

تأملی بر حاکمیت قوانین کیفری در زمان با تأکید بر احکام اجتهادی

محمد رضا عبدیان،* غلامحسین الهام** و سیدسلیمان مرتضوی***

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۱/۸	تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۵/۱۰
-------------------------	------------------------

یکی از اصول حقوق کیفری، عطف به ماسبق نشدن قوانین ماهوی است. این اصل نیز یکی از اصول پذیرفته شده قانونگذار مجازات اسلامی ایران است. ولی مواردی از آن استثنا شده که یکی از آنها، قوانین شرعی است که همواره عطف به ماسبق می‌شوند.

اما غیر از قوانین مسلم شرعی، بسیاری از احکام کیفری ماهوی مبتنی بر فتاوی فقها وجود دارند که دلایل اجتهادی داشته و بدون توافق و غالباً اختلافی است. در این موارد، رویکرد قانونگذار اتخاذ یکی از فتاوی است که جزء احکام ظاهری شرعی محسوب می‌شوند. گاه این فتاوی به سبب آسیب‌شناسی و مقتضیات زمانی در مراحل اصلاح قانون تغییر می‌یابند. در این تحقیق با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی و با کمک جمع‌آوری اطلاعات از طریق اسنادی و کتابخانه‌ای، رویکرد قانونگذار مجازات اسلامی و فقهای امامیه در مستثنا کردن قوانین کیفری مبتنی بر فتاوی فقهی اجتهادی از اصل عطف به ماسبق نشدن واکاوی می‌شود. در نهایت عطف به ماسبق نشدن قوانین شرعی مبتنی بر اجتهاد در صورتی که به حال متهم مساعد نباشد در فقه امامیه مورد تأمل قرار گرفت و این نتیجه به دست آمد که این قسم از قوانین عطف به ماسبق نمی‌شوند.

کلیدواژه‌ها: عطف به ماسبق؛ قبح عقاب بلا بیان؛ حاکمیت قانون در زمان؛ احکام اجتهادی

* دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس (نویسنده مسئول)؛

Email: mrabdian@isu.ac.ir

Email: dr.elham@ut.ac.ir

** دانشیار دانشکده حقوق، دانشگاه تهران؛

*** فارغ‌التحصیل دکتری فقه و مبانی حقوق، دانشکده الهیات، دانشگاه ارومیه؛

Email: salman.mortazavi@gmail.com

مقدمه

قوانین هر جامعه‌ای ممکن است در بازه‌های زمانی مختلف، بنابه مصالحی دستخوش تغییر شوند که درباره این تحولات، اصولی در حقوق مورد مطالعه است؛ از جمله آنها موضوع حاکمیت قوانین در زمان است. مفاد این اصل آن است که در مواردی که قوانین دچار تغییر و تبدیل شده‌اند، قانون جدید به موارد سابق و قبل از وضع قانون جدید، سرایت داده نشود. این اصل در نظام حقوقی ایران به طور عام و نیز در مقررات کیفری، به طور خاص مورد پذیرش قرار گرفته است؛ ماده (۴) قانون مدنی به طور کلی اثر قانون را نسبت به آینده می‌داند و نیز اصل (۱۶۹) قانون اساسی در مورد جرم و مجازات بر همین اصل اشاره دارد: «هیچ فعل یا ترک فعلی به استناد قانونی که بعد از آن وضع شده است جرم محسوب نمی‌شود». قانونگذار جمهوری اسلامی ایران در اولین قانون عمومی کیفری موسوم به «قانون راجع به مجازات اسلامی» همانند قانون مجازات عمومی قبل از انقلاب، در ماده (۶) به طور مطلق قاعده منع عطف به ماسبق کردن مقررات جزایی را مورد پذیرش و تأکید قرار داد. لذا این ماده، بیانگر آن است که قوانین شرعی مثل حدود و قصاص و سایر مقررات عرفی و حکومتی مشمول این قاعده می‌شوند. قبول این نظر، مستلزم آن است که اعتبار قوانین شرعی، قبل از تصویب متزلزل شده یا حداقل قابلیت اجرای آن زایل شود. بدیهی است در این صورت پذیرش این نظر، از جهت مبانی فقهی محل مناقشه جدی قرار گیرد. متعاقب تصویب این قانون در دیوان عالی کشور در خصوص شمول ماده (۶) نسبت به قوانین شرعی مثل حدود و قصاص اختلاف نظر ایجاد شد و موضوع از فقهای شورای نگهبان استفسار شد. شورا در پاسخ تأکید کرد که در موقع تصویب این ماده تلقی آنان این بود که ماده (۶) منصرف از قوانین شرعی است. بنابراین توصیه کرد که اگر این تفسیر را می‌پذیرند بدان عمل کنند و در غیر این صورت از طریق مجلس شورای اسلامی به طور رسمی تفسیر این ماده را مطالبه کنند. سرانجام دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه به شماره ۴۵ مورخ ۱۳۶۵/۱۰/۲۵ اعلام کرد که ماده (۶) از قوانین شرعی حدود و قصاص که از صدر اسلام تشریح شده‌اند، انصراف دارد (الهام، ۱۳۹۰: ۲).

این رویه در سال ۱۳۷۰ با تصویب قانون مجازات اسلامی و جایگزینی آن نسبت به

قانون «راجع به مجازات اسلامی» ۱۳۶۱ مورد توجه قانونگذار قرار گرفته و در ماده (۱۱) این قانون دامنه عطف به ماسبق شدن در محدوده مقررات کیفری ناظر به امور حکومتی که مصداق آن مجازات‌های بازدارنده بودند، مقید شد.

همین مبنا در سال ۱۳۹۲ مورد پذیرش واقع شده و در ماده (۱۰) قانون مزبور به این صورت تکرار شد: «در مقررات و نظامات دولتی مجازات و اقدام تأمینی و تربیتی باید به موجب قانونی باشد که قبل از وقوع جرم مقرر شده است... لکن چنانچه پس از وقوع جرم، قانونی مبنی بر تخفیف یا عدم اجرای مجازات یا اقدام تأمینی و تربیتی یا از جهاتی مساعدتر به حال مرتکب وضع شود نسبت به جرائم سابق بر وضع آن قانون تا صدور حکم قطعی، مؤثر است...». بر این اساس قوانین شرعی مثل حدود، قصاص، دیات و تعزیرات منصوص شرعی بنابر ماده (۱۰) قانون مجازات اسلامی از قاعده ماده مذکور استثنا شده و عطف به ماسبق می‌شوند.

قوانین شرعی را می‌توان از جهتی به دو صورت تحلیل کرد؛ قسمی از این جرائم که کیفیات و مجازات آنها با نص متقن و فتاوی فقهای امامیه مسلم بوده و اگر اجماعی نباشند، مورد اتفاق اکثر فقهاست؛ مثل اینکه مجازات قتل عمد، قصاص است یا کیفر زنا، محصن یا محصنه رجم است. اما برخی از این جرائم شرعی نیز هستند که مجازات و کیفیات آنها مورد اتفاق نیست و به علت اختلاف نصوص یا علل دیگر اختلاف وجود دارد. قسم دوم، احکام ظاهری هستند.

درباره قسم دوم که احکام ظاهری بوده و با روش اجتهادی از امارات شرعی استنباط می‌شوند و در این مقاله از آنها با عنوان قوانین شرعی مبتنی بر اجتهاد نام برده می‌شود، این سؤال مطرح است که آیا قوانین مبتنی بر اجتهاد، در صورت تغییر و اصلاح قانون مشمول استثنای ماده (۱۰) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ می‌شود؛ چراکه کیفیات و مجازات جرائم شرعی قسم اول بین علما اتفاقی است و در موارد اندک در تحولات قانون محل تغییر و تبدیل واقع می‌شوند، ولی جرائم قسم دوم را مقنن به علت اختلافی بودن متناسب با مقتضیات و مصالح زمان و آسیب‌شناسی آنها مورد بازبینی قرار می‌دهد. از این رو است که عطف به ماسبق شدن یا نشدن این احکام مطرح می‌شود و به علت مشکلات اجرایی ناشی از این تغییرات نیاز به پژوهش دارد.

به طور مثال کسی که مطابق قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ متهم به محاربه و افساد فی الارض بوده است چنانچه پرونده وی تا زمان تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ منتهی به محکومیت نشود، در صورت عطف به ماسبق نشدن قانون جدید، این فرد با توجه به مواد (۱۹۰ و ۱۹۱) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ به یکی از مجازات‌های چهارگانه تخیری محکوم می‌شود. ولی در صورتی که قانون جدید عطف به ماسبق شود، این فرد محکوم به اعدام می‌شود. چراکه قانونگذار در ماده (۲۸۶) این قانون مجازات افساد فی الارض را متعین به اعدام کرده است.

بنابر کثرت تغییر و تبدیل‌ها در قانون مجازات اسلامی، در این مقاله اصل عطف به ماسبق نشدن قوانین در این قسم از قوانین، مورد مطالعه و تأمل فقهی حقوقی قرار گرفته است. در پی پاسخ به مسئله تبیین شده در بالا، بعد از بیان مفهوم‌شناسی، به ترتیب تأملات حقوقی و فقهی عطف به ماسبق نشدن قوانین شرعی مبتنی بر اجتهاد و موضوعاتی در این خصوص مطرح می‌شود و در نهایت به جمع‌بندی و نتیجه‌گیری پرداخته می‌شود.

۱. مفهوم‌شناسی

ابتدا در زیر به اختصار به تعریف سه اصطلاح فتوا، اجتهاد و اصل عطف به ماسبق نشدن قوانین ماهوی کیفی اشاره و سپس به مسئله پژوهش پرداخته می‌شود.

۱-۱. مفهوم فتوا

شهید اول فتوا را صرف خبر دادن از حکم خداوند در یک قضیه می‌داند (شهید اول، ۱۴۰۰:ق: ۳۲۰). شیخ نجفی، می‌نویسد: فتوا اخبار از حکم شرعی الهی است که به یک کلی تعلق گرفته است؛ مثلاً فتوا به نجاست ملاقی خمر، ولی قول به نجاست یک ظرف به دلیل ملاقات با خمر فتوا نیست زیرا متعلق این حکم، جزئی است (نجفی، ۱۴۰۴:ق: ۱۰۰). آیت‌الله خویی نیز، فتوا را بیان احکام کلی بدون نظر به تطبیق آنها بر موارد جزئی می‌داند (خویی، بی تا، ۴۱:ج: ۵). بنابراین، فتوا اخبار از حکم شرعی الهی متعلق به یک کلی است و اگر فقیه در موردی خاص، اظهار نظر کند فتوا نیست.

۲-۱. مفهوم اجتهاد

آخوند خراسانی اجتهاد را به کارگیری نیرو و توان برای به دست آوردن دلیل و حجت بر احکام شرعی می‌داند (آخوند خراسانی، بی تا: ۴۶۳). ابوالقاسم خویی اجتهاد را چنین تعریف می‌کند: ملکه‌ای که در پرتو آن، قدرت بر استنباط حکم شرعی پیدا می‌شود یا کوشش برای به دست آوردن ظنّ بر حکم شرعی (در فرض عدم دسترسی به علم) (خویی، بی تا، ج: ۸). حیدری نیز تعریف اجتهاد را چنین آورده است: اجتهاد شناخت احکام شرعی از ادله آنهاست (حیدری، بی تا: ۳۱۵). بنابراین اجتهاد در میان فقهای شیعه قدرت استنباط احکام شرعی از منابع و ادله معتبر آنهاست.

۳-۱. اصل عطف به ماسبق نشدن قوانین

منظور از عطف به ماسبق نشدن قوانین کیفری در حقوق جزا این است که قاضی نمی‌تواند حکم قانون لاحق را به مصادیق سابق تسری دهد و افعالی که پیش از تصویب این قانون جرم نبوده است به استناد آن مجازات کند (اردبیلی، ۱۳۹۳: ۲۲۹).

قاعده عطف به ماسبق نشدن قوانین جزایی که در حقوق عرفی با عبارت «قوانین جزایی عطف به ماسبق نمی‌شوند» مطرح است، از اصول مسلم و ثابتی هستند که ضامن حفظ حقوق و آزادی‌های فردی است (فیض، ۱۳۶۹: ۶۹).

دکتر کاتوزیان در خصوص این اصل می‌نویسد: بنابر مکتب اصالت فرد، نتیجه منطقی وابسته بودن اعتبار قانون به آگاهی اشخاص، ممنوع بودن حکومت آن بر گذشته است. به همین جهت قاعده «عدم تأثیر قوانین نسبت به گذشته» یکی از اصول اساسی حکومت و ضامن حفظ آزادی‌های فردی در برابر تجاوز قانون است (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۹).

۲. تأملات حقوقی عطف به ماسبق نشدن قوانین شرعی مبتنی بر اجتهاد

اصل قانونی بودن جرم و مجازات به عنوان یکی از اصول کلی نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران، بیانگر این معناست که هیچ جرم و کیفری بدون قانون وجود ندارد. به بیان دیگر فقط قانونگذار، صالح است در حدود مقرر در قانون اساسی به تشریح جرم و تعیین مجازات

پیردازد. در نظام قانونی ایران، اصول (۳۲، ۳۶، ۳۷، ۱۶۷ و ۱۶۹) از قانون اساسی و ماده (۲) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به صراحت این اصل را به رسمیت شناخته‌اند (شمس ناتری و همکاران، ۱۳۹۵: ۲۰).

این اصل دو نتیجه منطقی در پی دارد، نخست تفسیر مضیق و محدود قوانین جزایی و دیگری عدم عطف به ماسبق شدن قوانین جزایی که هر دو از اصول مسلم حقوق جزاست. به تعبیر دیگر مفهوم این اصل این است که قاضی حق ندارد قانون جدید را در مورد اعمال سابق اجرا کند و اعمالی که قبل از این قانون جرم نبوده است براساس قانون جدید قابل تعقیب نیست. به عبارت دیگر، باید نسبت به هر عمل مجرمانه قانونی را اجرا کرد که در موقع وقوع عمل، حاکم است (آقایی جنت‌مکان، ۱۳۹۲: ۱۴۱).

مبنای عقلانی اصل قانونی بودن جرم، قبح عقاب بلا بیان است که مورد تأیید شارع نیز قرار دارد. عطف به ماسبق کردن قوانین جزایی در حقیقت به نقض همین قاعده منجر می‌شود. بنابراین به ظاهر قبح شرعی آن نیز باید مورد تأیید باشد.

بنابراین ماده (۱۰) قانون مجازات اسلامی که ناظر به قاعده عطف به ماسبق نشدن قوانین ماهیتی کیفری است مقرر می‌دارد: «در مقررات و نظامات دولتی مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی باید به موجب قانونی باشد که قبل از وقوع جرم مقرر شده است و مرتکب هیچ رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل را نمی‌توان به موجب قانون مؤخر به مجازات یا اقدامات تأمینی و تربیتی محکوم کرد...».

با توجه به مفهوم این ماده اجرای مقررات آن در قلمرو قوانین یا همان احکام شرع، یعنی حدود، قصاص و دیات کاربرد ندارد و این قوانین برخلاف صدر این ماده عطف به ماسبق می‌شوند. علاوه بر این در این زمینه رأی وحدت رویه‌ای از هیئت عمومی دیوان عالی کشور در سال ۱۳۶۵ صادر شده است - که همچنان به اعتبار خود باقی است - مقرر می‌دارد که مقررات ماده (۱۰) قانون مجازات اسلامی بر احکام الهی که از صدر اسلام تاکنون جاری بوده است اعمال نمی‌شود. تأکید رأی وحدت رویه بر این نکته که «از صدر اسلام تشریح شده‌اند...» در واقع بیانگر تعلیل رأی است. به عبارت دیگر چون این احکام از قبل تشریح شده و معتبرند کیفر براساس آنها مشمول قبح عقاب بلا بیان نیست. چراکه این قوانین مسبوق به

بیان شرعی هستند و در واقع عطف به ماسبق شدن آنها موضوعیت ندارد؛ زیرا سبق قوانین به زمان نزول وحی و تشریح برمی گردد.

بنابراین توضیحات و ماده (۱۰) و رأی مذکور قوانین شرعی عطف به ماسبق می شوند و در صورت تغییر و تبدیل آنها، قانون جدید به مصادیق و جرائم سابق سرایت می کند و مجازات جرائم سابق مطابق با قانون جدید تعیین و اجرا می شود.

اما با تأمل در اصول اساسی حقوق جزا می توان گفت که هر چند عطف به ماسبق شدن قوانین شرعی اجماعی و مبتنی بر نص شرعی را می توان پذیرفت؛ زیرا اولاً، این نوع احکام بسیار اندک مورد بازبینی قرار می گیرند و ثانیاً، بازبینی آنها به تغییر کیفیات اساسی و مجازات آنها نیست بلکه تنها در بازبینی قوانین، قیود غیر اساسی و شکل بیان قانون است.

با این وجود، در خصوص قوانین شرعی که کیفیات آنها در فقه امامیه به علت اختلاف ادله و نصوص یا دلیل های دیگر مورد اختلاف است و به تبع آنها فتوای واحدی وجود ندارد، قانونگذار به فراخور مصالح داخلی و خارجی نظام جمهوری اسلامی ممکن است در بازه های مختلف زمانی، از فتاوای مختلف استفاده کند که می توان عطف به ماسبق شدن این قوانین شرعی را مورد تردید قرار داد.

بنابراین در صورت عطف به ماسبق شدن قوانین شرعی اجتهادی، اصل تساوی افراد در برابر قانون نقض خواهد شد. چراکه مطابق این اصل، بر افراد جامعه در یک زمان معین، قانون به نحو تساوی و یکسان اجرا می شود والا مستلزم تبعیض و اجرای قوانین کیفری و مجازات های متفاوت خواهد بود.

در جهت تقویت مدعای فوق باید اذعان داشت که اصل (۱۶۹) مقرر می دارد: «هیچ فعل یا ترک فعلی به استناد قانونی که بعد از آن وضع شده است جرم محسوب نمی شود». بنابراین هر فعل یا ترک فعلی به موجب قانونی مجازات می شود که در زمان ارتکاب، آن عمل را جرم دانسته و قانون لازم الاجرا بوده است.

همچنین در راستای عدم امکان عطف به ماسبق شدن قوانین شرعی اجتهادی بند اول ماده (۱۵) میثاق بین المللی حقوق مدنی سیاسی بیان می دارد که: «هیچ کس را نباید به واسطه انجام عملی و یا ترک آن که بنابر قوانین ملی و یا بین المللی جرم نبوده است، در آن واحد محکوم

نمود. همچنین نباید هیچ مجازات شدیدی را از آنچه در زمان ارتکاب جرم قابل اجرا بوده است، تعیین نمود. اگر پس از ارتکاب جرم مقررات قانونی دیگری وضع شود که مجازات ملایم‌تری را دربرداشته باشد، مجرم باید از آن مقررات استفاده نماید.»

بنابر آنچه گذشت، عطف به ماسبق شدن قوانین شرعی اختلافی و مبتنی بر اجتهاد که مساعد به حال متهم نیستند و ممکن است در زمان‌های مختلف بنابر مصالح داخلی و خارجی مورد بازبینی قرار گیرند با اصول حقوق جزا سازگار نیست و مطابق با این اصول، عطف به ماسبق نشدن این قسم از قوانین شرعی، مرجح است.

ممکن است گفته شود که در این استدلال‌ها، اصول حقوق جزا، مسلم و حاکم بر قوانین شرعی پنداشته شده و قوانین شرعی ملزم به پیروی از آنها شده‌اند. در پاسخ باید گفت که در استدلال‌های فوق اولاً، قوانین شرعی منصوص و مسلم شرعی، حاکم بر اصول جزایی از جمله عطف به ماسبق نشدن قوانین دانسته شده است. ثانیاً، عطف به ماسبق شدن احکام شرعی اختلافی و مبتنی بر اجتهاد در صورت مساعد بودن به حال متهم، پذیرفته شده است و ثالثاً، تنها در صورتی که عطف به ماسبق شدن این احکام مساعد به حال متهم نباشند مورد سنجش با اصول حقوقی واقع می‌شوند و آن به این دلیل است که وقتی این احکام شرعی در چارچوب قانون مصوب قرار گرفته می‌شوند و گاهی مورد تغییر و تبدیل واقع می‌شوند، باید با اصول پذیرفته شده در قانون اساسی و قوانین عادی دیگر سازگار باشد و در صورت عدم سازگاری اجرای آنها به مشکل برمی‌خورد. بنابراین رابطه اصول پذیرفته شده حقوقی و قوانین شرعی مبتنی بر اجتهاد رابطه حکومت نیست که یکی بر دیگری حاکم و دیگری محکوم باشد؛ بلکه وقتی احکام شرعی در قالب قانون درمی‌آیند باید برای پرهیز از مشکلات اجرایی با اصول قانون اساسی و قوانین عادی و اصول حقوقی، سازگار و هماهنگ باشد.

۳. تأملات فقهی عطف به ماسبق نشدن قوانین شرعی مبتنی بر اجتهاد

در این بخش عطف به ماسبق نشدن قوانین شرعی مبتنی بر اجتهاد را در محک چند قاعده مسلم مورد پذیرش شرع مورد ارزیابی و بررسی قرار می‌دهیم:

۱-۳. قاعده قبح عقاب بلا بیان

از ادله‌ای که می‌تواند به تبیین عطف به ماسبق نشدن قوانین شرعی مبتنی بر اجتهاد کمک کند، قاعده قبح عقاب بلا بیان است که در زیر به اختصار مفاد آن بیان می‌شود و بر تقریر آن به عنوان دلیلی بر عطف به ماسبق نشدن قوانین شرعی مبتنی بر اجتهاد سعی می‌شود.

مفاد اجمالی این قاعده آن است که تا عملی را شرع نهی نکرده و آن نهی به مکلف ابلاغ نشده باشد، چنانچه شخصی مرتکب شود مجازات او عقلاً قبیح و زشت است و مادام که عملی توسط شرع واجب نشده و امر شارع به مکلف ابلاغ نشده، چنانچه شخصی ترک کند، مجازات او بر ترک فعل مزبور عقلاً قبیح و زشت است (محقق داماد، ۱۳۸۲ق، ۴ج: ۱۵).

فقهای امامیه این قاعده را عقلی می‌دانند و هرچند ادله روایی و قرآنی فراوان می‌توان بر آن اقامه کرد، اما دلیل آن را حکم عقل می‌دانند. آیت‌الله خویی در این باره می‌نویسد: مجازات کردن مکلف به خاطر مخالفت با تکلیفی که به وسیله بیان به وی نرسیده باشد از واضح‌ترین مصادیق ظلم است (خویی، ۱۴۲۲ق: ۲۷۶).

شیخ انصاری درباره دلیل این قاعده می‌نویسد: دلیل این قاعده حکم همه عقلا به قبیح و زشت بودن عقاب و مؤاخذه عبد توسط مولایش به خاطر انجام دادن فعلی است که مولا اعتراف می‌کند که حرمت و ممنوع بودن آن عمل را اصلاً به عبدش نگفته است و بدون بیان حرمتش وی را مؤاخذه می‌کند (انصاری، ۱۴۲۸ق: ۵۶).

علامه حلی نیز در مورد این قاعده بیان می‌دارد که متوجه ساختن تکلیف به کسی که آگاهی بر آن ندارد، خواستن امری خارج از توان و به اصطلاح تکلیف مالایطاق است و چنین تکلیفی قبیح است (علامه حلی، ۱۴۰۴ق: ۱۱۹). علامه وحید بهبهانی نیز به این قاعده در مقابل اخباری‌ها تمسک کرده است و آن را دلیل نفی احکامی دانسته است که برای وجوب یا تحریم آنها بیانی از طرف شارع به مکلف واصل نشده است (وحید بهبهانی، ۱۴۱۵ق: ۲۴۰).

شیخ طوسی نیز درباره این قاعده معتقد است که اعلام و گفتن وجوب و یا خوب بودن تکلیفی یا راهنمایی مکلف بر وجوب تکلیف شرط حسن بودن مکلف کردن فرد از سوی خداست؛ زیرا بیان و اعلام تکلیف به مکلف از جمله علت مکلف کردن فرد به وظیفه است (طوسی، ۱۳۷۵ق: ۶۲).

حائری یزدی نیز درباره این قاعده می‌نویسد: این قاعده، قاعده‌ای مسلم می‌باشد که هیچ تردیدی برای هیچ‌کس در آن نیست (حائری یزدی، ۱۴۱۸ق: ۴۲۷).

بنابراین قاعده مجازات بدون بیان و اعلام سابق از نظر عقل قبیح است و این حکمی مسلم در فقه امامیه است. پس چنانچه متهمی مرتکب جرمی شود و وی را به قانونی که به وی اعلام نشده مجازات کنند عقلاً قبیح است. در مورد بحث نیز، بنابر عطف به ماسبق شدن قوانین شرعی مبتنی بر اجتهاد، متهم مطابق با قانونی عقاب می‌شود که قبل از ارتکاب جرم از آنها اطلاعی نداشته است و چنین مجازاتی طبق قاعده بالا در فقه امامیه قبیح است. بنابراین عطف به ماسبق شدن قوانین شرعی مبتنی بر اجتهاد در صورتی که به حال متهم مساعد نباشد با قاعده قبح عقاب بلا بیان سازگاری و انطباق ندارد.

ممکن است اشکال گرفته شود که بیان در این قاعده بیان واصل است در صورتی که بیان حکم شرعی در تقنین، بیان جدید نیست بلکه بیان شکلی و رسمی حکم شارع است. بنابراین عقاب طبق آن عقاب بلا بیان نیست تا قبیح باشد.

البته باید دانست که گرچه تقنین احکام شرعی تقنین به معنای واقعی آن نیست و اظهار حکم شارع است اما در مواردی که دو حکم شرعی و بیشتر وجود داشته باشد، قانونگذار یکی را از زمانی اتخاذ کرده است، سرایت دادن حکم جدید بر موارد قبل نیز به علت بی‌اطلاعی مکلفان به اختلافات فتوایی، عقابی بدون بیان واصل است و در صورتی که مساعد به حال متهم نباشد قبیح است.

در صورتی که افراد جامعه مکلف به اطلاع از موارد اختلاف فتاوی شرعی و اقوال مختلف فقها باشند تقنین احکام شرعی بیان جدید نیست و عقاب طبق آن عقاب بلا بیان نیست ولی این امر ناممکن و موجب عسرو حرج است و عسرو حرج در دین نفی شده است. خلاصه اینکه بیان واصل به جامعه، بیان قبلی بوده و اکنون بیان تغییر پیدا کرده است، لذا بیان قوانین مبتنی بر دلایل اجتهادی را باید در زمان وقوع جرم ملاک قرار داد. به علاوه در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، اصل بر اجرای قوانین یا در واقع فتوایی است که در شکل و بیان قانونی و حقوقی اعلام می‌شوند و با وجود این قوانین، استناد و ارجاع به فتاوی نفی شده است. به طوری که تبصره ماده (۳) قانون آیین دادرسی مدنی بیان می‌دارد: «چنانچه قاضی

مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند پرونده به شعبه دیگری جهت رسیدگی ارجاع خواهد شد» نیز مبین و مؤید آن است.

۲-۳. مجزی بودن مجازات سابق به عنوان امر ثانوی

از دیگر مباحث فقه امامیه که می‌تواند به عنوان مبنا برای اثبات این پژوهش تلقی شود، مسئله اجزاء است. در زیر به تعریف و اقسام آن اشاره و سپس به تطبیق آن بر مسئله مقاله پرداخته می‌شود. در مواردی مکلف به دلیل عذری از قبیل عسر، حرج، اضطرار و... نمی‌تواند تکلیف واقعی را انجام دهد؛ مثلاً به دلیل نبود آب، تیمم می‌کند؛ اصولیان این فعل دومی یعنی تیمم را حکم اضطراری گویند. اما در برخی موارد علت عدم امتثال تکلیف واقعی جهل به آن است و مکلف به دلیل جهلش، کار دیگری را به عنوان تکلیف انجام می‌دهد که به این تکلیف دوم حکم ظاهری می‌گویند. حال در صورتی که مکلف، امر ثانوی اضطراری یا ظاهری را امتثال کرد و سپس عذر یا جهل وی از بین رفت و به امتثال تکلیف واقعی قادر شد، این سؤال مطرح می‌شود که آیا امتثال امر ثانوی کافی است یا اینکه مجزی نیست و باید امر واقعی را به صورت قضا یا ادا انجام دهد. این مسئله در اصول فقه به مسئله اجزاء شهرت دارد (محقق داماد، ۱۳۸۲ق، ۴ج: ۱۹۲).

فقه‌های امامیه مسئله اجزاء را در چهار مورد بحث می‌کنند؛ در مورد اول بحث از اجزاء امتثال امر اضطراری از امر واقعی است؛ در قسم دیگری بحث از اجزاء امر ظاهری مستفاد از اماره یا اصل از امر واقعی در صورت کشف خلاف یقینی است و مقام بعدی بحث از اجزاء امر ظاهری مستفاد از اماره در مواقع کشف خلاف آن به صورت ظن است و در مقام چهارم اجزاء امر ظاهری مستفاد از اصل در صورت کشف خلاف ظنی است (مظفر، ۱۳۸۷: ۲۵۱). در مورد این مسئله درباره حکم قسم اول فقه‌های امامیه متفق القول هستند. ولی در اقسام دیگر با هم اختلاف نظر دارند. البته درباره اقسام دیگر نیز آیت‌الله بروجردی می‌نویسد: ظاهر تسالم و اتفاق فقیهان تا زمان شیخ اعظم بر اجزاء در این مسئله می‌باشد و اختلاف نظر از زمان ایشان پدید آمد (بروجردی، ۱۴۱۵ق: ۱۲۵).

فقه‌های معاصر امامیه در قسم دوم که در آن مکلف یقین پیدا می‌کند تکلیف ظاهری‌ای که

انجام داده خلاف واقع بوده و تکلیف واقعی چیز دیگری بوده قایل به عدم اجزاء و وجوب امتثال امر واقعی هستند. همچنین در دو قسم آخر نیز به علت اینکه اجزاء امر ثانوی مبنی بر مسلک سببیت است چنین مسلکی نزد آنها باطل و قایل به عدم اجزاء است^۱ (صدر، ۱۴۲۱ ق: ۴۱۴). البته این دیدگاه همه فقهای امامیه نیست و همان طور که بیان شد در این سه قسم اختلاف نظرهایی وجود دارد. اما درباره قسم اول، یعنی اجزاء امر اضطراری از تکلیف واقعی، مرحوم مظفر معتقد است که فقهای امامیه اجماعاً قایل به مجزی و مکفی بودن امر ثانوی هستند و نیاز به اعاده امر واقعی را منتفی می‌دانند (مظفر، ۱۳۸۷: ۲۵۳).

آیت‌الله بروجردی نیز معتقد است که تکلیف اضطراری مجزی از امر واقعی است و بعد از اضطرار، ادا یا قضایی لازم نیست (بروجردی، ۱۴۱۵ ق: ۱۳۰).

مکارم شیرازی اظهار داشته است که لسان ادله اضطراری مطلق و مثبت امر اضطراری برای فرد مضطر و اثبات کننده تکلیف واقعی برای فرد بدون عذر است و به همین دلیل فقهای امامیه قایل به اجزاء امر اضطراری می‌باشند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸ ق: ۳۳۰).

اما از ادله فقهای امامیه در اجزاء امر اضطراری از امر واقعی می‌توان به این موارد اشاره کرد که احکام اضطراری برای تخفیف و توسعه بر مکلف وارد شده‌اند و اگر فرد، بعد از امتثال امر اضطراری دوباره مکلف به اعاده امر واقعی شود، این امر با تخفیف، تسهیل و تیسیر مکلف منافات دارد (مظفر، ۱۳۸۷: ۲۵۴). همچنین ادله تکالیف اضطراری مطلق‌اند؛ یعنی ظاهر آنها به اقتضای اطلاقشان این است که واجب منحصر در تکلیف اضطراری است و تکلیفی دیگر وجود ندارد و اگر ادا یا قضای دیگری واجب باشد باید بیان می‌شد و بیان نشد پس اعاده لازم نیست (سبحانی تبریزی، ۱۳۸۷: ۴۲).

۱. سببیت اشعری، مقابل سببیت معتزلی بوده و به این معناست که قیام اماره سبب ایجاد مصلحت در مؤدای اماره می‌شود، و چون همه مصلحت در قیام اماره وجود دارد و طبق آن، حکم واقعی جعل می‌شود، پس احکام واقعی، تابع آرای مجتهدان است. به بیان دیگر، اشاعره می‌گویند: خداوند در لوح محفوظ هیچ حکمی ندارد و جعل حکم از سوی خداوند، تابع فتاوا و آرای مجتهدان است؛ یعنی قیام اماره سبب حدوث مصلحت در جعل طبق مؤدای آن می‌شود و به همین دلیل، اگر روزی رأی و فتوای مجتهد عوض شود، حکم الله حکم واقعی هم تغییر می‌یابد، چون علت تامه و تمام موضوع برای جعل حکم، فتوای مجتهد است؛ بنابراین، اگر رأی او تغییر کند، موضوع هم تغییر یافته و با تبدیل موضوع، حکم نیز ضرورتاً تغییر می‌یابد.

به علاوه اینکه بر فرض که وجوب ادا یا قضا با اطلاق ادله و... نفی نشد، در مواردی که در وجوب ادا یا قضای واجبی شک کنیم شک ما در اصل تکلیف است و در این مورد برائت جاری است (همان: ۴۳).

اما درباره مسئله تحقیق، باید گفت که در موارد تغییر قانون وقتی مجازاتی تغییر می کند، مورد از موارد دوم، سوم و چهارم بحث اجزاء نیست؛ زیرا همان طور که بیان شد در این موارد تکلیفی ثابت بود و بعد علم یا ظن حاصل شد که تکلیف واقعی غیر از این تکلیف است و در واقع تکلیف عمل شده، تکلیف نبود. ولی در مسئله تقنین دو فتوا و دو تکلیف وجود دارد و قانونگذار بنا بر مصالحی، از زمانی فتوای برگزیده در قانون را ملغی و فتوای دیگری را جایگزین آن می کند که در این موارد علم یا ظن به خلاف واقع بودن فتوای اول محقق نیست، بلکه صرفاً تکلیفی جایگزین تکلیف دیگر می شود. بنابراین تصویب قوانین همانند تشریح امر ثانوی از جمله امر اضطراری در مسئله اجزاء است.

در تشریح امر ثانوی همانند حکم اضطراری، شارع تحت شرایطی امر اولی واقعی را ملغی و حکم ثانوی را جایگزین آن می کند و همان طور که گذشت عمل به حکم ثانوی در زمان وجود شرایط آن مجزی است و بعد از آن زمان نیاز به اعاده حکم اولی واقعی نیست؛ مثلاً در زمان عدم امکان تیمم به علت فقدان آب یا ضرر داشتن آب و... حکم وجوب وضو ملغی و حکم ثانوی تیمم جایگزین می شود و بعد از رفع شرایط اضطراری هم نیازی به اعاده مورد سابق با وضو نیست.

در موارد تغییر قانون نیز دو فتوا وجود دارد و قانون سابق به عنوان امر ثانوی و تحت شرایط مصلحت تصویب می شود و اعمال آن بر مواردش حجیت لازم را داراست و با تصویب قانون جدید، موارد سابق تحت قانون سابق باقی می ماند و نیازی به اعمال قانون جدید بر موارد سابق نیست.

بالا تر اینکه مجزی بودن قانون سابق بر موارد سابق نسبت به حجیت امر اضطراری اولویت دارد؛ زیرا در موارد تغییر قانون، رابطه قانون سابق و لاحق عرضی است و مترتب بر هم نیستند و رابطه طولی ندارند؛ بدین صورت که مجازات قدیم و مجازات جدید دو فتوا و حکم اولی است که قانونگذار اولی را در زمانی و دومی را در زمانی اتخاذ کرده

است و هر کدام در زمان اختیار قانونگذار مجزی است. ولی در امر ثانوی اضطراری، دو حکم اولی نیستند بلکه یکی اولی و یکی ثانوی است و در طول هم و مترتب برهم اند به طوری که در صورت وجود شرایط حکم اولی نوبت به حکم ثانوی اضطراری نمی‌رسد. بنابراین در صورتی که بعد از رفع اضطرار و با وجود شرایط حکم اولی اعاده حکم اولی لازم نباشد و حکم اضطراری مجزی است، به طریق اولی قانون سابق بر موارد سابق مجزی است و لازم به اعمال قانون جدید نیست.

بنابر آنچه گذشت می‌توان گفت اعمال قاعده عطف به ماسبق نشدن در موارد تغییر قانون، در صورتی که قانون جدید مساعد به حال متهم نباشد، متناسب با قاعده اجزاء امر اضطراری است و قانون سابق بر مواردش اعمال شود.

۳-۳. قاعده مصلحت

مصلحت دلیل دیگری است که ممکن است بر عطف به ماسبق نشدن قوانین شرعی مبتنی بر اجتهاد و فتوای معیار اقامه شود. در زیر به توضیح آن و تبیین مقدار دلالت آن بر این مسئله پرداخته می‌شود.

فقه‌های امامیه بحث مستقلی را به «مصلحت» اختصاص ندادند و حدود آن را مشخص نکردند. بنابراین ارائه تعریفی جامع و مانع از مصلحت مشکل است. باین حال سعی می‌شود در ادامه معنای مصلحت در لغت و اصطلاح روشن شود.

مصلحت در نزد لغت‌شناسان عرب به معنای بهبود بخشیدن، نقیض تباه کردن و در مقابل مفسده آمده است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج: ۲؛ جوهری، ۱۴۱۰ق: ۱۳۶۸) و در فرهنگ‌های فارسی به معنای صواب، شایستگی، صلاح، آنچه صلاح و سود شخص یا گروهی در آن باشد معنا شده است (دهخدا، ۱۳۷۲؛ معین، ۱۳۸۸: ۴۱۷۸).

اما درباره معنای اصطلاحی مصلحت، صاحب جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام می‌نویسد: از روایات و سخن فقه‌های امامیه فهمیده می‌شود که تمام احکام مربوط به معاملات و غیر آن برای تأمین مصالح دنیوی و اخروی مردم، که عرفاً مصلحت و فایده نامیده می‌شوند تشریح شده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج: ۲۲؛ ۳۲۴).

در نگاه ابوالقاسم علیدوست، مصلحت را نمی‌توان با تعریفی جامع و مانع تفسیر کرد و هرچه سخن در تفسیر و تبیین آن متمرکز شود بدون اینکه به این کار نیازی باشد، بر ابهام آن می‌افزاید. بنابراین بهتر است با بیان برخی اصول آن، با هویت و تجسد مصلحت شرعی آشنا تر شد (علیدوست، ۱۳۸۸: ۶۸). ایشان در ادامه این اصول را چنین برمی‌شمرد: منبع و مستند مصلحت شرعی قرآن، سنت و عقل قطعی است؛ برخی مصالح شرعی قابل درک و برخی غیر قابل درک هستند؛ و اینکه دنیوی صرف و مادی محض نبودن مصلحت دو ویژگی آخر آن است (همان: ۹۳-۹۲).

باید توجه کرد که مصلحت و کارکرد آن بیشتر در زمان تشکیل و اداره حکومت تجلی پیدا می‌کند. بنابراین بجاست که متقدمان شیعه به آن نپرداختند. ولی امروزه با تشکیل جمهوری اسلامی پرداختن به آن ضرورت دارد و فقهای معاصر به تبیین حدود و ثغور آن همت گماشتند.

در اندیشه امام خمینی زمان و مکان، دو عنصر تعیین کننده در اجتهاد و نوع تصمیم‌گیری هستند؛ مسئله‌ای که در قدیم دارای حکمی بوده و به‌ظاهر، همان مسئله در روابط حاکم بر سیاست و اجتماع و اقتصاد یک نظام ممکن است حکم جدیدی پیدا کند و موضوع اول واقعاً موضوع جدیدی شده است که قهراً حکم جدیدی می‌طلبد (موسوی خمینی، ۱۳۶۱: ۹۸).

اما باید دانست که نقش زمان و مکان در تغییر احکام به‌هیچ‌وجه با ثبات احکام شرعی منافات ندارد و تنها باعث تحول در اجتهاد منطبق با زمان و مکان است نه تحول در احکام و نیز صرفاً حکم اولی با تغییر شرایط، موضوعش پایان یافته و حکم دیگری برای آن آغاز شده است (سبحانی، ۱۳۸۳: ۱۷۹) و آن را نباید به معنای تسلیم محض فقیه در برابر عرف زمانه دانست. به این معنا که هرچه را مردم حلال دانستند، او هم فتوا به حلالیت آن دهد. در واقع تنها هر تغییر و دگرگونی در حکم با تغییر و دگرگونی در موضوع صورت می‌پذیرد؛ زیرا حلال حضرت محمد (ص) تا روز قیامت حلال و حرام حضرت محمد (ص) تا روز قیامت حرام است (مکارم شیرازی، ۱۳۷۲: ۱۸۶).

در همین راستا عده‌ای از فقهای امامیه، مصادیق احتکار را که منحصر به کالاهایی است که در روایات آمده به‌دلیل مصلحت جامعه و حل مشکلات معیشتی و اقتصادی مردم

و با ملاک دانستن نیاز انسان‌ها و در تنگنا بودن آنان، حتی به غیر از طعام نیز توسعه می‌دهند و به‌عنوان حکم واقعی اولیه و نه ثانویه و نه از باب «اضطرار»، حکم آن را حرمت اعلام می‌کنند (سبحانی تبریزی، ۱۳۸۳: ۱۸۵).

بنابر آنچه گذشت می‌توان گفت مصلحت در نظر فقهای معاصر شیعه، خیر و صلاح مسلمین در انطباق احکام شرع با تحولات زمان‌ها و مکان‌های مختلف است.

این نکته با تنها تعریف مصلحت در فقه امامیه که محقق حلی ارائه کرده نیز سازگار است. به عقیده ایشان مصلحت عبارت است از آنچه که با مقاصد انسان در امر دنیوی یا اخروی یا هر دو موافق بوده و نتیجه آن به‌دست آوردن منفعت یا دفع ضرر باشد (محقق حلی، ۱۴۰۶ق: ۲۲۱). بنابراین عمل و حرکتی مصلحت است که در رسیدن انسان به هدف نهایی خلقت و در تحقق اهداف انبیا مؤثر باشد (علیدوست، ۱۳۸۸: ۸۷).

بنابر آنچه گذشت مصلحت، قیدی است که حکم را در زمان وجودش تغییر و حکمی دیگر را جایگزین آن می‌کند.

مقنن در جمهوری اسلامی نیز گاهی اوقات متناسب با شرایط زمانی و مکانی و گستره تحولات بین‌المللی بر پایه مصلحت، قوانین را تغییر می‌دهد؛ در این تغییر، حکم سابق حکم شرعی است که در نگاه قانونگذار باید متناسب با شرایط مصلحت تغییر یابد و حکمی متناسب با مصلحت جدید جایگزین آن شود. در این مورد باید دانست که قانون سابق تا زمان تغییر و تصویب قانون جدید، مصالح واقعی لازم داشته است و این مصالح اقتضا می‌کند که در صورتی که قانون جدید در بردارنده ضمانت اجرایی شدیدتر در مورد جرم واحد نسبت به قانون سابق باشد، قانون سابق بر مصادیق خود تا زمان تصویب قانون جدید به دلیل رعایت حقوق متهم، اعمال شود.

ممکن است بر این استدلال ایراد گرفته شود که قاعده مصلحت اقتضا ندارد که عطف به‌ماسبق نشدن احکام اجتهادی را اثبات کند، چه آنکه ممکن است همان‌طور که در عطف به‌ماسبق نشدن احکام شرعی مصلحت باشد، در عطف به‌ماسبق شدن احکام شرعی نیز مصلحت باشد و هیچ‌یک از این دو احتمال، بر دیگری ترجیح ندارد.

اما با تأمل بیشتر در استدلال مطرح شده آشکار می‌شود که مستدل معتقد است که هر

دو حکم شرعی حجیت شرعی لازم را دارند و مصلحت در هر دو به طور قطع و نه احتمالی وجود دارد. همچنین دو حکم، مصلحت شرعی لازم را برای اعمال دارند لکن مصلحت زمانی، مکانی، بین المللی و... که تقنین حکم اول را اقتضا کرد همچنان اقتضا می کند که این حکم بر مصادیق سابق اعمال شود و مصلحت وضع حکم جدید نیز این اقتضا را دارد که این حکم بر مصادیقی که از زمان تصویب ارتکاب می یابند اعمال شود.

بنابراین مقتضای تغییر قوانین، بر پایه مصلحت است که قوانین شرعی مبتنی بر اجتهاد در صورت تغییر و تبدیل، در مواردی که مساعد به حال متهم نباشد، به مصادیق قوانین شرعی سابق عطف نشود و بر این مصادیق همان قوانین زمان ارتکاب اعمال شود.

۴-۳. قاعده درأ

قاعده درأ از جمله قواعدی است که در فقه امامیه در مباحث جزایی کاربرد فراوان دارد؛ به نظر می رسد این قاعده می تواند یکی از ادله عطف به ماسبق نشدن جرائم مستوجب حد و تعزیر باشد. در زیر مفاد این قاعده روشن و مورد بحث، تطبیق می شود.

مفاد قاعده آن است که در مواردی که وقوع جرم یا انتساب آن به متهم یا مسئولیت و استحقاق مجازات وی، به جهتی دارای تردید و مشکوک باشد؛ به موجب این قاعده بایستی جرم و مجازات را منتفی دانست (محقق داماد، ۱۳۸۲ق، ۴:ج ۴۳).

مهم ترین دلیل قاعده درأ احادیثی است که در کتب روایی امامیه از معصومان نقل شده است: قال رسول الله (ص)؛ ادرءوا الحدود بالشبهات و... (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق: ۷۴؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ۴۷؛ محدث نوری، ۱۴۰۸ق: ۲۶).

در این حدیث و دیگر احادیث هم مضمون که ابن ادریس آن را بین فقهای امامیه اجماعی (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق: ۴۴۶) و سیدعلی طباطبایی آن را متواتر دانسته است (صانعی، بی تا: ۴۹۵)، شارع دستور می دهد که حدود را با شبهه از بین ببرید؛ بدین معنا که حدود را در زمان شبهه بر مرتکب اعمال نکنید.

درباره دلالت ادله این قاعده و مفاد آن باید گفت که بدون تردید شبهه موضوعیه مشمول این قاعده است؛ زیرا حتی در صورت نبود قاعده و روایت مربوط به آن، به مقتضای

اصول اولیه، تا موضوع احراز نشود حکم بر آن جاری نمی‌شود. از این رو فقها در مورد شمول قاعده بر شبهات موضوعیه بحثی ندارند و مخالفتی در این مسئله نیست، اما در شبهات حکمیه گروهی قایل به تفصیل شده‌اند، به این بیان که وقتی جهل قصوری باشد مشمول قاعده می‌شود و اگر جهل تقصیری و ناشی از کوتاهی متهم در تعلم احکام باشد قاعده جاری نمی‌شود. لکن باید گفت که یکی از ادات عموم، جمع محلائی به الف و لام است و بنابراین «الشبهات» افاده عموم می‌کند و شامل هر شبهه‌ای چه موضوعیه و چه حکمیه - اعم از جهل تقصیری و قصوری - می‌شود (بجنوردی، ۱۴۰۱ق: ۱۷۸). ولی با وجود عمومیت و اطلاق قاعده، می‌توان گفت که عذر جاهل مقصر، مسموع نیست و چنین جاهلی عقوبت می‌شود؛ زیرا دلایل دیگری چون روایات، عقل و اجماع وجود دارد که یادگیری احکام را واجب می‌داند (محقق داماد، ۱۳۸۲ق، ج: ۴، ۵۸).

اما درباره این دلالت سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا عروض شبهه نزد مجرم معتبر است یا نزد حاکم یا نزد هر دو؟

فقهای امامیه در این مورد معتقدند که در این مقام و موارد دیگر عمومات وارده که در مقام قانونگذاری تشریح می‌شود، همیشه به‌طور قضیه حقیقیه است. در قضایای حقیقیه نظر خاص به مخاطب یا صنف خاص نیست بلکه در مقام قانونگذاری و بیان قانون هیچگاه اشخاص و اصناف مورد نظر نیستند و حکم بر نفس طبیعت است و مقنن موضوع مقدرالوجود را در نظر می‌گیرد (بجنوردی، ۱۴۰۱ق: ۱۸۰ و ۷۳-۷۲).

اما درباره شمول این قاعده نسبت به تعزیرات باید گفت در کتب لغت، حد به معنای مرز، پایان، خاتمه، انتها و منتهی آمده است (جوهری، ۱۴۱۰ق: ۴۶۲؛ صاحب بن عباد، ۱۴۱۴ق: ۳۰۵؛ فراهیدی، ۱۴۱۰ق: ۱۹؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق: ۲۲۱).

مرحوم محمد تقی مجلسی (ره) معتقد است که «حدود» شامل حد، تعزیر و قصاص می‌شود؛ بجنوردی نیز این نظر را متین دانسته است (بجنوردی، ۱۴۰۱ق: ۱۸۵). برخی دیگر نیز در خصوص عمومیت لفظ حدود می‌نویسند: «ظاهر داخل شدن تعزیرات در حدود می‌باشد» (نراقی، ۱۴۱۷ق: ۵۵۵؛ رحمان ستایش، ۱۴۲۵ق: ۷۸).

محقق داماد در این باره می‌نویسد: با ملاحظه مجموعه این روایات و دیگر اخبار، به‌نظر

می‌رسد حد به معنای مطلق مجازات است و هیچ شاهد قرآنی و روایی وجود ندارد که ثابت کند لفظ حد در معنای مجازات معینه حقیقت است و در دیگر معانی، مجازی است و اراده آن از این لفظ نیاز به قرینه دارد (محقق داماد، ۱۳۸۲ق، ج: ۴، ۶۹).

بنابر آنچه گذشت مفاد قاعده در عبارت است از اینکه چنانچه شبهه‌ای چه موضوعیه و چه حکمیه، در هر مرحله از ارتکاب، برای مجری یا متهم در انتساب اتهام یا اجرای مجازات پیش آمد، باید به دلیل این شبهه متهم را مجرم ندانسته، مجازات را جاری نکرد.

در مورد بحث، با اتخاذ فتوای جدیدی در قانون و تغییر آن، این شبهه پیش می‌آید که آیا مجازات جدید که از قانون قدیم شدیدتر است بر مرتکب سابق اعمال می‌شود و باید موارد سابق را مطابق با قانون جدید محاکمه و مجازات کرد یا خیر؟ چرا که قدر متیقن ما در این موضوع، قوانین مسلم شرعی بوده؛ برخلاف قوانین شرعی مبتنی بر اجتهاد که در جایی که عطف به ماسبق شدن این قوانین به ضرر متهم باشد شبهه و تردید به وجود می‌آید، که در این صورت طبق این قاعده، باید به مجرد شبهه و فقدان علم به استحقاق متهم نسبت به کیفیات و مجازات جدید - در صورتی که مساعد به حال متهم نباشد - اعمال قانون جدید بر وی رفع می‌شود و همان مجازات سابق لحاظ می‌شود. بنابراین عطف به ماسبق نشدن قوانین شرعی مبتنی بر اجتهاد، در مواردی که مساعد به حال متهم نباشد مطابق با این قاعده و سازگار با اصول جزایی فقه امامیه است.

اما شاید این ایراد بر این استدلال وارد شود که با وجود ماده (۱۰) قانون مجازات اسلامی شبهه‌ای در عطف به ماسبق شدن احکام شرعی وجود ندارد تا به قاعده در تأمسک شود؛ زیرا در این ماده به صراحت قوانین شرعی از قاعده عطف به ماسبق نشدن قوانین ماهوی استثنا شده است.

این ایراد با فرض وجود ماده (۱۰) و با لحاظ چارچوب قانون مجازات اسلامی وارد است؛ ولی باید توجه شود که تأمسک به قاعده مذکور به عنوان ایرادی بر عطف به ماسبق شدن احکام شرعی بیان نشده است بلکه به عنوان تأملی فقهی و با فرض عدم وجود ماده مذکور و در چارچوب فقهی و نه حقوقی بر قاعده کلی عطف به ماسبق شدن قوانین بیان شده است.

۵-۳. قاعده حفظ نظام

قاعده حفظ نظام دلیل دیگری است که ممکن است بر عطف به ماسبق نشدن قوانین شرعی مبتنی بر اجتهاد اقامه شود. در زیر به توضیح آن و تبیین مقدار دلالت آن بر این مسئله پرداخته می‌شود.

«نَظْم» و «نِظَام» دو مصدر از فعل «نَظَمَ» هستند (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج: ۱۲، ۵۷۸). لغت‌شناسان عرب گفته‌اند: «نَظْم به معنای پیوستگی و ضمیمه کردن چیزی به چیز دیگر است» (واسطی زبیدی حنفی، ۱۴۱۴ق: ۶۸۹) بنابراین، وقتی چیزی به چیز دیگر ضمیمه شود و میان آن دو، پیوستگی، هماهنگی و هم‌ترازی باشد، نظم محقق شده است.

در معنای اصطلاحی، مقصود از نظام و حفظ آن، رعایت اموری است که قوام جامعه و مردم به آن وابسته است و در صورت اخلال در آن، نظم زندگی و معیشت مردم به خطر می‌افتد و دچار هرج و مرج می‌شود. نظام به این معنا، در برابر ازهم‌گسیختگی و هرج و مرج به کار می‌رود و در غالب مواردی که در کتاب‌های فقهی به کار رفته، این معنا منظور بوده است. این مهم، همواره مورد تأکید فقها بوده است؛ برای مثال، از نظر ایشان به‌دست آوردن مرتبه اجتهاد، واجب کفایی است؛ به‌ویژه با توجه به آنکه ایشان اجتهاد را شرط قضا می‌دانند. صاحب جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام درباره دلیل این امر (یعنی وجوب تلاش برای رسیدن به اجتهاد، و وجوب حکم دادن و افتا) می‌نویسد: «لتوقف النظام علیها» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج: ۲۱، ۴۰۴).

از نقطه نظر معنای اصطلاحی، نظام، معمولاً همراه با پسوند اسلامی آمده و تنها در کتاب‌ها و کلمات فقهای معاصر به کار رفته است؛ به‌عنوان نمونه گفته شده است: «بر همه مسلمانان لازم است که قوانین و مقررات نظام اسلامی را محترم بشمارند» (مکارم شیرازی، ۱۳۷۲، ج: ۳، ۲۹۸) همچنین گفته شده است: «نشر اخباری که موجب ضعف نظام اسلامی می‌باشد، جایز نیست» (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۷ق: ۱۴۰) و نیز آمده است: «اگر کسی از قانونی که مغایر با نظام اسلامی است اطلاع پیدا کند، واجب است برای حل این مشکل و حذف قوانین مخالف با احکام اسلام، آن را به مقامات مسئول اطلاع دهد» (خامنه‌ای، ۱۴۲۴ق: ۴۸۵) همچنین گفته شده است: «حفظ نظام اسلامی، مجوز ارتکاب کار نامشروع نمی‌باشد» (منتظری نجف آبادی، ۱۴۰۹ق: ۵۰۰).

بر این اساس، مطابق نظر فقهای امامیه یکی از قواعد مهم و حاکم بر احکام اسلامی،

حفظ نظام جامعه و زندگی مردم است. گرچه فقها به طور مستقل درباره این مسئله بحث نکرده‌اند، اما از سخنان آنان می‌توان نتیجه گرفت که وجوب حفظ نظام جامعه، از مسلمات فقه است و آنچه سبب به هم ریختن نظام زندگی و معیشت جامعه می‌شود، ممنوع است و کارهایی که برای حفظ نظام جامعه ضرورت دارد، واجب است.

مطابق مفاد این قاعده، اجرای حدود شرعی منوط به تحقق حاکمیت اسلامی بر جامعه معین است. حاکمیت اسلامی نیز از طریق قانونگذاری، شیوه و نحوه و کیفیات اجرای حدود شرعی را در هر زمان تعیین می‌کند و افراد جامعه نیز تابع قانونگذار زمان خود برای حفظ نظم اجتماعی هستند. در غیر این صورت هر کس می‌تواند با این ادعا که حکم قانونگذار مخالف با برخی فتاوی فقهی است از آن تمکین نکند که به نوبه خود موجب هرج و مرج و اختلال در نظام خواهد بود. همان‌گونه که افراد جامعه به اجرای قوانین لازم‌الاجرا در زمان خود مکلفند، حاکمیت نیز ملزم به اجرای قوانین در زمان اعتبار آنهاست و جز در مواردی که قانون لاحق مساعد به حال متهم باشد، مجاز به عطف به ماسبق کردن آن نخواهد بود.

۴. جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

بنابر آنچه در این مقاله گذشت عطف به ماسبق نشدن قوانین شرعی مبتنی بر اجتهاد در صورتی که به حال متهم مساعد نباشد در فقه امامیه و حقوق مورد تأمل قرار گرفت و نتایج زیر به دست آمد:

در بررسی حقوقی روشن شد که عطف به ماسبق شدن قوانین شرعی مبتنی بر اجتهاد در صورت مذکور، سازگار با اصول حقوق جزا، قانون اساسی و معاهدات بین‌المللی نیست؛ چراکه مطابق این اصول، اصل عطف به ماسبق نشدن قوانین جزایی است و عطف به ماسبق شدن این قسم از قوانین در صورت مساعد نبودن به حال متهم با این اصول مسلم سازگاری ندارد.

اما در بررسی فقهی هم این مسئله آشکار شد که ظاهراً عطف به ماسبق شدن این قسم از قوانین یعنی قوانین شرعی مبتنی بر اجتهاد، در صورت مساعد نبودن به حال متهم، با قواعد و

اصول مسلم مورد پذیرش شرع سازگاری ندارد؛ از جمله اصولی که با عطف به ماسبق شدن این دسته از قوانین شرعی منافات دارد، قاعده قبح عقاب بلایان، اصل اجزاء قانون سابق در موارد و مصادیق قبل از تصویب قانون جدید، قاعده مصلحت قانون سابق، قاعده درأ و قاعده حفظ نظام است.

۵. منابع و مأخذ

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم (بی تا). کفایة الاصول، جلد اول، قم، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
۲. آقایی جنت مکان، حسین (۱۳۹۲). حقوق کیفری عمومی، جلد اول، چاپ سوم، تهران، انتشارات جنگل.
۳. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی التحریر الفتاوی، جلد سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق). لسان العرب، جلد دوم و دوازدهم، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۵. اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۳). حقوق جزای عمومی، جلد اول، چاپ سی و نهم، تهران، نشر میزان.
۶. اصفهانی، محمد تقی، (مجلسی اول) (۱۴۰۶ق). روضة المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه، قم، مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانپور.
۷. الهام، غلامحسین (۱۳۹۰). «موقعیت های حقوقی استظهارات شورای نگهبان»، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، پیش شماره ۱۳۹۰.
۸. انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۲۸ق). فرائد الأصول، جلد دوم، چاپ نهم، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
۹. ایروانی، باقر (۲۰۰۷). الحلقة الثالثة فی اسلوبها الثاني، تهران، دارالمحبین.
۱۰. بجنوردی، سید محمد بن حسن موسوی (۱۴۰۱ق). قواعد فقهیه، جلد اول، تهران، مؤسسه عروج.
۱۱. بروجردی، حسین (۱۴۱۵ق). نهاية الاصول، تهران، نشر تفکر.
۱۲. بهبهانی، محمد باقر (۱۴۱۵ق). الفوائد الحائریة، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۴). ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش.
۱۴. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰ق). الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیة، جلد دوم، بیروت، دارالعلم للملایین.
۱۵. حائری، سیدعلی بن محمد طباطبایی (۱۹۲ق). ریاض المسائل، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۱۶. حائری یزدی، عبدالکریم (۱۴۱۸ق). دررالفوائد، چاپ ششم، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
۱۷. حرعاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة، جلد بیست و هشتم، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۱۸. حیدری، علی نقی (بی تا). اصول استنباط، جلد اول، قم، مرکزیت مدیریت حوزه علمیه قم.
۱۹. خامنه ای، سیدعلی (۱۴۲۴ق). اجوبه الاستفتائات، قم، ناشر دفتر معظم له.
۲۰. خوبی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲ق). مصباح الاصول، جلد اول، قم، طبع مؤسسه احیاء آثار السید الخوئی.
۲۱. _____ (۱۴۱۸ق). موسوعة الامام الخوئی، قم، مؤسسه احیاء آثار السید الخوئی.

۲۲. _____ (بی تا). *التفیح فی شرح العروة الوثقی*، جلد اول و چهل و یکم، بی جا، بی نا.
۲۳. دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۲). *لغت نامه دهخدا*، جلد دوازدهم، تهران، مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
۲۴. راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق). *مفردات ألفاظ القرآن*، لبنان - سوریه، دارالعلم - الدار الشامیه.
۲۵. رحمان ستایش، محمد کاظم (۱۴۲۵ق). *رسائل فی ولایة الفقیه*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۲۶. زارعی سبزواری، علی (۱۴۳۰ق). *کفایة الأصول*، چاپ ششم، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
۲۷. سبحانی تبریزی، جعفر (۱۳۸۷). *الموجز فی أصول الفقه*، چاپ چهاردهم، قم، مؤسسه امام صادق (ع).
۲۸. _____ (۱۳۸۳). *تهذیب الاصول*، جلد دوم، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۲۹. شمس ناتری، محمد ابراهیم، حمیدرضا کلانتری، ابراهیم زارع و زینب ریاضت (۱۳۹۵). *قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی*، جلد اول، چاپ سوم، تهران، نشر میزان.
۳۰. شهید اول، محمد ابن مکی عاملی (۱۴۰۰ق). *المعة للمشقیه*، چاپ اول، قم، منشورات دارالفکر.
۳۱. شیخ صدوق، محمد بن علی بن بابویه قمی (۱۴۱۳ق). *من لا یحضره الفقیه*، جلد چهارم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۲. صاحب بن عباد، اسماعیل بن عباد (۱۴۱۴ق). *المحیط فی اللغة*، جلد دوم، بیروت، عالم الكتاب.
۳۳. صافی گلپایگانی، لطف الله (۱۴۱۷ق). *جامع الاحکام*، جلد دوم، قم، حضرت معصومه.
۳۴. صانعی، یوسف (بی تا). *فقه و زندگی*، جلد دوم، قم، انتشارات میثم تمار.
۳۵. صدر، سید محمد باقر (۱۴۲۱ق). *دروس فی علم الأصول*، جلد دوم، قم، مؤسسه النشر الإسلامی.
۳۶. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن (۱۳۷۵ق). *الاقتصاد الیهادی إلى طریق الرشاد*، تهران، انتشارات کتابخانه جامع چهل ستون.
۳۷. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۰۴ق). *مبادئ الوصول إلى علم الأصول*، چاپ اول، قم، المطبعة العلمية.
۳۸. علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۸۸). *فقه و مصلحت*، تهران، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۳۹. فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰ق). *کتاب العین*، جلد سوم، قم، نشر هجرت.
۴۰. فیض، علیرضا (۱۳۶۹). *مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام*، جلد اول، تهران، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۴۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۵). *حقوق انتقالی: تعارض قوانین در زمان*، تهران، نشر دادگستر.
۴۲. کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب (۱۴۲۹ق). *الکافی*، قم، دار الحدیث للطباعة و النشر.

۴۳. محدث نوری، میرزا حسین (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، جلد هجدهم، بیروت، مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۴۴. محقق حلی، جعفر بن الحسن (۱۴۰۶ق). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد اول، قم، اسماعیلیان.
۴۵. محقق داماد، محمد (۱۳۸۲ق). المحاضرات (مباحث اصول الفقه)، جلد اول و چهارم، اصفهان، انتشارات مبارک.
۴۶. مشکینی، علی (بی تا). اصطلاحات الاصول، قم، چاپخانه الهادی.
۴۷. مظفر، محمدرضا (۱۳۸۷). أصول الفقه، چاپ پنجم، قم، دفتر تبلیغات اسلامی.
۴۸. معین، محمد (۱۳۸۸). فرهنگ فارسی، تهران، مؤسسه انتشارات امیر کبیر.
۴۹. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۸ق). انوار الأصول، جلد اول و سوم، چاپ چهاردهم، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۵۰. _____ (۱۳۷۲). «استفتائات فقهی»، مجله رهنمون، دوره اول، ش ۵.
۵۱. منتظری نجف آبادی، حسینعلی (۱۴۰۹ق). دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الاسلامیه، جلد دوم، قم، مکتب الاعلام الاسلامی.
۵۲. موسوی خمینی، روح الله (۱۳۶۱). صحیفه نور، جلد بیست و یکم، تهران، شرکت سهامی چاپخانه وزارت ارشاد اسلامی.
۵۳. نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد چهارم، بیست و یکم و بیست و دوم، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
۵۴. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۷ق). عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۵۵. واسطی زبیدی حنفی، محب الدین (۱۴۱۴ق). تاج العروس من جواهر القاموس، جلد هفدهم، بیروت، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
۵۶. وحید بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل (۱۴۱۵ق). الفوائد الحائریة، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
۵۷. هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۲۶ق). فرهنگ فقه مطابق مذهب اقل بیت عليهم السلام، قم، مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی.

