

## جرم‌انگاری در نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران

علی نجفی توانا\* / فهیم مصطفی‌زاده\*\*

### چکیده

جرم‌انگاری فرایندی است که به موجب آن قانونگذار فعل یا ترک فعلی را ممنوع و برای آن ضمانت اجرای کیفری وضع می‌کند. این مهم در نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران، با توجه به اصل (۷۱ قانون اساسی باید «در حدود مقرر در قانون اساسی» صورت گیرد. با توجه به اصل یادشده، اختیار مجلس شورای اسلامی در وضع مقررات کیفری و جرم‌انگاری بی‌حد و حصر نیست، بلکه تابع محدودیت‌های مقرر در قانون اساسی می‌باشد. همچنین براساس اصل چهارم قانون اساسی، مجلس شورای اسلامی باید در حدود اصول و موازین اسلامی اقدام به جرم‌انگاری نماید. با توجه به اصول شرعی و قانون اساسی اصل بر اباحت، عدم ولایت، برائت، مصونیت فردی، منع تفتیش عقائد، منع تجسس، منع دستگیری و ... بوده و استثناء بر آن اصول، نیازمند دلیل است. بر همین اساس، این مقاله با ارائه تفسیری آفرینش‌گرایانه از قانون اساسی به این مهم می‌پردازد که مجلس شورای اسلامی با توجه به اصل (۷۱ قانون اساسی، فقط در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند جرم‌انگاری نماید و این حدود نیز در اصول نهم و چهلم قانون اساسی به صورت عام و در اصول ۲۴، ۲۶، ۲۷ و ۲۸ به صورت خاص مشخص گردیده، و قانونگذار کیفری ایران نمی‌تواند خارج از حدود و معیارهای مذکور به جرم‌انگاری و اعمال محدودیت در حوزه حقوق و آزادیهای فردی بپردازد.

**کلید واژه:** جرم‌انگاری، قانون اساسی، اصل ضرر، موازین شرعی

\* استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز

\*\* دانشجوی دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز، نویسنده مسئول

fahimmostafazadeh@gmail.com

تاریخ وصول: ۹۱/۱۲/۳ - پذیرش نهایی: ۹۲/۳/۱

## طرح مسأله

حقوق جزا در یک جامعه، نماد قدرت دولت است که بایستی پا به پای آزادی و قانون وجود داشته باشد و هرسه (قدرت، آزادی و قانون) همراه همدیگر پیش روند، چون «دولت باید به منظور جلوگیری از سوءاستفاده از آزادی، قدرت داشته باشد. آزادی و قانون بدون قدرت به معنای هرج و مرج است. قانون و قدرت منهای آزادی مساوی با استبداد است و قدرت بدون آزادی و قانون صفت بربریت است» (آزادی، قدرت و قانون/۱۶). قدرت دولت بایستی از طریق حقوق جزا تأمین گردد تا هم جلوی مداخله ناروای دولت گرفته شود و هم جلوی بی نظمی و هرج و مرج. چرا که در هر جامعه‌ای، عده ای قواعد زندگی اجتماعی را رعایت نکرده، نظم و امنیت را در جامعه مختل، و با رفتار خود راه پیشرفت جامعه را سد و زندگی، اموال و امنیت روانی و جسمی مردم را مورد تهدید قرار می دهند؛ در این حالت، جامعه احتیاج به کنترل رفتار این دسته از افراد دارد. معمولاً رسمی‌ترین ابزاری که می‌توان از طریق آن زندگی و اموال مردم را مورد حمایت قرار داده و سطوحی از نظم اجتماعی مطلوب، همگنی، امنیت و پاکدامنی برقرار ساخت، حقوق کیفری و نهادهای وابسته به آن است. در واقع، دولت مجاز است برای حفظ نظم اجتماعی، اقدام به جرم‌انگاری کرده و ارتکاب برخی رفتارها را ممنوع و به آنها وصف مجرمانه بدهد.

از طرف دیگر باید توجه داشت که با توجه به این که در کشور ما قانون اساسی، در رأس هرم قرار دارد و قوانین دیگر باید از این قانون تبعیت کنند، لذا نمی‌توان بدون پایبندی به قواعد و اصول قانون اساسی، قوانین کیفری را تدوین و تنظیم کرد؛ چرا که قانون اساسی عالی‌ترین سند حقوقی یک کشور و راهنمایی برای تنظیم قوانین دیگر و همچنین تعریف کننده اصول سیاسی، ساختار، سلسله مراتب، جایگاه، و حدود قدرت سیاسی دولت یک کشور و تعیین و تضمین کننده حقوق شهروندان کشور می‌باشد. تکلیف حکومت به تضمین حقوق و آزادی‌های فردی و حقوق سیاسی و اجتماعی مردم، زمینه ساز ایجاد امنیت حقوقی و قضائی و موجب تحکیم مودت بین ملت و حکومت می‌شود که ظهور آن در نظم و امنیت اجتماعی متجلی می‌گردد (حقوق اساسی و نهادهای سیاسی/۱۰۳ و ۱۱۵).

سیاست جنایی تقنینی ایران صرفاً براساس برداشت‌های انتزاعی از مفهوم جرم و مجازات، از آغاز انقلاب تاکنون با جرم‌انگاری‌های افراطی نه تنها نظام عدالت کیفری را با بحران تورم کیفری مواجه ساخته، بلکه با تجاوز به حقوق و آزادی‌های فردی، زمینه نارضایتی و بی‌اعتمادی جامعه به واضعان سیاست جنایی را نیز مهیا نموده است (نجفی

توانا، «تعارض و انسداد در سیاست جنایی ایران»/۲۵۱). چرا که عدم توجه قانونگذار عادی به اصول و ضوابط منطقی، تبعات منفی زیادی چون تورم کیفری، افزایش سیاهه جرائم، بی‌اعتمادی مردم به قوانین، تراکم کار دادگاه‌ها، بالا رفتن هزینه عدالت کیفری، افزایش بالای نقض قوانین، نقض ناموجه حقوق و آزادی‌های فردی، شکاف بین مردم و حکومت و... را در پی دارد.

با توجه به نکات فوق‌الذکر، این نوشتار می‌کوشد حدود جرم‌انگاری در نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران را مورد کنکاش قرار داده و به این سؤال پاسخ دهد که آیا قانونگذاری کیفری در ایران تابع اصول و محدودیت‌هایی بوده و دولت نمی‌تواند هر گونه رفتاری را جرم‌انگاری کند؟ یا این که در خصوص محدودیت‌های جرم‌انگاری، هیچ گونه اصل یا ضابطه‌ای در نظام قانونگذاری نداریم؟ به عبارت دیگر، آیا قانونگذار کیفری جمهوری اسلامی ایران اختیار تام و مطلق در جرم‌انگاری دارد یا این که در این خصوص، تابع محدودیت‌هایی است؟

در همین راستا ابتدا مبانی و اصول جرم‌انگاری در نظام‌های کیفری دنیا بطور کلی و مختصر در مبحث اول مورد اشاره قرار گرفته و سپس در مباحث دوم و سوم به این مهم در نظام قانونگذاری کیفری جمهوری اسلامی ایران پرداخته می‌شود.

## ۱- مبانی جرم‌انگاری در نظام‌های کیفری عرفی

نماد مداخله حقوق جزا، جرم است. به عبارت دیگر قانونگذار کیفری با جرم‌انگاری یک رفتار به حقوق کیفری اجازه مداخله در آن رفتار را می‌دهد. جرم‌انگاری فرایندی است که به موجب آن قانونگذار با در نظر گرفتن هنجارها و ارزش‌های اساسی جامعه و با تکیه بر مبانی نظری مورد قبول خود، فعل یا ترک فعلی را ممنوع و برای آن ضمانت اجرای کیفری وضع می‌کند (آقابابایی، «گفتمان فقهی و جرم‌انگاری در حوزه جرایم علیه امنیت ملت و دولت»/۱۲-۱۱).

در مورد قلمرو مداخله حقوق کیفری اتفاق نظر وجود ندارد. به طور کلی دولت‌ها معمولاً برای استفاده از حقوق کیفری و مداخله در رفتارها و امور افراد جامعه یکی از سه معیار زیر را مورد توجه قرار می‌دهند: ۱- اصل ضرر<sup>۱</sup> یا به عبارتی جلوگیری از ایراد ضرر و

---

<sup>1</sup>-Harm principle

صدمه به دیگران و جامعه. ۲- اصل پدرسالاری حقوقی<sup>۱</sup> یا به عبارتی حمایت از افراد در برابر خودشان و باز داشتن افراد جامعه از ایراد صدمه و ضرر به خود. ۳- اصل اخلاق‌گرایی حقوقی<sup>۲</sup> یا به عبارتی حمایت از اخلاق و مذهب و جلوگیری از ایراد آسیب به اخلاق یا مذهب.

### الف- اصل ضرر

مراد از اصل ضرر این است که تنها موردی که جامعه و دولت حق مداخله در امور زندگی و آزادی دیگران را دارد و می‌تواند در مورد دیگران اجبار و زور به کار برد، زمانی است که با آن مداخله بخواهد جلوی آسیب و ضرر به دیگران را بگیرد. بر اساس این اصل، نمی‌توان به خاطر خیر و صلاح کسی، نسبت به وی اعمال زور کرد. هم‌چنین بر این مبنا نمی‌توان به خاطر حق یا عدالت، کسی را مجبور به انجام یا عدم انجام کاری کرد یا به دلیل سودمند بودن کاری برای او یا منجر شدن عمل یا عدم انجام عملی به خوشبختی او یا به دلیل عاقلانه یا صحیح بودن فعلی در نظر دیگران، نسبت به فردی زور و اجبار به کار برد. اصل ضرر به ما می‌گوید: «تنها وقتی حق داریم در مورد دیگران اجبار به کار ببریم که بتوان نشان داد و ثابت کرد عمل فرد، (که می‌خواهیم از آن جلوگیری کنیم)، آسیب و صدمه‌ای به کسی خواهد رسانید. تنها قسمتی از اعمال فرد که برای آن در مقابل اجتماع مسؤول است، آن قسمت است که اثرش به دیگران می‌رسد. فرد در آن قسمت از اعمال خود که تنها به خود او مربوط است، آزادیش مطلق است و حدی برآن متصور نیست» (درباره آزادی/ ۲۵-۲۴). با توجه به «اصل ضرر»، دخالت حقوق کیفری تنها هنگامی پذیرفتنی و مشروع است که مقصود از مداخله، جلوگیری از آسیب و ضرر به دیگران باشد.

### ب- پدرسالاری حقوقی

«پدرسالاری» از کلمه «پدر» مشتق می‌شود که به معنای «مثل یک پدر رفتار کردن» یا «با شخص دیگری مثل یک بچه رفتار نمودن» است. به عبارتی دیگر پدرسالاری، عمل کردن به خیر و صلاح دیگران بدون رضایتشان می‌باشد همان‌طور که والدین با بچه‌های خود رفتار می‌نمایند. پاترنالیست‌ها (طرفداران پدرسالاری) منافع مردم از جمله زندگی، سلامتی و آسایش را بر آزادی‌شان ترجیح می‌دهند. بر این اساس آنها این فکر را می‌کنند که می‌توانند تصمیمات عاقلانه و صحیحی برای مردم بگیرند تا به آن عمل نمایند.

<sup>1</sup>-Legal paternalism

<sup>2</sup>-Legal moralism

پدرسالاری در هر عرصه‌ای از زندگی از جمله نگهداری اطفال، آموزش و پزشکی، خود را نشان می‌دهد ولی در هیچ عرصه‌ای مثل حقوق کیفری بحث برانگیز و قابل مناقشه نیست (263/ "paternalism", suber).

منظور از پدرسالاری حقوقی این است که دولت برای جلوگیری از آسیب رساندن افراد به خودشان، به یک رفتار وصف مجرمانه داده و مردم را در برابر خودشان مورد حمایت و حفاظت قرار می‌دهد، گویا سلامتی و ایمنی‌شان مهم‌تر از آزادی‌شان است. در واقع قانونگذار با این روش درصدد جلوگیری افراد از ایراد ضرر به خود است. مطابق این اصل، برخی افراد نمی‌توانند واقیعت امور را آن گونه که هست درک نموده و برنامه زندگی خویش را تنظیم نمایند. این افراد نیاز به حمایت و مداخله دولت دارند تا حکومت از طریق حقوق کیفری آنها را از آسیب رساندن به خود باز دارد. در واقع بر مبنای پدرسالاری حقوقی، همان طوری که پدر، مواظب فرزند خود است و به خاطر ضعف‌های جسمی و روانی و نیز وضعیت آسیب پذیری که فرزند وی دارد مکلف است از وی نگهداری و مراقبت نماید و او را از انتخاب راه ناصحیح باز دارد، حکومت نیز مسؤول حفظ جان شهروندان خود بوده، و وظیفه مراقبت و محافظت آنها را بر عهده دارد و لذا بایستی آنها را نه تنها در برابر دیگران بلکه در برابر خودشان نیز مورد حمایت و حفاظت قرار دهد. یکی از استدلال‌های پاترنالیست‌ها این است که اکثر مردم نافرهیخته‌اند و احتیاج به اجبار، آموزش و مداخله دارند و لذا قانونگذار بایستی از اشخاص آسیب پذیر و آنهایی که تصمیماتشان فاقد اثر قانونی است حمایت و حفاظت نماید (ibid). آنها هم چنین این اصل را بدین صورت توجیه می‌نمایند که مداخله حقوق کیفری برای خیر، سلامتی و رفاه «شخص مورد مداخله قرار گرفته» بهتر خواهد بود و باعث می‌شود که او کمتر ضرر ببیند & "Pornography", (dwoorkin, Hat"/2). هم چنین «پدر سالاری حقوقی» منحصرأ با اشاره به رفاه، خوبی، خوشبختی، نیازها، منافع یا ارزش‌های «شخص مورد مداخله قرار گرفته» توجیه می‌شود (Foundations of criminal law/123).

توجیه معمولی پدر سالاری، عبارت از حفظ منافع شخص «مورد مداخله واقع شده» است؛ در واقع این منافع بر حسب چیزهایی که زندگی فرد را بهتر می‌نمایند، تعریف و مشخص می‌شوند، چیزهایی مثل مرگ یا بدبختی یا حالات هیجانی دردناک. مداخله قانونگذار در زندگی شخص به خاطر این منافع «پدرسالاری رفاهی» را تشکیل می‌دهد. ولی گاهی اوقات مداخله در امور فرد به خاطر رفاه اخلاقی شخص است در این صورت «پدرسالاری اخلاقی» نامیده می‌شود (634/ "paternalism", suber).

### ج- اخلاق گرای حقوقی

دولت‌ها و جوامع همواره سعی دارند سطح اخلاق فردی و اجتماعی خود را به بالاترین حد ممکن برسانند و نیز سعی می‌نمایند تا حدودی از رفتارهایی که سطح اخلاق را در جامعه تنزل می‌دهند جلوگیری نمایند. دولت‌ها برای این مقصود گاهی از ابزارهای غیرکیفری اعم از رسمی و غیر رسمی چون آموزش و پرورش، رسانه‌های گروهی، خانواده، مساجد، نهادهای فرهنگی مذهبی و ... استفاده می‌کنند و گاهی هم جهت حفاظت از اخلاق فردی و اجتماعی جامعه از حقوق کیفری و ابزارهای وابسته به آن در کنار سایر ابزارها و نهادها بهره می‌گیرند. زمانی که دولت برای حفاظت از اخلاق، از حقوق کیفری استفاده نماید در آن صورت براساس معیار «اخلاق گرای حقوقی» عمل کرده است. در واقع منظور از اخلاق گرای حقوقی این است که حقوق بایستی در خدمت اخلاق باشد و قانونگذار، اعمال مخالف اخلاق را به عنوان جرم و قابل مجازات اعلام نماید.

یکی از نظریه پردازان و حقوق دانان که «اخلاق گرای حقوقی» را مورد تبیین قرار داده، و آن را به عنوان یک مبنا برای مداخله حقوق کیفری پذیرفته، پاتریک دولین است. وی در سال ۱۹۵۸ در یک سخنرانی به این تفکر لیبرالیستی که «یک حریم خصوصی اخلاقی و غیر اخلاقی وجود دارد که مربوط به قانون نیست» (Wolfendon Committee Report/Para 61) حمله برد و آن را رد کرد. به عقیده وی «هیچ محدودیت نظری برای حقوق علیه امور اخلاقی وجود ندارد» (The Enforcement of Morals/14) وی با رد کامل «اصل ضرر» اعلام نمود که تفسیر امور اخلاقی به حوزه خصوصی و عمومی صحیح نیست و وظیفه قانون اجرای اخلاق و برقراری نظم اخلاقی است به گونه ای که نظم عمومی و اداره بی دردسر جامعه تأمین شود (ibid/16). به عقیده دولین چشم پوشی کردن از این اصول بنیادین یعنی اخلاق گرای حقوقی، مخاطره آمیز است. چون حمله جدی به اخلاق، شامل حمله به جامعه نیز می‌شود که بایستی حق استفاده از حقوق کیفری را در جهت پاسداری از منافعش برای خود نگاه دارد. او استدلال می‌کند که حقوق بایستی کم و با تحمل و تسامح بیشتری برای اجرای اخلاق به کار رود (ibid/17).

هدف اصلی دولین از مطرح کردن اخلاق گرای حقوقی، استدلال او بر حق همیشگی جامعه در وضع حکم اخلاقی برای شهروندان و حق استفاده از حقوق کیفری برای اجرای این حکم بود. در واقع خلاصه استدلال او این است که جامعه، شایستگی این را دارد

تا درباره هر یک از فعالیت های عمومی یا خصوصی شهروندان داوری کند چون جامعه، براساس تعریف او، مجموعه ای از باورهای سیاسی و اخلاقی می باشد. این، دلالت بر این دارد که جامعه مجموعه ای فراتر از افراد ساکن در یک سرزمین است. بنابر این، نتیجه تعریف جامعه به عنوان «یک اجتماع دارای باورهای مشترک» آن است که کسانی که بیرون از این باورها قرار دارند، برای دوام جامعه تهدید شمرده می شوند (فلسفه حقوق/۱۸۷).

معیار اخلاق گرایی حقوقی، مورد انتقاد شدید برخی از نظریه پردازان حقوق کیفری قرار گرفته است. به عقیده آنان «تعلیم اخلاق، حق و تکلیف پدر و مادر و مربیان است. حکومت که از این علایق و عواطف بی بهره است، اگر وظایف آنها را بر عهده بگیرد، از حد خود پا را فراتر می نهد و نه تنها از انجام مسئولیت های خطیر خویش باز می ماند؛ آزادی و استقلال روحی و معنوی را که از حقوق طبیعی انسان ها می باشد به ویژه در مورد این اشخاص که مورد احترام جامعه اند، با دخالت در وظیفه شان نادیده می گیرد. بدون این که به توفیق آن در این راه امید بست، چون حکومت نمی تواند بر آنچه که در پنهان و به دور از چشم مأموران انجام می گیرد، نظارت داشته باشد. از مسؤلان و مأموران حکومت نمی توان انتظار داشت که رهبری اخلاقی جامعه را آن هم با ابزار حقوق کیفری بر عهده گیرند» (Harmless Wrongdoing/17).

هم چنین یکی از نظریه پردازان، این نظریه دولین را که انتقاد و احساس عمومی یک دلیل خوبی است تافکر کنیم که یک رفتار غیر اخلاقی است، مورد انتقاد قرار داده و می نویسد: انتقاد و سرزنش عمومی از یک رفتار نمی تواند دلیل خوبی برای غیر اخلاقی دانستن آن رفتار تلقی شود. سرزنش عمومی یک رفتار ممکن است ناشی از تعصب، نفرت، انزجار، موهوم اندیشی و خرافات پرستی، تبعیض، آگاهی ناقص، کوتاه فکری و... باشد به گونه ای که تشخیص و افتراق آنها از اخلاق دشوار می گردد. لذا احساس و سرزنش مردم به تنهایی برای سنجش قاعده اخلاقی کافی نیست بلکه بایستی دلایل مقبول و مورد پسند هم باشند تا روشن شود که نه سیاست و نه هیچ عامل دیگری در این احساس مؤثر نیفتاده است. این احساس همراه با دلایل مقبول، بایستی با دیگر اصول و موازین پذیرفته شده و مرسوم در آن جامعه هماهنگی داشته باشد. (Liberty & Moralism /239-240).

به هر حال امروزه عقیده غالب حقوق دانان این است که اخلاق مذهبی و اخلاق فردی بایستی خارج از قلمرو حقوق کیفری قرار گیرند و حقوق تنها در آن قسمت از اخلاق اجتماعی که تخلف و نقض آن موجب اختلال شدید نظم اجتماعی می گردد، مداخله نموده و مجازات تعیین نماید. بنا به عقیده آنها، اگر حقوق کیفری در قلمرو اخلاق فردی و اخلاق

مذهبی مداخله نماید، در آن صورت تعداد جرائم بی نهایت زیاد شده و موجبات مداخله غیر قابل اغماض دولت در زندگی خصوصی شهروندان فراهم می‌گردد (دوره حقوق جزای عمومی/۹۴/۱؛ حقوق جزای عمومی فرانسه/۲۸/۱؛ حقوق جنائی/۲/۱).

## ۲- اصول و محدودیت‌های حاکم بر جرم‌انگاری توسط مجلس شورای اسلامی

قانونگذار اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل ۷۱ قانون اساسی، مجلس شورای اسلامی را مکلف به قانونگذاری «در حدود مقرر در قانون اساسی» نموده است؛ با توجه به اصل یادشده، اختیار مجلس شورای اسلامی در وضع مقررات کیفری و جرم‌انگاری بی حد و حصر نیست بلکه تابع محدودیت‌های مقرر در قانون اساسی می‌باشد.

همچنین از آنجا که براساس اصل چهارم قانون اساسی «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید براساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است»، لذا یکی دیگر از محدودیت‌هایی که مجلس شورای اسلامی در وضع مقررات‌گذاری کیفری در قلمرو حقوق و آزادی‌های فردی دارد، محدودیت‌های شرعی است؛ به عبارتی دیگر، مجلس شورای اسلامی باید در حدود اصول و موازین اسلامی در محدوده رفتارهای خصوصی و فردی جرم‌انگاری نماید.

بر همین اساس، قانونگذار اساسی در اصل هفتاد دوم قانون اساسی مقرر نموده که «مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد». لذا با توجه به اصل یادشده و نیز اصل ۷۱ قانون اساسی، شورای نگهبان در بررسی قوانین کیفری باید این مهم را مورد توجه قرار دهد که مجلس شورای اسلامی در حدود اصول مقرر در قانون اساسی و شرع، اقدام به جرم‌انگاری نموده و در صورتی که تشخیص دهد اقدام مجلس شورای اسلامی در جرم‌انگاری در حدود مقرر در قانون اساسی نبوده، از تأیید آن خودداری نماید؛ برای شناخت بهتر محدودیت‌های مجلس شورای اسلامی در جرم‌انگاری، این محدودیت‌ها را در دو بعد شرعی و قانون اساسی جداگانه مورد بررسی قرار می‌دهیم.



## الف- اصول و محدودیت‌های شرعی در جرم‌انگاری

## ۱- اصل اباحه (اصاله الحلیه)

انسان نسبت به اشیاء موجود در خارج هرگونه دخل و تصرفی را دارد، مگر در مواردی که دلیل بر منع وارد شده باشد. پس هرگاه در حلال یا حرام بودن چیزی شک کنیم، با اجرای اصل حلیت حکم به حلال بودن آن می‌کنیم؛ مثلاً نمی‌دانیم استعمال دخانیات حرام است یا حلال؟ با اجرای اصاله الحلیه حکم به حلیت آن می‌کنیم. اصاله الحلیه مترادف با اصل اباحه است. «اباحه این است که شارع مکلف را در وسعت و گشادگی قرار دهد تا در آنچه که اراده می‌کند اختیار انجام داشته باشد و نتیجه اش این است که مکلف از حریت و آزادی برخوردار می‌گردد که می‌تواند کاری را انجام دهد و یا ترک کند». (دروس فی علم الاصول/۱/۶۴). بسیاری از فقها در باره فلسفه و علت حکم «اباحه» به این نکته اشاره کرده‌اند که منشأ اباحه دو چیز است: گاهی اوقات به علت فقدان ملاک الزامی در یک عمل است و گاهی اوقات به علت وجود ملاک آزادی و مختار بودن انسان است. بنابراین، اصل «اباحه» در راستای اثبات آزادی برای فرد است: «و الاباحه قد تنشأ عن خلو الفعل المباح من ای ملاک يدعو الی الالتزام فعلاً او ترکاً و قد تنشأ عن وجود ملاک فی ان یکون المکلف مطلق العنان و ملاکها علی الاول (لا اقتضائی) و علی الثانی (اقتضائی)». (همان/۱۶۴).

بنابراین، اصل بر آزادی عمل در انسان و اباحه در اعمال و رفتار اوست و تکالیف نیز در این راستا وضع گردیده‌اند. پس، تکلیف خود نیازمند دلیل زاید است و تازمانی که دلیلی بر تکلیف ارائه نگردد اصل بر اباحه و برائت است.

مطابق اصل اباحه، اعمال ممنوعه و حرام به وسیله شارع بیان شده‌اند. چنان چه ممنوعیت رفتاری از سوی شارع اعلام نشده باشد و یا مجازات فعل یا ترک فعل یا قابلیت مجازات آن بیان نشده باشد، نمی‌توان چنین رفتاری را جرم انگاشت، در این موارد اصل «اباحه» است و هیچ رفتاری حرام نیست و هیچ فعلی واجب نمی‌باشد مگر آن که بر حرمت یا وجوب آن دلیلی از منابع شریعت وجود داشته باشد. و در صورتی که دلیلی محقق نباشد، باید آن رفتار را مباح و جایز فرض نمود. از این‌رو، جرم‌انگاری رفتارهای مباح و مجاز، به وسیله قانونگذار خلاف اصل است. بلکه مجازات به خاطر رفتار مجاز حرام است؛ زیرا بر پایه اصول اسلامی مقتضای اصل، حرمت حبس، حرمت اخذ مال بدون رضایت و سایر اقدامات مشابهی است که به مثابه مجازات، تعیین و اعلام می‌شوند (جزوه حقوق جزای عمومی/۳).

## ۲- اصل عدم ولایت

در اینجا، ولایت به معنای «حق سرپرستی» است که با سلطه و دخالت در امور دیگران توأم است. اصل آن است که هیچ کس بر دیگری ولایت ندارد مگر اینکه دلیل قطعی بر آن داشته باشیم (مسجد سرایی و مؤمنی، «اجرای حدود در عصر غیبت»/۱۳۸). رایج ترین مبنای این اصل، مانند موارد مشابه آن، استصحاب است. براین اساس، اصل عدم ولایت، نه یک اصل مستقل، بلکه یکی از موارد جریان اصل استصحاب است: ولایت یکی از امور «مجموع» است و چون جعل ولایت نسبت به اشخاص، مسبوق به عدم است، لذا به اقتضای استصحاب، حکم به عدم ولایت می شود مگر آن که ولایت برای شخص خاصی به اثبات رسد (ارشاد الطالب/۱۹/۳). جریان استصحاب عدم درباره ولایت، در فقه کاربرد فراوانی دارد (جواهر الکلام/۱۸۹/۲۹-۱۸۸).

مبنای دیگر اصل عدم ولایت، توحید می باشد. براساس اعتقاد به توحید، نه تنها خالقیت منحصرأ از آن خداست، بلکه ولایت نیز به او اختصاص دارد: «قل اللهم مالک الملك» او «ملك الناس» است و هیچ کس جز او، سزاوار حکم کردن نیست: «ان الحكم إلا لله». از این رو هر گونه تصرف و دخالت در نظام هستی، به «اذن» او احتیاج دارد و هیچ کس از پیش خود، حق دخالت در سرنوشت انسان ها را ندارد (الرسائل/۱۰۰/۲). در این تحلیل، اصل عدم ولایت از فروع توحید است؛ در آن، سلطنت مخلوقات بر یکدیگر نفی می شود.

یکی دیگر از مبانی اصل عدم ولایت، بر آزادی بشر مبتنی است. بر اساس این مبنا، چون انسانها آزاد آفریده شده اند و هر کس سرنوشت خود را به دست دارد، از این رو هر گونه سلطه بر دیگران، ظلم و تعدی در حق آنان است (دراسات فی ولایه الفقیه/۲۷/۱). مقتضای اصل عدم ولایت کسی بر دیگری، عدم جواز جرم‌انگاری و اقدام افراد به مجازات دیگران است؛ چرا که جرم‌انگاری مستلزم اعمال مجازات بر دیگران و در نتیجه اعمال نوعی تصرف و ولایت در شئون آنان می باشد؛ از این رو جرم‌انگاری و اعمال مجازات به توجیه و مجوز نیاز دارد (اصل قضایی بودن مجازات‌ها) تحلیل فقهی حق بر محاکمه عادلانه/۳۵).

### ب- اصول و محدودیت‌های قانون اساسی بر جرم‌انگاری

علاوه بر اصول و محدودیت‌های شرعی فوق‌الذکر که مجلس شورای اسلامی در جرم‌انگاری با آنها مواجه است، قانونگذار اساسی نیز در فصل سوم قانون اساسی تحت عنوان

«حقوق ملت» به حقوق و آزادی‌های فردی توجه کرده و اصولی را وضع نموده که مجلس شورای اسلامی در اعمال محدودیت بر آن اصول بوسیله جرم‌انگاری، می‌بایست ضرورت وجود محدودیت و استثناء بر آن اصول را اثبات نماید.

۱- **اصل مصونیت فردی:** اصل ۲۲ قانون اساسی؛ بر اساس اصل یادشده، اصل بر مصونیت جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص است و از آنجا که جرم‌انگاری مستلزم تحمیل مجازات بر فرد و تعرض به جان، آزادی، مال و حقوق شخص است، لذا اعمال محدودیت بر اصل یادشده از طریق جرم‌انگاری نیازمند اثبات ضرورت محدودیت از طرف مجلس شورای اسلامی می‌باشد؛ بنابراین این می‌توان گفت که جرم‌انگاری در حوزه حقوق و آزادی‌های فردی توسط قانونگذار عادی بدون اثبات ضرورت اعمال محدودیت، مغایر اصل یادشده (مصونیت فردی) بوده و می‌بایست مورد ایراد شورای نگهبان قرار گیرد.

۲- **اصل منع تفتیش عقائد:** اصل ۲۳ قانون اساسی؛ بر خلاف اصل قبلی که استثنای پذیر بود، قانونگذار اساسی اصل منع تفتیش عقائد را به طور مطلق وضع کرده و مجلس شورای اسلامی تحت هیچ شرایطی نمی‌تواند با جرم‌انگاری متعرض آن شود.

۳- **اصل آزادی بیان نشریات و مطبوعات:** اصل ۲۴ قانون اساسی؛ با توجه به اصل یادشده، قانونگذار اساسی اصل را بر آزادی مطبوعات و نشریات در بیان مطالب دانسته است، ولی این اصل در دو مورد استثنای پذیر است: اخلال به مبانی اسلامی و اخلال به حقوق عمومی. بنابراین مجلس شورای اسلامی در صورت جرم‌انگاری در حوزه مطبوعات و نشریات بایستی اثبات نماید که با این جرم‌انگاری می‌خواهد از تعرض به مبانی اسلام و حقوق عمومی جلوگیری نماید.

۴- **اصل منع تجسس:** اصل ۲۵ قانون اساسی؛ قانونگذار اساسی با تصویب اصل ۲۵، در واقع منع بازرسی و استراق سمع و نیز منع هرگونه تجسس را به عنوان یک اصل پذیرفته و جواز چنین اموری را فقط به حکم قانونگذار عادی دانسته است که قانونگذار عادی نیز در صورت اعمال محدودیت بر اصل یادشده از طریق جرم‌انگاری ملزم به اثبات ضرورت وجود محدودیت می‌باشد و گرنه مصوبه مجلس مغایر با اصل یادشده خواهد بود.

۵- **اصل آزادی احزاب، جمعیت‌ها و انجمن‌ها و آزادی شرکت در آنها:** اصل ۲۶ قانون اساسی.

۶- **اصل تشکیل اجتماعات و راهپیمائی‌ها:** اصل ۲۷ قانون اساسی.

۷- **اصل آزادی شغل:** اصل ۲۸ قانون اساسی.

۸- اصل منع دستگیری: اصل ۳۲ قانون اساسی.

۹- اصل منع تبعید: اصل ۳۳ قانون اساسی.

### ۳- معیارها و ضوابط جرم‌انگاری در اسلام و قانون اساسی

در مبحث پیشین پس از ذکر محدودیت‌هایی که مجلس شورای اسلامی در جرم‌انگاری با آنها مواجه است، در این مبحث این مهم مورد بررسی قرار می‌گیرد که براساس چه معیار و ضوابطی، مجلس شورای اسلامی می‌تواند از محدودیت‌ها و اصول مورد اشاره عبور کرده و اقدام به جرم‌انگاری نماید.

#### الف- معیارهای اسلامی جرم‌انگاری

##### ۱- حفظ مصالح خمسسه

احکام اسلام تابع مصالح و مفاسد واقعی هستند و ارتکاب حرام و ترک واجب در اسلام جرم محسوب می‌شوند. فقها، معیارهای جرم‌انگاری در اسلام را در قالب پنج مصلحت دین، جان، عقل، ناموس و نسل و اموال مردم مطرح نموده‌اند و این پنج مصلحت را از اهداف تحریم و ممنوعیت اعمال دانسته‌اند و بر همین اساس، هر عملی که به یکی از این مصلحت‌ها آسیب رساند جرم محسوب می‌گردد؛ از این رو، زنا و اعمال منافی عفت به دلیل حفظ و بقای نسل و ناموس؛ قتل به دلیل تعرض به جان؛ سرقت و امثال آن به دلیل تعرض به مال مردم؛ شرب خمر و سایر مسکرات به دلیل مخدوش ساختن عقل و هوش انسانها و بالاخره ارتداد به دلیل تعرض به حریم عقیده و مکتب و هرج و مرج در اعتقادات افراد جرم به حساب می‌آید (مقارنه و تطبیق در حقوق جزای اسلام/ ۷۹/۱-۷۳؛ تأثیر زمان و مکان بر قوانین جزائی اسلام/ ۱۱۹).

##### ۲- حفظ مصلحت عمومی

اصل کلی در نظام کیفری اسلام این است که اجرای تعزیر(مجازات) جز در باره معصیت، یعنی عملی که بذاته و به وسیله نص تحریم شده، ممکن نیست؛ ولی در صورتی که مصلحت عمومی ایجاب کند، اسلام اجرای تعزیر را در مواردی که نصی بر تحریم آن بذاته وارد نشده جایز می‌شمارد (حقوق جنائی اسلام/ ۱۹۷/۱؛ التعزیر، انواعه و ملحقاته/ ۱۳۹). بنابراین وصفی که سبب تجریم افعال و حالات و در نتیجه تعزیر مرتکبان آنها است، زیان رساندن به مصلحت یا نظم عمومی می‌باشد. براساس این دیدگاه، زیان فردی باید برای دفع زیان عمومی تحمل گردیده و زیان سنگین تر با زیان سبک تر دفع شود (فقه الحدود و

التعزیرات/۸۱). مجوز پذیرش این نوع جرم‌انگاری در نظام اسلامی، ضرورت‌های اجتماعی است؛ چرا که حمایت از نظم و مصالح عمومی جامعه، مستلزم وجود نصوص انعطاف‌پذیری است که با همه زمان‌ها و شرایط و احوال سازگار باشد و هیچ چیز برای نیازهای جامعه، انعطاف‌پذیرتر و سازگارتر از معیارفوق‌نمی باشد (همان/۸۱-۷۹؛ حقوق جنائی اسلام/۲۰۲/۱).

در واقع، در نظام کیفری اسلام بر خلاف حرام‌انگاری، «جرم‌انگاری مقوله‌ای حکومتی است با هدف حفظ و تأمین مصالح عمده و نظم عمومی و دفع مفاسد مهمه فردی و اجتماعی که می‌تواند قلمرو محدودی از رفتارها را در حد «ضرورت» در برگیرد» (حسینی، «رابطه مفهوم شرعی گناه و مفهوم حقوقی جرم و نسبت تحریم و تجریم»/۶۵۲).

### ب- معیارها و ضوابط جرم‌انگاری در قانون اساسی

با توجه به اصول شرعی و قانون اساسی مورد اشاره در بندهای پیش این نکته بدست می‌آید که اصل بر اباحه، عدم ولایت، برائت، مصونیت فردی، منع تفتیش عقائد، منع تجسس، منع دستگیری و... است و استثناء بر آن اصول نیازمند دلیل می‌باشد. به عبارت بهتر، قانونگذار عادی در صورت اعمال محدودیت بر اصول یادشده از طریق جرم‌انگاری، ملزم به اثبات دلیل و ضرورت محدودیت می‌باشد؛ چرا که براساس اصول یادشده، قانونگذاری استثناء بوده و قانونگذاری کیفری، استثناء بر استثناء می‌باشد. اما سؤال قابل طرح در اینجا این است که آیا قانونگذار عادی در اعمال محدودیت بر اصول یادشده، مبسوط‌الید می‌باشد، یا این که قانونگذار اساسی وی را در این خصوص مقید نموده است؟

با توجه به اصل ۷۱ قانون اساسی به نظر می‌رسد که اختیار مجلس شورای اسلامی در اعمال محدودیت بر حقوق و آزادی‌های فردی از طریق جرم‌انگاری، مقید به «حدود مقرر در قانون اساسی» می‌باشد و مجلس نمی‌تواند خارج از این حدود به قانونگذاری کیفری مبادرت ورزد. بنابراین در این بند به معیارها و ضوابطی اشاره می‌گردد که قانونگذار عادی می‌تواند براساس آن معیار و ضوابط به جرم‌انگاری بپردازد که این معیارها را به دو صورت معیارهای عام و معیارهای خاص مورد اشاره قرار می‌دهیم.

### ۱- معیارهای عام جرم‌انگاری در قانون اساسی

منظور از معیارهای عام، معیارهایی است که قانونگذار اساسی آنها را بر کلیه حقوق و آزادی‌ها حاکم کرده است. این معیارها در دو اصل ۹ و ۴۰ قابل برداشت است.

### ۱-۱- معیار مقرر در اصل چهلم

قانونگذار اساسی پس از ذکر حقوق ملت در فصل چهارم قانون اساسی سرانجام در اصل (۴۰) مقرر می‌دارد: «هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد». درواقع، معیار عام دیگر را می‌توان از اصل چهلم قانون اساسی استخراج کرد. با توجه به اصل یادشده، قانونگذار عادی بر اساس دو مورد زیر نیز می‌تواند بر حقوق و آزادی‌های فردی محدودیت اعمال نماید: ۱- جلوگیری از عدم اضرار به غیر، ۲- جلوگیری از تجاوز به منافع عمومی. بنابراین مجلس شورای اسلامی با اثبات هر یک از دو مورد فوق می‌تواند قدام به اعمال محدودیت از طریق جرم‌انگاری نماید.

### الف- معیار جلوگیری از اضرار به غیر

پرسش قابل طرح و بررسی در زمینه معیار فوق این است که مراد از ضرر چیست و جلوگیری از کدام ضرر و آسیب، مداخله حقوق کیفری را توجیه می‌نماید؟ آیا منظور ضررهایی است که مستقیماً متوجه فرد، جامعه و اشخاص دیگر می‌شود یا ضررهایی را که به طور غیر مستقیم از یک رفتار ناشی می‌شود نیز شامل می‌گردد؟ آیا برهنگی در ملاء عام، مضر و آسیب رسان به دیگران است؟ آیا هرزه نگاری<sup>۱</sup> و نمایش تصاویر مستهجن باعث می‌شود تا زنان، به عنوان یک طبقه متضرر شوند؟ آیا احساسات ناخوشایند نوعی ضرر هستند؟ آیا معیاری برای تعیین ضرر وجود دارد؟ آیا هر نوع ضرری قابلیت توجیه جرم‌انگاری یک رفتار را دارد؟ اینها پرسش‌هایی هستند که در ارتباط با «منع ضرر به غیر» مطرح می‌شوند. برای اشاره به یکی از بهترین تلاش‌هایی که جهت تبیین دقیق مفهوم ضرر صورت گرفته است می‌توان به تبیین مفهوم «ضرر» توسط ژوئل فینبرگ اشاره کرد. ژوئل فینبرگ در کتاب برجسته خود، «محدودیت‌های اخلاقی حقوق کیفری»، چنین استدلال می‌کند که جرم‌انگاری یک رفتار فقط زمانی قابل توجیه است که این جرم‌انگاری در جلوگیری یا کاهش ضرر به دیگران مؤثر باشد یا این که برای جلوگیری از ناخوشایندی شدید به دیگران ضروری به نظر برسد (The moral limits of The criminal law/26). در واقع فینبرگ، ایجاد ناخوشایندی شدید برای دیگران را در حکم ضرر دانسته و اعلام می‌دارد که آن همیشه دلیل خوبی در پشتیبانی و حمایت از یک ممنوعیت جزایی پیشنهادی می‌باشد که برای جلوگیری از ایراد ناخوشایندی شدید به اشخاص دیگر غیر از فاعل عمل، ضروری است

<sup>1</sup>-pornography

و به درستی در صورت تصویب، یک شیوه مناسبی برای پایان دادن به آن خواهد بود (ibid/26). بنا به نظر فینبرگ، جرم شناختن یک رفتار برای جلوگیری از ناخوشایندی شدید<sup>۱</sup> در صورتی توجیه پذیر است که ناخوشایندی ایجاد شده با توجه به میزان، کیفیت و حدت آن شدید تلقی شود. معیارهایی که برای ارزیابی شدت ناخوشایندی مورد استفاده قرار می‌گیرد یکی این است که آیا امکان اجتناب از آن ناخوشایندی به طور متعارف وجود داشته است؟ دومین معیار این است که آیا قربانی خطر ایجاد ناخوشایندی برای خود را پذیرفته است؟ سومین معیار این است که آیا این عوامل، به وسیله متعارف بودن رفتار شخصی که موجب ناخوشایندی شده است، تعدیل نمی‌شود؟ متعارف و عادی بودن رفتارها در آنجا با توجه به اهمیت شخصی آن برای فاعل، ارزش اجتماعی، در دسترس بودن زمان‌ها یا مکان‌های دیگر که در آنها رفتار ناخوشایندی کمتری ایجاد می‌کرده است، وجود یا فقدان انگیزه آزارسانی در ایجاد ناخوشایندی و ... تعیین می‌شود (تحلیل مبانی حقوق جزا/۲۳۲-۲۳۱).

یکی دیگر از تلاش‌ها برای تبیین مفهوم ضرر توسط باسیل میچل صورت گرفته است. از نظر وی، جامعه بایستی شهروندان را در برابر هر آنچه صرفاً مضر و آسیب‌زننده است، مورد حمایت و حفاظت قرار دهد، ولی هر پریشانی و اندوهی مضر نیست یا اگر مضر هست، آن قدر ناچیز است که بتواند خفت و خواری ناشی از مجازات را توجیه نماید (Law, morality and Religion in secular Society/54). یعنی ضرری را که قانونگذار با جرم‌انگاشتن یک رفتار می‌خواهد از آن جلوگیری نماید، باید آن قدر مهم باشد که خفت و خواری را که از مجازات یک رفتار حاصل می‌شود، بتواند توجیه نماید.

هم‌چنین می‌توان کلمه «ضرر» به کار رفته در «اصل ضرر» را به عنوان ضرر مستقیم و ضرر غیر مستقیم تفسیر نمود. بسیاری از رفتارها به طور مستقیم به جامعه و دیگران آسیب و ضرر نمی‌رسانند بلکه ضرر و آسیب این رفتارها به طور غیر مستقیم است. به عنوان نمونه در استعمال مواد مخدر و اعتیاد، ابتدا به نظر می‌رسد که صدمه و ضرر مستقیم آن متوجه خود شخص استعمال‌کننده است و ربطی به دیگران ندارد ولی با کمی تأمل متوجه ضررهای غیرمستقیم‌هنگفتی می‌شویم که به خاطر مصرف مواد مخدر بر جامعه و دیگران وارد می‌شود. حال اگر قانونگذار بر مبنای این صدمات و ضررهای غیر مستقیم اقدام به جرم‌انگاری کند در آن صورت می‌توانیم بگوئیم که مطابق اصل ضرر عمل

۱- منظور فینبرگ از ایراد ناخوشایندی شدید، پریشانی و اندوه روانی، جریحه دارشدن احساسات و افکار و عقاید و امثال اینها می‌باشد.

کرده است. ولی در صورتی که جرم انگاری توسط قانونگذار نه بر اساس صدمات غیر مستقیم، بلکه بر مبنای حمایت و خیر فرد معتاد و استعمال کننده مواد مخدر باشد، در آن صورت می توان گفت که مداخله قانونگذار کیفری، پدراپایانه است. به هر حال با توجه به مطالب مطرح شده بایستی گفت که مراد از کلمه «ضرر» در «اصل ضرر» هم ضررهای مستقیم ناشی از رفتار است و هم ضررهای غیر مستقیم و هم چنین ضررمی تواند مشاهده و دیده شود یا به صورت نامرئی باشد.

### ب- جلوگیری از تجاوز به منافع عمومی

در خصوص معیار یاد شده، بحث بر سر این است که منظور از منافع عمومی چیست؟ آیا منظور منافع اکثریت است یا منافع برتر؟ آیا همان مصلحت عمومی است یا نظم عمومی و یا چیز دیگر؟ به عبارت بهتر مولفه‌های تشکیل دهنده «منافع عمومی» چه می‌باشد؟ نفع عمومی لزوماً مجموع منافع تمامی افراد جامعه نیست بلکه درحالت ایده‌آل، مصلحتی است که جمع کثیری در جامعه از آن سود می‌برند. البته محاسبه نفع عمومی، نفع عددی نیست، بلکه محاسبه هندسی و اخلاقی می‌باشد و در واقع نفع عمومی را باید به عنوان نفع برتر تفسیر کرد ولی اینکه معیار برتری نفع چیست و کدام نفع برتر است؟ خود مبهم می‌باشد (مبانی حقوق عمومی/ ۱۳۷-۱۳۶).

در نظام حقوقی ما، قانونگذار اساسی و عادی، تعریفی از منافع عمومی و مؤلفه‌های آن ارائه نداده است، در حالی که با توجه کشاربودن این مفهوم و برای جلوگیری از سوء استفاده از آن ضرورت داشت قانونگذار اساسی به این مهم اهتمام می‌نمود. در فرانسه، قانونگذار آن کشور استقلال، تمامیت ارضی، امنیت، ساختار جمهوریت و نهادهای آن، ابزارهای دفاعی و دیپلماتیک، حمایت از مردم در فرانسه و خارج از آن، توازن محیط طبیعی و محیط زیست و عناصر اصلی پتانسیل علمی و اقتصادی و میراث فرهنگی را به عنوان مولفه‌های تشکیل دهنده منافع عمومی ذکر کرده است (ماده ۱-۴۱۰ قانون مجازات عمومی فرانسه).

### ۲-۱- معیار مقرر در اصل نهم

بر اساس اصل نهم قانون اساسی «... هیچ فرد یا گروه یا مقامی حق ندارد به نام استفاده از آزادی به استقلال سیاسی، فرهنگی، اقتصادی، نظامی و تمامیت ارضی ایران کمترین خدشه‌ای وارد کند و هیچ مقامی حق ندارد به نام حفظ استقلال و تمامیت ارضی کشور آزادی‌های مشروع را، هر چند با وضع قوانین و مقررات، سلب کند». اصل یادشده به



بهترین نحو ممکن حقوق و آزادی‌های فردی را محترم شمرده و اصل را بر مصونیت این حقوق قرار داده و حتی تعرض به این حقوق توسط مقرراتگذار و قانونگذاری را منع نموده است و براساس اصل یادشده تنها مجوز ایجاد محدودیت در حقوق و آزادی‌های مشروع، جلوگیری از ورود خدشه به استقلال سیاسی، فرهنگی، اقتصادی، نظامی و تمامیت ارضی ایران است و تنها در این صورت است که می‌توان در حوزه حقوق و آزادی‌های فردی مداخله کرد. بنابراین می‌توان گفت که با توجه به اصل نهم، مجلس شورای اسلامی در صورت اثبات ضرورت اعمال محدودیت در موارد زیر می‌تواند اقدام به جرم‌انگاری در حوزه حقوق و آزادی‌های فردی نماید: ۱- جلوگیری از ضرر به استقلال سیاسی ۲- جلوگیری از آسیب و صدمه به استقلال فرهنگی ۳- جلوگیری از ورود آسیب به استقلال اقتصادی؛ ۴- جلوگیری از صدمه به استقلال نظامی؛ ۵- جلوگیری از ورود صدمه به تمامیت ارضی کشور. این که منظور از استقلال سیاسی، اقتصادی و... چیست و چه اعمالی و چگونه به این امور آسیب می‌زنند، نیازمند بحث و بررسی بیشتری است که برای جلوگیری از طولانی شدن مطلب از ذکر آن خودداری می‌گردد.

## ۲- معیارهای خاص جرم‌انگاری در قانون اساسی

منظور از معیارهای خاص، معیارها و ضوابطی است که قانونگذار اساسی بر برخی از حقوق و آزادی‌ها به عنوان محدودیت وارد کرده است. این معیارها در اصول ۲۴، ۲۶، ۲۷ و ۲۸ قانون اساسی مورد پذیرش واقع شده است. با توجه به اصل ۲۴، قانونگذار عادی می‌تواند در دو صورت اقدام به اعمال محدودیت بر نشریات و مطبوعات و جرم‌انگاری در این حوزه نماید: ۱- جلوگیری از اخلال در مبانی اسلام؛ ۲- جلوگیری از تعرض و اخلال در حقوق عمومی.

همچنین قانونگذار اساسی در اصل ۲۶، استقلال، آزادی، وحدت ملی، موازین اسلامی و اساس جمهوری اسلامی را به عنوان محدودیتهای مشروع بر اصل آزادی احزاب و جمعیت‌ها و آزادی شرکت در آنها شناخته است. به عبارت بهتر، قانونگذار عادی در موارد زیر می‌تواند اقدام به اعمال محدودیت از طریق جرم‌انگاری بر آزادی احزاب و جمعیت‌ها و شرکت در آنها نماید: ۱- جلوگیری از نقض استقلال؛ ۲- جلوگیری از نقض آزادی؛ ۳- جلوگیری از نقض وحدت ملی؛ ۴- جلوگیری از نقض موازین اسلامی؛ ۵- جلوگیری از نقض اساس جمهوری اسلامی. البته لازم به ذکر است که برخی از معیارهای یادشده با معیارهای عام جرم‌انگاری قابل هم‌پوشانی هستند.

در اصل ۲۷، قانونگذار اساسی دو محدودیت بر اصل تشکیل اجتماعات و راهپیمایی‌ها وارد کرده است: ۱- عدم حمل سلاح؛ ۲- مخل نبودن به مبانی اسلام. بنابراین قانونگذار عادی در دو مورد فوق می‌تواند اقدام به اعمال محدودیت از طریق جرم‌انگاری در خصوص تشکیل اجتماعات و راهپیمایی‌ها نماید.

همچنین قانونگذار اساسی در اصل ۲۸، عدم مخالفت با اسلام، مصالح عمومی و حقوق دیگران را به عنوان محدودیت‌های مشروع بر اصل آزادی شغل مقرر کرده است. در واقع، مجلس شورای اسلامی می‌تواند در سه مورد زیر اقدام به اعمال محدودیت از طریق جرم‌انگاری بر اصل آزادی شغل نماید: ۱- جلوگیری از تصدی شغل‌های مخالف اسلام؛ ۲- جلوگیری از تصدی شغل‌های مخالف مصالح عمومی؛ ۳- جلوگیری از تصدی شغل‌های مخالف با حقوق دیگران.

## نتیجه

با توجه به مطالب فوق‌الذکر و در پاسخ به سؤالات مطرح شده می‌توان گفت:

۱- در حوزه حقوق و آزادی‌های فردی، قانونگذاری کیفری استثناء بوده و لذا جرم‌انگاری در این حوزه نیاز به دلیل دارد؛ چرا که اصل بر اباحه اعمال و رفتار ماست مگر این که قانونگذار کیفری قبلاً اعمال و رفتاری را ممنوع و به آن وصف جرم داده باشد. به همین خاطر است که قانونگذار اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل ۷۱، مجلس شورای اسلامی را مکلف به قانونگذاری «در حدود مقرر در قانون اساسی» نموده است.

۲- با توجه به اصل ۷۱ قانون اساسی، اختیار مجلس شورای اسلامی در وضع مقررات کیفری و جرم‌انگاری بی‌حدّ و حصر نیست بلکه تابع محدودیت‌های مقرر در قانون اساسی می‌باشد. همچنین با توجه به اصل چهارم قانون اساسی، یکی دیگر از محدودیت‌های مجلس شورای اسلامی در جرم‌انگاری، محدودیت‌های شرعی است. بر همین اساس، قانونگذار اساسی در اصل هفتاد و دوم مقرر نموده: «مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد...». با توجه به اصل یادشده و نیز اصل ۷۱ قانون اساسی، شورای نگهبان در بررسی قوانین کیفری باید این مهم را مورد توجه قرار دهد که مجلس شورای اسلامی در حدود اصول مقرر در قانون اساسی و شرع اقدام به جرم‌انگاری نموده است و در صورتی که تشخیص دهد اقدام

جرمانگاری در نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران \_\_\_\_\_ ۱۶۷

مجلس شورای اسلامی در جرم‌انگاری رفتارها در حدود مقرر در قانون اساسی نبوده، از تأیید آن خودداری نماید.

۳- علاوه بر رعایت محدودیت‌های شرعی در جرم‌انگاری توسط مجلس شورای اسلامی، لازم است که این امر با توجه به معیارهای عام مقرر در اصول نهم و چهلم قانون اساسی صورت گیرد. براساس اصول یادشده تنها مجوز ایجاد محدودیت در حقوق و آزادی‌های مشروع، جلوگیری از ورود خدشه به استقلال سیاسی، فرهنگی، اقتصادی، نظامی و تمامیت ارضی ایران و نیز جلوگیری از اضرار به غیر و تجاوز به منافع عمومی است و تنها در این موارد است که می‌توان در حوزه حقوق و آزادی‌های فردی مداخله کرد. همچنین قانونگذار اساسی معیارهایی را در اصول ۲۴، ۲۶، ۲۷ و ۲۸ به عنوان محدودیت‌های مشروع توسط قانونگذار عادی بر برخی از حقوق و آزادی‌های فردی وضع کرده است.

۴- جرم‌انگاری در حدود مقرر در قانون اساسی به شهروندان این اطمینان را می‌دهد که آزادی، جان، مال، حیثیت و امنیت آنان مورد تعرض قانونی قرار نخواهد گرفت مگر این که طبق قانون اساسی، استحقاق آن را داشته باشند. در واقع مهمترین کارکرد جرم‌انگاری دستورگرا، ایجاد توازن بین حقوق و آزادی‌های فردی و مصلحت عمومی است و نقش شورای نگهبان در این خصوص بسیار پر رنگ و تعیین کننده است.

## منابع

- استفانی، گاستون؛ ژرژ لوسور و برنارد بلوک، **حقوق جزای عمومی**، ترجمه حسن دادبان، ج اول، چ ۱، تهران، انتشارات دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۷۷.
- آقابابایی، حسین، «**گفتمان فقهی و جرم‌انگاری در حوزه جرایم علیه امنیت ملت و دولت**»، مجله فقه و حقوق، سال دوم، شماره ۵، تابستان ۱۳۸۴.
- بوشهری، جعفر، **حقوق جزا (اصول و مسائل)**، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۹.
- تبریزی، شیخ جواد، **ارشاد الطالب**، ج ۳، قم، دار الصدیقه الشهبده (س)، ۱۳۸۸.
- تیبیت، مارک، **فلسفه حقوق**، ترجمه حسین رضایی خاوری، مشهد، انتشارات دانشگاه علوم انسانی رضوی، ۱۳۸۴.
- حسینی، سید محمد، **رابطه مفهوم شرعی گناه و مفهوم حقوقی جرم و نسبت تحریم و تجریم، در علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آثوری)**، چ ۳، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۹.
- خمینی (امام)، سید روح الله، **الرسائل (رساله الاجتهاد و التقليد)**، ج ۲، تهران، مؤسسه مطبعه العروج، ۱۴۲۸ ق.

- دهقان، حمید، تأثیر زمان و مکان بر قوانین جزائی اسلام، قم، انتشارات مدین، ۱۳۷۶.
- سابر، پتر؛ دورکین، جرال؛ پدر سالاری حقوقی، ترجمه دکتر جلال‌الدین قیاسی و فهیم مصطفی زاده، نشریه حقوق اساسی، سال ششم، شماره ۱۱، تابستان ۱۳۸۸.
- صافی، لطف‌الله، **التعزیر انواعه و ملحقاته**، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۴ق.
- صدر، سید محمدباقر، **دروس فی علم الاصول**، بیروت، دائره المعارف مطبوعات، ۱۴۱۰ق.
- علی آبادی، عبدالحسین، **حقوق جنائی**، ج ۱، چ ۳، تهران، انتشارات فردوسی، ۱۳۷۳.
- عوده، عبدالقادر، **حقوق جنائی اسلام**، ترجمه اکبر غفوری، ج ۱، چ ۱، مشهد، بنیاد پژوهشهای آستان قدس رضوی، ۱۳۷۳.
- فیض، علیرضا، **مقارنه و تطبیق در حقوق جزای اسلام**، ج ۱، چ ۱، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۸.
- قاضی، سید ابوالفضل، **حقوق اساسی و نهادهای سیاسی**، چ ۱۱، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۳.
- کاتوزیان، ناصر، **مبانی حقوق عمومی**، چ ۲، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۳.
- کلارکسون، کریستوفر، **تحلیل مبانی حقوق جزا**، ترجمه حسین میرمحمد صادقی، چ ۱، تهران، جهاد دانشگاهی (دانشگاه شهید بهشتی)، معاونت فرهنگی، ۱۳۷۱.
- محسنی، مرتضی، **دوره حقوق جزای عمومی**، ج ۱، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۵.
- مسجد سرای، حمید؛ مؤمنی، عابدین، «**اجرای حدود در عصر غیبت**»، مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و یکم، شماره پیاپی ۸۲/۱، بهار و تابستان ۱۳۸۸.
- منتظری، حسینعلی، **دراسات فی ولایه الفقیه**، ج ۱، قم، مرکز العالمی للدراسات الاسلامیه، ۱۴۰۸ق.
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، **فقه الحدود و التعزیرات**، چ ۱، قم، دار المفید، ۱۴۱۳ق.
- میل، جان استوارت، **در آزادی**، ترجمه دکتر محمود صناعی، تهران، سازمان کتاب های جیبی، ۱۳۴۵.
- نجفی توانا، علی، «**تعارض و انسداد در سیاست جنایی ایران**»، فصلنامه تحقیقات حقوقی آزاد، پیش شماره اول، تابستان ۱۳۸۶.
- نجفی، محمد حسن، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۲۹، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۲۷ق.
- نوبهار، رحیم، **اصل قضایی بودن مجازات‌ها (تحلیل فقهی حق بر محاکمه عادلانه)**، چ ۱، تهران، شهر دانش، ۱۳۸۹.
- الهام، غلامحسین، **جزوه حقوق جزای عمومی**، دانشگاه تهران، دانشکده حقوق، ۱۳۹۰.
- نویمان، فرانتس، «**آزادی، قدرت و قانون**»، ویراستاری و گردآوری هربرت مارکوزه، ترجمه عزت‌الله فولادوند، تهران، شرکت سهامی انتشارات خوارزمی، ۱۳۷۳.
- Devlin, Patrik, **The Enforcement of Morals**; Oxford: Oxford University Press, 1956.
- Dworkin, Gerald, **Paternalism**, Stanford Encyclopedia of Philosophy. [http: "Plato. Standford. Edu.](http://Plato.Stanford.Edu)

- Dworkin, Ronald , “**Liberty & Moralism**” Reprinted in Taking Rights Seriously ,London :Duckworth, 1997.
- Dworkin, Ronald, “**Pornography & Hat**” in Freedoms Law: The Moral Reading of The American Constitution ,Oxford : Oxford University Press, 1996.
- Feinberg ,joel, **Harmless Wrongdoing**, New York:Oxford University Press , 1988.
- Feinberg, Joel, **The moral limits of The criminal law**, volume one : Harmtothers, Newyork: oxford university press, 1994.
- Katz , Leo, Michaels. Moore & Stephen j.Morse (Editors),**Foundations of criminal law**,Newyork: Oxford University Press 1999.
- Mitchel, Basil, “**Law, morality and Religion in secular Society**”,London:oxford university press,1970.
- Suber, Peter, **paternalism**, in philosophy of law:An Encyclopedia , Edit by Christopher B. Gray, Garland pub. Co 1999.
- Wolfendon Committee Report, **Parliamentary Committee on Homosexual Offences and Prostitution**, 1957,Para 61.

Archive of SID