



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Johan Nilsson

Legalitetsprincipen i islamsk rätt

- en missförstådd motsägelse?

Examensarbete
20 poäng

Handledare
Per Ole Träskman

Straffrätt

Höstterminen 2007

Innehåll

| | |
|--|-----------|
| SUMMARY | 1 |
| SAMMANFATTNING | 2 |
| ARABISK-SVENSK ORDLISTA MED FÖRKORTNINGAR | 3 |
| 1 INLEDNING | 6 |
| 1.1 Syfte och frågeställningar | 7 |
| 1.2 Avgränsningar | 8 |
| 1.3 Metod och material | 8 |
| 1.4 Disposition | 11 |
| 2 LEGALITETSPRINCIPEN – BAKGRUND OCH DEFINITION | 12 |
| 2.1 Legalitetsprincipens historiska framväxt och centrala teman | 12 |
| 2.1.1 Från ättensamhälle till centralmakt | 13 |
| 2.1.2 Upplysningen och legalismens genombrott | 15 |
| 2.1.3 Moderniteten förvaltar upplysningens ideal | 18 |
| 2.1.4 Sammanfattning | 21 |
| 2.2 Legalitetsprincipen och the rule of law | 21 |
| 3 ISLAMSK RÄTT – HISTORISK BAKGRUND OCH GENERELL STRUKTUR | 25 |
| 3.1 Islams historia i korthet | 25 |
| 3.2 Introduktion till sharî'ah | 29 |
| 3.2.1 Rättskällor i islamsk rätt | 30 |
| 3.2.2 Koranen | 31 |
| 3.2.3 Sunnah | 32 |
| 3.2.4 De sekundära rättskällorna och ijtihåd | 33 |
| 3.2.4.1 Ijmâ' | 33 |
| 3.2.4.2 Qiyâs | 33 |
| 3.2.4.3 Ijtihåd och juridisk tolkning | 34 |
| 3.3 Islamsk straffrätt | 37 |
| 4 LEGALITETSPRINCIPEN I FORMELL ISLAMSK RÄTT | 40 |
| 4.1 Taqlîd och legalismens förutsättningar | 42 |
| 4.1.1 En islamisk legalitetsprincip | 42 |
| 4.1.2 Komparativ legalitet med stöd i de islamska rättskällorna | 44 |

| | | |
|------------|--|-----------|
| 4.2 | Legalitetsprincipen i sharī'ah | 47 |
| 4.2.1 | Retroaktivitetsförbudet | 47 |
| 4.2.2 | Kravet på lagenlighet | 49 |
| 4.2.3 | Analogiförbudet | 51 |
| 4.2.4 | Kravet på tydlighet | 54 |
| 4.3 | Legalitetsprincipen i formell islamsk rätt sammanfattning och kommentarer | 55 |
| 5 | LEGALITET OCH DEN ISLAMSKA RÄTTENS GRUNDER | 58 |
| 5.1 | En islamsk uppfattning om rättvisa | 58 |
| 5.1.1 | Kontextualitet | 59 |
| 5.1.2 | Reciprocitet | 60 |
| 5.2 | Diskretion och islamisk rättstradition som common law | 62 |
| 6 | SAMMANFATTANDE SLUTSATSER | 67 |
| | KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING | 70 |

Summary

The principle of legality in penal law is a basic juridical rule with an almost undisputable status within most legal systems of the world. Its role in Swedish law as well as in international law is uncontroversial and rarely, if ever, questioned. Foreseeability in the practice of penal legislation is something that most see as an essential element of any legal system.

Despite this apparent value of the principle of legality, its role in some of the major legal systems of the world is still disputed. The Islamic legal tradition has over the centuries been considered the typical example of an exotic tradition in which the discretion of the juridical authority is almost absolute. The qâdi is thought to dispense his justice exclusively according to considerations of personal opinion. A large body of academics express in accordance with this view the opinion that the sharî'ah tradition does not consider anything like the principle of legality. The idea is according to this view not even represented in the Islamic jurisprudence. This is though not the only opinion on the topic. Several commentators, usually with a background in the Muslim world and legal tradition, claims that even if the principle is not explicit in the sharî'ah, its essence is still a central idea in the Islamic tradition.

This thesis intends to clarify the disparate ideas presented about the impact and importance of the principle of legality in the Islamic legal tradition. The history and development of the principle will be examined and an attempt of a useful definition will be made. Thereafter a general background on the structure of Islamic law will be given. The scope of the thesis is thus broad in that it encompasses two major systems of law, both the civil law tradition and the Islamic legal tradition. The sharî'ah will thereafter be analysed at greater depth in relation to its conformity with the application of the principle of legality. Lastly the problems of implementation will be discussed and closely examined.

Sammanfattning

Den straffrättsliga legalitetsprincipen är en juridisk grundsats med ett i det närmaste obestridligt värde. Dess existens och betydelse i svensk såväl som internationell rätt är högst okontroversiell och mycket sällan ifrågasatt. Tydlighet och förutsebarhet är trots allt målsättningar för den straffrättsliga lagstiftningen som de allra flesta har svårt att ta avstånd ifrån.

Trots legalitetsprincipens vid första anblicken nästan självskrivna roll i varje försök till straffrättslig lagstiftning, så råder det delade meningar om huruvida den uteslutande tillämpas i de större rättskulturerna i världen. Den islamska rätten har länge betraktats med viss skepsis i den västerländska vetenskapen och juridiken. Qâdin, domaren i den islamiska traditionen, har setts som ett uttryck för den exotiska och tribala rätten där de juridiska auktoriteterna är fria att agera utifrån fritt skönj. Flertalet kommentatorer menar i enlighet med detta att sharî'ah inte iakttar den straffrättsliga legalitetsprincipen. Det hävdas till och med att juridisk legalitet aldrig förekommit ens som idé i den islamska rättsvetenskapen.

Naturligtvis har denna syn på den islamska rätten också sina motståndare. Företrädesvis rör det sig om akademiker med ursprung i den muslimska världen och islamiska juridiska traditionen. Enligt dessa är den straffrättsliga legalitetsprincipen kanske inte explicit uttryckt i sharî'ah, men dess huvudsakliga innebörd har uttalats och tillämpats betydligt längre än i västliga juridiska traditioner.

Uppsatsen är tänkt att behandla frågeställningen i just denna brytpunkt. I vilken utsträckning står den islamska rätten i motsatsställning till legalitetsprincipen och vad är det i sådana fall som utgör denna diskrepans? Till att börja med behandlas legalitetsprincipens historia och successiva utveckling och åtföljs av en närmare granskning av hur tillämpningen av legalitetsprincipen ser ut i den islamska rätten. Slutligen diskuteras de problem som uppstår vid denna granskning samt vari dessa bottnar.

Arabisk-svensk ordlista med förkortningar

Arabisk-svensk juridisk ordlista

'âqilah – ”släktgrupp”, väsentlig vid ersättningsfrågor i qisâs

'adl – det på arabiska vanligast förekommande ordet för rättvisa

asl – betyder ung. ”källa” och betecknar det ursprungliga fallet vid analogislut

âyât – vers i Koranen

diyya – institutionen ”blodspengar”, med rötter i det för-islamiska Arabien

far' – betecknar det nya fall som ska bedömas vid analogislut

fatwâ – uttalande av rättslârd i en fråga av rättslig natur

fiqh – islamisk rättslära

hadîth – narration om Profetens handlingar och uttalanden

hajj – pilgrimsfärd till Mecka, skall utföras av varje troende muslim en gång i livet

halâl – betecknar vad som är tillåtet för en muslim

haqq – arabiskt ord med den ungefärliga betydelsen ”rättighet” eller ”plikt/skyldighet”

haqq al-amn – kan ungefär översättas med ”rätten till personlig säkerhet” och motsvarar i stort vår straffprocessrätt

harâm – betyder ”förbjudet” och betecknar vad som är otillåtet för en muslim

hijra – Mohammeds migration från Mecka till Medina år 622, betecknar början på den islamiska kalendern

hudûd (sing. hadd) – kriminaliseringskategori med av gud instiftade brott med i Koranen föreskrivna straff

huda – vägledning

hukm – den sharî'ah-regel som kan utverkas ur originalfallet vid analogislut för att kunna tillämpas på det nya fallet

ijmâ' – konsensus bland islams rättslärda, betraktat som en sekundär rättskälla

ijtihâd – betyder ung. ”ansträngning/bemödande” och betecknar handlingen att deducera rätten från rättskällorna

'illah – den juridiska princip man kan utverka ur ett fall vid analogislut

istihsân – påminner om equity i common law, avsteg från den etablerade regeln är tillbördligt om den leder till ett uppenbart orättvist resultat

madh'hab – rättskolor inom islam

maslahah mursalah – iakttagandet av det allmänna intresset, fyller rätten vid avsaknad av närmare regleringar i Koranen och sunnah

muftî – rättslörd med rätt att avge fatwâ

mujtahid – en person som uppfyller kraven för att kunna utföra ijtihâd

qâdi – domare i den islamska traditionen

qisâs – kriminaliseringskategori som rör brott mot fysisk person, som mord eller misshandel

qiyâs – analogislut med auktoritet som sekundär rättskälla

qânûn – sekulär lagstiftning

ra'y – personlig åsikt

ribâ – förbudet mot att ta ränta på lån

sharî'ah – betydelsen ”vägen till ett vattenhål” på arabiska och namnet på den islamska rättstraditionen

siyâsa (al-siyâsa al-sharîyya) – politisk och juridisk policy som står i överensstämmelse med sharî'ah

sunnah – betyder ungefär ”etablerad väg” och betecknar juridisk tradition i allmänhet, Profetens sunnah betyder därmed ”Profetens väg” och har auktoritet som primär rättskälla

sura – kapitel i Koranen

ta'azîr – kriminaliseringskategori för de diskretionära straffen

taqlîd – betyder ”imitation” och instiftades när dörren till ijtihâd officiellt stängdes, innebär att följa de etablerade rättsskolorna som auktoritet

’ulamâ – betecknar samfundet av islamiska rättslärda

ummah – de troendes samfund, betecknar det världsvida muslimska broderskapet

úrf – sedvänja

usul al-fiqh – läran om rättskällorna

zîna - äktenskapsbrott

Förkortningar

ICCPR – International Covenant on Civil and Political Rights

EKMR – Europeiska Konventionen angående skydd för de Mänskliga Rättigheterna och de grundläggande friheterna

CDHRI – Cairo Declaration on Human Rights in Islam

OIC – Organization of the Islamic Conference

1 Inledning

För cirka 40 år sedan ska Felix Frankfurter, då domare i den amerikanska Supreme Court, ha sagt angående domstolens roll att den inte var:

*...a tribunal unbound by rules. We do not sit like a kadi under the palm tree dispensing justice according to considerations of individual expediency.*¹

Kadi, eller qâdi som är en mer korrekt translitteration från arabiska, är benämningen på domaren i den islamska traditionen. Qâdin har inom juridiken i västerlandet länge stått som representant för det exotiska och okända. I den tidiga historien var domaren en representant för de lokala värdena i den rättsliga bedömningen, men allt eftersom tonvikten inom europeisk juridik kom att förändras utvecklades ett tydligare fokus på procedur och kodifierad lagstiftning. Allt sedan dess har även bilden av den islamska domaren förändrats. Qâdin står nu, vilket vi kan se i citatet ovan, som en representant för det diskretionära beslutsfattandet i motsatts till det regelstyrda. Uppfattningen om qâdin som den arbiträra beslutsfattaren har i viss mån förstärkts under modernismens tidevarv av Max Webers begrepp *kadijustiz* med innebörden att domaren aldrig behöver referera till ett enhetligt normsystem utan kan avgöra målet helt på dess individuella meriter.

Framväxten av ett allt mer integrerat internationellt samfund under 1900-talet har i stor utsträckning kommit att likrikta länders politiska och ekonomiska beteende. Eftersom juridiken inte är någon isolerad företeelse så påverkas naturligtvis även den. Trots likriktningen finns det dock områden av juridiken som fortfarande präglas av kulturell och politisk särart. Kanske just på grund av de utjämnande processerna som pågår blir dessa särarter såväl intressanta som viktiga att undersöka närmare. Islam har med över 1 miljard troende under de senaste åren fått en alltmer framträdande position på den internationella scenen. Många länder i den muslimska världen har rättssystem som är om inte direkt så åtminstone indirekt påverkade av klassisk islamsk rätt. Frågan om kadijustiz är med andra ord kanske än mer aktuell idag. Från att ha fungerat som ett uttryck för det exotiska rättssystemet i Tusen och en natt så har istället den islamiska rätten blivit en reell fråga rörande rättvisa och politik i på världsscenen allt viktigare länder. Vi bör fråga oss huruvida idén om den diskretionära domaren är sann och hur det i så fall kommer sig att ett helt rättssystem kan vara uppbyggt kring den.

Många, för att inte säga de flesta rättssystem runt om i världen har en del grundläggande principer gemensamma. En sådan grundläggande princip som vunnit ett visst erkännande också i den internationella rätten är den straffrättsliga legalitetsprincipen. Även om principens vidare innebörd är

¹ Citerad i Rosen, Lawrence, *The anthropology of justice – law as culture in Islamic society*, Cambridge 1989, s.58

komplex rör det sig trots allt om en regel som tycks stå relativt neutral inför kulturella och ideologiska olikheter. Den traditionella bilden av den islamiska domaren går dock stick i stäv med en uppfattning om ett rättssystem präglad av legalitet. Att utdela straff efter fritt skönj utan hänvisning till förutsebar lagstiftning verkar för de flesta frånstötande. En del akademiker hävdar att bilden av qâdin som Weber ger oss i viss utsträckning är en rättvisande bild av den traditionella islamiska rättstillämpningen. Även om islamsk straffrätt sådan den tillämpas idag framhåller många centrala straffrättsliga principer så är den enligt denna uppfattning i konflikt med principen *nulla poena sine lege* i den internationella rätten.² Kommentatorer menar t.o.m. att legalitetsprincipen är helt okänd i den islamiska rättsläran och att länder som tillämpar mer klassisk muslimsk rätt skulle få stora problem med legalitetsprincipen rörande vissa brottskategorier.³ Men det råder dock delade meningar i denna fråga och merparten kommentatorer hävdar att legalitetsprincipen som den förstås i den internationella rätten är företrädd sedan länge i den islamiska rättstraditionen.⁴

Det är tydligt att det bland forskare finns två diametralt motsatta ståndpunkter i frågan om legalitetsprincipens tillämpning i den islamiska rättstraditionen. Oavsett om det rör sig om ett problem för islamsk rätt när det gäller tillämpningen av legalitetsprincipen eller inte så kan man åtminstone tala om ett problem gällande olika *tolkningar* av legalitetsprincipens tillämpning. Trots principens förmenta neutralitet så är dess existens och tillämpning ett ämne för diskussion och det är just denna brytpunkt, mellan legalitetsprincipens bakomliggande värderingar och den islamiska rättens specifika förutsättningar, som är ämnet för denna uppsats.

1.1 Syfte och frågeställningar

Som framgått ovan råder det en uppenbar kontrovers i frågan rörande legalitetsprincipens tillämpning i den islamiska rättstraditionen. Det övergripande syftet med detta arbete är därför att utvärdera huruvida uppfattningen om den islamiska straffrätten som arbiträr och oförutsebar verkligen är adekvat. Detta bakomliggande syfte öppnar naturligtvis upp för en mängd frågor. Men den huvudsakliga frågeställningen rör legalitetsprincipens eventuella roll och funktion inom den islamiska traditionen jämfört med dess innebörd i den västerländska rätten. Vilka, om några, skillnader existerar avseende dess tillämpning mellan dessa olika rättstraditioner? Är en tillämpning i den islamiska rätten ens möjlig sett utifrån dess struktur och vilka bakomliggande värderingar och kulturella mönster är det i så fall som skapat denna?

² Peters, Rudolph: *Crime and Punishment in Islamic Law*, Cambridge 2005, s.174-175

³ Peters 2005, s.176

⁴ Baderin, Mashood, *International Human Rights and Islamic Law*, Oxford 2003, s.112

1.2 Avgränsningar

I uppsatser som behandlar frågor av principiell och teoretisk natur är avgränsningar ibland svåra att göra då skiljelinjerna mot det irrelevanta är vanskliga att dra. En naturlig avgränsning i detta fall rör dock utbudet av tillgänglig information. Förstahandskällor är i detta fall uteslutna att använda på grund av språkbarriärer och det översatta materialet är i viss mån begränsat. Även om detta inte utgör något problem för att finna relevant material så innebär det trots allt en naturlig inskränkning i det avhandlade ämnet.

Två avgränsningar har dock aktivt iakttagits. För det första kommer nationell lagstiftning i muslimska länder inte att avhandlas förutom i de fall detta är belysande. Många muslimska nationer har kodifikationer som antingen genom direkt införlivande eller genom indirekt påverkan har drag av islamsk rätt. Dessa versioner är dock inte relevanta för denna undersökning som endast rör den islamska rättens traditionella uttryck. För det andra bär den islamiska domarrollen på en emellanåt avsevärd diskretionär makt inom områden som inte är anknutna till straffrätten, men där legalitetsprincipen ändå skulle kunna vara relevant. I möjligaste mån kommer denna studie inte att beröra dessa områden utan endast legalitetsprincipens roll i straffrättsliga frågor.

1.3 Metod och material

Denna uppsats har ett starkt komparativt inslag och försök till granskning av ett annat rättssystem än det egna skapar naturligtvis en mängd problem. Att dessutom undersöka aspekter av ett från de västerländska så väsensskilt rättssystem som det islamska skapar i sin tur än fler svårigheter. Till att börja med är det islamska rättssystemet ett religiöst rättssystem och har därmed särskilda grundteser som i ett sekulärt rättssystem inte ens skulle räknas till det juridiska området. Den islamska rätten har därutöver utvecklats ur en annan historisk verklighet än som påverkat svensk och västerländsk rätt. Dessutom är det fråga om andra kulturella och sociala traditioner, en annan rättskällelära, andra funktioner för juridiska ämbeten etc. Olikheterna är med andra ord så omfattande att det är svårt att finna en relevant grund för jämförelse. Ett naturligt sätt att närma sig den islamska rätten vore naturligtvis att rent praktiskt granska rättsfallstraditionen eller faktiska regler och använda detta som en utgångspunkt. Denna tanke leder oss dock in på det kanske allvarligaste problemet som även nämnts ovan: det finns i princip ingen möjlighet att granska förstahandskällor. Den klassiska islamska rättstraditionen saknar nedtecknad lagtext och prejudikatstyrkan hos tidigare domstolsbeslut är mycket begränsad om ens relevant. I den mån direkt information är nedtecknad är den dessutom med väldigt få undantag skriven på arabiska eller andra språk med nära anknytning till islam som farsi. Tyvärr saknar jag kunskap i dessa språk.

Komparativ rättsvetenskaplig forskningsmetod är i viss utsträckning ett relativt outvecklat område. Naturligtvis har det mycket gemensamt med andra komparerande forskningsområden som t.ex. komparativ statsvetenskap. Komparativ rättsvetenskap handlar om att identifiera, kommentera och ibland förklara likheter och skillnader mellan de undersökta rättskulturerna. En del forskare fokuserar på *likheter* mellan juridiska traditioner där den deskriptiva metoden emellanåt underordnas en mera normativ eller preskriptiv metod rörande huruvida rättsliga traditioner *borde* vara och hur detta i sådana fall skall uppnås. Andra forskare fokuserar istället på *olikheter* mellan rättstraditioner och även här kan vi finna exempel på normativa projekt i vilka mångfald och olikheter premieras och försvaras.⁵

Generellt kan det sägas finnas två huvudsakliga metoder inom komparativ forskning. Dessa har olika benämningar, men i generella termer brukar man tala om det *funktionalistiska* och *kulturella / relativistiska* sättet att närma sig en komparativ problemställning.⁶ Den relativistiska ingången har vuxit fram företrädesvis ur antropologin och menar att samhällets organisation inte kan bedömas gentemot en schablon utan måste förstås som ett resultat av dess framväxtmiljö och historia. Inom den komparativa straffrättsliga forskningen har denna approach kallats för den interpretiva metoden som fokuserar på att förklara hur straffrättsliga aspekter är inbakade i lokala, internationella, historiska och kulturella kontexter.⁷ Målet är alltså att nå förståelse för straffrätten i ett främmande system. För att göra detta är det centralt att nå en insikt i detta systems kulturella och samhälleliga kontext. I kontrast till den relativistiska metoden står den funktionalistiska eller som den ibland kallas inom komparativ straffrättslig forskning, den positivistiska metoden. Som annan positivistisk forskning utgår den ifrån ett systemtänkande genom vilket man söker klarlägga gemensamma drag för alla straffrättsliga system. Antagandet är att straffrätt är ett universellt fenomen. Målsättningen för den funktionalistiska komparativa forskningen kan därför generellt sett sägas vara att identifiera de centrala principer som ligger bakom straffrättsliga system mer generellt och frilägga dessa från ovidkommande, externa egenskaper.⁸

Inom funktionalismen ges straffrättsliga arrangemang i andra kulturer mening utifrån en generell uppfattning om funktionen hos ett idealt straffrättsligt system, medan man inom den relativistiska metoden ger dessa arrangemang mening utifrån dess egen kontext. I viss utsträckning kan man säga att funktionalistiska angreppssätt fokuserar mer på likheter mellan rättskulturerna med en viss fråga i centrum, medan relativistiska angreppssätt ser olikheten som det centrala och eftersträvansvärda. Antingen menar man att rättssystem kan reduceras till vissa gemensamma nämnare

⁵ Nelken, David, *Comparative law and comparative legal studies*, i Esin Örüçü & David Nelken, *Comparative law – a handbook*, Portland 2007, s.25

⁶ se Cotterrell, Roger, *Is it so bad to be different? Comparative law and the appreciation of diversity*, i Esin Örüçü & David Nelken, *Comparative law – a handbook*, Portland 2007

⁷ Pakes, Francis, *Comparative criminal justice*, Cullompton 2004, s.15

⁸ Pakes, 2004, s.16

och att det är dessa man ska fokusera kring eller så fokuserar man på de olikheter som finns och betraktar de som relevanta i den större helheten. Det finns klara fördelar med båda synsätten. Olikheterna är ett ständigt närvarande faktum som man måste förhålla sig till samtidigt som en gemensam utgångspunkt är i det närmaste nödvändig för att på ett konkret sätt kunna sammanställa ett relevant forskningsprojekt.

Denna uppsats bär inslag av såväl funktionalism som relativism. Naturligtvis kan ett rättssystem, liksom alla samhällsliga institutioner, förklaras av sin kulturella bakgrund och sin historia. Samtidigt utesluter inte detta en mera teknisk jämförelse av det juridiska systemets funktion. Man kan t.ex. tänka sig en jämförelse av processreglers praktiska användning i olika länder. Dessa regler kan rent faktiskt fungera olika samtidigt som detta möjligtvis kan förklaras eller åtminstone förstås genom att placeras i sin kulturella kontext. Det är just detta mönster denna uppsats är tänkt att arbeta utifrån. Utgångspunkten är att använda en för den svenska och västerländska traditionen godtagbar uppfattning om vad legalitetsprincipen innebär för att sedan närmare granska huruvida denna uppfattning kan sägas vara representerad även i den islamiska traditionen. Detta görs till en början rent tekniskt genom att företrädesvis betrakta legalitetsprincipens teoretiska existens och tillämpning i den formella islamska rätten. Den tekniska undersökningen kommer dock att kombineras med en strävan att även beskriva en kulturell kontext som förhoppningsvis kan ge en mera djupgående förståelse för hur de formella reglerna tillkommit och utformats. Uppfattningen om legalitetsprincipen i den internationella rättens traktater används som en gemensam utgångspunkt för de båda rättssystemen. Litteratur med fokus på såväl rättshistoria och juridisk praktik som rättslära och juridisk metod kommer att nyttjas. Det naturliga sättet att bedriva relativistisk forskning är att genomföra omfattande fältstudier. Då detta inte varit möjligt har jag försökt att bredda den kontextuella förståelsen genom att inkludera antropologisk, filosofisk och sociologisk litteratur.

Uppsatsens metod kan avslutningsvis beskrivas med en analogi till filosofen R.M. Hares normativa etik. Hare förespråkade en syntes mellan de motstående koncepten regelutilitarism och handlingsutilitarism. I sitt vardagliga liv skall man enligt Hare följa vissa prima facie regler som elaborerats genom utilitaristiska överväganden då detta generellt ger det bästa resultatet. När man stöter på en problematisk situation då det är tydligt att den tillämpliga regeln kommer att leda till ett suboptimalt resultat skall man däremot ändra sitt tänkande till den "kritiska nivån" och agera som en handlingsutilitarist genom att beräkna den för den specifika situationen givna nyttan. Denna uppsats är tänkt att följa detta tankemönster. Primärt används den internationella och västerländska definitionen av legalitet vid granskningen av den islamska traditionen. Om det uppstår problem eller oklarheter måste man dock gå till den "kritiska nivån" och föra in nya perspektiv som inte ryms inom den ursprungliga metoden. Utan att ta sig vatten över huvudet så skulle man, liksom hos Hare, kunna tala om en syntes mellan de motstående forskningsmetoderna funktionalism och relativism.

1.4 Disposition

Uppsatsen är i stort uppbyggd utifrån frågeställningen och behandlar i tur och ordning definitionen av legalitetsprincipen, den islamiska rättens övergripande struktur samt en analys av legalismen i den formella islamska lagen. Arbetet avslutas med en granskning av islamsk rätt i ett kulturellt och filosofiskt perspektiv som sedan avrundas med en sammanfattning av vad som framkommit.

I kapitel 2 redogörs för ett rättshistoriskt perspektiv av legalitetsprincipen tillkomst och utveckling i den västerländska rättstraditionen. Syftet med detta är att gå på djupet med vad som avses med legalitetsprincipen och därmed indirekt en förståelse för problematiken vi har att hantera. Utan en sådan förståelse kan det vara svårt att förhålla sig till hur det islamiska rättssystemet ska förstås i förhållande till det västerländska. Kapitlet inleds med att spåra legalitetsprincipen idéhistoriskt för att avslutas med ett försök att nå en definition användbar i den fortsatta framställningen.

Kapitel 3 utgörs av en genomgång av det islamiska rättssystemets historia och generella systematik. Detta innefattar en bakgrund till den rättsliga utvecklingen från de tidiga kalifatet till idag samt en översiktlig genomgång av rättskälleläran och straffrätten.

Kapitel 4 innehåller en djupgående analys av den formella lagen inom den islamska traditionen och dess förhållande till legalitetsprincipen. De principer som kan sägas ligga till grund för legaliteten tas upp var för sig och granskas i ljuset av sharī'ah i ett försök att formulera en islamisk motsvarighet till legalitetsprincipen. Avsnittet avslutas med sammanfattande observationer.

I kapitel 5 görs ett försök att analysera de delar av den traditionella islamska rätten som tycks inkompatibla med legalismens grundprinciper. Den huvudsakliga tyngdpunkten ligger på den islamiska uppfattningen om rättvisa och hur sharī'ah är ett rättssystem med många likheter med common law.

Uppsatsen avslutas sedan i kapitel 6 med en analys av vad som framkommit i arbetet och ett försök att förklara den diskrepans mellan olika kommentatorers syn på legalitetsprincipen i den islamiska traditionen som noterats i arbetets början.

2 Legalitetsprincipen – bakgrund och definition

Vi ska i detta kapitel se lite närmare på vad som egentligen avses med legalitetsprincipen. Vilka bakomliggande idéer är det som styr legalitetsprincipen och vilka problem är dessa tänkta att adressera? I detta avsnitt görs ett försök till att skissa upp de allmänna dragen samt att ringa in de grundläggande syften som legalitetsprincipen vilar på. För att uppnå detta fokuseras företrädesvis på dess historiska bakgrund och utveckling. Målet blir att destillera fram en fungerande definition som blir relevant för oss i vår fortsatta undersökning. I det följande kommer vi därmed att först försöka spåra legalitetsprincipen i historien för att ringa in de specifika syften som motiverar dess tillämpning. Därefter kommer att ges en allmän orientering kring legalitetsprincipen och dess koppling till en formalistisk *rule of law* samt ett försök till en närmare definition.

2.1 Legalitetsprincipens historiska framväxt och centrala teman

Det här avsnittet gör inte på något sätt anspråk på att leverera en fullständig förklaring till legalitetsprincipens historiska djup och genomslag. Istället skall texten uppfattas som en för den fortsatta argumentationen nödvändig, allmän beskrivning av vedertagna åsikter kring hur förändringar i den straffrättsliga rättstillämpningen kan sägas ha påverkat och påverkats av legalitetsprincipens framväxt. Regelstrukturerna i ett samhälle har betydelse för hur detta samhälle ser ut, hur dess maktapparat är organiserad, hur egendomsförhållandena är balanserade etc. Den juridik vi lever med idag kan sägas ha sitt ursprung i samhällets villkor och inflytelserika personers idéer om hur samhället borde vara utformat. För att förstå varför en viss rättsregel finns i en rättsordning men inte i en annan är det därför centralt att titta på regelns historia och ideologiska bakgrund. Som utgångspunkt används en grundläggande uppfattning om straffrättslig legalitet som ett krav på förutsebarhet i lagstiftningen samt den dömande maktens begränsade utrymme för diskretionärt beslutsfattande. Här nedan följer så en beskrivning av en successiv utveckling från ättesamhällets splittrade maktstrukturer via den maktfullkomliga staten till ett rättssystem präglad av legalitetsprincipen.

2.1.1 Från ättesamhälle till centralmakt

Det centrala draget i Europeisk rättstradition och rättshistoria är dess sammansmältning av germanska element med den tidlösa romerska rätten.⁹ Efter folkvandringarnas tid levde människor i det tidiga medeltida Europa i mindre sociala sammanslutningar i lokalsamhällen. Deras rättstradition var starkt påverkad av och hade sina rötter i de germanska folkstammarnas rättsliga sedvänjor. Rättsskipningen under tidsperioden kännetecknades främst av konfliktlösning mellan socialt jämlika parter. Samhället var strukturerat kring att alla personer hade ett socialt sammanhang genom tillhörighet till en ätt, utan vilken man ansågs som fredlös och stående utanför samhället. Den moderna uppfattningen om den fristående individen fanns inte. På grund av denna sociala organisation så kom konfliktlösningen att inbegripa sociala grupper snarare än individer. Straffrätten var med andra ord uppbyggd för att lösa konflikter mellan ätter snarare än individer. Då en person begått en oförrätt mot någon annan stod inte motsättningen i första hand mellan dessa individer utan mellan de ätter de tillhörde.¹⁰ Det straff som sedan utdömdes behövde inte nödvändigtvis drabba förövaren utan var snarare riktat mot förövarens sociala grupp. Begreppen brott och straff var relativt svagt utvecklade under den här perioden och reaktionen på brott präglades av restitution eller kompensationstänkande. Man straffade alltså genom att försöka återställa status quo eller att få parterna att nå en förlikning.¹¹ Vid fastställandet av ett brott var det mest betydelsefulla den kränkning som förekommit, inte hurvida denna uppstått genom avsiktligt handlande, vårdslöshet eller en ren olyckshändelse.¹²

Eftersom rikssammanhållningen var mycket lös under den tidiga medeltiden så lyckades furstar och kejsare aldrig utfärda några rikstäckande lagar med något hopp om att bli åtlydda.¹³ Den rättstradition som dock fanns var istället baserad på sedvanerätt, vilket även gällde straffrätten. Det existerade därför en kamp mellan sedvanerätten och den satta rätten. För härskaren innebar det naturligtvis ett starkare grepp över riket om dess medborgare började följa den centralt instiftade rätten istället för den historiskt utvecklade lokala rätten. Denna motsättning pågick under en längre tid och mynnade tillsist ut i vad man brukar tala om som en judiciell revolution. Detta innebar en förändring från en rättstillämpning som varit väl integrerad med, samt förlitat sig på, lokalsamhället till en som innebar en ökad kontroll från statsmaktens sida.¹⁴

Rörelsen mot en nedtecknad, generellt giltig rätt är naturligtvis mycket viktigt för legalitetsprincipens framväxt. Grundläggande för denna

⁹ Frände, Dan, *Den straffrättsliga legalitetsprincipen*, Helsingfors 1989, s.72 – Frände har här citerat en tysk text som jag fritt översatt betydelsen av ovan ”die Verbindung des germanischen Elements mit dem römischen”.

¹⁰ Lernestedt, Claes, *Kriminalisering – problem och principer*, Uppsala 2003, s.36

¹¹ Häthén, Christian, *Stat och Straff – rättshistoriska perspektiv*, Lund 2004, s.10-11

¹² Lernestedt 2003, s.37

¹³ Häthén 2004, s.24

¹⁴ Modéer, Kjell Å, *Historiska rättskällor – en introduktion i rättshistoria*, Lund 1993, s.66

successiva förändring från en lokal sedvanerätt till en vidare spridd centrallagstiftning var framförallt två händelser. För det första började privatpersoner under högmedeltiden att nedteckna den rätt som tillämpades av domstolarna i så kallade rättsböcker. Denna tendens kan iaktas över hela Europa.¹⁵ Reglerna var i likhet med många andra tidiga nedtecknade juridiska samlingar karaktäriserade av odefinierade brottsbeteckningar samt en långtgående kasuistik. Den andra centrala händelsen var kyrkans såväl som de världsliga maktavarnas försök att få bukt med blodsfejder och hämndbeteenden som präglade ättesamhället. I denna våldsamma tid tog därför kyrkan och centralmakten initiativ till lokala överenskommelser som syftade till ett slags vapenvilor. I sydfrankrike uppstod den första sådana överenskommelsen mellan lokala feodalfurstar och kyrkan om en så kallad landsfred.¹⁶ Dessa båda händelser syftar till en rörelse i riktning mot centralisering såväl som harmonisering av rätten. Under 1200-talet kom sedan uppfattningen att konungen ägde befogenhet att skapa nya rättsregler att vidare förstärka konkurrensen mellan sedvanerätt och satt rätt.

Under 1500-1600-talen kom sedan en ny förändring som gav centralmakten ett uppsving gällande sina möjligheter att skapa allmänt gällande rätt. I protestantiska länder, däribland Gustav Vasas Sverige, slogs kyrkan och staten samman i den process som brukar kallas reformationen. Detta var synnerligen centralt för de absolutistiska monarkierna under perioden.¹⁷ Enkelt uttryckt kan man säga att kyrkan under denna period gjordes till den enväldiga kungamaktens redskap och ämbetsmän. I dessa processer kom strafflagstiftningens syften att förändras något från att skapa fred i riket till att nyttjas för att konsolidera konungens makt över sitt rike. Naturligtvis gynnade därför detta klimat centralmaktens lagstiftande ambitioner och Europa kom att se många nya kodifieringsförsök. I det på 1500-talet av lokal sedvanerätt präglade Tyskland nedtecknades den så kallade *Constitutio Criminalis Carolina*. Carolina var framförallt tänkt att användas som en sekundär rättskälla och kompletterande strafflag där lokala regler saknades.¹⁸ Trots detta har Carolina en större betydelse för legalitetsprincipen än man kan tro. Enligt art.104 i lagen kunde livs- kropps- och ärestraffen endast utdömas om Carolina stadgade så. Det bör dock observeras att fängelse och böter dock inte inkluderas i detta.¹⁹ Generellt kan ändå sägas att den kontinentala straffrätten fram till och med 1700-talet präglades av kvardröjande mönster. Domaren kunde döma efter även andra rättskällor än lagtexten och rättstillämpningen var godtycklig.²⁰ Men oavsett om regeln i Carolina tillämpades av domarkåren eller inte så är den ändå ett tydligt uttryck för en spirande tanke om legalitet.

¹⁵ Frände 1989, s.74

¹⁶ Häthén 2004, s.23

¹⁷ Häthén 2004, s.61

¹⁸ Häthén 2004, s.75

¹⁹ Frände 1989, s.77-78

²⁰ Häthén 2004, s.112

2.1.2 Upplysningen och legalismens genombrott

De kanske mest avgörande historiska förändringarna avseende legalitetsprincipen sker under 1700-talet. Idén om legalitet kan sägas slå igenom på allvar under denna tidsperiod. Den omfattande kodifiering som skedde under perioden var i väldigt stor utsträckning ett uttryck för sin tid. I Frankrike t.ex. så anses den straffrättsliga legalismen härröra från bl.a. Montesquieus och Rousseaus syn på lagen som ett medel att uppnå politisk frihet. I Tyskland kom den straffrättsliga legalismen i den bayerska strafflagen att inspireras nästan uteslutande av Feuerbachs tänkande.²¹ Med andra ord är legalitetsprincipens framsteg, liksom upplysningstidens förändringar mer generellt, tätt knutna till upplysningsfilosofernas arbeten. Vi kommer därför här att fokusera kring dessa tänkare och den tid de verkade i.

Upplysningen är ett vitt begrepp som innefattar en mängd olika idéströmningar från 1600-talets slut till det tidiga 1800-talet. Men genom denna tidsperiod löper en tongång som genljuder till att börja med i filosofernas skrifter och senare även i den praktiska politiken. Det övergripande temat var att förändra det ineffektiva och orättvisa styrelseskick som vuxit fram ur de absolutistiska monarkierna. De gamla maktstrukturerna utnyttjade de föråldrade strafflagarna och det korrupta domstolsväsendet för att befästa sin egen makt. Istället ville man nu att nya konstitutioner och strafflagar skulle införas och ersätta det ”trångsinta och fördomsfulla” med det ”förnuftiga och lagliga”.²²

Under 1600-talet fick naturrättsliga tankar om den eviga rätten genomslag och låg som grund till en spirande idé om att den enväldige monarkens makt trots allt var underkastad vissa begränsningar. Med förankring i denna naturrättsliga tendens grundlade så Thomas Hobbes sina mycket inflytelserika idéer om samhället och människan. Varje människa strävar efter välmåga och försöker undvika obehag. Det största obehaget för människan är döden vilken hon undviker till varje pris. Denna självbevarelsedrift leder i ett tänkt naturtillstånd till allas krig mot alla, eller med andra ord kaos och förstörelse. För att människan ska kunna undvika förlusten av sitt liv krävs därför upprättandet av en stark centralmakt som kan garantera freden. Detta sker hos Hobbes i upprättandet av ett tänkt socialt kontrakt där samhällets innevånare ger upp en del av sin frihet mot att få leva i fred under en suverän monark.²³

Just denna tanke om ett socialt kontrakt där medborgarna ger upp en del av sin naturliga frihet och istället förvaltar den gemensamt är central som underlag för legalitetsprincipen. Det sociala kontraktet leder till en tanke om en ny, separat kategori av lagstiftning som tidigare inte erkänts. Just denna

²¹ Frände 1989, s.90-91

²² Häthén 2004, s.115

²³ Herbert, Gary B, *A philosophical history of rights*, London 2002, s.96-99

idé framkom hos den av Hobbes inspirerade tänkaren Samuel Pufendorf. Med utgångspunkt i den naturliga lagen och människans sociabilitet kom han att urskilja tre kategorier av lagen: gudomlig lag, naturlig lag och positiv lag.²⁴ Den naturliga lagen var den lag som var evig och som människan kunde förstå via sitt förnuft. Den positiva lagen var istället den som till följd av det sociala kontraktet skapades av lagstiftaren, medan den gudomliga lagen däremot är av en annan art då den går bortom vad som hör till detta livet.²⁵

Separationen mellan den naturliga och den positiva rätten hittar vi även hos Montesquieu. I sin *Om lagarnas anda* skiljde han mellan just *lagar* och *lagarnas anda* och vägrade att acceptera naturrättstänkandet. Han konstaterade att makt ofta missbrukas så till den grad att det leder till rikets sammanbrott. Det samhälle som i störst utsträckning präglas av politisk frihet är därför det samhälle som också styrs mest framgångsrikt. För att uppnå politisk frihet krävs en begränsning av möjligheterna till maktmissbruk vilket skulle ske genom en uppdelning av statsmakten i den styrande, lagstiftande och dömande makten.²⁶ I tanken om maktindelningen ingår, vilket är centralt för legalitetsprincipen, att dessa tre organ endast har kompetens inom sitt eget område. Den dömande makten har med andra ord inget inflytande över hur lagarna stiftas utan har, lite förenklat, endast att följa dessa. Om domsmakten är sammankopplad med lagstiftningen så är makten över medborgarnas väl och ve av godtycklig natur.

*Nor is there liberty if the power of judging is not separate from the legislative power and from the executive power. If it were joined to legislative power, the power over the life and liberty of the citizens would be arbitrary, for the judge would be legislator. If it were joined to the executive power, the judge would have the force of oppressor.*²⁷

Viktigt för legalismens fortsatta framväxt blev sedan Beccarias verk *Om brott och straff*. Han accepterade teorin om det sociala kontraktet och behovet av att försvara den sociala ordning som därigenom inordnats. Ett brott innebar en skada på en individuell rättighet som samhället genom kontraktet var förbundet att försvara. Det var endast brott mot kontraktet som föll på centralmaktens ansvar att stävja medan andra handlingar, om än allmänt sedda som onda, inte skulle bestraffas utan lämnas till samvetet. Kyrkan kunde t.ex. ta hand om synder mot gud och guds vilja. De personer som angrep de av samhällskontraktet skyddade principerna skulle hållas tillbaka med hjälp av i lagtext fastställda straff. Dessa straffsatser skulle vara tydliga, enkelt avfattade och gälla lika för alla. Beccaria anslöt sig till Montesquieus maktindelninglära och ansåg att tillämpningen av reglerna skulle handhas av en domarkår. Men han menade att domartolkning kunde leda till osäkerhet och ansåg därför att man även var tvungen att inskräpa

²⁴ Robinson, O F – Fergus, T D – Gordon, W M, *An introduction to European legal history*, Abingdon 1985, s.362

²⁵ Robinson, O F – Fergus, T D – Gordon, W M 1985, s.363-364

²⁶ Häthén 2004, s.118-119

²⁷ Häthén 2004, s.118

domarnas diskretionära beslutsutrymme och införa förbud mot inofficiella och hemliga processer.²⁸ Vi kan här se hur en del drag av legalism mera tydligt utvecklar sig. Beccaria bekräftar kravet på en lagstiftande makt och ett domstolsväsende som sedan tolkar lagstiftningen inom rimliga gränser. Han fokuserar dessutom tydligare än vad som gjorts tidigare på att brotten mot samhället skall definieras i lag samt de därpå följande kraven på lagtextens tydlighet och enkelhet.

Denna nya rättsfilosofi som växte fram under upplysningstiden skapade ett förtroende för lagen som sådan och inspirerade till reformer. Kodifikationen blev därför ett gemensamt mönster för snart sagt hela Europa under perioden och syftade till att på ett rationellt sätt systematisera hela lagstiftningsarbetet inom ett land eller område. Stora lagstiftningsverk växte fram antingen som en produkt av en stabil politisk situation där en upplyst despot tagit till sig tidens tankar och åtminstone genomfört reformer som inte inkräktade på dennes makt eller som en produkt av turbulenta revolutioner som i Frankrike och Amerika.²⁹ Deklarationen från den franska revolutionen 1789 grundfäste legalitetsprincipen rent praktiskt genom krav på lagtextens tydlighet och inskränkningar i domarnas diskretionära utrymme.³⁰ Legalitetsprincipen fick dock sitt kanske tydligaste uttryck i den Bayerska strafflagen från 1813. Detta lagstiftningsprojekt hade den liberala rättsuppfattningens föregångsman, Anselm von Feuerbachs arbete som sin stora inspirationskälla.³¹

Feuerbach är den tänkare som givit legalitetsprincipen sitt klassiska uttryck. Enligt honom var statens mål ett tillstånd där samtliga medborgare kunde utöva sina fri- och rättigheter på ett fullständigt sätt och samtidigt vara fria från kränkningar. Genom lagstiftningen skulle man kunna skydda dessa fri- och rättigheter, men det skulle vara självmotsägande att införa stränga, fysiska begränsningar på medborgarna för att uppnå målet. Istället skulle potentiella brottslingar avskräckas genom psykologiskt verkande straffhot.³² För att åstadkomma denna avskräckning skulle en viss handling knytas till ett visst straff. För att detta sedan skulle kunna ske med respekt för individen så menade Feuerbach att det måste göras i lagtext.³³ Hans tänkande här leder fram till idén om lagtextens herravälde över straffrätten då enligt Feuerbach lagtext är det enda fungerande sättet att åstadkomma en effektiv psykologisk avskräckning.

Feuerbach ställde sig mycket tveksam till strafflagstiftning som saknar förmåga till beteendestyrning och detta blev i viss mån hans motiv för att förespråka legalitetsprincipen. För att avskräckningen skulle fungera var domaren tvungen att faktiskt utdöma de straff som stadgades, denne var alltså positivt bunden till lagtexten. Feuerbach skulle förmodligen också

²⁸ Robinson, O F – Fergus, T D – Gordon, W M 1985, s.410-411

²⁹ Robinson, O F – Fergus, T D – Gordon, W M 1985, s.416-417

³⁰ Frände 1989, s.85

³¹ Häthén 2004, s.180

³² Häthén 2004, s.181

³³ Frände 1989, s.113

hävda domarens negativa bundenhet till lagtext av samma skäl som angavs för den positiva, alltså att straffrättens syfte är att avskräcka från brott. Domaren kan i sådana fall inte heller utdela bestraffningar för handlingar som saknar lagstadgade brottsbeskrivningar.³⁴ Vi kan också se hur tydlighet och enkelhet blev centrala i Feuerbachs teori. Det är naturligtvis av största vikt med språklig enkelhet och förutsebarhet om medborgarna ska kunna förstå vad det är de ska avskräckas ifrån att göra. Eftersom en retroaktiv lag naturligtvis helt saknar avskräckande effekt, blir även ett förbud mot retroaktivitet i lagstiftningen viktigt i Feuerbachs tänkande.³⁵

Vi har här kunnat se hur de idéer som är centrala för legalitetsprincipen vuxit fram under upplysningstiden. Trots Feuerbachs tydliga straffideologiska grund så formulerade han ändå legalitetsprincipen på ett sätt som inte är helt fjärran dagens syn på lagstiftning och lagtillämpning. Dessa idéer kom sedan att slå rot och etableras i de europeiska och amerikanska samhällsbyggnaderna. Innan vi går vidare bör vi därför kort titta på hur upplysningens ideal har följt med in i vår tid.

2.1.3 Moderniteten förvaltar upplysningens ideal

Upplysningstidens förnuftstro kom att starkt prägla synen på lagstiftningsprocessen under 1700-1800-talet. Lagstiftning och regleringar kom att bli det accepterade sättet att styra och omforma samhället på. Genom nya, förnuftiga lagar skulle så de kvardröjande, irrationella medeltida resterna tas om hand och fasas ut. Ett viktigt exempel för vår del på detta är religionens minskade roll i de europeiska samhällena. Som vi sett ovan så separerades religionen från övriga områden av samhället, kyrka och stat åtskildes. Kyrkan förlorade mycket av sitt inflytande över utbildningen och sedesbrott kom att successivt fasas ut ur strafflagstiftningen. Religionen tillhörde numera den privata sfären.³⁶

Perioden var stark präglad av framstegsoptimism. Högre utbildning skulle få bukt med fördomar och vidskepelse och nya, förnuftiga politiska beslut skulle göra livet bättre för människor. Just denna tro på människan och hennes framtid var som vi sett centralt i upplysningsprojektet. Jean Antoine Condorcet var en fransk 1700-tals filosof och matematiker som menade att samhället med hjälp av människans förnuft nu skulle utvecklas på alla områden. Sjukdomar skulle utrotas, tyranner skulle störtas och religionen skulle dö ut och försvinna.³⁷ Immanuel Kant var en annan tänkare som menade att människans praktiska förnuft, eller etiska sinnelag, håller en potential att utvecklas. Denna utveckling kommer att ske genom upplysning. Fria åsiktsutbyten och en ständigt ökande kunskap leder människan framåt i

³⁴ Frände 1989, s.114-115

³⁵ Frände 1989, s.115

³⁶ Häthén 2004, s.169-170

³⁷ Liedman, Sven-Eric, *I skuggan av framtiden – modernitetens idéhistoria*, Stockholm 1997 s.22

denna utveckling.³⁸ Under upplysningen som historisk epok växte emellertid ingen ny straffrättslig vetenskap fram, däremot bereddes marken för en betydligt mera genomarbetad rättsvetenskap under 1800-talet.³⁹

Upplysningens idéarv bidrog till att skapa en modern straffrättsvetenskap under 1800-talets mitt, ibland kallad den klassiska straffrättskolan, utan att det för den skull var fråga om någon egentlig skolbildning. Utmärkande för denna rörelse var en alltmer sofistikerad begreppsbildning och en stark teoretisk prägel. Den omfattande begreppsanalytiska metoden gav lagstiftningen en hög teoretisk nivå, med en komplex karaktär som resultat.⁴⁰ Tre bärande principer kom att utvecklas och poängteras.

- i) Egalitet/likhetsprincipen – lika brott skulle behandlas lika. Lika bedömning oavsett gärningsman.
- ii) Proportionalitetsprincipen – ett brott skulle bestraffas i proportion till dess svårighetsgrad.
- iii) Legalitetsprincipen – en handling skulle vara definierad i en straffregel för att räknas som ett brott.⁴¹

Dessa principer inkorporerades från upplysningstänkandet och blev, efter att ha bekräftats i den spirande rättsvetenskapen, något av allmängods. Under perioden var straffvetenskapen internationell och dessa nygamla tankar kom att spridas runt om i Europa och inkorporeras i olika lagstiftningsprojekt. Genom att uppnå vetenskaplig bekräftelse på detta sätt bars upplysningens idéer om rätten, förnuftet och religionen, inklusive legalitetsprincipen, in i den nya tiden.

Legalismens intåg i de mänskliga rättigheternas kanon

FN:s första stora deklaration vid bildandet 1946, efter andra världskrigets grymheter, blev den till skydd för de mänskliga rättigheterna och universalismen var lika total som i 1700-talets motsvarande alster. Återblicken till upplysningstiden skall dock ses i ljuset av nazismens makttripp under 30- och 40-talet. Dess extrema partikularism och disrespekt för ”icke-önskvärda” människor skapade naturligtvis en skräck för att något liknande skulle kunna hända igen.⁴² Men FN-stadgan uppvisar, trots hänsyn tagna till dessa fakta, en djup anknytning till traditionen. De tre första artiklarna är t.ex. bitvis upprepningar av de klassiska deklarationerna ifrån USA 1776 och Frankrike 1789.⁴³ Artikel 11 i deklarationen behandlar straffrättsliga principer, 11.1 rör oskyldighetspresumtionen och 11.2 legalitetsprincipen.

Article 11

³⁸ Liedman 1997, s.25

³⁹ Häthén 2004, s.170

⁴⁰ Häthén 2004, s.182

⁴¹ Häthén 2004, s.183

⁴² Liedman 1997, s.191

⁴³ Strzelewicz, Willy, *De mänskliga rättigheternas historia – från den amerikanska oavhängighetsdeklarationen till våra dagar*, Stockholm 1983, s.223

2. *No one shall be held guilty of any penal offence on account of any act or omission which did not constitute a penal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the penal offence was committed.*⁴⁴

Arbetet med de mänskliga rättigheterna fortsatte sedan under FN:s överinseende och fler konventioner kom till. 1966 gavs så de mänskliga rättigheterna en tydligare kontur i två konventioner som kompletterade varandra, Konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter (ICCPR) och Konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (ICESR).⁴⁵ Artikel 15 i ICCPR är en vidareutveckling av artikel 11.2 i deklarationen om de mänskliga rättigheterna och lyder:

Article 15

1. *No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time when the criminal offence was committed. If, subsequent to the commission of the offence, provision is made by law for the imposition of the lighter penalty, the offender shall benefit thereby.*⁴⁶

Denna artikel brukar kallas för förbudet mot retroaktiv strafflagstiftning. Även om det inte framgår med någon större tydlighet från avfattningen av texten i artikeln så innebär stadgandet ett erkännande av, förutom non-retroaktivitet, även principerna *nullum crimen sine lege* eller inget brott utan stöd i lag och *nulla poena sine lege* eller inget straff utan stöd i lag.⁴⁷ Artikeln skapar en generell plikt för parterna att precist definiera kriminaliserade handlingar i lagtext. Detta för att uppnå juridisk förutsebarhet och tydlighet och för att förhindra utvidgandet av strafflagar genom analogi.⁴⁸ Artikel 15 förhindrar bestraffningar under mycket vaga lagar som inte på ett tydligt sätt beskriver den förbjudna handling som man blivit straffad för.⁴⁹ Inte heller bestraffningen som sådan kan helt lämnas upp till den enskilde domarens beslutskompetens utan skall vara stadgad om i den nationella eller internationella lagstiftningen. Typen av straff kan inte heller appliceras retroaktivt såvida det inte rör sig om ett för den enskilde mildare straff då det t.o.m. är statens plikt att tillämpa denna mildare straffsats.⁵⁰

⁴⁴ The united nations universal declaration of human rights, 1948, article 11.2

⁴⁵ Nowak, Manfred, *U.N. covenant on civil and political rights, CCPR commentary*, Kehl 2005, s.XX

⁴⁶ International covenant on civil and political rights, 1966, article 15.1

⁴⁷ Nowak 2005, s.359

⁴⁸ Nowak 2005, s.360

⁴⁹ Joseph, Sarah, *The international covenant on civil and political rights – cases, materials and commentary*, New York 2000, s.340

⁵⁰ Nowak 2005, s.363-366

2.1.4 Sammanfattning

Vad vi idag kallar för legalitetsprincipen kan som vi sett sägas ha tagit historiskt avstamp någon gång under 1500-talet. Ättesamhället ersattes succesivt med stater som allteftersom deras makt ökade nyttjade lagstiftningen för kontroll. Lagstiftningstraditionen fortsatte sedan in i upplysningen där den gavs en delvis ny funktion. I ett samhälle baserat på ett tänkt socialt kontrakt blev lagen en viktig faktor vid garanterandet av de i kontraktet ingående individernas rättigheter. Förnuftet skulle nu leda vägen, religionens inflytande i statens angelägenheter tonades ned och juridiken kom att bli central i strävan att föra det från traditioner befriade samhället framåt. Legalitetsprincipen utformades t.o.m. explicit i lagstiftningen, om än i rudimentär form, och fungerade främst som ett grundläggande skydd mot godtycklig bestraffning. Upplysningsidealet fortsatte sedan att ha inflytande genom modernitetens tidevarv. Många av idéerna från 1700-talet kom att etableras och upplyftas till standardprinciper inom filosofi och juridik under 1800- och tidigt 1900-tal. Under 1900-talet kom så upplysningens universalism att tydligt manifesteras sig i skapandet av bl.a. FN med syfte att skapa en fri och fredlig värld. Legalitetsprincipen blev i detta sammanhang också uppmärksammas och t.o.m. formulerad i konventionerna till skydd för de mänskliga fri- och rättigheterna. Historiskt har vi kunnat följa trådarna till i alla fall tre principer som får sägas ingå i vad man vanligtvis omtalar som legalitetsprincipen. Brott och straff kräver lagstadgande för att vara legitima. Lagstiftningen måste sedan i sin tur vara tydlig och förutsebar och dessa regler får inte tillämpas retroaktivt.

2.2 Legalitetsprincipen och the rule of law

Legalitetsprincipens framväxt är som vi sett tätt knuten till ideologiska och politiska såväl som ekonomiska och sociala faktorer. Vi ska därför försöka förtydliga dess principiella grund och funktion i juridiken och samhället. Låt oss först beakta dess koppling till vad man på engelska talar om som *the rule of law*. The rule of law är ett vagt koncept som är frekvent använt men sällan definierat. Det är starkt positivt laddat och ges en mängd olika betydelser. Sitt vanligaste uttryck får den i principen om att statsauktoritet endast kan utövas genom stöd i skrivna, offentliga regler. Alltså att ingen, inte ens statsmakten och dess företrädare, står över lagen.⁵¹ Som vi sett i vår historiska genomgång har just denna tanke varit väsentlig för legalitetsprincipens idémässiga utveckling. En del menar att the rule of law är substantiell till sin natur och innefattar skyddet för individuella rättigheter samt uppställer krav på demokratiskt förankrad lagstiftning. Andra menar att det endast är en formalistisk regel som innebär att lagar och regler ska stadgas i förväg och uttryckas generellt och tydligt.⁵² Denna senare, formalistiska, avfattning av the rule of law kan sägas ligga i linje med legalitetsprincipen sådan den kommer att användas i denna uppsats.

⁵¹ Tamanaha, Brian, *On the Rule of Law – history, politics, theory*, Cambridge 2004, s.3

⁵² Tamanaha 2005, s.4

Legalitetsprincipen är ett juridiskt ideal som i huvudsak går ut på att rättsregler ska vara tydliga och non-retroaktiva. Den kräver alltså av juridiska beslutsfattare att de ska lösa tvister och kontroverser genom att tillämpa sedan tidigare fastställda regler och inte ändra den gällande juridiska ordningen genom diskretionära avvikelser från den etablerade rätten. Denna rättsliga ideologi är nära knuten till juridisk positivism och legal formalism. Legalitetsprincipen är som vi sett central inom en mängd områden i samhället då den tjänar som en slags säkerhetsventil vid maktutövning, men dess tillämning är framförallt viktig inom administrativ rätt och straffrätt. Inom straffrätten brukar den vanligtvis, som vi sett ovan i ICCPR t.ex., uttryckas som ett förbud mot införandet av straffrättsliga sanktioner för handlingar eller underlåtelser som inte var kriminaliserade vid tillfället för handlingen eller underlåtelser. Detta brukar även anses omfatta de situationer där sanktionerna rörande ett särskilt brott retroaktivt ändrats i en betungande riktning.⁵³ Själva formuleringen ger klart uttryck för ett förbud mot retroaktivitet i lagstiftningen och lagtillämpningen, men legalitetsprincipens kanske mest centrala tes är mer basal än så. För att en handling ska klassificeras som ett brott och kunna leda till utdömandet av en straffrättslig påföljd så krävs ett stadgande i lag eller annan författning. När legalitetsprincipen fick sitt auktoritativa uttryck i den franska revolutionens rättighetsförklaring 1789 så var det, vilket framkommit ovan, just denna grundsats som var upprinnelsen. Det franska folket var trött på det godtycke som rådde inom domstolsväsendet och förespråkade därmed principen som en garanti för förutsebarhet och rättssäkerhet.⁵⁴

Legalitetsprincipen formulerad

Som nämnts ovan kan legalitetsprincipen ses som ett formalistiskt uttryck för the rule of law. Med detta menar man att de formalistiska teorierna fokuserar på källorna och formen för legalitet medan de substantiella teorierna även ställer krav på reglers innehåll som att de t.ex. måste stå i överensstämmelse med givna principer om rättvisa eller moral.⁵⁵ Formell legalism, vilket av rättsvetenskapliga forskare anses som en version av the rule of law, är i princip synonymt med legalitetsprincipen. En framstående rättsfilosof, Lon Fuller, bland annat lärare till Ronald Dworkin, har en gång formulerat the rule of law i vad han kallat för "legalitet". För detta krävs enligt Fuller att lagen uppfyller vissa krav bl.a. rörande: generalitet, tydlighet, offentlighet, stabilitet över tid, konsekvens mellan reglerna och dess utövande samt förbud mot retroaktivitet, motsägelser och mot att förutsätta det omöjliga.⁵⁶ Dessa krav på lagstiftningen och utövandet av lagarna är tänkt att främja individens autonomi genom att göra det möjligt att planera sina aktiviteter med vetskap om dess eventuella juridiska konsekvenser. Detta var precis vad Montesquieu, som vi sett ovan, kallade för legal frihet, frihet att göra som lagen tillåter.

⁵³ Frände 1989, s.1-5

⁵⁴ SOU 1988:7 *Frihet från ansvar - om legalitetsprincipen och om allmänna grunder för ansvarsfrihet*, s.43

⁵⁵ Tamanaha 2004, s.92

⁵⁶ Tamanaha 2004, s.93

*It says nothing about how the law is to be made: by tyrants, democratic majorities or any other way. It says nothing about fundamental rights, about equality, or justice.*⁵⁷

The rule of law i sin legalistiska formulering ställer alltså endast upp formella krav på lagen. För vår fortsatta uppgift är det här relevant att formulera denna typ av uppfattning i principer. Dan Frände försöker i sin bok *Den straffrättsliga legalitetsprincipen* att visa på hur legalitetsprincipen utgör en viktig del av det finska straffrättssystemet. I inledningen till denna bok formulerar han fyra stycken i sig logiskt fristående rättsregler som han menar sammanfattar den straffrättsliga legalitetsprincipen. Dessa fyra principer kan för oss tjäna funktionen av en sammanfattning och en formulering av legalitetsprincipens grundläggande innebörd.

1. Domaren får inte konstatera att ett brott har begåtts ifall den konkreta gärningen och omständigheterna kring gärningen inte motsvarar det som lagstiftaren i straffbestämmelse förklarat leda till bestraffning. Det konkreta straffet med anledning av brottet får inte överskrida den straffart och den straffmängd som straffbestämmelsen föreskriver. Domaren får inte heller utdöma andra påföljder på brott än de som ingår i bestämmelser.
2. Domstolen får vid sin prövning av om motsvarighet föreligger mellan konkret gärning och straffbestämmelsens gärningsbeskrivning inte gå utöver en normalspråkig eller juridisk-teknisk förståelse av lagtexten.
3. Lagstiftaren får inte till talades nackdel ge straffbestämmelser (kriminaliseringar) giltighet beträffande gärningar som redan har utförts när bestämmelserna utfärdas.
4. Lagstiftaren får inte utfärda obestämda straffbestämmelser rörande det straffrättsliga ansvaret.⁵⁸

Dessa fyra principer kan vi kalla för kravet på lagenlighet⁵⁹, analogiförbudet, retroaktivitetsförbudet samt kravet på tydlighet. De utgör en relativt god definierande formulering av den straffrättsliga legalitetsprincipen och inkorporerar och förtydligare de grundsatser vi extraherat från den historiska analysen ovan. Legalitetsprincipen är med andra ord mer komplex än man vid första anblicken kan se. Denna vidare definition är därför väsentlig för oss i vårt fortsatta projekt. När forskare som Peters hävdar att legalitetsprincipen aldrig förekommit i den islamiska traditionen gör han det i korta ordalag och i förbifarten. De olika aspekterna av juridisk legalitet tas inte i beaktande och frågan är därför hur stor tyngd dessa uttalanden egentligen har. De fyra principerna vi här extraherat kan därför tjäna bättre som markör för legalitetsprincipens vara eller icke-vara i islamsk rätt. Vi ska därför se närmare på hur legalitetsprincipen uttryckt i

⁵⁷ Raz, Joseph, *The authority of law: essays on law and morality*, Oxford 1979, s.214

⁵⁸ Frände 1989, s.2-4 de fyra principerna är hämtade ur det inledande kapitlet som uppställer hans hypotes för den resterande texten.

⁵⁹ Frände använder sig här av begreppet ”praeter legem-förbudet”

dessa fyra underprinciper kan sägas vara kompatibel med den islamiska rättstraditionen. Vi kommer i den fortsatta utredningen att utgå ifrån denna formalistiska definition då den lämpar sig bättre än en substantiell version vid en tvärkulturell undersökning.

3 Islamsk rätt – historisk bakgrund och generell struktur

Vi har nu granskat legalitetsprincipens historiska rötter och principiella innehåll. Innan vi kan ge oss i kast med frågeställningen om legalitetens genomslag inom islam krävs en kortare genomgång av den islamiska rättens generella struktur och historia. Detta för att enklare kunna tillgodogöra oss resonemangen i de avslutande kapitlen. Detta kapitel inleds därför med en kort historisk genomgång följt av en granskning av islamisk rättslära och straffrätt.

3.1 Islams historia i korthet

Omkring år 610 gjorde sig Muhammed, vid 40 års ålder, känd som profet i staden Mekka som vid den tiden var en rik handelsstad. Han tillhörde den mäktiga stammen Quraysh som räknade sig som ättlingar till Ismail och Ibrahim (Ismael och Abraham).⁶⁰ Muhammed fick religiösa uppenbarelser och gud talade till honom via ärkeängeln Gabriel som uppmanade honom att sprida det nya budskapet. Muhammed kallade denna nya religion för islam som betyder ”hängivelse” eller ”underkastelse”. Egentligen var det inte fråga om en ny religion utan snarare om den ursprungliga, sanna läran som enligt islam snarast hade missförståtts och förvanskats av kristna och judar. Muhammed fick en ständigt växande skara anhängare. Makteliten i Mekka såg honom därför som ett hot och år 622 tvingades han fly med sina följeslagare till staden Yathrib som snart bytte namn till Profetens stad, *Madīnat al-nabī*, eller Medina i nuvarande Saudiarabien vilket alltså betyder ”stad” på arabiska.⁶¹ Denna förflyttning kallas för *hijra* och begreppet är av stor betydelse inom islam.⁶²

Muhammed och hans anhängare stärkte sin makt och kom att erövra allt större områden. Vid sin död år 632 behärskade han i princip hela den arabiska halvön. Efter Muhammeds död utsågs Abu Bakr, svärfar till Profeten, till ledare för det muslimska riket. Abu Bakr fick därmed titeln *khalīfat rasūl Allāh*, ”Guds Sändebuds ställföreträdare”, och blev därmed den förste kalifen. Det är redan vid den här tiden som de två riktningarna shiitisk och sunnitisk islam formas. Shiiter hävdar att ledarskapet borde tillhöra Profetens närmaste släkt och att Muhammed själv också uttryckligen utsett Ali, hans kusin och svärson, till rättmätig ledare. De som förespråkade denna lösning kallade sig *shī’at ‘Alī* eller ”Ali-partiet”, varför inriktningen nu kallas för shiaislam. Det sunnitiska islam hävdar istället valkalifatets

⁶⁰ Hjärpe, Jan, *Araber och arabism*, Stockholm 1994, s.46

⁶¹ Nordberg, Michael, *Profetens folk – stat, samhälle och kultur i Islam under 1000 år*, Stockholm 2002, s.21

⁶² Hjärpe 1994, s.50

legitimitet och räknar då Abu Bakr som den första av fyra rättmätiga kalifer.⁶³ Några årtionden före Muhammeds död hade Östrom och det persiska Sasanidriket legat i krig med varandra varför dessa var allvarligt försvagade när de muslimska araberna påbörjade sina erövringståg. Den stora utvidgningen av det muslimska territoriet skedde under 'Umars, den andre kalifens, tid. Man erövrade snabbt den så kallade "fruktbara halvmånen" (fertile crescent – Mesopotamien, Egypten och kustremsan längs Medelhavet, Syrien, Jordanien, Libanon och Israel). Expansionen fortsatte även under Umayyad-dynastin som avlöste valkalifatet samt det därpå följande Abbasidiska väldet då Iran, Nordafrika och Spanien erövrades.⁶⁴ Den islamiska nationen hade växt till ett imperium.

Sammanhållningen av det stora riket skedde knappast friktionsfritt och det kom därför att splittras i inbördes stridigheter mellan olika grupper. Under 1100-talet bad Östrom (Byzantinska riket) om hjälp från Västeuropa och korstågen inleddes. Salâh al-Dîn (Saladin) var muslimernas ledare under perioden och slog tillbaka den kristna invasionen. Hans rike övergick sedan i det så kallade Mamluk-väldet som varade ändå till 1500-talet då de osmanska turkarna tog makten.⁶⁵ Det osmanska riket kom att bestå som en stormakt ungefär till 1700-talet men förblev även efter det en betydande makt fram till 1900-talet. Den enande ideologin för riket var islam och mycket tack vare detta kom arabiska att fungera som ett slags lingua franca trots att merparten av riket inte innefattade arabiska grupper.

När Nord- och Västeuropa genom reformationen frigjorde sig från Sydeuropas ideologiska dominans så förändrades maktfördelningen även för de islamska rikena. Under medeltiden hade Europa varit i marginalen och Mellanöstern och Nordafrika hade varit centrum för ekonomi, kultur, religion och politik. Nu var istället rollerna ombytta. Under 1800-talet kom det europeiska inflytandet även i direkt form genom kolonialismen.⁶⁶ Första världskriget gjorde slut på det osmanska riket en gång för alla och under mellankrigstiden och fram till mitten av 1940-talet tillkom många av de muslimska nationer vi känner idag som t.ex. Saudiarabien, Irak, Egypten och Pakistan.

Den islamska rättens utveckling

Om än utvecklad och tolkad av rättslärda så är den islamska rätten av gudomligt ursprung och äger giltighet för muslimer runt om i världen oavsett om den är officiellt accepterad av staten ifråga eller inte.⁶⁷ På grund av sin religiösa grund talas det ibland om att man inom Islam inte separerar "kyrka och stat". Religion och stat är istället att betrakta som ett och lagstiftningen faller inom religionens område. Uttrycket "kyrka och stat" är något missvisande eftersom det inom Islam inte finns någon kyrka så som inom kristendomen. I motsats till kristendomen så understöddes aldrig Islam

⁶³ Hjärpe 1994, s.61

⁶⁴ Hjärpe 1994, s.63

⁶⁵ Nordberg 2002, s.34-36

⁶⁶ Hjärpe 1994, s.112-113

⁶⁷ Pakes, Francis, *Comparative Criminal Justice*, Cullompton 2004, s.82

av en organiserad kyrkoinstitution vilket inneburit att det heller aldrig utvecklades en tydlig maktkamp mellan de båda sfärerna ”religion” och ”stat” så som i den kristna världen. Staten har istället ansetts vara det politiska uttrycket för religionen. Islamsk rätt är religiös rätt varför distinktionen mellan religion och stat blir innehållslös. Den sekulära lagen kan istället ses som periodvis genom historien ha varit mer eller mindre i dissonans med den religiösa, islamska rätten.⁶⁸

Ett centralt inslag i klassisk islamsk kultur är en av vissa kallad anti-utopisk historieuppfattning eller en uppfattning om ett tidigare, nu förlorat, utopia. Det finns en tendens att uppfatta dåtiden och då företrädesvis de tidiga kalifatet och Muhammeds livstid som en svunnen guldålder. Under denna period, menar man, stod religion, politik och etik i ett harmoniskt samspel och låg till grund för ett fullkomligt islamskt samhälle.⁶⁹ Det är också under denna period, från Muhammeds död fram till det tidiga 1000-talet som islam och arabvärlden upplevde sin absoluta storhet. Damaskus, Bagdad, Kairo och södra Spanien eller Al-Maghrib (solnedgångens land, väster) var under perioden stora kulturcentra där judisk och kristen såväl som islamsk kultur frodades. Historieskrivningen skjuter fart, musik, litteratur och poesi blomstrar och bibliotek och skolor byggs. Viktigast för vår del är att statens behov av legitimitet kräver att lagarna formaliseras liksom dess källor och det är ingen slump att det är under denna period som *haditherna* (se nedan) samlas in och värderas.⁷⁰

Filosofin under 800-talet var nära besläktad med teologin och skolastiken framträdde därmed som en viktig vetenskap. Detta blev grunden för bildandet av de s.k. *madhâhib* eller rättskolorna under perioden. En av huvudpunkterna i dessa skolbildningars arbete var att de var först att ta Koranens normer på allvar. Tillskillnad från tidigare drog man nu konkreta slutsatser från de i huvudsak etiska och religiösa maximer som där förmedlades.⁷¹ En av huvudlinjerna som särskiljer tänkandet inom islamsk rätt och teologi är uppfattningen om människans fria vilja och den därtill besläktade frågan om bokstavstro.⁷² Antingen står människan fri att med hjälp av sitt förnuft uttolka Koranen som i många fall skrivits metaforiskt, eller så står hon under tvång, hon är predestinerad och saknar verklig makt och har endast att följa Koranens regelverk bokstavligen. Detta var ursprungstvisterna som än idag i olika former utgör en mycket viktig frågeställning.

På grund av statens strävan att etableras började även domare, *qâdîs*, att utses företrädesvis i de olika garnisonstäderna. Till en början fungerade *qâdîs* som skiljedomare såväl som straffdomare och administratörer. Deras roll var en fortsättning av den de haft i det tribala Arabien. De dömde i första hand utifrån koranisk rätt, men även utifrån en blandning av

⁶⁸ Schacht, Joseph, *An introduction to Islamic Law*, Oxford 1982, s.2

⁶⁹ Campanini, Massimo, *The Qur'an*, New York 2007, s.6

⁷⁰ Hjärpe 1994, s.85

⁷¹ Schacht 1982, s.29

⁷² Hjärpe 1994, s.87

föredömligt beteende, *sunnah* (se nedan), Arabisk sedvanerätt, kalifernas dekret och sin egen diskretionära åsikt.⁷³ Allteftersom islamsk kultur och vetenskap växte fram kom sedermera också juridiska experter som började precisera och utvidga den specifikt islamiska rätten. Qâdîns roll förändrades också relativt snabbt emedan den juridiska komplexiteten och mängden rättsfall växte.⁷⁴ Allteftersom tog så Koranen och den profetiska sunnah över juridiska områden från övrig sunnah och lokal sedvanerätt även om denna naturligtvis inte helt försvann. Vi kan än idag se drag av den tribala och lokala, arabiska sedvanerätten i islamsk rätt.⁷⁵

Det är alltså under dessa islams första århundraden som grunden för den islamiska rätten formas. Naturligtvis har en utveckling skett därefter, men de mest fundamentala elementen för att förstå den islamiska rätten finns där. Juridiken professionaliserades, qâdîs utsågs för att döma i enlighet med islam, Koranen och Profetens sunnah växte fram som de mest auktoritativa rättskällorna och rättskolorna grundades. En för den islamiska rätten viktig del av historien har alltsedan denna tid varit förhållandet mellan å ena sidan rättskällorna i den religiösa rätten och *qânûn*, eller den satta lagen, å den andra (ett av mycket få låneord i arabiskan). I det abbasidiska riket hade t.ex. kalifen, trots att han var den högsta världsliga ledaren för det muslimska samhället med absolut makt, inte rätt att lagstifta utan kunde endast instifta administrativa regler begränsade av den gudomliga lagen.⁷⁶ Detta förhållande förändras genom historien och blir mer aktuellt ju starkare den politiska makten varit. I det ottomanska riket utvecklades en tydlig rättslig tradition utifrån en av de erkända rättskolorna. Förutom detta instiftade sultanerna lagar, *qânûn*. Dessa kom att specificera de religiösa reglerna företrädesvis på områden där islamsk, rättslig doktrin saknas eller inte är särskilt detaljerade som skatteregler, statsrätt och straffrätt.⁷⁷ Lagen fungerade som ett komplement och fyllde ut reglerna kring t.ex. straffrätt för att på så vis göra de mer fullständiga och förutsebara.⁷⁸ Att staten på detta sätt kan komplettera lagstiftningen där den religiösa rätten är otillräcklig eller ospecificerad kallas för principen om *siyâsa*.⁷⁹

Detta förhållande har dock förändrats under historiens gång och är en aktuell fråga på många sätt även idag. 1800-1900-talets starka Europeiska inflytande genom bl.a. kolonialismen påverkade naturligtvis de islamiska nationernas lagstiftning. Påverkan har dock inte varit särskilt stark på den positiva lagen, så som den engelska varit i Indien, utan har snarast rört formen för lagstiftningen och då snarast kodifikationstanken.⁸⁰ De flesta islamiska nationer har därför stora kodifikationer efter västerländsk förebild, men detta hindrar inte att religiösa rättstraditionen fortfarande har ett mycket

⁷³ Hallaq, Wael B, *The origins and evolution of islamic law*, Cambridge 2005, s.55

⁷⁴ Hallaq 2005, s.78

⁷⁵ Hallaq 2005, s.196

⁷⁶ Schacht 1982, s.53

⁷⁷ Peters, Rudolph, *Crime and punishment in Islamic law – theory and practice from the sixteenth to the twenty-first century*, Cambridge 2005, s.72

⁷⁸ Peters 2005, s.74

⁷⁹ Hussain, Jamila, *Islamic law and society – an introduction*, Sydney 1999, s.39

⁸⁰ Schacht 1982, s.100

starkt inflytande. Saudiarabien är det enda land som saknar skriven lag och helt fungerar i enlighet med den gamla, traditionella uttolkningen. Iran, Libyen, Pakistan, Sudan, provinser i norra Nigeria och Malaysia har alla starka inslag av islamsk straffrätt i sin lagstiftning.⁸¹ I några av dessa länder, som Iran och Sudan, kan vi idag även se att personer dömas av islamska domstolar i ett system vid sidan av det sekulära rättssystemet.⁸²

Detta är en mycket grov översikt över den historia i vilken den islamska rätten vuxit fram. Låt oss nu istället gå närmare in på det faktiska innehållet i rätten samt dess källor.

3.2 Introduktion till sharī'ah

Den heliga islamska rätten är en allomfattande struktur av regler som rör religiösa plikter. Den uttrycker guds sammantagna befallningar som reglerar hur en rättfärdig muslim ska leva sitt liv i alla dess aspekter. Det betyder att innebörden av begreppet *rätt* inom islam har en mycket vidare omfattning än det har i Europa eller Nord-Amerika. Islamska rättslärda brukar dela in guds befallningar i tre kategorier:⁸³

- i) Ibadat – normer som reglerar tillbedjan och ritualer
- ii) Muamalat – civilrättsliga och andra juridiska förpliktelser
- iii) Uqabat - bestraffning

Islamsk rätt innefattar med andra ord sådant som inte skulle anses höra till området rätt eller juridik i Sverige. Förutom de regler om straffrätt, bevisning, rättsprocess och annat som vi i väst skulle betrakta som juridik så finns även regler rörande sådant som bön, pilgrimsfärd, fasta och regler avseende det dagliga livet som diet, moral och klädsel.⁸⁴ En aspekt som därför är viktig att ha i minnet vid studiet av islamsk rätt är att de i svensk bemärkelse juridiska reglerna inom islam ingår som en viktig del i ett koherent system av etiska och religiösa regler. Särskiljandet av de förment juridiska reglerna från de övriga är således i viss utsträckning en konstruktion med utgångspunkt i en icke-islamisk verklighetsuppfattning. Studiet av rättskällorna och metodologin i islamsk rätt, ungefär vad vi skulle kalla för rättslära, heter på arabiska *usul al-fiqh*. Ordet *fiqh* betyder ungefär ”kunskap” och *usul* ”rot/grundläggande källa” vilket indikerar att rätten i det närmaste betraktas som kunskap per se.⁸⁵ Islamsk rätt är med andra ord en ytterst central del av islamskt tänkande som sådant.

⁸¹ Peters 2005, s.153-169

⁸² Peters 2005, s.177

⁸³ Hassan, Farooq, *The Sources of Islamic Law*, American Society of International Law Proceedings, no.76 1982, s.66

⁸⁴ Hussain 1999, s.26

⁸⁵ Schacht 1982, s.1

På arabiska heter islamsk rätt *shari'ah* och ordet betyder ungefär ”vägen till ett vattenhål”, eller en väg att följa.⁸⁶ *Shari'ah* är den lag som gud har föreskrivit människan att följa. Lagen är alltså av gudomlig härkomst och är härledd från Koranen och sunnah genom tolkningar av och åsikter hos rättslärdar. Låt oss nu titta närmare på den islamska rättskällevägen.

3.2.1 Rättskällor i islamsk rätt

Till grund för den rättskällevägen som de flesta ansluter sig till brukar vanligtvis en hadith om en man som sändes av Mohammed som domare till Yemen förespråkas. Som svar på frågor från Profeten om hur han skulle döma svarade han att han i första hand skulle se till Koranens bud och om detta ej var tillräckligt skulle han vända sig till Profetens sunnah. Mohammed frågade då vad domaren skulle göra om han inte fann svaret i vare sig Koranen eller sunnah, mannen svarade då att han skulle se till sitt eget omdöme och Profeten instämde i svaret.⁸⁷ Denna berättelse menas visa på hierarkin mellan källorna och vilka källor som är godtagbara. Först ser man till Koranen och sedan sunnah och därefter de av de rättslärdar utvecklade källorna. Den islamska rätten är i stort en produkt av klassiska juristers arbeten följande Mohammeds död och den islamiska statens tillkomst. Denna utveckling skedde dock inte utan diskussioner och de främsta företrädarna för de olika teoretiska inriktningarna skapade olika skolor för tänkande kring islamsk rätt.⁸⁸ Det har naturligtvis funnits många rättslärdar inom Islam genom åren och skolor har uppstått och försvunnit. Men under de 200 åren efter Profetens död utvecklades fyra huvudsakliga inriktningar i sunniislam, fem om man räknar den shiaislamska skolbildningen. Dessa rättskolor existerar fortfarande och alla har sin syn på den islamska rätten och bruket av dess källor. Som vi sett ovan kallas dessa för *madh'hab*, vilket är ett ord som används också för bl.a. ”ideologi” eller ”konfession”.⁸⁹

1. Hanafi-skolan. Den av Imam abu-Hanifa (699-766 e.Kr) grundlagda inriktningen är den äldsta skolan och är även den med flest anhängare. Det är den mest liberala skolbildningen och lägger tonvikten på analogislut och förnuftsresonemang snarare än tradition för att lösa kontroversiella frågor som inte är direkt täckta av de primära rättskällorna. Skolan har störst inflytande i Indien, Pakistan och Mellanöstern.
2. Maliki-skolan. Grundad av Imam Malik ibn-Anas (713-795 e.Kr). De förnekar i och för sig inte förnuftsresonemang och analogislut som grund för rätten, men framhåller särskilt konsensus mellan rättslärdar som en viktig grund för den islamska rätten. Rörelsen har sitt ursprung i Medina och har traditionellt framhållit Medinas

⁸⁶ Hussain 1999, s.26

⁸⁷ Hussain 1999, s.32

⁸⁸ Hassan, Farooq 1982, s.65

⁸⁹ Hjärpe, Jan, *Shari'a – gudomlig lag i en värld i förändring*, Stockholm 2005, s.32

befolknings traditioner som det mest autentiska islamiska sättet att leva. Skolan har nått sin största spridning i Nordafrika.

3. Shafiiitiska skolan. Grundad av Imam al-Shafii (767-820 e.Kr). Imam Shafii är ansedd som den kanske mest framstående av alla islamiska rättslärdar. Även om han respekterade traditionerna var han mer kritisk till de än sin lärare Imam Malik. Skolan har störst inflytande i Sydostasien och längs den arabiska kustlinjen.
4. Hanbalitiska skolan. Grundad av Imam Ahmad ibn-Hanbal (780-855 e.Kr). Som elev till Imam Shafii utvecklade han en inriktning som strikt ser till Profetens handlingar som grund för juridisk tolkning. Detta är den mest traditionalistiska inriktningen som nästan uteslutande förekommer i Saudiarabien.⁹⁰

Dessa skolor i islamsk rätt får företrädesvis stora implikationer för specifika rättsfrågor. Skillnaderna i svaren har sitt ursprung i, precis som jag har snuddat vid redan, hur de tolkar och värderar de islamiska rättskällorna. De är dock överens om den generella strukturen i vilken Koranen och sunnah intar en särställning.

3.2.2 Koranen

I Islam är den mest centrala lärosatsen att varje rättrogen muslim fullkomligt ska underkasta sig guds vilja.⁹¹ Eftersom Koranen innehåller guds direkta ord förmedlat av Muhammed så är den heliga skriften därmed också den första och viktigaste källan i islamsk rätt. Ordet Koran (*Qur'an*) har sitt ursprung i ordet qara'a som betyder "läsning" eller "recitation".⁹² På order av Kalif abu-Bakr samlades efter Profetens död verserna in och sammanställdes och har inte ändrats sedan dess. Koranen är indelad i *suror*, kapitel, och varje sura i *âyât*. Det finns totalt 114 suror, de längsta är placerade först och blir kortare ju längre fram i texten man kommer. Det finns inte nödvändigtvis något saksammanhang inom surorna utan olika ämnen kan dyka upp på olika platser. Den första versionen blev granskad av Muhammeds följeslagare och sedan dess har man läst och memorerat Koranen vilket garanterar textens fortsatta äkthet.⁹³

Koranen är inte en juridisk lagsamling utan går vanligtvis under benämningen *huda*, vilket betyder "vägledning" och är främst en religiös förkunnelse, en andaktsbok. Mindre än en tiondel av ca.6200 *âyât* rör juridiska frågor medan den absoluta majoriteten behandlar trosfrågor och moral.⁹⁴ Juridiken är på det stora hela taget subsidiär till det religiösa budskapet.⁹⁵

⁹⁰ Rörande de olika rättsskolorna: Hussain 1999, s.31-32 och Hassan, Farooq 1982, s.69-70

⁹¹ Islam betyder ung. "underkastelse" och muslim ung. "den som underkastar sig gud"

⁹² Kamali, Mohammad Hashim, *Principles of Islamic Jurisprudence*, Cambridge 2003, s.16

⁹³ Kamali 2003, s.18-22

⁹⁴ Eftersom det är fråga om en tolkning av vad som kan ses som anknutet till rätt och juridik så råder det i viss utsträckning skilda meningar i denna fråga. Tycks ligga mellan 10-20 %.

⁹⁵ Kamali 2003, s.25

3.2.3 Sunnah

Det råder inget tvivel om att koranen har högst auktoritet i den islamska rättstraditionen. Men det är samtidigt sant att väldigt mycket av det man självklart räknar höra till islam och islamsk rätt i själva verket härstammar från andra källor. Sunnah betyder ungefär ”etablerad väg” eller ”sed, sedvänja”.⁹⁶ Ordet kan även ha en normativ prägel och betyder då ungefär ett överenskommet mönster för hur man bör handla. I det för-islamiska Arabien användes ordet av olika folkgrupper som en beskrivning på de handlingssätt och traditioner som gruppen ärvt efter sina förfäder. Varje större eller mindre samhälle hade alltså sin egen sunnah som grund för sin kulturella särprägel. I Koranen är begreppet nämnt åtskilliga gånger och i merparten av de förekommer det i ”sunnah Allâh”, vilket betyder ungefär ”guds praktik”.⁹⁷ För muslimer innebär sunnah numera en beskrivning av vad Mohammed sagt och gjort och vad han direkt och indirekt godkänt som varandes i enlighet med islam. Eftersom guds ord gavs till Mohammed så anses hans handlingar och åsikter därmed utgöra den bästa möjliga tolkningen av guds budskap. Därför har dessa kommit att nedtecknas och samlas i så kallade *hadîth*. Hadîth är de narrationer om Mohammed och hans liv medan sunnah är de juridiska principer som sedermera har härletts ur dessa beskrivningar. Haditherna är således bärare av sunnah.⁹⁸ För att garantera hadithernas ursprung och äkthet har en vetenskap kommit att utvecklats kring ämnet.⁹⁹

Det förekommer en diskussion bland rättslärda om huruvida sunnah är att se som en självständig rättskälla eller som ett komplement till Koranen. I Koranen anges lydnad och underkastelse till Profeten som en central del av den islamska tron.

Koranen 4:65

*Nej, vid din Herre! De är inte [sanna] troende förrän de sätter dig [Muhammad] som domare att döma mellan sig i alla sina tvister och därefter i sitt inre inte ha någon invändning mot dina beslut utan underkastar sig dem helt och fullt.*¹⁰⁰

Denna lydnad kan ses som ett uttryck för att sunnah ska tolkas som en självständig rättskälla. Den berömde rättslärde Imam al-Shafii har dock tolkat detta som ett uttryck för att även lydnaden till Profeten har sitt ursprung i Koranen. I likhet med al-Shafii så anser majoriteten av *'ulamâ*, eller gruppen av bildade islamska rättslärda, att sunnah, även då den instiftar

⁹⁶ Hjärpe 2005, s.125

⁹⁷ Kamali 2003, s.58

⁹⁸ Kamali 2003, s.61

⁹⁹ Hussain 1999, s.28-30

¹⁰⁰ Al-Nisâ 4:65, ur Koranen med tolkning från arabiska av Mohammed Knut Bernström

nya regler som ej framkommit i Koranen, endast ska ses ett integrerat komplement till den.¹⁰¹

3.2.4 De sekundära rättskällorna och ijtihâd

När svaret på en aktuell juridisk fråga inte står att finna i de primära rättskällorna, Koranen och sunnah, har man istället att vända sig till den av rättslärdade bekräftade rätten. Denna står att finna i de sekundära rättskällorna, ijmâ' och qiyâs, samt i fristående tolkning, ijtihâd.

3.2.4.1 Ijmâ'

Som ett bevis på den vikt som läggs vid juristers arbete så har ijmâ', som betyder konsensus bland de rättslärdade, kommit att bli en rättskälla.¹⁰² Ijmâ' ska baseras på överläggningar mellan erkända jurister och följa principer för juridiskt resonemang. De enda som kan delta i den här typen av överläggningar är mujtahidûn, alltså de jurister vi talat om ovan som uppfyller vissa väldigt högt ställda krav. De slutsatser som kommer ut ur processen måste vara vägledade av Koranens och sunnahs budskap och kan naturligtvis inte motsäga accepterade principer ur dessa källor.¹⁰³ Tanken att alla erkända jurister inom den islamska världen skulle kunna vara fullständigt eniga i en fråga är naturligtvis inte särskilt sannolikt och också omdebatterad. Många menar att ijmâ' i sin klassiska definition endast tillämpades under de tre första generationerna efter Islams tillkomst. Men röster hörs även i motsatt riktning. Ijmâ' har en del funktioner som trots att den är ifrågasatt fortfarande accepteras. Den garanterar att Koranen tolkas korrekt, att sunnah förstås och används på ett sätt som överensstämmer med islam och garanterar ett legitimt användande av ijtihâd (se nedan). Dessutom ger den trovärdighet till spekulativa regler och när en regel fastställts genom ijmâ' så vinner den egen auktoritet. Ijmâ' har i denna sin funktion att skapa koherens troligtvis varit mycket betydelsefull för framväxten och utvecklingen av sharî'ah och har förmodligen inte helt förlorat denna roll heller idag.¹⁰⁴

3.2.4.2 Qiyâs

För att lösa kontroverser så har analogislut använts inom islamsk rätt genom århundraden. Qiyâs betyder "analogisk deduktion" och är den rättskälla som vuxit fram ur denna tradition.¹⁰⁵ Tekniskt innebär det utsträckningen av sharî'ah-värden från ett ursprungligt fall till ett nytt eftersom det nya har samma relevanta orsak.¹⁰⁶ Man börjar med att framlägga i) det ursprungliga fallet, *asl*, för att sedan fastställa ii) det nya fallet, *far'*. Därefter försöker

¹⁰¹ Kamali 2003, s.85

¹⁰² Hassan, Farooq 1982, s.67

¹⁰³ Hussain 1999, s.33

¹⁰⁴ Kamali 2003, s.229-233

¹⁰⁵ Hassan, Farooq 1982 s.67

¹⁰⁶ Kamali 2003, s.264

man lokalisera iii) den juridiska grunden, *'illah*, för det första fallet och som det har gemensamt med det nya innan man tillsist stipulerar iv) den regel, *hukm*, som gäller för originalfallet och som ska utsträckas att gälla även för det nya.¹⁰⁷ Det centrala vid ett analogislut på detta sätt är att fastställa den för fallet relevanta *'illah*. *'Illah* ska här förstås ungefär som ”rättsfråga” i vår prejudikatslära. Man söker efter det syfte som gud försökte förmedla genom koranregeln eller den bärande orsaken till varför Muhammed presenterade sin hadîth. Vi kan se på ett exempel där detta blir tydligare. I en hadîth påstås att ”The judge who is in a state of anger may not adjudicate”. I detta fall är det ilskan som sådan som är att betrakta som *'illah*. Genom analogi har sedan Muhammeds följeslagare utvidgat detta förbud till att innefatta även annat som liknar ilska till sin effekt som bl.a. extrem hunger eller depression.¹⁰⁸

Denna rättskälla används endast när det inte finns några anvisningar att följa i Koranen eller sunnah. Qiyâs ses vanligen som det mest centrala instrumentet inom rättslig utveckling. Även om den är placerad på fjärde plats i rättskällehierarkin så anses qiyâs som den tredje viktigaste efter Koranen och sunnah. Ijmâ' som officiellt har tredjeplatsen är snarare av procedurall karaktär än substantiell.¹⁰⁹ Genom analogislut kan nya rättsområden mutas in på ett annat sätt än genom ijmâ' som snarare har bekräftande funktioner. Qiyâs är det närmaste man kommer i islamsk rätt till prejudikatslära då shari'ah inte godtar principen om bindande praxis.¹¹⁰ Domaren som tillämpar qiyâs fastställer som vi sett den relevanta *'illah* som tillkommit i det första fallet och tillämpar den tidigare etablerade rättsprincipen på det nya fallet. Analogislut användes på detta sätt flitigt framförallt i den tidiga islamska rätten då många rättsområden fortfarande var relativt outvecklade. Qiyâs tillämpas dock fortfarande.¹¹¹

3.2.4.3 Ijtihâd och juridisk tolkning

När islamska rättslärdas stöter på nya problem som ännu inte reglerats i shari'ah så är det principerna för ijtihâd som ska tillämpas för att garantera de nya reglernas riktighet och överensstämmelse med den tidigare lagen. Ijtihâd kan lite grovt sägas korrespondera med vad vi i svensk rättslära skulle kalla för ”rättstolkning”. Detta är dock en sanning med viss modifikation. Rent lexikaliskt betyder de inte samma sak och inte heller åsyftar de samma funktion. När en person använder ijtihâd så ligger det närmare sanningen att säga att denna person *upptäcker* lagen snarare än tolkar den. Ijtihâd förutsätter att processen att producera regler egentligen innebär att belysa och klarlägga regler som redan finns men än så länge inte varit självklara.¹¹² De två ovan sist nämnda rättskällorna, qiyâs och ijmâ', är

¹⁰⁷ Kamali 2003, s.267

¹⁰⁸ Kamali 2003, s.281

¹⁰⁹ Kamali 2003, s.298

¹¹⁰ Coulson, Noel James, *Muslim custom and case-law*, i Ian Edge (red.) *Islamic law and legal theory*, Aldershot 1996, s.266

¹¹¹ Kamali, 2003, s.298-301

¹¹² Weis, Bernard, *Interpretation in Islamic law: the theory of ijtihâd*, s.200

ett uttryck för just detta. Regler som tidigare inte varit ”aktiva”, men som nu av olika anledningar blivit relevanta. Ijtihåd kan sägas vara en, till skillnad från de ursprungliga, primära källorna, fortlöpande källa som avtäckar ”ny” rätt och inte, som Koranen och sunnah, eviga. Uppdelningen av rättskällorna i primära och sekundära är dock i viss mån en chimär. Enhetligheten av sharî’ah bygger på harmoni mellan gudomlig uppenbarelse och rationalitet och ijtihåd är den förmedlande länken vars funktion är att upprätthålla denna harmoni. Analogislut, konsensus m.m. är därför att se som manifesteringar av ijtihåd och är integrerade, inte endast som underrubriker till ijtihåd, utan genom ijtihad med Koranen och sunnah.¹¹³

Giltigheten av all rättsteori inom islam härrör från källorna. Genom olika hadîther framgår det att vissa personer vars agerande är i enlighet med tron kommer att ges förmågan att uppnå religiös kunskap. Dessa personer utgör ’ulamâ. Enligt hadîtherna är ’ulamân arvtagare till Profeten. Endast en person som tillhör ’ulamân, alltså är jurist, och som uppfyller vissa krav kan utöva ijtihåd. Dessa personer kallas då för mujtahid.¹¹⁴ För att uppnå statusen av en mujtahid så måste personen i fråga vara muslim och ha uppnått en viss intellektuell nivå och kunskap. Han måste dessutom: i) ha tillräcklig kunskap i det arabiska språket för att förstå Koranen och sunnahn, ii) djupgående kunskap och förståelse för Koranen, iii) djupgående kunskap och förståelse för sunnahn, iv) känna till kring vilka ämnen ijmâ uppnåtts, v) exceptionell kunskap om hur qiyâs kan användas samt vi) insikter i sharî’ahs bakomliggande syften.¹¹⁵ En mujtahids ijtihåd får sedan inte ifrågasätta vissa grundprinciper så som guds existens, Koranens auktoritet, Profetens legitimitet m.m.¹¹⁶ I de flesta islamska samhällen finns denna typ av rättslärdar då kallade *muftîs*, experter inom islamsk rätt som kan ge auktoritativa uttalanden i frågor kring vilka det råder osäkerhet. Olika samhällsinstitutioner, domare och privatpersoner kan fråga dessa rättslärdar hur ett nyuppkommet problem bör behandlas och får då svar i form av *fatwâs*.¹¹⁷

Ijtihåd är den del av rättsläran som garanterar den islamska rättens vidareutveckling och flexibilitet. Som nämnts ovan räknas såväl qiyâs som ijmâ’ som ”underavdelningar” till ijtihåd. Samtidigt är dessa sekundära rättskällor de kanske mest centrala institutionerna för rättslig utveckling samt stabilitet och kontinuitet. Förutom dessa två som upphöjts till rättskällor så har ijtihåd medfört ytterligare kategorier för juridiskt tänkande.

i) *Maslahah mursalah* – Maslahah innebär ungefär iakttagande av det allmännas intresse vid en juridisk bedömning. Principen kan tillämpas när det saknas regleringar i de huvudsakliga rättskällorna Koranen och sunnah. Maslahah får sin auktoritet från den grundläggande principen inom islam att lagstiftningen syftar till att maximera folkets välfärd genom att ge förmåner

¹¹³ Kamali 2003 s.468

¹¹⁴ Kamali 2003, s.471 och 475

¹¹⁵ Kamali 2003, s.476-479

¹¹⁶ Hussain 1999, s.33

¹¹⁷ Schacht 1982, s.74

och skydda från skada. Kraven på ett maslahah-resonemang är att det måste vara generellt och innebära en förmån för folket samt inte stå i konflikt med Koranen, sunnah eller ijmâ.¹¹⁸ Ett exempel på maslahah är att när staten har slut på likvida medel så kan ledaren införa en skatt på förmögna för att undvika en direkt kris.¹¹⁹

ii) *Istihsân* – Istihsân har ungefär samma innebörd som equity i common law. Båda dessa kategorier är grundade på en idé om rättvisa och tillåter ett avsteg från den positiva rätten om den leder till ett orättvist eller orättfärdigt resultat. Skillnaden är att principerna för en rättvisebedömning är sprungna ur olika idékomplex. Equity är baserat på den naturliga lagen, naturrätten, medan istihsân naturligtvis har sin grund i den gudomliga lagen eller shari'ah.¹²⁰

Al-Karkhî (ca. 340 AH (efter hijra) alltså ca.962 e.Kr.)

*Istihsân is that one should take a decision in a certain case different from that on which similar cases have been decided on the basis of its precedents, for a reason which is stronger than the one found in similar cases and which requires departure from those cases.*¹²¹

I sin juridiska betydelse innebär istihsân att nyttja sitt personliga rättsmedvetande för att åsidosätta etablerade tolkningar och på så vis undvika rigida och orättvisa resultat vid tillämpningen av lagen. Vanligtvis brukar detta citat ur sunnahn användas som stöd för istihsân: "What is considered good by the Muslims is also good in the eyes of God."¹²² I princip innebär istihsân att trots qiyâs högre rangordning ge företräde för maslahah.¹²³ Istihsân är således benämningen på möjligheten att nyttja *ra'y*, personlig åsikt, för att välja den bästa av möjliga lösningar på ett visst problem. På så vis kan det bryta upp rättskälleläran till förmån för en pragmatisk bedömning. Istihsân är som synes en viktig del av ijthâd och har haft en central roll i den islamska rättens anpassning efter nya sociala förhållanden.

iii) *'Urf* – *'Urf* betyder "det som är känt" och har innebörden av sedvänja. Principen definieras som "återkommande praktik som är accepterad av personer av en sund natur".¹²⁴ Sedvänjor från Profetens tid likväl som från det för-islamska Arabien har på detta sätt levt vidare in i den islamska rätten. Naturligtvis måste en sedvänja för att accepteras vara i överensstämmelse med islam och de grundläggande principerna för shari'ah. Ett exempel på *'urf* är att straffansvar anses föreligga även för

¹¹⁸ Kamali 2003, s.358

¹¹⁹ Hussain 1999, s.35

¹²⁰ Kamali 2003, s.323

¹²¹ Hassan, Ahmad, *Analogical reasoning in Islamic jurisprudence – a study of the juridical principle of Qiyas*, Islamabad 1986, s.410

¹²² Hassan 1986, s.409

¹²³ Kamali 2003, s.325

¹²⁴ Kamali 2003, s.367

personer i släktskap till brottslingen och som tillhör dennes sociala släktgrupp (*'âqilah*).¹²⁵

Så trots att dörren till ijtihåd stängdes en gång i tiden så fortsätter den islamska rätten att utvecklas i enlighet med principer som ijtihåd uppställer. Dessa är mycket centrala i domares och andra rättslärdas arbete.

3.3 Islamsk straffrätt

I det för-islamska Arabien, liksom i det medeltida Europa, var samhället indelat i många mindre, ofta nomadiserade, grupper. Vad vi idag skulle kalla för straffrättsliga förseelser löstes, som vi nyss behandlat, genom att den grupp offret tillhörde förklarade förövarens grupp stå i blodsskuld till dem. Dessa vendettor var ofta mycket stränga, blodsbetalningen för ett mord kunde vara döden, för stöld amputation etc. Hämndaktionerna var även beroende på den sociala relation som rådde mellan grupperna samt förövare och offers ställning. Många begrepp, procedurer och straff fördes vidare in i den islamska rätten som ändock fungerade reformativt och införde enhetliga straff och en enhetlig rättstillämpning.¹²⁶ Precis som europeisk kontinental juridik har influerats starkt av romersk rätt så har även islamsk rätt influerats av de juridiska traditioner som fanns i arabvärlden innan Koranen och sunnah tillkom.

I fiqh-traditionen finns en slags gradering av handlingar utifrån deras önskvärdhet som brukar kallas ”de fem kategorierna”. Alla människans handlingar kan hänföras till någon av dessa kategorier: i) handlingar som är en plikt ii) handlingar som är rekommenderade iii) handlingar som är indifferentia iv) ogillade och därmed klandervärda handlingar och tillsist v) handlingar som är absolut förbjudna, *harâm*.¹²⁷ De tillåtna handlingarna kallas *halâl* och utgörs alltså av flera kategorier. De förbjudna handlingarna kan vara sådant som strider mot traditionen eller de religiösa plikterna och i vissa fall t.o.m. kriminella. Brotten i den islamska straffrätten kan indelas i många kategorier, men den viktigaste och vanligaste är den som utgår ifrån brottets natur. Utifrån denna kategorisering finns det tre typer av brott. De som strider mot guds vilja, de som strider mot de troendes rättigheter samt en uppsamlade kategori.¹²⁸

- i) *Hudûd* (sing. Hadd). Dessa är brott mot gud eller mot guds vilja och är stadgade i Koranen och sunnah. *Hudûd* betyder ”begränsning” och brotten är omnämnda i Koranen som en

¹²⁵ Kamali 2003, s.372

¹²⁶ Lippman, Matthew, *Islamic Criminal Law and Procedure: Religious Fundamentalism v. Modern Law*, Boston College International & Comparative Law Review, Vol.XII No.I 1989, s.29-30

¹²⁷ Hjärpe 2005, s.146

¹²⁸ Sherif, Abdel Omar, *Generalities on criminal procedure under Islamic Sharî'a*, ur Abdel Muhammed Haleem, Abdel Omar Sharef, Kate Daniels (red.), *Criminal justice in Islam: judicial procedure in the Sharî'a*, London 2003, s.5-6

överträdelse av de gränser gud har satt för människors beteende. Det råder delade meningar om exakt vilka brott som är hudûd, men kring dessa fem råder minst kontrovers: stöld, rån (highway robbery), äktenskapsbrott, falsk anklagelse om äktenskapsbrott samt att förtära alkohol.¹²⁹

- ii) *Qisâs*. Till skillnad från hudûd så utgörs denna kategori av brott mot individen och inte mot gud. *Qisâs* betyder ungefär ”likvärdighet” och har likheter med principen ”öga för öga, tand för tand” som står att finna i gamla testamentet såväl som Koranen.¹³⁰ Som vi kan se är detta i viss utsträckning en formalisering av de informella regler som tillämpades i arabvärlden före islam. De vanligaste brotten under den här kategorin är brott mot kroppen alltså mord, dråp, misshandel och liknande. Straffen för dessa är antingen, i enlighet med principen ovan, retribution som motsvarar den skada offret tillfogats. Är inte retribution genomförbart eller om offret eller offrets familj avstår från rätten till vedergällning så kan en monetär kompensation, *diyya*, istället utgå.¹³¹ Frågan om *diyya*, eller blodspengar, sköts i en slags skadeståndsprocess.¹³²
- iii) *Ta’azîr*. De diskretionära brotten är många i de muslimska länderna eftersom alla brott som inte faller in under hudûd eller *qisâs* är att betrakta som *ta’azîr*. Typiskt sett rör det sig om fyra kategorier av brott som bestraffas som *ta’azîr*: de brott som inte uppfyller de tekniska kraven för hudûd och *qisâs*, de hudûd och *qisâs* brott som p.g.a. förmildrande omständigheter bör bedömas annorlunda, de handlingar som är fördömda i Koranen och sunnah utan att vara hudûd eller *qisâs* och tillsist handlingar som strider mot sociala normer och sedvänjor.¹³³ Enkelt sett kan man dock säga att *ta’azîr* är en uppsamlingskategori för brott som inte uppfyller någon annan kategori kriminaliseringar samt brott mot allmänhetens intresse, *maslahah*.¹³⁴ Vid tillämpningen och definitionen av dessa kriminaliseringar har domaren, *qâdîn*, ett mycket stort diskretionärt utrymme. Brotten bestraffas utifrån domarens syn på brottet i frågas klandervärdhet, förövarens bakgrund och det allmänna intresset av att motverka den typen av beteende.¹³⁵ Brott som är *ta’azîr* är handlingar som ses som syndiga och åtgärderna syftar främst till individ- och allmänprevention.

Det finns relativt få generella principer i islamsk straffrätt. De klassiska verken innehåller inga kapitel med generella regler utan de som finns tillkommer genom deduktion. När det gäller *ta’azîr* har den världsliga

¹²⁹ Hussain 1999, s.134

¹³⁰ Finns en snarlik princip uttryckt i Koranen, Sura Al-Mâ'idah 5:45

¹³¹ Muhammad Salim al-'Awwa, *The Basis of Islamic Penal Legislation*, i Cherif Bassiouni (red.) *The Islamic Criminal Justice System*, London 1982 s.127

¹³² Peters 2005, s.19

¹³³ Lippman 1989, s.45

¹³⁴ Oxford Encyclopaedia of the Modern Islamic World, *Criminal Law*, vol.2, s.167

¹³⁵ Lippman, 1989, s.45

auktoriteten en ganska stor frihet att instifta regler och utdela straff.¹³⁶ Det tycks vara just de diskretionärt bestämda brotten som ligger bakom idén om kadijustiz och har gett upphov till diskussionen om bristen på legalitet i den islamiska rättstraditionen. Domarens förmodade frihet att definiera såväl brottskategorierna som avgöra lämpliga straff tycks vid första anblicken gå stick i stäv med en normaluppfattning om juridisk förutsebarhet och rättsäkerhet för individen. För att kunna besvara vår ursprungliga frågeställning är det just denna tillsynes uppenbara brist i det islamiska rättssystemet som vi bör titta närmare på.

¹³⁶ Peters 2005, s.19

4 Legalitetsprincipen i formell islamsk rätt

Vi har hitintills gjort ett försök att definiera legalitetsprincipen samt beskriva dess uppkomst och historia. Vi har även i mycket grova drag tittat närmare på den islamska rättens ursprung och struktur. Kan vi utifrån detta få ett tillfredsställande svar på vår frågeställning? Kanske inte, men vi har nått en bit på väg och kan nu dra åtminstone två slutsatser som är väsentliga för den fortsatta utredningen.

För det första kan vi se att legalitetsprincipen går att härleda bakåt genom historien och får sägas ha sett dagens ljus i början av 1700-talet. Den är en del av upplysningsprojektet och formulerades relativt tidigt som ett skydd för godtycklig maktutövning. Upplysningens idéer färdades sedan genom 1800-talet då legalitetsprincipen fick den utformning den har idag och kulminerade tillslut i FN:s deklARATIONER om de mänskliga rättigheterna. Stadgandet i ICCPR innebär ett förbud mot retroaktiv samt analogisk tillämpning av strafflagstiftning tillsammans med krav på enkelhet och förutsebarhet genom att de brott som utdöms ansvar för är tydligt formulerade i lagen. Med andra ord har vi med viss säkerhet kunnat konstatera att legalitetsprincipen som den är tänkt att tillämpas i ICCPR i allt väsentligt är densamma som den mer teoretiska definition av legalitetsprincipen vi lånat från Frände. De fyra principerna ovan fungerar därför väl som grund för att besvara frågan om legalitetsprincipens tillämpning i islamsk rätt.

För det andra står det också klart att den islamska rätten inte delar samma bakgrund. Detta ter sig naturligt när det gäller historiska skeenden, men olikheten sträcker sig även in på den generella strukturen av rättssystemet. Islamsk rätt är en religiös rättstradition som trots likheter med den kristna och judiska rätten aldrig genomgått upplysningen som historisk epok. Som vi sett var just upplysningsprojektet högst väsentlig för utvecklingen av den europeiska rättstraditionen och också den epok som grundlade legalitetsprincipens genombrott. Naturligtvis är det inte nödvändigt för en rättstradition att ha genomgått eller påverkats av en specifik historisk epok för att en juridisk princip ska ha tillkommit. Däremot kan det vara intressant att fråga sig om denna princip ens är begreppsmässigt möjlig att lokalisera i den islamska rätten utifrån dess historia och struktur.

Som diskuterats ovan så är legalitetsprincipen eller legalismen ett formalistiskt uttryck för idén om the rule of law. Den islamska rätten är dock inte uppbyggd kring denna idé. Samtidigt som den islamiska traditionen inte framhåller the rule of law så förespråkas för den skull inte

dess motsats, the rule of man.¹³⁷ Sharî'ah-traditionen kan snarare sägas vara underkastad vad man skulle kunna kalla för *the rule of God*. Guds ord är för evigt giltigt och utgör den konceptuella grundbulten för rätten. The rule of God kan naturligtvis inte ge samma garantier om procedurell förutsebarhet som the rule of law gör. I ett sådant system blir istället den väsentliga frågan hur vi får reda på guds vilja. För att kunna veta om ett system som baseras på the rule of God innefattar principen om legalitet så måste vi närmare granska hur guds vilja kommer till uttryck och hur juristerna kan uttolka den. Med andra ord blir den komplexa islamska rättskällevärdet relevant. Det är Koranen, sunnah, ijmâ, qiyâs m.m. som formar guds lag sådan vi människor kan uppfatta den. Frågan är om detta utgör ett begreppsligt hinder för legalitetsprincipens realisation i islamsk rätt. Kan the rule of God i någon bemärkelse innefatta de principer som framhårdas inom ett system baserat på the rule of law?

Vi har sett hur legalitetsprincipen kan beskrivas som en formalistisk version av the rule of law. Om man istället, vilket är vanligt, ser the rule of law som en substantiell teori om statsskicket så skulle förmodligen det faktum att gud förmedlar lagen kunna utgöra ett problem. De substantiella teorierna inkluderar sådant som krav på demokrati, lagen som ett instrument för statens handlande, garanti för äganderätt m.m.¹³⁸ Denna typ av ideal innefattar även krav på tillkomsten så väl som tillämpningen av rättsregler på ett sätt som den islamska traditionen skulle ha svårt att omfatta. Frågan är dock för våra syften inte särskilt relevant. En substantiell teori om the rule of law kanske motsäger den islamiska juridiska praktiken, men vad vi vill veta är hur den går ihop med en formalistisk teori. Fokus för en formalistisk version av the rule of law ligger snarare på rättsreglernas funktion och inneboende struktur än dess ursprung och normativa innehåll.¹³⁹ Det är med andra ord främst en fråga om tekniska regler kring lagens funktionsduglighet snarare än dess direkta ursprung som är relevant. Det tycks inte finnas något formellt hinder för att denna typ av tekniska krav på rättsreglerna skulle kunna uppställas även i ett religiöst rättssystem. Det bör alltså inte finnas något direkt begreppsligt hinder för legalism inom islam. Legalitetsprincipen är åtminstone rent analytiskt obehindrad att iakttagas inom det av gud givna rättssystemet, den skulle rent teoretiskt till och med kunna vara given av gud.

Det må vara teoretiskt möjligt med legalism i islam, men hur är det rent faktiskt. Existerar legalitetsprincipen i den islamska rättstraditionen och hur kommer den i så fall till uttryck? Låt oss börja med att undersöka dess eventuella roll i den formella rätten.

¹³⁷ En del muslimska länder är naturligtvis underkastade the rule of man, men detta beror i dessa fall inte så mycket på den islamska traditionen som på att de är diktaturer på rent politisk grund.

¹³⁸ Tamanaha 2004, s.110

¹³⁹ Tamanaha 2004, s.97

4.1 Taqlîd och legalismens förutsättningar

Den islamska rätten är grundad på gudomlig uppenbarelse om vilken det i viss utsträckning råder delade meningar och varför den till sin natur är svårförutsebar. Under de första decennierna av det Abbasidiska väldet, alltså 800-1000-talet, så skedde en gradvis förändring av synen på ijtihåd som kan kopplas till vad vi ovan talat om som den bakvänt utopiska tankegång som finns inom islam. Efter att den islamska rätten grundlagts under Mohammeds levnadsår och de därpå följande decennierna så menade man att den nu var formerad. Tiden för utveckling genom ijtihåd var över och nu ställdes istället krav på *taqlîd* vilket innebär ett uteslutande erkännande av de doktriner som de redan etablerade skolorna och auktoriteterna ger uttryck för.¹⁴⁰ Detta brukar talas om som att ”dörren till ijtihåd stängdes”.¹⁴¹ Övergången till teorin om taqlîd är mycket central inom islamsk rättslära. Den nya teorin innebar alltså en slags formalisering. Utvecklingen var över, nu fanns en fast grund att stå på. Framförallt gavs de stora juridiska skolbildningarnas utlåtanden auktoritet framför godtyckliga uttalanden och reglerna för att bli mujtahîd skärptes.¹⁴² Läran om taqlîd är sagd att göra ’ulaman mer konservativ och tveksam inför innovativa förändringar i juridiska och religiösa resonemang.¹⁴³ Det finns dock olika uppfattningar i denna fråga. Trots att taqlîd naturligtvis skapat en tveksamhet inför fortsatt utveckling så har de islamska rättslärderna sedan den tiden knappast varit mindre kreativa. Den islamska rätten har fortsatt att utvecklas, men då i enlighet med ett mer intrikat system av regler som garanterar att nytänkandet sker i överensstämmelse med traditionen.

Begränsningen av möjligheterna till ijtihåd uppfattas ofta som ett utslag för de konservativa krafternas seger inom den islamska juridiska traditionen, men i det här fallet kan man närmast uppfatta den som en slags förutsättning för ett legalistiskt genombrott. Med tydliga regler för tillkomsten av ny rätt och tillämpningen av redan etablerad rätt har man lagt grunden för en formalistisk legalism. På sätt och vis kan alltså begränsningen av ijtihåd efter ”fritt skönj” ses som en slags stabilisering av den teoretiska enhetligheten inom den islamska rätten. Att skapa en struktur för nyskapande ger en möjlighet till förutsebarhet som annars saknats. Denna historiska händelse kan alltså sägas vara en nödvändig förutsättning för möjligheten att tillämpa legalitetsprincipen i den islamska traditionen.

4.1.1 En islamisk legalitetsprincip

Islamsk rätt är väldigt kasuistisk varför det vanligtvis är svårt att finna generella principer och regleringar åtminstone i den klassiska doktrinen. Ett flertal muslimska länder har dock en version av legalitetsprincipen inskriven

¹⁴⁰ Schacht 1982, s.71

¹⁴¹ The closing of the gate to ijtihåd.

¹⁴² Schacht 1982, s.90-91

¹⁴³ Hussain 1999, s.36

i sina författningar. Vi kan finna dylika i bland andra artikel 32 i Kuwaits och i artikel 27 i Förenade Arabemiratens konstitutioner.

Article 32

(1) No crime and no penalty may be established except by virtue of law, and no penalty may be imposed except for offences committed after the relevant law has come into force.

*(2) Penalty is personal.*¹⁴⁴

Article 27

*Crimes and punishments shall be defined by the law. No penalty shall be imposed for any act of commission or omission committed before the relevant law has been promulgated.*¹⁴⁵

Islamsk rätt har dock haft ett begränsat inflytande på lagstiftningen i dessa båda nationer varför de är av ett relativt intresse. Dessutom är inte specifik nationell lagstiftning objektet för denna granskning. Vad som är intressant är snarare vad som får anses vara den islamiska positionen i frågan. År 1990 antog medlemmarna i den internationella organisationen *Organization of the Islamic Conference* (OIC) som arbetar för samarbete mellan islamiska nationer, en deklaration till skydd för de mänskliga rättigheterna. Deklarationen går under namnet *Cairo Declaration on Human Rights in Islam* (CDHRI) och är inte bindande för de undertecknande parterna men är tänkt att ge ett islamiskt perspektiv på mänskliga rättigheter och bistå med vägledning för OIC:s medlemsstater.¹⁴⁶ Den bygger på principer från den islamska rättstraditionen och den islamska kultursfären i stort. I artikel 19 av fördraget avhandlas några grundläggande straffrättsliga principer:

Article 19:

(a) All individuals are equal before the law, without distinction between the ruler and the ruled.

(b) The right to resort to justice is guaranteed to everyone.

(c) Liability is in essence personal.

(d) There shall be no crime or punishment except as provided for in the Shari'ah.

*(e) A defendant is innocent until his guilt is proven in a fast trial in which he shall be given all the guarantees of defence.*¹⁴⁷

Som vi kan se ger 19 (d) uttryck för något som, om än kortfattat, i allt väsentligt liknar legalitetsprincipen. Det tycks med andra ord som att legalitetsprincipen är stadgad i CDHRI. Vi bör dock observera en viktig detalj i formuleringen. Artikeln säger att brott och straff inte existerar förutom i den utsträckning det stadgats i *shari'ah*. Som vi diskuterat ovan så görs inom islam en åtskillnad mellan *shari'ah*, guds lag, och *qânûn*, de lagar

¹⁴⁴ The Constitution of Kuwait, 1962

¹⁴⁵ The Constitution of the United Arab Emirates, 1971

¹⁴⁶ Baderin 2003, s.226-227 – i princip alla nationer med övervägande muslimsk befolkning är medlemmar i organisationen.

¹⁴⁷ Cairo Declaration on Human Rights in Islam, Aug 5 1990

som tillkommit genom den världsliga maktens lagstiftande arbete.¹⁴⁸ I artikel 19 (d) menar man alltså att brott eller straff som inte förekommer i den religiösa lagen saknar legitimitet. Det framgår tydligt att detta är vad som åsyftas när man läser artikel 15 (b) som lyder:

Article 15

*(b) Confiscation and seizure of property is prohibited except for a necessity dictated by law.*¹⁴⁹

I denna artikel används istället för sharî'ah ordet "law", vilket torde åsyfta den världsliga maktens lagstiftning, eller qânûn. Begreppet sharî'ah kan naturligtvis användas synonymt med lagstiftning i stort och det utgör i och för sig inte något problem att den lagstiftning som är tänkt att fungera som garant för legaliteten är religiös rätt, men för vårt vidkommande skapar det en slags cirkularitet. Vår undersökning syftar till att utreda legalitetsprincipens roll inom den religiösa rättstraditionen, sharî'ah. Artikel 19 (d) i CDHRI säger egentligen bara att legalitetsprincipen gäller mellan de undertecknande parterna så långt som den kan sägas uppfyllas av sharî'ahs tradition. Problemet med sharî'ah, vilket också föranlett denna uppsats, är dock att det är långt ifrån tydligt att den har stadga nog att garantera förutsebarhet och tydlighet till den grad som krävs för att legalitetsprincipen ska kunna anses uppfylld. Som vi sett ovan är de diskretionära brottskategorierna minst sagt problematiska. Artikelns uttryck för *idén* om legalitet, men ger oss ändå inget egentligt svar på vår frågeställning.

4.1.2 Komparativ legalitet med stöd i de islamska rättskällorna

Bestämmelsen i CDHRI och stadgandena i de nationella kodifikationerna tycks ge en indikation på att den islamska traditionen i vart fall inte är helt främmande för legalitetsprincipens tillämpning. Granskar man de islamska rättskällorna lite närmare så finner man även ett visst stöd i dessa. I traditionen finns en teori om individens rätt till personlig säkerhet, *haqq al-amm*, som rör den enskildes skydd mot godtycklig rättsutövning.¹⁵⁰ Detta idékomplex liknar i allt väsentligt vad vi skulle kunna kalla för straffprocess i Sverige. Vi ska därför börja med att titta på den straffrättsliga processrätten i sharî'ah och *haqq al-amm*, vilket i sin tur kommer att leda oss in på en djupare diskussion om legalitetsprincipen i islamsk rätt.

Haqq al-Amn och straffprocess i sharî'ah

Haqq al-amm betyder "rätten till säkerhet" och åsyftar individens rätt att leva ett liv i fred utan att frukta våld, olaga arresteringar eller godtycklig

¹⁴⁸ Hjärpe 2005, s.32

¹⁴⁹ Cairo Declaration on Human Rights in Islam, Aug 5 1990

¹⁵⁰ al-Saleh, Osman Abd-el-Malek, *The right of the individual to personal security in Islam*, i Bassiouni, Cherif (red.) *The Islamic criminal justice system*, London 1982, s.55

bestraffning. Individens rättigheter är okränkbara och ska inte kunna inskränkas annat än på ett lagenligt sätt.¹⁵¹ Principen om personlig säkerhet motsvarar i stort vad man på engelska kallar för ”due process of law” och representerar med andra ord i viss mån det vi kallar för straffprocessrätt. Haqq al-amn utgör en principiell grund för den islamiska straffprocessen.

Islamisk straffprocess är ett ämne om vilket det i stor utsträckning saknas forskning, men på senare tid har intresset för det ökat särskilt som det rör frågor som ligger nära området för mänskliga rättigheter. Den islamska straffprocessen är dock ett relativt underutvecklat område som till största delen hämtar generella principer från den allmänna shari’ah-traditionen. Som vi sett är denna tradition mycket komplex och skulle själv kunna fylla åtskilliga volymer. Med andra ord är straffprocessen i viss mån ett svåråtkomligt område vilket är något man bör komma ihåg vid en närmare granskning. Men det är ändå möjligt att klarlägga några generella drag. Principer för islamisk straffprocess föreskrivs emellanåt i rättskällorna, Koranen och sunnah, men rent praktiskt har det generellt sett lämnats till den sekulära maktens godtycke. Huvudsakligen ska det göras en avvägning mellan samhällets intresse av att få den skyldige dömd och skyddet för den åtalades integritet. Den islamiska straffprocessen styrs rent allmänt av generella målsättningar om rättvisa, jämlikhet och ärlighet.¹⁵²

Inom den islamska traditionen finns ingen åklagare i den vanliga bemärkelsen. Kriminalutredningen är istället integrerad med rättegången i stort och betraktas därmed som tillhörig den juridiska snarare än den verkställande eller exekutiva processen.¹⁵³ Det innebär att det är domaren som leder utredningen vilket gör processen mer lik den i det inkvisitoriska systemet. Utredningen kan dock inledas och drivas även av andra offentliga ämbeten så som den exekutiva maktens företrädare, polischefen samt *muhtasib*, den religiösa polisen.¹⁵⁴ Vilka regler som styr den fortsatta processen är sedan avhängigt vilken typ av brott det är fråga om. De olika brottskategorierna har alltså särskilda processregler knutna till sig.¹⁵⁵ När ett hudûd-brott väl är fastställt åligger det domaren att utdöma det straff som står föreskrivet. Domaren kan inte påverka varken typen av eller verkställandet av straffet utan har endast att följa Koranen, amnesti är uteslutet.¹⁵⁶ När det gäller qisâs så har domaren att hålla sig till det angivna straffet, men kan, som nämnts ovan, i vissa fall utdöma betalning av diyya. Detta gäller då ”hämnad” (eng. retaliation) är föreskrivet som straff för brottet i fråga och målsäganden avstått ifrån detta eller det annars är

¹⁵¹ Kamali, Mohammad Hashim, *The right to personal safety (Haqq al-Amn) and the principle of legality in Islamic Shari’a*, ur Abdel Muhammed Haleem, Abdel Omar Sharef, Kate Daniels (red.), *Criminal justice in Islam: judicial procedure in the Shari’a*, London 2003, s.58

¹⁵² Bassiouni (red.) 1982, s.59

¹⁵³ Haleem, Sharef & Daniels (red.) 2003, s.4

¹⁵⁴ Haleem, Sharef & Daniels (red.) 2003, s.7

¹⁵⁵ Ibrahim, Saeed Hasan, *Basic principles of criminal procedure under Islamic Shari’a*, ur Abdel Muhammed Haleem, Abdel Omar Sharef, Kate Daniels (red.), *Criminal justice in Islam: judicial procedure in the Shari’a*, London 2003, s.17

¹⁵⁶ Haleem, Sharef & Daniels (red.) 2003, s.19

omöjligt eller olämpligt. Målsäganden kan även förlåta den åtalade och därmed avstå från sin rätt till *diyya*. Domaren har då möjlighet att utdöma ett mildare straff för att säkerställa samhällets intressen. Förmildrande omständigheter tillämpas inte vid bedömningen av vare sig *hudûd* eller *qisâs*.¹⁵⁷

Ta'azîr är instiftat med syfte att ge den offentliga makten inflytande över vad som ska ses som brottsligt i ljuset av folkets beteende och brottsfrekvensen. Med andra ord syftar ta'azîr i första hand till att ge en möjlighet till kriminalisering byggd på individual- och allmänprevention. De verser i Koranen samt sunnah som ger stöd för att vissa samhällsfrågor ska regleras genom sekulära institutioner brukar man tala om som *al-siyâsa al-sharîyya* eller bara *siyâsa*.¹⁵⁸ Detta betyder ungefär "policy i enhetlighet med *sharî'ah*" och omfattar i princip hela domstolsväsendet, den lagstiftande såväl som den exekutiva makten samt alla administrativa institutioner. För jurister är *siyâsa* tätt knutet till ta'azîr och får innebörden att lagar ska stiftas i enhetlighet med *sharî'ah* och med samhällets välfärd för ögonen. För domaren betyder det att han har att bestämma ett straff som han finner lämpligt utifrån den åtalades personlighet, tidigare visade karaktär och sociala förutsättningar.¹⁵⁹ Det gäller även i viss mån själva bedömningen av huruvida handlingen varit kriminell, syndig, eller inte.¹⁶⁰ Straffen är för domaren angivna för hela kategorin ta'azîr och sträcker sig från en offentlig tillsägelse till dödsstraff.¹⁶¹ Domaren har en avsevärd frihet att bestämma ett straff för ta'azîr-brott, men är vägledad av *ijmâ*, *urf* och/eller analogislut till brott med fixa straff.¹⁶²

Enligt ett arabiskt talesätt är människor så lika som tänderna på en kam. Denna syn präglar den islamska straffprocessrätten och ligger till grund för kravet på straff för den skyldige och skydd för den oskyldige. Oavsett vilken brottskategori processen rör så har den åtalade långtgående rättigheter rörande bl.a. rätten till information om vilket brott han/hon är anklagad för, rätten att försvara sig, rätten till delgivning av de bevis som anförs mot honom/henne och prövning av en oberoende domstol. Den åtalade anses även oskyldig till dess motsatsen är bevisad och skuld måste fastställas bortom allt rimligt tvivel.¹⁶³ Med andra ord tillämpas många av de principer som är vanliga i väst även i den islamska traditionen. Den åtalade saknar dock rätt att överklaga då det islamiska domstolsväsendet saknar den hierarkiska struktur vårt system har.¹⁶⁴ Som vi sett är dock straffprocessen knuten till de polika brottskategorierna och tillämpar i viss utsträckning olika regler för var och en av dem.

¹⁵⁷ Haleem, Sharef & Daniels (red.) 2003, s.19-20

¹⁵⁸ Bassiouni (red.) 1982, s.56

¹⁵⁹ Haleem, Sharef & Daniels (red.) 2003, s.21

¹⁶⁰ Bassiouni (red.) 1982, s.213

¹⁶¹ Peters, 2005, s.66, råder delade meningar om den övre gränsen för straff för ta'azir-brott, en del menar att de inte kan vara strängare än hadd-straffen medan andra hävdar att de kan nå upp i nivå med dessa.

¹⁶² Lippman, 1989, s.47

¹⁶³ Haleem, Sharef & Daniels (red.) 2003, s.8-9, 63

¹⁶⁴ Haleem, Sharef & Daniels (red.) 2003, s.8

4.2 Legalitetsprincipen i sharī'ah

Precis som i svensk rätt är det som synes svårt att separera processrätt från straffrätt i den islamiska rätten. Legalitetsprincipen har trots allt sin verkan i just den gråzonen. I en bemärkelse är den en moraliskt laddad straffrättslig princip som fungerar som ett uttryck för medborgarnas rättigheter medan den mera tekniskt, processrättsligt, endast är värdefull utifrån de resultat den får. Som framkommit i diskussionen om haqq al-amn så kan vi inte finna legalitetsprincipen direkt uttryckt i den islamiska processrätten, men väl många av de centrala bakomliggande värdena om personlig säkerhet, förutsebarhet och rättvisa. Straffprocessrätten i sharī'ah bekräftar och förstärker dock det arbiträra draget i straffrätten och ger inget direkt stöd för legalitetsprincipen. Trots att vi hittills inte kunnat utverka någon faktisk princip som kan sägas motsvara legalitetsprincipen så kan mycket väl de enskilda momenten som utgör den finnas representerade. Därför ska vi nu titta närmare på de fyra principer som vi tidigare hämtat ur Frändes framställning för att se hur de är företrädda i den islamiska traditionen. Många kommentatorer menar att det finns åtskilligt stöd för de generella principer som utgör legalitetsprincipen inom islam. Fokus kommer att ligga på Koranen som den huvudsakliga rättskällan och jag kommer att behandla punkterna i den ordning som bäst förmedlar ett flödande resonemang.

4.2.1 Retroaktivitetsförbudet

Skyddet mot retroaktiv lagstiftning är mycket centralt när det gäller legalitetsprincipens tillämpning. Som vi sett är det också ofta i termer av non-retroaktivitet som regler om legalitet ges uttryck i olika sammanhang som t.ex. i internationella konventioner. Det är också just rörande non-retroaktivitet som den islamiska traditionen ger sitt kanske tydligaste uttryck för en idé om legalitet och förutsebarhet i lagstiftningen. När Mohammed hade grundat islam på 600-talet enligt vår tideräkning så kom den att spridas relativt fort. Den nya religionen innebar naturligtvis förändringar för dess anhängare från tiden före dess tillkomst. Kanske mycket just tack vare den relativt snabba utbredningen så kom också de islamiska reglerna att vara jämförelsevis accepterade gentemot tidigare etablerade handlingsnormer. Som också framkommit tidigare så bygger till och med islamska regler i viss utsträckning på tidigare traditioner. Den nya religionen var därmed tillåtande mot de tidigare traditionerna och accepterade i viss utsträckning de regler som tidigare gällt fram till islams intåg.

Koranen 8:38

*[Muhammad!] Säg till sanningens förnekare: Om ni gör slut på [ert motstånd till tron] skall det förflutna förlåtas er...*¹⁶⁵

¹⁶⁵ Sura Al-Anfāl 8:38, ur Koranen med tolkning från arabiska av Mohammed Knut Bernström

I detta korancitat finner man, vilket framgår tydligt, stöd för idén om non-retroaktivitet. De handlingar som utförts tiden före det att reglerna introducerats kommer inte att fördömas utan istället förlåtas. Denna princip har sedan tillämpats i en mängd fall rörande olika frågor som reglerats inom islam som t.ex. ribâ (ränteförbudet) och äktenskapsförbrytelser.¹⁶⁶ Det mest kända av de exempel som omnämns i Koranen och som också tagits till intäkt för principen om non-retroaktivitet är en regel rörande rätten att ingå äktenskap.

Koranen 4:22-23

*NI FÅR inte ta till hustru den som varit er faders hustru – dock, det som har skett, har skett – detta var ett skamlöst beteende, en ond och avskyvärd sed. Ni får inte ta till hustru er moder, er dotter, er syster...dock det som har skett, har skett. Gud är ständigt förlåtande, barmhärtig.*¹⁶⁷

I 4:23 görs en mer ingående uppräknig av de kvinnor med vilka man på grund av släktskap och liknande enligt islam inte får ingå äktenskap med. Den typ av äktenskap som uppräknas i korancitatet var tidigare tillåten bland stammarna på arabhalvön före islam som sedermera gjorde det till en synd.¹⁶⁸ Som vi kan se är dock de som följt de tidigare etablerade reglerna ursäktade sin handling. Den generella tillämpligheten av denna princip bekräftas även av ett uttalande av Profeten i en hadîth: när en man skulle konvertera till islam frågade han Mohammed om han skulle hållas ansvarig för sina tidigare överträdelser som då svarade ”Did you not know, O ’Amr, that Islam obliterates that which took place preceding it?”.¹⁶⁹ Denna regel utsträcktes även till att gälla straffrättsliga frågor som eventuella ”blodsskulder” som kunde härröras från tiden innan Profeten eftersom de islamiska institutionerna gällande skadestånd och blodspengar inte var etablerade då.¹⁷⁰ Det enda undantaget från principen om non-retroaktivitet och som är väl etablerat bland islamska rättslärda är om nya regler tillhandahåller mildare straff för den tilltalade än den regel som gällde vid tidpunkten för brottet så ska de mildare reglerna tillämpas.¹⁷¹

Vi kan alltså konstatera att principen om non-retroaktivitet är väl etablerad i islamsk rätt dels som en generell regel, men också mer specifikt rörande straffrätten.

¹⁶⁶ Bassiouni (red.) 1982, s.63

¹⁶⁷ Sura An-Nisâ’ 4:22-23, ur Koranen med tolkning från arabiska av Mohammed Knut

Bernström

¹⁶⁸ Baderin 2003 s.113

¹⁶⁹ Haleem, Sharef & Daniels (red.) 2003, s.70

¹⁷⁰ Baderin 2003, s.113

¹⁷¹ Bassiouni (red.) 1982, s.63

4.2.2 Kravet på lagenlighet

Principen om lagenlighet är den kanske enskilt viktigaste principen av de fyra som ligger till grund för legalitetsprincipen. Vanligtvis får den dock sällan ett tydligt uttryck utan brukar snarare behandlas som en del av reglerna kring non-retroaktivitet. Detta gäller även den islamiska traditionen varför stödet man finner ofta är tätt förknippat med just regler om retroaktivitet. Inledningsvis bör dock en viktig bestämmelse i islamsk rättslära lyftas fram som indirekt rör principen om lagenlighet och är central för det islamiska domstolsväsendet. Det är principen om lagens företrädare som brukar gå under benämningen principen om *legitimitet* bland islamiska rättslärda. Den innebär att offentliga beslut eller procedurer aldrig är gällande mot den enskilde för såvitt de inte är förenliga med lagen.¹⁷² Lagens ord ska följas och ingen står över detta.

Koranen 5:49

*Du skall därför döma mellan dem, stödd på det som Gud har uppenbarat [för dig, Muhammad] och inte foga dig efter deras önskningsar.*¹⁷³

Koranen 5:45

*Ja, de som inte dömer i enlighet med vad Gud har uppenbarat begår orätt mot sig själva.*¹⁷⁴

Ingen kan med andra ord påstå sig stå över lagen, inte ens den världsliga härskaren. På många sätt kan detta sägas ha grundlagt en elementär uppfattning om separationen mellan lagstiftande och verkställande makt eller en grundläggande rule of law om man så vill. Att separera lagstiftande och verkställande makt i ett religiöst rättssystem säger i och för sig inte särskilt mycket om regelns egentliga kraft eftersom den gudomliga makten är den enda legitima lagstiftaren. Däremot kan idén om lagens företrädare sägas ge ett visst stöd för principen om lagenlighet då allt vad som inte följer lagens ord är att anse som illegitimt.

Förutom denna bakomliggande idé om lagens företrädare så ger Koranen även mer direkt stöd för principen om lagenlighet. Som sagts ovan så är ofta dessa Korancitat tätt knutna till idén om retroaktivitet, men dess huvudsakliga innebörd ligger snarare närmare principen om lagenlighet. Det bör även poängteras att sharî'ah inte förespråkar en rigid implementering av de legalistiska principerna. I avsnittet ovan om haqq al-amn har vi kunnat se att vad vi skulle kalla för tillämpningen av legalistiska moment i viss mån varierar över de olika kategorierna av brott. Just denna relativistiska syn på vad som kan uppfattas som legalitet återspeglas även i att de islamiska rättslärda från de olika madh'hab främst ägnat sig åt att rent praktiskt

¹⁷² Weeramantry, C.G. *Islamic jurisprudence – an international perspective*, Hampshire 1988, s.79

¹⁷³ Sura Al-Mâ'diah 5:49, ur Koranen med tolkning från arabiska av Mohammed Knut Bernström

¹⁷⁴ Sura Al-Mâ'diah 5:45, ur Koranen med tolkning från arabiska av Mohammed Knut Bernström

granska och ordna de olika brotten. Det har i sin tur fått till följd att utvecklingen av generella principer i viss mån blivit lidande. Man bör i detta sammanhang dock inte glömma de principer som presenteras i Koranen och som sådana anses som evigt gällande i islamsk rättslära.¹⁷⁵

Koranen 17:15

Vi straffar inte [ett folk] förrän Vi sänt Vårt sändebud [till dem].

Koranen 17:16

Men när Vi har beslutat att låta ett folk gå under, varnar Vi dem i deras mitt som bara lever för nöjen och njutningar, och [om] de ändå [fortsätter] att trotsa Oss faller den ofrånkomliga domen över dem och Vi förintar dem alla.¹⁷⁶

Koranen 28:59

Men din Herre förgör inte städer som inget sändebud ännu kommit till för att framföra Vårt budskap...¹⁷⁷

Koranen 6:19

Säg: "Vilket vittnesbörd väger tyngst?" Säg: "Gud är vittne mellan mig och er [att] denna Koran har uppenbarats för mig för att jag med den skall varna er och alla som nås av den".¹⁷⁸

Essensen av dessa citat är att man inte kan ådraga sig ansvar för brottsliga handlingar såvida dess olaglighet inte först delgetts en. Att inte kunna straffas förrän lagen presenterats ligger onekligen mycket nära principen om nullum crimen sine lege i de västs rättstraditioner. Det föreligger dock en viktig skillnad. Utan att kunna presentera några djupgående principer om korantolkning så tycks det som att fokus i dessa citat ligger kring individens eller folkets subjektiva medvetenhet. Gud straffar inte förrän han sänt sitt sändebud och gud förstör inte staden förrän han sänt sitt budskap och det är först efter att de som lever för nöjen och njutningar blivit varnade som de förintas. I den religiösa kontexten tycks dessa regler vara en förmaning om att medvetet följa en särskild moralkodex. Är en person inte medveten om de handlingsregler han/hon förment har att följa kan dennes moraliska skuld också påstås vara mindre genomgripande.¹⁷⁹ Det är alltså först efter att människan *upplysts* i bemärkelsen blivit *subjektivt medveten* om de krav som kan ställas på henne som hon också kan skuldbeläggas. Rent historiskt passar även dessa regler väl in i det tidiga islam som under några

¹⁷⁵ Kamel, Taymour, *The principle of legality and its application in Islamic criminal justice*, I Bassiouni, Cherif (red.) *The Islamic criminal justice system*, New York 1982, s.157-158

¹⁷⁶ Sura Al-Isrâ' 17:15-16, ur Koranen med tolkning från arabiska av Mohammed Knut Bernström

¹⁷⁷ Sura Al-Qasas 28:59, ur Koranen med tolkning från arabiska av Mohammed Knut Bernström

¹⁷⁸ Sura Al-An'âm 6:19, ur Koranen med tolkning från arabiska av Mohammed Knut Bernström

¹⁷⁹ Detta är åtminstone sant i deontologiska, etiska inriktningar. Islam, liksom kristendom, är onekligen deontologisk.

århundraden genomgick en i det närmaste osannolik expansion. De nya folken skulle inte behandlas orimligt hårt innan de upplysts om de lagar och regler de haft att följa.

I formuleringen av kravet på lagenlighet innefattas även principen att domaren ej får utdöma straff som överstiger straffarten eller straffmängden i bestämmelsen och ej heller utgör en annan påföljd än den stadgade. Som vi sett ovan är denna princip tillsynes helt frånvarande i islamsk straffrätt. Qâdin har endast generella riktlinjer som gäller för hela kategorin ta'azîr om vilken typ av påföljd som är aktuell och i övrigt överlämnas beslutet om lämpligt straff i stort sett till domarens diskretionära beslutsområde.¹⁸⁰ Naturligtvis finns vissa riktlinjer att följa och emellanåt lagstadganden från centralmakten om lämpligt straff, men rent principiellt är qâdin obehindrad att utdöma straff på relativt fria grunder. Med andra ord är denna del av kravet på lagenlighet svårligen uppfylld i den islamiska traditionen.

Det är förmodligen ofrånkomligt att regler som stammar ur en religiös skrift kan ges en betydelse av moralkodex som skissats på ovan. Religiösa regler är, och regler i islam är inget undantag, åtminstone i viss utsträckning regler med etiska och moraliska anspråk. Dessutom framkommer det tydligt att principen om lagenlighet vid straffmätningen helt saknar erkännande. Men även med dessa aspekter tagna i beaktande så tycks det klart att det åtminstone går att finna ett visst teoretiskt stöd för principen om lagenlighet i den islamiska rättstraditionen.

4.2.3 Analogiförbudet

Enligt förbudet mot att utvidga den straffbara gärningen genom analogislut får domstolen vid sin tolkning av huruvida det föreligger motsvarighet mellan den konkreta gärningen och lagtextens gärningsbeskrivning inte gå utöver en normalspråkig eller juridiskteknisk förståelse av lagtexten. Huruvida denna princip har teoretiskt stöd i islamsk rätt eller inte är en relativt komplicerad fråga. Man kan dock börja med att konstatera att 'ulamân i stort inte uppmuntrar qiyâs eller analogislut gällande straffrättsliga regleringar.¹⁸¹ Denna uppfattning är dock långt ifrån absolut och åsikterna går isär bland islamska rättslärda. Qiyâs utgör som vi sett en central del av rättskälleläran. Många nya regler tillkommer just genom analogislut och qiyâs är ett av de viktigaste sätten på vilket rätten utvecklas till att innefatta nya områden och situationer. Om qiyâs legitimitet som rättskälla råder det dock konsensus. Mohammeds följeslagare, de tidiga juristerna, teologerna och 'ulamân i stort är överens om att analogi inom juridiken är en giltig rättskälla per se.¹⁸²

Det är just detta som gör frågan om ett analogiförbud så komplex. Qiyâs kan betraktas som en rättskälla i bemärkelsen: ett sätt att skapa nya regler. I detta

¹⁸⁰ Bassiouni (red.) 1982, s.219

¹⁸¹ Kamali 2003, s.294

¹⁸² Hassan 1986, s.426

avseende har qiyâs alltså på sätt och vis en lagstiftande funktion. Samtidigt kan även qiyâs ses som ett tillämpningssätt av lagen i bemärkelsen: att analogiskt tillämpa redan existerande regler. Gränsen mellan dessa två användningar av begreppet är hårfin och i det närmaste omöjlig att dra, men likväl är det just denna gränsdragning som är väsentlig i vårt fall. Att man genom analogiska resonemang utvidgar det straffbara området i en slags lagstiftande sammanhang är naturligtvis inte ifrågasättningsvärt utifrån analogiförbudet under legalitetsprincipen. Om vi håller oss till en formalistisk uppfattning av legalitetsprincipen så är det egentligen fullständigt likgiltigt hur en ny regel tillkommer, om det så är genom folkets vilja eller som ett resultat av min hunds åsikter. För en formalistisk legalitetsprincip är det endast väsentligt hur regler tillämpas när de väl är i bruk. Som sagts ovan så är tillämpningen av ett analogiförbud en något omstridd fråga inom islam. Det finns snart sagt lika många åsikter om analogislutens användning rent praktiskt inom juridiken som det finns rättslärda. En del menar att qiyâs endast är tillåtet rörande regler om världsliga företeelser så som vilken mat man bör äta. Andra menar att analogislut får sin auktoritet genom sin rationalitet och inte Koranen och sunnah varför qiyâs bör accepteras som det renaste uttrycket för guds vilja. Ytterliga andra godtar den logiska strukturen i qiyâs men menar att det inte är applicerbart på juridiska regler medan en del t.o.m. förkastar användningen av qiyâs helt och hållet.¹⁸³ Förespråkare för tillämpningen av analogislut brukar åberopa en mängd verser ur Koranen.

Koranen 4:59

*Troende! Lyd Gud och lyd Sändebudet och dem bland er åt vilka myndighet och ansvar anförtrotts; och om ni råkar i tvist om något, överlåt då avgörandet åt Gud och Sändebudet, om ni tror på Gud och den Yttersta dagen.*¹⁸⁴

Detta korancitat visar enligt förespråkarna för qiyâs på att tvister endast kan lösas genom att man ser till de tecken och indikationer som gud ger i Koranen och sunnah. Man beaktar sedan detta i samband med företrädesvis ytterligare ett korancitat:

Koranen 59:2

*Lär av detta, ni som ser klart!*¹⁸⁵

Denna position understöds sedan även av hadîthen om domaren som blir skickad av Muhammed till Yemen (se ovan). Man räknar med att qiyâs innefattas i ijtihâd och därmed omfattas av domarens möjlighet att nyttja sitt eget omdöme. I sunnah finns även exempel på att Muhammed själv använt sig av analogiska resonemang, bl.a. då han meddelar en kvinna som undrar över om det gynnar hennes döda far att hon utför en hajj åt honom att det på

¹⁸³ Hassan 1986, s.426-427

¹⁸⁴ Sura An-Nisâ' 4:59, ur Koranen med tolkning från arabiska av Mohammed Knut Bernström

¹⁸⁵ Sura Al-Hashr 59:2, ur Koranen med tolkning från arabiska av Mohammed Knut Bernström

samma sätt som det skulle gynna fadern att hon återbetalar hans ekonomiska skulder skulle gynna honom om hon återbetalar hans skuld till gud.¹⁸⁶

Samtidigt finns en i det närmaste rakt motsatt syn inom vilken man menar att det inte är upp till människan att söka de bakomliggande orsakerna och syftena med de gudomliga reglerna.¹⁸⁷ Även denna inriktning stöder sig naturligtvis på korancitat av vilka jag endast presenterar ett fåtal.

Koranen 6:38

*...ingenting har Vi förbisett i Vårt beslut.*¹⁸⁸

Koranen 5:47

*...de som inte dömer i enlighet med vad Gud har uppenbarat är syndare som trotsar Gud.*¹⁸⁹

Som vi kan se bygger såväl motståndare som förespråkare för qiyâs sina argument på samma grundantagande: att guds budskap och Muhammeds vittnesbörd är den enda säkra källan till juridiska regler. Synen på hur denna kunskap kan uppnås skiljer sig dock åt och rör främst möjligheten att på ett legitimt sätt kunna avgöra asl eller originalfallets väsentliga aspekter samt 'illah eller den bärande juridiska principen bakom ursprungsregeln.

Även om, som sagts ovan, analogislut rörande straffrättsliga spörsmål inte uppmuntras så gör de flesta rättslärda ingen åtskillnad mellan tillämpligheten på straffrättsliga regler och på juridiska regler i stort.¹⁹⁰ De korancitat och hadîth som åberopas till stöd för qiyâs är alla uttryckta i absoluta termer och fäster ingen särskild betydelse vid det straffrättsliga området varför man sluter sig till att det är tillämpligt med analogislut rörande alla delar av sharî'ah. Exempelvis har de allra flesta, förutom de tillhörande den hanafitiska skolan, godtagit en analogi mellan zîna, äktenskapsbrott, och sodomi och tillämpar därför hadd-straffet för zîna även rörande sodomibrott. Samtliga rättsskolor är dock överens om att qiyâs är tillämpligt i fråga om ta'azîr-brott.¹⁹¹

Sharî'ahs övergripande metod bygger i stort på analog snarare än analytisk tillämpning av rättsregler. Gränsdragningen mellan analogislut vid tillämpningen av en regel och analogislut som en rättskälla blir därmed ytterst suddig. När väl en eller flera auktoriteter utfört och bekräftat en särskild uttolkning av lagen så kan denna nya tolkning sägas vara att räkna som en gällande regel. Analogiförbudet är därmed relativt svårt att applicera på den islamiska rättens strukturer och funktioner.

¹⁸⁶ Kamali 2003, s.289

¹⁸⁷ Hassan 1986, s.451

¹⁸⁸ Sura Al-An'âm 6:38, ur Koranen med tolkning från arabiska av Mohammed Knut Bernström

¹⁸⁹ Sura Al-Mâ'idah 5:47, ur Koranen med tolkning från arabiska av Mohammed Knut Bernström

¹⁹⁰ Kamali 2003, s.203

¹⁹¹ Kamali 2003, s.293

4.2.4 Kravet på tydlighet

Kravet på tydlighet är den av de fyra punkterna som kanske kan sägas bära på minst principiell tyngd. Det är snarare fråga om en praktisk regel som fungerar som en slags förutsättning för de övriga principerna. Den är dock mycket väsentlig vid praktiska bedömningar av en specifik regels förutsebarhet och överensstämmelse med legalitetsprincipen. I Frändes formulering är det fråga om att *lagstiftaren* är förhindrad att utfärda obestämda straffbestämmelser rörande det straffrättsliga ansvaret. Det måste sägas stå klart att någon lagstiftare i den bemärkelse som vuxit fram genom den europeiska historien och som Frände säkert avser, inte ha någon relevant plats i den traditionella islamiska rätten. Naturligtvis instiftar den sekulära makten regler även i muslimska länder (se ovan rörande *qânûn*), men detta faktum är inte av intresse när vi granskar klassisk islamsk rätt. Där är gud den enda egentliga lagstiftaren. Guds ord har sedan förmedlats av ängeln Gabriel via Mohammed och har utifrån givna regler uttolkats av rättslärda genom åren. Lagarna är givna en gång för alla och vad som återstår är endast att uttolka den gudomliga viljan utifrån tidens skiftande förutsättningar.

I den islamiska traditionen skall man dock vara noga med att särskilja två auktoriteter gällande lagstiftningen. För det första den auktoritet gud har som instiftare av den faktiska lagtexten och för det andra den som innehas av jurister så som *uttolkare* av denna lagtext.¹⁹² Gällande den första auktoriteten saknas som vi sett ovan i viss mån relevans vad det gäller kravet på tydlighet då Koranen är tillkommen genom guds vilja en gång för alla. Avseende juristernas auktoritet kan man dock tänka sig att det kan uppställas krav på tydlighet i de rättslärdas uttolkning av lagen. Detta är dock inte lika självklart när vi betänker vilka rättskällor som finns. De som samlat ihop information om Mohammeds göranden och låtanden till hans sunnah har prioriteringar i sitt arbete, såsom sanningsgrad, som naturligtvis är mycket mer relevant än tydlighet. Det finns inte så många sätt att uttrycka vad Mohammed sagt och gjort på än de som redan noterats. Det är inte heller självklart att tydlighet har en prominent plats när det gäller *ijmâ'*. Konsensus inom *'ulamân* är inte institutionaliserat i bemärkelsen att rättslärda träffas med jämna mellanrum och kommer överens utan är snarare ett informellt uttryck för ett faktiskt tillstånd som är stätt under ständig förändring. Antingen är man överens om en uttolkning eller så är man det inte. I den utsträckning man räknar analogislut som en rättskälla så tycks det dock rimligt att ställa krav på tydlighet rörande dessa. Detta finns även uttalat inom *sharî'ah* där vissa rättslärda menar att krav på tydlighet kan uppställas rörande analogislut från koranregler.¹⁹³ Tydlighet i lagstiftningen kan i den bemärkelse som avses i legalitetsprincipen med andra ord svårigen sägas vara relevant i islamsk rätt.

¹⁹² Weiss, Bernard G, *The spirit of Islamic law*, Athens 1998, s.114

¹⁹³ Hassan 1986, s.427

Låt oss dock helt kort bortse från denna specifika diskussion och istället se närmare på hur tydlighet uppfattas inom islamsk rätt mer generellt. Vi bör dock hålla i åtanke att sharī'ah är mycket kasuistisk och i den bemärkelsen liknar common law-system snarare än civilrättsliga system.¹⁹⁴ Det är sällan så att en regel framgår tydligt i textform som sedan folket har att följa. Generellt sett är varje situation istället unik och ska bedömas utifrån de i den situationen relevanta parametrarna. Tydlighet i lagstiftningen är därmed ett koncept som inte är helt enkelt att passa in i den islamska rättens generella systematik. Detta bekräftas även i viss mån av det enda korancitat som jag sprungit på kring frågan.

Koranen 2:67

*OCH [MINNS] att Moses sade till sitt folk: "Gud befäller er att offra en ko" [och] de svarade: "Driver du med oss?" [Moses] sade: "Gud bevare mig för att göra något så dåraktigt!"*¹⁹⁵

Det är inte citatet taget för sig utan snarare citatet sett i sin kontext som ger oss en inblick i idén om tydlighet i lagstiftningen inom islam. Bernström har notat just denna åsikt och beskriver däri dess bakgrund. Anledningen till att folket frågar om Moses driver med de har sin grund i att föreskriften kungjordes utan några detaljer och i mycket allmänna ordalag.¹⁹⁶ Bernström påpekar sedan, med stöd hos andra kommentatorer av Koranen, att berättelsens lärdom är det föga tillrådliga i att söka tilläggsföreskrifter till religiösa påbud som ursprungligen formulerats i allmänna ordalag.¹⁹⁷ Man ska inte i onödan ytterligare komplicera lagens föreskrifter. Som vi ser styrker denna poäng i viss mån den tidigare presenterade framställningen om islams syn på tydlighet i lagstiftningen. Naturligtvis kan inte regler inom islamsk rätt vara totalt oförståeliga och arbiträra som vi sett rörande qiyâs. Men principen om krav på tydlighet hos lagstiftaren, så som vi hämtat den från Frände, har visat sig svår att applicera direkt på det islamska rättssystemet.

4.3 Legalitetsprincipen i formell islamsk rätt sammanfattning och kommentarer

Som vi sett tycks legalitetsprincipen i sin helhet aldrig ha kommit till uttryckt i den islamiska rättstraditionen. Vad som är intressant är dock att bilden blir något annorlunda när man dissekerar den och istället granskar dess bakomliggande grundsatser. De fyra principer som kan sägas ligga till grund för legalitetsprincipen är alla mer eller mindre noggrant beaktade i den islamiska traditionen. Den princip som tycks vara i störst överensstämmelse i de båda traditionerna är förbudet mot retroaktiv

¹⁹⁴ Rosen, Lawrence, *The justice of Islam*, Oxford 2000, s.57

¹⁹⁵ Sura Al-Baqarah 2:67, ur Koranen med tolkning från arabiska av Mohammed Knut Bernström

¹⁹⁶ Bernström, Mohammed Knut, *Koranens budskap*, Stockholm 2000, s.43 not 54

¹⁹⁷ Bernström 2000, s.34 not 55

lagstiftning. Inom islam har den ett mycket tydligt uttryck och en lång historia som förmodligen kan spåras till de tidiga kalifatet och islams dåtida expansion. Angående kravet på tydlighet i lagstiftningen har vi kunnat notera att den är svårapplicerbar på islamsk rätt. Även om idén naturligtvis är närvarande så får den aldrig riktigt relevans i ett system där gud är enväldig lagstiftare och juridikens uppgift i princip är att uttolka den en gång för alla givna, gudomliga viljan. Rörande förbudet mot analogislut vid tillämpningen av straffrättsliga bestämmelser finner vi även där en viss diskrepans. I den islamiska rätten utgör analogislut en av de viktigaste rättskällorna. Gränsdragningen mellan denna funktion och analogislut vid tillämpningen av en regel blir därför otydlig. Rättslärda har olika syn i frågan och trots att det generellt anses olämpligt att nyttja qiyās i straffrättsliga spörsmål så finns ingen strikt princip som ger uttryck för detta. Med andra ord tycks det här finnas en klar skillnad mellan principen om förbud mot analogislut och den islamiska traditionens normer på området. Betydelsen av denna skillnad förminskas dock något av den uppenbara olikheten mellan rättstraditionernas rättskällevärd.

Den kanske viktigaste principen, den om lagenlighet, är i viss utsträckning representerad i det islamiska rättsmedvetandet, men som vi sett dock med undantag vid utdelandet av straff. Men det är inte enbart rörande straffutmätning som principen om lagenlighet blir satt på undantag. Precis som vi lagt märke till redan från början så står den islamiska straffrättsstrukturen i viss mån i motsattställning till principen om lagenlighet. De diskretionära brotten eller ta'azîr tycks genom sin blotta natur stå i strid med denna princip. Som vi sett ovan består kategorin ta'azîr dels av de brott som stadgats i Koranen eller sunnah men som av olika anledningar inte kan kvalificeras som hudûd eller qisâs och dels de handlingar som anses strida mot samhällliga intressen, maslahah. Enligt vissa rättslärda måste domaren vid ta'azîr-brott bestämma huruvida handlingen kan anses strida mot texten i shari'ah för att därefter utmäta endast de straff som avsetts för ta'azîr. Domaren har alltså inget diskretionärt utrymme rörande den första kategorin av ta'azîr-brott annat än avseende straffbestämningen.¹⁹⁸ När det rör den andra kategorin ta'azîr-brott, alltså de som definieras genom maslahah, så är inte den brottsliga handlingen väl definierad i texten utan istället ges endast generella riktlinjer för bedömningen av huruvida handlingen är skadlig för samhället.¹⁹⁹ En handling tagen för sig kan vara tillåten, men den kontext den utförs i gör den till en överträdelse av det samhällliga intresset och därmed till ett ta'azîr-brott.²⁰⁰ Detta skulle naturligtvis stå i strid med principen om lagenlighet och i grunden kullkasta legalitetsprincipens tillämpning i islam. Sättet den senare kategorin av ta'azîr beskrivs ger dock intrycket av att det snarare rör frågor om vad vi i Sverige skulle klassas som straffprocessuella tvångsmedel såsom tvångsvård eller häktning. Man kan ådömas ansvar för ett ta'azîr-brott antingen om ens handlande medfört skada

¹⁹⁸ Haleem, Sharef & Daniels (red.) 2003, s.71

¹⁹⁹ Benmelha, Ghaouti, *Ta'azir crimes*, i Cherif Bassiouni (red.) *The Islamic Criminal Justice System*, London 1982, s.213

²⁰⁰ Haleem, Sharef & Daniels (red.) 2003, s.71

för samhället eller om man bär en potentiell risk att skada samhället.²⁰¹ Kamali ger exempel på detta med att domaren kan besluta att frihetsberöva den enskilde om denne har en svår psykisk störning eller häkta den enskilde vid recidiv- eller kollusionsfara.²⁰² Dessa är dock långt ifrån de enda situationer som ryms inom ta'azîr. De påföljder som står tillgängliga för domaren vid ta'azîr-brott såsom piskrapp, frihetsberövande och dödsstraff, tycks helt omotiverade om de enda "brott" som är aktuella rör sinnessjukdom och häktning av utredningstekniska skäl. Vi kan även hitta explicit nämnda exempel som bekräftar detta med mened, korruption och utpressning som tillhörandes ta'azîr-kategorin²⁰³ liksom förtal och det omtalade ränteförbudet, ribâ.²⁰⁴ I övrigt är faktiska exempel mycket sällan omnämnda av kommentatorer utan fokus ligger nästan uteslutande på typen av straff eller processen att kriminalisera genom ta'azîr.

Sammantaget kan man se att trots legalitetsprincipens synbara frånvaro i den islamiska traditionen så är de flesta av dess bakomliggande grundsatser ändå beaktade i någon utsträckning. Genomslaget är olika för de olika principerna, men i stort tycks åtminstone de idéer som utgör principen om legalitet finnas närvarande. För att bättre förstå den diskrepans som ändock finns, särskilt beträffande principen om lagenlighet avseende ta'azîr, så är det dags att lämna den formella lagen för att istället se närmare på den idémässiga och kulturella kontext i vilken reglerna har sin tillhörighet.

²⁰¹ Bassiouni (red.) 1982, s.214

²⁰² Haleem, Sharef & Daniels (red.) 2003, s.72

²⁰³ Bassiouni (red.) 1982, s.167

²⁰⁴ Haleem, Sharef & Daniels (red.) 2003, s.6

5 Legalitet och den islamska rättens grunder

Vad som slår en vid en granskning av den islamska rätten är att det trots allt finns en viss konkurrens mellan sekulärt och religiöst. Många av de juridiska reglerna rör typiskt religiösa företeelser, men det finns även ett stort utrymme för reglering av mer världsligt präglade samhällsfrågor t.ex. avseende vissa brott. Naturligtvis har många av dessa världsliga frågor kommit att inkorporeras i den religiösa sfären. Juristerna i den islamiska traditionen har alltid motsatt sig den världsliga maktens försök att enhetliggöra och skapa en gemensam kodifiering av sharī'ah. Istället har rättsskolornas auktoritet fortsatt att utvecklas och den sekulära maktens lagstiftande ambitioner istället inkorporerats i den religiösa rätten.²⁰⁵ Som vi sett ovan lämnas t.ex. genom ta'azīr ett visst utrymme för den världsliga makten att instifta regler utifrån hänsyn till allmän- och individualprevention istället för utifrån strikt religiösa normer. I det religiösa rättssystemet är naturligtvis inte a-religiösa frågor av samma intresse som religiösa. Få islamska rättslärda har ägnat något större intresse för just ta'azīr och andra tillsynes världsliga frågeställningar.²⁰⁶ De sekulära kategorierna kan i en sådan situation ha kommit att bli något styvmoderligt behandlade i rättsteorin. Detta skulle i sådana fall delvis kunna förklara de problem för legalismens genomslag i islamsk rätt som vi noterat ovan. Frågan är dock om det är så enkelt. Ta'azīr ingår trots allt i den religiösa traditionen där den fyller en funktion. Sharī'ah har aldrig varit ett medium för den världsliga maktens lagstiftningsambitioner utan måste även ha haft ett internt syfte med exempelvis ta'azīr som straffrättslig kategori.²⁰⁷ Frågan är därmed snarare utifrån vilket sammanhang som vi har att förstå legalitetsprincipens begränsningar i den islamska rättstraditionen. Om problemet inte primärt kan bestämmas av motsättningen mellan sekulärt och religiöst så bör vi istället titta på några grundläggande drag i den islamska rättens idégoods.

5.1 En islamsk uppfattning om rättvisa

En kommentator kunnig på islamsk kultur har skrivit:

Whereas Christianity is primarily the religion of love, Islam is above all the religion of justice. This does not, of course, mean that Christians are necessarily better at loving than Muslims, or that Muslim society lends itself more successfully to the realisation of justice...Nevertheless...the two watchwords, love and justice, can usefully act as signposts to a wide range

²⁰⁵ Khadduri, Majid, *The Islamic conception of justice*, London 1984, s.151

²⁰⁶ Bassiouni (red.) 1982, s.166

²⁰⁷ Rosen, Lawrence, 2000, s.64

*of differences between the two religions in terms both of their acknowledged practices and dogmas and of the unconscious prejudices of their adherents.*²⁰⁸

Citatet indikerar den stora betydelse som tillmäts frågan om rättvisa och orättvisa i den islamiska och arabiska kulturen. Ingen annan moralisk eller religiös princip, förutom existensen av den ”Enda Guden”, är tydligare betonad i Koranen än just rättvisa. Ett av Profetens viktigaste syften med sin sunnah var att förtydliga och precisera de abstrakta maximer om rättvisa som kommer till uttryck i Koranen.²⁰⁹ Uppfattningen om rättvisa inom islamsk kultur är naturligtvis fokuserad kring den gudomliga rättvisan, men kan förutom detta sägas kännetecknas av två aspekter som starkt präglar den, nämligen kontextualitet och reciprocitet.

5.1.1 Kontextualitet

Den slutliga, gudomliga rättvisan är av gud given och oss delgiven genom Koranen och Profetens sunnah.²¹⁰ Rättvisa i den utsträckning som människan kan förstå och utföra är därför inte absolut då detta ligger utanför människans fattningsförmåga. Vad som är väsentligt för mänskligheten är snarare att med hjälp av sitt förnuft skapa ett samhälle som maximerar den sociala nyttan istället för att ge uttryck för absoluta principer.²¹¹ Tyngdpunkten för denna människornas rättviseuppfattning ligger därför istället i en analys av sociala förhållanden och relationer snarare än i de gudomliga skrifterna. Lawrence Rosen är en av de forskare som har genomfört djupgående studier rörande just sociala och kulturella relationer i den islamiska världen. Han menar att just den institution i arabvärlden som de flesta icke-araber vid ett besök gör sig bekant med först, souqen, kan tjäna som en allegori för det arabiska samhället i stort. På marknaden är priserna inte satta och att pruta är givet. På samma sätt menar han att sociala relationer och det kulturella livet i det arabiska samhället är präglade av denna mentalitet. Precis som i souqen formas sociala förhållanden genom förhandling och rådplägning. Även om familjen, gruppen eller grannskapet kan utgöra grunden för en persons anknytningar så är det trots detta genom en ständig process i vilken sociala relationer omskapas och överprövas som man söker sin trygghet. I centrum för denna uppfattning står individen i ett nät av sociala förpliktelser som inkorporerar dennes sociala bakgrund och faktiska förbindelser.²¹² För att förstå en person söker man således reda ut dennes belägenhet i väven av relationer, vilket också är ett viktigt inslag i den arabiska berättartraditionen.²¹³ Det kronologiska perspektivet är t.ex. inte använt så som i väst. Detta blir tydligt även i Koranens struktur som är

²⁰⁸ Ruthven, Malice, *Islam in the world*, New York 2000, s.219.220

²⁰⁹ Khadduri 1984, s.10

²¹⁰ Khadduri 1984, s.3

²¹¹ Rosen 2000, s.171

²¹² Rosen, Lawrence, *Islamic "Case-Law" and the logic of consequence*, i June Starr och Jane F. Collier (red.) *History and power in the study of law*, Ithaca, N.Y. 1989, s.306

²¹³ Starr & Collier (red.) 1989, s.307

baserad på surornas längd snarare än tidsordning även om detta inte efterföljs helt strikt.²¹⁴ Man lär inte känna sanningen om en person över tid utan genom dennes relationella belägenhet.

Med andra ord är människans kontextuella situation mycket central för uppfattningen om rättvisa i den islamiska kulturen och därmed även juridiken. Vi får ett bra exempel på denna typ av relationell rättvisa om vi betraktar principer kring bevisning i den islamska domstolen. Muntlig vittnesbörd hyser absolut auktoritet när det gäller bevisning i straffrättsliga mål. Det som är skrivet kan vara felaktigt och kräver nästan alltid bekräftelse genom ett muntligt vittnesmål.²¹⁵ Den muntliga bevisningens betydelse i islamsk rätt ställer stora krav på vittnenas ärlighet och trovärdighet och efterhand har därför en praktik för att bedöma vittnen växt fram. Denna praktik är präglad av det kulturella synsätt vi talat om ovan. Domaren måste garantera vittnenas moraliska integritet och standard och ägnar då mycket tid åt en karaktärsbedömning som görs genom att utreda vittnets sociala tillhörighet och huruvida hon agerar i enlighet med sin sociala ställning.²¹⁶ En liknande bedömning brukar även utföras avseende parterna i ett mål.²¹⁷ Detta är tänkt att ge domaren ledtrådar om hur parterna eller vittnet interagerar i samhället och på så vis också en föraning om vad som faktiskt hänt i målet i fråga. Även om denna certifieringsprocess inte längre tillämpas så är dess grundläggande antaganden fortfarande viktiga vid bedömningen av ett vittnes trovärdighet och processen i en domstol.²¹⁸

5.1.2 Reciprocitet

Det arabiska språket är känt för sin breda vokabulär och sitt rika litterära uttryck. För varje handling eller begrepp om mänsklig aktivitet finns det vanligtvis dussintals mer eller mindre synonyma uttryck på arabiska som alla kan sägas konnotera olika aspekter av begreppet i fråga. Det ojämförligt vanligaste ordet för rättvisa på arabiska är dock ordet 'adl'.²¹⁹ Man tänker sig att den rättrådiga personens karaktär kan beskrivas med denna term och det har varit vanligt genom historien att vittnen har krävts vara 'adl innan de fått avge vittnesmål. Ordet 'adl betyder ungefär jämvikt, likvärdighet, ekvivalens, balans eller motvikt.²²⁰ Denna grundläggande idé kommer även till uttryck i Koranen.

Koranen 6:126

*Om ni besvarar [ett angrepp som ni utsatts för], besvara det då med samma medel som användes mot er*²²¹

²¹⁴ Campanini 2007, s.19

²¹⁵ Zubaida, Sami, *Law and power in the Islamic world*, London 2003, s.44-45

²¹⁶ Zubaida 2003, s.99

²¹⁷ Starr & Collier (red.) 1989, s.309

²¹⁸ Rosen 2000, s.73

²¹⁹ Khadduri 1984, s.6

²²⁰ Khadduri 1984, s.7

²²¹ Sura An-Nahl 6:126, ur Koranen med tolkning från arabiska av Mohammed Knut Bernström

Den semantiska betydelsen av begreppet 'adl ger en ganska god idé om den andra aspekten av rättvisa inom islam, den om reciprocitet och balans. Centralt för rättviseuppfattningen inom det traditionella islam är begreppet *haqq* som vi stött på ovan i *haqq al-amn*. Vanligtvis översätts *haqq* med "rättighet", men dess implikationer är betydligt mer skiftande och subtila än så. Betydelsen av *haqq* ligger närmare "rättighet och skyldighet/plikt" och berör fördelningen av just rättigheter och skyldigheter och de förpliktelser genom vilka människor är sammankopplade.²²² I en annan analytikers ord så är *al-haqq* "the...notion expressing the unity of the concepts of truth, right and obligation".²²³ Man kan med andra ord tala om en slags sammanflätning av begreppen "rättighet" och "skyldighet". En rättighet blir i denna kontext något man har rättmätig besittning över, den blir då något reellt, något som kan överflyttas mellan människor. Förstått på detta sätt är orättvisa ett tillstånd där delar av denna konkreta rättighet befinner sig på fel plats. Den rättvisa handlingen blir då åtgärden att återbörda denna förlupna del till sin rättmätiga plats.²²⁴ Rättvisa är alltså att återställa balansen i fördelningen mellan rättigheter och skyldigheter för att på så vis skapa harmoni. Denna balans kan sägas utgöra tingens ontologiska balans och den rättvisa handlingen är, förutom moraliskt rättfärdig, också en garant för stabilitet. Rättvisa är därför inte en rörelse framåt, en utveckling mot det ideala tillståndet, utan snarare en rörelse bakåt mot ett *återställande* av sakernas tillstånd.²²⁵ Vi kan även finna detta drag i den anti-utopiska hållning som vi talat om ovan.

Just denna uppfattning av det rättvisa tillståndet som det väl balanserade tillståndet återkommer även inom juridiken. *Shar'ah* eftersträvar att värna gemenskapens intressen snarare än individens. Syftet med lagen är att skydda de troendes gemensamma intressen medan den enskilde tas i beaktande i den mån det inte står i konflikt med gemenskapen.²²⁶ Lagen syftar alltså till att balansera och återställa förhållanden inom gemenskapen så som de varit och bör vara. Den rättvise härskaren är den som ständigt motarbetar den instabilitet som emanerar i att någon tilldelas en oproportionerligt stor del.²²⁷ Rättvisa i islam kan alltså sägas inkorporera en uppfattning om reciprocitet och restitution. Den rättfärdiga handlingen är att återgälda den orättfärdiga handlingen och att återställa balansen efter en avvikelse från jämvikten i sakernas tillstånd.

²²² Rosen 2000, s.156

²²³ Smirnov, A, *Understanding Justice in an Islamic Context: Some Points of Contrast with Western Theories*, i *Philosophy East and West*, vol.46 n.3 1996, s.343

²²⁴ Smirnov 1996, s.344

²²⁵ Smirnov 1996, s.345

²²⁶ Khadduri 1984, s.138

²²⁷ Rosen 2000, s.159

5.2 Diskretion och islamisk rättstradition som common law

Den islamiska uppfattningen om rättvisa som kontextuell och reciprok får direkt betydelse för juridiken och den juridiska processen. Den islamiska rättsliga kulturen saknar, jämfört med andra rättskulturer, i princip institutionellt stöd utan förlitar sig snarare på sin förankring i den religiösa gemenskapen.²²⁸ Den lokala anknytningen blir därför väldigt viktigt. Det islamiska rättssystemet är, för att använda Rosens ord, organiserat vertikalt snarare än horisontellt.²²⁹ Istället för att för sin stabilitet förlita sig på ett logiskt koherent system av lärosatser som bekräftar varandra så vilar man istället på återkopplingen till den lokala sedvänjan. Man nyttjar i den islamiska domstolen personal med lokal anknytning samt bruk och sedvänjor från trakten för att bygga upp en domstolsstruktur. Den lokalt anknutna domstolen underlättar för domaren att utföra sin primära funktion. Tanken är att den islamiska qâdin ska återskapa en situation där de inblandande åter försätts i en position i vilken de själva kan förhandla fram en uppgörelse.²³⁰ Målet för qâdin är att återställa personerna inför honom till fungerande sammanhang där de åter kan bygga upp sin relationella plats. Som vi kan se ligger detta helt i linje med individens sociala kontextualitet och domarens uppdrag att agera rättvist och återställa balansen i gemenskapen som vi behandlat ovan. Ett uttryck för detta är det faktum att alla mål som rör brott som inte kan kvalificeras som brott mot gud, alltså qisâs eller ta'azîr, måste initieras av den enskilde som lidit skada för att kunna tas upp för åtal under sharî'ah.²³¹

Vi kan här se att distinktionen mellan ta'azîr och hudûd, precis som vi trott, innefattar betydligt fler aspekter än endast distinktionen mellan den sekulära och den religiösa sfären. De handlingar som bedöms under de diskretionära kategorierna har det gemensamt att de bryter kontinuiteten i de sociala relationer som byggts upp mellan människor. Brottet är dock inte så allvarligt att det inte kan återställas utan att man tar hänsyn till den effekt det haft på gemenskapen i stort.²³² Hadd rör istället det område som bestämts av gud och som människan inte har förmåga till inflytande över. Dessa handlingar, i motsatts till dem som tillhör ta'azîr, leder till en skada som kan få ödesdigra konsekvenser för gemenskapen i stort och kräver därför en särskilt föreskriven åtgärd. Den diskretionära kategorin inom den islamiska straffrätten har med andra ord tydliga drag av vad vi i vår rättskultur skulle definiera som tillhörigt det civilrättsliga området snarare än det straffrättsliga.

²²⁸ Glenn, Patrick, *Legal traditions of the world*, New York 2007, s.180

²²⁹ Rosen 2000, s.74

²³⁰ Starr & Collier (red.) 1989, s.315-316

²³¹ Haleem, Sharef & Daniels (red.) 2003, s.6

²³² Rosen 2000, s.75

Islamsk rätt som common law

Inkorporerandet av den lokala kulturen i den juridiska processen bär på drag som gör den islamiska traditionen lik den vi finner i common law. Rosen ställer upp två punkter som är centrala inom common law. För det första är det fråga om ett system som i stor utsträckning decentraliserat makten till den lokala nivån, men med bibehållen centralt administrerad indirekt kontroll. För det andra tillåts lokala kulturella föreställningar och fakta bidra till den tillämpade lagen genom mekanismer av inkorporering.²³³ Under common laws barndom skapade den brittiska staten institutioner som omdirigerade administrationen av vardagliga rättsliga frågor till den lokala nivån. Samtidigt behöll man den slutliga makten centralt genom kontroll över domstolsapparaten samt genom att förbehålla sig rätten att utfärda dokument som reglerade rättsligt handlande. På detta sätt brukade den juridiskt skolade domaren åka från stad till stad för att avgöra mål som redan förberetts av den lokala administrationen.²³⁴ Den utbildade domaren hade sista ordet, men förlitade sig samtidigt i mycket stor utsträckning på den lokala förståelsen av den rättsliga problematiken. Detta kom att påverka den juridiska praktiken i common law. Common law var inte en abstrakt förlängning av juridiska principer utan var istället tvungen att ha ett uttryck som var funktionellt i den lokala kontexten.²³⁵ Ett praktiskt exempel på detta är naturligtvis jurysystemet.

Dessa historiskt präglade egenskaper ger en bakgrund till ett vanligt kommenterat drag hos common law och som vi även kan finna i den islamiska traditionen, nämligen den relativistiska synen på rätten. Justice Benjamin Cardozo, en känd domare i the Supreme Court i USA på 1930-talet, skall en gång ha sagt: "the common law is at bottom the philosophy of pragmatism; its truth is relative, not absolute".²³⁶ Detta framstår som naturligt om man tänker sig en rättskultur som är präglad av den lokala kulturen och där makt överläts till den lokala rättsskipande instansen. Vi kan här se hur analogislutet i den islamska rätten tycks passa väl in i denna struktur. Vanligtvis lämnar parterna in analogislut utförda av erkända rättslärda till domaren rörande det mål som är uppe för behandling. Dessa qiyâs utgår då inte från en abstrakt regel eller rättsfall ur vilken de hämtar en generell princip utan grundar sig istället på en specifik händelse ur vilken man hämtar regeln som är av intresse. Analogislutet fungerar alltså utifrån mycket breda juridiska begrepp som exemplifieras av enskilda händelser. Domaren har sedan att avgöra vilken qiyâs som får de mest fördelaktiga effekterna och såtillvida är den mest önskvärda i fallet i fråga.²³⁷ Det finns alltså en viss relativitet vilande i denna process som främst är beroende av specifika omständigheter snarare än givna abstrakta regler.

De två punkter som ovan presenterats som centrala för common law kan även med framgång appliceras på den islamiska traditionen. Gällande det

²³³ Rosen 2000, s.48

²³⁴ Glenn 2007, s.226

²³⁵ Glenn 2007, s.236

²³⁶ Citerat i Rosen 2000, s.48

²³⁷ Starr & Collier (red.) 1989, s.312

första kriteriet har, som vi sett, islamiska juridiska system sökt föra avgörandet av rättsliga dispyter nedåt i hierarkin, ned till den lokala nivån.²³⁸ Makten i systemet har alltså decentraliserats till en mängd enheter vilka alla utgörs av legitima beslutsfattare. Vi kan hitta ett bra exempel på detta i själva den islamska rättens struktur. Åtskillnaden mellan hudûd- och ta'azîr-brott har varit ett sätt att distribuera makt till domstolen. På området för hudûd har endast den ultimata religiösa auktoriteten, gud, makt att definiera den kriminella handlingen. Rörande ta'azîr får domstolen själv ett utrymme att fatta beslut. Qâdins uppgift har blivit definierad av kommentatorer som "rätt-finnande" snarare än att endast tillämpa sedan tidigare godtagna normer på ett nytt fall. Det är fråga om en dynamisk process i vilken varje fall ses som unikt och särskilt från varje annat fall.²³⁹ Ingen situation är den andra helt lik. Denna inställning kan göras tydligare med hjälp av ett marockanskt talesätt: "if the times are just, one day is for me and one day is against me".²⁴⁰ Denna praktik lämnar utrymme för den lokale domaren att just "finna lagen". Den iranska konstitutionen stadgar belysande:

Article 167

*The judge is bound to endeavour to judge each case on the basis of the codified law. In case of the absence of any such law, he has to deliver his judgement on the basis of authoritative Islamic sources and authentic fatwa. He, on the pretext of the silence, or deficiency of law in the matter, or its brevity or contradictory nature, cannot refrain from admitting and examining cases and delivering his judgement.*²⁴¹

Oavsett hur fallet utvecklar sig ska domaren avge en dom, eller finna lagen om man så vill. Ta'azîr kan i denna bemärkelse jämföras med kategorin "common law crimes" som i common law traditionen är av rättspraxis utvecklade straffbara gärningstyper.²⁴² Dessa av prejudikat bestämda brott tillämpas sedan genom analogislut på nya fall, precis som man i den islamiska traditionen använder sig av qiyâs. Det juridiska tänkandet i islam har dock som vi sett en stor bredd av auktoriteter i de olika juridiska skolbildningarna. Åsikterna växer och utvecklas därför parallellt i olika hierarkier vilket får till följd att motsägelser i rätten inte nödvändigtvis påverkar den övergripande enhetligheten.²⁴³ Av bl.a. denna anledning tillämpas inte principen om *stare decise* i islam.²⁴⁴ Skillnaden mot "the common law crime" är därmed att en qâdi inte har att följa prejudikat från andra, liknande fall så som en domare verksam inom common law har. Trots denna olikhet kan vi se att likheten gällande decentraliseringen av det juridiska beslutsfattandet är påtaglig.

²³⁸ Rosen 2000, s.50

²³⁹ Glenn 2007, s.178

²⁴⁰ Citerat i Rosen 2000, s.173

²⁴¹ The Constitution of the Islamic Republic of Iran, 1979

²⁴² LaFave, Wayne, *Criminal Law*, St.Paul 2000, s.38

²⁴³ Smirnov 1996, s.343

²⁴⁴ Khadduri 1984, s.149

Rörande det andra kriteriet har islamsk rätt i kanske än större utsträckning än common law en mängd mekanismer genom vilka lokala och kulturella aspekter kan inkorporeras i lagen för att tas i beaktande i det juridiska resonemanget. Som vi nyss nämnt motsätter sig sharî'ah tidigare domar som bindande för den rättsliga utvecklingen och skiljer sig på detta sätt från common law. Det finns dock en mängd andra anordningar som ersätter funktionen hos case law. Som vi sett ovan innefattar analogislutet referenser till likheter mellan specifika situationer valda ur kulturella kontexter. Förutom qiyâs kan även ijmâ' nämnas av rättskällorna som ett sätt att föra in kulturellt eller på andra sätt lokalt präglade, juridiska aspekter i den accepterade rätten som kanske t.o.m. haft sitt ursprung i "svagare" källor. Olika aspekter av ijtihâd som tillämpas av domstolsväsendet så som maslahah och istihsân får även de anses som ett sätt att inkorporera lokala uppfattningar i den tillämpade rätten.

Det finns med andra ord klara likheter mellan islamsk rätt och common law. Båda grundas i en uppfattning om juridiken som i viss utsträckning relativ. De underhåller också ett system för rättslig tillämpning som är starkt decentraliserat och överlåter mycket av beslutsauktoriteten till den lokala juridiska administrationen. På samma sätt som dessa traditioner förenas i sin juridiska struktur så förenas de av just det skälet även i sitt förhållande till legalitetsprincipen. För att använda den amerikanska rätten som ett exempel kan vi vid en mycket snabb överblick se att den står i ett mycket likartat förhållande till de fyra bakomliggande principer vi använt oss av i denna uppsats. Till att börja med finns det ett klart och tydligt förbud mot retroaktiv lagstiftning i den amerikanska konstitutionen.²⁴⁵ Men om vi närmare granskar den amerikanska rättskälleläran så ser vi att den på motsvarande sätt som sharî'ah får problem rörande principen om lagenlighet. En fällande dom i en amerikansk domstol kan i princip grundas på konstitutionen, skriven lagstiftning på olika politisk nivå eller common law.²⁴⁶ Som vi nämnt finns en klar likhet mellan common law crimes och ta'azîr. Även om godtyckligheten i detta förfarande mer eller mindre eliminerats i amerikansk rätt, genom successiv lagstiftning på området såväl som förutsebarhet i prejudikatsläran, så ger blotta tillämpligheten av common law i straffrätten problem med principen om lagenlighet. Vid tillämpningen av common law vid en straffrättslig bedömning så förutsätts i princip analog tillämpning av straffstadgandena.²⁴⁷ Med andra ord kan den amerikanska common law traditionen dessutom få problem med förbudet mot att genom analogislut utvidga straffansvaret att gälla nya handlingar, precis som sharî'ah. Principen om tydlighet i lagstiftningen är dock väl etablerad i amerikansk rätt och bygger på principer om förutsebarhet.²⁴⁸

Vi kan konstatera att common law har påtagligt likartade problem med legalitetsprincipens bakomliggande idéer som sharî'ah. Detta bygger naturligtvis på den strukturella likhet som de båda traditionerna uppvisar.

²⁴⁵ LaFave 2000, s.103, kallat förbudet mot *ex post facto* lagstiftning

²⁴⁶ LaFave 2000, s.69

²⁴⁷ Frände 1989, s.35

²⁴⁸ LaFave 2000, s.97

Med utgångspunkt i en decentraliserad domstolsmakt har det i båda traditionerna tillkommit diskretionära kriminaliseringskategorier. Utifrån det sätt på vilket common law crimes i den amerikanska rätten kan ifrågasättas i förhållande till principen om lagenlighet och dess tillämpning i förhållande till principen om förbud mot analogislut, så kan man i viss mån förstå kritiken även mot ta'azîr och qiyâs. Dessa kategorier är på många sätt ett uttryck för samma relativistiska hållning och möjliggör för domarens diskretionära beslutsutrymme vid avgörandet av ett nytt fall. Just denna iögonenfallande likhet mellan common law och islamsk rätt är mycket intressant då legalitetsprincipen på många sätt kan ses som ett resultat av Kontinentaleuropas juridiska tradition. Tillämpningen av denna princip kan därför resultera i komplexa frågor som egentligen är kopplade till artskillnaden mellan den civilrättsliga traditionen och, som i vårt fall, den islamiska eller engelsk-amerikanska och inte principen som sådan. Detta är dock en fråga som här inte kommer att tas upp närmare.

6 Sammanfattande slutsatser

De grundläggande idéerna om förutsebarhet och rättssäkerhet skiljer sig egentligen inte åt nämnvärt mellan den islamiska och den, i den utsträckning det är möjligt att tala om en enhetlig sådan, västerländska rättstraditionen. Däremot har skillnaderna i hur man valt att inordna sitt juridiska system skapat så pass stora skillnader att t.o.m. väldigt allmänt omfattade principer som legalitetsprincipen är svåra att applicera över gränserna. Som vi noterat i uppsatsen så är det fråga om en viss diskrepans mellan det islamiska straffrättsystemet och det västeuropeiska. Formell islamsk rätt tillåter ett större utrymme för den dömande makten att använda sig av analogislut att utvidga det straffrättsliga området samt att använda sig av källor för kriminalisering som inte enbart utgörs av lagtext eller allmänt etablerad praxis. Vid första anblicken tycks det alltså som att legalitetsprincipen inte är iakttagen i den islamiska traditionen och detta är förmodligen vad som föranlett kritiken av vad Weber kallade för *kadijustiz*. För att sätta detta i perspektiv bör man dock utvidga analysen att innefatta även annat än den rent formella lagstiftningen. Historiska såväl som sociala och filosofiska aspekter har därför tagits i beaktande i analysen.

Statens godtyckliga och fullkomliga maktutövning i Europa under 1600-1700-talet resulterade i protester och en omdefiniering av lagen till ett verktyg för individens rättighetsskydd. Det är också då som legalitetsprincipen på riktigt ser dagens ljus. Den har senare definierats närmare och fått ett uttryck som kunnat passa in väl även i en modernare kontext. Den islamiska rättstraditionen får vid första anblicken stora problem att tillämpa legalitetsprincipen som ju i stor utsträckning bygger på dessa historiska händelser. Som vi sett i kapitlet om den formella lagen så innefattar dock *shari'ah* vissa grundläggande principer som trots allt motsvarar de som utgör legalitetsprincipen. Förbudet mot retroaktiv lagstiftning är tillsynes helt uppfyllt liksom principen om tydlighet i lagstiftningen i den mån den är applicerbar. Men som nämnts vid flertalet tillfällen så finns dock inte någon direkt motsvarighet i *shari'ah* till principerna om lagenlighet samt förbudet mot analogislut. Även om de båda till en viss grad är representerade även i den islamiska kontexten så är de absolut inte strikt iakttagna. I båda fallen, såväl rörande *ta'azir* som *qiyâs*, så rör sig problematiken framförallt kring strukturella frågor i rättskälleläran. Vad avser principen om lagenlighet är det fråga om hur man valt att auktorisera kriminaliseringar och i fallet med förbud mot analogislut hur man valt att inordna rättskällorna.

Efter en närmare granskning av den islamiska rättens bakomliggande rättviseuppfattning och ideologiska ställning så framkommer mönster som i viss mån kan förklara avvikelserna från legalitetsprincipen sådan vi förstår den. *Qâdins* roll är i första rummet att försöka återställa balansen mellan de personer som ställs inför skranket och återföra de till en position ur vilken de har möjlighet att återskapa sina relationer. Detta förhållningssätt gäller

inte enbart för vad vi skulle definiera som civilrättsliga mål utan principen om reciprocitet i individers mellanhavanden rör även det straffrättsliga området. Distinktionen mellan ta'azîr och hadd är i viss mån ett resultat av att man velat särskilja den sekulära lagstiftningen från den av gud givna. Men det är långt ifrån enkelt att förklara denna skillnad. Ta'azîr är fortfarande en kategori i den religiösa rätten och har även den sin grund i Koranens och hadithernas förkunnelser. Dess existens kan i hög grad förklaras av shari'ahs struktur utifrån den vidare uppfattningen om rättvisa och lagens funktion. Ta'azîr utgör då den kategori brott, men kanske framförallt straff, som definieras, inte genom strikt tillämpning av lagtext eller praxis, utan genom en mängd lokalt anknutna källor så som qiyâs, maslahah mursalah och istihsân.

Just detta är vad som föranlett bilden av den islamske domaren som sittandes under en palm, ritandes i sanden avger sina domar på fullständigt godtyckliga grunder. Uppfattningen om godtycklighet har gjort att många teoretiker frågat sig om shari'ah ens kan sägas vara ett substantiellt regelsystem eller om det egentligen bara är en juridisk metodologi.²⁴⁹ En väl erkänd kommentator som Joseph Schacht har också han talat om shari'ah som en "jurists law".²⁵⁰ Detta tycks dock vara ett något förenklat sätt att avfärda den islamiska traditionen som outvecklad och teoretiskt naiv. Ta'azîr må utgöra en diskretionär kategori i shari'ahs strafflagstiftning, men godtycket är på intet sätt så långtgående som Webers *kadijustiz* ger intryck av. Som vi sett har shari'ah med sitt inkluderande av lokala element i rättsutövningen samt en slags relativistisk syn på lagen klara likheter med den anglosaxiska common law-traditionen. Med detta perspektiv kommer frågan om shari'ahs förhållande till legalitetsprincipen i ett annat ljus. Precis som common law har shari'ah klart uttryckta regler om förbud mot retroaktiv lagstiftning och på precis samma sätt får de båda traditionerna också problem med principen om lagenlighet och förbudet mot analogislut. Detta är naturligtvis inte enbart ett sammanträffande utan har sin grund i strukturella olikheter mellan den kontinentaleuropeiska tradition ur vilken legalitetsprincipen är sprungen och de övriga två.

Det finns en strikt teoretisk brytpunkt mellan legalitetsprincipens tydliga fokus på förutsebar lagstiftning jämfört med inkorporerandet av det diskretionära i strukturen för common law. Utan att föregripa en helt ny diskussion så kan man nog påstå att den allmänna uppfattningen är att den amerikanska common law rättstraditionen får sägas iaktta de krav som kan utverkas ur legalitetsprincipens bakomliggande principer. Användandet av lagstiftning och ett väl utvecklat system för prejudikatens betydelse gör att även de mera diskretionära inslagen i amerikansk common law står i överensstämmelse med legalitetsprincipen. Även om det inte framgår lika tydligt så kan förmodligen shari'ah på motsvarande sätt sägas uppfylla kraven på förutsebarhet och tydlighet. I amerikansk rätt får principen om stare decisive sammantaget med regler i konstitutionen och övrig skriften

²⁴⁹ Mayer, Ann Elisabeth, *The shari'ah: A methodology or a body of substantive rules*, i Nicholas Heer (red.), *Islamic law and jurisprudence*, Seattle 1990, s.178

²⁵⁰ Schacht 1982, s.199-211

lagstiftning till effekt att straffrätten tagen som helhet är att betrakta som förutsebar. På samma sätt uppnår den samlade styrkan i en mängd principer inom islamsk rätt en motsvarande typ av koherens. Området för ta'azîr kan begränsas eller utvidgas genom statlig eller administrativ lagstiftning. Gör det inte det rör kategorin i första hand de brott som inte går att passa in under övriga straffstadganden och därefter om handlingen utgjort ett brott mot samhället enligt maslahah mursalah. Vid avgörandet huruvida en handling utgjort ett brott mot samhället nyttjas sedan övriga etablerade funktioner i shari'ah som har till syfte att finna lagen som t.ex. qiyâs, ijmâ' och olika underavdelningar till ijtihâd.

Att det finns diskretionära inslag i shari'ah råder det ingen tvekan om, men att dessa skulle sakna all form av struktur stämmer inte alls. Peters uttalande om att legalitetsprincipen aldrig etablerats i islamsk rättslära är en sanning med modifikation. De flesta av de bakomliggande principer vi här tagit upp för granskning finns representerade. Det diskretionära inslaget märks tydligare i själva strukturen på rättssystemet samt i de inslag av relativism och lokalanknytning som finns inkorporerade. Problematiken i moderna muslimska stater med parallell bestraffning och hårda och oförutsebara straff har med största sannolikhet en politisk förklaring snarare än en juridisk. För i den traditionella islamska rättstraditionen finns som vi sett ett komplext system av praktiker som är tänkta att skapa en enhetlig rättslig struktur. Även om denna struktur rent teoretiskt och förmodligen inte heller praktiskt garanterar en strikt tillämpning av legalitetsprincipen så motbevisar den åtminstone uppfattningen om *kadjustiz* som under lång tid varit den allmänna uppfattningen om shari'ah och dess tillämpning.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Anders Davidson, Anders Forsberg & Vivi Löfstedt (red.), *Islams mångfald – stockholmskonferensen om islam 1989*, Stockholm 1990

Baderin, Mashmood, *International human rights and Islamic law*, Oxford 2003

Bernström, Mohammed Knut, *Koranens budskap*, Stockholm 2002

Campanini, Massimo, *The Qur'an*, New York 2007

Cherif Bassiouni (red.), *The Islamic criminal justice system*, London 1982

Esin Örüçü & David Nelken (red.), *Comparative law – a handbook*, Oxford 2007

Frände, Dan, *Den straffrättsliga legalitetsprincipen*, Helsingfors 1989

Glenn, Patrick, *Legal traditions of the world*, New York 2007

Hallaq, Wael, *The origins and evolution of Islamic law*, Cambridge 2005

Hassan, Ahmad, *Analogical reasoning in Islamic jurisprudence – a study of the juridical principle of Qiyâs*, Islamabad 1986

Herbert, Gary, *A philosophical history of rights*, London 2002

Hjärpe, Jan, *Araber och arabism*, Stockholm 1994

Hjärpe, Jan, *Sharî'a – gudomlig lag i en värld i förändring*, Stockholm 2005

Hussain, Jamila, *Islamic law and society – an introduction*, Sydney 1999

Häthén, Christian, *Stat och straff – rättshistoriska perspektiv*, Lund 2004

Ian Edge (red.), *Islamic law and legal theory*, Aldershot 1993

Joseph, Sarah, *The international covenant on civil and political rights – cases, materials and commentary*, New York 2000

John Esposito (red.), *The Oxford encyclopedia of the modern Islamic world*, i fyra band, New York 1995

- June Starr & Jane F. Collier (red.), *History and power in the study of law – new directions in legal anthropology*, Ithaca 1989
- Kamali, Mohammad Hashim, *Principles of Islamic jurisprudence*, Cambridge 2003
- Khadduri, Majid, *The Islamic conception of justice*, London 1984
- LaFave, Wayne, *Criminal law*, St. Paul, 2000
- Lernestedt, Claes, *Kriminalisering – problem och principer*, Uppsala 2003
- Liedman, Sven Eric, *I skuggan av framtiden – modernitetens idéhistoria*, Stockholm 1997
- Modéer, Kjell Åke, *Historiska rättskällor – en introduktion i rätts historia*, Lund 1993
- Muhammed Abdel Haleem, Adel Omar Sharef & Kate Daniels (red.), *Criminal justice in Islam – judicial procedure in the Sharî'ah*, London 2003
- Nicholas Heer (red.), *Islamic law and jurisprudence*, Seattle 1990
- Nordberg, Michael, *Profetens folk – stat, samhälle och kultur i Islam under 1000 år*, Stockholm 2002
- Nowak, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary*, Kehl 2005
- Pakes, Francis, *Comparative criminal justice*, Culompton 2004
- Peters, Rudolph, *Crime and punishment in Islamic law – theory and practice from the sixteenth to the twenty-first century*, Cambridge 2005
- Raz, Joseph, *The authority of law: essays on law and morality*, Oxford 1979
- Robinson O.F, Fergus T.D, Gordon W.M, *An introduction to European legal history*, Abigdon 1985
- Rosen, Lawrence, *The anthropology of justice*, Cambridge 1989
- Rosen, Lawrence, *The justice of Islam – comparative perspectives on law and society*, Oxford 2000
- Schacht, Joseph, *An introduction to Islamic law*, Oxford 1982
- Strzelewicz, Willy, *De mänskliga rättigheternas historia – från den amerikanska oavhängighetsförklaringen till våra dagar*, Stockholm 1983

Tamanaha, Brian, *On the rule of law – history, politics, theory*, Cambridge 2004

Weeramantry, C.G. *Islamic jurisprudence – an international perspective*, Hampshire 1988

Weiss, Bernard, *The spirit of Islamic law*, Athens 1998

Zubaida, Sami, *Law and power in the Islamic world*, London 2003

Offentligt tryck

SOU 1988:7 *Frihet från ansvar : om legalitetsprincipen och om allmänna grunder för ansvarsfrihet*

Artiklar

Hassan, Farooq, *The Sources of Islamic Law*, American Society of International Law Proceedings, no.76 1982, s.65-77

Lippman, Matthew, *Islamic criminal law and procedure: Religious fundamentalism vs. modern law*, Boston College International and Comparative Law Review, vol.XII no.1 1989, s.29-62

Smirnov, A, *Understanding Justice in an Islamic Context: Some Points of Contrast with Western Theories*, Philosophy East and West, vol.46 n.3 1996, s.337-350

Weiss, Bernard, *Interpretation in Islamic law: the theory of ijtihâd*, The American Journal of Comparative Law, vol.26 no.2 1978, s.199-212

Lagtext

Cairo Declaration on Human Rights in Islam, 1990

International Covenant on Civil and Political Rights, 1966

The Constitution of the Islamic Republic of Iran, 1979

The Constitution of Kuwait, 1962

The Constitution of the United Arab Emirates, 1971

The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950

The Universal Declaration on Human Rights, 1948