



## The Position of Order and Public Interest in Criminalization in Iranian Jurisprudence and Criminal Law and European Law

Amin aldin Sharafi Masouleh <sup>1</sup>, Ali Ghorbani <sup>2\*</sup>, Parviz Zokaeyan <sup>3</sup>

1. Ph.D Student of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Chalous Branch, Islamic Azad University, Chalous, Iran.

2. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Law, Chalous Branch, Islamic Azad University, Chalous, Iran. (Corresponding Author)

3. Assistant Professor, Department of Fiqh and Basics of Islamic Law, Faculty of Humanities, Chalous Branch, Islamic Azad University, Chalous, Iran.

### ARTICLE INFORMATION

**Type of Article:**

**Original Research**

**Pages: 151-163**

**Corresponding Author's Info**

**ORCID:** 0009-0008-3426-645X

**TELL:** +98 9122169458

**Email:** Agt13501@gmail.com

**Article history:**

**Received:** 07 Nov 2023

**Revised:** 02 Jan 2024

**Accepted:** 02 Feb 2024

**Published online:** 20 Feb 2024

**Keywords:**

*Public Order, Public Interest,*

*Public Benefit, Harm*

*Principle, Criminalization,*

*European Law.*

### ABSTRACT

The purpose of this article is to examine the place of order and public interest in criminalization in Iranian jurisprudence and criminal law and European law. The present article is descriptive and analytical and has investigated the mentioned subject by using the library method. The results indicate that from the point of view of jurisprudence, expediency and public order, public security is one of the important foundations of criminalization. From the point of view of the subject law, social necessity and benefit, along with public order and security, is one of the most important bases of criminalization. In European law, the principle of harm, the prohibition of disturbing others, the principle of protecting the rights of the general public is the main basis of criminalization, which itself is the basis of order and public interest. The important and subtle difference between Iranian jurisprudence and criminal law and European law is that in Iranian jurisprudence and criminal law, the emphasis is on public order and expediency, but in the European Union, the emphasis is on public benefit. Public interest is one of the words that is ambiguous to a great extent and is very open to interpretation, but public interest generally includes benefit and public good. The vagueness and breadth of the concept of public interest sometimes causes maximum criminalization.



This is an open access article under the CC BY license.

© 2024 The Authors.

**How to Cite This Article:** Sharafi Masouleh, A; Ghorbani, A & Zokaeyann, P (2024). "The Position of Order and Public Interest in Criminalization in Iranian Jurisprudence and Criminal Law and European Law". *Journal of Comparative Criminal Jurisprudence*, 3(5): 151-163.



انجمن علمی فقه‌پژای تطبیقی ایران

# فصلنامه فقه جزای تطبیقی

www.jccj.ir



فصلنامه فقه‌پژای تطبیقی

دوره سوم، شماره پنجم، اسفند ۱۴۰۲

## جایگاه نظم و مصلحت عمومی در جرم‌انگاری در فقه و حقوق کیفری ایران و حقوق اروپایی

امین‌الدین شرفی ماسوله<sup>۱</sup>، علی قربانی<sup>۲\*</sup>، پرویز ذکائیان<sup>۳</sup>

۱. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده علوم انسانی، واحد چالوس، دانشگاه آزاد اسلامی، چالوس، ایران.
۲. استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده علوم انسانی، واحد چالوس، دانشگاه آزاد اسلامی، چالوس، ایران. (نویسنده مسؤول)
۳. استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده علوم انسانی، واحد چالوس، دانشگاه آزاد اسلامی، چالوس، ایران.

### چکیده

هدف مقاله حاضر، بررسی جایگاه نظم و مصلحت عمومی در جرم‌انگاری در فقه و حقوق کیفری ایران و حقوق اروپایی است. مقاله پیش‌رو توصیفی تحلیلی بوده و با استفاده از روش کتابخانه‌ای به بررسی موضوع مورد اشاره پرداخته است. نتایج بر این امر دلالت دارد که از منظر فقهی، مصلحت و نظم عمومی، امنیت عمومی از مبانی مهم جرم‌انگاری است؛ از دیدگاه حقوق موضوعه نیز؛ ضرورت و فایده اجتماعی درکنار نظم و امنیت عمومی از مهم‌ترین مبانی جرم‌انگاری است. در حقوق اروپایی نیز اصل ضرر، منع مزاحمت برای دیگران، اصل حمایت از حقوق عموم مردم، مبنای اصلی جرم‌انگاری است که خود این اصل قوام بخش نظم و منفعت عمومی است. تفاوت مهم و ظریف در فقه و حقوق کیفری ایران با حقوق اروپایی این است که در فقه و حقوق کیفری ایران تأکید بر نظم و مصلحت عمومی است؛ اما در اتحادیه اروپایی، تأکید بر نفع و منفعت عمومی است. مصلحت عمومی از واژه‌هایی است که تا حد زیادی مبهم بوده و بسیار تفسیربردار است؛ اما منفعت عمومی عموماً فایده و خیر عمومی را شامل می‌شود. آنچه اهمیت دارد این است که باید نوعی تناسب میان سبب جرم‌انگاری حداکثری می‌شود. آنچه اهمیت دارد این است که باید نوعی تناسب میان حقوق عمومی و آزادی‌های فردی ایجاد شود و دایره نظم و مصلحت عمومی نباید آن‌قدر گسترده تعریف شود که حقوق و آزادی‌های فردی محدود و نادیده انگاشته شود. قانون‌گذار لازم است؛ دامنه و محدوده مصلحت را مشخص نماید و این امر باید با قوانینی کاملاً روشن و صریح صورت گیرد.

### اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۱۵۱-۱۶۳

اطلاعات نویسنده مسؤول

کد ارکید: ۶۴۵X-۳۴۲۶-۰۰۰۸-۰۰۰۹

تلفن: +۹۸۹۱۲۲۱۶۹۴۵۸

ایمیل: Agt13501@gmail.com

### سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۱۶

تاریخ ویرایش: ۱۴۰۲/۱۰/۱۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۱/۱۳

تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۱۲/۰۱

### واژگان کلیدی:

نظم عمومی، مصلحت عمومی، منفعت عمومی، اصل ضرر، جرم‌انگاری، حقوق اروپایی.

خوانندگان این مجله، اجازه توزیع، ترکیب مجدد، تغییر جزئی و کار روی حاضر به صورت غیرتجاری را دارند.



© تمامی حقوق انتشار این مقاله، متعلق به نویسنده می‌باشد.

**مقدمه**

یکی از موضوعات مهم مورد بحث در اندیشه‌های کیفری بحث جرم‌انگاری و اصول و مبانی توجیهی آن و حقوق عمومی می‌باشد. جرم‌انگاری بحثی است که به علت تبعاتی نظیر: مجازات برای افراد جامعه، رابطه مستقیم که با آزادی اولیه افراد دارد و می‌تواند آزادی‌های ایشان را سلب نماید؛ و همچنین ملاک تعیین مجرم از غیرمجرم در جامعه باشد؛ و در واقع قانون‌گذار با اعمال جرم‌انگاری برخی رفتارها را ممنوع می‌کند که اگر این رفتارها با در نظر گرفتن کلیه ضوابط و معیارها که در جرم‌انگاری لحاظ می‌شود در نظر گرفته نشود مشکلات عدیدی و کلی در نظام کیفری به وجود می‌آورد. چالش و مسأله اصلی حقوق عمومی و جرم‌انگاری، آزادی‌های فردی است. اهمیت موضوع در این است که حقوق فردی باید براساس مبانی موجه‌ساز به‌درستی شناخته شود تا اعضای جامعه بدانند باید چه حقوقی را از حکومت یا اعضای جامعه مطالبه کنند. مصلحت عمومی نیز از مفاهیمی است که به‌درستی تعریف نشده؛ اما بسیار مورد استفاده قرار می‌گیرد و هر جا که عملی مخالف باقانون یا حقوق فردی انجام شود به‌دست‌آویز همین تعبیر است؛ مهم است این مفهوم و دایره شمول آن مشخص شود تا حکومت نتواند با توسل نامحدود به‌این تعبیر حقوق فردی را بی‌اثر سازد. به‌علاوه این دیدگاه در مورد رابطه بین حقوق فردی و مصلحت عمومی تنها حاکم بر قانون اساسی نیست؛ بلکه در سایر قوانین نیز همین خط‌مشی رعایت می‌شود. در قانون مجازات اسلامی توسل بی‌حد و حصر به مصلحت عمومی در جرم‌انگاری می‌تواند باعث شود دایره آزادی‌ها و حقوق افراد نا‌عادلانه مورد تعرض قرار بگیرد. این موضوع وقتی اهمیت بیشتری پیدا می‌کند که توجه شود از دید برخی جرم‌شناسان «سیاست‌جنایی 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 به‌اوضاعان سیاست‌جنایی را نیز مهیا نموده است» (نجفی‌توانا، ۱۳۸۶: ۱۸۵-۲۱۸). در خصوص جرم‌انگاری، پژوهش‌های متعددی انجام شده است:

محمدجعفر حبیب‌زاده، و امیرحمزه زینالی، در مقاله‌ای، به بررسی محدودیت‌های عملی جرم‌انگاری پرداخته‌اند (حبیب‌زاده و زینالی، ۱۳۸۴). سعید قماش نیز در مقاله‌ای، کرامت انسانی را به‌عنوان مانع گسترش جرم‌انگاری بررسی کرده است (قماش، ۱۳۹۱). همچنین فاطمه مسرور و حسین ناصری مقدم در مقاله‌ای، جایگاه رفتار ناقض حق کرامت در جرم‌انگاری را تبیین و تحلیل کرده‌اند (مسرور و ناصری مقدم، ۱۴۰۰). تمایز و نوآوری مقاله حاضر نسبت به پژوهش‌های انجام شده این است که در مقاله حاضر جایگاه نظم و مصلحت عمومی در جرم‌انگاری در فقه و حقوق کیفری ایران و حقوق اروپایی مورد بررسی قرار می‌گیرد. حقوق اروپایی، مجموعه هنجارهای کیفری (ماهوی، شکلی، مقررات مربوط به‌امور زندان‌ها) مشترک بین دول مختلف اروپایی به منظور مبارزه مؤثرتر علیه بزهکاری و به‌ویژه بزهکاری سازمان یافته فراملی» است. حقوق اروپایی از آنجا که دارای مبانی نظری و اندیشه‌ای متفاوت با فقه و حقوق کیفری ایران دارد و می‌تواند زمینه تضارب دیدگاه‌ها در زمینه مبانی جرم‌انگاری را فراهم نماید انتخاب شده است. سؤال مقاله به‌این شکل قابل طرح است که نظم و مصلحت عمومی در جرم‌انگاری در فقه و حقوق کیفری ایران و حقوق اروپایی چه جایگاهی دارد؟ به‌منظور بررسی سؤال مورد اشاره ابتدا، جایگاه نظم و مصلحت عمومی در جرم‌انگاری در فقه و حقوق کیفری ایران بررسی شده و در ادامه از جایگاه نظم و مصلحت عمومی در جرم‌انگاری در حقوق اروپایی بحث شده است.

## ۱- جایگاه نظم و مصلحت عمومی در جرم‌انگاری در فقه و حقوق کیفری ایران

در این قسمت به بررسی جایگاه نظم و مصلحت عمومی در جرم‌انگاری در فقه و حقوق کیفری ایران پرداخته می‌شود.

### ۱-۱- نقش نظم عمومی در جرم‌انگاری

نظم عمومی یکی از دلایل تشکیل حکومت از منظر اسلام است (عمیدزنجانی، ۱۴۲۱: ۱۵۹/۲). «اصل کلی در نظام کیفری اسلام این است که اجرای تعزیر مجازات جز درباره معصیت؛ یعنی عملی که به‌ذات و به‌وسیله نص، تحریم شده ممکن نیست؛ ولی در صورتی که منافع عمومی ایجاب

عوامل و امکانات و توانایی‌های مادی و معنوی نیز در این راه به کار گرفته شوند (کاظمی، ۱۳۷۲: ۱۱۷).

«حفظ امنیت سیاسی و امنیت اجتماعی، کارکردهای اصلی نظام کیفری هستند. بی‌تردید، می‌توان برای حفظ نظم مستقری که در جامعه‌ای مردم‌سالار وجود دارد، پاره‌ای از حقوق یا آزادی‌ها را محدود کرد؛ اما همواره این نگرانی وجود دارد که حاکمان یا دولت‌ها از این حق محدودسازی، سواستفاده کنند و امنیت مردم به‌امنیت حزب حاکم کاهش داده یا قائل به تفکیک بین امنیت دولت و ملت نشوند و این دو را یکسان انگارند» (آقابابایی، ۱۳۸۹: ۲۹۵-۱۴۵).

#### ۱-۲- نقش مصلحت‌عمومی در جرم‌انگاری

مصلحت‌عمومی یکی از قواعدی است که مبنای بسیاری از جرم‌انگاری‌ها قرار گرفته و در باب مفهوم آن سخن‌های بسیاری رفته است. میرزاعلی اکبرخان داور وزیر عدلیه سابق در تقریرات درس حقوق جزای عمومی خود، به شرح چهار عقیده و مذهب مختلف برای پیدایش مجازات می‌پردازد که یکی از آن‌ها عقیده و مذهب انتفاعی است؛ بر این مبنا اعتقاد بر این است که اعمالی وجود دارند که اگر در جامعه زیاد شده و تکرار شوند، نظم عمومی به هم می‌خورد و نفع جامعه در صورت نیافتن آن است؛ لذا، اگر مجازاتی از طرف هیأت آمره مقرر می‌شود، برای آن است که جامعه ترک اعمال مورد مجازات را اراده نموده است و چون تکرار این اعمال موجب فساد جامعه خواهد بود؛ به این جهت نفع جامعه دلیلی است که برای جلوگیری از این اعمال، مجازات‌هایی مقرر و برقرار شود (داور، ۱۳۸۴: ۵۱۱-۵۱۲). اما نباید نفع جامعه را تعبیر به حسن نمود؛ چراکه آنچه در عالم خارج تجربه شده است، این نکته را می‌رساند که حسن و قبح از مصلحت و مفسده تبعیت نمی‌کنند. زیرا گاهی مصلحت در فعل قبیح است؛ مثل کشتن یک نفر به خاطر به دست آوردن دارویی که این دارو، دو نفر را از مرگ نجات می‌دهد (مجلسی، ۱۳۶۷: ۱۷۰/۲). اگر به‌تنهایی از منظر مصلحت و مفسده نگریسته شود، مصلحت این کار بیش از مفسده آن است؛ اما در عین حال، همه این قتل را عقلاً، ظالمانه و

کند اسلام اجرای تعزیر را در مواردی که نصی بر تحریم آن بذاته وارد نشده جایز می‌شمارد» (عوده، ۱۳۷۳: ۱۹۷/۱؛ صافی، ۱۴۰۴: ۱۳۹). «بنابراین وصفی که سبب تحریم افعال و حالات و در نتیجه تعزیر مرتکبان آن‌ها است، زیان رساندن به منافع عمومی می‌باشد. براساس این دیدگاه زیان فردی باید برای دفع زیان عمومی تحمل گردیده و زیان سنگین‌تر با زیان سبک‌تر دفع شود» (موسوی‌اردبیلی، ۱۴۱۳: ۸۱). در واقع در نظام کیفری اسلام، جرم‌انگاری مقوله‌ای حکومتی است باهدف حفظ و تأمین مصالح عمده و دفع مفسد مهم فردی و اجتماعی که می‌تواند قلمرو محدودی از رفتارها را در حد ضرورت در بر بگیرد (حسینی، ۱۳۸۳: ۶۵۲).

حق داشتن امنیت یکی از عناصر مهم نظم عمومی است. عمومی است. ریشه لغوی «امنیت» از زبان عربی گرفته و در زبان فارسی متداول شده است و تقریباً با مفهومی یکسان مورد استفاده فارسی‌زبانان قرار گرفته است. امنیت به معنای ایمن‌شدن، در امان بودن و بدون ترس تعریف شده است (خوش‌فر، ۱۳۷۸: ۸۳-۱۰۴) امنیت را از حیث فراگیری می‌توان عمومیت داد، چون حوزه‌های مختلف جسمی و گروهی را می‌تواند پوشش دهد. امنیت همان آرامش و آسودگی خاطری است که هر جامعه موظف است برای اعضای خود ایجاد نماید. در ارتباط با زندگی افراد جامعه، امنیت عبارت است از فراهم شدن حالت و شرایطی که مردم در آن محیط، بیم و هراسی نسبت به احقاق حق و آزادی‌های اساسی مشروع خود نداشته و با آرامش خاطر به انجام فعالیت‌های مختلف خود بپردازند، در واقع امنیت یک پدیده ادراکی و احساسی است. یعنی این اطمینان باید در ذهن مردم، دولت‌مردان و زمامداران به وجود آید.

امنیت مفهومی است با دو بعد ذهنی و عینی که از بعد عینی به معنای ایجاد شرایط و موقعیت ایمن، برای حفاظت و گسترش ارزش‌های اصولی و حیاتی ملی است. از بعد ذهنی، امنیت به معنای احساس امنیت است. به همین جهت است که گفته می‌شود امنیت یک وضعیت نسبی است؛ یعنی هرگز فرد در معیار خرد و کشور در مقیاس کلان، نمی‌تواند مدعی برخورداری از یک امنیت صددرصد باشد؛ حال اگر تمام

دیگر حکمت وضع قاعده را به روشنی گفته یا با تعقل دسترس‌پذیر است. در مواردی نیز حکم مشخصی داده نشده و تشخیص مصلحت به افراد واگذار شده است. البته به نظر ایشان، تشخیص مصلحت‌ها و مفاسد در مستقات غیر عقلیه به‌استناد روایات مثبت ولایت فقیه، در اختیار فقیهان است و در تقلاات عملیه چنین قیدی نیست (آخوندخراسانی، ۱۳۸۹: ۲۷/۲).

در مقابل، نظر دیگری وجود دارد مبنی بر این‌که هیچ مصلحتی بیرون از شریعت وجود ندارد و هر مصلحت و مفسده‌ای را باید در درون متون شرعی یافت. بدیهی است که بگوییم نظر ظاهر به و مانند آن ظاهری و قشری سند بخش عمده مصلحت‌ها و مفاسد متغیر بوده و تابع زمان و مکان و شرایط است به‌همین دلیل هم در بسیاری از روایت‌ها امکان تغییر در حکم به‌دلیل تغییر شرایط ممکن دانسته شده است (مرعشی‌شوشتری، ۱۳۷۶: ۳۹/۱). احکام شریعت در برخی موارد ثابت هستند؛ چراکه مصلحت و مفسده موجب حکم تغییر نمی‌کند و در بسیاری از موارد مصلحت‌ها تغییرپذیر می‌باشند (رضایی، ۱۳۸۱).

در فقه اهل سنت مصلحت جایگاه مهم و ویژه‌ای دارد؛ تا جایی که، یکی از نظریه‌های مهم برای تبیین و تعیین حدود اختیارات دولت و حاکم اسلامی به‌حساب می‌آید. در فقه شیعی، کم‌تر از مصلحت با این واژه سخن به‌میان آمده است بلکه مفهوم آن را در ذیل برخی از ابواب فقهی مانند اختیارات ولی فقیه به‌ویژه درجایی که شرع حکم مشخصی در رد یا تأیید موضوعی بیان نکرده بررسی شده است.

### ۳-۱- نقش مصلحت عمومی در جرم‌انگاری

«یکی از ملاک‌ها و مناط‌های جرم‌انگاری، ضرورت و فایده اجتماعی آن است؛ چراکه 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 معیار فوق نمی‌باشد» (عوده، ۱۳۷۳: ۲۰۲/۱).

قبیح می‌شمارند. بنابراین حسن و قبح همیشه تابع مصلحت و مفسده نیست، بلکه در خیلی از موارد با مصلحت و مفسده در مصداق متحد و گاهی مختلف می‌شوند (صابریان، ۱۳۸۶: ۱۲۳-۱۴۲).

«در نظام کیفری اسلام برخلاف جرم‌انگاری، جرم‌انگاری مقوله‌ای حکومتی است که باهدف حفظ و تأمین مصالح عمده و نظم عمومی و دفع مفاسد مهم فردی و اجتماعی که می‌تواند قلمرو محدودی از رفتارها را در حد ضرورت در برگیرد» (مجلسی، ۱۴۰۴: ۱۱۰/۶).

«احکام شرعی تابع مصالح و مفاسد واقعی است و هیچ‌حکمی بدون ملاک وضع نمی‌شود. امام صادق (ع) در این باره می‌فرماید: هیچ حکمی بدون دلیل و ملاک وضع نشده است» (مجلسی، ۱۴۰۴: ۱۱۰/۶). از دید فقها، «همه احکام شرعی، تابع مصالح هستند و مصالح نیز با تغییر زمان و اختلاف مکلفین تغییر می‌کند. بنابراین، ممکن است حکم خاصی در زمانی برای یک عده مصلحت داشته باشد و به‌آن دستور داده شود، اما برای عده‌ای در زمان دیگری مفسده داشته باشد و از آن نهی شود» (حلی، ۱۴۳۰: ۲۸۲). به‌نظر آخوندخراسانی: «نظراًقوی آن است که احکام از مصالح و مفاسد واقعی تبعیت می‌کند» (آخوندخراسانی، ۱۳۸۹، ج ۲: ۲۷).

مصلحت را میرزای قمی در قوانین همانند بسیاری دیگر از فقیهان به‌دفع ضرر یا جلب منفعت برای دین و دنیا تعریف کرده است (مرعشی‌شوشتری، ۱۳۷۶: ۳۶/۱).

ریسونی در شرح دیدگاه‌های شاطبی و دریک نظریه‌ای که مشابه نظر بنتام است می‌گوید: «حقیقت مصلحت عبارت است از هر لذت و بهره‌مندی جسمی باشد یا جانی، عقلی یا روحی و حقیقت مفسده عبارت است از هر درد و عذابی، جسمی باشد یا جانی عقلی یا روحی» (ریسونی، ۱۳۷۶: ۳۰۴-۳۰۳).

مطابق نظریه مشهور در فقه شیعه احکام شرع تابع مصلحت‌ها و مفاسد است. برخی را شارع آشکارا نگفته است و عقل بشر قادر به‌درک آن‌ها نیست. درحالی‌که در برخی

اصل ضرورت در جرم‌انگاری بدان معنا می‌باشد «که استفاده از حقوق کیفری برای عملی که قابلیت کنترل را دارد و همچنین ضروری است بر آن رفتار، نظارت وجود داشته باشد، در صورتی خواهد بود که آن عمل با استفاده از دیگر ابزارهای غیر حقوقی و حقوقی غیر کیفری محدود نشده باشد و در ثانی، به کارگیری حقوق کیفری منوط به آن است که برحسب نیاز جدی و شدید همزیستی مسالمت‌آمیز توسل به ابزار کیفری نیاز داشته باشد و این ضرورت تابع مبانی و اصول است» (فلاحی، ۱۳۹۴: ۲۱۳-۲۳۴). از این رو، اگر ضرورت ناشی از همزیستی مسالمت‌آمیز وجود نداشته باشد، وضع قوانین جزایی محدودیتی در بر نخواهد داشت و مهمترین راه برای سنجش لزوم قوانین کیفری، تطبیق آن با واقعیت‌های جامعه و نیاز آن است.

«در مقام مقایسه مصلحت با منفعت نیز می‌توان گفت که اولاً، از حیث مفهومی، دایره شمول مصلحت مضیق‌تر از منفعت است؛ چراکه، مصلحت همه منفعت‌ها را در بر نمی‌گیرد، بلکه تنها منافعی را دربر می‌گیرد که در شرع، خوب و پسندیده باشند و شرع آنها را تأیید کرده باشد» (موسی‌زاده، ۱۳۸۸: ۱۵۱). «ثانیاً، از حیث جغرافیایی، دایره شمول مصلحت گسترده‌تر از منفعت است؛ زیرا مصلحت (به‌ویژه در معنای شرعی آن) بیانگر اصول واحدی است و همه افراد نوع انسان را شامل می‌شود، در حالی که منفعت، به تناسب واحدهای سیاسی مختلف، معنا و مصادیق متنوعی به خود می‌گیرد. ثالثاً، از حیث مبنايي، منفعت یک مفهوم پوزیتیویستی است و معیارهایی صرفاً مادی و عینی دارد، در حالی که مصلحت (به‌ویژه در نگاه دروندینی) حاوی معیارها و ضوابطی فرا مادی است» (افتخاری، ۱۳۷۷: ۹۸). به هر حال، مصالح عمومی در نظام حقوقی ایران و به‌ویژه در قانون اساسی، به‌عنوان محدود کننده حقوق و آزادی‌ها به شمار می‌رود و می‌تواند توجیهی در برابر نظم عمومی نیز تلقی شود.

## ۲- جایگاه نظم و مصلحت عمومی در جرم‌انگاری در حقوق اروپایی

«جرم‌انگاری فرایندی است که به‌موجب آن، قانون‌گذار یا هر نهاد مقتدر دولتی با در نظر گرفتن هنجارهای اساسی اجتماع و

تکیه بر مبانی نظری قابل قبول با توسل به کیفر برخی از رفتارهای (ظاهراً) مخل نظم اجتماعی را شناسایی و ممنوع می‌کند و بدین‌سان آزادی آدمیان را تحدید می‌نماید» (نجفی‌ابرنادادی و هاشم بیگی، ۱۳۹۰: ۹۰). «با اینکه در گفتمان حقوقی، جرم‌انگاری مفهومی شناخته‌شده‌تر از کیفرگذاری است و بر پایه دیدگاه غالب جرم شناسان و حقوقدانان فرایندی مجزا و متفاوت از کیفرگذاری دارد؛ و چه‌بسا بتوان جرم را بدون جعل کیفر (مثلاً از طریق کاربست ضمانت اجراهای غیر کیفری) ایجاد کرد اما به‌نظر این ادعا درست نباشد، زیرا جرم در مفهوم دقیق آن با کیفر شناخته می‌شود و کیفر است که صرف‌نظر از گونه و ماهیتش هسته اصلی جرم را تشکیل داده و به آن رسمیت می‌بخشد» (فرح‌بخش، ۱۳۸۹: ۱۳۹-۱۴۰). «در هر حال آنچه دل‌نگرانی لیبرالیسم در این حوزه را دامن می‌زند، جرم‌انگاری در مفهوم کیفرگذاری است و بر همین مبنا، اصول محدودکننده آزادی در چارچوب جرم و کیفر توأمان مورد توجه لیبرال‌ها قرار گرفته است. جرم‌انگاری در نظریه لیبرال به دلیل ارتباطی که با مقوله آزادی و خودمختاری پیدا می‌کند، اقدامی بس مخاطره‌آمیز و حساسیت‌برانگیز است و به همین دلیل، لیبرالیسم می‌کوشد تا حد ممکن کیفر را در پرتو مؤلفه‌های ارزشی و ارزش‌های سترگ، که سالیان سال در تثبیت و تکثیر آن‌ها کوشیده، محدود و محصور نماید. این مؤلفه‌ها به‌مثابه اصول راهبردی نظام‌های کیفری لیبرال باید توسط قانون‌گذاران و قضات کیفری مورد احترام قرار گیرند؛ فایده گرا بودن آن‌ها نباید محلی برای نقض یا تعرض به این ارزش‌ها باشد» (گری، ۱۳۸۹: ۱۶۹).

## ۲-۱- اخلاق عمومی مشترک؛ اخلاق‌گرایی قانونی

«اصل ضرر به‌غیر، مهم‌ترین و مشهورترین اصل محدودکننده آزادی است که لیبرال‌ها بر پذیرش آن اجماع دارند. این اصل، آن‌سان که گفته‌اند، پیشینه‌ای طولانی و پرافتخار در سنت لیبرالی دارند» (استورات، ۱۳۹۲: ۱۲۶۴). «طبق این اصل، کنش‌های آدمیان مادامی‌که به‌دیگران ضرری نرسانند، نباید جرم‌انگاری شده و قابل مجازات باشند. دولت نمی‌تواند شهروندان را برخلاف میلشان به‌کاری وادار یا از کاری بازدارد و تنها زمانی چنین حقی دارد که احتمال برود افراد در دنبال

اصل ضرر لیبرالی بارها مورد نقدهای تند مخالفان قرار گرفته است و در نهایت که منجر به تولد آن چیزی شد که در گفتمان فلسفی «اخلاق‌گرایی قانونی» نامیده می‌شود. بنابراین اخلاق‌گرایی قانونی جایگزین اصل ضرر می‌شود و از اخلاق به ماهو اخلاق جامعه حمایت می‌کند. از نگاه اخلاق‌گرایان، «تداوم یک جامعه متمدن درگرو پابندی به یک اخلاق عمومی مشترک است که در موارد لزوم باید از رهگذر نظام کیفری حمایت و حراست شود. اخلاقی که قانون آن را الزام و اجرا می‌کند، بایستی مورد پذیرش عموم جامعه و یا دست‌کم اکثریت آن باشد و در صورت نقض با سه ویژگی عدم تسامح، خشم و تنفر قابل شناسایی باشد. لیبرال‌ها، ضمن تأیید و تصدیق کلی دعاوی اخلاق‌گرایان در حراست از اخلاق عمومی، همچنان بر منع مداخله کیفری در این عرصه اصرار می‌ورزند. از نظر آن‌ها، اخلاق‌گرایی قانونی زمینه را برای دامن زدن به نوعی عوام‌گرایی اخلاقی هموار می‌کند. بدین‌سان، اکثریت حقی پیدا می‌کند تا یک نوع شیوه زندگی واحد را به جامعه دیکته نماید» (هارت، ۱۳۸۸: ۱۱۳). «چنین فضای اخلاقاً یک‌دست و هماهنگی، به‌طور قطع به‌تشکیل یک جامعه بسته و قفس‌گونه می‌انجامد که نتیجه آن خفه کردن آزادی‌های مدنی است. افزون بر این، اخلاق‌گرایی با اصل حکمرانی بی‌طرفانه سازگاری ندارد، چون دولت را قادر خواهد کرد که بدون توجه به استقلال اخلاقی شهروندان به جزئیات زندگی آن‌ها وارد شده و بدترین شکل بداخلاقی را در عرصه عمومی حاکم نماید. دولت هرگز نباید با توسل به قدرت قاهره افراد را مجبور کند تا تصویر منظمی از یک زندگی مطلوب را دنبال نمایند. بی‌تردید دولت لیبرال باید نگران مسائل مربوط به اخلاق عمومی جامعه باشد، اما این دلواپسی نباید از طریق قانون و به‌ویژه قانون کیفری جبران شود. اگر قانون خود را درگیر چنین ملاحظاتی کند، آشکار اصل مدارا و بی‌طرفی را نقض کرده است» (نجفی‌ابرندآبادی و هاشم‌بیگی، ۱۳۹۰: ۹۱). بنابراین، بهتر آن است که قانون‌گذار کیفری از ورود به ساحت اخلاق جداً پرهیز کرده و حمایت از آن را به جامعه مدنی بسپارد.

کردن منافع خویش، حقوق دیگران را نقض و به‌نوعی به همدیگر صدمه وارد نمایند. دولت تنها زمانی می‌تواند خلاف اراده فرد در زندگی او دخالت کند که با این دخالت، ضرری را که متوجه دیگران است از میان برداشته و یا آن را کاهش دهد. با این حال، صرف وجود ضرر به‌غیر، موجبی برای مداخله کیفری نیست؛ چه‌بسا رفتار زیان‌بار فرد، ناخواسته و غیرعمدی و یا در راستای دنبال کردن هدفی موجه و قانونی بوده است. در این موارد از آنجاکه رفتار ارتكابی زیان‌بار متضمن ظلم یا ستمی بر فرد قربانی نیست، طبیعتاً نباید شایسته جرم‌انگاری و کیفردهی باشد. نوع مداخله‌ای که دولت با توسل به اصل ضرر می‌کند، اعمال زور که از طریق ضمانت اجراهای کیفری صورت می‌گیرد، باید منطبق توجیه‌گری داشته باشد» (بکاریا، ۱۳۸۵: ۳۵). بنابراین، «چنانچه دولت بتواند با توسل به اقدامات دیگر مانع ضرر به دیگران شود، آنگاه نباید به اقدامات قهرآمیز متوسل گردد، کیفر یگانه وسیله مناسب و منطقی برای حمایت از ارزش‌های اخلاقی و منافع بنیادین جامعه نیست و پیش از توسل به آن باید همه ابزارهای غیرکیفری را مورد سنجش و ارزیابی قرارداد» (Bentham, 1996: 78). دل‌بستگی لیبرال‌ها به دولت حداقل و تحدید قدرت دولت در تعیین کیفر دست‌کم دو دلیل عمده دارد: دلیل نخست از اعتقاد آن‌ها به ارزش خودمختاری انسان نشأت می‌گیرد. در واقع، همین ارزش است که لیبرالیسم را به سوی فردگرایی سوق می‌دهد. دلیل دوم ناشی از بی‌اعتمادی عمیق لیبرال‌ها به قدرت و فرمانروایی دولت است؛ با این استدلال که تجربه‌های تلخ نشان داده که دولت متمایل به سوءاستفاده از قدرت و فرمانروایی خویش و دست‌یازیدن به اعمال بی‌رحمانه است. «لیبرال‌ها که می‌کوشند عرصه آزادی فردی را به‌حد اکثر برسانند، معمولاً از آزادی منفی حمایت می‌کنند. از نگاه آن‌ها، آزادی فردی پایه و اساس بالندگی اخلاقی است و باید تمام و کمال تحت حمایت و حفاظت قرار گیرد. در این گفتمان «اصل ضرر به غیر» مرز بین جرم‌انگاری و آزادی است. دولت باید متوجه این مهم باشد که در یک سنت لیبرالی، مردم هرچه فکر می‌کنند و می‌گویند کاملاً به خودشان مربوط است؛ گذشته از آن، کلمات به کسی آسیب نمی‌زنند» (فرح‌بخش، ۱۳۸۹: ۱۴۱).

## ۲-۲- منع مزاحمت

«اصل مزاحمت ماهیتاً برای دیگران آزار دهنده هستند و همواره دلیل خوبی برای حمایت از ممنوعیت‌های کیفری می‌باشد. اصل مزاحمت به‌خودی‌خود توجیه خوبی برای جرم شناختن رفتار در نظام‌های کیفری لیبرال نبوده و ناگزیر باید با شرایط دیگری همراه گردد. از جمله این شرط مهم که رفتار آزاردهنده نسبت به دیگران باید شدید و غیرقابل تحمل باشد در غیر این صورت توسل به اصل مزاحمت کارکرد خود را از دست می‌دهد. به نظر می‌رسد که شاید ضرورتی هم به اصل مزاحمت نباشد، زیرا لیبرالیسم می‌تواند اصل ضرر به غیر را به‌گونه‌ای درک و فهم کند که به کنش‌های مزاحمت‌زا و آزار رسان نیز تعمیم یابد. به بیان دقیق‌تر، نیازی نیست که برای جرم‌انگاری چنین اعمالی از اصل ضرر فاصله گرفت، بلکه می‌توان با تغییر دیدگاه نسبت به ضرر، آن را به‌ضررهای معنوی که به‌نوعی مخل نظم عمومی‌اند، توسعه داد. اصل ضرر چنانچه صرفاً به ضررهای مادی محدود نشده و ضررهای معنوی را نیز شامل شود، دیگر ضرورتی به‌اصل مزاحمت نمی‌باشد» (گری، ۱۳۸۹: ۱۷۰). لیبرال‌ها به‌جای تلاش در جهت بازاندیشی و بازسازی مفهوم ضرر و ارائه تفسیر جدیدی از آن، ترجیح داده‌اند که اصل مزاحمت را به‌عنوان اصلی در کنار اصل ضرر و به‌عنوان مکملی برای محدودیت آزادی در نظر بگیرند، ولی بهتر آن است که مفهوم ضرر متناسب با نیازهای جامعه هم به‌رفتارهای زیان‌بار و هم به‌کنش‌های آزاردهنده تعمیم یابد. اگر مزاحمت نوع خاصی از ضرر دانسته شود، که بخش عمده‌ای از تحلیل فاینبرگ نیز حاکی از چنین فهمی است (استوارت، ۱۳۹۲: ۱۲۷۱)، در آن صورت ضرر از قالب سنتی‌اش فراتر رفته و تقریر تازه‌ای پیدا می‌کند.

## ۲-۳- اصل حمایت

اصول محدودکننده آزادی، صرفاً به‌دو اصل ضرر و مزاحمت محدود نمی‌شوند و اصول دیگری نیز وجود دارند که برای تحدید قلمرو آزادی بکار گرفته شده‌اند. حمایت‌گرایی قانونی یکی از آن اصولی است که متفکران لیبرال در شرایط استثنایی و با رعایت قیود خاصی برای کیفرگذاری برخی کنش‌ها تجویز کرده‌اند. باآنکه لیبرالیسم با حمایت‌گرایی

نمی‌سازد و در کل نگاه خوش‌بینانه‌ای به آن ندارد، اما لیبرال‌ها به‌دلیل ناکافی بودن اصول پیشین شکل ملایمی از حمایت‌گرایی را برای توجیه پاره‌ای رفتارها می‌پذیرند. حمایت‌گرایی قانونی ابعاد مختلفی دارد که به‌مهم‌ترین آن‌ها اشاره می‌شود. با عنایت به‌جایگاه رفیع حاکمیت ملی، دولت‌ها فقط در صورتی می‌توانند حقوقی را پی‌ریزی کنند که مشترکاً بر سر آن توافق حاصل کرده باشند. به‌همین علت کل حقوق بین‌الملل نیز پایه و اساس توافقی و قراردادی دارد و بدیهی است که سه مجموعه حقوق کیفری اروپایی نیز، به‌مثابه بخشهایی از حقوق بین‌الملل، به‌همین منوال باشد.

حقوق کیفری اروپایی (و حتی کل حقوق اروپایی) قراردادی در مفهوم معاهده قانون است. «رعایت این حقوق نه به‌عنوان عوضی در مقابل حقوق مورد توافق از سوی سایر دولتهای امضاکننده، بلکه به‌عنوان تعهداتی از سوی دولتهای مذکور در مقابل افراد ذی‌نفع باید تلقی شود».

مطابق بند ۵ ماده ۶۰ کنوانسیون وین، در زمینه حقوق بشر، ۲۳ مه ۱۹۶۹ «عدم رعایت مقررات ناظر به حمایت از انسانها» از سوی یکی از دول متعهد، رفع تکلیف از سایر دولتها در آنچه مربوط به تعهدات ناشی از معاهده است نمی‌کند. همچنین، دیوان اروپایی حقوق بشر به‌توضیح این مطلب پرداخته است که کنوانسیون اروپایی حقوق بشر که در شمار معاهدات بین‌المللی کلاسیک و مرسوم قرار نمی‌گیرد، نه فقط موجب تعهدات متقابل است، بلکه الزامات عینی نیز در بر دارد که همان‌گونه که در مقدمه کنوانسیون آمده است این الزامات از نوعی تضمین دسته جمعی برخوردار است.

حمایت‌گرایی در چند نوع صورت می‌گیرد: الف- ایجابی و سلبی: «حمایت‌گرایی ایجابی، که به‌حمایت‌گرایی منفعت‌گستر نیز مشهور است، افراد را در رسیدن به منافع خاصی مانند استفاده از کلاه ایمنی یا بستن کمربند در رانندگی ملزم می‌کند، در مقابل، حمایت‌گرایی سلبی، که حمایت‌گرایی منفعل نیز نامیده می‌شود، بر منع افراد از ضرر زدن به خود تأکید می‌ورزد. مواردی مانند ممنوعیت استعمال مشروبات الکلی حین رانندگی، جلوگیری از شنا در برخی از سواحل دریاها، ممنوعیت استفاده از مواد مخدر، خودکشی، قمار و... با

توسل به حمایت‌گرایی سلبی توجیه می‌شوند» (فرح‌بخش، ۱۳۸۹: ۲۵۵).

ب- حمایت‌گرایی شدید و ملایم: «حمایت‌گرایی شدید، نقش بیشتری برای دولت در حمایت از افراد تعریف می‌کند؛ به این معنا که دولت اجازه مداخله در ساحت آزادی افراد را، با این توجیه که عدم مداخله پیامد زیانباری دارد، پیدا می‌کند و در نتیجه رفتارهای مضر و خطرناک را، ولو آنکه آگاهانه و از روی اراده و اختیار صورت گرفته باشد، ممنوع و محدود می‌سازد. منع خودکشی و بردگی اختیاری، نمونه بارز این نوع حمایت‌گرایی هستند. حمایت‌گرایی ملایم به دولت اجازه می‌دهد به‌گونه‌ای مشروع آزادی افراد را محدود ساخته تا مانع رفتارهای صدمه زننده به آن‌ها، در مواردی که حاصل کار نتیجه تأمل عقلانی نمی‌توانسته داشته باشد، گردد» (گری، ۱۳۸۹: ۱۷۱).

ج- حمایت‌گرایی فیزیکی و اخلاقی: «حمایت‌گرایی فیزیکی، می‌کوشد تا مانع رفتارهایی شود که عامل به‌جسم و جان خود وارد می‌کند و یا زمین ورود آن‌ها را فراهم می‌سازد. قوانینی که رضایت قربانی را در قتل یا ضرب یا جرح به‌عنوان دفاع یا عذر نمی‌پذیرند، مصداقی از حمایت‌گرایی فیزیکی هستند. در مقابل، حمایت‌گرایی اخلاقی بر منع رفتارهایی تأکید می‌کند که ممکن است متضمن آسیب اخلاقی افراد باشند. برای نمونه، ممنوعیت هرزه‌نگاری و اشاعه فحشا طبق حمایت‌گرایی اخلاقی قابل توجیه است» (فرح‌بخش، ۱۳۸۹: ۲۵۶).

### ۳- ضرورت تعریف مضیق از مصلحت عمومی و جرم‌انگاری حداقلی

اصل حداقلی بودن حقوق جزا (دخالت کمیته حقوق جزا)، استفاده از این شاخه علم حقوق را در موقعیتی مجاز می‌داند که امکان توسل به‌دیگر ضمانت‌اجراها، یعنی ضمانت‌اجراهای مدنی و اداری وجود نداشته باشد. حجم و گستره قوانین جزایی در دولت‌های آزادمنش نیز، یکی از چالش‌های امروزین حقوق و سیاست است که باوجود متروک بودن و بی‌اثر شدن قانون جزایی وضع‌شده، نظام داخلی را با این انتقاد روبه‌رو می‌کند که بی‌دلیل به‌ابزارهای این شاخه

حقوق، روی آورده است. می‌توان گفت جرم‌انگاری پاره‌ای از اعمال و رفتارها که آن‌ها را جرایم طبیعی (قراردادی) نام نهاده‌اند، امری معمول و شایع است؛ اما ورود به‌دایره حقوق جزا، در بعضی مواقع، از اصل نسبییت پیروی می‌کند که ریشه آن را می‌توان در اندیشه‌های سیاسی، حقوقی و جرم‌شناختی جست و جو کرد. دولت‌های حداکثری و مداخله‌گر، تفکیک دقیقی بین جرم و گناه و انحراف قائل نشده‌اند و ورود به حوزه‌های اخلاق و حریم‌خصوصی را به‌بهانه حفظ امنیت دولت و شهروندان، یا به‌دلیل القای ایدئولوژی مذهبی و مکتبی خود به‌شهروندان، ضروری دانسته‌اند؛ از این‌رو، دامنه حقوق جزا، به تأثیر از اندیشه حزب‌سیاسی یا حکمران وقت، گسترش پیدا می‌کند.

«در دولت‌هایی که نظم عمومی مورد نظر خود را همواره بر آزادی‌ها و حقوق فردی برتری می‌بخشند، مواد قانون کیفری به‌ویژه در جرم‌های علیه‌امنیت چنان تعریف و تنظیم می‌شوند که بتوان در شرایط شکنندگی فضای سیاسی بر رفتارهای اعتراض‌آمیز و مزاحم داغ فتنه زنند و آن‌ها را در دایره باز جرم‌های علیه نظم عمومی و امنیت بنشانند» (عبدالفتاح، ۱۳۸۱: ۱۳۵-۱۶۰).

«مشکل اساسی در این موارد تنها این نیست که مصلحت عمومی را بر منافع فردی اولویت می‌دهند و نمی‌توانند میان امنیت، آزادی و عدالت تعادلی برقرار کنند؛ بلکه سازوکار دقیقی برای تشخیص و احراز این منفعت نیز وجود ندارد» (فرح‌بخش، ۱۳۹۲: ۳۱). در چنین وضعی، راه برای تحمیل خواسته‌های سلیقه‌ای حاکمان به‌نام منافع عمومی باز می‌شود. «نبود روش‌ها و نهادهای عقلانی و عادلانه تصمیم‌گیری به‌نحیف شدن تدریجی حقوق و آزادی‌های فردی به‌نفع اقتدار عمومی یا سیاسی می‌انجامد. در چنین شرایطی است که محدود کردن اختیار دولت و قدرت سیاسی در این حوزه لازم و شایسته است» (صابریان، ۱۳۸۶: ۱۵).

امروزه، تضمین آزادی‌های فردی و اجتماعی از تعهدات زمامداری مطلوب است، بر همین اساس بر ضرورت وجود دولت کوچک و حداقلی در عرصه کیفری تأکید می‌شود. با رسوخ دیدگاه‌های لیبرال و حقوق بشری در سیاست‌جنایی که

قالب کیفر در نظر اول ممنوع و حرام است؛ مگر اینکه توجیه قوی داشته باشد (صفاری، ۱۳۸۶: ۹).

حق آزادی به‌عنوان یکی از حقوق اساسی انسان‌ها در حقوق اسلام، بدین معناست که انسان آزاد آفریده شده و نباید برده و اسیر دیگران باشد و خود به‌عنوان موجودی انتخاب‌گر، این توانایی را دارا است تا به‌تنظیم و تدوین طرح زندگی خود بپردازد و درمقابل اعمال و تصمیمات خود، مسؤول و جوابگو می‌باشد. این آزادی، تا زمانی است که صدمه‌ای به دیگران وارد نکند یا انجام عملی که به‌زیان دیگران تمام می‌شود، مرتکب نشود.

### نتیجه‌گیری

نتایج نشان داد که نظم و مصلحت عمومی به‌عنوان مؤلفه و عنصر مهم حقوقی نقش تاثیرگذاری در جرم‌انگاری از دیدگاه فقه و حقوق دارد. احکام شرع اسلام، مبتنی است بر مصالح و مفاسد؛ یعنی آنچه واجب شمرده شده، دارای مصلحتی است و آنچه حرام شمرده شده، دارای مفسده و مضرتی است. در جرم‌انگاری جرایمی مانند جرایم علیه امنیت یا جرم‌انگاری جرایم در حمایت از مذهب و اخلاق حسنه، ردی از برتری مصلحت‌عمومی بر حقوق فردی می‌توان یافت.

در حقوق اروپا به‌جای نظم و مصلحت عمومی تأکید بر نظم و منفعت عمومی است. فایده‌گرایی در اندیشه لیبرالیسم به‌عنوان مبنای نظری جرم‌انگاری در حقوق اروپایی جایگاه ممتازی به خود اختصاص داده تا جایی که همواره یکی از مکاتب حقوق، کیفری را به‌این نام می‌خوانند. از برجسته‌ترین سردمداران فایده‌گرایی در حقوق کیفری، سزار بکاریا است. اندیشه اساسی بکاریا در این خلاصه می‌شود که کیفر باید فایده‌ای در بر داشته باشد. در ارزیابی‌های اخلاقی، فایده‌گرایی در بسیاری از موارد، در بسیاری موارد خوب تلقی می‌شود و اساساً به‌همین خاطر است که سزار بکاریا در واکنش به وضعیت ضد بشری و خشونت بار و بد زمان خود به‌استدلال‌های فایده‌گرایانه روی آورد و باز به خاطر خوب قلمدادشدن این رویکرد است که هنوز هم به‌عنوان یکی از پرطرفدارترین مکاتب حقوق کیفری به‌حیات خود ادامه داده

اندیشه حداقلی کردن حقوق جزا را در سر دارد نیز، چالش ناتمام گسترش حقوق کیفری همچنان ادامه دارد؛ زیرا حمایت از آزادی‌های مثبت، مستلزم دخالت دولت است که بخشی از آن به‌ناچار در صلاحیت و قلمرو قانون‌گذار کیفری قرار خواهد گرفت. حقوق جزا سرسختانه، نیازمند محدودیت در استفاده از جرم‌انگاری است.

کیفر فی‌نفسه امری شر و مذموم بوده و بدون داشتن توجیه قوی نظری و عملی، نه تنها مورد تأیید عقل سلیم نمی‌باشد، بلکه شرع انور نیز آن را نمی‌پذیرد. اینکه در قرآن مجید از جرم (گناه) و کیفر (مجازات) آن به سیئه تعبیر شده است، دلالت بر آن دارد که هم جرم و هم مجازات در دین اسلام قبیح و زشت برشمرده شده است. استفاده از لفظ سیئه برای مجازات، به‌روشنی مبین دیدگاه اسلام در خصوص کراهت از جرم‌انگاری و رویکرد ضدکیفری آن است. به‌طور مثال در آیه ۴۰ از سوره المؤمن آمده است: «هرکس عمل بدی انجام دهد، به مثل آن مجازات می‌شود» و یا در آیه ۴۰ از سوره شوری آمده است: «و جزاء بدی، به‌مانند آن بدی است».

از طرفی دیگر بسیاری از اصول فقهی در دین مبین اسلام به‌طور مستقیم یا غیر مستقیم نافی جرم‌انگاری حداکثری بوده و محدودیت‌های قانونی از جمله جرم‌انگاری را به‌صورت محدود در نظر دارد. برای نمونه یکی از اصولی که دقیقاً موافق با جرم‌انگاری به‌صورت محدود استثنایی است، اصل اباحه است؛ بدین‌معنی که در مقام شک در جواز و یا حرمت یک عمل، مباح بودن آن عمل، اصل است و اعمال محدودیت‌های قانونی، یک استثنا محسوب خواهد شد. تفاوت این اصل با اصل برائت در این است که اصل برائت در مقام اثبات حکم ظاهری به‌کار می‌رود ولی اصل اباحه برای فهم و شناخت حکم واقعی به‌کار می‌رود. به‌دیگر سخن برائت متعلق به فعل مکلف و اباحه متعلق به فعل مکلف یا شارع است (محمدی، ۱۳۸۵: ۲۹۸). همچنین وضع و اجرای کیفر نه تنها برخلاف اصل اباحه بوده، بلکه برخلاف اصول دیگری چون اصل لاضرر و لاجرح نیز می‌باشد. طبق اصل لاضرر و نیز اصل لاجرح، ایراد هر نوع ضرر و حرجی بر انسان‌ها حتی در

**تعارض منافع:** نگارش این مقاله، فاقد هرگونه تعارض منافی بوده است.

### سه‌م نویسندگان:

امین‌الدین شرفی‌ماسوله: جمع‌آوری مطالب و تدوین مقاله پرویز ذکائیان: ارائه ایده و موضوع.

علی قربانی: معرفی منابع.

کلیه نویسندگان به صورت برابر در تهیه و تدوین پژوهش حاضر مشارکت داشته‌اند.

**تشکر و قدردانی:** لازم است از اساتید گرامی که در تدوین و ارائه انتقادات باعث غنای مقاله شدند، قدردانی نمایم.

**تأمین اعتبار پژوهش:** این پژوهش بدون تأمین مالی انجام گرفته است.

### منابع

#### الف. منابع فارسی و عربی

- استوارت، همیش (۱۳۹۲). *محدوده اصل زیان / در جرم‌نگاری*. ترجمه علی شجاعی، چاپ اول، تهران: نشر میزان.

- افتخاری، اصغر (۱۳۷۷). «مصلحت شرعی و حاکمیت سیاسی». *فصلنامه حکومت اسلامی*، ۵ (۹): ۹۴-۱۲۴.

- آخوندخراسانی، محمدکاظم (۱۳۸۹). *کفایة الأصول*. جلد دوم، چاپ ششم، قم: دفترانتشارات اسلامی.

- آقابابایی، حسین (۱۳۸۹). «امنیت، آزادی شخصی و مدیریت خطر جرایم امنیتی». *نشریه تحقیقات حقوقی*، ۱۵ (۵۲): ۲۹۵-۱۴۵.

- بکاریا، سزار (۱۳۸۵). *رساله جرایم و مجازات‌ها*. ترجمه محمدعلی اردبیلی، چاپ سوم، تهران: نشر میزان.

- حبیبزاده، محمدجعفر و زینالی، امیرحمزه (۱۳۸۴). «درآمدی بر برخی محدودیتهای عملی جرم‌نگاری». *مجله نامه مفید*، ۱۱ (۴۹): ۳-۲۶.

است. امروزه، عقلانیت حکم می‌کند که کیفرهای بدون فایده و بی‌ثمر، نه تنها در مرحله قانونگذاری وضع نگردند، بلکه اگر هم تصویب شود در پرتو اصول عقلانی، قاضی نتواند در مرحله صدور و اجرا و یا به‌هنگام اجرای حکم بدان دست یازد. به‌موجب قاعده فایده‌مندی اجتماعی، در صورت تصویب کیفرها و مجازات‌های بی‌فایده یا نامناسب توسط قانونگذار، قاضی کیفری نباید چنین کیفرهایی را مورد حکم قرار دهد. منظور از نفع اجتماعی می‌تواند گونه‌ها و شقوق مختلفی را در برگیرد. زیرا نفع اجتماعی اعم از منافع جامعه، در اجرای مجازات‌ها، منافع دولت و حاکمیت در اجرای مجازات‌ها و سرانجام منافع اجتماعی طرف‌های دعوی (بزهکار یا بزه دیده) در اجرای مجازات‌ها باشند.

در کل پیشنهاد می‌شود:

۱. برای اینکه حقوق و آزادی‌های فردی در نتیجه برتری دادن و توجه بیشتر قانون‌گذار به‌نظم و مصلحت عمومی، حفظ شود لازم است رویکرد جرم‌نگاری حداقلی در پیش گرفته شود.

۲. لازم است در جرم‌نگاری به‌لزم رعایت کامل اصول و مبانی راهبردی جرم‌نگاری از جمله اصل استقلال فردی، رفاه و صدمه در جرم‌نگاری رفتارها (اعم از فعل و ترک‌فعل) توجه شود.

۳. از جرم‌نگاری‌های غیرضروری که در بعضی موارد منجر به افزایش نرخ بزهکاری می‌شود، پرهیز گردد. ضمانت‌اجراهای اداری، انضباطی و مدنی و توسل به‌کار گرفته شود و از ابزارهای حقوق کیفری به‌عنوان آخرین راه‌حل استفاده گردد.

۴. قانونگذار هر چند توان مقابله با نهادهای تصمیم‌گیرنده درباره مصلحت را ندارد اما صحیح آن است که در حوزه حقوق کیفری تا حد امکان از این نفوذ بکاهد و از جرم‌نگاری تنها در موارد تهدید حقوق فردی یا جامعه، استفاده کند. این امر نیز باید با قوانینی کاملاً روشن و صریح صورت گیرد.

**ملاحظات اخلاقی:** در این پژوهش تمامی ملاحظات اخلاقی رعایت گردیده است.

- حسینی، سیدمحمد (۱۳۸۳). *رابطه مفهوم شرعی گناه و مفهوم حقوقی جرم و نسبت تحریم و تجریم در علوم جنایی (مجموعه مقالات)*. چاپ اول، تهران: سمت.
- حلی، حسن بن یوسف (۱۴۳۰). *کشف المراد فی شرح تجرید الاعتقاد*. چاپ سوم، قم: انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- خوش‌فر، غلامرضا (۱۳۷۸). «نقش امنیت در تحقق قانونگرایی در جامعه». *نشریه اطلاعات سیاسی اقتصادی*، ۶۵ (۱۴۳-۱۴۴): ۸۳-۱۰۴.
- داور، میرزاعلی اکبرخان (۱۳۸۴). *تقریرات درس حقوق جزای عمومی (نگرشی بر حقوق جزای عمومی)*. چاپ دوم، تهران: انتشارات مجد.
- رضایی، حسن (۱۳۸۱). «ثابت و متغیر در نظام جزایی اسلام (با تأکید بر نظام جزایی جمهوری اسلامی ایران)». رساله دکتری، به‌راهنمایی استاد محمد مجتهد شبستری، تهران: دانشگاه تربیت مدرس دانشکده حقوق.
- ریسونی، احمد (۱۳۷۶). *اهداف دین از دیدگاه شاطبی*. چاپ اول، تهران: نشر موسسه بوستان کتاب.
- صابریان، علیرضا (۱۳۸۶). «مصلحت و جایگاه آن در حکومت اسلامی». *نشریه حقوق اساسی*، ۴(۸): ۱۲۳-۱۴۲.
- صافی، لطف‌الله (۱۴۰۴). *التعزیر انواعه و ملحقاته*. چاپ ششم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- صفاری، علی (۱۳۸۶). *کیفرشناسی (تحولات- مبانی و اجرای کیفر سالب آزادی)*. چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.
- عبدالفتاح، عزت (۱۳۸۱). «جرم چیست و معیارهای جرم‌انگاری کدامند؟». *مجله قضایی و حقوق دادگستری*، ۱۰ (۴۱): ۱۶۰-۱۳۵.
- عمیدزنجانی، عباس‌علی (۱۴۲۱). *فقه سیاسی*. جلد دوم، چاپ چهارم، تهران: انتشارات امیر کبیر.
- عوده، عبدالقادر (۱۳۷۳). *حقوق جنایی اسلام*. ترجمه اکبرغفوری، جلد اول، چاپ اول، مشهد: بنیاد پژوهش‌های آستان قدس رضوی.
- فرحبخش، مجتبی (۱۳۸۹). «تأثیر فایده‌گرایی بر جرم‌انگاری». رساله دکتری، به‌راهنمایی استاد سروش دباغ، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- فرحبخش، مجتبی (۱۳۹۲). *جرم‌انگاری فایده‌گرایانه*. چاپ اول، تهران: انتشارات میزان.
- فلاحی، احمد (۱۳۹۴). «اصل ضرورت در جرم‌انگاری و محدودیتهای وارد بر دخالت کیفری در مصرف مواد مخدر». *پژوهشنامه حقوق کیفری*، ۱ (۱): ۲۱۳-۲۳۴.
- قماش، سعید (۱۳۹۱). «کرامت انسانی مانع گسترش جرم‌انگاری». *مجله پژوهش حقوق کیفری*، ۱ (۱): ۱۳۷-۱۵۸.
- کاظمی، سجاد و قیطاسی، سامان (۱۳۹۴). «معیارهای جرم‌انگاری در جرایم غیرعمدی». تهران: دومین کنفرانس بین‌المللی حقوق و توسعه پایدار جامعه مدنی.
- کاظمی، علی‌اصغر (۱۳۷۲). *روابط بین‌المللی در تئوری و عمل*. چاپ اول، تهران: نشر قومس.
- گری، جان (۱۳۸۹). *فلسفه سیاسی استوارت میل*. ترجمه خشایار دیهیمی، چاپ دوم، تهران: انتشارات طرح نو.
- مجلسی، محمدباقر (۱۳۶۷). *بحارالانوار*. جلد دوم، چاپ ششم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۴). *بحارالانوار*. جلد ششم، چاپ سوم، بیروت: مؤسسه الوفاء.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۵). *مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه*. چاپ بیست و سوم، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.

- مرعشی شوشتری، سیدمحمدحسن (۱۳۷۶). دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام. جلد اول، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
- مسرور، فاطمه و ناصری‌مقدم، حسین و فخلعی، محمدتقی (۱۴۰۰). «تبیین جایگاه رفتار ناقض حق کرامت در جرم‌انگاری». مجله پژوهش‌های اخلاقی، ۵ (۴۳): ۲۳۷-۲۶۴.
- موسوی اردبیلی، آیت‌الله‌عبدالکریم (۱۴۱۳). فقه الحدود و التعزیرات. الطبعة الثالث، قم: مکتبه الاعلام الاسلامی.
- موسوی‌زاده، ابراهیم (۱۳۸۸). حقوق اداری. چاپ دوم، تهران: نشر دادگستر.
- نجفی‌ابرنادادی، علی‌حسین و هاشم‌بیگی، حمید (۱۳۹۰). دانشنامه جرم‌شناسی. چاپ دوم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- نجفی‌توانا، علی (۱۳۸۶). «تعارض و انسداد در سیاست جنایی ایران». نشریه تحقیقات حقوقی آزاد، ۱ (۱): ۱۸۵-۲۱۵.
- هارت، هربرت (۱۳۸۸). آزادی، اخلاق و قانون. ترجمه محمد راسخ، چاپ اول، تهران: انتشارات طرح نو.

#### ب. منابع انگلیسی

- Bentham, J (1996). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. 3<sup>rd</sup> ed., Oxford: Oxford University Press.