

مطالعات فقه و حقوق اسلامی

سال ۱۴ - شماره ۲۷ - تابستان ۱۴۰۱

صفحات ۱۲۵ - ۱۷۰ (مقاله پژوهشی)

تحلیل سیاست کیفری ناظر بر حدود در قانون مجازات اسلامی

۱۳۹۲ (رویکردها، نوآوری ها، نارسایی ها)

مجید جهان شیر* / سید محمود مجیدی** / محمد حسن حسینی***

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۷/۲۶

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۱/۱۵

چکیده

در مقررات ناظر بر حدود در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، رویکردهای جدید از سوی قانونگذار قابل مشاهده است. به نظر می‌رسد رفع خلأهای تقنینی موجود در مقررات پیشین در زمره این رویکردها می‌باشد. از اینرو نسبت به موضوعاتی به مانند زنا در حال مستی و خواب، میزان تعزیر در صورت اسقاط مجازات حدی و نیز تصریح به جرم انگاری های مقید جرایم محاربه و قوادی در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ابهامات کمتری وجود دارد.

تعمیم مقررات مشابه در موضوعاتی نظیر بکارگیری علم قاضی، تأثیر توبه در اسقاط کیفرهای حدی، تأثیر انکار پس از اقرار و نیز تکرار در جرایم حدی به همراه حذف مقررات غیر ضروری، از قبیل حذف قید پنهانی از تعریف سرقت، حذف شرایط عام مسئولیت کیفری از شرایط سرقت حدی نیز در زمره اقدامات قانونگذار در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ می‌باشد. تبیین رویکردهای سنجدیده در قانون مجازات جدید، به معنای عدم وجود نارسایی های شکلی و ماهوی در مقررات یاد شده نمی‌باشد. برخی از نارسایی های تقنینی در سیاست کیفری حاکم بر جرائم مستوجب حد وجود دارد که تلاش نگارندگان بر این بوده تا با ارائه پیشنهادهاى اصلاحی زمینه رفع آن موارد فراهم شود؛ از اینرو لزوم توسعه زناى در حکم عنف به حالت اغفال زنان بالغه به همراه ضرورت تغییر رویکرد

* دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد دامغان، دامغان، ایران

imajidi@du.ac.ir

** استادیار گروه حقوق دانشگاه دامغان، دامغان، ایران (نویسنده مسئول)

*** استادیار گروه حقوق دانشگاه دامغان، دامغان، ایران

قانونگذار در حمایت کامل از اصل قانونمندی جرائم و مجازات ها در زمره پیشنهادهای مطرح مقاله می باشد.

کلیدواژه: حدود، قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، رویکردهای تقنینی، جلوه های کارآمد و ناکارآمد.

مقدمه

پس از پیروزی شکوهمند انقلاب اسلامی اقدامات گسترده ای در جهت اسلامی سازی مقررات عمدتاً عرفی سابق، به ویژه در مباحث کیفری صورت گرفت و مجازات های شرعی جایگزین مجازات های عرفی شد. بخش حدود یکی از اجزای اصلی قانون مجازات اسلامی در نظام کیفری منطبق بر شرع کشور ماست که در تمامی ادوار قانونگذاری پس از انقلاب اسلامی، همواره شاهد تغییرات عمده ای بوده و بسته به نوع نگرش مقنن در بهره گیری از منابع فقهی - به عنوان مبنای اصلی قانونگذاری اسلامی - مقررات آن تدوین و اجرا شده است. نمود آخرین اراده قانونگذار در این زمینه را می توان در تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ دید که در آن مقنن با اضافه نمودن چند عنوان جدید، تعداد جرایم مستوجب حد را به دوازده عنوان افزایش داده است. سیاست های کیفری مقنن در حدود، دارای مختصات اربع انگیزی (با لحاظ تعیین مجازات های شدید و بدنی)، بزه پوشی (از طریق جرم انگاری بزه قذف و سختگیری در اثبات) و کیفر زدایی (با اثرگذاری موضوعاتی همچون انکار پس از اقرار، توبه و قاعده درء) بوده که با لحاظ آنان، مقنن از دو رویکرد اصلی گسترش دامنه جرم انگاری (از طریق ابهام سازی تقنینی و جرم انگاری های نوین) و نیز رفع خلأ های تقنینی در کنار تعمیم مقررات مشابه و حذف مقررات غیر ضروری، جهت تدوین این مقررات بهره برده است. اهمیت مباحث مربوطه در ارتباط با نوع نگرش مقنن و دیدگاه های فقهی مورد استناد (صرفنظر از مشهور یا غیر مشهور بودن آن)، زمانی مشخص می شود که اولاً، از حیث تنوری، انطباق با اصول و قواعد پذیرفته شده حقوق کیفری و نیز مقتضیات زمان و مکان مورد ارزیابی واقع شود و ثانیاً، در مقام

اجرا بازخوردهای آن از حیث قابلیت استناد و اجرا و اثربخشی در قبال مرتکب و جامعه مشخص باشد. لذا در این نوشتار تلاش شده پس از طرح مباحث مقدماتی، به رویکردها، تغییرات و نیز آسیب شناسی مقررات بخش حدود قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ پرداخته و در نهایت پیشنهادهای اصلاحی ارائه شود.

۱- بازشناسی مفاهیم

۱-۱- حدود

حدّ از لحاظ لغوی در معانی منع، بازداشتن از کاری، اندازه کردن، تیزی، تندی برندگی، فاصله انداختن بین دو چیز که با هم مخلوط نشوند، مانع بین دو چیز و ... آمده است (ابن منظور، ۱۴۰۸: ۱۴۰/۳؛ طریحی، ۱۴۱۶: ۳۵/۳) همچنین معانی مرز (غفرانی، ۱۳۹۱: ۲۳۶) و تعیین کردن مقدار و متمایز کردن اشیاء از یکدیگر (البستانی، ۱۳۷۸: ۸۸) برای آن ذکر شده است. از لحاظ فقهی در تعریف حدّ عبارات مشابهی ملاحظه می‌شود. برخی با د نظر گرفتن معنای لغوی منع برای حدّ، آن را چنین تعریف نموده اند: «حدّ در لغت به معنی منع آمده و حدود شرعی نیز از همین معنی اتّخاذ شده است، زیرا اجرای حدود، انسان‌ها را از انجام کارهایی که موجب مجازات است باز می‌دارد» (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۲۵/۱۴). در بیان مشابهی آمده است: «به مانع میان دو چیز که مانع اختلاط آنان شود حدّ می‌گویند، همچنین بیان شده، حدّ مانعی است برای این که نگذارد دیگری راه مرتکب را برود و آن عمل را انجام دهد» (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۲۲۱). در نظری دیگر، از آن جهت که حدود الهی میان حلال و حرام فاصله می‌اندازد حدود نامیده شده (جزری، بی تا: ۳۵۲/۱)، برخی نیز با تفکیک میان حدّ و تعزیر، هر چیزی که برای آن کیفر مقدّر و مشخصی باشد را حدّ می‌نامند (محقّق حلّی، ۱۴۰۸: ۱۳۵/۴).

قانونگذار در آخرین متن قانونی، در ماده ۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، حد را اینگونه تعریف نمود: «حد مجازاتی است که موجب، نوع، میزان و کیفیت اجرای آن در شرع مقدس تعیین شده است». هرچند این ماده قانونی با ایراد فقدان جامعیت و مانعیت لازم توسط حقوقدانان مواجه شد (ولایی، ۱۳۹۱: ۱۳۸).

۱-۲- قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

۱-۲-۱- فرآیند تصویب

قانون راجع به مجازات اسلامی در تاریخ ۱۳۶۱/۰۷/۲۱ و قانون تعزیرات در تاریخ ۱۳۶۲/۰۵/۱۸ تصویب و به طور آزمایشی به اجرا درآمد. پس از پایان یافتن مدت اجرای آزمایشی، قانون مجازات اسلامی (مشمول بر بخش های کلیات، حدود، قصاص و دیات) با هدف رفع ایرادات، ابهامات و مشکلات اجرایی قانون سابق در تاریخ ۱۳۷۰/۰۵/۰۸ در مجلس شورای اسلامی تصویب و نهایتاً به دلیل اختلافات مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان پیرامون برخی از مواد این قانون، در تاریخ ۱۳۷۰/۰۹/۰۷ به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسید. در گام بعدی از تغییرات مقررات کیفری ماهوی، بخش تعزیرات قانون مجازات اسلامی در خردادماه سال ۱۳۷۵ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده و پس از تأیید شورای نگهبان به عنوان بخش دائمی قانون مجازات به قانون سال ۱۳۷۰ الحاق شد. النهایه در آخرین تغییرات انجام شده، با انجام آسیب شناسی مقررات سابق و پس از صرف کار مطالعاتی زیاد، بررسی متون فقهی و نقطه نظرات کارشناسان حقوقی، قانون مجازات اسلامی جدید در سال ۱۳۹۲ به عنوان تبلور جدیدترین اراده قانونگذاری کیفری ماهوی در اردیبهشت ماه سال ۱۳۹۲ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده و پس از تأیید شورای نگهبان اجرایی شد. قانون اخیرالذکر در چهار قسمت کلیات، حدود، قصاص و دیات تدوین شده است.

۱-۲-۲- تغییرات کلی در مقررات حدود

تغییرات کلی انجام شده در مقررات حدود در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در دو بخش قابل بررسی است: اول، تغییراتی که در بخش کلیات یا به شکل مرتبط با آن انجام و عمدتاً شامل موضوعات مربوط به شروط مسئولیت کیفری، موانع، کیفیات مخفّفه و مشدّد و ... می شود و بخش دیگر، تغییرات مربوط به مقررات اختصاصی مباحث حدود که در این قسمت به ذکر عناوین آنان پرداخته می شود.

الف: تغییرات مرتبط در بخش کلیات مقررات حدود

پذیرش رشد و کمال عقلی در حدود و لزوم احراز درک ماهیّت و حرمت عمل ارتكابی در افراد کمتر از ۱۸ سال (موضوع ماده ۹۱)، تبیین و تجمیع اسباب سقوط مجازات (موضوع مواد ۹۶ الی ۱۲۱)، موضع گیری جدید مقنّن در تدوین و بیان جایگاه توبه در حدود (موضوع ماده ۱۱۴)، تصریح به سقوط حدّ به صرف وجود شبهه در صورت احتمال صدق، به استثنای محاربه، افساد فی الارض، سرقت و قذف (موضوع مواد ۱۲۰ و ۱۲۱)، تبیین احکام شروع به جرایم مستوجب حدّ (موضوع ماده ۱۲۲)، تبیین احکام معاونت در حدود (موضوع ماده ۱۲۷)، تعیین حکم مشترک و واحد در حالت تکرار جرم مستوجب حدّ (موضوع ماده ۱۳۶)، تجمیع و تبیین ادله اثبات در حدّود، پذیرش انکار بعد از اقرار در جرایم حدّی موجب قتل و تعیین مجازات تعزیری (موضوع ماده ۱۷۳).

ب: تغییرات انجام شده در بخش حدود

پذیرش ادعای وجود موانع مسئولیت کیفری در حدود و نیز ادعای عدم اعتبار اقرار (موضوع ماده ۲۱۸)، ارائه تعریف تقنینی برای جرائم موجب حدّ و افزایش تعداد آن به دوازده عنوان، توسعه حالات زنا به عنف در وضعیّت های در حال مستی، بیهوشی، خواب و نیز اغفال دختر نابالغ (موضوع تبصره ۲ ماده ۲۲۴)، تبدیل مجازات سنگسار در صورت عدم امکان اجرای آن (موضوع ماده ۲۲۵)، تبیین دقیق شرایط احصان زن و مرد در زنا و توسعه قلمرو موانع احصان و عذرهای قانونی جدید

(موضوع مواد ۲۲۶ و ۲۲۷)، تصریح به پرداخت ارش البکاره و مهرالمثل به زن باکره و مهرالمثل به زن باکره در زناى به عنف (موضوع ماده ۲۳۱)، مشروط نمودن اعدام فاعل جرم لواط به وجود احصان (موضوع ماده ۲۳۴)، تفکیک تعریف و بیان احکام آن از تفخیز در مواد ۲۳۵ و ۲۳۶؛ رفع خلأ تقنینی در خصوص روابط جنسی نامشروع دو همجنس در مادون لواط، تفخیز و مساحقه (موضوع ماده ۲۳۷)، جرم انگاری مقید قوادی و بیان مجازات حدی و تعزیری حسب مورد (موضوع تبصره یک ماده ۲۴۲)، توسعه در شیوه ارتکاب قذف (موضوع تبصره ماده ۲۴۶)، جرم انگاری سبّ النبی و بیان احکام مربوطه (مواد ۲۶۲ و ۲۶۳)، توسعه در موضوع شرب خمر با توجه به حالت مسکر و شیوه مصرف (ماده ۲۶۴)، حذف قید «پنهانی» از تعریف سرقت (موضوع ماده ۲۶۷) و تجمیع شرایط سرقت موجب حدّ (ماده ۲۶۸)، رفع خلأ تقنینی و تبیین حکم سرقت شریک از اموال مشترک (موضوع ماده ۲۷۷)، فراهم ساختن امکان عفو مجازات حبس ابد و یا تبدیل آن به مجازات تعزیری در سرقت مستوجب حدّ (موضوع ماده ۲۰۱)، تصریح به جرم انگاری های دوگانه محاربه و افساد فی الارض و تفکیک این عناوین به موجب تعاریف ارائه شده در مواد ۲۷۹ و ۲۸۶، جرم انگاری بغی و تفکیک آن از محاربه با لحاظ ماهیت فعل ارتكابی، موضوع جرم و قصد مرتکب در مواد ۲۸۷ و ۲۸۸.

۱-۲-۳- رویکردها

در این قسمت با لحاظ نگاهی درونگرا و معطوف به کارکردهای داخلی، به بیان نگرش و رویکردهای مقنن در تنظیم مقررات حدود از قانون مجازات اسلامی پرداخته می شود.

۱-۲-۳-۱- گسترش دامنه جرم انگاری

الف: ابهام سازی تقنینی

علیرغم اقتضای شفافیت و صراحت در قوانین، به ویژه قوانین جزایی، به نظر می رسد امروزه تدوین کنندگان مقررات کیفری با لحاظ مصالحی، در برخی موارد، از

روش بیان الفاظ و عبارات مبهم و قابل تفسیر و به عبارتی ابهام سازی تقنینی استفاده و با این روش، ضمن حفظ مصلحت های مهمی که مبنای جرم انگاری است، این اختیار را به قضات می دهند که در موارد لازم، آنگونه که مصلحت (برای جامعه یا حکومت) است، نسبت به تفسیر قانون و انطباق فعل ارتكابی با عنوان مجرمانه اقدام نمایند. هرچند این شیوه از دیدگاه بسیاری در تعارض با اصل مهم قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها قرار دارد، لیکن در حقوق اکثر کشورها کم و بیش مورد بهره‌برداری قرار می‌گیرد. در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، دو عنوان محاربه و افساد فی الارض دارای چنین وصفی می باشند که در ادامه مورد بررسی قرار می گیرند.

- ابهام در بزه محاربه

ماده ۲۷۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، جایگزین ماده ۱۸۳ قانون سابق شده و مقرر می دارد: «محاربه عبارت از کشیدن سلاح به قصد جان، مال یا ناموس مردم یا ارباب آنها است، به نحوی که موجب ناامنی در محیط گردد. هرگاه کسی با انگیزه شخصی به سوی یک یا چند شخص خاص سلاح بکشد و عمل او جنبه عمومی نداشته باشد و نیز کسی که به روی مردم سلاح بکشد، ولی در اثر ناتوانی موجب سلب امنیت نشود، محارب محسوب نمی شود». صرفنظر از ایرادات و ابهاماتی که در مقررّه قبلی وجود داشت و علیرغم تفاوت های مفهومی و ارکان تحقق، مقنن عناوین محاربه و افساد فی الارض را به یک معنا مورد استفاده قرار داده بود. ابهام سازی تقنینی در ماده ۲۷۹ قانون فعلی در چند مورد قابل بررسی است.

- ابهام در شمول مفهوم سلاح

در خصوص معنی سلاح و این که چه چیزهایی سلاح محسوب می شوند تا ظاهر ساختن و استفاده از آن با وجود سوء نیت عام و خاص، محاربه محسوب شود، نزد فقها اختلاف نظر وجود دارد. عده ای از فقها متعرض نوع سلاح نشده و به اطلاق از آن یاد کرده‌اند (شهید اول، ۱۳۸۳: ۳۴۴)؛ در کلام برخی دیگر، سلاح آهنین جزو سلاح

محسوب شده مانند شمشیر، نیزه، چاقو و و مواردی همچون تازیانه عصا، سنگ، چوب و از شمول حکم خارج است (خمينی، ۱۳۷۹: ۴۹۲/۲؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲: ۶۴۰)؛ برخی علاوه بر انواع سلاح آهنین، ادواتی مانند چوب و سنگ و تازیانه و را نیز داخل در حکم سلاح دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۱۲: ۵۶۶/۴۱؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۶۳۶/۱۰؛ طباطبائی، ۱۴۱۸: ۱۴۹/۱۶ و ۱۵۱)؛ برخی فقها در کلامی موسّع، علاوه بر سلاح های آهنین، سنگ، چوب، عصا و حتی به کاربردن قهر و غلبه و زور را نیز برای تحقق عنوان سلاح در محاربه کافی می دانند (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۲۹۱/۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۵۶۸/۳)، برخی فقهای معاصر نیز قائل به این دیدگاه هستند که محاربه دارای اطلاق و شامل تمام صور با سلاح و بدون سلاح می شود و آیات و احادیث شریف در مقام بیان حکم الهی و عام برای تمام زمان ها و مکان ها هستند و واضح است که کیفیت جنگ و محاربه و ابزارهای آن از زمانی به زمانی و مکانی به مکانی دیگر تغییر می کند (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸: ۲۹۵). در نهایت، به دیدگاه دیگری می توان اشاره کرد که اصولاً وجود سلاح را برای تحقق محاربه لازم نمی داند؛ در این دیدگاه، معیار تحقق محاربه، انجام دادن هر کار جنایی به قصد محاربه و ایجاد اختلال در نظم عمومی و رعب و وحشت در میان مردم و از بین بردن امنیت عمومی نسبت به جان و مال و امثال آن است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷: ۵۱۴/۳-۵۱۵).

در ارتباط با استفاده از سلاح تقلبی از برخی فقهای معاصر استفتائاتی صورت گرفته است. برخی فقها مانند آیه الله صافی گلپایگانی، تحقق جرم محاربه را در این صورت محل اشکال و اقوی را در عدم تحقق می دانند، آیه الله بهجت (ره) و آیه الله موسوی اردبیلی، آن را موجب تعزیر و آیه الله مکارم شیرازی معتقدند که اسلحه قلبی معیار محارب نیست، ولی اگر کسی این کار را به طور گسترده انجام دهد به طوری که عنوان مفسد فی الارض پیدا کند حکم مفسد فی الارض را دارد. در مقابل، برخی دیگر مانند آیه الله فاضل لنکرانی (ره) معتقدند که ملاک در محاربه، ترساندن مردم

است ولو این که اسلحه واقعی نباشد. همچنین آیه الله نوری همدانی بیان می‌دارند میزان در محاربه، سلب امنیت عمومی است که به نظر می‌رسد به دیدگاه اخیر متمایل باشند (مرکز تحقیقات فقهی حقوقی قوه قضائیه، بی تا: سؤال ۹۰۵۱).

این اختلاف برداشت نزد حقوقدانان نیز وجود دارد: برخی معتقدند، مراد از اسلحه چیزی است که در جنگ و دفاع مورد استفاده قرار می‌گیرد، لذا با توسعه و پیشرفتی که در وسایل مورد استفاده در جنگ‌ها صورت گرفته است، همه مصادیق سلاح از عصر حجر تا عصر حاضر را شامل می‌شود (حیب زاده، ۱۳۷۰: ۹۶)؛ به عبارت دیگر، برای تعیین سلاح باید به عرف مراجعه کرد، لذا عرف هیچگاه به کار بردن زور و غلبه را سلاح محسوب نمی‌کند، همچنین مواردی چون چوب، عصا و سنگ را هم سلاح نمی‌داند (پوربافرانی، ۱۳۹۵: ۱۴۱؛ میرمحمد صادقی، ۱۳۹۳: ۵۲)، برخی نیز بیان می‌دارند سلاح مورد استفاده شخص - اعم از سرد یا گرم - باید مشخص و مصطلح باشد، لذا تعمیم آن به سلاح‌های غیر مورد نظر از جمله مواد شیمیایی به خصوص اسید و مانند آنها جایز نیست (کوشا، ۱۳۹۲: ۲۳۰)، برخی نیز مقصود از عبارت سلاح مذکور در متن ماده ۱۸۲ قانون سابق (۲۷۹ قانون فعلی) را عرفاً دست به اسلحه بردن یا کشیدن سلاح بر روی دیگران ولو بدون شلیک گلوله می‌دانند و استفاده از سلاح خالی برای ایجاد رعب و وحشت را نیز مشمول حکم ماده قرار داده اند (پیمانی، ۱۳۸۰: ۶۲). در مقابل دیدگاه‌های ارائه شده که با اندک اختلافاتی قائل به سلاح محسوب شدن انواع سرد و گرم آن در معنای عرفی بوده و عمدتاً شرط واقعی بودن اسلحه مورد استفاده را ضروری می‌دانند، دیدگاهی وجود دارد که سلاح را در معنای موسع و گسترده‌تری مدنظر قرار می‌دهد. بر این اساس، در محاربه نوع عمل ملاک است نه وسیله‌ای که به کار می‌رود. نوع عمل و استعمال سلاح باید به نحوی باشد که غالباً موجب رعب و وحشت گردد؛ یعنی کاربرد آن وسیله عرفاً و نوعاً موجب هراس گردد. بنابراین علاوه بر انواع سلاح گرم و سرد، حتی پاشیدن اسید را نیز جزو سلاح

محسوب نموده اند (گلدوست جویباری، ۱۳۸۷: ۳۱ و ۳۲). بنابر آن چه ذکر شد، هرچند از لحاظ عرفی سلاح دارای معانی و مصادیق تقریباً مشخصی است، لیکن اختلاف برداشت های حقوقی و نیز عدم صراحت کافی در متن ماده ۲۷۹، نشانگر وجود ابهامات تقنینی در این رابطه است. موضوعی که در تبصره ۳ ماده ۱۸۳ قانون سابق به صراحت مورد اشاره مقنن قرار گرفته بود.

– ابهام در ضرورت قصد مستقیم برهم زدن امنیت عمومی

سؤالی که در اینجا مطرح می شود این که آیا بر اساس ماده ۲۷۹ قانون مجازات اسلامی، باید قصد مستقیم مرتکب برای تحقق جرم محاربه احراز شود یا خیر؟ به عبارتی آیا حتماً مرتکب باید قصد ایجاد رعب و وحشت و ناامنی در جامعه را داشته باشد، یا این که به صرف ارتکاب جرم و تحقق نتایج، صرفنظر از قصد ایجاد رعب و وحشت و ناامنی در جامعه، بزه محاربه محقق است؟

عده ای از حقوقدانان ضمن بیان ضرورت وجود سوء نیت عام و خاص، وجود «قصد غیر مستقیم» را برای تحقق جرم محاربه کافی می دانند. بنابراین، همین که مرتکب می داند عمل وی موجب سلب امنیت خواهد شد، در واقع می توان گفت قصد غیر مستقیم سلب امنیت را دارد و در نتیجه، محارب محسوب خواهد شد (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۳: ب: ۴۸)، لیکن به اعتقاد برخی، در محاربه باید تفسیر مضیق کرد (الحدود تدرأ بالشبهات)، لذا در مواردی که عمل مرتکب، سبب ارباب مردم و برهم زدن نظم و امنیت شده ولی مرتکب فاقد چنین قصدی است، در تحقق محاربه تردید نموده اند (پوربافرانی، ۱۳۹۱: ۷۳-۷۵). همانگونه که مشخص است، عدم صراحت قانونی و ابهام تقنینی در خصوص پذیرش قصد غیر مستقیم جهت تحقق جرم محاربه نیز وجود داشته، منجر به اختلاف نظر حقوقدانان و چه بسا تفسیرهای مختلف قضایی خواهد شد به گونه ای که برخی قضات، قصد مستقیم را برای تحقق محاربه کافی دانسته و برخی دیگر صرفاً قصد غیر مستقیم را برای تحقق کافی بدانند.

ب: ابهام در بزه افساد فی الارض

یکی از عناوین محلّ مناقشه در حقوق کیفری اسلام، «افساد فی الارض» می‌باشد. عنوانی که از نظر برخی مستندات فقهی ارائه شده برای اثبات آن از سوی غالب فقهای امامیه کافی دانسته نشده (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲: ۳/۳۱۶؛ نجفی، ۱۴۱۲: ۴۱/۵۷)، و از سوی دیگر، کاربرد موسّع آن، سایه سنگین مصلحت را بر پذیرش این تأسیس مشکوک فقهی در حقوق کیفری ایران گسترانده است (هاشمی، ۱۳۹۵: ۲۱). با تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، این عنوان مجرمانه، به صورت مستقلّ از محاربه، مورد جرم انگاری قرار گرفت. این تغییر رویکرد مقنّن از این جهت اهمّیت دارد که تا پیش از این، برخی از جرایم خاصّ مصرّح در قوانین مختلف (نظیر ماده ۶ قانون مبارزه با مواد مخدّر ۱۳۶۷، ماده ۲ قانون مجازات اخلاصگران در نظام اقتصادی کشور ۱۳۶۹) جزو مصادیق «افساد فی الارض» محسوب می‌شد، ولی با تصویب ماده ۲۸۶ در سال ۱۳۹۲، قانونگذار ماده ای کلی را وضع نموده که نسبت به بسیاری از جرائم علیه اشخاص، اموال، اخلاق و امنیّت جامعه، حاکم می‌باشد.

علیرغم این که جرم انگاری مستقلّ «افساد فی الارض» از «محاربه» با دیدگاه اکثریّت فقهای امامیه در تعارض است، لیکن در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ بدان پرداخته شده و البته با انتقادات برخی نویسندگان حقوقی نیز مواجه گردید (برهانی، ۱۳۹۴: ۲۰؛ هاشمی، ۱۳۹۵: ۱۰۸). در ماده اخیرالذکر، مقنّن هشت دسته از جرایم را به عنوان موضوع این ماده مطرح کرده است که تمامی عناوین مذکور در حیطه جرایم علیه اشخاص، اموال و امنیّت و آسایش عمومی، کلی و مبهم هستند. علاوه بر عناوین کلی مجرمانه، قانونگذار در این ماده از واژه های واجد ابهام دیگری همچون «به طور گسترده»، «اخلال شدید»، «خسارت عمده»، «در حدّ وسیع» استفاده کرده است؛ سیاستی که سبب اختلاف نظر محاکم در موضوعات مشابه و خدشه دار شدن اصل کیفی بودن قوانین کیفری نیز خواهد شد.

۱-۲-۳-۲- جرم انگاری های نوین

از جمله راهکارهایی که می‌توان با توسل به آن دامنه جرم انگاری را توسعه داد، اقدام به جرم انگاری های جدیدی است که ضرورت وجود آن از سوی قانونگذار احساس می‌شود. در حقوق کیفری ایران با تصویب قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲، قانونگذار به وضع جرایم جدیدی در حوزه جرایم علیه امنیت اقدام کرده است. اهتمام مقنن ایرانی به حفظ حقوق حاکمیت، ثبات سیاسی و امنیت عمومی، سبب شده تا دو عنوان مجرمانه «افساد فی الارض» و «بغی» در قانون مجازات اسلامی جدید، مورد جرم انگاری مجزاً واقع شوند.

۱-۲-۳-۲-۱- بغی

یکی از موضوعاتی که با هدف حفظ و ثبات امنیت سیاسی و حاکمیت نظام اسلامی، مورد جرم انگاری قرار گرفته است جرم بغی است که هرچند در ادوار قانونگذاری پس از انقلاب اسلامی تا سال ۱۳۹۲، دچار اختلاط معنا و حیطة تعریف قانونی با جرم محاربه بود، لیکن مقنن با نوآوری در مقررات اخیر، آن را از شمول محاربه خارج و به نحوی مستقل مورد جرم انگاری قرار داده است.

الف: رویکردهای فقهی

در لسان فقها، یکی از امور برهم زننده نظم و امنیت، بغی بوده و مرتکب آن باغی نامیده شده است. از لحاظ لغوی، واژه بغی در معانی طالب، بازگشت از حق، نافرمانی، فساد، تکبر، دروغ، ستم، درخواست همراه تجاوز آمده است (ابن منظور، ۱۴۰۸: ۷۸/۱۴). تعاریف متنوع فقهی در خصوص این اصطلاح وجود دارد: از نظر برخی، باغی کسی است که بر امام عادل خروج کند و با وی بجنگد و مانع پرداخت حقوق امام به وی گردد (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۳۳۵/۵)، برخی دیگر بغی را به معنای خروج و قیام علیه امام معصوم (ع) دانسته اند (شهید اول، ۷۴/۱۳۸۳)، در کلامی دیگر، خروج بر نایب خاص یا عام امام و سرپیچی از اوامر و نواهی او بغی محسوب شده است (کاشف الغطاء، بی تا: ۴۰۴) و عده ای نیز معتقدند بغی آن است که عده ای بر اثر سوء برداشت

و تلقی غلط و باطل از دین و مذهب و به واسطه تأویل نادرستی که از قرآن یا کلام پیامبر(ص) دارند، علیه امام عادل قیام کنند (فاضل مقداد، بی تا: ۳۸۶/۱). از مجموع تعاریف یاد شده می‌توان دریافت که در فقه اسلامی اولاً، باغی از مسلمانان است و خروج غیر مسلمانان در دایره شمول باغی قرار نمی‌گیرد؛ ثانیاً، رکن اصلی آن قیام و خروج علیه امام معصوم (عادل) است که یا به جهت شورش و سرکشی و یا به دلیل تفسیر و برداشت نادرست باغی نسبت به احکام دین، قرآن و کلام پیامبر(ص) صورت می‌گیرد.

هیچ یک از فقهای امامیه از بغی به عنوان یکی از عناوین حدود یاد نکرده‌اند، لذا در کلام آنان باغی، مستوجب مجازات شرعی منصوص بمانند حدّ نمی‌باشد. بررسی دیدگاه‌های فقهی نشانگر وجود دیدگاه مشهور و حداقل دو دیدگاه غیر مشهور در این رابطه است. مشهور امامیه، بغی را در کتاب حدود بیان ننموده، بلکه در کتاب جهاد و به عنوان ملحقات مورد بررسی قرار داده‌اند (نجفی، ۱۴۱۲: ۳۲۴/۲۱). در این رابطه به آیات ۹ سوره حجرات و ۵ و ۶ سوره انفال استناد شده است. برخی جهاد با بغات را واجب کفایی بیان نموده (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۴۰/۷) و عده‌ای دیگر قائل به تفکیک شده‌اند؛ بدین شرح که جهاد با باغی در برابر امام(ع) را واجب و در رابطه با گروهی از مسلمین که شورشی نسبت به گروه دیگر از مسلمین انجام داده‌اند به استناد آیه ۹ سوره حجرات ابتدا تلاش جهت ایجاد صلح و سازش و در صورت پافشاری بغات، جهاد و کشتن آن را تجویز نموده‌اند (خوئی، ۱۴۱۰: ۳۶۱/۱).

ب: تحولات تقنینی

مهم‌ترین تفاوت عمل مجرمانه فرد محارب نسبت به باغی، به اختلاف آنها در هدف بر می‌گردد. ارتکاب بزه محاربه به قصد اقدام علیه امنیت و آسایش مردم و ایجاد رعب و وحشت عمومی، اما بغی به جهت خروج علیه امام و یا نائب او انجام می‌شود، هرچند که مرتکب فاقد قصد ایجاد ارباب و اخافه برای مردم باشد. بررسی

برخی از مواد مربوط به جرم محاربه در کتاب حدود از قانون مجازات پیشین نشان می‌دهد که قانونگذار در برخی از مواد قانونی به اختلاط عناوین مجرمانه بغی و محاربه در یکدیگر اقدام نموده است. برای مثال، ماده ۱۸۶ آن قانون پیرامون بزه قیام مسلحانه علیه حکومت اسلامی مقرر می‌داشت: «هر گروه یا جمعیت متشکل که در برابر حکومت اسلامی قیام مسلحانه کند مادام که مرکزیت آن باقی است تمامی اعضاء و هواداران آن، که موضع آن گروه و یا جمعیت و سازمان را می‌دانند و به نحوی در پیشبرد اهداف آن فعالیت و تلاش مؤثر دارند محارب می‌باشند، اگرچه در شاخه نظامی شرکت نداشته باشند». با عنایت به ارکان اصلی تشکیل دهنده جرم محاربه، مشخص می‌شود که مقنن در ماده ۱۸۶ یکی از مصادیق جرم بغی را در قالب جرم محاربه مطرح نموده بود. علاوه بر این، قانونگذار حکم محاربه را به شرکت کنندگان در قیام مسلحانه محدود ندانسته، بلکه تمامی اعضاء و هواداران آنها را نیز مشمول عنوان محاربه محسوب نموده بود، هرچند که در شاخه نظامی شرکت نداشته باشند. تبصره ماده مذکور مقرر می‌داشت جبهه متحدی که از گروه‌ها و اشخاص مختلف تشکیل می‌شود در حکم یک واحد می‌باشد. برخی از نویسندگان، با اطلاق این تبصره مخالفت نموده و بیان داشته‌اند که مستفاد از کلمات فقها این است که اگر جبهه متحدی تشکیل شود، تنها افراد مسلح آنها مشمول عنوان محاربه قرار می‌گیرند و بنابراین به طور مطلق حکم یک واحد را دارا نخواهند بود (مرعشی شوشتری، ۱۳۷۷: ۱۶)؛ انتقادی که سبب اصلاح بعدی رویکرد مقنن گردید.

علاوه بر این، قانونگذار در عناوین مجرمانه طرح براندازی حکومت اسلامی و نامزدی پست حساس کودتا (موضوع مواد ۱۸۷ و ۱۸۸ قانون مجازات اسلامی پیشین) نیز همین سیاست کیفری را اعمال نموده است. این اختلاط از آن جهت مهم تلقی می‌شود که عناوین مجرمانه بغی و محاربه دارای مجازات‌های متفاوتی از جهت نوع و کیفیت اجرا بوده ولی برداشت واحد از این عناوین، باعث اعمال مجازات محارب

برای مجرمینی که شاید مرتکب جرم سبک تری شده اند، می شد. اختلاطی که در این زمینه به آن اشاره شد، تنها محدود به مواد قانونی یاد شده نمی باشد بلکه در بسیاری از مواد قانونی کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی، برخی از مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام و نیز بسیاری از مواد قانونی مجازات جرائم نیروهای مسلح نیز مشاهده می شود. این اختلاط مفاهیم، علاوه بر توسعه دایره شمول عنوان محاربه از تعریف مصطلح فقهی به حوزه های مختلف، ممکن است هم از جهت میزان انطباق آن با مستندات فقهی و نیز از جهت ترتب آثار مختلف آن مانند مجازات های متفاوت و یا تأثیر متفاوت معاذیر قانونی مانند توبه، صدور احکام عادلانه واقعی را در محاکم با مشکلاتی مواجه سازد.

در هر حال، بغی عنوان مجرمانه ای است که ضمن ترسیم حریم حاکمیت اسلامی، جهت صیانت از آن در مقابل تعرض دیگران، مورد جرم انگاری قرار گرفته است. در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰، تعریفی از جرم بغی ارائه نشده و در ماده ۱۸۶ قانون مذکور جرم بغی تحت عنوان محاربه جرم انگاری و برای آن مجازات های محارب مقرر شده بود. لکن با توجه به این موضوع که احکام مقرر برای باغی و نیز ماهیت آن، بسیار متفاوت از بزه محاربه بوده و سیاست های کیفری اسلام ناظر بر جرایم خطرآفرین علیه امنیت عمومی با جرایم علیه حاکمیت سیاسی، بسیار متفاوت تعیین شده است (مرعشی شوشتری، ۱۳۷۶: ۶۳) مقنن در ماده ۲۸۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ اقدام به جرم انگاری مستقل «بغی» بدین شرح نمود: «گروهی که براساس نظام جمهوری اسلامی ایران قیام مسلحانه کند باغی محسوب و در صورت استفاده از سلاح، اعضای آن به اعدام محکوم می شوند». نکته این که قانونگذار در سال ۱۳۹۲ بدون تغییر در رویکرد اصلی خود (اعمال کیفرهای سرکوبگر بر تمامی اقسام و اعضای باغین) به تعیین ظاهری عنوان مجرمانه بغی در ماده فوق الذکر اقدام نمود. به همین دلیل بود که با وجود تغییرات ظاهری فوق الذکر، تعیین کیفر اعدام برای باغیان،

چندان همسو با آموزه های اسلامی از سوی بسیاری از نویسندگان شناخته نشد (آقابابایی، ۱۳۹۵: ۳۳؛ برهانی، ۱۳۹۴: ۲۵).

۱-۲-۳-۲- سابّ النبیّ

سبّ در لغت عرب در معنای ناسزا گفتن و فحاشی کردن (ابن منظور، ۱۴۰۸: ۴۵۵/۱) و نیز دشنام زشت و ناسزاگویی (البستانی، ۱۳۷۸: ۲۳۰) به کار رفته و در فرهنگ نامه های فارسی نیز به همین تعابیر استفاده شده است (معین، ۱۳۷۵: ۱۸۱۴/۲؛ دهخدا، ۱۳۷۷: ۱۳۳۸۴/۹)؛ همچنین برخی آن را از ریشه سبّ به معنای دشنام دانسته و برخی فقها از آن به «دشمنام دردناک» تعبیر کرده اند (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۳۹۱). در تعریف، سبّ دشنام به نبیّ (ص)، ائمه (ع) و مقابله تحریک آمیز با شخصیت و ردّ غیر انسانی الگوهای مجسم اعتقادی است. سبّ کننده طبق موازین شرعی و قانونی، مجرم و خونش هدر است (شاکری و غلام نژاد، ۱۳۹۰: ۱۱۳).

الف: رویکردهای فقهی

از نظرگاه فقهی، غالب فقیهان جرم سابّ النبیّ را در زمره جرائم مستوجب حدّ بیان نموده اند، لیکن در شیوه آنان، دو دیدگاه کلی ملاحظه می شود. از دیدگاه برخی، جرم سبّ النبیّ، به صورت مستقلّ از عناوین حدود محسوب می شود (خوئی، ۱۴۲۲: ۳۲۱/۱؛ علامه حلّی، ۱۴۱۰: ۱۷۸/۲). در دیدگاه دوم، جرم سبّ النبیّ به نحو استقلال به عنوان یکی از جرائم مستوجب حدّ بیان نشده، بلکه به عنوان یکی از مصادیق ارتداد یا قذف مشمول حکم مجازات حدّی قرار گرفته است (نجفی، ۱۴۱۲: ۴۳۸/۴۱؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲: ۲۶۰/۲؛ خمینی، ۱۳۷۹: ۴۷۶/۲).

در ارتباط با موضوع الحاق یا عدم الحاق سایر انبیاء به پیامبر (ص)، در حکم سابّ النبیّ در کلام فقهایی که به این موضوع پرداخته اند، برخی الحاق سایر انبیاء را در حکم سبّ پیامبر (ص) به دلیل کمال آنان و ضرورت بزرگداشت آنان در اسلام ضروری دانسته و ظاهر را در ارتداد مرتکب به دلیل سبّ آنان می دانند (شهید ثانی،

۱۴۱۳: ۴۵۳/۱۴)، برخی نیز در اینباره ادعای اجماع نزد فقهای امامیه را مطرح نموده اند (طباطبائی، ۱۴۱۸: ۵۶/۱۶)، لیکن نزد معاصرین دو دیدگاه متفاوت وجود دارد: برخی از فقها مانند آیات عظام بهجت(ره)، صافی گلپایگانی و فاضل لنکرانی(ره) با پذیرش موضوع، سایر انبیای الهی را ملحق به پیامبر(ص) می دانند. در مقابل، عده‌ای دیگر این مسأله را خالی از اشکال ندانسته و سب سایر انبیاء را شامل حکم سب النبی نمی دانند؛ آیات عظام مکارم شیرازی، موسوی اردبیلی و تبریزی بر این عقیده اند (مرکز تحقیقات فقهی حقوقی قوه قضائیه، بی تا: سؤال ۱۸۰)، در مواردی حیثه شمول آن گسترده تر و علاوه بر موارد پیش گفته، فرشتگان نیز به این دلیل که از شعائر خداوند به شمار آمده و هتک آنان، هتک خداوند محسوب می شود در دایره شمول حکم سب النبی قرار داده شده‌اند (نجفی، ۱۴۱۲: ۳۴۵/۲۱).

ب: تحولات تقنینی

از لحاظ پیشینه تاریخی، جرم سب النبی به عنوان یکی از صور خاص و مشدده اهانت به مقدّسات اسلامی از ابداعات مقنّن در جهت قانونگذاری اسلامی، حمایت از ارزش‌های دینی و انطباق با اولویّت‌ها و ضروریات آن است که هرچند در قانون حدود و قصاص مصوّب ۱۳۶۱ و قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰، به آن اشاره ای نشده بود، ولی در بخش تعزیرات قانون مجازات اسلامی مصوّب ۱۳۷۵ مورد جرم انگاری قرار گرفت. به موجب ماده ۵۱۳ این قانون، «هر کس به مقدّسات اسلام و یا هر یک از انبیای عظام یا ائمه طاهرین(ع) یا حضرت صدیقه طاهره(س) اهانت نماید اگر مشمول حکم سب النبی باشد، اعدام می شود و در غیر این صورت، به حبس از یک تا پنج سال محکوم خواهد شد».

در ارتباط با این ماده قانونی، ایرادات و ابهاماتی وجود دارد؛ به عنوان مثال، هرچند عبارات ائمه طاهرین(ع) و حضرت صدیقه طاهره(س)، دارای معنای واضح و افاده معنایی آن روشن است لیکن در خصوص واژه انبیای عظام، صراحت معنا وجود ندارد.

به اعتقاد برخی حقوقدانان، واژه عظام، در جهت تعظیم و تکریم انبیاء به کاررفته (آقای نی، ۶۸/۱۳۹۴) و با لحاظ قرینه موجود در سایر عبارات ماده، مانند «طاهرین» برای ائمه، دایره شمول آن را به همه انبیای الهی تسری داده‌اند (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۹: ۵۵)، در مقابل عده ای دیگر با برداشتی متفاوت، منظور از انبیای عظام را پیامبران راستینی می‌دانند که نام حدود یکصد تن از آنان در قرآن و روایات معتبر ذکر شده (پیمانی، ۱۳۸۰: ۷۹؛ گلدوزیان، ۱۳۸۳: ۲۳۳) و گروهی بر این اعتقادند که قید «عظام» جهت محدود نمودن قلمرو اقدام و هن آور نسبت به پیامبران اولوالعزم یعنی نوح، ابراهیم، موسی، عیسی و محمد(ص)، به کار رفته و دایره شمول آن به همین نفرات محدود است (شکری و سیروس، ۱۳۸۳: ۴۱۳؛ حجّتی و باری، ۱۳۸۴: ۷۸۴). ایراد مهم تر که در مقام اجرا وجود داشت این که اولاً، موارد تحقق سبّ النبیّ از حیث اقدام و رفتار موجب آن مشخص نبود؛ ثانیاً، مشخص نیست حکم اعدام مذکور به جهت مجازات حدی است یا تعزیری که هر یک در مقام تعیین و اجرا، واجد آثار متفاوتی هستند. علیرغم ایرادات مطروحه، ماده ۵۱۳ به جهت قرارگیری در بخش دائمی قانون مجازات اسلامی (تعزیرات)، همچنان در حال اجرا و مورد استناد محاکم قرار می‌گیرد. در نهایت، مقنن در آخرین تغییرات انجام شده در مقررات کیفری، با تدوین ماده ۲۶۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، به عنوان مصداقی از جرم انگاری های نوین در بخش حدود و در جهت رفع خلأ تقنینی موجود در مقررات سابق مقرر داشت «هر کس پیامبر اعظم صلی الله علیه و آله و سلم و یا هریک از انبیاء عظام الهی را دشنام دهد یا قذف کند سبّ النبیّ است و به اعدام محکوم می‌شود.

تبصره- قذف هر یک از ائمه معصومین علیهم السلام و یا حضرت فاطمه زهرا سلام الله علیها یا دشنام به ایشان در حکم سبّ نبیّ است.»

۲- رفع خلأهای تقنینی، تعمیم مقررات مشابه و حذف مقررات غیر ضروری

ایرادات قانون، صرفنظر از قواعد شکلی و نگارشی آن در چهار صورت نقص، سکوت، اجمال و تناقض قوانین به عنوان خلأ تقنینی در معنای عام (فقدان قانون مناسب) و در بیان اصطلاحی، عموماً نقص و سکوت قانون که به نوعی مترادف معنایی نیز دارند به عنوان معنای خاص خلأ تقنینی شناخته می شوند. لذا در این بخش برخی مصادیق مرتبط که در آن قانونگذار تلاش کرده موارد مغفول مانده در مقررات سابق را شناسایی و در قالب مقررات جدید اضافه نماید، به عنوان رفع خلأهای تقنینی به اختصار بیان می شود.

۲-۱- رفع خلأهای تقنینی

۲-۱-۱- تصریح به میزان تعزیر در اسقاط کیفرهای حدی

یکی از موضوعاتی که همواره محل اشکال حقوقدانان بوده است، عدم تعیین تعزیر در موارد سقوط کیفرهای حدی است.

بررسی اقوال فقها در ارتباط با اقرار به کمتر از نصاب در جرایم یاد شده، نشانگر وجود سه دیدگاه فقهی است: دیدگاه نخست، قائل به وجوب تعزیر بوده و بر اساس آن هرگاه کسی کمتر از چهار بار به یکی از جرائم زنا، لواط، تفریخ یا مساحقه اقرار کند، حد واجب نیست و تعزیر واجب می شود (محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۴/۱۳۸ و ۱۴۶؛ شهید اول، ۱۳۸۳: ۲۳۴). دیدگاه دوم، قائل به جواز تعزیر توسط حاکم است؛ بنابراین تعزیر از اختیارات حاکم و در صورت صلاحدید می تواند مقرر را تعزیر نموده و در غیر این صورت، الزامی به انجام آن ندارد و اگر مصلحت را در ترک تعزیر دید به همان عمل کرده و مرتکب را تعزیر نمی نماید (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۶۹/۸). برخی بیان می نمایند اجرای این مصلحت باید به گونه‌ای باشد که مرتکب متنبه شده و دیگر تکرار نکند (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۹: ۳/۲۱۳). در نهایت، در دیدگاه سوم، قائل به عدم

جواز تعزیر هستند؛ از نظر برخی اگر اجماع یا نص صریحی بر این حکم باشد متابعت و پیروی می‌کنیم و الا مقتضای اصل براءت و روایات رسیده از پیامبر (ص) و حضرت علی (ع) نیز نشان می‌دهد آنان اصل براءت را اجرا و کسی را که کمتر از چهار مرتبه اقرار می‌کرد، تعزیر نمی‌کردند (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۳۹۴/۲؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲: ۹۲ و ۹۳). حکم به عدم جواز تعزیر در موارد مذکور، در استفتائات انجام شده از برخی فقهای معاصر مانند آیات عظام مکارم شیرازی و موسوی اردبیلی نیز مورد تأکید قرار گرفته است (مرکز تحقیقات فقهی حقوقی قوه قضائیه، بی تا: سؤالات شماره ۴۴۹ و ۶۶۱۳).

ظاهراً مقتن در سال ۱۳۹۲، با هدف ایجاد چارچوب قانونی، رویه‌های قضایی نزدیک به هم و جلوگیری از تشتت آراء، دیدگاه نخست را در خصوص وجوب تعزیر در موارد کمتر از نصاب حد در جرائم زنا، لواط، تفریخ و مساحقه پذیرفته و در ماده ۲۳۲ بیان می‌دارد «هرگاه مرد یا زنی کمتر از چهار بار اقرار به زنا نماید به سی و یک تا هفتاد و چهار ضربه شلاق تعزیری درجه شش محکوم می‌شود. حکم این ماده در مورد لواط، تفریخ و مساحقه نیز جاری است».

۲-۱-۲- تصریح به جرم انگاری های مقید محاربه و قوادی

لزوم وجود قصد بر هم زدن امنیت عمومی از سوی مرتکب و نیز لزوم به کارگیری سلاح دو شرط اصلی در تحقق جرم محاربه محسوب می‌شوند. در مورد این که تحقق این جرم علاوه بر نیاز به دو شرط فوق، مقید به ایجاد رعب و هراس است بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. برخی با استناد به تبصره ۱ ماده ۱۸۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ و نیز ماده ۲۷۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ که بیان نموده است کسی که به روی مردم اسلحه بکشد ولی در اثر ناتوانی موجب هراس نشود محارب نیست، استدلال نموده اند که تحقق این جرم منوط به وجود ارعاب و هراس در خارج می‌باشد (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۳: ب: ۴۶) و برخی دیگر از نویسندگان

تبصره فوق را به این معنا دانسته اند که برای تحقق قصد اخافه، لازم است تا در مرتکب به صورت بالقوه امکان چنین قصدی وجود داشته باشد. حال به مجرد این که وی با چنین قصدی حرکت کند محارب است، چه موجب خوف شود یا نشود (حبیب زاده، ۱۳۷۰: ۹۹).

فقهای امامیه در این رابطه دارای اتفاق نظر نبوده و نزد آنان به طور کلی سه رویکرد متفاوت در زمینه مقید یا مطلق بودن بزه محاربه مشاهده می شود. رویکرد نخست متعلق به فقهای است که به شکل صریح آن را مطلق دانسته و ظهور خارجی ترس و ارباب را شرط تحقق محاربه ندانسته اند (نجفی، ۱۴۱۲: ۵۶۹/۴۱؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۶۷/۴)، برخی دیگر وجود شائیت رفتار مجرمانه مرتکب را کافی قلمداد نموده (خمینی، ۱۳۷۹: ۴۹۲/۲؛ هاشمی شاهرودی، ۳۰۰/۱۳۷۸) و برخی دیگر، اعتقاد به لزوم تحقق شرط اخافه در زمینه رکن مادی داشته و آن را در واقع مقید به ظهور نتیجه قلمداد کرده اند (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲: ۶۴۱). در هر حال، علیرغم دیدگاه فقهی قائل به اطلاق و نیز ضرورت به کارگیری سیاست مطلق انگاری در جرم انگاری جرایم علیه امنیت، با توجه به تغییر تعریف قانونگذار از محاربه در ماده ۲۷۹، اکنون باید مقید بودن آن را مورد پذیرش قرار داد. در زمینه بزه قوادی نیز یکی از ابهامات مهم، مطلق یا مقید بودن بزه قوادی بود. به عبارت دیگر، این سؤال مهم مطرح بود که قوادی در چه صورتی مستوجب حدّ است؟ آیا صرف جمع کردن و رساندن افراد به یکدیگر برای انجام زنا یا لواط برای تحقق جرم و مجازات حدّی مربوطه کافی است؟ یا این که حتماً باید منتهی به انجام زنا یا لواط شود تا قوادی مستوجب حدّ قوادی باشد؟ فقها در اقوال فقهی و استنادات ارائه شده، حکم صریحی در این رابطه بیان ننموده اند؛ لیکن در استفتائات انجام شده از معاصرین، دو دیدگاه کلی وجود دارد: برخی مانند مقام معظم رهبری با مطلق محسوب نمودن جرم ارتكابی بیان می دارند «قوادی با جمع کردن دو نفر به منظور زنا یا لواط محقق می شود، هرچند آن دو عمل تحقق پیدا

نکند» (مرکز تحقیقات فقهی حقوقی قوه قضائیه، ۱۳۹۸: ۴۲)؛ در مقابل، دیدگاهی وجود دارد که جرم مذکور را مقید پنداشته و در صورتی که زنا یا لواط محقق نشود مشمول حدّ قوادی ندانسته است؛ در استفتای انجام شده از آیات عظام بهجت، تبریزی، فاضل لنکرانی، مکارم شیرازی و موسوی اردبیلی این موضوع مورد اشاره قرار گرفته است. برخی نیز مانند آیات عظام، صافی گلپایگانی، مکارم شیرازی، تبریزی و موسوی اردبیلی، موضوع را از شمول حدّ خارج و مرتکب عمل مزبور را (در شرایطی که منتهی به زنا یا لواط نشود) مستوجب تعزیر دانسته اند (مرکز تحقیقات فقهی حقوقی قوه قضائیه، بی تا: سؤال ۵۷۲۷). مقنن در ماده ۲۴۲ قانون مجازات اسلامی مصوّب ۱۳۹۲، تعریفی مشابه مقررات سابق ارائه نموده است: «قوادی عبارت از به هم رساندن دو یا چند نفر برای زنا یا لواط است»، لیکن در دو تبصره این ماده با نوآوری انجام شده به بخش مهمی از ابهامات پیشین پاسخ داده است. بر اساس تبصره ۱ این ماده: «حدّ قوادی منوط به تحقق زنا یا لواط است، در غیر این صورت عامل، مستوجب تعزیر مقرر در ماده ۲۴۴ این قانون است»؛ بنابراین صراحتاً جرم قوادی مقید محسوب شده و شرط اصلی تحقق حدّ قوادی، منتهی شدن به زنا یا لواط است. همچنین با تعیین نوع و میزان مجازات تعزیری، (۳۱ تا ۷۴ ضربه شلاق و حبس تعزیری درجه شش)، تکلیف مجازات مواردی که قوادی منتهی به نتیجه نشده و مشمول مجازات حدّی نیست، روشن شده است.

۲-۲- تعمیم مقررات مشابه و درآمدی بر حذف منطقی مقررات غیر

ضروری

از دیگر اقدامات سنجیده مقنن در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، تدوین مواد قانونی به صورت بیان حکم کلی و تعمیم آن به موارد مشابه و نیز حذف منطقی مقررات غیر ضروری است که به اختصار به آن اشاره می شود.

۲-۲-۱- توسعه بکارگیری علم قاضی

در مقررات سابق، مقنن در مواردی به علم قاضی به عنوان یکی از ادله اثبات اشاره کرده بود که به عنوان نمونه می‌توان به اثبات جرم سرقت مستوجب حدّ (موضوع ماده ۱۹۹) و قتل (موضوع ماده ۲۳۱) اشاره کرد. همچنین علم قاضی تعریف نشده، لیکن قلمرو اجرای آن طبق مواد ۱۰۵ و ۱۲۰ در حقّ الله و حقّ الناس مشخص شده بود. مقنن در ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ اقدام به تعریف علم قاضی نموده و نیز خود وضعیّت استناد به قرائن و امارات علم آور و مجرد علم استنباطی را در تبصره همین ماده بیان نموده است. «علم قاضی عبارت از یقین حاصل از مستندات بین در امری است که نزد وی مطرح می‌شود. در مواردی که مستند حکم، علم قاضی است، وی موظف است قرائن و امارات بین مستند علم خود را به طور صریح در حکم قید کند. تبصره- مواردی از قبیل نظریه کارشناس، معاینه محلّ، تحقیقات محلّی، اظهارات مطّلع، گزارش ضابطان و سایر قرائن و امارات که نوعاً علم آور باشند می‌تواند مستند علم قاضی قرار گیرد. در هر حال، مجرد علم استنباطی که نوعاً موجب یقین قاضی نمی‌شود، نمی‌تواند ملاک صدور حکم باشد.»

۲-۲-۲- تأثیر توبه در اسقاط کیفرهای حدّی

بررسی مواد قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ نشان می‌دهد که مقنن در چند مورد به صورت پراکنده به بیان حکم توبه متهم اقدام نموده و در جرایم مستوجب حدّ زنا، لواط، تفخیز، مساحقه، شرب خمر و سرقت، با حصول شرایطی توبه مرتکب را پذیرفته بود. اقدامی که هم از جهت فنّ قانون نویسی در تکرار موضوع و نیز عدم ذکر آن در قالب یک قاعده عمومی مورد انتقاد حقوقدانان نیز قرار گرفت (زراعت، ۱۳۸۶: ۵۰). در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مقنن در اقدامی جدید و در جهت رفع ایرادات قبلی، اقدام به بیان حکم عامّ تأثیر توبه در مقررات کیفری نمود. ماده ۱۱۴ این قانون بیان می‌دارد: «در جرائم موجب حدّ به استثنای قذف و محاربه هرگاه متهم قبل از اثبات جرم، توبه کند و ندامت و اصلاح او برای قاضی محرز شود، حدّ از او ساقط

می‌گردد؛ همچنین اگر جرائم فوق غیر از قذف با اقرار ثابت شده باشد، در صورت توبه مرتکب حتی پس از اثبات جرم، دادگاه می‌تواند عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضائیه از مقام رهبری درخواست نماید.

تبصره ۱- توبه محارب قبل از دستگیری یا تسلط بر او موجب سقوط حدّ است.
تبصره ۲- در زنا و لواط هرگاه جرم به عنف، اکراه و یا با اغفال بزه دیده انجام گیرد، مرتکب در صورت توبه و سقوط مجازات به شرح مندرج در این ماده به حبس یا شلاق تعزیری درجه شش یا هر دو آنها محکوم می‌شود.»

۲-۲-۳- توسعه تأثیر انکار پس از اقرار

موضوع تأثیر انکار پس از اقرار در ماده ۷۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ مورد پذیرش قرار گرفته است؛ بر اساس این ماده، مقنن انکار پس از اقرار را فقط در جرم مستوجب حدّ زنا پذیرفته و در ارتباط با ضمانت اجرای کیفری جایگزین در صورت پذیرش انکار نیز سکوت اختیار کرده بود، موضوعی که به دلیل عدم صراحت قانونی در صورت پذیرش و سقوط مجازات حدّی، عملاً موجب بی‌کیفری مرتکب نیز می‌شد. همچنین عبارت «هرگاه» بیانگر این موضوع بود که در هر مرحله ای امکان انکار وجود دارد که این مسأله نیز به نوعی اطلاع بی‌مورد و بی‌ثمری دادرسی را در پی داشت. مقنن در سال ۱۳۹۲، با انجام تغییرات جدّی در مقرره سابق، به توسعه دامنه شمول تأثیر انکار پس از اقرار در جرائم مستوجب حدّ اقدام نمود. بر اساس ماده ۱۷۳ این قانون «انکار بعد از اقرار موجب سقوط مجازات نیست به جز در اقرار به جرمی که مجازات آن موجب رجم یا حدّ قتل است که در این صورت، در هر مرحله ولو در حین اجراء، مجازات مزبور ساقط و به جای آن در زنا و لواط صد ضربه شلاق و در غیر آنها حبس تعزیری درجه پنج ثابت می‌گردد.»

۲-۲-۴- تأثیر تکرار در جرایم حدّی

در مقررات سابق، به طور پراکنده مجازات تکرار جرائم مستوجب حدّ زنا، تفخیز، مساحقه، قذف و شرب مسکر بیان شده بود. از دیگر ابداعات قانونگذار در سال ۱۳۹۲، ایجاد انسجام و بیان کلی حکم تکرار جرم مستوجب حدّ در مرتبه چهارم می باشد. بر اساس ماده ۱۳۶ قانون مجازات اسلامی: «هرگاه کسی سه بار مرتکب یک نوع جرم موجب حدّ شود و هر بار حدّ آن جرم بر او جاری گردد حدّ وی در مرتبه چهارم اعدام است.»

۲-۳- حذف مقررات غیر ضروری

در بررسی مقررات و قوانین، در مواردی عبارات و مواد قانونی مشاهده می شود که به ظاهر زائد و غیر ضروری است و نه تنها مفید نبوده بلکه در برخی موارد، منجر به اجمال و ابهام قانونی و یا ایرادات عملی در مقام تفسیر و اجرای قانون می شود. در این موارد، توجه به اصول و مبانی که منجر به تدوین آن قانون شده و وجود دلایل و توجیهاتی که اصلاح یا حذف آن مواد را ضروری می سازد، بسیار مهم و اجتناب ناپذیر است.

۲-۳-۱- حذف قید پنهانی از تعریف سرقت حدّی

از دیدگاه فقهی، تعریف یکسان و مشابهی از سرقت صورت نگرفته است. برخی فقها سرقت را دارای دو اطلاق می دانند: اطلاق اول، خاصّ و شامل شرایط مختصّ سرقت حدّی و مجازات آن حدّ قطع است؛ اطلاق دوم، عامّ و شامل تمام صورت های استیلاّی ناحق بر مال مردم و تمام صور سرقت حدّی و غیر حدّی در آن وجود دارد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷: ۴/۳). از نظر عده ای دیگر، نفس سرقت از ماده سرق به معنای گرفتن شیء و بردن آن به صورت پنهانی است. این کلمه، اصطلاح خاصّ شرعی یا متشرعه نیست؛ بلکه در همان معانی لغوی و عرفی استعمال شده است و سارق کسی است که مال را مخفیانه می گیرد به طوری که صاحب مال نمی داند، اگر سرقت مال پنهانی نباشد به آن شخص مختلس، مستلب و منتهب می گویند (مشکینی،

۱۴۳۴: ۳۰۲). در کلام برخی، سرقت عبارت است از ربودن پنهانی مال غیر (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۲۲/۸) و کسی را که به صورت آشکار و به عنف و زور هتک حرز کرده یا مال را می برد غاصب نامیده‌اند، نه سارق (نجفی، ۱۴۱۲: ۴۱/۴۸۸)، در برخی منابع فقهی نیز قید پنهانی، جزو شرایط سرقت مستوجب حد دانسته شده (محقق حلی، ۱۴۱۶: ۴۳۵) و بیان شده که اگر هتک حرز و بردن مال به زور و آشکارا صورت گیرد، حد قطع ندارد (تبریزی، ۱۴۱۷: ۳۲۰).

از لحاظ سابقه تقنینی در مقررات پس از پیروزی انقلاب اسلامی، ابتدا در ماده ۲۱۲ قانون حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۱ بیان شد «سرقت عبارت است از این که انسان مال دیگری را به طور پنهانی برآید» و در تغییرات انجام شده در سال ۱۳۷۰، ماده ۱۹۷ با حذف قید انسان، بیان می داشت «سرقت عبارت است از ربودن مال دیگری به طور پنهانی». تعاریف ارائه شده در مقررات مذکور بر مبنای دیدگاه های فقهای امامیه تدوین شده است؛ همچنین حذف واژه انسان در مقررات سال ۱۳۷۰ اقدامی موجه بود، چراکه ربایش مال از طریق استفاده از حیوان یا ابزار، امری محتمل است؛ لیکن قید پنهانی مذکور در تعریف سال ۱۳۶۱ و به ویژه تعریف قانون سال ۱۳۷۰، واجد اشکالاتی بود: اول این که قید مذکور، همانگونه که در دیدگاه فقهی نیز بیان شد، از شرایط اصلی سرقت مستوجب حد محسوب می شود؛ ایراد دوم از نحوه تفسیر قید پنهانی به عنوان یکی از ویژگی های سرقت مستوجب حد این است که اگر مقنن بنا داشته با این تعریف و قید پنهانی، سرقت مستوجب حد را بیان کرده و آن را از سایر انواع سرقت جدا کند، چرا سایر شرایط و قیود مربوط به آن را در تعریف ذکر نکرده است (شامیاتی، ۱۳۸۲: ۳۳). ایرادات مذکور سبب شد مقنن از تعریف پیشین عدول کرده و با حذف قید پنهانی در ماده ۲۶۷ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ بیان نماید «سرقت عبارت از ربودن مال متعلق به غیر است». هرچند این اقدام مقنن در جهت ایجاد صراحت قانونی و نیز اعلام تعریف عام سرقت جهت

شمول آن بر انواع حدّی و تعزیری، گامی مثبت ارزیابی می شود لیکن استفاده از عبارت «مال»، باعث مخدوش شدن وصف جامعیت و مانعیت آن شده است؛ چراکه طبق این تعریف، مال محسوب شدن موضوع جرم، منوط به داشتن ارزش اقتصادی است؛ حال این که ممکن است مالی فاقد ارزش اقتصادی ولی واجد ارزش معنوی برای صاحب مال باشد.

۲-۳-۲- حذف شرایط مسئولیت کیفری در بیان شرایط سرقت حدّی

تقسیم مباحث، طبقه بندی و پیروی از یک الگوی مناسب در بیان کلیات، قواعد عمومی و به دنبال آن قواعد و عناصر اختصاصی، یکی از مؤلفه های مهم در قانون نگاری کیفری است. موضوعی که در برخی مواد قوانین سابق رعایت نشده و در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، مقنن سعی در اصلاح آن داشته است. یکی از این موارد، خلط شرایط عام مسئولیت کیفری با شرایط اختصاصی سرقت مستوجب حدّ در مقررات سابق و شیوه اصلاح آن در مقررات جدید کیفری است. سابقه قانونگذاری در موضوع سرقت مستوجب حدّ بیانگر نوعی بی نظمی و بی ترتیبی در بیان شرایط این جرم در تدوین مقررات مربوطه است. ماده ۱۹۸ قانون مجازات پیشین به ذکر توأمان شرایط عمومی مسئولیت کیفری و شرایط اختصاصی سرقت حدّی می پرداخت. قانونگذار در سال ۱۳۹۲ بنا را بر اصلاح این ایراد نهاده است: اولاً، در ماده ۱۴۰ شرایط عام مسئولیت کیفری را مطرح، و علاوه بر آن در ماده ۲۱۷ شرایط مسئولیت کیفری در حدود را به عنوان مکمل ماده ۱۴۰ بیان می نماید «در جرائم موجب حدّ، مرتکب در صورتی مسؤول است که علاوه بر داشتن علم، قصد و شرایط مسئولیت کیفری به حرمت شرعی رفتار ارتكابی نیز آگاه باشد» و ثانیاً، با ذکر شرایط اختصاصی سرقت مستوجب حدّ، ضمن تجمیع شرایط اختصاصی، باعث ایجاد انسجام و برقراری نظم و توالی منطقی مواد قانونی نیز گردید که از بدیهیات قانون نویسی می باشد.

۳- پیشنهادهای اصلاحی

در مباحث قبلی، رویکردهای مقنن در تدوین مقررات حدود قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مورد تحلیل و بررسی و بر اساس آن، گسترش دامنه جرم انگاری در قالب ابهام سازی تقنینی و جرم انگاری های نوین و نیز سیاست های کیفری منطقی و سنجیده مقنن با بیان رفع خلأهای تقنینی، تعمیم مقررات مشابه و حذف منطقی مقررات غیر ضروری به اختصار تبیین گردید. در این قسمت، در آمدی بر پیشنهادهای اصلاحی مربوط به بخش حدود ارائه خواهد شد.

۳-۱- لزوم توسعه زناى در حکم عنف به حالت اغفال نسبت به زنان بالغه

ماده ۲۲۴ در مقام بیان زناى مستوجب حدّ اعدام بیان می نماید: «حدّ زنا در موارد زیر اعدام است: الف- زنا با محارم نسبی ب- زنا با زن پدر که موجب اعدام زانی است. پ- زناى مرد غیر مسلمان با زن مسلمان که موجب اعدام زانی است. ت- زناى به عنف یا اکراه از سوی زانی که موجب اعدام زانی است.»

همچنین در تبصره ۱ به بیان حکم تکمیلی مجازات زانیه در بندهای ب و پ و در تبصره ۲ که از آن به عنوان یکی از مصادیق نوآوری تقنینی در سال ۱۳۹۲ نیز یاد شود احکام جدیدی در رابطه با توسعه موارد شمول حدّ اعدام بدین شرح بیان شد: «هرگاه کسی با زنی که راضی به زناى با او نباشد در حال بیهوشی، خواب یا مستی زنا کند رفتار او در حکم زناى به عنف است. در زنا از طریق اغفال و فریب دادن دختر نابالغ یا از طریق ربایش، تهدید و یا ترساندن زن اگرچه موجب تسلیم شدن او شود نیز حکم فوق جاری است». بنابراین اولاً، مفهوم عنف در قانون سابق و قانون فعلی مجازات اسلامی، تغییری نداشته، لیکن مقنن در تبصره ۲ به ذکر مصادیقی پرداخته که ماهیتاً جزو موارد عنف محسوب نمی شوند ولی به دلیل وضعیّت خاصّ بزه دیده یا شیوه خاصّ ارتکاب جرم، مجازات زناى به عنف را برای آن در نظر گرفته است. دیگر این که، شیوه نگارش تبصره ۲ نشان دهنده حصری بودن موارد مذکور و عدم قابلیت

تسری آن به موارد مشابه است؛ بنابراین در حکم یاد شده و مصادیق موضوع آن می‌بایست به قدر متیقن اکتفا کرده و در حدود تصریح قانونی به تفسیر آن پرداخت. این مقدمه ما را به ایرادی محتمل الوقوع در متن ماده رهنمون می‌سازد. قسمت دوم تبصره ۲ ماده ۲۲۴ بیان می‌دارد «در زنا از طریق اغفال و فریب دادن دختر نابالغ یا از طریق ربایش، تهدید و یا ترساندن زن اگرچه موجب تسلیم شدن او شود نیز حکم فوق جاری است». قسمت دوم مقررۀ مذکور در حمایت از زنان تدوین و با ذکر مصادیقی از رفتارهای مجرمانه، مشمول حکم قرار گرفته است، لیکن موضوع ایراد در قسمت ابتدایی نهفته است که علی‌الظاهر در جهت حمایت از دختران نابالغ، اقدام به بیان حالات اغفال و فریب آنان توسط مرتکب نموده که با توجه به این که این دسته از افراد نوعاً آسیب پذیرتر از بالغین بوده و با لحاظ عدم توانایی در پیش بینی احتمالات، فقدان درک درست و منطقی از محیط اجتماع و در نتیجه سهولت اغفال و فریب آنان، به عنوان آماج سهل الوصول جرائم در نظر گرفته می‌شوند و از طرفی در صورت ارتکاب جرائم علی‌الخصوص جرائم جنسی، آثار مخرب و جبران ناپذیر جسمی و به ویژه روحی و روانی برای آنان ایجاد می‌شود، رویکرد حمایتی مقنن در این اقدام بدیع قابل دفاع و و با در نظر گرفتن مجازات سنگین مذکور در صدر ماده، در جهت صیانت از امنیت اخلاقی و اجتماعی جامعه، به عنوان یکی از جلوه های کارآمد سیاست جنایی در قانون مجازات اسلامی فعلی شناخته می‌شود. لیکن این انحصار تقنینی به دختران نابالغ، واجد اشکال می‌باشد. برخی حقوقدانان ضمن تأیید سیاست اتخاذ شده توسط مقنن در حمایت از افراد نابالغ، محدود ساختن اغفال و فریب به دختر نابالغ را قابل انتقاد دانسته اند (میر محمد صادقی، ۱۳۹۳ الف: ۵۷۷؛ جعفری، ۱۳۹۴: ۱۲۴). به عبارت دیگر، موضوع اغفال و فریب امری نسبی و صرفنظر از جنسیت و سن افراد، در هر شرایطی و برای هر فردی قابل پیش بینی و رخداد می‌باشد. بنابراین، آن چه که منتقدین به عنوان مثال هایی از امکان اغفال و فریب بیان می‌نمایند، مانند استفاده از

سند ازدواج جعلی، گریم کردن چهره، تقلید صدای دیگری، موضوعاتی محتمل هستند که با اندک بررسی، فروض و حالات دیگری را نیز می‌توان در این رابطه تصور کرد. لذا، اقدام مقنن هرچند از جنبه ای مثبت و مفید ارزیابی می‌شود، لیکن به دلیل عدم ذکر بالغین، در وصف جامعیت قانون دارای اشکال و قابل انتقاد است. بنابراین اصلاح متن ماده و اضافه نمودن بالغین به دایره شمول این حمایت قانونی، اقدامی منطقی در جهت قانونگذاری واقع گرایانه و حمایت از تمامی آماج جرم احتمالی محسوب خواهد شد.

۲-۳- لزوم جرم انگاری زنا، تعزیری

رویکرد فقهی در جرم زنا، ارتکاب آن به شکل سنتی و اقوال فقها اکثراً منوط و محدود به زنا مستوجب حد است که برای صور مختلف آن، مجازات های متنوع حدی در نظر گرفته و فقها با اندک اختلافاتی به بیان آن پرداخته اند. موضوع مورد بحث در این قسمت، ضرورت توجه به اشکال مختلف و متنوع بزه مذکور به ویژه توجه به جنبه های مختلف آن مانند حمایت از بزه دیده، پاسخ متناسب به بزه ارتكابی مجرم، پیشگیری از ارتكاب و تکرار برای سایر افراد بالقوه و مرتکب و در نهایت حفظ نظم و امنیت اجتماع است.

۳-۲-۱- تشریح ضرورت جرم انگاری

نخست آن که سیاست های کیفری اسلام در بحث حدود دارای ویژگی های مهمی است که اولین آن، ارباب انگیزی با وصف تعیین مجازات های بدنی و شدید در جرائم مستوجب حد می باشد. ویژگی دوم، بزه پوشی و پنهان سازی ارتكاب جرم از طریق سختگیری در اثبات و نیز جرم انگاری بزه قذف است و ویژگی دیگر، کیفرزدایی با استفاده از قواعدی مانند انکار پس از اقرار، تأثیرگذاری توبه مرتکب و نیز قاعده درء در اصل استحقاق، نوع و میزان مجازات می باشد. مجموعه این ویژگی ها، در دیدگاه های فقهی به استناد ادله مختلف مطرح و در قوانین نیز به شکل

مختصات قانونی مجازات های حدی بیان شده و در رویه قضایی به ویژه در پرونده های زنای به عنف جلوه محافظه کارانه، محتاط و در نهایت، تیره محور یافته است. به گونه ای که بررسی فرایند رسیدگی این قبیل پرونده ها نشان می دهد در موارد بسیاری مرجع نخستین به شکل سختگیرانه و با احتیاط در رابطه با اثبات این جرائم اقدام نموده و در مواردی نیز که به شکل منعطف و با اغماض، ارتکاب جرم محرز دانسته شده است دیوان عالی کشور به عنوان مرجع تجدید نظر، با رویکرد مشابهی، ارتکاب این جرائم را محرز و قابل اثبات ندانسته است. بنابر صراحت مواد قانونی، طرق اثبات جرم زنا و یا زنای به عنف عبارتند از شهادت چهار شاهد، چهار مرتبه اقرار متهم و در نهایت علم قاضی. آرای صادره از دیوان عالی کشور نشان می دهد که در مواردی به لحاظ فقدان شهود به تعداد مقرر و با شرایط معتبر شرعی و قانونی، بزه زنای مستوجب حد را ثابت ندانسته اند. همچنین شرایط اقرار معتبر شرعی، نصاب آن و پذیرش انکار پس از اقرار در موارد زیادی منجر به صدور رأی براءة متهمان شده، توبه مرتکب و ندامت او در سقوط حد مورد پذیرش قرار گرفته، و در مواردی نیز با لحاظ شرایط و اوضاع و احوال ارتکاب جرم، زنای به عنف احراز نشده یا قاعده درآ جاری و مجازات مرتکب منتفی شده است (بازگیر، ۱۳۸۲: ۹۱-۲۳۹). لازم به ذکر است در رابطه با صدور رأی بر اساس علم قاضی، این حساسیت و محافظه کاری نمود بیشتری یافته، ضمن این که محاکم بدوی، نهایت دقت را در استناد به علم قاضی به کار می گیرند. در موارد صدور آراء محکومیت، دیوان عالی کشور در مقام تجدیدنظرخواهی، مستندات قانونی و استدلال مربوطه را جهت احراز علم قاضی به دقت مورد ارزیابی قرار داده و مصادیق متعددی از اعلام نظر مبنی بر فقدان مستندات علم آور را توسط این مرجع می توان مشاهده کرد (بازگیر، ۱۳۸۲: ۳۰۳-۳۰۸).

نکته مهم دیگر، وضعیت بزه دیده جرم می باشد. به اعتقاد برخی، افزون بر توجه به دفاع از جامعه و ارزش های اجتماعی، به جبران خسارت زیان دیدگان از جرایم علیه

عفت عمومی نیز باید به خوبی توجه کرد. منظور، تنها جبران خسارت مادی، آن هم در قالب قواعد مسئولیت مدنی و جدا از فرایندهای کیفری نیست، بلکه خود فرایندهای کیفری هم باید از آغاز تا انجام، به پاسداشت حقوق زیاندیدگان از جرم حساس باشد. این رویکرد ایجاب می کند تا در اثبات جرم، تعریف عوامل سقوط مجازات و به طور کلی همه فرایندهای کیفری، به ویژه نوع و شیوه اجرای مجازات ها، همواره توجه به بزه دیده همچون اصلی مهم مدنظر باشد (نوبهار، ۱۳۸۹: ۲۸۶). حال با این توصیف چگونه می توان حقوق بزه دیده را تأمین نمود؟ بزه دیده راه دشوار اثبات جرم را به سرانجام نرسانده است، بزهکار، به مجازات جرم ارتكابی محکوم نشده است؛ در نتیجه، نه تنها تشفی خاطر و جبران آلام بزه دیده از طریق اعمال مجازات بر مرتکب حاصل نشده است چه بسا برعکس، مرتکب به عنوان شاکی، از جهت افتراء، اقدام به شکایت از بزه دیده نگون بخت نماید. در این حالت نه تنها عدالت اجرا نشده که فرایند طی شده، به ظاهر عین بی عدالتی است.

بررسی مقررات کیفری سابق و فعلی نشان می دهد سیاست کیفری اتخاذ شده، واجد ایرادات دیگری نیز می باشد. یکی از این ایرادات، جرم انگاری ناقص رفتارهای مجرمانه است، به گونه ای که علیرغم این که صور مختلف ارتكاب جرائم جنسی قابل تصور است لیکن مقنن محور مجازات حدی در زنا را به همان ویژگی مصطلح در لسان فقها مبنی بر ارتكاب زنا به سبک و شیوه سنتی محدود نموده و در خصوص سایر موارد نیز به اندک مواد قانونی - آن هم به شکل پراکنده در حوزه منافیات عفت - بسنده کرده است؛ حال آن که ویژگی ها، حالات و طرق ارتكاب جرائم جنسی به نسبت زمان تشریح حکم دچار دگرگونی های فراوان و تحولات زیادی شده است که باید مدنظر قرار گیرد. برخی حقوقدانان با انتقاد از این وضعیت، بیان می دارند که به تصور قانونگذار، چنان چه جرایم جنسی به تفصیل بیان شوند ممکن است موجب اشاعه فحشاء شود (فرجیها، ۱۳۹۳: ۲۹). ایراد دیگر، عدم تفکیک درجات زنا به

عنف در قوانین مصوب پس از پیروزی انقلاب اسلامی به ویژه قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ است. توضیح این که در قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴ و اصلاحی ۱۳۱۲، در فصل پنجم از باب سوم با عنوان هتک ناموس و منافیات عصمت، صور مختلف ارتکاب و مجازات های هر یک به تفکیک مشخص شده بود. در قوانین مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ و ۱۳۹۲، مقنن در برخی موارد مانند جرم سرقت، شرایط سرقت مستوجب حد و نیز مستوجب تعزیر را با تفکیک و تفسیر صور مختلف عادی و مشدده بیان نموده است؛ حال آن که در موضوع بحث یعنی جرم زنا، چنین تفکیک و تقسیم بندی با لحاظ درجه بندی مجازات وجود ندارد و همین مسأله باعث ایجاد تفاوت فاحش بین مجازات این جرم در حالت اثبات و عدم اثبات آن شده است؛ یعنی در حالت اثبات مجازات مرتکب اعدام یا رجم و در حالت عدم اثبات، به مجازات جرائم بسیار خفیف تر و یا تبرئه مجرم می انجامد که این مجازات سنگین و فقدان مجازاتی با درجه پائین تر خود یکی از علل احتیاط بیش از حد جهت احراز و اثبات این جرم توسط قضات محسوب می شود.

به نظر می رسد، راه حل مشکل و رفع ایراد موجود، استفاده از ظرفیت مجازات های تعزیری در جهت جرم انگاری انواع مختلف شیوه های ارتکاب جرائم منافی عفت به ویژه زنا (در حالت غیر از مستوجب حد) در کنار جرم مستوجب حد می باشد. برخی حقوقدانان این حالت را همزیستی مجازات های عرفی و شرعی نامیده و معتقدند که مسأله این نیست که مجازات های شرعی ایراد دارد، بلکه در زمینه تجاوز به عنف در حقوق ایران (برخلاف جرائمی مانند سرقت و قتل) همزیستی صورت نگرفته است (همان، ۱۳۹۳: ۴۵). در توصیف ویژگی های مثبت استفاده از ظرفیت مجازات های تعزیری، برخی حقوقدانان معتقدند که در کیفرهای تعزیری، عنصر مصلحت، هم در اصل جرم انگاری و هم در چند و چون مجازات ها نقشی مهم ایفا می کند. از اینرو، ناکارآمدی مجازات ها کمتر قابل تصور است. به علاوه، نهادهای

مسئول تعیین کیفر می‌توانند پیوسته در جریان آزمون و خطای تجربی، کیفرها را اصلاح و تعدیل کنند. در حقیقت، انعطافی که در نهاد تعزیرات وجود دارد کارآمدی و امکان توجه به مصالح و مفساد جانبی در سراسر فرایند کیفری را تضمین می‌کند (نوبهار، ۱۳۸۹: ۲۸۹).

۳-۲-۲- اهمیت رویه قضایی

رویه قضایی قاعده مشترک آرای دادگاه‌ها و رسم متداول میان دادرسان است (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۵۳۴). برخی معتقدند که رویه قضایی چون تفسیر قضایی قانون است، در واقع جدید نیست بلکه در مقام بیان مقصود قانونگذار و معنای درست قانون بوده و اصولاً ایجاد قاعده حقوقی نمی‌نماید (اردبیلی، ۱۳۹۷: ۸۸)، به باور آنان، نقش رویه قضایی منحصرأ توسعه محتوای قوانین است، بدون این که زمینه ایجاد قانون جدیدی را فراهم نماید. با این همه، این عقیده چندان به صواب نزدیک نیست. در واقع نباید از تأثیر مستقیم و غیر مستقیم قضات و دادگاه‌ها و به خصوص دیوان عالی کشور در جهت گیری تقنینی قانونگذار غافل بود؛ به این معنی که رویه قضایی گاه همچون منبعی برای شکل گیری حقوق کیفری از طریق وضع قوانین جدید ظاهر می‌شود (جعفری، ۱۳۹۴: ۱۹۹). از رویه قضایی می‌توان به عنوان یکی از منابع نانوشته حقوق یاد کرد که هرچند قضات هیچ الزامی در پذیرش و تبعیت از آن در رسیدگی و صدور آرای قضایی ندارند، لیکن بررسی‌ها نشان می‌دهد عموماً نسبت به آن بی تفاوت نبوده و در رسیدگی‌های قضایی می‌توان آثار آن را مشاهده کرد. در واقع، قاضی در هر پرونده با توجه به مستندات و شیوه مدیریت قضایی مدنظر خود، تصمیم مقتضی اتخاذ می‌نماید. این اختیار عمل در بسیاری موارد می‌تواند در جهت نیل به اهداف و سیاست‌های کلی مدنظر از جرم‌انگاری‌ها مفید و مؤثر باشد. به عنوان مثال، موضوعاتی مانند حمایت از بزه دیده، قطعیت و حتمیت آراء، جز با صرف وقت و دقت کافی برای روشن شدن تمامی زوایای پیدا و پنهان پرونده قضایی محقق نمی‌شود. به عنوان مثال،

برخی با اشاره به نظام دلایل قانونی مورد پذیرش در رسیدگی های کیفری، استفاده از دلایل معنوی - علمی را که در حال حاضر در قلمرو اثبات جرائم منافی عفت مورد توجه قرار نمی گیرد، مفید و کارگشا دانسته و در فرض اصلاح قانون، استفاده از آن را در موارد عدم کاربرد دلایل سنتی (اقرار و شهادت شهود) جهت اثبات دعوی کیفری به ویژه زنا به عنف با هدف حمایت از بزه دیدگان همگام با حقوق کشورهای پیشرفته ضروری می دانند (آخوندی، ۱۳۸۸: ۵۱۰). مراجعه به رویه قضایی ناظر بر جرایم علیه عفت، نشانگر آن است که به دلیل ابتدای حدود بر تخفیف و نیز سیاست های کیفرزدایی و بزه پوشی اسلام در این جرایم، جهت گیری قضات دادگاه ها به خودداری از محکومیت بزهکار می باشد (بازگیر، ۱۳۸۲: ۱۲۱-۱۲۵). سیاستی که از منظر عدم توجه و حمایت کافی از بزه دیده، قابل تأمل و طراحی جرم انگاری های تعزیری جرایم علیه عفت می تواند در این زمینه بسیار راهگشا باشد.

۳-۳- لزوم توجه به اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها

اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها، یعنی حکومت قانون برای تضمین اقدام به آزادی های فردی و رعایت مصالح اجتماعی (نوربها، ۱۳۸۵: ۴۷). دو گزاره مهم اصل قانونمندی، قانونی بودن جرم و قانونی بودن مجازات است که بی توجهی یا کم توجهی به آن در مقام قانونگذاری یا اجرا، شهروندان جامعه را به عنوان مخاطبین عام و اصلی قوانین دچار چالش در تشخیص حقوق، تکالیف و چارچوب جرائم و میزان مجازات ها نموده و از لحاظ کاربردی نیز بعضاً منجر به تفسیرهای شخصی، ناروا و در نهایت خدشه به آزادی های بنیادین مصرح در قانون اساسی و سایر قوانین موضوعه برای افراد خواهد شد.

۳-۳-۱- ضرورت پرهیز از اصطلاحات قانونی ابهام زا

قواعد جزایی باید صریح، روشن و غیر قابل انعطاف باشند و قاضی جزایی باید در تفسیر قوانین اکتفا به مدلول صریح قانون نموده و از قیاس اجتناب ورزد (باهری،

۱۳۹۴: ۱۰۲)، ابهام سازی تقنینی و قرار دادن عبارات در «بافت باز قوانین»، به عنوان یکی از روش‌های جرم‌انگاری توسعه‌گرا، حداکثری یا تهاجمی در برخی جرائم به ویژه جرائم علیه امنیت محسوب می‌شود؛ لیکن رفتار مقنن در تدوین مقررات جزایی سال ۱۳۹۲، با ایرادات و انتقاداتی مواجه بوده است. به عنوان مثال، مفهوم سلاح در مقررات محاربه و بغی دارای ابهام و قابل تفسیر است و همانگونه که اشاره شد بررسی دیدگاه‌های فقهی، حقوقی و عرف ما را به نظرات متنوعی رهنمون می‌سازد. نکته این که تبصره ۳ ماده ۱۸۳ قانون مجازات اسلامی سابق بیان می‌داشت «میان سلاح سرد و سلاح گرم فرقی نیست»، لیکن مقنن در سال ۱۳۹۲، اقدام به حذف این عبارت قانونی نموده و تحقق جرم را از حیث عنصر مادی با ابهاماتی مواجه نموده است. بهتر بود مقنن با عباراتی مشابه، مقصود خود را از به کاربردن قید سلاح، روشن و حیثه شمول جرم ارتكابی را تعیین می‌نمود. ایراد قانونی دیگر، در رکن روانی بزه محاربه است. در ماده ۲۷۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، مقنن سه شرط اصلی را برای تحقق جرم محاربه در نظر گرفته است که عبارتند از: لزوم وجود قصد برهم زدن امنیت عمومی، به کارگیری سلاح و برهم خوردن امنیت اجتماعی؛ لذا احراز قصد مجرمانه برهم زدن امنیت اجتماعی، جزو شروط اصلی تحقق این جرم و معیار تفکیک آن از بسیاری از جرائم علیه اشخاص و اموال محسوب می‌شود. دیدگاه‌های فقهی و حقوقی ارائه شده در قسمت قبل نشان می‌دهد که همواره در پذیرش قصد مستقیم و یا توسعه شمول و پذیرش قصد غیر مستقیم اختلاف نظرهایی وجود داشته و دارد؛ موضوعی که با بیان مبهم مقنن در پذیرش قصد غیر مستقیم در تحقق این جرم، منجر به افزایش اختلاف نظرهای حقوقی و به کارگیری رویه‌های متفاوت قضایی نیز خواهد شد.

موضوع مهم دیگر، ابهام موجود در ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی است. مقنن در بیان اجزای رکن مادی بزه افساد فی الارض از عبارات «به طور گسترده»، «اخلال شدید»، «خسارت عمده» و «در حد وسیع» استفاده کرده که به عنوان قیودی برای نتیجه

مجرمانه به عنوان یکی از اجزای رکن مادی شناخته می‌شوند، حال آن که به کاربردن این عبارات کلی و مبهم، از لحاظ تئوری، مخالف اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و در عمل، باعث ایجاد ابهام در تحقق این جرم یا عناوین دیگری است که این ماده قانونی بر آنها حاکم است (مانند مصادیق ذکر شده در مقررات عام و خاص سابق بر قانون مذکور). به اعتقاد برخی، هیچ معیاری برای تشخیص این مصادیق وجود ندارد و بر حسب زمان و مکان و حتی سلیقه‌ها و روحیات شخصی قضات، ممکن است متفاوت باشد (هاشمی، ۱۳۹۵: ۱۳۹). هرچند برخی حقوقدانان این رویه را با لحاظ عنصر مصلحت در جرایم علیه امنیت ملی و حاکمیت سیاسی قابل توجیه می‌دانند (جعفری، ۱۳۹۴: ۱۶۴) لیکن سایه سنگین مصلحت‌گرایی و از طرفی مفساد عملی این شیوه قانونگذاری در ایجاد ابهام در خصوص تحقق جرم، مورد انتقادات زیادی قرار گرفته است (برهانی، ۱۳۹۴: ۳۸-۴۰). لازم به ذکر است که مقنن در تبصره ماده ۲۸۶، درصد کم کردن تبعات منفی ناشی از اجرای متن ماده بوده و احراز قیود مذکور را بر عهده قاضی دادگاه نهاده که این امر می‌تواند به نفع متهم تفسیر شود؛ به ویژه این که در این تبصره، در صورت عدم احراز قیود مذکور، مجازات تعزیری در نظر گرفته شده، لیکن باز هم این ابهام وجود دارد که معیار قاضی برای احراز آن چیست؟ و چگونه قابل استناد و استدلال می‌باشد؟ به نظر می‌رسد تفصیل بیشتر و بیان ملموس مقصود مقنن از به کاربردن این عبارات، ضمن تفکیک بهتر و صریح جرم افساد فی الارض از سایر مصادیق مذکور در حیطه جرایم علیه اشخاص، اموال و امنیت و آسایش عمومی اولاً، برای قضات دادگاه‌ها در احراز نوع جرم ارتكابی مفید بوده و ثانیاً، بهتر می‌تواند در جهت حفظ حقوق متهمین و نیز متناسب سازی مجازات جرم ارتكابی مؤثر واقع شود.

با آن که رویکردهای حقوقدانان در زمینه‌ی استناد به منابع شرعی و فتاوی معتبر در موضوعات جزایی متفاوت می‌باشد و اصل ۱۶۷ قانون اساسی نیز تنها در صورت فقدان قانون، اجازه رجوع به منابع اسلامی و فتاوی معتبر را مطرح کرده است با وجود این باید بر این عقیده بود که می‌توان منابع یاد شده را در زمره منابع تکمیلی حقوق کیفری به شمار آورد، زیرا در حقوق کیفری به مانند سایر رشته های حقوق لازم است در صورت تحقق تعارض قوانین، ابهام و اجمال آنها اقدام به تفسیر آنها و رفع نواقص و کاستی های قانونگذاری کرد (منصورآبادی، ۱۳۹۵: ۹۹). مهم ترین نکته در این زمینه، ارتباط اصول ۳۶ و ۱۶۷ قانون اساسی است. میان نویسندگان حقوقی پیرامون تعارض یا عدم تعارض اصول فوق الذکر اختلاف نظر وجود دارد. برخی امکان استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی را در تعارض با اصل ۳۶ قانون اساسی دانسته (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۱۸) و معتقدند که عموم اصل ۱۶۷، به وسیله اصل ۳۶ قانون اساسی تخصیص زده شده و مقصود از هر دعوا را دعای غیر کیفری می دانند (حبیب زاده و توحیدی فر، ۱۳۸۸: ۷۹). در نظری دیگر، این موضوع، مخالف با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها پنداشته شده (سپهوند، ۱۳۸۶: ۲۳) و برخی نیز نه به خاطر مخالفت با اصل قانونی بودن بلکه به دلیل موانع و مشکلات اجرایی، استناد به فتاوی معتبر در امور کیفری را صحیح ندانسته و ابهام و اجمال واژگان «منابع معتبر» و «فتاوی معتبر» را سبب پیدایش این موانع می‌دانند (حسینی، ۱۳۸۳: ۱۵۰ و ۱۵۱)؛ بر همین اساس، امکان استناد به اصل ۱۶۷ و مراجعه به منابع معتبر فقهی در امور کیفری، در حد تشخیص موضوع و تفسیر موارد مبهم، تجویز شده است، نه جعل حکم راجع به جرم و مجازات (اردبیلی، ۱۳۹۷: ۹۴).

در مقابل، عده‌ای برخلاف دیدگاه اول، معتقدند که اصل ۱۶۷ قانون اساسی عمومیت داشته، و علاوه بر رسیدگی های حقوقی و مدنی، شامل امور جزایی نیز می شود (کوشا و هاشمی، ۱۳۸۰: ۸۶)، همچنین به استناد حاکمیت اصل چهارم قانون

اساسی بر سایر اصول این قانون و قوانین موضوعه دیگر، حکم اصل ۱۶۷ را شامل امور کیفری نیز می‌دانند (حاجی ده آبادی، ۱۳۹۵: ۲۸۵). در این گروه برخی از نویسندگان با تکیه بر این استدلال که موضوع دو اصل یاد شده متفاوت است (اصل ۱۶۷ در صورت فقدان قوانین مدوّنه و اصل ۳۶ در صورت فقدان مطلق قانون) بر این اعتقادند که اصل ۳۶ که بر حاکمیت قانون در تعیین جرم و مجازات تأکید دارد می‌تواند شامل قوانین مدوّن و غیر مدوّن از جمله منابع فقهی باشد. با تکیه بر این دیدگاه، استناد محاکم به فتاوی معتبر و منابع اسلامی در صورت فقدان قوانین مدوّنه جهت صدور احکام جزایی مجاز می‌باشد و محاکم لازم است در صورت اختلاف نظر فقهی در موضوع پرونده و دارا بودن مرجع تقلید از سوی متهّم، مطابق نظر مرجع تقلید وی حکم قضایی صادر کنند (الهام و برهانی، ۱۳۹۴: ۳۹)؛ رویکردی که از جهت امکان بروز صدور آراء متفاوت از سوی محاکم قضایی در موضوعات یکسان و مشابه، به عنوان ثمره اصلی رویکرد نظری خود قابل انتقاد می‌باشد.

برخی دیگر از نویسندگان حقوقی نیز ضمن تبیین تحولات متون قانونی شامل اصول ۱۶۷ و ۳۶ قانون اساسی، ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوّب ۱۳۹۲ و نیز ماده ۳۷۴ قانون آئین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، اعتقاد به رویکردانی قانونگذار از استناد به منابع اسلامی در موارد سکوت داشته و بیان می‌دارند قانونگذار در سال ۱۳۹۲ ضمن توسعه تعداد جرایم حدّی در ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی چنین مقرر کرده است: «در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است طبق اصل یکصد و شصت و هفتم (۱۶۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عمل می‌شود.» سیاستی که پس از ارائه نظرات مختلف قانونگذار تنها در زمینه جرایم مستوجب حدّ، مراجعه به منابع اسلامی را جهت صدور آراء مورد پذیرش قرار داد. بر اساس این دیدگاه، با توجه به عدم امکان مراجعه دادگاه‌ها به منابع اسلامی و نیز جایگزینی ماده ۳۷۴ قانون آئین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ به جای ماده ۲۱۴ قانون آئین دادرسی کیفری ۱۳۷۸، قانونگذار به

حمایت کامل از اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها در صدور احکام جزایی پرداخت. ماده ۲۱۴ قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸، در صورت فقدان قوانین مدوّنه، مراجعه به منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر را تکلیف کرده بود؛ لیکن در ماده ۳۷۴ قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ تنها منبع استناد محاکم قضایی را قانون دانسته است (منصورآبادی، ۱۳۹۵: ۹۹). به نظر می‌رسد علیرغم آثار نامطلوب مراجعه محاکم قضایی به منابعی غیر از قانون و با توجه به تصویب ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی که به صراحت در حدود، استناد به منابع و فتاوی معتبر را در صورت فقدان قوانین مدوّنه برای محاکم تکلیف دانسته است و عدم توانایی مقررّه قانونی شکلی (ماده ۳۷۴ اخیرالذکر) در نسخ قانون کیفری ماهوی (ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی) باید اذعان کرد که قانونگذار فقط در حدود، استناد به منابع شرعی و فتاوی معتبر را مجاز دانسته است.

به نظر می‌رسد راه حلّ پیش روی مقنّن در گام نخست، تدوین مقرّرات قانونی با وصف جامعیت و مانعیت جهت پاسخگویی به نیازهای روزآمد جامعه و در صورت نیاز مانند آن چه در ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به چشم می‌خورد، ایجاد شفافیت در مبنای حکم که همانا اصل ۱۶۷ قانون اساسی است، چاره ساز محسوب می‌شود. در همین راستا وظیفه مقنّن مشخص نمودن فتاوی و منابع معتبر اسلامی و تعیین ملاک اعتبار و انتخاب آنان در فرض تعدد است. قانونگذار به جای آن که قضات محاکم را به مراجعه به متون منابع اسلامی تکلیف نماید و زمینه تشّت و پراکندگی در صدور آراء جزایی متفاوت در موضوعات یکسان و مشابه را فراهم سازد لازم است خود با گزینش بهترین فتاوی تأمین کننده اهداف حقوق کیفری، ضمن لحاظ نیازهای روزآمد جامعه و مصالح مختلف، زمینه انطباق هرچه بیشتر مقرّرات کیفری را با آنان فراهم نماید.

نتیجه گیری

قانون مجازات اسلامی ۹۲ نسبت به قوانین جزایی پیشین، پیشرفت های نسبی مهمی داشته است. رفع خلأ های تقنینی در برخی از موارد، در زمره این پیشرفت ها محسوب می گردد. رفع خلأ های تقنینی در مصادیقی مانند تصریح به حکم زنا در حال مستی و خواب، تصریح به میزان تعزیر در صورت اسقاط مجازات حدی (در اقرار به کمتر از نصاب در جرایم زنا، لواط، تفخیز، مساحقه و قذف فرزند و نوه توسط پدر و جد پدری) و در نهایت، تصریح به جرم انگاری های مقید جرایم محاربه و قوادی است که هر سه مورد ذکر شده به دلیل ابهام و عدم صراحت قانونی در مقررات پیشین منجر به اشکالاتی در تشخیص جرم و تعیین مجازات توسط محاکم می شد.

رویکرد دیگر مهم مقنن در تدوین مقررات حدود قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، گسترش دامنه جرم انگاری بود که از طریق ابهام سازی تقنینی در جرم محاربه (ابهام در مفهوم سلاح و ضرورت قصد بر هم زدن امنیت عمومی توسط مرتکب) و جرم افساد فی الارض (ابهام در عنوان افساد فی الارض، استفاده از عناوین و قیود کلی و ابهام در شیوه ارتکاب) و نیز جرم انگاری های نوین (جرم انگاری افساد فی الارض، بغی و ساب النبى) صورت گرفته است. هرچند ابهام سازی تقنینی به عنوان یکی از شیوه های جرم انگاری توسعه گرا و تهاجمی به ویژه در جرایم علیه امنیت محسوب می شود، لیکن ابهام موجود در مفهوم سلاح و قصد مرتکب در جرم محاربه از موضوعات مهم در تشخیص رفتار مجرمانه توسط محاکم و عدم اتخاذ رویه واحد قضایی محسوب می شود. همچنین، صرفنظر از ایراد مبنایی مربوط به جرم انگاری افساد فی الارض که توسط برخی حقوقدانان بیان شده، ابهامات موجود در این جرم از حیث بکارگیری عناوین کلی مجرمانه و ابهام در شیوه ارتکاب، منجر به توسعه بیش از حد دایره شمول آن و نیز ابهام در تشخیص قیود بکار رفته در ماده قانونی توسط

محاكم خواهد شد که در تعارض با اصل قانونی بودن جرم و مجازات، ارزیابی می شود.

اقدام دیگر مقنن، تعمیم مقررات مشابه در موضوعات توسعه در بکارگیری علم قاضی، تأثیر توبه در اسقاط کیفرهای حدی، تأثیر انکار پس از اقرار و نیز تکرار در جرایم حدی بود. در اکثر موارد مذکور، مقنن در قانون سابق دچار پراکنده گویی و مصداق گرایی شده، و مقررات مربوطه فاقد انسجام لازم و توالی درست مباحث بود. این اقدام مقنن منجر به ایجاد انسجام منطقی و بیان حکم کلی به مانند قاعده جهت اعمال در تمامی موارد مشابه گردید. در نهایت، می توان به حذف مقررات غیر ضروری مانند حذف قید پنهانی از تعریف سرقت، حذف شرایط عام مسئولیت کیفری از شرایط سرقت حدی و نیز عدم تکرار مواد ۹۷ و ۱۷۱ مقررات سابق در قانون جدید اشاره کرد که در نتیجه آن، تعریف عام سرقت جامع تر، شرایط اختصاصی سرقت حدی از شرایط عام مسئولیت کیفری تفکیک، عدم امکان اجرای حد در سرزمین دشمنان به دلیل فقدان وصف اجرایی حذف و در بخش کلیات، در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ذکر نگردید.

منابع

- آخوندی، محمود (۱۳۸۸)، **آئین دادرسی کیفری**، ج ۱ و ۲، تهران: سازمان چاپ و انتشارات.
- آقابابایی، حسین (۱۳۹۵)، **دکترین مقابله با بغی در اسلام و نحوه انعکاس آن در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ و ۱۳۹۲**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۵، ۹-۳۶.
- آقایی نیا، حسین (۱۳۹۴)، **جرایم علیه اشخاص (شخصیت معنوی)**، ج ۷، تهران: میزان.
- ابن اثیر جزیری، مبارک بن محمد (بی تا)، **النهایه فی غریب الحدیث و الأثر**، ج ۱، قم: اسماعیلیان.
- ابن منظور، جمال الدین مکرم (۱۴۰۸ق)، **لسان العرب**، ج ۳، ۲، ۱۱ و ۵، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

- اردبیلی (محقق)، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق)، **مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان**، ج ۷، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- اردبیلی، محمد علی (الف ۱۳۹۷)، **حقوق جزای عمومی**، ج ۳، چ ۱۶، تهران: میزان.
- اردبیلی، محمد علی (ب ۱۳۹۷)، **کلیات حقوق جزا**، تهران: میزان.
- البستانی، فواد افرام (۱۳۷۸)، **منجد الطلاب**، ترجمه محمد بندر ریگی، تهران: حرّ.
- الهام، غلامحسین؛ برهانی، محسن (۱۳۹۴)، **درآمدی بر حقوق جزای عمومی**، ج ۱، تهران: میزان.
- بازگیر، بدالله (۱۳۸۲)، **قانون مجازات اسلامی در آئینه آراء دیوانعالی کشور - حدود (جرایم علیه اخلاق حسنه)**، چ ۲، تهران: بازگیر.
- برهانی، محسن (۱۳۹۴)، **افساد فی الارض، ابهام مفهومی، مفاسد عملی**، مطالعات حقوق کیفری و جرم شناسی، ۲ و ۳، ۱۹-۴۴.
- پوربافرانی، حسن (۱۳۹۱)، **تحلیل جرم محاربه**، فقه و حقوق اسلامی، ۴، ۴۹-۷۸.
- پوربافرانی، حسن (۱۳۹۵)، **جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی**، چ ۲، تهران: جنگل جاودانه.
- پیمانی، ضیاء الدین (۱۳۸۰)، **جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی**، چ ۵، تهران: میزان.
- تبریزی، میرزا جواد بن علی (۱۴۱۷ق)، **أسس الحدود و التعزیرات**، قم: دفتر مؤلف.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق)، **الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة**، محشای سید محمد کلانتر، ج ۹، قم: داوری.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق)، **مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام**، ج ۱۴ و ۱۵، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- جعفری، مجتبی (۱۳۹۴)، **آخرین تحلیل انتقادی مرزهای رضایت در جرم تجاوز جنسی: حقوق موضوعه و ضرورت های اصلاح آن**، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، ۱۰، ۱۱۳-۱۲۷.
- جعفری، مجتبی (۱۳۹۴)، **مقدمه علم حقوق کیفری**، تهران: میزان.
- حاجی ده آبادی، احمد (۱۳۹۵)، **حاکمیت یا عدم حاکمیت اصل ۱۶۷ ق.ا در امور کیفری با نگاهی به قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲**، پژوهشهای فقهی، ۲/۱۲، ۲۵۷-۲۸۸.
- حبیب زاده، محمد جعفر (۱۳۷۰)، **بررسی جرم محاربه و افساد فی الارض**، تهران: کیهان.
- حبیب زاده، محمد جعفر؛ توحیدی فرد، محمد (۱۳۸۸)، **قانون مداری در قلمرو حقوق کیفری**، چ ۲، تهران: دادگستر.

تحليل سياست كيفرى ناظر بر حدود در قانون مجازات اسلامى ۱۳۹۲ ————— ۱۶۸

- حجّتی، سيد مهدی؛ باری، مجتبی (۱۳۸۴)، **قانون مجازات اسلامى در نظم حقوقى كنونى**، تهران: ميثاق عدالت.
- حسینی، سيد محمد (۱۳۸۳)، **سياست جنایی در اسلام و نظام جمهوری اسلامى ايران**، تهران: سمت.
- حلی (علامه)، حسن بن يوسف (۱۴۱۰ق)، **ارشاد الاذهان الى احكام الايمان**، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلی (علامه)، حسن بن يوسف (۱۴۱۳ق)، **قواعد الاحكام فى معرفه الحلال و الحرام**، ج ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، **شرائع الاسلام فى مسائل الحلال و الحرام**، ج ۴، چ ۲، قم: اسماعیلیان.
- حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۱۶ق)، **المختصر النافع فى فقه الاماميه**، ج ۲، تهران: مؤسسه البعثه.
- خمینی (امام)، سيد روح الله (۱۳۷۹)، **تحریر الوسيله**، ج ۲، قم: دار العلم.
- خوئی، سيد ابوالقاسم (۱۴۲۲ق)، **مبانى تکمله المنهاج**، ج ۱، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام خوئی (ره).
- دهخدا، على اکبر (۱۳۷۷)، **لغت نامه دهخدا**، ج ۹، چ ۱۲، تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
- راغب اصفهانی، حسين (۱۴۱۲ق)، **مفردات الفاظ القرآن**، لبنان: دار العلم.
- رهامی، محسن (۱۳۷۸)، **تقریرات درس حقوق جزای اختصاصی**، دانشکده حقوق و علوم سیاسى دانشگاه تهران، مقطع کارشناسی ارشد.
- زراعت، عباس (۱۳۸۶)، **توبه عذر معاف کننده یا عامل سقوط مجازات؟؛ مطالعا اسلامى (فقه و اصول)**، ۷۷، ۵۴-۲۹.
- زراعت، عباس (۱۳۹۴)، **شرح مبسوط قانون مجازات اسلامى ۱۳۹۲**، بخش حدود، ج ۱، چ ۲، تهران: جنگل جاودانه.
- سپهوند، امیرخان (۱۳۸۶)، **جرائم علیه اشخاص**، تهران: مجد.
- سیوری حلی (فاضل مقداد)، مقداد بن عبدالله سیوری (بی تا)، **کنزالعرفان فى فقه القرآن**، ج ۱، قم: دفتر تبلیغات اسلامى.

- شاکری، ابوالحسن؛ غلام نژاد، یاسر (۱۳۹۰)، **بررسی حکم قتل سَابِ النَّبِيِّ (ص) و ائمه اطهار(ع)**، فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۱/۴۴، ۹۹-۱۱۵.
- شامبیاتی، هوشنگ (۱۳۸۲)، **جرایم علیه اموال و مالکیت**، ج ۶، تهران: مجد.
- شکر، رضا؛ سیروس، قادر (۱۳۸۳)، **قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی**، ج ۳، تهران: مهاجر.
- طباطبائی (صاحب ریاض)، سید علی (۱۴۱۸ق)، **ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل**، ج ۱۶، قم: مؤسسه آل البيت.
- طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶ق)، **مجمع البحرين**، ج ۳، تهران: کتابفروشی مرتضوی.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق)، **المبسوط فی فقه الامامیه**، ج ۸، ج ۳، تهران: المكتبة المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق)، **الخلاص**، ج ۵، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۳۸۳)، **اللمعه دمشقیه**، ج ۱۷، قم: دارالفکر.
- غفرانی، محمد (۱۳۹۱)، **قاموس عصری فی المصطلحات الحدیثه**، ج ۲، تهران: امیرکبیر.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۲ق)، **تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله (الحدود)**، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار(ع).
- فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق)، **کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام**، ج ۱۰، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- فرجیها، محمد (۱۳۹۳)، **مفهوم عنف در جرایم منافی عفت**، از مجموعه نشست های نقد و بررسی آرای قضایی، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، **مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران**، ج ۵۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳)، **فلسفه حقوق**، ج ۲، ج ۵، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کوشا، جعفر (۱۳۹۲)، **بایسته های حقوق جزای اختصاصی او ۳۰۲**، ج ۲، تهران: مجد.
- گلدوزیان، ایرج (۱۳۸۳)، **محشای قانون مجازات اسلامی**، ج ۳، تهران: مجد.
- گلدوست جویباری، رجب (۱۳۸۷)، **جرایم علیه امنیت کشور**، تهران: جنگل جاودانه.
- مرعشی شوشتری، سید محمد حسن (۱۳۷۶)، **دیدگاه های نو در حقوق کیفری اسلام**، ج ۱، چ ۲، تهران: میزان.

تحلیل سیاست کیفری ناظر بر حدود در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ————— ۱۷۰

- مرعشی شوشتری، سید محمد حسن (۱۳۷۷)، **محاربه و افساد فی الارض**، مجله دادرسی، ۹، ۱۰-۱۶.

- مرکز تحقیقات فقهی و حقوقی قوه قضائیه، (۱۳۹۸)، **ره توشه قضایی (استفتانات قضایی از محضر رهبر معظم انقلاب حضرت آیه الله العظمی خامنه ای)**، قم: قضا.

- مرکز تحقیقات فقهی و حقوقی قوه قضائیه، (بی تا)، **گنجینه استفتانات قضایی**، قم.

- مشکینی، علی (۱۴۳۴ق)، **مصطلحات الفقه**، قم: مؤسسه دار الحدیث العلمیه و الثقافیه.

- معین، محمد (۱۳۷۵)، **فرهنگ فارسی معین**، ج ۲، چ ۱۰، تهران: امیرکبیر.

- منصورآبادی، عباس (۱۳۹۵)، **کلیات حقوق جزا**، تهران: میزان.

- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۲۷ق)، **فقه الحدود و التعزیرات**، ج ۳، چ ۲، قم: مؤسسه النشر لجامعه المفید(ره).

- موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا (۱۴۱۲ق)، **الدّر المنضود فی احکام الحدود**، ج ۳، قم: مؤسسه دار القرآن الکریم.

- موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا (۱۴۰۹ق)، **مجمع المسائل**، ج ۳، چ ۲، قم: دار القرآن الکریم.

- میرمحمد صادقی، حسین (۱۳۹۳الف)، **جرایم علیه اشخاص**، چ ۱۴، تهران: میزان.

- میرمحمد صادقی، حسین (۱۳۹۳ب)، **جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی**، چ ۲۵، تهران: میزان.

- میرمحمد صادقی، حسین (۱۳۹۹)، **جرایم علیه شخصیت معنوی اشخاص**، تهران: میزان.

- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۴۱۲ق)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۴۱، بیروت: مؤسسه التاریخ العربی.

- نجفی (کاشف الغطاء)، جعفر بن خضر مالکی (بی تا)، **کشف الغطاء عن مبهمات الشریعه الغراء**، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

- نوبهار، رحیم (۱۳۸۹)، **اهداف مجازات ها در جرایم جنسی**، تهران: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۷۸)، **بایسته های فقه جزا**، تهران: میزان.

- هاشمی، سید حسین (۱۳۹۵)، **نقد فقهی - حقوقی استقلال جرم افساد فی الارض در قانون مجازات اسلامی ۹۲**، فصلنامه حقوق تطبیقی، ۲/۱۲، ۱۲۳-۱۴۶.

- ولایی، عیسی (۱۳۹۱)، **جرایم و مجازات ها در اسلام**، تهران: مجد.