

نقد نظام کیفردهی قضایی ایران از منظر تأثیر توبه بر عفو مجازات‌های حدی^۱

علی قربانی *

امین الهیان **

اصغر عباسی ***

علمی - پژوهشی

چکیده

یکی از مصادیق کیفردهی قضایی در نظام عدالت کیفری ایران، مبتنی بر شقّ دوم ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ است که مطابق با آن اگر جرایم موجب حد به استثنای کذب 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. اگرچه این مقررّه از نظر مبانی فقهی مبتنی بر نظر مشهور فقها است، اما این نکته قابل تأمل است که این نظر مستند بر روایاتی است که بعضاً با ضعف سند یا دلالت مواجه اند و از این منظر چالش‌های ماهوی قابل طرح خواهد بود. از حیث شکلی نیز مقررّه‌ی مذکور با ایراداتی مواجه است، از جمله: فقدان معیار قانونی مشخص در زمینه‌ی نحوه‌ی احراز توبه، عدم تأثیر توبه بر تعزیرات منصوص شرعی با وجود مسقط حد بودن آن در جرایم شدیدتر حدی، ابهام در امکان تسرّی اختیار احراز توبه به دادر، محدود بودن دایره شمول تبصره‌ی (۲) این ماده به زنا و لواط به عنف و اکراه یا اغفال و عدم امکان تسرّی آن به سایر حدود و خروج موضوعی محاربه از حکم این مقررّه.

کلید واژه‌ها: کیفر دهی قضایی، توبه، اقرار، عفو، مجازات حدی

۱- تاریخ وصول: (۱۴۰۲/۰۱/۰۷) تاریخ پذیرش: (۱۴۰۲/۱۱/۲۰)

* استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد چالوس، دانشگاه آزاد اسلامی، چالوس، ایران (نویسنده مسئول). (نویسنده مسئول) Elahian_am@yahoo.com

** دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد چالوس، دانشگاه آزاد اسلامی، چالوس، ایران. parsima_am@yahoo.com

*** استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد چالوس، دانشگاه آزاد اسلامی، چالوس، ایران. drabbasi191@gmail.com

۱- مقدمه

در نظام کیفری اسلام، براساس آیات قرآن کریم و احادیث ائمه اطهار، با رویکردی مبتنی بر اصلاح مجرم و توجه به کارایی نهاد توبه در عدم تکرار جرایم، تحت شرایط خاص، این نهاد رادع مجازات برخی از جرایم ذکر گردیده است. در این خصوص مشهور فقها بر این عقیده اند که توبه مرتکب قبل از اقامه بینه مسقط مجازات های حدی میباشد. البته قذف، به دلیل غلبه ی جنبه ی حق الناسی آن و محاربه، به دلیل وجود حکم خاص قرآنی در خصوص آن، از عموم این حکم مستثنی شده اند. علاوه بر این مشهور فقها در مواردی که حد با اقرار ثابت شده باشد، در صورت توبه ی مرتکب، امام را مخیر در عفو مرتکب یا اجرای حد بر وی دانسته اند.

در نظام عدالت کیفری ایران، تا پیش از انقلاب اسلامی، قانون گذار در قوانین کیفری ایران، توبه را به عنوان یکی از عوامل سقوط یا تخفیف مجازات، مطمح نظر قرار نداده بود. پس از پیروزی انقلاب اسلامی، نخستین بار در قانون حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۱ با پابندی بر قول مشهور فقها، در هریک از فصول مربوط به زنا، لواط، تفخیز، مساحقه و شرب خمر، به طور مجزا تأثیر توبه بر این حدود تبیین گردید، بدون آن که در این خصوص یک ضابطه یا قاعده ی کلی که قابل اعمال بر تمامی حدود باشد، ارائه نماید. ضمن این که در این قانون از بیان تأثیر توبه بر مجازات قوادی غفلت شده بود. پس از این قانون، قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ عیناً به همین منوال به بیان نحوه ی سقوط مجازات به واسطه ی توبه ی مجرم پرداخت، با این تفاوت که نسبت به تأثیر توبه بر مجازات محاربه سکوت کرده بود.

در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، تأثیر توبه بر مجازات های حدی به صورت یک قاعده ی کلی بیان گردید. مطابق با ماده ی ۱۱۴ این قانون: «در جرائم موجب حد به استثنای قذف و محاربه، هرگاه متهم قبل از اثبات جرم، توبه کند و ندامت و اصلاح او برای قاضی محرز شود، حد 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». در ادامه نیز تبصره ی (۱) این ماده مقرر نمود که: «توبه محارب قبل از دستگیری یا تسلط بر او موجب سقوط حد است».

از آنجایی که شق دوم ماده ی فوق الذکر، مفوض اختیاریه دادگاه در حوزه ی کیفردهی

میباشد، در این پژوهش این شق به عنوان یکی از مصادیق عفو خصوصی^۳ در عرصه ی کیفردهی قضایی، ضمن طرح سه پرسش اساسی، مورد تحلیل و بررسی قرار میگیرد. پرسش اول، این که اختیار دادگاه در درخواست عفو مرتکب تائب به موجب شق دوم ماده ۱۱۴، مبتنی بر چه مبانی فقهی می باشد و بر این اساس با چه مناقشاتی ماهوی مواجه است؟ دوم، این که اعمال چنین اختیاری از لحاظ شکلی با چه چالش های تقنینی مواجه است؟ و سوم، این که جهت رفع مناقشات ماهوی و شکلی موجود در این حوزه چه راهکارهایی را میتوان ارائه نمود؟

۲- چالش های ماهوی ناظر بر مبانی فقهی تأثیر توبه بر عفو مجازات های حدی

مبانی فقهی شق دوم ماده ی ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، مبتنی بر نظر مشهور فقههای متقدم و متأخر است. مشهور فقها در مواردی که حد با اقرار ثابت شده باشد، در صورت توبه ی مرتکب، امام را مخیر در عفو مرتکب یا اجرای حد بر وی دانسته اند. در این خصوص شیخ طوسی در نهاییه میگوید: «کسی که زنا کرد و قبل از اقامه یبینه توبه نمود، این توبه او سبب جلوگیری از اجرای حد می گردد و اگر مجرم پس از اقامه شهادت توبه کرد، اجرای حد بر وی واجب بوده و امام نمی تواند او را مورد عفو قرار دهد و اگر مجرم شخصاً در نزد امام به گناه خود اعتراف کرد و سپس اظهار توبه نمود، امام در بخشیدن او و یا اقامه ی حد بر او طبق تشخیص خود، مخیر است و تا زمانی که متخلف توبه نکرده امام نمی تواند از گناه او چشم بپوشد» (طوسی، ۱۴۰۰، ق، ۶۹۶). محقق حلی نیز در شرایع حکم این مسئله را چنین بیان مینماید: «لو أقر بحد غیر الرجم لم یسقط بالإنکار و لو أقر بحد ثم تاب کان الإمام مخیراً فی إقامته رجماً کان أو جلداً» (حلی (محقق)، ۱۴۰۸، ق، ۱۳۹/۴). امام خمینی (ره) هم در تحریر الوسیله در باب طرق اثبات زنا، ضمن بیان این حکم میفرماید: «بعید نیست که اختیار عفو برای غیر امام نیز که از نوابشان هستند ثابت باشد» (خمینی موسوی، ۱۳۹۲، ش، ۴۹۲/۲). در تحلیل مبانی فقهی حکم مشهور فقها، ابتدا دلایلی که ایشان در استنباط این حکم به آن متمسک شده اند تبیین و مورد نقد قرار میگیرد، سپس مناقشاتی چون امکان تعمیم این حکم به فقیه جامع الشرایط، اشتراط یا عدم اشتراط توبه در این حکم و امکان تسری آن به مواردی که حدود با علم قاضی به اثبات میرسد، مورد تحلیل قرار میگیرد.

^۳ - عفو خصوصی تصمیمی است که به ابتکار و با پیشنهاد قوه ی قضاییه و موافقت عالی ترین مقام اجرایی کشور، یعنی رهبری گرفته می شود و به موجب آن تمام یا قسمتی از مجازات محکومین بخشوده و یا به مجازات خفیف تری تبدیل می شود (اردبیلی، ۱۳۹۷، ش، ۲۷۰).

۲-۱- ادله ی قول مشهور فقها و مناقشات ناظر بر آن

ادله ی مورد استناد مشهور فقها در استنباط حکم مورد بحث مبتنی بر اجماع و دلایل روایی است که در این فراز به شرح ذیل مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

۲-۱-۱- جماع

مشهور فقها یکی از دلایل استنباط این حکم را اجماع بیان نموده اند. صاحب جواهر در ذیل نظر محقق حلی ضمن تأیید نظر ایشان چنین نگاشته اند: «در رابطه با رجم مخالفی ندیدم، بلکه ابن ادریس در سرائر بر آن ادعای اجماع کرده است، بلکه شاید حکم نسبت به دومی (جلد) نیز این گونه باشد، اگر چه ابن ادریس مخالفت کرده است». لیکن در خصوص تمسک فقها به اجماع در استنباط این حکم باید گفت که چنین اجماعی محقق نیست، زیرا همان طور که صاحب جواهر نگاشته اند، صاحب سرائر در موردی که مجازات از نوع «جلد» باشد و مرتکب بعد از اقرار توبه کند، قائل به عدم سقوط حد هستند (ابن ادریس، بی تا، ۴۷۸/۳). بنابراین با وجود مخالفت فتوای ابن ادریس با فتاوی مشهور اجماع محقق نخواهد بود.

۲-۱-۲- روایات

افزون بر اجماع، مشهور فقها بر خی از روایات را نیز به شرح ذیل دلیل این حکم دانسته اند. اگرچه دلالت یا سند برخی از آنها بدون اشکال نیست، ولی با کمک هم و به واسطه تأیید به عمل مشهور، مورد ادعا را اثبات میکنند.

روایت طلحه بن زید: آن چه که از روایات بر نظر مشهور فقها دلالت دارد، یکی روایت معتبر طلحه بن زید از امام صادق (ع) است که میفرماید: «برخی از خانواده ام برایم نقل کرد که جوانی نزد امیرالمؤمنان (ع) آمد و به سرقت اقرار کرد. علی (ع) به او فرمود: میبینم که جوانی و بخشیدن تو اشکالی ندارد، آیا میتوانی چیزی از قرآن بخوانی؟ جوان گفت: آری، سوره ی بقره. امام (ع) فرمود: دست تورا به سوره ی بقره بخشیدم. امام صادق (ع) فرمودند: به این خاطر علی (ع) از قطع کردن دست او خودداری کرد که علیه او بینه اقامه نشده بود» (حرّعاملی، ۱۴۱۶ ه. ق، ۲۵۰/۲۸).

این روایت از نظر سند مورد اشکال قرار گرفته است. سند این روایت در تهذیب و

استبصار عبارت است از :

محمد بن الحسن عن الحسين بن سعيد عن محمد بن يحيى عن طلحة بن زيد عن جعفر (ع) هرچند حسین بن سعید اهوازی (طوسی، بی تا، ۱۵۰؛ همو، ۱۴۲۷ ه.ق، ۳۵۵؛ حلی، ۱۳۸۱ ه.ق، ۳۹-۴۹) و محمد بن یحیی خزاز (نجاشی، ۱۴۰۷ ه.ق، ۱۵۹ و ۳۴۴؛ حلی، ۱۳۸۱ ه.ق، ۱۵۸) امامی ثقیه جلیل میباشند، اما طلحه بن زید شامی از راویان عامی بتری مذهب است (طوسی، ۱۴۲۷ ه.ق، ۱۳۸) و تعداد زیادی از اجلای فقها همچون محقق حلی (حلی محقق)، ۱۴۰۷ ه.ق، ۲/۲۹۸ و علامه حلی (حلی علامه)، ۱۴۱۲ ه.ق، ۵/۳۵۴ و شهید ثانی (عاملی شهید ثانی)، ۱۴۱۳ ه.ق، ۱۴/۱۳ روایات وی را مورد اعتماد قرار نداده و آن را ضعیف تلقی نمودند، اگرچه برخی از فقها همچون محدث نوری (محدث نوری، ۱۴۱۷ ه.ق، ۴/۳۶۸) و آیت الله خویی (خویی معجم)، بی تا، ۱۰/۱۷۸-۱۷۹) با در نظر گرفتن عبارت شیخ در فهرست (طوسی الفهرست)، بی تا، ۲۵۶) بر این عقیده اند که سخنان و احادیث وی از امام معصوم (ع) پذیرفته میشود و به تبع آن، این روایت نیز مؤثقه شمرده میشود. آیت الله شبیری زنجانی در درس خارج فقه صوم و اعتکاف در مقام داوری بین دو قول، قول اول را ارجح میدانند، زیرا اگرچه شیخ در فهرست پس از عامی دانستن طلحه، در مورد وی مینویسد: «لکن له کتاب معتمد» و لکن توجه به این نکته لازم است که اگر ما احرار کرده باشیم که این روایت از کتاب طلحه بن زید است، در این صورت میتوانیم بگوییم که روایت معتبر است، ولی از کجا میتوان این مطلب را احرار کرد؟ ممکن است گاهی شخصی راجع به یک کتابی دقتی بکند و از مصادر درستی جمع آوری کند، ولی بعضی از کتاب هایش این طور نباشد. پس اگر در یک کتاب دقت شده و از مصادر معتبر جمع آوری شده باشد، دلیل نمیشود که تمام منقولاتش کتاب باشد، چه بسا این که ممکن است از شفاهیات باشد (شبیری زنجانی، درس خارج فقه صوم و اعتکاف، ۱۳۹۱/۲/۲۴). بر این اساس میتوان گفت سند این روایت ضعیف است. برخی به این ایراد چنین پاسخ داده اند که که عمل مشهور به مضمون این روایت میتواند جابر ضعف سند آن باشد. اما باید دانست برخی از فقها همچون آیت الله خویی و تبریزی شهرت را جابر ضعف سندی نمیدانند (مؤمن، ۱۴۲۲ ه.ق، ۱۸۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۸ ه.ق، ۱۷۸-۱۷۹).

علاوه بر ضعف سند، دلالت این روایت نیز مخدوش است، زیرا این روایت در باب سرقت وارد شده است و تسری آن به ابواب دیگر باطل است، چراکه این تسری قیاس مستنبط العله است که در مذهب شیعه باطل است (همان). البته بعضی از فقها در این مورد معتقد اند که عبارت ذیل روایت از دید عرف ظاهر در تعلیل بوده و نام آوردن از دست بردن تنها از آن رو است که مورد سخن، این

کیفر بود(هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۹ه.ق، ۱۸۷)، منتها همان طور که از خود کلام این دسته از فقها پیداست، روایت صریح و نص در مطلب فوق نیست تا این که قیاس بر اساس آن منصوص العله باشد، بلکه ادعای مزبور چیزی بیش از قیاس بر اساس علت استنباطی نیست، زیرا احتمال آن است که در باب سرقت خصوصیتی وجود داشته باشد که ما از آن آگاه نیستیم و به تبع آن سقوط حد در آن جایز باشد، در حالی که این خصوصیت در سایر جرایم مستوجب حد وجود نداشته باشد، لذا باب سرقت را نمیتوان به صرف یک علت استنباطی با ابواب دیگر حدود قیاس نمود و بر اساس آن حکم موجود در آن را به سایر جرایم مستوجب حد تسری داد(حسین نژاد، ۱۳۹۶ه.ش، ۶۴).

مرسله ی ابو عبدالله برقی:روایت دیگری که بر این حکم دلالت دارد، روایت مرسله ی ابو عبدالله برقی است. این روایت به ظاهر همان روایت سابق است با قدری اضافه در متن روایت، که از ابو عبدالله برقی به صورت مرسله از امام باقر یا امام صادق(ع) نقل شده است. در این روایت آمده است که پس از بخشیده شدن سارق، به خاطر سوره بقره، یکی از حاضران به نام آشعث به امام اعتراض کرد و گفت: آیا حدی از حدود الهی را تعطیل میکنید؟ امام فرمود: تو از این مسئله چه میدانی؟ اگر بینه ای اقامه شود، امام حق عفو ندارد و در صورتی که راه اثبات، اقرار شخص باشد، اختیار با امام است، اگر بخواهد میبخشد و اگر بخواهد قطع میکند(حرّ عاملی، ۱۴۱۶ه.ق، ۴۱/۲۸).

از نظر سند، روایت در تهذیب مرسل است و شیخ صدوق نیز این روایت را به صورت مرسل نقل کرده اند. در وسایل الشیعه نیز هرچند روایت به صورت مرسله نقل شده است، خود صاحب وسایل بر این باور است که این روایت از جمله قضایای امیرالمؤمنین(ع) است که مرحوم صدوق در مشیخه ی کتابش سند معتبری بر این قضایا دارد(تبریزی، ۱۴۱۷ه.ق، ۷۲). اما آیت الله خویی در این خصوص معتقد است که این روایت به عنوان قضایای امیرالمؤمنین نقل نشده است، گرچه مشتمل بر واقعه ی داوری و قضا میباشد، لذا به نظر میرسد که در این مورد سهو قلمی از ناحیه ی نویسنده ی بزرگوار وسایل الشیعه رخ داده است (مددی، ۱۳۹۷ه.ش، ۲۵۸). از نظر دلالت نیز همان ایرادی که در خصوص دلالت روایت طلحه بن زید مطرح شد، در مورد این روایت نیز قابل طرح است.

روایت حسن بن شعبه حرّانی در تحف العقول:حسن بن شعبه حرّانی نیز در تحف العقول از امام هادی(ع) نقل میکند که در روایتی فرمودند: «اما مردی که به لواط اعتراف میکند و بینه بر او اقامه نمیشود، بلکه خود او داوطلبانه علیه خود اقرار میکند، هرگاه امامی که خداوند بر او منت گذاشته

تا از جانب خداوند[خلافکاران را] مجازات کند، میتواند [بر شخص گناهکار] از سوی خدا منت بگذارد[و او را عفو کند]. آیا این سخن خداوند را نشنیده ای که [در سوره ص، آیه ۳۹] میفرماید: این عطای ماست، به هر کسی میخواهی [و صلاح میدانی] ببخش و از هر کسی میخواهی امساک کن و حسابی بر تو نیست [تو امین هستنی]» (حرّ عاملی، ۱۴۱۶ ه.ق، ۴۱/۲۸).

تعداد زیادی از فقها از جمله صاحب ریاض (طباطبایی، ۱۴۱۸ ه.ق، ۴۲/۳)، شیخ موسی کاشف الغطاء (کاشف الغطاء (موسی)، بیتا، ۲۸۱)، احمد نراقی (نراقی، ۱۴۱۵ ه.ق، ۳۴۷/۱ و ۳۶۳/۴ و ۴۰۱ و ۸۳/۱۴)، همو، ۱۴۲۲ ه.ق، ۹۱/۱)، شیخ حسن کاشف الغطاء (کاشف الغطاء (حسن)، ۱۴۲۲ ه.ق، ۲۵)، سید خویی (خویی (مصباح الفقاهه)، بیتا، ۵/۱؛ همو، ۱۴۱۸ ه.ق، ۳۱۹/۳ و ۴۷۷) و امام خمینی (خمینی موسوی، ۱۳۷۶ ه.ش، ۵۷/۳) روایات تحف العقول را به دلیل ارسالش ضعیف دانسته اند، به طوری که امام خمینی روایات تحف العقول را «أخفی سنداً» دانسته اند (فاضل موحّدی لنگرانی، ۱۴۲۷ ه.ق، ۲۲۴ و ۹/۱). شهید صدر نیز معتقد است که روایات تحف العقول بالاترین درجه ی ارسال را دارا میباشد تا جایی که هیچ راه حلّی نمیتوان برای خلاصی از این اشکال پیدا نمود (صدر، ۱۴۲۰ ه.ق، ۵۲/۹)، لذا نمیتواند حجت باشد. علاوه بر این، بنا بر برخی از مبانی رجالی، وثاقت حرّانی نیز مورد مناقشه است. در کتاب رجال پیشینیان، همچون رجال نجاشی و رجال و فهرست شیخ طوسی و ... نامی از ابن شعبه ی حرّانی و کتاب وی برده نشده است. گرچه بنابر ادّعای علّامه بحرانی، حرّانی از مشایخ شیخ مفید بوده و شیخ مفید از ایشان روایت نقل نموده است، ولی با مراجعه به آثار شیخ مفید دانسته میشود که نامی از حرّانی و کتاب تحف القول وی نبرده است (ایزدی فر و محسنی و حسین نژاد، ۱۳۹۵ ه.ش، ۳۲-۳۶). علاوه بر این که حرّانی از ناحیه ی متقدّمان علم رجال توثیق نشده است، توثیق وی توسط متأخرین قابل اعتنا نیست. در این خصوص آیت الله خویی معتقد است که با توثیق متأخران، نمیتوان وثاقت حرّانی را احرار نمود، زیرا ادلّه ی حجّیت خبر واحد، شامل توثیقات متأخران نمیشود، از این جهت که مهم ترین دلیل بر حجّیت خبر واحد سیره عقلایی است که قدر متّقیّن از آن، خبر حسّی است، نه حدسی و اجتهدی. تصریح اعلام متأخّر بر وثاقت و حسن، تنها در صورتی میتواند موجب توثیق شود که به عصر آن فرد نزدیک باشد، لذا توثیق فقهایی که تا عصر بزرگان قدما فاصله ی زیادی دارند، قابل اعتنا نیست، زیرا بدون شک این توثیقات بر مبنای حدس و اجتهد است و اگر اجتهد فقیه با آن یکی نباشد نمیتواند به آن عمل کند (خویی (معجم)، بی تا، ۴۲/۱).

در رابطه با دلالت این روایت نیز برخی از محققین معتقد اند که اطلاق روایت تحف العقول به واسطه ی ادله ی خاص مشهور همچون روایت طلحه بن زید، مقید به زمانی میشود که حد از طریق اقرار اثبات شده باشد (مرعشی، ۱۴۲۷ه.ق، ۱۳۳/۲-۱۳۴)، اما همان گونه که سابق بر این تفصیلاً توضیح داده شد تمامی مستندات صریح مشهور از جمله روایت طلحه، مورد خدشه است. همچنین میتوان گفت که روایت تحف العقول در باب لواط وارد شده است و قابل تسری به سایر حدود نیست، لذا از این حیث این روایت همچون طلحه که تبیین آن گذشت، از نظر دلالتی قابل مناقشه است.

صحبته ضریس کناسی: در صحیح ی ضریس کناسی، امام باقر (ع) فرموده اند: «در حدود الهی کسی غیر از امام (ع) حق بخشش ندارد، ولی در حدودی که حق الناس است، اشکالی ندارد که فردی غیر از امام (ع) عفو کند» (حرّ عاملی، ۱۴۱۶ه.ق، ۴۰/۲۸). این روایت از نظر سندی ایراد ندارد، زیرا علاوه بر اینکه برخی از فقها با احتساب حسن بن محبوب سراد از اصحاب اجماع، وثاقت عام راویان قبل وی تا امام معصوم (ع) را که ضریس از جمله آن هاست، اثبات نمودند (فاضل موحّدی لنکرانی، ۱۴۲۲ه.ق، ۱۰۹)، با عنایت به این که مراد از ضریس کناسی، بنا بر قول ارجح، ضریس بن عبدالملک میباشد (تستری، بی تا، ۵۴۱/۵-۵۴۳)، ایشان در رجال کشی توثیق خاص شده اند (کشی، ۱۴۹۰ه.ش، ۳۱۳).

در نقد دلالتی روایت نیز باید گفت اگر فعل «لایعفی» به صورت معلوم خوانده شود و «دون الامام» به معنی غیر از امام فاعل آن باشد، روایت بر اختیار عفو امام در حقوق الهی دلالت دارد. بیشتر فقها روایت را این چنین معنا نموده اند (خویی، ۱۴۲۲ه.ق، ۱۷۷/۱؛ تبریزی، ۱۴۱۷ه.ق، ۷۳؛ فاضل موحّدی لنکرانی، ۱۴۲۷ه.ق، ۸۷). اما اگر «لایعفی» فعل مجهول باشد و مراد از «دون الامام» نزد امام یا پیش از امام باشد، روایت در مقام بیان جواز عفو از سوی صاحبان حق است، نسبت به حقوقی که حق الناسی هستند، لذا دلالتی بر موضوع بحث نخواهد داشت. در فرض معلوم بودن فعل لایعفی نیز، مفاد این خبر متضمّن بیان سلب است نه ایجاب، به عبارت دیگر ثابت میکند اگر در مواردی که حقوق الهی از سوی کسی نقض شد، غیر امام نمیتواند از حدود صرف نظر کند، نه آن که برای امام جایز است چنین فردی را مورد عفو قرار دهد (منتظری، بی تا، ۵۸).

۲-۲- امکان یا عدم امکان تعمیم حکم به فقیه جامع الشرایط

ممکن است گفته شود هرچند با توجه به روایات استناد شده، تردیدی در جواز اختیار عفو

مجازات حدی در صورت توبه مرتکب پس از اقرار، از سوی امام(ع) باقی نمیماند، اما این پرسش قابل طرح است که آیا چنین اختیاری به نواب عام امام زمان (ع) نیز تعمیم دارد یا خیر؟

برخی از فقها هم چون ابوالصلاح حلبی(حلبی، ۱۴۰۳.ه.ق، ۴۱۲)، فاضل هندی(فاضل هندی، ۱۴۱۶.ه.ق، ۴۲۱/۱۰) و صاحب ریاض(طباطبایی، ۱۴۱۸.ه.ق، ۴۶۰/۱۵)، ظاهر از لفظ امام را امام معصوم(ع) دانسته اند و حق عفو را تنها مختص معصوم(ع) دانسته و آن را برای دیگر حکام و نواب معصوم(ع) جایز نمی دانند. صاحب ریاض المسائل حکم مسئله را این چنین بیان نموده اند که: «ظاهر حدیث تحف العقول و سایر نصوص و فتاوی تخییر را محدود به امام کرده اند و برای غیر امام از احکام چنین اختیاری نیست. بعضی از اصحاب به این حکم توقف نموده اند و بعضی دیگر ثبوت آن را برای غیر امام محتمل دانسته اند که در آن اشکال است و احوط اجرای حد است، زیرا قدر متقین عدم لزوم عفو است» (طباطبایی، ۱۴۱۸.ه.ق، ۴۶۰/۱۵). آیت الله گلپایگانی در کتاب «الدّر المنضود فی احکام الحدود» بعد از بیان نظر صاحب ریاض، با تفکیک حاکم جامع شرایط از سایر حکام، نظر خود را این چنین ابراز نمودند که: «اگر مراد از حاکم جامع شرایط باشد الحاق وی به امام معصوم (ع) بعید نیست. اما اگر مراد اعم از حاکم جامع شرایط و غیره باشد الحاق وی به امام معصوم(ع) اشکال دارد و احتیاط آن است که مجازات حد اجرا شود» (گلپایگانی، ۱۴۱۲.ه.ق، ۶۹/۲). دلیل قائلین به اختصاصی بودن حکم این است که در غیر معصوم، چون امر دائر بین تعین و تخییر(تعین وجوب اجرای حد و تخییر بین اجرا و عفو) است، اقتضای احتیاط این است که غیر امام حد را اجرا کند و مرتکب را عفو ننماید (نجفی، ۱۴۰۴.ه.ق، ۲۹۴/۴۱؛ گلپایگانی، ۱۴۱۲.ه.ق، ۱۷۷/۱).

اما از سوی دیگر، اکثر فقها این اختیار را به حاکم غیر معصوم نیز تسری داده اند(خمینی موسوی، ۱۴۲۰.ه.ق، ۵۹۰/۲؛ منتظری، ۱۴۰۹.ه.ق، ۷۹۶/۲). ادله ی قائلین به شمول قاعده نسبت به ولی فقیه بدین شرح است:

۱- حکمت جعل این حق برای حاکم این است که مجالی برای رهایی شخص توبه کننده فراهم شود و روشن است که این حکمت در هر زمانی قابل تحقق است، چنان که وجود مصلحت نیز از دیگر حکمت های جعل حق عفو برای امام است، لذا هر جا مصلحتی وجود داشته باشد، شایسته است که حق عفو نیز موجود باشد(مهاجر و حبیبی تبار، ۱۳۹۸.ه.ش، ۲۹ و ۳۰).

۲- ادله نیابت عامه و ولایت مطلقه عام بوده و تخصیص هم نخورده اند، لذا باید در این مقام به این

عمومات اخذ کنیم (مکارم شیرازی، ۱۴۱۸ ه.ق، ۱۸۰). بر این اساس، از آنجایی که قائلین به اختصاص، دلیلی بر خروج این مسأله از اصل کلی نیابت عامه بیان نکرده اند، لذا آن اصل همچنان در ما نحن فیه قابل اتکا است (مهاجر و حبیبی تبار، ۱۳۹۸ ه.ش، ۲۸ و ۲۹).

۳- اغلب فقها، تعطیلی حدود در عصر غیبت را نمیپذیرند و فقیه جامع الشرایط را از باب حربه یا نیابت عام از امام معصوم، متولی اجرای حدود میدانند. بنابراین، در مواردی که شرایط مقتضی باشد، حق عفو نیز از باب حربه یا نیابت به ایشان قابل تسری است (جعفری عراقی، واعظ طبسی، کاظمی گلوردی، ۱۳۹۷ ه.ش، ۱۰۴).

۴- با توجه به لفظ «امام»، در روایت «طلحه»، با توجه به سنی مذهب بودن وی، لفظ امام را باید حمل بر معنای لغوی و عرفی آن یعنی فقیه جامع الشرایط کرد (همان: ۱۰۵).

۵- در روایت «طلحه» آمده است: «إِنَّمَا مَنَعَهُ أَنْ يَقْطَعَهُ لِأَنَّهُ لَمْ يُقَمْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ». این عبارت ظهور دارد در این که مانع از تحقق قطع، عدم قیام بینه است و این مانعیت هم مربوط به همه ی اعصار بوده و اختصاص به زمان حضور امام معصوم (ع) ندارد (فاضل مؤحدی لنکرانی، ۱۴۲۲ ه.ق، ۱۱۲).

۶- عبارت «إِذَا كَانَ لِلْإِمَامِ الَّذِي مِنَ اللَّهِ أَنْ يُعَاقِبَ عَنِ اللَّهِ» در روایت حسن بن علی بن شعبه حرانی در تحف العقول از امام هادی (ع) دلالت بر این دارد که هر کس حقّ عقوبت دارد، حقّ عفو نیز دارد، لذا از آنجایی که حقّ عقوبت اختصاص به امام معصوم (ع) ندارد، حقّ عفو نیز اختصاص به معصوم (ع) ندارد (فاضل مؤحدی لنکرانی، ۱۳۹۰ ه.ش، ۳۰۶/۱).

۷- در باب حدود دو ضابطه داریم:

- ۱ - اگر جرمی با بینه ثابت شود، هیچ کس حقّ عفو حدّ آن را ندارد، و باید اجرا شود،
 - ۲ - اگر جرمی با اقرار ثابت شد و مقرّ تائب بود، امام، مختار در عفو یا اقامه ی حدّ است،
- آیا می توان گفت: حکم دوم اختصاصی معصوم (ع) است و به مسأله ی اجرای حدّ ربطی ندارد؟ این احتمال خیلی ضعیف است، زیرا مسأله ی عفو یکی از شئونات مجری حدّ است، و به فردی که حدّ را اقامه می کند، این اختیار داده شده است که عفو نماید (همان).

۲-۳ - اشتراط یا عدم اشتراط توبه در جواز عفو امام

مشهور فقها توبه مرتکب را پس از اقرار شرط جواز عفو امام دانسته اند اما برخی از معاصرین، صرف اقرار مرتکب را در جواز عفو کافی میدانند و قائل به اشتراط توبه در آن نیستند. به عنوان نمونه، در این

خصوص آیت الله خویی بر این عقیده اند که: «مشهور فقها، عفو امام را مقید به موردی کرده اند که اقرار کننده توبه کند، ولی دلیل آن روشن نیست» و در نقد مقید شدن حکم مشهور فقها به توبه این گونه استدلال میکنند که: «اگر در این خصوص اجماع تمام باشد، دلیل این تقید اجماع خواهد بود، ولی اجماع تمام نیست و اطلاق روایاتی که دلالت بر جواز عفو کردن امام دارند، بین توبه ی مقرر و عدم توبه او فرق نگذاشته است» (مددی، ۱۳۹۷، ش، ۲۵۹).

فقههای قدیم که قائل به اشتراط توبه در جواز عفو امام هستند، وجه آن را ذکر نکرده اند، اما فقههای معاصر وجوهی برای آن آورده اند، من جمله:

۱- اقرار کاشف از توبه است، یعنی از این که مجرم خود داوطلبانه به گناه خود اقرار میکند، معلوم میشود که او توبه کرده است. در نقد این دلیل باید گفت هر اقراری ملازمه با ندامت مقرر ندارد، چرا که اقرار به حدود علاوه بر ندامت ممکن است به انگیزه های دیگری صورت گیرد، مانند به رخ کشاندن جرأت و شجاعت و امید به عفو امام یا تخفیف مجازات، وقتی که نزدیک است جرم او با بینه ثابت شود (مهاجر و حبیبی تبار، ۱۳۹۸، ش، ۱۵).

۲- کلمه «تَطَوُّع» [داوطلبانه] در روایت تحف العقول این را میفهماند که در جواز بخشش و عفو، توبه لازم است. آیت الله خویی این دلیل را این گونه مورد مناقشه قرار داده اند که: «علاوه بر این تطوُّع صرف اشاره و احتمال است و به حد ظهور نمیرسد، از آن جهت که سندش ضعیف است، نیز نمیشود به آن استدلال کرد» (مددی، ۱۳۹۷، ش، ۲۵۹).

۳- صحیحی ی عبدالله بن سنان که از امام صادق (ع) نقل کرده: «السَّارِقُ إِذَا جَاءَ مِنْ قَبْلِ نَفْسِهِ تَائِبًا إِلَى اللَّهِ ، وَرَدَّ سَرِقَتَهُ عَلَى صَاحِبِهَا ، فَلَا قَطْعَ عَلَيْهِ»، به این ترتیب که نتیجه ی جمله ی شرطیه اشتراط توبه است و این که سارق خود بیاید، کنایه از اقرار است. در نقد این وجه باید گفت که عبارت «لا قطع علیه» ظهور در سقوط حد دارد نه در جواز عفو. تعبیر آمدن نیز دلالت بر آمدن نزد حاکم از باب اقرار ندارد بلکه مقصود، به قرینه ی «رد سرقت علی صاحبها»، آمدن نزد مالباخته است برای بازگرداندن مال به وی (هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۹، ق، ۱۹۳).

۴- بخشیدن و عفو کردن باید زمینه ی مناسبی داشته باشد، لذا باید با توبه زمینه ی عفو آماده باشد تا امام او را ببخشد. اگر امام بدون مناسبت ببخشد، اعتراض «اشعث» در روایت برقی موجه است که چرا حدی از حدود خدا را تعطیل میکنی؟ (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۳۹۰، ش، ۳۰۵/۱). این استدلال از این

رو با ایراد مواجه است که مناسبت و زمینه‌ی عفو، صرف توبه نیست و زمینه‌های دیگری برای عفو میتوان متصور بود، مانند ایجاد حسن ظن به اسلام در مرتکب و توقّع خدمت مهم و سودمند به اسلام از مرتکب (منتظری، ۱۴۰۹هـ.ق، ۳/۳۹۶).

۵- احتیاط و اکتفا به قدر متقین، اقتضای اشتراط توبه در عفو را دارد. به این معنا که در صورت عدم توبه، جواز عفو مشکوک است و از آنجایی که عفو حتّی در صورت ثبوت توبه هم واجب نیست چه برسد به جایی که مرتکب توبه نکرده باشد، احتیاط در اجرای حد است (گلپایگانی، ۱۴۱۲هـ.ق، ۲/۹۶). این استدلال از این جهت قابل مناقشه است که با وجود ادله‌ی لفظی نوبت به رجوع به اصول عملیه نمیرسد. در این خصوص ادله‌ای وجود دارد که مقتضای اطلاق آن عدم اشتراط توبه در مسأله است، مگر آن که مقیدی وجود داشته باشد که چنین مقیدی وجود ندارد (مهاجر و حبیبی تبار، ۱۳۹۸هـ.ش، ۱۸).

۶- روایت مالک بن عطیه صریح در این است که به سبب توبه، حد از مجرم برداشته میشود. در پاسخ میتوان گفت اولاً، این روایت دلالت بر سقوط به سبب توبه دارد نه بر اختیار عفو از سوی حاکم، ثانیاً، روایت «ضریس کناسی» و «طلحه بن زید» از این حیث که عفو را مشروط به توبه نکرده اند مطلق بوده و روایت مالک بن عطیه مقید است به توبه. چون مطلق و مقید هر دو مثبت (متوافق) اند، دلیلی بر حمل مطلق بر مقید نداریم (هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۹هـ.ق، ۱۹۳).

۲-۴- امکان یا عدم امکان تسری حکم به مواردی که ادله‌ی اثبات علم قاضی باشد

در متون فقهی و نیز متون قانونی، تأثیر توبه بر سقوط یا تخفیف حدود صرفاً در مواردی مورد توجه قرار گرفته است که مبنای اثباتی جرم، اقرار یا ینّیه باشد و تأثیر توبه‌ی مرتکبی که مبنای اثبات جرم وی علم قاضی است بر سقوط یا تخفیف حدود مسکوت مانده است، لذا مسأله قابل طرح مرتبط با موضوع بحث این است که توبه‌ی مرتکب حد بعد از اثبات آن از طریق علم قاضی چه تأثیری بر سقوط یا عفو مجازات آن خواهد داشت؟

هرچند در نصوص فقهی و قانونی به مسأله مذکور و فروضات آن اشاره نشده است اما برخی از فقها به این پرسش این گونه پاسخ داده اند که نمیتوان توبه را در رابطه با علم قاضی مقوله‌ای منفک از دیگر مقولات مربوط به پذیرش توبه دانست و در این خصوص باید به منشاء علم قاضی توجه کرد.

به این نحو که اگر مبنا و منشا علم قاضی اظهارات متهم باشد، علم قاضی میتواند در ردیف اقرار قرار گیرد و توبه ی قبل یا بعد از آن، حکم توبه ی مرتبط با اقرار را دارد و اگر مبنای علم قاضی سایر قرائن و امارات باشد، مثلاً نتیجه ی اظهارات شخص دیگری غیر از متهم باشد، میتوان آن را در حکم بینة یا شهادت شهود تلقی کرد و توبه ی قبل یا بعد از آن آثار توبه در مورد شهادت را دارد. آیت الله گلپایگانی در این خصوص عقیده دارند که: «باید دید علم متخذه از چیست؟ اگر منشاء علم، اظهارات متهم باشد، علم قاضی حکم اقرار را دارد و اگر از قرائن و شواهد زیاد باشد، در حکم بینة است (موسوی بجنوردی و سلطانیان، ۱۳۸۶ ه.ش، ۶۵). در مقابل، برخی دیگر بر عقیده اند که در اثبات جرم، علم قاضی مانند بینة-برخلاف اقرار- که دلیل درونی است- یک دلیل بیرونی است، لذا باید علم قاضی را در این موضوع در حکم بینة بدانیم و احکام بینة را بر آن حمل کنیم (حاجی ده آبادی و رجبی، ۱۳۹۴ ه.ش، ۱۵). همچنین برخی گفته اند: «در مورد توبه نیز دلیل پذیرفته نشدن آن پس از بینة آن است که مجرم در مظان اتهام است و نسبت به صدق کلام وی پس از ثبوت جرم، تردید وجود دارد و علم قاضی از این جهت مانند بینة است» (قیاسی، ۱۳۷۹ ه.ش، ۱۳۷).

۳- چالش های شکلی ناظر بر اختیار دادگاه در عفو مجازات حدی مرتکب تائب

شقّ دوم ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ علاوه بر این که بنابر آنچه گذشت از لحاظ ماهوی مناقشاتی مواجه است، از جنبه ی شکلی نیز در دستیابی به اهدافش با چالش هایی به شرح ذیل مواجه است:

۳-۱- ایرادات ناظر بر نحوه ی احراز توبه

علی رغم این که برخی معتقد اند چون به صرف ادعای توبه، شبهه برای قاضی حاصل میشود، چنین موردی محلّ اعمال قاعده دارءاست (قربان نیا، ۱۳۹۳ ه.ش، ۸۳) و به موجب این قاعده بایستی جرم و مجازات را در آن منتفی دانست، و برخی دیگر این گونه اظهار نظر کرده اند که چون طبق یک اصل کلی تحت عنوان «ما لایعلم الاّ من قبله» (جعفری لنگروددی، ۱۳۶۳ ه.ش، ۱۰۱۸/۱) انتظار از فرد تائب آن نیست که هنگام توبه دلیل اثبات آن را مهیا کند و مطالبه دلیل نه تنها موجب عسر و حرج بلکه ناممکن است، باید به صرف اظهار لفظی توبه او را پذیرفت^۴، تأثیر توبه بر سقوط، تخفیف و عفو

^۴ - در استفتائاتی که از برخی مراجع از جمله آیت الله موسوی اردبیلی، آیت الله فاضل لنکرانی و آیت الله صافی گلپایگانی صورت گرفته، اظهار توبه به لفظ برای سقوط مجازات کافی دانسته شده است (طاهری، ۱۳۸۹: ۷).

مجازات‌های حدّی مطابق با ماده‌ی ۱۱۷ و ۱۱۸ قانون مجازات اسلامی منوط به احراز توبه و اصلاح و ندامت مرتکب بر اساس ادله‌ی ارائه شده از سوی وی به دادگاه است که مستلزم آن عدم اکتفا به ادعای مرتکب است. در قوانین جزایی ایران ملاک قانونی مشخصی در خصوص شرایط تحقق توبه وجود ندارد. عدم تعیین ملاک قانونی در این خصوص در اجرای قانون مجازات پیشین (مصوب ۱۳۷۰) نیز سبب صدور آرای مختلف و نیز استفسار و استفتائات فراوانی از اداره‌ی کل حقوقی قوه‌ی قضاییه و مراجع معظم تقلید شده بود (ر.ک: معاونت آموزش قوه‌ی قضاییه، ۱۳۸۸ ه.ش، ۳۰/۵). با وجود چنین نقیصه‌ای، جهت یافتن ملاک‌های احراز توبه وفق اصل ۱۶۷ قانون اساسی ناگزیر از رجوع به منابع فقهی و فتاوی معتبر هستیم. از آنجایی که رفع این نقیصه از طریق رجوع به اصل مذکور به دلیل پاره‌ای ابهامات - از جمله ابهام در مفهوم منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر - در مقام اجرا با مشکلاتی مواجه است، این نقیصه صرفاً باید از طریق بیان ملاک‌های احراز توبه در قانون مرتفع گردد.

از رجوع به قرآن مجید جهت تعیین شرایط تحقق توبه این نتیجه حاصل می‌شود که در بسیاری از آیات مرتبط با توبه (بقره/۱۶۰، آل عمران/۸۹، نساء/۱۴۶، نور/۵، نحل/۱۱۹، طه/۸۲، انعام/۵۴، مائده/۳۹) در کنار توبه لفظ «اصلاح» به کار برده شده است (عسکری اسلام پور، ۱۳۸۳ ه.ش، ۹۶). بنابراین یکی از ارکان اصلی توبه اصلاح خواهد بود. برخی از اندیشمندان دینی اصلاح را در تقابل با افساد تعریف کرده‌اند، بدین معنی که افساد خروج از موضع اعتدال و طبع اصلی هر چیزی است و اصلاح بازگشت به موضع اعتدال و طبع اصلی آن شی. شیخ طوسی در بیان مفهوم اصلاح مینویسد: «الاصلاح استقامه الحال، و الاصلاح جعل الشیء علی الاستقامه» [اصلاح معتدل قرار دادن چیزی است]. راغب اصفهانی در این خصوص بر این عقیده است که: «الفساد خروج الشیء عن الاعتدال قليلاً کان او كثيراً و یضاده الصلاح، و یستعمل ذلک فی النفس و البدن و الاشیاء الخارجة عن الاستقامه» [فساد هرگونه خارج شدن اشیاء از حالت اعتدال می‌شود] (مفردات راغب، ماده فساد). علامه طباطبایی نیز در المیزان این چنین آورده‌اند که: «فساد عبارت است از تغییر دادن هر چیزی از آنچه طبع اصلی آن اقتضا دارد و اصلاح، باقی ماندن هر چیزی است به مقتضای طبع اصلیش تا آنچه خیر و فایده در خور آن است بر آن مترتب گردد، بدون آن که به خاطر فسادش چیزی از آثار نیک آن تباه گردد» (عباسی، ۱۳۸۱).

روایات مختلفی نیز در مورد شرایط پذیرش توبه از سوی بزهکاران و گناهکاران نقل شده است که میتوان از آن ها مواردی را به عنوان ادله و قراین توبه مرتکب استنباط نمود (عبداللهی، ۱۳۸۹ ه.ش، ۱۳۸)، برای نمونه، مطابق روایتی از امام علی (ع) توبه از چهار چیز تشکیل میشود: اول، پشیمانی قلبی، دوم، پشیمانی در قالب استغفار به زبان، سوم، ترک معاصی و رها کردن گناهان گذشته، چهارم، عدم تکرار آن گناهان و فساد در آینده (نوری، ۱۴۰۸ ه.ق، ۱۳۷/۱۲). امام علی (ع) در روایت دیگری شش شرط را برای توبه بیان فرموده اند، از جمله: ۱. پشیمانی بر گذشته، ۲. تصمیم همیشگی بر عدم بازگشت به گناهان، ۳. ادای حقوق مردم، ۴. ادای فرایض و واجبات فوت شده، ۵. آب کردن گوشت هایی که از گناهان روییده است، به وسیله ی حزن و اندوه، به گونه ای که پوست به استخوان بچسبد و دگرباره گوشت بر آن ها برآید، ۶. چشاندن الم و سختی طاعت به تن، همچنان که حلاوت و شیرینی (کاذب) معصیت و گناه را قبلاً به تنش چشانده است (حرعاملی، ۱۴۱۶ ه.ق، ۷۷/۱۶). از میان شش شرط فوق، دو شرط اول، جوهر و ذات توبه اند و دو شرط دوم، دلالت بر اصلاح عمل دارند که میتوان از آنها به شرایط پذیرش توبه تعبیر کرد. دو شرط آخر را نیز باید از شرایط استکمالی توبه دانست (خمینی موسوی، ۱۴۲۴ ه.ق، ۳۰۷ و ۳۰۹).

از مجموع آیات و روایات مرتبط با توبه، میتوان این گونه استنباط کرد که توبه آن زمان محقق خواهد شد که تمام اموری که در اثر ارتکاب جرم از موضع سابق خود -یعنی موضع اعتدالشان- خارج شده اند، به موضع اعتدالی سابق خود بازگردند، بدین صورت که آثار درونی ناشی از ارتکاب جرم با پشیمانی و ندامت قلبی و آثار بیرونی آن با ادای آن چه که از حقوق غیر تضییع گردیده است و عدم تکرار آن در آینده، به موضع اعتدال بازگردد. پس میتوان گفت توبه دو وجه درونی و بیرونی دارد، وجه درونی آن پشیمانی قلبی است که با ادای لفظ تظاهر بیرونی پیدا میکند. وجه بیرونی آن نیز نسبت به گذشته، ادای حقوق تضییع شده ی دیگران^۵ و نسبت به آینده، عدم تکرار موضوع توبه میباشد. بر این اساس از آنجا که جنبه ی درونی توبه قابل احراز نیست مگر به لفظ توبه کننده، دادگاه باید برای جهت احراز تحقق توبه مرتکب حدّ اقل سه شرط اساسی را احراز نماید: اول، اینکه مرتکب به لفظ اظهار پشیمانی قلبی نماید، دوم، اینکه مرتکب حقوق تضییع شده ی غیر را ادا نماید و سوم

^۵ -برخی فقها صرف توبه را کافی ندانسته و معتقد اند فرد باید حقوق ضایع شده دیگران را نیز جبران نماید تا توبه ی او موثر واقع گردد (ر.ک: موسسه ی آموزشی و پژوهشی قضا، ۱۳۹۰، سوال ۷۴۷ و ۶۸۷).

این در آینده مرتکب جرمی که از آن توبه کرده نشود.

یکی از ابزارهایی که دادگاه میتواند جهت احراز توبه به آن متمسک شود، «پرونده شخصیت متهم» است. پرونده ی شخصیت به روانی، اجتماعی، خانوادگی، تحصیلی، حرفه ای، فیزیولوژیکی متهم است (شاملو و گوزلی، ۱۳۹۰، ش. ۹۰-۹۱) و به نوعی تسهیل کننده اجرای اصل فردی کردن از سوی دادسرا و دادگاه به شمار میرود (خالقی، ۱۳۹۷، ش. ۲۳۶). قاضی میتواند بر اساس اطلاعات موجود در پرونده شخصیت، از جمله گزارش مددکار اجتماعی، پزشک و روانپزشک مبنی بر تحقق یا عدم تحقق ندامت و اصلاح مجرم ادعای او را مبنی بپذیرد یا رد کند.

۳-۲- تعارض در محدوده ی زمانی واجد اثر بودن توبه بر عفو مرتکب

به نظر میرسد که از حیث محدوده ی زمانی که توبه واجد اثر بر عفو مرتکب حد است، شقّ دوم ماده ی ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ با ماده ی ۱۱۸ این قانون در تعارض باشد، بدین شرح که براساس شقّ دوم ماده ی ۱۱۴ متهم میتواند تا مرحله ی اجرای حکم، توبه نموده و بر اساس آن از دادگاه درخواست عفو نماید، چرا که این ماده تصریح به مرحله ی «پس از اثبات جرم»^۶ دارد و این مرحله تا زمان اجرای حکم ادامه خواهد داشت، در حالی که در ماده ی ۱۱۸ زمان ارائه ادله ی مربوط به توبه توسط متهم محدود به زمان قبل از قطعیت حکم شده است. با وجود چنین تعارضی این ابهام به وجود می آید که آیا در فاصله ی بین زمان قطعیت حکم تا زمان اجرای حکم، توبه ی مرتکب واجد اثر شقّ دوم ماده ی ۱۱۴ خواهد بود یا این که براساس ماده ی ۱۱۸ توبه ی مرتکب در این فاصله ی زمان فاقد اثر خواهد بود؟ در پاسخ اگر بگوییم که در این مورد ماده ی ۱۱۸ مخصّص ماده ی ۱۱۴ است، لذا در فرض مورد بحث توبه ی مرتکب فاقد اثر بر عفو وی میباشد، چنین تفسیری خلاف اصل تفسیر به نفع متهم قوانین کیفری خواهد بود. پس ارجح آن است که با توجه به سکوت قانونگذار نسبت به مهلت توبه در فرضی که جرم با اقرار ثابت شده و نیز اطلاق ادله مبنی بر امکان تحقق و پذیرش توبه پس از اثبات جرم به وسیله اقرار، ماده ی ۱۱۸ را ناظر به توبه پیش از اثبات بدانیم که مسقط حد است نه توبه پس از اقرار که برای حاکم اختیار اجرای حد و عفو آن را

^۶ - باید توجه داشت که زمان اثبات جرم با زمان صدور حکم یکی نیست بلکه قبل از آن است چراکه ماده ۴۰ این قانون در ارتباط با تعویق صدور حکم مقرر میدارد: "در جرایم موجب تعزیر درجه شش تا هشت دادگاه می تواند پس از احراز مجرمیت متهم با ملاحظه صدور حکم را به مدت شش ماه تا دو سال به تعویق اندازد"

می آورد و از این طریق راه پذیرش توبه تا پیش از اجرای حکم را باز دانست (حاجی ده آبادی و رجبی، ۱۳۹۴، ش، ۱۳ و ۱۴).

۳-۳- محدود بودن امکان تعزیر پس از سقوط حد به زنا و لواط

در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، در مواردی که مجازات حدی در اثر توبه ی مرتکب ساقط یا مورد عفو واقع می‌شد، امکان مجازات مرتکب از باب تعزیر وجود نداشت. جهت رفع این نقیصه، در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، تبصره ی دوّم ماده ی ۱۱۴ پیش بینی گردید. در این تبصره، در صورت سقوط مجازات حدی با توبه در موارد زنا و لواط به عنف و اکراه یا همراه با اغفال بزه دیده، برای مرتکب مجازات حبس یا شلّاق تعزیری یا هر دوی آن در نظر گرفته شد. اگرچه پیش بینی تعزیر پس از سقوط مجازات حدی در برخی موارد منطقی به نظر می‌رسد و می‌توان آن را از باب مصلحت جایز دانست (الهام و برهانی، ۱۳۹۳، ش، ۲/۲۷۴)، اما مشخص نیست چرا قانون گذار دایره ی شمول این تبصره را به زنا و لواط به عنف و اکراه یا همراه با اغفال بزه دیده محدود نموده است، در حالی که اقتضا دارد نسبت به سایر جرایم همچون سرقت حدی یا محاربه، بغی و افساد فی الارض، به لحاظ وسعت جنبه ی عمومی این جرایم و تأثیر آن ها در بر هم خوردن نظم عمومی، چنین تدبیری نیز برای این گونه جرایم در نظر گرفته شود (حاجی ده آبادی و رجبی، ۱۳۹۴، ش، ۱۶ و ۱۷).

ابهام دیگری که در خصوص تعزیر پس از سقوط حد قابل طرح است این است با عنایت به تبصره ی (۲) ماده ی ۲۲۴ این قانون، که زنا ی مرد در حال بیهوشی، خواب یا مستی را در صورتی که زن راضی به زنا نباشد، در حکم زنای به عنف می‌داند، آیا جرایم در حکم زنای به عنف که مورد تصریح تبصره ی (۲) ماده ی ۲۲۴ است نیز داخل در حکم تبصره ی (۲) ماده ی ۱۱۴ می‌باشد یا خیر؟ به عبارت دیگر در جرایم در حکم زنای به عنف، آیا با سقوط یا عفو حد در اثر توبه مرتکب، مجازات های مقرر در تبصره ی (۲) ماده ی ۱۱۴ نسبت به مرتکب قابل اعمال است یا خیر؟ در پاسخ به این پرسش شاید بتوان گفت با توجه به عدم تصریح قانون گذار و امعان نظر به تفسیر مضیق قوانین کیفری، مجازات های تعزیری مقرر در تبصره ی (۲) ماده ی ۱۱۴ نسبت به مواردی که در حکم زنای به عنف هستند قابل اعمال نیست (صابر و رفیع زاده، ۱۳۹۴، ش، ۸۰-۸۱).

۳-۴- ابهام در امکان تسری اختیار احراز توبه به دادسرا

یکی دیگر از چالش هایی که ماده ی ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در حوزه ی کیفر دهی

قضایی با آن مواجه است این است که با وجود استعمال قانون گذار از لفظ «دادگاه» در این ماده، اختیار احراز توبه به دادسرا نیز قابل تسری است یا خیر؟ در پاسخ به این پرسش، دو دیدگاه مطرح شده است:

دیدگاه اول این است که چنین اختیاری منحصر به دادگاه است و قابل تسری به دادسرا نیست. طرفداران این نظر در اثبات ادعای خود چنین استدلال میکنند که:

اولاً، ماده ی ۱۱۴ در قانون مجازات اسلامی ذیل عنوان توبه مجرم آمده است و به نصّ اصل ۳۶ قانون اساسی احراز مجرمیت با دادگاه صالح است نه با دادسرا،

ثانیاً، در ماده ی ۱۱۴ قانون مذکور و مواد بعدی آن از لفظ «قاضی» استفاده شده است و در عرف قضایی، قاضی به قاضی دادگاه اطلاق میشود نه به دادسرا،

ثالثاً، طبق ماده ی ۱۱۵ قانون مورد اشاره، در جرایم تعزیری درجه ۵ تا ۵ در صورت توبه مرتکب دادگاه میتواند مقررات راجع به تخفیف مجازات را اعمال نماید. با پذیرش اختیار دادسرا در قبول توبه، با توجه به این که تخفیف مجازات صرفاً از اختیارات دادگاه است، دادسرا در صورت پذیرش توبه در جرایم مذکور، نمیتواند مقررات راجع به تخفیف را اعمال نماید،

رابعاً، مفاد ماده ی ۱۱۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ که مقرر میدارد: «چنانچه دادستان مخالف سقوط یا تخفیف مجازات باشد، میتواند به مرجع تجدید نظر، اعتراض نماید»، دلالت بر آن دارد که موجه نیست که دادسرا از یک سو اختیار داشته باشد به عنوان مخالف سقوط یا تخفیف مجازات در مرجع تجدید نظر نسبت به آن اعتراض کند و از سوی دیگر بتواند آن را راساً بپذیرد و موجبی برای سقوط مجازات قرار دهد.

اداره ی حقوقی قوه ی قضائیه نیز در نظریه ی شماره ۷/۹۲/۱۲۹۱ مورخ ۹۲/۷/۱ در پاسخ به این سؤال که آیا امکان احراز توبه در دادسرا وجود دارد یا خیر؟ با پذیرش این نظر اظهار میدارد که: «احراز توبه مرتکب جرم با قاضی محکمه است و بازپرس حق مداخله ندارد، لیکن در صورت احراز توبه بازپرس باید پرونده را با صدور قرار مجرمیت (قرار جلب به دادرسی) و کیفر خواست به دادگاه ارسال کند تا اقدام مقتضی صورت گیرد».

در مقابل برخی از حقوق دانان معتقد اند که اختیار احراز توبه، قابل تسری به دادسرا نیز میباشد. آن ها به استدلال گروه مخالف چنین پاسخ میدهند:

اولاً، در ماده ی ۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ توبه از موارد سقوط دعوای عمومی در دادسرا بیان شده است، یعنی اگر شرایط توبه احراز شد، دادسرا به استناد ماده مزبور، این اختیار را دارد که قرار موقوفی تعقیب صادر کند. بنابراین دادسرا اختیار پذیرش توبه را خواهد داشت.

ثانیاً، مطابق با شقّ اوّل ماده ی ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، در جرایم موجب حد به استثنای کذب و محاربه توبه متهم قبل از اثبات جرم مسقط مجازات حد است. وفق تبصره (۱) این ماده نیز توبه محارب قبل از دستگیری یا تسلط بر او موجب سقوط حد است. حال اگر قائل به عدم شمول این ماده نسبت به دادسرا شویم، نتیجه این خواهد شد که دادسرا در موارد فوق الذکر با وجود سقوط مجازات ملزم به صدور قرار مجرمیت و یا بازداشت متهم با قرار تامین است،

ثالثاً، استناد گروه اوّل به اصل ۳۶ قانون اساسی نیز قابل مناقشه است، به این دلیل که رأی اعم است از حکم و قرار و این اصل صرفاً ناظر به حکم است و قرار از شمول آن خارج است. بر این اساس چون دادسرا در صورت احراز توبه قرار موقوفی صادر میکند و حکمی صادر نمیشود، اعمال ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ از سوی دادسرا تعارضی با اصل مذکور ندارد،

رابعاً، در پاسخ به این استدلال که در ماده ی ۱۱۴ قانون مذکور و مواد بعدی آن از لفظ «قاضی» استفاده شده است و در عرف قضایی، قاضی به قاضی دادگاه اطلاق میشود، میتوان گفت که کلمه قاضی صفت فاعلی است که از حیث لغوی به معنای قضاوت کننده و به اطلاّش کلیه قضات اعم از قضات دادگاه و دادسرا را شامل میشود. در صورت تشکیک یکی از علایم استعمال حقیقی لفظی در یک معنا، مقتضا این است که لفظ مشکوک را موضوع سپس آن معنا را بر آن حمل کنیم، اگر صحت سلب داشت نشانه آن است که استعمال حقیقی نیست و الاّ استعمال، استعمال حقیقی است و در مورد بحث مصادیق مشکوک ما قضات دادسرا است که آن را موضوع قرار داده و لفظ قاضی را بر آن حمل میکنیم، میبینیم که صحت سلب ندارد، پس استعمال، استعمال حقیقی است. به عبارت ساده تر بر قضات دادسرا نیز به استعمال حقیقی عنوان قاضی صدق میکند (شیرودی بزرگی، ۱۳۹۷، ه.ش.).

۳-۵- عدم تأثیر توبه بر تعزیرات منصوص شرعی

قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در ماده ی ۲۲۰ به دادگاه ها این اجازه را داده است که در مورد «حدودی که در این قانون ذکر نشده است» طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی عمل کند. درواقع ماده ی مزبور ضمن شناسایی مفهوم «حدود غیر مذکور»، دلالت دارد بر این که جرایم موجب حد، منحصر به

موارد نه گانه مصرّح در فصول بخش دوم کتاب دوم این قانون نیست. همچنین در ماده ی ۱۱۵ این قانون با جرایمی تحت عنوان «تعزیرات منصوص شرعی» مواجه ایم. علی رغم شناسایی این دو مفهوم در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، قانون گذار معیار دقیقی برای تفکیک این دو مفهوم ارائه نکرده و تشخیص مصادیق آن را بر عهده ی مقامات قضایی نهاده است. در نتیجه برای تشخیص مصادیق آن ها باید به تفسیر متوسّل شد. در این زمینه سه تفسیر امکان پذیر است:

اول، انحصار حدود به موارد شش گانه مشهور (زنا و ملحقات آن، قذف، شرب خمر، سرقت و محاربه) و اختصاص تعزیرات منصوص به سایر مواردی که در شرع مشخص شده اند، به عبارتی دارای موجب در شرع هستند، اعم از این که نوع و میزان مجازات آنها در شرع تعیین شده باشد یا تعیین نشده باشد. (مانند: ارتداد، بدعت گذاری، سحر، وطی بهایم، حضور همزمان دو نفر غیر همجنس زیر پوشش واحد، سرقت تعزیری، خیانت در امانت)،

دوم، اختصاص حدود به موارد شش گانه مشهور و مواردی که دارای موجب و مجازات با نوع و میزان معین در شرع هستند (مانند: ارتداد، بدعت گذاری، سحر، وطی بهایم، حضور همزمان دو نفر غیر همجنس زیر پوشش واحد) و تعزیرات منصوص شرعی به مواردی که صرفاً دارای موجب در شرع هستند اما نوع و میزان مجازات آن ها در شرع تعیین نشده است (مانند: سرقت تعزیری، خیانت در امانت)،

سوم، اختصاص حدود به موارد شش گانه مشهور و مواردی که دارای موجب و مجازات بانوع معین و میزان ثابت بدون اقل و اکثر در شرع میباشد (مانند: ارتداد، بدعت گذاری، سحر) و تعزیرات منصوص شرعی به مواردی که دارای موجب در شرع هستند و نوع و میزان مجازات آن ها معین اما غیر ثابت میباشد (مانند: وطی بهایم، حضور همزمان دو نفر غیر همجنس زیر پوشش واحد) (رحمانیان و حبیب زاده، ۱۳۹۲، ش، ۱۰۳).

از آنجایی که در «حدود غیر مذکور» مطابق با ماده ی ۱۱۴، توبه قبل از اثبات، مسقط مجازات و بعد از اثبات با اقرار مرتکب، موجب این اختیار است که دادگاه توسط رئیس قوه قضاییه از مقام معظم رهبری درخواست عفو مرتکب را نماید، در حالی که علی رغم اطلاق آیه ۲۵ سوره ی شورا (داوریار، ۱۳۸۴، ش، ۱۲۷) در «تعزیرات منصوص شرعی» بر اساس تبصره ی (۲) ماده ی ۱۱۵ توبه ی مرتکب تأثیری بر سقوط و تخفیف مجازات این جرایم نخواهد داشت، فقدان ضابطه ی مشخص

جهت تفکیک دو مفهوم یادشده، مقامات قضایی را در مواجهه با توبه ی مرتکبین جرایمی که مبتنی بر متون فقهی یا فتاوی معتبر هستند، مانند: وطنی بهائیم یا حضور همزمان دو نفر غیر همجنس زیر پوشش واحد، با چالش مواجه مینماید، چرا که به دلیل فقدان معیار قانونی، قرار گرفتن این گونه جرایم در زمره ی «حدود غیر مذکور» یا «تعزیرات منصوص شرعی» با ابهام مواجه بوده و در نتیجه با این چالش مواجه خواهیم بود که توبه ی مرتکبین این گونه جرایم، مشمول ماده ی ۱۱۴ خواهد بود یا این که تحت شمول ماده ی ۱۱۵ قرار خواهند گرفت؟ به عنوان نمونه، ارتداد که دارای موجب در شرع است و نوع و میزان مجازات آن (اعدام) نیز در شرع معین است، بر اساس تفسیر اول، از تعزیرات منصوص شرعی است و توبه ی مرتکب آن مشمول ماده ی ۱۱۵ خواهد شد، اما بر اساس تفسیر دوم و سوم، از جرایم حدی تلقی خواهد شد و در صورت توبه ی مرتکب باید ماده ی ۱۱۴ را نسبت به وی اعمال نمود.

ایراد دیگری که در این خصوص قابل طرح است این است که با عنایت به این که اولاً، ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ صرفاً ناظر بر جرایم حدی است، ثانیاً، وفق تبصره ی (۲) ماده ی ۱۱۵ قانون مذکور تعزیرات منصوص شرعی از دایره شمول این ماده خارج میباشد، ثالثاً، مقررہ دیگری در خصوص تأثیر توبه بر تعزیرات منصوص شرعی وجود ندارد، میتوان گفت توبه ی مرتکبین تعزیرات منصوص شرعی در سقوط یا تخفیف مجازات آن ها فاقد اثر است، بر این اساس این ایراد قابل طرح است که با وجود اهمیت بیشتر جرایم حدی نسبت به تعزیرات منصوص شرعی نزد شارع این منطقی نخواهد بود که توبه ی مرتکب در جرایم حدی موجب سقوط مجازات یا عفو مرتکب باشد اما در تعزیرات منصوص شرعی که نسبت به حدود از درجه ی اهمیت کم تری برخوردار است تأثیری بر سقوط یا تخفیف مجازات یا عفو مرتکب نداشته باشد. شاید بتوان گفت از آنجایی که حاکم شرعی بر اساس قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» میتواند هرگونه تصرفی در تعزیرات بنماید و با تنقیح مناط و الغای خصوصیت نسبی و تفسیر قانون به نفع متهم در موارد تعزیرات منصوص شرعی باید قائل به پذیرش توبه گردید (شمس ناتری، ۱۳۹۱).

۳-۶- ایرادات ناظر بر تأثیر توبه در سقوط حد محاربه

در ماده ی ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی با دو حکم مواجه هستیم، یکی حکم مندرج در شق اول این ماده، یعنی «اسقاط حد» در اثر توبه مرتکب قبل از اثبات جرم که حد کذف و محاربه از آن

مستثنی شده اند و دیگری حکمی که در شقّ دوّم وضع گردیده است، یعنی «عفو مرتکب حد» در صورت اقرار مرتکب. در خصوص عدم تأثیری توبه در اسقاط حدّ محاربه ابهامی وجود ندارد، چرا که شقّ اوّل ماده ۱۱۴ به صراحت آن را مستثنی اعلام کرده است و تبصره ی (۱) این ماده نیز مؤید آن است. اما در خصوص تأثیر توبه در عفو حدّ مرتکب محاربه با توجه به این که: اولاً در شقّ دوّم ماده ی ۱۱۴ صرفاً به مستثنی بودن حدّ قذف اشاره شده و برخلاف شقّ اوّل ذکر ی از حدّ محاربه به میان نیامده است، ثانیاً قانون گذار در تبصره ی (۱) این ماده لفظ «سقوط حد» را به کار برده و به عفو مرتکب حد اشاره ای نکرده است، این ابهام به وجود می آید که آیا تبصره ی (۱) ماده ۱۱۴ تنها مخصّص حکم شقّ اوّل آن است یا این که شقّ دوّم آن را نیز تخصیص میزند؟ اگر فرض اوّل را صحیح بدانیم حذف محاربه از شقّ دوّم ماده ی مورد بحث و صرف اشاره به حدّ قذف بر خلاف شقّ اوّل آن بلاوجه است. در مقابل اگر فرض دوّم را بپذیریم با این ایراد مواجه خواهیم شد که همان طور که بر اساس حکم خاصّ آیه ۳۳ سوره ی مائده در خصوص توبه محارب (إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ...) در مرحله قبل از اثبات حد، قائل به حکم عامّ سقوط حد در اثر توبه مرتکب نیستیم، دلیلی وجود ندارد که در مرحله ی بعد از اثبات حد از حکم خاصّ آیه ۳۴ سوره ی عدول نماییم و قائل به حکم عامّ اختیار عفو حاکم در صورت اقرار مرتکب باشیم.

نقیصه ی دیگر قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در زمینه ی تأثیر توبه در سقوط حد محاربه، تعارض ماده ی ۱۱۶ با تبصره ی (۱) ماده ۱۱۴ این قانون است. بدین ترتیب که با وجود آنکه ماده ی ۱۱۶ این قانون مقررّ داشته که: «دیه، قصاص، حد قذف و محاربه با توبه ساقط نمیگردد»، تبصره ی (۱) ماده ی ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی ۹۲ توبه محارب قبل از دستگیری یا تسلط بر او موجب سقوط حد میدانند. در مصوبه ی اولیه مورّخ ۱۳۸۸/۹/۲۵ جلسه ی علنی مجلس شورای اسلامی، ماده ی ۱۱۶ به این صورت تنظیم شده بود که: «دیه، قسط و حد قذف با توبه ساقط نمیگردد»، اما در مصوبه ی اصلاحی مورّخ ۱۳۹۰/۵/۲ کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی، بدون این که ایرادی از سوی شورای نگهبان به این ماده وارد شود، محاربه نیز به این ماده افزوده شد. بدین ترتیب به نظر میرسد با توجه به نظر مشهور فقها و نیز روند تصویب مواد مذکور باید قائل به اعمال تبصره ی (۱) ماده ی ۱۱۴ در زمینه توبه محارب قبل از دستگیری باشیم، بدین بیان که اطلاق ماده ی ۱۱۶ مبنی بر عدم پذیرش توبه محارب به وسیله نصّ تبصره ی (۱) ماده ی ۱۱۴

تخصیص خورده است (حاجی ده آبادی و رجبی، ۱۳۹۴، ش، ۱۷ و ۱۸).

نکته ی قابل ذکر دیگر این که با عنایت به این که منظور از دستگیری آن است که متهم در سیطره ی فیزیکی مأموران باشد، مانند آن که به وی دست بند زده باشند، اما تسلط مرتبه ی ضعیف تر از دستگیری بوده و بدین معنا میباشد که بر وضعیت متهم کنترل و اشراف دارند و به راحتی و بدون هیچ مانعی میتوانند او را دستگیر کنند (قلی زاده و ریاحی، ۱۳۹۳، ش، ۱/۱۷۴ و ۱۷۵) مانند موردی که متهم در خانه تیمی تحت محاصره قرار گرفته و سپس با ورود مأموران به خانه دستگیر میشود (میرمحمد صادقی، ۱۳۸۸، ش، ۱۲۶)، استفاده ی قانون گذار از واژه ی «یا» در تبصره ی (۱) ماده ی ۱۱۴ صحیح به نظر نمیرسد، چرا که اگر واژه ی تسلط را به کار میبرد به طریق اولی شامل دستگیری نیز میشود.

۳-۷- ایرادات ناظر بر حق تجدید نظر خواهی دادستان

با این که این قابلیت وجود دارد که دادستان در قالب بند (ب) ماده ی ۴۳۴ قانون مذکور نسبت به پذیرش توبه از سوی دادگاه در مرجع تجدید نظر اعتراض نماید، دلیل تأکید ماده ۱۱۹ قانون مجازات اسلامی به این موضوع که چنانچه دادستان مخالف سقوط یا تخفیف مجازات باشد، میتواند به مرجع تجدیدنظر اعتراض کند، مشخص نیست.

با این وصف میتوان در خصوص علت وضع ماده ی ۱۱۹ تفاسیر مختلفی را در این خصوص ارائه نمود. یکی این که قانون گذار با وضع این ماده در پی آن است که در خصوص اعتراض به پذیرش توبه، حق تجدید نظر خواهی را از سایر افرادی که به موجب ماده ی ۴۳۳ قانون آیین دادرسی دارای حق تجدید نظر خواهی نسبت به آرای قابل تجدید نظر را دارند، سلب نماید و آن را فقط در انحصار دادستان قرار دهد و از آنجایی که اعتراض محکوم علیه به پذیرش توبه قابل تصوّر نیست، هدف قانون گذار سلب حق اعتراض شاکی خصوصی نسبت به پذیرش توبه است. تفسیر دیگر این که اطلاق ماده ی ۱۱۹ دلالت بر آن دارد که هدف از وضع این ماده این است که دادستان علاوه بر این که در جرایمی که آرای آن ها به موجب ماده ۴۲۷ قانون آیین دادرسی کیفری غیر قطعی است، حق اعتراض نسبت به پذیرش توبه را دارد، در جرایمی که آرای آنها قطعی میباشد نیز دادستان این حق را دارد که نسبت به پذیرش توبه اعتراض کند. تفسیر دیگری که در این خصوص میتوان ارائه کرد این است که با وضع ماده ی ۱۱۹ اختیار دادستان در اعتراض به پذیرش توبه مرتکب مقید به جهات

تجدید نظری که در بند(پ) ماده ی ۴۳۳ قانون آیین دادرسی کیفری احصاء شده است (برائت متهم، عدم انطباق رای با قانون و عدم تناسب مجازات)، نمیباشد و دادستان میتواند از جهات دیگری که در ماده ی ۴۳۴ به آن اشاره شده است مانند عدم اعتبار ادله یا مدارک استنادی و عدم توجه دادگاه به دلایل ابرازی، نیز نسبت به پذیرش توبه در مرجع تجدید نظر اعتراض نماید.

نتیجه:

بنابر آنچه گذشت، در حوزه ی فقهی این حکم مشهور فقها که اگر حد با اقرار ثابت شده باشد با توبه ی مرتکب، امام مخیر در عفو یا اجرای حد است، مبتنی بر روایاتی چون روایت طلحه بن زید، مرسله ی ابوعبدالله برقی، روایت حسن بن شعبه ی حرانی در تحف العقول و صحیحہ ی ضریس کناسی است که غالباً با ضعف سندیت و دلالت مواجه اند. مضافاً این که در این خصوص مواردی چون تعمیم این حکم به فقیه جامع الشرائط، اشتراط توبه در جواز عفو امام و تسری این حکم به مواردی که حد از طریق علم قاضی ثابت میشود، مورد اختلاف فقها است.

در حوزه ی تقنینی نیز اگرچه قانون گذار در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، نهاد ارزشمند توبه را به گونه ای قاعده مند وارد نظام کیفری ایران نموده که در جای خود اقدامی سنجیده تلقی میگردد، اما به نظر میرسد این اقدام بدون تأمل کافی نسبت به تمام جوانب موضوع صورت گرفته است. ارزیابی شقّ دوم ماده ی ۱۱۴ این قانون به عنوان یکی از مصادیق کیفردهی قضایی در نظام عدالت کیفری ایران نشان میدهد که این مقررّه در دستیابی به اهدافش با چالش هایی به شرح ذیل مواجه است:

۱- از آنجایی که در این مقررّه، پذیرش توبه منوط به احراز آن است، فقدان ملاک های قانونی در زمینه ی نحوه ی احراز توبه، برخورد سلیقه ای قضات و تشتت آرای قضایی را به دنبال خواهد داشت.

۲- اگر چه وفق تبصره ی (۲) ماده ی ۱۱۴، پیش بینی تعزیر در مواردی که مجازات های حدّی زنا و لواط به عنف یا اکراه یا همراه با اغفال در اثر توبه مرتکب مورد عفو قرار میگیرد، منطقی به نظر میرسد، اما دلیل این که چرا دایره ی شمول این تبصره محدود به این جرایم است، روشن نیست، در حالی که ممکن وسعت جنبه ی عمومی برخی دیگر از جرایم حدّی از جرایم احصاء شده در این تبصره بیشتر باشد.

۳- با وجود استعمال قانون گذار از لفظ «دادگاه» در ماده ی ۱۱۴، تسری یا عدم تسری این ماده به دادسرا با ابهام مواجه است.

۴- فقدان معیار مشخص جهت تمیز حدود از تعزیرات منصوص شرعی، اعمال ماده ی ۱۱۴ را نسبت به حدود غیر مذکور که در ماده ی ۱۲۰ مورد اشاره واقع شده با ابهام مواجه میکند. علاوه بر این با وجود اهمیت بیشتر جرایم حدی نسبت به تعزیرات منصوص شرعی، علی رغم این که در جرایم حدی توبه مسقط حد است، اما وفق تبصره ی (۲) ماده ی ۱۱۵، این نهاد هیچ تأثیری بر تعزیرات منصوص شرعی ندارد.

۵- در خصوص تأثیر توبه بر سقوط حد محاربه با دو حکم یکی حکم عام شق دوم ماده ی ۱۱۴ و دیگری حکم خاص تبصره ی (۱) این ماده مواجه ایم که ترجیح یکی بر دیگری روشن نیست. مضافاً این که در این خصوص ماده ی ۱۱۴ با ماده ی ۱۱۶ در تعارض میباشد.

۶- با وجود این که این قابلیت وجود دارد که دادستان بر اساس ماده ی ۴۳۳ قانون آیین دادرسی کیفری و بند (ب) ماده ی ۴۳۴ این قانون نسبت به پذیرش توبه از سوی دادگاه اعتراض نماید، دلیل تأکید ماده ی ۱۱۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ بر حق اعتراض دادستان نسبت به این موضوع مشخص نیست.

جهت رفع چنین چالش هایی، راهکارهایی چون: پیش بینی ملاک های قانونی در خصوص نحوه ی احراز توبه از سوی قانون گذار، پیش بینی تعزیر در مواردی که حد از طریق توبه مرتکب ساقط میشود علاوه بر موارد مصرح در تبصره ی (۲) ماده ی ۱۱۴، رفع ابهام در خصوص صلاحیت دادرها در پذیرش توبه از طریق اصلاح ماده ۱۱۴ یا صدور رای وحدت رویه، پیش بینی معیارهای قانونی جهت تمیز تعزیرات منصوص شرعی از حدود غیر مذکور و راهکاری جهت موثر بودن توبه بر سقوط یا تخفیف تعزیرات منصوص شرعی، خروج حد محاربه از شمول شق دوم ماده ی ۱۱۴ و ماده ی ۱۱۶، رفع ابهام از نحوه ی اعتراض دادستان نسبت به پذیرش توبه در دادگاه ضمن اصلاح ماده ی ۱۱۹، پیشنهاد میگردد.

فهرست منابع :

- ۱- ابن ادریس، ابوجعفر محمد بن منصور بن احمد (بی تا). السرائر الحاوی التحریر الفتاوی (چاپ پنجم). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۲- اردبیلی، محمد علی (۱۳۹۷، ه.ش). حقوق جزای عمومی (چاپ پانزدهم). تهران: نشر میزان.
- ۳- الهام، غلامحسین و برهانی، محسن (۱۳۹۳، ه.ش). حقوق جزای عمومی (چاپ دوم). تهران: نشر میزان.

۴- ایزدی فرد، علی اکبر؛ محسنی دهکلانی، محمد؛ حسین نژاد، مجتبی (۱۳۹۵ه.ش). بررسی اعتبار روایات تحف العقول. نشریه مطالعات اسلامی، علوم قرآن و حدیث، سال چهل و هشتم، شماره پیاپی ۹۶، ص ۲۱-۵۹.

۵- تبریزی، جواد بن علی (۱۴۱۷ق). أسس الحدود و التعزیرات. قم: دفتر مؤلف.

۶- تستری، محمد تقی (بی‌تا). قاموس الرجال. بیجا: بی‌نا.

۷- جعفری عراقی، احسان؛ واعظ طبسی، علی؛ کاظمی گلوردی، محمد رضا (۱۳۹۸ه.ش). نقدی بر نظریه اشتراط توبه برای جواز عفو حاکم در صورت اقرار مرتکب حد. فصلنامه ی فقه و تاریخ تمدن، سال پانزدهم، شماره ۵۸، ص ۹۰-۱۱۵.

۸- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۳ه.ش). دائرة المعارف علوم اسلامی و قضایی. تهران: انتشارات گنج دانش.

۹- حاجی ده آبادی، احمد؛ رجبی، محمد (۱۳۹۴ه.ش). تأملی بر مقررات توبه در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲. فصلنامه ی حقوق اسلامی، سال دوازدهم، شماره ۴۶، ص ۷-۳۰.

۱۰- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق). تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، محقق محمد رضا حسینی جلالی. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث.

۱۱- حسین نژاد، سیدمجتبی (۱۳۹۶ه.ش). تأملی در عدم سقوط حد به واسطه ی توبه زانی پس از قیام بینة (نقدی بر ماده ی ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی). پژوهش های فقه و حقوق اسلامی (فقه و مبانی حقوق اسلامی)، دوره ۱۴، شماره ۵۱، ص ۵۳-۷۶.

۱۲- حلبی، ابو الصلاح تقی الدین بن نجم الدین (۱۴۰۳ق). الکافی فی الفقه. اصفهان: کتابخانه امام امیرالمؤمنین (ع).

۱۳- حلّی، حسن بن یوسف، علامه حلّی (۱۳۸۱ه.ق). خلاصه الأقوال. نجف: منشورات المطبعة الحیدریه.

۱۴- حلّی، حسن بن یوسف، علامه حلّی (۱۴۱۰ه.ق). مختلف الشیعه. قم: مکتب الاعلام اسلامی.

۱۵- حلّی، حسن بن یوسف، علامه حلّی (۱۴۱۲ه.ق). مشهد: منتهی المطلب، مجمع البحوث الإسلامیه.

۱۶- حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن، محقق حلّی (۱۴۰۷ه.ق). المعتمد فی شرح المختصر. قم: مؤسسه سید الشهداء (ع).

۱۷- حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن، محقق حلّی (۱۴۰۸ ه.ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، محقق عبد الحسین محمد علی بقال. قم: نشر اسماعیلیان.

۱۸- خالقی، علی (۱۳۹۷ه.ش). آیین دادرسی کیفری (چاپ سی و نهم)، تهران: مؤسسه ی مطالعات پژوهش

های حقوقی شهردانش.

۱۹- خمینی موسوی، سید روح الله، رهبر انقلاب و بنیان گذار جمهوری اسلامی ایران (۱۳۷۶ه.ش). کتاب الطهاره (چاپ اول)، قم: چاپخانه حکمت.

۲۰- خمینی موسوی، سید روح الله، رهبر انقلاب و بنیان گذار جمهوری اسلامی ایران (۱۳۹۲ه.ش). تحریر الوسیله. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س).

۲۱- خمینی موسوی، سید روح الله، رهبر انقلاب و بنیان گذار جمهوری اسلامی ایران (۱۴۲۰ه.ق). تحریر الوسیله. قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.

۲۲- خمینی موسوی، سید روح الله، رهبر انقلاب و بنیان گذار جمهوری اسلامی ایران (۱۴۲۴ه.ق). الاربعون حدیثاً (چاپ ششم)، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

۲۳- خویی، سید ابو القاسم (۱۴۱۸ه.ق). التنقیح فی شرح العروة الوثقی (چاپ اول). قم: تحت اشراف جناب آقای لطفی.

۲۴- خویی، سید ابو القاسم (۱۴۲۲ه.ق). مبانی تکملة المنهاج. قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی (ره).

۲۵- خویی، سید ابو القاسم (بی‌تا). مصباح الفقاهه (المکاسب). بی‌تا، بی‌جا.

۲۶- خویی، سید ابو القاسم (بی‌تا). معجم الرجال الحديث و تفصیل طبقات الرجال. بی‌تا، بی‌جا.

۲۷- داوریار، محمد علی (۱۳۸۴ه.ش). توبه و سقوط مجازات‌ها. مجله ی مطالعات اسلامی، ش ۶۷، ص ۱۱۵-۱۳۳.

۲۸- راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ه.ق). مفردات الفاظ القرآن. بیروت: دار العلم.

۲۹- رحمانیان، حامد؛ حبیب زاده، محمد جعفر (۱۳۹۲ه.ش). معیار تفکیک «حدود غیر مذکور» از «تعزیرات منصوص» در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲. مجله ی حقوقی دادگستری، سال هفتاد و هفتم، شماره ۸۴، ص ۱۰۵-۱۲۴.

۳۰- شاملو، باقر؛ گوزلی، مهدی (۱۳۹۰ه.ش). پرونده ی شخصیت در حقوق کیفری ایران و فرانسه. دو فصلنامه آموزه های حقوق کیفری. دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره ی جدید، شماره ۲، ص ۸۹-۱۱۸.

۳۱- شبیری زنجانی، سید موسی (۱۳۹۱ه.ش). درس خارج صوم و اعتکاف، مقرر، سید مجتبی حسین نژاد، نسخه خطی.

۳۲- شمس ناتری، محمد ابراهیم (۱۳۹۱ه.ش). تقریرات حقوق جزای عمومی، دوره ی دکتری، تهران: دانشکده ی حقوق دانشگاه تهران (پردیس فارابی).

۳۳- شیرود بزرگی، مجتبی (۱۳۹۷ه.ش)، پرسش و پاسخ سازمان قضایی نیروهای مسلح، امکان پذیرش توبه در

داسرا، مندرج در وبگاه <http://www.imj.ir>

- ۳۴- صابر، محمود؛ رفیع زاده، علی (۱۳۹۴ه.ش). مقررات ماهوی و شکلی توبه در نظام قانونگذاری کیفری ایران. فصلنامه ی دیدگاههای حقوق قضایی، شماره ی ۷۱، ص ۷۳-۹۴.
- ۳۵- صدر، محمد (۱۴۲۰ه.ق). ما وراء الفقه (چاپ اول). بیروت: دار الأضواء للطباعة و النشر و التوزيع.
- ۳۶- طاهری، حبیب الله (۱۳۸۹ه.ش). نقش توبه در اسقاط حدود. مجله ی پژوهشهای فقهی، شماره ی ۲، ص ۵-۲۷.
- ۳۷- طباطبایی، علی بن محمد (۱۴۱۸ه.ق). ریاض المسائل (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- ۳۸- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۴۰۰ ه.ق). النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی. بیروت: دار الکتاب العربی.
- ۳۹- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۴۲۷ه.ق). الرجال. نجف: المکتبه الرضویه.
- ۴۰- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (بی تا). الفهرست. نجف: المکتبه الرضویه.
- ۴۱- عاملی، زین الدین بن علی، شهیدثانی (۱۴۱۳). مسالک الافهام. قم: مؤسسه المعارف الاسلامی.
- ۴۲- عباسی، ولی الله، اصلاحات از چشم انداز امامت و مدرنیسم (رویکردی تطبیقی و انتقادی به اصلاح گری امام حسین (علیه السلام) و اصلاح گری مدرنیسم و شبه مدرنیسم). نشریه ی الکترونیکی معرفت موسسه ی آموزشی و پژوهشی امام خمینی، شماره ۵۹، مندرج در وبگاه: <http://marifat.nashriyat.ir/node/۱۵۵۰>
- ۴۳- عبدالحی، افشین (۱۳۸۹ه.ش). کیفیت احراز توبه (با مطالعه موردی آرای دادگاه ها). آموزه های حقوق کیفری دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره ی شانزدهم، شماره ۱۸، ص ۳۲۳-۳۵۰.
- ۴۴- عسکری اسلام پور (۱۳۸۳ه.ش). جایگاه توبه و نقش آن در امور کیفری اسلام. مجله ی رواق اندیشه، شماره ی ۳۹، ص ۹۴-۱۲۲.
- ۴۵- فاضل موحدی لنکرانی، محمد (۱۴۲۲ه.ق). تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - الحدود. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
- ۴۶- فاضل موحدی لنکرانی، محمد (۱۴۲۷ه.ق). تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - المکاسب المحرمه (چاپ اول). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
- ۴۷- فاضل موحدی لنکرانی، محمد (۱۳۹۰ه.ش). آیین کیفری اسلام. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
- ۴۸- فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ه.ق). کشف اللثام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۴۹- فخرالمحققین (۱۳۸۸ه.ق). ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد. قم: المطبعة العلمیه، الطبعة الاولى.
- ۵۰- قربان نیا، ناصر (۱۳۹۳ه.ش). ملاحظات دربارہ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ (چاپ اول). تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

- ۵۱- قلی زاده، مهدی، ریاحی، اویس (۱۳۹۳ه.ش). شرح قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ (چاپ اول). تهران: انتشارات جنگل.
- ۵۲- قیاسی، جلال الدین (۱۳۷۹ه.ش). پیوستن علم قاضی به بینه یا اقرار. فصلنامه فقه، شماره ۲۳، ص ۱۴۹-۱۷۶.
- ۵۳- کاشف الغطاء، حسن بن جعفر (۱۴۲۲ه.ق). أنوار الفقاهه- کتاب المکاسب (چاپ اول). نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.
- ۵۴- کاشف الغطاء، موسی بن جعفر (بی‌تا). منیه الراغب فی شرح بلغه الطالب. قم: مؤسسه کاشف الغطاء.
- ۵۵- کشی، ابو عمرو محمد بن عمر (۱۴۹۰). الرجال. مشهد: دانشگاه مشهد.
- ۵۶- گلپایگانی، سید محمد رضا (۱۴۱۲ه.ق). الدر المنضود. قم: دارالقرآن الکریم.
- ۵۷- محدث نوری، میرزا حسین (۱۴۱۷ه.ق). خاتمه المستدرک. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- ۵۸- مددی، علی (۱۳۹۷ه.ق)، ترجمه ی کامل مبانی تکمله المنهاج (قضاوت، شهادت، حدود و تعزیرات) (چاپ دوم). تهران: نشر حقوق اسلامی.
- ۵۹- مرعشی، سید محمد حسن (۱۴۲۷ه.ق). دیدگاه های نو در حقوق. تهران: نشر میزان.
- ۶۰- معاونت آموزش قوه قضاییه (۱۳۸۸ه.ش). سلسله پژوهشهای فقهی حقوقی (چاپ اول). تهران: انتشارات جنگل.
- ۶۱- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۸ه.ق). انوار الفقاهه. قم: انتشارات مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع).
- ۶۲- منتظری، حسینعلی (۱۴۰۹ه.ق). دراسات فی ولایة الفقیه. قم: نشر تفکر.
- ۶۳- منتظری، حسینعلی (بی‌تا). کتاب الحدود. قم: انتشارات دار الفکر.
- ۶۴- مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا (۱۳۹۰ه.ش). گنجینه استفتائات قضایی (نگارش دوم).
- ۶۵- موسوی بجنوردی، سید محمد؛ سطانیان، مریم (۱۳۸۶ه.ش). تأثیر توبه بر سقوط مسئولیت کیفری «حدود» با رویکردی بر دیدگاه حضرت امام خمینی (ره). فصلنامه ی علمی و پژوهشی متین، دوره ۹، شماره ۳۷، ص ۱-۲۴.
- ۶۶- مؤمن، محمد (۱۴۲۲ه.ق). مبانی تحریر الوسیله کتاب الحدود. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- ۶۷- مهاجر، حمیدرضا؛ حبیبی تبار، جواد (۱۳۹۸ه.ش). قاعده ی اختیار ولی امر در عفو مجازات های حدی. فصلنامه حکومت اسلامی، سال بیست و چهارم، شماره دوم، پیاپی ۹۲، ص ۳۴-۵.
- ۶۸- میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۸۸ه.ش)، جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی (چاپ سیزدهم). تهران:

نشر میزان.

۶۹- نجاشی، احمد بن علی (۱۴۰۷). الرجال. بیجا: بینا.

۷۰- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴، ق). جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام. بیروت: داراحیاء التراث العربی.

۷۱- نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۵، ق). مستندالشیعه فی الاحکام الشریعه (چاپ اول): قم: مؤسسه آل البيت (ع).

۷۲- نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۲۲، ق). رسائل و مسائل (چاپ اول)، قم: کنگره نراقیین ملا مهدی و ملا احمد.

۷۳- نوری، حسین بن محمدتقی (۱۴۰۸، ق). مستدرک الوسائل. بیروت: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث.

۷۴- هاشمی شاهرودی؛ سید محمود، کاوشی (۱۳۷۵، ش). درباره ی اختیار ولی امر در عفو کیفرها. فقه اهل بیت، سال دوم. شماره ۷، ص ۴۳-۷۶.

۷۵- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۱۹، ق). بایسته های فقه جزا. تهران: نشر میزان و نشر دادگستر.