

## بررسی جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه در نظام جمهوری اسلامی ایران

قدرت‌اله خسروشاهی\* علی گنجی دانش\*\*

(تاریخ دریافت: ۹۶/۴/۲۰ تاریخ پذیرش: ۹۷/۹/۲۴)

### چکیده

جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه به جرم‌انگاری‌ای گفته می‌شود که بر اساس اصل مصلحت مشروعیت می‌یابد. مصلحت مفهومی رایج و پرکاربرد است که برداشت‌های متفاوتی از آن می‌شود. در این نوشتار ابتدا مفهوم مصلحت و تأثیر آن بر جرم‌انگاری و سپس جایگاه نظری جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه در نظام جمهوری اسلامی ایران بررسی می‌شوند. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اصل مصلحت را به عنوان یکی از اصول محدودکننده آزادی پذیرفته است و در این نظام امکان جرم‌انگاری یا مداخله کیفری حکومت بر اساس اصل مصلحت وجود دارد. معیار جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه در نظام جمهوری اسلامی مصلحت نظام است و تشخیص آن بر عهده شورایی با انتخاب رهبری تحت عنوان مجمع تشخیص مصلحت نظام است؛ این نهاد به موجب شرایطی می‌تواند اصول قانون اساسی و موازین اسلامی را نادیده بگیرد. این نوع مصلحت‌گرایی تأثیری مهم بر موضوع جرم‌انگاری دارد که تورم کیفری و نیز سیاسی، مقطعی و واکنشی شدن حقوق کیفری از جمله نتایج آن است و با چالش‌های مختلف سیاسی، حقوقی، اخلاقی، دینی و حقوق بشری رویارو است.

واژگان کلیدی: جرم‌انگاری، مصلحت، مجمع تشخیص مصلحت نظام، جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه.

---

\* استادیار حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران (نویسنده مسئول):

gh.khosroshahi@ase.ui.ac.ir

\*\* دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد نراق، ایران.

## مقدمه

جرم‌انگاری فرایندی است که به موجب آن حکومت رفتارهایی را از فضای آزاد رفتاری شهروندان به قلمروی تحت سلطه خویش منتقل می‌کند و مرتکب آن را به تحمیل درد و رنج تهدید می‌کند. به این ترتیب، ملموس‌ترین رویارویی آزادی‌های فردی و قدرت حکومت را می‌توان در تصویب قوانین کیفری مشاهده کرد. در واقع، حکومت با استفاده از جرم‌انگاری، اعمال زور سازمان‌یافته خود را نمایان می‌کند، چنانکه نمی‌توان نظیر آن را در سایر شاخه‌های حقوقی یافت (فرح‌بخش، ۱۳۹۲: ۱۵). از این جهات جرم‌انگاری در نگاه نخست امری اعتراض‌کردنی و ناموجه است (نوبهار، ۱۳۹۰: ۹۳). از اساس بحث درباره فلسفه حقوق کیفری از توضیح حد و حق جرم‌انگاری آغاز می‌شود و معنا پیدا می‌کند (قیاسی و دیگران، ۱۳۹۱: ۳۵۰). پرسش از حد و حق جرم‌انگاری بی‌درنگ بحث از مبانی مشروعیت یا حق حاکمیت را پیش می‌کشد و گفته می‌شود حکومت‌ها با توجه به همان مبانی‌ای که به موجب آنها مشروعیت یا حق حاکمیت پیدا کردند می‌توانند به حقوق کیفری به عنوان اصلی‌ترین عامل اعمال حاکمیت دست یازند. اما مسئله این است که چنین پاسخی به تعیین دقیق محدوده مشروع جرم‌انگاری منتهی نخواهد شد.

جوئل فاینبرگ، فیلسوف آمریکایی، شیوه‌ای جدید را برای توجیه محدودسازی آزادی توسط دولت پایه‌گذاری کرده است که در واقع سنجش محدوده حقوق کیفری در نظریات مختلف را ساختارمند و روشن می‌کند (Christopher Lemann-Haupt, 2004). فاینبرگ به پیروی از جان استوارت میل معتقد بود فلسفه سیاسی با این پیش‌فرض آغاز می‌شود که از اساس اصل بر آزادی اشخاص است و پس از آن محدودیت قهری دولت بر اساس اصول محدودکننده آزادی توجیه می‌شود. اصول محدودکننده آزادی شرایطی هستند که بر اساس آنها محدودیت آزادی افراد توسط دولت تعیین می‌شود (Haupt, 2004). این اصول می‌توانند توصیفی عینی و سنجش‌پذیر از محدوده حقوق کیفری در نظریات مختلف را ارائه دهند.

به پیروی از شیوه فاینبرگ، در خصوص اصول محدودکننده آزادی<sup>۱</sup> یا اصول مشروعیت‌بخش اجبار<sup>۲</sup> می‌توان این موارد را برشمرد: ضرر،<sup>۳</sup> ایجاد مزاحمت،<sup>۴</sup> حمایت‌گرایی قانونی،<sup>۵</sup> اخلاق‌گرایی قانونی،<sup>۶</sup> سودرسانی به دیگران،<sup>۷</sup> کمال‌گرایی،<sup>۸</sup> مصلحت<sup>۹</sup> و ... هر نظام فکری و سیاسی بنا بر پیش فلسفی خود یک یا چند از این اصول را برای تعیین حد مشروع مداخله کیفری بر می‌گزیند و محدوده مشروع مداخله قهرآمیز خود را مشخص می‌سازد.

بدین ترتیب، نظام‌های مختلف با توجه به تعداد اصولی که برای مشروعیت دادن به مداخله کیفری به کار می‌برند، به نظام‌های حداقلی و حداکثری تقسیم می‌شوند. نظام‌های حداقلی با تأکید بر اصالت فرد و ارزش دادن به آزادی افراد، مداخلات دولت و جامعه را تنها برای حفظ و حمایت از حقوق ضروری فردی برمی‌تابند و بیشتر بر دو اصل نخست (ضرر و مزاحمت به دیگری) تکیه دارند. در سوی دیگر، نظام‌های حداکثری کارکردهای بیشتری را برای حکومت در نظر می‌گیرند و این را مجاز می‌دانند که از اصول دیگر مانند حمایت‌گرایی قانونی، اخلاق‌گرایی، کمال‌گرایی و حتی لزوم سودرسانی به دیگران برای توجیه مداخله کیفری استفاده کنند. این تفاوت دیدگاه به ارزش‌ها و پیش‌فرض‌های آنها در رابطه با مسائلی بنیادین همچون نگرش به انسان، دولت، آزادی، فرد و اجتماع و... برمی‌گردد (فرح‌بخش، ۱۳۹۳: ۱۷). این شیوه بر پایه موضوع تناسب مشروعیت ساختاری با مشروعیت ایدئولوژیک (عالم، ۱۳۷۳) شکل گرفته است و این می‌تواند محدوده مجاز و مشروع مداخله کیفری حکومت‌ها را بر اساس مبانی مورد تأیید خودشان مشخص کند.

1. Limiting Principles Liberty.
2. Legitimizing Principles Coercion.
3. The harm principle.
4. The offense Principle.
5. Legal paternalism.
6. Legal moralism.
7. The benefit to others.
8. Perfectionism.
9. Expediency.

همانطور که گفته شد «اصل مصلحت» یکی از اصولی است که در نظام‌های حقوقی برای تحدید آزادی و مداخله کیفری به آن استناد می‌شود و میزان استفاده از آن با توجه به تعریف و تبیینی که در ادامه از اصل مصلحت ارائه خواهد شد به انسجام نظری آن نظام و تناسب آن با واقعیات و وضعیت جامعه بستگی دارد؛ زیرا وجود این اصل برای حل مشکلات درونی نظام‌های حقوقی‌ای که ناشی از محدودیت نصوص و تغییرات پیوسته محیط و اجتماعات انسانی هستند ضرورت پیدا می‌کند و بر اساس نگاه به اهداف کلی و نهایی مطرح می‌شود (Opwis, 2003: 196).

قانون اساسی نظام جمهوری اسلامی ایران نیز به پیروی از نظریه ولایت فقیه در اصل ۱۱۲ قانون اساسی سهمی درخور توجه را برای اصل «مصلحت» پذیرفته است؛ بی‌گمان این موضوع بر جرم‌انگاری به عنوان یکی از انواع قانونگذاری بسیار تأثیرگذار است. آنچه در این نوشتار بررسی می‌شود این است که نخست، جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه در نظام جمهوری اسلامی ایران دقیقاً با چه معیاری انجام می‌شود؟ دوم، این نوع جرم‌انگاری چه آثاری دارد؟ گفتنی است بیان مصادیق جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه (اعم از موارد مثبت و منفی) در نظام حقوقی فعلی ایران نیازمند فرصتی بیشتر از چارچوب این نوشتار است و می‌توان به طور مستقل بدان پرداخت و مصادیق مختلف را نقد و بررسی کرد. بنابراین، این نوشتار جایگاه نظری جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه در نظام جمهوری اسلامی ایران را بررسی می‌کند.

### ۱. بررسی مفهوم مصلحت در نظام جمهوری اسلامی ایران

مصلحت واژه‌ای پرکاربرد و رایج است که در حوزه اندیشه‌های سیاسی و حقوقی نقشی کلیدی و مؤثر دارد. مصلحت در لغت به معنای علت یا منبع چیزی خوب و مفید است و در متون انگلیسی اغلب به «منفعت عمومی»<sup>۱</sup> ترجمه می‌شود. البته به مفاهیمی همچون خیر عمومی، رفاه همگانی و سعادت عام نیز بسیار نزدیک است (Opwis, 2003: 183). ریشه لغوی مصلحت «صَلَح» است که

1. Public Interest.

در برابر «فَسَد» آمده است و واژه‌نامه‌های عربی آن را ضد یا نقیض فساد تعبیر کرده‌اند (دهخدا، ج ۱۲، ۲-۱۸۵۴۱). کاربرد واژگان هم خانواده مانند خیر، صلاح، سعادت، علاقه، خوشایند، منفعت و ... دلالت بر تداخل و پیچیدگی مفهوم مصلحت دارد که در اصطلاح منطق دانان «شرح اسم» یا «شرح لفظ» محسوب می‌شود که فقط استفاده لفظی به جای لفظی دیگر است (مطهری، ۱۳۷۵: ۲۵). از این رو، برای روشن شدن مقصود به جای تعریف مصلحت باید از ساحت‌شناسی استفاده کرد تا راهی برای تشخیص و تمییز آن در موارد مختلف بدست آورد. طرح موضوعی به نام «گفتمان»<sup>۱</sup> توسط اندیشمندانی چون میشل فوکو، ارنست لاکلاو و شنتال موفه اصلی را شکل داده است که بر اساس آن باید تمامی واژگان و اصطلاحات را با توجه به گفتمان زاینده آن واژه و اصطلاح تعریف کرد و شناخت (افتخاری، ۱۳۸۴: ۴۲). برخی با توجه به کاربردهای مختلف، مصلحت را در سه ساحت کلی فلسفی، کلامی و فقهی - حقوقی بررسی کرده‌اند.

در ساحت‌های فلسفی و کلامی، ذاتی یا عرضی بودن مصالح مطرح است و مصلحت مترادف با خیر یا هدف نهایی در نظر گرفته می‌شود. تفاوت ساحت کلام و فلسفه به خداآوری متکلمان برمی‌گردد، چنانکه متکلمان در واقع نسبت مصالح با خدا و سپس با احکام دین را بررسی می‌کنند. اما مصلحت در ساحت سوّم (فقه و حقوق) عموماً به جلب نفع و دفع ضرر تعبیر شده است که می‌توان آن را به نوعی معادل «Expediency» در نظر گرفت. از این نگاه، مصلحت اتخاذ راهکاری برای حفظ پایه‌های اساسی یا رسیدن به مقاصد و اهداف نهایی است و چگونگی کاربرد آن در درجه اول به نوع نگاه به مفهوم کلی شریعت یا قانون و اهداف آن بستگی دارد. مباحثی مختلف درباره ضوابط مختلف و متعدّد مصلحت‌گرایی شکل گرفته‌اند، اما ماهیت ضابطه‌گریز مصلحت همه راهکارهای مطرح‌شده را با چالش مواجه می‌کند (ر.ک: بیگدلی و فرج پور، ۱۳۹۲).

---

1. Discourse.

چنین پدیده‌ای بیشتر به مفهوم «حاکمیت در وضعیت استثنائی»<sup>۱</sup> یا «حق صلاح‌دید حاکم» نزدیک است. این مفهوم در واقع محصول درجه‌ای از عدم توازن میان حقوق عمومی و واقعیت سیاسی است که به «قانون استثناء» یا «تعلیق قانون» به عنوان ابزاری برای حفظ کلیت نظام قانونی رسمیت می‌بخشد. مصلحت‌گرایی در قانون اساسی جمهوری اسلامی مصوب ۱۳۶۸ برگرفته از نظریه ولایت فقیه امام خمینی است. اگرچه سابقه این موضوع به پیش از تغییر قانون برمی‌گردد، با تشکیل «مجمع تشخیص مصلحت نظام» جنبه قانونی گرفت. امام خمینی در سخنان خود واژه مصلحت را در ساحت‌های مختلف به کار بردند، اما در رابطه با این مسئله، مصلحت را به عنوان وسیله‌ای برای رسیدن به هدفی مهم‌تر در حکومت‌داری استفاده کردند (مؤمن، ۱۳۸۰: ۱۹)؛ در قانون اساسی نیز با همین معنا و عنوان به کار گرفته شده است (اصل ۱۱۲).

پس از رد و ناکارآمدی دو مفهوم درون فقهی «شرط ضمن عقد» و «ضرورت»، بررسی تاریخیچه و دلایل شکل‌گیری این مفهوم در ادبیات امام خمینی تأثیری مهم بر فهم و درک این موضوع دارد؛ البته این موضوع خارج از بحث اصلی این نوشتار است. مراد از مصلحت‌گرایی در قانون اساسی ایران مصلحت در ساحت فقه و حقوق است و برای جلوگیری از اشتباه در اشتراک لفظ باید آن را از مصلحت‌گرایی در ساحت فلسفه و کلام متمایز کرد. همچنین، برای جلوگیری از اشتباه در ابهام ساختاری باید معیار این مصلحت‌گرایی را مشخص ساخت و نیز نشان داد دقیقاً مصلحت چه کسی یا چه چیزی در نظر است. مصالح شخصی، مصالح حکومت و مصالح عام یکی از انواع تقسیم‌بندی مصلحت هستند که بر همین اساس شکل گرفته‌اند. آشکار است که انتخاب هر کدام از این معیارها تأثیری عمیق بر شکل و ماهیت مصلحت‌گرایی خواهد داشت.

گفتنی است از مصلحت‌گرایی بر اساس مصلحت شخص یا گروهی خاص به عنوان یک معیار برای مصلحت‌گرایی در هیچ جایی از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و سایر منابع حقوقی و غیرحقوقی صحبت نشده است، یعنی در نظام جمهوری اسلامی ایران به لحاظ بنیادی و نظری هیچ مجوزی برای جرم‌انگاری بر اساس مصالح شخص یا گروهی خاص وجود ندارد و

1. State of Exception.

اگر زمانی بر اساس معیارهای شخصی و جناحی از ابزار مصلحت استفاده شده است، شخصی یا جناحی بودن آن انکار شده است.

با وجود این، نمی‌توان کتمان کرد که یکی از مشکلات اصلی مصلحت‌گرایی در نظام جمهوری اسلامی ایران استفاده و رجوع به لفظ «نظام» است که نبود تعریفی دقیق و مشخص از آن موجبات سوء تفاهم‌ها و حتی سوء استفاده‌های فراوانی را فراهم کرده است، چراکه این واژه در زمینه‌های مختلف به کار گرفته می‌شود و پذیرش هر کدام از معانی آن ملزومات و آثاری خاص را به دنبال دارد.

برخی مفهوم «نظام» در ادبیات و اسناد حقوقی فعلی را مترادف با «نظام» در قاعده فقهی «حفظ نظام» می‌دانند (ر.ک: ملک افضلی، ۱۳۸۹). در ادبیات فقه سنتی مقصود از «حفظ نظام» به عنوان یک واجب «حفظ نظام حکومتی نیست، بلکه مراد حفظ کلیت اجتماع است. هر چند تلاش برای حفظ حکومت صالح و عادل هم مصداق روشن حفظ نظام است. در واقع، به حکم اینکه جامعه ناگزیر نیازمند به حکومت صالح است، تلاش برای حفظ حکومت صالح نیز همچون یکی از عناصر لازم برای بقای جامعه واجب می‌شود (نوبهار، ۱۳۸۸). اما آنچه به نام مصلحت در قانون اساسی جمهوری اسلامی آمده است «مصلحت نظام اسلامی» است، یعنی عقیده بر این است که مصلحت نظام برآیند مصلحت اسلام، نظام و مصالح فردی و عمومی است و تشخیص آن بر عهده حاکم است (رحمت‌اللهی، ۱۳۸۹: ۱۳۹). اصل ۱۱۲ قانون اساسی که بروز قانونی این اندیشه است چنین خاستگاهی دارد (رحمت‌اللهی، ۱۳۸۹: ۱۳۹). بنابراین، می‌توان گفت واژه «نظام» در ادبیات سنتی کاربردی متفاوت با «نظام» در ادبیات سیاسی و حقوقی نظام جمهوری اسلامی دارد. آنچه از «مصلحت نظام» در ادبیات فقه سنتی استنباط می‌شود تقریباً معادل «مصلحت عام» یا «مصلحت عموم» است و آنچه از «مصلحت نظام» در جمهوری اسلامی برمی‌آید مترادف با «مصلحت حکومت» یا «مصلحت دولت» است. باید توجه داشت که این دو معیار بسیار متفاوت هستند و انتخاب هر کدام آثاری مهم بر طرح مصلحت‌گرایی و شیوه احراز و عمل به آن دارد.

قید «عام» شرایطی خاص را برای مصلحت‌گرایی ایجاد می‌کند که بدون رعایت آنها نمی‌توان عنوان «مصلحت عمومی» را بر آن نهاد. این ویژگی‌ها در مصلحت‌گرایی فقه سنتی که تحت عنوان ضرورت مجوز می‌گرفت دیده می‌شوند. فقهای شیعه عموماً از کاربرد عنوان «مصلحت» پرهیز داشتند و به همین دلیل ضوابط و فرایندی دقیق را در این باره مطرح نکردند. اما با توجه به همان مقدار محدودی که بیان شده است، می‌توان آن را مترادف با مفهوم «مصلحت عمومی» دانست.

اگر فرض بر این باشد که مقصود از «نظام» در متن قانون اساسی همان «نظام اجتماعی» است، باید فرایندی برای آن تعریف شده باشد که ویژگی‌هایی شامل جمعی بودن، حداقلی بودن، آلی بودن و بی‌طرفانه بودن در آن دیده شود (ر.ک: بیات، ۱۳۹۳). اما چنین فرایندی در شیوه مصلحت‌گرایی نظام جمهوری اسلامی دیده نمی‌شود. افزون بر آن، چنین برداشتی نیازمند دلایل و نشانه‌ای مشخص است و نمی‌توان به صرف تغییر واژه (نظام به عام) تصریح قانون اساسی را تأویل کرد، چنانکه قانون اساسی در مواردی که از واژه نظام استفاده کرده است (برای مثال اصول: ۲، ۱۰۰، ۱۷۷، ۱۱۰، ۱۵۱، ۱۷۷)، مفهوم «نظام» را کاملاً مترادف با «حکومت» به کار برده است که معمولاً پسوند «جمهوری اسلامی» را به دنبال دارد. همچنین، در مواردی که قانون اساسی منظوری فراتر از حکومت را در نظر داشته است، از عباراتی همچون «مصلحت جامعه»، «عفت عمومی»، «نظم عمومی»، «امنیت عمومی» و ... استفاده کرده است.

در قوانین کیفری نیز «نظام» تعبیری معادل «حکومت» دارد و چنان به کار گرفته می‌شود که به مصالح شخصی و جناحی نیز فروکاستنی است. برای نمونه، در مواد ۵، ۲۷۸، ۵۰۰ و ۵۰۴ قانون مجازات اسلامی کلمه «نظام» دقیقاً در معنای حکومت جمهوری اسلامی ایران به کار گرفته شده است، به ویژه ماده ۵۰۰ که اساساً از جرم‌انگاری‌های مبتنی بر مصالح نظام است؛ این ماده مقرر می‌کند: «هر کس علیه نظام جمهوری اسلامی ایران یا به نفع گروه‌ها و سازمان‌های مخالف نظام به هر نحو فعالیت تبلیغی نماید به حبس از سه ماه تا یک سال محکوم خواهد شد». افزون بر این،



در تمامی سخنان رهبران و مسئولین جمهوری اسلامی از ابتدا تاکنون همواره مراد از «نظام» حکومت جمهوری اسلامی ایران بوده است.

بدین‌سان، مصلحت‌گرایی در نظام جمهوری اسلامی ایران با معیار «مصلحت حکومت» انجام می‌گیرد. طبیعتاً این مصلحت‌گرایی در مواردی «مصلحت عمومی» را نیز به همراه دارد. اما به لحاظ مبنا و شیوهٔ احراز همان مصلحت حکومت است و اگر فرایندی صحیح برای اعمال ضابطه‌ها در نظر گرفته نشود، این وضعیّت می‌تواند به «مصلحت جناح یا شخص خاص» فروکاسته شود. نتیجه اینک نظام جمهوری اسلامی به لحاظ نظری امکان و مجوزی دارد که بر اساس «مصلح حکومتی» اقدام به جرم‌انگاری کند. این یکی از چالش‌های مهمّ نظام جمهوری اسلامی است، چراکه وجود حقّ جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه با معیار مصلحت حکومت از ویژگی‌های خودکامگی حکومتی شمرده می‌شود و نتایج و آثار گریزناپذیری دارد (گنجی، ۱۳۹۵). بنابراین، باید این مصلحت‌گرایی را از مصلحت بر مبنای مصالح عام مردم که دایرهٔ وسیع‌تری را شامل می‌شود و مصالح شخصی که بسیار محدودتر هستند متمایز کرد (ر.ک: راسخ و بیات).

## ۲. مرجع تشخیص مصلحت در نظام جمهوری اسلامی ایران

مشکلات اجرایی و حقوقی حاکمیت در دههٔ نخست جمهوری اسلامی موجب شد که امام خمینی فرمان‌بازنگری قانون اساسی را صادر کنند و خود افرادی را برای این منظور انتخاب کنند. شورای بازنگری که فقط از مسئولان رده بالای حکومت تشکیل شده بود در رابطه با بن‌بست‌های نظری و اجرایی تجربهٔ زیادی داشت و به همین جهت گرایش آشکاری به تمرکز و افزایش اختیارات حاکمیت برای رفع چالش‌های حقوقی اعمال حاکمیت پیدا کرد. تمرکز در قوهٔ مجریه با حذف نخست‌وزیری و تجمیع آن با ریاست‌جمهوری، حذف شورای عالی قضایی و تمرکز آن در ریاست یک نفر به انتخاب رهبر و ... از جمله موارد مهمّ تغییر در قانون اساسی بودند. در سایر موارد می‌توان گفت این شورا با توجه به جایگاه منحصربه‌فردی که برای رهبری در بالاترین ردهٔ حاکمیت پذیرفته بود، عمدهٔ چالش‌های حقوقی کشور را با واگذاری اختیارات تصریح‌شده در

قانون اساسی حل کرد. یکی از اختیارات مهم به رسمیت شناختن حق مصلحت‌گرایی به همان معنای عبور از اصول قانون اساسی و موازین اسلامی برای رهبری است که بدین روش انجام شد:

۱. اضافه شدن قید «مطلقه» به اصل پنجاه‌وهفتم؛ ۲. اضافه شدن اصل یکصد و هفتاد و هشتم و تشکیل نهاد شورای امنیت ملی؛ ۳. تشکیل شورای بازنگری با دستور و نظر رهبری در اصل یکصد و هفتاد و هفتم؛ و ۴. اضافه شدن اصل ۱۱۲ قانون اساسی و تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام.

نخست اینکه در مورد تغییر در اصل ۵۷ به نظر می‌رسد دغدغه طرفداران اضافه شدن قید «مطلقه» این بوده است که رهبری بتواند در مواقع ضرورت و مصلحت، بر خلاف ترتیبات مقرر در قانون اساسی تصمیم لازم را با معیار مصلحت حکومت اتخاذ کند. به همین دلیل برخی حصری نبودن اختیارات ولی فقیه در قانون اساسی و حتی وابستگی مشروعیت قانون اساسی به اذن ولایت فقیه را مطرح کردند. در حالی که این نظر در بند ۸ اصل ۱۱۰ (حلّ معضلات نظام که از طرق عادی قابل حل نیست، از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام) و نیز در اصل ۱۱۲ (انتخاب اعضای ثابت و متغیر مجمع تشخیص مصلحت نظام) و حتی در اصل ۱۷۶ (انتخاب مستقیم و غیرمستقیم اعضای شورای امنیت ملی و امضای مصوبات این شورا) تأمین گردیده است. افزون بر این، دلایل بسیاری مطرح شده‌اند که نشان می‌دهند لزومی ندارد اعمال ولایت مطلق فقیه خارج از چارچوب قانون اساسی معنا و تفسیر شود (ر.ک: نوبهار، ۱۳۷۸).

دوم اینکه شورای امنیت ملی با توجه به اینکه جایگزینی برای شورای عالی دفاع سابق است، چهره‌ای صرفاً نظامی و انتظامی را به ذهن متبادر می‌سازد. اما با تأکید نمایندگان شورای بازنگری قانون اساسی بر بیشتر شدن دامنه اختیارات و وظایف این شورا، ترکیبی برای شورای امنیت ملی در نظر گرفته شد که در عمل به یک شورای سیاسی-امنیتی تبدیل شد (هاشمی، ۱۳۸۱: ۵۳۷).

همانطور که در اصل ۱۷۶ قانون اساسی آمده است، شورای امنیت ملی به منظور تأمین منافع ملی، پاسداری از انقلاب اسلامی، تمامیت ارضی و حاکمیت ملی تشکیل شده است و دارای وظایفی مشخص در زمینه تعیین سیاست‌های دفاعی-امنیتی، هماهنگی تدابیر کلی دفاعی-امنیتی و بهره‌گیری از امکانات کشور برای مقابله با تهدیدهای داخلی و خارجی است. ریاست این شورا

با رئیس جمهور است و مصوبات آن با تأیید مقام رهبری لازم‌الاجراء خواهد بود. این شورا در اتخاذ تصمیمات خود مستقل از قوای سه‌گانه عمل می‌کند و نهادهای کشوری باید خود را با سیاست‌های کلی دفاعی-امنیتی آن هماهنگ سازند. از این رو، با توجه به اینکه قانون اساسی قلمرو اختیارات دستگاه‌ها و مقامات را حتی در مواقع اضطراری و ویژه تعیین کرده است، نباید تفسیری از صلاحیت شورای امنیت ملی ارائه داد که موجب تداخل و تزامم سایر اصول قانون اساسی شود. برای نمونه، ایجاد محدودیت‌های نظامی (اصل ۷۹) یا انجام اقداماتی مانند بازداشت یا ایجاد محدودیت‌های فوری توسط قوه قضائیه در قانون اساسی و قوانین عادی پیش‌بینی شده است (اختیارات قانونی دادستان و بازپرس). در مورد نهادهای نظامی نیز قانون اساسی در اصول ۱۴۳ تا ۱۵۱ حدود وظایف و اختیارات آنها را مشخص کرده است. بنابراین، نمی‌توان با توجیه منسجم‌سازی مدیریت در شرایط اضطراری، اختیاری مافوق قانون اساسی برای شورای امنیت ملی متصور شد، بلکه این شورا که ترکیبی از بالاترین مقامات و مسئولین سیاسی، اقتصادی، نظامی و روابط خارجی است باید مطابق آنچه در اصل ۱۷۶ آمده است مصوباتی در جهت هماهنگی قوا و نهادهای حاکمیتی داشته باشد و البته قوای مذکور نیز ملزم به رعایت سیاست‌ها خواهند بود. در واقع، شورای امنیت ملی نباید رأساً اقدامی در جهت جرم‌انگاری، مجازات، بازداشت و ... داشته باشد.

سوم اینکه صدور فرمان بازنگری در قانون اساسی مطابق اصل ۱۷۷ قانون اساسی مصوب ۱۳۶۸ به رهبری سپرده شده است: «مقام رهبری پس از مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام طی حکمی خطاب به رئیس جمهور موارد اصلاح یا متمیم قانون اساسی را به شورای بازنگری قانون اساسی با ترکیب زیر پیشنهاد می‌نماید (...).» در همین اصل آمده است که مصوبات شورای بازنگری باید به امضاء و تأیید رهبری نیز برسند و پس از آن از طریق مراجعه به آراء عمومی به تصویب اکثریت مطلق شرکت‌کنندگان برسند. این اختیار می‌تواند یکی از ابزارهای اصلاح امور بدون خدشه به قانون اساسی به عنوان مهم‌ترین میثاق سیاسی-حقوقی کشور باشد.

چهارم اینکه مجمع تشخیص مصلحت نظام یکی از نهادهای زیر نظری رهبری است که پس از اصلاح قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ بر اساس اصل ۱۱۲ صورت قانونی پیدا کرد. این نهاد محصول چالش‌های سیاسی، حقوقی و حتی مذهبی جمهوری اسلامی ایران در دهه نخست عمر خود است. اصل ۱۱۲ قانون اساسی مقرر می‌کند: «مجمع تشخیص مصلحت نظام برای تشخیص مصلحت در مواردی که مصوبه مجلس شورای اسلامی را شورای نگهبان خلاف موازین شرع یا قانون اساسی بداند و مجلس با در نظر گرفتن مصلحت نظام نظر شورای نگهبان را تأمین نکند و مشاوره در اموری که رهبری به آنان ارجاع دهد و سایر وظایفی که در این قانون ذکر شده است به دستور رهبری تشکیل می‌شود. اعضای ثابت و متغیر این مجمع را مقام رهبری تعیین می‌نماید. مقررات مربوط به مجمع توسط خود اعضاء تهیه و تصویب و به تأیید رهبری خواهد رسید». همچنین، در بندهای ۱ و ۸ اصل ۱۱۰ قانون اساسی نیز «تعیین سیاست‌های کلی نظام جمهوری اسلامی ایران پس از مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام» و «حلّ معضلات نظام که از طرق عادی قابل حل نیست، از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام» پیش‌بینی شده‌اند. افزون بر این، در اصول دیگری مثل اصل ۱۱۱ (شورای رهبری)، اصل ۱۷۷ (شورای بازنگری در قانون اساسی) نیز وظایفی مقرر شده‌اند.

اهمیت مجمع تشخیص مصلحت نظام در این است که در شرایطی که مجلس مطابق اصل ۱۱۲ ضرورتی را تشخیص دهد یا در شرایطی که رهبری بر اساس بند ۸ اصل ۱۱۰ معضلی را که به طرق عادی قابل حل نیست مطرح کند، مرجع نهایی تشخیص مصلحت نظام جمهوری اسلامی خواهد بود و می‌تواند بر اساس مصالح حکومتی، تصمیماتی خارج و حتی متضاد با قانون اساسی و ظاهر موازین اسلامی داشته باشد.

وقتی چنین حقی برای این نهاد در نظر گرفته شده است، نمی‌توان شیوه یا قاعده‌ای بیرونی برای تصمیمات آن جز آیین‌نامه داخلی مجمع که باید به تصویب اعضاء و تأیید رهبری برسد متصور شد. برای نمونه، این مجمع در برخی دوره‌ها اقدام به جرم‌انگاری یا تصویب قوانین کرده است که البته بعدها با حکم رهبری وقت مجدّد در این زمینه محدود شد. در واقع، حقّ

مصلحت‌گرایی به معنای «گذر از اصول قانون اساسی و موازین اسلامی» بر اساس قانون اساسی مبتنی بر آرای عمومی با شرایطی به مقام رهبری واگذار شده است که عبارت است از انتخاب اعضای مجمع تشخیص مصلحت نظام برای تشخیص مصلحت در مواردی که مشمول بند ۸ اصل ۱۱۰ و اصل ۱۱۲ قانون اساسی هستند.

جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه در نظام جمهوری اسلامی ایران به لحاظ شکلی تنها در چنین فرایندی قابلیت اعمال دارد و هیچ نهاد و مسئولی دیگر نباید تحت عنوان مصالح نظام یا هر مصلحت و منفعتی دیگر برای جرم‌انگاری که هسته اصلی حقوق کیفری است اقدام کند. باید توجه داشت که اگرچه قانون در سایر بخش‌های حقوق کیفری از جمله مجازات‌ها، بازداشت‌ها، بازجویی‌ها و ... مجوزهایی را برای مسئولین قضایی مثل بازپرس و دادستان در نظر گرفته است، تمام این موارد باید مبتنی بر یک جرم‌انگاری باشند. به عبارت دیگر، نباید شخصی را به سبب موضوعی که جرم‌انگاری نشده است مؤاخذه کرد. اصل ۳۶ قانون اساسی به صراحت بر این موضوع که یک قاعده مسلم عقلی و شرعی است تأکید کرده است. هرچند اصل ۱۶۷ قانون اساسی اصل قانونی بودن جرم و مجازات در قانون اساسی را دچار چالش و حتی تعارض کرده است. بسیاری از حقوقدانان بر این باورند که اصل ۱۶۷ به دلایل متعدّد مجوزی برای جرم‌انگاری خارج از نظام قانونی نیست و در نهایت دادرسی می‌تواند در تکمیل و تفسیر قوانین غیر کیفری به منابع فقهی رجوع کند. همچنین، اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه مشورتی خود در این باره می‌گوید: «هرگاه قضیه‌ای مطرح شود که در قانون برای آن مجازاتی تعیین نشده باشد، باید گفت آن عمل جرم نبوده و قابل طرح در محاکم هم نمی‌باشد (...))» (نظر مشورتی شماره ۷/۶۳۸۱/۶۹/۱۲/۱۸ (ر.ک: هاشمی و کوشا، ۱۳۸۸).

### ۳. ضوابط جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه در نظام جمهوری اسلامی ایران

وجود همزمان جمهوریت و اسلامیت در عنوان نظام جمهوری اسلامی ایران موجب شده است که همواره بحث از چگونگی در کنار هم قرارگرفتن این دو از مباحث فضای علمی و عمومی کشور باشد و این پرسش مطرح شود که در نهایت کدام یک از این دو تقدّم مبنایی و ارزشی

دارد تا بتوان بر اساس آن ضوابط ماهوی را برای جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه در نظر گرفت. با این حال، صرف رجوع به همه‌پرسی عمومی برای تعیین نوع نظام و تصویب نهایی قانون اساسی برای اثبات تقدّم رأی مردم و مبنای مشروعیت قرار گرفتن آن کفایت می‌کند، چنانکه این موضوع صراحتاً در مقدمه قانون اساسی و اصولی مانند اصل ۱ و ۵۶ آمده است. البته نمی‌توان کتمان کرد اختیاراتی که همین قانون اساسی مبتنی بر رأی مردم به مقام رهبری داده است به حدّی گسترده هستند که گاهی حاکمیت مردم و برخی دیگر از اصول قانون اساسی را دچار چالش و تعارض می‌کنند.

نظارت مستقیم و غیرمستقیم بر تمامی انتخابات کشور، نظارت مستقیم و غیرمستقیم بر تمامی مصوّبات و اقدامات اجرایی کشور، تعیین سیاست‌های کلی نظام، صدور فرمان بازنگری در قانون اساسی و تشخیص مستقیم و غیرمستقیم مصلحت نظام از جمله اختیارات مصرّحی هستند که قانون اساسی برای مقام رهبری به رسمیت شناخته است. این اختیارات با اضافه شدن مفهوم یا اصطلاح «مطلقه» به عبارت «ولایت امر» در اصل ۵۷ قانون اساسی، دیدگاه غیرحصری بودن اختیارات ولی فقیه در قانون اساسی را بیش از پیش تقویت کرده است. از طرف دیگر، بخش‌هایی از متن قانون اساسی مانند آنچه به نظارت بر ولی فقیه مربوط است بر عدم هرگونه استبداد و انحصار تأکید دارد. همچنین، منطوق وجودی قانون اساسی به عنوان میثاق بین حکومت و مردم نیز دلالت بر تحدید اختیارات ولی فقیه در قانون اساسی دارد. وانگهی، اگرچه حقّ گذر از اصول مصرّح قانون اساسی و موازین شرعی به موجب قانون اساسی مبتنی بر آراء عمومی به رهبری داده شده است، معیار و فرایند مصلحت‌گرایی نیز در قانون اساسی مشخص شده است که التزام یا عدم التزام رهبری به این ضوابط می‌تواند به عنوان سنجه‌ای عینی به نظارت مجلس خبرگان بر ولی فقیه معنا دهد. در غیر این صورت، صحبت از هرگونه نظارت بدون تعیین ضوابط و تحدید اختیارات اساساً بی‌معنا خواهد بود و وجود قانون اساسی را زیر سؤال می‌برد. از این جهت، ولایت فقیه موجود در قانون اساسی متفاوت از نظریه ولایت فقیه امام خمینی شده است. مرجع تشخیص مصلحت نظام در نظریه ولایت فقیه امام خمینی بدون هیچ قید بیرونی شخص ولی فقیه است و تنها ضابطه

حاکم بر این اختیار عدل و علم ولی فقیه است، حال آنکه در قانون اساسی با وجود پذیرفتن این اختیار برای رهبری، فرایند شکلی آن نیز تعیین شده است و بخش‌های دیگری از قانون اساسی نیز در جهت‌دهی به این مصلحت‌گرایی تأثیر دارند.

در رابطه با ضوابط مصلحت‌گرایی در نظام جمهوری اسلامی ایران دیدگاه‌هایی وجود دارند که سعی دارند مواردی را به عنوان ضابطه مصلحت‌گرایی برای اصل ۱۱۲ قانون اساسی در نظر بگیرند. در این دیدگاه‌ها مواردی چون «عدم مخالفت با نصوص شرعی»، «رعایت مقاصد عامه شریعت»، «رعایت اهم و مهم»، «رعایت دانش و خبرگی» و ... به عنوان ضابطه مصلحت‌گرایی در نظام جمهوری اسلامی مطرح شده‌اند (صرامی، ۱۳۸۰: ۲۱۳). اما به نظر می‌رسد اصل ۱۱۲ قانون اساسی هیچ کدام از این قیود را به عنوان ضابطه‌ای حقوقی برای مصلحت‌گرایی نپذیرفته است و به صراحت از اولویت مصلحت نظام در برابر تمام این نصوص صحبت کرده است.

باید توجه داشت که از اساس یکی از دلایل پیدایش و اضافه شدن این اصل به قانون اساسی تعارض مصالح نظام با نصوص شرعی بوده است. امام خمینی در مواردی متعدّد از جمله در نامه مهمّ خود به مقام رهبری - که آن زمان رئیس جمهور و امام جمعه تهران بودند - صراحتاً می‌گوید: «اگر اختیارات حکومت در چارچوب احکام فرعی الهی است، باید عرض حکومت الهیه و ولایت مطلقه مفوضه به نبی اسلام (ص) یک پدیده بی‌معنی و محتوا باشد» (امام خمینی، ۱۳۶۶: ج ۲۰، ۱۷۰). در این نامه امام خمینی به طور مشخص از اولویت حفظ مصالح بر احکام سخن می‌گوید و آن را از اختیارات حکومت می‌داند (امام خمینی، ۱۳۶۶: ج ۲۰، ۱۷۰). نویسندگان قانون اساسی ۱۳۶۸ نیز در اصل ۱۱۲ به پیروی از دیدگاه امام خمینی مصالح نظام را بر قانون و شرع برتری دادند.

مصلحت و اژه‌ای مبهم است که باعث اشتباهات لفظی و محتوایی فراوانی می‌شود و تمام تلاش و دغدغه پژوهش‌هایی نظیر این نوشتار یافتن تعریف یا ضابطه‌ای در جهت تحدید و تشخیص آن است. عموماً به جای تعریف و مشخص ساختن معیارها و ضوابط مصلحت، آن را به مفهوم مبهم دیگری ارجاع می‌دهند. یکی از ارجاعات مرسوم استفاده از مفاهیمی مثل «مقاصد

شریعت» است. اگرچه بحث‌های مربوط به فقه المقاصد یا فقه المصالح نکاتی جدی و جالب توجه دارند، نام بردن از مقاصد شریعت به عنوان یک ضابطه برای مصلحت‌گرایی به هیچ عنوان صحیح نیست و همان ارجاع امر مبهم به ابهامی دیگر است.

در رابطه با تخصص کارشناسان نیز اگرچه مجمع تشخیص مصلحت می‌تواند از موارد مذکور بهره‌بردار، هیچ نظر عقلایی یا کارشناسی‌ای بدون احراز و تأیید این نهاد دلیلی مشروع برای رد شدن از اصول و نصوص نخواهد بود. همچنین، هیچ تضمین حقوقی یا غیرحقوقی‌ای برای اجبار حکومت به پذیرش نظرات کارشناسان وجود ندارد. آخر اینکه مفهوم تخصص و نظر کارشناسی نیز کلی و ابهام‌برانگیز است و در بسیاری از موارد حتی سنجش‌پذیر نیست، به طوری که درباره موازن شرعی گفته می‌شود بیشتر مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام بر خلاف موازن شرعی نبوده‌اند، بلکه از نظر فقهای غیر از فقهای شورای نگهبان استفاده شده است و حتی نمی‌توان گفت مجمع از حکم ثانویه شرعی بهره‌برده است (مهرپور، ۱۳۸۹: ۲۷۱). در رابطه با نظرات کارشناسی نیز چنین موضوعی مطرح است و به همین دلیل نباید این گونه موارد را به عنوان ضابطه‌ای حقوقی برای مصلحت‌گرایی در نظر گرفت. اما ناگفته نماند همانطور که از مصلحت‌گرایی به لحاظ عقلی دفاع می‌شود و با آوردن قواعدی مثل دفع افسد به فاسد، لاضرر، اهم و مهم و ... توجیه می‌شود، ارزیابی آن نیز به همین صورت و بر اساس یک مبنای عقلایی سنجش‌پذیر است. به هر حال، برای جامعه عقلاء دریافت تفاوت مصلحت‌گرایی صوری با مصلحت‌گرایی واقعی کاملاً مقدور است و از این جهت نهاد ناظر بر رهبری یعنی مجلس خبرگان می‌تواند استنباطی از واقعی بودن یا نبودن مصلحت‌گرایی‌ها داشته باشد. به عبارت دیگر، تنها ضابطه عینی مصلحت‌گرایی در نظام جمهوری اسلامی شرایط و صفاتی هستند که در اصل ۱۰۹ برای رهبری در نظر گرفته شده‌اند. چنانچه مجلس خبرگان نوع مصلحت‌گرایی‌های رهبری را از جهت شیوه انتخاب اعضای مجمع و شیوه به کارگیری بنای عقلاء و تخصص کارشناسان مغایر با عدالت، تقوا و بینش صحیح ببیند، می‌تواند از اختیارات نظارت بر رهبری استفاده کند. اما نکته مهم در اینجا چالش‌های سیاسی - حقوقی نظارت مجلس خبرگان بر رهبری است.



#### ۴. آثار جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه در نظام جمهوری اسلامی ایران

##### ۴-۱. تعدّد مراجع جرم‌انگاری

یکی از آثار اصلی مصلحت‌گرایی بر حقوق کیفری تعدّد مراجع جرم‌انگاری است، زیرا در حالت عادی مطابق قانون اساسی تنها مرجع جرم‌انگاری در نظام جمهوری اسلامی مجلس شورای اسلامی است. اما پذیرش اصل مصلحت موجب می‌شود که نهادهای دیگری نیز در شرایطی خاص از حقّ جرم‌انگاری برخوردار شوند، به طوری که تاکنون افزون بر مجلس شورای اسلامی شاهد تصویب مقررات کیفری از سوی مجمع تشخیص مصلحت نظام، هیئت عمومی دیوان عالی کشور، قوه مجریه، قوه قضائیه، شورای عالی انقلاب فرهنگی و برخی نهادهای دیگر بوده‌ایم. برخی معتقدند وجود مراجع مختلف جرم‌انگاری باعث ایجاد یک سیاست جنایی نامطلوب و ناکارآمد شده است (شمس ناتری، جاهد، ۱۳۸۷).

##### ۴-۲. گرایش به استفاده از حقوق کیفری

در دسترس بودن و تصوّر تأثیرگذاری فوری از جمله عواملی هستند که گرایش به استفاده از حقوق کیفری را ایجاد می‌کنند. از سوی دیگر، حاکمیت به طور طبیعی به افزایش مداخله و سلطه خویش تمایل دارد. مداخله مستقیم و غیرمستقیم حکومت در زمینه‌های اجتماعی، سیاسی، اقتصادی، مذهبی و ... از طریق جرم‌انگاری نشانه اعتقاد حکومت به کارایی حقوق کیفری است، به طوری که جرم‌انگاری و مجازات نقش نخست را در سیاست جنایی آن ایفاء می‌کنند (شمس ناتری و جاهد، ۱۳۸۷). جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه به شکلی که در نظام جمهوری اسلامی وجود دارد این امکان را فراهم کرده است که استفاده از حقوق کیفری بدون توجه به اصول جرم‌انگاری و حتی قواعدی منطقی مانند برآورد هزینه‌های جرم‌انگاری به راحتی ممکن باشد. از این رو، تمایلات و سلیقه‌های غیرتخصصی مسئولین که بیشتر متأثر از مسائل سیاسی هستند موجب می‌شوند استفاده از جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه افزایش یابد. این در حالی است که از نگاه پژوهشگران حقوق کیفری، هزینه‌های بالای حقوق کیفری ایجاب می‌کنند اصل ضرورت در

جرم‌انگاری به عنوان یک قاعده منطقی و عقلانی پذیرفته شود. اصل ضرورت در جرم‌انگاری می‌گوید در صورتی می‌توان از حقوق کیفری بهره برد که ابزارهای غیر کیفری مؤثر نبوده باشند و راهی دیگر جز مداخله کیفری باقی نمانده باشد. همچنین، استفاده از حقوق کیفری در صورتی مجاز خواهد بود که بتواند در کنترل موضوع مورد نظر مؤثر باشد (ر.ک: فلاحی، ۱۳۹۳: ۴۰-۴۵).

#### ۳-۴. بی‌توجهی به اصول جرم‌انگاری

یکی از دلایلی که همواره برای تورّم و عوامانه شدن حقوق کیفری در ایران مطرح می‌شود بی‌توجهی به اصول جرم‌انگاری است. قانون اساسی نظام جمهوری اسلامی حدود جرم‌انگاری را بر اساس مبانی و ارزش‌های بنیادین خود تعیین کرده است. با این حال، پذیرفتن اصل مصلحت به عنوان یک منبع مشروع‌ساز جرم‌انگاری موجب شده است که حکومت بتواند بر اساس صلاحدید و در راستای حفظ منافع نظام حکومتی اصول اولیّه قانون اساسی را کنار بگذارد و اقدام به جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه کند. بی‌توجهی به اصول منجر به دوگانگی یا چندگانگی در مبانی خواهد شد و این مشکل به خوبی در جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه محسوس و نمایان است. مراد از چندگانگی مجموعه‌ای از نظریات است که از گرایش‌های متفاوت و گاه متناقض برگرفته شده و گرد هم آمده‌اند. از آنجا که بنیان‌ها و زیرساخت‌های این گرایش‌ها و نظریات ناهمگون یا حتی متعارض هستند، نه تنها کاربردی مفید نخواهند داشت، بلکه جرم‌انگاری را دچار آشفتگی و ناهماهنگی خواهند کرد.

#### ۴-۴. تورّم کیفری

استفاده بیش از حد از ابزار کیفری و بزرگ شدن گستره جرم‌انگاری‌ها را اصطلاحاً «تورّم کیفری» می‌نامند که به عقیده بسیاری از کارشناسان مهم‌ترین مشکل حقوق کیفری امروز ما است (فلاحی، ۱۳۹۳). چالش اساسی در تورّم کیفری این است که جرم‌انگاری‌های صورت گرفته نامشروع نیستند؛ این جرم‌انگاری‌ها مطابق با مبانی و اصول هستند، ولی بیش از حد نیاز هستند و

وجودشان ضرورتی ندارد. در میان اصول توجیه‌کننده جرم‌انگاری اگرچه «اصل مصلحت» ابزاری است که می‌توان آن را در جهت کمینه‌سازی حقوق کیفری به کار گرفت، همچنان از عوامل مهم تورم کیفری نیز به شمار می‌آید؛ زیرا این حق را ایجاد می‌کند که هنگام ضرورت بتوان به صورت مشروع از اصول توجیه‌کننده جرم‌انگاری گذر کرد و رفتاری را با تکیه بر مصلحت‌گرایی جرم‌انگاری کرد. البته توجه به این گفتار از این جهت اهمیت دارد که می‌توان قانونگذاران و متولیان امر مصلحت‌گرایی را قانع کرد که تورم کیفری در نهایت امری خلاف مصلحت نظام است. بی‌توجهی به ارزش‌های اساسی جامعه، ایجاد حقوق جزای استثنائی، تأثیر منفی بر روند دادرسی، افزایش نرخ سیاه بزهکاری، افزایش کلی نرخ بزهکاری، پدیده بی‌کیفرمانی و التقاط حقوقی از جمله آثار قطعی تورم کیفری هستند که قطعاً به ضرر نظام حکومتی هم خواهند بود.

#### ۴-۵. عبور از بن‌بست‌های اجرایی

پیروزی انقلاب اسلامی و استقرار نظام جمهوری اسلامی فصلی جدید در فقه سیاسی شیعه بود و شرایطی جدید را برای آن فراهم کرد. قرارگرفتن احکام فقه شیعه به عنوان محدوده‌ای برای قانونگذاری از یک سو و وجود واقعیات و ضرورت‌های سیاسی-اجتماعی از سوی دیگر نظام جمهوری اسلامی را خیلی زود در چالش دوگانگی در مبنا قرار داد، به طوری که در برخی از موارد به بن‌بست‌های اجرایی می‌رسید. برای رفع این مشکل دیدگاه‌های مختلفی وجود دارند. اما روند رویارویی حاکمیت با این دوگانگی را می‌توان به سه مرحله تقسیم کرد. در مرحله نخست تلاش شد جامعه بر مبنای احکام اولیه و استفاده از ظرفیت‌های اجتهادی فقه شیعه اداره شود. با این حال، تجربه نشان داد حتی با وجود ظرفیت‌های اجتهادی فقه شیعه نیز نمی‌توان به بسیاری از چالش‌های حکومتی پاسخی منطبق بر فقه مصطلح و مشهور داد. البته باید توجه داشت که مسائل سیاسی و تمایلات بیش از حد حاکمیتی نیز در همراه نشدن فقه یا اجتهاد سنتی با فقه حکومتی نقش داشته است و نباید یکسره حکم به ناکارآمدی اجتهاد و فقه شیعی داد. سپس، امام خمینی به عنوان رهبر انقلاب و اصلی‌ترین مجتهد حامی حکومت برای حل چالش‌ها موضوع احکام

ثانویه را بر اساس قواعدی چون لاضرر و لاجرح مطرح کرد. اگرچه این شیوه در چند مورد به کار گرفته شد، آشکار بود که نمی‌توان جامعه را تماماً بر مبنای احکام استثنائی مربوط به اضطرار اداره کرد؛ زیرا شورای نگهبان به عنوان نماینده جامعه فقهی به درستی از حکومت توقع داشت که در هر موضوع ضرورت لازم را برای رجوع به احکام ثانویه اثبات کند و این برای حکومت در بسیاری از مواقع ناشدنی یا به شدت دشوار بود. باید یادآور شد این اختلافات در شرایط سال‌های اولیه شکل‌گیری جمهوری اسلامی که با یک جنگ خارجی نیز همزمان بود اتفاق می‌افتاد. از این رو، در مرحله سوم امام خمینی موضوع احکام حکومتی و مصلحت‌گرایی را به عنوان یک راهکار دایمی برای عبور از این بن‌بست‌ها مطرح کرد. به همین علت با وجود انتقاداتی که به جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه وارد هستند، باید پذیرفت یکی از آثار و کارکردهای مهم جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه حل معضلات فکری و بن‌بست‌های عملی و اجرایی است. امام خمینی در این باره می‌گوید: «این روشنفکرهای ما نمی‌فهمند که ولایت فقیه یعنی چه، یکی‌اش تحدید همین امور است. مالکیت را در عین حال که شارع مقدس محترم شمرده است، لکن ولی امر می‌تواند همین مالکیت را طوری ببیند [که] خلاف صلاح مسلمین و اسلام است، همین مالکیت مشروع را محدودش کند به یک حد معینی و با حکم فقیه از او مصادره بشود» (امام خمینی، ج ۱۰، ۱۳۸).

## ۵. چالش‌های جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه در نظام جمهوری اسلامی ایران

### ۵-۱. چالش‌های نظری

چنانکه گفته شد مبانی جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه در قانون اساسی به نظریه ولایت فقیه امام خمینی (ره) برمی‌گردد. بنابراین، چالش‌هایی که در رابطه با این نظریه مطرح می‌شوند طبعاً به جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه نیز مربوط خواهند شد. در بخش‌های پیشین گفته شد در این نظریه مرجع مصلحت‌گرایی ولایت مطلقه فقیه است. پس تنها ضابطه مصلحت‌گرایی ویژگی‌هایی است که برای ولی فقیه در نظر گرفته شده‌اند. چنانچه کسی از این ویژگی‌ها برخوردار باشد و در

جایگاه ولی فقیه قرار گیرد، تا زمانی که این شرایط را داراست، مسئولیت تشخیص و حفظ مصالح نظام را نیز در دست دارد. آنچه در اینجا محل تأمل و بررسی است دو شرط اساسی است که امام خمینی برای ولی فقیه به عنوان حاکم در نظر گرفته است. این دو شرط «علم» و «عدل» هستند که امام خمینی معتقد است: «اگر فرد لایقی که دارای این دو خصلت باشد پیا خاست و تشکیل حکومت داد، همان ولایتی را که حضرت رسول اکرم (ص) در امر اداره جامعه داشت دارا می‌باشد و بر همه مردم لازم است که از او اطاعت کنند» (خمینی، بی تا: ۵۵).

این در حالی است که مفهوم «مجتهد» یا «فقیه» که امام خمینی به آن اشاره دارند به اقتضای علمی بودن محل بحث و اختلاف نظر است. اگرچه امروزه اصطلاح مجتهد در معنای داشتن قوه استنباط احکام دینی پذیرفته شده و روشن است، فقها معیارهای مختلفی برای آن در نظر گرفته‌اند. بنابراین، مقید کردن قدرتی مطلقه به امری غیر ثابت که سازکاری دقیق برای آن وجود ندارد نیاز به توجه بیشتری دارد. البته تا زمان بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی، شرط مرجعیت برای ولایت فقیه در نظر گرفته شده بود که به نوعی پاسخگوی این چالش بود. اما حذف شرط مرجعیت در بازنگری سال ۱۳۶۸ و توضیحات امام درباره کافی نبودن فقه مصطلح حوزه، این چالش را ایجاد کرده است که اگر مرجعیت و مفهوم اجتهاد مرسوم حوزوی - که اقتضانات خودش را دارد - کنار گذاشته شود، چگونه می‌توان عالم بودن یا نبودن افراد را برای ولایت فقیه ثابت کرد؟

اگرچه این امر در قانون اساسی به مردم واگذار شده است (اصل ۱۰۷) و علم و عدالت رهبری توسط نمایندگان در مجلس خبرگان رهبری احراز می‌شود، این پاسخی درست به ایراد مورد نظر نیست، زیرا شرط حضور در این مجلس اجتهاد است (بند (ب) ماده ۳ قانون انتخابات مجلس خبرگان) و همان ایرادی که درباره احراز آن برای رهبری مطرح شد در اینجا نیز مطرح خواهد بود. همچنین واگذاری این امر به فقهای شورای نگهبان که اعضای آن منصوبان مستقیم رهبری هستند (بند ۱ اصل ۹۱ و بند ۶ اصل ۱۱۰) این ایراد را تقویت کرده است. وانگهی، در چهار دهه اخیر هیچگاه نشانه‌ای مشهود از نظارت جدی و واقعی مجلس خبرگان اساسی بر شخص ولی

فقیه و دستگاه‌های تحت نظر آن دیده نشده است و این موضوع می‌تواند ناشی از ایرادات این نظریه باشد.

این چالش در مورد شرط «عادل بودن» به مراتب بیشتر مطرح خواهد بود. آنچه عموماً در تعریف عدالت گفته می‌شود کلی، مبهم، از پیش فرض شده، مطلق، تک گفتاری و انتزاعی است. تمام تعاریفی که عدالت را در مفهوم «تعادل» و «تعديل» یا «قرار گرفتن هر چیزی در جای خودش» می‌بینند به عدالت انتزاعی یا تکوینی نظر دارند (اصغری، ۱۳۸۶). امام خمینی نیز عدالت را در معانی مختلف آن به کار برده است. برای مثال، وی معتقد بود ولی فقیه وظیفه تحقق عدالت اجتماعی را دارد و از همین رو است که باید متصف به صفات علم و عدالت باشد. بحث از عدالت مباحثی بسیار مانند اخلاق، مساوات، قانون، آزادی، انصاف و حتی مصلحت را پیش می‌کشد. حتی برخی عدالت در اندیشه امام را به عنوان رعایت مصالح تبیین می‌کنند. بنابراین، چگونه می‌توان مفهومی با چنین گستره معنایی را قید مفهوم سیال دیگری مانند مصلحت دانست؟! بحث از مفهوم عدالت به حدی گسترده است که توضیح کامل آن در همین رابطه نیازمند نگارش رساله‌ای مجزاً است. مقدمات دیگر نظریه ولایت فقیه مانند ضرورت تشکیل حکومت برای اجرای احکام اسلامی، ضرورت اجرای احکام اجتماعی اسلام توسط فقیه و حتی ضرورت اجرای احکام اجتماعی اسلام و ... با انتقاداتی جدی و متعدّد روبرو هستند که بدون شک پرداختن به هر کدام بر موضوع مصلحت‌گرایی و به تبع آن جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه تأثیر گذار است. از این رو، در اینجا به این نکته بسنده می‌شود که نظریه ولایت فقیه از لحاظ نظری و مبنایی با چالش‌هایی جدی و تأمل‌کردنی روبرو است که می‌تواند جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه موجود در قانون اساسی را نیز به شدت تحت تأثیر قرار دهد و نباید آن را یک نظریه آشکار و بدیهی دانست. البته همانطور که این نظریه توسط امام خمینی دچار تحولات و تغییراتی شده است، می‌توان به رفع چالش‌ها و نقدهای مطرح‌شده امیدوار بود.

## ۲-۵. چالش‌های دینی

یکی از چالش‌های اصلی جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه رویارویی آن با احکام دینی است. انسان متدین بر این باور است که احکام شریعت مبتنی بر مصالح و مفساد پیشینی هستند و به بیان دیگر شریعت با این احکام درصدد جلب منفعت اشخاص و دفع مضرت از آنان است. جدای از مباحث مربوط به چگونگی احراز و کشف حکم شرعی، با فرض اینکه هیچ شکی در شرعی بودن حکم وجود نداشته باشد، این پرسش مطرح می‌شود که آیا انسان متدین می‌تواند ارزش‌ها و باید و نبایدهای دینی یا همان امر و اراده‌ی شارع را با عنوان حفظ مصالح حکومتی کنار بگذارد؟ پاسخ به این پرسش به تعریف دین یا نوع خوانش دینی بستگی دارد. خوانش‌های مختلف دینی می‌توانند حد و مرزی متفاوت را برای مصلحت‌گرایی در نظر بگیرند. اما در هر حالت از زمانی که دین یا شریعت حتی در حداقل‌ترین شکل ممکن نیز وجود داشته باشد، بدون شک صحبت از مصلحت‌گرایی و حد و مرز آن موضوعیت دارد.

اگرچه عموم فقهای امامیه از عنوان مفهوم مصلحت پرهیز داشتند، در واقع مصلحت‌گرایی با معیار مصلحت عام را بر اساس قاعده‌ی حفظ نظام پذیرفته‌اند. ویژگی اصلی نظریه‌ی ولایت فقیه در این است که برخلاف رویه‌ی مشهور در فقه شیعه، جایگاه و نقشی مهم به مصلحت‌گرایی می‌دهد. البته این ویژگی رفته‌رفته در عرصه‌ی عمل نمایان شد، به طوری که برخی آن را حاصل قرار گرفتن زود هنگام این نظریه در عرصه‌ی قدرت و عمل می‌دانند و آن را واکنشی به مشکلات پیش آمده می‌دانند. به همین دلیل برای آن ارزشی نظری در نظر نمی‌گیرند.

پذیرش اصل مصلحت آن هم با معیار مصلحت نظام با واکنش بسیاری از دینداران روبرو شد. این گروه به کارگیری «مصلحت» از سوی حکومت را موجب نادیده گرفته شدن ارزش‌های بنیادین دینی می‌دانند. از نظر اینان به هر میزان که از عنصر مصلحت نظام بهره برده شود، به همان اندازه از دین و شریعت فاصله گرفته می‌شود (مزینانی، ۱۳۸۸). نخستین چالش‌های مصلحت‌گرایی نظام جمهوری اسلامی و نظریه‌ی ولایت فقیه از جانب جریان‌های حوزوی مطرح شد؛ بسیاری از جریان‌های حوزوی از منظر مباحث نظری فقهی با ولایت فقیه موافق نبودند.

اگرچه آنان در عمل اقدامی علیه آن انجام ندادند، برخی دیگر از جریان‌های حوزوی مخالفت‌هایی صریح و عملی علیه آن داشتند. حتی نزدیک‌ترین جریان‌های سنتی حوزه مانند آیت‌الله گلپایگانی و شاگردانش نیز رفته‌رفته از منتقدان اختیارات گسترده حاکمیتی شدند. بررسی اختلافات آیت‌الله صافی گلپایگانی، دبیر وقت شورای نگهبان، با دولت در رابطه با اختیارات حکومت به خوبی گویای دغدغه‌ها و انتقادات جریانات حوزوی است (گنجی، ۱۳۹۳؛ مهرپور، ۱۳۷۲). کلام این گروه از منتقدان در این جمله خلاصه می‌شود که این مکلفان هستند که باید خود و شرایط خود را با خواست و احکام شارع تطابق دهند، در حالی که رجوع به ابزاری مانند مصلحت در نهایت شارع را تابع اراده دیگری می‌سازد و این موضوع، گرچه زمانی که اراده جایگزین شده اراده یک حاکمیت مشروع باشد، نقض غرض از تدبیر و تکلیف‌گرایی است.

اگر جامعه متدبیر به جریان‌های حوزوی فروکاسته نشود، می‌توان گفت بسیاری دیگر از نیروهای مذهبی از جمله برخی جریان‌ها و اشخاص موسوم به روشنفکری دینی مانند مهدی بازرگان نیز از منتقدان مصلحت‌گرایی‌های نظام بودند. بازرگان از کسانی بود که با مبنای مذهبی خود به هر نوع قدرت مطلقه‌ای انتقاد داشت و در مقابل نظریات حکومت مطلقه از نظریه حکومت مشروطه یا حکومت قانون (در چارچوب قانون) حمایت می‌کرد. هرچند برخی به اشتباه مشروطه‌خواهی وی را مترادف با سلطنت‌طلبی تعبیر می‌کنند (معمدی‌مهر، ۱۳۹۴). او در آخرین مقاله خود تحت عنوان «آخرت و خدا، هدف بعثت انبیاء» می‌گوید: «حکومت و بقای نظام (یا به بیان دیگر بقای قدرت و حاکمیت) از چنان اصالت و اولویتی برخوردار شد که گفتند اگر مصالح دولت و حفظ نظام اقتضاء کند، می‌توان اصول و قوانین شریعت را فدای حاکمیت نمود و تا تعطیل توحید پیش رفتند» (بازرگان، ۱۳۷۲).

آیت‌الله منتظری که از بنیانگذاران و شارحان اصلی نظریه ولایت فقیه است نیز از منتقدان دینی این نظریه به شمار می‌آید. البته ایرادات ایشان بیشتر به نحوه اجرایی شدن و حدود اختیارات ولی فقیه برمی‌گشت. وی در نهایت به این نتیجه رسید که ولایت فقیه باید از حالت «مطلقه» به صورت «مقیده» درآید (باقی، ۱۳۹۲). آیت‌الله منتظری در سال‌های پایان عمر امام خمینی نسبت



به برخی اقدامات کیفری که با توجیه مصلحت نظام مشروعیت یافته بودند به شدت اعتراض کرد و در نهایت به همین دلیل وی از جایگاه قائم مقامی رهبری عزل شد. به طور خلاصه باید گفت منتقدان دینی جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه بر این باورند که پذیرفتن چنین اختیاری برای حکومت می‌تواند موجب کنار گذاشته شدن قواعد و ارزش‌های بنیادین شریعت برای حفظ حکومت شود.

### ۳-۵. چالش‌های اخلاقی

جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه به صورت رد شدن از برخی قواعد و اصول برای حفظ پایه‌های اساسی یا رسیدن به مقاصد و اهداف کلی‌تر انجام می‌گیرد. این قواعد و اصول می‌توانند قواعد و اصول اخلاقی باشند. طبیعی است که اخلاق‌مداران با توجه به تعریف و تفسیری که از اخلاق و مفاهیم اخلاقی دارند، از جهات مختلف با مصلحت‌گرایی مخالف باشند. البته هرگونه موضع‌گیری درباره مصلحت‌گرایی با توجه به تعریف و تفسیر از مصلحت‌گرایی مشروع تغییر می‌یابد. نظام جمهوری اسلامی ایران معیار مصلحت‌گرایی را مصلحت نظام قرار داده است. در این نگاه می‌توان بر اساس اصول و ارزش‌های بنیادین اخلاق، هنگامی که مصلحت نظام اقتضاء می‌کند، آزادی‌های مردم را از طریق جرم‌انگاری و تهدید به کیفر محدود کرد. چنانکه پیش‌تر گفته شد، خواه از جهت نظری یا عملی نمی‌توان مصالح حکومت را مترادف و یکسان با مصالح مردم دانست.

برخی بر این باورند با توسل به اصل مصلحت می‌توان بسیاری از احکام اجراءناپذیر یا به اصطلاح غیرعقلانی را به صورت مشروع کنار گذاشت (ر.ک: جهانگیر، ۱۳۷۴). در واقع، پیروان این نگاه به جای بیان موضع اصولی و علنی خود درباره نظام حقوقی حاکم بر کشور، دست به دامان عنصر مصلحت‌گرایی شدند. اینان توجه نداشتند که این نوع مصلحت‌گرایی محدود و منحصر به احکام فقهی نمی‌ماند، یعنی همانطور که حاکم می‌تواند احکام و اصول شرعی را کنار بگذارد، با همان توجیه می‌تواند از اصول اخلاقی نیز گذر کند. این نگاه اجازه می‌دهد حکومت بتواند در جهت حفظ مصالح نظام بدون رعایت موازین اخلاقی از اصلی‌ترین ابزار قدرت خود

یعنی حقوق کیفری یا جرم‌انگاری استفاده کند. البته توجه به نظریات اخلاقی نیز در اینجا بسیار اهمیت دارد. باید دید مطابق کدام نظریه اخلاقی این بررسی صورت می‌گیرد و این شکل از جرم‌انگاری با این مقدار از مصلحت‌گرایی مشروع یا نامشروع دانسته می‌شود.

#### ۴-۵. چالش‌های حقوق بشری

جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه به طور ذاتی با مسائل حقوق بشری رابطه‌ای چالشی و پرتنش دارد. از یک سو، ملموس‌ترین رویارویی آزادی‌های فردی و قدرت حکومت را می‌توان در تصویب قوانین کیفری مشاهده کرد. از سوی دیگر، یکی از مهم‌ترین دغدغه‌های حقوق بشری تضمین آزادی‌های فردی است. این رویارویی در جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه به حدّ اعلای خود می‌رسد، زیرا این پرسش مطرح می‌شود که معیار و محدوده مصلحت‌سنجی تا کجاست و چه تبعاتی بر حقوق شهروندان خواهد داشت؟ ممکن است برخی گرایش‌های حقوق بشری مصلحت‌گرایی در برخی مداخلات محدودکننده را با شرط ضرورت و اضطرار بپذیرند، اما در مورد جرم‌انگاری به این معنا که یک موضوع بر خلاف اصول و قوانین حقوق بشری ممنوع شود و برای آن مجازات تعیین شود، تقریباً در هیچ یک از نظریات حقوق بشری پذیرفته شده نیست.

جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه در نظام جمهوری اسلامی چالشی مضاعف با حقوق بشر دارد. روابط جمهوری اسلامی با پدیده حقوق بشر از دو دیدگاه بررسی کردنی است. نخست، مواجهه نظری است. جمهوری اسلامی در نظریات رسمی خود از منتقدان اسناد حقوق بشری به شمار می‌رود و آنها را مبتنی بر مبانی لیبرالیسم غربی می‌داند. دوم، مواجهه حقوقی و عملی است، به این معنا که جمهوری اسلامی ایران با توجه به روابط بین‌المللی خود بسیاری از موازین حقوق بشری اعم از عرف‌ها یا اسناد حقوق بشری را تحت عنوان تفاهم یا تعهدات دوطرفه (نه به عنوان مبنا) می‌پذیرد. بدون شک این تعاملات که برخی الزامات عملی را نیز ایجاد می‌کنند بر جرم‌انگاری و به طور کلی حقوق کیفری نظام جمهوری اسلامی تأثیرگذار هستند. آیا می‌توان در صورت به خطر افتادن مصالح نظام یا حکومت، مبانی حقوق بشری (هر شکل از آن که مورد

تأیید باشد) را به طور موقت یا دائمی کنار گذاشت؟ پاسخ این است که با توجه به توضیحی که درباره جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه ارائه شد، این امکان حداقل به لحاظ نظری وجود دارد و به همین خاطر چگونگی رویارویی با مسائل حقوق بشری یکی از چالش‌های اساسی جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه در نظام جمهوری اسلامی به حساب می‌آید.

#### ۵-۵. چالش‌های سیاسی-حقوقی

قانون اساسی خواه از منظر سیاسی یا حقوقی مهم‌ترین و بالاترین سندی است که اصول و موازین حاکم بر روابط سیاسی افراد در ارتباط با دولت و نهادهای سیاسی کشور، شیوه تنظیم آنها و نیز کیفیت توزیع قدرت میان فرمانروایان و فرمانبرداران را ترسیم می‌کند (قاضی، ۱۳۸۰). از این رو، قانون اساسی هم به لحاظ سیاسی و هم به لحاظ حقوقی از اهمیتی زیاد برخوردار است. جرم‌انگاری به طور عادی باید در چارچوب و محدوده تعیین شده در قانون اساسی انجام گیرد. چنانکه از اصل ۱۱۲ قانون اساسی برمی‌آید، وقتی مجلس شورای اسلامی قانونی را تصویب کند و شورای نگهبان آن را خلاف موازین شرع یا قانون اساسی تشخیص دهد و مجلس همچنان بر تصویب آن اصرار کند، موضوع به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع داده می‌شود. اگر مجمع مصلحت نظام را در تصویب قانون مذکور ببیند، آن را بر اساس اصل مصلحت تأیید می‌کند و اگر چنین مصلحتی را تشخیص نداد، به پیروی از نظر شورای نگهبان آن را رد می‌کند. همچنین، ممکن است مجمع با توجه به بررسی‌های خود فرض سوّم را که به مصلحت نظام باشد پیشنهاد کند که بر اساس آن قانون اصلاح و تصویب خواهد شد. در هر سه صورت تشخیص مجمع برای مجلس و شورای نگهبان لازم‌الاتباع است. با این توصیف هرچند مجمع جایگاه قانونگذاری ندارد، این اختیار را دارد که مصوبات مجلس از جمله قوانین کیفری یا جرم‌انگاری‌هایی را که شورای نگهبان خلاف موازین اولیه شرعی و اصول قانون اساسی دانسته است تأیید یا اصلاح کند. بنابراین، در نظام جمهوری اسلامی ایران جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه با سازکاری مشخص به رسمیت شناخته شده است. بدین سبب بسیاری از سیاست‌مداران و حقوقدانان مانند سید محمود

کاشانی و جلال‌الدین مدنی (مدنی، ۱۳۹۱) به چنین فرایندی ایراد می‌گیرند و آن را نفی قانون اساسی می‌دانند.

### ۵-۶. چالش‌های حقوق کیفری

از نظر بسیاری از حقوق‌دانان کیفری یکی از جدی‌ترین مشکلات فراروی حقوق کیفری این است که حجم قوانین جزایی بیش از آن چیزی است که برای زندگی اجتماعی ضروری است. در سال‌های اخیر تصویب قوانین جزایی با نوعی افراط روبرو بوده است که نتیجه آن تورم قوانین کیفری است (فلاح، ۱۳۹۳). تقریباً بیشتر کسانی که به آسیب‌شناسی حقوق کیفری موجود پرداخته‌اند دور شدن از ضابطه‌های عینی و ترجیح ضابطه‌های ذهنی و سیال در جرم‌انگاری را از نتایج جرم‌انگاری غیراصولی یا همان مصلحت‌گرایانه می‌دانند. بنابراین، یکی از اساسی‌ترین چالش‌های جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه در نظام جمهوری اسلامی توجیه‌ناپذیری آن از جهت مبانی حقوق کیفری است.

### نتیجه

با توجه به مطالب این نوشتار می‌توان چند پیشنهاد را برای رفع یا کاهش چالش‌ها و ایرادات جرم‌انگاری در نظام جمهوری اسلامی ایران مطرح کرد:

۱. تغییر معیار مصلحت‌گرایی از «مصلحت نظام» به «مصلحت عام» در اصل ۱۱۲ قانون اساسی؛
۲. ایجاد تضمین‌های حقوقی برای احراز ضرورت و عمومیت مصلحت‌گرایی در قانون اساسی از طریق افزودن ضوابط و محدودیت‌هایی برای مصلحت‌گرایی شامل جمعی بودن، حداقلی بودن، آلی بودن، بی‌طرفانه بودن؛
۳. تغییر در شیوه انتخاب اعضای مجمع تشخیص مصلحت نظام به منظور حفظ ضوابط مصلحت‌گرایی؛
۴. در نظر گرفتن تضمین حقوقی برای اعتراض به مصلحت‌گرایی‌های صورت گرفته و الزام مجمع تشخیص مصلحت نظام به پاسخگویی؛

۵. تضمین حقوقی برای محدودیت زمانی مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام.

## منابع

### الف. فارسی

- اصغری، سید محمد. (۱۳۸۶). *عدالت و عقلانیت در فقه و حقوق*، تهران، مؤسسه اطلاعات.
- افتخاری، علی اصغر. (۱۳۸۴). *مصلحت و سیاست؛ رویکرد اسلامی*، چاپ اول، تهران، دانشگاه امام صادق.
- ..... (۱۳۸۸). «مقام مصلحت در اندیشه امام خمینی»، *فصلنامه دانش سیاسی*، شماره یکم.
- بازرگان، مهدی، «آخرت و خدا، هدف بعثت انبیاء»، *کیان*، شماره ۲۸.
- باقی، عمادالدین. (۱۳۹۲). *فلسفه سیاسی اجتماعی آیت الله منتظری*، قم، دفتر آیت الله شیخ حسینعلی منتظری.
- جاوید، محمدجواد. (۱۳۸۸). *نظریه نسبت در حقوق شهروندی*، چاپ اول، تهران، گرایش خمینی، روح الله، صحیفه نور، نسخه اینترنتی.
- راسخ، محمد. (۱۳۹۳). *حق و مصلحت*، جلد اول، چاپ پنجم، تهران، نو.
- ..... (۱۳۹۳). *حق و مصلحت*، جلد دوم، چاپ دوم، تهران، نی.
- رحمت اللهی، حسین. (۱۳۸۹). «مصلحت عمومی یا مصلحت شرعی»، *ماهنامه مهرنامه*، شماره ۹.
- شمس ناتری، محمدابراهیم، جاهد، محمدعلی. (۱۳۸۷). «عوامل و نتایج توزع کیفری و راهکارهای مقابله با آن»، *مجله فقه و حقوق*، سال پنجم، شماره ۱۷.
- صالح پور، جهانگیر (سعید حجاریان). (۱۳۷۴). «فرایند عرفی شدن فقه شیعه»، *کیان*، شماره ۲۶.
- ..... (سعید حجاریان). (۱۳۷۴). «امام خمینی، فقیه دوره گذار»، *کیان*، شماره ۲۶.
- صرامی، سیف الله. (۱۳۸۰). *احکام حکومتی و مصلحت*، تهران، مرکز تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام.

- عالم، عبدالرحمن. (۱۳۷۳). *بنیادهای علم سیاست*، چاپ اول، تهران، نی.
- فرح‌بخش، مجتبی. (۱۳۹۲). *جرم‌انگاری فایده‌گرایانه*، چاپ اول، تهران، میزان.
- فنایی، ابوالقاسم. (۱۳۹۲). *دین در ترازوی اخلاق*، چاپ دوم، تهران، صراط.
- قاضی، ابوالفضل. (۱۳۷۲). *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی*، جلد اول، چاپ چهارم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- گنجی، علی. (۱۳۹۲). «مواجهه فقهای شیعه با قانون و حقوق عمومی»، *فصلنامه شهر قانون*، بهار، شماره ۹.
- ..... (۱۳۹۵). «جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه، مطالعه موردی نظام جمهوری اسلامی ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، به راهنمایی مجتبی فرح‌بخش، دانشگاه آزاد اسلامی واحد نراق.
- مؤمن، محمد. (۱۳۸۰). «مصلحت در فقه شیعه»، *پیام حوزه*، شماره ۱۹.
- مزینانی، محمدصادق. (۱۳۸۸). *مصلحت از دیدگاه امام خمینی، حکومت دینی در زلال کوثر اندیشه‌های امام خمینی*، مجموعه مصاحبه‌ها، قم، بوستان کتاب.
- مطهری، مرتضی. (۱۳۷۵). *شرح منظومه*، تهران، انتشارات صدرا.
- ..... (بی‌تا). *مقدمه‌ای بر جهان بینی اسلامی*، تهران، انتشارات جهاد سازندگی.
- معتمدی‌مهر، حمید. (۱۳۹۴). «بازرگان و قانون اساسی»، تهران، هفته‌نامه پایتخت کهن.
- مهرپور، حسین. (۱۳۸۷). *دیدگاه‌های جدید در مسائل حقوقی*، تهران، مؤسسه اطلاعات.
- ..... (۱۳۸۹). *مختصر حقوق قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران، دادگستر.
- نوبهار، رحیم. (۱۳۷۸). «ولایت مطلقه فقیه: فراقانونی یا در چارچوب قانون؟»، *مجموعه مقالات کنگره امام خمینی و اندیشه حکومت*، ج ۵، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- ..... (۱۳۸۸). «قاعده حفظ نظام»، *روزنامه اطلاعات*: دوشنبه، ۲۶ مرداد ۱۳۸۸، شماره ۲۴۵۴۴، صفحه ۱۱.

– ..... (۱۳۹۰)، «اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری» آموزه‌های حقوق کیفری، شماره یکم.

– هاشمی رفسنجانی، اکبر. (۱۳۸۱)، «نقادی نظرورزی‌ها درباره مجمع تشخیص مصلحت»، مصاحبه کننده: حسین مهرپور، فصلنامه گفتمان، شماره ۲۶.

– هاشمی، سیدحسین، کوشا، جعفر. (۱۳۸۸). «بررسی تعارض اصل ۱۶۷ قانون اساسی با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها»، فصلنامه نامه مفید، شماره ۲۶.

– هاشمی، سیدمحمد. (۱۳۸۱). حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد اول، چاپ ششم، تهران، میزان.

#### ب. انگلیسی

- Agamben, Giorgio. (2005). *State of Exception*, Translated into English by Kevin Attell, Chicago and London, the University of Chicago Press.
- Barry, B. (1977). *The Public interest*, in Political Philosophy, ed, Quinton, London, OUP.
- Christopher Lehmann-Haupt, Joel Feinberg, Influential Philosopher. April 5, 2004. The New York Times.
- Feinberg, Joel. (1989). *The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford University press.
- Opwis, Felicitas. (2003). Maslaha in contemporary Islamic legal theory.