

Fiction and Reference Techniques in Criminal Normativeization

(Article Type: Original Research)

Rahim Nobahar¹, Zeynab Laki^{*2}

Abstract

Contemplation on how criminal law is formulated and placed under the microscope of the legislature in the process of criminalizing, punishing and characterizing (labelling) a criminal act has an important role in improving the quality of the law. In addition to the substantive dimension, criminal law deserves attention in terms of form and application of techniques such as fiction and reference. Despite the importance of criminalization and determining the punishment methods and the wide consequences of these methods on the implementation of the law, the contexts of fiction application or the use of indirect punishment system, the challenges ahead and the assessment of the necessity or non-necessity of using this technique have been less studied. This article studies the effects of formation of criminal regulations on the quality and predictability of the consequence of law through using fiction and referral of punishment. It also studies criteria which can be used to reduce the theoretical and practical challenges of these techniques. Relying on a descriptive-analytical method, the article examines the grounds for the entry of these methods into the criminal legislation, through the review of 30 related criminal verdicts. The article also reviews basic challenges of using legal fiction and referring in judicial precedent. Finally, the article does not evaluate the use of legal fiction and referral of punishment as a desirable and efficient method. The article proposes the idea of “unifying crimes in the light of common label or punishment in common text” and a more thoughtful interpretation of the laws of fiction or referral of punishment. According to the findings of the article, adherence to criteria such as the rules of accession, attention to the functions of criminal characterization (fair labeling) and the appropriateness of punishment, is effective in mimimumizing these methods.

Keywords: legal fiction, referral of punishment, exemplary crimes, uniformity of crimes.

1. Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

2. PhD student in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran; Corresponding Author: lakizeynab@gmail.com



استعاره و ارجاع در هنجار گذاری کیفری

(نوع مقاله: علمی پژوهشی)

رحیم نوبهار^۱، زینب لکی^{۲*}

چکیده

تأمل در چگونگی تنظیم و صورت بندی قانون کیفری و زیر ذره بین قرار دادن مقنن در فرایند جرم انگاری، کیفر گذاری و عنوان گذاری (وصف گذاری) عمل مجرمانه، نقش مهمی در ارتقای کیفیت قانون دارد. قوانین کیفری افزون بر بُعد ماهوی، از بعد شکلی و کاربست تکنیک‌هایی مانند ارجاع و استعاره هم شایسته توجه‌اند. با وجود اهمیت شیوه‌های جرم انگاری و کیفر گذاری و تأثیر گسترده این شیوه‌ها بر مرحله اجرای قانون، بسترهای کاربست استعاره یا استفاده از نظام تعیین غیرمستقیم کیفر، چالش‌های پیش‌رو و ارزیابی ضرورت یا عدم ضرورت استفاده از این تکنیک‌ها، کمتر بررسی شده است. پرسش پژوهش حاضر این است که: شکل‌دهی قوانین کیفری با کاربست استعاره (فرض) و ارجاع کیفر، چگونه بر کیفیت و پیش‌بینی پذیری آثار قانون اثر می‌گذارد؟ با توسل به کدام ضابطه‌ها می‌توان از چالش‌های نظری و عملی این تکنیک‌ها کاست؟ مقاله با تکیه بر روش توصیفی-تحلیلی، ضمن بررسی زمینه‌های ورود این شیوه‌ها به پهنه قانونگذاری کیفری، و با بررسی ۳۰ فقره دادنامه کیفری مرتبط، به چالش‌های کاربست استعاره تقنینی و ارجاع، در بستر قضایی ایران، می‌پردازد. در نهایت، مقاله کاربست استعاره تقنینی و ارجاع کیفر را روشی همواره مطلوب و کارآ ارزیابی نمی‌کند و با طرح ایده «یکسان‌سازی جرایم در پرتو وصف‌گذاری مشترک یا کیفرگذاری در متن مشترک» تفسیری سنجیده‌تر از قوانین متضمن استعاره یا ارجاع کیفر ارائه می‌نماید. همچنین پایبندی به ضابطه‌هایی نظیر رعایت ضوابط الحاق، توجه به کارکردهای وصف کیفری (وصف گذاری منصفانه) و تناسب مجازات، در کاربست ضرورت محور و کمینه از این شیوه‌ها مؤثر است.

واژگان کلیدی: استعاره تقنینی، ارجاع کیفر، جرایم مصداقی، یکسان‌سازی جرایم.

۱. دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

۲. دانش‌آموخته دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران؛ نویسنده مسئول
lakizeynab@gmail.com

درآمد

انسجام در نظام جزایی، عدم پراکندگی عنصر قانونی جرم و کیفر، تعیین دقیق رفتارهای مجرمانه در متن قانون و به طور کلی کیفی بودن قانون، در فرایند قانون گذاری کیفری امری مطلوب است. در هنجارگذاری منسجم، پیکره جرم و ضمانت اجرای کیفری در متنی واحد قابل شناسایی است؛ اما توسل به برخی تکنیک‌ها نظیر استعاره (فرض) به معنای تشبیه یک رفتار مجرمانه به رفتاری دیگر (در حکم قلمداد کردن جرایم) و یا تعیین غیرمستقیم مجازات که حکایت از ارجاع کیفر یک جرم به جرمی دیگر دارد، به هنجارگذاری کیفری جزیره‌ای و غیرمنسجم منتهی می‌شود.

امروزه با استقرار نظام‌های حقوقی نوین که قانون‌گذاران در جریان آن، خود با تغییر و اصلاح قانون، نیازها را برآورده می‌سازند، ارجاع کیفر و فرض‌های قانونی از متن به حاشیه رفته است؛ اما هرگز از صحنه حقوق کیفری حذف نشده‌اند؛ در نظام قانونگذاری کیفری جمهوری اسلامی ایران هم، توسل به این تکنیک‌ها همچنان پرکاربرد است. هنجارگذاری کیفری استعاره‌ای و ارجاعی به‌رغم تسهیل امر قانونگذاری، یکی از چالش‌های اساسی هم هست؛ زیرا افزون بر اینکه تابعان حقوق کیفری را در شناسایی عنصر قانونی جرم، کیفر و پیش‌بینی آثار قانون، دچار آشفتگی می‌نماید، در قلمرو قضایی نیز مایه سردرگمی متولیان امر کیفری می‌شود.

اگر چه قانون‌گذار به جهت کاربست استعاره و ارجاع کیفر، غالباً مورد انتقاد قرار می‌گیرد؛ اما به نظر می‌رسد ضروری است با بررسی بسترها و دلایل کاربست تکنیک‌های فوق در نظام قانون گذاری، به شکلی بنیادین به واکاوی و ارزیابی این تکنیک‌ها پرداخته شود. در پژوهش حاضر باتکیه بر روش توصیفی-تحلیلی تلاش شده است تا نخست، عواملی که بسترساز ورود تکنیک‌های ارجاع و استعاره به قانون گذاری کیفری (به ویژه در جرایم عرفی) است، بررسی شود. سپس چالش‌های توسل به استعاره تقنینی و ارجاع کیفر در نظام قضایی ایران واکاوی شده و کارنامه قوانین جرم‌انگار متضمن تکنیک استعاره و ارجاع در بستر نظری و عملی ارزیابی شود؛ زیرا اعتقاد بر این است که مطالعه حیات قضایی و اجرایی قوانین ارجاعی و ارزیابی اثربخشی آن‌ها و شناسایی نارسایی‌ها می‌تواند زمینه تصویب قوانین کیفی را فراهم آورد. از آنجا که توسل به تکنیک‌های فوق، بر نحوه تفسیر قوانین اثر می‌گذارد از برآیند بسترها و چالش‌ها، قسمت سوم

مقاله به ارائه راهبردهای تفسیری از قوانین استعاره‌ای و ارجاعی اختصاص یافته تا بتواند در نظم بخشی و عبور از آشفتگی رویه قضایی مؤثر واقع شود. در پایان نیز از برآیند بسترها و چالش‌ها، ضابطه‌هایی جهت کاربست کمینه و ضرورت محور از این تکنیک‌ها ارائه می‌گردد.

۱. ظهور جرایم همپوشان؛ بستر کاربست استعاره تقنینی و ارجاع کیفر

قانون‌گذاران غالباً تمایل دارند با پیش‌بینی تخصصی جرایم، تمام صور موردنظر را پوشش دهند؛ اما تحولات سریع جوامع، ظهور گونه‌های متنوعی از رفتارهای مجرمانه را به همراه دارد که موجب می‌شود تعریف اولیه جرایم، قابل انطباق با رفتارهای جدید نباشند. از این رو، پیرو تخصصی کردن متون قانونی و ظهور جرایم نوین، زمینه کاربست ارجاع کیفر و فرض قانونی ایجاد شده است؛ به گونه‌ای که با توسل به این تکنیک‌ها، ضمن پایبندی به تعریف اولیه (اصلی) از جرایم، به نوآوری در رفتارهای مجرمانه، پاسخ داده می‌شود.

۱-۱. کاستی تعریف جرم در انطباق با رفتارهای نوپدید

با ظهور دولت‌های مدرن، یکی از تحولات مهم قانونگذاری، تحول در شیوه تدوین قوانین است. به منظور ایجاد نوعی وحدت در نظام حقوقی، قوانین کیفری از مقررات سایر رشته‌های حقوقی جدا شده است. مقررات کیفری موضوعی - ماهوی و شکلی نیز از یکدیگر تفکیک شده‌اند. تدوین جامع هنجارهای کیفری با این هدف صورت می‌گیرد که نظم منطقی و شیوه اندیشه حقوقی نوینی در جامعه تزریق شود؛ تا یکپارچگی سیاسی و حقوقی کشور حول یک قانون منسجم و منطقی حفظ شود (آقائی طوق، ۱۳۹۸: ۴). در پرتو تدوین قوانین، در عصر تدوین^۱ (کدیفیکاسیون)، کدها مبتنی بر اصول سه‌گانه: سادگی، انسجام^۲ و تمامیت^۳ (به عنوان اصول لازم‌الرعایه در قانون‌گذاری)، ساماندهی شد. سادگی قانون در گرو مکتوب بودن، کوتاهی و رسا بودن

1. Age of codification

2. Coherence

3. Complete

آن است؛ به گونه‌ای که برای همگان قابل فهم باشد. طبق اصل انسجام، برای مسائل حقوقی نباید پاسخ‌های متعدد ارائه گردد. به موجب اصل تمامیت، قانون باید بتواند به تمامی فرض‌ها و شقوقی که ممکن است نزد دادگاه مطرح شود، پاسخ ارائه کند (C, Damiano 136-137, 2009). با شکل‌گیری گرایش «تخصصی کردن متون قانونی»، در کشورهای مانند فرانسه، عناوین مجرمانه کلی و موسع مانند غصب^۱، به سرقت، کلاهبرداری و خیانت در امانت تقسیم شد. جرایم مختلف ذیل یک قانون و عناوین مجرمانه مشخص گردآوری شده و برای هر جرم، در چارچوب عنصر قانونی، تعریف‌های معینی ارائه گردید. دادرسان موظف به تطبیق اعمال ارتكابی با تعریف دقیق جرایم بودند. در آغاز شاید تعریف‌های قانونی برای تطبیق کلیه رفتارها با قیود قانونی کافی بود؛ اما با افزایش خلاقیت جنایی، تکامل ابزار ارتکاب جرم، پیچیده‌تر شدن حقوق کیفری و چندین برابر شدن شیوه‌های ارتکاب جرم، تعریف قانونی جرم قابلیت پوشش‌دهی به تحولات و رفتارهای جدید را نداشت. قوانین قدیمی از توان لازم برای سرکوب پدیده‌های جدید برخوردار نبودند و خیلی زود، ناکافی بودن تعاریف جدید، به ویژه در حوزه تعرض به حقوق مالکیت، مشخص شد و بزهکاری که بلد بودند در حاشیه قانون بمانند، از مصونیت تأسفباری بهره‌مند شدند.

در قانون کیفری، از یک سو، کلیه اعمالی که برای جامعه مدرن آسیب‌زا بودند، پیش‌بینی نشده بود. از سوی دیگر، دادگاه‌ها، به دلیل الزام‌آوری اصل قانونمندی، موظف به رعایت قاعده تفسیر مضیق بودند. از این رو، دادرسان ناگزیر افراد زیرکی را که هم از نظر اخلاقی و هم از نظر اجتماعی متهم به ارتکاب اعمالی بودند که در هیچ متنی صراحتاً مجازاتی برای آن‌ها در نظر گرفته نشده بود، آزاد می‌کردند. در واقع، رویکرد اصولی و غیرمنعطف به حقوق کیفری و لزوم تعریف جامع و مانع جرایم، با وقایع و پیش‌آمدهای جدید هماهنگ نبود.

قانون‌گذاران در کشورهای نظیر فرانسه^۲ و ایران در مواجهه با اقدامات جدید،

1. Furtum

۲. به عنوان نمونه در سال ۱۹۲۸ و به دنبال تأسیس تأمین اجتماعی در فرانسه، جرمی ظهور کرد که تا پیش از اجرای این قانون هیچ کس آن را پیش‌بینی نکرده بود. برخی از کارفرمایان اقدام به اختلاس مالیاتی کردند که باید از حقوق کارگران کسر و نزد صندوقی تودیع می‌کردند. دادگاه‌ها نمی‌توانستند بر سر تعیین عنوان مجرمانه این عمل به توافق برسند: برخی استدلال می‌کردند که به سبب نبود متن مشخص، این عمل یک تخلف ساده محسوب می‌شود. اکثریت اما از این برداشت فراتر می‌رفتند و اختلاس کسورات از حقوق را مصداق خیانت در امانت می‌پنداشتند. برابر قانونی که در اول ژوئیه ۱۹۳۴ تصویب شد، مجازات عمل کارفرما به مجازات جرم خیانت در امانت موضوع ماده ۴۰۸ قانون کیفری ارجاع شد. به نقل از:

Faivar Pierre, La Détermination Par Référence De La Penalite, Celles-ci devant la faculté de droit de l'Université de Lyon pour un doctorat en droit, 1937, 22-23.

با ایجاد نوآوری در جرم‌انگاری، قوانین پراکنده‌ای را به تصویب رساندند که در دل خود، مقررات کیفری را پیش‌بینی می‌کرد؛ امری که ظهور جرایم همپوشان را در نظام کیفری به دنبال داشت. در شکل غالب این جرم‌انگاری‌ها، جرم اصلی قبلاً جرم‌انگاری شده و جرم جدید صرفاً رفتار مجرمانه را با ویژگی‌های دقیق‌تر و جزئی‌تری، توصیف کرده و در نهایت یا کیفر شدیدتری را پیش‌بینی می‌کند یا از رهگذر کاربست تکنیک‌های مختلف، جرایم جدید همچون شاخه نو به تنه جرم اصلی پیوند زده می‌شود. در واقع، با جزیره‌ای شدن متون کیفری، قانون‌گذاران در راستای تطبیق جرایم جدید با عنوان‌ها و تعریف‌های قدیمی بزه، با این مشکل مواجه بودند که در عین ارتباط رفتارهای جدید با بزه‌های شناخته شده‌تر، تفاوت‌هایی وجود دارد که مانع تطبیق کامل با عنصر قانونی اصلی است. قوانین خاص و افتراقی دیگری به مجموعه قوانین اصلی اضافه شد که اعمال و رفتارهایی خاص را جرم‌انگاری می‌کرد. بدین‌سان، تخصصی شدن متون قانونی و افزایش شمار جرایم همپوشان، زمینه ورود تکنیک استعاره و ارجاع به قلمرو قانون‌گذاری کیفری را فراهم ساخت. قانون‌گذاران کشورهایی نظیر فرانسه و ایران، در جهت ایجاد همسانی و انسجام میان جرایم مشابه و با بناگذاشتن بر «مشابهت جرایم»، از گذر توسل به تکنیک استعاره و ارجاع کیفر، میان دو جرم ارتباط برقرار کردند. اغلب این ارجاع‌ها این‌گونه است که رفتار اصلی قبلاً جرم‌انگاری شده و جرم جدید صرفاً رفتار مجرمانه قبلی را با ویژگی‌های دقیق‌تر و هم‌زمان تحمیل کیفر یا اتخاذ وصف مشابه، تشریح می‌کند.^۱ این دخالت قانون‌گذار ناشی از عدم امکان اعمال یک متن قدیمی بر اقدامات جدیدی است که خود جرم‌هایی مجزا و خاص هستند. برای نمونه جرم جعل و کلاهبرداری، در قانون اصلی تعریف می‌شود؛ اما مصوبه‌های مجزا مکرراً جعل و کلاهبرداری‌های مختلف را شناسایی و مصادیق بیشتری از جرم را بازنمایی می‌کنند. بدین‌سان، چندین مجموعه جرم شکل می‌گیرد که هر یک از آن‌ها از درون یک جرم اصلی (مادر)، بیرون می‌آیند. هر یک از اعضای این خانواده عملاً مستقل هستند، اما دیوار حایل نفوذناپذیری میان آن‌ها وجود ندارد؛ زیرا مجازات یا وصف مشترک در نظر گرفته شده برای آن‌ها، حلقه اتصال آن‌ها به یکدیگر محسوب می‌شود.

۱. لازم به ذکر است که همیشه جرم‌انگاری مجدد یا همسان با تکنیک ارجاع کیفری همراه نیست. در برخی موارد ضمن جرم‌انگاری تخصصی‌تر و جزئی‌تر جرم اصلی، مجازات شدیدتری تحمیل می‌گردد نه مجازات مشابه.

۱-۲. استعاره تقنینی؛ تکنیک تصرف در قلمرو عناوین مجرمانه

پویایی جوامع و بروز گونه‌های نوین نیازها و رفتارهای جدید و شیوه‌های روزآمد بزهکاری، در پرتو پویایی اجتماعی، لزوم تصرف در تعریف اولیه جرایم را اجتناب‌ناپذیر نموده است؛ زیرا وجود عنصر قانونی منسجمی که تمام امور و پیش‌آمدها را پوشش دهد، در عمل دشوار است. بنابراین، پویایی دائمی جوامع، قانون‌گذاران را به سمت به‌کارگیری قواعد و تکنیک‌هایی جهت همگام‌سازی عنصر قانونی جرم با این تحولات، متمایل می‌نماید. یکی از تکنیک‌های همگام‌سازی توسعه خلاقیت جنایی و قانون، کاربست استعاره یا فرض^۱ است. در مغرب زمین، پیشینه فروش حقوقی به حقوق روم باز می‌گردد. قواعد شکل‌گرا، منجمد و حاکمیت روح محافظه‌کاری در قانون‌گذاری از یک سو و تغییر روابط سیاسی ناشی از فتوحات و تغییر اقتصاد از کشاورزی به بازرگانی از سوی دیگر، بستر مناسبی برای تولد فرض‌های حقوقی بود. (دلشاد معارف، ۱۳۸۶: ۱) فرض یا استعاره حقوقی «تمهید و تدبیر حقوقی است که قانون‌گذار یا قاضی به منظور نیل به نتایج حقوقی مطلوب، عمداً وقایع را برخلاف واقع توصیف می‌نمایند»^۲. فرض‌های حقوقی استعاره‌های خلاف واقع هستند که با قوه تخیل مقنن یا قاضی پرورده شده‌اند (جعفری‌تبار، ۱۳۸۳، ۱۳۱) و قانون‌گذار یا قاضی با طرح یک فرض خلاف واقع، چیزی را مجازاً چیزی دیگر شمرده و قلمرو موضوعی را گسترش می‌دهد. به اعتقاد لون‌فولر، «فرض قانونی محصول کشمکش حقوق با مسائل جدید است» (دلشاد معارف، ۱۳۸۶: ۲۲). بهره‌گیری از استعاره تقنینی، در فقه با عنوان «تنزیل» یا «تنظیر» آمده است. تنزیل با «حکومت» و «ورود» دارای شباهت بوده و در تبیین رابطه تنزیل و حکومت گفته شده است: حکومت، تنزیل ضمنی است (نوبهار، ۱۳۹۵: ۲۱۲). بنابراین رد پای تکنیک استعاره را در آموزه‌های فقهی نیز می‌توان ملاحظه کرد. استعاره‌های حقوقی از نظر البویر^۳ دو گونه است: استعاره‌های قانونی^۴ و استعاره‌های قضایی^۵. استعاره قانونی، فرضی است که توسط قانون‌گذار خلق یا تجویز

1. fiction

۲. در خصوص مفهوم و اقسام فرض‌های حقوقی بنگرید به: دلشاد، ابراهیم، فرض‌های حقوقی پژوهشی از چشم‌انداز تاریخ و فلسفه حقوق، چاپ دوم، نشر دانشگاه مفید، ۱۳۹۵، صص ۱۰۴-۶۱.

3. Olivier.j

4. legislative fictions

5. jurisprudential fictions

(Olivier.j.j: 1975, 130-131)؛ جایی که قانون‌گذار امری را در حکم امری دیگر محسوب کرده و دامنه موضوع را گسترش می‌دهد. در واقع، جرم در قانون تعریف می‌شود و مرتکبی که مشمول آن تعریف باشد، عواقب مشخصی را متحمل خواهد شد. زمانی که نیاز باشد مصداق جدیدی به آن تعریف اضافه شود، به جای خلق جرم جدید و تعیین مجازات، به آسانی به قانون از پیش موجود ارجاع داده شده و عمل جدید نظیر جرم پیشین محسوب می‌شود (Mitchell: 1893, 255).

در استعاره قضایی، قاضی چیزی را در حکم چیز دیگر تلقی می‌کند (جعفری تبار، ۱۳۹۶، ۱۸۳-۱۹۱). هر دو گونه استعاره، تکنیک‌هایی برای عبور از تگناهای قانون موجود است که گاه در فرایند دادرسی کیفری توسط قاضی و گاه در مرحله تقنین توسط مقنن به کار گرفته می‌شود (Del Mar & Twining: 2015, 13). قانون‌گذار ابتدا اصطلاح و عنوانی را جعل کرده و مفهومی را در عالم حقوق پدید می‌آورد، مفاهیم اصیل و عناوین درجه اول توسط مقنن خلق می‌شود، در حالی که عناوین درجه دوم استعاره‌های قانونی هستند که به گونه‌ای مجازی حکم موضوعی را توسعه می‌دهند. توسعه موضوع در امر جرم‌انگاری همان توسعه دایره شمول جرم و مصادیق آن است که با به کارگیری فن استعاره صورت می‌پذیرد و عنوان اولیه یا درجه اول، دارای مصادیق بیشتری می‌شود.

باری استعاره تقنینی با الفاظ و ترکیب‌های گوناگونی قابل شناسایی است. اول: الف در حکم ب است. دوم: الف به منزله ب است. سوم: الف، ب محسوب می‌شود. و چهارم: الف، ب است. قانون‌گذار، از گذر کاربست این تکنیک، دایره شمول جرایم را گسترش می‌دهد. به عنوان نمونه، موضوع جرایمی مانند کلاهبرداری، با گزاره‌هایی مانند «کلاهبرداری است، کلاهبرداری محسوب می‌شود، یا در حکم کلاهبرداری» با تکنیک استعاره مورد مداخله و توسعه قرار می‌گیرد.

جرم‌انگاری‌های نوین مبتنی بر تحولات اجتماعی، سیاسی و فنی، شباهت جرایم جدید با جرایم اصلی از پیش موجود و ضرورت تطبیق عنصر قانونی جرایم اصلی با تحولات و نیازهای نوپدید، از دلایل کاربست استعاره تقنینی، جهت عبور از تگناها و بن‌بست‌های حقوق غیرمنعطف است. به کارگیری فروض قانونی، پویایی حقوق و ضرورت همگامی آن با نیازهای اجتماع را میسر می‌سازد. قانون‌گذار در فرآیند جرم‌انگاری، با اتخاذ استعاره تقنینی، اقدام به کیفرگذاری و تعیین وصف برای رفتارهای نوپدید نموده و

جرم جدید را به جرایم از پیش تعیین شده، احاله می‌دهد. پیش فرض این گونه هنجارگذاری کیفری «برخورد مشابه با جرایمی است که مشابه فرض می‌شوند یا واقعاً مشابه هستند». برای نمونه در قانون تشدید مجازات اسیدپاشی، وصف کیفری «پاشیدن» اسید، از رهگذر استعاره تقنینی به‌عملی چون «خوراندن»، «تزریق کردن» و «فرو بردن اعضای بدن در اسید» تسری یافته و مصادیق این عنوان در فرضی تقنینی، افزایش پیدا کرده است. بدین‌سان، تکنیک استعاره برای حفظ ظاهر قانون و احترام به نص، بدون تغییر در عبارت‌های قانون، نیازهای جدید جامعه را به متن قانون وارد کرده و ضمن حفظ قاعده حقوقی، ضرورت پیش‌بینی امور مختلف در قانون همگام با تحولات جامعه و بروز نیازهای جدید مرتفع می‌گردد.^۱

۱-۳. ارجاع کیفر و انسجام بخشی به جرایم همسان

با نوآوری در جرم‌انگاری، قانون‌گذاران از گذر ارجاع کیفر، در جهت ایجاد انسجام میان جرایم همپوشان یا همسان تلاش می‌کنند. در غالب متون قانونی اساس ارجاع همچنان شباهت و همسانی جرم‌هاست. رکن همسانی در ارجاع کیفر، یا ناظر به همسانی در ماهیت و درجه (شدت) جرم اصلی و فرعی است، یا جرم‌ها دارای ماهیتی متفاوت اما درجه و شدت یکسان هستند.

گاه همسانی در ماهیت و شدت جرم است. ارجاع کیفر، به طور کلی بیانگر شباهت کم و بیش نزدیک میان دو جرم می‌باشد. پس از تعریف جرایم در قانون، اعمالی به وقوع می‌پیوندند که دارای ماهیتی مشابه جرم اصلی است؛ اما تفاوت‌هایی با آن داشته و امکان پیگیری متهمین با تعریف اولیه جرم میسر نیست. از این رو، در قوانین پراکنده، جرم‌انگاری‌هایی صورت می‌گیرد که در واقع جرم جدید نبوده بلکه تعریف بازتر، دقیق‌تر و جزیی‌تری از جرم اصلی است و کیفر آن به جرم اصلی واگذار می‌شود. به عنوان نمونه، طبق ماده ۱۳ قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی ۱۳۶۳: «در صورتی که دادگاه

۱. استفاده از استعاره تقنینی در حقوق کشورهای نظیر فرانسه، امری رایج است. به عنوان مثال در ماده ۲-۴۲۱ قانون جزای فرانسه آمده است: «وارد کردن عمدی ماده‌ای که سلامت انسان، حیوانات یا محیط طبیعی را به خطر می‌اندازد در هوا، خاک و لایه زیرین خاک، مواد غذایی یا عناصر مواد غذایی یا در آب‌ها از جمله قلمرو دریایی، در صورتی که ارتباط با یک اقدام فردی یا جمعی و به هدف اخلاص شدید در نظم عمومی از راه هراس افکنی یا ایجاد ترس صورت گیرد نیز یک عمل تروریستی محسوب می‌شود».

احراز کند که شکایت شاکی از روی سوءنیت و برخلاف واقع است شاکی به مجازات مفتری محکوم خواهد شد...». رفتار اصلی از پیش تعریف شده است و جرم جدید صرفاً همان رفتار مجرمانه را با ویژگی‌هایی دقیق‌تر توصیف می‌کند. در این موارد، واژگانی که قانون‌گذار به کار برده است، تعریف بازتر و گسترده‌تری از جرایم اصلی ارائه می‌دهند. شباهت ماهیتی - شدتی جرایم را می‌توان در اشتراک در وجوه مختلف و تفاوت در جزئی از عناصر سازنده دانست. دو جرم چندین وجه مشترک داشته و تنها تفاوت فقدان جزئی از عناصر سازنده یک جرم در دیگری است.^۱

در مواردی، تفاوت در ماهیت و همسانی در شدت جرم است. در فرایند جرم‌انگاری غالباً میان مجازات و شدت عمل مجرمانه تناسب وجود دارد. گاه دو جرم که ماهیت متفاوتی دارند، به سبب شباهت در بزه کاری، مجازات‌های یکسانی را می‌طلبند. در چنین مواردی یا جرم جدید به شکل مستقل تعریف و کیفرگذاری می‌شود، یا از ارجاع کیفر استفاده می‌شود. مثلاً برابر ماده ۶ قانون مطبوعات ۱۳۷۹ با نشر مطالب الحادی، اشاعه فحشاء، تبلیغ و ترویج اسراف و تبذیر و ... متخلف به مجازات‌های مقرر در ماده ۶۹۸ ق.م.ا. محکوم خواهد شد. ارکان متشکله جرم انتشار اکاذیب با اعمال مقرر در ماده فوق متفاوت است؛ اما از نظر قانون‌گذار شدت و قبح هر دو عمل یکی است. در واقع، قانون‌گذار با ارجاع به کیفر جرایم دیگر، شدت و قباح عمل را در اذهان تداعی می‌کند. ماده ۳۵ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز ۹۲، نیز درصدد القای قبح عمل از گذر ارجاع به مجازات مختلس است. ماهیت و عناصر متشکله این جرم متفاوت از اختلاس است؛ اما از نظر قانون‌گذار قبح و شدت «سوء استفاده از اعتماد مأمورین دولت» در هر دو عمل یکسان انگاشته شده است و در برخورد با مرتکبان دو عمل با وجود عنصر مادی متفاوت و مستقل، مجازات واحد مقرر شده است.

۱. به موجب ماده ۴ قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیرمجاز می‌نمایند ۱۳۸۶: «هر کسی با سواستفاده از آثار مبتذل و مستهجن تهیه شده از دیگری، وی را تهدید به افشا و انتشار آثار مزبور نماید و از این طریق با وی زنا نماید به مجازات زنا به عنف محکوم می‌شود». این عمل اگرچه به طور دقیق منطبق بر تعریف «عنف» در جرم زنا به عنف نیست اما بسیار به آن شباهت دارد. در واقع با توسعه شیوه‌های منتهی به تجاوز جنسی، مصادیق این جرم نیز روزآمد شده و از رهگذر ارجاع کیفر به تعریف اصلی این جرم ملحق می‌شود.

۲. چالش‌های قضایی قوانین متضمن استعاره و ارجاع کیفر

ارزیابی همسویی یا واگرایی میان بایدهای تقنینی و واقعیت‌های قضایی، بیانگر چالش‌های مختلف در نحوه مواجهه تابعان حقوق کیفری با قوانین استعاره‌ای و ارجاعی است.

۱-۲. خوانش‌های قضایی ناهمگن از قانون

هر متنی دارای خوانش‌های مختلفی است. به سختی می‌توان از یک متن، به صراحت برداشت واحدی ارائه داد؛ اما تفسیرپذیری قوانین کیفری باید حداقل باشد. درحالی‌که، با کاربری استعاره و ارجاع کیفر، متن قانون با خوانش‌های متکثر و متنوعی همراه است. خوانش‌های قضایی ناهمگن از قوانین ارجاعی و آشفتگی موجود در تفسیر این قوانین، زمینه‌ساز دادگستری‌اتفاقی^۱ و تورم تقنینی خواهد بود.

۱-۱-۲. گسترش دادگستری اتفاقی

توسل به تکنیک ارجاع و عدم تعیین قلمرو آثار آن، متن تفسیرپذیری را پیش روی دادرسان قرار می‌دهد. به عنوان مثال در مورد تسری یا عدم تسری محدودیت تخفیف کمتر از یکسال در جرم کلاهبرداری به جرایم در حکم کلاهبرداری آشفتگی قضایی وجود دارد. در برخی پرونده‌ها با این استدلال که: «با توجه به میزان کلاهبرداری و این که جرم فروش مال غیر از جرایم در حکم کلاهبرداری بوده و طبعاً مشمول تبصره یک ماده یک قانون تشدید... نمی‌باشد» (مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران، ۱۳۹۲: ۳۳۵) و یا «تعمیم محدودیت ناظر به کلاهبرداری به جرایم در حکم کلاهبرداری، تفسیر موسع قوانین جزایی محسوب می‌شود، لذا مجازات جرم انتقال مال غیر به کمتر از یکسال مجاز می‌باشد» (همان)، محکوم‌علیه را مستحق تخفیف کمتر از یکسال دانسته است. در پرونده‌ای دیگر، «انتقال مال غیر در حکم کلاهبرداری قلمداد شده و تعیین حبس کمتر از یکسال، «فاقد مبنای قانونی» دانسته شده است. (منبع پیشین: ۳۳۶)

۱. دادگستری اتفاقی یا شانسی به معنی عدم قابلیت پیش بینی سرنوشت کیفری افراد مختلف با وجود عنوان اتهامی واحد است. بسته به اینکه پرونده در اختیار کدام قاضی با کدام خوانش و تفسیر از قانون متضمن ارجاع یا استعاره قرار گیرد، ممکن است سرنوشت کیفری متهم با حکم برائت، محکومیت یا موقوفی تعقیب و غیره همراه گردد.

در تسری مرور زمان به جرایم مرتبط با کلاهبرداری نیز سر درگمی قضایی ملاحظه می‌شود. در برخی دادنامه‌ها، با تفسیر به نفع متهم و تسری قواعد مرور زمان به جرایم در حکم کلاهبرداری قرار موقوفی تعقیب صادر می‌شود. در جایی دیگر باین استدلال که «بزه انتقال مال غیر در حکم کلاهبرداری بوده و نه کلاهبرداری به مفهوم خاص آن» قواعد مرور زمان به جرم مرتبط، تسری نیافته است. (بانک داده آراء پژوهشگاه قوه قضاییه، دادنامه شماره ۱۸۱۲۰۱۹۰۲۲۱۹۰۹۳۰۹۳۰۹۳۰ مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۲۳، صادره از شعبه ۱۱۰۳ دادگاه کیفری دو). در رابطه با شمول نهاد عفو نیز چنین چالشی قابل مشاهده است. در شعبه‌های مختلف نسبت به جرایم متضمن ارجاع کیفر یا استعاره رویکردی دوگانه حاکم است. در برخی شعب، مرتکب جرم فرعی مشمول عفو قرار می‌گیرد و در برخی شعب استثناء می‌شود (منبع پیشین، دادنامه ۱۶۱۳۰۲۲۴۸۰۹۱۰۹۹۷۰۲۲۴۸۰ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۲، صادره از شعبه ۴۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران).

افزون بر سر درگمی دادرسان، لزوم درک دقیق شهروندان از قوانین متضمن استعاره نیز مورد خدشه قرار می‌گیرد. اگرچه قائلین به تخصصی بودن زبان قانون معتقدند که در انتقال مفاهیم به شهروندان، باید از کلمه‌ها و جمله‌هایی استفاده کرد که به جز یک مفهوم (و آن اراده قانونگذار) را نرساند (خسروی و نوروزی، ۱۳۹۹، ۷۱)، اما نحوه اجرا و تفسیر قوانین متضمن استعاره و ارجاع بیانگر ابهام و عدم وضوح این قوانین و آشفتگی در فهم قانون نزد تابعان حقوق کیفری است.

۲-۱-۲. تورم تقنینی

عدم تعیین آثار ارجاع و استعاره، سبب وضع متون جدید کیفری در راستای ابهام‌زدایی از قانون متضمن ارجاع و استعاره شده است. قانون‌گذار در جرم‌انگاری ارجاعی، قلمرو تسری احکام و آثار جرم مرجع به جرم مرجوع را تعیین نمی‌نماید و این موضوع اساسی به قرائت‌های دادرسان واگذار می‌شود. حجم بالای استعمال مقام‌های قضایی از اداره حقوقی قوه قضاییه، طرح موضوعات گوناگون در نشست‌های قضایی، تعداد بالای آراء وحدت رویه دیوان عالی کشور در خصوص قوانین ارجاعی، بیانگر تعیین‌ناپذیری و غیرشفاف بودن این قوانین است. از یک سو، استعمال و سؤالات مختلفی در این خصوص از اداره حقوقی قوه قضاییه انجام می‌گیرد و از سوی دیگر، آراء متعارض و تفاسیر گوناگون زمینه صدور آراء وحدت رویه قضایی را ایجاد می‌کند.

۲-۲. چالش‌های اعمال قانون به علت نارسایی واژگان ارجاع

گاه ارجاع با عبارت‌هایی «پیچیده» یا «گیج کننده» انجام گرفته و اجرای قانون را دشوار می‌سازد؛ مانند مواردی که ماده مرجع مشخص نشده و صرفاً مقرر می‌شود: «حسب مورد به مجازات‌های مقرر در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵/۳/۶» ارجاع می‌دهد.^۱ در این شیوه از هنجارگذاری کیفری به سبب بی‌دقتی در متن قانون، دادرس باید متن قابل اعمال را تشخیص دهد و عمل را با عناوین مجرمانه مرتبط تطبیق نماید. گاه نارسایی عبارت متن ارجاعی، مایه چالش‌هایی می‌شود که برون رفت از آن مستلزم مداخله مقنن است. به دو نمونه از این چالش‌ها نگاه کنید:

نخست: بی‌دقتی در ارجاع، در برخی موارد تعیین مجازات قابل اعمال را دشوار می‌سازد. در قانون مجازات استفاده غیرمجاز از عناوین علمی ۱۳۸۸، مجازات تخلف از این ماده، بدون اشاره به حصول یا عدم حصول نتیجه، به ماده ۵۵۶ قانون مجازات اسلامی (مجازات پوشیدن غیرقانونی لباس نظامی) ارجاع شده است. درحالی که ماده ۵۵۶ حاوی سه گونه مجازات است. یک: در صورتی که مجازات شدیدتری در قانون دیگر پیش‌بینی نشده باشد، دو: صرف استفاده از لباس نظامی و پیش‌بینی مجازات حبس یا جزای نقدی و سه: سوء استفاده از این امور و حصول نتیجه که مرتکب به هر دو مجازات محکوم خواهد شد. اعمال هر یک از شروط و کیفرهای سه‌گانه در خصوص جرم استفاده از عناوین علمی، مبهم است و این نوعی بی‌دقتی در مقوله ارجاع کیفری است. دوم: بی‌دقتی در ارجاع، در مواردی امکان اجرای مجازات را برای جرم فرعی دشوار می‌سازد. مثلاً چون در انتقال مال غیر، یک عمل حقوقی مانند بیع و اجاره انجام شده است، رد مال، مستلزم باطل نمودن عمل حقوقی و اسناد مربوطه است. در نظام قضایی درخصوص نحوه اجرای کیفر «رد مال» به عنوان مجازات کلاهبرداری در مورد مرتکب انتقال مال غیر، آراء متعارض بسیار است.

در این رابطه مطابق دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۹۲۰۰۲۳۵ مورخ ۱۳۹۲/۳/۴ صادره

۱. می‌توان از جمله به ماده ۴۷ قانون بازار اوراق بهادار ۱۳۸۴ اشاره کرد که مقرر می‌نماید: «اشخاصی که اطلاعات خلاف واقع یا مستندات جعلی را به سازمان و یا بورس ارائه نمایند یا تصدیق کنند و یا اطلاعات، اسناد و یا مدارک جعلی را در تهیه گزارش‌های موضوع این قانون مورد استفاده قرار دهند، حسب مورد به مجازات‌های مقرر در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵/۳/۶ محکوم خواهند شد». همچنین نک: ماده ۴۴۷ ق.م.ا. ۱۳۹۲.

از شعبه ۷ دیوان عالی: «در رسیدگی به جرم معرفی مال غیر به جای مال خود، که در حکم کلاهبرداری است، ابطال سند رسمی منوط به تقدیم دادخواست حقوقی بوده و دادگاه کیفری نمی‌تواند راساً چنین حکمی صادر نماید». همچنین در دادنامه‌ای دیگر با این استدلال که: «رد مال نیز با توجه به تنظیم سند قطعی انتقال، مستلزم طرح دعوی حقوقی در محکمه صالح است»، رد مال را مستلزم رجوع به محاکم حقوقی دانسته است (منبع پیشین، دادنامه ۹۱۰۹۹۷۰۲۶۹۶۰۰۴۸۶ مورخ ۱۳۹۱/۷/۱۸ صادره از شعبه ۵۳ دادگاه تجدیدنظر) حتی در برخی موارد بدون حکم به کیفر رد مال، محکوم‌له به ارائه دادخواست در محاکم حقوقی توصیه شده است (منبع پیشین، دادنامه ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۷۳۰۰۲۲۸ مورخ ۱۳۹۲/۵/۷ صادره از شعبه ۱۳ دیوان عالی کشور) با این حال در نظریه مشورتی به شماره ۷/۹۵/۱۹۵۶ مورخ ۱۳۹۵/۸/۱۵ آمده است که: رد مال، یک حکم قانونی است و دادگاه کیفری مستنداً به ماده ۲۱۵ ق.م.ا. ۹۲ و ماده ۱۴۸ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲، مکلف است ضمن حکم به رد عین مال در جرم انتقال مال غیر، در رابطه با ابطال سند انتقال نیز تصمیم‌گیری نماید؛ در حالی که اعلام بطلان سند انتقال اساساً دعوایی حقوقی است.

۳. راهبرد تفسیر قوانین متضمن استعاره و ارجاع

اعمال قوانین متضمن ارجاع و استعاره همواره دو پرسش بنیادین را برمی‌انگیزد؛ نخست اینکه: آثار ارجاع بر ویژگی‌های حقوقی (عناصر متشکله) جرم مرجوع (فرعی) چیست؟ دوم: گستره تسری مقتضیات و احکام جرم مرجع به جرم مرجوع، چگونه تعیین می‌شود؟ استقلال یا وابستگی دو جرم، در سایه سکوت مقنن، با آزادی عمل دادرسان پاسخ داده خواهد شد. در این موارد همواره بیش از یک پاسخ حقوقی صحیح وجود دارد که از نظر درجه اعتبار، برابرند. آشفتگی رویه قضایی در مواجهه با قوانین ارجاعی، متأثر از عدم تبعیت دادرسان از اصول حقوقی واحد و کشف مقصود مقنن از کاربست تکنیک استعاره و ارجاع است. تبعیت از اصول حقوقی (روح قانون) به هنگام اعمال آزادی عمل قضایی در موارد ابهام قانون به بهترین شکل حکم حقوق را منسجم‌تر کرده (میرمجیدی، غلاملو، ۱۳۹۷: ۴۶۷) و پایبندی به لوازم حاکمیت قانون را فراهم می‌سازد. با اتکا بر اصول حقوقی حاکم بر قوانین ارجاعی (شامل توجیهات،

دلایل، اهداف و مقاصد قانون‌گذار از وضع یک قاعده حقوقی به شکل ارجاعی و استعاره‌ای (جهت برون رفت از سردرگمی قضایی در مواجهه با این قوانین، می‌توان تفسیری سنجیده‌تر ارائه نمود.

۳-۱. آثار تکنیک استعاره و ارجاع بر عناصر متشکله جرم مرجع و مرجوع

استعاره و ارجاع کیفر، میان دو جرم مرجع و مرجوع ارتباط ایجاد می‌کند. سکوت و اجمال در تعیین قلمرو مناسبت میان دو جرم، آثار ارجاع بر ارکان دو جرم را نامشخص می‌سازد. در خصوص استقلال یا وابستگی عنصر قانونی دو جرم، توجه به دلایل کاربست این تکنیک در قانونگذاری کیفری ضروری است؛ زیرا بی‌دلیل نبوده است که قانون‌گذار این تکنیک را به کار برده و بی‌آن که همواره متوجه باشد، از اصولی منطقی تبعیت کرده است. اساساً کاربست ارجاع و استعاره به دلیل عدم مطابقت جرم فرعی (مرجوع)، با ویژگی‌ها و شرایط جرم اصلی (مرجع) است؛ چه اینکه در صورت تطابق عنصر قانونی جرم اصلی با عمل مجرمانه جدید، نیازی به جرم‌انگاری مجدد و ارجاع کیفر و استعاره نبود. بنابراین، به کارگیری نظام ارجاع کیفر، تغییری در عنصر قانونی هر یک از جرایم ایجاد نکرده و در احراز ارتکاب جرم فرعی نیازی به اثبات و احراز عناصر متشکله جرم اصلی نیست. در واقع، هر جرم عناصر مستقل و مجزای خود را دارند که مستقلاً باید احراز گردد. در ارجاعاتی که با کاربست استعاره همراه است نیز به رغم عنوان واحد برای هر دو جرم - که بیانگر وجود دو موضوع و ماهیت مستقل از یکدیگر است - عناصر متشکله جرم اصلی به جرم مرجوع تعمیم نیافته و هر جرم با توجه به ماده جرم‌انگار و شرایط حاکم بر آن تبیین و مورد حکم قرار می‌گیرد. هر جرم عناصر متشکله خاص خود را دارد و استعاره، تغییری در عناصر جرم فرعی ایجاد نمی‌کند.

همچنین ارجاع کیفر و استعاره تأثیری بر عنصر معنوی جرم ندارد. بسیار محتمل است که مجازات یک جرم غیر عمدی از طریق ارجاع به یک جرم عمدی تعیین شود. هر دو جرم حیات مستقل خود را حفظ می‌کنند و هر نوع عبارت و بیانی که قانون برای ارجاع به کار برده باشد تغییری در این استقلال ایجاد نخواهد کرد.

با این وجود، در قوانین ایران مواردی از ارجاع کیفر و استعاره وجود دارد که اساساً جرم اصلی در قوانین مدون پیش‌بینی نشده، اما مکرراً به این عنوان، ارجاع

شده است. عنوان افساد فی الارض مثال بارزی برای این مورد است. به باور برخی تمامی جرایمی که قبل از سال ۱۳۹۲ از عنوان «در حکم افساد فی الارض» استفاده شده است، باید با شرایط و ارکان مقرر در ماده ۲۸۶ ق.م.ا تطبیق داده شده و قیود مربوطه در تمامی اشکال و مصادیق جرایم مرتبط که از پیش جرم‌انگاری شده است، احراز شود: زیرا پیش از این قانون‌گذار به تعریف جرم افساد و بیان قیود مختلف همت نگمارده بود اما در سال ۱۳۹۲ این جرم را تعریف نموده است (بنگرید به: الهام، برهانی ۱۳۹۷: ۱۴۵). هرچند ابهام‌ها درباره مبانی جداسازی این جرم از محاربه همچنان وجود دارد. اگرچه این بیان از باب تفسیر به نفع متهم قابل دفاع است، اما به نظر می‌رسد برخلاف خاستگاه تقنینی چنین جرایمی باشد. زیرا نخست: در دهه‌های گذشته جرایم مختلف با وصف افساد فی الارض تعریف و با عناصر متشکله مستقل جرم‌انگاری شده است و اکنون تطبیق آن با عناصر جرم موضوع ماده ۲۸۶، برخلاف اراده مقنن در خصوص جرایم پیشین است. دوم: در مشابه‌سازی فرضی، قانون‌گذار رفتار مجرمانه‌ای را بی‌آن‌که الزاماً مشابهتی در میان باشد به رفتار مجرمانه دیگری تشبیه کرده و این جرم را مانند آن، فرض می‌کند. رفتار مجرمانه الحاقی، کماکان دارای ارکان و اجزاء منحصر به فرد و مجزا است و عناصر متشکله آن تغییر ماهیت نمی‌دهد؛ زیرا اساساً بر مبنای ارتکاب رفتارهایی متمایز از رفتارهای مجرمانه اصلی است که قانون‌گذار ضمن جرم‌انگاری نوین، از استعاره بهره گرفته است، از این رو، برای اثبات مجرمیت ارکان هر جرم باید مستقلاً احراز شود^۱.

۲-۳. آثار استعاره و ارجاع بر گستره تسری اقتضائات جرم مرجع به جرم مرجوع گستره اقتضائات جرایم ناظر است به تسری کلی یا جزیی آثار و احکام جرم

۱. با این حال، استدلال فوق بر تمامی صور استعاره یا ارجاع کیفر به بزه افساد فی الارض قابل تعمیم نیست؛ بلکه در مواردی که قانون‌گذار به مطابقت جرم با شرایط و اوصاف بزه افساد فی الارض تصریح می‌نماید، تطبیق جرم ارجاعی با قیود ماده ۲۸۶ ق.م.ا. ضروری است. مثلاً در تبصره ۲ ماده یک قانون تشدید مجازات اسیدپاشی ۱۳۹۸، به صراحت پیش‌بینی شده است که در مواردی که اسید پاشی مشمول مقررات مندرج در ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی ۹۲ باشد، اقدام مرتکب افساد فی الارض محسوب می‌شود. تفاوت این مورد با مواردی که به صراحت یک عمل در-حکم مفسد فی الارض قلمداد شده‌است یا بدون قید و شرط به مجازات مفسد ارجاع شده‌است، روشن است و قانون‌گذار خود اعمال مجازات افساد را مشروط به این امر دانسته است که عمل ارتكابی از مصادیق بزه افساد فی الارض باشد.

مرجع به جرم مرجوع. برای بیان گستره فراگیر یا جزئی تسری آثار، ضمن تفکیک میان ارجاع کیفر و استعاره، ایده «یکسان‌سازی جرایم در پرتو وصف‌گذاری مشترک یا کیفرگذاری در متن مشترک»، در خصوص عمومیت یا تخصیص آثار و احکام تسری یافته، مطرح می‌شود تا ضمن انسجام‌بخشی به رویه قضایی، از سلیقه‌ای شدن عدالت کیفری جلوگیری شود.

۳-۲-۱. تسری فراگیر آثار حقوقی در پرتو وصف کیفری مشترک

قانون‌گذار با کاربری استعاره، رفتارهایی را به عنوان‌های مجرمانه اصلی، الحاق نموده‌است. در خصوص صرف تسری مجازات یا تسری کلیه آثار جرم اصلی به جرم الحاقی نظر واحدی در دکترین حقوقی و نظام قضایی وجود ندارد. در یک دیدگاه «استناد به عموم تنزیل جز در مواردی که قرینه‌ای بر عموم وجود داشته باشد، دشوار است. ظاهر آن است که تنزیل به لحاظ یک یا چند اثر برجسته صورت می‌گیرد» (نوبهار، ۱۳۹۵: ۲۱۲). از این منظر، قدر مسلم، اشتراک دو جرم در مجازات است. بنابر رأی دیگر، وجود تشابه دو جرم انتقال مال غیر و کلاهبرداری از لحاظ ماهیت و اجزاء تشکیل دهنده، «به دلیل آن‌که نه قانون مجازات انتقال مال غیر و نه رویه دیوان عالی کشور، هیچ یک تصریحی به شمول آثار جرم کلاهبرداری به جرم انتقال مال غیر ننموده‌اند و همچنین به استناد اصل تفسیر محدود قوانین کیفری، می‌بایست به همان قدر متیقن» اکتفا نمود و قائل به عدم تسری آثار محکومیت شد (وروایی، ۱۳۸۳: ۳۲۰).

در استدلالی سنجیده‌تر و مبتنی بر اصول حاکم بر قانون‌گذاری ارجاعی، می‌توان گفت: نخست: تفسیر محدود قوانین جزایی و تفسیر شک به نفع متهم^۱ در این مورد فاقد کارایی است؛ زیرا آنچه ابتدائاً باید مدنظر قرار گیرد هدف مقنن از هنجارگذاری کیفری با توسل به استعاره و ارجاع است و با نادیده انگاری مقاصد قانون‌گذار، در واقع نقض غرض صورت می‌گیرد. دوم: محکوم کردن عمل دوم به همه احکام و آثار عمل مرجع،

۱. اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۹۱۲ مورخ ۲۸/۱۰/۱۳۷۱ در خصوص این موضوع که آیا رأی وحدت رویه ۵۲ - ۱/۱۱/۱۳۶۳ - در خصوص غیرقابل گذشت بودن کلاهبرداری به جرایم در حکم کلاهبرداری نیز تسری می‌یابد یا خیر، اعلام کرده است که: «چون رأی وحدت رویه شماره ۵۲ مورخ ۱/۱۱/۱۳۶۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور فقط جرم کلاهبرداری را غیر قابل گذشت دانسته و متعزّ جرایم در حکم کلاهبرداری نشده است، با توجه به تفسیر مقررات جزایی به نفع متهم، حکم رأی وحدت رویه مذکور نسبت به جرایم در حکم کلاهبرداری جاری نیست»

همیشه به زیان متهم نیست و گاهی هم به نفع اوست؛ به عنوان نمونه جایی که جرم مرجع قابل گذشت، تعلیق و عفو باشد. تفکیک میان آثار مفید و مضر برای متهم و تسری نابسامان آثار، عدالت قضایی را درگیر تفاسیر شخصی می‌نماید.

با اتکا به دلایل کاربست استعاره، می‌توان ایده واحدی مطرح و تعارض آرا را سامان‌دهی کرد. پیرو به کارگیری استعاره تقنینی، ضمن تشابه فرضی، قلمرو جرم مرجع گسترش یافته و میان جرم مرجع و جرم مرجوع، وحدت موضوعی حاصل می‌شود. در این موارد همواره حمل یک موضوع بر موضوع دیگری است که از طریق الحاق، هم‌سان پنداشته شده‌اند. بدیهی است در چنین فرآیندی اساساً دو ماهیت یا کیفیت وجود دارد با عنوان‌گذاری مشترک از رهگذر استعاره، این جرایم در فرضی قانونی، مشابه قلمداد می‌شود. در این موارد جرم اصلی، موضوع و ماهیتی واحد است که با استعاره، بر مصادیق و مضمومین آن افزوده می‌گردد و با ورود در مصادیق و موضوع، این ماهیت واحد گسترش می‌یابد. این موارد صرفاً دربرگیرنده مجازات مشترک نیست؛ بلکه گسترش و تعریف مورد جدیدی از جرم پیشین است. بنابراین، وحدت موضوعی مستلزم تسری فراگیر کلیه آثار و اوصاف جرم اصلی مانند نسخ و جایگزینی، اصلاح، کیفیات مخفف و مشدد، قابلیت یا عدم‌قابلیت گذشت و غیره به جرم الحاقی و فرعی است (امیدی، ۱۳۹۴: ۱۰۳). اساساً یکی از کارکردهای فروض حقوقی، گسترش قلمرو موضوع است و فرض قانونی با معادل‌سازی دو موقعیت متفاوت را یکسان دانسته و قلمرو قاعده حقوقی گسترش یافته و احکام و نتایج مترتب بر یک موقعیت، بر موقعیت دیگر نیز اعمال می‌گردد. به عبارت دیگر «فرض قانونی با برابرسازی مناسبات و روابطی که اساساً متفاوت هستند، اتخاذ راه حل واحدی را امکان‌پذیر می‌نمایند» (دلشاد معارف، ۱۳۸۸: ۱۸۱). بر این اساس، هر آنچه در خصوص موضوع اصلی مطرح است درباره مصادیق و موضوعات آن نیز قابل طرح است. به عنوان نمونه تفکیک آثار بزه اسیدپاشی که از شمول بسیاری از نهادهای ارفاقی خارج شده‌است، از اعمالی نظیر تزریق اسید و خوراندن آن که در حکم اسیدپاشی است، منطقی به نظر نمی‌رسد. در همین راستا، رأی وحدت رویه شماره ۶۹۶-۱۳۸۵/۹/۱۴ نیز در زمانی که قواعد مرور زمان نسبت به جرم کلاهبرداری قابل اعمال نبود، به جرم در حکم کلاهبرداری نیز قابل اعمال دانسته

نشده است.^۱ قابل تعلیق و قابل گذشت بودن جرایم مرتبط با کلاهبرداری آن گونه که در مواد ۷ و ۱۱ قانون کاهش حبس تعزیری ۱۳۹۹ آمده است، مؤید پذیرش تسری فراگیر آثار جرم اصلی به جرایم فرعی است.^۲ سابقه قانونگذاری در ایران نیز مبین فرا رفتن از مجازات در تسری آثار است. در این باره، تبصره ماده ۱۹ قانون مجازات عمومی اصلاحی ۱۳۵۲، سرایت مجازات تبعی به جرایم در حکم خیانت در امانت و در حکم کلاهبرداری درخور توجه است. همچنین برابر تبصره یک ماده ۲۵ همان قانون، جرایم سرقت، کلاهبرداری، خیانت در امانت و جرایم دیگری که قانوناً در حکم جرایم مذکور شناخته شده باشند، از حیث تکرار جرم نظیر هم محسوب می‌شوند.

افزون بر این، در بسیاری از موارد، تفاوت میان عناصر متشکله دو جرم اصلی و فرعی ناچیز است. حتی گاه تطابق کامل میان دو جرم برقرار است. به عنوان مثال به حکم بند الف تبصره یک ماده ۱۸۸ ق.آ.ک، ۹۲، عمل خبرنگاران رسانه‌ها مبنی بر تهیه گزارش مکتوب از جریان رسیدگی به متهم و انتشار آن با ذکر نام یا مشخصات شاکی و مشتکی‌عنه، در حکم افترا است. افزون بر تشابه ارکان هر دو جرم و عدم وجود دلیلی که مستلزم برخورد غیر مشابه با مرتکبین این دو بزه باشد، سابقه تقنین این ماده و تغییر «به مجازات افترا» به «در حکم افترا» در سال ۱۳۸۵، نه تنها از نظر قانونگذار این دو عمل مصداق افترا است، بلکه با اصلاحات بعدی، بر تشابه دو جرم و برخورد مشابه با هر دو، تأکید دارد.

۳-۲-۲. تسری فراگیر آثار حقوقی در پرتو کیفرگذاری در متن مشترک

عدول قانونگذار از تعیین کیفر مستقل برای رفتار مجرمانه جدید و بهره‌گیری از

۱. «...نظر به این که قانونگذار انتقال مال غیر را با علم به این که مال غیر است، در حکم کلاهبرداری و مشمول مجازات آن دانسته و اقدام به این امر نیز ماهیتاً از مصادیق اکل مال به باطل به شمار می‌آید که شرعاً حرام محسوب گردیده، لذا .. بزه انتقال مال غیر موضوعاً از شمول مقررات ماده ۱۷۳ (مرور زمان) قانون مرقوم خارج است». مفهوم مخالف چنین نظری این است که مستند به مواد ۱۰۵ تا ۱۰۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، با توجه به شمول مرور زمان در خصوص جرم کلاهبرداری کمتر از صدمیلیون تومان، جرم در حکم کلاهبرداری نیز، مشمول مرور زمان بوده و آثار جرم اصلی بر جرم فرعی بار شود. همچنین طبق نظریه مشورتی شماره ۷/۱۲۹۶۴ مورخ ۷۱/۱۲/۱۵، «تمام آثار تنظیری» جرایم اصلی بر جرایم داخل در حکم آن‌ها مترتب است.

۲. ایراد اساسی به مواد فوق این است که مقنن همین موضع را نسبت به جرایم خیانت در امانت و سرقت که در قوانین پراکنده، دارای جرایم فرعی مختلفی است، مورد اشاره قرار نداده است.

کیفرهای از پیش موجود، در متن واحد به دو شیوه صورت می‌پذیرد: یکم، ارجاع به مجازات یک جرم با اعلام وصف کیفری آن مانند «به مجازات افترا محکوم می‌شود». دوم، ارجاع صرف به شماره ماده مانند «...به مجازات مندرج در ذیل ماده ۶۱۴».

۳-۲-۱. ارجاع به مجازات یک جرم خاص

در این شیوه ارجاع برخلاف معیار وصف‌گذاری مشترک، تسری فراگیر آثار جرم مرجع به جرم مرجوع با معیار کیفرگذاری در متن مشترک و احراز مراد مقنن از ارجاع کیفر، به مراتب دشوارتر است؛ اما با اتکا به سرنخ‌هایی در سابقه تقیینی، می‌توان بر انسجام رویه قضایی افزود.

در این گونه ارجاع هرگاه ارجاع به مجازات جرایم غیرحدی (عرفی) باشد، قانون‌گذار همواره در صدد خلق جرم جدید نیست. در پاره‌ای موارد، همان جرم اصلی را با برخی قیود و خصوصیات جدید توسعه می‌دهد و مصادیق جزئی‌تری از جرم اصلی را بیان می‌کند. غالب این موارد، جرم‌انگاری مصادقی یا مشابه است؛ جایی که دو جرم چندین وجه مشترک دارند و تنها تفاوت میان آن‌ها اختلاف جزئی در عناصر سازنده دو جرم است. در این موارد، در ظاهر مقصود مقنن صرف مجازات است نه دیگر آثار قانونی آن؛ اما می‌توان پرسید: چرا قانون‌گذار از کیفرگذاری مستقیم برای جرم جدید عدول نموده و به شیوه غیرمستقیم اقدام کرده است؟ می‌توان گفت: این عدول به معنای یکسان‌پنداری دو عمل در همه آثار و مقتضیات است. همچنان‌که گفته شده است: «با این رویکرد، زشتی دو عمل در نظر قانون‌گذار هم‌اندازه و یکسان تلقی شده و به همین جهت، در برخورد با مجرمین و مرتکبان دو عمل که عنصر مادی متفاوت و مستقل دارند، مجازات واحد مقرر شده است» (بخشی، ۱۳۸۴: ۹۸).

به عنوان نمونه؛ در ماده ۵۵۵ قانون تجارت، مدیر تصفیه در حقیقت امین محسوب می‌شود و در صورت حیف و میل اموال تاجر ورشکسته، به مجازات خیانت در امانت، محکوم می‌گردد. حال آیا باید نتیجه گرفت که قانون، جرم جدید و مستقلی را تعریف می‌کند؛ یا این جرم به منزله تعریف مورد جدیدی از خیانت در امانت است که به موارد پیشین این جرم ملحق می‌شود؟ با بررسی موارد مشابه امکان ارائه پاسخ به این سؤال فراهم می‌شود: استفاده از ارجاع کیفر، بیانگر شباهت کم و بیش نزدیک میان دو

جرم است و در صورتی که عناصر سازنده دو جرم مرجوع و مرجع مشابه باشند، دو جرم را می‌توان یکسان دانست و تمام احکام یکی را به دیگری سرایت داد؛ زیرا در این موارد مصادیق جرم اصلی، با جزئیات بیشتر و مشخص‌تر، گسترش یافته است و دلیلی برای اجتناب از تسری آثار جرم اصلی نسبت به مصادیق آن وجود ندارد. به عنوان مثال ماده ۱۳ قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی شکایت شاکی از روی سوءنیت و برخلاف واقع را به مجازات مفتری ارجاع می‌دهد. این جرم دارای ارکانی بسیار نزدیک به جرم افترا است و ارجاع به کیفر مفتری در واقع یکسان دانستن این اعمال است. همچنین تبصره ۲ ماده ۶ قانون هوای پاک، همان جرم صدور گواهی خلاف واقع است که به شکل جزئی و مشخص‌تری تعریف شده است و به مجازات ماده ۵۴۰ قانون مجازات اسلامی (جرم صدور گواهی خلاف واقع) ارجاع داده شده است. این گونه جرم‌انگاری، مصداق‌یابی جرایم اصلی است. در این موارد، دلیلی برای تفکیک آثار جرایم مصداقی از جرم اصلی وجود ندارد.^۱

در مورد ارجاع به مجازات جرایم حدی اما فرمول‌بندی قوانین ارجاعی حدی و تعیین وصف و کیفر حدی برای جرایم تعزیری، غالباً مبتنی بر گفتمان نص‌گرا در فرایند تقنین است.^۲ عنوان‌گذاری‌ها و ارجاعات به جرایم حدی به ویژه حدانگاری جرایم سیاسی-امنیتی و ارجاع به جرایم محاربه و افساد فی الارض، در راستای شدت عمل کیفری و رویکرد طردمحور به تصویب می‌رسد.^۳ از این رو، احراز نظر اصلی قانون‌گذار

۱. همچنین قانون‌گذار در سال ۱۳۱۴ در قانونی تفسیری، به جرم‌انگاری مصداقی بسیاری از جرایم متضمن ارجاع به کیفر کلاهبرداری، پرداخته است. قانون استفساریه ماده ۲۳۸ قانون مجازات عمومی ۱۳۱۴ مقرر می‌دارد: «مقصود از توسل به وسائل تقلبی برای بردن مال غیر، مذکور در ماده ۲۳۸ قانون مجازات اعم از این است که حيله و تقلب را در خارج اعمال کنند و یا در ضمن جریان امر در ادارات ثبت یا سایر ادارات دولتی یا محاکم...». مصادیق توسل به وسائل تقلبی در جریان ثبت و ادارات دولتی و محاکم در قانون ثبت اسناد و املاک ۱۳۱۰، قانون مجازات اشخاصی که برای بردن مال غیر تبانی می‌نمایند ۱۳۰۷، قانون راجع به مجازات انتقال مال غیر ۱۳۰۸ و غیره تصویب و به کیفر کلاهبرداری ارجاع شده است. قانون تفسیری فوق در تفسیر قوانین ارجاعی که به هر نحوی به ماده ۲۳۸ و عنوان کلاهبرداری ارجاع داده شده است باید مورد توجه قرار گیرد؛ زیرا بر مصداق یابی قید «تشبیه به وسایل متقلبانه» در جرم‌انگاری‌های متفرقه تأکید کرده است.

۲. بنگرید به: لکی، زینب، ارجاع کیفری؛ مبانی، چالش‌ها و آثار، رساله دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۹، صص ۱۴۵-۸۸.

۳. این رویه البته در سنت دیرپای فقهی ریشه ندارد؛ معمولاً فقیهان به حکم اینکه اجمال و ابهام در قانون جزایی را بر نمی‌تابند، در ترسیم جرایم مستوجب حد بر دقت و شفافیت تأکید دارند؛ رویه قانونگذاری ایران اما در مواردی بر خلاف این سنت است.

در خصوص ارتباط میان جرم مرجع و مرجوع به مراتب دشوارتر از جرایم عرفی است. به عنوان نمونه، بررسی سابقه تقنینی کاربست وصف محاربه یا ارجاع به مجازات محاربه، نمایانگر این است که قانون‌گذار از معیار واحدی برای تفکیک میان وصف مشترک و ارجاع به کیفر، پیروی نکرده است. از این رو، هرگونه تفکیک میان آثار و قلمرو احکام ناظر به این دو معیار قابل تأمل است؛ زیرا قانون‌گذار در تعیین وصف محاربه برای برخی جرایم، از قیودی مانند «شکست جبهه اسلام»، «اخلال در نظام»، «قصد براندازی»، «قصد مقابله با حکومت» استفاده نموده است. در مواردی دیگر، با تحقق این قیود، به کیفر محاربه ارجاع داده است. برای نمونه، به حکم ماده ۳۳ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح ۱۳۶۹، هرگاه صدمه زدن به خود برای فرار از کار یا تهدید فرمانده... در مقابل دشمنان داخلی یا خارجی باشد در صورتی که عمل وی موجب افساد و اخلال در نظام و یا شکست جبهه اسلام گردد، به مجازات محارب محکوم می‌شود. درحالی که طبق ماده ۲۶ همان قانون، ترک محل نگهبانی که موجب افساد و اخلال در نظام یا شکست جبهه اسلام باشد، در حکم محاربه است. حتی در برخی موارد مانند ماده ۱۲ همان قانون، مباشر جرم جاسوسی به مجازات محاربه ارجاع شده است اما معاون همان جرم اگر عملش موجب اخلال در نظام یا شکست جبهه اسلام شود، در حکم محاربه قلمداد شده است. این رویکرد نشانگر عدم تفکیک میان این تکنیک‌ها از حیث آثار است.

برخورد دوگانه قانون‌گذار در رابطه با جرم زنا به عنف و مصادیق آن نیز قابل ملاحظه است. قانون‌گذار در ماده ۴ قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیرمجاز می‌نمایند مقرر می‌دارد: «هرکس با سوء استفاده از آثار مبتذل و مستهجن تهیه شده از دیگری، وی را تهدید به افشاء و انتشار آثار مزبور نماید و از این طریق با وی زنا نماید به مجازات زنا به عنف محکوم می‌شود. اما در تبصره دوم ماده ۲۲۵ ق.م.ا. ۹۲، دایره تعریف زنا به عنف گسترش یافته و زنا با بانوان در حال بی‌هوشی، خواب یا مستی، در حکم زنا به عنف اعلام شده است. در ادامه، در زنا از طریق اغفال، تهدید و یا ترساندن زن نیز حکم فوق را جاری دانسته است. مقایسه این دو مقرر و لحاظ آخرین اراده قانون‌گذار مبنی بر «در حکم زنا به عنف» قلمداد کردن زنا از طریق تهدید زن به افشاء و انتشار آثار مستهجن و مبتذل، نشان از آن دارد که میان آثار دو معیار وصف‌گذاری مشترک و کیفردهی در متن مشترک به طور دقیق تفکیک

نشده است. هر چند اگر معیار زنای به عنف آن گونه که از برخی روایات مسأله برمی آید فقدان رضایت باشد این تعمیم‌ها ناموجه نیست؛ همچنان که برخی فقیهان با آن که مورد روایات عنف، تجاوز مرد به زن است الحاق اکراه مرد توسط زن به اکراه زن توسط مرد را محتمل دانسته‌اند.

همچنین در راستای حدی قلمداد کردن جرایم ملحق شده به جرایم حدی، استدلال دیگری قابل طرح است. در ماده ۱۹ ق.م.ا. ۱۳۹۲ مجازات اعدام جزو کیفرهای تعزیری به شمار نمی‌رود و احکام مجزایی جهت تعویق، تعلیق، تخفیف و تبدیل و غیره در خصوص کیفر اعدام تعیین نگردیده است. بنابراین، اعدام یک کیفر حدی است و تعیین این کیفر مستلزم حدی تلقی شدن جرم است. قانون‌گذار نیز با ارجاع به کیفر محاربه، کیفر حدی را برای برخی جرایم شدید، پیش‌بینی نموده است. در الحاق ماده ۴۵ به قانون مبارزه با مواد مخدر نیز مجازات اعدام در قالب عنوان حدی مفسد فی الارض شناسایی شده است؛ از این رو، کیفر اعدام مقرر برای جرایمی که به مجازات جرایم حدی مانند محاربه، زنا، افساد فی الارض و غیره ارجاع شده‌است، تابع احکام اعدام حدی است و آثار جرایم حدی بر آن بار می‌شود. پیداست که صحت توسعه حدود اصطلاحی تا این اندازه به شدت مورد تأمل است.

۳-۲-۲-۲. ارجاع به مجازات مقرر در یک ماده قانونی

ارجاع کیفر در برخی موارد بدون تعیین عنوان مجرمانه و صرفاً با ارجاع به کیفر ذیل یک ماده صورت می‌گیرد. در این موارد نیز غالباً اساس ارجاع همچنان شباهت جرم‌هاست. مشابهت میان جرم مرجع و مرجوع تسری فراگیر آثار را ضروری می‌سازد. در واقع، با اتکا به عنصر «تشابه» ارکان جرایم، از گذر ارجاع به یک مجازات، جرم جدید زیر مجموعه جرم اصلی قرار گرفته و همچنان عنوان مجرمانه مدنظر است و با عدول از کیفرگذاری مستقیم، یکسان‌پنداری صورت گرفته‌است. کما این که در ماده اول قانون مجازات اشخاصی که برای بردن مال غیر تبانی می‌نمایند مصوب ۱۳۰۷، به صراحت عمل اشخاصی را که با یکدیگر تبانی کرده و برای بردن مال متعلق به غیر بر همدیگر اقامه دعوی نمایند از مصادیق تشبیه به وسایل متقلبانه برای بردن مال دیگری دانسته و به مجازات مقرر در ماده ۲۳۸ (کلاهبرداری) ارجاع داده است. آنچه مدنظر قانون‌گذار

مانور متقلبانه و شیوه‌ای خاص برای بردن مال غیر (کلاهبرداری) است. در واقع، در تبیین ماده مذکور مقنن به وسیله متقلبانه (معرفی به عنوان مالک) توجه کرده است و اقدام فرد در معرفی مال غیر به عوض مال خود را، برای تحقق مانور متقلبانه کافی دانسته است (حبیب زاده، ۱۳۹۳: ۴۳۳). به عبارت دیگر، ماده فوق به معنای تحقق شرایط کلاهبرداری یا دست کم تحقق شرایطی بسیار مشابه با شرایط جرم کلاهبرداری است و دلیلی بر عدم اعمال آثار کلاهبرداری، بر این مورد وجود ندارد. گاه ممکن است شباهت دو جرم به همانندی و یکسانی واقعی بدل شود. ماده ۵۰ قانون بازار اوراق بهادار ۱۳۸۴، در تعیین کیفر معامله‌گر یا بازارگردانی که اوراق بهادار و وجوهی را که برای انجام معامله به وی سپرده شده و وی موظف به نگهداری آن در حساب‌های جداگانه است، بر خلاف مقررات و به نفع خود یا دیگران مورد استفاده قرار دهد، به مجازات‌های مقرر در ماده (۶۷۴) قانون مجازات اسلامی ارجاع داده است. در اینجا صرفاً ارجاعی ساده به یک مجازات، صورت نگرفته است؛ زیرا جرم موردنظر همچنان یکی از انواع خیانت‌درامانت است و چون فقط به کیفر مقرر در ماده مربوط به خیانت‌درامانت ارجاع شده است، دلیل بر انفکاک آثار خیانت در امانت در مورد آن نیست. بدین سان، تعیین کیفر در یک متن واحد دلیلی است بر یکسان‌سازی دو جرم و تبعیت از آثار یکدیگر. این شیوه بیش از سایر شیوه‌های ارجاع در معرض انتقاد است، زیرا در صورت اصلاح یا حذف مجازات‌هایی که به آن‌ها ارجاع شده، ممکن است منجر به بی‌کیفری بزهکاران شود. در این مورد برخی معتقدند با نسخ ماده مرجع، در یک جرم زدایی از ماده مرجوع هم جرم‌زدایی شده است؛ اما در دیدگاهی دیگر، با وجود نسخ ماده عام، همچنان می‌توان به همان ماده منسوخ استناد نمود (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۳: ۱۵۷). با این حال می‌توان استدلال کرد که عدول قانون‌گذار از تعیین کیفر به شکل مستقل، مؤید یکسان‌پنداری دو جرم بوده و ملاک عنوان جرم است نه ماده قانونی. پس در فرض نسخ ماده مرجع، می‌توان به جرم و قانون جدید استناد نمود. همچنان‌که رای وحدت رویه شماره ۷۴۹ مورخ ۱۳۹۵/۶/۴، در رابطه با جرم‌زدایی یا عدم جرم‌زدایی از حمل غیرمجاز چوب و هیزم و ذغال حاصل از درختان جنگلی - که به مجازات مقرر در قانون مجازات مرتکبان قاچاق ۱۳۱۲، احاله شده و متعاقباً طبق ماده ۷۷ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز ۱۳۹۲ نسخ شده است - کماکان عمل مذکور را جرم دانسته و

رسیدگی به آن در صلاحیت سازمان تعزیرات حکومتی است.

در همین راستا، بند ۲ ماده ۱۷ قانون تفسیر ۱۹۷۸ انگلستان مقرر می‌دارد: «چنانچه قانونی نسخ و مقررات جدید به جای آن وضع شود، هرگونه ارجاع به قانون منسوخ به منزله ارجاع به قانون جدید است» (Mcleod, I, 1999, 3336-338).

همچنین به نظر دیوان عالی کشور فرانسه: «در این موارد بیشتر ارجاع به مجازات‌های موجود در یک ماده مطرح است تا ارجاع به خود آن ماده، زیرا قصد قانون‌گذار برای مجازات جرمی که تعریف کرده این بوده که آن جرم را با جرایمی که برای آن‌ها در متن مرجع تعیین مجازات شده، مشابه قلمداد کند. در این شرایط، می‌توان بر جرم تعریف شده در متنی که به مفاد منسوخ ارجاع می‌دهد، مجازات‌های پیش‌بینی شده در متن جدید را اعمال کرد» (Renout, 2012: 33).

برآمد

با بررسی بسترهای کاربست استعاره تقنینی و ارجاع کیفر، آشکار شد که با توجه به پویایی حقوق کیفری و با ملاحظه سیر تحول اندیشه‌ها و پیش‌آمدهای اجتماعی، اقتصادی، فنی و غیره، قانونگذاران در راستای عبور از محدودیت‌های حقوق کیفری و اصول ناظر بر آن، از تکنیک‌های مختلفی در فرایند جرم‌انگاری و کیفرگذاری بهره می‌گیرند. کاربست ارجاع کیفر و استعاره تقنینی، افزون بر اینکه سیاست‌گذاران جنایی را از چشم‌انداز حاکمیت قانون و تضمین حقوق و آزادی افراد، به چالش می‌کشد، بر کیفیت تفسیر دادرسان از قانون نیز اثر می‌گذارد. برابر یافته‌های پژوهش، مطالعه واقعیت تقنینی و قضایی قوانین ارجاعی و استعاره‌ای در ایران، بیانگر چالش‌های نظری و عملی فراوانی است. تقابل کاربست تکنیک‌های فوق با شاخص‌های کیفی قانون و به‌طور ویژه پیش‌بینی‌پذیری^۱ آثار قانون، از اساسی‌ترین چالش‌ها محسوب می‌شود. دو مؤلفه شفافیت^۲ (نگارش متون حقوقی با حداکثر وضوح ودقت) و هشدار منصفانه^۳ (ارزیابی اینکه جرایم و کیفرها تا چه اندازه به‌طور مؤثر به اطلاع عموم رسانده شوند)، از رهگذر به کارگیری استعاره و ارجاع در پهنه قانونگذاری کیفری، تضعیف می‌شود. اگرچه با ارائه اندیشه‌های حقوقی و نقد نظام‌های سنتی و استقرار نظام‌های حقوقی نوین ارجاع کیفر و فرض‌های قانونی از متن به حاشیه رفته است؛ اما هرگز از صحنه حقوق کیفری حذف نشده‌اند و قانون‌گذاری بی‌نیاز از این تکنیک نخواهد بود. در کاربست ضرورت محور از این شیوه‌ها در بستر تقنینی، رعایت ضابطه‌های چندگانه‌ای جهت کاستن از چالش‌های ارجاع و استعاره ضروری است.

پیشنهاد می‌شود اولاً قانون‌گذار از نظام تعیین مستقیم مجازات بهره بگیرد و کیفرگذاری به‌صورت دقیق، روشن و هم‌زمان و درون همان متن جرم‌انگار، انجام پذیرد، مگر در مواردی که ارجاع کیفر گریزناپذیر باشد. در این صورت، ضابطه اساسی در ارجاع کیفر، ضرورت اشتراک عناصر سازنده دو جرم و «جرم‌انگاری مصداقی» است. کیفرگذاری از طریق ارجاع در این موارد می‌تواند جرم جدید را همچون شاخه‌ای به پیکره جرم

1. Previsibilite

2. Transparency

3. Fair Warning

اصلی پیوند بزند و جرایم پراکنده با این روش ذیل عنوان مجرمانه اصلی، گردآوری شود. ثانیاً تناسب کیفر جرم اصلی با مجازات جرم فرعی همواره باید مدنظر قرار گیرد. همسان سازی فرضی با توسل به استعاره، بر طبقه بندی جرایم و قلمرو مصداقی و مفهومی جرم اثر می گذارد؛ از این رو، هرگونه کاربری استعاره، مستلزم رعایت ضوابط الحاق و نیز توجه به کارکردهای وصف کیفری است. استفاده از اصطلاح «در حکم» باید در چارچوبی مشخص و محدود باشد. این چارچوب عبارت است از احراز عناصر چهارگانه جرم مرجع، حکم، جرم مرجوع، سبب مشترک و نیز شروط هر یک از آنها در فرایند الحاق. به عنوان مثال از شروط جرم اصلی این است که خود، ارجاعی و فرع نباشد، بلکه جرم اصلی باید عناصر متشکله و کیفر را در برگیرد. حکم نیز خود شروطی دارد از جمله آن که منسوخ نباشد، به عنوان مثال چنانچه جرم اصلی منسوخ شده باشد یا اساساً عملی باشد که جرم انگاری نشده است، الحاق جرم فرعی به آن غیرموجه است. همچنین از جمله شروط علت مشترک، آشکار و قابل درک بودن آن است. ضابطه دیگر در کاربری استعاره تقنینی، وصف گذاری منصفانه است. در باب عنوان گذاری کیفری، قانون گذار باید ضمن رعایت تناسب وصف و عمل ارتكابی، کارکردهای مورد انتظار از وصف کیفری شامل کارکرد آگاهی بخشی به مخاطبین، بازنمایی عناصر متشکله بزه و غیره را به عنوان ضابطه در تعیین وصف مجرمانه در نظر داشته باشد.^۱

باری به جهت پایایی تکنیک ارجاع در قانون گذاری کیفری، در راستای کاهش ارجاعات غیر ضروری، موارد زیر پیشنهاد می شود: نخست: در لایحه تعزیرات در جهت انسجام نظام جزایی، جرایمی که از دهه های گذشته با ارجاع کیفر و استعاره به هم پیوند خورده بودند، از طریق گردآوری زیر عناوین مجرمانه مرتبط، ساماندهی شود و در صورت لزوم، کیفر مناسب در خصوص هر جرم تعیین گردد. همچنین با این گزاره که «جرایم مشمول عنوان یا مجازات کلاهبرداری، تابع کلیه احکام این عنوان مجرمانه است»، از نظر قلمرو اقتضائات، به ابهامات پایان داده شود.

دوم: از آن جاکه یکی از علل ارجاع کیفر یا استعاره، تقسیم بندی تبعیدی جرایم به

۱. در خصوص کارکردهای وصف کیفری بنگرید به؛ میرمحمد صادقی، حسین و لکی، زینب، رویکردی نوین به ارجاع کیفری در پرتو اصل وصف گذاری منصفانه، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، دوره ۷، شماره ۱۷، تابستان ۱۳۹۸، صص ۲۸۱-۲۷۲.

حدی-تعزیری است، ضروری است جرم‌انگاری و پاسخ‌گذاری، براساس سیاست کیفری منسجم و کارآمد و با رصد نیازهای اجتماعی و الزامات قانون گذاری صورت گیرد. این امر مستلزم بازخوانی احکام حقوق جزای اسلامی و انطباق آن با واقعیت‌های هنجارگذاری کیفری است. بدیهی است با از میان رفتن رویکرد احتیاطی و لفظ محور به متون شرعی و تعیین مصادیق این دو دسته از جرایم بر اساس حکمت تقنینی و مدیریت جرم، خلق جرایم دو رگه حدی-تعزیری و حدانگاری جرایم با استفاده از تکنیک‌های صورت‌گرا مانند ارجاع و استعاره، منتفی می‌شود.

سوم: ضروری است در یک «پروژه بازبینی قوانین» به شکل کلان، قوانین ارجاعی به طور کامل ارزیابی شود و رابطه ارجاعی میان متون قانونی، مشخص و جایابی شود تا بتوان مواد و موضوعات مرتبط را در جهت کاهش آشفتگی منابع هنجارگذار و دسترسی به تمام متون مرتبط با موضوع و جرم واحد، تدوین نمود.

منابع

الف) فارسی

۱. آقائی طوق، مسلم (۱۳۹۸)، *تدوین شکلی؛ حلقه مفقوده نظام تدوین قوانین و مقررات در ایران*، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۳، شماره ۱۰۶.
۲. الهام، غلامحسین و برهانی، محسن (۱۳۹۷)، *درآمدی بر حقوق جزای عمومی*، جلد نخست، چاپ نخست، نشر میزان.
۳. بخشی، عبدالله (۱۳۸۴)، *استقلال و پیوند حقوق مدنی و کیفری*، چاپ نخست، نشر فکرسازان.
۴. بشیریه، تهمورث، *حواله کیفری؛ بررسی کیفر جرم موضوع ماده ۵۱۶ قانون مجازات اسلامی*، مجله آموزه‌های حقوقی، شماره ۱۶، بهار ۱۳۸۹.
۵. جعفری تبار، حسن (۱۳۸۳)، *فلسفه تفسیری حقوق*، چاپ نخست، شرکت سهامی انتشار.
۶. جعفری تبار، حسن (۱۳۹۶)، *دیو در شیشه (در فلسفه رویه قضایی)*، چاپ نخست، انتشارات نگاه معاصر.
۷. حبیب‌زاده، محمدجعفر (۱۳۹۳)، *تحلیل جرایم کلاهبرداری و خیانت در امانت در حقوق کیفری ایران*، چاپ چهارم، نشر دادگستر.
۸. خسروی، احمد و نوروزی، حامد (۱۳۹۹)، *حق بر فهم قانون*، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۱۱.
۹. دلشاد معارف، ابراهیم (۱۳۸۶)، *سهم فرض‌های قانونی در اجرای عدالت*، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی تهران.
۱۰. دلشاد معارف، ابراهیم (۱۳۸۸)، *ماهیت و اثر فرض حقوقی*، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، شماره ۴.
۱۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، *اثبات و دلیل اثبات*، جلد دوم، چاپ دوم، نشر میزان.
۱۲. علی میرزایی، اقبال، *ارجاع قانون به قانونی دیگر و دشواری‌های ناشی از آن*، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۶۵، بهار ۱۳۹۳.
۱۳. مرکز استخراج و مطالعات رویه قضایی کشور (۱۳۹۲)، *مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدید نظر استان تهران (کیفری)*، قوه قضاییه، مرکز مطبوعات و انتشارات.

۱۴. میرمجیدی، سپیده، غلاملو جمشید (۱۳۹۷)، *گستره مشروعیت آزادی عمل قضایی در پرتو اصل حاکمیت قانون (مطالعه موردی پرونده های رابطه نامشروع)*، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۴۸، شماره ۲.
۱۵. میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۳)، *جرایم علیه اموال و مالکیت*، چاپ سی‌ونهم، نشر میزان.
۱۶. میرمحمدصادقی، حسین و لکی، زینب (۱۳۹۸)، *رویکردی نوین بر ارجاع کیفری در پرتو اصل وصف‌گذاری منصفانه*، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، شماره ۱۷.
۱۷. نوبهار، رحیم (۱۳۹۵)، *اصول فقه: مباحث الفاظ و قواعد تفسیر متن*، چاپ نخست، نشر میزان.
۱۸. وروایی، اکبر (۱۳۸۳)، *انتقال مال غیر*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران (مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی)، دوره ۶۶، شماره ۵۲۰.

ب) انگلیسی

1. Damiano, C. (2009), *The Many Faces of the Codification of Law in Modern Continental Europe*, Published in: D. (135-183). Springer: Dordrecht.
2. Del Mar. M. William, T. (2015) *Legal Fictions in Theory and Practice*, Volume 110, Published by Springe.
3. Faivar P (1937), *La Détermination Par RwfERENCE De La Penalite*, Celles-ci devant la faculté de droit de l'Université de Lyon pour un doctorat en droit.
4. Mcleod, I. (1999). *Legal Method*. London: Macmillan Press.
5. Mitchell, O. (1893), *The Fictions of the Law: Have They Proved Useful or Detrimental to Its Growth?*, Published by: The Harvard Law Review Association, <https://www.jstor.org/stable/1321414>.
6. Olivier. j. j. (1975), *Legal Fiction in practice and in legal science*, Rotterdam University Press.
7. Renout, H. (2012). *Droit Pénal Général* (17 ed). Department Lar-