



# علل بنیادین و ساختاری جرم‌انگاری حداکثری در نظام حقوقی ایران

رامین نعیمی<sup>۱</sup>

محمود المیر<sup>۲</sup>

مسعود حیدری<sup>۳</sup>

تاریخ دریافت مقاله: 1400/03/11 تاریخ پذیرش نهایی: 1400/08/12

## چکیده

اصل حداقلی بودن حقوق جزا (دخاله کمیته حقوق جزا)، استفاده از این شاخه علم حقوق را در موقعیتی مجاز می‌داند که امکان توسل به دیگر ضمانت اجراها، یعنی ضمانت اجرای مدنی و اداری وجود نداشته باشد. حجم و گستره قوانین جزایی در دولت‌های آزادمنش نیز، یکی از چالش‌های امروزین حقوق و سیاست است که با وجود متروک‌بودن و بی‌اثر شدن قانون جزایی وضع شده، نظام داخلی را با این انتقاد روبه‌رو می‌کند که بی‌دلیل به ابزارهای این شاخه حقوق، روی آورده است. قانون‌گذار ایران در ارتباط با جرم‌انگاری، موضع مشخص و روشنی ندارد. این موضع در بسیاری از مواقع، با تساهل و تسامح همراه نیست و در برخی مواقع، دولت با نهایت سرعت و شدت ممکن، به جرم‌انگاری و وضع قانون اقدام کرده است؛ از این‌رو، جایگاه رعایت اصل تساهل و تسامح و گذشت که به‌طور مرتب از زبان سیاست‌مداران، شنیده می‌شود، مشخص نیست. در ایران ریشه‌های تمایل دولت به استفاده از قانون کیفری را می‌توان به گستردگی حیطه عمل دولت، ورود این نهاد به حوزه اخلاق و حریم خصوصی مرتبط دانست. در واقع، جرم‌انگاری نه به شیوه‌ای فنی، بلکه متأثر از ایدئولوژی دولت و تمایلات این نهاد انجام می‌شود. در این مقاله نگارندگان به تحلیل مبانی موضوع به صورت توصیفی تحلیلی اشاره خواهند داشت.

<sup>۱</sup> دانشجوی دکتری دانشگاه آزاد اسلامی، واحد اصفهان (خوراسگان)، اصفهان، ایران. [m1369@gmail.com](mailto:m1369@gmail.com)

<sup>۲</sup> دانشیار گروه حقوق کیفری، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد اصفهان (خوراسگان)، اصفهان، ایران. (استاد راهنما و نویسنده مسئول):

[dr.malmir1@gmail.com](mailto:dr.malmir1@gmail.com)

<sup>۳</sup> استادیار گروه حقوق کیفری، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد اصفهان (خوراسگان)، اصفهان، ایران. (استاد مشاور): [heydari2@yahoo.com](mailto:heydari2@yahoo.com)

## کلید واژه‌ها

جرم‌انگاری، دولت حداکثری، قانون کیفری، جرم‌زدایی

### مقدمه

قانون‌گذاری به‌عنوان یکی از مهم‌ترین مقوله‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، فرایندی است که تنها منجر به تولد متن جدید قانون به‌واسطه نمایندگان مجلس نمی‌شود؛ بلکه مسلماً کاستن از حجم قوانین را در مواقع لازم و ضروری باید از کارکردهای نظام تقنینی به شمار آورد. این موضوع به‌ویژه در شاخه حقوق جزا واجد اهمیت است؛ زیرا به دلایل مختلف دولت‌ها، شاهد افزایش حجم قوانین کیفری و در نتیجه تحدید حقوق بنیادین افراد بوده‌ایم. با نگاهی موشکافانه به پدیده دولت در عصر حاضر می‌توان از تأثیرپذیری ایدئولوژیک این نهاد سخن گفت که در شایع‌ترین حالت خود صورتی سیاسی دارد. ورود اعمال یا رفتارها به محدوده حقوق جزا نیز به نگرش ایدئولوژیک دولت در قبال پدیده جنایی بستگی دارد؛ زیرا نظم‌بخشی به اجتماع، مستلزم استفاده از قوه قهریه‌ای است که نیروهای سازنده آن در بطن دولت قوام یافته‌اند. شکل‌گیری نهادهایی با وظایف مشابه در عرض دیگر دستگاه‌ها و سازمان‌های صلاحیت‌دار در امر جرم‌انگاری، به گفتمان رایج در نظام حقوقی و سیاسی ایران تبدیل شده است. این امر با اصل تفکیک قوا که وظایفی را برای هر قوه در راستای تحقق به‌زماداری تعریف کرده در تعارض قرار دارد. تعدد دستگاه‌های قانونگذار به تجویز قانون یا خروج از صلاحیت آن‌ها در امر تقنین، انحصار کارویژه اصلی نهاد قانونگذار را در نظام مبتنی بر اصل حیاتی تفکیک قوا با تردید روبرو می‌سازد. وجود نهادهایی نظیر شورای عالی انقلاب فرهنگی مجمع تشخیص مصلحت نظام، دولت، مجلس خبرگان و تقنین در پرتو اصل 167 قانون اساسی از این نمونه‌اند. سایه‌افکندن گفتمان قانونگذاری موازی بر نهادهای موجود در نظام جمهوری اسلامی ایران، در عمل تفکیک قوا را از اصلی بنیادین خارج کرده است. راهکار خروج از این چالش اصلاح قانون اساسی در پرتو اصل تفکیک قوا به‌طور بدون ابهام و شفاف می‌باشد.

### 1- مبانی تاریخی

از نظر تاریخی، سازمان‌دهی قدرت حاکمیت، نیازمند نهادهای دولتی مجازات‌کننده بوده که نسبتاً دیر شناخته شده‌اند. مجازات را اتحادیه‌های کوچکی نظیر خانواده، طایفه، گروه، تبار، سربازان و نظامیان ایجاد کردند و توسعه دادند. هر اندازه، دلایل ناظر به عمل یا حذف آن

اشتباه باشد، مجازات نافرمانی<sup>۱</sup> (سرکشی،<sup>۲</sup> مقاومت<sup>۳</sup> یا شورش<sup>۴</sup>) خواهد بود. جرائمی را که علیه اشخاص دارای قدرت یا صلاحیت انجام می‌گیرد، می‌توان جرائم علیه حاکم دانست که در بیشتر مواقع، جرم‌انگاری شده و قانون‌گذار کیفری به آن توجه کرده است. هنگامی که حاکم، ضمانت صیانت از صلح را بر عهده می‌گیرد، نادیده گرفتن این صلح، خودبه‌خود نوعی نافرمانی نهانی محسوب می‌شود.

جرائم از این جهت تغییر ماهیت پیدا کرد که دیگر ماهیت خصوصی نداشت و جرائم علیه قدرت حکومت و شخص حاکم نیز، بر شمار آن افزون گردید. همچنین این ایده که جرائم ممکن است به رابطه دو شخص نابرابر، یعنی حاکم و مرتکب جرم، آسیب یا خسارت وارد کند، موجب شد مقام‌های رسمی مذهبی در حکومت‌ها بر دایره قدرت خود بیفزایند؛ در نتیجه، در اروپا به جای ولی‌عهد جایزالخطای فناپذیر،<sup>۵</sup> شاهد توسعه این مفهوم هستیم که خدا در کفش‌های حاکم (قانون‌گذار) قرار دارد.<sup>۶</sup>

این مفهوم قرون وسطایی، تأثیر مهمی بر رنسانس و رفرمیسم در اروپا نداشت. در آن زمان، به طرز چشمگیری از آشنایی افراد با علوم، جلوگیری می‌شد. میلتن<sup>۷</sup> نیز در اثر معروف خود، بهشت گمشده،<sup>۸</sup> از پیدا کردن دلیل معتبر برای آشنایی مردان با دانش، ناتوان ماند. دلیل این ممانعت را می‌توان در حکومت‌های خودکامه امروز نیز مشاهده کرد. هرچند بین آگاهی و تغییر حکومت، الزاماً رابطه‌ای دوسویه وجود ندارد، این نوع زمامداری‌ها، ترجیح می‌دهند مردم از مبانی علوم انسانی و تغییر و تحولات عرصه سیاست، بی‌اطلاع بمانند. باری، گذشته از این موضوع، در این زمان، هنوز نکته نامربوطی وجود دارد که جرائم ارتکاب یافته علیه خدا، نافرمانی محسوب می‌شوند؛ اما در قرن هفدهم میلادی، شهادت شهود، قدرت حیرت‌آوری در یاری‌رساندن به پادشاه داشت. وی از این قدرت خود، در راستای تشخیص نمایندگان خدا در روی زمین بهره می‌جست؛ از این‌رو، جرائم از دو جهت می‌توانست نافرمانی محسوب شود: ۱.

1. disobedience

2. insubordination

3. defiance

4. rebellion

5. fallible mortal prince

6. God in the shoes of the legislator/ruler

7. Milton

8. Paradise Lost

علیه پادشاه؛<sup>2</sup> علیه خدا. به لحاظ تاریخی، تئولوژی (الهیات) مسیح<sup>1</sup> رونوشتی از مفهوم اولیه بود که در زمان خود، قدرت چیرگی پیدا کرد؛ برای مثال، در سوئد، بافت و رویه قوانین جزایی را در طی قرون شانزده تا هجده، باورهای تئولوژیک بنا کرد و جهان‌بینی آن را کتاب مقدس<sup>2</sup> شکل داد.<sup>3</sup> این ایده قرون وسطایی تا قرن هجدهم میلادی بر اروپا حاکمیت یافت. (جونبرگ، بی تا: 434)

رد پای گام‌های مداخله‌گر پادشاه در محدوده قدرت را به‌خوبی می‌توان مشاهده کرد، چنان‌که صلاحیت حاکمان، کمتر و کمتر شکل شخصی و بیش از پیش صورت انتزاعی یافت. در گام نخست، چنان‌که پیش‌تر به آن اشاره شد، حاکم از شخصی طبیعی، به شخصی ماوراءالطبیعی ارتقا پیدا کرد. هنگامی که دولت در صدد اعمال قدرت عالی خود است، مانند شخص یا نهاد عمل می‌کند؛ البته مجبور است برخی حوزه‌ها را رها کند. اگرچه حقوق، توصیف‌کننده قدرت دولت است، در بسیاری از دولت‌ها، از قدرت خود نسبت به گذشته دست کشیده و خود فرامین هنجاری‌شان را<sup>4</sup> محدود کرده‌اند. (گارلند، 1990: 166)

هنگامی که قانون حاکم قانون‌گذار را منصوب می‌کند «تفرمانی» واژه مناسبی برای توصیف گرایش‌های مرتبط با جرم نیست و واژگان «بی‌توجهی»<sup>5</sup> یا «انکار»<sup>6</sup> برای انتقال مفاهیم مرتبط، مناسب‌تر به نظر می‌رسند. «در چشم‌انداز اجتماعی، وقایع و اعمالی که ممکن است به وسیله قانون مجازات، مجرمانه تلقی شوند، آن‌هایی هستند که به ارزش‌هایی که جامعه از آن‌ها پیروی می‌کند و مطیع آن‌هاست، لطمه وارد می‌کند.» (نجفی ابرنآبادی، 1377: 285) در این تحلیل، مجرمان افرادی نیستند که همیشه آرامش افراد را بر هم زنند؛ بلکه در مواقعی، آرامش حقوق را بر هم می‌زنند. آن‌ها از راه‌های ضداجتماعی، در صدد اهانت به ارزش‌ها و منافع جامعه‌اند؛ این بدین معناست که ارزش‌ها و منافع، شکل‌های پایه‌ای غلبه بر فرامین هنجاری تلقی می‌شوند. بدین ترتیب، شخص نابهنجار، خود را بیرون از دایره حقوقی قرار می‌دهد و دشمنی و بی‌توجهی خود را به شکل علنی ابراز می‌دارد. این توصیف، بیان‌کننده مختصری از وضع عمومی حقوق جزای مدرن در قرن‌های هجده و نوزده میلادی، در بیشتر کشورهای اروپایی است. (جونبرگ، بی تا: 435)

1. Christian-theological

2. Bible

3. منظور، کتاب مقدس است که شامل کتاب‌های عهد عتیق و عهد جدید است.

4. norm order

5. indifference

6. repudiation

مفهوم‌های ابتدایی و رسمی، دربرگیرنده گونه‌های خاصی از جرائم است؛ اما مفهوم رادیکال، چنین امری را رد می‌کند. این واقعیت آشکار وجود دارد که سوءبرداشت از این مفهوم، باید روشن شود. در این مقوله، دلایل جرم‌انگاری، مدنظر قرار نگرفت؛ اما این موضوع که برای جرم‌انگاری رفتارها، چه فرض‌هایی وجود دارد، مطرح شد. از این دلایل، در درجه اول می‌توان به مفهوم ضرر<sup>۱</sup> اشاره کرد. در تمام مفهوم توضیح‌داده‌شده، دلیل جرم‌انگاری رفتارها، به‌نوعی با ضرر واردشده به بزه‌دیده واقعی ارتباط دارد. بنابراین، تمام جرائم برای دست‌یافتن به منافع شخصی یا گروهی افراد، به‌نوعی با مفهوم ضرر مرتبط‌اند. این تمام ماجرا نیست و به سخنوری دقیق‌تر و شمرده‌تر، عقلانیت بیشتر و توجه کمتر به نظریه‌های پنداری درباره جرم‌انگاری نیاز داریم. تمایل‌های اخیر برای تئوریزه کردن جرم‌انگاری از طریق مفهوم آسیب اجتماعی<sup>۲</sup> نیز، به نظر نمی‌رسد موفقیت‌آمیز باشد. در ابتدا، باید به پیش‌نیازهایی توجه کرد که درخصوص قابلیت مجازات<sup>۳</sup> وجود دارند. منبع ماهوی مناسب برای رفع سوء تعبیرها، توجه به ارزش‌های حمایت‌شده درون فرامین هنجارین حقوقی<sup>۴</sup> است که می‌تواند از دو طریق تفسیر شود:

1. بی‌توجهی به ارزش‌ها یا منافع مشخص و ازبین‌بردن یا هجوم به آن‌ها در مسائل عینی؛
2. بی‌توجهی به فرامین هنجارمند حقوقی، ازقبیل یک نهاد.

نکته گفتنی آنکه حالت اول به‌سادگی یک ضرورت است و تشخیص حوزه‌هایی که قابلیت مجازات دارند، بسیار مهم است؛ ازاین‌رو، هیچ‌یک را نمی‌توان با مفهوم رادیکال، جمع‌شدنی دانست. این درواقع، نوعی بی‌توجهی و درحقیقت بخشی از مفهوم رسمی است. اکنون می‌توان مفهوم رادیکال را تعریف و تبیین کرد. اشتباهی را می‌توان جرم انگاشت که به‌تنهایی بتوان آن را جرم‌انگاری کرد؛ یعنی تجاوز به ارزش‌ها و منافع شایسته‌ای که حقوق جزا آن را حمایت کرده است. در این راستا، هیچ وضعیت خاصی نیاز نیست. تفاوت بین این مفهوم و دو مفهوم دیگر، در رابطه با بزه‌دیدگان جرم مشخص می‌شود. اعمال خطاکارانه، نظیر تهدید و سرقت، بر اساس ضرر واردشده به بزه‌دیده، تحلیل شده‌اند و در آن‌ها هیچ خطاکاری اضافه‌ای نسبت به حاکم یا نظم حقوقی وجود ندارد. (جونبرگ، بی تا، 434)

1. harmfulness

2. social harm

3. culpability

4. legal norm order

تفاوت بین مفهوم رسمی و رادیکال، این است که در نمونه اول و نه در نمونه دوم، جرائم همیشه دربردارنده ضرر اجتماعی‌اند. همه جرائم، با این صفت توصیف می‌شوند و در معنای حداقلی، جرائم علیه دولت، این ویژگی را دارند؛ اما وجه مشترک دو مفهوم ذکر شده، این است که جرم‌انگاری، سوداگری و کسب‌وکار دولت است و برخی از اعمال به این دلیل جرم‌انگاری شده‌اند که ضرر موجود در آن‌ها با منافع دولت، در تضاد است. دلیل جرم‌انگاری برخی اعمال دیگر این است که ضرر آن‌ها با منافع اشخاص خصوصی مرتبط است.

## 2- علل جرم‌انگاری حداکثری در ایران

### 1-2. گسترده‌گی حیطة عمل دولت

ویژگی بارز حاکمیت در ایران، این است که طبق ایدئولوژی خود، در زندگی فرد و جامعه دخالت می‌کند و می‌کوشد آن ایدئولوژی یکسان را به‌جای واقعیت، بر افراد تحمیل کند؛ به‌این ترتیب، با سیاسی‌کردن جامعه، حوزه‌های غیرسیاسی زندگی مردم به سمت عمومی شدن حرکت می‌کند. از حیث ریشه‌ای، می‌توان ساخت دولت وسیع را در ایران، از ابعاد مختلف تحلیل کرد؛ برای مثال، می‌توان از نهاد خانواده یا از تحلیل‌های اقتصادی ناظر به موضوع یاد کرد؛ اما به نظر می‌رسد رویکرد اقتصادی به موضوع، از قوت بیشتری برخوردار باشد. ساختار «رانتیر» و تک‌محصولی دولت در ایران، با سازوکار ساده‌ای، بنیان‌های وحدت را در رابطه بین دولت و مردم تقویت کرده و دولت را یکه‌تاز عرصه اقتصاد معرفی می‌کند. نفت مهم‌ترین مانع توسعه اقتصادی، سیاسی و حتی اجتماعی در ایران است و مشکل اصلی ایران و دیگر دولت‌های رانتیر، نه مذهب و فرهنگ، بلکه وجود دولت نفتی است. (اسماعیلی، 1387: 121) در این شکل از دولت، وابستگی مردم به‌صورت کامل به دولتی است که نه از راه مالیات و درآمدهای عمومی، بلکه از طریق منابع نفتی حکمرانی می‌کند و به دلیل نبود وابستگی و تعامل بین مردم و دولت، یکه‌تازی در عرصه اقتصاد، از دولت ماهیتی یگانه ساخته است. در این میان، دولت به‌مانند پدری است که تمام اعضای خانواده (مردم)، از نظر اقتصادی به وی وابسته‌اند و به دلیل این وابستگی، نه به‌صورت جدی در تصمیم‌گیری و اداره امور، دخالت داده می‌شوند و نه انگیزه و نیرویی برای مخالفت دارند.

بنابراین، از حیث نظری، در مقام مقایسه بین قدرت در شرق و در غرب، باید گفت ساخت قدرت در ایران با ساخت قدرت غربی تفاوت دارد. وجه اصلی افتراق میان ساخت دولت در مشرق‌زمین و مغرب‌زمین، فراگیر بودن دولت در شرق و نبود چارچوبی برای کنترل آن است.

همچنین قدرت سیاسی در ایران، غیرشخصی (شخصیت‌زدایی) نشده است. این نظر به نحوه تحصیل و اعمال قدرت سیاسی مربوط می‌شود. غیرشخصی‌کردن قدرت سیاسی، به معنای منفک‌کردن آن از قدرت شخصیت است. این امر مهم از طریق تعریف و تصور قدرت به‌منزله مقوله‌ای انتزاعی، عمومی و غیرشخصی، امکان‌پذیر می‌شود. در ایران، قدرت سیاسی و دارایی یک نهاد به حوزه عمومی تعلق ندارد؛ بلکه متعلق به شخص یا اشخاص معین است؛ پس تصور وجود قدرت سیاسی عمومی، بر تصور وجود نهادی به نام دولت، استوار است و این ضعف، یعنی غیرشخصی‌شدن که وجهی از نهادینه‌شدن قدرت است و در کشور ما تصور صحیحی از آن وجود ندارد.

نحوه اعمال قدرت در فرایند قانون‌گذاری کیفری در ایران، تابعی از علایق، اهداف و گرایش‌های اعمال‌کننده هیئت حاکم است که هویت اعمال‌کنندگان قدرت در فرایند اعمال آن تأثیرگذار بوده است. نبود قواعد و مقررات کلی برای اعمال قدرت سیاسی در قلمرو حقوق کیفری یا رعایت‌نکردن قوانین موضوعه موجود، باعث می‌شود شخص یا اشخاصی که صلاحیت تحصیل و اعمال قدرت قانون‌گذاری را دارند، در خارج از چارچوب قوانین و مقررات و اصول حقوقی، به اعمال آن اقدام کنند. این قدرت وقتی تثبیت شد، به‌صورت قوانین موضوعه ظاهر می‌شود؛ پس، از این نظر، قانون کیفری نیز چیزی جز حد اعلای دستورهای دارنده قدرت سیاسی یا زبان گویای مجلس نیست.

جان استوارت میل، توصیف روشنی از تحمیل اراده حکومت‌های خودکامه بر مردم ارائه می‌کند. به گفته او، تسلیم‌شدن به هرگونه قانون یا نسخه سرنوشت که عده‌ای معدود، آن را برای عده‌ای کثیر تنظیم و به نام شرط لازم زندگی بر آنان تحمیل کرده‌اند، درسی است که تمام حکومت‌های مستبد در مغز افرادی که هیچ‌گونه دخالت در سرنوشت خود ندارند، تزریق می‌کنند؛ (قاضی مراد، 1390: 301) بنابراین، در این مدل، انسجام دولت از طریق اعمال زور بر شهروندان و حد اعلای آن، با توسل به ابزار جرم‌انگاری حفظ می‌شود، ترس جای ایده‌های مثبت و وحدت‌بخش را می‌گیرد و حکومت، بیشتر از وفاداری، به دنبال اطاعت است. (بوزان، 105: 1378)

## 2-2. مداخله‌های ارزشی در زندگی اجتماعی

رویارویی اخلاق و حقوق، مانند ورطه خطرناکی است که ممکن است نظام حقوقی نتواند به سلامت از آن خارج شود. یکی از مهم‌ترین موضوعات حقوق، ارتباطی است که این علم با اخلاق

دارد. در برخی نظام‌های فلسفی، این مسئله چنان غنا و گستردگی دارد که می‌توان گفت فلسفه حقوق آن‌ها، به رشته‌ای تبدیل شده که بخش عمده‌ای از منابع آن، به این مسئله پرداخته است. به دلیل نامعلوم بودن و پرابهام بودن مفهوم اخلاق و حقوق، تعیین مرز میان این دو، گاهی بسیار دشوار می‌شود. (دل و کیو، 1386: 50) برخی مانند کانت و اسپینوزا، با تأکید بر اختلاف کمی میان حقوق و اخلاق، دو حوزه متفاوت برای هر یک ترسیم کرده‌اند و برخی مانند دل و کیو معتقدند که می‌توان میان حقوق و اخلاق، تفکیک و نه تناقض را پذیرفت. (دل و کیو، 1386: 45) در واقع تبعیت حقوق از اخلاق و جرم‌انگاری اعمال مخالف اخلاق توسط مقنن، اخلاق‌گرایی حقوقی است که البته این قاعده، مورد انتقاد شدید برخی از نظریه‌پردازان حقوق کیفری که معتقد به حق و تکلیف پدر و مادر و مربیان بر تعلیم اخلاق هستند، قرار گرفته است و بنا بر نظر ایشان، حکومت که از این علایق و عواطف بی‌بهره است، اگر وظایف آن‌ها را بر عهده بگیرد، از حد خود پا را فراتر می‌نهد و نه تنها از انجام مسئولیت‌های خطیر خویش باز می‌ماند، آزادی و استقلال روحی و معنوی را که از حقوق طبیعی انسان‌ها می‌باشد به ویژه در مورد این اشخاصی که مورد احترام جامعه‌اند، با دخالت در وظیفه‌شان نادیده می‌گیرد. بهترین تعبیر از اخلاق‌گرایی حقوقی این عبارت است که: یک نظریه‌ی جزئی (ناقص) که محدودیت واحدی برای کارکردی که به عنوان یک شرح عام جرم‌انگاری نیست را گسترش می‌دهد. با تشویق کارشناسان باید خواستار این باشیم که به جای رد این نظریه، به بهبود آن کمک کنند و در نتیجه ناراحتی ما را از جرم‌انگاری حداکثری، پذیرا شوند. همچنین دسته‌ای از ترس‌ها در خصوص انتخاب زمان بحث در مورد این سه جایگزین وجود داشته است. لذا چنانچه این جایگزین‌ها قبل از ارائه‌ی نظریه‌ی ما بررسی می‌شدند، شاید در شرح ایده‌های اصلی تأخیر به وجود می‌آمد.

در رابطه فرد با دولت، باید گفت که حکومت‌های امروزی، قواعد و نهادهای خود را به‌طور عمده براساس قانون بنا کرده‌اند و بر این پایه، الزام و اجبار هرگونه عقیده و ارزشی را بر پایه قانون پی می‌گیرند. همچنین قانون و نظام حقوقی، بدون اقتدار سیاسی شکل نمی‌گیرد؛ زیرا در غیر این صورت، مرز میان حقوق و غیرحقوق شکل نمی‌گیرد. اگر حقوق را تنظیم و کنترل مقتدرانه و قهری روابط اجتماعی بدانیم، الزام حقوقی، باور یا ارزشی اخلاقی نخواهد بود که تحقق آن، تنها از رهگذر قدرت سیاسی حکومت امکان‌پذیر باشد. هنگامی که از الزام یا اجرای قواعد اخلاقی، سخن به میان می‌آوریم، درواقع، از ارتباط حکومت و حقوق از سویی و اخلاق از سوی دیگر سخن گفته‌ایم.<sup>۱</sup>

۱. فیروز محمودی جانکی، «مبانی، اصول و شیوه‌های جرم‌انگاری»، پایان‌نامه دوره دکتری، دانشگاه تهران، مهر 1382، ص 234.



آنچه مسلم است، این است که اخلاق بر حیطة قانون‌گذاری تأثیر می‌گذارد؛ از این رو، قانون‌گذاران باید به پیامدهای اخلاقی قوانینی که وضع می‌کنند، توجه داشته باشند. چنانچه قانون به افراد سود نرساند و از زیان‌رساندن به آن‌ها جلوگیری نکند، فایده خود را از دست می‌دهد. افراد عادی نیز به هنگام تصمیم‌گیری درباره اطاعت کردن یا اطاعت نکردن از قوانین، اغلب با مسائل اخلاقی مواجه می‌شوند. محدودیت‌های حقوقی، در کلیه ابعاد زندگی خانوادگی رخنه کرده است؛ محدودیت‌هایی که اغلب باعث ایجاد تنگناهای اخلاقی می‌شود. (موراوتز، 1387: 135) امروزه، وجود برخی قوانین و قواعد حقوقی حامی ارزش‌های اخلاقی، دلیلی بر ضرورت حمایت کیفری از اخلاق است. اگر حساسیت اخلاقی در عملی به آن اندازه باشد که با ارتکاب آن عمل، واکنش اجتماعی به صورت کیفری و در قالب مجازات بر شخص تحمیل شود، می‌توان مدعی بود که میان اخلاق و حقوق کیفری رابطه وجود دارد. حقوق کیفری تأثیر خود را بیش از هر چیز، مدیون قواعد اخلاقی است؛ زیرا اکثر قوانین و اصول در حیطة حقوق کیفری، در قواعد اخلاقی ریشه دارد.

در جهان امروز، رویکرد جدید قانون‌گذاران کیفری آن است که بسیاری از موضوعاتی را که به‌طور محض، اخلاقی محسوب می‌شوند، از قلمرو حقوق جزا خارج کنند. کیفرزدایی و جرم‌زدایی در حوزه مسائل مربوط به خانواده و نظام اجتماعی، از جمله مسائلی است که می‌توان به آن‌ها اشاره کرد. حتی در بعضی از تصمیم‌های شورای اروپا، می‌توان چنین استنباط کرد که رویکرد به سمت جرم‌زدایی در موضوعات اخلاقی است.

جرم‌انگاری‌های فراوانی که پس از انقلاب در جمهوری اسلامی ایران صورت گرفته است، از نتایج مهم التزام به دین است که مرزهای مشترکی با اخلاق دارد. ویژگی نظریه رسمی در جمهوری اسلامی ایران، این است که دولت اسلامی باید مردم را از کژروی اخلاقی باز دارد. این نظریه همچنین به واگذاری اخلاق به جامعه مدنی و سازمان‌ها و نهادهای اجتماعی و غیردولتی، باور چندانی ندارد.

بر فرض آنکه به لحاظ مبانی و اصول، دولت در زمینه الزام کیفری اخلاق، مسئولیتی داشته باشد، جدا از معیارهای کلی جرم‌انگاری، یافتن معیارهایی برای جرم‌انگاری رفتارهای غیراخلاقی، کار ساده‌ای نیست و این خود، یکی از دشواری‌های الزام قانونی اخلاقیات است. (نوبهار، 1387: 341) به عقیده امیل دورکیم، درباره جرم‌انگاری اعمال غیراخلاقی، دیدگاه‌های زیادی وجود دارد که هرکدام با مشکلاتی روبه‌روست. مداخله دولت در اجرای اخلاق، تنها در موقعیت استثنایی امکان‌پذیر است. تکیه بر اخلاق‌گرایی قانونی، همچون معیاری عام برای

جرم‌انگاری، پیش از آنکه حریم خصوصی را نابود سازد، اخلاق و بنیادهای آن را ویران می‌کند. (موراوتز، 1387: 135)

بحث دیگر، حیطة حریم خصوصی افراد است. می‌توان دیدگاه اندیشمندان حریم خصوصی را به‌وضوح شناخت که به هنگام تعریف حریم خصوصی، آن را مفهومی مبهم و شکننده، متلون و متغیر و دارای مشکلات جدی می‌دانند. حق بر حریم خصوصی، موضوع بسیاری از اسناد بین‌المللی جهانی و منطقه‌ای نیز هست. از جمله مهم‌ترین آن‌ها عبارت‌اند از: اعلامیه جهانی حقوق بشر،<sup>۱</sup> اعلامیه حقوق بشر اسلامی قاهره،<sup>۲</sup> میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی<sup>۳</sup> و کنوانسیون اروپایی حقوق بشر.<sup>۴</sup>

در تعریف حریم خصوصی، با لحاظ کردن این ضابطه می‌توان گفت:

«قلمروی از زندگی هر فرد است که فرد نوعاً یا عرفاً یا با اعلان قبلی، انتظار دارد دیگران بدون رضایت وی، به اطلاعات راجع به آن قلمرو، دسترسی نداشته باشند، یا به آن قلمرو وارد نشوند، یا به آن قلمرو نگاه یا نظارت نکنند و یا به‌هرصورت، دیگری وی را در آن قلمرو مورد تعرض قرار ندهد.» (انصاری، 1387: 233)

به نظر می‌رسد یکی دیگر از علل بنیادین توسعه جرم‌انگاری در نظام عدالت کیفری ایران، به مداخله‌های دولت در حوزه حریم خصوصی بازمی‌گردد. این مداخله‌ها یا به تجویز قوانین جزایی یا به دلیل تفسیرهای موسع و غیراصولی از قانون یا به‌واسطه رویه‌هایی است که در خلأ و سکوت قانون شکل می‌گیرند. بسیاری از عناوین مجرمانه که به‌تأثیر از ایدئولوژی دینی، وارد محدوده حقوق جزا شده‌اند، قابلیت جرم‌زدایی در قانون مجازات اسلامی را دارند؛ برای مثال، در حوزه زیست خانوادگی در بستر ایدئولوژی سیاسی جمهوری اسلامی ایران که به‌طور خاص، منشعب از دین اسلام و مذهب شیعه است، طیف گسترده‌ای از ارزش‌ها و باورهای جنسی، با هدف منطبق کردن تمایلات در مسیر ایجاد نهاد خانواده ارائه شده‌اند. در این راستا، جهت‌گیری نظام جنایی ترسیم‌گردیده و روابط خارج از حدود شرع، جرم‌انگاری شده‌اند. مجازات‌ها با توجه به دامنه انحراف هر یک از رفتارهای نامشروع، صورت گرفته و با اهداف و مبانی دینی تنظیم شده است. (ایروانیان، 1392: 47) بخش وسیعی از عناوین مجرمانه و مجازات‌های درنظر

1. Universal Declaration of Human Rights, 1948s

2. [Universal Islamic Declaration of Human Rights](#) 1981

3. International Covenant on Civil and Political Rights, (ICCPR), 1966

4. European Convention on Human Rights 1950

گرفته شده برای آن، در قوانین جزایی ایران به حوزه روابط جنسی مربوط می‌شود؛ درحالی‌که در نظام فکری کشورهای مردم‌سالارانه، این موضوع در حیطه توافقی‌های خصوصی بین اشخاص جای دارد. بنابراین، حقوق جزا، جز در مواقع خاص، خود را مجاز به مداخله نمی‌داند.

تفاوت دو دیدگاه را می‌توان در عبارت‌پردازی ویکتور تادروس (تادروس، 2009: 9) در مقاله‌ای تحت عنوان «جرمانگاری و نظارت»، به‌وضوح دید. «برخی اعمال که مردم انجام می‌دهند، اشتباه هستند. دولت هیچ علاقه‌ای به آن‌ها ندارد. شاید بتوانیم بگوییم که این اعمال اشتباه، به دولت مربوط نمی‌شوند و دولت هیچ نقشی در جلوگیری از آن‌ها یا مجازات افرادی که مرتکب آن‌ها می‌شوند، ندارد. زنا محصنه مثال خوبی از این اعمال اشتباه است. زنا محصنه محتملاً عمل اشتباهی است، یا شاید قطعاً عمل اشتباهی باشد؛ اما موضوعی نیست که دولت به آن علاقه‌مند باشد و ما این حق را نداریم که مردم را به‌صورت قانونی برای ارتکاب به زنا محصنه محکوم کنیم؛ زیرا این مسئله بیشتر از آنکه مسئله‌ای عمومی باشد، به حریم خصوصی افراد مرتبط است. ممکن است که من به همسرم تعهد داده باشم که به وی خیانت نکنم و وی هم به من اعتماد کرده باشد. ممکن است که من به افراد دیگری هم متعهد باشم؛ مثلاً به فرزندانم. این افراد این حق را دارند که من را به دلیل زنا محصنه، مسئول و خطاکار بدانند؛ اما من این تعهد را به دولت نداده‌ام و دولت حق ندارد من را بازخواست و محکوم کند؛ اگرچه زنا محصنه، کار بسیار اشتباهی باشد و از لحاظ روانی به همسر من آسیب وارد کند.» (تادروس، 2009: 9)

بنابراین، در این اندیشه، اصالت قائل‌شدن برای رضایت و توافق طرفین برای برقراری رابطه جنسی، مسئله اصلی است. دلیل این مدعا را می‌توان در نبود عنصر رضایت در رابطه جنسی بین زن و مردی که واقعه ازدواج آن‌ها به ثبت رسیده و رسمیت یافته است، مشاهده کرد؛ درحالی‌که برخی مانند هال در انگلستان، ادعا می‌کردند که شوهر را به دلیل رضایت و توافقی که بین او و زن در اثر ازدواج حاصل شده است، نمی‌توان به علت تجاوز به همسر قانونی خود تحت تعقیب قرار داد و زن نمی‌تواند از زیر بار تعهدات خود شانه خالی کند. می‌دانیم که در جرم تجاوز به عنف، نزدیکی جنسی به نحو غیرقانونی، مجرمانه تلقی می‌شود. در نظام حقوقی کامن‌لا، این باور قوت داشت که عموماً چنین جرمی توسط شوهر و داخل در علقه زوجیت، ولو با نبود رضایت زن، تحقق خواهد پذیرفت و عقیده رایج بر این بود که زن جزو اموال مرد است، یا اینکه زن پیمان بسته است که هر زمانی از او بخواهد، به عمل جنسی تن در دهد و این امر

مبتنی بر این پندار نامعقول بوده که زن هیچ‌گاه نمی‌تواند رضایت به نزدیکی نداشته باشد. (معتمدی مهر، 1380: 176)

در حقوق جزایی انگلستان، زمانی که برای نخستین بار جرم تجاوز به عنف در سال 1976 تعریف شد، چنین مقرر شد که این جرم، صرفاً خارج از علقهٔ زوجیت محقق می‌شود و تنها استثنایی که بر این قاعده وارد می‌شد، مربوط به موقعی بود که به موجب دستور دادگاه یا هر چه در حکم آن بود، فسخ رضای زن به نزدیکی، آشکار شده باشد، مثل حکم به تفریق قضایی<sup>1</sup> یا حکم دادگاه به محدود کردن شوهر از تعرض به همسرش. اگر مرد ادعا می‌کرد که به حکم قانون اِشرف نداشته، جهل به قانون، رافع مسئولیت کیفری او می‌شد. البته در جرم‌انگاری این عمل، مخالفت‌های زیادی وجود داشت؛ از جمله، کمیتهٔ تجدیدنظر در حقوق جزا در سال 1984، توصیه کرد که این قاعده حداقل باید دربارهٔ زن و شوهری که با هم زندگی می‌کنند، محفوظ بماند. (معتمدی مهر، 1380: 177)

با ظهور اندیشه‌های مکتب انتقادی حقوق، امروزه، در کشور انگلستان رسماً جرم تجاوز جنسی به همسر، وارد قوانین کیفری شده است. در آمریکا نیز، پیش از نفوذ اندیشه‌های برخی از مکاتب، تجاوز جنسی عبارت بود از مقاربت جنسی با زنی غیر از همسر، بدون رضایت وی که در نتیجهٔ آن، هر مردی مجوز لازم برای تجاوز به همسر خود را دارا بود. از نظر مدافعان حقوق زنان، به دلیل آنکه ممکن است در حریم خصوصی، روابط ناعادلانه و مبتنی بر زور شکل بگیرد، افراد در این حوزه نسبت به رفتارهایی که بر زیردستان خود روا می‌دارند، مسئول هستند و مداخلهٔ دولت در آن ضروری است. حریم خصوصی تا زمانی محترم و از مداخله دور است که روابط موجود در آن، مبتنی بر رضایت و توافق باشد و بر خشونت و زور استوار نشده باشد. در آمریکا، برای اولین بار ایالت نبراسکا در سال 1976، معافیت مرد از تجاوز جنسی به همسر خود را حذف کرد. پس از آن، ایالت‌های دیگر نیز معافیت مذکور را حذف، یا آن را موقوف به شرایط خاصی کردند. در نهایت، آرکانساس، آخرین ایالتی بود که در سال 2001 میلادی به جرم‌انگاری رابطهٔ جنسی مرد با همسرش بدون رضایت وی اقدام کرد و این عمل را از مصداق‌های تجاوز جنسی به شمار آورد. (جعفری، 1392: 274)

البته وقتی از نبود یا حداقلی کردن دخالت دولت در حریم خصوصی سخن می‌گویند، این به معنای مداخله نکردن دولت در تمام حیطه‌های زندگی شهروندان نیست؛ بلکه باید توافقی

<sup>1</sup>. Judicial separation

حداقلی در خصوص برخی از حوزه‌های مصون از تعرض وجود داشته باشد؛ به گونه‌ای که بدون اصلت‌دادن به مکتب‌های فکری و اندیشه‌های سیاسی و مذهبی، بتوان از حوزه‌ای توافقی و حداقلی صحبت کرد و شهروندان را در آن محدوده، از گزند مداخله حکومت مصون دانست. بحث پیش‌رو را با ذکر مصداق حقوقی در ایران ادامه می‌دهیم. هرگونه تمتع مرد از زن، به‌صراحت در فقه اسلام تجویز شده است. در کشورهای انگلستان و آمریکا، توجیهاتی برای ضرورت مداخله دولت و نظم‌بخشی به‌واسطه قانون‌گذاری کیفری در حریم خصوصی زن و مردی که در علقه زوجیت‌اند، وجود دارد؛ اما در ایران، دولت خود را صالح به مداخله در این بخش از زندگی نمی‌داند. پرسش این است که قبض و بسط حریم خصوصی تا کجاست و اساساً دولت، تکلیفی به مداخله در روابط جنسی بین زن و شوهر دارد؟ شاید بتوان دلیل این موضوع را که روابط زناشویی در ایران، در محدوده حقوق جزا وارد نشده است، احترام به حریم خصوصی در روابط زن و شوهر دانست. با این پاسخ ساده، سایر حوزه‌های حریم خصوصی اشخاص که در ایران از مصونیت برخوردار نیستند، نمایان می‌شود. آیا در احترام به حریم خصوصی و مصون‌دانستن آن از تعرض، باید تنها به این موضوع یا نمونه‌های مشابه آن بسنده کرد، یا اهمیت موضوع در سایر مقوله‌های سیاست‌گذاری نیز مطرح است؟ پاسخ به این پرسش‌ها، در این مجال کوتاه، ممکن نیست؛ اما باید دانست با شکل‌گیری جنبش‌های طرفدار حقوق زنان و گسترش مطالبات زنان در ایران، به‌تأثیر از حرکت‌های ملی رخ داده در سایر کشورها، به این‌ها نیازمندیم: 1. تحول در قانون‌گذاری جزایی؛ 2. مداخله دولت از راه جرم‌انگاری افتراقی، در حمایت و پیشگیری از خشونت و تجاوز در روابط زن و شوهر.

نان‌که توضیح داده شد، تعبیر متفاوتی از حریم خصوصی و لزوم دخالت‌کردن یا دخالت نکردن در این حیطة، در نظام کامن‌لا و ایران وجود دارد؛ اما علاوه بر موضوع طرح‌شده، در تعامل حوزه عمومی و حریم خصوصی، این مسئله وجود دارد که آیا اشخاص در حوزه عمومی نیز از حریم خصوصی برخوردار هستند. در باور اندیشمندان غربی، برخورداری از حریم خصوصی در حوزه عمومی نیز پذیرفته شده است؛ اما طبیعتاً محدودیت‌هایی که به بقای حاکمیت یا لزوم زیست جمعی مربوط‌اند، در میزان و محدوده برخورداری از این حق، مؤثر واقع می‌شوند. تشریح دقیق‌تر موضوع را با مثالی طرح می‌کنیم: خیره‌شدن به افراد در فضای عمومی در بیشتر کشورهای غربی می‌تواند برای مرتکب آن، وصف جزایی داشته باشد. در ایران، باوجود دخالت دولت در حوزه‌هایی از زندگی افراد که تقریباً ممنوعیت مداخله دولت در آن‌ها پذیرفته شده، بهره‌مندی از حریم خصوصی در فضای عمومی رنگ باخته است و برخی افراد در فضاهای

عمومی، خود را به پاره‌ای از مداخله‌ها در زندگی دیگران مجاز می‌دانند. بنابراین، حریم خصوصی به هر دو حوزه عمومی و خصوصی مرتبط است. اگرچه ممکن است به واسطه وجود پاره‌ای از شرایط اجتماعی و امنیتی، دامنه حریم خصوصی در حوزه عمومی تنگ شود، نبود این حق در حوزه ذکر شده پذیرفته نیست؛ اما در حوزه خصوصی، نمی‌توان به‌طور مطلق، دولت را از مداخله بازداشت. جرم‌انگاری تجاوز مرد به همسر قانونی، در حقوق انگلیس و آمریکا شاهدی بر این مدعاست.

در بحث اجرای قانون موضوعه نیز، «انتظار مشروع»<sup>۱</sup> از حریم خصوصی، مفهوم شایسته و مناسبی برای حمایت از آن در برابر قدرت دولت است. انتظار مشروع از حریم خصوصی، می‌تواند با شرایطی برای شهروند به وجود آید. هر شخص باید «انتظار ذهنی و واقعی»<sup>۲</sup> از حریم خصوصی در اوضاع مشخص داشته باشد. جامعه نیز باید آماده پذیرش «انتظار عینی»<sup>۳</sup> به‌عنوان امری معقول باشد. آرای مختلفی از دادگاه‌های اروپایی در این زمینه صادر شده است. موضوع آن است که آیا همه افراد به یک میزان می‌توانند از حریم خصوصی بهره‌مند شوند؟ اگرچه انتظار مشروع از حریم خصوصی را، بسیاری از قضات در «دادگاه اروپایی حقوق بشر»<sup>۴</sup> به رسمیت شناخته‌اند، استثنائاتی نیز وجود دارد؛ برای مثال، در دعوای «لویی علیه سویس»<sup>۵</sup> دادگاه رأی داد که شهروندی که درگیر فعالیت‌های مجرمانه، از قبیل حمل‌ونقل و قاچاق مواد مخدر است، باید انتظار کمتری از حریم خصوصی داشته باشد. در این پرونده، دادگاه به‌موجب قانون و با استفاده از دستگاه‌های استراق سمع، توانسته بود مکالمات منزل لویی را تحت پوشش درآورد. دادگاه اعلام کرد که لویی باید می‌دانست مشغول عملیاتی جنایی بوده است و همواره این خطر وجود دارد که زندگی شخصی او را نیروهای مخفی پلیس، تحت نظر بگیرند.<sup>۶</sup>

### 3- علل ساختاری جرم‌انگاری حداکثری در ایران

در ایران، اصل متعالی تفکیک قوا در حوزه زمامداری، از فلسفه اصلی خود که پرهیز از اختلاط وظایف قوا با یکدیگر بوده، فاصله گرفته است. به‌وجودآمدن نهادهای موازی در

1. reasonable expectations

2. actual (subjective) expectation

3. objective expectation

4. European Court of Human Rights (ECtHR)

5. Lüdi v Switzerland

6. European Court of Human Rights, Judgment of 15 June 1992 (Lüdi v Switzerland), Publ. ECtHR, Series A, No. 238. The text of Ludwig Lüdi v Switzerland

حوزه‌های مختلف و از جمله در قانون‌گذاری را می‌توان مؤید این ادعا دانست. در اندیشه سیاسی معاصر نیز، لیبرالیسم نو به گسترش دستگاه دولتی حمله کرده است؛ البته این بدان معنی نیست که لیبرال‌های نو، دولت یا نهادهای خاصی از دولت را آن‌گونه که برخی از مفسران راست یا چپ گفته‌اند، از حیث ارتفاع ساقط می‌دانند؛ بلکه آن‌ها شکل‌بندی اساسی دوباره‌ای از نهادها و کنش‌های دولتی پیشنهاد می‌کنند. (رحمت‌اللهی، 1388: 157)

موازی‌سازی یا شکل‌گیری نهادهایی با وظایف و ساختار مشابه در عرض دیگر نهادها و سازمان‌های صلاحیت‌دار در قانون‌گذاری و قضا و اجرا، به پارادایم رایج در حقوق کیفری و عمومی ایران تبدیل شده است. این امر با اصل تفکیک قوا در تعارض قرار دارد؛ اصلی که وظایف مشخصی را برای سه قوه، در راستای تحقق حکمرانی مطلوب تعریف کرده است. تعدد نهادهای قانون‌گذار یا خروج از صلاحیت این دستگاه‌ها در امر قانون‌گذاری به صورت خودسر، انحصار کارویژه اصلی مجلس، یعنی قانون‌گذاری را در نظام مبتنی بر تفکیک قوا، با تردید روبه‌رو می‌سازد. وجود نهادهایی نظیر مجمع تشخیص مصلحت نظام، و تقنین به‌واسطه اصل 167 قانون اساسی، از این نمونه‌اند. البته لازم به ذکر است که اصل 167 قانون اساسی تنها ناظر به جرایم مستوجب حد بوده و در سایر موارد کاربرد جرم‌انگارانه ندارد.

#### 4- مصادیق نهادهای موازی جرم‌انگار در نظام حقوقی ایران

مهم‌ترین مصداق‌ها و نهادهای موازی جرم‌انگار در حقوق ایران عبارت‌اند از: مجمع تشخیص مصلحت نظام، شورای عالی انقلاب فرهنگی، جرم‌انگاری توسط دولت، مجلس خبرگان و شورای نگهبان قانون اساسی و وضع قانون در پرتو اصل 167 قانون اساسی. در ادامه به شرح وظایف آن‌ها با تأکید بر خروج از صلاحیت اشاره می‌شود.

##### 4-1. مجمع تشخیص مصلحت نظام

با دقیق‌شدن در اصول قانون اساسی، می‌توان وظایف مجمع را به‌خوبی شناسایی کرد. به نظر می‌رسد مهم‌ترین آن وظایف، حل اختلاف بین مجلس و شورای نگهبان است؛ علاوه بر آن، مجمع با زوی اجرایی رهبر در حل معضلات نظام (بند 8 اصل 110)، مشورت به رهبر در تعیین سیاست‌های کلی نظام (بند 1 اصل 110) و ناظر بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام است (بند 2 اصل 110). دیگر وظایف و صلاحیت‌های مجمع تشخیص مصلحت نظام عبارت‌اند از: انتخاب یکی از فقهای شورای نگهبان به‌عنوان عضو شورای موقت رهبری (اصل 111)، تصویب

برخی از تصمیمات شورای موقت رهبری (اصل 111)، مشورت به رهبری برای صدور فرمان بازنگری در قانون اساسی (اصل 177)، عضویت ثابت در شورای بازنگری در قانون اساسی (بند 3 اصل 177). (مهرپور، 1387: 264) اگرچه اصل 112 قانون اساسی، اختیار قانون‌گذاری را به مجمع واگذار کرده، این اختیار، تنها محدود به مقررات مربوط به خود اعضاست و این نهاد، اختیار وضع قانون را ندارد؛ زیرا اولاً خلاف اصل تفکیک قواست و ثانیاً در هیچ کجای قانون اساسی، حتی در مواقع استثنایی، این امر جزو صلاحیت‌های مجمع شناخته نشده است.

در فرمان مورخ 4 اردیبهشت 1368 امام خمینی به ریاست‌جمهوری وقت، برای بازنگری قانون اساسی، از جمله موضوعاتی که می‌بایست در دستور کار شورای بازنگری قرار گیرد و در قانون اساسی گنجانده شود، این موضوع عنوان شده بود: «مجمع تشخیص مصلحت نظام برای حل معضلات نظام و مشورت رهبری، به صورتی که قدرتی در عرض قوای دیگر نباشد.» (مهرپور، 1387: 263) همچنین با مراجعه به مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی، می‌توان به این نکته پی برد که یکی از دغدغه‌های اصلی این شورا در زمینه مجمع، این بوده است که مبادا مجمع، قدرت قانون‌گذاری پیدا کند و در عرض قوای دیگر درآید. بنابراین، می‌توان گفت «موقعیت مجمع در نظام قانون‌گذاری، خارج از تشکیلات تقنینی کشور بوده و این مجمع در نهاد رهبری به‌عنوان مستشار عالی قرار می‌گیرد و به‌عنوان حکم، به حل اختلاف مجلس و شورای نگهبان مبادرت می‌ورزد.» (ملک‌افضلی، 1385: 86) این ایده را شورای بازنگری، در اصل 112 قانون اساسی، به شرحی که گذشت، انعکاس داد؛ اما تصویب برخی از قوانین، پیش از ورود این نهاد به قانون اساسی یا تغییر واژگان نگارش‌یافته توسط مجلس در زمان حل اختلاف با شورای نگهبان، مؤید خروج مجمع تشخیص مصلحت نظام از صلاحیت و وظایف خود، به‌واسطه ورود به حیطه قانون‌گذاری است.

اعمال قوه مقننه از دو طریق صورت می‌گیرد و مرجع دیگری برای قانون‌گذاری دارای صلاحیت نیست: 1. مطابق اصل 58 قانون اساسی، از طریق مجلس شورای اسلامی؛ 2. مطابق اصل 59 قانون اساسی در مسائل بسیار مهم اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی، با تصویب دوسوم مجلس اعمال قانون‌گذاری، از طریق مراجعه به آرای مردم و همه‌پرسی. در دوره‌ای از تاریخ، یعنی پس از اینکه امام خمینی مجمع تشخیص مصلحت نظام را تشکیل داد و قبل از اینکه مجمع را به‌طور رسمی در بازنگری قانون اساسی 1368 وارد کند، اختیار وضع قانون با این مجمع بود؛ اما این اختیار یک سال بعد، از سوی خود ایشان در تاریخ 8 دی 1367، از مجمع به‌صراحت سلب شد. در هر صورت، مجمع تشخیص مصلحت نظام پس از تشکیل، به وضع قانون



و جرم‌انگاری برخلاف اصل، اقدام کرد که از آن جمله، می‌توان به قانون مبارزه با مواد مخدر، قانون تعزیرات حکومتی و قانون امور بهداشتی و درمانی اشاره کرد. (مهرپور، 1387: 260)

#### 4-2. شورای عالی انقلاب فرهنگی

برای نخستین بار، دستور تشکیل شورای عالی انقلاب فرهنگی در سال 1359، طی پیامی از طرف امام خمینی (ره) صادر شد. ستاد انقلاب فرهنگی با پیام ایشان تشکیل شد و تا آذرماه 1363، فعالیت‌هایی را نظیر بازگشایی دانشگاه‌ها، اصلاح برخی کتب دانشگاهی، تأسیس جهاد دانشگاهی و... انجام داد. در سال 1361، هیئت وزیران با تصویب «لایحه تشکیل شورای عالی انقلاب فرهنگی»، تلاش‌هایی کرد که با نبود تصمیم‌گیری مجلس، فراموش شد؛ تا آنکه در نهایت، در 19 آذر 1363 فرمان تشکیل شورا از طرف امام خمینی صادر شد. در صورت‌بندی نظام اداری و سیاسی کشور تا به امروز، نامی از شورای عالی انقلاب فرهنگی و جایگاه آن در قانون اساسی 1358 و اصلاحیه بعدی آن در سال 1368، به میان نیامده است. (شریف، 1384: 220) برخی مسائل، شورای مذکور را در مدت حیات خویش با بحران مشروعیت و قانونی بودن مواجه کرده است؛ از جمله، تلقی ناصحیح از فرمان امام در خصوص اعتبار مصوبات این شورا،<sup>1</sup> صلاحیت‌نداشتن دیوان عدالت اداری در رسیدگی به تصمیمات و مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی، مطابق با تبصره ماده 19 قانون دیوان، ابطال مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی از سوی دیوان عدالت اداری، اعلام وجاهت‌نداشتن تصمیمات شورای عالی انقلاب فرهنگی از سوی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری<sup>2</sup> و... (صدادقتی و امیرآفتابی، 1388: 430) علی‌رغم آنکه شورا برحسب رسالت ذاتی خود، باید اقدام به تعیین سیاست‌گذاری فرهنگی کند و این مسئله بارها از طرف مسئولان اعلام شده، در برخی مصوبات، به ایجاد حق و تکلیف حتی در حوزه حقوق کیفری اقدام کرده است.

از مهم‌ترین مصوبات این شورا، می‌توان به مسائل زیر اشاره کرد:

1. در خصوص ماهیت حقوقی مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی، باید گفت مطابق استعلام رهبر فعلی انقلاب از امام خمینی (ه) در خصوص اینکه مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی باید به گونه‌ای باشد که دارای تأثیر و آثار حقوقی بوده و در حکم قانون باشد، امام در زمان مقرر فرمودند که مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی باید دارای آثار حقوقی بوده و لازم‌الاجرا باشد؛ اما در پاسخ خود، از واژه در حکم قانون نیز استفاده نکرده‌اند. سخن امام حاکی از این است که مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی، دارای آثار و اعتبار قانونی است و می‌دانیم که بین آثار قانونی و قانون‌بودن تفاوت بسیاری وجود دارد (محمدحسین زارعی، 1384: 131).

2. دیوان عدالت اداری درباره احکام صادرشده از سوی شورای عالی انقلاب فرهنگی توسط هیئت مرکزی گزینش دانشجو، اطلاق نام قانون را بر مصوبات شورا، بدون مبنای حقوقی و فاقد وجاهت قانونی دانسته است (محسن ملک‌افضلی، 1385: 150).

1. قانون مصادیق عناد و فساد اخلاقی؛
2. آیین‌نامه کمیته انضباطی دانشجویان و دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی؛
3. مقررات شبکه‌های اطلاع‌رسانی رایانه‌ای. (جاهد، 1383: 52)

با وجود ادعای برخی در نوشته‌های غیرعلمی، «مقررات کلی و نوعی مصوب نهادهای خاص، همچون شورای عالی انقلاب فرهنگی، در حدود صلاحیت آن‌ها از اعتباری همچون قانون برخوردار است.» (دانش پژوه، 1389: 179) این دسته بدون استناد به قانون یا هیچ منبع علمی دیگر، درصدد توسعه صلاحیت نهادهایی خاص، همچون شورای عالی انقلاب فرهنگی تا حد وضع قانون هستند که جای هیچ‌گونه دفاع و توجیه علمی و حقوقی ندارد. البته باید دانست مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی ماهیت محدوده‌کننده داشته و از منظر حقوقی جرم و جرم‌انگاری به مفهوم واقعی کلمه محسوب نمی‌شود. گرچه می‌توان قلمرو کیفری را به این امور تسری داد ولی از حیثه مباحث حقوق کیفری خارج هستند.

#### 3-4. جرم‌انگاری توسط دولت

اگرچه قوه مجریه می‌تواند در مسائل استثنایی، با وضع آیین‌نامه اقدام به قانون‌گذاری کند، این مسئله در همه نظام‌های حقوقی با محدودیت روبه‌روست؛ چنان‌که آیین‌نامه نمی‌تواند خلاف قانون عادی یا اساسی باشد، یا حق و تکلیف‌هایی را بیش از قانون بر شهروندان تحمیل کند. به عبارتی دیگر، قانون، ناشی از اراده وسیع عمومی و به‌وجودآورنده حق و تکلیف است؛ درحالی‌که ابتکار آیین‌نامه، محدود و منطبق با قوانین است و حق و تکلیف جدیدی را بیش از آنچه قانون مقرر داشته، ایجاد نمی‌کند.

اما در حقوق ایران، هیئت وزیران از طریق تصویب آیین‌نامه، برخلاف اصول، در مسائلی بدون وجود مصوبه قانونی مجلس، به قانون‌گذاری اقدام کرده است؛ برای مثال، می‌توان به آیین‌نامه سامان‌دهی فعالیت پایگاه‌های اینترنتی اشاره کرد که در سال 1385، به تصویب هیئت وزیران رسیده است. (جوانمرد، 1388: 52) این آیین‌نامه در ماده 7، با برشماری اعمال خلاف، شدیدترین شکل ضمانت اجرا، یعنی بسته‌شدن پایگاه اینترنتی را برای کاربران در نظر گرفته است. تصویب طرح‌های ایجادکننده حق و تکلیف برای شهروندان در حوزه‌هایی مانند پوشش، ماهواره، مسائل یا سبقت امنیتی، جمع‌آوری اراذل و اوباش و... نیز در این محدوده جای دارند.

#### 4-4. وضع قانون در پرتو اصل 167 قانون اساسی

علی‌رغم تفسیرهای ارائه‌شده از اصل 167 قانون اساسی، به نظر می‌رسد که قانون‌گذار به بیان حکمی کلی اقدام می‌کند و درخصوص هیچ دعوایی، قائل به استثنا نمی‌شود؛ بدین معنی که منظور از کاربرد عبارت «هر دعوی» در این اصل، همه‌ی دعوای، اعم از کیفری و مدنی است و به این مسئله، در دعوای کیفری انتقاد شده است. «رویه قضایی باوجود آرای فراوانی که از اول انقلاب تا به حال صادر شده، اگرچه تلاش می‌کند خود را مقید و پایبند به اصل قانونی بودن جرم و مجازات نشان دهد، حکایت از آن دارد که قضات، برداشتی عام از اصل 167 دارند و آن را در قلمرو حقوق کیفری و مدنی، مجری دانسته‌اند؛ زیرا موارد بسیاری بر اساس منابع معتبر اسلامی، مورد بررسی قرار گرفته و درمورد آن، حکم صادر شده است.» (حبیب زاده و توحیدی فرد، 1386: 77) به عبارتی، قانون بر قاضی تکلیف کرده است که درهرحال، درصورت سکوت، نقض یا اجمال، به پیدا کردن عنوان مجرمانه اقدام کند. این موضوع علاوه بر بسیاری از ایرادها که بحث درباره‌ی آن از حوصله این نوشتار، خارج است، مغایر با اصل تفکیک قواست. درهرحال، پرداختن به اصل مزبور که بارها نیز درباره‌ی آن نوشته‌اند، بیش از این ضروری به نظر نمی‌رسد؛ اما خلاف اصل بودن و توسعه جرم‌انگاری، از ایرادات قانون اساسی در حقوق کیفری است که دست قاضی را برای تهدید حقوق و آزادی‌های مردم باز می‌گذارد. در دو مورد اخیر نیز می‌توان پذیرفت که جرم‌انگاری به معنای خاص انجام نشده و مصادیقی محدود کننده برای حقوق و آزادی‌های افراد است.

#### نتیجه‌گیری

اصول کلی در هر شاخه از علم حقوقی در راس سلسله مراتب هرم آن نظام قرار دارند. هر اصل به طور طبیعی با استثنائاتی روبروست و همچنین در طول زمان شاهد تغییراتی به تناسب تحولات سیاسی و اجتماعی جوامع می‌باشد. اصل تفکیک قوا و تقنین و در این مقوله جرم‌انگاری در صلاحیت مجلس نیز به عنوان یکی از مهم‌ترین اصول در حوزه حقوق، از این قاعده مستثنی نیست و با وجود تحولاتی که داشته همچنان در مدل‌های مختلف حکمرانی، مهم و مد نظر برای ترسیم و نظم‌بخشی به قوا و موثر در ارتباط بین آنها و تعیین وظایفشان بوده است. در نظام حقوقی ایران تعارض بنیادین بین برخی از اصول قانون اساسی و رویه‌های متعارض با این قانون که یا به طور خودسر یا به تجویز قانون عادی اعمال شده در عمل تنها

نامی از تفکیک قوا باقی گذاشته که با روح زمامداری مطلوب همخوانی ندارد. با وجود آنکه برای تحقق تعادل و توازن بین قوا گاهی ممکن است حتی وظایف اصلی یک قوه به طور استثنایی به قوه دیگری سپرده شود اما این امر به معنی خروج بی حد و حصر از اصل نیست و همواره توجیهاتی برای آن وجود دارد. با توجه به آنچه گذشت مشخص گردید که سلطه پارادایم جرم‌انگاری حداکثری بر نهادهای گوناگون در ایران موجب تداخل در وظایف قوا شده و یک وظیفه اصلی و حیاتی در صلاحیت هم زمان چند دستگاه قرار گرفته که با فلسفه وجودی تفکیک قوا در تعارض می‌باشد. بازخوانی و اصلاح مجدد قانون اساسی در پرتو نقدهای آزاد تنها راه خروج از این بحران است؛ در غیراین صورت علاوه بر چالش‌های مرتبط با نهادهای مزبور شاهد نوزایی نهادهای مشابه برای حل مشکلات ناشی از تداخل صلاحیت‌ها و وظایف خواهیم بود.

### منابع و مأخذ

1. ایروانیان، امیر، *نظریه عمومی سیاست‌گذاری جنایی*، نشر شهر دانش، چاپ اول، 1392
2. بوزان، باری، *مردم، دولت‌ها و هراس*، ترجمه پژوهشکده مطالعات راهبردی، نشر پژوهشکده مطالعات راهبردی، چاپ اول، 1378، ص 105.
3. انصاری، باقر، *حقوق ارتباطات جمعی*، نشر سمت، چاپ دوم، 1387
4. جوانمرد، بهروز، *تسامح صفر: سیاست کیفری سخت‌گیرانه در قبال جرائم خرد*، نشر میزان، چاپ اول، 1388
5. موراوتز، توماس، *فلسفه حقوق*، ترجمه بهروز جندقی، نشر پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ اول، 1387
6. دل‌وکیو، جورجو، *فلسفه حقوق*، ترجمه جواد واحدی، نشر میزان، چاپ اول، 1386
7. قاضی‌مرادی، حسن، *استبداد در ایران*، نشر کتاب آمه، چاپ پنجم، 1390
8. رحمت‌اللهی، حسین، *تحول قدرت، دولت و حاکمیت از سپیده‌دمان تاریخ تا عصر جهانی‌شدن*، نشر میزان، چاپ اول، 1388
9. مهرپور، حسین، *مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، نشر دادگستر، چاپ اول، 1387
10. نوبهار، رحیم، *حمایت حقوق کیفری از حوزه‌های عمومی و خصوصی*، نشر جنگل؛ جاودانه، چاپ اول، 1387
11. رشید اسماعیلی، «چرخه توسعه‌نیافتگی و استبداد»، ماهنامه فردوسی، شماره 62 و 63، اسفند و فروردین 1387، ص 121.

12. نجفی ابرندآبادی، علی حسین و حمید هاشم‌بیگی، *دانشنامه جرم‌شناسی*، نشر دانشگاه شهید بهشتی، چاپ اول، 1377
13. محمودی، جانکی فیروز، «مبانی، اصول و شیوه‌های جرم‌انگاری»، پایان‌نامه دوره دکتری، دانشگاه تهران، مهر 1382
14. صداقتی، کیوان و زهره امیرآفتابی، «تحدید حق دادخواهی دانشگاهیان توسط شورای عالی انقلاب فرهنگی»، *نشریه پژوهش‌های حقوقی*، شماره 15، 1388
15. جعفری، مجتبی، *جامعه‌شناسی حقوق کیفری: رویکرد انتقادی به حقوق کیفری*، نشر میزان، چاپ اول، 1392
16. ملک‌افضلی، محسن، «جایگاه مجمع تشخیص مصلحت نظام در فرایند قانون‌گذاری»، *نشریه حقوق اسلامی*، سال 12، شماره 2، تابستان 1385
17. شاهی، محمد شریف، «جایگاه قانونی شورای عالی انقلاب فرهنگی و مصوبات آن»، *نشریه پژوهش حقوق و سیاست*، شماره 15 و 16، پاییز و زمستان 1384
18. حبیب‌زاده، محمدجعفر و محمد توحیدی‌فرد، *قانون‌مداری در قلمرو حقوق کیفری*، نشر دادگستر، چاپ اول، 1386
19. جاهد، محمدعلی، «ضرورت جرم‌زدایی در حقوق کیفری ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه مازندران، تابستان 1383
20. آقای طوق، مسلم، «مرزشناسی امور اجرایی و تقنینی در نظریه‌های شورای نگهبان» (مطالعه موردی اصل 85 قانون اساسی)، *نشریه اطلاع‌رسانی حقوقی*، شماره 17 و 18، بهار و تابستان 1388
21. بهنیا، مسیح، «تفکیک قوا در عمل؛ نگاهی اجمالی به مدل‌های تفکیک قوا در سه کشور ایران، آمریکا و فرانسه»، *نشریه مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی*، سال 11، شماره 46، 1384
22. دانش‌پژوه، مصطفی، *مقدمه علم حقوق با رویکردی به حقوق ایران و اسلام*، نشر سمت، چاپ اول، 1389
23. معتمدی مهر، مهدی، *حمایت از زنان در برابر خشونت: سیاست جنایی انگلستان*، نشر برگ زیتون، چاپ اول، 1380

### منابع انگلیسی

1. Garland وDavid, Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory, 1990
2. European Court of Human Rights, Judgment of 15 June 1992 (Lüdi v Switzerland), Publ. ECtHR,
3. haeri, abdo Hadi, shisam and constitutionalism in iran, available at: <http://books.google.com/books>, p18
4. moschtaghi, ramin, understanding the rule of law in the various legal orders of the words, available at: [wikis.fu-berlin.de/display/SBprojectrol/Home](http://wikis.fu-berlin.de/display/SBprojectrol/Home), p3
5. Nils Jareborg, Crime Ideologies, Stockholm Institute for Scandianvian Law 1957-2009 availabale at: <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/40-16.pdf>, p434
6. Series A, No. 238. The text of Ludwig Lüdi v Switzerland
7. Tadros, victor, criminalization and regulation, university of warwick school of law, legal studies research paper, no2009-08.