

The Application of Analogical Reasoning in International Criminal Law System; Perhaps, Dos and Don'ts

Heidar Piri*

Assistant Professor in International Law, Faculty of Humanities and Social Sciences, University of Kurdistan, Sanandaj, Iran

**Seyed Mohamad Ghari
Seyed Fatemi**

Professor of Human Rights, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Seyed Hadi Mahmoudi

Assistant Professor in International Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Abstract

Analogy as an applied matter does not have the same credibility in the logic and the different areas of the contemporary international law system. International criminal law resembles the most domestic legal systems that interdict analogical reasoning in criminal law: according to art. 22 (2) Rome Statute of the International Criminal Court, the definition of a crime shall be strictly construed and shall not be extended by analogy (Don'ts). Nevertheless, in the international community, as evolving, Criminal rules are not always able to accommodate all the crimes that occur. Hence, the lack of comprehensiveness of law and the emergence of new issues, as well as the use of ambiguous terms such as "other inhuman acts" in most of the international criminal documents, made it inevitable to use the analogy in international criminal law, not only as a useful tool in identifying applicable rules but also as a form of interpretation (Dos). However, the authors believe that the use of analogy in international criminal proceedings does not have the power to create new crimes and to impose punishment without resorting to a valid criminal code. In addition to expressing a normative framework for analogical reasoning in international criminal law, this article analyzes the role of analogy in the decision-making processes of the international criminal courts and tribunals.

Keywords: Analogy, International Criminal Law, International Criminal Tribunal, Interpretation, Silence in Law, Non-liquet.

* h.piri@uok.ac.ir

کاربست استدلال قیاسی در نظام حقوق کیفری بین‌المللی؛ نبایدها، باید‌ها و شاید‌ها


استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی، دانشگاه کردستان،
سنندج، ایران

حیدر پیری * 

استاد حقوق گروه حقوق بین‌الملل، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

سید محمد قاری سید
فاطمی 

استادیار گروه حقوق بین‌الملل، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

سید هادی محمودی 

چکیده

قیاس به عنوان موضوعی کاربردی در منطق و عرصه‌های گوناگون نظام حقوق بین‌الملل معاصر اعتبار یکسانی ندارد. در حوزه حقوق کیفری بین‌المللی، مانند بیشتر نظام‌های حقوقی داخلی که استدلال از طریق قیاس در حقوق کیفری را مجاز نمی‌شمارند، مطابق ماده ۲۲ (۲) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی تعریف جرم بر اساس اصل تفسیر مضیق به عمل می‌آید و توسل به قیاس در تعریف آن ممنوع است (نبایدها). با وجود این، در جامعه بین‌المللی در حال تغییر، قوانین کیفری همیشه قادر نیستند همه جرایمی را که رخ می‌دهند در خود جای دهند. از این رو، جامع نبودن قانون و پدید آمدن مسائل جدید و نیز عبارات مبهم و فاقد صراحت (سایر اعمال غیرانسانی) در اکثر اسناد کیفری بین‌المللی، زمینه اعمال قیاس را نه تنها به عنوان ابزاری کاربردی در تشخیص قواعد قابل اعمال و رفع نقص‌های قوانین بلکه همچنین به عنوان بخشی از اشکال تفسیر در حقوق کیفری بین‌المللی اجتناب‌ناپذیر نموده‌اند (باید‌ها). با این همه، نگارندگان مقاله بر این باورند که قیاس در اسناد و رویه قضایی محاکم کیفری توان جرم‌انگاری و تحمیل مجازات بدون توسل به قاعده کیفری معتبر را ندارد (شاید‌ها). مقاله علاوه بر بیان یک چارچوب هنجاری برای استدلال از طریق قیاس در حقوق کیفری بین‌المللی، به تحلیل نقش قیاس در تصمیمات محاکم کیفری بین‌المللی می‌پردازد.

کلیدواژه‌ها: قیاس، حقوق کیفری بین‌المللی، محاکم کیفری بین‌المللی، تفسیر، سکوت و خلأ در قانون.

مقدمه

اگر گفته شود حکم به مجازات تنها به موجب قانون خواهد بود یا حکم به مجازات تنها به موجب حکم لازم‌الاجرای دادگاه صالح خواهد بود، در واقع از دو قاعده قانونی و قضایی بودن مجازات‌ها یاد شده است. با قبول این دو قاعده دیگر اجرای هیچ مجازاتی بدون تجویز قانون و حکم مرجع قضایی صالح مجاز نخواهد بود. از آثار طبیعی اصل قانونمندی جرایم و مجازات‌ها نیز ضرورت تفسیر مضیق قوانین کیفری است. با این حال، اصل قانونمندی جرایم و مجازات‌ها و قانونی بودن تفسیر مضیق در حقوق کیفری بین‌المللی با تأخیر بسیار صورت گرفته است. اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی در ماده ۲۲ (۲) مقرر داشته است: «تعریف جرم باید به طور مضیق تفسیر شود و نباید از طریق قیاس توسعه یابد. در صورت ابهام، تعریف باید به نفع فردی تفسیر شود که مورد تحقیق و تعقیب قضایی قرار گرفته است.» مفهوم نخستین این قاعده التزام به منطوق صریح و مفاد متیقن قانون و پرهیز از جستجوی مفاهیمی چون روح و حکمت وضع قانون، هدف قانونگذار و منع توسل به ابزارهایی نظیر مفهوم موافق، قیاس، تمثیل و امثال آنها بوده است. با این حال، در صورتی می‌توان از منطوق قانون تجاوز نکرد که ادعا نماییم قانون خالی از هرگونه نقض، ابهام، اجمال و یا سکوت است، حال آنکه قانون به معنای واقعی هیچ‌گاه خالی از نقص نبوده و کامل نیست. در واقع، واضعان قانون هر اندازه دقیق و آینده‌نگر باشند، از توانایی پیش‌بینی تمام وقایع و رفتارهای ضد اجتماعی برخوردار نبوده و این ادعا که تنظیم‌کنندگان قانون اثری بی‌نیاز از توضیح و تفسیر پدیدآورده‌اند و به تمامی پرسش‌هایی که در عمل برای دادرسان پیش می‌آیند از پیش پاسخ گفته‌اند گزافه‌ای بیش نیست. ابهام، اجمال، نقص، سکوت و تعارض در قانون اجتناب‌ناپذیر است (مودن‌زادگان و غلامعلی‌زاده، ۱۳۸۸: ۱۴۲) و پیشرفت علم و تکنولوژی و نیز اختراعات و تحولات جدید وسایل و شیوه‌های جدیدی را در اختیار افراد تبهکار قرار داده‌اند که در حیطه مصادیق پیش‌بینی شده در نص قانون قرار نمی‌گیرند. از این رو، محبوس نمودن دادرس در تنگنای الفاظ و عبارات قانونی به عنوان مقسم خودکار قانون به معنای بی‌دفاع گذاشتن جامعه و فراهم نمودن زمینه‌های تهدید نظم و امنیت عمومی و حیثیت جسمی و روانی شهروندان است (مظاهری تهرانی، ۱۳۸۷: ۷۵).

علاوه بر این، وقایع اجتماعی و حیات جامعه ثابت نیستند و دائماً در حال تغییر هستند. در میان این تغییر و تحولات، اغلب وضع قانون کمترین توسعه را در تحوّل جامعه دارد. بنابراین،

حقوق به عنوان یک عنصر ایستانی می‌تواند از تحولات جامعه پیروی نماید؛ از این رو، اغلب در وضع قانون فضاهاى خالی و مبهم ایجاد می‌شوند (Masyhar, 2015: 156). نشانه‌های پیدایش این وضعیت‌ها در اسناد کیفری بین‌المللی و به‌طور خاص در تصمیمات محاکم کیفری که موجب جمود و کهنگی قوانین می‌گردد و به تعبیر حقوقدانان فرانسوی به ضعف استدلالات حقوقی منجر می‌شود، توسّل به تفسیر موسّع و قیاس است (Jeandidier, 1998: 109)؛ بنابراین علیرغم ممنوعیت صریح توسّل به قیاس در بند ۲ ماده ۲۲ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، گاهی قوانین کیفری ملی و بین‌المللی نیازمند درجه‌ای از توسّل به استدلال از طریق قیاس، به وسیله تفاسیر قانونی مشابه، برای روشن شدن محتوای قواعد هستند. به عنوان مثال، می‌توان به عبارت مبهم و فاقد صراحت قانونی «سایر اعمال غیرانسانی» در باب جنایت علیه بشریت در ماده ۷ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی اشاره نمود.

قیاس در حقوق کیفری بین‌المللی عبارت است از تعمیم حکم موضوعی که حکم قانونی آن معلوم است، از راه مشابهت، به موضوعی که حکم قانونی آن معلوم نیست. درستی کاربرد چنین ابزاری که کار آن کشف حکم موضوعات جدید و توسعه قلمرو نصوص قانونی است در معرض رد و قبول و اثبات و انکار قرار گرفته است.^۱ اما آنچه روشن است اینکه حاصل استدلالات قیاسی کشف حکم موضوعات مجهول‌الحکم است نه اثبات و انشای آن. علاوه بر این، بحث در خصوص جواز یا منع کاربرد قیاس در حقوق کیفری بین‌الملل در هر قضیه متفاوت است و نیازمند تفسیر و تحلیل خاص خواهد بود، زیرا محاکم کیفری بین‌المللی موضع روشنی را در این خصوص اتخاذ ننموده‌اند. از این رو، در ابتدا به جنبه‌های نظری منع و جواز توسّل به قیاس در تفسیر نصوص جزایی و تحقیق درباره برخی کاربردهای عملی آن می‌پردازیم. سپس، به تحلیل نقش قیاس در رویه قضایی محاکم کیفری بین‌المللی خواهیم پرداخت.

۱. در حالی که موافقان عقیده خود را با تکیه بر ضرورت تأمین دفاع و امنیت اجتماعی و رعایت نظم عمومی توجیه می‌کنند و قیاس را کارسازترین ابزار تفسیر نصوص و گسترش قلمرو آنها تلقی کرده‌اند، مخالفان حرمت عمل به آن را به استناد اصل قانونی بودن جرم و مجازات، اصل تفسیر مضیق، اصل تفسیر به نفع متهم در موارد شک، اصل عطف بماسق نشدن قوانین (سیمایی صراف، ۱۳۸۸: ۱۵۶)، عدم قطعیت حقوقی، ضرورت حفظ منافع فردی و دفاع از حقوق و آزادی‌های اشخاص در برابر توسعه‌طلبی‌های قوای حاکم توجیه می‌نمایند.

۱. مفهوم‌شناسی قیاس در حقوق کیفری بین‌المللی

قیاس در حقوق کیفری بین‌المللی مفهومی جدا از آنچه در نظام‌های کیفری داخلی آمده ندارد. در نظام حقوق کیفری بین‌المللی نزدیک‌ترین واژه‌ای که با قیاس برابری می‌کند آنالوژی^۱ است. قیاس در لغت به معنای اندازه‌گیری، مساوات، مقایسه و برابر کردن آمده است (الزبیدی، ۱۹۸۴: ذیل ماده قیس). فرهنگ حقوقی بلک قیاس را به عنوان تطابق یا تشابه نسبت‌ها تفسیر می‌نماید. قیاس تشابه روابط است بین چیزهایی که با هم مقایسه می‌شوند (Bryan, 2009: 84). در اصطلاح، برای قیاس تعاریف گوناگونی آمده است. البته این تعاریف از معنای لغوی آن دور نیفتاده‌اند. قیاس اثبات حکم در یک امر است به سبب ثبوت این حکم در امری دیگر، بر اساس اینکه علت مشترکی میان آن دو وجود دارد (فلسفی، ۱۳۹۰: ۵۶۶). شیء مورد حکم (مسکوت‌الحکم) را فرع می‌نامند و چیزی را که حکم از آن اقتباس شده باشد، اصل یا مورد منصوص‌الحکم. علت مشترک بین آن دو را علت جامع یا وجه جامع^۲ می‌نامند. در نهایت، حکم چیزی است که در مورد اصل ثابت و قطعی است و قصد داریم آن را برای فرع نیز اثبات کنیم (سید فاطمی و پیری، ۱۳۹۸: ۱۱۵۲).

از این رو، قیاس حکم را از یک رابطه معلوم به رابطه دیگری که از لحاظی بدان شباهت دارد و از لحاظ دیگر با آن متفاوت است منتقل می‌کند (Juthe, 2005: 5). به بیان ساده‌تر، قیاس مبتنی بر شباهت میان اعمال و تعمیم حکم بر اساس همین شباهت است، یعنی اعمال و رفتارهای ضد اجتماعی پیش‌بینی نشده در قانون با جرایم پیش‌بینی شده در آن توسط قاضی مقایسه می‌شوند و با استناد به شباهت میان آنها اوصاف قانونی و آثار جزایی یکی به دیگری تعمیم داده می‌شوند. در نتیجه هرگاه قاضی شباهتی بین آنها یافت همان مجازات را در مورد مرتکب اعمال می‌کند.

اعمال قیاس در قوانین کیفری دو جنبه تقریباً متفاوت دارد. جنبه نخست، استدلال قیاسی - قانونی^۳ بر اساس ترسیم شباهت‌ها بین دو وضعیت یا رفتار مخاطره‌آمیز، که یکی در قانون پیش‌بینی شده و دیگری مسکوت مانده است، و در نهایت تسری آثار جزایی رفتار منصوص به رفتار مسکوت، صورت می‌گیرد. استخراج هر اصل در این نوع استدلال مستلزم تحقیق در

1. Analogy.

۲. علت قلب قیاس و به تعبیری تنها رکن قیاس است. مسئله علت بنیادی‌ترین چالش معرفتی قیاس نزد مسلمانان است (سیمایی صراف، ۱۳۹۰: ۴۴).

3. Analogia Legis.

قواعد عرفی یا اسناد کیفری بین‌المللی است. جنبه دوّم، که استدلال قیاسی- قضایی^۱ می‌نامند، چنان است که حکم قانونی و آثار جزایی یک مورد سکوت به استناد روح کلی حاکم بر نظام کیفری و نه بر مبنای یک مقررۀ قانونی خاص و مشابهت میان رفتارهای قانونی و اعمال غیرقانونی تعیین می‌گردد. به نظر می‌رسد جنبه دوّم قیاس، از آنجا که طیف وسیعی از آزادی‌ها را به مقام قضایی اعطاء می‌کند به جستجوی اصول کلی حقوقی نزدیک می‌شود، اما اغلب با شک و تردید به آن نگاه می‌شود.

به طور خلاصه می‌توان گفت که قیاس در حقوق کیفری عبارت است از تعمیم و تسری حکم مجازات قانونی از جهاتی چون مفهوم و مصداق آن در موارد ابهام، اجمال و به ویژه سکوت آن، به لحاظ اشتراک قانون (موضوع منصوص‌الحکم) و موضوع مستحدث (مسکوت‌الحکم) در علت.

۲. قیاس به عنوان ابزاری برای تفسیر قوانین کیفری؛ ممنوعیت یا محدودیت

با وجود ادعای تدوین‌کنندگان اسناد کیفری درباره جامعیت و صراحت اثری که پدید آورده اند، وجود ابهام، اجمال، نقص، سکوت و تعارض در قوانین کیفری اجتناب‌ناپذیر است. به هیچ وجه نمی‌توان ادعا کرد که تدوین‌کنندگان قانون اثری بی‌نیاز از تفسیر پدید آورده‌اند و به تمامی پرسش‌هایی که در عمل برای مجریان پیش می‌آیند پاسخ گفته‌اند. نیاز قانون به شرح و تفسیر حقیقتی است غیرقابل انکار. قانونی که از هر جهت روشن و کامل باشد و واضعان قانون که همه چیز را ببینند و پیش‌بینی کنند جای‌شان در عالم واقع خالی است و همیشه نیز خالی خواهد بود. به همین لحاظ قانونگذار از پیش‌بینی بسیاری از وقایع جدید که بعضاً مخاطره‌آمیز هستند و ماهیت ضد اجتماعی دارند بازمی‌ماند.

همچنین احراز رکن قانونی جرم همواره ساده نیست، بلکه در مواردی به دلیل ابهام، سکوت، عدم صراحت و جامع نبودن قانون یا پدید آمدن مسائل جدید، قضات بین‌المللی در امر رسیدگی با مشکل مواجه می‌شوند. بنابراین، در چنین مواردی توسّل به قیاس و تفسیر قوانین و تعیین قلمرو مرزهای حاکمیت آنها ضرورت می‌یابد تا مراجع قضایی بتوانند به نحوی مطلوب نسبت به مورد رسیدگی کنند و در نتیجه هیچ مجرمی بدون مجازات نماند و قادر نباشد از حاکمیت قانون فرار کند.

1. Analogia Juris.

فرض جواز جریان قیاس در امور جزایی نه به معنای وضع احکام و خلق جرایم بلکه به معنای توسعه قلمرو اجرایی نصوص موجود است. به بیان دیگر، قیاس در اینجانه یک منشأ و منبع بلکه یک ابزار و شیوه تفسیری است که قلمرو اجرای احکام جزایی و موارد و مصادیق آنها را توسعه می‌دهد و از طریق جبران نقص و سکوت نصوص، به وقایع و موضوعات مسکوت پاسخ می‌گوید. اگر حکمی بنا به علتی عملی را ممنوع و قابل مجازات اعلام کرده باشد، قیاس اعمال مشابهی را که متضمن همان علت هستند در حکم عمل نخست می‌داند و آنها را از مصادیق حکم مزبور به شمار می‌آورد (امیدی، ۱۳۹۴: ۲۶۷). ضعف این نظر آشکار است. توجیه مزبور و اعتقاد به درستی آن درست همان چیزی است که امروزه در حقوق کیفری بین‌المللی ممنوع تلقی شده است. در حقوق کیفری عرفی هم تعمیم احکام اعمال ممنوعه به اعمال فاقد حکم قانونی به استناد مشابهت میان آنها ممنوع است. از نظر حقوقدانان جزایی دادگاهی که با استناد به شباهت میان اعمال و قیاس یکی بر دیگری رفتار غیر مجرمانه‌ای را جرم تلقی می‌کند خطا کرده است. خواه اقدام او نوعی قانونگذاری و جعل حکم قلمداد شود خواه یک شیوه موسع در تفسیر قوانین و مقررات موجود باشد، در هر دو صورت سرنوشت متهم و جریان و نتیجه رسیدگی یکی خواهد بود.

ممنوعیت قیاس در حقوق کیفری^۱ مستقیماً به ممنوعیت مجازات مضاعف و قاعده عطف بماسبق نشدن قوانین کیفری^۲ و به همین ترتیب به مؤلفه عموماً پذیرفته شده اصل قانونمندی جرم و مجازات مرتبط است (ECtHR, 1993: 52). مطابق اصل فوق تنها زمانی یک شخص مجازات می‌شود که رفتار او در چارچوب قانونی که پیش از عمل انجام شده تصویب شده باشد قرار گیرد؛ این بدان معناست که قاضی کیفری بین‌المللی نباید خلأ و شکاف در حقوق کیفری را با اعمال یک قانون و رای طرز بیان و متن آن یا با گسترش یک سابقه قضایی از طریق ایجاد یک جنایت غیرمدون جدید رفع کند یا با توسل به قیاس قاعده قانونی کیفری را به موارد مشابه گسترش دهد. البته باید توجه داشت که پرکردن خلأهای قوانین مساعد و جبران نقص و سکوت‌های آنها اگر جنبه افراطی و غیرمنطقی به خود نگیرد مداخله در کار قانونگذار تلقی نمی‌شود.

۱. از یک سو، ممنوعیت قیاس به عنوان حفاظت ویژه در ارتباط با تحکم و خودسری احتمالی مقامات مجری قانون (قضات) در نظر گرفته شده است، اما از سوی دیگر می‌تواند حس عدالت را به مخاطره افکند، اگر در جامعه برای اعمال کیفری مصونیت وجود داشته باشد.

2. Ex post facto or nullum crimen, nulla poena sine lege praevia.

تفسیر از طریق قیاس^۱ در اصل و قاعده کلی تشابه نوعی یا وحدت ملاک^۱ منعکس شده است (Bassiouni, 2011: 283). در صورت وجود عبارات مبهم و اجمال در قوانین کیفری، با توسل به نظریه تشابه نوعی شفافیت بدست می آید، زیرا عبارات مبهم و مجمل با قیاس نزدیک به واژگان خاص در همان مقررۀ کیفری مورد نظر تفسیر می شود.

۳. رابطه قیاس و تفسیر حقوقی (موسّع یا مضیق)؛ مرزبندی ضعیف بین قیاس و تفسیر موسّع

تفسیر فعالیتی عقلانی است که به منظور فهم صحیح و کشف محتوای قوانین و روشن کردن مفهوم واقعی و تعیین دامنه دقیق قاعده صورت می گیرد. تفسیر طبعی اعلامی دارد و غرض از آن استنباط مفاهیم موجود در متن است؛ به همین سبب تفسیر به آنچه «باید باشد» نمی پردازد و منظور از آن تجدیدنظر در مقررات یا پرکردن خلأهای معاهده نیست. تفسیر مستلزم وجود متن و یا به عبارت دیگر وجود قاعده است (فلسفی، ۱۳۹۵: ۵۴۵). تفسیر به طور کلی در میان دو قطب بینش های مضیق و موسّع در نوسان است. بینش مضیق تفسیر که نوعاً از تفکرات پوزیتیویستی الهام گرفته فعالیتی است برای فهم متن و مانع خلأقیّت قاضی و در نتیجه رادع استبداد رأی وی می شود. اصل اساسی در این تفسیر دوری جستن از تمایلات قاضی و معطوف شدن به امنیت حقوقی و اصل قانونمندی جرایم و مجازات هاست. بینش موسّع تفسیر را فراتر از معنای تحت اللفظی اصطلاحات حقوق کیفری تا آن حد گسترش می دهد (Xuewu, 2004: 16) که بتوان فرایندی مرکب بر مبنای استدلال و معنای وسیع تری از معانی اصلی را به وجود آورد (Zhang, 2008: 53). در این روش، اصل اساسی سازگاری تفسیرها با نیازهای اجتماعی و حقوقی است نه امنیت حقوقی. در این وضعیت، میان تفسیر و توسعه حقوقی مرزی وجود ندارد. از این رو، قاضی با تجربه ای که از کار قضایی بدست می آورد به راحتی می تواند خلأهای قوانین را پر کند و تحولات جدید را در معانی هنجارهای حقوقی ایجاد کند. با وجود این، سؤال این است که آیا تفسیر فراتر از معنای تحت اللفظی که از محدوده معنای استاندارد مقررات فراتر رفته به عنوان قیاس در نظر گرفته می شود؟

1. Ejusdem Mgeneris.

در تفسیر اغلب قاعده تشابه نوعی بکار می رود، یعنی اینکه عبارات عام که به عبارات خاص ضمیمه باشند به امور و شرایط مشابه چنانکه در عبارات خاص توصیف شده تفسیر می گردند.

غرض از تفسیر متن اسناد کیفری درک معنی کامل آن است. لیک منظور از قیاس یافتن راه حل برای موارد مسکوت و سازکاری سازنده فراتر از معنای محتمل متون حقوق کیفری است (Xinjiu, 2014: 50). قیاس و تفسیر در دیدگاه مزبور دو امر متفاوت با اهداف جداگانه تصور شده‌اند. پذیرش یا عدم پذیرش قیاس در حقوق کیفری از همین نگاه نشئت می‌گیرد، زیرا بر اساس این رویکرد، قیاس جعل قانون است که با واسطه قرار دادن قاعده عام استخراج می‌شود و تفسیر یافتن کنه اراده قانونگذار است که مستقیماً از اسناد کیفری یا قواعد عرفی بدست می‌آید.

تفسیر موسّع بر استفاده از عناصر غیرذاتی حقوق که قصد قانونگذار را آشکار می‌نمایند مبتنی است. از این رو، قاضی خارج از قواعد موضوعه مفهوم یا پدیده‌ای را خلق نمی‌کند، بلکه همچنان قواعد موجود را حفظ و اعمال می‌نماید. اما قیاس در جستجوی قصد، چه حقیقی یا حتی مفروض، قانونگذار نیست، بلکه هدف آن ایجاد یک قاعده جدید و متمایز است، بر مبنای علت یا نسبت قانونی مشابه. بنابراین، تفسیر موسّع تنها ایده و هدف واقعی قانون را که با واژگان بسیار محدود نامعلوم و مبهم شده روشن می‌نماید. اما قیاس ایده و هدف فوق را توسعه می‌دهد (Imre, 1980: 325-6). از این رو، اختلاف اساسی بین تفسیر موسّع و استنباط قیاسی این است که تفسیر موسّع در چارچوب معنای زبان‌شناختی ممکن قاعده باقی می‌ماند، در حالی که قیاس از این معنای لغوی فراتر می‌رود و درصدد ارائه قاعده جدید و مبنایی برای جرم قلمداد نمودن برخی اعمال خاص در وضعیت‌هایی است که با خلأ قانونی مواجه هستند. به زعم برخی، تفسیر در برابر تغییرات سیاسی مداوم از آزادی محافظت می‌نماید، در حالی که توسعه قیاسی حقوق نه تنها آزادی را به مخاطره می‌افکند، بلکه همچنین استقلال اجرای عدالت را در معرض خطر قرار می‌دهد (Nauke, 1986: 535).

مرز بین قیاس و تفسیر موسّع نامشخص و متغیر است. در حوزه‌هایی از حقوق که استفاده از تفسیر موسّع مجاز است استفاده از قیاس نیز همچنین مجاز شناخته می‌شود. اما در جایی که تفسیر موسّع ممنوع باشد قیاس نیز نمی‌تواند مورد استفاده قرار گیرد. تفسیر موسّع و قیاس در حوزه حقوق و آزادی‌های مدنی مجاز هستند، اما در جایی که باعث ایجاد محدودیت در این حقوق و آزادی‌ها شوند یا تعهدات جدید را بر افراد تحمیل کنند مجاز شناخته نشده‌اند، زیرا چنین محدودیت‌هایی تنها باید به موجب قانون تحمیل شوند. در حقوق کیفری اگر تفسیر موسّع به نفع متهم باشد و همچنین در صورت شک نه تنها انکار نمی‌شود، بلکه حتی

توصیه هم می‌شود. اما تفسیر موسّع به ضرر متهم یا مرتکب و افزایش مسئولیت کیفری با تفسیر قابل قبول نیست (Moroz, 2017: 52).

با پذیرش معیارهای روش شناختی، به نظر می‌رسد مرز بین تفسیر موسّع و قیاس کاملاً روشن است. یکم اینکه تفسیر موسّع یک فعالیت فکری قلمداد می‌شود که امکان درک یک پیام خاص را با گسترش در معنا فراهم می‌نماید، اما از سوی دیگر، قیاس یکی از قواعد استنباط است که به ما اجازه می‌دهد یک قاعده حقوقی را برای مسئله‌ای که تحت پوشش قانون قرار نگرفته بازسازی کنیم، آن هم بر مبنای آگاهی از هنجارهای قانونی الزام‌آور که مستقیماً در متن قانون قرار دارند. با این حال، از منظر رویه حقوقی، اینکه قاعده حقوقی با توسّل به استنباط قیاسی بازسازی شده یا در فرایند تفسیر موسّع مهم نیست. از این رو، هر دو مفهوم بخشی از تفسیر قانون هستند و در حوزه‌های حقوقی مشابهی مورد استفاده قرار می‌گیرند.

۴. توسّل به قیاس در تفسیر شک به نفع متهم

در حقوق کیفری بین‌المللی می‌توان میان قیاس به نفع متهم و قیاس به زیان او تفکیک کرد. آنچه در امور جزایی مطروود است قیاسی است که به زیان متهم است و برای حقوق و آزادی‌های اشخاص تهدید به شمار آید، قیاسی که با نادیده گرفتن اصل قانونمندی جرم و مجازات به خلق الزامات جزایی جدید بینجامد و مرز میان مجاز و ممنوع را متزلزل نماید. تمامی انتقادات موجود از جمله در چهارمین کنگره جهانی حقوق جزا در سال ۱۹۳۷ میلادی متوجه این جنبه از کاربردهای قیاس در امور جزایی است. از همین جاست که دکترین و رویه قضایی میان قیاس به زیان متهم و قیاس به نفع متهم تفکیک کرده و در ردّ اولی و پذیرش دومی تردیدی به خود راه نداده است. اوصاف عمومی عدالت و اعتدال چنین تفکیکی را توجیه می‌کنند. در عوض کنگره مذکور با اعتراف ضمنی به ضعف اصل قانونمندی جرایم و مجازات‌ها و ناتوانی نظام‌های جزایی مبتنی بر این اصل از پاسخگویی به موقعیت‌های مخاطره‌آمیز جدید، اظهار امیدواری کرده است که مقررات جزایی در حدّ امکان به صورت کلی و در قالب قواعد عام تنظیم شوند تا رویه قضایی بتواند با موقعیت‌های جدید مقابله کند و به نیازهای زمان پاسخ گوید (Bouzat & Pinatel, 1970: 155).

قیاس به زیان متهم آن است که بدون اجازه صریح قانون و به صرف مشابهت یک رفتار یا یک موقعیت با رفتارها یا موقعیت‌های مذکور در قوانین جزایی، جرم و مجازاتی جدید

بیافریند یا امتیازی از امتیازات متهم را سلب کند یا محدودیتی بر محدودیت‌های او اضافه کند و یا به طور کلی حقی از حقوق متهم را تضییع نماید (Preuss, 1936: 851). در مقابل، قیاس به نفع متهم آن است که به بهبود وضع او در برابر دادگاه کمک کند. تمامی قیاس‌هایی که به توسعه موانع مسئولیت کیفری، علل موجهه جرم، معاذیر معاف‌کننده یا تخفیف‌دهنده مجازات، کیفیات مخفف، اسباب سقوط مجازات، موانع طرح و موجبات سقوط دعاوی جزایی و نظایر اینها بینجامند مفید به حال متهم محسوب می‌گردند.

علاوه بر این، باید توجه داشت که در تفسیر باید میان قوانین جزایی ماهوی و قوانین جزایی شکلی تفاوت گذارد. در قوانین مربوط به حقوق جزای شکلی که قانون افراد صحیح‌العمل تلقی می‌شوند و در آنها حفظ حقوق متهم و تمهید دادرسی عادلانه مقدم بر مصالح دیگر است، با توجه به ضرورت اجرای عدالت و حداکثر حمایت از حقوق افراد، استفاده و کاربرد قیاس عمدتاً منعی ندارد (آشوری، ۱۳۹۵: ۱۵). در قوانین جزایی ماهوی که ناظر به تعریف و توصیف رفتارهای مجرمانه و مشتمل بر احکام قانونی راجع به میزان مجازات، تخفیف، تشدید، تعلیق و تبدیل مجازات و مانند آنها هستند، در صورت لزوم تفسیر به جهت سکوت، اجمال، ابهام و یا تعارض قوانین، باید محدود به متن قانونی معین باشد و اصولاً تفسیر به صورت مضیق خواهد بود؛ اگر در این قوانین برای قاضی اختیار تفسیر موسع را بپذیریم، این حق را به او داده‌ایم که در برخورد با مجرمان حرفه‌ای و مرتکبان برخی اعمال ضد اجتماعی، که قانونگذار آن اعمال را به طور صریح و روشن جرم‌انگاری نکرده، تنها با مشابهت آن اعمال با جرایم پیش‌بینی‌شده در قانون، آنها را به کمک قیاس قابل مجازات بشناسد، که تفویض چنین حقی مغایر با اصل قانونی بودن جرم و مجازات خواهد بود (موذن‌زادگان و غلامعلی‌زاده، ۱۳۸۸: ۱۵۱). اما قوانین ماهوی مربوط به موانع مسئولیت، عوامل موجهه، موارد ضرورت و اضطرار، معاذیر معاف‌کننده، کیفیات مخفف، عفو، تعلیق اجرای حکم، آزادی مشروط و نظایر آنها قانون مساعد به شمار می‌آیند. این گونه قوانین با توجه به فلسفه وجودی و حکمت وضع‌شان و حفظ حقوق و آزادی‌های متهم و به طور کلی افراد جامعه، به صورت موسع تفسیر می‌شوند و چنانکه گذشت کاربرد ابزارهایی نظیر قیاس نیز در تفسیر آنها جایز تلقی می‌شود. جواز جریان قیاس به نفع متهم در این بخش از قوانین جزایی ماهوی به سبب عدم تعارض آن با اصل قانونمندی جرایم و مجازات است. این جنبه سودمند از کاربرد قیاس در امور جزایی گرچه به ظاهر موقعیت‌های مساعد به حال متهم را

گسترش می‌دهد، در واقع حرکتی است در راستای اصل اباحه؛ به همین خاطر نباید آن را تعمیم امور استثنائی به شمار آورد. به طور خلاصه، باید گفت که قیاس به نفع متهم یک اختیار قضایی و نه یک الزام قانونی است. هر جا که مصالح عمومی، روح و منطق قوانین اجازه دهند، دادگاه‌ها به چنین ابزاری متوسل می‌شوند. نمی‌توان گفت تمام موقعیت‌های مساعد برای متهم خودبه‌خود به صورت موسع و با اعمال قیاس به نفع او تفسیر می‌شوند.

۵. اعمال اصول کلی حقوق (کیفری) با توسل به قیاس در حقوق کیفری بین‌المللی

ماده ۲۱ (۱) (ج) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی^۱ به دیوان این اختیار را می‌دهد که اگر منابع مقرر در بند (الف) و (ب) قادر به نظم بخشیدن به مسائل حقوقی در معرض خطر نباشند، به اصول کلی حقوقی متوسل شود. اصول کلی حقوقی در ماده فوق، همانطور که در ماده ۳۸ (۱) (ج) اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری بیان شده، در دو معنی کاملاً متفاوت درک می‌شوند: نخست، اصول کلی حقوقی در معنای موسع کلمه را می‌توان به عنوان مبنای هر نظم حقوقی دانست؛ این امر بدین دلیل است که هیچ نظام حقوقی نمی‌تواند در غیاب چنین اصولی به عنوان قواعد حقوق موضوعه به درستی عمل کند. دوم، در نبود قاعده عرفی یا معاهده‌ای قابل اعمال، یعنی در وضعیت‌های خلأ و شکاف در حقوق کیفری بین‌المللی موضوعه، ماده ۲۱ (۱) (ج) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی معمولاً به عنوان یک راه‌حل یا حتی مجوزی تفسیر می‌شود که قضات بین‌المللی با توسل به آن اصول حقوقی مشترک نظام‌های داخلی را اعمال می‌نمایند (Degan, 2005: 53). به عنوان مثال، در قضیه فوروندزیجا، دادگاه در تعریف مفهوم هتک ناموس به اصول کلی مشترک نظام‌های حقوقی داخلی استناد کرد (ICTY, 1998: 177). در رأی تادیچ شعبه تجدیدنظر دادگاه بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق اظهار می‌دارد: «دادگاه از اختیار برخوردار است؛ چون این اختیار

۱. مطابق ماده ۲۱: الف. دیوان در وهله نخست، این اساسنامه، عناصر تشکیل‌دهنده جرایم و آیین‌نامه دادرسی و ادله مربوط به آن را، ب. در مرحله دوم، برحسب اقتضا، معاهدات قابل اجراء و اصول و قواعد حقوق بین‌الملل از جمله اصول مسلم حقوق بین‌الملل منازعات مسلحانه را اجراء خواهد کرد. ج. در غیر این صورت، اصول عمومی حقوق که توسط دیوان از قوانین ملی نظام‌های حقوقی جهان استخراج شده باشند، از جمله، در صورت اقتضا، قوانین ملی دولت‌هایی که قاعدتاً بر آن جنایت اعمال صلاحیت می‌کنند، مشروط بر آنکه آن اصول مغایر با این اساسنامه و حقوق بین‌الملل و قواعد و ملاک‌های شناخته‌شده بین‌المللی نباشند.

برای یک دادگاه کیفری بین‌المللی ضروری است تا علیه مداخلاتی که در روند اجرای عدالت صورت می‌گیرند اقدام کند. در واقع، یک اصل کلی حقوقی وجود دارد که هم در نظام حقوقی رومی-ژرمنی و هم کامن‌لا وجود دارد. بدین ترتیب، قدرت دادگاه در رسیدگی به اخلال نظم در دادگاه به طور کامل شبیه قدرت دادگاه‌های داخلی است؛ چون صلاحیت یک دادگاه بین‌المللی باید در چارچوب جامعه بین‌المللی مورد توجه باشد» (ICTY, 2000: 18).

محاكم کیفری بین‌المللی اغلب با توسل به مفهوم دوّم اصول کلی حقوقی در معنای محدود خود با استدلال قیاسی خلأهای حقوقی را رفع می‌نمایند. این اصول سازگار اولیّه پرکردن خلأهای موجود در حقوق کیفری بین‌المللی به شمار می‌روند. شعبه دیوان در پرونده لوبانگا،^۱ استفاده از اصول کلی را برای رفع خلأهای اساسنامه رم به رسمیت شناخت (ICC, 2006: 29).

قاضی بین‌المللی از بطن نظام حقوق موضوعه کیفری (ملی و بین‌المللی) اصول و قواعد کلی را استنباط می‌کند و سپس از طریق استدلال قیاسی بر موارد معین که در نظام موضوعه بین‌المللی محمل صریحی ندارند منطبق می‌گرداند. این امر بدین علت است که پاسخ به مشکلات خاصی که در حوزه حقوق کیفری بین‌المللی به وجود می‌آیند با رجوع به مشکلات مشابه و راه‌حل‌های آنها در حقوق کیفری داخلی رفع می‌شود. به طور کلی، رویه دادگاه‌های کیفری بین‌المللی وجود قیاس‌هایی را بین فرایند دادرسی و مبانی مسئولیت کیفری فردی در سطح ملی و بین‌المللی بدیهی و مسلم می‌پندارد (Raimondo, 2007: 403).

دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق آزادانه از اصول کلی برای پر نمودن خلأهای اساسنامه و حقوق بین‌الملل عرفی جهت تصمیم‌گیری در خصوص مسائل دشوار و بحث‌انگیز استفاده کرده است. در قضیه اردمویچ^۲ شعبه تجدیدنظر دیوان (سه رأی در مقابل دو رأی) تصمیم گرفت که اکراه و اجبار در برابر اتهامات مربوط به جنایات علیه بشریت و

۱. دیوان در ۱۴ مارچ ۲۰۱۲ میلادی توماس لوبانگا را به خاطر ارتکاب جنایات جنگی و نیز نام‌نویسی و استفاده از کودکان زیر ۱۵ سال در مخاصمات مسلحانه (کودکان سرباز) مجرم شناخت و وی را به ۱۴ سال حبس محکوم نمود. رأی محکومیت و میزان مجازات تعیین شده در سال ۲۰۱۴ میلادی توسط شعبه تجدیدنظر تأیید شد و وی برای گذراندن دوره محکومیت به کنگو منتقل شد.

2. Erdemovic.

جرایم جنگی که شامل کشته شدن افراد بی‌گناه بودند دفاع کاملی قلمداد نمی‌شوند (ICTY, 1997: 19)؛ نه حقوق بین‌الملل معاهدات نه عرف بین‌المللی هیچ قاعده‌ای را در مورد اینکه آیا اکراه می‌تواند دفاع مؤثری برای اتهام کشتن انسان‌های بی‌گناه باشد ارائه نمی‌دهند. برای این مهم به اصول کلی حقوقی شناخته شده توسط ملل متحد اشاره می‌نمایند که با بررسی جامع قواعد حقوقی خاص در نظام‌های حقوقی جهان بدست آمده‌اند (Jain, 2016: 122-4). در قضیه فوروندزینجا^۱ شعبه تجدیدنظر دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق با تعریف جرم تجاوز جنسی مواجه شد. به طور مشخص مسئله این بود که آیا دخول دهانی اجباری رکن مادی جرم تجاوز جنسی قلمداد می‌شود یا خیر. شعبه اظهار داشت که در حقوق بین‌الملل عرفی و معاهده‌ای تعریف خاصی از تجاوز جنسی ارائه نشده است و رجوع به اصول کلی حقوق کیفری بین‌المللی یا اصول کلی حقوق بین‌الملل نیز بی‌فایده خواهد بود. بنابراین، شعبه برای تعریف جرم تجاوز جنسی به اصول حقوق کیفری مشترک اکثریت نظام‌های حقوقی جهان متوسل می‌شود. شعبه اصل کلی قابل اعمال بر قضیه را در مفهوم کرامت انسانی می‌یابد که اساس آن حقوق بین‌الملل بشردوستانه و حقوق بشر است و به نظام حقوق بین‌الملل به عنوان یک کل رخنه کرده است. از این رو، دخول دهانی اجباری یک حمله شدید و تحقیرآمیز به کرامت انسانی است و در نتیجه به عنوان تجاوز جنسی طبقه‌بندی می‌شود (ICTY, 1998: 175, 183).

مسلم است که در ضمن جستجوی اصول کلی حقوقی، قاضی به فرایندهای متفاوتی از تفسیر و به ویژه استدلال از طریق قیاس متوسل خواهد شد. ماده ۲۱ اساسنامه قاضی را وادار می‌نماید تا بررسی تطبیقی عمیقی انجام دهد و اختیار گسترده‌ای را در ایجاد و تفسیر اصول کلی مورد نظر اعطاء می‌کند. هرچند توسل به قیاس بر هر قاضی کیفری در ارتباط با جرم دانستن رفتار بشری ممنوع است، برای اصول کلی حقوقی در مفهوم محدود خود به عنوان منبع فرعی حقوق کیفری بین‌المللی فضای کافی وجود دارد، به ویژه اگر از پیش منظور شده باشد. با وجود این، دامنه اعمال این اصول در این حوزه از حقوق بسیار استثنائی است.

در نهایت، قضات کیفری بین‌المللی از قدرتی مشابه قدرت قضات دیوان بین‌المللی دادگستری در توسل به همه منابع حقوق بین‌الملل، مندرج در ماده ۳۸ (۱) اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، برای اجتناب از خلأ حقوقی و کشف قواعد حقوقی قابل اعمال برای

1. Furundzija.

هر گونه اختلافی که دولت‌ها به آنها ارجاع داده‌اند، برخوردار نیستند (Degan, 2005: 51). آنها در رابطه با توسل به قیاس یا اعمال قواعد جدید حقوق کیفری موضوعه نسبت به متهم و حتی خلق قواعد جدید حقوق عرفی و درمان عدم تکامل حقوق کیفری بین‌المللی با محدودیت و حتی ممنوعیت مواجه هستند.

۶. قیاس در عمل: مستندات قیاس در اسناد و رویه قضایی محاکم کیفری بین‌المللی

قیاس در حقوق کیفری بین‌المللی در دامان رویه قضایی شکل گرفته است. در رویه قضایی محاکم کیفری بین‌المللی به گونه‌های مختلفی از قیاس بهره گرفته شده است، که نادیده گرفتن روش مزبور، استدلال قضایی را ناممکن می‌نماید (سید فاطمی و پیری، ۱۳۹۸: ۱۱۵۳). محاکم کیفری قیاس را در صورت لزوم در واکنش به مشکلات خاصی که در تفسیر اصطلاحات حقوقی و رفع ابهام از مقررات با آنها مواجه می‌شوند و برای رسیدن به نتایج خاص در فرایند شناسایی قواعد مورد استفاده قرار می‌دهند. تحلیل رویه قضایی کیفری بین‌المللی به عنوان منبع الهام اصول و قواعد حقوقی (بند ۲ ماده ۲۱ اساسنامه) مشخص می‌سازد که آیا برای قیاس جایگاه قاعده‌سازی در زمینه جرایم و مجازات‌ها را پذیرفته است یا در این زمینه خود را فاقد صلاحیت می‌داند. به طور قطع، رویه قضایی نکات مبهم قاعده کیفری را تبیین می‌کند و با عینی‌سازی قانون موجب پویایی حقوق می‌شود. کلسن از این امر به عنوان «حقوق‌سازی»^۱ یاد می‌کند (کلسن، ۱۳۸۷: ۱۱۰).

۶-۱. دادگاه‌های نظامی بین‌المللی نورنبرگ (۱۹۴۵) و توکیو (۱۹۴۶)

منشور لندن (نورنبرگ) و کیفرخواست مفصل کمیته دادستان‌ها، چهار اتهام تبانی، جنایات علیه صلح، جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت را علیه متهمان مطرح کردند. مستند اصلی کیفرخواست در رابطه با جنایات علیه بشریت، ادعای نقض حقوق بین‌الملل عرفی، معاهدات بین‌المللی، قوانین کیفری ملی و اصول حقوقی کیفری مشترک برگرفته از تمام نظام‌های حقوقی کشورهای متمدن بود.^۲ خلق جنایات علیه صلح (Bantekas, Nash, 2007: 545) و

1. Law-making.

2. Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, 1945, Vol.1, pp. 27-9, 42-6, 65, 94-5.

بیان تمثیلی جنایات علیه بشریت در ماده ۶ منشور ناقض اصل قانونمندی جرم بود، زیرا به قاضی کیفری اختیار قیاس و خلق جرم جدید را می‌داد. جرایم انتسابی به مرتکبان در محاکمات توکیو، آن گونه که در ماده ۵ منشور توکیو بیان شده است، مشابه محاکمات نورنبرگ بود.^۱ ماده ۶ (ج) اساسنامه نورنبرگ و ماده ۵ (ج) منشور توکیو، بدون تعریفی از جنایات علیه بشریت، تنها به ذکر مصادیق این جنایات پرداخته و هرچند این مصادیق را به قید تمثیل بیان نداشته‌اند، آنچنان کلی و عام بیان شده‌اند که هرگونه عمل غیرانسانی علیه افراد غیرنظامی را شامل می‌شوند.

دسته «سایر اعمال غیرانسانی»^۲ در مواد فوق ذیل عنوان جنایت علیه بشریت ذکر گردید. به نظر می‌رسد هدف از تبیین این مفهوم امکان تعقیب جرایمی باشد که در زمان تدوین اساسنامه به عنوان جنایت علیه بشریت قابل پیش‌بینی نبودند. هیچ جرمی با عنوان «سایر اعمال غیرانسانی» در چارچوب هیچ کدام از منابع حقوق بین‌الملل یا حقوق داخلی وجود ندارد. با این حال، به نظر می‌رسد طراحان منشور توکیو و لندن عبارت «سایر اعمال غیرانسانی» را به عنوان یک مقررۀ مازاد یا مضاعفی^۳ در نظر گرفته‌اند که با توسل به قیاس جرایم ابتدایی ماده ۶ (ج) و ۵ (ج) را به گونه‌ای مشابه گسترش دهند.

محاکمات نورنبرگ و توکیو آشکارا نسبت به اصل قانونمندی جرم و مجازات به ویژه با خلق جنایات جدید از جمله جنایات علیه صلح و جنایت علیه بشریت بی‌قید و بند بودند. به همین ترتیب، مفهوم تفسیر مضیق هیچ طرفداری بدست نیاورده است. دادگاه نورنبرگ با ارائه تفسیری موسع، قیاس را به همراه نفرت‌انگیز بودن اعمال ارتكابی، روح قانون، عرف و عادت، عدالت، اصول حقوق بین‌الملل، مصوبات دولت‌های متفق، رویه دادگاه‌های نظامی ملی، وجدان عمومی جامعه بین‌المللی و وجود معاهداتی دال بر نهی، هرچند بدون تصریح به جرم‌انگاری و داشتن ضمانت اجرای کیفری، به عنوان منابع و مستندات حکم دادگاه دانست و آنها را برای جرم دانستن رفتارها و مجازات متهمان کافی دانست. بدیهی است اکثر این مستندات قابلیت جرم‌انگاری اتهامات انتسابی را نداشتند.

1. International Military Tribunal for the Far East, Tokyo Charter, January 19, 1946, Art. 5.

2. other inhumane acts.

3. Residuary Source/Clause.

منبع حقوقی مازاد، اضافه یا مضاعفی که باقیمانده مسائلی را که هنوز اراده دولت‌ها تکلیف موضوعات زیرمجموعه آن را روشن نکرده است دربر می‌گیرد.

۲-۶. محاکم کیفری بین‌المللی اختصاصی: دادگاه کیفری بین‌المللی برای

یوگسلاوی سابق (۱۹۹۳) و دادگاه کیفری بین‌المللی برای رواندا (۱۹۹۴)

اساسنامهٔ هیچ‌کدام از این دادگاه‌ها به طور صریح به اصل قانونمندی جرم اشاره نمی‌کند. از سوی دیگر، آثار حقوقی ناشی از این اصل را، جز اصل برائت (مادهٔ ۲۱ (۳) اساسنامهٔ دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و مادهٔ ۲۰ (۳) اساسنامهٔ دادگاه کیفری بین‌المللی برای رواندا)، به صراحت نپذیرفته و دادگاه را ملتزم به تفسیر مضیق به نفع متهم، عطف به ماسبق نکردن قواعد کیفری و نیز منع قیاس در امر کیفری نمی‌کند. جرایم موضوع مادهٔ ۲ و ۳ اساسنامهٔ دادگاه کیفری بین‌المللی برای رواندا و مواد ۴ و ۵ اساسنامهٔ دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق (نسل‌کشی و جنایات علیه بشریت) مواجه با این ایراد هستند که عناصرشان در اساسنامه تعریف و تبیین نشده‌اند و کلی‌گویی و ابهام در خصوص مسئولیت کیفری، رعایت اصل قانونمندی جرم را با چالش مواجه می‌کند. همچنین، بیان تمثیلی تخلف از قوانین و عرف‌های جنگ در اساسنامه زمینهٔ توسل به قیاس را فراهم کرده است (مادهٔ ۳ اساسنامهٔ دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق).^۱

مادهٔ ۵ اساسنامهٔ دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و مادهٔ ۳ اساسنامهٔ دادگاه کیفری بین‌المللی برای رواندا صلاحیت تعقیب اشخاصی را که مرتکب جنایات علیه بشریت شده‌اند می‌دهد، که شامل جرایم پایهٔ کشتار عمدی، نابودسازی، به بردگی گرفتن، تبعید، حبس، شکنجه، تجاوز جنسی، آزار و اذیت با انگیزهٔ سیاسی، نژادی یا مذهبی و «سایر اعمال غیرانسانی» است. قید «سایر اعمال غیرانسانی» با لحنی مشابه منشور نورنبرگ و لندن، در رابطه با جنایات علیه بشریت زمینهٔ قیاس را فراهم کرده و اصل قانونمندی جرم را مخدوش نموده است (مؤمنی، ۱۳۹۵: ۱۷۰). با وجود «سایر اعمال غیرانسانی»، تردیدهایی در پذیرش اصل قانونمندی جرم و مجازات به طور اطلاق ایجاد شده و زمینهٔ قیاس در حقوق کیفری بین‌المللی فراهم شده است.

«سایر اعمال غیرانسانی» یک جرم خاص یا طبقه‌ای از جرایم که در هر نظام حقوقی در جهان یافت شوند قلمداد نمی‌شوند. در تعریف جنایات علیه بشریت، «سایر اعمال غیرانسانی»

1. Statute of the International Tribunal for the Former Yugoslavia, 1993, Arts. 3-5; Statute of the International Tribunal for Rwanda, 1994, Arts. 2-3.

برای تمام اهداف عملی، توسعه و گسترش همه جنایاتی است که به طور خاص فهرست شده‌اند و با توسل به قیاس در چارچوب قاعده تفسیر بر اساس وحدت ملاک یا تشابه نوعی اعمال می‌شوند. از آنجا که «سایر اعمال غیرانسانی» به گونه‌ای بالقوه طیف گسترده‌ای از اعمال را پوشش می‌دهند، دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و دادگاه کیفری بین‌المللی برای رواندا اذعان می‌دارند که احتیاط و دقت زیادی باید اعمال شود تا یک فعل یا ترک فعل که به طور خاص در ماده ۵ و ۳ اساسنامه به نظم کشیده نشده در قالب «سایر اعمال غیرانسانی» به عنوان جنایت علیه بشریت جای گیرد: یکم، رفتار باید درد و رنج روانی یا جسمانی شدید به بزه‌دیده وارد نماید یا حمله جدی به کرامت انسانی باشد. دوم، رفتار باید در مقایسه با رفتارهایی که در ماده ۵ و ۳ اساسنامه بر شمرده شده‌اند از شدت یکسانی برخوردار باشد. سوم، مرتکب باید فعل یا ترک فعل را عمدتاً با قصد تحمیل آسیب جسمی یا روانی شدید به بزه‌دیده یا انجام حمله جدی علیه کرامت انسانی انجام داده باشد.^۱

دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق اعمال قیاس را در موقعیت‌های مختلف مورد توجه قرار می‌دهد. به عنوان مثال، در قضیه سلبیچ، شعبه بدوی دادگاه قیاس را به عنوان یکی از ابزارهایی در نظر می‌گیرد که اگر تفسیر دستوری یک قاعده نتایج قانع‌کننده و مطمئنی به همراه نداشته باشد باید بکار برده شود (ICTY, 1998: 162). در حکم شعبه بدوی در قضیه کوردیچ نیز دادگاه حتی مسئولیت کیفری فردی برای نقض‌های پروتکل الحاقی اول به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو را با توسل به قیاس استنتاج نمود، به همان شیوه‌ای که نقض‌های ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو منجر به مسئولیت کیفری فردی می‌شوند (ICTY, 2004: 169). علاوه بر این، در قضیه تادیچ، شعبه تجدیدنظر دادگاه با توسل به قیاس قواعد تثبیت‌شده برای اعمال خارج از حدود اختیارات قانونی نهادهای دولتی را برای تعیین مشخصه غیربین‌المللی مخاصمه در یوگسلاوی سابق بکار می‌برد (ICTY, 1999: 119).

دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در پارگراف ۱۱۹ قضیه تادیچ اظهار می‌دارد که سلاح‌ها یا ابزارهای ممنوع در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی نباید در هیچ

1. ICTY, Prosecutor v. Mitar Vasiljevic, Trial Judgment, Case No.IT-98-32-T, 2002, para.234; ICTY, Prosecutor v. Galic, Case No.IT-98-29-T, Judgment, 2003, para.154; ICTY, Prosecutor v. Kordic & Cerkez, Appeals Chamber Judgment, Case No.IT-95-14/2-A, 2004, para.117.

وضعیتی مورد استفاده قرار گیرند. به زعم دادگاه، ملاحظات ابتدایی بشریت و مفاهیم اساسی حقوق بشر باعث مضحک و نامعقول قلمداد شدن جواز استفاده از سلاح‌ها و ابزارهای ممنوع در شورش‌های داخلی و ممنوعیت آنها در مخاصمات مسلحانه بین دولت‌ها می‌شود. از این رو، دیوان با استدلال قیاسی بدین نتیجه می‌رسد که آنچه غیرانسانی است و در نتیجه انجام آن در مخاصمات بین‌المللی ممنوع است ممکن نیست در مخاصمات داخلی، عملی انسانی و پذیرفتنی به حساب آید (ICTY, 1995: 119). این مفهوم بنیادین باعث شکل‌گیری تدریجی قواعد کلی در مورد سلاح‌های خاص شد، قاعده‌ای که از ممنوعیت فراگیر مربوط به مخاصمات مسلحانه بین‌المللی به مخاصمه داخلی گسترش می‌یابد.

قیاس ابزار تحلیلی رایج در حقوق کیفری نیست، زیرا ممکن است قطعیت حقوقی^۱ را به مخاطره افکند. بنابراین، ممنوعیت قیاس در حقوق کیفری نتیجه اصل قانونمندی است. با این حال، در اینجا نه برای تضعیف بلکه برای محافظت از هسته اصل قانونمندی در مقابل تداخلاتی که منجر به جرم‌انگاری رفتارهایی می‌شوند که اشخاص نمی‌توانند برای آنها مجازات مشخصی را پیش‌بینی نمایند از قیاس حمایت می‌شود. در قضایای فوروندزیجا و کوپرسکیچ^۲ دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق برای تعریف جرایم به اسناد حقوق بشری استناد می‌نماید.^۳ در انجام این کار، قضات برخی اشکال قیاس بین حقوق بشر و حقوق کیفری بین‌المللی را مسلم فرض می‌نمایند. علیرغم شک در وجود چنین قیاسی، پیوند و ارتباط خاصی بین این دو حوزه حقوقی متفاوت وجود دارد. پیوند خاص رانمی‌توان تنها با رجوع به وقایع، ارزش‌ها یا فواید مشابه مورد حمایت قرار داد، بلکه عمدتاً با اشاره به دامنه و هدف نهایی اصول هنجاری سیستم می‌توان از آن محافظت نمود. به عبارت دیگر، وام‌گیری از هنجارهای حقوق بشر در حقوق کیفری بین‌المللی مستلزم ارزیابی این است که آیا چنین هنجارهایی در چارچوب هدف مشابهی عمل می‌کنند، دغدغه مشابهی دارند و بر اصولی حقوقی مبتنی هستند که زیربنای حقوق کیفری بین‌المللی هستند. با اینکه برای تعریف

1. The Principle of Certainty.

2. Furundzija and Kupreskic.

۳. در عمل، زمانی که قاضی با خلأ در تعریف جرایم بین‌المللی مواجه می‌شود نمی‌تواند به طور خودکار مفهوم جرایمی را که در حقوق بشر جاری هستند اعمال کند. آنها ملزم به تجزیه و تحلیل حقوق بشر، حقوق بین‌الملل بشردوستانه و حقوق کیفری داخلی و بررسی این امر هستند که آیا تحولات در این حوزه‌ها به عنوان اصل کلی یا قاعده عرفی حقوق کیفری متبلور شده است (Pinto Soares, 2012: 187).

جرائم و تعیین مسئولیت کیفری شخصی هیچ جایی برای ارجاع مستقیم به حقوق بشر یا تفاسیر غایت‌شناختی مبتنی بر حقوق بشر در حقوق کیفری بین‌المللی وجود ندارد، می‌توان در برخی موارد خاص که در آن اثر گفتمان حقوق بشر شناخته شده حقوق بشر را اعمال نمود. به عنوان مثال، دادگاه ویژه سیرالئون با اعمال حقوق بشر، ازدواج اجباری را در چارچوب «سایر اعمال غیرانسانی» به عنوان جنایت علیه بشریت تلقی نمود (SCSL, 2008: 198).

۳-۶. دادگاه ویژه سیرالئون

دادگاه ویژه سیرالئون به عنوان سوّمین نسل از دادگاه‌های کیفری در سال ۲۰۰۲ میلادی به درخواست دولت سیرالئون طبق موافقت‌نامه میان این دولت و سازمان ملل متحد در محل وقوع جنایات تأسیس شد. صلاحیت ذاتی دادگاه جنایات علیه بشریت، نقض‌های فاحش حقوق بشردوستانه بین‌المللی و جنایات موضوع قوانین سیرالئون تعیین شد (مواد ۲ تا ۵). اما جنایت نسل‌کشی به علت عدم احراز ارتکاب از سوی شورای امنیت در اساسنامه دادگاه ذکر نشد (رنجبریان و ملک‌الکتاب خیابانی، ۱۳۸۹: ۱۴۲). ماده ۲ اساسنامه، پس از جرم‌انگاری جنایات علیه بشریت با پیروی از اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی برای رواندا، هشت مورد را به عنوان مصداق ذکر می‌کند و در بند نهم، از عبارت «سایر اعمال غیرانسانی» یاد می‌کند.^۱ جنایت علیه بشریت مقرر در «سایر اعمال غیرانسانی» به عنوان مبنای قانونی برای مسئولیت کیفری فردی و محاکمه مرتکبان برخی جنایات توسط دادگاه ویژه سیرالئون پذیرفته شد (SCSL, 2008: 198). با توجه به ابهام عبارت، زمینه تمسک به قیاس و تشبیه آراء ایجاد می‌شود؛ در جریان محاکمات نیز همین اتفاق رخ داد.

در قضیه رهبران شورای انقلابی نیروهای نظامی، دادستان با جلب موافقت شعبه اول بدوی در ۶ می ۲۰۰۴ میلادی، ازدواج اجباری را که از جمله جرائم احصاء‌شده ماده ۲ اساسنامه نبود و پیش از این رویه‌ای در مورد چنین جنایتی در هیچ کدام از دادگاه‌های بین‌المللی سابق

۱. ماده ۲ اساسنامه دادگاه ویژه سیرالئون مقرر می‌دارد که دادگاه صلاحیت تعقیب جرائم زیر را در صورتی که در قالب حمله گسترده و نظام‌مند علیه جمعیت غیرنظامی باشند دارد: ۱. قتل؛ ۲. ریشه‌کن‌سازی؛ ۳. بردگی گرفتن؛ ۴. اخراج؛ ۵. حبس کردن؛ ۶. شکنجه؛ ۷. تجاوز، بردگی جنسی، فحش‌ای اجباری، حاملگی اجباری و سایر اشکال خشونت جنسی؛ ۸. آزار به دلایل سیاسی، نژادی و اعتقادی؛ ۹. سایر اعمال غیرانسانی (Statute of the Special Court for Sierra Leone, 2000, Art. 2).

مشاهده نشده بود، برای اینکه این جرم به طور قانونی قابل تعقیب باشد، مشمول عبارت «سایر اعمال غیرانسانی» مذکور در بند آخر ماده فوق دانست (SCSL, 2007: 48). اما شعبه دوّم بدوی جرم‌انگاری ازدواج اجباری را از رهگذر بردگی جنسی (بند ۷ ماده ۲ اساسنامه) استنتاج نمود و هیچ دلیل منطقی مبتنی بر تفکیک ازدواج اجباری از بردگی جنسی نیافت. شعبه بدوی استدلال کرد منطقی که دادگاه را متقاعد می‌سازد «سایر اعمال غیرانسانی» را صرفاً به جرایمی با ماهیت غیرجنسی تعمیم دهد آن است که اساسنامه دادگاه ویژه دربردارنده دسته وسیعی از جرایم جنسی است (SCSL, 2007: 697, 713). اما نکته بااهمیت آن است که ازدواج اجباری با آنکه دربردارنده عناصری مشابه با وضعیت بردگی جنسی است، به عنوان یک عمل مجرمانه مستقل از آن هم قابل تعیین است.

از سوی دیگر، شعبه تجدیدنظر دادگاه در سال ۲۰۰۸ میلادی دسته «سایر اعمال غیرانسانی» را مقررهای فرعی و جانبی دانست که هدف از درج آن فراهم کردن امکان تعقیب رفتارهایی است که چون از شدت قابل مقایسه‌ای با مصادیق احصاء شده جنایت علیه بشریت برخوردارند می‌توانند جنایت علیه بشریت تلقی گردند. در حالی که دادگاه بر این مسئله واقف بود که تفسیر موسّع از «سایر اعمال غیرانسانی» منجر به ابهام در نوع جرم و اثبات آن می‌گردد و اذعان می‌دارد که ازدواج اجباری مفهومی گسترده‌تر از بردگی جنسی دارد (SCSL, 2008: 195). به علاوه، مصادیق گسترده جرایم جنسی در ماده ۲ مانع از تسری اعمال غیرانسانی دیگر به جرایم جنسی نمی‌شود. سرانجام، شعبه بدین نتیجه رسید که مصادیق ازدواج اجباری در محاصمه مسلحانه سیرالئون از شدتی مشابه با سایر مصادیق جنایت علیه بشریت که در اساسنامه این دادگاه ذکر شده‌اند برخوردار هستند. با تفسیر بند آخر ماده ۲ نسبت به ازدواج اجباری، این جنایت ذیل بند «سایر اعمال غیرانسانی» قرار می‌گیرد. لازم به ذکر است مستندات به جامانده مؤید آن هستند که صدمات «سایر اعمال غیرانسانی»، در اینجا به بزهدیدگان ازدواج اجباری، از درجه و شدت قابل قیاس و مشابهی با صدمات وارد بر بزهدیدگان جنایات علیه بشریت که در اساسنامه دادگاه احصاء شده‌اند برخوردار هستند. به منظور احراز شرایط لازم برای تعقیب جرمی تحت عنوان «سایر اعمال غیرانسانی» ضروری است عنصر مادی جرم مورد نظر قابل قیاس با عنصر مادی جنایت علیه بشریت باشد (ICTY, 2000: 566).

شعبه تجدیدنظر با بررسی ازدواج اجباری در قالب جنایت علیه بشریت، نقش مهمی در توسعه حقوق کیفری بین‌المللی ایفاء کرد و بدین جهت تصمیمش مکمل تلاش‌های صورت‌پذیرفته در زمینه توسعه حقوق کیفری بین‌المللی و حقوق بین‌الملل بشردوستانه خواهد بود. جرم ازدواج اجباری قابل قیاس با سایر مصادیق جنایت علیه بشریت است و امکان به چالش کشیدن اصل قانونمندی را منتفی می‌سازد؛ زیرا ازدواج اجباری از عناصر چندگانه‌ای تشکیل شده که هر یک از این عناصر هم در ماهیت و هم از حیث درجه صدمه واردشده به بزه‌دیده به تنهایی می‌تواند جنایت علیه بشریت محسوب گردد.

۴-۶. دیوان کیفری بین‌المللی؛ ابهام در جواز توسل به قیاس

اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی به طور صریح به لزوم رعایت اصل قانونمندی جرم (بند ۱ مواد ۱۱، ۲۲ و ۲۴) و مجازات (ماده ۲۳) تأکید کرده است. اساسنامه دیوان ایراد فقدان عنصر قانونمندی و مشروعیت محاکمات در دادگاه نورنبرگ و توکیو را مرتفع ساخته است، چنانکه جرایم از پیش تعریف شده‌اند و مجازات‌های از پیش مقرر برای مجرمین تعیین می‌شوند. بند ۲ ماده ۲۲ اساسنامه صراحتاً مقرر می‌دارد: تعریف جرم بر اساس اصل تفسیر مضیق به عمل می‌آید و توسل به قیاس برای تعریف آن ممنوع است. در صورت ابهام، تعریف به نفع شخصی تفسیر می‌شود که موضوع تحقیق، تعقیب و یا محکومیت واقع شده است.^۱ به نظر می‌رسد تدوین‌کنندگان اساسنامه خواسته‌اند از یک موضع سلبی مفهوم تفسیر مضیق را توضیح دهند. مفهوم درست مقرر فوق منع توسل به قیاس، منع مراجعه به منابع غیرقانونی، تفسیر شک معقول به نفع متهم و پرهیز از استدلال‌های استحسانی برای جرم شناختن و قابل مجازات دانستن رفتارهایی است که نه تنها در منطق قانون نمی‌گنجد بلکه آشکارا در تضاد با هدف قانون هستند. ممنوعیت فوق برای بازداشتن از خلق جنایات اصولاً جدید در نظر گرفته شده است (Broomhall, 2008: 725). دیوان کیفری بین‌المللی در پاراگراف ۳۰۳ نخستین حکم کیفری خود (توماس لوبانگا ۲۰۰۷) به این مهم می‌پردازد (ICC, 2007: 105).

۱. این امر مبنی این اصل است: *Nulla poena nullum crimen sine lege*، یعنی هیچ جرم و مجازاتی بدون قانون ممکن نیست.

۲. دیوان در پاراگراف ۳۰۳ مقرر می‌دارد: هیچ تخطی‌ای از اصل قانونمندی جرایم و مجازات‌ها صورت نمی‌گیرد، اگر شعبه اختیار خود را برای تصمیم‌گیری اعمال نماید، در خصوص اینکه آیا توماس لوبانگا باید بر مبنای قانون نوشته (*lex*)

ماده ۲۲ (۲) اساسنامه دیوان هشدار می‌دهد که قضاوت تا محدودیت در تفسیر جرایم را اعمال کنند. چه متمایل به این باشند و چه نباشند، اعمال این محدودیت غیرقابل اجتناب است (Grover, 2014: 202). قاعده تفسیر شک معقول به نفع شخص مورد تعقیب یا محاکمه به خوبی از متهم و منافع او در برابر قاضی و قانون دفاع می‌کند و آنچه را که جرم بودن آن به روشنی معلوم نیست از شمول قانون و مقررات جزایی خارج می‌سازد یا دست کم رفتار متهم را در معرض مساعدترین مقررات و ملایم‌ترین تفسیرها قرار می‌دهد.

در قضیه کاتانگا، دیوان در چارچوب ماده ۲۲ تصدیق نمود که نباید جرایم جدید را با توسل به قیاس تعیین و تعریف کرد یا جرایم را به وضعیتی گسترش داد که تهیه‌کنندگان اساسنامه رم قصد آن را نداشته‌اند. کار اولیه قضاوت در قضایای کیفری تفسیر و اعمال اساسنامه است و در هیچ وضعیتی حق ایجاد جرایم جدید را ندارند؛ زیرا هدف منحصر به فرد فعالیت تفسیری کرسی قضاوت این است که معانی را به حقوق موجود^۱ نه آرمانی منتقل کند. به نظر می‌رسد این استدلال برداشتی کاملاً منطقی از تفسیر مضیق باشد. با وجود این، دیوان بلافاصله این زبان را محدود نمود و اظهار داشت ماده ۲۲ (۲) اساسنامه در ارتباط با تضمین‌های تفسیر مضیق تنها در وضعیتهای دارای ابهام قابل اعمال است و مسلماً باید تنها بعد از تلاش نافرجام در تفسیر متأثر از اصل حسن نیت و مطابق با قاعده کلی در کنوانسیون ۱۹۶۹ وین به آن اتکاء نمود (ICC, 2014: 50-53).

علی‌رغم ممنوعیت صریح توسل به قیاس در تعریف جرایم و تأکید بر تفسیر مضیق در اساسنامه، گاه قواعد کیفری نیازمند درجه‌ای از توسل به استدلال قیاسی به وسیله تفاسیر قانونی مشابه برای روشن شدن محتوای خود هستند. مقررات جنایت علیه بشریت (ماده ۷ سند عناصر اختصاصی جرایم) با بکار بردن عبارت مبهم و فاقد صراحت قانونی «سایر اعمال غیرانسانی» و بدون تعیین مصادیق آن، زمینه نقض تفسیر مضیق و اصل قانونمندی و اعمال قیاس در حقوق کیفری بین‌المللی را فراهم کرده است (Schabas, 2010: 409). سیاق عبارت اساسنامه به گونه‌ای است که به قضاوت در روشن نمودن محتوای قواعد راهنمایی

scripta)، هنگامی که کیفری از قبل موجود و سابق بر رفتار مجرمانه محاکمه شود که توسط دولت‌های عضو اساسنامه رم تصویب شده است (*lex praevia*)، لازم به ذکر است که قانون صریح یعنی تعریف رفتارهای ممنوع شده و تعیین مجازات مربوطه را نمی‌توان با توسل به قیاس به گونه‌ای موسع تفسیر نمود (*lex certa*)؛ بلکه بایستی با برداشتی مضیق (*lex stricta*) تفسیر نمود.

1. De lege lata.

کافی نمی‌دهد. در نتیجه، مفهوم فوق‌مشرط به تفسیر است و تفسیر نیز مستلزم بررسی و مذاقه در کاربرد زبان‌شناختی پیشین در ادبیات حقوقی است.

علاوه بر تمسک به قیاس در مقام بیان مصادیق جنایات علیه بشریت،^۱ تفسیر مضیق و ممنوعیت قیاس نیز بارها مورد خدشه قرار گرفته است. در باب جنایات جنگی نیز به صورت تمثیلی، برخی وضعیتهای از منازعات مسلحانه داخلی خارج شده‌اند (ماده ۸ بند ۲) و بدین ترتیب زمینه‌توسل به قیاس فراهم شده است (Broomhall, 2008: 725). ممنوعیت تفسیر به وسیله قیاس در ماده ۲۲ (۲) اساسنامه با ماده ۳۱ (۳) اساسنامه که به دیوان اجازه توسعه سایر موجبات معافیت از مسئولیت کیفری را می‌دهد تعارض دارد. از این رو، هر چند توسل به قیاس برای هر قاضی کیفری در ارتباط با جرم دانستن رفتار بشری ممنوع است، برای اصول کلی حقوقی در مفهوم محدود خود فضای کافی وجود دارد، به ویژه اگر مطابق ماده ۳۱ (۳) از پیش منظور شده باشد. با وجود این، دامنه اعمال این اصول در این حوزه از حقوق بسیار استثنائی است.

اساسنامه رم در تعیین مقرراتی که قضات ملزم به رعایت آن هستند بسیار دقیق و صریح است. با وجود این، ماده ۲۱ (۳) اساسنامه رم^۲ مقرره‌ای حیاتی است که راه را برای استفاده‌های متفاوت از مقررات حقوق بشر بسته به رویکرد تفسیری‌ای که می‌پذیرد باز می‌کند. به رغم اینکه به طور صریح به ماده ۲۱ (۳) اساسنامه اشاره نشده، دیوان کیفری بین‌المللی برای تصمیم‌گیری به اسناد حقوق بشری مختلفی اشاره نموده است. به عنوان مثال، دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه عمرالبشیر برای تفسیر استاندارد ظن معقول^۳ مقرر در ماده ۵ (۱) (ج) کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، به اسناد حقوق بشری اتکاء می‌نماید. این همان وضعیتی است که قیاس در روپیه دارد (ICC, 2010: 31). ماده ۲۱ (۳) به طور عمده

۱. تا نوامبر ۲۰۱۰ میلادی، در دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق (۹۱ متهم، ۲۳ محکوم از جمله در رابطه با انتقال اجباری، ضرب و شتم، رفتار غیرانسانی و قتل نافرجام)، دادگاه کیفری بین‌المللی برای رواندا (۳۳ متهم و ۶ محکوم)، دادگاه ویژه سیرالئون (۱۳ متهم و ۵ محکوم از جمله در رابطه با خشونت فیزیکی و آسیب روحی، ازدواج اجباری) و در دیوان کیفری بین‌المللی (۶ متهم)، اشخاصی در قالب بند «سایر اعمال غیرانسانی» به جنایات علیه بشریت متهم یا محکوم شده‌اند.

۲. مطابق بند ۳ ماده ۲۱، تطبیق و تفسیر حقوقی که در این ماده پیش‌بینی شده نباید متناقض با حقوق بشر شناخته‌شده بین‌المللی باشد و باید بدون هرگونه تبعیض در زمینه‌هایی چون جنسیت، سن، نژاد، رنگ، زبان، مذهب یا اعتقادات، عقیده سیاسی یا غیرسیاسی، خاستگاه قومی یا اجتماعی، ثروت، ولادت و وضعیتهای دیگر باشد.

3. Reasonable suspicion.

در خصوص حقوق رویه‌ای با هدف تضمین حق دادرسی منصفانه مورد توجه قرار گرفته است. در پرونده لوبانگا، شعبه تجدیدنظر اظهار می‌دارد که ماده ۲۱ (۳) اساسنامه حاکی از آن است که حقوق قابل اعمال در چارچوب اساسنامه باید مطابق با حقوق بشر شناخته شده در عرصه بین‌المللی تفسیر و اعمال شود. حقوق بشر اساس اساسنامه است. در نتیجه، مفاد اساسنامه باید به گونه‌ای مطابق با مقررات حقوق بشر تفسیر و یا اعمال شود (ICC, 2006: 27). این بیان نشان می‌دهد که مقررات حقوق بشر به عنوان ابزاری روشمند در حقوق کیفری بین‌المللی، زمانی که خلأ در آن وجود دارد، نقشی تکمیلی خواهند داشت. رویه قضایی حاکی از آن است که چگونه قضات بین‌المللی متمایل به این هستند که از اصول و مبنای منطقی حقوق بشر وام بگیرند. مسلماً این امر به دلیل تعهد قضات برای جلوگیری و پایان دادن به جنایات است. به همین ترتیب، آنها چارچوب هنجاری لازم را از حقوق بشر وارد می‌نمایند.

نتیجه

به نظر می‌رسد در حقوق کیفری بین‌المللی نیاز قانون به شرح و تفسیر حقیقتی انکارناپذیر است. متون تفسیرناشده قانونی به پیکرهای بی‌روح قابل تشبیه هستند. قانون همانطور که دیوان اروپایی حقوق بشر اظهار می‌دارد آن متن معتبری است که مراجع قضایی آن را تفسیر کرده باشند (ECtHR, 1990: 18). رویه قضایی محاکم کیفری بین‌المللی در عمل دقیق‌ترین محدودیت‌ها و روشن‌ترین مرزها را نادیده می‌گیرند و حتی گاه به آنچه خود در نظر پذیرفته و بر درستی آن تأکید کرده‌اند وفادار نیستند. اعمال ابزارهایی مثل قیاس و اتخاذ روش‌هایی چون تفسیر موسع یا مضیق را در نظر در زمینه‌هایی تخطئه و در زمینه‌هایی دیگر تجویز می‌کنند، اما در عمل همان روش‌ها را گاه در زمینه‌های ممنوع مجاز می‌دانند و گاه در زمینه‌های مجاز ممنوع می‌دانند. آنچه مهم است اینکه قیاس نباید در حقوق کیفری به طور مطلق ممنوع یا مجاز شناخته شود، بلکه در ارتباط با قصد و هدف واضعان قانون مربوط نیازمند برخورد خاص بر مبنای هر قضیه خواهد بود. در وضعیت‌هایی که مقررات موضوعه پاسخ منفی بدین امر داده باشند یا اصل حاکمیت قانون و حقوق بنیادین بشری از جمله اصل قانونمندی جرم و مجازات را بدون مبنای قانونی صریح نقض نمایند، از مشروعیت حقوقی برخوردار نیست؛ زیرا در همه این موارد حقوق بنیادین انسان‌ها نقض می‌شوند و مسئولیت کیفری یا اختیارات قضات گسترش می‌یابند. از این رو، نتیجه می‌گیریم که هر گونه

محدودیت بر حقوق بنیادین بشری تنها با توسل به مبنای قانونی صریح و نه با گسترش یک قاعده به شیوه قیاسی توجیه می‌شود. این محدودیت بر استدلال قیاسی، بر مبنای حق بنیادین متهم در قضیه کیفری، نه تنها در حقوق داخلی دولت‌ها بلکه همچنین در حقوق کیفری بین‌المللی نیز قابل اعمال خواهد بود.

با این همه، به نظر می‌رسد که در حقوق کیفری بین‌المللی می‌توان میان قیاس به نفع متهم و قیاس به زیان او که به خلق جرایم و مجازات‌های جدید و برقراری کیفیات مشدده تازه منتهی می‌گردد تفکیک کرد و اولی را مجاز و دومی را ممنوع دانست. اوصاف عمومی قضاوت یعنی عدالت و اعتدال چنین تفکیکی را توجیه می‌کنند.

رویه محاکم کیفری بین‌المللی نشان می‌دهد که قیاس به عنوان روشی برای تشخیص قواعد قابل اعمال حقوق بین‌الملل در وضعیت‌ها و شرایط خاص مورد شناسایی قرار گرفته است. با این حال، ممکن است نتوان دامنه و گستره دقیق این مفهوم را در بررسی این آراء محقق نمود. به ویژه در رابطه با دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق که به نظر نمی‌رسد موضع روشن و مشخصی در این خصوص داشته باشد. در حالی که شعبه بدوی دادگاه در قضیه سلبیچ گستره قیاس را به صورت محدود در عرف حقوق داخلی تعریف می‌نماید، به نظر می‌رسد شعبه تجدیدنظر در قضیه تادیچ و شعبه بدوی در قضیه کوردیچ مفهوم موسع و جامع‌تری از قیاس را پذیرفته‌اند، که در حقوق بین‌الملل موضوعه و حقوق بین‌الملل عرفی به صورت مشابه بکار می‌رود: قواعد حقوقی به طور قیاسی در هر دو قضیه برای تثبیت حقوق بین‌الملل عرفی بکار برده می‌شوند.

رویکرد اسناد و محاکم کیفری نشان می‌دهد که توسل به قیاس در این وضعیت‌ها پذیرفتنی است: نخست برای تعیین اینکه آیا رفتار مورد اعتراض و گمراه‌کننده طبق عرف یا معاهده ممنوع است، به اصول کلی حقوق کیفری بین‌المللی یا عدالت کیفری یا اصولی که مشترک نظام‌های بزرگ حقوقی جهان است دست می‌زنند؛ دوم جایی که طرز بیان و واژگان جرم خود مستلزم استدلال به روش قیاسی است. به عنوان مثال، «سایر اعمال غیرانسانی» که دارای مشخصه مشابهی هستند؛ سوم جایی که استدلال منطقی منجر به پیروی از مفاد معاهده می‌شود تا تعیین شود که آیا رفتار مورد اعتراض طبق اصول کلی حقوق ممنوع است یا خیر؛ و در نهایت جایی که قرائت صریح متن اساسنامه در پرتو هدف و مقصود آن شکاف و خلأ را نشان می‌دهد، که باید با ارجاع به سایر مواد یا پاراگراف‌های همان ماده

(یا مادهٔ مشابهی) رفع شود (Grover, 2010: 556). به نظر می‌رسد در خصوص مورد یکم و دوم، چنانچه محدود به تبیین مصادیق مفهوم تعیین شده توسط قاعدهٔ معتبر کیفری باشند، اساساً اصل جرم بودن از قبل مشخص شده و تنها در باب تشخیص مصداق قاضی وارد عمل می‌شود. در مورد سوم چنانچه تفسیر قضایی به خلق جرم جدید منتهی نشود و اکتفاء به تبیین مصداق مفهومی قاعدهٔ کیفری باشد، مغایرتی با اصل قانونمندی جرم پیدا نخواهد کرد. اما چنانچه مرجع کیفری از این چارچوب تخطی کند و بدون وجود قاعدهٔ کیفری معتبر (عرفی یا قراردادی)، با توسل به قیاس به خلق جرم بپردازد، در تعارض با اصل قانونمندی جرم عمل کرده است.

در نهایت برای رفع ایرادات وارد بر بکارگیری استدلال قیاسی در حقوق کیفری بین‌المللی، در نحوهٔ وضع قواعد حقوق کیفری بین‌المللی باید روشی بکار برده شود که زمینهٔ قاعده‌سازی توسط رویهٔ قضایی در باب خلق جرایم و مجازات‌ها از بین برود یا به حداقل ممکن برسد. رویهٔ قضایی در خصوص تبیین مصادیق مفاهیم جرم‌انگاری شده باید صلاحیت داشته باشد. از این رو، قاعدهٔ کیفری در مقام جرم‌انگاری، بیش از آنکه با ارائهٔ مفهومی نارسا و مبهم در صدد شمارش مصادیق برآید، باید با ارائهٔ تعریفی کامل مفهوم جرم مورد نظر را نخست تبیین کند و سپس تشخیص مصادیق را با بیان تمثیلی به قاضی کیفری محول نماید. در نتیجه، هم مقتضیات اصل قانونمندی جرم تأمین می‌شود و هم امنیت عمومی و دفاع اجتماعی در برابر مجرمان محقق می‌شوند. بنابراین، اگر خلأ در حقوق کیفری وجود داشته باشد، که البته وجود دارد، و در متن اساسنامهٔ دیوان یا عرف بین‌المللی به عنوان ابزاری برای حل آن چیزی در دسترس نباشد، بهتر است به قاضی صلاحیتی افسارگسیخته برای پر کردن این فضای خالی ندهیم. در واقع، سکوت قانون را باید به نفع متهم تفسیر نمود.

ORCID

Heidar Piri



<http://orcid.org/0000-0002-4302-7938>

Seyed Hadi Mahmoudi



<http://orcid.org/0000-0001-9890-9164>

منابع

الف. فارسی

- امیدی، جلیل. (۱۳۹۴). *تفسیر قانون در حقوق جزا*، تهران، نشر مخاطب.
- آشوری، محمد. (۱۳۹۵). *آیین دادرسی کیفری*، ج ۱، تهران، سمت.
- رنجریان، امیر حسین، ملک‌الکتاب خیابانی، مهدیه. (۱۳۸۹). «دادگاه ویژه سیرالتون»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۴۳.
- سید فاطمی، سید محمد قاری، پیری، حیدر، محمودی، سیدهادی. (۱۳۹۸). «کشف قاعده حقوقی از طریق قیاس توسط دیوان بین‌المللی دادگستری»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۴۹، شماره ۴.
- سیمایی صراف، حسین. (۱۳۸۸). «قلمرو استدلال قیاسی با نقدی بر روش‌شناسی قیاس جزایی در فقه»، *مجله پژوهش‌های حقوقی*، شماره ۱۵.
- سیمایی صراف، حسین. (۱۳۹۰). «علت و راه‌های کشف آن در استدلال قیاسی؛ بررسی تطبیقی در فقه اسلامی و کامن‌لا»، *پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، دوره ۱۵، شماره ۲.
- فلسفی، هدایت‌الله. (۱۳۹۰). *صلح جاویدان و حاکمیت قانون*، فرهنگ نشر نو.
- فلسفی، هدایت‌الله. (۱۳۹۵). *حقوق بین‌الملل معاهدات*، فرهنگ نشر نو.
- کلسن، هانس. (۱۳۸۷). *نظریه حقوقی ناب*، ترجمه اسماعیل نعمت‌الهی، سمت.
- مظاهری تهرانی، مسعود. (۱۳۸۷). «جایگاه قیاس در حقوق کیفری»، *نشریه پیام آموزش*، شماره ۲۱.
- مودن‌زادگان، حسنعلی، غلامعلی‌زاده، حسن. (۱۳۸۸). «بررسی تحلیلی تفسیر شک به نفع متهم در حقوق کیفری»، *پژوهش‌نامه حقوق اسلامی*، دوره ۱۰، شماره ۳۰.
- مؤمنی، مهدی. (۱۳۹۵). «اصول قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها در دادرسی‌های کیفری بین‌المللی»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۵۵.

ب. عربی

- الزبیدی، مرتضی. (۱۹۸۴). *تاج العروس من جواهر القاموس*، ج ۸، بیروت، دارالفکر.

References

A. English

- Ashouri, Mohammad (2016). *Criminal Procedure*, Vol.1, Tehran, Samat. [In Persian]
- Bantekas, Ilias; Nash, Susan. (2007). *International Criminal Law*, London, Routledge Cavendish.
- Bassiouni, Cherif M. (2011). *Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press.
- Broomhall, B. (2008). "Article 22", in Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers.
- Bryan A. Garner. (2009). *Black's Law Dictionary*, West Publishing Co.
- Degan, Vladimir-Djuro. (2005). "On the Sources of International Criminal Law", *Chinese Journal of International Law*, Vol. 4, No.1.
- ECTHR, Case of Kruslin v. France, 24 April 1990.
- ECTHR, Kokkinakis v. Greece, Judgment, Series A, No.260, 1993.
- Falsafi, Hedayatullah (2016). *International Law of Treaties*, Tehran: Farhang Nashr Nu. [In Persian]
- Grover, Leena. (2010). "A Call to Arms: Fundamental Dilemmas Confronting the Interpretation of Crimes in the Rome Statute of the ICC", *EJIL*, Vol. 21, No. 3.
- Grover, Leena. (2014). *Interpreting Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge University Press.
- ICC, Prosecutor v. Katanga, Case No. ICC-01/04-01/07, Judgement Pursuant to Article 74 of the Statute, (Mar. 7, 2014).
- ICC, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (Decision of the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir) ICC02/05-01/09-OA (3 February 2010).
- ICC, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo (Judgment on the Appeal, 3 October 2006), ICC 01/04-01/06(14 December 2006), Decision on the Confirmation of Charges, 29 January 2007.
- ICTY, Celebici Case, Trial Chamber Judgment, Case No. IT-96-21-T, 16 November 1998.
- ICTY, Prosecutor v Mitar Vasiljevic, Trial Judgment, Case No. IT-98-32-T, 29 November 2002.
- ICTY, Prosecutor v. Erdemović, Case No. IT-96-22-A, Judgment, Oct. 7, 1997.
- ICTY, Prosecutor v. Furundžija, Case No. IT-95-17/1-T, Judgment, Dec. 10, 1998.
- ICTY, Prosecutor v. Galic, Case No. IT-98-29-T, Judgment, 5 Dec 2003.
- ICTY, Prosecutor v. Kordic & Cerkez, Appeals Chamber Judgment, Case No. IT-95-14/2-A, 17 December 2004.
- ICTY, Prosecutor v. Kupreskic et al., Case No. IT-95-16-T, Trial Chamber, 14 Jan 2000.

- ICTY, Prosecutor v. Tadic, Judgment on Allegations of Contempt against Prior Counsel, Milan Vujin, Case No. IT-94-1-A-AR77, App. Ch., 31 January 2000.
- ICTY, Prosecutor v. Tadic, Case No.IT-94-1-A, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995; Appeal Chamber Judgment, 15 July 1999.
- Imre, Zajtay. (1980). "Reasoning by Analogy as a Method of Law Interpretation", *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 13, No. 3.
- International Military Tribunal for the Far East, Tokyo Charter, 19 January 1946.
- Jain, Neha. (2016). "Judicial Lawmaking and General Principles of Law in International Criminal Law", *Harvard International Law Journal*, Vol. 57, No. 1.
- Juthe, Andre. (2005). "Argument by Analogy", *Argumentation*, Vol. 19, Issue.1.
- Kelsen, Hans (2008). Pure Theory of Law, Translated by Ismail Nematollahi, Tehran, Samat Publication. [In Persian]
- Masyhar, Ali. (2015). "Criticize The Use of Analogy Prohibition in Criminal Law", *Mimbar Hukum Journal*, Vol. 27, No.1.
- Mazaheri Tehrani, Massoud (2008). *The Place of Analogy in Criminal Law*, Payam-e Amozesh Journal, No.21. [In Persian]
- Moazenzadegan, Hasanali; Gholamalizade, Hasan (2010). "An Analytical Study of the Position of interpretation of Doubts in favor of the Defendant in Criminal Law", *Islamic Law Research Journal*, Vol.10, Issue.30, No.30, pp.141-159. [In Persian]
- Momeni, Mahdi (2017). "Principles of Legality of Crimes and Punishments in International Criminal Proceedings", *International Law Review*, Vol.33, Issue.55, No.55, pp.159-184. [In Persian]
- Moroz, Izsabela. (2017). "Extending Interpretation and Analogy in Law", *Roczniki Nauk Prawnych*, Vol. 27, Issue.3.
- Murtada Al-Zubaidi (1984). *The Crown of the Bride from the Jewels of the Dictionary*, Vol.8, Beirut, Dar Al-Fikr. [In Arabic]
- Nauke, Wolfgang (1986). "Interpretation and Analogy in Criminal Law", *BYU Law Review*, Issue.3.
- Omidi, Jalil (2016). *Interpretation of Statute in Criminal Law*, Tehran, Mokhatab. [In Persian]
- Piri, Heidar; Seyed Mohammad Ghari Seyed Fatemi & Seyed Hadi Mahmoody (2018). "Discovery of Legal Rule through Analogy by the International Court of Justice", *Public Law Studies Quarterly*, Vol.49, Issue.4, pp.1149-1170. [In Persian]
- Pinto Soares, Patrica. (2012). "Tangling Human Rights and International Criminal Law: The Practice of International Tribunals and the Call for Rationalized Legal Pluralism", *Criminal Law Forum*, Vol. 23.

- Preuss, Lawrence. (1936). "Punishment by Analogy in National Socialistic Penal Law", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 26, Issue. 6.
- Raimondo, Fabián. (2007). "General Principles of Law as Applied by International Criminal Courts and Tribunal", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol.6, Issue.3.
- Ranjbarian, Amirhossain; Malekolkottab-e-Khiabani, Mahdieh (2011). "The Special Court for Sierra Leone: Establishment, Jurisdiction and Fight against Impunity", *International Law Review*, Vol.27, Issue.43, pp.123-167. [In Persian]
- Rome Statute of the International Criminal Court, 2002.
- Simae Sarraf, Hossein (2009). "Scope of the Analogical Reasoning: A Critical Appraisal of the Fiqhi Methodology of Penal Analogy", *Journal of Legal Research*, No.15, pp.151-164. [In Persian]
- Simae Sarraf, Hossein (2011). "Reasoning and Ways of Detection Ratio in Analogical Argument; Comparative Study in Islamic Law and Common Law", *Comparative Law Researches*, Vol.15 (2), pp.43-64. [In Persian]
- Schabas, W. (2010). *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press.
- Statute of the International Tribunal for Rwanda, Security Council Resolution 955, 18 November 1994.
- Statute of the International Tribunal for the Former Yugoslavia, Security Council Resolution 827, 25 May 1993.
- Statute of the Special Court for Sierra Leone, Security Council Resolution 1315, 14 August, 2000.
- Supreme Court of Sierra Leone (SCSL), Prosecutor v. Brima, Kamara, and Kanu, Case No.04-16-A, Trial Chamber II (20 June 2007), Appeals Judgment (22 February 2008).
- Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, Vol. 1, 1945.
- Xinjiu, Qu. (2014). "A New Approach to Distinguishing between Extensive Interpretation and Analogy", *Renmin Chinese Law Review*, Vol. 48.
- Xuewu, Qu. (2004). *Generality of Criminal Law*, Social Sciences Academic Press.
- Zhang, Mingkai. (2011). *Criminal Law*, Law Press.

A. French

- Bouzat, p. Pinatel, J. (1970). *Traité de Droit Pénal et Criminologie*, Paris, Dalloz.
- Jeandier, Wilfrid (1998). *Droit Pénal Général*, Paris, Montchrestien.