



دوره ۵۱، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۴۰۰
صفحات ۱۰۳ تا ۱۲۶ (مقاله پژوهشی)

قلمرو اجرای قوانین کیفری شرعی در زمان: بازخوانی ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی درباره کیفرهای شرعی

حسین سلیمانی*

استادیار دانشگاه مفید قم

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۷/۳۰ - تاریخ تصویب: ۱۴۰۰/۶/۲۴)

چکیده

در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ اصل قانونی بودن جرم و مجازات، به‌طور عام، و در مورد تعزیرات و قصاص و دیات، به‌طور خاص، پذیرفته شده است. با وجود این، در صدر ماده ۱۰ که ناظر بر یکی از آثار اصل قانونمندی، یعنی «قلمرو اجرای قوانین کیفری در زمان» است، عبارتی آمده که به‌نظر می‌رسد قانونگذار قصد دارد کیفرهای شرعی را از ذیل این قاعده خارج کند. در این نوشتار در پی بیان آنیم که اولاً عبارت «مقررات و نظامات دولتی» شامل همه قوانین موضوعه، از جمله قوانین مدون ناظر بر کیفرهای شرعی، می‌شود و این کیفرها نیز به گذشته عطف نمی‌شوند؛ ثانیاً با توجه به پذیرش اصل قانونی بودن جرم و مجازات در تعزیرات و قصاص و دیات، و با توجه به این نکته که قاعده عطف بماسبق نشدن قوانین کیفری نتیجه محتوم و انکارناپذیر اصل قانونی بودن است، مستثنای قاعده فقط موارد ارتكابی پیش از وضع قوانین کیفری شرعی (۱۳۶۱) و با برداشتی، حدود غیرمذکور در فرض قانونی شدن بعدی است؛ ثالثاً تسری دادن این استثنا به احکام صادرشده پیشین (برای مثال در قالب تعزیرات) فاقد وجهت است. در هر روی پیشنهاد نگارنده حذف عبارت مذکور از صدر ماده است.

واژگان کلیدی

اصل قانونی بودن جرم و مجازات، تعزیر منصوص، حدود غیرمذکور، قصاص، دیات، عطف بماسبق نشدن قوانین کیفری.

مقدمه

اصل قانونی بودن جرم و مجازات مهم‌ترین دستاورد دوران مدرن حقوق کیفری است. این اصل که منتسکیو به آن اشاره کرد و بکاریا آن را بسط داد، در تمامی دو سده بعد، با اندک استثناهایی، به مثابه اصلی قاطع و گریزناپذیر، در نظام‌های کیفری پذیرفته شده است. این اصل بنیادین نتایج و آثاری دارد که برخی از آنها جزء جداناپذیر مفهوم این اصل اند. یکی از مبانی و پیش‌فرض‌های این اصل، «آگاهی» شهروندان است که یادگیری از مکاتب کلاسیک حقوق کیفری است. انسان دارای آگاهی و اراده است و خود انتخاب می‌کند که بهنجار باشد یا هنجارشکنی کند. به دلیل همین قدرت انتخاب، در صورت قانون‌شکنی دارای مسئولیت کیفری است. با این همه، این آگاهی فقط در خصوص قوانینی که «اکنون» وجود دارند، معنا دارد. برای قوانینی که احتمالاً در آینده وضع می‌شوند نمی‌توان این آگاهی را فرض کرد. در واقع، لازمه پذیرش اصل قانونمندی این است که اثر قانون کیفری فقط نسبت به آینده باشد. این مفهوم را «قاعده عطف بماسبق نشدن قوانین کیفری» می‌نامند.

قاعده عطف بماسبق نشدن قوانین کیفری در ادبیات حقوقدانان ایرانی به تعبیرهای گوناگون، مانند «اجرای قوانین کیفری در آینده»، «عدم گسترش اثر قانون کیفری به گذشته»، «تأثیر زمان در قوانین کیفری» (عدالت‌پور، ۱۳۱۹: ۳۹۹)، «قلمرو قانون جزا در زمان» (باهری، ۱۳۴۰: ۱۰۸؛ علی‌آبادی، ۱۳۵۴: ص و)، «اثر قهقراپی قوانین کیفری» (مهیم، ۱۳۳۲: ۴۲)، «محدوده حقوق جزا در زمان» (محسنی، ۱۳۷۵، ج ۱: ۳۴۷)، «تعارض قوانین کیفری در زمان» (اردبیلی، ۱۳۹۸، ج ۱: ۶۶)، «قاعده کاربردپذیری زمانی هنجار جنایی» (رایجیان اصلی، ۱۳۹۵: ۴۷) و مانند اینها به کار رفته و قانونگذار نیز در ق.م.ا ۱۹۲ عنوان «قلمرو اجرای قوانین جزایی در زمان» را برای آن برگزیده است.^۱ براساس این قاعده، فرض بر این است که مرتکب از آنچه اکنون قانونی است اطلاع دارد نه آنچه در آینده قانونی خواهد شد. آری، اگر تغییر قانونی آینده به نفع او باشد، اجرای قانون جدید منعی نخواهد داشت و با اصل قانونی بودن مخالفتی ندارد.

این قاعده، همان‌طور که حقوقدانان تأکید کرده‌اند، از نتایج «مسلم و بلافصل» و «ضروری و حتمی» و «دنباله لاینفک و نتیجه مستقیم» اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌هاست (محسنی، ۱۳۷۵، ج ۱: ۳۴۸ و ۳۵۰)، از این رو با پذیرش اصل قانونمندی، بی‌تردید قاعده مذکور پذیرفته می‌شود، بی‌آنکه نیازی به ذکر مستقل آن باشد. در واقع، ذکر این قاعده در قانون کیفری، نه برای تبیین اصل قاعده،

۱. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.

۲. نویسنده نیز تعبیر «قاعده بازگشت‌ناپذیری اثر قوانین کیفری» را می‌پسندد و گاه به‌کار می‌برد. در این نوشته برای اختصار تعبیر «قاعده بازگشت‌ناپذیری» تکرار شده است.

که برای بیان استثنائات آن است. اصل قاعده به اصل قانونی بودن جرم و مجازات مُلصق است. آنچه نیاز به تبیین و تقریر مقنن دارد، استثنائات آن است.^۱

در نظام قانونگذاری ایران، که پس از مشروطه آغاز می‌شود، اعتبار قوانین مصوب مجلس مشروط شد به اینکه «مواد قانونیه آن مخالفتی با قواعد مقدسه اسلام و قوانین موضوعه حضرت خیرالانام» نداشته باشد (اصل دوم متمم قانون اساسی مشروطه، مصوب ۱۲۸۶). به منظور اجرای همین اصل، در ماده ۱ ق.م.ع ۱۳۰۴ مقرر شد: «مجازات‌های مصرحه در این قانون از نقطه نظر حفظ انتظامات مملکتی مقرر و در محاکم عدلیه مُجری خواهد بود و جرم‌هایی که موافق موازین اسلامی تعقیب و کشف شود بر طبق حدود و تعزیرات مقرر در شرع مجازات می‌شوند». این امر مانع آن نشد که قانونگذار در ماده ۲ این قانون، در عبارتی صریح اصل قانونی بودن جرم و مجازات، و در ماده ۶ قاعده عطف بماسبق نشدن قوانین جزایی را بپذیرد. با وجود این، براساس ماده ۲۷۹، آخرین ماده این قانون در زمان تصویب، «اگر کسی قبل از تصویب و انتشار این قانون مرتکب عملی شده باشد که موافق این قانون جنحه یا جنایت تشخیص شده است در مورد [ی] تعقیب و بر طبق این قانون مجازات می‌شود که اولاً نسبت به آن عمل مرور زمان بر طبق مقررات این قانون حاصل نشده باشد و ثانیاً برای عمل مزبور شرعاً هم حدی معین شده باشد». با این حال، هرچند نویسندگان قانون، از روی احترام، بر حدود تأکید کرده بودند، اما جرائم دیگری نیز که پیشتر اتفاق افتاده بودند، قابل کیفر تلقی شدند (صانعی، ۱۳۸۲: ۱۷۸). شاهد این مطلب، «قانون تفسیر قسمت اخیر ماده ۲۷۹ مجازات عمومی»، مصوب ۸ مردادماه ۱۳۰۶ است که براساس آن «قسمت اخیر ماده (۲۷۹) قانون مجازات عمومی از تعقیب قاتلین و مختلسین اموال دولتی و اشخاصی که جعل سند و تزویر نموده و قبل از تصویب و انتشار قانون مزبور مرتکب جرائم مزبور شده‌اند مانع نمی‌باشد».

در هر حال، ماده ۶ با تغییراتی در ق.م.ع ۱۳۰۴، نیز، با تفصیل و فروع بیشتر، بازتاب یافت. در این قانون اگرچه ماده ۱ قانون ۱۳۰۴ مُلغی شد، ماده ۲۷۹ تا پایان اعتبار این قانون بر جای خود باقی ماند، شاید به این دلیل که با گذشت چند دهه از قانونگذاری ۱۳۰۴، فرض اینکه جرمی

۱. در بسیاری از منابع بین‌المللی، از جمله بند ۲ ماده ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر، بند ۱ ماده ۱۵ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، مصوب ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶، و ماده ۲۴ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری بر پذیرش این قاعده تأکید شده است. (ر.ک: امیرارجمند، ۱۳۸۶: ۷۳ و ۱۰۱؛ ناصرزاده، ۱۳۹۱: ۵۱).

۲. قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴.

۳. قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲.

موجب حد مربوط به پیش از سال ۱۳۰۴ کشف شود که مشمول مرور زمان نیز نشده باشد، عملاً ممتنع بود.^۱

پس از انقلاب اسلامی ۱۳۵۷ با مطرح شدن شرعی‌سازی قوانین، به‌ویژه قوانین کیفری، اصل قانونی بودن جرم و مجازات و نیز قاعده بازگشت‌ناپذیری تحولاتی را پیمود. این قاعده ابتدا در قانون اساسی ۱۳۵۸ به رسمیت شناخته شد و پس از آن در ق.ر.م.ا. ۶۱ و ق.م.ا. ۷۰ و ۱۳۹۲ به تقریر قانونگذار درآمد و در منابع الزام‌آور دیگری نیز، مانند آرای وحدت رویه، به آن توجه شد. در این نوشتار نویسنده نه در پی تبیین و توجیه قانونی و شرعی قاعده بازگشت‌ناپذیری است و نه بیان احکام و جزئیات مربوط به این قاعده. نگارنده صرفاً در پی پاسخگویی به این پرسش است که آیا در این مجموعه قانونی و قضایی، اثر کیفرهای شرعی به گذشته بازگشت‌پذیر است یا خیر. برای پاسخگویی به پرسش پیش‌گفته ابتدا منابع معتبر قاعده بررسی و آنگاه لوازم و نتایج این قاعده با محوریت ماده ۱۰ ق.م.ا. ۹۲ بیان می‌شود. در این نوشته بر این پیش‌فرض‌ها تکیه می‌کنیم: ۱. قانونگذار حکیم، و تعابیرش هدفمند است؛ ۲. اصل قانونی بودن قصاص و دیات و تعزیرات در ق.م.ا. ۹۲ پذیرفته شده است؛ ۳. قاعده بازگشت‌ناپذیری قوانین کیفری لازمه قطعی و جدایی‌ناپذیر اصل قانونی بودن است؛ ۴. پذیرش قاعده بازگشت‌ناپذیری قوانین کیفری شرعی با فرض وجود نظام کیفری شرعی که امکان جرم‌انگاری رفتارهای موجب کیفر شرعی را دارد، با شرع منطبق است.

۱. منابع معتبر قاعده بازگشت‌ناپذیری در نظام قانونی ایران

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که در پاییز ۱۳۵۸ به تصویب اکثریت شرکت‌کنندگان در همه‌پرسی رسید، سرآغاز شرعی‌سازی قوانین کیفری است. براساس اصل ۴ این قانون، همه قوانین از جمله قوانین کیفری «باید براساس موازین اسلامی باشد». به‌دلیل اهمیت این مسئله، در همین اصل مقرر شد که «این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است». با این حال، تصویب قانون جامع کیفری تا سال ۱۳۶۱ به انجام نرسید. در سال ۱۳۶۱ ابتدا قانون دیات (تیرماه) و سپس قانون در خصوص مجازات اسلامی (مهرماه) و قانون حدود و قصاص (شهریور و مهر) به تصویب رسید و از آن پس این بحث به‌جد مطرح شد که آیا قوانین

۱. براساس مواد ۵۱ و ۵۲ ق.م.ا. ۱۳۰۴، مرور زمان در جنایت، اگر به صدور حکم نینجامیده باشد، ده سال و اگر به صدور حکم منجر شده ولی حکم اجرا نشده باشد، پانزده سال بود.

۲. قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱.

۳. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰.

کیفری شرعی نیز عطف بماسبق می‌شوند یا خیر. رأی وحدت رویه‌ای که در سال ۱۳۶۵ صادر شد، تلاش کرد تا غبار این اختلاف را بزدايد. پس از آن، قانونگذار در سال ۱۳۷۰ کوشید، با افزودن عبارتی، مرادش را تبیین کند. با تصویب ق.م.ا در ۱۳۹۲، ماده ۱۰ این قانون به قاعده مزبور می‌پردازد.

۱.۱. جایگاه قاعده در قانون اساسی

در قانون اساسی، به‌رغم تأکید بر شرعی بودن قوانین، نه‌تنها اصل قانونی بودن جرم و مجازات خلاف شرع دانسته نشد، بلکه با بیانی صریح در اصل ۳۶ مقرر شد که «حکم به مجازات و اجراء آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد». افزون‌بر این، در بیانی صریح‌تر، که تاب هیچ تفسیر خلافی را ندارد، قاعده بازگشت‌ناپذیری پذیرفته شد. به موجب اصل ۱۶۹: «هیچ فعلی یا ترک فعلی به استناد قانونی که بعد از آن وضع شده است جرم محسوب نمی‌شود». در زیر الفاظ این گزاره قانونی، که به تعبیر اهل منطق با سور «هیچ» آغاز می‌شود، می‌توان مفهوم استثنای در سیاق نفی را مشاهده کرد، که مفید حصر است. در واقع این اصل را می‌توان چنین خواند: «هیچ فعل یا ترک فعلی جرم محسوب نمی‌شود مگر به استناد قانونی که پیش از آن وضع شده باشد». همچنین باید توجه داشت که در اینجا به‌صراحت از «وضع» قانون سخن گفته شده، و به‌عبارت دیگر، مراد قانون موضوعه است و از این‌رو، این استدلال نادرست است که این اصل شامل قوانین شرعی که از صدر اسلام «تشریح» شده‌اند، نمی‌شود! دلیلش آشکار است. براساس اصل مذکور، ابتدا باید قانون موضوعه‌ای وجود داشته باشد تا بتوان بر مبنای آن عملی را جرم دانست. صرف تشریح در صدر اسلام کافی نیست.

مسئله بااهمیت این است که پذیرش این قاعده در حکومت دینی مطلقاً با شرع و اصل ۴ قانون اساسی مغایرتی ندارد؛ چون قانونگذار می‌تواند آنچه را از قوانین شرعی تمایل دارد، به قانون تبدیل کند. به بیان یکی از فقیهان معاصر «تنها زمانی می‌توان فرد را مجرم قلمداد کرد که پس از صدور حکم شارع و اعلام جرم بودن آن عمل، مرتکب رفتار مجرمانه شده باشد. بدیهی است که در زمان برپایی حکومت عدل اسلامی و با توجه به اینکه مدون و قانونمند بودن احکام ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است، اعلام جرم باید از سوی قانونگذار صورت پذیرد تا بتوان طبق آن، فرد را محکوم کرد» (موسوی اردبیلی، ۱۳۹۲: ۱۷۸). شایان ذکر است که قانونگذار به لحاظ قانونی و ساختاری، مشکلی در قانونی‌سازی کیفرهای شرعی ندارد. اگر او برخی حدود، مانند ارتداد را جرم‌انگاری نمی‌کند، به‌دلیل معاذیر و مصالحی، از جمله هزینه‌های بین‌المللی و حقوق بشری، است. اگر قرار باشد، بدون وجود قانون، این حدود مورد حکم قرار گیرند، مشکلات پیش‌گفته

دوچندان می‌شود، زیرا از یک سو، اجرای چنین کیفری خلاف موازین حقوق بشری، و از سوی دیگر، خلاف اصل قانونی بودن جرم و مجازات است.

در هر حال، صراحت اصل ۱۶۹ آنگاه که با نص اصل ۳۶ و مانند آن تلفیق می‌شود، برای ناظر منصف تردیدی باقی نمی‌گذارد که قانونگذار اساسی به قاعده مورد بحث به شکل مطلق تن در داده است.

۲. ۱. رأی وحدت رویه

مجلس قانونگذاری، به تبعیت از قانون اساسی، در ق.ر.م.ا ۶۱ قاعده بازگشت‌ناپذیری را بی‌هیچ استثنایی، از حیث شمول مجازات‌ها، پذیرفت. در ماده ۶ این قانون، که با اندک تغییراتی در الفاظ، همان ماده ۶ ق.م.ع ۵۲ بود، مقرر شد: «مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی باید به موجب قانونی باشد که قبل از وقوع جرم مقرر شده باشد و هیچ عمل یا ترک فعل را نمی‌توان به‌عنوان جرم به موجب قانون متأخر مجازات نمود...»، این ماده آشکارا همه مجازات‌ها، از جمله کیفرهای شرعی را شامل می‌شود.^۱

با وجود این، هم در بنیاد اصل قانونی بودن، و هم در قاعده مورد بحث، اوضاع بر مبنای اصول قانون اساسی پیش نرفت. پیش از انقلاب یا سال‌های نخستین انقلاب، پیش از تصویب قوانین کیفری شرعی (قانون دیات و قانون حدود و قصاص ۱۳۶۱)، جرائمی رخ داده بودند که در قوانین پیشین یا جرم نبودند یا مجازات متفاوتی داشتند، اما در قوانین شرعی جدید موجب حد یا قصاص بودند. به‌رغم صراحت اصول قانون اساسی و ماده ۶ ق.ر.م.ا ۶۱، رویه دادگاه‌ها در استناد به این قاعده در مورد این جرائم یکسان نبود. جرائم موجب حد یا قصاصی که پیش از حاکمیت قوانین شرعی مصوب ۱۳۶۱ اتفاق افتاده بودند، موجب طرح این پرسش شد که برای این جرائم آیا باید به استناد قوانین معتبر زمان ارتکاب جرم (از جمله ق.م.ع ۱۳۰۴) حکم کرد یا براساس شرع؟ این ابهام موجب شد تا برخی از شعب دیوان عالی کشور از شورای نگهبان استفسار کنند. دبیر شورای نگهبان در نظر شماره ۶۷۸۳ مورخ ۶۱/۹/۲۹ خطاب به شورای عالی قضایی چنین نوشت: «با توجه به وضوحی که بطلان سقوط حد و قصاص در فرض مذکور دارد، [شورای نگهبان] ماده ۶ را ظاهر در موارد مجازات‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی که به موجب قانون معین می‌شود دانسته و از این جهت عدم مغایرت آن را با موازین شرعی تأیید نموده است، لذا در موارد قصاص و حدود و

۱. در همان زمان در نظریه‌ای مشورتی اعلام شد: «با توجه به اصول ۳۷ و ۱۶۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، و ماده ۶ ق.ر.م.ا ۶۱، فعل یا ترک فعلی را که در قوانین و مقررات جاری صراحتاً جرم محسوب نشده است نمی‌توان جرم دانست و نمی‌توان برای مرتکب آن مجازات تعیین نمود» (نظریه مشورتی ۷/۶۰۷۳-۱۰/۱۲/۱۳۶۲).

تعزیرات معینۀ شرعی باید همان حدود و تعزیرات غیرمتغیر اجراء شود» (مهرپور، ۱۳۷۱، ج ۳: ۲۲۰-۲۱۷).

با توجه به اینکه این نظر شورای نگهبان جایگاه قانونی لازم‌الاتباع نداشت، موضوع همچنان مورد اختلاف بود. در نهایت دو پرونده قتل در استان سیستان و بلوچستان، که دو شعبه دیوان عالی کشور درباره آنها آرای متضادی صادر کرده بودند، به صدور رأی وحدت رویه در سال ۱۳۶۵ انجامید. در این دو پرونده، در دو قتلی که در سال‌های ۵۸ و ۵۹ اتفاق افتاده بود، دو شعبه رسیدگی‌کننده براساس ق.م.ع ۱۳۰۴ حکم حبس ابد صادر کردند. هر دو محکوم فرجام‌خواهی می‌کنند. رأی در شعب دیوان نقض و به شعبه دادگاه برای بررسی مجدد ارسال می‌شود. این بار در سال ۱۳۶۲ (پس از رسمیت یافتن قوانین شرعی ۱۳۶۱) هر دو دادگاه رأی قصاص صادر می‌کنند. یک شعبه دیوان در یکی از قتل‌ها حکم قصاص را تأیید می‌کند، اما شعبه دیگر در پرونده دیگر با این استدلال که «برای متهم حق مکتسبه‌ای ایجاد شده»، تشدید حبس ابد را نمی‌پذیرد. معاون دادستان کل کشور طرح موضوع را در هیأت عمومی دیوان عالی کشور جهت اتخاذ رویه واحد تقاضا می‌کند و هیأت عمومی رأی زیر را صادر می‌کند: «ماده (۶) قانون مجازات اسلامی مصوب مهرماه ۱۳۶۱ که مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی را بر طبق قانونی قرار داده که قبل از وقوع جرم وضع شده باشد منصرف از قوانین و احکام الهی از جمله راجع به قصاص می‌باشد که از صدر اسلام تشریح شده‌اند. بنابراین، رأی شعبه چهاردهم دیوان عالی کشور که حسب درخواست اولیای دم و به حکم آیه شریفه **ولکم فی القصاص حیات یا اولی الاباب** بر این مبنا به قصاص صادر گردیده صحیح تشخیص می‌شود.» (رأی وحدت رویه ۴۵-۲۵/۱۰/۱۳۶۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور).

درباره این رأی تفسیری قضایی، که جرائم فقهی را رسماً از نفوذ قاعده بازگشت‌ناپذیری خارج کرد، افزون بر اشکالاتی که برخی حقوقدانان گفته‌اند (اردبیلی، ۱۳۹۸، ج ۱: ۷۲-۷۱)، به چند نکته دیگر نیز باید توجه داشت:

الف) در ماده ۲ ق.ر.ب.م.ا ۶۱ (ماده مورد تفسیر)، اصل قانونی بودن جرم و مجازات هم در شکل اثباتی و هم نفی پذیرفته شده بود. براساس قسمت اخیر این ماده «هیچ امری را نمی‌توان جرم دانست، مگر آنکه به موجب قانون برای آن مجازات یا اقدامات تأمینی یا تربیتی تعیین شده باشد». این جمله استثنای در سیاق نفی، و مفید حصر است و شامل همه کیفرها اعم از شرعی و حکومتی می‌شود. دلیل مخالفت بعدی شورای نگهبان در سال‌های ۷۰ و ۹۲ با این عبارت همین نکته بود که بنابر نظر این شورا، این بیان نفی شامل کیفرهای شرعی نیز می‌شود و خواهان حذف آن شد (ر.ک: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۶: ۱۱). در واقع مخالفت این رأی تفسیری با اصل ۱۶۹

قانون اساسی و ماده ۶ آشکار است. دیوان فقط می‌تواند مقررۀ قانونی را تفسیر کند، اما حق ندارد حیطة آن را تضییق کند یا توسیع دهد (ر.ک: رستمی، ۱۳۹۷: ۳۱۴-۳۱۳)، زیرا این امر قانونگذاری محسوب می‌شود و خارج از صلاحیت دیوان است.

ب) این تفسیر خلاف اصول مسلم حقوق کیفری شرعی مانند قاعده درء و احتیاط در دماء و نفوس است و از این حیث شرعی بودن آن نیز مورد تردید جدی است.

پ) رأی مذکور خارج از اختیارات هیأت عمومی است. آنچه از هیأت عمومی انتظار می‌رود، آن است که براساس اصول تفسیری، منظور قانونگذار را دریابد و ابهام مقررۀ قانونی را بزدايد. تشخیص مطابق با شرع بودن یا نبودن قوانین در صلاحیت این هیأت نیست. تطبیق قوانین با مقررات اسلامی براساس اصل ۴ قانون اساسی در مرحله تقنین و صرفاً به عهده شورای نگهبان (آن هم فقط فقیهان شورا) است نه هیأت عمومی دیوان.

ت) در بررسی این رأی باید به زمینه اصدار آن نیز توجه کرد. این رأی در دوره‌ای صادر شد که به‌تازگی قانونگذاری شرعی در قالب قوانین حدود و قصاص و دیات (۱۳۶۱) انجام شده بود. به موجب این رأی، به جرائمی که پیش از تصویب این قانون شرعی ارتکاب یافته‌اند، براساس قوانین شرعی ۶۱ رسیدگی می‌شود. این اتفاق در قانونگذاری سال ۱۳۰۴ نیز رخ داد، که همان‌طور که بیان شد، قانونگذار در ماده ۲۷۹، قانون را شامل جرائم دارای کیفر شرعی که قبل از اعتبار قانون ارتکاب یافته بودند، دانسته بود. در حقیقت، چنین رأی یا ماده‌ای برای دوره گذار است، دوره‌ای که قانون موضوعه یا قانون شرعی وجود ندارد و قانونگذار دغدغه آن را دارد که هنجارشکنی‌های جدی‌ای که پیش از اعتبار قانون ارتکاب یافته‌اند، بی‌واکنش بمانند یا واکنش به آنها مناسب نباشد. با این بیان، جواز استناد به این رأی در جرائمی که پس از رسمیت یافتن قوانین شرعی در سال ۱۳۶۱ ارتکاب یافته‌اند، به‌جد محل تردید است^۱، به‌ویژه با گذشت چند دهه از قانونگذاری شرعی، که قانونگذار فرصت داشته است هرچه را از احکام شرعی طالب آن است، جرم‌انگاری کند!

افزون‌بر این، تسری شمول این رأی بر جرائمی که پیشتر، مطابق قانون مجازات عمومی، به مجازات انجامیده‌اند یا حکم قطعی درباره آنها صادر شده است، ناپذیرفتنی است و همان‌طور که برخی حقوقدانان گفته‌اند، «مخالف حقوق مکتسب محکوم‌علیه است»، زیرا لازمه چنین تسری‌ای این است «که تمام آرای صادره از محاکم دادگستری متزلزل و دست‌کم با اعتراض متضرر از جرم

۱. رأی وحدت رویه اگرچه رأی الزام‌آور است، تاب تفسیر دارد و تفسیر ارائه‌شده با توجه به فحوا و زمینه اصدار رأی پذیرفتنی‌تر است و با قوانین نیز سازگارتر است.

قابل تجدیدنظر است. مهلت تجدیدنظرخواهی نیز [در این فرض] به هیچ زمانی محدود نیست» (اردبیلی، ۱۳۹۸، ج ۱: ۷۲-۷۱).

ث) مهم‌ترین نکته در این باره به اعتبار این رأی وحدت رویه برمی‌گردد. با وجود تلاش قانونگذار، احتمال اینکه یک مقررۀ قانونی دارای ابهام یا اجمال یا تعارض با مقرره‌ای دیگر باشد، همواره وجود دارد. یکی از راهکارهای پیش‌بینی‌شده در این موارد، در صورت بروز اختلاف آرا درباره این مقررۀ قانونی، اصدار رأی وحدت رویه است. این رأی، تفسیر قضایی است که در صورت صدور آرای متناقض و متهافت (ناشی از ابهام قانون) صادر می‌شود و «در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها و سایر مراجع، اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است» (ماده ۴۷۱ ق.آ.د.ک ۹۲). طبعاً این رأی تفسیری ملحق و ملصق به ماده قانونی مورد تفسیر است و با نسخ مقررۀ قانونی، رأی وحدت رویه نیز نسخ می‌شود. با این پیش‌فرض که قانونگذار حکیم است، نمی‌توان پذیرفت متوجه ابهام یا نقصی در قانون شود و در اصلاحات قانون به آن توجه نکند! فرض بر این است که ماده ۶ ق.ر.م.ا ۶۱ داری ابهام و اجمال بوده و نیاز به تفسیر داشته است. طبعاً قانونگذار در سال ۱۳۷۰ متوجه این ابهام شده و در وضع جدید مقررۀ قانونی (ماده ۱۱) ابهام را با افزودن عبارتی برطرف کرده است. از این رو با نسخ ماده ۶ ق.ر.م.ا ۶۱ به وسیله ماده ۱۱ ق.م.ا ۷۰، هیچ وجهی برای استناد به رأی وحدت رویه مذکور وجود ندارد.^۱

روشن است که قانونگذار در وضع قانون جایگاهی فراتر از هیأت عمومی دیوان عالی کشور دارد و به تبعیت از رأی وحدت رویه ملتزم نیست. حتی اگر متن جدید مقررۀ قانونی دارای ابهام باشد و نیاز به تفسیر داشته باشد، نمی‌توان به رأی وحدت رویه پیشین برای رفع این ابهام استناد کرد. در این صورت، برای رفع ابهام، در صورت ضرورت، می‌توان رأی جدید صادر کرد. ماده ۴۷۳ ق.آ.د.ک نیز مؤید این برداشت است: «آراء وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور، فقط به موجب قانون یا رأی وحدت رویه مؤخری که مطابق ماده (۴۷۱) این قانون صادر می‌شود، قابل تغییر است». پس با تصویب قانون جدید، محملی برای استناد به رأی وحدت رویه باقی نمی‌ماند. با این بیان، نگارنده استناد به رأی وحدت رویه پیش‌گفته را پس از تصویب ق.م.ا ۷۰ مطلقاً نادرست می‌داند.

پس از رسمیت یافتن ق.م.ا ۹۲ نیز رأی وحدت رویه‌ای صادر شد که مقرر می‌دارد: «نظر به اینکه مقررات بند «ب» ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ با توجه به عبارت صدر ماده از جرائم حدود و قصاص انصراف دارد و اختیارات پیش‌بینی‌شده برای قاضی اجرای احکام در مورد درخواست اصلاح حکم و یا حق مراجعه محکوم‌علیه به دادگاه برای تخفیف مجازات

۲. برای دیدگاه مخالف رک: عبدیان و همکاران، ۱۳۹۸: ۱۷۰.

به‌نحوی که در بند مذکور مقرر شده است با بند ۷ ماده ۲۷۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری [مصوب ۱۳۷۸] مغایرتی نداشته و آن را نسخ ننموده است، لذا محکومان به قصاص نفس که سن آنان در زمان ارتکاب جرم کمتر از هجده سال تمام بوده و احکام قطعی محکومیت آنان قبل از لازم‌الاجرا شدن قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ صادر شده، چنانچه مدعی شمول شرایط مقرر در ماده ۹۱ این قانون باشند به لحاظ اینکه تبدیل و تغییر مجازات به ترتیب مذکور در این ماده مآلاً تخفیف مجازات و تعیین کیفر مساعدتر به حال متهم به‌شمار می‌آید، می‌توانند براساس بند ۷ ماده ۲۷۲ قانون آیین دادرسی مذکور در فوق درخواست اعاده دادرسی نمایند» (رای وحدت رویه شماره ۳۳۷ - ۱۳۹۳/۹/۱۱).

این رأی به شکل اثباتی در خصوص بازگشت‌پذیری یا بازگشت‌ناپذیری ساکت است و از این رو در اصل بحث نمی‌تواند به‌مثابه دلیل مطرح شود. از سوی دیگر، قانون سال ۱۳۷۸ که مستند این رأی است، با ق.آ.د.ک ۹۲ نسخ شده^۱، به‌ویژه اینکه بند مورد استناد، در قانون جدید (در ماده ۴۷۴) حذف شده است. از این رو، برای اثبات بازگشت‌پذیری احکام کیفری شرعی، به این رأی نیز نمی‌توان استناد کرد. این رأی البته اشکال دیگری هم دارد که در قسمت بعد به آن اشاره می‌شود.

۳.۱. قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

در سال ۱۳۷۰ قانون مجازات اسلامی جایگزین ق.ر.م.ا ۶۱ و قانون حدود و قصاص و دیات ۱۳۶۱ شد. این بار قانونگذار از همان ابتدا، در لایحه قانونی، عبارتی را به صدر ماده ۱۱ (که به قاعده مورد بحث می‌پرداخت) افزود که تنها یک بار در قانون ذکر شده بود: «در مقررات و نظامات دولتی، مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی باید به موجب قانونی باشد که قبل از وقوع جرم مقرر شده باشد...».

در دهه ۱۳۸۰ تلاش شد که بر جای بنای کهنه ق.م.ا ۷۰، بنیانی نو و امروزی بنا شود. حاصل تلاش چندساله، قانونی شد که در سال ۱۳۹۲ تصویب شد. تحولات این قانون، به‌ویژه در بخش کلیات، چشمگیر بود. توجه به اصل قانونمندی حقوق کیفری در مواد گوناگون این قانون، از جمله مواد ۱۲، ۱۳، ۱۶، ۱۷ و ۱۸، نشان می‌دهد که قانونگذار اصل قانونی بودن جرم و مجازات را، مگر

۱. براساس این بند «موارد اعاده دادرسی از احکام قطعی دادگاه‌ها اعم از اینکه حکم صادره به مرحله اجرا گذاشته شده یا نشده باشد، به قرار زیر است: ... ۷- در صورتی که قانون لاحق مبتنی بر تخفیف مجازات نسبت به قانون سابق باشد که در این صورت پس از اعاده دادرسی مجازات جدید نباید از مجازات قبلی شدیدتر باشد.»

۲. ق.آ.د.ک ۹۲ در تیرماه ۱۳۹۴ لازم‌الاجرا شد (ماده ۶۹۹). ر.ک: خالقی، ۱۳۹۹: ۶۵۶ پاورقی.

در حدود، پذیرفته است. در لایحه پیشنهادی دولت و متن مصوب مجلس، ماده ۱۰ که به این قاعده مربوط می‌شد، به وضعیت پیش از سال ۱۳۷۰ بازگشت.^۱ با این حال، این ماده مورد اعتراض شورای نگهبان قرار گرفت. فقیهان شورا نظر دادند که «در ماده (۱۰)، اطلاق مجازات از این جهت که شامل مجازات‌های شرعی اعم از قصاص، دیات، حدود، و تعزیرات منصوص شرعی^۲ نیز می‌شود خلاف موازین شرع شناخته شد» (پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۶: ۱۶). مجلس در نهایت ماده ۱۰ را با افزودن همان عبارت سال ۷۰ تصویب کرد: «در مقررات و نظامات دولتی، مجازات و اقدام 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...».

افزودن عبارت «در مقررات و نظامات دولتی» را ظاهراً باید در پرتو تقسیم‌بندی مجازات‌ها جست‌وجو کرد. برای فهم این نکته باید به ق.م.ا ۷۰ بازگشت. براساس ماده ۱۲ این قانون، مجازات‌ها به پنج قسم حدود و قصاص و دیات و تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده تقسیم می‌شدند. اگرچه مراد از سه قسم نخست روشن بود، تفاوت تعزیرات و کیفرهای بازدارنده در حاله‌ای از ابهام بود. قانونگذار در ماده ۱۶ تعزیر را تأدیب یا عقوبتی دانسته بود که «نوع و مقدار آن در شرع تعیین نشده و به نظر حاکم واگذار شده است، از قبیل حبس و جزای نقدی و شلاق...». ماده ۱۷ نیز مقرر می‌داشت: «مجازات بازدارنده، تأدیب یا عقوبتی است که از طرف حکومت به منظور حفظ نظم و مراعات مصلحت اجتماع در قبال تخلف از مقررات و نظامات حکومتی تعیین می‌گردد از قبیل حبس، جزای نقدی، تعطیل محل کسب، لغو پروانه و محرومیت از حقوق

۱. مصوبه مورخ ۱۳۸۷/۵/۲۷ مجلس چنین بود: «مجازات و اقدام تأمینی و تربیتی باید به موجب قانونی باشد که قبل از وقوع جرم مقرر شده است...».

۲. قانونگذار تعریفی از تعزیر منصوص ارائه نکرده و همین مسئله سبب شده است که در حیطه آن اختلاف فراوان رخ دهد. برخی حتی حیطه آن را به کل کیفرهای تعزیری شرعی برگردانده‌اند. نگارنده بر این اعتقاد است که مراد از تعزیر منصوص شرعی، تعدادی اندک‌شمار از جرائم تعزیری‌ای است که میزان کیفر آنها در منابع فقهی معین شده و چون این میزان کمتر از حد متداول است، تعزیر منصوص نام گرفته‌اند. این موارد اندک و کم‌اهمیت در قانون ذکر نشده‌اند و چون فقیهان آنها را در زمره حدود یا مشمول قواعد حدود شمرده‌اند، طبعاً می‌توان در ذیل ماده ۲۲۰ برای این تأسیس قانونگذار وجهی یافت، هرچند در هر صورت نهادی غیر ضرور و غیر مفید است (ر.ک: سلیمانی، ۱۳۹۸: ۱۳۳-۱۰۵؛ نیز ر.ک: رأی وحدت رویه شماره ۷۷۰ مورخ ۹۷/۴/۲۶ در خصوص تعزیر منصوص نبودن جرائم موضوع ماده ۶۳۷ قانون تعزیرات). افزون بر این، در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ ق.م.ا که براساس آن برخی از قواعد کلی قانون مجازات اسلامی شامل تعزیر منصوص نمی‌شود، نامی از ماده ۱۰ نیامده است، اگرچه شاید بتوان گفت به دلیل ذکر عبارت «در نظامات و مقررات دولتی»، از نظر شورای نگهبان و قانونگذار تعزیر منصوص تخصصاً از ذیل این ماده خارج شده است.

اجتماعی و اقامت در نقطه یا نقاط معین و مانند آن». اینکه چرا قانونگذار دو دسته تعزیرات و کیفرهای بازدارنده را تفکیک کرد، داستانی دارد که باید به منابع مرتبط رجوع شود.^۱ آنچه به بحث ما مربوط می‌شود، این است که این دو مجازات نه از حیث نوع کیفر با هم تفاوت داشتند و نه از حیث احکام عمومی حاکم بر مجازات‌ها. مجازات‌ها در هر دو ماده با تعبیر «از قبیل» آمده بود و ظاهراً می‌شد برای هر دو نوع، تمامی کیفرهای ذکر شده در دو ماده را به کار برد (به‌ویژه اینکه براساس ماده ۲۲ تخفیف و تبدیل مجازات نیز در هر دو نوع پذیرفته شده بود) و از سوی دیگر، همه نهادهای عام کیفری مذکور در بخش کلیات قانون، مانند مجازات تکمیلی (ماده ۱۹)، تخفیف و تبدیل مجازات (ماده ۲۲)، تعلیق مجازات (ماده ۲۵)، آزادی مشروط (ماده ۳۸)، شروع به جرم (ماده ۴۱)، شرکت و معاونت در جرم (ماده ۴۲ و ۴۳)، تعدد و تکرار جرم (مواد ۴۶، ۴۷ و ۴۸)، اکراه (ماده ۵۴)، در کیفرهای تعزیری و بازدارنده، هر دو، اعمال می‌شد.^۲ می‌ماند ماده ۱۱ و عبارت عجیب صدر آن، که به نظر می‌رسد، همان‌طور که برخی حقوقدانان نیز متذکر شده‌اند^۳، باید با توجه به ماده ۱۷ که در آن شبیه همین عبارت، یعنی «مقررات و نظامات حکومتی» آمده بود، قاعده بازگشت‌ناپذیری را منصرف از حدود، قصاص، دیات و تعزیرات شرعی دانست، بدان‌معنا که ق.م.ا ۷۰ در مورد بازگشت(نا)پذیری کیفرهای شرعی نفیاً یا اثباتاً حکمی ندارد! در هر روی، اگر قانونگذار را در تقسیم جرائم ماهیتاً تعزیری به تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده حکیم بدانیم و نخواهیم کاری لغو را به وی منتسب کنیم، به نظر می‌رسد تنها تفاوت این دو قسم مجازات در اعمال همین قاعده است.

اگر در ق.م.ا ۷۰ (به دلیل ذکر عبارت «مقررات و نظامات دولتی» در تعریف مجازات‌های بازدارنده) توجیهی برای این عبارت می‌یافتیم، در ق.م.ا ۹۲ این عبارت کاملاً بی‌معناست. در این قانون کیفرها به چهار دسته حدود، قصاص، دیات و تعزیرات تقسیم می‌شوند (ماده ۱۴). براساس ماده ۱۸ «تعزیر مجازاتی است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نیست و به موجب قانون در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌گردد». باید توجه

۱. از جمله ر.ک: مهرپور، ۱۳۸۷: ۱۳۷-۹۹.

۲. در این ماده فقط تعزیر ذکر شده، اما همان‌طور که در نظریه مشورتی بیان شده است: «قید کلمه تعزیر در ماده ۴۶ ق.م.ا ۱۳۷۰ برای خارج کردن جرائم بازدارنده نیست، بلکه در مقابل حدود و قصاص و دیات است» (نظر ۷/۲۷۷-۱/۱۸/۳۳).

۳. ر.ک. سلیمانی، ۱۳۹۸: ۱۱۲-۱۱۱.

۴. تهیه‌کنندگان قانون با افزودن عبارت «در مقررات و نظامات دولتی» به صدر ماده، «خواسته‌اند تا صرفاً قوانینی که خارج از حدود شرعی هستند تابع عطف بماسبق نشدن بنمایند و لذا قوانین شرعی چون حدود، قصاص، دیات و تعزیرات از مقررات و نظامات دولتی خروج موضوعی دارند و می‌توان گفت تنها مجازات‌های بازدارنده عطف بماسبق نمی‌شوند» (نوربها، ۱۳۸۳: ۲۹-۲۸).

کرد که در این ماده، کل تعزیرات، چه شرعی و چه حکومتی، در قید اصل قانونی بودن درآمده‌اند و از این حیث، منحصر دانستن حیطة ماده ۱۰ در مقررات حکومتی بی‌معناست. به دیدگاه پیش‌گفته فقیهان شورای نگهبان باز می‌گردیم. به نظر ایشان «اطلاق مجازات [در صدر ماده ۱۰ مصوب مجلس] از این جهت که شامل مجازات‌های شرعی اعم از قصاص، دیات، حدود، و تعزیرات منصوص شرعی نیز می‌شود، خلاف موازین شرع» است.^۱ اگر بپذیریم که مراد ایشان از تعزیر منصوص، موارد اندک‌شماری هستند که کیفر تعزیری معین و کمتر از حد دارند، در این صورت تعزیرات شرعی غیرمنصوص و تعزیرات مرتبط با مقررات حکومتی، یعنی کیفرهای مربوط به ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی در حیطة ماده ۱۰ درمی‌آیند^۲ (ر.ک: مصدق، ۱۳۹۲: ۴۳؛ حق‌پناهیان، ۱۳۹۳: ۲۹).

۲. ماده ۱۰ ق.م.ا و قوانین کیفری شرعی

در قسمت پیشین، با کنار نهادن آرای وحدت رویه، نتیجه گرفتیم که تنها منبع قانونی لازم‌الاتباع برای قاعده بازگشت‌ناپذیری، در کنار اصل ۱۶۹ قانون اساسی، ماده ۱۰ ق.م.ا ۹۲ است. اکنون سخن بر سر این ماده است. پرسش‌هایی از این قبیل هنوز پاسخ نگرفته‌اند: حکم ماده درباره کیفرهایی که در زمره عبارت «نظامات و مقررات دولتی» قرار نمی‌گیرند چیست؟ حکم ماده درباره کیفرهای خارج از شمول این عنوان که پیشتر درباره آن حکم قطعی اجرا یا صادر شده است چیست؟ رابطه این ماده با اصل قانونی بودن جرم و مجازات در ق.م.ا ۹۲ چیست؟ رسالت قسمت دوم این نوشتار پاسخ به این پرسش‌هاست.

۲.۱. اعتبار ماده ۱۰ نسبت به کیفرهای شرعی

پرسش مهمی که اینک پیش روی ماست این است که موضع ماده ۱۰، که تنها متن قانونی معتبر درباره بازگشت‌ناپذیری است، درباره سایر مقرراتی که در حیطة مقررات و نظامات دولتی نیستند چیست؟ به نظر می‌رسد سه دیدگاه در این میان قابل طرح باشد:

۱. در فهم این عبارت، پیروی از نظریه شورای نگهبان در ذیل ماده ۱۰، که به باور نویسنده، خلاف اصول حقوقی، خلاف قانون اساسی و خلاف ماهیت قانونگذاری است و از سوی واژه‌های عبارت نیز پشتیبانی نمی‌شود، ضروری نیست و به دلیل کلیت آن، مشکلی را هم نمی‌گشاید. به نظر می‌رسد مجلس نیز آشکارا خواسته است با عبارتی مبهم راه را برای تفسیرهای قضایی بگشاید.

۲. اداره حقوقی نیز در نظریه‌ای، کل عنوان تعزیر را مشمول قاعده تلقی می‌کند: «با توجه به صدر ماده ۱۰ ق.م.ا ۱۳۹۲ و مقررات مشابه آن در ماده ۱۱ ق.م.ا ۱۳۷۰، در جرائم تعزیری مقررات قبل از وقوع جرم باید اجرا شود؛ مگر اینکه موضوع مشمول ماده ۱۱ ق.م.ا ۱۳۹۲ باشد که در این صورت تحت هر شرایطی قانون جدید اعمال می‌گردد. در غیر این صورت اگر قواعد تخفیف، تعدد، تکرار جرم، آزادی مشروط و سایر مقررات جزای عمومی ق.م.ا ۱۳۹۲ برای قاضی در اعمال مقررات تخفیف و سایر موارد محدودیتی قائل شده باشد، تشدید محسوب و عطف بماسبق نمی‌شود.» (نظر ۱۰۱۸/۷/۹۲-۷/۲/۱۳۹۲).

۱. ماده ۱۰ ق.م.ا. ق.م.ا. راجع است به «مقررات و نظامات دولتی». این عبارت به هر معنایی باشد، فقط تکلیف قاعده بازگشت‌ناپذیری را در خصوص همین مقررات روشن کرده است. براساس این اصل، اثر مجازات‌ها بازگشت‌ناپذیر است، مگر در موارد استثنایی که در ادامه ماده آمده است (مثلاً آنجا که قانون جدید خفیف‌تر یا مناسب‌تر به حال مرتکب است). با این حال، این ماده درباره کیفرهای دیگر، جز آنچه در حیطه نظامات و مقررات دولتی قرار می‌گیرد (که فرض می‌کنیم همان کیفرهای شرعی است)، ساکت است. این ماده و هیچ ماده‌ای دیگر در خصوص بازگشت‌ناپذیری کیفرهای شرعی حکمی ندارد. در فرض سکوت قانون باید به اصل برگردیم. اصل استنادی ما اصل قانونی بودن جرم و مجازات است.

قانونگذار در مواد مختلف ق.م.ا. ۹۲ (از جمله مواد ۲، ۱۲، ۱۳، ۱۶، ۱۷ و ۱۸) اصل قانونی بودن را در کیفرهای شرعی (به جز حدود) پذیرفته است. عطف بامسبق نشدن نتیجه قطعی و گریزناپذیر اصل قانونی بودن است. با پذیرش اصل قانونی بودن، حتی بدون آنکه نیازی به ذکر قاعده باشد، این قاعده مفروض است. دلیل آنکه قانونگذاران این قاعده را در قانون می‌آورند، نه برای تثبیت اصل قاعده، که برای بیان استثنای آن است. خود قاعده بازگشت‌ناپذیری لازمه اصل قانونی بودن است، ولی استثنای آن (مواردی که قانون کیفری عطف بامسبق می‌شود) به تبیین نیاز دارد. افزون‌بر این، تنها منبع لازم‌الاتباع قانونی که در اینجا باقی می‌ماند، اصل ۱۶۹ قانون اساسی است که براساس آن قوانین کیفری عطف بامسبق نمی‌شوند، از جمله قوانین شرعی. با این بیان، حتی بدون تقریر قاعده بازگشت‌ناپذیری، براساس اصل قانونی بودن، این کیفرها عطف بامسبق نمی‌شوند. بر این اساس، در مورد اصل قاعده بر مبنای اصل، یعنی بازگشت‌ناپذیری، عمل می‌شود، اما برای استثنای آن مقرره‌ای وجود ندارد. پس لازمه‌اش این است که مقررات کیفری شرعی، هیچ‌گاه عطف بامسبق نشوند و همواره این موارد براساس قانون زمان ارتکاب رسیدگی می‌شوند، چه قانون زمان ارتکاب شدیدتر باشد چه خفیف‌تر.

۲. دیدگاه دیگری که می‌توان ارائه کرد توجه به مفهوم مخالف ماده ۱۰ است. هرچند این ماده تاب مفهوم مخالف لازم‌الاتباع را براساس معیارهای اصولی و ادبی ندارد، اما می‌توان چنین فرض کرد که قانونگذار در وضع این ماده، مفهوم مخالف آن را نیز در نظر داشته است، به این معنا که «در مقررات شرعی، مجازات باید به موجب قانون شرعی مؤخر باشد و مرتکب هیچ بزه موجب حد و قصاص و دیات به موجب قانون مقدم به مجازات محکوم نمی‌شود». به عبارت دیگر، این قوانین عطف بامسبق می‌شوند (عبدیان و همکاران، ۱۳۹۸: ۱۷۰؛ حق‌پنهایان، ۱۳۹۳: ۲۹).

۱. عبارت «در نظامات و مقررات دولتی» در اصطلاح اصولی از مقوله «لقب» است و عالمان اصولی یکپارچه بر این باورند که لقب مفهوم ندارد. (رک: قافی و شریعتی، ۱۳۹۳، ج ۱: ۱۷۸).

با فرض پذیرش چنین مفهوم مخالفی آنگاه باید به این امر ملتزم باشیم که همواره قوانین شرعی جدید و مؤخر ملاک عمل اند. از این رو، اگر کسی در زمان حاکمیت ق.م.ا. ۷۰ مرتکب جرم موجب حد یا قصاص یا دیه شده باشد، همواره براساس ق.م.ا. ۹۲ به جرمش رسیدگی می‌شود، چه قانون مؤخر خفیف‌تر باشد چه شدیدتر.^۱

با پذیرش این نظر، در حقیقت آنچه در ماده ۱۰ در قالب استثنا آمده است، برای کیفرهای شرعی شکل قاعده به خود می‌گیرد. به عبارت دیگر، در تمامی کیفرهای شرعی، به مانند موارد استثنای ماده ۱۰ عمل می‌شود: «چنانچه پس از وقوع جرم موجب کیفر شرعی، قانونی وضع شود، نسبت به جرائم سابق بر وضع آن قانون تا صدور حکم قطعی، مؤثر است». همین‌طور بندهای «الف» و «ب» ماده ۱۰ که در ماده در شکل استثنا آمده‌اند، در کیفرهای شرعی قاعده‌اند نه استثنا.

با این بیان، آنچه در رأی وحدت رویه منسوخ ۷۳۷ - ۱۳۹۳/۹/۱۱ آمده، که راهکاری جز آنچه در بندهای «الف» و «ب» ماده ۱۰ بیان شده، برای کیفرهای شرعی پیش‌بینی کرده است، وجیه نمی‌نماید، زیرا این حکم استثنایی، در خصوص کیفرهای شرعی حکم قاعده را دارد و دلیلی وجود ندارد که براساس آن بندها عمل نشود. پس در خصوص کیفرهای شرعی، ادامه ماده دقیقاً به همان شکلی که در دو بند «الف» و «ب» ماده ۱۰ آمده است، تکرار می‌شود.

۳. اما دیدگاهی دیگر را نیز می‌توان در این میان پی گرفت و آن استناد به اصول است. قانون در خصوص عطف بماسبق شدن یا نشدن کیفرهای شرعی مقررهای ندارد. با تلفیق اصل قانونی بودن جرم و مجازات با اصول حاکم مانند اصل احتیاط در دماء و نفوس، اصل برائت، قاعده درء، که به‌ویژه در حدود و بخشی از تعزیرات اهمیتی چشمگیر دارند، باید در این موارد، همواره خفیف‌ترین و مناسب‌ترین قانون را به نفع مرتکب برگزید. پس اگر کسی در زمان حاکمیت قانون ۱۳۷۰ مرتکب جرم موجب حد شده است، هریک از دو قانون ۷۰ یا ۹۲ که مناسب‌ترند، در مورد او اعمال می‌شود.

۱. به نظر می‌رسد در یک نظریه مشورتی این دیدگاه پذیرفته شده باشد. اداره کل حقوقی قوه قضاییه در پاسخ به این پرسش که: «چنانچه در قانون سال ۱۳۹۲ تغییراتی در نوع میزان و ارش یا دیه برخی از اعضاء و منافع صورت گرفته و زمان وقوع حادثه نیز زمان حاکمیت قانون ۷۰ و تعیین قبل از ۹۲/۳/۲۰ و زمان مهیا شدن پرونده در زمان حاکمیت قانون فعلی، فرضاً سال ۹۳، باشد، قانون حاکم بر قضیه کدام قانون خواهد بود؟» در نظر مشورتی ۹۳/۷/۵۲۰ مورخ ۱۳۹۳/۳/۷ مقرر داشت: «آنچه در ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ راجع به عطف بماسبق نشدن قوانین جزایی آمده ناظر به مقررات و نظامات دولتی (تعزیرات - به استثنای تعزیرات منصوص شرعی - و اقدام تأمینی و تربیتی) است و شامل مقررات مربوط به قصاص و دیات نمی‌شود و فرض بر این است که مقنن به موجب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مقررات شرعی مربوط به دیات یا قصاص را با لحاظ جزئیات امر و نکاتی که در قانون سابق، مسکوت بوده تصویب نموده است». براساس این نظر، در همه موارد قبل از قانون ۱۳۹۲ نیز براساس قانون ۹۲ عمل می‌شود.

این برداشت اگرچه کاملاً با اصول منطبق است، ممکن است اشکالی را در پی داشته باشد. براساس ماده ۱۰، در مقررات و نظامات دولتی نیز همین منطق حاکم است و همواره قانون مناسب‌تر مورد حکم قرار می‌گیرد. در واقع «قانون خفیف‌تر عطف بماسبق می‌شود»، به این معنا در میان دو قانون سابق و لاحق آن که خفیف‌تر است، مورد حکم قرار می‌گیرد. اگر همین را در مورد کیفرهای شرعی نیز قائل شویم، معنایش انتساب عمل لغو به قانونگذار است.

با پیش‌فرض حکیم بودن قانونگذار، ناچار باید حکمتی برای کار او جست. در این باره در ذیل عنوان بعدی توضیح بیشتری ارائه خواهد شد. به‌اجمال باید گفت تنها تفاوت جدی کیفرهای شرعی و مقررات و نظامات حکومتی در جایی است که پیشتر رفتاری در قانون جرم نبوده و اکنون در قانون لاحق جرم شناخته شود.^۱ اگر به بهانه صدور رأی وحدت رویه ۱۳۶۵ نیز رجوع کنیم درمی‌یابیم که این رأی ناظر بر جایی است که پیشتر قانونگذاری شرعی درباره قصاص وجود نداشته است. اما اکنون که چهل سال از قانونگذاری شرعی می‌گذرد، اگر کسی در زمان اعتبار قانون حدود و قصاص و دیات ۶۱ یا ق.م.ا ۷۰ مرتکب یکی از جرائم موجب حد یا قصاص مضبوط در این قوانین شرعی شده باشد، آیا باز هم براساس قانون مؤخر ۹۲ به بزهش رسیدگی می‌شود؟ چنین نیست، مگر آنکه قانون ۹۲ برای مرتکب مناسب‌تر باشد. دلیلش روشن است. فرض بر این است که قانون‌های پیشین به رأی شورای نگهبان منطبق بر شرع‌اند و نیز قانون ۱۳۹۲ به هیچ معنایی شرعی‌تر از قوانین پیشین نیست تا نسبت به آنها تقدم داشته باشد. همه این قوانین به یک اندازه شرعی‌اند و از این رو، براساس قاعده عمل می‌شود و در میان دو کیفر، کیفر مساعدتر مورد حکم قرار می‌گیرد.

با پذیرش این دیدگاه، قاعده بازگشت‌ناپذیری شامل همه قوانین موضوعه کیفری، اعم از حدود، قصاص، دیات و تعزیرات می‌شود. در این صورت، در تمامی آنچه قانون موضوعه (اعم از قوانین شرعی و غیر آن) وجود دارد، قاعده حاکم است و فقط جایی که قانونگذاری شرعی وجود ندارد، اگر بعداً قانون شرعی وضع شود، مشمول قاعده نمی‌شود. با توجه به این نکته، سه قانون شرعی حدود و قصاص و دیات (۶۱)، مجازات اسلامی (۷۰) و مجازات اسلامی (۹۲) مشمول ماده ۱۰ هستند. اما جایی که حکم شرعی در قالب قانون درنیامده باشد (مانند آنچه در رأی

۱. اگر قانونگذار را در به‌کار بردن تعابیر حکیم فرض کنیم، چنین معنایی را می‌توان بر عبارت «مقررات و نظامات دولتی» نیز حمل کرد. اگر ما باشیم و این عبارت، عبارت یکی از این دو معنا را خواهد داشت: ۱. دولت را در این عبارت در معنای خاص، یعنی هیأت دولت بگیریم. در این صورت اصل عطف بماسبق نشدن صرفاً شامل آیین‌نامه‌ها و مصوبات هیأت دولت می‌شود و هیچ‌یک از مصوبات مجلس را دربر نمی‌گیرد. ۲. دولت را در معنای عام، یعنی حکومت، لحاظ کنیم. در این صورت تمامی مصوبات قوه مقننه مشمول عنوان مقررات و نظامات دولتی خواهند بود. برداشت اول بی‌شک نادرست و برداشت دوم درست و مطابق با اصول تفسیری است.

وحدت رویه ۶۵ دیدیم)، قاعده شمول پیدا نمی‌کند. البته این اشکال باقی است که چرا پس از چهل سال قانونگذاری شرعی همچنان باید نگران باشیم که برخی احکام شریعت به قالب وضع درنیامده‌اند تا چنین دغدغه‌ای از اساس وجود نداشته باشد.

گفتنی است برداشت مذکور دغدغه مجمع مشورتی فقهی شورای نگهبان که لایحه قانون مجازات اسلامی برای بررسی فقهی به آن سپرده شد نیز بود. این مجمع در تاریخ ۸/۶/۸۸ درباره ماده ۱۰ مزبور چنین نظر داد: «خلاف شرع دانسته شد؛ زیرا چه‌بسا موردی بتوان پیدا نمود که شرعاً جرم بوده ولی در قانون برای آن مجازاتی قرار داده نشده باشد». اما در ادامه توضیحی افزوده شد که نشان می‌دهد مجمع نیز نگران برداشت نادرست از این اخطار فقهی بوده است: «توضیح اینکه اشکال مذکور از جهت جرم‌های شرعی می‌باشد که در قانون جرم دانسته نشده است و مراد از این اشکال این نیست که ما مواردی را که بعداً براساس قانون جرم دانسته می‌شود نسبت به گذشته سرایت دهیم تا گفته شود این مسئله خلاف اصل ۱۶۹ قانون اساسی است»^۱.

مجمع فقهی به این نکته توجه داشته است که منصرف دانستن مطلق کیفرهای شرعی، اگر شامل کیفرهای مذکور در قوانین نیز شود، خلاف قانون اساسی است، از این رو این نکته را متذکر شدند. البته دو ماه بعد، در تاریخ ۲۷/۸/۸۸، شورای نگهبان در نظر درباره ماده ۱۰ با بیانی مبهم نظر داد، البته می‌توان نظر شورا را نیز به همین معنا گرفت، یعنی جایی که قانون موضوعه شرعی، از پیش وجود ندارد، قانون شرعی عطف بماسبق می‌شود.

۲.۲. محدودیت اعمال قاعده بازگشت‌ناپذیری درباره کیفرهای شرعی

گفتیم که مراد از «مقررات و نظامات دولتی» قوانین موضوعه است و براساس اصول حاکم، حکم بازگشت(نا)پذیری قوانین کیفری شرعی موضوعه همان حکم ماده ۱۰ است. همچنین ماده ۱۰ نفیاً یا اثباتاً درباره موارد غیرمشمول ماده حکمی ندارد. در این بحث دو محدوده قانونی که تا حدی بر کیفرهایی که از حیطة ماده ۱۰ خارج‌اند نوری می‌افکند، بیان می‌شود.

۲.۲.۱. بازگشت(نا)پذیری اثر کیفرهای شرعی در پرتو اصل قانونی بودن

برای فهم حیطة دقیق ماده ۱۰ باید به اصل قانونی بودن جرم و مجازات رجوع کنیم، زیرا چنانکه گفته شد، قاعده بازگشت‌ناپذیری نتیجه و ثمره و لازمه قطعی و گریزناپذیر و منطقی اصل قانونی بودن است. اصل قانونی بودن بر پایه آزادی اراده و آگاهی قرار گرفته است. فرض بر این است که افراد با اختیار و با اطلاع از قانون مرتکب رفتار مجرمانه می‌شوند و طبعاً آگاهی وقتی معنا دارد که

1. <http://nazarat.shora-rc.ir/Forms/frmKolNazar.aspx>

قانون قبل از ارتکاب جرم وضع شده باشد. پس پذیرش اصل قانونی بودن به معنای پذیرش قاعده بازگشت‌ناپذیری نیز است.

در ق.م.ا ۹۲ افزون بر پذیرش کلی اصل قانونی بودن در مواد ۲ و ۱۲، در سه قسم از اقسام چهارگانه مجازات، اصل قانونی بودن آشکارا و به‌صراحت پذیرفته شده است: قصاص،^۱ دیات^۲ و تعزیرات.^۳ در این قانون فقط حدود از شمول اصل قانونی بودن، البته در اقدامی تازه و برخلاف اصول قانون اساسی، مستثنا شده‌اند.^۴

با استناد به قانونی شدن قصاص و دیات و تعزیرات، می‌توان حیطة کیفرهای شرعی را که مشمول ماده ۱۰ نیستند، به این شکل تعیین کرد:

۱. فرض اصلی عدم اعمال ماده ۱۰ در خصوص جرائم موجب کیفر شرعی است که قبل از تصویب قانون حدود و قصاص و دیات ۱۳۶۱، یعنی پیش از وضع نخستین قوانین شرعی، ارتکاب یافته باشند. اگر جرم موجب کیفر شرعی در قبل از این قانون ارتکاب یافته باشد و اکنون کشف و رسیدگی شود،^۵ مشمول قاعده نمی‌شود، اگرچه احتمال اینکه پس از چهل سال چنین موردی پیش آید، چندان محتمل نیست.

۲. ممکن است فرض دیگری نیز تاب گنجاندن در این امر را داشته باشد: براساس ماده ۲۲۰ ق.م.ا، به نظر می‌رسد که اصل قانونی بودن حدود (در موارد غیرمذکور) پذیرفته نشده است. اگر قانونگذار روزی مصلحت ببیند که حدودی، مانند ارتداد و ادعای نبوت و سحر و بدعت‌گذاری^۶ را که در قانون ذکر نشده‌اند، لباس قانون ببوشاند، مرتکب این جرائم حدی در زمان قبل از قانونی شدن این حدود، نمی‌تواند به قاعده بازگشت‌ناپذیری استناد کند، زیرا براساس ماده ۲۲۰ حتی پیش از قانونی شدن نیز مرتکب ممکن است در این موارد به حد محکوم شود.

۱. ماده ۱۶: «قصاص مجازات اصلی جنایات عمدی بر نفس، اعضا و منافع است که «به شرح مندرج در کتاب سوم این قانون» اعمال می‌شود.» نیز ر.ک: مواد ۳۸۱ و ۳۸۶.

۲. ماده ۱۷: «دیه اعم از مقدر و غیرمقدر، مالی است که در شرع مقدس برای ایراد جنایت غیرعمدی بر نفس، اعضا و منافع و یا جنایت عمدی در مواردی که به هر جهتی قصاص ندارد «به موجب قانون» مقرر می‌شود.»

۳. ماده ۱۸: «تعزیر مجازاتی است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نیست و «به موجب قانون» در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌گردد. نوع، مقدار، کیفیت اجرا و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر «به موجب قانون» تعیین می‌شود.»

۴. ماده ۲۲۰: «در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است طبق اصل یکصدوشصت‌وهفتم (۱۶۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عمل می‌شود.»

۵. البته ممکن است همین ادعا در فرض ناآگاهی از قانون نیز مطرح شود که موضوع بحث ما نیست.

۶. این موارد چهارگانه حدی در لایحه قانونی مجازات اسلامی پیش‌بینی شده بودند، اما در نهایت به مصالحی، مجلس آنها را در متن نهایی قانون نیاورد.

البته در این مورد می‌توان پاسخ داد که این جرایم، به محض قانونی شدن، به طور خودکار در ذیل عنوان مقررات و نظامات دولتی (قوانین موضوعه) جای می‌گیرند و لذا مشمول قاعده خواهند بود.^۳ فرض دورتری نیز قابل تصور است: قانونگذار در ق.م.ا ۹۲ دایره حدود مذکور در قانون را توسعه داده و حدودی مانند افساد فی الارض^۱ و سب نبی را در قانون آورده است. چه بسا گفته شود اگر شخصی پیش از لازم‌الاجرا شدن قانون ۱۳۹۲ مرتکب این جرائم موجب حد شده باشد، نمی‌تواند به ماده ۱۰ برای عدم کیفر استناد کند. روشن است که پذیرش این فرض نیز با اشکالات جدی روبه‌رو است.

با این بیان، می‌توان گفت مستثنای جدی قاعده بازگشت‌ناپذیری در خصوص احکام کیفری شرعی مواردی از حدود است که پیش از قانون‌گذاری شرعی در سال ۱۳۶۱ ارتکاب یافته‌اند. در حدودی که مشمول ماده ۲۲۰ هستند نیز قاعدتا این قاعده کاربرد ندارد، مگر آنکه این حدود در قالب یک هنجار جنایی وضع شوند و آنگاه می‌توان این پرسش را طرح کرد که آیا موارد پیش از قانونی شدن مشمول قاعده می‌شود یا نه. پاسخ سخت‌گیرانه و برخلاف اصول به این پرسش «آری» است. اگر به این دیدگاه ملتزم نباشیم و مانند رأی وحدت رویه ۱۳۹۳ و نظریه مشورتی پیش‌گفته همواره در کیفرهای شرعی، حتی در آنجا که پیشتر قانون شرعی موضوعه وجود داشته است، قاعده را قابل رعایت ندانیم، با مشکلات جدی و حل‌ناشدنی روبه‌رو می‌شویم. چه بسا بتوان در قانون‌های سه‌گانه شرعی ۶۱، ۷۰ و ۹۲ بیش از صد مورد اختلاف یافت که هیچ‌یک از آنها براساس نظر شورای نگهبان مخالف شرع تشخیص داده نشده‌اند.^۳ مروری بر برخی از این موارد کاملاً گویای این اختلافات است.

۱. در ق.م.ا ۹۲ در مقررات عام حاکم بر حدود و کیفرهای شرعی، قانونگذاری نو صورت گرفته یا قانون قبلی اصلاح شده است، مانند قواعد توبه و قاعده درء، بسته شدن راه کسب علم قاضی در بسیاری از جرائم عفاف، و مهم‌تر از همه، اصل عدم رشد افراد زیر ۱۸ سال که در ماده ۹۱ پیش‌بینی شده و زمینه رأی وحدت رویه سال ۹۳ را نیز فراهم کرده است.

۲. در قانون مجازات اسلامی عنوان افساد فی الارض وجود داشت، اما در همان معنای محاربه نه به‌منابۀ حد مستقل. برعکس، در آن قانون نامی از حد بغی نیامده بود، اما حکمش در قانون بود.

۳. موارد اختلاف این سه قانون در حیطه جرائم موجب کیفر شرعی چنان زیاد است که ذکر آنها نیاز به کتابی مستقل دارد! روشن است ادعای کسانی که می‌گویند «قوانین شرعی از صدر اسلام تشریع شده‌اند و لذا عطف بامسبوق می‌شوند»، در جایی که در همین قوانین شرعی موجب تأیید شورای نگهبان دهها و صدها اختلاف وجود دارد، چقدر ضعیف و شکننده است! با چه ملاکی می‌توان قضاوت کرد که یکی از این قوانین نسبت به دو قانون دیگر شرعی‌تر است؟ تغییرات مکرر احکام قسامه کافی است تا تغییر فراوان احکام شرعی را در قانون نشان دهد.

۲. افزون بر این، در عناصر سه‌گانه جرائم و به‌ویژه در مجازات بسیاری از حدود و حتی قصاص احکام متفاوتی به قانون راه یافته است که گاه برای مرتکب مناسب‌ترند، مانند کاهش حد لاطی‌ای که دارای شرایط احسان نیست، از قتل به صد ضربه شلاق (۲۳۴ ق. ۹۲؛ مقایسه شود با: ۱۰۹ ق. ۷۰)؛ کاهش کیفر کسی که مرتکب دو یا چند زناى مستوجب رجم و تازیانه شود، از تازیانه و رجم به رجم تنها (تبصره ۳ م. ۱۳۲ ق. ۹۲؛ مقایسه شود با: ۱۰۴ و ۱۱۳ ق. ۶۱ و ۸۹ و ۹۸ ق. ۷۰)؛ کاهش احتمال اجرای کیفر زناى محصنه اثبات‌شده با اقرار در صورت عدم امکان اجرای رجم به صد شلاق (۲۲۵ ق. ۹۲؛ مقایسه شود با: ۸۳ ق. ۷۰)؛ کاهش کیفر پیران زناکار از رجم و تازیانه به رجم تنها (۱۰۱ ق. ۶۱ و ۸۴ ق. ۷۰؛ در قانون ۹۲ چنین مقرره‌ای وجود ندارد).

۳. در مواردی که قانون جدید مجازات را کاهش داده یا راهکاری مناسب‌تر در نظر گرفته است، سخنی در اعمال قانون جدید نیست؛ اما در موارد فراوانی نیز در قانون ۱۳۹۲ کیفر افزایش پیدا کرده یا از جهاتی نامساعدتر برای مرتکب است. نمونه‌های این نیز بسیارند: پیش‌بینی حد صد تازیانه برای کسی که به زناى موجب قتل یا رجم اقرار کند و سپس انکار کند (۱۷۳ ق. ۹۲؛ مقایسه شود با: ۸۸ ق. ۶۱ و ۷۱ ق. ۷۰)؛ توسعه حد زناى به عنف و اکراه به اغفال و فریب دادن دختر نابالغ.... (تبصره ۲ م ۲۲۴ ق. ۷۰؛ مقایسه شود با: ۹۹ ق. ۶۱ و ۸۲ ق. ۷۰)؛ تفاوت در عناصر و مجازات بغی (۲۸۷ و ۲۸۸ ق. ۹۲؛ مقایسه شود با: ۱۸۶ ق. ۷۰).

۴. در قصاص و دیات نیز تفاوت چشمگیر است. افزون بر تعریف انواع قتل در قوانین سه‌گانه، جزئیات احکام این قوانین هم بسیار تغییر داشته است. برای نمونه می‌توان به افزودن بند «ت» به ماده ۲۹۰ قانون ۹۲ اشاره کرد که در قوانین پیشین نبود. همچنین افزودن عبارت «فردی یا افراد معین...» (۲۹۰ ق. ۹۲ و ۲۰۶ ق. ۷۰؛ مقایسه شود با: ۲ ق. ۶۱) آشکارا جبهه‌بندی قتل عمد را بر هم می‌زند. نیز افزودن عبارت «یا نظیر آن» (۲۹۰ ق. ۹۲؛ مقایسه شود با: ۲۰۶ ق. ۷۰)، حذف عبارت «تیراندازی به کسی» (در ۲۹۶ ق. ۷۰ مقایسه شود با: بند پ ۲۹۲ ق. ۹۲)؛ پیش‌بینی عمدی محسوب شدن مواردی از خطای محض (تبصره م ۲۹۲ ق. ۹۲ بدون معادل در ق. ۷۰) به‌نظر می‌رسد نشانه آن است که قانونگذار قصد دارد در جایی که کسی قصد کشتن انسانی را دارد و به‌اشتباه انسان دیگری را هدف قرار می‌دهد، قتل عمد تلقی کند (دست‌کم براساس برخی تفاسیر)، درحالی‌که براساس قانون ۷۰ عمد تلقی کردن این موارد تقریباً ناممکن بود. همچنین مجازات معاونت در ماده ۲۰۷ قانون ۷۰ به‌طور مطلق (به‌جز مورد اکراه: ۲۱۱) سه تا پانزده سال است، اما براساس ماده ۱۲۷ قانون ۹۲ مجازات تعزیری معاون، منوط به این شده است که در «شرع» مجازات دیگری برای معاون تعیین نشده باشد. مراد از این قید، برخی از انواع معاونت در قتل مثل امساک و دیدبانی است که مجازات اولی حبس ابد و دومی درآوردن چشم (در قالب حد) است. مواردی مانند نقش رضایت قاتل در تبدیل

قصاص به دیه (۳۶۰ ق. ۹۲ و ۴۴ ق. ۶۱؛ مقایسه کنید با ۲۵۸ ق. ۷۰) نیز می‌تواند تأثیرات جدی در مجازات داشته باشد.

با این همه اختلاف آشکار، که فرض بر این است به دلیل تأیید شورای نگهبان همه منطبق بر شرع‌اند، بازگشت‌پذیری قوانین شرعی که سابقه قانونگذاری دارند، و جاهتی ندارد.

۲.۲.۲. بازگشت (نا)پذیری اثر کیفرهای شرعی در پرتو اعتبار رسیدگی‌های خاتمه‌یافته

محدودیت قانونی دیگری که باید در بازگشت‌پذیری برخی کیفرهای شرعی ذکر نشده در قانون به آن توجه داشت، اعتبار احکام خاتمه‌یافته است. اگر جایی به موجب قانون حکم قطعی صادر شده باشد یا مرتکب مجازات قانونی را متحمل شده باشد، استناد به این قاعده مطلقاً ناممکن و غیرعادلانه است. به گفته حقوقدانان «به اتفاق صاحب‌نظران، دعاوی پایان‌یافته یا قضایای مختومه تابع تفسیر جدید قانونگذار از مصوبات سابق نیستند و نمی‌توان به استناد تفسیر قانونی، رسیدگی به آنها را از سر گرفت» (امیدی، ۱۳۹۸: ۵۰). این نکته اگرچه درباره قوانین تفسیری گفته شده است، قابل تسری به بحث ما نیز است. اعمال کیفر شرعی در فرضی که پیشتر قانون موضوعه منطبق بر شرع وجود ندارد نیز اشکالات جدی‌ای دارد.

شاید بیان برخی نمونه‌های محتمل، بیش از هر استدلالی بتواند کثرت بازگشت‌پذیری قوانین حاوی کیفرهای شرعی را نسبت به احکام قطعیت‌یافته سابق و مجازات‌هایی را که اجرای آنها خاتمه‌یافته به گذشته نشان دهد. فرض کنیم فردی در سال ۱۳۴۵ مرتکب عمل منافی عفت به عنف مشدد شده و به استناد ماده ۲۰۷ ق.م.ع ۱۳۰۴ به ده سال حبس محکوم و حبس نیز اجرا شده و وی در سال ۱۳۵۵ با پایان دوره محکومیت آزاد شده است. آیا باید اکنون دوباره محاکمه و در صورت اثبات بزه، به حد اعدام محکوم شود؟ به نظر نمی‌رسد حتی آرای فقهی نیز از تحمیل این دو مجازات شدید بر مرتکب پشتیبانی کند.

این مشکل در صورت بازگشت‌پذیری در زمان قوانین متعدد پس از انقلاب جدی‌تر است. فرض کنید کسی در سال ۱۳۸۰ «به‌طور گسترده» مرتکب معاونت در اخلال در نظام اقتصادی کشور شده است (مثلاً با جعل آگاهانه ده‌ها مدرک برای کسانی که قصد اخلال در نظام اقتصادی کشور را دارند و در نهایت هم این اخلال صورت می‌گیرد). مرتکب براساس ماده ۵۲۵ قانون تعزیرات و ماده ۴۷ ق.م.ا ۷۰ (درباره تعدد جرم) به تحمل ده سال حبس محکوم شده و با اجرای مجازات در سال ۱۳۹۰ آزاد شده است. آیا می‌توان به استناد ماده ۲۸۶ قانون ۱۳۹۲ وی را به اتهام ارتکاب افساد فی الارض محکوم به حد کرد؟

نمونه‌هایی از این دست نشان می‌دهد که در مورد احکام اجرا شده و خاتمه‌یافته قوانین کیفری بازگشت‌ناپذیرند.

نتیجه

الف) متون قانونی لازم‌الاتباع درباره‌ی قاعده‌ی بازگشت‌ناپذیری قوانین کیفری در نظام کیفری ایران عبارت‌اند از اصل ۱۶۹ و ۳۶ قانون اساسی، قانون (راجع به) مجازات اسلامی (۶۱، ۷۰ و ۹۲)، و آرای وحدت رویه. درباره‌ی آرای وحدت رویه، و مهم‌ترین آنها رأی وحدت رویه‌ی شماره ۴۵ (سال ۶۵)، گفته شد که این آرا ملغی‌الاثربند، زیرا رأی وحدت رویه‌ی اعتباری بیش از قانون ندارد و با نسخ قانون مورد تفسیر، رأی نیز به‌طور خودکار نسخ می‌شود. حکیم دانستن قانونگذار مقتضی آن است که در قانون جدید، ابهامی را که صدور رأی وحدت رویه را موجب شده است، برطرف کند. با توجه به نسخ قوانین کیفری ۶۱ و ۷۰، تنها منبع لازم‌الاتباع قانونی در قوانین عادی صرفاً ماده ۱۰ ق.م.ا. ۹۲ است.

ب) در ماده‌ی مورد بحث، قاعده‌ی بازگشت‌ناپذیری و استثنائات آن فقط به «مقررات و نظامات دولتی» ناظر است. این عبارت که معنای محصلی ندارد، اگر برای خارج کردن کیفرهای شرعی (حدود، قصاص و دیات) در قانون گنجانده شده باشد، به این معناست که ماده ۱۰ در کیفرهای شرعی نفیاً و اثباتاً حکمی ندارد. از آنجا که عبارت صدر ماده ۱۰ از مقوله «لقب» است و لقب در بیان اصولیان «مفهوم» ندارد، نمی‌توان به مفهوم ماده ۱۰ برای اثبات بازگشت‌پذیری کیفرهای شرعی استناد کرد. در این صورت، با نبود مقرر قانونی درباره‌ی بازگشت (نا)پذیری کیفرهای شرعی، باید به اصول رجوع کرد. اصل قانونی بودن جرم و مجازات، از یک سو، و اصول حاکم بر نظام کیفری شرعی مانند قاعده‌ی درء و احتیاط در دماء و نفوس، از سوی دیگر، لازمه‌اش این است که کیفرهای شرعی به گذشته بازگشت نکنند، مگر در قوانین کیفری مناسب‌تر.

پ) اگر فرض را بر این بگذاریم که قانونگذار حکیم با افزودن عبارت «در نظامات و مقررات دولتی» در صدر ماده قصد داشته است تا براساس مفهوم مخالف این مقرر، قوانین کیفری شرعی را از ذیل قاعده‌ی بازگشت‌ناپذیری خارج کند، در این صورت باید به چند امر ملتزم بود:

۱. براساس سابقه و منطق قانونگذاری، این بازگشت‌ناپذیری باید در فرض نبود قانون کیفری شرعی در زمان ارتکاب بزه باشد. با فرض آنکه قوانین کیفری از سال ۱۳۶۱ شرعی‌اند، ترجیح قانون شرعی مؤخر (۱۳۹۲) به معنای شرعی‌تر دانستن قانون جدید است و لازمه‌اش این است که بپذیریم شورای نگهبان در شرعی اعلام کردن قوانین کیفری گذشته، که موارد اختلافش با قانون جدید نیز بسیار است، اشتباه کرده است؛ لازمه‌ای که بعید است قانونگذار به آن ملتزم بماند.

۲. قانونگذار در ق.م.ا. ۹۲ قانونی بودن قصاص و دیات و تعزیرات را پذیرفته و فقط در حدود در ماده ۲۲۰ این اصل را انکار کرده است. طبعاً با پذیرش اصل قانونی بودن، لازمه قطعی و گریزناپذیر آن، که قاعده بازگشت‌ناپذیری است، پذیرفته می‌شود و از این رو، فرض بازگشت‌پذیری در جایی است که (۱) یا بزه‌ای مربوط به پیش از قانونگذاری شرعی (سال ۱۳۶۱) کشف شود یا اینکه (۲) قانونگذار در نهایت برخی حدودی را که در قانون نیامده‌اند، در قالب قانون موضوعه قانونگذاری کند. در این صورت، کسانی که پیش از قانونی شدن مرتکب این رفتار شده‌اند، در این فرض نمی‌توانند به ماده ۱۰ برای عدم مجازات استناد کنند. (۳) با توسیع گشاده‌دستانه این فرض، چه‌بسا بتوان گفت در مواردی که قانونگذار در سال ۹۲ حدود جدیدی را در قانون گنجانده است (مانند افساد فی الارض و سب نبی)، می‌توان قانون را به جرائم گذشته تسری داد. روشن است که دو فرض اخیر در برخورد با اصل قانونمندی و اصل عدالت و اصول حاکم بر نظام کیفری شرعی (مانند قاعده درء و احتیاط) دارای مشکلات جدی است و فرض نخست را نیز، هرچند مشکل‌دار است، به احترام، و صرفاً برای اینکه کار قانونگذار را لغو تلقی نکنیم می‌پذیریم.

۳. در هر حال، منطق عدالت اقتضا می‌کند، در این موارد نیز به اصول قطعی حاکم بر عدالت کیفری، مانند اعتبار دعوی خاتمه‌یافته، پایبند ماند تا نظام کیفری دچار هرج و مرج نامعقول نگردد.

ت) به دلیل پیامدهای احتمالی غیرمنصفانه و غیرعادلانه و حتی چه‌بسا غیرشرعی چنین لازمه‌ای، پیشنهاد می‌شود عبارت «در نظامات و مقررات دولتی» از صدر ماده ۱۰، و نیز ماده ۲۲۰، حذف شود.

منابع

الف) فارسی

۱. اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۸). حقوق جزای عمومی، ج ۱، چ پنجاه و هفتم، تهران: میزان.
۲. امیدی، جلیل (۱۳۹۸). تفسیر قانون در حقوق جزا، چ اول، تهران: میزان، ویراست سوم.
۳. امیرارجمند، اردشیر (۱۳۸۶). مجموعه اسناد بین‌المللی حقوق بشر، قسمت اول: اسناد جهانی، چ دوم، تهران: دانشگاه شهید بهشتی.
۴. باهری، محمد (۱۳۴۰). حقوق جزای عمومی، تهران: چاپخانه برادران علمی.
۵. حق‌پناهیان، عباس (۱۳۹۳). بررسی و تحلیل حقوقی و جرم‌شناختی قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی نوین، چ اول، تهران: جنگل.
۶. خالقی، علی (۱۳۹۹). نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری، چ پانزدهم، تهران: شهر دانش.
۷. رایجیان اصلی، مهرداد (۱۳۹۵). «اصل قانونمندی حقوق جنایی با رهیافتی به تحولات اخیر آن در حقوق ایران»، در: حسین غلامی (به کوشش)، علوم جنایی تطبیقی در پرتو همکاری‌های بین‌المللی، مجموعه مقالات نكوداشت

- دکتر سلویا تلنباخ، چ اول، تهران: میزان، ص ۳۴-۵۶.
۸. رستمی، هادی (۱۳۹۷). آیین دادرسی کیفری، چ اول، تهران: میزان.
۹. سلیمانی، حسین (۱۳۹۸)، بهار و تابستان. «تعزیر منصوص شرعی در قانون مجازات اسلامی در پرتو اصل قانونمندی حقوق کیفری»، پژوهشنامه حقوق کیفری، ش ۱۹، ص ۱۰۵-۱۳۳۵.
۱۰. صانعی، پرویز (۱۳۸۲). حقوق جزای عمومی، چ اول، تهران: طرح نو.
۱۱. عبدیان، محمدرضا؛ الهام، غلامحسین؛ مرتضوی، سید سلمان (۱۳۹۸). «تأملی بر حاکمیت قوانین کیفری در زمان با تأکید بر احکام اجتهادی»، فصلنامه مجلس و راهبرد، سال بیست و ششم، ش ۹۷، ص ۱۸۹-۱۶۵.
۱۲. عدالت‌پور، حسینقلی (۱۳۱۹). «تأثیر زمان در قوانین کیفری»، مجموعه حقوقی، ش ۱۶۰، ص ۳۹۹-۴۰۱.
۱۳. علی‌آبادی، عبدالحسین (۱۳۵۴). حقوق جنایی، ج ۳، چ اول، تهران: بانک ملی.
۱۴. قافی، حسین؛ شریعتی، سعید (۱۳۹۳). اصول فقه کاربردی، ج ۱، چ دهم، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۱۵. محسنی، مرتضی (۱۳۷۵). دوره حقوق جزای عمومی: کلیات حقوق جزا، ج ۱، چ دوم، تهران: گنج دانش.
۱۶. مصدق، محمد (۱۳۹۲). شرح قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، چ چهارم، تهران: جنگل.
۱۷. مهرپور، حسین (۱۳۷۱). مجموعه نظریات شورای نگهبان، ج ۳، چ اول، تهران: کیهان.
۱۸. ----- (۱۳۷۸). دیدگاه‌های جدید در مسائل حقوقی، چ سوم، تهران: اطلاعات.
۱۹. مهیمن، حسین (۱۳۳۲). «اثر فقه‌رایی قوانین: عدم عطف قوانین بماسبق»، مجله کانون وکلا، دوره ۱، ش ۳۵، ص ۴۲-۴۵.
۲۰. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۳۹۲). حقوق و دادرسی کیفری در آیین فقه، چ اول، قم: انتشارات رادنگار.
۲۱. ناصرزاده، بابک (۱۳۹۱). دیوان کیفری بین‌المللی، اساسنامه و سند نهایی، چ دوم، تهران: بهنامی.
۲۲. نوربها، رضا (۱۳۸۳). نگاهی به قانون مجازات اسلامی، چ دوم، تهران: میزان.