



Jurisprudential Principle of Ḥamā (Prohibitory Decree) in Criminal Law; from Narrative Theoretical to Challenges

Ardavan Arzhang¹ | Somayeh Aghainezhad² | Fatemeh Alizadeh³

1. Corresponding Author, Associate Professor, Fiqh and Islamic Law Group, Faculty of Humanities, Yasuj University, Yasuj, Iran. Email: arzhang@yu.ac.ir
2. PhD Student, Law Group, Faculty of Theology, University of Maybod, Maybod, Maybod, Iran. Email: ustu.aghai.somayeh@meybod.ac.ir
3. Assistant Professor, Fiqh and Islamic Law Group, Faculty of Humanities, Yasuj University, Yasuj, Iran. Email: f.alizadeh@yu.ac.ir

Article Info

Article Type: Research Article

Article History

Received 29-Apr-2023

Received in revised form 8-Jul-2023

Accepted 18-Sep-2023

Published online 5-Oct-2023

Keywords

criminal law,
principle of ḥamā,
privacy,
criminalization,
center,
environment.

ABSTRACT

The pattern of criminalization and punishment in jurisprudence follows basic rules, principles and ideas, some of which are specific to some crimes and others are executable in all divisions of criminal jurisprudence. The principle of ḥamā - with the concept of applying the prohibition decree from the center to the surrounding environment - is considered as the most important principle in the field of preventing major crimes and supporting value patterns in Islamic society. So far, the jurisprudential and legal analysis and pathology and the challenge-seeking of this principle have not been dealt with. The main issue of this article is the basic challenges of the jurist and legislator in sanctioning and penalizing (criminalizing) permissible acts based on this rule. If utilizing this rule as the basis of criminalization, despite its narrative theoretical nature, is documented without considering some paralegal and extralegal suppositions, it will pose serious challenges for the philosophy of Islamic and conventional criminal law and some of their doctrines; challenges such as the confrontation of the principle of ḥamā with rights and freedoms, the theoretical contraction and expansion, the fundamentals of the principle of ḥamā, the principle's incompatibility with the principle of minimalism in criminal law, and the principle's resulting (intāḥ) in the inflation of criminal laws. In other words, although the exigency of implementing the principle is available, in some cases its obstacle is not missing. Therefore, the necessity of discipline in adhering to and citing this principle is fully confirmed.

Cite this article: Arzhang, A., Aghainezhad, S., Alizadeh, F. (2023). Jurisprudential Principle of Ḥamā (Prohibitory Decree) in Criminal Law; from Narrative Theoretical to Challenges. *Jurisprudence and the Fundamentals of the Islamic Law*, 56 (1), 163-180. DOI: <https://doi.org/10.22059/jjfil.2023.356982.669511>



© The Author(s).

Publisher: University of Tehran Press.

DOI: <https://doi.org/10.22059/jjfil.2023.356982.669511>

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی



قاعده فقهی حمی در حقوق کیفری؛ از روایی نظری تا چالش‌ها

اردوان ارژنگ^۱ | سمیه آقایی نژاد^۲ | فاطمه علی زاده^۳

۱. نویسنده مسئول، دانشیار، گروه فقه حقوق اسلامی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه یاسوج، یاسوج، ایران. رایانامه: arzhang@yu.ac.ir

۲. دانشجوی دکترا، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه میبد، میبد، ایران. رایانامه: ustu.aghai.somayeh@meybod.ac.ir

۳. استادیار، گروه فقه حقوق اسلامی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه یاسوج، یاسوج، ایران. رایانامه: f.alizadeh@yu.ac.ir

اطلاعات مقاله

چکیده

نوع مقاله: مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۲/۰۹

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۴/۱۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۲۷

تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۷/۱۳

کلیدواژه‌ها:

پیشگیری از وقوع جرم،

جریم،

جرم‌انگاری،

قاعده حمی،

کانون،

محیط.

الگوی جرم‌انگاری و سزادهی در فقه، از قواعد، اصول و انگاره‌هایی بنیادینی تبعیت می‌کند که برخی از آن‌ها مختص به بعضی از جرایم و پاره‌ای دیگر در همه ابواب فقه کیفری قابل اجرا است. قاعده «حمی» - با مضمون تسری حکم حرمت از کانون به محیط پیرامونی - به عنوان مهمترین قاعده در حوزه پیشگیری از جرایم مهم و حمایت از الگوهای ارزشی در جامعه اسلامی، مطرح است. تاکنون به تحلیل و آسیب‌شناسی فقهی و حقوقی و چالش‌هایی این قاعده پرداخته نشده است. مسئله اصلی این نوشتار چالش‌های اساسی فقیه و قانونگذار در تحریم و تجریم (جرم‌انگاری) اعمال مباح، بر پایه این قاعده است. بهره‌گیری از این قاعده به مثابه مبنای جرم‌انگاری، علیرغم روایی نظری، در صورتی که بدون توجه به برخی انگاره‌های پیرا حقوقی و فراحقوقی مستند قرار گیرد، فلسفه حقوق کیفری اسلامی و عرفی و برخی دکتربین‌های آنها را دچار چالش جدی خواهد کرد. چالش‌هایی از قبیل: رویارویی قاعده حمی با حقوق و آزادی‌ها، قبض و بسط تئوریک و مبنایی قاعده حمی، ناسازواری قاعده با اصل کمینه‌گرایی حقوق کیفری، انتاج قاعده به تورم قوانین کیفری. به عبارت دیگر هرچند مقتضی اجرای قاعده موجود است، اما در برخی موارد مانعش مقفود نیست. از همین رو ضرورت انضباط در تمسک و استناد به این قاعده مسجل می‌شود.

استناد: ارژنگ، اردوان، آقایی نژاد، سمیه، علی زاده، فاطمه (۱۴۰۲). قاعده فقهی حمی در حقوق کیفری؛ از روایی نظری تا چالش‌ها. فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۵۶ (۱)،

۱۸۰-۱۶۳.

ناشر: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران. © نویسندگان.



DOI: <https://doi.org/10.22059/jjfil.2023.356982.669511>

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

۱. مقدمه

جرم و سزا در فقه بر اساس ضوابط و قواعد خاصی فهم و وضع می‌شود. این قواعد که بنیان جرم و سزا بر گستره آن قرار می‌یابد، زمانی اصطیادی و گاه تنصیصی است. در این میان، قواعدی از قبیل قبح عقاب بلایان، قاعده وزر، قاعده لاضرر، قاعده درأ، قاعده اکراه و اضطرار وجود دارند که در خصوص دستاوردهای کیفری آن در حقوق سخن بسیار گفته شده است. اما مسئله این جستار آن است که «حمی» به عنوان قاعده‌ای ارزش‌بنیاد در حوزه حقوق کیفری، چالش‌های اجرایی دارد. مدعا آن است که قاعده حمی، به رغم برخی بنیان‌های استوار نظری، با چالش‌هایی جدی روبه‌روست که ضرورت ضابطه‌مندی کاربست این قاعده را ثابت می‌کند. مبتنی بر مسئله پیش‌گفته، ساختار منطقی و فرآیندی این نوشته، چنین سامان یافته است که نخست به شناسایی قاعده و مبانی و مستندات آن پرداخته شده و پس از آن، چالش‌های متعدد این قاعده در فقه و حقوق کیفری بررسی شده و در نهایت، در راستای رفع چالش‌های قاعده، ضوابطی ارائه می‌شود. اکنون پرسش این است که قاعده «حمی» چه چالش‌های اجرایی و عملی دارد؟ گویی نخستین بار داوودی در مقاله‌ای این قاعده را صورت بندی نموده است؛ (داوودی، ۳۳) اما نقد و اشکالی از سوی صاحب نظران بر آن وارد نشده است. با این حال به نظر می‌رسد، این قاعده مبتلای به برخی چالش‌ها است. روش تحقیق این نوشتار، از نوع تحلیلی، توصیفی و مبتنی بر منابع کتابخانه‌ای است. در ابتدا روایی نظری و استنادی قاعده مذکور بررسی شده و سپس چالش‌های اجرایی آن به تفصیل و مبتنی بر روش اجتهادی، تحلیل و تبیین می‌شود.

۲. شناسایی قاعده: مفهوم و مدارک

قاعده «حمی» یا «حریم حمی» که از آن با عنوان «مراقبت از حریم احکام الهی» نیز یاد شده است، از قواعد فقهی مستند به منابع معتبر-آیات، روایات و سیره عقلاء - می‌باشد. (نک: داوودی، ۳۳) مضمون و مفاد اجمالی قاعده این است که حرمت قطعی موضوعات مهم و خاص را می‌توان از «کانون» به «محیط پیرامونی» تسری داد و حکم ناروایی آن کانون را در محیط پیرامونی آن به انگیزه حفاظت مطمئن‌تر از نقطه کانونی - اجرا کرد. (داوودی، ۳۴) این قاعده در واقع پاسخی مثبت به این پرسش است که آیا احتمال منتهی شدن رفتار یا رفتارهایی به جرم، توجیه لازم برای جرم‌انگاری آن رفتار یا رفتارها خواهد بود؟ این آموزه را می‌توان مستند و مترتب بر مبنا و باور کلامی عدلیه مبنی بر تبعیت احکام از مصالح و مفاسد واقعی دانست. این باور چنان قوییم و استوار است که میرزای نایینی می‌گوید: «مناط بودن مصالح و مفاسد برای احکام، امری ضروری است که انکارش امکان ندارد». (نائینی، ج ۲، ص ۱۸۰ و نیز نک: موسوی‌خویی، مصباح الاصول، ج ۱، ص ۴۳۴) بدان معنا که مصالح و مفاسد در موضوعات احکام، در رتبه‌ای از اهمیت است که می‌تواند در هندسه استنباط فقیه، حکمی را از منطقه کانونی به محیط پیرامون (حریم) گسترش دهد.

از نظر واژه‌شناسان «حمی»، چراگاهی است که افراد از «نزدیک شدن به آن»، (جوهری، ج ۶، ص ۲۳۱۹) یا از «ورود به آن» ممنوع باشند. (فراهیدی، ج ۳، ص ۳۱۲) اطلاق واژه «حمی» بر مناطق ممنوعه صید و سرزمینی که قطع اشجار جایز نیست و یا بر زمین‌های مخصوص پادشاه نیز بر پایه همین تسمیه و نامبرداری لغوی است. (نک: طریحی، ج ۱، ص ۱۰۸) برابر این قاعده، حکم حرمت قطعی، از نقطه کانونی حکم به محیط پیرامونی آن توسعه می‌یابد. بنابراین قاعده را می‌توان در جهت کاهش فرصت‌ها و زمینه‌های ارتکاب جرم ارزیابی کرد.

عمدتاً آیاتی از قرآن با تعبیر «لا تقربوا»؛ که دلالت بر نهی از مقدمات عمل حرام (از جمله آیه شریفه ۳۲ اسراء) دارد، مدرک و مستند این قاعده به شمار می‌آیند. با این توضیح که قرآن کریم، در بکارگیری و استعمال ریشه «قرب»، عموماً مقاصدی را پی‌جسته است: نخست درصدد بیان حکم حرمت آن عمل و نیز دور نگه داشتن آدمیان از حریم این حمی است. مقصد و مقصود دیگر شارع، مبالغه در بیان شدت نهی و تاکید بر حرمت می‌باشد. گرچه می‌توان تجریم حریم و مقدمات را در مورد نخست، بی‌تکلف استنباط کرد، ولی در مورد دوم، نمی‌توان از تاکید بر حرمت، بالملازمه به جواز و یا الزام «تحریم مقدمات» رهنمون شد. از جمله آیات دسته دوم می‌توان به آیات مربوط به حرمت تصرف در اموال یتیم (نساء: ۱۰) با دلالت بر حرمت کمترین تصرف و نیز افاده شدت حرمت (طباطبایی، ج ۱۳، ص ۹۱) اشاره کرد. در کنار مشتقات قرب، ویژه‌تر تعبیر «لا تقربوا» در مورد عدم ارتکاب زنا، به معنای حفظ حریم حمی (یعنی حفظ نسل و عرض) است. در آیه ۳۲ سوره اسراء آمده است: «و لا تَقْرَبُوا الزَّیْنَةَ اِنَّهَ کَانَ فَاحِشًا و سَاءَ سَبِيلًا». گویی از هرچه که موجب قرب و نزدیک شدن به این عمل زشت می‌شود، نهی شده است. (طباطبایی، ج ۱۳، ص ۸۵) البته در خصوص همین مورد نیز برخی دلالت «لا تقربوا» بر «تاکید مضاعف بر حرمت» (فخر رازی، ج ۲۰، ص ۳۳۱) و «مبالغه در آن» (طباطبایی، ج ۱۳، ص ۸۵) را یادآور شده‌اند. تعابیر برخی نیز تاب هر دو وجه «تاکید» و «نهی از مقدمات» را دارد. (مکارم شیرازی، تفسیر نمونه، ج ۱۲، ص ۱۰۲) همچنین، برخی آیات، به دلالت ضمنی بر این قاعده صحه می‌گذارند؛ مانند آیه شریفه «و لا تَسْبُوا الَّذِیْنَ یَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللّٰهِ فِیْسَبُوا اللّٰهَ عَدُوًّا بِغَیْرِ عِلْمٍ... (انعام: ۱۰۸). براساس این آیه، ناسزا به خدایان مشرکان، از آن حیث که مقدمه موصله و موجب ناسزای مشرکان به الله می‌باشد، حرام است.

در سنت نیز روایاتی بر مفاد این قاعده دلالت دارند؛ از جمله: «برای هر فرمانروایی، قرق‌گاهی (منطقه ممنوعه‌ای) است. قرقگاه خدا، حلال و حرام اوست و در این میان، مشتبهاتی نیز وجود دارند. همان‌طور که اگر چوپانی گوسفندان خود را نزدیک قرق چرا دهد، نمی‌تواند آنان را از رفتن به وسط منطقه ممنوعه حفظ کند، همین‌طور انسان اگر در قرقگاه الهی داخل شود، در معرض ارتکاب حرام واقع می‌شود. پس مشتبهات را رها کنید». (طوسی، ۳۸۱؛ صدوق، ج ۴، ص ۷۵) گرچه استناد به این روایت در باره بایستگی یا حُسن احتیاط در مواجهه با شبهات است، ولی احتیاط

در عمل، اثری جز حرمت (و یا لزوم ترک) ارتکاب ندارد. مضمون این روایت در مصادر اهل سنت نیز آمده است: «معاصی، حمی خداوند است و هرکس گوسفند خود را در اقمار قرقگاه ببرد، بیم آن می‌رود که وارد منطقه ممنوعه شود [و حرام را مرتکب شود]. (نک: بخاری، ج ۳، ص ۴) روایاتی نیز در خصوص حرمت وسایل و وسایطی که به شرب خمر منتهی می‌شود، وارد شده است. (نک: کلینی، ج ۶، ص ۳۹۸؛ حر عاملی، ج ۱۷، ص ۲۲۴) مبتنی بر این مدارک، فتاوی صادر شده است؛ مثلاً برخی با استناد به روایت «خمر سرچشمه هر گناه و بدی است» (صدوق، ج ۴، ص ۳۵۳)، حرمت خمر، هرچند به مقدار قلیل آن را از قبیل عمل به قاعده حمی دانسته‌اند. (داودی، ۴۹) این حکم چنین توجیه شده است که نوشیدن شراب به مقدار کم، میل به مصرف به مقدار زیاد از آن را افزون می‌کند. گویی انسان بعد از آنکه حریم حرام را درنوردید، به همان اندک بسنده نخواهد کرد. گویی مصرف مقدار کم شراب، محرک و داعی بر نوشیدن مقدار زیاد خواهد شد. (قرطبی، ۱۳۶۴، ج ۶، ص ۲۹۵)

مبنای عقلایی و عرفی نیز برای این قاعده می‌توان یافت. (نک: موسوی اردبیلی، ج ۱، ص ۸۱) به عنوان نمونه می‌توان رویکرد قانونگذار اسلامی در تحریم و تجزیم برخی مقدمات جرایم را از باب قاعده حمی دانست؛ نظیر ممنوعیت صوت هوس‌انگیز؛ (احزاب: ۳۲) و جوب حجاب زنان؛ (احزاب: ۵۹؛ نور: ۳۱) حرمت خلوت با زن نامحرم؛ (صدوق، ج ۳، ص ۲۵۲) پرهیز از نگاه‌های حرام و شهوت‌آلود؛ (نور: ۳۰) لزوم کسب اذن در ورود به حریم خصوصی از جمله حریم خصوصی پدر و مادر. (نور: ۵۸) (نک: صادقی تهرانی، ج ۲۱، ص ۲۲۹)

۳. چالش‌های کاربریست قاعده حمی در فقه و حقوق کیفری

این قاعده فقهی با وجود روایی نظری، از حیث کاربریست آن در حقوق کیفری، با برخی دکتربین‌ها و معیارهای اجماعی و عقلایی حقوق و فقه کیفری سازواری ندارد که در ذیل به این قبیل چالش‌ها پرداخته می‌شود.

۳-۱. قبض و بسط قاعده حمی در اثر مبانی کلامی - اصولی

اطلاق در استناد به قاعده حمی از جهت کلامی قابل تامل است. چراکه این قاعده فقهی بسته به آنکه در کدامین گفتمان کلامی - اصولی قرار گیرد، اثری متفاوت در کاربریست خواهد داشت.

۳-۱-۱. گفتمان مسلک حق الطاعة

این مسلک در دانش اصول فقه بر پایه «اصل روایی و جواز توسیع دایره توحید عبادی» در دانش کلام بنا شده است. هویت نظریه فوق، بسته به رویکرد تکلیف‌گرایی در پرسش از «حق‌گرایی» یا «تکلیف‌گرایی» در موارد احتمال تکلیف غیر مقارن با علم اجمالی، یا به تعبیر دیگر در شبهات بدوی است. به این معنا که اگر ما در موردی خاص، دلیلی بر حکم شرعی پیدا نکردیم، در مقام عمل به کدام

اصل می‌توانیم تمسک کنیم؟ (حائری، ۱۳۶) اصحاب تکلیف، با بنا نهادن «اصل» بر «تکلیف»، «تکالیف»ی را که ناشی از شک در شمول یکی از جوانب دوگانه «حق یا حکم تکلیفی» بر مورد مشکوک است، در شمار و حکم تکالیف قطعی قرار می‌دهند. (لاریجانی، ۱۳)^۱ روح حاکم بر ساختار تحلیل فوق، تصور و تصویر رابطه عبد و مولی است؛ بدین معنا که «ایمان» فرد مؤمن در گرو «مطیع بودن حد اکثری وی هرچند به مقدمات تکلیف» است. گویا «اساس شریعت» بر بنیان تکلیف مبتنی است. لزوم احتیاط عقلی پیش گفته، در نظر شهید صدر مبتنی بر ثبوت حق مولویت است. چه آنکه «با عقل عملی خود در می‌یابیم که مولویت خداوند متعال، مولای ما، در همه تکالیف اعم از مقطوع، مظنون، مشکوک و موهوم می‌باشد. بنابراین حتی در موارد عدم علم نیز اگر ترخیص، اجازه و رضایتش را در از دست دادن تکالیف واقعی - به خاطر شک به دست نیاوریم - باز حق طاعت برای مولی ثابت است. از همین رو استناد به قاعده قبح عقاب بالایان وجهی نخواهد داشت؛ چرا که چنین عقابی بر حق می‌باشد [چون مُنعمیت و آثار آن، بیان محسوب می‌شوند، لذا واژه «بالایان» مصداق نیافته است و «بیان» موجود است] و عقاب بر حق هم قبیح نمی‌باشد». (صدر، ج ۴، ص ۲۹)

برخی خوانش‌ها از نظریه حق الطاعة بین «مولویت عقلایی و عرفی» و «مولویت حقیقی» تمایزی را به تصویر می‌کشاند: مولویت عقلایی و عرفی به سبب این که مجعول و غیر ذاتی بوده و یا اینکه ملاکات آن ضعیف و نسبی است، بیشتر از جایی را که علم به تکلیف باشد، شامل نمی‌شود؛ اما مولویت حقیقی و کسی که مولویتش ذاتی و با ملاک کامل و مطلق می‌باشد (یعنی همان مُنعمیت خداوند که حدی برای آن نیست، بلکه بالاتر اینکه او مالک و خالق انسان است)، عقل هیچ گونه قصوری را در مولویت و حق طاعت برای او جایز نمی‌داند، بلکه چه بسا حق طاعتی عام برای تمامی موارد تکلیف حتی در موارد عدم علم را برای او لازم می‌بیند. (غروی، ج ۵، ص ۲۶)

گزینش این مسلک از آن جهت، دارای اثر است که می‌تواند در خصوص مقدمات جرم، برداشتی «تحریم‌انگار» را رقم زند و یا چنین حالتی را که دوران امر بین «اباحه بالمعنی الاعم» و «تکلیف» است، به سوی «حرمت» بکشاند. گفتنی است همچنان «تلازم بین مولویت حق متعال با تکلیف‌مداری» و نادیده‌انگاری احتمال «تلازم و یا حداقل ترابط میان مولویت حقیقی و حق‌گرایی» محل بحث است.

۳-۱-۲. نظریه توقف و احتیاط در عمل

بر پایه این نظریه، وظیفه عملی در مواردی که عقل نمی‌تواند اصل یا اقتضای حسن یا قبح اشیاء را بفهمد، همانند مواجهه با فعل ممنوع است و همان‌گونه که آن موارد را ترک می‌کند، این را نیز ترک نمایند. (عبدالساتر، ج ۱، ص ۵۶) برخی با اقبال به این نظریه از لحاظ کارکرد و نتیجه در زمره باورمندان این نظریه محسوب می‌شوند. (نک: منتظری، ۲۷) بدیهی است با بر ابتنای بر این نگرش، قاعده حمی، توجیه شده و موجه می‌شود.

^۱. نک: محقق حلی، ص ۲۰۲.

۳-۱-۳. انکاره اصالة الاباحه

در این رویکرد، اصل بر سلطه انسان بر خویش و عدم ولایت احدی بر دیگری از جمله در مقدمات مباح عمل جرم/حرام است. در این اباحه‌نمایی شریعت، این پیش‌فرض که «تصرف در ملک خداوند، بدون اجازه او بنا بر حکم عقل ممنوع است»، کنار گذاشته می‌شود. (محقق حلی، ۲۰۲) بدین‌روی، بدل از اشتغال ذمه در وضعیت «تردید در دوگانة اباحه و حرمت مقدمات جرم»، حرمت و تکلیف تنها به موارد «بیان» شده، محدود شده و در سایر موارد با اجرا و جریان «قبیح عقاب بالاییان» و نیل به برائت، منطقه فراخ و وسیع «حق» پدیدار می‌شود. مرحوم بهبهانی می‌نویسد: «مجتهدان در آنجا که نصی نباشد (شبهه حکمی) و در شبهه موضوعیه، اصل برائت را جاری می‌دانند... و دلیلشان این است که عقل در آنجا که بیانی نرسیده باشد، تکلیف و مواخذه را قبیح می‌داند». (بهبهانی، ۲۳۹؛ و نک: علم الهدی، ۳۴۲)

برخی از معاصران، جریان برائت عقلی را بر سه اصل، استوار کرده‌اند؛ یک: در مورد حکم، بیانی از مولی نرسیده باشد. دو: احتمال وجود غرض مهمی برای مولی در جهت ترک حکم وجود نداشته باشد. سه: مولی، برای بیان مطلب خود، منعی نداشته‌است ولی بیان را ترک کرده‌است. در اینجا عقل حکم می‌کند که اگر غرض عقلایی داشت، هرگز ساکت نمی‌ماند. با تحقق شرایط فوق، برائت عقلی که لازمه مسلک قبیح عقاب بالاییان است، جاری می‌شود. بدیهی است که با رفع یکی از موارد سه‌گانه، اصل برائت عقلی نیز جاری نمی‌شود. (سبحانی، ص ۱۱۵)

بنابراین نحوه واکنش قاعده حمی به جرم (افزایش یا کاهش جرم‌انگاری) و کنترل جرم تا حدود زیادی مرتبط با مبانی کلامی - اصولی و مبتنی بر آن‌ها است. از همین رو نمی‌توان به صرف استناد به قاعده حمی و بدون توجه به رویکرد کلامی - اصولی که هر اندیشمندی در بستر یا حجت‌بخشی به این قاعده در نظر دارد، به جرم‌انگاری روی آورد.

۳-۲. تقابل و رویارویی با حقوق و آزادی‌های فردی

گرچه جامعه بایستی با پیش‌بینی ضمانت‌اجراهای کیفری در قوانین جزایی، از مصالح و ارزش‌ها حفاظت و صیانت کند، اما با محدودیت‌های هم‌روبرو است. یکی از مهمترین این تنگناها می‌توان از «بایستگی تامین حداکثر میزان آزادی‌های فردی نامتنافر و قابل جمع با ارزش‌ها و مصالح جامعه» نام برد. گویی آنگاه که عمل به قانون از آستانه تحمل افراد فراتر برود، تقنین ضمانت‌اجراهای جزایی و کیفری، باعث تجاوز به حقوق فردی تلقی می‌شود. (Clarkson, 98) بنابراین، تحدید آزادی در خصوص زمینه‌های جرم از رهگذر جرم‌انگاری، نیازمند توجیه کافی است؛ از جمله «ضرورت و به صرفه بودن» و «دربرداشتن راهبرد سلب قدرت بزهکار». (Braithwaite & pettit 126) در غیر این‌صورت، نظم کیفری در اثر حمایت از یک ارزش، اقتدار خود را در حمایت از سایر ارزش‌ها از دست خواهد داد. از این‌رو، در صورتی که قاعده حمی، مطلق‌انگار و فارغ از مسئله حق‌های فردی و اصالت حق در نظر آورده شود، در مقابل رویکردهایی تلقی می‌شود که فناوری کیفر را فقط «راهکار نهایی

سیاست اجتماعی» و «با کارکردی فرعی و جانبی» و نه «مقتدری بلامنازع و همه‌جانبه در حمایت از ارزش‌ها و مصالح» به شمار می‌آورند. (Jareborg: 524)

۳-۳. لاقتضایی قاعده نسبت به «رتبه اهمیت» موضوع کانونی

به نظر می‌رسد اقتدار تشریحی ناشی از قاعده حمی، تابعی از میزان «اهمیت موضوع کانونی» (یا همان اهداف شارع) است. به همین سبب نمی‌توان آن را صرفاً مبتنی بر «تکلیف محتمل» و «نظریه حق الطاعة» تحلیل کرده و دایره جرم را وسیع در نظر گرفت. در حقیقت، نمی‌توان به صرف یافتن موضوع کانونی (فارغ از مقدار ارزش و اهمیت آن)، کمربند حمایتی را نسبت به محیط پیرامون هر یک از این موضوعات توسعه داد. به عبارت دیگر، گسترده کردن صلاحیت تقنینی قانونگذار بر مبنای قاعده حمی به گونه‌ای که تمامی مصالح و مقاصد شارع، محل اجرای گسترده قاعده حمی قرار گیرد، فاقد توجیه لازم و مواجهه با مشکلات عدیده‌ای است.

مصالح و مقاصد مورد بحث، پنج قسم است: یک: ضروریات؛ مثل قصاص که سبب حفظ امور ضروری زندگی می‌شود؛ دو: نیازمندیهای عمومی؛ مانند معاملات؛ سه: تحسینات؛ که سبب آراستگی انسان به فضایل و دوری از پلیدی‌ها می‌گردد؛ مثل طهارت؛ چهار: کمالیات؛ یعنی احکام مستحب که از سه دسته قبل نباشد؛ پنج: احکام تعبدیات؛ که تعلیل ناپذیر است و فلسفه آن بر ما روشن نیست. (نک: جوینی، ج ۲، ص ۹۲۳) برخی نیز برای افزودن «حفظ عرض و آبرو» به شمار مقاصد پنج‌گانه، چنین تعلیل - گویا در قالب قیاس اولویت یا گونه‌ای صورت‌بندی از سیره عقلا - کرده‌اند که «انسان گاه در برابر تجاوز به اموال خود و جان خود ساکت می‌نشیند، اما در برابر تجاوز به عرض خود، هرگز خاموش نمی‌شود». (ریسونی، ۸۳) پاره‌ای دیگر حفظ نظام، جلب مصالح، دفع مفاسد، ایجاد برادری میان مردم را جزو همین مقاصد شریعت برمی‌شمارند. (حسنی، ۲۸) عده‌ای نیز از مقاصد پنج‌گانه به حوزه‌های چهارگانه - حوزه فرد، حوزه خانواده، حوزه امت اسلام و حوزه کل بشریت - عدول کرده و بالغ بر بیست و چهار مقصد، در درون و ذیل این حوزه‌ها برشمرده‌اند. (نک: عطیه، ۱۳۹)

بی‌اعتنایی قاعده حمی به درجه و اهمیت مصالح (مقاصد) مورد توجه شارع، منجر به توسعه جرم‌انگاری و بی‌ضابطگی آن می‌شود. این در حالی است که ارزش و اهمیت مصالح و مقاصد یکسان نبوده و پاره‌ای مصالح در نظر شارع برتر از برخی دیگر است. از این رو در کنار استناد به قاعده حمی در جرم‌انگاری، باید نگاه نظام‌وار و سیستماتیک داشت. به این معنا که ضمن بایستگی بررسی تک‌تک مقاصد، مصالح و مفاسد و لحاظ آن‌ها در کنار دیگر ادله و اصول، باید دید که آیا مفاسد منتهی‌عنه به درجه‌ای از اهمیت است که برای آن محیط پیرامونی تعریف شود یا نه؟ افزون بر این - همچنانکه در چالش بعد نیز خواهد آمد - درجه اهمیت مصلحت و مفاسد می‌تواند افزون بر اصل مسئله استناد به قاعده، گستره کمربند حمایتی (قاعده حمی) نیز را نیز روشن کند. برای نمونه، می‌توان مبتنی بر بررسی‌های پیشین، ترتیب و توالی ذیل را در درجه اهمیت مصالح مد نظر شارع در حقوق کنونی پیش رو نهاد: حفظ دین اسلام، حفظ تشیع، حفظ نظام (در معنای عام سیاسی، اقتصادی، فرهنگی و...)،

حفظ عزت و استقلال حکومت اسلامی، حفظ جان مسلمانان و شهروندان، حفظ عرض، حفظ فروعات فقهی، حفظ مال. البته آنچنان موسع تفسیر از دایره ارزش‌های اساسی و در اولویت که منجر به تکثیر جرم‌انگاری‌ها در نظام حقوقی (فقهی) شود، ناپذیرفتنی است. (3 Husak)

۳-۴. لاقتضائی قاعده حمی نسبت به گستره تحریم و تجریم «پیرامون مصالح»

از سویی در قاعده حمی، رتبه و مقدار اهمیت مصلحت، در نظر گرفته نمی‌شود و از سوی دیگر، در خصوص گستره و میزان تحریم و تجریم محیط پیرامون «موضوع کانونی» با چالش مواجه است. البته دانشوران اهل سنت در اصل و مبنای موسوم به سد ذرایع، هر عملی را که به حسب عادت، به مفسده‌ای منتهی گردد، ممنوع و حرام انگاشته‌اند. یعنی هر عملی که وسیله حرام (ذریعه الی الحرام) گردد، ممنوع می‌دانند. (نک: شلبی، ۲۶۸؛ ابوزهره، ۳۰۰) ولی این مسئله موجب می‌شود که قاعده حمی، اثری کیفی‌گرا داشته و نظامی منطبق با اصالة التجریم پدید آید. این در حالی است که از مجموع مباحث دانشیان فقه می‌توان بجای اطلاق گرای، به چند ملاک در خصوص تحریم و جرم‌انگاری امور پیرامونی دست یافت:

یک: ایصال به حرام (مکارم شیرازی، انوار الاصول، ج ۱، ص ۴۵۰). بر پایه این ملاک، مقدمه‌ای که موصله (رساننده) به امر حرام باشد، حرام است. محقق خراسانی بر این باور است که به جهت اینکه با وجود ارتکاب برخی از مقدمات، همچنان مکلف می‌تواند مرتکب عمل حرام نشود، بنابراین تنها مقدمات موصله یا مقدمات تولیدی و تسبیبی (مقدمه‌ای که الزاماً فرد را به حرام منتهی می‌کند) حرام خواهد بود. (آخوند خراسانی، ۱۲۸)

دو: قصد وصول به حرام. بر اساس این ملاک، مقدمات غیرموصله‌ای که به قصد نیل به حرام انجام شود، حرام است. (مکارم شیرازی، انوار الاصول، ج ۱، ص ۴۵۰) می‌توان نظریه مرحوم نراقی را نیز در همین رسته قرار داد. ایشان مقدمات را در دو قالب «سبب» و «شرط» می‌داند. وی بر این باور است اگر مقدمه حرام، سبب حرام باشد، آن مقدمه، حرام و معصیت است. نظیر اینکه بعد از این که از احراق دست شخصی نهی شده است، آتش بر روی دست دست او قرار دهند. گاهی مقدمه، شرط حرام است، ولی فرد، قصد توصل به محرم را ندارد. از نظر وی این مورد قطعاً حرام و معصیت نخواهد بود. ولی اگر در همین امور، قصد توصل به محرم را داشته باشد، ظاهر این است که این فعل معصیت و حرام است؛ مانند سفر به یک سرزمین برای شرب خمر و یا کشتن انسانی. (نراقی، ۷۱)

سه: غلبه مفسده. برخی از اندیشمندان فقه عامه، اقداماتی را که ذاتاً مباح هستند ولی غالباً مفسده‌انگیز هستند (نظیر اهانت به معبود مشرکان)، حرام می‌دانند ولی اگر مصلحت این مقدمات از مفسده آنها بیشتر باشد، رای به حرمت آن نمی‌دهند. (ابن قیم، ج ۳، ص ۱۱۳)

چهار: انحصار راه حسم ماده فساد در تحریم: گرچه همه مجازات‌ها در واقع برای «حسم» و ریشه‌کن کردن ماده و مایه فساد به کار گرفته می‌شوند، ولی حسم آن گونه که در روایات آمده و نیز بر پایه رای فقیهان این است که اگر مصلحت مورد نظر شارع (یعنی حمی) نتواند به وسیله حکم اولی به

طور کامل، تامین و حراست شود، می‌توان حکمی صادر کرد متضمن حسم ماده فساد باشد. این حکم لزوماً ثانوی نیست^۲ و بلکه خود می‌تواند حکمی اولی باشد. از جمله نمونه‌های منصوص در روایات که در استنباط فقیهان نیز آمده است، می‌توان به حکم پیامبر ﷺ در تبعید افرادی که سخنانی نابجا در مورد یکی از بانوان به زبان جاری کرده بودند، (نک: حر عاملی، ج ۱۴، ص ۱۴۹) اشاره کرد. در این حکم، «حق عبور و مرور آزادانه» و «حق انتخاب محل سکونت» از باب طریق انحصاری حسم ماده فساد، نفی شده است. همچنین این حصر در نفی حق حیات از مسلمانی که اعتیاد به کشتن کفار دارد (نک: حر عاملی، ج ۲۹، ص ۱۰۷) نیز نمایان است. از دیگر مواردی که در روایات و در استنباط فقهاء از این روایات، در مورد طریق انحصار دفع فساد در یک حکم متعین آمده است، می‌توان حکم حرمت خلوت با نامحرم (شهید ثانی، ج ۱۲، ص ۷۲) و نیز حرمت نظر و نگاه به دست و موی اهل کتاب بدون ربه (موسوی خویی، المستند، ج ۲، ص ۷۴؛ طباطبایی، ج ۱۰، ص ۶۵) را ذکر کرد. همچنین فقیهان بر اساس این ملاک، به وجوب از بین بردن و انهدام ادوات انحصاری جرم قمار و سکه‌های متقلبانه رای داده‌اند. (نائینی، ج ۱، ص ۲۴؛ موسوی خویی، مصباح الفقاهه، ج ۱، ص ۲۵۴)

بنابراین در صورتی که برای حمایت از مصالح و نیز دفع فساد، راه دیگری جود داشته باشد، مستظهر به سیره فتوایی فقه‌ها و نیز نصوص روایی فوق، نمی‌توان برای تجریم و حرام‌انگاری گسترده به استناد قاعده حمی روی آورد.

البته در خصوص حرمت مقدمه حرام، دیدگاه‌های گوناگونی در بین فقیهان امامی وجود دارد. برخی بر این باورند که مقدمه حرام، چه به نفس حرام منتهی شود و چه منجر نشود (در هر حالت)، حرام است. (نک: شهید اول، ۷۸)

در یک جمع‌بندی به نظر می‌رسد که بجز ملاک انحصار حسم ماده فساد در تحریم، ملاک‌های دیگر نتواند به رفع ابهام قاعده حمی کمک شایانی کند. توضیح اینکه در ملاک «وصول به حرام»، در مقدمات موصله نیز اراده انسان اثرگذار است و می‌تواند از تحقق حرام جلوگیری کند. بنابراین با فرض پذیرش تلازم بین مقدمه حرام و خود حرام، تنها مقدمه‌ای که جزء اخیر علت تامه باشد، حرام خواهد بود و نه الزاماً همه مقدمات آن. (موسوی خمینی، ج ۲، ص ۶۰) همچنین ملاک‌های یک، دو و سه، عمدتاً بر پایه اعتقاد به وجوب مقدمه واجب (وحدت ملاک^۳) شکل گرفته‌اند. حال آنکه رأی و مبنای ملازمه میان مقدمه واجب و ذی‌المقدمه آن، با اقبال فقیهان و اصولیان مواجه نشده است. افزون بر این حتی اگر بتوان گفت وجوب شیء، مستلزم وجوب مقدمه است، اما گزاره «حرمت شیء مستلزم حرمت مقدمه است» پذیرفتنی نیست. زیرا عدم شیء، متوقف بر عدم مقدمات نیست و انجام

^۲. به این معنا که نتیجه استناد به حسم ماده فساد را نمی‌توان لزوماً تحریم و تجریم دانست، بلکه در برخی موارد ممکن است که حکمی حرام، جایز دانسته شود؛ نظیر جواز غیبت در راستای دفع ضرر از فرد مغتاب (انصاری، ج ۱، ص ۳۵۵).

^۳. به این معنا که در هر دو مقدمه واجب و مقدمه حرام، عمل به تکلیف (ذی‌المقدمه) متوقف بر مقدمه است.

شیء پس از تحقق مقدمات اختیاری است. (آملی، ج ۱، ص ۳۳) بنابراین، پس از ارتکاب مقدمه، انسان همچنان قدرت اجتناب از ارتکاب حرام دارد، مگر آنکه همه موارد برای ارتکاب ذی‌المقدمه حرام، آماده باشد، بجز یک مقدمه اختیاری (جزء العلة التامة). همچنین در این فرض (جزء اخیر علت تامه) می‌توان به ملازمه عقلی میان حرمت یک امر و مقدمه آن که در نظر برخی اندیشمندان «نفی ملازمه، نقض غرض شارع دانسته شده است» (دراوشه، ۴۰۶)، معتقد شد.

البته استثنای اخیر نیز فارغ از ایراد نیست: نخست) از حیث کارکرد مجازات؛ بدین معنا که هدف از قاعده حریم حمی، پیشگیری و حمایت از حمی، حریم و ارزش‌های مورد حمایت شارع است، حال آنکه برخورد با آخرین جزء که الزاما پس از آن، جرم محقق می‌شود، در بسیاری از مواقع، موجه به نظر نمی‌رسد. (دو) از جهت وضوح حکم؛ یعنی ماهیت جزء اخیر نیز چندان وضوح حکمی ندارد. به این معنا که نه می‌توان آن را حرام نفسی دانست، چراکه سخن در قاعده حمی بر سر مقدمه خارجی مباح بالذات است و نه می‌توان آن را از قبیل حرمت غیری به شمار آورد؛ چه آنکه عرف، مقدمه‌ای را که جزء اخیر باشد، با ذی‌المقدمه، واحد می‌انگارد و تسری حکم از مقدمه به ذی‌المقدمه اساسا محل بحث نمی‌یابد.

بنابراین به نظر می‌رسد تنها ملاک قابل قبول، انحصار حسم ماده فساد باشد؛ در غیر این صورت، حتی نمی‌توان به استناد قاعده «التعزیر لکل عمل محرم» یا «التعزیر لکل عمل مفسد»، برای مقدماتی که نقض حریم حمی می‌کنند، تعزیری وضع کرد.

۳-۵. ضرورت «تحلیل عقلایی ارزش محتمل و ارزش احتمال» برای اجرای قاعده

از دیگر چالش‌های این قاعده، عدم توجه به ارزش «احتمال» در کنار ارزش «محتمل» است. در حقیقت، رویکرد به «افعال یا تروک» که مشخص نیست در زمره آزادی و اباحه‌اند و یا تکلیف بوده و واجد یکی از احکام حرمت یا وجوب هستند، باید منطقی باشد. همین نکته در مورد افعال و ترک افعالی که تردید است در زمره آزادی‌ها «بمانند» و یا «تحریم و جرم‌انگاری شوند» نیز وجود دارد.

بنابراین، نمی‌توان احتمالات تکلیفی - هرچند با ارزش احتمالی کم - را خالی از حجت تلقی کرد و نه اینکه تنها «قطع و یقین» را ملاک دانست. بر اساس این انگاره که مکمل نظریه حق الطاعة است، ارزشمندی احتمال بر اساس توسعه حق در اعتبار قانونی و شخصیت‌گرایی قانون‌گذار نیست، بلکه بر اساس «تحلیل عقلایی» احتمال توسعه می‌یابد. نظریه اعتبار قانونی بر این باور است اگر ارزش «احتمال» و «محتمل» هر دو قوی و دارای اهمیت بود، خاصیت بشری و تکوینی انسان - که ارتکاز عقلایی نیز بر همین اساس است - این حالت را جانشین علم قرار می‌دهد. اگر احتمال نیز قوی بوده، اما ارزش محتمل پایین باشد، این احتمال قوی می‌تواند ارزش کم محتمل را جبران نماید. چون در این حالت شخص، برانگیخته شده و همچون علم با آن رفتار می‌کند. همچنین اگر ارزش محتمل، بالا و دارای اهمیت بود، ولی ارزش احتمال ضعیف باشد، شخص در انجام آن - مانند آنجا که علم است - وادار و وارد می‌شود. امر شارع به احتیاط در برخی موارد مانند دماء، در واقع، اعلام و اعمال اهمیت

محتمل است. در نتیجه با نبود قوت محتمل و اهمیت آن-هرچند به وسیله ایجاب خطاب ثانوی-و ضعف ارزش احتمال، هیچ دلیلی برای انجام یا ترک در چنین حالتی به نحو الزام وجود ندارد. بنابراین حدود موضوع حکم جزایی نزد عقل نظری و ارتکاز عقلایی روشن است که بر این اساس احتیاط عقلی در شبهات بدوی برای تکالیف الزامی روا نیست، مگر آنکه اهمیت محتمل بالا باشد. (الهی، ۲۱۴)

بر پایه این دیدگاه، قاعده و مبنا در مقدمه، نه اصله الاباحه است و نه اصل حظر؛ بلکه بسته به تحلیل «عقلایی از ارزش محتمل و احتمال» است و از جمله در آنجا که محتمل قوی و دارای اهمیتی بسیار است، احتمال هرچند ضعیف باشد، بر حکم سایه افکننده و محیط پیرامونی آن را توسعه می‌بخشد.

۳-۶. محدودیت قاعده حمی در حمایت از ارزش‌ها

یکی از کارویژه‌های مهم حقوق کیفری در جامعه، کارکرد ارزشی و توصیفی آن است. (کوشا، ۱۸۹)

یعنی قانونگذار با جرم انگاری برخی رفتارها، در حقیقت ارزش‌های اساسی بنیادین مورد پذیرش یک جامعه را منعکس می‌نماید. (نجفی ابرندآبادی، ۴۳) بر این مبنا، گرچه «الگوهای تولید ارزش، الگوهای جرم انگاری و در نهایت، الگوهای کیفرگذاری، مثلث اعمال قدرت کیفری را شکل می‌دهند»؛ (جووان جعفری و ساداتی، ۱۵) ولی لزوماً همه ارزش‌ها (از جمله ارزش آزادی) نمی‌توانند مشمول حمایت کیفری قرار گیرند. در این خصوص قاعده واحد و مورد اعتمادی نیز وجود ندارد که بتوان با تکیه بر آن، در خصوص زمینه‌های جرم [در مسئله حریم حمی]، تصمیم گرفت. (Grassian:224)

موارد زیر، گرچه نمی‌توانند فرصت استناد به قاعده حمی را از فقیه و قانونگذار سلب کند، ولی در همان زمان هم-به دلایلی که ذکر می‌شود-نمی‌توانند توجیه‌گر توسعه الگوی جرم انگاری و کیفردهی براساس قاعده حریم حمی باشد:

یک: صرف ارزش انگاری برخی امور از سوی عوامل درونی و یا اکثریت جامعه.

دو: سرزنش پذیری یک رفتار در جامعه. به دلیل اینکه این معیار در جوامع مختلف ضابطه مند نبوده (نامضبیط) و همچنین غیر کمی (کمیت ناپذیر) است.

سه: زیان ناشی از این اقدامات. به سبب اینکه مفهوم و ماهیت زیان، امری اختلافی و نااجماعی است و افزون بر این، مشکل کمیت برداری را دارد و در واقع غیر کمی است.

۳-۷. چالش تقدم رتبی قاعده حمی در تقنین ضمانت اجرای کیفری

همچنانکه پیشتر گفته شد و در نظریات حقوقی نیز منعکس گردیده، قلمرو استفاده از ضمانت اجرای کیفری باید به مواردی محدود شود که به مصالح اساسی و حیاتی آحاد مردم یا جامعه لطمه وارد شده، (عبدالفتاح، ۱۵۶) یا بنابر مبنای حسم ماده فساد، تنها راه انحصاری استفاده از ضمانت اجرا باشد. اما در استناد به قاعده حمی در تعیین ضمانت اجرای کیفری، باید توجه داشت که برای حمایت از منافع، گاهی صرف ضمانت اجرای مدنی و گاه اداری کافی است و از همین رو، این ضمانت‌ها بر

راه کیفری اولویت دارد. بنابراین «برای کنترل رفتاری که توسط دیگر رشته‌های حقوقی می‌تواند به خوبی تحت نظم درآید نباید پای حقوق جزا را در آن باز کرد». (Clarkson, : 161) به تعبیر کلارکسون هیچکس برای شکستن فندق از پتک استفاده نمی‌کند. (Clarkson, : 161)

روح حاکم بر فقه اسلامی نیز نشانگر همین نکته است. به این معنا که جرایم سنگین و سخت (مستوجب حد و قصاص) انگشت شمار هستند و تعداد جرایم تعزیری نیز به آن حد از گستردگی نیست که بتوان در حمایت از ارزش‌های اساسی، نظر شارع را بر اصالت کیفر دانست. بنابراین می‌توان هم‌راستا با سیاست عقلایی «جرم انگاری تا حداقل ممکن» (Kats, Moor and Morse: 114) و سیره شارع، اصل را بر وجود و لزوم ضمانت‌های دیگر (مدنی و اداری) و بی‌نیازی از کیفر دانست. چراکه آن ضمانت‌ها با موانع و مشکلات ضمانت کیفری روبرو نیستند و یا دست‌کم می‌توان گفت مشکلات کمتری دارند.

۳-۸. چالش تورم قوانین و خطر تضعیف قدرت حقوق کیفری

چالش اساسی در تورم کیفری ناشی از استناد به قاعده حمی این است که جرم‌انگاری‌های صورت گرفته، هر چند نامشروع نیست، اما فراتر از حد نیاز و بعضاً با برخی اصول و دکترین‌ها ناسازگار است. در حقیقت گرچه، توسل به قاعده حمی، جرم‌انگاری را مبتنی بر «اصل مصلحت» مشروع جلوه می‌دهد، ولی از سوی دیگر این اصل عقلایی اجماعی وجود دارد که تورم کیفری در نهایت امری خلاف مصلحت نظامات است. تورم این‌چنینی در حقوق کیفری، بیشتر در اثر دور شدن از ضابطه‌های عینی و ترجیح ضابطه‌های ذهنی و سیال در جرم‌انگاری است.

این امر به سادگی به سوی افزایش نرخ بزهکاری، تحمیل مجازات‌های طولانی بر مرتکبان جرایم، افزایش تعداد زندانیان و یا کسانی که برچسب مجرمانه دریافت می‌کنند و پدیده بی‌کیفرمانی میل پیدا می‌کند. (نک: شرمین، ۶۸) از دیگر آثار این پدیده، مداخله بی‌جهت در حقوق و آزادی‌های افراد، ایجاد ترس در شهروندان، افزایش اختیارات ضابطان دادگستری، دادسرا و دادگاه و افزایش وقوع جرایم مرتبط مثل اخاذی و ارتشا و نیز اطاله دادرسی است. در حقیقت، تنظیم سیستم کیفری براساس قاعده حمی، به معنای تمایل گسترده به سوی غیرشخصی کردن بزه‌دیدگی خواهد بود. به هر روی استناد افراطی به ضابطه ذهنی و سیال حمی در توسعه دامنه ضمانت اجراهای کیفری، ماهیتاً تیشه به ریشه قابلیت ضمانت اجراهای کیفری برای اداره رفتارهای بشری خواهد بود؛ همانند زوال کارایی آنتی‌بیوتیک‌ها در درمان سل.

همچنین، براساس نظریه برچسب زنی، تورم کیفری (ناشی از هر امری) صرفنظر از جرم‌انگاری موجب جرم‌زایی نیز می‌شود. چراکه «به محض اینکه شخص دارای برچسب مجرمانه دریافت کرد، سعی در انطباق و تطبیق اعمال خود با آن برچسب نموده و با انگیزه بیشتری برای ارتکاب جرایم دیگر تحریک و وسوسه می‌شود، این هزینه بالقوه را باید قبل از جرم‌انگاری هر عملی (به ویژه در مورد جرایم کوچک) به وضوح در نظر داشت. اگر به شخص، برچسب مجرم زده شود، از ارتکاب جرم کوچک تا

جرم بزرگ، فقط گام کوتاهی فاصله است.» (گسن، ۲۹۱) بنابراین وقتی «همه چیز حقوق جزا شد و همه امور، اساسی و جدی جلوه کند، افراد، همه چیز را فرعی و پیش پا افتاده دانسته و در نتیجه این فرآیند، ارزش مجازات فرو می‌کاهد.» (گسن، ۲۹۱)

رویکرد مفادی-محتوایی و حتی شکلی فتوای کیفری وقتی بی‌توجه به «عنصر پیامد» باشد و تنها مبتنی بر حجیت پیش‌رود، نخواهد توانست این چالش را برطرف کند. خصوص آنکه، در کنار پیامدهای فوق، این عارضه نیز وجود دارد که با تکثیر و تعدد قوانین کیفری، شهروندان از تمکین در برابر همه آنها ناتوان است. عدم تمکین در برابر مقررات کیفری نیز با ضمانت‌اجراهای شدید روبرو می‌شود و متعاقب آن عکس‌العمل متقابل جامعه و حاکمیت را در پی خواهد داشت. طبیعی است برخورد متقابل حکومت با همه متخلفان، نتیجه ارزشمندی برای جامعه و نیز ثبات بنیان حکومت نخواهد داشت. از دیگر پیامدهایی که در هنگام خلق قانون کیفری (مبتنی بر قاعده حمی) به طور طبیعی مورد غفلت قرار می‌گیرد، بی‌توجهی به امکانات موجود دستگاه عدالت کیفری در اجرای قانون است. پیامد این غفلت، عدم شناسایی و تعقیب بخش زیادی از جرایم ارتكابی و ایجاد شکاف میان بزهکاران واقعی و بزهکاران قانونی خواهد شد. مترتب بر همین اثر، خشم افرادی است که مجازات شده و می‌شوند. اینان دائماً می‌پرسند که چرا باید مجازات شوند؟ معمولاً و غالباً این خشم به اطرافیان و وابستگان آنان (بویژه کسانی که از قبل این مجازات، ضررهای مادی و معنوی را متحمل شده‌اند)، نیز تسری یافته و مآلاً می‌تواند مشروعیت قدرت حقوق کیفری و تأثیر آن در جلوگیری از ارتکاب جرم را کاهش دهد.^۴

۳-۹. تعارض قاعده حمی با قاعده قبح عقاب بلابیان

نسبت بایسته قاعده اصولی «قبح عقاب بلابیان» و قاعده فقهی «حریم حمی» در هنگام تعارض شایسته توجه و بررسی است. گاه تعارض قاعده حمی با قبح عقاب بلابیان از منظر تعارض «قاعده عقلی و جوب دفع ضرر محتمل» با «قاعده قبح عقاب بلابیان» مطرح می‌شود. بدین صورت که عقل بین «ضرر دنیوی محتمل» و «ضرر اخروی» تمایز می‌نهد؛ برخلاف مورد اول، در خصوص حالت دوم، حکم به وجوب دفع آن می‌دهد. البته چنین حکمی در خصوص ضرر دنیوی، آنجا که ضرر، خطیر و مهم بوده و عادتاً قابل تحمل نباشد، نیز صادق است. (رک: سبحانی، ۱۸۵) با این توضیح، در جایی که ارتکاب عمل، احتمال (هرچند احتمال ضعیف) عقوبت اخروی را در پی داشته باشد، عقل اجازه ارتکاب آن را نمی‌دهد. تعارض مذکور را می‌توان در قالب قیاسی منطقی و به گونه زیر صورت‌بندی کرد:

^۴ البته پژوهیدن این نکته که آیا بازدارندگی (بنیان)، علت و اساس کیفرهای شرعی (بنیاد) است و در صورت نفی بنیان، بنیاد کیفر نیز شرعاً باید فرو ریزد و یا خیر؟ مجال مستقل دیگری نیاز دارد.

صغری: در شبهه بدویه تحریمیه (شبهه‌ای که در یک طرف آن، احتمال حرمت و در طرف دیگر آن احتمالات حکمی غیر وجوب است)، ضرر محتمل اخروی وجود دارد. کبری: هر آن چیزی که در آن ضرر محتمل اخروی وجود داشته باشد، ترک آن لازم است. نتیجه: امر مشتبه به شبهه بدویه تحریمیه، باید ترک شود. (لزوم احتیاط)

بنابراین نتیجه قاعده وجوب دفع ضرر محتمل، لزوم احتیاط، یعنی «اثبات تکلیف و امکان جرم‌انگاری مقدمات جرم» بوده و نتیجه قاعده قبح عقاب بالاییان، همانا «اباحه» است.

این تعارض با «عدم احراز صغرای استدلال» پاسخ داده شده است. به عبارت دیگر استدلال فوق، رخنه صغروی دارد. زیرا مراد از صغری که احتمال ضرر (عقاب) در ارتکاب شبهه بدویه است، الزاماً باید این احتمال، از مجرای عقلایی حاصل شده باشد (و نه از هر راهی) و به نظر می‌رسد همه مجاری عقلایی بیان و تولید احتمال ضرر در این مورد منتفی باشد. چراکه اگر لازم باشد بیانی از جانب مولی مبنی بر وجود ضرر صادره شده و این بیان به عبد هم واصل شود، در حالی که مفروض، فقدان چنین بیانی است. دیگر تمسک به برائت، قبل از فحص لازم در بیان‌های صادره از مولی ناروا است. اما باید دانست این امر، مجاز نیست و عقلا و خردمندان بر لزوم فحص در بیان مولای عرفی و مولای حقیقی اتفاق نظر دارند. مجرای دیگر اینکه عقاب بالاییان امری غیر قبیح باشد. عقلاً چنین فرضیه‌ای باطل و ناپذیرفتنی است. افزون بر این مولی شخصی غیر حکیم یا غیر عادل باشد که عقاب بر «عدم دفع ضرر با احتمال ضرر ضعیف» را مجاز بدانند. این فرض هم به دلیل حکمت و عدالت مولی منتفی است. بنابر فرض ابطال احتمالات فوق، بنابراین استدلال اولیه مبنی بر جریان «قاعده وجوب دفع ضرر محتمل» بدون صغری باقی می‌ماند و استناد به قاعده حمی و نیز وجوب دفع ضرر محتمل صحیح نخواهد بود.

۴. نتیجه

قاعده حمی با وجود مبانی متقنی که در فقه اسلام دارد، اقتضا و محتوای آن را نباید به لزوم توسل به اقدامات کیفری تأویل و تبدیل کرد. بلکه ماده اصلی و متیقن این قاعده، تنها لزوم جلوگیری از نقض حمی و قرقگاه شرعی از طریق حفاظت از حریم است، اما هندسه حکم کانونی (از حیث اهمیت و رتبه) به هیچ‌روی از این قاعده برداشت نمی‌شود. همچنانکه نمی‌توان گستره کمربند حمایتی شریعت و قانون نسبت به محیط پیرامون ارزش اساسی و مصلحت مهم را از این قاعده برداشت کرد. شوربختانه دست قانونگذار، مجری و قضات در اثر این اصل چنان باز می‌شود که در تعریف مفهوم جرم (برآمده از حریم حمی) و یا تطبیق مصداق بر مفهوم، از صلاحیت سوءاستفاده خواهد شد.

همچنین، با توجه به اصل ضرورت و روح حاکم بر شریعت در توسل به اقدامات کیفری، بایستی مرتبه استناد به قاعده حمی در امور کیفری، را در انتهای ادله استنادی و به عنوان راهکار نهایی مدنظر

قرار داد. چه آنکه اگر تجربه توسل به اقدامات غیرکیفری و پیشگیرانه در بعضی از مصادیق و جرایم مانع کارایی نداشته باشد، می‌توان بر مبنای «حمی» به تدابیر سرکوبگر کیفری دست زد. بنابراین رفع چالش‌های استناد به این قاعده محتاج بازخوانی ادله نیست، بلکه نیازمند توجه به جایگاه قاعده در سلسله و هرم ادله و مبانی توجیهی مدنظر قانونگذار و لحاظ شرایط بیان شده در خصوص اعمال این قاعده است. شرایطی همچون «انحصار حسم ماده فساد در جرم‌انگاری» و نیز «حمایت از ارزش سایر گزاره‌های کیفری»؛ به گونه‌ای که در جرم‌انگاری مبتنی بر حریم حمی، حریم دیگر مناطق مورد حمایت شارع که بیشتر جرم‌انگاری شده نقض نشود. چرا که با تورم قوانین کیفری، ارزش حقوق کیفری موجود نیز درخطر خواهد افتاد. همچنین ماهیت احکام مبتنی بر حریم حمی هم نیازمند محاسبات، رصد ابتدایی و استمرار و هم موقتی است. نیاز به محاسبات و رصد از این جهت است که امکان جرم‌انگاری مبتنی بر این قاعده در حمایت از حمی و ارزش‌های اساسی مدنظر شارع و نیز برای استمرار این احکام احراز شود. موقتی از آن رو که به محض انتفای حریمیت، حرمت و منع برداشته شود.

منابع

قرآن کریم

۱. ابن‌قیم، محمد بن ابی‌بکر، أعلام‌الموقعین عن رب العالمین؛ بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۴ق
۲. ابو زهره، محمد، أصول الفقه الإسلامی؛ بیروت: دارالفکر العربی، ۱۳۷۷ق
۳. انصاری، مرتضی، المکاسب؛ قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
۴. الهی خراسانی، علی، نظریه اعتبار قانونی در گذار از شخصیت‌گرایی؛ قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۹۵ش.
۵. آخوند خراسانی، شیخ محمدکاظم، کفایة‌الاصول؛ قم: موسسه آل‌البیت لاحیاء‌التراث، ۱۴۰۹ق.
۶. بخاری، محمدبن اسماعیل، صحیح البخاری؛ بیروت: دارالفکر، ۱۴۰۱ق.
۷. بهبهانی، محمدباقر بن محمد، الفوائد الحائریة؛ قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ق.
۸. جوان جعفری، عبدالرضا؛ ساداتی، سید محمدجواد، مفهوم قدرت در جامعه‌شناسی کیفری، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال سوم، شماره ۱۱، صص ۹-۳۸، ۱۳۹۴ش.
۹. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح تاج اللغة؛ بیروت: دارالعلم للملایین، ۱۴۰۷ق.
۱۰. جوینی، ابوالمعالی، البرهان فی اصول الفقه؛ تحقیق: عبدالعظیم الدیب، القاهرة: دار الانصار، ۱۴۰۰ق.

۱۱. حائری، علی اکبر، بررسی نظریه حق الطاعة، مجله فقه اهل بیت علیه السلام، شماره ۱۷ و ۱۸ صص ۱۷۸-۱۳۳، ۱۳۷۸ ش.
۱۲. حر عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل المسائل الشریعه؛ قم: مؤسسه آل البيت (ع) لإحیا التراث، ۱۴۱۱ ق.
۱۳. حسنی، اسماعیل، مقاصد شریعت از نگاه ابن عاشور؛ ترجمه مهدی مهریزی، تهران: صحیفه خرد، ۱۳۸۳ ش.
۱۴. داودی، سعید، قاعده حریم حمی، حقوق اسلامی، سال یازدهم، شماره ۴۳، صص ۳۳-۶۷، ۱۳۹۳ ق.
۱۵. دراوشه، ماجد سالم، سد الذرائع فی جرائم القتل؛ عمان: انتشارات دارالثقافة، ۲۰۰۸ م.
۱۶. ریسونی، احمد، اهداف دین از دیدگاه شاطبی؛ ترجمه سید حسن اسلامی و سید محمد علی ابهری، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۶ ش.
۱۷. سبحانی، جعفر، مسلک حق الطاعة بین الرضا و القبول، پژوهش های اصولی، شماره ۲ و ۳، صص ۱۳۳-۱۱۲، ۱۳۸۱ ش.
۱۸. سبحانی، جعفر، الموجز فی اصول الفقه؛ ج اول، بیروت: دار جواد الائمه (ع)، ۱۴۳۲ ق.
۱۹. شومن، لاورنس، «جرم شناسی و جرم انگاری؛ چالش و علم ضمانت اجرای کیفری»؛ مترجم: روح الدین کرد علیوند، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۳۳، صص ۸۶-۶۳، ۱۳۷۹ ش.
۲۰. شلبی، محمد مصطفی، أصول الفقه الإسلامی؛ بیروت: دارالنهضة العربیة، ۱۴۰۶ ق.
۲۱. شهید اول، شمس الدین محمد بن مکی، القواعد و الفوائد؛ تحقیق و تصحیح: سید عبدالهادی حکیم، قم: کتابفروشی مفید، ۱۴۰۰ ق.
۲۲. صادقی تهرانی، محمد، الفرقان فی تفسیر القرآن بالقرآن و السنة؛ قم: انتشارات فرهنگ اسلامی، ۱۳۶۵ ش.
۲۳. صدر، سید محمد باقر، بحوث فی علم الاصول؛ قم: دایرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۴. صدوق، محمد بن علی، من لایحضره الفقیه؛ محقق: علی اکبر غفاری؛ قم: دفتر نشر اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۲۵. طباطبایی، سید محمد حسین، تفسیر المیزان؛ قم: دفتر نشر اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۶. طباطبایی، علی بن محمد علی، ریاض المسائل فی بیان احکام الشرع بالدلائل؛ قم: مؤسسه آل البيت لإحیا التراث، ۱۴۲۲ ق.
۲۷. طریحی، فخرالدین، مجمع البحرين؛ تحقیق سید احمد حسینی، تهران: المكتبة المرتضویة، ۱۳۷۵ ش.
۲۸. طوسی، محمد بن حسن، الأمالی؛ قم: دارالثقافة، ۱۴۱۴ ق.

۲۹. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین بن علی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام؛ قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۹ق.
۳۰. عبد الساتر، حسن، بحوث فی علم الأصول؛ بیروت: دار الاسلامیه، ۱۴۲۶ق.
۳۱. عبدالفتاح، عزت، «جرم چیست و معیارهای جرم انگاری کدام است؟»، ترجمه اسماعیل رحیمی نژاد، مجله قضایی و حقوقی دادگستری، ش ۴۱، صص ۱۳۵-۱۶، ۱۳۸۱ش.
۳۲. عطیه، جمال الدین محمد، نحو تفعيل مقاصد الشریعه؛ الولايات المتحده الامیریکیه: المعهد العالمی للفکر الاسلامی، ۲۰۰۸م.
۳۳. علم الهدی، علی بن حسین، الذریعه الی اصول الشریعه؛ تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۴۸ش.
۳۴. غروی، محمد حسین، بحوث فی الاصول؛ بی‌جا: موسسه النشر الاسلامی، ۱۳۷۴ش.
۳۵. فخر رازی، محمد بن عمر، مفاتیح الغیب؛ بیروت: دار احیاء التراث، ۱۴۲۰ق.
۳۶. فراهیدی، خلیل بن احمد، العین؛ تحقیق مهدی مخزومی و ابراهیم سامرائی، قم: مؤسسه دارالهجره، ۱۴۱۰ق.
۳۷. قرطبی، محمد بن احمد، الجامع لأحكام القرآن؛ تهران: انتشارات ناصر خسرو، ۱۳۶۴ش.
۳۸. کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، محقق/مصحح: غفاری، علی اکبر و آخوندی، محمد، ج ۶، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ق.
۳۹. کوشا، جعفر، کارکردهای حقوق جزا؛ فصلنامه الهیات و حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی، سال اول، شماره ۲، صص ۲۷-۳۴، ۱۳۸۰ش.
۴۰. گسن، ریموند، بحران سیاست‌های جنایی در کشورهای غربی؛ ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۱۰، صص ۲۷۵-۳۳۶، ۱۳۷۱ش.
۴۱. لاریجانی، محمد صادق، نظریه حق الطاعه، فصلنامه پژوهش‌های اصولی، شماره، صص ۱۱-۲۶، ۱۳۸۸ش.
۴۲. محقق حلّی، جعفر بن حسن، معارج الاصول؛ اعداد محمد حسین رضوی، قم، نشر آل البيت (ع)، ۱۴۰۳ق.
۴۳. مکارم شیرازی، ناصر، تفسیر نمونه؛ تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۷۴ق.
۴۴. -----، أنوار الأصول؛ قم: انتشارات نسل جوان، ۱۴۱۶ق.
۴۵. موسوی اردبیلی، سید عبد الکریم، فقه الحدود و التعزیرات؛ قم: مؤسسه النشر لجامعة المفید، ۱۴۲۷ق.
۴۶. موسوی خویی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهة فی المعاملات (المکاسب المحرمة)؛ قم: مکتبه الداوری، ۱۳۷۷ش.
۴۷. -----، المستند فی شرح العروة الوثقی؛ بی‌جا: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی، ۱۴۳۰ق.

۴۸. -----، مصباح الأصول؛ قم: مكتبة الداوری، ۱۴۱۷ق.
۴۹. نائینی، محمدحسین، اجود التقریرات، تحریر سید ابوالقاسم خوئی، قم: ج ۲، قم، موسسه مطبوعاتی دینی، ۱۴۱۰ق.
۵۰. -----، المكاسب و البیع؛ تقریر محمدتقی آملی، قم: مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ق.
۵۱. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، مصاحبه با فصلنامه ترجمان حسبه (با صاحب نظران)؛ ش ۷ و ۸، تابستان و پاییز، صص ۳۳-۶۰، ۱۳۸۱ش.
۵۲. نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحكام؛ قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ق.

53. Braithwaite, John, Pettit, Philip (1990), "Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice," oxford, Clarendon press.
54. Clarkson, C.M.V (1992), Understanding Criminal Law, Fontana, Paperbacks, London.
55. Grassian, Victor (1981), Moral reasoning: ethical theory and some contemporary moral problems, Prentic-Hall, New Jersey.
56. Husak, Douglas (2008), Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law, Oxford University Press.
57. Jareborg, Nils (2005), *Criminalization as last resort (Ultima Rati)*, OHIO State Journal of criminal law.
58. Katz, Leo, Michael S. Moor and Stephan J. Morse (1999), *Foundations of Criminal Law*, Foundation Press.