تلقی می‌شود. درد یا رنجی که از مجازات‌های قانونی ناشی می‌شود یا جزء جداناپذیر یا لازمه آن‌ها است، از شمول این تعریف خارج است».

۲۷. البته این مسئله غیرقابل‌انکار است که از منظر نهادهای حقوق بشری، تمامی اشکال کیفرهای بدنی به هر طریقی (چه قانونی و چه غیرقانونی)، مصداق رفتار غیرانسانی و بی‌رحمانه هستند. در این باره می‌توان به قطعنامه‌های پُرشمار که راجع به نقض مکرر حقوق بشر در کشورهای اسلامی به‌وسیله اجرای کیفرهای بدنی صادر شده است، اشاره کرد. ن.ک: نظری ندوشن، محمد و اردوان ارژنگ؛ «مجازات رجم در پرتو عناوین ثانوی»، *جستارهای فقهی و اصولی*، دوره ۳، شماره ۲، ۱۳۹۶.

نمی‌توانند شکنجه تلقی شوند؛ همچنان که طبق اساسنامه دیوان و آیین دادرسی و ادله (قانون عناصر جرایم) نیز درد و رنج ناشی از «مجازات‌های قانونی» نمی‌توانند شکنجه باشند. اما باید در نظر داشت، همان‌طور که اسناد بین‌المللی بر آن تأکید کرده‌اند، مجازات باید از بطن محکمه قانونی و نیز طبق موازین دادرسی منصفانه و عادلانه برون آید. با این حال، شواهد و مدارک موجود در این باره نشان می‌دهد که محاکمات صورت گرفته توسط *الحسن* به هیچ وجه از ویژگی «عادلانه» برخوردار نبوده است تا بتوان آن را از شمول شکنجه خارج دانست. برای مثال، انتخاب قضات گزینشی و فقدان بی‌طرفی و استقلال آن‌ها، نبود زمان معقول برای بررسی پرونده و سرعت زیاد در صدور رأی و اعمال تدابیر غیررویه‌ای و غیرقانونی توسط قضات، که همگی ذیل شروط تحقق دادرسی منصفانه و عادلانه جای می‌گیرند، از بارزترین ویژگی‌های سیستم قضایی تحت نظر *الحسن* بوده است.^{۲۸} همچنان که در نظام دادرسی مزبور، ادله قضایی، حق بهره‌مندی متهم از حقوق و ابزارهای لازم برای دفاع از خود، مانند حق استفاده از وکیل منتخب، حق اطلاع بدون تأخیر از اتهام، حق داشتن زمان و امکانات لازم برای تهیه لایحه دفاعیه، نادیده گرفته می‌شد.^{۲۹}

نکته اساسی دیگر این است که کیفرسانی از وظایف حاکمیت است. از این رو *الحسن* به دلیل عضویت در گروه‌های غیردولتی فاقد این ویژگی بود. پس، از بن و پایه، رفتارهای خشونت‌آمیز وی نمی‌توانست «مجازات» در معنای قانونی و مجاز آن باشد؛ همان‌طور که دادستان نیز بر این عقیده بود که مجازات‌های بدنی اعمال شده توسط *الحسن* از جمله شلاق یا قطع عضو هرگز نمی‌توانند مشروع قلمداد شوند. دادستان دلیل این مسئله را این‌گونه تشریح کرده است که مجازات‌ها باید با موازین حقوق بشر منطبق باشند.^{۳۰} باری، کیفرهای بدنی در هیچ شکل و قواره‌ای در زمره آن‌ها جای نمی‌گیرند. بدین ترتیب نمی‌توان آنچه را *الحسن* انجام داده، از شمول شکنجه خارج دانست. جدای از آنچه ذکر شد، اجرای مجازات‌های بدنی مانند شلاق، می‌تواند مطابق با مورد آخر ماده ۷ اساسنامه دیوان یعنی «اعمال غیرانسانی که آگاهانه به قصد ایجاد رنج عظیم یا صدمه شدید به جسم یا به سلامت روحی و جسمی صورت پذیرد» نیز باشد. همان‌طور که «دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق»^{۳۱} در قضیه *سیلیبیچی*^{۳۲} نیز مقرر می‌دارد: همه فعل یا ترک

28. ICC, *Le Procureur c. Al Hassan*, La Chambre Préliminaire I, 13 November 2019, No. ICC-01/12-01/18, para. 372.

29. *Ibid.*, para. 500.

30. Chaitidu, Eleni, *Recent Developments in the Jurisprudence of the International Criminal Court – Part 2*, 2020, pp. 46-47, available in: <https://www.zis-online.com/dat/artikel/2021_1_1413.pdf>, last seen 1 February 2022.

Also: ICC, Decision of 30.9.2019 – ICC-01/12-01/18-461-Corr-Red (Al Hassan Confirmation), paras. 243-247.

31. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia

32. Celebici

فعل‌هایی که همراه با شکنجه باشند یا عمداً باعث وارد کردن صدمات جسمی و روحی باشند، «اعمال و رفتارهای غیرانسانی» تلقی می‌شوند. همچنین دادگاه متذکر می‌شود که زیرپا گذاشتن اصول اساسی و ذاتی رفتار انسانی، علی‌الخصوص عدم رعایت حرمت شرف و اعتنا به عزت انسانی، مصداق رفتار غیرانسانی است.^{۳۳}

در این رابطه، به نظر شعبه تجدیدنظر دادگاه ویژه سیرالئون،^{۳۴} هدف از درج «سایر اعمال غیرانسانی، فراهم کردن بستر تعقیب اقداماتی است که چون از شدت قابل مقایسه‌ای با مصادیق جنایت علیه بشریت برخوردارند، می‌توانند جنایت علیه بشریت تلقی شوند».^{۳۵} در این باره باید دقت داشت، همان گونه که بند (د) ماده ۱۷ اساسنامه دیوان متذکر شده است، رفتار باید از نظر شدت با دیگر اعمال فهرست قابل مقایسه باشد.^{۳۶} در نتیجه اگر عمل ارتكابی تناظر و تناسبی با دیگر بندهای ماده ۷ نداشته باشد، نمی‌توان مرتکب را به جنایت علیه بشریت محکوم کرد. با این حال، مطابق رویه «دادگاه بین‌المللی کیفری برای رواندا»،^{۳۷} شدت عمل باید با توجه به اوضاع و احوال محیط و شرایط ارتكاب رفتار سنجیده شود.^{۳۸} این رویکرد در دیگر پرونده‌های این دادگاه نیز لحاظ شده است. برای نمونه، در پرونده مدیا، دادگاه ملاک تعیین شدت را شرایط و اوضاع و احوالی دانست که فعل یا ترک فعل ادعایی در آن روی داده است.^{۳۹} همین مرجع بین‌المللی در پرونده آکایسو، برهنه کردن اجباری قربانی در بیرون اداره محلی و نشان دادن وی در گل‌ولای، راه‌بردن قربانی به‌حالت برهنه در ملأ عام در اداره محلی و نیز اجبار سه زن به انجام حرکات ورزشی به‌صورت برهنه و علنی را مصداق «سایر اعمال غیرانسانی» دانست.^{۴۰} پس نمی‌توان برای «شدت»، قاعده نوعی و عام‌الشمول وضع کرد، بلکه باید قید اخیر در چارچوب هر پرونده به‌طور خاص سنجیده شود.^{۴۱} در پرونده مورد بحث نیز رفتارهای ارتكابی الحسن مانند اجرای علنی کیفرها می‌تواند

33. ICTY., *The Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić, Hazim Delić and Esad Landžom*, Judgment, 16 November 1998, Case No. IT-96-21-T, 16 Nov 1998, paras. 442, 544.

34. Special Court for Sierra Leone

35. AFRC trial, *The Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara and Santigie Borbor*, Appeals Chamber, 22 February 2008, Case No. SCSL-2004-16-A, para. 183.

36. میرمحمد صادقی، حسین؛ دادگاه کیفری بین‌المللی، دادگستر، ۱۳۹۵، ص ۱۲۹.

37. International Criminal Tribunal for Rwanda

38. ICTR., *The Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana*, Trial Chamber II, 21 May 1999, Judgment, Case No. ICTR-95-1-T, paras. 149-151.

39. ICTR., *The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza, Hassan Ngeze*, Appeals Chamber, 28 November 2007, Case No. ICTR-99-52-A, para. 987.

40. ICTR., *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Judgment, 2 Sep. 1998, Case No. ICTR-96-4-T, para. 697.

41. مرکز حقوق کیفری بین‌المللی ایران، تأیید شدت‌مندی و قابلیت پذیرش پرونده «الحسن» از سوی شعبه تجدیدنظر دیوان کیفری بین‌الملل، به نشانی:

<http://www.icicl.org/details.asp?id=571>, last seen 1 February 2022.

مصدق «دیگر اعمال غیرانسانی» باشد، چرا که اقدامات و رفتارهای کرامت‌ستیز و رعب‌آور وی از چنان شدت و گستردگی‌ای برخوردارند که قابل مقایسه با سایر بندها هستند.

باید توجه داشت که برای انتساب جنایت علیه بشریت به یک متهم باید نخست عنصر زمینه‌ای^{۴۲} آن وجود داشته باشد. در پرونده جاری، طبق قرائن و شواهد، اجرای کیفرهای بدنی به‌مثابه جنایت علیه بشریت در چارچوب حمله گسترده یا سازمان‌یافته بر ضد یک جمعیت غیرنظامی رخ داده است.^{۴۳} همچنین علاوه بر نیاز به قصد ارتکاب یکی از جرایم یازده‌گانه در ماده ۷ یا بی‌تفاوتی مرتکب نسبت به آن‌ها، علم به وجود حمله گسترده یا سازمان‌یافته علیه جمعیت غیرنظامی نیز ضروری است (البته اطلاع از جزئیات دقیق حمله شرط نیست).^{۴۴} در این راستا دلایل معقولی وجود دارد که ثابت می‌کند/الحسن به این مسئله که این جنایات، بخشی از یک حمله نظام‌مند و گسترده علیه مردم غیرنظامی تیمبوکتو بوده، آگاهی داشت. مثلاً امضای/الحسن در اسناد و مدارک متعددی راجع به اتخاذ سیاست‌های خشونت‌آمیز، از جمله اجرای کیفرهای بدنی وجود دارد. از نظر دادستان، تمام شواهد جمع‌آوری‌شده نشان می‌دهد که/الحسن و زیردستان وی از آوریل ۲۰۱۲ تا ژانویه ۲۰۱۴، یک حمله کلی و منظم را علیه مردم غیرنظامی تیمبوکتو به اجرا درآورده‌اند،^{۴۵} همچنان که وی در بسیاری از اجرای این احکام حاضر بود؛ لذا آگاهی او و تصادفی‌نبودن این جنایات در این زمینه محرز است.^{۴۶} به عبارت دیگر، اقدامات/الحسن و مقامات زیر نظر او نیز به‌نوعی سیاست اعمال بدرفتاری سازمانی نسبت به غیرنظامیان بود. بدین سبب اجرای کیفرهای بدنی به دلیل وجود این عناصر، جنایت علیه بشریت توصیف می‌شود.

۲. توصیف اجرای کیفرهای بدنی به‌مثابه جنایت جنگی

پس از آشکارشدن این مسئله که اجرای کیفرهای بدنی می‌تواند جنایت علیه بشریت انگاشته شود، باید این موضوع از نگرگاه جنایت جنگی نیز بررسی و کاوش شود. قبل از پرداختن به موضوع یادشده، باید تعریفی از جنایت جنگی ارائه شود. از نظر شورای حقوق بشر سازمان ملل، جنایت

۴۲. «عنصر زمینه‌ای جرایم بین‌المللی، شرایط و اوضاع و احوال خاصی است که ارتکاب یک رفتار مجرمانه همراه با آن شرایط، یک جرم عادی را به آستانه جنایت بین‌المللی می‌رساند». ذاکر حسین، محمدادی؛ پژوهش‌های حقوقی جزا و جرم‌شناسی، دوره ۹، شماره ۱۸، پاییز و زمستان ۱۴۰۰، صص ۲۴۲-۲۴۱.

۴۳. محمدنسل، غلامرضا؛ مجموعه مقررات دیوان بین‌المللی کیفری، دادگستر، ۱۳۹۳، ص ۲۲۲.

۴۴. میرمحمد صادقی، حسین؛ دادگاه کیفری بین‌المللی، دادگستر، ۱۳۹۵، ص ۱۳۰.

45. ICC., *Le Procureur c. Al Hassan*, La Chambre Préliminaire I, 13 November 2019, No. ICC-01/12-01/18. para. 99.

46. *Ibid.*, paras. 191, 205, 131, 307.

جنگی، «نقض جدی قوانین بشردوستانه بین‌المللی است که علیه غیرنظامیان یا رزمندگان دشمن در جریان درگیری‌های مسلحانه بین‌المللی یا غیربین‌المللی انجام می‌شود، که ممکن است عاملان آن به صورت فردی مسئولیت کیفری داشته باشند».^{۴۷} مصادیق جنایت جنگی شامل موارد مختلفی می‌شود که در اسناد مختلف بین‌المللی از جمله ماده ۸ اساسنامه رم (۱۹۹۸)، ماده ۳ مشترک^{۴۸} و نیز بند «ه» قسمت ۲ ماده ۴ پروتکل الحاقی دوم به کنوانسیون‌های ژنو (۱۹۴۹) بیان شده است. از آنجا که بازخوانی همه موارد اخیر از هدف و حوصله مقال خارج است، به این مناسبت در قسمت کنونی، تمرکز بحث بر «شکنجه»^{۴۹} است که الحسن بارها مرتکب آن شده بود. به نظر می‌رسد در اینجا نیز همانند جنایت علیه بشریت، یکی از مواردی که می‌تواند مصداق مورد اخیر باشد، اجرای کیفرهای بدنی است. در این رابطه نباید از یاد برد که ممنوعیت شکنجه در حقوق بین‌الملل از «قواعد آمره» و از «بایسته‌های حقوق بین‌الملل عرفی» است؛^{۵۰} بنابراین در هیچ صورتی قابل تعلیق نیست.^{۵۱}

47. Info Note 2, Democratic Republic of the Congo 1993-2003 UN Mapping Report, available at: <https://www.ohchr.org/Documents/Countries/CD/FS-2_Crimes_Final.pdf>, last seen 1 February 2022.

48. «چنانچه مخاصمه جنبه بین‌المللی نداشته باشد و در خاک یکی از دولت‌های معظم متعاهد روی دهد، هر یک از طرف‌های مخاصمه مکلف است که لااقل مقررات زیر را اجرا نماید: با کسانی که به طور مستقیم در جنگ شرکت ندارند، شامل افراد نیروهای مسلح که اسلحه بر زمین گذاشته‌اند و کسانی که به علت بیماری، زخم یا بازداشت یا به هر علت دیگری قادر به جنگ نباشند، باید در همه احوال بدون هیچ تبعیض نامطلوب ناشی از نژاد، رنگ، مذهب، عقیده، اصل و نسب یا ثروت یا هر علت مشابه آن با اصول انسانیت رفتار شود. اعمال زیر در مورد اشخاص مذکور در هر زمان و مکان ممنوع است و خواهد بود. الف) لطمه به حیات یا تمامیت جسمانی از جمله قتل به تمام اشکال آن، زخم‌زدن، رفتار بی‌رحمانه، شکنجه و آزار، ب) اخذ گروگان، پ) لطمه به حیثیت اشخاص بخصوص تحقیر و تخفیف، ت) محکومیت و اعدام بدون حکم دادگاهی که به طور صحیح تشکیل شده و جامع تضمینات قضایی باشد که ملل متمدن ضروری می‌دانند. مجروحان (زخم‌داران) و بیماران باید جمع‌آوری شوند. یک دستگاه نوع‌پروری بی‌طرف مانند کمیته بین‌المللی صلیب سرخ می‌تواند خدمات خود را به طرف‌های مخاصمه عرضه دارد. گذشته از مراتب فوق، طرف‌های متخاصم سعی خواهند کرد تمام یا قسمتی از سایر مقررات این کنوانسیون را از طریق موافقت‌نامه‌های مخصوص به اجرا گذارند. اجرای مقررات فوق، اثری در وضع حقوقی متخاصمان نخواهد داشت.

49. این قسمت نیز مانند قسمت پیشین در مقام قضاوت درباره شکنجه‌بودن یا شکنجه‌نبودن کیفرهای بدنی قانونی نیست. پس بررسی این مسئله که آیا رفتارهای الحسن شکنجه (در ذیل جنایت جنگی) بود یا خیر، فارغ از قضاوت درباره ماهیت شکنجه‌آمیزبودن یا شکنجه‌آمیزنبودن مجازات‌های بدنی‌ای است که از جانب حاکمیت‌های مشروع اعمال می‌شود.

50. ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Judgement, 10 December 1998, paras. 138, 144. Also: ICTY, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic*, Judgement, 16 November 1998, paras. 452-454.

51. صالحی، جواد؛ «ابعاد جرایم جنگی آمریکا در افغانستان و امکان سنجی تعقیب آن در دیوان بین‌المللی کیفری (با تأکید بر رویکردهای رسانه‌ای)»، پژوهشنامه رسانه بین‌الملل، دوره ۵، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۹، ص ۷۰.

شواهد و مدارک پرشماری حکایت از این دارد که مجازات‌های بدنی از ابزارهای پُرکاربرد پلیس اسلامی بوده است. برای نمونه، همان‌طور که در مقدمه نیز به آن اشاره شد، بر اساس شواهد دادستانی، الحسن پوشش خاصی را برای شهروندان اجباری تعیین و مأمورین گشت‌زنی را در معابر و اماکن عمومی برای نظارت بر زنان و دستگیری متخلفان گمارده بود.^{۵۲} چنانچه فردی از دستور وی پیروی نمی‌کرد و توسط افراد الحسن دستگیر می‌شد، مجازات‌هایی چون شکنجه، شلاق و حبس با شرایط غیرانسانی در انتظار او بود.^{۵۳} نکته قابل ملاحظه آنکه، مأموران حسبه می‌توانستند در صورت مشاهده نقض قوانین و مقررات موضوعه، بدون مراجعه به دادگاه اسلامی در اماکن عمومی، کیفر شلاق را بر مرتکبان اجرا کنند. بدین جهت، به باور دادستان، تازیانہ از مجازات‌های رایج علیه غیرنظامیان بود.^{۵۴}

نکته مهم در این رابطه، نظارت و نقش الحسن در بیشتر این رویدادها بود. برای مثال، یکی از افرادی که الحسن مجازات کرده بود، ادعا کرد که به دستور الحسن و در پیش چشمان وی، طی دو شبانه‌روز، روی هم صد ضربه تازیانہ (روزانه ۵۰ ضربه) بر بدن وی نواخته شده است. این درد و رنج ناشی از شلاق به‌گونه‌ای بود که وی در مرتبه نخست در پنجاهمین ضربه از هوش رفته بود.^{۵۵} بر این اساس شعبه پیش‌دادرسی بر این باور است که سیاست کیفری مذکور، درد و رنج شدیدی را متوجه غیرنظامیان کرده است؛^{۵۶} ضمن آنکه بنا بر گزارش‌های رسیده به دادستان، اجرای کیفرهای بدنی به جهت ارعاب شهروندان، در ملاء عام نیز انجام می‌پذیرفت.^{۵۷} برای نمونه، نمونه، الحسن در فیلم‌ها و تصاویر مربوط به اجرای حکم زنی که به جرم زنا محکوم به صد تازیانہ شده بود، دیده می‌شود.^{۵۸}

در جنایت جنگی نیز همچون جنایت علیه بشریت، باید عنصر زمینه‌ای بررسی شود؛ بدین معنا که باید این مسئله روشن شود که اجرای کیفرهای بدنی توسط الحسن به منزله جنایت جنگی در بستر و در ارتباط با مخاصمه مسلحانه رخ داده باشد.^{۵۹} شواهد و قرائن نمایان‌گر وجود عنصر زمینه‌ای در این پرونده است؛ بدین صورت که اجرای مجازات‌های بدنی در قالب برنامه یا

52. ICC, *Le Procureur c. Al Hassan*, La Chambre Préliminaire I, 13 November 2019, No. ICC-01/12-01/18., para. 77.

53. *Ibid.*, para. 94.

54. *Ibid.*, para. 265.

55. *Ibid.*, para. 289.

56. *Ibid.*, para. 303.

57. *Ibid.*, para. 264.

58. ICC(B), "Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, at the opening of the trial in the case against Mr. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud", 14 July 2020, available at: <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=200714-otp-statement-al-hassan>>, last seen 1 February 2022.

۵۹. محمدنسل، غلامرضا؛ مجموعه مقررات دیوان بین‌المللی کیفری، دادگستر، ۱۳۹۳، ص ۲۳۳.

سیاست عمومی و نیز به صورت گسترده انجام پذیرفته است. ضمن آنکه عنصر روانی (معنوی) جنایت جنگی، یعنی عمد در رفتار و آگاهی مرتکب از وجود مخاصمه، نسبت به الحسن نیز محقق است. شواهد و مدارک پُرشماری نشان می‌دهد که الحسن در تمام فعالیت‌های پلیس، تقسیم کار روزانه مأموران و نیز نظارت بر آن‌ها نقش اصلی را ایفا می‌کرد؛ به‌ویژه آنکه تحقیقات را و انجام می‌داد و مراحل را از ابتدا تا انتها دنبال می‌کرد، تا جایی که شهروندان، پلیس اسلامی را به چهره او می‌شناختند و بسیاری او را به‌عنوان رهبر می‌دیدند. این نقش پُررنگ الحسن به میزانی بود که دادستانی از وی به «ستون فقرات» گروه اسلامی یاد کرد. یکی از شهود، الحسن را چنین توصیف می‌کند: «شخصیتی که اوراق و هر چیزی تحت نظر وی بود... کسی که تمام مراحل را انجام می‌داد».^{۶۰}

این موضوع باعث گردن‌نهادن و وحشت مردم در برابر قوانین و مقرراتی بود که سرپیچی از آن‌ها مجازات‌های بدنی به همراه داشت، به این شکل که هر یک از جمعیت محلی که به ایدئولوژی‌های الحسن و یارانش پایبند نبود، با شدیدترین واکنش‌های غیرانسانی و ظالمانه روبه‌رو می‌شد.^{۶۱} از این رو از نظر شعبه پیش‌دادرسی، الحسن به صورت مستقیم، مسئول جنایت جنگی در تیمبوکتو است زیرا هم از غیرنظامی بودن افراد آگاهی داشت و هم با هدف خاصی آن‌ها را انجام می‌داد؛^{۶۲} ضمن آنکه وی با تفویض اختیار به زیردستانش، در عمل زمینه ارتکاب جنایت جنگی را هم فراهم می‌کرد.^{۶۳} بدین ترتیب، رکن روانی جرایم جنگی، یعنی عمد در رفتار و آگاهی مرتکب از وجود مخاصمه، نسبت به وی وجود دارد.

۳. ضرورت اصلاح سیاست‌های کیفری خشونت‌آمیز در پرتو خوانش پیام‌محورانه از پرونده الحسن

در بخش نخست، این مسئله روشن شد که اجرای کیفرهای بدنی توسط الحسن، نمودی از جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی است. درباره اجرای مجازات‌های بدنی توسط کشورهای اسلامی باید به این نکته توجه داشت که غالباً به دلیل فقدان عناصر سازنده، این موضوع نمی‌تواند جنایتی بین‌المللی تلقی شود زیرا کیفرهای بدنی‌ای که در کشورهای اسلامی اجرا می‌شود، در قالب مخاصمه مسلحانه (شرط ضروری برای تحقق جنایت جنگی) یا «حمله نظام‌مند یا گسترده» (شرط ضروری برای تحقق جنایت علیه بشریت) رخ نمی‌دهند. همچنین، بیشتر این کیفرها نیز بر مبنای

60. ICC, *Le Procureur c. Al Hassan*, La Chambre Préliminaire I, 13 November 2019, No. ICC-01/12-01/18., paras. 181, 182, 184.

61. *Ibid.*, para. 190.

62. *Ibid.*, para. 235.

63. *Ibid.*, para. 929.

قانون موضوعه و پس از پیمودن روند دادرسی منصفانه صادر می‌شوند. با این همه، نباید از یاد برد که در صورت وجود عناصر جنایات بین‌المللی مذکور، امکان تعقیب کیفری تصویب‌کنندگان، فرمان‌دهندگان و گماشتگان در این زمینه وجود دارد.^{۶۴}

حال در این باره این پرسش مطرح است که واکنش کشورهای اسلامی در رابطه با جنایت‌انگاری کیفرهای بدنی در عالی‌ترین مرجع کیفری بین‌المللی چه باید باشد؟ به تعبیر دیگر آیا باید بدون اعتنا و توجه به این مسئله، از آن گذر کنند یا نیکو است که از تعقیب بین‌المللی/الحسن به دلیل اجرای مجازات‌های بدنی الهام گرفته و در نظام کیفرهای بدنی بازاندیشی کنند؟ ولو آنکه جنبه الزامی در این رابطه برای آن‌ها وجود نداشته باشد.^{۶۵} این موضوع از چند جهت قابل بررسی است که در ادامه به هریک پرداخته می‌شود.^{۶۶}

۳-۱. رشد پدیده اسلام‌هراسی در سایه افزایش گروه‌های تکفیری

نخستین دلیلی که خوانشی پیام‌محورانه از پرونده/الحسن را قوام می‌بخشد، افزایش تولد گروه‌های سلفی و سرکردگانی مانند/الحسن با به‌کارگیری سیاست‌های خشن همچون کاربست مجازات‌های جسمانی است. در این بین، دشمنان شریعت اسلام با غرض‌ورزی و با بی‌توجهی به عدم اجرای عمده سیاست‌های سلفی در کشورهای اسلامی، اقدامات خلاف حقوق بشر این گروه‌ها را به نام شریعت اسلام پیوند می‌زنند. برای مثال، خبرگزاری/یکسپرس در پوشش خبری قطع دست و پا توسط داعش، به جای عبارت «داعش» در سطر نخست از عبارت «حکومت اسلامی» استفاده کرده تا به سایرین نشان دهد که داعش یک حکومت اسلامی و رفتار آن‌ها مطابق موازین و آموزه‌های دین اسلام است،^{۶۷} چرا که آن‌ها با پرچمی مزین به عبارت «لا اله الا الله» خود را مسلمان دانسته و اعلام داشته‌اند که تنها حکومت دینی مشروع بر روی

۶۴. درباره اینکه آیا مجریان چنین احکامی می‌توانند در مقام دفاع از خود، اجرای قوانین مصوب را به منزله عذر موجه بیان دارند، اساسنامه دیوان ساکت است. با این حال بند ۳ ماده ۳۱ بیان می‌دارد: «در زمان محاکمه، دادگاه می‌تواند علاوه بر آنچه در بند ۳ اشاره شده است، سایر عوامل نافی مسئولیت کیفری را نیز که ناشی از حقوق قابل اجرای مذکور در ماده ۸۳ است مدنظر قرار دهد». بنابراین، تشخیص این موضوع به دادگاه سپرده شده است.

۶۵. برای مطالعه بیشتر در این زمینه، ن.ک: سهرابلو، علی، رضا طجرلو و بهمن ساعدی؛ «اثربرداری حقوق داخلی از قواعد و هنجارهای حقوق بین‌الملل»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، دوره ۴۹، شماره ۲، ۱۳۹۸.

۶۶. نیک است در اینجا به این واقعیت تاریخی اشاره شود که گاهی دادگاه‌های کیفری بین‌المللی توانسته‌اند در نظام‌های کیفری ملی تغییر و تحولاتی ایجاد کنند؛ لذا این آرمان، مسئله‌ای بدون مانند نیست. برای نمونه می‌توان به تأثیرپذیری محاکم گاجاچا از دادگاه بین‌المللی کیفری برای رواندا در رابطه با لغو کیفر اعدام اشاره کرد (Holla and Hollie, 2016: 69, 70, 73).

67. Batchelor, Tom, "ISIS Cuts Off Hands and Feet of 'Livestock Thieves' in Latest Sickening Propaganda Video", 2 July 2015, available at: <<https://www.express.co.uk/news/world/588412/Islamic-State-terror-group-cuts-off-hands-feet-thieves-Syria>>, last seen 1 February 2022.

زمین هستند که طبق شریعت اسلام عمل می‌کند.^{۶۸} همچنان که تارنمایی در مقاله‌ای با عنوان «۱۰ مجازات بدنی تحقیرکننده فجیع»^{۶۹} به شرح و توصیف مجازات شلاق و قطع دست پرداخته است. نمونه دیگری از این دست بدنامی‌ها، عنوان روزنامه گاردین^{۷۰} چاپ انگلستان با عنوان «سنگسار در ایران: بی‌رحمی محض و ناپخته» است که در آن مجازات رجم، بی‌رحمانه و نفرت‌انگیز خوانده شده است.^{۷۱}

چنین اقداماتی از سوی دشمنان شریعت اسلام، جدای از یکی‌انگاری حکومت‌های مشروع اسلامی با گروه‌های تکفیری از سوی جهانیان، موجب رشد فزاینده اسلام‌هراسی، اسلام‌ستیزی و تنفیر از آن در سطح جهان شده است. برای نمونه، «گروه بین‌المللی ضد اسلام‌هراسی فرانسه»^{۷۲} در ۲۰۱۴، ۷۶۴ نمونه فعالیت مرتبط با اسلام‌هراسی به ثبت رساند که این مقدار، نسبت به ۲۰۱۳، ۱۰/۶ درصد افزایش داشت. همچنین این مؤسسه از ثبت ۲۲ مورد حمله فیزیکی علیه مسلمانان در دو ماه خبر داده است.^{۷۳}

همچنین، جدای از بدینی نسبت به اسلام و ارائه خوانش‌های نادرست از قوانین شرعی، از بین بردن تسامح و تساهل در افکار عمومی دیگر ادیان نسبت به مسلمانان از جمله پیامدهای این پدیده است. برای نمونه، جلوگیری از ورود مسلمانان به کشورهای غربی یا اخراج آن‌ها نیز در سال‌های اخیر رشد چشمگیری داشته است. در این باره، آمار نظرسنجی برنامه چتم هوس یورپ^{۷۴} در ۲۰۱۶ نشان داد اغلب اروپاییان خواستار توقف مهاجرت مسلمانان به سرزمین‌هایشان هستند. ۷۱٪ در «لهستان»، ۶۵٪ در «اتریش»، ۵۳٪ در «آلمان»، ۵۱٪ در «ایتالیا»، ۴۷٪ در «انگلستان»^{۷۵} و ۴۱٪ در «اسپانیا»^{۷۶} موافق جلوگیری از ورود مسلمانان به کشورشان بودند.^{۷۷} این

68. Steindal, Marius, *ISIS Totalitarian Ideology and Discourse: An Analysis of the Dabiq Magazine Discourse*, Noragric Department of International Environment and Development Studies, 2015, p. 4.

69. Guest Author, "10 Horrifying and Cringeworthy Corporal Punishments", 12 August 2016, available at: <<http://www.toptenz.net/10-horrifying-and-cringeworthy-corporal-punishments.php>>, last seen 1 February 2022.

70. Guardian

71. Guardian, "Stoning in Iran: Brutality Pure and Simple", 9 July 2010, available at: <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2010/jul/09/stoning-death-penalty-iran-editorial>>, last seen 1 February 2022.

72. CCIF

73. Atnashev, V. R., "Impact of Islamophobia and Human Rights", *Middle East Review of Public Administration (MERPA)*, vol. 2, Issue 1, 2016, p. 9.

74. Chatham House Europe

75. Poland

76. Austria

77. Germany

78. Italy

79. United Kingdom

80. Spain

نتایج با مفاد قاعده حرمت تنفیر از دین و جلوگیری از وهن شریعت در تعارض آشکار قرار دارد. بر این اساس است که یکی از فقهای معاصر با تکیه بر عنصر زمان و مکان بیان می‌دارد: «اگر اقامه برخی حدود با کیفیت ویژه آن در منطقه‌ای خاص یا در همه مناطق یا در برهه‌ای از زمان موجب تنفر افکار عمومی از اسلام و احکام آن و در نتیجه تضعیف اساس دین شود، حاکم مسلمین یا متولی حوزه قضا می‌تواند، بلکه موظف است اقامه آن حد را تا زمان توجیه افکار عمومی نسبت به مقررات و حدود اسلامی و علت وضع آن‌ها تعطیل کند».^{۸۲} استفاد از فتوای فوق اینکه در دنیای معاصر که افرادی مانند/حسن‌ردای مسلمانی بر تن کرده‌اند و با رفتارهای غیرانسانی خویش اقدام به اجرای کیفرهای بدنی کرده و دشمنان شریعت اسلام، رفتارهای چنین افرادی را دستاویزی برای انزوای اسلام، معاندانگاری، برچسب‌زنی و تحقیر مسلمانان قرار داده‌اند و نیز جهان در پی تعقیب مجریان این کیفرها است، باید در سیاست‌های این‌چنینی بازاندیشی کرد.

۳-۲. کارکرد بیانی دیوان

دومین دلیلی که می‌توان در پرتو آن در اجرای کیفرهای بدنی در حال اجرا در کشورهای اسلامی بازنگری کرد، «کارکرد بیانی»^{۸۳} دیوان است. در این باره، برخی اندیشمندان حقوق کیفری بین‌الملل به درستی بر این گزاره تأکید کرده‌اند که اقدامات دیوان، بیش و پیش از هر مسئله‌ای حامل پیام‌هایی مهم برای جهانیان است؛ به این صورت که ارزش‌های جهان‌شمول را به همگان یادآور می‌شود.^{۸۴} برای نمونه، مجازات اعدام برای جنایات بین‌المللی با پیامدهای رنج‌آور، گسترده و غیرقابل‌گذشت، در اساسنامه دیوان وجهه قانونی نیافته و محکوم‌کردن مجرم به آن ممکن نیست. از نظر نگارندگان، این ممنوعیت، هشدار برای حاکمیت‌های سرتاسر جهان است تا به سوی لغو مجازات‌های سالب حیات گام نهند؛ هرچند در ماده ۸۰^{۸۵} اساسنامه، بر عدم الزام کشورها در پیروی از مفاد سند مزبور تأکید شده است.

81. Bayrakli, Enes, Hafez, Farid (eds), *The State of Islamophobia in Europe*, SETA, Foundation for Political, Economic and Social Research, 2016, p. 6.

82. منتظری، حسینعلی؛ مجازات‌های اسلامی و حقوق بشر، ارغوان دانش، ۱۳۸۸، ص ۱۰۲.

83. Expressivism

84. ذاکر حسین، محمدهادی؛ «نظریه تعقیب موضوعی» به‌عنوان معیار سنجش شدت و اهمیت موضوع قابل تعقیب در

دیوان کیفری بین‌المللی، «مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی»، دوره ۴۸، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۷، ص ۱۰۳.

85. ماده ۸۰ اساسنامه دیوان اشعار می‌دارد: «هیچ موردی از موارد مذکور در این فصل از اساسنامه بر اجرای مجازات‌هایی که قوانین ملی مقرر کرده‌اند، تأثیر نمی‌گذارد؛ همچنان که بر قوانین کشورهایی که مجازات‌های مشروحه در این فصل را پیش‌بینی نکرده‌اند، بی‌تأثیر هستند».

بر این اساس، گرچه ظرفیت‌های قانونی برای اصلاح سیاست‌های کیفری خشن ملی به دست دیوان در اساسنامه آن پیش‌بینی نشده است، نباید چنین کارکردی را فراموش کرد. در این رویکرد، جدای از آنکه دیوان، با مجازات‌انگاری رفتارهای مجرمانه، نادرست و ناپسندیدن آن‌ها را به همگان اعلام می‌دارد،^{۸۶} در برابر، با نفی کیفرهای بدنی و سلب حیات، ناروا و ناشایسته بودن آن‌ها را نیز فریاد می‌زند. بنابراین، کارکرد بیانی این نیست که تنها دیوان، مواردی مانند جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی را شنیع و مذموم اعلام دارد، بلکه با سلب مشروعیت از مجازاتی مانند اعدام، در تکاپوی آموزش گذار از این کیفر نیز هست.

در اینجا باید توجه داشت که موضوع کارکرد بیانی با دو موضوع عدم عضویت شماری از کشورهای اسلامی و نیز صلاحیت تکمیلی نمی‌تواند تضادی داشته باشد زیرا کارکرد بیانی دیوان یعنی توجه به این موضوع که آخرین اراده بشر چیست. توجه کشورهای اسلامی به این مسئله می‌تواند در جهت تحقق «حکمرانی خوب» به آن‌ها کمک کند تا حکومتی مطابق با استانداردهای روزآمد دنیا داشته باشند؛ همچنان که صلاحیت تکمیلی دیوان به معنای اولویت دادگاه‌های ملی است. بنابراین نباید از آن رقابت دیوان با مراجع قضایی ملی برداشت شود، بلکه این اصل در تلاش برای جلوگیری از بی‌کیفرمانی مجرمان است.^{۸۷} بنابراین دیوان هیچ‌گاه در پی تحمیل مفاد اساسنامه بر نظام‌های حقوقی کشورها نیست.

۳-۳. قاعده نفی سبیل

سومین دلیلی که می‌تواند مؤید ضرورت توجه به خوانشی پیام‌محورانه از پرونده الحسن باشد، استناد به قاعده فقهی «نفی سبیل» است. باید توجه داشت که طبق این قاعده، حفظ اعتلا و سلطه مسلمانان بر پیروان دیگر ادیان، اصل بنیادین و مقصود خطیر در دین مبین اسلام محسوب می‌شود. از نگاه فقهای اسلامی، سلطه کفار بر جامعه اسلامی و مسلمانان مورد پذیرش نبوده و امری ناپسند و ناموجه است. این چیرگی از چنان حیطة و دامنه گسترده‌ای برخوردار است که برخی فقیهان، این قاعده را شامل بسیاری از احکام فقهی-اجتماعی میان مسلمان و غیرمسلمان از جمله باب معاملات و احوال شخصیه دانسته‌اند.^{۸۸}

۸۶. صادقی، مهدی‌رضا و سیدقاسم زمانی؛ «رویکرد دیوان کیفری بین‌المللی نسبت به اهداف مجازات»، پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، دوره ۸، شماره ۱۶، بهمن ۱۳۹۹، ص ۱۰۹.

۸۷. حسینی اکبرنژاد، هاله؛ «صلاحیت تکمیلی دیوان بین‌المللی کیفری: پویایی نظام‌های قضایی ملی در مقابله با بی‌کیفری»، مجله حقوقی بین‌المللی، سال بیست‌وششم، شماره ۴۱، پاییز-زمستان ۱۳۸۸، صص ۱۱۲ و ۱۱۴.

۸۸. اردبیلی، احمد بن محمد؛ زبده البیان فی أحكام القرآن. المكتبة الجعفریه لإحياء الآثار الجعفریه، بی‌تا، ص ۴۴۰.

ریشه و سرچشمه نخستین این قاعده، آیه «۱۴۱»^{۸۹} سوره نساء است. بررسی کلام و بیان فقها و تفاسیر ارائه شده از آیه، این نتیجه را به دست می‌دهد که این آیه یک حکم کلی پیش روی مسلمانان نهاده است؛ همان‌طور که آیت‌الله خمینی نیز در این باره معتقد است: «آیه کریمه «وَلَنْ يُجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» می‌تواند شامل دنیا و آخرت و نیز سلطه اعتباری و خارجی شود؛ لذا نمی‌توان ادعا کرد که سبیل در یک معنا به کار رفته است، بلکه آنچه در آیه آمده، نفی به معنای عام است. از این رو خداوند متعال، طریق و سبیلی بر کافران علیه مؤمنان در هیچ فرضی قرار نداده است».^{۹۰} به غیر از قرآن، اخبار رسیده از معصوم نیز حاکی از توجه آن‌ها به موضوع نفی سبیل دارد. برای مثال، پیامبر (ص) فرموده‌اند: «الإسلام يعلوا و لا يعلو عليه؛ اسلام شأن و منزلت والاطر و بالاتر است و چیزی با آن برابری نمی‌کند».^{۹۱} مستندات دینی در این زمینه دربردارنده این است که کشورهای اسلامی هیچ‌گاه نباید موجبات تذلil و تخفیف اسلام و به دنبال آن، مسلمانان را فراهم کند زیرا اسلام تضمین‌کننده برتری و سعادت مسلمانان در دنیا و آخرت است. در نتیجه، برتری و عزت مسلمانان باید در همه حال گرامی داشته شود. هر آنچه این مقصود را متزلزل کند، باید ملغا شود؛ همچنان که بدون تردید، عقل با شناخت موضوع (سبیل و نفوذ کافر بر مسلمان) و مفاسدی که بر آن مترتب است، تردیدی در ناروایی و قبح این عمل نمی‌کند، چرا که عقل حکم می‌کند که هدف اسلام، چیرگی و سلطه‌یافتن بر دیگر ادیان است و نباید از جانب حکام اسلامی اقدامی صورت گیرد که خللی را متوجه این آرمان کند.

باید توجه داشت که لغت «سبیل»، به معنای غلبه، سلطه و استیلا است.^{۹۲} همچنین استیلا می‌تواند از راه‌های مختلف و در زمینه‌های گوناگون محقق شود. بنابراین از آنجا که در اسلام، جعل هر آنچه سبب چیرگی کفار بر مؤمنان شود، «بی‌اساس» و «ملغا» است، باید در اجرای کیفرهای بدنی بازنگری کرد. این دیدگاه آن‌گاه تقویت می‌شود که قاعده نفی سبیل بر تمام ادله و احکام از جمله «اولیه» و «ثانویه» حکومت دارد.^{۹۳}

۸۹. «الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ بِكُمُ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ فَتْحٌ مِنَ اللَّهِ قَالُوا أَلَمْ نَكُنْ مَعَكُمْ وَإِنْ كَانَ لِلْكَافِرِينَ نَصِيبٌ قَالُوا أَلَمْ نَسْتَحِذْ عَلَيْكُمْ وَنَمْنَعُكُم مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ فَاللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا؛ منافقان آنانی هستند که نگران و مراقب حال شما نیستند، چنانچه برای شما فتح و ظفري پیش آید (برای اخذ غنیمت) گویند: نه آخر ما با شما بودیم؟! و اگر کافران را فتح و بهره‌ای رسد به آن‌ها گویند: نه ما شما را به اسرار مسلمانان آگاه کردیم و شما را از آسیب مؤمنان نگهداری نمودیم؟! پس خدا فردای قیامت میان شما و آنان حکم کند، و خداوند هیچ‌گاه برای کافران نسبت به اهل ایمان راه تسلط باز نخواهد نمود».

۹۰. موسوی خمینی، سید روح‌الله؛ کتاب‌البیع، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق، جلد ۲، صص ۵۴۲-۵۴۰.

۹۱. حر عاملی، محمد بن حسن؛ وسائل‌الشیعه، دار احیاء التراث العربی بیروت، بی‌تا، جلد ۱۷، ص ۳۷۶.

۹۲. عمید زنجانی، عباسعلی؛ فقه سیاسی، امیرکبیر، ۱۳۷۷، جلد ۵، ص ۱۰۵.

۹۳. همان، ۱۱۰.

در رابطه با کیفرهای بدنی نمی‌توان انکار کرد که چنین واکنش‌هایی، از چشم‌انداز بین‌المللی خشن تلقی شده و پیرو آن موجبات اعتراض‌ها و واکنش‌های حقوق بشری را فراهم می‌آورد. برای نمونه، سازمان ملل در قطعنامه‌های پرشماری طی سال‌های متمادی، با خشن دانستن و بی‌رحمانه و غیرانسانی خواندن کیفرهایی نظیر قطع عضو، شلاق و سنگسار، خواستار لغو آن‌ها شده است.^{۹۴} چنین واکنش‌هایی موجب به‌حاشیه‌راندن شدن گفتمان شریعت اسلام در سطح بین‌المللی می‌شود. در این باره، نکته قابل توجه آنکه، مفهوم و شیوه سلطه کفار بر مسلمانان در زمان حاضر تغییر یافته است. در دنیای معاصر بی‌گمان تسلط کفار بر مسلمانان صرفاً منتهی به تسلط فیزیکی آنان بر ممالک مسلمانان نیست، بلکه چه بسا سلطه عقاید و تصورات ارائه‌شده از سوی اسلام‌هراسان موجب ذلت دین اسلام و تحقیر مسلمانان در سطح جهان شود. پس مفهوم تسلط و نیز شکل آن در حال حاضر دگرگون و به نظر ساده‌تر شده است. در دنیای معاصر اگر کفار بتوانند پویایی و تحرکات جامعه اسلامی در مسیر رشد و بالندگی را متوقف کنند یا به ضرر آن‌ها تصمیم و سیاستی اتخاذ کنند، مفهوم «تسلط» محقق شده است. دیگر نیازی به لشگرکشی به کشورهای اسلامی و شمشیرزدن برای تحقق سلطه وجود ندارد. بنابراین این دیدگاه که نباید «فرهنگ بین‌الملل و اعتراضات جهانی» بر اسلام تأثیر بگذارد^{۹۵} یا آنکه احکام اسلامی در همه حال و در هر مکانی بدون هیچ کم و کاستی لازم‌الاجرا و مصون از تغییرات است،^{۹۶} لاقابل در این عصر محل درنگ و دوراندیشی است، چرا که در دوره حاضر همان‌طور که روشن شد نمی‌توان چالش‌ها و واکنش‌های حقوق بشری و پیامد آن‌ها را نادیده انگاشت؛ لذا می‌بایست با استناد به قاعده نفی سبیل، تمامی شوارع منجر به تهدید استقلال معنوی و مادی جوامع اسلامی و تصمیم‌گیری کفار برای کشورهای اسلامی، مسدود شوند.

94. See: United Nations General Assembly 18 December 2008 (Sixty-third session) A/RES/63/191, 18 December 2008, available at: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/482/25/PDF/N0848225.pdf?OpenElement>>, last seen 1 February 2022; United Nations General Assembly (Sixty-fourth session) A/RES/64/176, 18 December 2009, available at: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/472/39/PDF/N0947239.pdf?OpenElement>>, last seen 1 February 2022. United Nations General Assembly (Seventy-second session) A/72/322, 14 August 2017, available at: <<https://undocs.org/en/A/72/322>>, last seen 1 February 2022; United Nations General Assembly (Seventy-sixth session) A/76/160, 16 July 2021, available at: <<https://undocs.org/en/A/76/160>>, last seen 1 February 2022; United Nations General Assembly (Human Rights Council) (Forty-sixth session) 22 February–19 March 2021, available at: <<https://undocs.org/en/A/hrc/46/50>>, last seen 1 February 2022.

95. مصباح یزدی؛ محمدتقی؛ نظریه حقوقی اسلام، مؤسسه آموزش و پژوهش امام خمینی (قدس سره)، ۱۳۹۱، جلد ۲، ص ۱۲۴.

96. صافی گلپایگانی، لطف‌الله؛ الاحکام الشرعیة ثابتة لا تتغير، دار القرآن کریم، ۱۴۱۲ ق، ص ۲۰.

۳-۴. قاعده ملازمه میان عقل و شرع

آخرین ظرفیتی که می‌توان با کمک آن نگاه پیام‌محورانه به پرونده *الحسن* را ضرورت بخشید، قاعده ملازمه میان عقل و شرع است. مضمون این قاعده، هم‌پوشانی عقل و شرع است؛ یعنی هر آنچه را که عقل تأیید می‌کند، مورد تنفیذ شارع نیز هست و هر آنچه را که شرع می‌پذیرد، عقل نیز از آن پشتیبانی می‌کند. علامه مظفر(ره) در این باره بر این باور است که «حقوق این است که ملازمه بین حکم عقل و شرع ثابت است، چه آنکه وقتی عقل حکم به حسن یا قبح شیئی کرد و به تعبیر دیگر، وقتی آرای عقلا جملگی بر حُسن چیزی به ملاحظه مصلحتی که در آن بوده و موجب حفظ نظام و بقای نوع است یا بر قبح شیئی به اعتبار مفسده‌ای که در آن است سبب اخلال به نظام و بقای نوع می‌شود متطابق شد، چون این حکم رأی جمیع عقلا است به‌ناچار شارع مقدس نیز باید مطابق آن‌ها حکم فرماید چه آنکه او نیز از عقلا بلکه رئیس آن‌ها است».^{۹۷} مضمون فتوای اخیر این است که احکام برگرفته از عقل و رفتارهای مبتنی بر سیره عقلا احکامی شرعی‌اند و گریزی از آن‌ها وجود ندارد. علامه طباطبایی در این زمینه بر این باور است که سیره عقلا از حجیت ذاتی برخوردار است و هیچ انسانی در فطرت خود با آن به مخالفت بر نمی‌خیزد زیرا جزئی جدایی‌ناپذیر از زندگی بشری هستند.^{۹۸}

از نظر نویسندگان، سیره عقلای امروزی یا همان عرف بین‌المللی، کیفی‌های بدنی را بر نمی‌تابد.^{۹۹} چنین عرفی هم از عنصر مادی یعنی «رویه عام» و عنصر روانی (معنوی)، یعنی «پذیرفته‌شده به‌عنوان حقوق» یا «باور حقوقی» برخوردار است.^{۱۰۰} نکته قابل ذکر در این باره اینکه «وقتی یک قاعده عرفی متجلی شد، هیچ کشوری مجاز به اعتراض و تخطی از آن نیست. از این

۹۷. ذهنی تهرانی، سیدمحمدجواد؛ بیان المراد، شرح فارسی بر اصول الفقه، گنجینه ذهنی، ۱۳۸۸، جلد ۳، ص ۸۴۶.

۹۸. طباطبایی، سیدمحمدحسین؛ حاشیه الکفایه، بی‌نام، بی‌تا، جلد ۲، ص ۲۰۵.

۹۹. درباره تأثیر عرف بین‌المللی بر حقوق داخلی کشورها می‌توان به مواردی همچون لغو کیفی‌های بدنی و سالب حیات در نظام‌های حقوقی مختلف دنیا و نیز ممنوعیت استرداد مجرمان در معرض شکنجه، مجازات مرگ و کیفی‌های جسمانی اشاره کرد. تقی‌پور، علیرضا؛ «تأثیر نظام حقوق بشر بر اساسنامه دادگاه‌های کیفری بین‌المللی در زمینه مجازات اعدام، پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، دوره ۵، شماره ۱۰، بهمن ۱۳۹۶، صص ۱۰۶-۱۰۲؛ زمانی، سیدقاسم و فرشته باقری؛ «راهکارهای حل تعارض میان تعهدات ناشی از استرداد و تعهدات حقوق بشری دولت‌ها»، پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، دوره ۳، شماره ۵، فروردین ۱۳۹۴، صص ۱۴۳ و ۱۴۸. البته با این حال، در پذیرش امکان ساختن عرف به‌وسیله دیوان اختلاف‌نظر وجود دارد. برای مطالعه بیشتر در این زمینه، ن.ک: باقری ایبانه، علیرضا؛ «تحول» در شناسایی عرف یا «اختراع» عرف؟ (توسل به موارد غیرقطعی عرفی در حقوق بین‌الملل کیفری)، پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، دوره ۷، شماره ۱۴، دی ۱۳۹۸؛ نژندی‌منش، هیبت‌الله و هاجر راعی دهقی؛ «رابطه میان عرف مؤخر و معاهده در چارچوب ماده ۱۰ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی»، پژوهش حقوق عمومی، دوره ۱۹، شماره ۵۸، بهار ۱۳۹۷.

۱۰۰. محمودی، سیدهادی و محمد ستایش‌پور؛ «گذر از «زمان» در ایجاد قاعده حقوق بین‌الملل عرفی: واکاوی انگاره‌های حقوقی و رویه دیوان بین‌المللی دادگستری»، *دوفصلنامه حقوق تطبیقی*، دوره ۶، شماره ۱، شهریور ۱۳۹۸، ص ۲۰۷.

رو نمی‌تواند ادعا کند که آنچه را که بدون مشارکتش به وجود آمده نمی‌پذیرد.^{۱۰۱} در عصر کنونی باید این حقیقت را پذیرفت که نمی‌توان مانند گذشته، دروازه‌های کشور را بر روی سایرین بست و آن را از دید جهانیان دور نگاه داشت. در دنیای کنونی همه مردم جهان در دهکده‌ای کوچک زندگی می‌کنند که هر فعل و انفعالی به‌سختی از نگاه ناظران بین‌المللی دور می‌ماند. بنابراین قوانین و مقررات مصوب باید هم‌سو با حقوق بشر و متضمن کرامت انسان باشند. به عبارتی، حقوق بشر، معیار معتبر برای قضاوت شدن حاکمیت‌ها و نیز قاعده‌ای الزام‌آور و غیرقابل‌نقض در هر زمان و مکانی است. بر این اساس، عمده کشورهای دنیا چنین ملاحظاتی را در قوانین داخلی خود لحاظ می‌کنند، چرا که نقض مقوماتی این‌چنینی با واکنش‌ها و اقدامات تنبیهی سایر بازیگران عرصه بین‌الملل همراه است. بنابراین باید پذیرفت که «سیره عقلای جهان معاصر»^{۱۰۲} که غالباً در رویه مراجع بین‌المللی و نیز اسناد حقوق بشری بین‌المللی نمود می‌یابد، واکنش‌های کیفری شدید را ولو در لباس قانون بر نمی‌تابد،^{۱۰۳} چرا که رشد و تکامل بشر در زمینه‌های گوناگون موجب شده است که انسان امروز به شمار چشمگیری از رفتارها مانند مجازات‌های بدنی یا اجرای آن‌ها در ملاء عام که در روزگار گذشته پذیرفته شده بود، به دیده تردید بنگرد.^{۱۰۴} در عصر جهانی شدن و هم‌گرایی حقوقی

۱۰۱. زر نشان، شهرام؛ «مفهوم و ماهیت «عنصر روانی» در فرایند شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل عرفی»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، سال پانزدهم، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۰، ص ۲۴.

۱۰۲. سیره عقلا به «انجام یک رفتار اعم از فعل یا ترک فعل توسط مردم که در طول زمان استمرار داشته باشد»، اطلاق می‌شود. مظفر؛ ۱۳۷۰، ۱۵۳/۲.

۱۰۳. در اینجا باید به این نکته ظریف توجه داشت که در دنیای معاصر، تلقی مجازات‌های بدنی، به‌عنوان مصداق «شکنجه» و «رفتاری غیرانسانی»، مانند بسیاری از موضوعات دیگر، مخالفی دارد. اما بعید است که این موضوع مانع از شکل‌گیری عرف جهانی در این زمینه شود. در این باره به‌دور از ذهن است که در رابطه با مسئله‌ای مشخص، اجماع جهانی بدون هیچ مخالفی قابل‌تصور باشد. همان‌طور که هم‌اینک، مخالفت برخی دولت‌ها، مانع از لغو کیفر مرگ در غالب کشورهای دنیا نشده است. البته در مقابل نیز الغای مجازات مذکور، منجر به رخت‌برستن کیفر مزبور از زرادخانه کیفری برخی از کشورها نشده است. در این رابطه روشن است که با وجود پیامدهایی مانند صدور قطعنامه‌های بین‌المللی، ضمانت اجرایی در راستای عدم پیروی کشورها از اراده جهانی در باب لغو کیفر مرگ وجود ندارد. با این حال اگر مخالفت برخی از دولت‌ها مانع از شکل‌گیری یک عرف محسوب شود، دیگر پیدایش عرف جهانی در رابطه با یک موضوع به‌سختی قابل‌تصور است؛ لذا مراد از سیره عقلا، اتفاق‌نظر عمده کشورهای جهان (نه همه آن‌ها) در آن مسئله است ولو آنکه مخالفی نیز در این مسیر وجود داشته باشد.

۱۰۴. در این باره برخی از پژوهشگران جامعه‌شناسی کیفری بر این باورند که «در نظریه کیفری شریعت»، قصاص پدیداری اجتماعی است که حیات آن وابسته به شماری از کارکردهای اجتماعی است. بر اساس این قرائت، تشریح قصاص به‌واسطه مقتضیات زمان و مکان و البته کارکردهای اجتماعی این مجازات صورت گرفته است. بنابراین، چنانچه در گذر زمان و به‌واسطه دگرگونی‌های اجتماعی، قصاص ناتوان از تحقق کارکرد خود شود، می‌توان آن را با سایر اشکال واکنش‌های کیفری جایگزین نمود». مالدار، محمدحسن، عبدالرضا جوان جعفری بجنوردی و سیدمحمد جواد ساداتی؛ «کیفر قصاص در دوگانگی

حقوقی کشورهای جهان که نتیجه آن ضرورت تمکین به اصول، قواعد و مبانی مشترک از جمله حقوق بشر است، نمی‌توان به گونه دیگر زیست و قدمی خلاف برداشت.

در همین رابطه شهید صدر بر این باور است که امضای شارع در عصر نزول به این معنا نیست که وی تنها همان مصادیق آن زمان را امضا کرده است، بلکه مراد، اعتباربخشی به سیره‌های عقلایی در تمامی زمان‌ها است. به دیگر سخن، ایشان سیره‌های عقلایی را «ملاک» دانسته و طبیعت عقلایی را امضا کرده است.^{۱۰۵} در نتیجه، این دیدگاه که شارع تنها مقررات زمان خود، یعنی عرف جاهلیت را تأیید کرده است، به هیچ وجه درست نیست، بلکه وی عرف همه زمان‌ها را که مبتنی بر سیره عقلایی باشد امضا کرده است.^{۱۰۶} نباید این واقعیت را نادیده گرفت که عرف جامعه عرب از وجاهت و شایستگی بیشتری نسبت به عرف حال حاضر برخوردار نبود که اسلام بخواید عرف آن زمان را امضا و برای همه عصرها صادق بداند اما عرف عصر امروز را که همسو با تکامل عقل بشر است، امضا نکند.

نویسندگان با تأکید بر دیدگاه اخیر بر این باورند که پایایی شریعت اسلام به مثابه اصل غیرقابل تعدی در طول زمان موجب می‌شود که احکام آن در باب غیر عبادات (معاملات) قابلیت برابرکردن و روزآمدسازی با مؤلفه‌ها و اصول اساسی هر عصر را داشته باشد. این موضوع نفی‌ناپذیر است که هر دوره، احکام خاص خود را می‌طلبد. به تعبیر دیگر، با تغییر و تحولات جوامع و مردم در طول زمان، نیازهای آن‌ها نیز دگرگون می‌شود؛ لذا از آنجا که شریعت مبین اسلام جاودانه و مصون از فنا است، باید خود را با اقتضائات و ضروریات مردم هر زمان همراه کند. باید در نظر داشت که شریعت نیستی‌ناپذیر اسلام، هنگامی ظهور کرد که مراجع حقوق بشری بین‌المللی از موضوعیت برخوردار نبودند که شارع مقدس آن را نفی یا تأیید کند. به دیگر کلام، موضوعات امروزی همچون نفی اعدام و کیفرهای بدنی به هیچ عنوان در منظومه فکری انسان پیشین از موضوعیت برخوردار نبودند تا معصوم (ع) درباره آن‌ها دیدگاه خود را بیان کند. پس با این باور که شریعت اسلام، فرازمانی و فرامکانی است و به دوره‌ای مشخص اختصاص ندارد، می‌توان هر آنچه را که عقلای جهان به آن گرایش عقلی و قلبی داشته و آن را نیکو می‌دانند (مانند موضوعات حقوق بشری)، پذیرفت و به نظر اشکال شرعی نیز بر این مسئله مترتب نمی‌شود؛ همچنان که مطابق با نظر مرحوم خوئی اگر سیره

قرائت موضوعیت‌گرا و کارکردگرا، پژوهشنامه حقوق کیفری، دوره ۱۲، شماره ۱، تیر ۱۴۰۰، ص ۱۵۱. این گزاره درباره سایر مجازات‌ها نیز صدق می‌کند.

۱۰۵. صدر، سیدمحمدباقر؛ دروس فی علم الاصول، دارالکتب اللبنانی، ۱۴۰۰ ق، جلد ۲، ص ۱۶۱.

۱۰۶. گرجی، ابوالقاسم و همکاران؛ «اقتراح»، نقد و نظر، شماره ۱، زمستان ۱۳۷۳، ص ۴۲.

عقلایی به‌وسیله شارع رد نشده باشد، این به معنای پذیرش آن از سوی اوست.^{۱۰۷}

در این باره باید توجه داشت که نظام اجتماعی چه در زمان معصوم (ع) و چه در غیر آن، مبتنی بر سیره عقلاست؛ لذا منع شارع از ورود بنای عقلا به احکام باب معاملات و سیاسات می‌تواند به فروپاشی چرخه اجتماعی و اختلال در آن بینجامد.^{۱۰۸} البته روشن است که سیره‌های مبتنی بر احساسات و عواطف نمی‌توانند از حجیت برخوردار باشند؛ اما در حجیت و اعتبار مسئله‌ای مانند حقوق بشر که چندین دهه کشورهای سرتاسر جهان با هر دین، زبان و فرهنگی، در بیشتر زمان‌ها و مکان‌ها به این دو اهتمام ورزیده و آن را ارج نهاده‌اند، به نظر مشکلی وجود ندارد.^{۱۰۹} همان‌طور که یکی از فقهای مبرز شیعه در پاسخ به این پرسش که «... آیا می‌توان برخی از این قواعد مثل قاعده حقوق بشر، قاعده یسر یا قاعده برائت را در بحث‌های حکومتی مطرح کرد و مثلاً گفت این حکم، هر چند پشتوانه روایی هم دارد، چون مخالف با قاعده عدالت است باید کنار گذاشته شود؟» گفته است: «وقتی پذیرفتیم که بسیاری از احکام ما عقلایی است، در آن صورت یکی از مدارک فقه ما بنای عقلا خواهد بود که همه‌شمول و فراگیر است، چون در شکل بنای عقلا داریم: گاهی بنای عقلا پدیده عواطف و رسوم جوامع است؛ لذا نسبت به جوامع فرق می‌کند؛ مثلاً یک عمل در یک جا نیکو و همان عمل در جای دیگر ناپسند است. اما بنای عقلایی دیگری هم داریم که همه‌شمول است و در اصطلاح امروزه از آن به دکترین حقوق یا اصل مسلم حقوقی تعبیر می‌کنند و مورد قبول همه است. وقتی ما این بنای عقلا را پذیرفتیم نمی‌توانیم از این روش‌ها و بناها دوری کنیم. به عقیده من، ریشه این قواعد در شریعت ما هست و یک فقیه خوش‌ذوق که سعه صدر دارد، می‌تواند این‌ها را از کبریات و عموماتی که در شریعت داریم، استخراج کند؛ مثلاً اسلام همین مسئله عدالت و مسئله اعلامیه حقوق بشر را پذیرفته و بیشتر از آن هم گفته است و علاوه بر حقوق بشر، حقوق حیوان دارد. اگر آدم خوش‌ذوق، خوش‌سلیقه و غیرمتحجری با این دید وارد فقه شد، هیچ وقت معطل نمی‌ماند و به ضمیمه بنای عقلا و عمومات و قواعد عمومی فقهی می‌تواند بسیاری از قواعد دیگر را به دست آورد. به‌عنوان مثال، ما می‌توانیم

۱۰۷. خوئی، سیدابوالقاسم؛ *التنقیح فی شرح عروه الوثقی*، محاضر: علی غروی تبریزی، نشر لطفی، ۱۴۰۷ ق، جلد ۱، ص ۱۶۳.

۱۰۸. موسوی خمینی، سیدروح‌الله؛ *أنوار الهدایه فی التعلیق علی الکفایه*، مؤسسه تنظیم و نشر تراث الإمام الخمینی (س) ۱۴۲۷ ق، جلد ۱، ص ۱۰۵.

۱۰۹. مرتضوی، محسن؛ درس الفائق (سیره عقلاییه/ اقسام سیره مستحذته/ امکان عدم ردع شارع)، ۱۳۹۹/۷/۸، (در دسترس در تاریخ ۱۴۰۰/۱۱/۱۱)

<https://www.eshia.ir/feqh/archive/text/mortazavi_mohsen/alfaeq1/99/990708/>.

تمام مواد همین اعلامیه حقوق بشر را با یک سری قواعد تطبیق بدهیم».^{۱۱۰} پس می‌توان با ظرفیت‌های یادشده در سایه بازخوانی پیام‌محورانه پرونده الحسن در اندیشه بازنگری در اجرای کیفرهای بدنی برآمد.^{۱۱۱}

نتیجه

بر اساس آنچه گذشت، اجرای کیفرهای بدنی به وسیله الحسن می‌تواند از منظر اساسنامه دیوان، جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی تلقی شود، چرا که عناصر زمینهای، روانی (معنوی) و مادی دو جنایت وجود داشته است. در پرونده جاری، اسناد و مدارک نشان می‌دهد که اجرای مجازات‌های

۱۱۰. موسوی بجنوردی، سیدمحمد؛ مجموعه مقالات و مصاحبه‌های علمی‌کنگره امام خمینی (ره)، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، ۱۳۷۸، ص ۴۶۳.

البته در برابر این دیدگاه، برخی از فقهای نص‌محور بر این باورند که سیره‌های حقوق بشری امروزی نمی‌توانند از حجیت برخوردار باشند. حلی؛ ۱۴۲۳ ق، ۶ / ۴۵۹. از نظر این گروه، «جامعیت و اکمال شریعت اسلام و عدم نیاز به التفات در سیره‌های عقلایی نوظهور» (مکارم شیرازی؛ ۱۴۲۵ ق، ۵۱۰-۵۰۸)، «خطاپذیری مردم در سیره و عدم حضور معصوم (ع) در میان ایشان برای رد یا پذیرش آن»، «پیروی مردم از هوا و هوس و تبدیل احکام دین به بازیچه دست ایشان» و «عدم حجت قطعی سیره عقلا در کشف واقع» (حکیم؛ بی‌تا، صص ۱۹۸-۱۹۴) می‌تواند از مهم‌ترین دلایل در این زمینه باشد. مضمون ادله پیشین این است که شارع مقدس به هرچه که نیاز جامعه اسلامی تا ابد بوده، جامعه مشروعیت پوشانده است. بدین لحاظ باید با تکیه بر آموزه‌های دینی و ظرفیت‌های شرعی به بازنگری در قوانین و مقررات اسلامی روی آورد. پس مسئله‌ای مانند دستاوردهای دیوان که ریشه در مکتوبات شرعی ندارد، نمی‌تواند از زوایای برخوردار باشد. در این رویکرد باید موضوعات مرتبط با حقوق بشر را تنها در همان احکام تشریحی و متشرع‌عصر معصوم (ع) جستجو کرد. پس به‌طور کلی توجه به جنایت‌انگاری مجازات‌های بدنی از مشروعیت برخوردار نیست.

۱۱۱. در رابطه با قاعده نفی سبیل و تلازم شاید این چالش مطرح شود که مفاد این دو قاعده در بحث حاضر با یکدیگر در تعارض بوده و متعاقباً قابل جمع نیستند یعنی آنکه گرچه توجه به سازمان‌های حقوق بشری و دستاوردهای آن‌ها با قاعده ملازمه می‌خواند، با قاعده نفی سبیل همخوانی ندارد زیرا می‌تواند مصادق تسلط کفار باشد. در پاسخ به این ایراد می‌توان گفت چنین تعارضی ظاهری است، چرا که اولاً نهادهای حقوق بشری به جزئی جدایی‌ناپذیر از جهان حاضر بدل شده‌اند که راه‌گریزی از آن‌ها نیست و آمیخته با دنیای کنونی شده‌اند یعنی نمی‌توان جهان را بدون نهادهای حقوق بشری و دستاوردهای آن‌ها تصور کرد. بنابراین، نه‌تنها توجه به آن‌ها و یافته‌هایشان مخالف با مفاد قاعده نفی سبیل نیست، بلکه در برابر، عدم التفات به آن‌ها می‌تواند موجبات چیرگی‌شان را بر کشورهای اسلامی و مسلمانان فراهم آورد. به باور نگارندگان نباید از این نکته غافل ماند که اتفاقاً تمکین نسبت به هنجارها و ارزش‌های جهان‌شمول امروزی می‌تواند زمینه گسترش گفتمان شریعت اسلام و متعاقباً افزایش گرویدن به آن را فراهم آورد، چرا که در این صورت، فرصت بسیار مناسبی برای جلب‌نظر جهانیان نسبت به این شریعت مهیا می‌شود، مواردی که کاملاً در راستای تحقق قاعده نفی سبیل است. ثانیاً نباید این‌گونه تصور شود که حقوق بشر مفهومی غیراسلامی است؛ لذا با پذیرش آن کافران بر مسلمانان مسلط خواهند شد زیرا با استناد به آموزه‌های دینی پرشماری می‌توان مشروعیت توجه به یافته‌های حقوق بشری را دست‌کم در موضوعی مانند کیفرهای بدنی اثبات کرد. در این باره می‌توان به فقه کرامت‌مدار، تاریخ‌مندی، امضایی‌بودن، غیرتبعیدی‌بودن مجازات‌های بدنی، توجه معصومان به سیره عقلا و نیز جامعیت و جاودانگی شریعت اسلام اشاره کرد که هریک به نوبه‌ای بر مشروعیت راه‌یابی چنین دستاوردهایی به نظام کیفری کشورهای اسلامی مهر تأیید می‌زند.

بدنی در چارچوب حمله گسترده یا سازمان‌یافته علیه یک جمعیت غیرنظامی رخ داده است. همچنین جدای از آنکه الحسن قصد ارتکاب جرم را داشته است، وی به وجود حمله گسترده یا سازمان‌یافته علیه جمعیت غیرنظامی نیز آگاه بود. الحسن و کارگزارانش بیش از دو سال، حمله کلی و منظم را علیه غیرنظامیان به کار بستند. بدین سبب، اجرای کیفرهای بدنی به دلیل وجود این عناصر، جنایت علیه بشریت توصیف می‌شود.

افزون بر این، اجرای کیفرهای بدنی توسط الحسن در بستر و در ارتباط با مخاصمه مسلحانه رخ داده است؛ بدین شکل که اجرای مجازات‌های بدنی در قالب برنامه یا سیاست عمومی و نیز به شکل گسترده صورت پذیرفته است. وانگهی، عنصر روانی یعنی عمد در رفتار و آگاهی مرتکب از وجود مخاصمه مسلحانه وجود داشت، تا آنجا که الحسن بر تمام تصمیم‌گیری‌ها اعم از قضایی و غیرقضایی نظارت و اشراف داشت. وی هم از غیرنظامی‌بودن افراد آگاهی داشت و هم با هدف خاصی آن‌ها را انجام می‌داد. ضمن آنکه وی با تفویض اختیار به زیردستانش، در عمل زمینه ارتکاب جنایت جنگی را هم فراهم می‌کرد. بنابراین در کنار جنایت علیه بشریت می‌توان الحسن را مرتکب جنایت جنگی نیز دانست.

به نظر نگارندگان، کشورهای اسلامی در رویارویی با قضیه تعقیب الحسن در مهم‌ترین مرجع کیفری بین‌المللی باید خوانشی پیام‌محورانه را به کار بگیرند، گرچه نتایج چنین پرونده‌هایی هیچ‌گاه الزام قانونی در این زمینه برای کشورهای اسلامی ایجاد نمی‌کند و اساساً دیوان قدرتی برای الزام دولت‌ها به تغییر قوانین و مقررات ملی ندارد و همچنین الحسن نماینده دولت یا حاکمیتی نیست. با این حال نباید از چند دلیل که چنین خوانشی را ضرورت می‌بخشند، غافل شد. نخست آنکه در سالیان اخیر، رشد گروه‌های تکفیری که مشابه حکومت‌های اسلامی اقدام به اجرای مجازات‌های بدنی می‌کنند افزایش یافته است. این مسئله موجب می‌شود تا دشمنان شریعت اسلام با بدنمایی رسانه‌ای و قدرت نرم خود، موجبات یکی‌انگاری کشورهای اسلامی را با گروه‌های خودخوانده نامشروع فراهم کنند تا جدای از گستراندن اسلام‌هراسی و تنفییر از دین به دیگران چنین القا کنند که شریعت اسلام دینی خشن و نامتناسب با عصر حاضر است. بر این اساس باید کشورهای اسلامی از اقداماتی که موجب پیوند خوردن آن‌ها با گروه‌های مذکور می‌شود، دوری گزینند.

دوم آنکه نباید از کارکرد بیانی دیوان در این باره غافل شد، گرچه به‌طور کلی صلاحیت دیوان تکمیلی است؛ بدین معنا که دیوان با تعقیب الحسن به دلیل سیاست‌های خشونت‌آمیز مانند اجرای مجازات‌های جسمانی، ناروایی و عدم مشروعیت چنین واکنش‌هایی را اعلام می‌دارد. همان‌طور که پیش از این نیز دیوان با عدم مشروعیت بخشی به کیفر مرگ در برابر جنایات بین‌المللی، هشدار می‌دهد به کشورهای دنیا در جهت عدم استفاده از این مجازات در جرایم گوناگون داشت؛ گو اینکه دیوان با این کار این پیام را به سایرین مخابره کرد که هنگامی که برای جنایات بین‌المللی با پیامدهای

ناگوار بسیار، امکان صدور کیفر سلب حیات وجود ندارد، پس در جرایم دیگر نیز صدور چنین حکمی شایسته نیست. بنابراین، جنایت‌انگاری اجرای کیفرهای بدنی می‌تواند حامل پیامی مهم مبنی بر پرهیز سیاست‌گذاران جوامع اسلامی از کاربست چنین واکنش‌هایی باشد.

افزون بر این، یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که الهام‌گرفتن کشورهای اسلامی از اقدام دیوان، خلاف شرع و عقل نیست. این گزاره از قواعد فقهی مختلفی همچون قاعده تلازم و قاعده نفی سبیل قابل اثبات است. مفاد قاعده نخست بیانگر این است که هر آنچه را عقل تأیید می‌کند، شرع نیز می‌پذیرد. از نگاه تحقیق حاضر می‌توان با تکیه بر قاعده یادشده، به گذار از کیفرهای بدنی وجهه شرعی بخشید زیرا سیره عقلای جهان کنونی که بیشتر در اسناد بین‌المللی حقوق بشری جلوه‌گری می‌کنند، کیفرهای بدنی را بر نمی‌تابد. در این باره نمی‌توان این مسئله را با این استدلال که در زمان معصوم (ع) وجود نداشت، واگذار. البته باید در نظر داشت سیره‌های مبتنی بر احساسات و عواطف نمی‌توانند از حجیت برخوردار باشند اما در مسئله‌ای مانند حقوق بشر که چندین دهه مردمان عالم با هر دین، زبان و فرهنگی، در بیشتر زمان‌ها و مکان‌ها به آن اهتمام ورزیده و آن را ارج نهاده‌اند، می‌توان قائل به شکل‌گیری سیره عقلای بود. بر این اساس، به نظر مشکلی برای حجیت آن نباشد. بنابراین به کارگیری رویکرد پیام‌محورانه در پرونده/حسین با شرع هم‌پوشانی دارد.

نیز استناد به قاعده نفی سبیل می‌تواند رهیافت مورد نظر پژوهش حاضر را قوام بخشد. درباره قاعده نام‌برده باید به این نکته توجه داشت که برداشت سنتی از آن، موجب مغفول ماندن ظرفیت‌ها و زوایای پنهانش شده است، با آنکه بررسی‌های فقهی نشان می‌دهد که قاعده مزبور بر جنبه‌های گوناگون حکمرانی حاکم است و باید در بسترهای پرشماری از جمله سیاست کیفری اعمال شود. یکی از این مجاری که تا کنون از آن غفلت شده است، موضوع اجرای کیفرهای بدنی در کشورهای اسلامی است. همان‌طور که گذشت، عرف بین‌المللی مجازات‌های بدنی را نفی می‌کند. می‌توان این واقعیت را در واکنش تند و قاطع نهادهای حقوق بشری نسبت به چنین مجازات‌هایی مشاهده کرد. نباید از یاد برد که نفوذ فرمان نهادهای مزبور منجر بدان شده است که شمار قابل توجهی از کشورهای جهان، سیاست‌های گوناگون خود را به گونه‌ای سامان بخشیده و آراسته‌اند که تعارضی با حقوق بشر نداشته باشد. بازخورد این اتحاد جمعی و هم‌پیمانی، به انزواکشیده شدن فرمان‌ناپذیران و سرکشان است، به این شکل که رویکردهای سخت‌گیرانه نهادهای اشاره‌شده، مایه انزوای کشورهای اسلامی می‌شود. نتیجه آنکه گفتمان دین صلح‌طلب اسلام عقیم مانده و نیز افکار منفی نسبت به کشورهای اسلامی و مسلمانان جهان ایجاد می‌شود. بدون تردید، روح قاعده نفی سبیل که غایت آن سرافرازی اسلام و اعتلای مسلمان است، این برآیندهای نامطلوبی را بر نمی‌تابد.

در نهایت بر اساس آنچه بیان شد پیشنهاد می‌شود که در عصر جهانی شدن، کشورهای اسلامی از جمله ایران، همگام با بسیاری از کشورهای دنیا به بازنگری در سیاست‌های کیفری حاکم، به‌ویژه اجرای مجازات‌های بدنی و سالب حیات روی آورند؛ رویکردی که استناد به ادله یادشده به آن مشروعیت می‌بخشد.

منابع:

الف. فارسی

- کتاب

۱. ذهنی تهرانی، سیدمحمدجواد؛ *بیان المراد، شرح فارسی بر اصول الفقه*، جلد ۳، گنجینه ذهنی، ۱۳۸۸.
۲. عمید زنجانی، عباسعلی؛ *فقه سیاسی*، جلد ۵، امیرکبیر، ۱۳۷۷.
۳. محمدنسل، غلامرضا؛ *مجموعه مقررات دیوان بین‌المللی کیفری*، دادگستر، ۱۳۹۳.
۴. مصباح یزدی، محمدتقی؛ *نظریه حقوقی اسلام*، جلد ۲، مؤسسه آموزش و پژوهش امام خمینی (قدس سره)، ۱۳۹۱.
۵. منتظری، حسینعلی؛ *پرسش‌هایی پیرامون مجازات‌های اسلامی و حقوق بشر*، ارغوان دانش، ۱۳۸۸.
۶. موسوی بجنوردی، سیدمحمد؛ *مجموعه مقالات و مصاحبه‌های علمی کنگره امام خمینی (ره)*، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، ۱۳۷۸.
۷. میرمحمد صادقی، حسین؛ *دادگاه کیفری بین‌المللی*، دادگستر، ۱۳۹۵.

- مقاله

۱. آخوندی، محمود و محمدعلی جاهد؛ «حقوق جهانی، از تئوری تا عمل با تأکید بر جهانی‌شدن حقوق بشر». *فصلنامه پژوهش حقوق*، دوره ۱۴، شماره ۳۶، فروردین ۱۳۹۱.
۲. تقی‌پور، علیرضا؛ «تأثیر نظام حقوق بشر بر اساسنامه دادگاه‌های کیفری بین‌المللی در زمینه مجازات اعدام، پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی»، دوره ۵، شماره ۱۰، بهمن ۱۳۹۶.
۳. حسینی اکبرنژاد، هاله؛ «صلاحیت تکمیلی دیوان بین‌المللی کیفری: پویایی نظام‌های قضایی ملی در مقابله با بی‌کیفری»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، سال بیست‌وششم، شماره ۴۱، پاییز-زمستان ۱۳۸۸.
۴. خسروی، حسن و فرید سلطان‌قیس؛ «حمایت از اموال فرهنگی و تاریخی در حقوق بین‌الملل با نگاهی بر اقدام دیوان بین‌المللی کیفری در قضیه کشور مالی»، *مطالعات میان‌فرهنگی*، شماره ۳۳، اسفند ۱۳۹۶.
۵. سیدزاده‌ثانی، سیدمهدی و زهرا فرهادی آلاشتی؛ «جبران خسارت تخریب میراث فرهنگی در دیوان کیفری بین‌المللی با نگاهی به پرونده المهدی»، *مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، دوره ۴۹، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۸.

۶. ذاکر حسین، محمدهادی؛ «گرسنگی دادن غیرنظامیان به مثابه جنایت جنگی»، پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، دوره ۹، شماره ۱۸، پاییز و زمستان ۱۴۰۰.
۷. _____؛ «نظریه تعقیب موضوعی» به‌عنوان معیار سنجش شدت و اهمیت موضوع قابل تعقیب در دیوان کیفری بین‌المللی»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۴۸، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۷.
۸. زر نشان، شهرام؛ «مفهوم و ماهیت «عنصر روانی» در فرایند شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل عرفی»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، سال پانزدهم، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۰.
۹. زمانی، سیدقاسم و فرشته باقری؛ «راهکارهای حل تعارض میان تعهدات ناشی از استرداد و تعهدات حقوق بشری دولت‌ها»، پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، دوره ۳، شماره ۵، فروردین ۱۳۹۴.
۱۰. صادقی، مهدی‌رضا و سیدقاسم زمانی؛ «رویکرد دیوان کیفری بین‌المللی نسبت به اهداف مجازات»، پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، دوره ۸، شماره ۱۶، بهمن ۱۳۹۹.
۱۱. صالحی، جواد؛ «ابعاد جرایم جنگی آمریکا در افغانستان و امکان سنجی تعقیب آن در دیوان بین‌المللی کیفری (با تأکید بر رویکردهای رسانه‌ای)»، پژوهشنامه رسانه بین‌الملل، دوره ۵، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۹.
۱۲. گرجی، ابوالقاسم، ناصر کاتوزیان، سیدکاظم حائری و محمدحسن مرعشی، محمدهادی معرفت و محمد مجتهد شبستری؛ «اقتراح»، نقد و نظر، شماره ۱، زمستان ۱۳۷۳.
۱۳. مالدار، محمدحسن، جوان جعفری بجنوردی، عبدالرضا و سیدمحمدجواد ساداتی؛ «کیفر قصاص در دوگانگی قرائت موضوعیت‌گرا و کارکردگرا»، پژوهشنامه حقوق کیفری، دوره ۱۲، شماره ۱، تیر ۱۴۰۰.
۱۴. محقق‌نیا، حامد، جهانبخش مرادی و علی مختاری؛ «چالش‌های گفتمان بنیادگرایی اسلامی و غرب»، فصلنامه مطالعات سیاسی، دوره ۵، شماره ۲۰، تابستان ۱۳۹۲.
۱۵. محمودی، سیدهادی و محمد ستایش‌پور؛ «گذر از «زمان» در ایجاد قاعده حقوق بین‌الملل عرفی: واکاوی انگاره‌های حقوقی و رویه دیوان بین‌المللی دادگستری»، دوفصلنامه حقوق تطبیقی، دوره ۶، شماره ۱، شهریور ۱۳۹۸.
۱۶. معصومی، ابراهیم، سعید اسلامی و کمال پولادی؛ «بررسی مقایسه‌ای اسلام سیاسی مبتنی بر امامت و اسلام سیاسی مبتنی بر خلافت در نو سلفیه»، ماهنامه جامعه‌شناسی سیاسی ایران، دوره پنجم، شماره ۶، شهریور ۱۴۰۱.

ب. عربى

* قرآن كريم

١. اردبيلى، احمد بن محمد؛ زبده البيان فى أحكام القرآن. المكتبه الجعفرية لإحياء الآثار الجعفرية، بى تا.
٢. حر عاملى، محمد بن حسن؛ وسائل الشيعه. جلد ١٧، دار احياء التراث العربى بيروت، بى تا.
٣. حكيم، سيد محمدتقى؛ الاصول العامه الفقه المقارن، مؤسسه آل البيت (ع) للطباعه و النشر، بى تا.
٤. حلى، حسين؛ اصول فقه، جلد ٦، مكتبه الفقه و الاصول المختصه، ١٤٢٣ ق.
٥. خوئى، سيدابوالقاسم، التنقيح فى شرح عروه الوثقى، محاضر: على غروى تبريزى، جلد ١، نشر لطفى، ١٤٠٧ ق.
٦. صافى گلپايگانى، لطف الله؛ الاحكام الشرعيه ثابتة لا تتغير، دار القرآن كريم، ١٤١٢ ق.
٧. صدر، سيد محمدباقر؛ دروس فى علم الاصول، جلد ٢، دارالكتاب اللبنانى، ١٤٠٠ ق.
٨. طباطبايى، سيد محمد حسين؛ حاشيه الكفايه، جلد ٢، بى نام، بى تا.
٩. مظفر، محمدرضا؛ اصول فقه. جلد ٢، مركز انتشارات دفتر تبليغات اسلامى حوزه علميه قم، ١٣٧٠.
١٠. مكارم شيرازى، ناصر؛ انوار الفقاهه (كتاب البيع)، مدرسه الامام على بن ابى طالب (ع)، ١٤٢٥ ق.
١١. موسوى خمينى، سيد روح الله؛ كتاب البيع، جلد ٢، مؤسسه مطبوعاتى اسماعيليان، ١٤١٠ ق.
١٢. موسوى خمينى، سيد روح الله، أنوار الهدايه فى التعليقه على الكفايه، مؤسسه تنظيم و نشر تراث الإمام الخمينى (س) ١٤٢٧ ق.

پ. انگليسى

Books

1. Bayrakli, Enes, Hafez, Farid (eds.), *The State of Islamophobia in Europe*, SETA, Foundation for Political, Economic and Social Research, 2016.
2. Chaitidu, Eleni, *Recent Developments in the Jurisprudence of the International Criminal Court – Part 2*, 2020.
3. Chauzal and Thibault van Damme, *The roots of Mali's conflict Moving beyond the 2012 Crisis*, Clingendael Institute, 2015.

Articles

1. Atnashev, V. R., "Impact of Islamophobia and Human Rights", *Middle East Review of Public Administration (MERPA)*, vol. 2, Issue 1, 2016.
2. Hola, Barbora, Nyseth Brehm, Hollie, "Punishing Genocide: A Comparative Empirical Analysis of Sentencing Laws and Practices at the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), Rwandan Domestic Courts, and Gacaca Courts," *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, vol. 10, Issue 3, 2016.

- Theses

1. Steindal, Marius, *ISIS Totalitarian Ideology and Discourse: An Analysis of the Dabiq Magazine Discourse*, Noragric Department of International Environment and Development Studies, Master Thesis, 2015.

ت. وبسایت‌های اینترنتی

۱. مرتضوی، محسن؛ درس الفائق (سیره عقلائییه/اقسام سیره مستحدثه /امکان عدم ردع شارع). ۱۳۹۹/۷/۸، (در دسترس در تاریخ ۱۱/۱۱/۱۴۰۰)
https://www.eshia.ir/feqh/archive/text/mortazavi_mohsen/alfaeq1/99/99070/
۲. مرکز حقوق کیفری بین‌المللی ایران، «اولین پرونده تخریب میراث فرهنگی در دیوان کیفری بین‌المللی». ۱۳۹۷/۰۷/۰۴.
<http://www.icicl.org/details.asp?id=322>
۳. مرکز حقوق کیفری بین‌المللی ایران، تأیید شدت‌مندی و قابلیت پذیرش پرونده «الحسن» از سوی شعبه تجدیدنظر دیوان کیفری بین‌المللی، به آدرس:
<http://www.icicl.org/details.asp?id=571>
4. Batchelor, Tom, "ISIS Cuts Off Hands and Feet of 'Livestock Thieves' in Latest Sickening Propaganda Video", 2 July 2015, available at: <<https://www.express.co.uk/news/world/588412/Islamic-State-terror-group-cuts-off-hands-feet-thieves-Syria>>, last seen 1 February 2022.
5. Guardian, "Stoning in Iran: Brutality Pure and Simple", 9 July 2010, available at: <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2010/jul/09/stoning-death-penalty-iran-editorial>>.
6. Guest Author, "10 Horrifying and Cringeworthy Corporal Punishments", 12 August 2016, available at: <<http://www.toptenz.net/10-horrifying-and-cringeworthy-corporal-punishments.php>>.
7. ICC (A), "Al Hassan Case: ICC Appeals Chamber Confirms the Pre-Trial Chamber's Decision on the Admissibility and the Sufficient Gravity of the Case", 19 February 2020, available at: <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1515>>.

8. ICC (B), "Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, at the Opening of the Trial in the Case against Mr. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud", 14 July 2020, available at: <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=200714-otp-statement-al-hassan>>.
9. ICC (C), "Opening of the Trial in the Al Hassan Case: Practical Information", 9 July 2020, <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=ma254>>.
10. ICC (A). "Al Hassan Case: ICC Pre-Trial Chamber I Confirms Charges of War Crimes and Crimes against Humanity and Commits Suspect to Trial", 30 September 2019, available at: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1483#_blank>.
11. ICC (B). "Décision relative à la requête de la défense aux fins d'autorisation d'interjeter appel de la Décision relative à la confirmation des charges et transmission du dossier à la présidence en vertu de la règle 129 du Règlement de procédure et de preuve", 18 November 2019, available at: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/12-01/18-498-Red2#_blank>.
12. ICC, "Situation in Mali: Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud Surrendered to the ICC on Charges of Crimes against Humanity and War Crimes in Timbuktu", 31 March 2018, available at: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1376#_blank>.
13. Info Note 2, "Democratic Republic of the Congo 1993-2003 UN Mapping Report", available at: <https://www.ohchr.org/Documents/Countries/CD/FS-2_Crimes_Final.pdf>.

- International Criminal Cases

1. AFRC Trial, *The Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, and Santigie Borbor*, Appeals Chamber, 22 February 2008, Case No. SCSL-2004-16-A, available at: <<http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/AFRC/Appeal/675/SCSL-04-16-A-675.pdf>>.
2. ICC, *Le Procureur c. Al Hassan, La Chambre Préliminaire I*, 13 November 2019, No. ICC-01/12-01/18, available at: <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_06927.pdf>.
3. ICC, *The Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, Case Information Sheet, ICC-01/12-01/18, available at: <<https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/al-hassanEng.pdf>>.
4. ICTR, *The Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana*, Trial Chamber II, 21 May 1999, Judgement, Case No. ICTR-95-1-T, available at: <<https://ucr.irmct.org/LegalRef/CMSDocStore/Public/English/Judgement/NotIndexable/ICTR-95-01/MS15929R0000620214.pdf>>.
5. ICTR, *The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana; Jean-Bosco Barayagwiza, Hassan Ngeze*, Appeals Chamber, 28 November 2007, Case No. ICTR-

99-52-A, available at: <<https://ucr.irmct.org/LegalRef/CMSDocStore/Public/English/Judgement/NotIndexable/ICTR-99-52/MSC31299R0000555179.pdf>>.

6. ICTR, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Judgment, 2 Sep 1998, Case No. ICTR-96-4-T, available at: <<https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf>>.
7. ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Judgment, 10 December 1998, Case No. IT-95-17/1-T, available at: <<https://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>>.
8. ICTY, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic*, Judgment, 16 November 1998, Case No. IT-96-21-T, available at: <https://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf>.
9. ICTY, *The Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić, Hazim Delić and Esad Landžom*, Judgment, 16 November 1998, Case No. IT-96-21-T, 16 Nov 1998, available at: <https://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf>.