

بررسی تطبیقی قاعده «عطف بماسبق نشدن قوانین جزایی» در حقوق اسلام، حقوق موضوعه ایران و نظام حقوقی «کامن لا»

احسان ملکی*

چکیده: منظور از قاعده «عطف بما سبق نشدن قوانین جزایی» عطف بماسبق نشدن قوانین جزایی ماهوی است. این قاعده که از لوازم منطقی «اصل قانون بودن جرم ومجازات» است در حقوق اسلام یک قاعده عام و بدون استثناءست. مراحل سه گانه حکم شرعی یعنی مرحله «تشریح» که از آن خداوند است (ان الحكم الا الله) و مرحله «استنباط» و «اعلام و ابلاغ» احکام و قوانین که از آن انبیاء و اولوا الامر است «ما علينا الا البلاغ المبين» در حقوق اسلام دلیل قطعی بر وجود اصل قانونی بودن جرم ومجازات است. این مراحل از مجموع سه قاعده اصولی یعنی «اصل اباحه» - که ناظر به مرحله تشریح است - و «اصل برائت» و قاعده «قیح عقاب بلا بیان» که ناظر به مراحل استنباط و اعلام و ابلاغ قوانین می باشند - استنتاج می گردد. این قواعد که مستند به آیاتی از قرآن کریم و روایاتی از معصومین (ع) می باشد مورد قبول اکثریت قریب به اتفاق فقهاء و حقوقدانان است؛ لکن آنچه که در این تحقیق مهم به نظر می رسد نحوه دلالت آنهاست. به عبارت دیگر دلالت آنها بر اصل قانونی بودن دلالت «مجموعی» و «ترتیبی» است. در حقوق ایران با توجه به اصول ۳۶ و ۱۶۹ قانون اساسی قاعده عطف بماسبق نشدن قوانین جزایی به طور مطلق پذیرفته شده است از این لحاظ تقیید آن در قوانین جزایی به مجازات های تعزیری و یا بازدارنده دلیلی ندارد. این قاعده در نظام حقوقی کامن لا، از جمله اصل یک قانون اساسی ایالات متحده آمریکا و نیز ماده ۷ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر پذیرفته شده است و در نتیجه قانونگذار از وضع قوانینی که عطف بما سبق می شود منع شده است. با وجود این خود دادگاه ها در عمل مقید به این اصل نبوده و پایبندی به آن را مانع از پیشرفت کامن لا می دانند و در نتیجه با توسل به مکانیسم های دفاع اجتماعی و اصول مختلف آن را تعدیل می کنند.

کلیدواژه ها: عطف بماسبق، اسلام، حقوق، ایران، قواعد فقهی.

* دانشجوی کارشناسی ارشد، رشته الهیات، معارف اسلامی و ارشاد، ورودی ۱۳۸۳، دانشگاه امام صادق (ع).

مقدمه

«اصل قانونی بودن جرم و مجازات» و به تبع آن «قاعده عطف بما سبق نشدن قوانین جزایی» که در حقوق عرفی با عبارتهای «هیچ جرمی و هیچ مجازاتی بدون قانون وجود ندارد» و «قوانین جزایی عطف بما سبق نمی‌شوند» مطرح‌اند، از اصول مسلم و ثابتی هستند که ضامن حفظ حقوق و آزادی‌های فردی می‌باشند. با وجود این، فقدان نص صریح و روشنی در کتاب و سنت (از نظر حقوق اسلامی) که بر اعتبار این اصل دلالت نماید، موجب شده است که برخی از حقوقدانان از پایه و اساس منکر این اصل در حقوق اسلام شوند. از طرف دیگر پاره‌ای از استثنائاتی که از سوی حقوقدانان معاصر و برخی از فقها در مورد قاعده عدم عطف قوانین جزایی بماسبق مطرح گردیده است، موجب ایجاد سؤال‌ها و تردیدهایی در زمینه اعتبار و یا قلمرو این قاعده در حقوق اسلامی گردیده است (فیض، ۱۳۶۹: ج ۱، ۱۰۱). سؤال‌هایی از قبیل:

۱- آیا اصل قانونی بودن جرم و مجازات در حقوق اسلام پذیرفته شده است یا خیر؟
و اگر جواب مثبت است، این اصل از کجا و چگونه قابل استنباط است؟

۲- آیا قاعده عطف بماسبق نشدن قوانین جزایی، که از لوازم منطقی و عقلی اصل قانونی بودن است، در حقوق اسلام یک قاعده عام و مطلق است یا مقید و نسبی؟

۳- در حقوق موضوعه ایران با وجود اصول ۳۶ و ۱۶۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که اصل عدم عطف قوانین جزایی بماسبق را به طور مطلق پذیرفته‌اند، تقیید آن به مجازات‌های تعزیری و یا بازدارنده چگونه قابل توجیه است؟

یافتن پاسخ مناسب به سؤال‌ها فوق در فقه (مذاهب اسلامی) و حقوق موضوعه ایران هدف و انگیزه اصلی این تحقیق است که متن آن در دو بخش: الف - منابع اصل قانونی بودن جرم و مجازات در فقه و حقوق اسلام، ب - قاعده عطف بماسبق نشدن قوانین جزایی در حقوق موضوعه و حقوق اسلام به صورت تطبیقی تنظیم شده است.

ضمناً در این تحقیق به اقتضای تطبیقی بودن موضوع، از این قاعده در نظام حقوقی کامن لا^۱ (Common Law) هم بحث شده است.

۱- منابع اصل قانونی بودن جرم و مجازات در حقوق اسلام

۱-۱- قواعد اصولی

در متن قرآن و یا سنت هیچ نصی که بر اعتبار اصل «هیچ جرم و هیچ مجازاتی بدون نص وجود ندارد» دلالت کند، وجود ندارد. به عبارت دیگر در کتاب و سنت عین این عبارت وجود ندارد. با وجود این از بعضی آیات و روایات و نیز برخی قواعد اصولی می‌توان این اصل را استنتاج نمود و این استنتاج و استنباط هم - که تقریباً میان علما و حقوقدانان محل اجماع است - امر صحیح و درست می‌باشد.

از آیات و روایاتی که در گفتار بعدی ذکر می‌شود فقها و اصولیون قواعدی را که بیانگر مضمون اصل مذکور می‌باشد استخراج کرده‌اند که مهمترین آنها عبارتند از:

الف) اصل اباحه، ب) اصل برائت پ) قاعده قبح عقاب بلا بیان.

ما در این گفتار ضمن تشریح قواعد مذکور و نحوه دلالت مجموع آنها بر اصل قانونی بودن جرم و مجازات، نظریه‌های مختلف فقها را نیز نقل می‌کنیم؛ اما قبل از بیان این مطلب به مقایسه این قواعد، بویژه دو اصلاح اباحه و برائت پرداخته و وجوه افتراق و اشتراک آنها را ذکر می‌کنیم:

به طور کلی موضوع اصل برائت - که در مقام اثبات حکم ظاهری است (محمدی، ۱۳۷۰: ۲۸۳) - جهل به تکلیف شارع است؛ که واقعاً اعلام شده، ولی بنا به دلایلی به مکلف واصل نشده و او نسبت به آن جاهل است. منشأ این جهل و شبهه مکلف ممکن است ناشی از فقدان یا اجمال نص و یا تعارض دو نص باشد؛ در حالی که اصل اباحه - که برای شناخت حکم واقعی قضیه است - مبتنی بر این فرض است که در قوانین اسلام هم، موارد سکوت وجود دارد که اصلاً به بشر ابلاغ نشده و از روز اول حجت الهی آنها را بیان نکرده است. با این فرض به نظر می‌رسد که موضوع اصل

اباحه هم - که از جمله دلایل آن « قاعده قبح عقاب بلا بیان » است - اعم است از وجوب یا حرمت. یکی از حقوقدانان معاصر فرق‌های زیر را در مورد اصل برائت با اصل اباحه ذکر کرده است (محمدی، ۱۳۷۰: ۲۸۳):

اباحه حکم واقعی است؛ ولی برائت به معنی عدم مسئولیت در مقابل جهل به قانون در حقوق اسلام و یا جهل به مراد مقنن است.

قلمرو اصل برائت در محدوده بیان قانون است، ولی قلمرو اصل اباحه در محدوده سکوت قانون.

اباحه بحث حکمی و کلی است، ولی برائت گاهی بحث حکمی و کلی است و گاهی هم جزئی است.

برائت اصلیه یک بحث اثباتی است و به همین جهت طبعاً یک فرض قانونی است، ولی اباحه یک بحث ثبوتی است لذا نه فرض قانونی است و نه اماره و نه سایر ادله اثبات دعوا و...

با توجه به آنچه که گفته شد می‌توان دریافت که علی‌رغم تفاوت‌هایی که میان قواعد و اصول فوق از جهات مذکور وجود دارد، ولی از نظر آثار شرعی یعنی عدم تنجز تکلیف و مشروعیت مجازات یکسان هستند.

نکته دیگر این است که با توجه به مجموعه این قواعد می‌توان فهمید که برای قانونی بودن جرم و مجازات؛ اولاً لازم است حکمی «تشریح» شود (مفاد اصل اباحه و قاعده قبح عقاب بلا بیان)؛ ثانیاً این حکم وضع شده پس از استنباط به مکلف ابلاغ و اصل گردد (مفاد اصل برائت).

نکته آخر آنکه هم ادله شرعی و هم عقل این اصول را تأیید می‌کند؛ پس قواعد مورد گفتگو هم عقلی هستند و هم شرعی.

توضیح قواعد مذکور به شرح ذیل است:

الف) اصل اباحه: اباحه از ریشه بَوَح و بُوَح به معنی اجازه است و مباح هم که از اباحه مشتق شده در معانی اظهار، اعلان و اطلاق استعمال شده است (لنگرودی، ۱۳۷۵: ج ۳، ۳۵۴).

وقتی می‌گوییم اصل اولی در اشیاء و افعال اباحه است، یعنی اصل نخستین در همه کارها و اشیاء قبل از آنکه قانونی درباره آن وضع شود و حکم و جوب یا حرمت را برای آن مشخص کند، اباحه است؛ یعنی بر ترک یا انجام دادن آن کیفر یا پاداشی نیست؛ بنابراین نمی‌توان عملی را حرام یا جرم خواند، مگر آنکه دلیلی از طرف شارع بر آن وارد شده باشد.

استاد دکتر سید مصطفی محقق داماد در این زمینه می‌نویسد:

«اصل حظر به معنای منع، متضاد اباحه است و به این معنی است که تا دلیل شرعی بر جواز ارتکاب یک فعل وجود نداشته باشد باید از آن اجتناب نمود، بنابراین اصل اباحه هم که مقابل آن است، عبارت است از اینکه تا دلیلی بر حرمت ارتکاب یک فعل وجود نداشته باشد، می‌توان آن را انجام داد» (محقق داماد، ۱۳۶۷، ج ۲، ۲۹۹).

در مورد اینکه آیا اصل بر اشیاء و افعال «اباحه» است یا «حظر» میان فقهای مذاهب مختلف اسلامی اختلاف نظر وجود دارد:

فقهای مذهب شافعی معتقدند تا زمانی که دلیل بر حرمت چیزی وارد نشده است اصل، اباحه است.

بیشتر فقهای مذهب حنفی نیز این قاعده را پذیرفته‌اند و بعضی دیگر از اینها می‌گویند اباحه مستلزم مباح کننده است و مباح کننده خداوند متعال است که در خطاب خوب، مکلف را بین فعل و ترک مخیر سازد، پس وقتی که خطایی نباشد تخیر و اباحه‌ای نخواهد بود؛ پس افعال نزد این گروه نه ممنوع هستند و نه مباح و حرجی در فعل و ترک آنها نیست.

به نظر می‌رسد که این عده نیز با مفهوم عام اباحه موافق هستند، هر چند که اباحه را به معنای اول آن گرفته‌اند.

اهل ظاهر و گروهی از اصحاب قیاس و رأی (پیروان ابوحنیفه و شاگردان او) هم معتقدند که اصل در امور نه حظر است و نه اباحه، و حظر موقوف به بیان شارع است. نتیجه این قول هم نفی حرج از فعل یا ترک آن امور است.

پیروان مالک و شاگردان او هم می‌گویند اصل در امور حظر و منع است. به این دلیل که تمام اشیاء ملک خداوند عزوجل است و تصرف در ملک او بدون اذن، جایز نیست. به نظر می‌رسد که نظریه اصحاب حظر باطل است؛ چرا که نه دلیل بر اثبات اصالة الحظر وجود دارد و نه ضرورت عقلی آن را تأیید می‌کند. به این معنی که از نظر عقلی معنی حظر، ترجیح ترک یک امر بر فعل آن است به دلیل اینکه انجام آن متضمن ضرر است؛ بنابراین وقتی که دلیلی وارد نشده و عقل آن را اقتضا نمی‌کند چگونه می‌توان فهمید که ترک آن بر انجام دادنش ترجیح دارد و اینکه اصحاب حظر می‌گویند تصرف در ملک غیر بدون اذن او حرام است، درست نیست؛ چرا که اگر از طرف شارع تحریم و نهی نشده باشد، قبح آن مسلم نیست. مشهور نزد فقهای امامیه این است که عقل و شرع هر دو، بر اصل اباحه دلالت می‌کنند.

ب) اصل برائت: اصل برائت به این معنی است که چنانچه حکم و تکلیفی اعم از وجوب یا حرمت به مکلف نرسیده باشد و مکلف به واسطه عدم وصول این تکلیف مرتکب حرام و یا ترک واجب شود، از مسئولیت کیفری مبرا خواهد بود.

دلالت اصل برائت بر قانونی بودن جرم و مجازات بدین نحو است که عدم وصول و اعلام تکلیف به مکلف با عدم تنجز تکلیف مساوی است و عدم تنجز تکلیف نیز با عدم مشروعیت مجازات برابر است؛ و این همان مفهوم قانونی بودن جرم و مجازات است.

نکته دیگر آنکه صرف وجود حکم واقعی و یا حجت عقلی بر درک تکالیف، به تنهایی برای تنجز تکلیف و مشروعیت مجازات کافی نیست؛ چرا که در غیر این صورت، نیازی به بعثت انبیا نبود.

ب) قاعده قبح عقاب بلا بیان: برای استدلال به این قاعده در اصل برائت دانستن چند نکته ضروری است:

یک. همواره رتبه برائت عقلی از برائت شرعی متأخر است؛ به این معنا که زمانی می‌توان به قاعده فوق روی آورد که دلایل شرعی برای اثبات برائت کارآیی نداشته باشد.

دو. دخالت عقل در شرع تنها مربوط به مرحله امتثال است، اما در مرحله تشریح و قانونگذاری شارع است که طبق صلاحدید خود می‌تواند قانون وضع کند.
سه. اثبات برائت عقلی با قاعده مورد بحث، هنگامی صحیح است که کلمه «بیان» در قاعده به معنای وصول تکلیف به مکلف باشد نه صرف اعلام آن (محقق داماد، ۱۳۶۷: ج ۲، ۲۹۹).

چنانچه کلمه «بیان» مذکور در قاعده را به معنای عام (اعم از اعلام تکلیف از طرف شارع و وصول تکلیف به مکلف) در نظر بگیریم، معنای قاعده و دلالت آن هم عام بوده و شامل هر دواصل برائت و اباحه می‌شود.

نکته دیگر این است که قاعده مذکور با قاعده عقلی «لزوم دفع ضرر محتمل» ظاهراً تعارض دارد. بدین بیان که مطابق قاعده اخیر در هر موردی که احتمال ضرر وجود دارد، بر انسان لازم است که آن ضرر و خطر احتمالی را از خود دور کند؛ لذا در مورد شک و تکلیف طبق قاعده مزبور باید به تکلیف عمل نمود؛ بنابراین جایی برای برائت نیست.

با توجه به مراتب فوق باید دید که کدامیک از این قواعد بر دیگری تقدم و ترجیح دارد. اصولیان در رفع تعارض این دو قاعده می‌گویند (رکنی، ۱۳۷۲: ۷۰):

اولاً: مراد از کلمه «ضرر» در قاعده لزوم دفع ضرر محتمل، «خسارت‌ها و ضررهای دنیوی» است نه عقاب اخروی؛ بنابراین ربطی به قاعده قبح عقاب بلا بیان ندارد. ثانیاً: بر فرض که مراد از ضرر همان نوع اخروی باشد، راه حل تعارض این دو قاعده این است که با وجود قاعده اول دیگر جایی برای احتمال ضرر وجود

ندارد؛ چرا که از نظر عقلی قبیح است شارع نسبت به تکلیف مجهول خود، عقاب و مؤاخذه‌ای قرار داده باشد. در این صورت قاعده دوم جاری نخواهد بود.

به عنوان نتیجه نهایی می‌توان گفت که طبق قاعده مذکور، مکلف در مورد احکام مجهول شارع مسؤولیتی نداشته و مؤاخذه نمی‌شود؛ اما در جاهایی که حکم شارع روشن است و موضوع خارجی مشتبه گردیده است، این قاعده کارآیی ندارد.

۱-۲-۱- دلایل و مستندات قواعد فوق

۱-۲-۱- آیات قرآنی

الف) آیه ایطاء: «لینفق ذوسعه من سعته و من قدر علیه رزقه فلینفق مما آتاه الله لا یكلف الله نفساً الا ما آتاها» (طلاق، ۷)
در مورد مفاد آیه شریفه چهار احتمال وجود دارد که طبق برخی از آنها می‌توان برای اثبات اصل براءت به آیه شریفه فوق تمسک جست و مطابق بعضی احتمالات آیه ربطی به براءت ندارد.

- احتمال نخست: «ماء موصوله» کنایه از تکلیف و «آتاها» به معنای اعلام و ایصال باشد؛ در این صورت معنای آیه این است: خداوند بندگان را تکلیف نمی‌کند مگر به تکالیفی که اعلان نموده و بیان داشته است.
- احتمال دوم: «ماء موصوله» به معنای مال و «آتاها» به معنای اعطاست؛ طبق این احتمال آیه مربوط به انفاق اموال به مقدار میسور است.
- احتمال سوم: «ماء موصوله» به معنای اعم (هم به معنای مال و هم به معنای تکلیف) و «آتاها» نیز به معنای اعم (هم اعطا و هم اعلام و ابلاغ) باشد. اشکال این احتمال آن است که مستلزم استعمال لفظ در بیشتر از معنای واحد می‌باشد؛ بنابراین باطل است.

علی رغم وجود احتمالات مختلف می توان گفت که استدلال به آیه در اثبات برائت بنا به دلایل زیر صحیح است:

اولاً: مفاد آیه عمومیت داشته و منحصر به انفاق اموال نیست؛ به دلیل: ۱- بیان شدن جمله عام «لایکف الله نفساً الا ما آتاها» پس از مورد خاص؛ ۲- در جمله عام، گرچه مسئله عدم مشروعیت تکلیف و مجازات نسبت به مکلف غیر قادر مطرح است، ولی به دلیل اینکه یکی از مصادیق عدم قدرت مکلف جهل او نسبت به تکلیف می باشد، استناد به آیه در اثبات برائت صحیح است.

ثانیاً: کلمه «ایتا» - که مسأوی با «اعطا» است - در آیه نشان دهنده این است که عطا کردن هر چیزی به حسب خود سنجیده می شود؛ بنابراین «ایتاء» تکلیف هم به معنای اعلام کردن وصول آن به مکلف است.

ثالثاً: این اشکال که به لفظ در بیش از یک معنا استعمال شده است، وارد نیست زیرا معنای «ایتا» همان «اعطا» است و گوناگونی و اختلاف مربوط به شیء مورد اعطاست نه خود اعطا؛ پس کلمه «ایتا» در یک معنا استعمال شده است.

نتیجه استدلال این است که: آیه شریفه در این معنا ظهور دارد که تکلیف قطعی خداوند تنها در صورتی است که آن تکلیف به اطلاع مکلف رسیده باشد، لذا مکلف نسبت به تکالیف مجهول هیچ گونه تعهدی برای عمل ندارد.

ذکر این نکته هم لازم است که بعضی از حقوقدانان استناد به آیه فوق را در بیان عنصر قانونی جرم با این استدلال که «ظاهر آیه عدم تکلیف به غیر مقدور است نه عدم تکلیف بدون بیان» صحیح نمی دانند (انصاری، ۱۳۷۹: ۳۳۵)؛ ولی همان طور که گفته شد چون تکلیف بدون بیان هم از مصادیق تکلیف به غیر مقدور است پس استدلال به آیه، در مسئله مورد گفتگوی ما صحیح است.

ب) آیه: «لا یكلف الله نفساً الا وسعها» (بقره، ۲۸۶): به موجب این آیه چون تکلیف به آنچه که حکم آن به مکلف نرسیده از مصادیق تکلیف مالا یطاق بوده و تکلیف مالا یطاق هم محال است؛ لازمه تکلیف بیان احکام است.

پ) آیه: «ما کُنا معدّین حتی نبعث رسولا» (اسراء، ۱۵): استدلال به این آیه شریفه در اثبات اصل برائت و عنصر قانونی جرم و مجازات به گونه‌ای خالی از ایراد، بدین ترتیب است که:

از نظر عرفی از آیه شریفه فهمیده می‌شود که عذاب خداوند متوقف بر بعثت رسولانی است که مبلغ احکام او می‌باشند. و بعثت رسول در فرستادن عذاب و مجازات، موضوعیتی ندارد، بلکه رسول وسیله و طریق ایصال و ابلاغ تکالیف بر بندگان و اتمام حجت بر آنان است؛ بنابراین مراد از انتخاب و فرستادن رسول هم، فرستادن «خود» رسول نیست بلکه مراد ابلاغ احکام است. پس اگر فرض شود خداوند رسولی را بفرستد، لیکن رسول او در زمان خاصی بنا به مصلحتی یا دلیل دیگری احکام خدا را به مردم اعلام نکند، نمی‌توان گفت که چون خداوند رسولی فرستاده، مردم را عذاب می‌کند. همچنین اگر رسول خدا بعضی از احکام او را به مردم برساند، مجازات کردن مردم نسبت به احکامی که اعلام نشده است نیز برخلاف مفاد آیه مذکور است و نیز اگر رسولی جمیع احکام الهی را در زمان خودش به مردم اعلام بکند، لیکن به مردم عصرهای بعدی واصل نشود عذاب آنان با آیه ناسازگار است. پس آنچه موجب استحقاق عذاب و مجازات است، ابلاغ و ایصال احکام به مکلفین است» (گرجی، ۱۳۷۱: ج ۱، ۲۸۸).

با توجه به آنچه که گفته شد وجه قوی بودن استدلال به این آیه در میان سایر ادله روشن است و ایرادات مطرح شده قابل پاسخگویی است؛ مخصوصاً این ایراد که آیه در مقام نفی عذاب فعلی است و نه استحقاق عذاب، چرا که این امر تاثیری در رفع عقاب و مؤاخذه در صورت عدم وصول حکم به مکلف - که همان اصل برائت است - ندارد (روح‌الله خمینی، ۱۳۶۳: ۱۳۹).

ت) آیه: «ولا تقولوا لما تصف الستمکم الذکب هذا حلال و هذا حرام لتفتروا علی الله الذکب ان الذین یفترون علی الله الذکب لایفلحون.» (نحل، ۱۱۶): مراد آیه فوق نهی از بدعت در دین است؛ یعنی چیزی از حلال و حرام داخل دین مکنید و

چیزی که از دین نباشد و به وسیله وحی نرسیده باشد در میان جامعه باب می‌کنید، که این افترا به خداست هر چند که باب‌کننده‌اش آن را به خدا نسبت ندهد (روح‌الله خمینی، ۱۳۶۳: ۱۳۹).

البته آیات دیگری هم بر عنصر قانونی بودن جرم و مجازات و اصل برائت وجود دارد که برای پیشگیری از اطاله کلام به همین مقدار اکتفا می‌شود.

۱-۲-۲- اخبار و احادیث

الف) حدیث رفع که اهل سنت و امامیه آن را از پیامبر (ص) نقل کرده‌اند: «رفع عن امتی تسعه: الخطا و النسیان... و مالا یعلمون و مالا یطیقون و...» (طباطبایی، ۱۳۶۷: ج ۱۲، ۵۶۱). از امت من ۹ چیز برداشته شده است: خطا، فراموشکاری... و آنچه که نمی‌دانند و آنچه که از طاقت آنان خارج است...

بیان استدلال به این حدیث مبتنی بر چند مقدمه است که بعد از ذکر آنها، نتیجه استدلال را نیز نقل می‌کنیم:

یک. معنای ظاهری حدیث یعنی منتفی بودن و رفع امور مذکور در حدیث نمی‌تواند مراد باشد؛ چرا که این حالت‌های واقعی در خارج برای مکلف وجود داشته و قابل رفع نیست؛ لذا برای توجیه حدیث باید کلمه‌ای را در تقدیر گرفت تا معنای حقیقی «رفع» روشن شود.

دو. در مورد کلمه محذوف و مقدر در حدیث اختلاف نظر وجود دارد: به نظر مرحوم شیخ انصاری کلمه «مواخذه» و بنا به عقیده مرحوم آخوند خراسانی کلمه «آثار الشرعیه» در تقدیر است.

سه. کلمه «ما» در «مالا یعلمون» می‌تواند دارای سه معنا باشد: فعل مکلف، حکم شرعی و اعم از هر دو.

به عقیده شیخ انصاری با توجه به رعایت وحدت سیاق در سایر قسمت‌های حدیث، معنای اول صحیح است و لذا با توجه به همین نکته کلمه محذوف

«مؤاخذه» می‌باشد؛ زیرا مؤاخذه بر حکم بر خلاف مؤاخذه بر فعل معنای معقولی ندارد؛ ولی از نظر آخوند خراسانی نیازی به رعایت وحدت سیاق در سایر فقرات حدیث نیست، بلکه موضوع با توجه به متعلق خود معنا پیدا می‌کند لذا معنای سوم صحیح است (اعم از فعل و حکم شرعی) بر این اساس کلمه مقدر «آثار الشرعیه» به معنای عام می‌باشد (آخوند خراسانی، ۱۳۸۴: ۳۴۳).

چهار. علمای اصول اتفاق نظر دارند آثاری که شرعاً بر خود حالات مذکور در حدیث مترتب است، برداشته نمی‌شود؛ به عبارت بهتر، آن دسته از آثار و احکام شرعی که موضوع آنها خطا و نسیان و... است رفع آنها به دست شارع معقول نیست؛ مانند اثر و حکمی که بر قتل خطایی و یا اکراهی مترتب است (آخوند خراسانی، ۱۳۸۴: ۳۴۳).

با توجه به مقدمات مذکور می‌توان گفت که طبق حدیث رفع، در صورت جهل مکلف به حکم یا موضوع شرعی اعم از وجوب و حرمت، عهده و ذمه وی از چنین تکلیفی بری خواهد بود.

ب) حدیث سعه: «الناس فی السعة ما لا یعلمون»: این حدیث دو گونه خوانده شده است: اولاً، با تنوین کلمه «سعه» و «ما» مصدری که در این صورت معنای حدیث این است که: مردم تا زمانیکه جاهل هستند، مؤاخذه نمی‌شوند. ثانیاً، با اضافه شدن کلمه «سعه» به «ما» و موصوله بودن کلمه «ما» که با این بیان معنای آن این است که: مردم در مورد مسأله‌ای (حکمی) که نسبت به آن جاهل هستند مؤاخذه نمی‌شوند. دلالت این حدیث بر برائت و عدم لزوم احتیاط بسیار واضح است؛ چرا که اگر هنگام جهل به واقع، احتیاط لازم بود در آن صورت مردم در سعه و گشایش نبودند، بلکه باید احتیاط را رعایت می‌کردند و این امر بدون اشکال موجب ضیق است نه سعه و گشایش (حرعاملی، ۱۳۶۷: ج ۳، ۲۱۸).

البته از این دو تعبیر، صورت دوم بهتر مطالب را به اثبات می‌رساند؛ چرا که مورد اول بیشتر به مجزی بودن عمل مکلف در زمان جهل نسبت به زمان علم و انکشاف واقع اشاره دارد، چون حدیث طبق این معنا، دارای نوعی مفهوم غایت است.

پ) حدیث اطلاق: «کل شیء مطلق حتی یرد فیه نهی» (سبحانی، ۱۳۶۳: ج ۲، ۱۷۴): طبق این حدیث از امام صادق(ع) هر چیز در حالت اطلاق و رهایی بسر می‌برد، مگر اینکه درباره آن نهی و تکلیفی وارد شود.

استدلال به این حدیث مستلزم دانستن دو نکته زیر است:

یک. منظور از «ورود نهی» در حدیث می‌توان دو گونه باشد:

- ممکن است منحصرأ به معنای اعلام تکلیف شرعی باشد؛

- منظور از ورود نهی ممکن است وصول آن به مکلف باشد؛

چنانچه حدیث را به صورت اول معنا کنیم به نظر می‌رسد دلالتش بر اصل اباحه که بیانگر یک حکم واقعی است بیشتر است تا برائت، و در فرض دوم دلالت حدیث بر اصل برائت در شبهه‌های تحریمیه مسلم است.

دو. نکته دوم این است که با توجه به کلمه «نهی» در حدیث، تنها در شبهه‌های تحریمیه می‌توان به استناد کرد.

ت) حدیث حلّ: «کل شیء لک حلال حتی تعلم انه حرام» (حرعاملی، ۱۳۶۷:

ج ۱۸، ۱۲۷): این حدیث دو قسم دارد:

قسم اول: کل شیء لک حلال، در این بخش امام(ع) فرموده‌اند تمام اشیاء عالم حلال و مباح هستند نه مکلفین در انجام آنها ملزم هستند تا ترک در حقشان حرام باشد و نه مجبور به ترک آنها هستند تا فعل حرام محسوب گردد، بلکه طبع تمام اشیاء و افعال حلیت و اباحه است.

قسم دوم: حتی تعلم انه حرام... به موجب این بخش از حدیث، حکم اباحه تا وقتی است که به حرمت چیزی علم پیدا نشود و پس از علم به آن، باید به مقتضای علم رفتار شود.

(ث) حدیث حجب: «ما حجب الله علمه عن العباد فهو موضوع عنهم» (حرعاملی، ۱۳۶۷: ج ۱۷، ۹۲): این حدیث ظاهراً ناظر به آن دسته از احکام واقعی است که اصلاً به بشر ابلاغ نشده و از روز اول، حجب الهی آنها را بیان ننموده است؛ بنابراین دلالتش بر اصل اباحه و قبح عقاب بلا بیان صریح است.

البته این نحوه استدلال به حدیث فوق مشتمل بر دانستن این نکته است که آیا در حقوق اسلام می توان مواردی را تصور کرد که قانون و حکمی در مورد آنها وضع نشده باشد؟

در این مورد عده ای از فقها معتقدند که در قانون اسلام ابدأ موارد سکوت وجود ندارد و شارع در هر مورد قانون وضع کرده ولی به علل تاریخی قسمتی از این قوانین از دسترس مردم دور مانده است (کلینی، ۱۳۶۴: ج ۱، ۱۶۴).

ولی این نظریه به دلایل زیر خطاست (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵: ج ۳، ۳۵۴):

- پیامبر اکرم (ص) فرموده است: «ما احل الله فهو حلال و ما حرم فهو حرام و ما سکت عنه فهو عفو فاقبلوا من الله فان الله لم یکن لینی شیئاً»

- حدیث حجۃ الوداع که همه فرق مسلمین آن را پذیرفته اند: «افی کل عام؟

فقال (ص) لو قلت نعم لوجب، ذرونی ما ترکتم فانما هلک من کان قبلكم

بکنره مسائلهم و اختلافهم علی انبیائهم»

در آخرین حجی که پیامبر (ص) آن را به جا می آورد و به مردم توصیه می نمود

یکی پرسید: آیا در هر سال حج واجب است جواب داد: هر گاه بگویم آری واجب

خواهد شد. راجع به مسائلی که تکلیفی معین نکردم مه رسید که موجب هلاک است و

از این رهگذر بسیاری از اقوام پیشین به هلاکت افتاده اند.

از این دو نص به خوبی می‌توان دریافت که در سیستم حقوق اسلامی هم، موارد سکوت قانون وجود داشته است، نتیجه آنکه زمینه افعال مردم و قوانین مانند نقوشی هستند که بر صحیفه اباحه رسم می‌شوند آنچه که از این صحیفه سفید است زمینه اباحه است و این از بدیهیات عقول است، این را اباحه اصلیه می‌نامند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵: ج ۳، ۳۵۴).

با توجه به آنچه تاکنون گفته شد می‌توان چنین نتیجه گرفت: در حقوق موضوعه قانونی بودن جرم و مجازات‌ها ایجاب می‌کند که اولاً: قانونی در خصوص جرایم و مجازات‌ها وضع شود (مرحله تصویب قوانین). ثانیاً: این قانون مورد تأیید واقع شود (مرحله امضای قوانین). ثالثاً: این قانون پس از تأیید به مردم اعلام شود (مرحله انتشار قوانین).

در حقوق اسلام هم اصل قانونی بودن و به عبارت دیگر شرط وجود و تنجز تکلیف مستلزم آن است که اولاً: حکمی باید «تشریح» شود و تا حکمی از سوی خداوند وضع نشده است اصل بر اباحه است؛ به عبارت دیگر اصل اباحه ناظر به مرحله تشریح قوانین و احکام است. ثانیاً: حکم وضع شده پس از «استنباط» و جوب یا حرمت آن به مکلف «اعلام» و ابلاغ می‌گردد. در غیر این صورت اصل بر برائت است و عقاب بلابیان هم قبیح است؛ به بیان دیگر اصل برائت و قاعده قبح عقاب بلابیان ناظر به مرحله «اعلام» و ابلاغ احکام است.

بنابراین با عنایت به دلالت و مستندات مجموع اصول و قواعد قبلی که متضمن مراحل مختلف حکم شرعی است می‌توان گفت اولاً: سخن کسانی که منکر این اصل در حقوق اسلام هستند، ادعای باطلی است ثانیاً: بعید نیست حقوق موضوعه نیز در توجه به این مراحل مختلف قانونگذاری، از حقوق اسلام متأثر شده باشد.

در پایان این گفتار ذکر این نکته قابل توجه است که اصل قانونی بودن جرم و مجازات در اعلامیه اسلامی حقوق بشر مصوب ۱۴ محرم ۱۴۱۱ ه. ق. اجلاس وزرای خارجه سازمان کنفرانس اسلامی در قاهره به شرح زیر پیش بینی شده است: «هیچ

جرمی یا مجازاتی نیست مگر به موجب احکام شریعت» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵: ج ۳، ۳۵۴).

۲- قاعده عطف بما سبق نشدن قوانین

یکی از لوازم و نتایج منطقی اصل قانونی بودن، قاعده «عطف بماسبق نشدن قوانین» است. به طوری که نفی آن ملازمه با نفی اصل قانونی بودن داشته و نوعی نقض غرض خواهد بود.

۲-۱- قاعده عطف بماسبق نشدن قوانین در حقوق موضوعه ایران

برای روشن شدن جایگاه و قلمرو این قاعده در حقوق موضوعه خصوصاً حقوق ایران این موضوع را در چند مقوله زیر مورد بحث قرار می‌دهیم:

۲-۱-۱- معنای قاعده: مراد از این قاعده آن است که قانون لاحق نسبت به آنچه که قبل از وضع و انتشار آن جریان داشته هیچ تاثیری نداشته، تنها نسبت به وقایع و اعمال بعد از وضع و انتشار آن حاکم است.

۲-۱-۲- مبنا و اعتبار قاعده: پیروان مکتب اصالت فرد که هدف از تشکیل اجتماع و قواعد حقوقی را حفظ آزادی‌های انسان و حقوق طبیعی او می‌دانند، معتقدند که قانون حاکمیت مرهون اراده عمومی است و همه باید آن را محترم شمارند و این امر وقتی تحقق می‌یابد که قانون به طور صریح یا ضمنی مورد قبول همگان قرار گرفته و دست کم به اطلاع آنان رسیده باشد. نتیجه منطقی وابسته بودن اعتبار قانون به آگاهی اشخاص ممنوع بودن حکومت آن بر گذشته است. به همین جهت قاعده «عدم تاثیر قوانین نسبت به گذشته» یکی از اصول اساسی حکومت و ضامن حفظ آزادی‌های فردی در برابر تجاوز قانون است. برعکس پیروان مکتب حقوق اجتماعی که جامعه را اصیل و حق را امتیاز اجتماعی می‌پندارند برای فرد در برابر اجتماع حقی نمی‌شناسند و به همین جهت اهمیتی را که پیروان اصالت فرد به قاعده مذکور می‌دهند انکار کرده و می‌گویند:

«اعتبار همه قواعد محدود به مصلحت اجتماعی است و در جایی که نفع عمومی امری را ایجاب کند، هیچ قاعده‌ای نمی‌تواند مانع از تحقق آن شود» (ناصرزاده، ۱۳۶۹: ۹).

مهمترین ثمره و فایده این بحث آن است که در صورتی که قاعده بی‌اثر بودن قانون در گذشته در شمار قواعد حقوق طبیعی در آید و به عنوان ضامن آزادی‌های فردی محترم شمرده شود، طبیعی است که قانونگذار نیز حق تجاوز به آن را ندارد؛ ولی هر گاه مبنای آن حفظ مصالح عمومی باشد، چون این مصلحت امری نسبی است و گاه منافع اجتماعی ایجاب می‌کند که قاعده نو در گذشته نیز اثر کند، قانونگذار آزاد است تا مصالح گوناگون را ارزیابی کند و متناسب با مورد تصمیم بگیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۸۱-۸۳).

دقت و تأمل در قوانین موضوعه ایران نشان می‌دهد که قانونگذار ایران هر دو مبنا را در نظر داشته است؛ بدین معنا که در این مورد قایل به تفضیل شده و عطف بماسبق نشدن را در قلمرو قوانین جزایی، به عنوان یک اصل اساسی و ضامن آزادی‌های فردی دانسته است؛ پیش‌بینی این امر در اصول مختلف قانون اساسی از جمله اصول ۳۶ و ۱۶۹ (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۸۱-۸۳) معنایی غیر از این ندارد؛ اما در قلمرو سایر قوانین و از جمله قوانین مدنی، بیشتر نظریه پیروان حقوق اجتماعی مورد توجه بوده است. با توجه به اینکه قاعده «عطف بماسبق نشدن قوانین جزایی» در قانون اساسی مقرر شده است، این قاعده نه تنها در برابر قوه قضائیه و مجریه اعتبار دارد بلکه بر خود قوه مقننه هم ایجاد الزام می‌کند و در نتیجه نمی‌تواند - حداقل در قلمرو جرایم و مجازات‌ها - قوانینی را وضع کرده و به گذشته عطف کند.

۲-۱-۳- قلمرو قاعده و استثنافات آن: تعیین حیطة و محدوده اعمال قاعده

ایجاب می‌کند که قلمرو آن را در دو زمینه قوانین جزایی و قوانین مدنی مورد مطالعه قرار دهیم:

الف) قلمرو قاعده در قوانین جزایی: بند اول: قوانین ماهوی و استثنائات قاعده عطف بماسبق نشدن. بطوری که از اصل ۱۶۹ قانون اساسی و ماده ۱۱ قانون مجازات اسلامی بر می آید قاعده عطف بماسبق نشدن مربوط به قوانین جزایی ماهوی است و اصل در این گونه قوانین آن است که به گذشته عطف نمی شوند مگر در موارد زیر:

- قوانین تفسیری: در مواردی که قانونگذار در مقام رفع ابهام و اجمال از قانونی آن را تفسیر می کند چون در واقع قانون جدیدی محسوب نمی شود و به گذشته معطوف می شود. آرای مختلف دیوان عالی کشور هم حاکی از عطف بماسبق شدن این نوع قوانین است.

- تصریح مقنن: هر چند که این مورد هم توسط حقوقدانان به عنوان استثنا بر اصل عطف بماسبق نشدن قوانین جزایی پذیرفته شده است ولی معلوم نیست که با مطلق بودن قاعده عطف بماسبق نشدن در قانون اساسی این تقیید چگونه قابل توجیه است؟ به نظر می رسد در مسائل جزایی حتی خود مقنن هم نمی تواند قانونی را وضع کرده و به گذشته عطف کند.

- قوانین ملایم تر: برابر ماده ۱۱ قانون مجازات اسلامی:

«... هیچ فعل یا ترک فعل را نمی توان به موجب قانون متأخر، مجازات نمود لیکن اگر بعد از وقوع جرمی، قانونی وضع شود که مبنی بر تخفیف یا عدم مجازات بوده و یا از جهات دیگر مساعدتر به حال مرتکب باشد نسبت به جرایم سابق بر وضع آن قانون تا صدور حکم قطعی مؤثر خواهد بود و در صورتی که به موجب قانون سابق حکم قطعی لازم الاجرا صادر شده باشد به ترتیب زیر عمل خواهد شد:

- اگر عملی که در گذشته جرم بوده و به موجب قانون لاحق جرم شناخته نشود در این صورت حکم قطعی اجرا نخواهد شد و اگر در جریان اجرا باشد موقوف الاجرا خواهد ماند و در این دو مورد و همچنین در موردی که حکم قبلاً اجرا شده باشد هیچ گونه اثر کیفری بر آن مترتب نخواهد بود. این

مقررات در مورد قوانینی که برای مدت معین و موارد خاصی وضع شده است اعمال نمی‌گردد.

• اگر مجازات جرمی به موجب قانون لاحق تخفیف یابد، محکوم علیه می‌تواند تقاضای تخفیف مجازات تعیین شده را بنماید و در این صورت دادگاه صادر کننده و یا دادگاه جانشین با لحاظ قانون لاحق مجازات قبلی را تخفیف خواهد داد.

• اگر مجازات جرمی به موجب قانون لاحق به اقدام تامینی و تربیتی تبدیل گردد فقط همین اقدامات مورد حکم قرار خواهد گرفت».

بدیهی است که این مورد هم با توجه به منبای قاعده عطف بماسبق نشدن قوانین جزایی در حقیقت استثنا تلقی نمی‌شود چون در این مورد نه فقط حقی از محکوم علیه ضایع نمی‌شود بلکه به نفع او هم می‌باشد.

البته احراز قوانین ملایم‌تر به سهولت امکان پذیر نیست؛ با وجود این در موارد زیر مسلم است که قانون جدید ملایم‌تر بوده و در نتیجه بماسبق عطف می‌شود:

قوانین مربوط به ایجاد جرم و تغییر وصف آن؛ این نوع قوانین که مرتبط با قوانین مربوط به تعریف جرم و عناصر تشکیل دهنده آن و مسؤولیت مجرم می‌باشند، در موارد زیر به گذشته سرایت داده می‌شوند:

قانونی که جرمی را حذف کند. (بند یک ماده ۱۱ قانون مجازات اسلامی)
 قانونی که کیفیت مشدده را زایل کند؛ برای مثال به موجب ماده ۸۶ قانون تعزیرات، توهین به افراد عادی موجب مجازات تا ۳۰ ضربه شلاق است از سوی دیگر در ماده ۸۷ همین قانون به اعتبار شخصیت فرد مورد توهین کیفیت مشدده‌ای وضع شده، مجازات تا ۷۴ ضربه شلاق تشدید می‌شود بنابراین چنانچه قانونی این کیفیت مشدده را ملغی کند، به گذشته عطف می‌شود.

قانون جدیدی که عوامل توجیه کننده ایجاد می‌کند.

قانونی که یک عامل عدم قابلیت اسناد جدید را بیان می‌کند. قوانینی که معاذیر معاف کننده را ایجاد می‌کنند؛ (عذرهای معاف کننده، اوضاع و احوالی هستند که مقنن پیش‌بینی کرده و موجب معافیت از مجازات می‌شود).

قانونی که عذر تخفیف دهنده ایجاد می‌کند؛ (تفاوت عذر تخفیف دهنده با کیفیت مخففه این است که کیفیت مخففه در مورد کلیه جرایم تعزیری پیش‌بینی می‌شود، ولی عذر تخفیف دهنده را مقنن در مورد جرم خاصی پیش‌بینی می‌کند؛ مثل ماده ۷۱ قانون تعزیرات).

قانونی که کیفیت مخففه‌ای را پیش‌بینی می‌کند. قانونی که عناصر تشکیل دهنده جرم را افزایش می‌دهد؛ مثلاً تحقق عنوان مجرمانه را به تکرار عنصر مادی می‌داند. قانونی که وصف جرم را عوض می‌کند؛ مثلاً جرم را قابل گذشت اعلام می‌کند.

مثال دیگر در این مورد ماده ۲۹۶ قانون مجازات اسلامی است؛ به موجب این ماده: «چنانچه کسی قصد تیراندازی به کسی را داشته باشد و تیر او به انسان بی گناه دیگری اصابت کند، عمل او خطای محض است» که قبل از تصویب ماده مذکور در سال ۱۳۷۰؛ رویه قضایی با استنباط از قوانین موجود این عمل را «قتل عمدی» می‌دانست.

قوانین مربوط به مجازات:

قانونی که مجازات جرم را در جهت ملایم‌تر کردن تغییر دهد، مثلاً مجازات را به اقدامات تامینی تبدیل کند.

قانونی که تعلیق اجرای مجازات جرمی را پیش‌بینی کند که قبلاً غیر قابل تعلیق بود؛ مثلاً به موجب قانون تشدید مجازات اختلاس و کلاهبرداری، مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام (۱۳۶۷) چنانچه مجلس وجه مورد

اختلاس را قبل از صدور کیفرخواست پردازد، مجازات حبس او معلق می‌شود.^۱ در حالی که قبلاً مجازات جرم اختلاس قابل تعلیق نبود. بنابراین هر چند اصولاً مجازات جرم اختلاس هنوز هم به موجب ماده ۳۰ قانون مجازات اسلامی غیر قابل تعلیق است، ولی در این مورد این قانون خاص و ملایم‌تر است، در نتیجه به گذشته هم عطف می‌شود.

قانونی که حداقل و حداکثر مجازات جرمی را تغییر می‌دهد؛ در این مورد رویه قضایی حداکثر مجازات را ملاک قرار می‌دهد. بنابراین چنانچه حداکثر مجازات جرمی کاهش پیدا کند نسبت به قانون قبلی اخف است. هر چند که حداقل آن هم افزایش یابد.

بند دوم: قوانین شکلی و استثنائات اصل عطف بماسبق شدن در قوانین شکلی یعنی قواعد مربوط به آئین دادرسی کیفری که در زمینه کشف جرم، تحقیق و تعقیب آن و همین طور نحوه دادرسی و صلاحیت دادگاه‌ها و اجرای حکم کیفری وضع می‌شود، اصل، عطف بماسبق شدن است و خلاف آن استثناست که موارد آن ذکر خواهد شد. در مورد دلیل این امر حقوقدانان می‌گویند:

«قاعده معروف عطف بماسبق نشدن قوانین جزایی به خوبی از منطوق و مفهوم اصل ۱۶۹ قانون اساسی و ماده ۶ قانون مجازات عمومی و ماده ۱۱ قانون مجازات اسلامی استنباط می‌شود؛ زیرا از یک طرف منطوق مواد یاد شده فقط اطلاق به قواعد حقوق جزای ماهوی داشته و ناظر به جرم و مجازاتند و از طرف دیگر در قلمرو آیین دادرسی فرض این است که قانون لاحق بهتر از قانون سابق راه تشخیص حقیقت و اجرای عدالت را نشان می‌دهد. و حقوق و آزادی‌های متهم را به نحو اطمینان بخش‌تری تضمین می‌کند؛ بنابراین باید فوری به اجرا گذاشته شود که مالاثر قهقرایی می‌یابد»^۲.

استثنائات وارده بر قاعده عطف بماسبق شدن قوانین شکلی جدید:

قانون شکلی جدید نمی‌تواند حق مکتسبه حاصل از قانون شکلی سابق را از بین ببرد؛ مثلاً چنانچه به موجب قانون شکلی قبلی مهلت اعتراض به حکم ابلاغ شده به محکوم علیه ده روز باشد و در فاصله ابلاغ حکم و تسلیم اعتراض، قانونی وضع شود که مهلت اعتراض را به پنج روز کاهش دهد این قانون را نمی‌توان در مورد مذکور اجرا نمود.

قانون شکلی شدیدتر به گذشته اثر نمی‌کند؛ مثلاً اگر قانون جدید طول مدت «قرار بازداشت موقت» را در جریان تحقیقات مقدماتی افزایش دهد در این صورت شامل متهمین پرونده‌های قبلی نمی‌شود.

تحقیقاتی را که در زمان حکومت قانون سابق به طور صحیحی انجام یافته، حتی پس از تصویب قانون شکلی جدید و تغییر مقررات قبلی باید صحیح و معتبر دانست و این مورد هم نباید مشمول عطف بماسبق شدن قوانین شکلی شود. مثلاً مطابق ماده ۴۰ قانون آیین دادرسی کیفری تحقیقات مقدماتی در جنحه و جنایت با بازپرس بود لکن در سال ۱۳۵۲ مقرر شد که تحقیقات مقدماتی جنایت با دادستان باشد؛ بنابراین دادگاه نمی‌تواند تحقیقات مقدماتی جنحه را که قبلاً مطابق قانون قبلی توسط بازپرس انجام گرفته نادیده گرفته و بگوید که دادستان باید این امور را انجام بدهد.

ب) قلمرو قاعده در قوانین مدنی: مواد ۴ و ۹۵۵ قانون مدنی حاکی از آن است که قانونگذار می‌تواند قوانین مدنی را به گذشته معطوف کند (آخوندی، ۱۳۸۰: ج ۱، ۶۰-۶۱). و این امر به لحاظ آن است که در مورد عطف به گذشته این گونه قوانین از نظر قانون اساسی منعی وجود ندارد.

با وجود این، تغییر وضع گذشته باید جنبه استثنایی داشته باشد و دولت خود را در این راه آزاد نیند. از آنجا که خوبی و بدی و زشتی و زیبایی نسبی است و هر امر زیان‌باری کم و بیش فایده‌ای دارد، حاکمیت قانون برگزیده نیز فوایدی در بر دارد و برای استفاده از همین فایده قانونگذار می‌تواند هر جا مصلحت می‌بیند برای گذشته

قانون وضع کند ولی این فواید در برابر زیان‌های آن ناچیز است و قاعده این است که قانون برآینده حکومت کند نه برگزیده. این امر به اندازه‌ای حائز اهمیت است که متزلزل ساختن روابط سابق و از بین بردن حقوقی را که اشخاص به دست آورده‌اند، اخلاقاً هم قبیح و ناپسند است؛ بنابراین دولت عاقل نیز نباید از این نیروی معنوی غافل بماند؛ چرا که عدم توجه به این امر اجرای قانون را با مشکل مواجه ساخته و دولت را در تعقیب هدف‌های خود با شکست مواجه می‌سازد.^۴

پ) نکاتی چند در مورد تعیین زمان وقوع جرم و قانون حاکم: یکی از مسائل مهمی که در مورد قاعده عدم اعطف قوانین بماسبق مطرح می‌شود مربوط به تشخیص زمان وقوع جرم است؛ در برخی موارد مثل جرم آنی (فعل یا ترک فعلی که زمان ارتکاب آن فوری باشد مانند سرقت و ...) تعیین تاریخ وقوع جرم و قانون حاکم چندان مشکل نیست. برعکس در موارد دیگر که ذکر آن ذیلاً می‌آید این امر به سهولت امکان‌پذیر نمی‌باشد:

- جرم مستمر: جرم مستمر که در مقابل جرم آنی مطرح است، جرمی است که عنصر مادی آن توأم با قصد مجرمانه مستمر برای مدتی دوام داشته باشد؛ مانند استعمال نشان‌ها و درجه‌های نظامی و توقیف غیر قانونی اشخاص. در مورد قانون حاکم بر جرم مستمر با وجود اختلاف نظری که در میان حقوقدانان وجود دارد، می‌توان گفت چون در جرم مستمر اراده مجرمانه مرتکب همراه با فعل مادی هر آن تجدید می‌شود، کافی است که در زمان حکومت قانون جدید نیز ادامه داشته باشد؛ پس در این حالت به دلیل اینکه ارکان متشکله جرم در زمان قانون جدید هم اتفاق افتاده تابع قانون جدید خواهد بود ولو اینکه قانون جدید شدیدتر باشد.

- جرم اعتیادی: جرمی است که عنصر مادی آن متعدد ولی از نوع واحد است به گونه‌ای که هیچ کدام از آن عناصر به تنهایی جرم محسوب نمی‌شوند؛ مانند تشویق به فساد اخلاق و حرفه خود قرار دادن معامله اموال مسروقه. در مورد این

گونه جرایم استاد «دون دیو دو وابر» معتقد است که چون رکن اصلی جرم، عادت مجرمانه است بنابراین برای حکومت قانون جدید لازم است که این رکن عادت مجرمانه در زمان قانون لاحق نیز تحقق پیدا کند و در غیر این صورت تابع قانون جدید نخواهد بود.

- جرم مرکب: به جرمی گفته می‌شود که عنصر مادی آن مرکب از اعمالی است که به تنهایی قابل مجازات نیست ولی در مجموع جرمی را به وجود می‌آورند؛ مثل کلاهبرداری که مشتمل بر سه نوع عمل متفاوت توسل به وسایل متقلبانه، اغفال مجنی علیه و بردن مال غیر می‌باشد. بدیهی است که این گونه جرایم تابع قانون زمان حصول نتیجه مجرمانه خواهد بود.

خلاصه آنکه در مورد جرایم اعتیادی و مرکب تنها در صورتی می‌توان قایل به حکومت قانون جدید شد که عناصر تشکیل دهنده آنها در زمان حکومت قانون جدید اتفاق افتاده باشد در غیر این صورت تابع قانون جدید نخواهد بود، زیرا که ماده ۱۱ قانون مجازات اسلامی قاعده عطف به ماسبق شدن قوانین را تنها در مورد قوانین ملایم و مساعد به حال متهم تجویز کرده است.

۲-۲- قاعده عطف بما سبق نشدن قوانین در حقوق اسلام

در این قسمت ذکر این نکته خالی از فایده نیست که قاعده عطف بما سبق نشدن قوانین در حقوق ایالات متحده آمریکا نیز پذیرفته شده است. این قاعده در ماده ۱ قانون اساسی ایالات متحده آمریکا آمده و کنگره و ایالات را از وضع قوانینی که عطف بماسبق می‌شوند منع کرده است هر چند قانونگذار ملزم به رعایت این اصل می‌باشد ولی خود دادگاه‌ها در عمل مقید به این اصل نیستند؛ چرا که پایبندی به آن را مانع از پیشرفت کامن لا می‌دانند؛ در نتیجه با توسل به مکانیسم‌های دفاع اجتماعی و اصول مختلف از جمله اصل تین ایسی آن را تعدیل می‌کنند. دعوای شاو که در آن دادستان هم را به اتهام «تبانی برای افساد اخلاق عمومی» مورد تعقیب و کیفرخواست قرار داد و مجلس لردان صحت و اعتبار این کیفرخواست را علیرغم فقدان هر نوع

سابقه قضایی روشن در مورد این اتهام مورد تأیید قرار داد، مؤید این امر است (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۹۱-۹۲).

۲-۲-۱- دلایل قاعده: با توجه به ادله شرعی و عقلی که در گفتار اول از بخش اول این تحقیق در خصوص منابع اصلی قانونی بودن در حقوق اسلامی به آن استناد کردیم مسلم و ثابت شد که در حقوق اسلام نیز جرم و مجازات فرع بر «تشریح»، «استنباط» و «ابلاغ» آن است.

همان دلایل بر قاعده عطف بماسبق نشدن قوانین جزایی در اسلام نیز دلالت دارند. با وجود این، آیات و روایاتی نیز در خصوص این قاعده وجود دارد که ما برخی از آنها را در زیر می آوریم:

الف) لاتنکحوا ما نکح آبائکم من النساء الا ما قد سلف انه کان فاحشاً و مقتاً و ساء سیلاً (النساء، ۲۲)

ب) حرمت علیکم امهاتکم..... و ان تجمعوا بین الاختین الا ما قد سلف (النساء، ۲۳)
پ) قل للذین کفروا ان یتتھوا یغفر لهم ما قد سلف (انفال، ۳۹)

ت) پیامبر اکرم (ص) در خطبه حجة الوداع فرموده اند: «الا و ان دم الجاهلیة موضوع و اول دم ابدء به دم الحارث بن عبدالمطلب و ان ربا الجاهلیة موضوع و اول ربا ابدء به ربا عمی العباس بن عبدالمطلب».

آگاه باشید خون‌ها که در جاهلیت ریخته شده کیفرش برداشته شده و نخستین خونی که من بدان آغاز می‌کنم و از آن در می‌گذرم خون حارث بن عبدالمطلب عموی من است و ربای جاهلیت برداشته شده است و نخستین ربایی که من بدان آغاز می‌کنم و مؤاخذه آن را بر می‌دارم ربای عمویم عباس بن عبدالمطلب است.

آنچه که از این حدیث استفاده می‌شود این است که برداشته شدن کیفر در مورد خون‌های ریخته شده و یا معاملات ربوی نه بخاطر مباح بودن آنها بوده است بلکه به دلیل عدم وصول و ابلاغ آن به مکلفین بوده است.

۲-۲-۲- بررسی استثنائات قاعده: در مورد این سؤال که آیا قاعده «عدم عطف قوانین جزایی بماسبق» در اسلام یک قاعده عام و بدون استثناست یا نه میان مفسران و حقوقدانان اختلاف نظر پیش آمده است. بدین معنی که گروهی این قاعده را عام و بی‌استثناء می‌دانند ولی عده‌ای معتقدند که مواردی در حقوق اسلام وجود دارد که مجازات‌های آنها عطف بماسبق شده و در نتیجه قاعده مذکور تخصیص خورده است. از یک طرف اهمیت مسئله و از سوی دیگر تطبیقی بودن موضوع تحقیق اقتضا می‌کند که این موارد اختلافی را - که عبارتند از: جریمه قذف، حکم لعان، حکم ظهار و مجازات محاربه - جداگانه بررسی کنیم و اما قبل از پرداختن به آنها باید بگوییم که این اختلاف بیشتر ناشی از اختلاف در زمان و شأن نزول آیات است:

الف) جریمه قذف و مجازات آن در آیات چهار و پنج سوره نور به شرح ذیل مقرر گردیده است:

«و الذین یرمون المحصنات ثم لم یاتوا بأربعة شهدا فاجلدوهم ثمانین جلده و لا تقبلوا لهم شهاده ابدا و اولئک هم الفاسقون الا الذین تابوا من بعد ذلک واصلحوا فان الله غفور رحیم»

در مورد شأن نزول این آیه میان مفسران و حقوقدانان اسلامی اختلاف نظر وجود دارد. استاد عبدالقادر عوده معتقد است که این آیه دلالت بر جلد قاذف دارد و در مورد افترا و تهمت نسبت به عایشه نازل شده است و چون پیامبر کسانی را که قبل از نزول آن مرتکب قذف شده بودند، مطابق این آیه حد زده است بنابراین مجازات قذف را عطف بماسبق کرده است (حر عاملی، ۱۳۶۷: ج ۱۸، ۲۱۴).

ابن کثیر در تفسیر خود می‌گوید:

«آنچه که در شأن عایشه و تبرئه او از تهمتی که به او زده بودند، نازل شده است آیات ۱۱-۲۲ سوره نور است؛ بنابراین پیامبر اکرم (ص) طبق این تفسیر کسانی را که ام‌المؤمنین را قذف کرده بودند مطابق با نصی که دلالت بر جلد قاذف دارد حد زده است.» (و آیه جلد قاذف هم قبل از قضیه تهمت نسبت به عایشه نازل شده بود).

مرحوم علامه طباطبایی هر دو قضیه را مشکل دانسته و در نهایت قولی را که مؤید نزول آیه دال بر حد قذف بعد از حدیث افک است قوی می‌داند؛ با این استدلال که اگر مجازات حد قذف قبلاً نازل شده بود پیامبر (ص) می‌بایستی حد را اجرا می‌کرد چرا که تأخیر در اجرای حد جایز نیست و این در حالی است که یک ماه از قضیه حدیث افک گذشته بود (ابن کثیر، ۱۳۷۲: ج ۲، ۵۸۷).

به نظر می‌رسد چنانچه هر دو قول را هم بپذیریم باز خللی بر عمومیت قاعده در حقوق اسلام وارد نمی‌شود؛ زیرا اگر بگوییم آیه حد قذف قبل از آیات ۱۱-۲۲ سوره نور نازل شده است اینجا پیامبر قذف کنندگان را مطابق نص قبلی مجازات کرده است و چنانچه معتقد باشیم که آیه حد قذف بعداً نازل شده است باز هم این مورد استثناً تلقی نمی‌شود چرا که اولاً: قذف کنندگان در فعل و قصد مجرمانه خود استمرار داشته‌اند به طوری که تا مدت یک ماه این عمل ادامه پیدا کرد؛ بنابراین این مورد از مصادیق جرم استمراری است و در جرم استمراری قانون لاحق حاکم است ثانیاً: قبل از اسلام مجازات یک توهین ساده (چه رسد به قذف که حد اعلای توهین است) بسیار شدیدتر از مجازاتی بود که اسلام مقرر فرمود چرا که مجازات‌ها قبل از اسلام اصولاً دسته جمعی و بسیار خشن بود و این اسلام بود که اصل شخصی بودن مجازات‌ها را مقرر داشت. بنابراین این مجازات‌های اسلام نسبت به مجازات‌های قبلی خفیف‌تر بوده است.

ب) حکم لعان: در مورد حکم لعان هم می‌توان گفت که هر چند این حکم به گذشته عطف شده است ولی از باب استثنا بر قاعده عام نیست، بلکه از جهت قانون خفیف‌تر و مساعد به حال فرد است که حتی این مورد هم موضوعاً از قاعده عطف بماسبق نشدن خارج است؛ زیرا اصولاً و اساساً آنچه که از این قاعده مراد است، عطف بماسبق نشدن قوانین جزایی ماهوی است.

فقها و مفسران هم در مورد خفیف‌تر بودن حکم لعان - که بواسطه آن مرد، حد قذف را از خود منتفی می‌کند - نسبت به مجازات قذف (۸۰ تازیانه) تقریباً اتفاق نظر دارند.

پ) حکمظهار: به عنوان مقدمه باید گفتظهار آن است که مرد به همسرش بگوید «انت علی کظهر امی» (تو بر من مثل پشت مادرم هستی) به موجب این حکم مردم عرب جاهلیت زن را برای شوهرش که او راظهار می‌کرد حرام مؤبد دانسته و برای شوهرش ابداً حق رجوع قائل نبودند و همین طور برای غیرشوهرش هم ازدواج با او حرام بود. لکن خداوند متعال این حکمظهار را از میان برداشته و مقرر فرمود که اگر مرد کفارهظهار خود را با یکی از امور زیر جبران نماید می‌تواند به زن خود رجوع کند: ۱- آزادی بنده، ۲- روزه گرفتن دو ماه متوالی، ۳- اطعام شصت فقیر و اگر این کار را انجام نداد زن می‌تواند به قاضی مراجعه کند تا شوهرش را ملزم به دادن کفاره نماید و یا اینکه زن او را طلاق دهد (سوره مجادله ۲ و ۴) مقایسه این دو حکم در موردظهار نشان می‌دهد که حکم لاحق نسبت به سابق خفیف‌تر است در نتیجه حکم این مورد هم مثل لعان است.

ت) مجازات محاربه: محاربه از جمله جرایمی است که مجازات آن حد بوده و در آیات ۳۳ و ۳۴ سوره مائده به صراحت ذکر شده است.

در مورد این آیات هم عده‌ای گفته‌اند که عطف بماسبق شده است به این دلیل که شان نزول آیه شریفه حاکی از آن است که قومی از عکل و عرنیه پس از آنکه نزد پیامبر(ص) اسلام آوردند در اثر بیماری و ناسازگاری با آب و هوای مدینه طبق توصیه پیامبر(ص) به خارج از شهر انتقال یافتند تا با استفاده از هوای آزاد و بهره‌بری از شترانی که پیامبر در اختیارشان قرار داده بود، بهبود یابند اما آنان پس از بهبودی یاغی گشته و با کشتن چوپان و شتران و غارت اموال در بیابان‌ها متواری گشتند پس از آن دستگیر و به نزد پیامبر آورده شدند که این آیات در شانیشان نازل گردید (طباطبایی، ۱۳۶۷: ج ۱۵، ۱۳۹).

هر چند در شأن نزول این آیات تقریباً میان مفسران شیعه و اهل سنت اتفاق نظر وجود دارد لکن بر اساس آنچه که از کتب تفسیر اهل سنت استفاده می‌شود این آیه بعد از اعمال مجازات مرتکبین جرم نازل شده است و صرفاً برای تبیین مجازات مرتکبین محاربه است و خواسته است از مثله کردن و کندن چشم و گوش، ولو از باب مماثلت هم که باشد، جلوگیری کند؛ چرا که طبق بعضی از روایات از جمله مطابق آنچه در صحیح بخاری و مسند احمد و سنن ابی داود از ابن سیرین نقل شده است مثله کردن و کندن چشم و گوش و... قبل از نازل شدن این حدود اعمال می‌شد و مطابق آنچه که در صحیح مسلم و سنن نسایی و جامع ترمذی آمده است پیامبر(ص) چشم این قوم را کردند به این دلیل که آنان چشم چوپان را کنده بودند (طباطبایی، ۱۳۶۷: ج ۸، ۲۱۵).

به عبارت دیگر مجازات مقرر در آیات مذکور در مورد این قوم اعمال نشد بلکه این قوم براساس نصوص عامی مثل «جزاء سیئه سیئه مثلها» (نور، ۴۰) و «ان عاقبتهم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به» (النحل، ۱۲۶) (بر اساس قصاص) مجازات شدند و بعد از اعمال مجازات بود که قرآن به ترتیب مجازات مرتکبین اعمال مذکور را در آیات فوق مقرر داشت و این قول با توجه به منحصر گردانیدن مجازات محاربین در چهار مورد مذکور قوی به نظر می‌رسد از طرف دیگر چون قانون قصاص و آیه مربوط به آن قبل از آیات محاربه نازل شده؛ بنابراین از این جهت نیز ایرادی وارد نیست.

نتیجه گیری

نتیجه بحث آنکه چون در حقوق اسلام ادله مربوط به عنصر قانونی بودن عام است خارج کردن این موارد از قلمرو شمول آن، نیاز به دلیل دارد که ظاهراً در این موارد منتفی است و به همین دلیل به نظر می‌رسد بهتر است بگوئیم حتی این موارد مذکور هم جزء استثنای قاعده محسوب نمی‌شوند. قبل از پایان این بخش لازم است به دو سؤال مهم جواب دهیم:

سؤال نخست: آیا قاعده عطف بما سبق نشدن قوانین جزایی در حقوق اسلام فقط در مورد کسانی مطرح است که قبل از نزول این قوانین می‌زیسته‌اند و مرتکب گناه شده‌اند یا اینکه افزون بر آنان در حال حاضر نیز چنین فرضی وجود دارد؟

سؤال دوم: آیا این قاعده در قلمرو مجازات‌های تعزیری نیز باید رعایت گردد؟ در پاسخ به سؤال نخست بعضی از حقوقدانان برآنند که این قاعده تنها نسبت به کسانی مصداق پیدا می‌کند که در صدر اسلام می‌زیسته‌اند و زمان پیش از بعثت پیامبر اسلام (ص) را نیز درک کرده‌اند و افرادی که پس از نزول این مقررات مرتکب جرمی بشوند مشمول این قاعده نمی‌شوند. ایشان اجرای قاعده مذکور را در حال حاضر فقط در قلمرو «قاعده جب» صادق می‌دانند؛ یعنی فقط در مورد کافری که اسلام می‌آورد، قوانین جزایی اسلام به ماقبل از اسلام او عطف نمی‌شود بلکه تنها شامل گناهانی می‌شود که بعد از اسلام مرتکب می‌شوند (طباطبایی، ۱۳۶۷: ج ۵، ۵۰۳).

اما با فرض سه مرحله‌ای بودن حکم شرعی و با فرض اینکه تنجز و فعلیت و قطعیت حکم شرعی وقتی است که علاوه بر تشریح حکم و استنباط وجوب یا حرمت از آن، آن حکم به مکلفین هم ابلاغ شده باشد، می‌توان وجود این مورد را هم ممکن دانست. مخصوصاً با توجه به اینکه اعلان و ابلاغ و آشکار کردن کلیه دستورات اسلام و واجبات و محرمات اعم از کوچک و بزرگ طبق روایات صحیح از وظایف حاکم کشور اسلامی است؛ بنابراین حتی با فرض مسؤل بودن مکلفین در پیشگاه خداوند به خاطر تخلف از این احکام، چنانچه این احکام از طرف حکومت اسلامی اعلام نشده باشد مکلفین در قبال حکومت مسؤلیتی نخواهند داشت.

در مورد اعمال قاعده نسبت به مجازات‌های تعزیری هم باید گفت تا آنجا که از کتب فقها و حقوقدانان بر می‌آید، اعمال این نوع مجازات‌ها را نیز نسبت به افعال و اعمالی که قبل از اعلام و وصول آن به وقوع می‌پیوندند جایز نمی‌دانند.

در حقوق موضوعه ایران هم علاوه بر اصل ۳۶ ق. اساسی که « قانونی بودن مجازات» را به طور مطلق به کار برده و در نتیجه شامل همه انواع مجازاتها می‌شود، می‌توان به رأی وحدت رویه شماره ۱۱ (۱۳۶۴/۳/۲۰) هیات عمومی دیوان عالی کشور که بیانگر عطف بما سبق نشدن مجازات‌های تعزیری است اشاره کرد.

پی‌نوشت‌ها:

1 - Common Law

۲- اصل ۳۶: « حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد» اصل ۱۶۹ «هیچ فعل یا ترک فعلی به استناد قانونی که بعد از آن وضع می‌شود جرم نیست».

۳- ماده ۴ ق. تشدید مجازات اختلاس و کلاهبرداری مصوب تشخیص مصلحت نظام ۱۵ آذر ۱۳۶۷.

۴- ماده ۴ قانون مدنی: «اثر قانون نسبت به آتیه است و قانون نسبت به ما قبل خود اثر ندارد مگر اینکه در خود قانون مقررات خاصی نسبت به این موضوع اتخاذ شده باشد» ماده ۹۵۵ «مقررات این قانون در مورد کلیه اموری که قبل از این قانون واقع شده معتبر است».

فهرست منابع و مآخذ:

- ۱- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین (۱۳۸۴)، کفایه الاصول، تهران: عصار اندیشه.
- ۲- آخوندی، محمود (۱۳۸۰)، آیین دادرسی کیفری، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، سازمان چاپ و انتشارات.
- ۳- انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۳۷۹)، فوائد الاصول، قم: محبین.
- ۴- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۵)، دانشنامه حقوق: شامل قوانین و مقررات آئین دادرسی مدنی و...، تهران: امیرکبیر.
- ۵- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۳۶۷)، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، تهران: اسلامیة.

- ۶- خمینی، روح‌الله (۱۳۶۳)، تهذیب الاصول: به کوشش جعفر سبحانی، قم: جماعه المدرسین فی الحوزه العلمیه بقم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۷- طباطبایی، محمدحسین (۱۳۶۷)، المیزان فی تفسیر القرآن، ترجمه ناصر مکارم شیرازی، تهران: مرکز نشر فرهنگی رجاء.
- ۸- فیض، علیرضا (۱۳۶۹)، مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، سازمان چاپ و انتشارات.
- ۹- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۵)، حقوق انتقالی: تعارض قوانین در زمان، تهران: نشر دادگستر.
- ۱۰- کلینی، محمدبن یعقوب (۱۳۶۴)، اصول کافی، با ترجمه و شرح جواد مصطفوی، تهران: بنیاد رسالت.
- ۱۱- گرجی، ابوالقاسم (۱۳۷۱)، مقالات حقوقی، تهران: دانشگاه تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ.
- ۱۲- محمدی، ابوالحسن (۱۳۷۰)، مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه، تهران: دانشگاه تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ.
- ۱۳- موسوی بجنوری، محمدکاظم (۱۳۶۷)، دائره‌المعارف بزرگ اسلامی، تهران: مرکز دائره‌المعارف بزرگ اسلامی.