**چكيده:**

**1 ـ منظور از قاعده «عطف بماسبق نشدن قوانين جزايى» عطف بماسبق نشدن قوانين جزايى ماهوى مشدد است.**

**2 ـ اين قاعده كه از لوازم منطقى «اصل قانون بودن جرم و مجازات» است در حقوق اسلام يك قاعده عام و بدون استثناست.**

**3 ـ مراحل سه گانه حكم شرعى يعنى مرحله «تشريع» كه از آنِ خداوند است (ان الحكم الا للّه) و مرحله «استنباط» و «اعلام و ابلاغ» احكام و قوانين كه از آن انبياء و اولوا الامر است (ما علينا الا البلاغ المبين) در حقوق اسلام دليل قطعى بر وجود اصل قانونى بودن جرم و مجازات است.**

**4 ـ اين مراحل از مجموع سه قاعده اصولى يعنى «اصل اباحه» ـ كه ناظر به مرحله تشريع است ـ و «اصل برائت» و قاعده «قبح عقاب بلا بيان» كه ناظر به مراحل استنباط و اعلام و ابلاغ قوانين مى‏باشند ـ استنتاج مى‏گردد.**

**5 ـ اين قواعد كه مستند به آياتى از قرآن كريم و رواياتى از معصومين عليهم السلام مى‏باشد مورد قبول اكثريت قريب به اتفاق فقها و حقوقدانان است؛ لكن آنچه كه در اين مقاله مهم به نظر مى‏رسد نحوه دلالت آنهاست. به عبارت ديگر دلالت آنها بر اصل قانونى بودن دلالت «مجموعى» و «ترتيبى» است.**

**6 ـ در حقوق ايران با توجه به اصول 36 و 169 قانون اساسى قاعده عطف بماسبق نشدن قوانين جزايى به طور مطلق پذيرفته شده است از اين لحاظ تقييد آن در قوانين جزايى به مجازاتهاى تعزيرى و يا بازدارنده دليلى ندارد.**

**7 ـ اين قاعده در نظام حقوقى كامن لا، از جمله اصل يك قانون اساسى ايالات متحده آمريكا و نيز ماده 7 كنوانسيون اروپايى حقوق بشر پذيرفته شده است و در نتيجه قانونگذار از وضع قوانينى كه عطف بماسبق مى‏شود منع شده است. با وجود اين خود دادگاهها در عمل مقيد به اين اصل نبوده و پايبندى به آن را مانع از پيشرفت كامن لا مى‏دانند و در نتيجه با توسل به مكانيسمهاى دفاع اجتماعى و اصول مختلف از جمله اصل تين آيسى (Thin ice) آن را تعديل مى‏كنند.(1)**

**مقدمه**

**«اصل قانونى بودن جرم و مجازات» و به تبع آن «قاعده عطف بماسبق نشدن قوانين جزايى» كه در حقوق عرفى با عبارتهاى «هيچ جرمى و هيچ مجازاتى بدون قانون وجود ندارد»(2) و «قوانين جزايى عطف بماسبق نمى‏شوند»(3) مطرحند، از اصول مسلم و ثابتى هستند كه ضامن حفظ حقوق و آزاديهاى فردى مى‏باشند. با وجود اين فقدان نصّ صريح و روشنى در كتاب و سنّت (از نظر حقوق اسلامى) كه بر اعتبار اين اصل دلالت نمايد، موجب شده است كه برخى از حقوقدانان(4) از پايه و اساس منكر اين اصل در حقوق اسلام شوند. از طرف ديگر پاره‏اى از استثنائاتى كه از سوى حقوقدانان معاصر و برخى از فقها(5) در مورد قاعده عدم عطف قوانين جزايى بماسبق مطرح گرديده است، موجب ايجاد سؤالات و ترديدهايى در زمينه اعتبار و يا قلمرو اين قاعده در حقوق اسلامى گرديده است.**

**سؤالاتى از قبيل:**

**1 ـ آيا اصل قانونى بودن جرم و مجازات در حقوق اسلام پذيرفته شده است يا خير؟ و اگر جواب مثبت است، اين اصل از كجا و چگونه قابل استنباط است؟**

**2 ـ آيا قاعده عطف بماسبق نشدن قوانين جزايى، كه از لوازم منطقى و عقلى اصل قانونى بودن است، در حقوق اسلام يك قاعده عام و مطلق است يا مقيد و نسبى؟**

**3 ـ در حقوق موضوعه ايران با وجود اصول 36 و 169 قانون اساسى جمهورى اسلامى ايران كه اصل عدم عطف قوانين جزايى بماسبق را به طور مطلق پذيرفته‏اند، تقييد آن به مجازاتهاى تعزيرى و يا بازدارنده چگونه قابل توجيه است؟**

**يافتن پاسخ مناسب به سؤالات فوق در فقه (مذاهب اسلامى) و حقوق موضوعه ايران هدف و انگيزه اصلى اين مقاله است كه متن آن در دو بخش الف) منابع اصل قانونى بودن جرم و مجازات در حقوق اسلام ب) قاعده عطف بماسبق نشدن قوانين جزايى در حقوق موضوعه و حقوق اسلام به صورت تطبيقى تنظيم شده است. ضمنا در اين مقاله به اقتضاى تطبيقى بودن موضوع از اين قاعده در نظام حقوقى كامن لا (common law)هم بحث شده است.**

**بخش اول: منابع اصل قانونى بودن جرم و مجازات در حقوق اسلام**

**گفتار اول: قواعد اصولى**

**در متن قرآن و يا سنت هيچ نصّى كه بر اعتبار اصل «هيچ جرم و هيچ مجازاتى بدون نص وجود ندارد» دلالت كند، وجود ندارد. به عبارت ديگر در كتاب و سنت عين اين عبارت وجود ندارد. با وجود اين از بعضى آيات و روايات و نيز برخى قواعد اصولى مى‏توان اين اصل را استنتاج نمود و اين استنتاج و استنباط هم ـ كه تقريباً ميان علما و حقوقدانان محل اجماع است ـ امر صحيح و درست مى‏باشد.(6)**

از آيات و رواياتى كه در گفتار بعدى ذكر مى‏شود فقها و اصوليون قواعدى را كه بيانگر مضمون اصل مذكور مى‏باشد استخراج كرده‏اند كه مهمترين آنها عبارتند از:

**الف) اصل اباحه ب) اصل برائت ج) قاعده قبح عقاب بلا بيان**

**ما در اين گفتار ضمن تشريح قواعد مذكور و نحوه دلالت مجموع آنها بر اصل قانونى بودن جرم و مجازات، نظريات مختلف فقها را نيز نقل مى‏كنيم؛ اما قبل از بيان اين مطلب به مقايسه اين قواعد، بويژه دو اصل اباحه و برائت پرداخته و وجوه افتراق و اشتراك آنها را ذكر مى‏كنيم:**

**به طور كلى موضوع اصل برائت ـ كه در مقام اثبات حكم ظاهرى است(7) جهل به تكليف شارع است؛ كه واقعاً اعلام شده، ولى بنا به دلايلى به مكلف واصل نشده و او نسبت به آن جاهل است. منشأ اين جهل و شبهه مكلف ممكن است ناشى از فقدان يا اجمال نص و يا تعارض دو نص باشد؛ در حالى كه اصل اباحه ـ كه براى شناختن حكم واقعى قضيه است(8) ـ مبتنى بر اين فرض است كه در قوانين اسلام هم موارد سكوت وجود دارد كه اصلاً به بشر ابلاغ نشده و از روز اول حجت الهى آنها را بيان نكرده است (اين فرض و بررسى آن در بخش مستندات اصول مذكور آمده است) با اين فرض به نظر مى‏رسد كه موضوع اصل اباحه هم ـ كه از جمله دلايل آن «حديث حَجْب» و بنا به تعبيرى «قاعده قبح عقاب بلا بيان» است ـ اعم است از وجوب يا حرمت. يكى از حقوقدانان معاصر فرقهاى زير را در مورد اصل برائت با اصل اباحه ذكر كرده است:(9)**

1 ـ اباحه حكم واقعى است؛ ولى برائت به معنى عدم مسؤوليت در مقابل جهل به قانون در حقوق اسلام و يا جهل به مراد مقنن است.

**2 ـ مورد اباحه شبهه تحريميه است، ولى مورد برائت اعم از شبهه تحريميه و وجوبيه است.**

**3 ـ قلمرو اصل برائت در محدوده بيان قانون است، ولى قلمرو اصل اباحه در محدوده سكوت قانون.**

**4 ـ اباحه بحث حكمى و كلى است، ولى برائت گاهى بحث حكمى و كلى است و گاهى هم جزئى است.**

**5 ـ برائت اصليه يك بحث اثباتى است و به همين جهت طبعاً يك فرض قانونى است، ولى اباحه يك بحث ثبوتى است لذا نه فرض قانونى است و نه اماره و نه ساير ادله اثبات دعوا و... .**

**با توجه به آنچه كه گفته شد مى‏توان دريافت كه على رغم تفاوتهايى كه ميان قواعد و اصول فوق از جهات مذكور وجود دارد، ولى از نظر آثار شرعى يعنى عدم تنجز تكليف و مشروعيت مجازات يكسان هستند.**

**نكته ديگر اين است كه با توجه به مجموعه اين قواعد مى‏توان دريافت كه براى قانونى بودن جرم و مجازات اولاً لازم است حكمى «تشريع» شود (مفاد اصل اباحه و قاعده قبح عقاب بلا بيان)؛ ثانياً اين حكمِ وضع شده پس از استنباط به مكلف ابلاغ و واصل گردد (مفاد اصل برائت).**

**نكته آخر آنكه هم ادله شرعى و هم عقل اين اصول را تأييد مى‏كند؛ پس قواعد مورد گفتگو هم عقلى هستند و هم شرعى.**

**توضيح قواعد مذكور به شرح ذيل است:**

**الف) اصل اباحه:**

**اباحه از ريشه بَوْح و بُووح، به معنى اجازه دادن است و مباح هم كه از اباحه مشتق شده در معانى اظهار، اعلان و اطلاق استعمال شده است.(10)**

وقتى مى‏گوييم اصل اولى در اشيا و افعال اباحه است يعنى اصل نخستين در همه كارها و اشيا قبل از آنكه قانونى درباره آن وضع شود و حكم وجوب يا حرمت را براى آن مشخص كند، اباحه است؛ يعنى بر ترك يا انجام دادن آن كيفر يا پاداشى نيست؛ بنابر اين نمى‏توان عملى را حرام يا جرم خواند، مگر آنكه دليلى از طرف شارع بر آن وارد شده باشد.

**استاد دكتر سيد مصطفى محقق داماد در اين زمينه مى‏نويسد:**

**«اصل حظر به معناى منع، متضاد اباحه است و به اين معنى است كه تا دليل شرعى بر جواز ارتكاب يك فعل وجود نداشته باشد بايد از آن اجتناب نمود؛ بنابر اين اصل اباحه هم كه مقابل آن است، عبارت است از اينكه تا دليلى بر حرمت ارتكاب يك فعل وجود نداشته باشد، مى‏توان آن را انجام داد.»(11)**

در مورد اينكه آيا اصل در اشياء و افعال «اباحه» است يا «حظر»، ميان فقهاى مذاهب مختلف اسلامى اختلاف نظر وجود دارد:

**ـ فقهاى مذهب شافعى معتقدند تا زمانى كه دليل بر حرمت چيزى وارد نشده است اصل، اباحه است.(12)**

ـ بيشتر فقهاى مذهب حنفى نيز اين قاعده را پذيرفته‏اند و بعضى ديگر از اينها مى‏گويند اباحه مستلزم مباح كننده است و مباح كننده خداوند متعال است كه در خطاب خود، مكلف را بين فعل و ترك مخير سازد، پس وقتى كه خطابى نباشد تخيير و اباحه‏اى نخواهد بود؛ پس افعال نزد اين گروه نه ممنوع هستند و نه مباح و حرجى در فعل و ترك آنها نيست.(13)

به نظر مى‏رسد كه اين عده نيز با مفهوم عام اباحه موافق هستند، هر چند كه اباحه را به معناى اول آن گرفته‏اند.

**ـ اهل ظاهر و گروهى از اصحاب قياس و رأى (پيروان ابو حنيفه و شاگردان او) هم معتقدند كه اصل در امور نه حظر است و نه اباحه، و حظر موقوف به بيان شارع است.(14)**

نتيجه اين قول هم نفى حرج از فعل يا ترك آن امور است.

**ـ پيروان مالك و شاگردان او هم مى‏گويند اصل در امور حظر و منع است. به اين دليل كه تمام اشياء ملك خداوند عزّوجل است و تصرف در ملك او بدون اذن، جايز نيست.(15)**

به نظر مى‏رسد كه نظريه اصحاب حظر باطل است؛ چرا كه نه دليلى بر اثبات اصالة الحظر وجود دارد و نه ضرورت عقلى آن را تأييد مى‏كند. به اين معنى كه از نظر عقلى معنى حظر، ترجيح ترك يك امر بر فعل آن است به دليل اينكه انجام آن متضمن ضرر است؛ بنابر اين وقتى كه دليلى وارد نشده و عقل آن را اقتضا نمى‏كند چگونه مى‏توان فهميد كه ترك آن بر انجام دادنش ترجيح دارد. و اينكه اصحاب حظر مى‏گويند تصرف در ملك غير بدون اذن او حرام است، درست نيست؛ چرا كه اگر از طرف شارع تحريم و نهى نشده باشد، قبح آن مسلم نيست؛ مضافاً اينكه تصرف در ملك غير زمانى قبيح است كه متضمن ضرر براى او باشد.

**ـ مشهور نزد فقهاى اماميه اين است كه عقل و شرع هر دو، بر اصل اباحه دلالت مى‏كنند.(16)**

**ب) اصل برائت**

**اصل برائت به اين معنى است كه چنانچه حكم و تكليفى اعم از وجوب يا حرمت به مكلف نرسيده باشد و مكلف به واسطه عدمِ وصولِ اين تكليف مرتكب حرام و يا ترك واجب شود، از مسئوليت كيفرى مبرا خواهد بود.**

**دلالت اصل برائت بر قانونى بودن جرم و مجازات بدين نحو است كه عدم وصول و اعلام تكليف به مكلف با عدم تنجز تكليف مساوى است و عدم تنجز تكليف نيز با عدم مشروعيت مجازات برابر است؛ و اين همان مفهوم قانونى بودن جرم و مجازات است.**

**نكته ديگر آنكه صرف وجود حكم واقعى و يا حجت عقلى بر درك تكاليف، به تنهايى براى تنجز تكليف و مشروعيت مجازات كافى نيست؛ چرا كه در غير اين صورت، اولاً نيازى به بعثت انبيا نبود؛ ثانياً حسن و قبح عقلى چيزى غير از حرمت و وجوب شرعى است.**

**ج) قاعده قبح عقاب بلا بيان**

**براى استدلال به اين قاعده در اصل برائت دانستن چند نكته ضرورى است:**

**1. همواره رتبه برائت عقلى از برائت شرعى متأخر است؛ به اين معنا كه زمانى مى‏توان به قاعده فوق تمسك جست كه دلايل شرعى براى اثبات برائت كارآيى نداشته باشد.**

**2. دخالت عقل در شرع تنها مربوط به مرحله امتثال است، اما در مرحله تشريع و قانونگذارى شارع است كه طبق صلاحديد خود مى‏تواند قانون وضع كند.**

**3. اثبات برائت عقلى با قاعده مورد بحث، هنگامى صحيح است كه كلمه «بيان» در قاعده به معناى وصول تكليف به مكلف باشد نه صرف اعلام آن.(17)**

چنانچه كلمه «بيان» مذكور در قاعده را به معناى عام (اعم از اعلام تكليف از طرف شارع و وصول تكليف به مكلف) در نظر بگيريم، معناى قاعده و دلالت آن هم عام بوده و شامل هر دو اصل برائت و اباحه مى‏شود.

**نكته ديگر اين است كه قاعده مذكور با قاعده عقلى «لزوم دفع ضرر متحمل» ظاهراً تعارض دارد. بدين بيان كه مطابق قاعده اخير در هر موردى كه احتمال ضرر وجود دارد، بر انسان لازم است كه آن ضرر و خطر احتمالى را از خود دور كند؛ لذا در مورد شك در تكليف و احتمال وجودِ عقاب در صورت مخالفت با تكليفِ مجهول هم، طبق قاعده مزبور بايد به تكليف عمل نمود؛ بنابر اين جايى براى برائت نيست.**

**با توجه به مراتب فوق بايد ديد كه كداميك از اين قواعد بر ديگرى تقدم و ترجيح دارد: اصوليان در رفع تعارض اين دو قاعده مى‏گويند:(18)**

اولاً: مراد از كلمه «ضرر» در قاعده لزوم دفع ضرر محتمل، «خسارات و ضررهاى دنيوى» است نه عقاب اخروى؛ بنابر اين ربطى به قاعده قبح عقاب بلا بيان ندارد.

**ثانيا: بر فرض كه مراد از ضرر همان نوع اخروى باشد، راه حل تعارض اين دو قاعده اين است كه با «ورود» قاعده قبح عقاب بلا بيان، موضوع قاعده لزوم دفع ضرر محتمل منتفى مى‏گردد؛ به عبارت ديگر با وجود قاعده اول، ديگر جايى براى احتمال ضرر وجود ندارد؛ چرا كه عقلاً قبيح است شارع نسبت به تكليف مجهول خود، عقاب و مؤاخذه‏اى قرار داده باشد. در اين صورت قاعده دوم جارى نخواهد بود.**

**به عنوان نتيجه نهايى مى‏توان گفت كه طبق قاعده مذكور، مكلف در مورد شبهه‏هاى حكمى (احكام مجهول شارع) مسؤوليتى نداشته، مواخذه نمى‏شود؛ اما در شبهه‏هاى موضوعى كه حكم شارع روشن است و موضوع خارجى مشتبه گرديده است، اين قاعده كارآيى ندارد.**

**گفتار دوم: دلايل و مستندات قواعد فوق**

**1 ـ آيات قرآنى:**

**1/1 ـ آيه ايتاء: «لينفق ذوسعة من سعتهِ و منْ قدّر عليه رزقه فلينفق مما آتاه اللّه لا يكلف اللّه نفساً الا ما آتاها»(19)**

در مورد مفاد آيه شريفه چهار احتمال وجود دارد كه طبق برخى از آنها مى‏توان براى اثبات اصل برائت به آيه شريفه فوق تمسك جست و مطابق بعضى احتمالات آيه ربطى به برائت ندارد.

**ـ احتمال نخست: «ماء موصوله» كنايه از تكليف و كلمه «آتاها» به معناى اعلام و ايصال باشد؛ در اين صورت معناى آيه اين است: خداوند بندگانش را تكليف نمى‏كند مگر به تكاليفى كه اعلان نموده و بيان داشته است.**

**ـ احتمال دوم: «ماء موصوله» به معناى مال و «آتاها» به معناى اعطاست؛ طبق اين احتمال آيه مربوط به انفاق اموال به مقدار ميسور است.**

**ـ احتمال سوم: «ماء موصوله» به معناى انجام دادن يا ترك شى‏ء باشد به قرينه لا يكلف اللّه كه تكليف در واقع به فعل يا ترك اختيارى تعلق مى‏گيرد و كلمه «آتاها» كنايه است از اينكه خداوند جز بر افعال يا ترك فعلهاى مقدور، تكليف نمى‏فرمايد.**

**احتمال چهارم: «ماء موصوله» به معناى اعم (هم به معناى مال و هم به معناى تكليف) و كلمه «آتاها» نيز به معناى اعم (هم اعطا و هم اعلام و ابلاغ) باشد. اشكال اين احتمال آن است كه مستلزم استعمال لفظ در اكثر از معناى واحد مى‏باشد؛ بنابراين باطل است.**

**على رغم وجود اين احتمالات مختلف مى‏توان گفت كه استدلال به آيه در اثبات برائت بنا به دلايل زير صحيح است:**

**اولاً: مفاد آيه عموميت داشته و منحصر به انفاق اموال نيست؛ به دليل الف) بيان شدن جمله عام «لا يكلف اللّه نفسا الا ما آتاها» پس از مورد خاص؛ ب) در جمله عام، گرچه مسأله عدم مشروعيت تكليف و مجازات نسبت به مكلف غير قادر مطرح است، ولى به دليل اينكه يكى از مصاديق عدم قدرت مكلف جهل او نسبت به تكليف مى‏باشد، استناد به آيه در اثبات برائت صحيح است.**

**ثانياً: كلمه «ايتا» ـ كه مساوى با «اعطا» ست ـ در آيه نشان دهنده اين است كه عطا كردن هر چيزى به حسب خود سنجيده مى‏شود؛ بنابراين «ايتاء» تكليف هم به معناى اعلام كردن وصول آن به مكلف است.**

**ثالثاً: اين اشكال كه لفظ در بيش از يك معنا استعمال شده است، وارد نيست؛ زيرا معناى «ايتا» همان «اعطا» ست و گوناگونى و اختلاف مربوط به شى‏ء مورد اعطاست نه خود اعطا؛ پس كلمه «ايتا» در يك معنا استعمال شده است.**

**نتيجه استدلال اين است كه: آيه شريفه در اين معنا ظهور دارد كه تكليف قطعى خداوند تنها در صورتى است كه آن تكليف به اطلاع مكلف رسيده باشد، لذا مكلف نسبت به تكاليف مجهول هيچ گونه تعهدى براى عمل ندارد و عهده و ذمه وى برى است.**

**ذكر اين نكته هم لازم است كه بعضى از حقوقدانان استناد به آيه فوق را در بيان عنصر قانونى جرم با اين استدلال كه «ظاهر آيه عدم تكليف به غير مقدور است نه عدم تكليف بدون بيان» صحيح نمى‏دانند؛(20) ولى همان طور كه گفته شد چون تكليف بدون بيان هم از مصاديق تكليف به غير مقدور است پس استدلال به آيه، در مسأله مورد گفتگوى ما صحيح است.**

**2/1 ـ آيه: لا يكلف اللّه نفساً الا وسعها (بقره / 682) خداوند هيچ انسانى را مگر به اندازه توانش تكليف نمى‏كند.**

**به موجب اين آيه چون تكليف به آنچه كه حكم آن به مكلف نرسيده از مصاديق تكليف ما لا يطاق بوده و تكليف ما لا يطاق هم محال است؛ لازمه تكليف بيان احكام است.**

**3/1 ـ آيه «ما كنّا معذّبين حتى نبعث رسولا» (اسراء / 15) ما عذاب نداده‏ايم (هيچ قوم و گروهى را) مگر بعد از برانگيختن رسولان.**

**استدلال به اين آيه شريفه در اثبات اصل برائت و عنصر قانونى جرم و مجازات به گونه‏اى خالى از ايراد، بدين ترتيب است كه:**

**عرفاً از آيه شريفه فهميده مى‏شود كه عذاب خداوند متوقف بر بعثت رسولانى است كه مبلّغ احكام او باشند. و بعثت رسول در فرستادن عذاب و مجازات، موضوعيتى ندارد، بلكه رسول وسيله و طريق ايصال و ابلاغ تكاليف بر بندگان و اتمام حجت بر آنان است؛ بنابراين مراد از انتخاب و فرستادن رسول هم، فرستادن «خود» رسول نيست بلكه مراد، ابلاغ احكام است. پس اگر فرض شود خداوند رسولى را بفرستد، ليكن رسول او در زمان خاصى بنا به مصلحتى يا دليل ديگرى احكام خدا را به مردم اعلام نكند، نمى‏توان گفت كه چون خداوند رسولى فرستاده، مردم را عذاب مى‏كند. همچنين اگر رسول خدا بعضى از احكام او را به مردم برساند، مجازات كردن مردم نسبت به احكامى كه اعلام نشده است نيز بر خلاف مفاد آيه مذكور است و نيز اگر رسولى جميع احكام الهى را در زمان خودش به مردم اعلام بكند، ليكن به مردم عصرهاى بعدى واصل نشود عذاب آنان با آيه ناسازگار است. پس آنچه موجب استحقاق عذاب و مجازات است، ابلاغ و ايصال احكام به مكلفين است كما اينكه تقارن كلمه «بعث» با «رسول» نيز كنايه از ايصال احكام است.(21)**

با توجه به آنچه كه گفته شد وجه قوى بودن استدلال به اين آيه در ميان ساير ادله روشن است و ايرادات مطرح شده قابل پاسخگويى است؛ مخصوصاً اين ايراد كه آيه در مقام نفى عذاب فعلى است و نه استحقاق عذاب، چرا كه اين امر تأثيرى در رفع عقاب و مؤاخذه در صورت عدم وصول حكم به مكلف ـ كه همان برائت است ـ ندارد.(22)

نكته ديگر در خصوص آيه آن است كه آيه در مقام امضاى قاعده قبح عقاب بلا بيان نيست، بلكه كاشف از مقتضاى عنايت و رحمت خداوندى است و آن مقيد نمودن عذاب به بعثت رسول و انذار اوست؛ بنابر اين جمله «ما كنّا معذبين» واقع نشدن آن است به جايز نبودن آن.(23)

4/1 ـ آيه: و لا تقولوا لما تَصفُ اَلْسنَتُكُم الكذب هذا حلال وَ هذا حرام لتَفْتَرُوا على اللّه الكذب اَنّ الذين يَفترونَ على اللّه الكذب لا يفلحون. (نحل / 116)

**مراد آيه فوق نهى از بدعت در دين است؛ يعنى چيزى از حلال و حرام داخل دين مكنيد و چيزى كه از دين نباشد و به وسيله وحى نرسيده باشد در ميان جامعه باب مكنيد، چه اين افترا به خداست هر چند كه باب كننده‏اش آن را به خدا نسبت ندهد.(24)**

البته آيات ديگرى هم بر عنصر قانونى بودن جرم و مجازات و اصل برائت وجود دارد كه براى پيشگيرى از اطاله كلام به همين مقدار اكتفا مى‏شود.

**2 ـ اخبار و احاديث:**

**1/2 ـ حديث رفع كه اهل سنت و اماميه آن را از پيامبر صلى‏الله‏عليه‏و‏آله نقل كرده‏اند:**

**«رفع عن امتى تسعة: الخطا و النسيان... و ما لايعلمون و ما لا يطيقون و...»(25) از امت من نه چيز برداشته شده است: خطا، فراموشكارى... و آنچه كه نمى‏دانند و آنچه كه از طاقت آنان خارج است... .**

**بيان استدلال به اين حديث مبتنى بر چند مقدمه است كه بعد از ذكر آنها، نتيجه استدلال را نيز نقل مى‏كنيم:**

**1 ـ معناى ظاهرى حديث يعنى منتفى بودن و رفع امور مذكور در حديث نمى‏تواند مراد باشد؛ چرا كه اين حالتهاى واقعى در خارج براى مكلف وجود داشته و قابل رفع نيست؛ لذا براى توجيه حديث بايد كلمه‏اى را در تقدير گرفت تا معناى حقيقى «رفع» روشن شود.**

**2 ـ در مورد كلمه محذوف و مقدّر در حديث اختلاف نظر وجود دارد: به نظر مرحوم شيخ انصارى(26) كلمه «مؤاخذه» و بنا به عقيده مرحوم آخوند خراسانى كلمه «آثار الشرعية» در تقدير است(27)**

3 ـ كلمه «ما» در «ما لا يعلمون» مى‏تواند داراى سه معنا باشد: الف) فعل مكلف ب) حكم شرعى ج) اعم از هر دو.

**به عقيده شيخ انصارى با توجه به رعايت وحدت سياق در ساير فقرات حديث، معناى اول صحيح است و لذا با توجه به همين نكته كلمه محذوف «مؤاخذه» مى‏باشد؛ زيرا مؤاخذه بر حكم به خلاف مواخذه بر فعل معناى معقولى ندارد؛ ولى از نظر آخوند خراسانى نيازى به رعايت وحدت سياق در ساير فقرات حديث نيست، بلكه موضوع با توجه به متعلق خود معنا پيدا مى‏كند لذا معناى سوم صحيح است (اعم از فعل و حكم شرعى) بر اين اساس كلمه مقدر هم آثار الشرعيه به معناى عام مى‏باشد.(28)**

4 ـ علماى اصول اتفاق نظر دارند آثارى كه شرعاً بر خود حالات مذكور در حديث مترتب است، برداشته نمى‏شود؛ به عبارت بهتر، آن دسته از آثار و احكام شرعى كه موضوعشان خطا و نسيان و... است رفع آنها به دست شارع معقول نيست؛ مانند اثر و حكمى كه بر قتل خطايى و يا اكراهى مترتب است(29)

با توجه به مقدمات مذكور مى‏توان گفت كه طبق حديث رفع، در صورت جهل مكلف به حكم يا موضوع شرعى اعم از وجوب و حرمت، عهده و ذمه وى از چنين تكليفى برى خواهد بود.

**2/2 ـ حديث سعه: «الناس فى سعة ما لا يعلمون»(30)**

اين حديث دو گونه خوانده شده است: الف) با تنوين كلمه «سعه» و «ما» مصدرى كه در اين صورت معناى حديث اين است كه مردم تا زمانيكه جاهل هستند، مؤاخذه نمى‏شوند. ب) با اضافه شدن كلمه سعه به «ما» و موصوله بودن كلمه «ما» كه با اين بيان معناى آن اين است كه: مردم در مورد مسأله‏اى (حكمى) كه نسبت به آن جاهل هستند مؤاخذه نمى‏شوند.

**دلالت اين حديث بر برائت و عدم لزوم احتياط بسيار واضح است؛ چرا كه اگر هنگام جهل به واقع احتياط لازم بود در آن صورت مردم در سعه و گشايش نبودند، بلكه بايد احتياط را رعايت مى‏كردند و اين امر بدون اشكال موجب ضيق است نه سعه و گشايش.(31)**

البته از اين دو تعبير، صورت دوم بهتر مطلب را به اثبات مى‏رساند؛ چه، مورد اول بيشتر به مجزى نبودن عمل مكلف در زمان جهل نسبت به زمان علم و انكشاف واقع اشاره دارد، چون حديث طبق اين معنا، داراى نوعى مفهوم غايت است.

**3/2 ـ حديث اطلاق: «كلّ شى‏ء مطلق حتى يرد فيه نهى»(32)**

طبق اين حديث از امام صادق عليه‏السلام هر چيز در حالت اطلاق و رهايى بسر مى‏برد، مگر اينكه در باره آن نهى و تكليفى وارد شود.

**استدلال به اين حديث مستلزم دانستن دو نكته زير است:**

**1 ـ منظور از «ورود نهى» در حديث مى‏تواند دو گونه باشد:**

**الف) ممكن است منحصراً به معناى اعلام تكليف شرعى باشد؛**

**ب) منظور از ورود نهى ممكن است وصول آن به مكلف باشد؛**

**چنانچه حديث را به صورت اول معنا كنيم به نظر مى‏رسد دلالتش بر اصل اباحه كه بيانگر يك حكم واقعى است بيشتر است تا برائت، و در فرض دوم دلالت حديث بر اصل برائت در شبهه‏هاى تحريميه مسلّم است.**

**2 ـ نكته دوم اين است كه با توجه به كلمه «نهى» در حديث، تنها در شبهه‏هاى تحريميه مى‏توان به آن استناد كرد.**

**4/2 ـ حديث حلّ: «كُلَّ شى‏ء لك حلال حتى تعلم انّه حرام»(33)**

اين حديث دو فقره دارد: فقره اوّل: كل شى‏ء لك حلال، در اين بخش امام عليه‏السلام فرموده‏اند تمام اشياء عالم حلال و مباح هستند نه مكلفين در انجام آنها ملزم هستند تا ترك در حقشان حرام باشد و نه مجبور به ترك آنها هستند تا فعل حرام محسوب گردد، بلكه طبع تمام اشياء و افعال حليت و اباحه است.

**فقره دوم: حتى تعلم انه حرام... به موجب اين بخش از حديث، حكم اباحه تا وقتى است كه به حرمت چيزى علم پيدا نشود و پس از علم به آن، بايد به مقتضاى علم رفتار شود.(34)**

5/2 ـ حديث حجب: «ما حجب اللّه علمه عن العباد فهو موضوعٌ عنهم»(35)

اين حديث ظاهراً ناظر به آن دسته از احكام واقعى است كه اصلاً به بشر ابلاغ نشده و از روز اول حجت الهى آنها را بيان ننموده است، بنابر اين دلالتش بر اصل اباحه و قبح عقاب بلا بيان صريح است.

**البته اين نحوه استدلال به اين حديث متفرع بر دانستن اين نكته است كه آيا در حقوق اسلام مى‏توان مواردى را تصور كرد كه قانون و حكمى در مورد آنها وضع نشده باشد؟**

**در اين مورد عده‏اى از فقها معتقدند كه در قانون اسلام ابدا موارد سكوت وجود ندارد و شارع در هر مورد قانون وضع كرده ولى به علل تاريخى قسمتى از اين قوانين از دسترس مردم دور مانده است.(36)**

ولى اين نظريه به دلايل زير خطاست:(37)

الف) پيامبر اكرم صلى‏الله‏عليه‏و‏آله فرموده است: «ما احلَّ اللّه فهو حلال و ما حرّم فهو حرام و ما سكت عنه فهو عفوٌ فاقبلوا من اللّه لم يكن لينسى شيئاً»(38)

ب) حديث حجة الوداع كه همه فرق مسلمين آن را پذيرفته‏اند: «افى كل عام؟ فقال صلى‏الله‏عليه‏و‏آله لو قلتُ نعم لوجب، ذَرونى ما تركتم فانّما هلك من كان قبلكم بكثرة مسائلهم و اختلافهم على انبيائهم»

**در آخرين حجى كه پيامبر صلى‏الله‏عليه‏و‏آله آن را به جا مى‏آورد و به مردم توصيه مى‏نمود يكى پرسيد: آيا در هر سال حج واجب است جواب داد: هر گاه بگويم آرى واجب خواهد شد. راجع به مسائلى كه تكليفى معين نكردم مپرسيد كه موجب هلاكت است و از اين رهگذر بسيارى از اقوام پيشين به هلاكت افتاده‏اند.**

**از اين دو نص به خوبى مى‏توان دريافت كه در سيستم حقوق اسلامى هم، موارد سكوت قانون وجود داشته است؛ نتيجه آنكه زمينه افعال مردم و قوانين مانند نقوشى هستند كه بر صحيفه اباحه رسم مى‏شوند آنچه كه از اين صحيفه سفيد است زمينه اباحه است و اين از بديهيات عقول است اين را اباحه اصليه مى‏نامند.(39)**

با توجه به آنچه كه تاكنون گفته شد مى‏توان چنين نتيجه گرفت: در حقوق موضوعه قانونى بودن جرم و مجازات ايجاب مى‏كند كه اولاً: قانونى در خصوص جرايم و مجازاتها وضع شود (مرحله تصويب قوانين) ثانياً: اين قانون مورد تاييد واقع شود (مرحله امضاى قوانين) ثالثاً: اين قانون پس از تاييد و توشيح به مردم اعلام شود (مرحله انتشار قوانين).

**در حقوق اسلام هم اصل قانونى بودن و به عبارت ديگر شرط وجود و تنجز تكليف مستلزم آن است كه اولاً: حكمى بايد «تشريع» شود و تا حكمى از سوى خداوند وضع نشده است اصل بر اباحه است؛ به عبارت ديگر اصل اباحه ناظر به مرحله تشريع قوانين و احكام است. ثانياً: حكم وضع شده پس از «استنباط» وجوب يا حرمت آن به مكلف «اعلام و ابلاغ» گردد. در غير اين صورت اصل بر برائت است و عقاب بلابيان هم قبيح است؛ به بيان ديگر اصل برائت و قاعده قبح عقاب بلابيان (به يك تعبير) ناظر به مرحله «اعلام و ابلاغ احكام» است.(40)**

بنابراين با عنايت به دلالت و مستندات مجموع اصول و قواعد پيش گفته كه متضمن مراحل مختلف حكم شرعى است مى‏توان گفت اولاً: سخن كسانى كه منكر اين اصل در حقوق اسلام هستند، ادعاى باطلى است ثانياً: بعيد نيست حقوق موضوعه نيز در توجه به اين مراحل مختلف قانونگذارى، از حقوق اسلام متأثر شده باشد.

**در پايان اين گفتار ذكر اين نكته درخور توجه است كه اصل قانونى بودن جرم و مجازات در اعلاميه اسلامى حقوق بشر مصوب 14 محرم 1411 ه. ق. (مطابق با 5 اوت 1990 ميلادى) اجلاس وزراى خارجه سازمان كنفرانس اسلامى در قاهره به شرح زير پيش بينى شده است:**

**«هيچ جرمى يا مجازاتى نيست مگر به موجب احكام شريعت»(41)**

**بخش دوم: قاعده عطف بماسبق نشدن قوانين:**

**يكى از لوازم و نتايج منطقى اصل قانونى بودن، قاعده «عطف بماسبق نشدن قوانين» است. به طورى كه نفى آن ملازمه با نفى اصل قانونى بودن داشته و نوعى نقض غرض خواهد بود.**

**گفتار اوّل:**

**قاعده عطف بماسبق نشدن قوانين در حقوق موضوعه ايران:**

**براى روشن شدن جايگاه و قلمرو اين قاعده در حقوق موضوعه مخصوصاً حقوق ايران اين موضوع را در چند مقوله زير مورد بحث قرار مى‏دهيم: 1 ـ معناى قاعده 2 ـ مبناى حقوقى و اعتبار قاعده 3 ـ قلمرو قاعده و استثنائات آن.**

**1 ـ معناى قاعده:**

**مراد از اين قاعده آن است كه قانون لاحق نسبت به آنچه كه قبل از وضع و انتشار آن جريان داشته هيچ تأثيرى نداشته، تنها نسبت به وقايع و اعمال بعد از وضع و انتشار آن حاكم است.**

**2 ـ مبنا و اعتبار قاعده:**

**پيروان مكتب اصالت فرد كه هدف از تشكيل اجتماع و قواعد حقوقى را حفظ آزاديهاى انسان و حقوق طبيعى او مى‏دانند، معتقدند كه قانون حاكميت خود را مرهون اراده عمومى است و همه بايد آن را محترم شمارند و اين امر وقتى تحقق مى‏يابد كه قانون به طور صريح يا ضمنى مورد قبول همگان قرار گرفته و دست كم به اطلاع آنان رسيده باشد. نتيجه منطقى وابسته بودن اعتبار قانون به آگاهى اشخاص ممنوع بودن حكومت آن برگذشته است. به همين جهت قاعده «عدم تأثير قوانين نسبت به گذشته» يكى از اصول اساسى حكومت و ضامن حفظ آزاديهاى فردى در برابر تجاوز قانون است. بر عكس پيروان مكتب حقوق اجتماعى كه جامعه را اصيل و حق را امتياز اجتماعى مى‏پندارند براى فرد در برابر اجتماع حقى نمى‏شناسند و به همين جهت اهميتى را كه پيروان اصالت فرد به قاعده مذكور مى‏دهند، انكار كرده و مى‏گويند:**

**اعتبار همه قواعد محدود به مصلحت اجتماعى است و در جايى كه نفع عموم امرى را ايجاب كند، هيچ قاعده‏اى نمى‏تواند مانع از تحقق آن شود.(42)**

مهمترين ثمره و فايده اين بحث آن است كه در صورتى كه قاعده بى اثر بودن قانون در گذشته در شمار قواعد حقوق طبيعى درآيد و به عنوان ضامن آزاديهاى فردى محترم شمرده شود، طبيعى است كه قانونگذار نيز حق تجاوز به آن را ندارد؛ ولى هر گاه مبناى آن حفظ مصالح عمومى باشد، چون اين مصلحت امرى نسبى است و گاه منافع اجتماعى ايجاب مى‏كند كه قاعده نو در گذشته نيز اثر كند، قانونگذار آزاد است تا مصالح گوناگون را ارزيابى كند و متناسب با مورد تصميم بگيرد.(43)

دقت و تأمل در قوانين موضوعه ايران نشان مى‏دهد كه قانونگذار ايران هر دو مبنا را در نظر داشته است؛ بدين معنا كه در اين مورد قايل به تفضيل شده و عطف بماسبق نشدن را در قلمرو قوانين جزايى، به عنوان يك اصل اساسى و ضامن آزاديهاى فردى دانسته است؛ پيش بينى اين امر در اصول مختلف قانون اساسى از جمله اصول 36 و 169(44) معنايى غير از اين ندارد؛ اما در قلمرو ساير قوانين و از جمله قوانين مدنى بيشتر، نظريه پيروان حقوق اجتماعى مورد توجه بوده است. با توجه به اينكه قاعده «عطف بماسبق نشدن قوانين جزايى» در قانون اساسى مقرر شده است، اين قاعده نه تنها در برابر قوه قضائيه و مجريه اعتبار دارد بلكه بر خود قوه مقننه هم ايجاد الزام مى‏كند و نتيجتا نمى‏تواند ـ حداقل در قلمرو جرايم و مجازاتها ـ قوانينى را وضع كرده و به گذشته عطف كند.

**3 ـ قلمرو قاعده و استثنائات آن:**

**تعيين حيطه و محدوده اعمال قاعده ايجاب مى‏كند كه قلمرو آن را در دو زمينه قوانين جزايى و قوانين مدنى مورد مطالعه قرار دهيم.**

**1 / 3 ـ قلمرو قاعده در قوانين جزايى**

**بند اول: قوانين ماهوى و استثنائات قاعده عطف بماسبق نشدن**

**بطورى كه از اصل 169 قانون اساسى و ماده 11 قانون مجازات اسلامى بر مى‏آيد قاعده عطف بماسبق نشدن مربوط به قوانين جزايى ماهوى است و اصل در اين گونه قوانين آن است كه به گذشته عطف نمى‏شوند مگر در موارد زير:**

**1 ـ قوانين تفسيرى: در مواردى كه قانونگذار در مقام رفع ابهام و اجمال از قانونى آن را تفسير مى‏كند چون در واقع قانون جديدى محسوب نمى‏شود به گذشته معطوف مى‏شود. آراى مختلف ديوان عالى كشور هم حاكى از عطف بماسبق شدن اين نوع قوانين است.**

**2 ـ تصريح مقنن: هر چند كه اين مورد هم توسط حقوقدانان به عنوان استثنا بر اصل عطف بماسبق نشدن قوانين جزايى پذيرفته شده است ولى معلوم نيست كه با مطلق بودن قاعده عطف بماسبق نشدن در قانون اساسى اين تقييد چگونه قابل توجيه است؟**

**به نظر مى‏رسد در مسائل جزايى حتى خود مقنن هم نمى‏تواند قانونى را وضع كرده و به گذشته عطف كند.**

**3 ـ قوانين ملايمتر: برابر ماده يازده قانون مجازات اسلامى**

**«... هيچ فعل يا ترك فعل را نمى‏توان به موجب قانون متأخر مجازات نمود ليكن اگر بعد از وقوع جرمى، قانونى وضع شود كه مبنى بر تخفيف يا عدم مجازات بوده و يا از جهات ديگر مساعدتر به حال مرتكب باشد نسبت به جرايم سابق بر وضع آن قانون تا صدور حكم قطعى مؤثر خواهد بود و در صورتى كه به موجب قانون سابق حكم قطعى لازم الاجرا صادر شده باشد به ترتيب زير عمل خواهد شد:**

**1 ـ اگر عملى كه در گذشته جرم بوده و به موجب قانون لاحق جرم شناخته نشود در اين صورت حكم قطعى اجرا نخواهد شد و اگر در جريان اجرا باشد موقوف الاجرا خواهد ماند و در اين دو مورد و همچنين در موردى كه حكم قبلاً اجرا شده باشد هيچ گونه اثر كيفرى بر آن مترتب نخواهد بود اين مقررات در مورد قوانينى كه براى مدت معين و موارد خاصى وضع شده است اعمال نمى‏گردد.**

**2 ـ اگر مجازات جرمى به موجب قانون لاحق تخفيف يابد، محكوم عليه مى‏تواند تقاضاى تخفيف مجازات تعيين شده را بنمايد و در اين صورت دادگاه صادر كننده و يا دادگاه جانشين با لحاظ قانون لاحق مجازات قبلى را تخفيف خواهد داد.**

**3 ـ اگر مجازات جرمى به موجب قانون لاحق به اقدام تأمينى و تربيتى تبديل گردد فقط همين اقدامات مورد حكم قرار خواهد گرفت.»**

**بديهى است كه اين مورد هم با توجه به مبناى قاعده عطف بماسبق نشدن قوانين جزايى در حقيقت استثنا تلقى نمى‏شود چون در اين مورد نه فقط حقى از محكوم عليه ضايع نمى‏شود بلكه به نفع او هم مى‏باشد.**

**البته احراز قوانين ملايمتر بسهولت امكان‏پذير نيست؛ با وجود اين در موارد زير مسلم است كه قانون جديد ملايمتر بوده و در نتيجه ببماسبق عطف مى‏شود:**

**الف) قوانين مربوط به ايجاد جرم و تغيير وصف آن:**

**اين نوع قوانين كه مربوط به**

**الف) قوانين مربوط به تعريف جرم و عناصر تشكيل دهنده آن و مسؤوليت مجرم مى‏باشند در موارد زير به گذشته سرايت داده مى‏شوند:**

**1 ـ قانونى كه جرمى را حذف كند؛ (بند يك ماده يازده قانون مجازات اسلامى)**

**2 ـ قانونى كه كيفيّت مشدّده را زايل كند؛ براى مثال به موجب ماده 86 قانون تعزيرات، توهين به افراد عادى موجب مجازات تا 30 ضربه شلاق است از سوى ديگر در ماده 87 همين قانون به اعتبار شخصيت فرد مورد توهين كيفيّت مشدّده‏اى وضع شده، مجازات تا 74 ضربه شلاق تشديد مى‏شود(45) بنابر اين چنانچه قانونى اين كيفيت مشدده را ملغى كند، به گذشته عطف مى‏شود.**

**3 ـ قانون جديدى كه عوامل توجيه كننده ايجاد مى‏كند؛**

**4 ـ قانونى كه يك عامل عدم قابليت اسناد جديد را بيان مى‏كند؛**

**5 ـ قوانينى كه معاذير معاف كننده را ايجاد مى‏كنند؛ (عذرهاى معاف كننده اوضاع و احوالى هستند كه مقنن پيش بينى كرده و موجب معافيت از مجازات مى‏شود)**

**6 ـ قانونى كه عذر تخفيف دهنده ايجاد مى‏كند؛ (تفاوت عذر تخفيف دهنده با كيفيّت مخفّفه اين است كه كيفيّت مخفّفه در مورد كليه جرايم تعزيرى پيش بينى مى‏شود، ولى عذر تخفيف دهنده را مقنن در مورد جرم خاصى پيش بينى مى‏كند (مثل ماده 71 قانون تعزيرات)**

**7 ـ قانونى كه كيفيّت مخففه‏اى را پيش بينى مى‏كند،**

**8 ـ قانونى كه عناصر تشكيل دهنده جرم را افزايش مى‏دهد؛ مثلاً تحقق عنوان مجرمانه را به تكرار عنصر مادى مى‏داند.**

**9 ـ قانونى كه وصف جرم را عوض مى‏كند؛ مثلاً جرم را قابل گذشت اعلام مى‏كند؛**

**مثال ديگر در اين مورد ماده 296 قانون مجازات اسلامى است؛ به موجب اين ماده:**

**«چنانچه كسى قصد تير اندازى به كسى را داشته باشد و تير او به انسان بى گناه ديگرى اصابت كند، عمل او خطاى محض است»**

**كه قبل از تصويب ماده مذكور در سال 1370؛ رويه قضايى با استنباط از قوانين موجود اين عمل را «قتل عمدى» مى‏دانست.**

**ب) قوانين مربوط به مجازات:**

**10 ـ قانونى كه مجازات جرم را در جهت ملايمتر كردن تغيير دهد، مثلاً مجازات را به اقدامات تأمينى تبديل كند؛**

**11 ـ قانونى كه تعليق اجراى مجازات جرمى را پيش بينى كند كه قبلاً غير قابل تعليق بود؛ مثلاً به موجب قانون تشديد مجازات ارتشا و اختلاس و كلاهبردارى، مصوب مجمع تشخيص مصلحت نظام (1367) چنانچه مختلس وجه مورد اختلاس را قبل از صدور كيفر خواست بپردازد، مجازات حبس او معلق مى‏شود(46) در حالى كه قبلاً مجازات جرم اختلاس قابل تعليق نبود. بنابر اين هر چند اصولاً مجازات جرم اختلاس هنوز هم به موجب ماده 30 قانون مجازات اسلامى غير قابل تعليق است، ولى در اين مورد اين قانون خاص و ملايمتر است در نتيجه به گذشته هم عطف مى‏شود.**

**12 ـ قانونى كه حداقل و حداكثر مجازات جرمى را تغيير مى‏دهد؛ در اين مورد رويه قضايى حداكثر مجازات را ملاك قرار مى‏دهد. بنابر اين چنانچه حداكثر مجازات جرمى كاهش پيدا كند نسبت به قانون قبلى اخف است. هر چند كه حداقل آن هم افزايش يابد.**

**بند دوم: قوانين شكلى و استثنائات اصل عطف بماسبق شدن**

**در قوانين شكلى يعنى قواعد مربوط به آئين دادرسى كيفرى كه در زمينه كشف جرم، تحقيق و تعقيب آن و همين طور نحوه دادرسى و صلاحيت دادگاهها و اجراى حكم كيفرى وضع مى‏شود، اصل، عطف بماسبق شدن است و خلاف آن استثناست كه موارد آن ذكر خواهد شد. در مورد دليل اين امر حقوقدانان مى‏گويند:**

**قاعده معروف عطف بماسبق نشدن قوانين جزايى به خوبى از منطوق و مفهوم اصل يكصد و شصت و نهم قانون اساسى و ماده 6 قانون مجازات عمومى و ماده قانون راجع به مجازات اسلامى و ماده 11 قانون مجازات اسلامى استنباط مى‏شود؛ زيرا از يك طرف منطوق مواد ياد شده فقط اطلاق به قواعد حقوق جزاى ماهوى داشته و ناظر به جرم و مجازاتند و از طرف ديگر در قلمرو آيين دادرسى كيفرى فرض اين است كه قانون لاحق بهتر از قانون سابق راه تشخيص حقيقت و اجراى عدالت را نشان مى‏دهد. و حقوق و آزاديهاى متهم را به نحو اطمينان بخش ترى تضمين مى‏كند؛ بنابر اين بايد فورى به اجرا گذاشته شود كه مألاً اثر قهقرايى مى‏يابد.(47)**

**استثنائات وارده بر قاعده عطف بماسبق شدن قوانين شكلى جديد:**

**1 ـ قانون شكلى جديد نمى‏تواند حق مكتسبه حاصل از قانون شكلى سابق را از بين ببرد؛ مثلاً چنانچه به موجب قانون شكلى قبلى مهلت اعتراض به حكم ابلاغ شده به محكوم عليه ده روز باشد و در فاصله ابلاغ حكم و تسليم اعتراض، قانونى وضع شود كه مهلت اعتراض را به پنج روز كاهش دهد اين قانون را نمى توان در مورد مذكور اجرا نمود؛**

**2 ـ قانون شكلى شديدتر به گذشته اثر نمى‏كند؛ مثلاً اگر قانون جديد طول مدت «قرار بازداشت موقت» را در جريان تحقيقات مقدماتى افزايش دهد در اين صورت شامل متهمين پرونده‏هاى قبلى نمى‏شود؛**

**3 ـ تحقيقاتى را كه در زمان حكومت قانون سابق به طور صحيحى انجام يافته، حتى پس از تصويب قانون شكلى جديد و تغيير مقررات قبلى بايد صحيح و معتبر دانست و اين مورد هم نبايد مشمول عطف ببماسبق شدن قوانين شكلى شود. مثلاً مطابق ماده 40 قانون آيين دادرسى كيفرى، تحقيقات مقدماتى در جنحه و جنايت با بازپرس بود لكن در سال 1352 مقرر شد كه تحقيقات مقدماتى جنايت با بازپرس باشد؛ بنابر اين دادگاه نمى‏تواند تحقيقات مقدماتى جنحه را كه قبلاً مطابق قانون قبلى توسط بازپرس انجام گرفته ناديده گرفته و بگويد كه دادستان بايد اين امور را انجام بدهد.**

**2 / 3 ـ قلمرو قاعده در قوانين مدنى**

**مواد 4 و 955 قانون مدنى حاكى از آن است كه قانونگذار مى‏تواند قوانين مدنى را به گذشته معطوف كند(48) و اين امر به لحاظ آن است كه در مورد عطف به گذشته اين گونه قوانين از نظر قانون اساسى منعى وجود ندارد.**

**با وجود اين، تغيير وضع گذشته بايد جنبه استثنايى داشته باشد و دولت خود را در اين راه آزاد نبيند. از آنجا كه خوبى و بدى و زشتى و زيبايى نسبى است و هر امر زيانبارى كم و بيش فايده‏اى دارد، حاكميت قانون بر گذشته نيز فوايدى در بر دارد و براى استفاده از همين فايده قانونگذار مى‏تواند هر جا مصلحت مى‏بيند براى گذشته قانون وضع كند ولى اين فوايد در برابر زيانهاى آن ناچيز است و قاعده اين است كه قانون بر آينده حكومت كند نه بر گذشته. اين امر به اندازه‏اى حائز اهميت است كه متزلزل ساختن روابط سابق و از بين بردن حقوقى را كه اشخاص به دست آورده‏اند، اخلاقاً هم قبيح و ناپسند است؛ بنابر اين دولت عاقل نيز نبايد از اين نيروى معنوى غافل بماند؛ چرا كه عدم توجه به اين امر اجراى قانون را با مشكل مواجه ساخته و دولت را در تعقيب هدفهاى خود با شكست مواجه مى‏سازد.(49)**

**3/3 ـ نكاتى چند در مورد تعيين زمان وقوع جرم و قانون حاكم**

**يكى از مسائل مهمى كه در مورد قاعده عدم عطف قوانين بماسبق مطرح مى‏شود مربوط به تشخيص زمان وقوع جرم است؛ در برخى موارد مثل جرم آنى(50)، تعيين تاريخ وقوع جرم و قانون حاكم چندان مشكل نيست. بر عكس در موارد ديگر كه ذكر آن ذيلاً مى‏آيد اين امر به سهولت امكان‏پذير نمى‏باشد:**

**الف) جرم مستمر:**

**جرم مستمر كه در مقابل جرم آنى مطرح است، جرمى است كه عنصر مادى آن توأم با قصد مجرمانه مستمر براى مدتى دوام داشته باشد؛ مانند استعمال نشانها و درجه‏هاى نظامى و توقيف غير قانونى اشخاص. در مورد قانون حاكم بر جرم مستمر با وجود اختلاف نظرى كه در ميان حقوقدانان وجود دارد، مى‏توان گفت چون در جرم مستمر اراده مجرمانه مرتكب همراه با فعل مادى هر آن تجديد مى‏شود، كافى است كه زمان حكومت قانون جديد نيز ادامه داشته باشد؛ پس در اين حالت به دليل اينكه اركان متشكله جرم در زمان قانون جديد هم اتفاق افتاده تابع قانون جديد خواهد بود ولو اينكه قانون جديد شديدتر باشد.**

**ب) جرم اعتيادى:**

**جرمى است كه عنصر مادى آن متعدد ولى از نوع واحد است به گونه‏اى كه هيچ كدام از آن عناصر به تنهايى جرم محسوب نمى‏شوند؛ مانند قوادى، تشويق به فساد اخلاق و حرفه خود قرار دادن معامله اموال مسروقه.**

**در مورد اين گونه جرايم استاد «دون ديو دو وابر» معتقد است كه چون ركن اصلى جرم عادت مجرمانه است بنابراين براى حكومت قانون جديد لازم است كه اين ركن عادت مجرمانه در زمان قانون لاحق نيز تحقق پيدا كند و در غير اين صورت تابع قانون جديد نخواهد بود.(51)**

**ج) جرم مركب:**

**به جرمى گفته مى‏شود كه عنصر مادى آن مركب از اعمالى است كه به تنهايى قابل مجازات نيست ولى مجموعاً جرمى را به وجود مى‏آورند؛ مثل كلاهبردارى كه مشتمل بر سه نوع عمل متفاوت توسل به وسايل متقلبانه، اغفال مجنى عليه و بردن مال غير مى‏باشد. بديهى است كه اين گونه جرايم تابع قانون زمان حصول نتيجه مجرمانه خواهد بود.**

**خلاصه آنكه در مورد جرايم اعتيادى و مركب تنها در صورتى مى‏توان قايل به حكومت قانون جديد شد كه عناصر تشكيل دهنده آنها در زمان حكومت قانون جديد اتفاق افتاده باشد در غير اين صورت تابع قانون جديد نخواهد بود. زيرا كه ماده 11 قانون مجازات اسلامى قاعده عطف ببماسبق شدن قوانين را تنها در مورد قوانين ملايم و مساعد به حال متهم تجويز كرده است.**

**در پايان اين قسمت ذكر اين نكته خالى از فايده نيست كه قاعده عطف بماسبق نشدن قوانين در حقوق ايالات متحده آمريكا نيز پذيرفته شده و تحت عنوان ex post facta lawمطرح است. اين قاعده در ماده 1 قانون اساسى ايالات متحده آمريكا آمده و كنگره و ايالات را از وضع قوانينى كه عطف بماسبق مى‏شوند منع كرده است(52) هر چند قانونگذار ملزم به رعايت اين اصل مى‏باشد ولى خود دادگاهها در عمل مقيد به اين اصل نيستند؛ چرا كه پايبندى به آن را مانع از پيشرفت كامن لا مى‏دانند؛ در نتيجه با توسل به مكانيسمهاى دفاع اجتماعى و اصول مختلف از جمله اصل تين ايسى(53) (thin ice) آن را تعديل مى‏كنند. دعواى شاو Shaw(1962) كه در آن دادستان هم را به اتهام «تبانى براى افساد اخلاقى عمومى» مورد تعقيب و كيفر خواست قرار داد و مجلس لردان صحت و اعتبار اين كيفر خواست را عليرغم فقدان هر نوع سابقه قضايى روشن در مورد اين اتهام مورد تاييد قرار داد، مؤيد اين امر است.(54)**

**گفتار دوّم:**

**قاعده عطف بماسبق نشدن قوانين در حقوق اسلام:**

**1 ـ دلايل قاعده**

**با توجه به ادله شرعى و عقلى كه در گفتار اول از بخش اول مقاله در خصوص منابع اصل قانونى بودن در حقوق اسلامى به آنها استناد كرديم مسلّم و ثابت شد كه در حقوق اسلام نيز جرم و مجازات فرع بر «تشريع»(55)، «استنباط»(56) و «ابلاغ»57 آن است.**

همان دلايل بر قاعده عطف بماسبق نشدن قوانين جزايى در اسلام نيز دلالت دارند. با وجود اين، آيات و رواياتى نيز در خصوص اين قاعده وجود دارد كه ما برخى از آنها را در زير مى‏آوريم:

**الف) لا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء الاّ ما قد سلف إنّهُ كانَ فاحشة و مقتاً و ساء سبيلا (النساء / 22) زنانى را كه پدرانتان با آنها ازدواج كرده‏اند به ازدواج خود در نياوريد مگر آنچه بوده و اين كار و طريق زشت است.**

**ب) حرمت عليكم اُمّهاتِكم... و ان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف (النساء / 23) خداوند حرام كرد بر شما مادرانتان را... و جمع بين دو خواهر در ازدواج را مگر آنچه كه گذشته است. يعنى خداوند به خاطر چنين اعمالى كه قبل از اسلام مرتكب شده‏ايد، شما را مجازات نمى‏كند.**

**ج) قل للذين كفروا اِن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف (انفال / 39) بگو اى پيامبر به كسانى كه كافر شده‏اند اگر از جرايم گذشته دست بردارند، خداوند آنان را بخاطر جرايم گذشته مى‏بخشد.**

**د) پيامبر اكرم صلى‏الله‏عليه‏و‏آله در خطبه حجة الوداع فرموده‏اند:**

**«الا و انَّ دم الجاهليِة موضوع و اَوَّلَ دَمِ اَبْدءُ به دَمُ الحارث بن عبدالمطلب و انّ ربا الجاهلية موضوع و اول رباً اَبدءُ به ربَا عمى العباس بن عبدالمطلب»(57)**

آگاه باشيد خونها كه در جاهليت ريخته شده كيفرش برداشته شده و نخستين خونى كه من بدان آغاز مى‏كنم و از آن در مى‏گذرم خون حارث بن عبدالمطلب عموى من است و رباى جاهليت برداشته شده است و نخستين ربايى كه من بدان آغاز مى‏كنم و مؤاخذه آن را بر مى‏دارم رباى عموى من عباس بن عبدالمطلب است.

**آنچه كه از اين حديث استفاده مى‏شود اين است كه برداشته شدن كيفر در مورد خونهاى ريخته شده و يا معاملات ربوى نه بخاطر مباح بودن آنها بوده است بلكه به دليل عدم وصول و ابلاغ آن به مكلفين بوده است.**

**2 ـ بررسى استثنائات قاعده:**

**در مورد اين سؤال كه آيا قاعده «عدم عطف قوانين جزايى بماسبق» در اسلام يك قاعده عام و بدون استثناست يا نه، ميان مفسران و حقوقدانان اختلاف نظر پيش آمده است. بدين معنى كه گروهى اين قاعده را عام و بى استثنا مى‏دانند ولى عده‏اى معتقدند كه مواردى در حقوق اسلام وجود دارد كه مجازاتهاى آنها عطف بماسبق شده و در نتيجه قاعده مذكور تخصيص خورده است. از يك طرف اهميت مسأله و از سوى ديگر تطبيقى بودن موضوع تحقيق اقتضا مى‏كند كه اين موارد اختلافى را ـ كه عبارتند از: جريمه قذف، حكم لعان، حكم ظهار و مجازات محاربه ـ جداگانه بررسى كنيم و اما قبل از پرداختن به آنها بايد بگوييم كه اين اختلاف بيشتر ناشى از اختلاف در زمان و شأن نزول آيات است:**

**بند اول: جريمه قذف**

**جرم قذف و مجازات آن در آيات چهار و پنج سوره نور به شرح ذيل مقرر گرديده است:**

**«والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهدا فاجلدوهم ثمانين جلدة و لا تقبلوا لهم شهادة ابدا و اولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك و اصلحوا فان اللّه غفور رحيم»**

**در مورد شأن نزول اين آيه ميان مفسران و حقوقدانان اسلامى اختلاف نظر وجود دارد. استاد عبدالقادر عوده معتقد است كه اين آيه دلالت بر جلد قاذف دارد و در مورد افترا و تهمت نسبت به عايشه نازل شده است و چون پيامبر كسانى را كه قبل از نزول آن مرتكب قذف شده بودند، مطابق اين آيه حد زده است بنابراين مجازات قذف را عطف بماسبق كرده است(58)**

ابن كثير در تفسير خود مى‏گويد:

**آنچه كه در شأن عايشه و تبرئه او از تهمتى كه به او زده بودند، نازل شده است آيات 11 ـ 22 سوره نور است؛ بنابراين پيامبر اكرم صلى‏الله‏عليه‏و‏آله طبق اين تفسير كسانى را كه ام المؤمنين را قذف كرده بودند مطابق با نصى كه دلالت بر جلد قاذف دارد حد زده است(59) (و آيه جلد قاذف هم قبل از قضيه تهمت نسبت به عايشه نازل شده بود.)**

**استاد دكتر محمد سليم العوا قول كسانى را كه معتقدند آيه مربوط به جلد قاذف عطف ببماسبق شده است و هم ناشى از تتابع آيات در سوره نور ـ كه مبين حد زنا، حد قذف و احكام لعان و قضيه تهمت نسبت به عايشه و تبرئه اوست ـ دانسته و مى‏گويد:**

**آنچه كه در كتب تفسير نظير تفسير ابن كثير (ص 17 ـ 30) و احكام قرآن الجصاص (ج 2، ص 306 ـ 308) و زاد المسير ابن الجوزى (ج 6، ص 17 ـ 23) و همين طور در كتب صحيح اهل سنت مانند نيل الاوطار شوكانى (ج 6 ص 319) و سيرالنبلاء ذهبى (ص 47) آمده بيانگر اين است كه آيات 11 ـ 22 سوره نور در شأن عايشه نازل شده است و به اين دليل آيه مربوط به حد قذف از نظر نزول منفصل و جدا از آياتى است كه در مورد عايشه نازل شده است؛ بنابراين قاعده عامى كه در قرآن كريم بيانگر عدم مجازات قبل از بيان و انذار است به عموميت خود باقى است. لذا رسول اكرم صلى‏الله‏عليه‏و‏آله هم قذف كنندگان عايشه را مطابق نصى مجازات نمود كه قبل از وقوع اين فعل قرآن به آن تصريح و مجازات آن رابيان كرده بود و دليل ديگرى كه نشان مى‏دهد آيه حد قذف قبل از حديث تهمت نازل شده آن است كه اين امر (افترا به عايشه) منشاء يك اغتشاش و بلوايى در مدينه شد كه حتى يك ماه هم از آن گذشت در حالى كه پيامبر صلى‏الله‏عليه‏و‏آله از اين حادثه غمگين و ناراحت بود، پس معقول آن است كه بگوييم خداوند آيات را براى تبرئه عايشه نازل كرده است و نه به خاطر حد قذف.(60).**

گفتنى است كه از حقوقدانان معاصر ما هم كسانى هستند كه مى‏گويند علاوه بر مجازات قذف، حكم لعان و ظهار و محاربه هم عطف بماسبق شده است.(61).

مرحوم علامه طباطبايى هر دو طرف قضيه را مشكل دانسته و در نهايت قولى را كه مؤيد نزول آيه دالّ بر حد قذف بعد از حديث افك است قوى مى‏داند؛ با اين استدلال كه اگر مجازات حد قذف قبلاً نازل شده بود پيامبر صلى‏الله‏عليه‏و‏آله مى‏بايستى حد را اجرا مى‏كرد چرا كه تأخير در اجراى حد جايز نيست و اين در حالى است كه يك ماه از قضيه حديث افك گذشته بود.(62)

به نظر مى‏رسد چنانچه هر دو قول را هم بپذيريم باز خللى بر عموميت قاعده در حقوق اسلام وارد نمى‏شود؛ زيرا اگر بگوييم آيه حد قذف قبل از آيات 11 ـ 21 سوره نور نازل شده است اينجا پيامبر قذف كنندگان را مطابق نص قبلى مجازات كرده است و چنانچه معتقد باشيم كه آيه حد قذف بعداً نازل شده است باز هم اين مورد استثنا تلقى نمى‏شود چرا كه اولاً قذف كنندگان در فعل و قصد مجرمانه خود استمرار داشته‏اند به طورى كه تا مدت يكماه اين عمل ادامه پيدا كرد؛ بنابراين اين مورد از مصاديق جرم استمرارى است و در جرم استمرارى قانون لاحق حاكم است ثانيا قبل از اسلام مجازات يك توهين ساده (چه رسد به قذف كه حد اعلاى توهين است) بسيار شديدتر از مجازاتى بود كه اسلام مقرر فرمود چرا كه مجازاتها قبل از اسلام اصولاً دسته جمعى و بسيار خشن بود و اين اسلام بود كه اصل شخصى بودن مجازاتها (و لا تزر وازرة وزر اخرى) را مقرر داشت. بنابراين مجازات هم نسبت به مجازاتهاى قبلى اخف است.

**بند دوم: حكم لعان(63)**

در مورد حكم لعان هم مى‏توان گفت كه هر چند اين حكم به گذشته عطف شده است ولى از باب استثنا بر قاعده عام نيست، بلكه از جهت قانون اخف و مساعد به حال فرد است كه حتى اين مورد هم موضوعاً از قاعده عطف بماسبق نشدن خارج است؛ زيرا اصولاً و اساسا آنچه كه از اين قاعده مراد است، عطف بماسبق نشدن قوانين جزايى ماهوى مشدّد است.

**فقها و مفسران هم در مورد اخف بودن حكم لعان ـ كه به واسطه آن مرد حد قذف را از خود منتفى مى‏كند ـ نسبت به مجازات قذف (80 تازيانه) تقريباً اتفاق نظر دارند.(64)**

**بند سوم: حكم ظهار**

**به عنوان مقدمه بايد گفت ظهار آن است كه مرد به همسرش بگويد: «انتِ علىّ كظهر اُمّى» (تو بر من مثل پشت مادرم هستى) به موجب اين حكم مردم عرب جاهليت زن را براى شوهرش كه او را ظهار مى‏كرد حرام مؤبد دانسته و براى شوهرش ابداً حق رجوع قائل نبودند و همين طور براى غير شوهرش هم ازدواج با او حرام بود. لكن خداوند متعال اين حكم ظهار را از ميان برداشته و مقرر فرمود كه اگر مرد كفاره ظهار خود را با يكى از امور زير جبران نمايد مى‏تواند به زن خود رجوع كند: 1 ـ آزادى بنده 2 ـ روزه گرفتن دو ماه متوالى 3 ـ اطعام شصت فقير و اگر اين كار را انجام نداد زن مى‏تواند به قاضى مراجعه كند تا شوهرش را ملزم به دادن كفاره نمايد و يا اينكه زن او را طلاق دهد(65) (سوره مجادله / 2 و 4) مقايسه اين دو حكم در مورد ظهار نشان مى‏دهد كه حكم لاحق نسبت به سابق اخف است در نتيجه حكم اين مورد هم مثل لعان است.**

**بند چهارم: مجازات محاربه**

**محاربه از جمله جرايمى است كه مجازات آن حد بوده و در آيات 33 و 34 سوره مائده به صراحت ذكر شده است(66)**

در مورد اين آيه هم عده‏اى گفته‏اند كه عطف بماسبق شده است به اين دليل كه شأن نزول آيه شريفه حاكى از آن است كه قومى از عكل و عرنيه پس از آنكه نزد پيامبر صلى‏الله‏عليه‏و‏آله اسلام آوردند در اثر بيمارى و ناسازگارى با آب و هواى مدينه طبق توصيه پيامبر صلى‏الله‏عليه‏و‏آله به خارج از شهر انتقال يافتند تا با استفاده از هواى آزاد و بهره برى از شترانى كه پيامبر در اختيارشان قرار داده بود، بهبود يابند اما آنان پس از بهبودى ياغى گشته و با كشتن چوپان و شتران و غارت اموال در بيابانها متوارى گشتند پس از آن دستگير و به نزد پيامبر آورده شدند كه اين آيه شريفه در موردشان نازل گرديد.(67)

هر چند در شان نزول اين آيه تقريباً ميان مفسران شيعه و اهل سنت اتفاق نظر وجود دارد لكن بر اساس آنچه كه از كتب تفسير اهل سنت استفاده مى‏شود اين آيه بعد از اعمال مجازات مرتكبين جرم نازل شده است و صرفاً براى تبيين مجازات مرتكبين محاربه است و خواسته است از مثله كردن و كندن چشم و گوش ولو از باب مماثلت هم باشد جلوگيرى كند؛ چرا كه طبق بعضى از روايات از جمله مطابق آنچه كه در صحيح بخارى و مسند احمد و سنن ابى داود از ابن سيرين نقل شده است مثله كردن و كندن چشم و گوش و... قبل از نازل شدن اين حدود اعمال مى‏شد و مطابق آنچه كه در صحيح مسلم و سنن نسايى و جامع ترمذى آمده است پيامبر صلى‏الله‏عليه‏و‏آله چشم اين قوم را كندند به اين دليل كه آنان چشم چوپان را كنده بودند.(68)

به عبارت ديگر مجازات مقرر در آيات مذكور در مورد اين قوم اعمال نشد بلكه اين قوم بر اساس نصوص عامى مثل «جزاءُ سيئة سيئة مثلها» (نور / 40) و «انْ عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به» (النحل / 126) (بر اساس قصاص) مجازات شدند و بعد از اعمال مجازات بود كه قرآن بترتيب مجازات مرتكبين اعمال مذكور را در آيات فوق مقرر داشت و اين قول با توجه به منحصر گردانيدن مجازات محاربين در چهار مورد مذكور قوى به نظر مى‏رسد از طرف ديگر چون قانون قصاص و آيه مربوط به آن قبل از آيه محاربه نازل شده؛ بنابراين از اين جهت نيز ايرادى وارد نيست.

**نتيجه بحث آنكه چون در حقوق اسلام ادله مربوط به عنصر قانونى بودن عام است خارج كردن اين موارد از قلمرو شمول آن نياز به دليلى دارد كه ظاهراً در اين موارد منتفى است و به همين دليل به نظر بهتر آن است كه بگوئيم حتى اين موارد مذكور هم جزء استثناى قاعده محسوب نمى‏شوند.**

**پاسخ به شبهات:**

**قبل از پايان اين بخش لازم است به دو سؤال مهم جواب دهيم:**

**سؤال نخست: آيا قاعده عطف بماسبق نشدن قوانين جزايى در حقوق اسلام فقط در مورد كسانى مطرح است كه قبل از نزول اين قوانين مى‏زيسته‏اند و مرتكب گناه شده‏اند يا اينكه افزون بر آنان در حال حاضر نيز چنين فرضى وجود دارد؟**

**سؤال دوم: آيا اين قاعده در قلمرو مجازاتهاى تعزيرى نيز بايد رعايت گردد؟**

**در پاسخ به سؤال نخست بعضى از حقوقدانان برآنند كه اين قاعده تنها نسبت به كسانى مصداق پيدا مى‏كند كه در صدر اسلام مى‏زيسته‏اند و زمان پيش از بعثت پيامبر اسلام صلى‏الله‏عليه‏و‏آله را نيز درك كرده‏اند و افرادى كه پس از نزول اين مقررات مرتكب جرمى بشوند مشمول اين قاعده نمى‏شوند. ايشان اجراى قاعده مذكور را در حال حاضر فقط در قلمرو «قاعده جَبّ»(69) صادق مى‏دانند؛ يعنى فقط در مورد كافرى كه اسلام مى‏آورد، قوانين جزايى اسلام به ما قبل از اسلام او عطف نمى‏شود بلكه تنها شامل گناهانى مى‏شود كه بعد از اسلام مرتكب مى‏شوند.(70)**

اما با فرض سه مرحله‏اى بودن حكم شرعى و با فرض اينكه تنجز و فعليت و قطعيت حكم شرعى وقتى است كه علاوه بر تشريع حكم و استنباط وجوب يا حرمت از آن، آن حكم به مكلفين هم ابلاغ شده باشد، مى‏توان وجود اين مورد را هم ممكن دانست. مخصوصاً با توجه به اينكه اعلان و ابلاغ و آشكار كردن كليه دستورات اسلام و واجبات و محرمات اعم از كوچك و بزرگ طبق روايات صحيح(71) از وظايف حاكم كشور اسلامى است؛ بنابراين حتى با فرض مسؤول بودن مكلفين در پيشگاه خداوند به خاطر تخلف از اين احكام، چنانچه اين احكام از طرف حكومت اسلامى اعلام نشده باشد در قبال حكومت مسؤوليتى نخواهند داشت.

**در مورد اعمال قاعده نسبت به مجازاتهاى تعزيرى هم بايد گفت تا آنجا كه از كتب فقها و حقوقدانان بر مى‏آيد، اعمال اين نوع مجازاتها را نيز نسبت به افعال و اعمالى كه قبل از اعلام و وصول آن به وقوع مى‏پيوندند جايز نمى‏دانند؛ براى مثال قاضى ابويعلى حنبلى در كتاب الاحكام السلطانيه خود مى‏نويسد: موقع مقرر كردن مجازاتهاى تعزيرى بر حاكم واجب است كه انذار را مقدم داشته و قبل از انذار و اعلام در مجازات تعجيل نكند(72) ماوردى نيز در كتاب الاحكام السلطانيه همين نظر را دارد.(73)**

در حقوق موضوعه ايران هم علاوه بر اصل 36 ق. اساسى كه «قانونى بودن مجازات» را به طور مطلق به كار برده و در نتيجه شامل همه نوع مجازاتها مى‏شود، مى‏توان به رأى وحدت رويه شماره 11 ـ 20 / 3 / 1364 هيات عمومى ديوان عالى كشور كه بيانگر عطف بماسبق نشدن مجازاتهاى تعزيرى است اشاره كرد.

**ـ1 Anderw Ashworth, the principles of criminal law, united states, oxford university, page 63.**

**2 \_ Nallum Crimen nulla poena Sine lege**

**3 \_ The non \_ retoactivity principle.**

**4 ـ كمال وصفى، مصطفى. تقرير الى الحلقه الثانيه لتنظيم العدالة الجنائية. القاهره، 1976 م.**

**5 ـ فيض، عليرضا. مقارنه و تطبيق در حقوق جزاى عمومى اسلام. ج اول. چاپ دوم تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامى، 1369، ص 101.**

**6 ـ العوّا، محمد سليم. فى اصول النظام الجنائى الاسلامى، الطبعه الثانية، القاهره: دارالمعارف، مايو 1983، صص 58 ـ 59.**

**7 ـ محمدى، ابوالحسن. مبانى استنباط حقوق اسلامى، چاپ پنجم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، 1366. ص 283.**

**8 ـ پيشين.**

**9 ـ ر. ك: جعفرى لنگرودى، محمد جعفر، دانشنامه حقوقى، ج سوم. چاپ چهارم: تهران، انتشارات اميركبير، 1372. ص 354 به بعد.**

**10 ـ محقق داماد، سيد مصطفى؛ اباحه، دائرة المعارف بزرگ اسلامى، ج دوم، 1368؛ ص 299.**

**11 ـ پيشين.**

**12 ـ عوده، عبدالقادر، التشريع الجنايى الاسلامى، ج 1. الطبعة الثانيه: بيروت، مؤسسة الرسالة، 1413 هق. ص 116.**

**13 ـ پيشين**

**14 ـ ابن حزم ظاهرى، الاحكام فى اصول الاحكام، ج 2. الطبعه الاولى: بيروت، دار الكتب العلميه. ص 52.**

**15 ـ پيشين.**

**16 ـ ر. ك: محقق داماد، سيد مصطفى. پيشين.**

**17 ـ ركنى، سيد على اكبر، تقريرات درس اصول فقه، دانشگاه تربيت مدرس، سال 72 ـ 71.**

**18 ـ انصارى، مرتضى. فرائد الاصول. قم، موسسه النشر الاسلامى التابعة لجماعة المدرسين. ص 335.**

**19 ـ طلاق / 7. هركس وسعت مالى دارد به نسبت همان وسعت مالى انفاق كند و هركس كه روزى او در مقدارى خلاصه شده بايد به مقداريكه خداوند به او عطا فرموده انفاق كند. خداوند هيچ نفسى را مورد تكليف قرار نمى‏دهد مگر به آنچه كه به او رسانده است.**

**20 ـ گرجى، ابوالقاسم. مقالات حقوقى، ج 1. چاپ دوم: تهران، انتشارات دانشگاه تهران، 1372. ص 288.**

**21 ـ سبحانى، جعفر. تهذيب الاصول (تقرير ابحاث امام خمينى (ره) ج 2. قم، دفتر نشر اسلامى، 1393 هق. ص 139 به بعد.**

**22 ـ پيشين.**

**23 ـ ر. ك: طباطبايى، سيد حسين. تفسير الميزان. ترجمه سيد محمد باقر موسوى همدانى، ج، 13. بنياد علمى فكرى علامه طباطبايى. 1363، ص 99 به بعد.**

**24 ـ پيشين، ج 12، ص 561.**

**25 ـ كلينى رازى، محمد بن يعقوب. اصول من الكافى؛ ج 3. انتشارات علميه اسلاميه، ص 204 به بعد.**

**26 ـ انصارى، مرتضى. پيشين. ص 320 ـ 321.**

**27 ـ خراسانى، محمد كاظم. كفاية الاصول، چاپ اول: قم، مؤسسة آل البيت (ع) لاحياء التراث، 1409 ه ق. ص 343.**

**28 ـ پيشين.**

**29 ـ انصارى، مرتضى. پيشين.**

**30 ـ حر عاملى. وسايل الشيعه، ج 3، ص 218؛ به نقل از جعفر سبحانى، تهذيب الاصول، ج 2. ص 174.**

**31 ـ سبحانى، جعفر. پيشين. ص 174. و ركنى، على اكبر، پيشين.**

**32 ـ حرّ عاملى، محمد بن الحسن. وسايل الشيعه، ج 18. چاپ پنجم: بيروت، دار احياء التراث العربى، 1407 ه ص 127.**

**33 ـ پيشين. ج 17. ص 92.**

**34 ـ ر. ك: خراسانى، محمد كاظم. پيشين. ص 343 به بعد.**

**35 ـ كلينى رازى، محمد بن يعقوب. اصول كافى. ج 1، چاپ چهارم. بيروت، دار التعارف، 1401 ه ص 164.**

**36 ـ السيوطى، عبدالرحمن. الاشباه و النظائر. ص 54؛ به نقل از محمد جعفر، جعفرى لنگرودى. دانشنامه حقوقى، ج 3. چاپ چهارم: تهران، انتشارات امير كبير، 1372. ص 354 به بعد.**

**37 ـ جعفرى لنگرودى، محمد جعفر. پيشين.**

**38 ـ السيوطى، عبدالرحمن. الاشباه و النظائر فى قواعد فروع فقه شافعيه. الطبعة الاولى: بيروت، دار الكتاب العلميه، 1403 ه ـ ق. ص 66.**

**39 ـ جعفرى لنگرودى، محمد جعفر. پيشين.**

**40 ـ مراحل مختلف حكم شرعى عبارتند از: الف) مرحله تشريع و آن، حق خداوند تبارك و تعالى است. خداوند كه مالك همه افراد و سرزمينها و آگاه به مصالح و مفاسد و زيان مردم است و در اين جهت هيچ يك از مخلوقات شريك و انباز او نيست.**

**ب) مرحله استنباط، استنباط احكام و استخراج آن از منابع (كتاب و سنت و اجماع و عقل) و صدور فتوا بر اساس آن، كه انجام آن از فقهاى عادل ساخته است.**

**ج) مرحله برنامه ريزى و ترسيم خطوط، در اين مرحله بر مبناى فتواهاى مستخرجه از سوى فقها، برنامه‏هاى اساسى و خطوط كلى جامعه اسلامى تنظيم مى‏گردد، البته نه بدان گونه كه قوانين اسلام به هر شكل بر مشكلات و خواستهاى مردم تطبيق داده شود بلكه پيش آمدها و حوادث نوپيدا بر اساس قوانين و منطبق بر واقعيت اسلام تطبيق داده مى‏شوند.**

**(حسينعلى. منتظرى مبانى فقهى حكومت اسلامى، ج 3. ترجمه محمود صلواتى. چاپ اول: قم، نشر تفكر، 1370. ص 121.)**

**41 ـ ناصر زاده، هوشنگ. اعلاميه‏هاى حقوق بشر. چاپ اول: تهران، موسسه انتشارات جهاد دانشگاهى (ماجد)، 1372. ص 9.**

**42 ـ كاتوزيان، ناصر حقوق انتقالى چاپ دوم: تهران، كانون وكلاى دادگسترى 1369. ص 81 ـ 83.**

**43 ـ پيشين، ص 85.**

**44 ـ اصل 36: «حكم به مجازات و اجراى آن بايد تنها از طريق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد»**

**اصل 169 «هيچ فعل و يا ترك فعلى به استناد قانونى كه بعد از آن وضع مى‏شود جرم نيست»**

**45 ـ «هر كس با توجه به سمت، به رئيس جمهور يا نخست وزير يا وزراء يا يكى از نمايندگان مجلس شوراى اسلامى يا اعضاى شوراى نگهبان يا اعضاى ديوان محاسبات يا مسؤولين قضايى يا اجرايى در حال انجام وظيفه يا به سبب آن توهين كند، تا 74 ضربه شلاق تعزير خواهد شد»**

**46 ـ تبصره 3 ماده 4 ق. تشديد مجازات ارتشاء و اختلاس و كلاهبردارى مصوب مجمع تشخيص مصلحت نظام 15 آذر 1367.**

**47 ـ آخوندى، محمود. آئين دادرسى كيفرى، ج اول. چاپ پنجم، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامى، صص 60 ـ 61.**

**48 ـ ماده 4 قانون مدنى: «اثر قانون نسبت به آتيه است و قانون نسبت ما قبل خود اثر ندارد مگر اينكه در خود قانون مقررات خاصى نسبت به اين موضوع اتخاذ شده باشد» ماده 955 «مقررات اين قانون در مورد كليه امورى كه قبل از اين قانون واقع شده معتبر است»**

**49 ـ كاتوزيان، ناصر؛ پيشين، ص 91 ـ 92.**

**50 ـ جرم آنى فعل ياترك فعلى است كه زمان ارتكاب آن فورى باشد مثل سرقت، هتك ناموس و...**

**51 ـ وابر، دون ديو دو. رساله حقوق جزا، ص 913؛ به نقل از ناصر كاتوزيان، پيشين ص 16.**

**52 ـ 52- Blck, Henry Campbell lacle,s Law Dictionarky, united atates, 1983 page 299.**

**53 ـ اين اصل بدين معنى است كه اگر كسى بخواهد روى جاده يخى راه برود نقطه پايانى را نمى‏تواند دقيقاً مشخص كند چرا احتمال انحراف قطعاً وجود دارد؛ به همين ترتيب كسانى كه در حريم مجرمانه عملى را انجام مى‏دهند اين خطر را كه احتمال دارد اعمال آنها خلاف قانون يا رويه قضايى مسلم باشد، مى‏پذيرد در نتيجه مقصرند و مستحق مجازات.**

**54 ـ 54\_ A nderw Ashwoeth the Principles of criminal lew, united stetes oxford university 1992, page 63.**

**55 ـ مرحله تشريع حكم از آن خداوند است (انّ الحكم إلا للّه)**

**56 و 57 ـ مرحله استنباط و ابلاغ مربوط به انبيا و اولى الامر است (ما علينا الا البلاغ المبين)**

**57 ـ حميداللّه، محمد. الوثائق السياسيه. ص 306 ـ 309 به نقل از: دكتر محمد سليم العوا پيشين. ص 59.**

**58 ـ عوده، عبدالقادر، پيشين، ص 266.**

**59 ـ ابن كثير، مختصر تفسير القرآن، ج 2 چاپ چهارم، بيروت: دارالقرآن الكريم، 1401 ه. ص 587.**

**60 ـ العواء، محمد سليم. پيشين ص 63 ـ 64.**

**61 ـ فيض، عليرضا. مقارنه و تطبيق در حقوق جزاى عمومى اسلام، ج اول، چاپ دوم، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامى، 1369. ص 101.**

**62 ـ طباطبايى، سيد محمد حسين، پيشين. ج 15. ص 139 به بعد**

**63 ـ اللعان هو ايمان تجرى بين الزوجين بعد ان يرمى الزوج زوجته بالزنى دون ان يكون هناك شهود غيره والقصد منها أن يدرا الزوج عن نفسه حد القذف اذ رمى زوجته بالزنى وليس عليه من شهود و ان تدر الزوجة عن نفسها تهمة الزنى التى رميت بها العواء محمد سليم، پيشين ص 63.**

**64 ـ العواء، محمد سليم. پيشين، صص 63 و 63.**

**65 ـ پيشين.**

**66 ـ انما جزاء الذين يحاربون اللّه و رسوله و يسعون فى الارض فساداً يقتلوا او يصلبوا او تقطع ايديهم و ارجلهم من خلاف او ينفوا من الارض ذلك لهم خزى فى الدنيا و لهم فى الاخرة عذاب عظيم، الاالذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فاعلموا ان اللّه غفور رحيم»**

**67 ـ عوده عبدالقادر؛ پيشين، صص 267 ـ 268.**

**68 ـ شوكانى، نيل الاوطار، ج 7 و 8 بيروت، دارالكتب العلمية، بى تا، ص 151 ـ 152 و سيد محمد حسين طباطبايى پيشين، ج 5. ص 503.**

**69 ـ «قاعده جبّ» از قواعد مسلم فقهى است كه مقتبس از حديث نبوى «الاسلام يَجُب ما قبله» بوده و به اين معنى است كه اسلام بر اعمال و رفتار و گناهانى كه كسى پيش از ورود به اسلام انجام داده است اثرى باز نمى‏كند. (سيد محمد بجنوردى. قواعد فقهيه، چاپ دوم، تهران: نشر ميعاد 1372. ص 115 به بعد.)**

**70 ـ گرجى، ابوالقاسم؛ پيشين، ص 219.**

**71 ـ منتظرى، حسينعلى؛ پيشين، ج 3 ص 39، 42 و 50.**

**72 ـ قاضى ابويعلى حنبلى، الفرا الاحكام السلطانيه. ج 1 ـ 2 چاپ دوم، بى جا، مركز نشر مكتب الاعلام الاسلامى، 1406 ه ص 293**

**73 ـ ماوردى، ابوالحسن؛ الاحكام السلطانيه، بيروت: دارالكتب العلميه، بى تا. ص 310.**