

Validation of Legislation with a Specialized and Proprietary Approach to the Role of Intellect (Case Study: The Penalties in the Book of Islamic Penal Code of 1392)

Seyyed Ahmad Mirkhalili^{1}, Nafiseh Motavvalizadeh¹, Bahareh Karami²*

1. Assistant Professor, Faculty of Theology and Islamic Teachings, University of Meybod, Yazd, Iran

2. Ph.D, Faculty of Theology and Islamic Teachings, University of Meybod, Yazd, Iran

(Received: April 7, 2019; Accepted: June 19, 2019)

Abstract

Legislation is a complex process that is organized by ijthad as a special model of self-reflection and rationality, and "a specialized and proprietary approach to the role play of reason" is one of its constituents. The methodology of ijthad requires that the tripartite processes of socialization of the actors, the formation of the physical structures, and the operationalization of legislation be formulated in accordance with the truth of ijthad and its constituents, and be reproduced in accordance with the time, place and social reality. Otherwise, the outcome of the legislative process will not be coherent and effective. Using a descriptive-analytical approach, the case study of negation in the Islamic Penal Code, adopted in 1392, seeks to answer the question of whether the role played by reason in the legislation with a specialized and proprietary approach would lead to a fundamental distinction in validating the legal material and streamlining the law. This question is rooted in the current situation of legislation, which, concurrent with widespread developments, suffers from frequent and multiple production and reproduction of negations which has led to the degradation of the efficiency of reason and the validity of ijthad in managing social reality. If the validation is done according to a specialized and proprietary approach based on the requirement of the lack of negation, then the apparent and recurrent negations are not produced and reproduced and the validity of the role play of reason and the effectiveness of ijthad in legislation is revived and promoted.

Keywords: The Role of Intellect, the Specialized and Proprietary Approach, the Methodology of Legislation, Negation, Legislative Socialization.

*Corresponding Author: dmirkhalili@gmail.com

پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۶، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۹
صفحات ۶۰۵-۶۲۸ (مقاله پژوهشی)

اعتبارسنجی تقنین با رویکرد تخصصی و اختصاصی به نقش آفرینی عقل (مطالعه موردی: تنافی در کتاب حدود قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲)

سید احمد میرخلیلی^{۱*}، نفیسه متولی‌زاده^۱، بهاره کرمی^۲

۱. استادیار، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه میبد، یزد، ایران

۲. دکتری، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه میبد، یزد، ایران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۱/۱۸؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۳/۲۹)

چکیده

تقنین فرایند پیچیده‌ای است که با روش اجتهاد به‌متابۀ مدلی از اندیشه‌ورزی و عقلانیت سامان می‌یابد و «رویکرد تخصصی و اختصاصی به نقش آفرینی عقل» از مقومات آن است. روش‌شناسی اجتهاد اقتضا دارد که فرایندهای سه‌گانه جامعه‌پذیری عاملان تقنین، شکل‌گیری ساختارهای فیزیکی تقنین و عملیاتی شدن تقنین، در ذیل حقیقت اجتهاد و مقومات آن شکل گیرد و متناسب با زمان، مکان و واقعیت‌های اجتماعی بازتولید شود، وگرنه خروجی آن، قانون منسجم و کارآمدی نخواهد بود. موردپژوهی تنافی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ با روش توصیفی - تحلیلی پاسخگوی این پرسش است که آیا نقش آفرینی عقل در تقنین، با رویکرد تخصصی و اختصاصی، به تمایز بنیادینی در اعتبارسنجی مواد قانونی و کارآمدسازی تقنین می‌انجامد؟ این پرسش در وضعیت موجود تقنین ریشه دارد که همزمان با تحولات گسترده، متلابه تولید و بازتولید تنافی‌های متعدد و مکرر بوده که به تنزل کارآمدی عقل و اعتبار اجتهاد در مدیریت واقعیت‌های اجتماعی انجامیده است. اگر اعتبارسنجی با رویکرد تخصصی و اختصاصی بر اساس بایسته عدم تنافی انجام گیرد؛ تنافی‌های آشکار و تکراری، تولید و بازتولید نمی‌شود و اعتبار نقش آفرینی عقل و کارآمدی اجتهاد در تقنین احیا و ارتقا می‌یابد.

واژگان کلیدی

تنافی، جامعه‌پذیری تقنینی، روش‌شناسی تقنین، رویکرد تخصصی و اختصاصی، نقش عقل.

مقدمه

فرایند تقنین به دلیل لزوم التزام به واقعیت‌های ثابت و متغیر اجتماعی و همچنین اصول و استانداردهای اجتهادی، پیچیدگی مضاعفی دارد و زمانی دوچندان می‌شود که غرض اصلی از تقنین، ارائه قانون برای بهره‌برداری از آن باشد. اگر فرایند تقنین اعم از قانونگذاری و قانون‌نگاری منطبق بر بایسته‌ها نباشد، نقض غرض است. کشف و تطبیق بایسته‌ها در گروی نقش‌آفرینی عقل به شکل دقیق خواهد بود که از آن به رویکرد تخصصی و اختصاصی یاد می‌شود.

اصلی‌ترین چالش برای تقنین، تنافی قانون در مقام گزارش حکم الهی و نگارش آن است که بیانگر فقدان بایسته حاکم بر بایسته‌ها، یعنی انسجام و عدم تنافی در قانون خواهد بود. مروری بر بازنگری‌های قانون مجازات بیانگر تلاش‌های جامعه حقوقی برای تحقق این بایسته بوده که تحولات و دستاوردهای زیادی نیز به دنبال داشته، ولی فقدان رویکرد تخصصی و اختصاصی سبب تولید و بازتولید تنافی‌های گسترده شده است. فرایند تقنینی که تنافی‌زا و در پیشگیری ناکارآمد باشد، به طریق اولی، فاقد مدیریت درمان‌گرایانه است.

این امر به تنزل اعتبار و کارآمدی اجتهاد و نقش‌آفرینی عقل انجامیده و این ذهنیت را ایجاد کرده که تنافی، امری طبیعی بوده و لازمه نقش‌آفرینی عقل به‌عنوان کنشی بشری در مواجهه با واقعیت‌هاست. این ذهنیت، زمانی موجه‌تر می‌شود که ماهیت آن واقعیت مثل تقنین، از پیچیدگی‌های مضاعف برخوردار باشد. بنابراین، آینده روشنی برای مدیریت واقعی تنافی وجود ندارد و این ذهنیت - وجود ملازمه بین نقش‌آفرینی عقل و تولید تنافی‌ها ضمن رشد نسبی تحولات قانون - ماندگار می‌ماند و خط بطلانی بر بایسته‌های تقنین می‌کشد.

تاکنون سازوکاری که ضامن تبیین این رویکرد و التزام به لوازم آن باشد، در نظام حقوقی تعبیه نشده است. اما گفتمان‌سازی نهادهای فقهی و حقوقی برای تأسیس و تعمیق دانش‌های پشتیبان همچون فقه الاجتماع، روش‌شناسی تقنین، فقه تقنین و اخلاق حرفه‌ای

مقننین و همچنین مدیریت منابع انسانی و طراحی ساختارهای نوین تقنینی بر اساس این دانش‌ها، از تدابیر روشمند در علاج تنافی است.

طبیعی است که فرایند جامعه‌پذیری یا همان تربیت و یادگیری اجتماعی، باید در هماهنگی کامل با بایسته‌های تقنین باشد تا افرادی که زیر نظر نهادها و کارگزاران جامعه‌پذیری از جمله نهاد آموزش و پرورش و آموزش عالی تربیت و شکوفا می‌شوند، قابلیت و آمادگی کافی برای رسالت فوق را داشته باشند. در غیر این صورت، نه جامعه حقوقی و مقنن قابلیت درک و اجرای بایسته‌ها را دارد و نه ساختار فیزیکی و برنامه عملی نهادهای قانونی، ظرفیت حرکت بر اساس بایسته‌ها را خواهد داشت. ارجاع تنافی‌های قانون به مقنن و ساختارهای اجرایی تقنین، بیانگر این حقیقت است که اگر عامل و ساختار معیوب باشد، قانون نیز به‌مثابه معلول، معیوب و دارای تنافی خواهد بود.

ضروری است که نقش رویکرد تخصصی و اختصاصی در احیای اعتبار و کارآمدی اجتهاد بررسی شو. در صورتی که جواب مثبت باشد، لازم است که این رویکرد نیز در جایگاه بایسته‌های حاکم قرار گیرد و حایز مرتبه نخست شود؛ زیرا با رعایت این بایسته است که بایسته انسجام و عدم تنافی تحقق می‌یابد. در نتیجه بر جامعه حقوقی و کارگزاران تقنین لازم خواهد بود که با رویکرد تخصصی و اختصاصی به مقوله انسجام و عدم تنافی بپردازند و سازوکار پیشگیری از حضور تنافی در قانون را کشف و تولید کنند.

موردپژوهی تنافی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نمونه کوچکی از التزام عضوی از جامعه حقوقی به این رویکرد است که اگر به التزام نهادی و عمومی تبدیل شود، قانونی منسجم و به دور از تنافی وضع خواهد شد. این وضعیت، به احیای اعتبار و کارآمدی اجتهاد و نقش‌آفرینی عقل و ارتقای روزافزون آن می‌انجامد. این نوشتار، گام‌های اولیه این تحول قلمداد می‌شود.

مبانی نظری

ارائه دقیق موضوع نگارش و تسهیل در فهم مخاطب نسبت به موردپژوهی اقتضا می‌کند که شبکه مفاهیم کلیدی به شیوه منظم و منسجمی تبیین شود.

نقش آفرینی عقل

مراد از «نقش آفرینی عقل» این است که لازمه عقلی وضع قانون و اعتبارسنجی آن، اندیشه‌ورزی برای چهار محور: «روش‌شناسی تقنین»، «مقنن»، «فرایند تقنین» و «قانون» خواهد بود.

«نقش آفرینی عقل در چهار محور فوق» که از مسلمات و بدیهیات محسوب می‌شود، به شرح ذیل است:

۱. نقش آفرینی عقل گاه ناظر به روش‌شناسی تقنین (موتور حرکت) است. محصول آن، تبیین دقیق اجتهاد و بایسته‌های آن در فرایند تقنین است؛
 ۲. گاه ناظر به مقنن (فاعل حرکت) است برای تأمین نیروی انسانی مستعد برای تقنین. محصول آن، تبیین دقیق جامعه‌پذیری تقنینی است. مراد از جامعه‌پذیری تقنینی، سازوکاری است که عواملان تقنین، حد نصاب برای نقش آفرینی را دارا می‌شوند. در بسیاری از موارد، آسیب‌شناسی‌ها ناظر به فاعلیت مقنن است، در حالی که باید به قابلیت او متوجه باشد؛
 ۳. گاه ناظر به فرایند تقنین (بستر و سامانه حرکت) است برای هماهنگی بین مقنن و عملیات تقنین. محصول آن، تبیین دقیق سامانه تعاملات و ارتباطات برای فعالیت‌های مشترک و هم‌افزاست. در بسیاری از موارد، آسیب‌شناسی‌ها ناظر به فاعلیت مقنن است، در حالی که باید به قابلیت نهادهای تقنینی متوجه باشد؛
 ۴. گاه ناظر به قانون (مقصد و ثمره حرکت) است، به جهت سنجش هماهنگی ساختار و محتوای قانون با غرض تقنین. محصول آن تولید مدل اعتبارسنجی و آسیب‌شناسی جامع و استاندارد قانون است. در این صورت آسیب‌شناسی‌های جامعه علمی روشمند می‌شود و زمینه‌ساز تحولات تکاملی و رو به رشد نظام تقنین در محورهای فوق خواهد شد.
- با توجه به مسلمات و بدیهیات فوق، ادعای نوشتار این است که رویکرد تخصصی و اختصاصی از مقومات اجتهاد و بایسته‌های تقنین است و اعتبارسنجی قانون بر پایه آن رویکرد، مانع تولید و بازتولید تنافی می‌شود. بنابراین لازم است که «بایسته‌های تقنین»، «رویکرد تخصصی و اختصاصی» و «تنافی» تبیین شوند.

بایسته‌های تقنین

بایسته‌های تقنین یعنی اصول، فنون، راهبردها و قواعدی که به منظور دستیابی آسان و سریع تقنین به اهداف اعمال می‌شوند (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۳: ۱۷). با وجود سابقه طولانی و تجربه‌های ملی و بین‌المللی تقنین و سرمایه‌گذاری‌های پژوهشی، همچنان دانش روش‌شناسی تقنین یا فقه تقنین تولید نشده و گزاره‌های مرتبط با آن انسجام نیافته است. دانشی که متکفل پرداختی روشمند و اختصاصی به بایسته‌های تقنین، اعم از مدل استخراج و تولید بایسته‌ها، گونه‌شناسی، سطح‌بندی و تعیین مناسبات سطوح بایسته‌ها، ساختار و فرایند تطبیق بایسته‌ها در مقام تقنین، کیفیت ارزیابی و اعتبارسنجی قانون به مثابه محصول و غیره است (شفیعی سروستانی، ۱۳۸۵: ۱۶ - ۱۸ و ۱۰۸ - ۱۱۰؛ قاسمی، ۱۳۸۳: ۱۵۸ - ۱۶۰).

بایسته‌های تقنین در دو بخش قانونگذاری و قانون‌نگاری ساماندهی می‌شوند (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۳: ۲۳، شفیعی سروستانی، ۱۳۸۱: ۲۳۸، کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۳: ۳۱۱). حرکت بر اساس آنها نیازمند داشتن هنر، علم و سیاست منسجم نسبت به تقنین و بایسته‌های آن بوده (قاسمی، ۱۳۸۳: ۱۶۴؛ شفیعی سروستانی، ۱۳۸۵: ۴۲۱) و رهایی قوانین از تنافی ثمره آن است.

دو بایسته «تخصص و اختصاص» و «انسجام و عدم تنافی» بایسته‌های حاکم بر دیگر بایسته‌ها هستند که التزام به آنها و لوازشان، به وضع قانون منسجم می‌انجامد. این دو بایسته به شرح ذیل است:

۱. رویکرد تخصصی و اختصاصی

مدلول مطابقی واقعیت اجتماعی با تمام ویژگی‌هایش از جمله انعطاف‌پذیری، سیال بودن، شکننده و حساس و غیرثابت، متکثر و رشدیابنده، استمراریت، برآمده از انسان و قابل مدیریت توسط انسان (صدر، ۱۴۰۳: ۴، ۱۳، ۱۰۴ و ۵۰۸) اقتضا می‌کند که انسان برای بقا و ارتقای خود و جامعه، آن را مدیریت کند. بنابراین، مدیریت، مدلول التزامی واقعیت اجتماعی است. فقه و قانون، نظریه مدیریت واقعیت‌های متغیر پیچیده اجتماعی است و

لازمه مدیریت، فهم عمیق آنهاست. بنابراین، اجتهاد به معنای فهم عمیق و دقیق واقعیت‌ها مدلول التزامی مدیریت است که مدیریت نیز مدلول التزامی واقعیت‌های اجتماعی خواهد بود. فهم عمیق و دقیق، معلول پیچیدگی و چندجانبه بودن واقعیت‌هاست و بدون رویکرد تخصصی و اختصاصی محقق نمی‌شود.

مراد از رویکرد تخصصی در اینجا رویکرد شبکه‌ای است که بیانگر تعامل هم‌افزای چند تخصص خواهد بود و فهم یک واقعیت اجتماعی، نیازمند بهره‌برداری از آگاهی‌های چند دانش همگن و مرتبط است. مراد از اختصاص نیز اینکه نقش‌آفرینی عقل با رویکرد تخصصی و شبکه‌ای به اختصاص نیروی انسانی، ساختار فیزیکی، بودجه و زمان خاص نیاز دارد. همان‌طوری که «رویکرد تخصصی» مدلول التزامی فهم عمیق و دقیق است، «رویکرد اختصاصی» نیز مدلول التزامی رویکرد تخصصی خواهد بود.

پرداخت ضمنی، فرعی و غیرنظام‌مند به رویکرد تخصصی و شبکه‌ای یا محصول فقدان رویکرد اختصاصی در فرایند تقنین است یا محصول فقدان رویکرد تخصصی که در هر صورت به فقدان نقش‌آفرینی عقل به صورت اجتهادی برمی‌گردد و اعتبار قانون را مخدوش می‌کند (رشاد، ۱۳۸۲: ۲۴؛ شفیعی سروستانی، ۱۳۸۵: ۴۱۵ و ۲۲۷ - ۲۲۹)؛ زیرا پرداخت ضمنی به یک مسئله مهم و عدم اختصاص جایگاه ویژه به آن در جغرافیای پژوهش، به این می‌انجامد که فرصت کامل و کافی به آن اختصاص نیابد، جوانب آن به دقت بررسی نشود و توقع اینکه باید با روش‌شناسی خاص به آن توجه شود، وجود نداشته باشد و بازنگری‌ها و ویرایش‌های متعدد در مورد آن صورت نگیرد. این نقصان‌های روشی، پیامدهای تلخ تنزل اعتبار و مقبولیت قانون را به دنبال خواهد داشت (شفیعی سروستانی، ۱۳۸۵: ۴۱۴ - ۴۱۵ و ۲۲۶ - ۲۲۸).

از آنجاکه نظام فقه و تقنین به مدیریت واقعیت اجتماعی و لوازم آن از جمله شناخت نیازها، پیش‌بینی، برنامه‌ریزی، هماهنگی بین نیازها، استنباط حکم الهی آنها و نظارت بر قانون‌ها و مقررات می‌پردازد؛ اقتضا می‌کند که رویکرد فوق در «مدیریت تقنین» لحاظ شود (قاسمی، ۱۳۸۳: ۱۵۸ - ۱۶۰ و ۱۶۴؛ شفیعی سروستانی، ۱۳۸۵: ۴۰۲) و به دلیل لزوم

هماهنگی قانون با فقه به عنوان دانش پشتیبان (شفیعی سروستانی، ۱۳۸۵: ۲۶۶ و ۲۶۹) لازم است که دانش «مدیریت علم فقه» نیز تأسیس شود (شفیعی سروستانی، ۱۳۸۵: ۱۱) تا تبیین دقیق و روشمندی از رویکرد تخصصی و اختصاصی حاصل آید.

اگرچه این رویکرد از مقومات اجتهاد است و باید در دانش‌های پشتیبان تقنین به تبیین آن پرداخت، دو مدلول التزامی دیگر نیز دارد که در ذیل بیان خواهند شد:

الف) جامعه‌پذیری تقنینی: اخلاق حرفه‌ای اقتضا می‌کند که فرایند جامعه‌پذیری کارگزاران تقنین به صورت مستمر در راستای تقنین صحیح مد نظر باشد (لويس، کاگیل، ۱۳۹۷: ۱۹۱ - ۱۹۳ و ۱۷۹ - ۱۸۱ و ۱۲۲ - ۱۲۳ و ۷۵ - ۸۰؛ شفیع سروستانی، ۱۳۸۵: ۴۲۷ - ۴۲۸ و ۵۱۷) و گرنه، نگرش‌ها، بینش‌ها و روش‌های ناهماهنگ آنها با رسالت تقنین به تولید و بازتولید تنافی می‌پردازد (وکیلیان، ۱۳۹۰: ۱۳۱؛ لويس، کاگیل، ۱۳۹۷: ۱۳)؛

ب) اصلاح ساختار نهادهای تقنین: این رویکرد اقتضا می‌کند که ساختارها و نهادهای تقنین برای نقش آفرینی عواملان تقنین، قابلیت و صلاحیت داشته باشند.

با توجه به اینکه سال‌ها از تأسیس اداره ارزیابی قوانین در ذیل اداره کل تدوین لوایح و برنامه می‌گذرد (شفیعی سروستانی، ۱۳۸۵: ۴۱۰) به دلیل فقدان رویکرد تخصصی و اختصاصی ناکارآمد است و لذا پیشنهادهایی مطرح شده است که به بعضی از آنها اشاره می‌شود:

الف) تأسیس کمیسیون قوانین و مقررات کشور، با حضور نمایندگان از سه قوه با هدف کم شدن تنافی و نیازمندی کمتر به اصلاح جدی (شفیعی سروستانی، ۱۳۸۵: ۴۱۱ و ۴۰۲ - ۴۰۳؛ بیگزاده آروق، ۱۳۸۲: ۱۰۸ - ۱۱۲)؛

ب) بهره‌گیری از خرد جمعی در بستر فناوری‌های نوین. جمع‌سپاری قانون‌ها یکی از روش‌های متداول در جهان است (ملک‌نژاد و ارفع‌الرفیعی، ۱۳۹۶: ۵).

فرایند تولید و بازتولید تنافی بیانگر این است که اگر اصلاح ساختارها دقیقاً بر اساس رویکرد فوق نباشند و نسبت خود را با آن رویکرد تبیین نکنند، مدیریت تنافی ناتمام می‌ماند.

۲. رویکرد انسجام و عدم تنافی

بایسته‌های انسجام و عدم تنافی و تخصص و اختصاص به‌ترتیب در قلمروی هدف و ابزارند و عمل به این ابزار، قانون را به آن انسجامی می‌رساند که بعضی با عنوان عقلانیت درونی از آن یاد کرده‌اند (وکیلان، ۱۳۹۰: ۷۱ - ۷۳؛ حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۳: ۳۷ - ۳۸؛ کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۲: ۱۰۶؛ شفیعی سروستانی، ۱۳۸۱: ۲۳۱). استمرار تنافی‌ها با هدفگذاری قانون برای اجرای احکام الهی و تربیت انسان‌های صالح منافات دارد (شفیعی سروستانی، ۱۳۸۵: ۴۲۲ و ۴۲۷ - ۴۲۸). این تنافی ساختاری بیانگر تنافی تقنین با عقلانیت کل‌نگر خواهد بود؛ زیرا عقلانیت کل‌نگر عبارت است از اهداف مناسب و انتخاب ابزارهای مناسب برای رسیدن به آن اهداف (اصغری، ۱۳۸۶: ۲۱۷). از آنجا که تحقق بایسته انسجام در گروهی اعمال هر چه بیشتر دقت به‌عنوان یک اصل اساسی است (اصغری، ۱۳۸۶: ۱۲) امروزه علم قانونگذاری به این امر مهم اختصاص دارد (قاسمی، ۱۳۸۳: ۱۶۶) و بر اتخاذ رویکرد تخصصی و اختصاصی به‌عنوان امری راهبردی در رفع تنافی ساختاری تأکید شده است.

موردپژوهی: تنافی در قانون مجازات ۱۳۹۲

با توجه به بایسته انسجام و عدم تنافی، مراد از تنافی، فقدان انسجام خواهد بود. در این معنا، تنافی اعم از تعارض مطرح در علم اصول است. در دانشنامه فقه اسلامی، با استناد به تعریف اصولیون امامی و عامی، تعارض چنین تعریف شده است: تعارض «تنافی» داشتن مقتضای دو یا چند دلیل با یکدیگر است؛ به طوری که با هم متضاد یا متناقض باشند (مشکینی، ۱۴۱۳: ۱۱۲).

هدف از موردپژوهی تنافی این است که نظریه نقش‌آفرینی عقل با رویکرد تخصصی و اختصاصی در بستر این مطالعه ملموس شود و گام اولیه‌ای برای تحقق این تحول بنیادین رقم خورد. در این موردپژوهی «تنافی در قانون مجازات ۹۲» در دستور کار مطالعه تخصصی قرار گرفته و تمام تنافی‌ها تجمیع و گونه‌شناسی شده است. منطق گونه‌شناسی در این مطالعه به شرح ذیل خواهد بود:

بایسته انسجام و عدم تنافی بیانگر عناوین: وحدت، اصالت، تناسب، مقتضی و عدم مانع و علت و معلول است که در ذیل بیان می‌شود و اطلاق بایسته بر آنها از نوع اجمال و تفصیل است:

وحدت: ماده باید کامل باشد و نیازمند ماده دیگر نباشد. بنابراین، ماده‌ای که تکرار یا تکمیل‌کننده یک ماده کامل باشد، تنافی محسوب می‌شود.

اصالت: تمام اجزا از مقومات است و ذکرشان ضرورت دارد. بنابراین، اگر ماده یا اجزای آن اصالت نداشته باشد یک تنافی محسوب می‌شود به‌ویژه اگر آن جزء غیراصیل، اصیل پنداشته شود و در فرایند استنباط قرار گیرد.

تناسب: حضور ماده در قانون، اجزای ماده در ماده، اجزای درونی یک ماده با هم و مواد با هم تناسب داشته باشد.

مقتضی و عدم مانع: برای وضع ماده، مقتضی موجود و مانع مفقود باشد. بنابراین، اگر مقتضی مفقود یا ناقص یا مانع موجود باشد، یک تنافی محسوب می‌شود.

علت و معلول: علت تامه برای تحقق این ماده به‌مثابه معلول آماده باشد. بنابراین اگر یک ماده یا اجزای آن، معلول بدون علت یا معلول علت ناقصه باشد، یک تنافی رقم خورده است.

بنابراین، در این مورد پژوهی که بخش اندکی از آن در این نگارش ارائه شده است، تنافی‌ها در پنج گونه تکرار، اصالت غیراصیل، تناسب غیرمناسب، معلول بی‌علت و مقتضی و مانع ساماندهی شده است. هر یک از تنافی‌های پنج‌گانه مصادیقی دارد که در متن به آن اشاره می‌شود.

تکرار

طراحی بخش کلیات در قانون ۹۲ برای مدیریت ماده‌های تکراری و آسیب‌های ناشی از آن، یکی از تحولات ساختاری و شکلی قلمداد می‌شود. اما همچنان تکرارهای متعدد و گاهی ناقص، از آسیب‌ها و تنافی‌های موجود در این قانون است. ماده ذیل نمونه‌ای از این تکرار محسوب می‌شود:

ماده ۲۲۳ از قانون ۹۲ از تحولات بوده و در قانون ۷۰ سابقه نداشته است؛ ولی از آنجا که ماده ۱۲۰ و ۱۲۱ که بیانگر قاعده درء است، شامل ماده ۲۲۳ نیز می‌شود. وضع این ماده، تکراری و لغو بوده و در تنافی با غرض بخش کلیات است. زیرا عبارت «مگر آنکه خلاف آن با حجت شرعی لازم ثابت شود» یکی از مصادیق دلیل در عبارت «دلیلی بر نفی آن یافت نشود» در ماده ۱۲۰ است. کما اینکه در ماده ۲۴۸ قانون ۹۲ نیز که در قانون ۷۰ تبصره ماده ۱۴۲ بوده و الآن به ماده مستقل تبدیل شده است، این تکرار وجود دارد.

دلیل وضع جدید این بوده که تبصره اختصاص به ماده ۱۴۲ نداشته و در همه موارد جریان داشته است (فتحی، ۱۳۹۶، ج ۲: ۲۴۸). چند اشکال در این تحلیل هست:

الف) به دلیل عمومیت داشتن این تبصره، باید در بخش مواد عمومی کتاب حدود می‌آمد و اگر عمومیتش فراتر است و اختصاص به قذف و دیگر جرایم در کتاب حدود ندارد و شامل مواد در کتاب‌های دیگر می‌شود، لازم بود تا در کتاب کلیات بیاید؛

ب) در ماده ۲۴۶ روشن و بی‌ابهام بودن و قصد انتساب داشتن از شرایط حد قذف است. لازمه‌اش این است که اگر ابهام و شکی در کار باشد، قذف ثابت نمی‌شود. بنابراین اگر قرینه‌ای در کار باشد که مشخص کند مرادش قذف نبوده است، به طریق اولی قذف ثابت نمی‌شود. از این زاویه اصلاً در کلیات هم نباید بیاید و ذکرش لغو است، نه اینکه تکرارش لغو باشد؛ زیرا با وجود قرینه قطعی، حکم قذف سالبه به انتفای موضوع می‌شود و لازمه‌اش این است که نه حد ثابت شود و نه تعزیر، در حالی که این ماده می‌گوید حد ثابت نمی‌شود.

اصالت غیراصیل

– در ماده ۸۶ قانون ۷۰ ملاک خروج زن و مرد از احصان، عدم امکان دسترسی و نه عدم امکان دسترسی کامل بیان شده بود و لذا با ماده ۸۳ که شرایط احصان را مطرح کرده و قائل به تفاوت احصان زن و مرد است، منافات دارد، کما اینکه در ماده ۲۲۷ قانون جدید، ملاک خروج زن و مرد از احصان، عدم امکان دسترسی کامل است که با تفکیک احصان زن و مرد در ماده ۲۲۶ منافات دارد؛ زیرا لازمه تفکیک این است که خروج آنها از احصان

نیز متفاوت باشد؛ در حالی که این ماده بیانگر یکسانی ملاک زن و مرد در خروج از احسان است. این تنافی زمانی تقویت می‌شود که منشأ تحول در قانون جدید و اضافه شدن حیض و نفاس و موارد دیگر، اتخاذ سیاست جنایی مبنی بر احتیاط و قاعده‌درء بوده است (فتحی، ۱۳۹۶، ج ۱: ۲۴۴).

ماده ۲۲۷ نسبت به احسان زن و مرد، ظهور در دسترسی کامل دارد، کما اینکه اقتضای احتیاط و قاعده‌درء نیز همین است. بنابراین، فقدان ذکر «هر وقت بخواهد» در تعریف احسان زن در ماده ۲۲۶ و اکتفا کردن به «امکان دسترسی حلال به همسر» با اقتضائات قاعده‌درء که حکم به «دسترسی کامل» می‌کند، منافات دارد. اصالت غیراصیل و تنافی ناشی از آن به شرح ذیل است:

ماده ۲۲۷ بیان می‌کند که فقدان دسترسی کامل به همسر، باعث خروج زن و مرد از احسان است. بنابراین دسترسی کامل به معنای هر وقت بخواهد، مقوم احسان خواهد بود و با تفکیک احسان زن و مرد در ماده ۲۲۶ تنافی دارد. تفکیک، بیانگر این است که ملاک احسان در مرد، امکان دسترسی با قید «هر وقت بخواهد» و در زن فقط «امکان دسترسی» است. اگر این قید زائد و توضیحی باشد، مفهوم مخالف نخواهد داشت. در حالی که مقنن به این قید توضیحی اصالت داده و از فقدان ذکر آن در احسان زن، تفاوت مفهومی احسان را نتیجه گرفته است.

ادبیات فقهی نسبت به تفاوت یا عدم تفاوت احسان زن و مرد دو تفسیر دارد و ماده قانونی با هیچ‌یک از آنها هیچ ارتباطی ندارد:

الف) احسان زن و مرد تفاوتی ندارد و مقوم احسان، دسترسی کامل است و هر یک از طرفین دارا باشد، متصف به احسان می‌شود. عبارت «الاحسان فی المرأه کالاحسان فی الرجل» (محقق حلی، ۱۴۰۹، ج ۴: ۱۳۸) بیانگر همین شباهت است؛

ب) اگر مرد امکان دسترسی کامل به زن داشته باشد، هم خودش محصن است و هم باعث احسان زن می‌شود. در این تفسیر، مقوم احسان زن و مرد، دسترسی کامل مرد به زن است.

اگر معیار ارزیابی شورای نگهبان، نظر امام باشد، نظر ایشان با گزینه دوم سازگار است؛ اگرچه بعضی از محققان (فتحی، ۱۳۹۶، ج ۱: ۲۳۱) به استناد جمله ذیل، نظر امام را مطابق با گزینه اول تفسیر کرده‌اند: *يعتبر في احصان المرأة ما يعتبر في احصان الرجل فلا ترجم لو لم يكن معها زوجها يغدو عليها و يروح (موسوی خمینی، ۱۴۲۰، ج ۲: ۴۵۸).*

به نظر می‌رسد که نظر امام با گزینه دوم سازگار است؛ زیرا مراد از مای موصوله در «ما يعتبر في احصان الرجل» دو مصداق دارد:

۱. امکان دسترسی کامل: در این صورت، هر یک از زن و مرد که این ملاک را داشته باشد، محصن است که با گزینه اول سازگار خواهد بود؛

۲. امکان دسترسی کامل برای مرد: همین که مرد دسترسی کامل به زن داشته باشد، هر دو متصف به احصان می‌شوند. در این فرض، «يعتبر» به معنای یکفیی است و با گزینه دوم تناسب دارد.

فعل مذکر «يغدو عليها و يروح» بیانگر کفایت «امکان دسترسی کامل برای مرد» در احصان زن است. تطبیق نظر امام بر گزینه اول نادرست بوده و منشأ آن نیز فهم نادرست مدلول مطابقی است.

– در ماده ۲۶۳ قانون ۹۲ صرف ادعای فقدان یکی از عناصر مسئولیت کیفری، موجب خروج متهم از سبب النبی و مسقط مجازات دانسته شده است و احتمال صدق لازم نیست. در حالی که در ماده ۲۱۸ از همین قانون، ادعای فقدان یکی از عناصر مسئولیت کیفری، به احتمال صدق مشروط شده است.

بعضی علت موجه بودن ماده ۲۶۳ را به تفاوت ماهوی این دو ماده دانسته‌اند؛ زیرا در ماده ۲۶۳ صرف ادعا کافی است و احتمال صدق لازم نیست. دلیلشان این است که همیشه احتمال صدق وجود دارد و بعید است انسان عاقلی، شخصیت رسول خدا و اهل بیت را سب کند و لذا در اینجا، همیشه احتمال صدق این ادعا وجود دارد و به شرط کردن در ماده نیاز نیست (فتحی، ۱۳۹۶، ج ۲: ۱۵۰).

در نقد این تحلیل و نمایان کردن اصالت غیراصیل و تنافی ناشی از آن، باید گفت:

از یک طرف، شرط احتمال صدق در ماده ۲۱۸ اگرچه به صورت ایجابی است، در حقیقت ماهیت سلبی دارد؛ زیرا احتمال صدق ادعا به معنای فقدان یقین به وجود خلاف ادعاست. به عبارت دیگر، احتمال صدق زمانی معنادار است که انسان یقین به کذب نداشته باشد و این احتمال نیز مراتبی دارد که همه حالات غیر از یقین را شامل می شود. فقط زمانی ادعا مسموع نیست که یقین به کذب وجود داشته باشد. بنابراین فقدان یقین به خلاف، از مقومات هر دو ماده است و احتمال صدق نیز موضوعیت و اصالت ندارد، بلکه طریقی است تا هم یقین به صدق را نفی کند و هم فقدان یقین به خلاف را کافی بداند. از این جهت، هیچ تفاوت ماهوی بین دو ماده نیست.

از طرفی نیز ادعای فوق مبتنی بر استبعاد سب از انسان عاقل نسبت به رسول خدا و استنتاج تحقق همیشگی احتمال صدق مدعی، ادعایی است که با عقل و شواهد تاریخی سازگار نیست؛ زیرا لازمه تحقق همیشگی احتمال صدق، تحقق همیشگی فقدان یقین به خلاف است و در نتیجه احتمال اینکه شخصی حقیقتاً و به صورت جدی، نبی یا اهل بیت او را سب کند، وجود ندارد و حال آنکه احتمال عقلیش وجود دارد و وجود انسان هایی در طول تاریخ که رسول خدا و اهل بیت او را سب کرده اند، از مسلمات تاریخی است. ضمن اینکه با قاعده درء که موضوعش شبهه است، تنافی دارد؛ زیرا مشهور است که مسموع بودن ادعا به دلیل قاعده درء است، در حالی که با فرض تحقق همیشگی احتمال صدق، اصلاً شبهه ای باقی نمی ماند و این قاعده نسبت به این مواد، سالبه به انتفای موضوع می شود.

روشن شد که قید «به شرط احتمال صدق» در ماده ۲۱۸ اصالت ندارد، بلکه بیانگر معنای دیگری است که آن اصالت دارد و لذا نمی توان از فقدان آن در ماده ۲۶۳ به این نتیجه رسید که این دو ماده، تفاوت ماهوی دارند و بیان آن به صورت ماده مستقل موجه است.

معلول بی علت

طبق تبصره ماده ۲۴۶ قانون ۱۳۹۲ قذف که باید روشن و بی ابهام باشد، در لفظ منحصر

نیست و با نوشتن هم محقق می‌شود؛ بنابراین لفظ موضوعیت ندارد و طریق انحصاری نیست. از آنجا که قذف باید روشن و بی‌ابهام باشد، لازم است تا ارکان تحقق قذف نیز روشن و بی‌ابهام باشند. ارکان قذف عبارتند از قاذف، مقذوف، نسبت زنا یا لواط.

نسبت زنا یا لواط متوقف بر ایجاد ماهیت زنا و لواط است، به این معنا که نسبت‌دهنده تا نتواند ماهیت زنا و لواط را ایجاد کند، قذف، سالبه به انتفای موضوع می‌شود. ایجاد کردن ماهیت زنا یا لواط از طرق مختلفی متصور است: وجود لفظی، وجود کتبی، وجود تصویری، وجود حرکتی و غیره.

در وجود کتبی و لفظی از آنجا که زنا و لواط ماهیت خاصی دارد و کلمه زنا و لواط برای آن وضع شده است، با گفتن یا نوشتن آن کلمه، زنا و لواط مد نظر محقق می‌شود. اگرچه در این وضعیت، معنای زنا و لواط به صورت روشن و بی‌ابهام محقق شده است، به‌تنهایی قذف را محقق نمی‌کند و باید با ارکان دیگری همراه شود و لذا اگر جایگاه برجسته مقذوف به‌مثابه قرینه شفاف و روشنی عمل و امکان انتساب زنا و لواط به او را منتفی کند، در این حالت اگرچه لفظ زنا یا لواط به‌کار رفته است، قذف محقق نمی‌شود؛ زیرا این نسبت به دلیل اراده معنای مجازی شفاف نیست.

در وجود تصویری نیز، گاهی شاید بعضی از مصادیق نقاشی به‌گونه‌ای باشد که زنا یا لواط را به صورت روشن و بی‌ابهام تحقق بخشد و در نتیجه قذف نیز محقق خواهد شد. توصیف این نقاشی به شرح ذیل است:

قاذف: او که در نقاشی وجود ندارد، زیرا تشخیص خارجی دارد و طراحی، کار اوست؛ مقذوف: نزد عده‌ای از افراد جامعه معروف و آشنا هستند و امکان طراحی چهره آنها به‌گونه‌ای که ظهور عرفی در تطبیق بر آنها داشته باشد از مسلمات است.

زنا: امکان طراحی جماعی که در زنا لازم است نیز از مسلمات است. ترسیم فضای خالی از شبهه جماع مانند حضور در فضای آموزشی و علمی نیز از مسلمات محسوب می‌شود.

بنابراین، نقاشی فوق، برای تحقق قذف با وصف روشن و بی‌ابهام کفایت می‌کند.

نکته مهم این است که نسبت نقاشی به تک تک نقاشی‌ها، مانند کلمه برای تک تک تلفظ‌ها و نوشتن‌هاست. یعنی نقاشی و کلمه، مقسم هستند. همان طوری که در ارتباط با کلمه، هر تلفظی و هر نوشته‌ای، بر زنا دلالت نمی‌کند و فقط کلماتی مانند زنا یا لواط که برای این حقیقت وضع شده است، بر آنها دلالت می‌کند، در نقاشی نیز هرگونه نقاشی بیانگر زنا نیست، بلکه نقاشی خاص سبب قذف است. با توجه به اینکه نوشتن آن کلمه نیز مانند تلفظ آن طریقت دارد، منحصر کردن قذف به دو طریق تلفظ و نوشتن، انحصار بلامرجح و معلول بی‌علت است. بنابراین، استدلال ذیل ناتمام خواهد بود:

«با توجه به اشتراط قید صریح و بدون ابهام بودن در انتساب قذف، معلوم می‌شود با ایما و اشاره، نقاشی و کاریکاتور و امثال آن، غالباً قذف محقق نمی‌شود؛ چون دلالت صریح بر انتساب به زنا یا لواط ندارند» (فتحی، ۱۳۹۶، ج ۲: ۵۳)؛ به این بیان که: تلفظ و نوشتن کلمه زنا و لواط مصداقی از مصادیق کلمه هستند و قابل مقایسه با ایما و اشاره و نقاشی و غیره نیستند. زیرا ایما و اشاره و باقی موارد، مانند کلمه مقسم هستند. بنابراین، همچنانکه کلمه مصداقی دارد و اغلب بر زنا دلالت ندارند و فقط بعضی مثل زنا، بر این معنا دلالت دارند؛ نقاشی، ایما و غیره نیز مصداقی دارند که غالباً بر زنا و لواط دلالت ندارند. اما مصداقی که در بالا توصیف شد، بر این دو عمل شنیع دلالت می‌کند.

ماده ۲۲۷ قانون ۱۳۹۲ بیانگر این است که فقدان دسترسی کامل به همسر، باعث خروج از احسان است. بنابراین، دسترسی کامل به معنای هر وقت بخواهد، مقوم احسان است و با تخصیص احسان مرد به قید «هر وقت بخواهد» در ماده ۲۲۶ منافات دارد. این تخصیص، معلول بی‌علت است.

ماده ۲۴۳ قانون ۱۳۹۲ برخلاف قانون ۷۰ که نسبت به حداقل تبعید در حد قوادی پاسخگو بود و سه ماه را مشخص کرده بود، ساکت مانده است. در این ماده نسبت به حداکثر تبعید، عبارت «تا یک سال» ذکر می‌شود که ابهام دارد، ولی تعیین مدت آن را بر عهده قاضی گذاشته است. ولی نسبت به حداقل که ابهام دارد، مرجعی را مشخص نکرده است. منابع حدیثی و منابع فقهی نیز نسبت به حداقل و حداکثر تبعید مطلق هستند و مقدار

خاصی را مشخص نکرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱: ۴۰۱؛ فاضل اصفهانی، ۱۴۱۶، ج ۱۰: ۵۰۸؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸: ۱۷۱).

بنابراین، قاضی نمی‌تواند برای رفع ابهام و سکوت مقنن، به ماده ۲۲۰ تمسک کند؛ زیرا اگرچه قانون‌های مدون، منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر در اصل ۱۶۷ برای رفع ابهام تعیین شده‌اند، با توجه به اینکه در هیچ‌یک از این سه مرجع معتبر، حداقلی برای تبعید مشخص نشده است، وظیفه مقنن بود که همانند قانون ۷۰، حداقل را نیز مانند حداکثر مشخص می‌کرد تا این فعل، بی‌فاعل نماند.

تناسب غیرمناسب

– ماده ۱۳۸ قانون ۷۰ برای حد قوادی در مرتبه اول، علاوه بر ۷۵ ضربه شلاق، تبعید از محل به مدت ۳ ماه تا یک سال را مقرر کرده بود و تبعید نیز به مرد اختصاص داشت. لایحه ۹۲ مجلس نیز همین را مطرح کرد. با اشکال شورای نگهبان مستند به نظر امام رحمت‌الله، لایحه تغییر کرد: حذف حداقل تبعید و اثبات تبعید برای مرتبه دوم. علت حذف حداقل تبعید این است که امکان دارد قاضی به کمتر از سه ماه حکم کند و لذا تخصیص به سه ماه با اطلاق تعیین قاضی منافات دارد (فتحی، ۱۳۹۶، ج ۲: ۳۰؛ توکل‌پور، مسعودیان، کوهی اصفهانی، ۱۳۹۷: ۱۵۸).

بنابراین، تنافی موجود در عملکرد شورای نگهبان، بیانگر وجود تنافی در ملاک و معیار این شورا در موافقت یا مخالفت با موازین شرع است. به این معنا که اگر میزان شرعی، نظر امام است (توکل‌پور، مسعودیان، کوهی اصفهانی، ۱۳۹۷: ۱۵۸) قانون ۱۳۷۰ به دلیل مخالفت با موازین شرع، نباید تصویب و در پیش‌نویس قوه قضاییه و لایحه ۹۲ مجلس تکرار می‌شد. نتیجه عدم تفاهم نهادهای تقنینی نسبت به شاخص‌های میزان شرعی، این است که همه به میزان شرعی توجه می‌کنند، ولی توجه آنها با هم و حتی توجه شورای نگهبان در دو مرحله تناسبی ندارد و تنافی فوق رقم می‌خورد.

– ماده ۲۴۲ قانون ۹۲ حد قوادی را مشروط به طرفین بالغ و تحقق زنا یا لواط کرده و ماده ۲۴۴ گونه‌های دیگر را محکوم به تعزیر سی‌ویک تا هفتاد و چهار ضربه شلاق و حبس

تعزیری درجه شش کرده است. اطلاق ماده ۱۳۵ قانون ۷۰ شامل بالغ و نابالغ و تحقق و عدم تحقق زنا یا لواط می‌شد. مقایسه بیانگر آن است که مجازات تعزیری، بیش از مجازات حدی است که با لزوم تناسب جرم و مجازات و با قاعده‌التعزیر دون الحد منافات دارد (فتحی، ۱۳۹۶، ج ۲: ۲۸).

- در ماده ۲۴۲ از یک طرف، واژه قوادی که صیغه مبالغه و دال بر کثرت بوده، به کار رفته است. در روایت واژه قیادت وجود دارد، کما اینکه در جرم‌های دیگر نیز حد برای قذف و زنا و لواط است نه قاذف و زانی و لائط. و از طرف دیگر، قوادی در بخش دوم کتاب حدود، ذیل عنوان «جرایم موجب حد» آمده است که مرتبط با جرم قیادت و نه فاعل جرم است. این ابهام به اختلاف آرا در محاکم می‌انجامد. شعبه ۸ دیوان عالی کشور به عادت و استمرار قیادت برای تحقق قوادی حکم کرده و برخی نیز این رأی را ترجیح داده‌اند، در حالی که این حکم از نظر فقهی واضح البطلان است و به عدم اشتراط تکرار در تحقق قیادت تصریح کردند و اختلاف نظری در این زمینه وجود ندارد (فتحی، ۱۳۹۶، ج ۲: ۲۹). بنابراین، التزام به تناسب لفظ و معنا مانع تولد این گونه تنافی‌ها می‌شد.

مقتضی و مانع

- در ماده ۲۲۹ و ۲۳۰ قانون ۹۲ آنچه موضوعیت دارد، زنا یا غیرمحسن است؛ زیرا در اولی قید قبل از دخول را آورده - دخول از مقومات احسان است - و در دومی نیز به عدم احسان تصریح کرده است. اما حکم این دو متعدد خواهد بود، در حالی که ملاک واحد اقتضای حکم واحد دارد. در لایحه پیشنهادی به مجلس نسبت به ماده ۲۳۰ عبارت «حد زنا در سایر موارد صد ضربه شلاق است» دیده می‌شود که بیانگر دو موضوع و در نتیجه دو حکم است؛ زیرا حد زنا یا زن غیرمحسن گاهی فقط صد تازیانه است و عبارت «در سایر موارد» بیانگر موضوع جدید است که اقتضای حکم جدید دارد. نویسنده پیش‌نویس نیز بر توجه قوه قضاییه به این تنافی و بی‌توجهی کمیسیون حقوقی مجلس به آن اشاره دارد (فتحی، ۱۳۹۶، ج ۱: ۲۹۵). بر فرض تصویب ماده پیش‌نویس اگرچه در

ظاهر به دلیل ایجاد دو موضوع برای دو ماده، تنافی وحدت ملاک و تعدد حکم وجود ندارد، هنوز تنافی پابرجاست؛ زیرا ماده ۲۲۹ فقط بیانگر عدم احصان است و به موارد احصان اشاره نمی‌کند و در نتیجه عبارت «سایر موارد» در ماده ۲۳۰ نیز مبهم می‌ماند و هر دو ماده فاقد موضوع می‌شوند.

ماده ۲۲۷ قانون ۱۳۹۲ با بیان مصادیق خاص، از یک طرف به معیار و ملاک آنها در خروج از احصان هیچ اشاره‌ای ندارد و از طرف دیگر عبارت «اموری از قبیل» اقتضای استنباط و قیاس «مصادیق غیر مذکور» به «مصادیق مذکور» می‌کند. مقام تعریف، اقتضا دارد که جهت رفع ابهام و اجتناب از قیاس‌های ناصحیح، ملاک مصادیق ذکر می‌شد تا قیاس‌ها منصوص العله باشد. شایان ذکر است که ماده ۸۶ قانون ۱۳۷۰ با عبارت «و مانند آنها از عذرهای موجه به همسر خود دسترسی ندارد» به مقتضای مقام تعریف عمل می‌کرد و ملاک خروج از احصان را عدم دسترسی به همسر قرار داده بود. اگرچه عبارت «عدم دسترسی» شامل عدم امکان دسترسی و عدم دسترسی کامل است، ولی ذکر حبس و مسافرت، بیانگر گزینه عدم امکان دسترسی است؛ زیرا که حبس و مسافرت، امکان دسترسی را سلب می‌کند، برخلاف حیض و نفاس در ماده ۲۲۷ قانون ۱۳۹۲ که دسترسی کامل را منتفی می‌سازد.

قسمت دوم ماده ۲۱۸ که به «ادعای بی‌اعتباری اقرار» و حکم آن می‌پردازد، با قسمت اول که به «ادعای فقدان یکی از عناصر مسئولیت کیفری» مرتبط است، ارتباطی ندارد؛ زیرا قسمت دوم، به بخش پنجم کتاب کلیات، یعنی ادله اثبات در امور کیفری مرتبط بوده و قسمت اول ماده، به بخش اول کتاب کلیات یعنی مواد عمومی مربوط است. اما به مقتضای سنخیت و تشابه آنها در حکم که همان پذیرش ادعا بدون نیاز به بینه و سوگند بوده، مقنن ترجیح داده است که در یک ماده ذکر کند (فتحی، ج ۱، ۱۳۹۶: ۱۱۱). اما حقیقتاً سنخیتی که اقتضای انضمام داشته باشد وجود ندارد که بیان آن به شرح ذیل است:

در قسمت اول ماده، مسموع بودن ادعای متهم مشروط به احتمال صدق گفتار وی بوده که در قسمت دوم حذف شده است و به صورت مطلق دلالت بر مسموع شدن ادعایش

می‌شود. بنابراین به استناد اطلاق قسمت دوم، اگر دادگاه یقین کند که ادعای مقرر کذب است، باز هم ادعای او مسموع بوده و اقرارش از حجیت می‌افتد، در حالی که برخلاف موازین شرعی است؛ زیرا ماده بیانگر این مطلب است که قاعده درء در مقام تعارض با قاعده البینه مقدم می‌شود و از آنجا که موضوع قاعده درء وجود شبهه است، اگر قاضی یقین به کذب ادعا داشته باشد و احتمال صدقی ندهد، بالتبع شکی در کار نیست و قاعده درء سالبه به انتفای موضوع می‌شود و جاری نخواهد شد. از طرفی نیز وجود یقین، جایی برای درخواست بینه و قسم باقی نمی‌گذارد و قاضی باید بر اساس اقرار متهم حکم کند؛ بنابراین، سنخیت اقتضا می‌کرد که قید «احتمال صدق گفتار وی» در هر دو قسمت یا در پایان قسمت دوم بیاید.

نویسنده پیش‌نویس ماده در تأیید تنافی بیان می‌کند که: عبارت «همچنین است» در لایحه: «... همچنین است اگر ادعا کند که اقرار او با تهدید و ارعاب یا شکنجه گرفته شده است» به تشابه و سنخیت این دو قسمت تصریح داشت، ولی بعد از تأیید شورای نگهبان، اداره تنقیح قوانین مجلس در مقام ویراستاری، به حذف آن اقدام کرده است. وی در ادامه توجیه متناقضی ارائه می‌دهد: «اگرچه اطلاق ماده، مستند فقهی ندارد و خلاف موازین شرع است، ولی از جهت رعایت حقوق شهروندی اقدام مثبتی است» (فتحی، ج ۱، ۱۳۹۶: ۱۱۲).

در این اظهار نظر، ضمن اینکه رعایت حقوق شهروندی هیچ ارتباطی با قاعده درء و تأثیر آن در سقوط حد ندارد، اقدام مثبت خواندن آن نیز با بایسته‌های تقنین در تنافی است و تالی فاسدهایی دارد:

۱. بی‌اعتباری علم؛ زیرا ادعای متهم مسموع است، حتی در صورت یقین قاضی به کذب ادعا؛

۲. فرهنگ‌سازی برای اقرار به گونه‌ای که صرف ادعای بی‌اعتباری از حجیت ساقط شود؛

۳. ارائه حقوق شهروندی مطلوب در عین حال مخالف با موازین شرع.

نتیجه‌گیری

با اتکا به دستاوردهای برآمده از بررسی نقش‌آفرینی عقل در سنجش تنافی کتاب حدود قانون مجازات ۹۲ با رویکرد تخصصی و اختصاصی می‌توان ادعا کرد که اعتبار و کارآمدی فرایند تقنین به مثابه برنامه‌ریزی برای اجرای قانون‌های الهی در گروی این رویکرد است. از آنجا که یکی از لوازم آن، حضور و مشارکت فعال در مشکلات و واقعیت‌های پیچیده اجتماعی و تعامل گسترده عالمان با هم در میدان علم و عمل است، اگر متولیان اجتهاد و تقنین برای مدیریت جامعه در همه مشکلات جامعه حضور فعال نداشته باشند و در فرایند جامعه‌پذیری، متناسب با این رویکرد زیست‌نکرده و رشد نیافته باشند، از شخصیتی برخوردار می‌شوند که نمی‌توانند درک کند که اجتهاد و تقنین فاقد این رویکرد نمی‌تواند جامعه را اداره کند.

از ثمرات التزام به رویکرد فوق در پژوهش‌های آسیب‌شناسانه نسبت به تقنین، این است که بخش شایان توجهی از پژوهش‌ها، به‌جای پرداختن به تنافی‌های قانون، بر تنافی‌های موجود در ساختار اجتهاد و تقنین از جمله فقدان همین رویکرد متمرکز می‌شوند. این عملکرد سبب خواهد شد که عنصر اختصاص در پرداختن به عنصر تخصص جاگذاری شود و گفتمان خوب و مهم بودن این رویکرد، به گفتمان ضرورت و لزوم مبدل و فرایند اجتهاد و تقنین، بدون این رویکرد به مثابه فرایندی غیرشرعی و غیرعلمی تلقی شود. در نتیجه، تلاش‌های علمی در مرحله بعد از ابلاغ قانون و در دوره آزمایشی، به مراحل قبل از تصویب و ابلاغ انتقال می‌یابد. در غیر این صورت، تنافی ساختاری باقی می‌ماند و به‌صورت خودکار و ناخودآگاه، تنافی در مواد قانونی نیز تولید و بازتولید می‌شود و جامعه علمی هیچ‌گاه از آسیب‌شناسی قانون نسبت به قانون‌های قبل و بعد ناامید نمی‌شود. این حقیقت تلخ، بیانگر این مطلب است که تا وقتی رویکرد تخصصی و اختصاصی رسمیت نیابد، بایسته انسجام و عدم تنافی در قانون تحقق نمی‌یابد.

بنابراین، اخلاق حرفه‌ای اقتضا می‌کند که نسبت به تقنین سه ضرورت عملی شود که فقدان آن به اعتبار شرعی و علمی تقنین و قانون برآمده از آن خدشه وارد می‌کند:

الف) نقش‌آفرینی عقل با رویکرد تخصصی و اختصاصی، در روش‌شناسی اجتهاد قرار گیرد؛

ب) به اقتضای ضرورت اول، فرایند جامعه‌پذیری کارگزاران قانون، متناسب با وظایف آنها باشد و در دوران کارگزاری نیز، این فرایند به صورت به‌روزتر و کارآمدتر به توسعه حرفه‌ای آنها کمک کند؛

ج) ساختار فیزیکی و اجرایی تقنین صلاحیت نقش‌آفرینی عقل با رویکرد فوق را داشته باشد.

در این وضعیت است که مدل اندیشه‌ورزی اجتهادی به مثابه مدل کارآمد و الگویی در عرصه‌های علمی تبلور می‌یابد. ضمن اینکه محوری برای شبکه‌ای شدن و انسجام حوزه و دانشگاه، فقه و حقوق و کارگزاران وضع قانون می‌شود و به مثابه الگویی برای جوامع دیگر نیز قلمداد خواهد شد.

کتابنامه

۱. اصغری، محمد (۱۳۸۶). *عدالت و عقلانیت در فقه و حقوق*، چ دوم، تهران: اطلاعات.
۲. بخشی‌زاده، امین (۱۳۹۲). *تحولات و رویکردهای نوین قانون مجازات اسلامی جدید*، چ چهارم، تهران: اندیشه عصر.
۳. بیگزاده آروق، صفر (۱۳۸۲). *تدوین و گردآوری علمی قوانین، مجلس و پژوهش*، سال دهم، شماره ۳۸، تابستان: ۸۹ - ۱۱۲.
۴. توکل‌پور، محمد هادی؛ مسعودیان، مصطفی؛ کوهی اصفهانی، کاظم (۱۳۹۷). *مبانی نظرات شورای نگهبان در خصوص قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ (برگرفته از مشروح مذاکرات شورای نگهبان)*، چ اول، تهران: انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان.
۵. حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۸۳). *بایسته‌های تقنین با نگاهی انتقادی به قانون مجازات اسلامی*، چ اول، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۶. حائری طباطبایی، علی‌بن محمد (۱۴۱۸ق). *ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام بالادلة*، چ اول، قم: مؤسسه آل‌البیت(ع).
۷. حر عاملی، محمدبن حسن (۱۴۰۹ق). *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه*، چ اول، قم: مؤسسه آل‌البیت(ع).
۸. حسین‌زاده، محمد (۱۳۸۷). *معرفت‌شناسی دینی (۱): معرفت لازم و کافی در دین*، چ اول، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.
۹. راسخ، محمد (۱۳۸۴). *بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری*، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۱۰. رشاد، علی اکبر (۱۳۸۲). *دین‌پرویی معاصر (درنگ و درایتی در گفتمان‌های سه‌گانه متجدد، متجدد و مجدد)*، چ اول، تهران: مؤسسه فرهنگی دانش و اندیشه معاصر.
۱۱. زراعت، عباس (۱۳۹۳). *شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی / حدود (جرایم منافی*

- عفت)، چ اول، تهران: جاودانه، جنگل.
۱۲. شفیعی سروستانی، ابراهیم (۱۳۸۵). *قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی: آسیب‌ها و بایسته‌ها*، چ اول، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۱۳. صادقی، هادی (۱۳۸۶). *عقلانیت/ایمان*، چ اول، قم: کتاب طه.
۱۴. صدر، محمد باقر (۱۴۰۳ق). *الفتاوی الواضحه وفقا لمذهب اهل البيت*، چ هشتم، بیروت - لبنان: دارالتعارف للمطبوعات.
۱۵. علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۸۶). *فقه و عقل*، چ چهارم، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۱۶. فاضل اصفهانی، محمدبن حسن (۱۴۱۶ق). *کشف اللثام و الإیهام عن قواعد الأحكام*، چ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۷. فتحی، حجت‌الله (۱۳۹۶). *شرح مبسوط قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲ (حدود)*، جلد ۱ و ۲، چ دوم، قم: مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت.
۱۸. قاسمی، محسن (۱۳۸۳). *علم قانونگذاری در سایه حقوق اساسی*، نشریه حقوق اساسی، سال دوم، شماره سوم، زمستان: ۱۵۵ - ۱۶۶.
۱۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷). *فلسفه حقوق*، جلد ۲ و ۳، چ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۰. لويس، کالین؛ کاگیل، کن (۱۳۹۷). *توسعه حرفه‌ای نمایندگان مجلس*، ترجمه حمیدرضا عسگری ده‌آبادی و غلامرضا رسولی‌زاده، چ اول، تهران: اوستا فراهانی.
۲۱. محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*، چ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۲. _____ (۱۴۱۸ق). *المختصر النافع فی فقه الإمامیه*، چ ششم، قم: مؤسسه المطبوعات الدینیّه.
۲۳. مشکینی، علی (۱۴۱۶ق). *اصطلاحات الاصول و معظم ابحاثها*، چ ششم، قم: دفتر نشر

الهادی.

۲۴. ملک‌نژاد، محمد حسین؛ ارفع الرفیعی، حمیدرضا (۱۳۹۶). امکان‌سنجی جمع‌سپاری قانون‌نویسی در نظام قانونگذاری ایران، اولین کنفرانس حکمرانی و سیاستگذاری عمومی، تهران، دانشگاه صنعتی شریف - پژوهشکده سیاستگذاری علم، فناوری و صنعت دانشگاه صنعتی شریف - اندیشکده مطالعات حاکمیت و سیاستگذاری دانشگاه صنعتی شریف: ۱ - ۵.
۲۵. موسوی خمینی، روح‌الله (بی‌تا). *تحریر الوسیله*، چ اول، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
۲۶. میرخلیلی، احمد (۱۳۸۲). *فقه و قیاس*، چ اول، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۲۷. نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، چ هفتم، بیروت - لبنان، دارالاحیاء التراث العربی.
۲۸. وکیلان، حسن (۱۳۹۰). *گفتارهایی در قانون و قانونگذاری (مجموعه مقالات)*، چ اول، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.