

## تبیین جرم مانع با تأکید بر امور حسبه<sup>۱</sup>

سجاد روستائی<sup>۲</sup>

### چکیده

بیشتر قریب به اتفاق پژوهش‌هایی که تحلیل مبانی فقهی جرایم مانع را بر عهده گرفته‌اند، در توجیه شرعی این جرایم به مسائل اصولی از جمله سد ذرایع، وجوب مقدمه واجب و حرمت مقدمه حرام و... پرداخته‌اند. غافل از اینکه هیچ کدام از آن‌ها را بالجمله نمی‌توان به عنوان یک قاعده کلی و عمومیت یافته در توجیه ممنوعیت جرایم مانع پذیرفت. آنچه مهم می‌نماید، بررسی غایت عدم جواز این گونه جرایم و نهایتاً ارائه یک ضابطه کلی است که بتواند در عین مانعیت، جامع تمام افراد این جرایم باشد؛ چرا که عدم ضابطه‌انگاری در این باره می‌تواند موجب تضییع حقوق افراد به بهانه دفاع از حقوق جامعه گردد. نوشتار حاضر، نهاد حسبه را که از اموری است که شارع هرگز راضی به ترک آن نیست، به عنوان وجیه‌ترین مبنا برای جرم مانع (بازدارنده) معرفی کرده است. در این مبنا، انتظام بخشی به جامعه و امور شهروندان و به‌طور کلی حفظ نظام، در قالب امور حسبی قرار می‌گیرند و گاهی نیز با جلوگیری از اسباب و مقدماتی که زمینه ارتکاب جرایم بعدی و مفساد بزرگ‌تر

تبیین جرم مانع  
با تأکید بر امور حسبه

۵۳

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۰۹؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۷/۱۲

۲. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه علوم اسلامی رضوی؛ رایانامه:

sajadroostaei69@gmail.com

را فراهم می‌کند، محقق می‌شوند و این همان جایی است که گرانیکاه این جرایم در آنجا واقع شده است. بدین ترتیب، جرم مانع با این مبنا به انگاره‌ای قابل توجیه مبدل می‌شود.

**کلید واژه‌ها:** جرم مانع، امور حسبه، قواعد بازدارنده.

## مقدمه

از آنجا که قوانین و مقررات کیفری در هر مکتبی رابطه بسیار مستقیمی با حقوق و آزادی‌های افراد دارد، داشته‌ها و نباشته‌های مستحکمی را می‌طلبد که تحدیدات ناشی از جرم‌انگاری بر آن استوار گردد. اصلی‌ترین منبع و مبنا در حقوق کیفری ایران، فقه اسلامی است. بر این محور، یکی از مواردی که همواره محل تنازع، نقض و ابرام بوده و هیچ‌گاه یک ضابطه روشن فقهی از آن ارائه نشده، مربوط به جرایم مانع (بازدارنده) است. اهمیت این بحث آنجا روشن می‌شود که چون این نوع از جرایم، اساساً بدون بزه‌دیده هستند، بیم آن می‌رود که قانونگذار به بهانه پاسداری از حقوق جامعه، دست به جرم‌انگاری‌های متعدد زده و هر بار محدوده آزادی‌های فردی را تنگ‌تر و آن‌ها را نادیده بگیرد، به خصوص اینکه اکثر قریب به اتفاق این رفتارها را افعال مباح تشکیل می‌دهند؛ لذا رهیدن از این چالش، مستلزم ارائه قالب منصفانه با یک قرائت صحیح از منابع معتبر اسلامی است؛ چرا که یقیناً شارع مقدس به ارتکاب اسباب و مقدماتی که به جرم ختم می‌شوند، راضی نیست.

عده‌ای در مقام تبیین شرعی این جرایم به مباحث اصول فقه متمسک شده‌اند تا توانسته باشند توجیه متناسب با برداشت خود را از منابع ارائه دهند؛ گرچه هر کدام از این برداشتها قسمتی از مدعای آنان را پوشش می‌دهد، هر کدام از جهاتی قابل نقد به نظر می‌رسند.

نگارنده ضمن نقد ادله کسانی که برای اثبات مبانی جرایم مانع به مقدمه حرام دست یازیده‌اند، با یک تحلیل عمیق و بنیادین اصولی که البته برخاسته از همان مبانی رقیب است، به بررسی نظریه مختار و معیارهای آن می‌پردازد.

در تعریف جرایم مانع گفته شده است: زمانی که قانونگذار به جرم‌انگاری انحرافات و به‌طور کلی رفتارهایی بپردازد که حاکی از حالت خطرناک بوده و ممکن

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم

پاییز ۱۳۹۷

۵۴

است زمینه‌ساز ارتکاب جرایم باشند و خساراتی برای جامعه ایجاد کند، هرچند آن خسارات فوری نباشد (نجفی ابرندآبادی و دیگران، ۱۳۸۳، ۲۵) و در آینده ایجاد شود، در حقیقت به دنبال مجازات رفتارهایی است که در ظاهر اخلاص چندان مهمی در جامعه پدید نمی‌آورند، ولی ممکن است مقدمه‌ای برای رفتارهای ضد اجتماعی سهمگین‌تری تلقی شوند (اردبیلی، ۱۳۹۲، ۱/۵۰-۴۹). برای توجیه فقهی این جرایم از مفاهیم فقهی گوناگونی استفاده شده است. البته باید توجه داشت که آرای فقهای عظیم‌الشان، پس از تعمق و تبیین بسیار زیاد و طاقت‌فرسا در منابع معتبر و گسترده اسلامی صادر می‌شوند، لذا فهم کلام و در نهایت انتساب یک نظر و اعتقاد به آن‌ها مستلزم دقت فراوان است.

پرسش مطرح این است که چه جلوه‌های فقهی‌ای برای جرایم مانع در تعالیم اسلامی وجود دارد؟ لذا پژوهش حاضر در پی تطابق ضابطه به دست آمده با داده‌های عمیق و البته علمی جرم‌شناسی است تا قوانین را از خطر تورم کیفری با جرم‌انگاری در حیطه افعال مباح برهاند و افق‌های روشنی را فراروی سیاست‌گذاران کلان عرصه سیاست جنایی قرار دهد.

تبیین جرم‌مانع  
با تأکید بر امور حسبه

## ۵۵ ۱. بررسی ادله مطروحه در ممنوعیت اسباب و مقدمات حرام (جرم) و اثبات

### عدم اعتبار آن‌ها

ممکن است در اثبات عملیات مقدماتی افعال حرام، به اصول و طرقی تمسک شده و نتایج آن به بحث جرایم مانع تسری یابد. در ذیل به آن‌ها پرداخته می‌شود:

#### ۱.۱. سد ذرایع

«ذرایع» در لغت به معنای توسل به وسیله (جوهری، ۱۴۱۰، ۳/۱۲۱۱؛ حمیری، ۱۴۲۰، ۴/۲۲۵۸؛ طریحی، ۱۴۱۶، ۴/۳۲۸؛ مصطفوی، ۱۴۰۲، ۳/۳۰۹؛ زبیدی، ۱۴۱۴، ۱۱/۱۲۸) و منظور از آن، این است که در شریعت اسلام، همه وسایل و راه‌هایی که افراد را به حرام می‌رساند، منع شده است (جناتی، ۱۳۷۰، ۳۷۰؛ الخادمی، ۱۴۲۳: ۲۸۱؛ عبدالرحمان، بی تا، ۲/۲۵۶). در این مفهوم، آنچه حکم به حرمت آن می‌شود لزوماً دارای مفسده ذاتی نیست، ولی ترس آن وجود دارد که انسان بعد از انجام آن

به حرام بیفتد. گرچه در برخی موارد، فقهای امامیه از این اصطلاح استفاده کرده‌اند (ر.ک: عاملی، بی تا، ۱۵۹/۲)، اما در کتاب‌های فقهی و اصولی امامیه کاربردی نداشته و اساساً تأسیس علمای عامّه بوده است.

قائلان به حجیت سَدّ ذرایع، ادله چهارگانه را برای حمایت از آن فرا خوانده‌اند؛ بنابراین، بحث از منع طرق ایصال به حرام مطرح شده و بی تردید مبنای جامعی برای جرایم مانع در نظر گرفته می‌شود، لکن در نظرگاه اصولیان شیعه، عدم تمامیت آن دلایل اختلافی نیست؛ لذا با توجه به عدم کاشفیت این دلیل از قول معصومان علیهم‌السلام و امتناع فقهای شیعه از قبول آن به عنوان یکی از شیوه‌های عملیات استنباط در احکام شرع و ابتدای قوانین مدوّن جمهوری اسلامی ایران بر فقه امامیه، این دلیل در مبنا انگاری برای جرایم مانع پذیرفتنی نیست.

## ۱.۲. مقدمات حرام و واجب

برخی حرمت مقدمات حرام را در جهت مبنا انگاری با جرایم مانع، قابل مقایسه دانسته‌اند (برای مثال، ر.ک: میرخلیلی، ۱۳۹۰، ۱۱۱/۳۱؛ هوشیار، ۱۳۷۹، ۳). به دلایل آن‌ها و نقد زیر بنایی آن می‌پردازیم.

رسم شعاع دایره این مبحث با پرگار اصول فقهی، مبتنی بر طرح این مسئله است که آیا مقدمه حرام، حرام است یا خیر؟ محقق خویی در پاسخ به این سؤال می‌آورد: اجتناب از حرام متوقف بر ترک مقدمه نیست و مکلف پس از انجام مقدمه، قادر به ترک حرام است، برخلاف مقدمه واجب که مکلف بدون انجام آن قادر به انجام واجب نیست (خویی، ۱۴۱۷، ۴۳۹/۲) این بحث به اینکه آیا مقدمه واجب، واجب است، هیچ ارتباطی ندارد؛ چرا که وجوب یک امر وجودی است و وجود یک شیء متوقف بر مقدمات آن است؛ اما عدم یک شیء متوقف بر عدم مقدمات نیست (آملی، ۱۴۱۳، ۳۳/۱) و چون در عدم شیء، عدم أحد اجزا کافی است. این گزاره‌ای است که عقل هم در آن مستقل است.

صاحب کتاب کفایة الاصول با امعان نظر به این محذور می‌فرماید: اتصاف مقدمه حرام به حرمت، به دو صورت قابل تصور است: اول، مکلف به محض انجام

مقدمه، متمکن از ترک حرام باشد. همچنان که قبل از انجام آن متمکن بود. در این صورت، طلب ترک (حرمت) به مقدمه ترشح نمی‌کند. دوم، مکلف به محض انجام مقدمه، قدرت ترک حرام را نداشته باشد که در این حال، حکم حرمت به مقدمه سرایت می‌کند (خراسانی، ۱۴۳۲، ۱/۱۸۰-۱۸۱). ظاهر عبارت مطلق است. پس «عدم تمکن از ترک ذی‌المقدمه» هم شامل حالت عادی می‌شود و هم اگر اضطرار. امام خمینی پس از نقل و رد کلام مرحوم آخوند معتقدند: اگر مقدمه‌ای جزء اخیر علت تامه باشد، حرام است و در غیر این صورت حرام نیست (سبحانی، ۱۴۲۳، ۱/۴۰۰-۴۰۱). البته همه توجه این عقیده، به کالبد و مادّیت موضوع خارجی معطوف است.

شاید بتوان بر این نظر هم خدشه وارد کرد، به این شرح که اگر قائل به حرمت مقدمه‌ای شویم که جزء اخیر علت تامه باشد، دو حالت پیش می‌آید. یکی اینکه قائل به حرمت نفسی آن شویم که در این صورت از بحث خارج شده‌ایم؛ زیرا بحث ما از مقدمه خارجی‌ای است که به ذاته مباح است و نه خود حرامی که با طلب ترک مستقل، نهی شده است. دیگر اینکه قائل به حرمت غیری آن شویم که در آن صورت می‌توان گفت اولاً عرف در این گونه از موضوعات (توقف وجود یکی بر دیگری) هر دو را به منزله واحد می‌بیند و اساساً تفکیکی قائل نیست، تا گفته شود حکم حرمت به مقدمه سرایت می‌کند یا نمی‌کند؛ لذا بحث از اجزای علت تامه حرمت، در حقیقت بحث از همان ماهیت و اجزای منهی عنه است<sup>۱</sup> و در حاقّ واقع، همه آنها با هم یک حرمت نفسی دارند؛ برای مثال، زمانی که شخصی به قصد قتل، فردی را به بالای ساختمانی مرتفع برده و از بالا به پایین پرت می‌کند و آن فرد کشته می‌شود، پرتاب کننده فقط قاتل است و مستحق قصاص، و به دلیل پرتاب کردن مجازات نمی‌شود. حتی مرحوم آخوند در این زمینه قائل به استقلال عقل به عدم استحقاق دو عقاب (یکی برای امر نفسی و یکی برای امر غیری) شده‌اند (خراسانی، ۱۴۳۲، ۱/۱۵۶). بنابراین، از اینکه فاعل مقدمه و ذی‌المقدمه حرام، مستحق یک عقاب

تبیین جرم مانع  
با تأکید بر امور حسبه

۱. مگر اینکه کلام مرحوم امام را حمل بر مقدمه داخلی کنیم که البته حمل بعیدی به نظر می‌رسد چرا که خلاف ظاهر کلام مصنف است.

است، به صورت اِتی استفاده می‌شود که در شرع هم با این گونه از تلازمات معامله واحد شده است. ثانیاً، تقسیم به مقدمه حرام (غیری) و ذی‌المقدمه آن (نفسی)، تنها زمانی پذیرفتنی است که مثمر ثمر باشد و در اینجا هیچ ثمره‌ای<sup>۱</sup> (از جمله اینکه به عنوان مثال بتوان دو عقاب فرض کرد) برای این تقسیم وجود ندارد، به خصوص اگر تفکیک به مقدمه داخلی و ذی‌المقدمه باشد<sup>۲</sup>. برای روشن‌تر شدن مدعای خود، مثال بالا را به نحو دیگری بیان می‌کنیم: فرض کنید شخصی به قصد کشتن غیر، از فاصله‌ای نزدیک با اسلحه بسیار قوی به سر وی شلیک می‌کند. این فعل دارای مقدماتی است که به استثنای شلیک کردن، تمامی آن‌ها از مقدمات بعیده محسوب می‌شوند، که چون جزء اخیر علت تامه نیستند، محل بحث قرار نمی‌گیرند. اما اینکه گفته شود شلیک کردن در این حالت حرام است، چه ثمره‌ای در پی دارد؟ آیا جز این است که قاتل یک حرام مرتکب شده و مستحق یک عقاب است؟

چنان‌که ملاحظه شد، بحث حرمت مقدمه حرام همواره محل نقض و ابرام است که در اینجا به گوشه‌ای از آن اشاره شد. بدین لحاظ، اگر بخواهیم تنه جرایم مانع را بر ریشه حرمت مقدمه حرام استوار کنیم - علاوه بر محاذیر فوق‌الذکر - اشکالِ اخص بودن دلیل از مدعا نیز به وجود می‌آید.

توضیح آنکه مدعای تحریم و در نهایت تجریم کلیه اموری بود که به حرام و جرم ختم شوند، چه آن امور از مقدمات موصله یا جزء اخیر علت تامه باشند یا نباشند و چه بین آن امور و حرام تلازم باشد یا نباشد. حال آنکه نهایت چیزی که ادله مذکور در حرمت مقدمه حرام بتوانند ثابت کنند، تحریم آن دسته از مقدماتی است

#### جستارهای فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم  
پاییز ۱۳۹۷

۵۸

۱. ممکن است ثمره‌ای توهم شود به این صورت که، اگر مکلف مقدماتی را مرتکب شود که بعد از آن لزوماً حرامی واقع می‌گردد باید گفت: چون وقوع ذی‌المقدمه تحت اختیار مرتکب نبوده است و نهی (حرمت) هم فقط به امور اختیاری ممکن است، لذا، منهی عنه همان مقدمه خواهد بود؛ چرا که ارتکاب مقدمات اختیاری است. چند پاسخ به این استدلال مطرح می‌شود. اول: لازمه این سخن آن است که وقتی فردی با قصد خودکشی به خودش شلیک می‌کند، شلیک کردن حرام باشد ولی مردن حرام نباشد. حال آنکه بر طبق نصوص، منهی عنه خودکشی است نه اسباب تحقق آن. دوم: مطابق قاعده «الامتناع بالاختیار لاینافی الاختیار»، هر فردی که به عمد، اختیار خودش را سلب کند، به ذی‌المقدمه مجازات می‌شود و نه مقدمه (برای مثال ر.ک: مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ۲/۱۲۷). سوم: بر فرض که این قاعده هم وجود نداشته باشد عرفاً تفکیکی میان این نوع از مقدمات و ذی‌المقدمات وجود ندارد تا این گونه از ثمرات به وجود آید.

۲. البته ناگفته نماند که ممکن است تقسیمات مربوط به مقدمه و ذی‌المقدمه، در جای دیگری از اصول فقه مانند مباحث مربوط به قصد امتثال کاربرد داشته باشد.

که آخرین علت ناقصه منهی عنه محسوب شوند<sup>۱</sup>. البته تصوّر این حالت نیز در عالم واقع و تفکیک آن از دیگر مقدمات، خالی از تکلف نیست. ضمن اینکه دستیابی به یک پیشگیری مؤثر و به موقع از جرایم، مستلزم اقدامی خردمندانه است و مسلماً برخورد با آخرین رفتار مرتکب که بعد از آن، جرم الزاماً محقق می‌شود، منطقی به نظر نمی‌رسد. بدین ترتیب، نتیجه‌ای که از این بحث عمیق اصولی دریافت می‌شود، این است که استوار کردن سقف جرایم و ایجاد محدودیت در آزادی‌های افراد، بر ستون مبنا، مستلزم سنجش دقیق سنججه‌ها در کنار هم است که این معیار در اینجا وجود ندارد.

### ۱.۳. استدلال به آیات و روایات

در جهت اثبات جواز ممنوعیت مقدمات و اسباب حرام و تسری آن به جرم مانع، به آیات قرآن تمسک شده است (میرخلیلی، ۱۳۹۰: ش ۱۱۴/۳۱)، در اینجا به مهمترین آن‌ها اشاره می‌شود:

خداوند در آیه ۳۰ نور می‌فرماید: «به مردان مؤمن بگو دیدگان خویش را از نگاه به زنان اجنبی باز گیرند و فرج‌های خویش را نگهدارند. این برای ایشان پاکیزه‌تر است که خدا از کارهایی که می‌کنید، آگاه است». نحوه استدلال چنین است که خداوند در این آیه توصیه می‌کند که اگر می‌خواهید عقیف باشید، باید خود را از نخستین گام‌های مقدماتی حفظ کنید. در پاسخ باید گفت: امر به پوشاندن چشم، همان نهی از نگاه کردن است؛ به تعبیر دیگر، در حقیقت، آن امر، این نهی را هم افاده می‌کند (طباطبایی، بی‌تا، ۱۱۰/۱۵-۱۱۱). مرحوم علامه در ادامه می‌آورند که منظور از حفظ فروج، پوشاندن آن از نظر نامحرمان است، نه حفظ آن از زنا و لواط (طباطبایی، بی‌تا، ۱۱۱/۱۵). از این تفسیر به‌خوبی دریافت می‌شود که نهی در آیه، حرمت نفسی نگاه به نامحرم است و نه به‌عنوان مقدمه‌ای برای دیگر افعال در نهایت، استدلال به این آیه در جهت توجیه جرایم مانع پذیرفتنی نیست.

تبیین جرم مانع  
باتأکید بر امور حسبه

۱. البته اگر در این حالت بتوان به آن مقدمه خارجی گفت.

آیه «و به زنا نزدیک نشوید که کار بسیار زشت و بد راهی است» (اسراء، ۳۲) یا «به مال یتیم نزدیک نشوید مگر به نحو احسن» (انعام، ۱۵۲). ممکن است مورد استناد کسانی قرار گیرد که در صدد تأسیس قاعده‌ای هستند که مفاد آن شامل ممنوعیت رفتارهایی است که پیرامون نقطه کانونی حرام خواهد بود. به این بیان که اگر شارع برای ممنوعیت و تحریم از الفاظی استفاده کند که بیانگر آن است که این مسئله، اهمیت فوق‌العاده‌ای برای او دارد و خطر ارتکاب و عواقب آن بسیار سنگین است و به بخش‌های دیگر زندگی، معنویت و دین‌داری آسیب جدی وارد می‌آورد و گاه جبران آن ناممکن یا دشوار می‌باشد، روشن است در چنین موضوعاتی فقیه مستنبط می‌تواند فراتر از نقطه کانونی حرمت، محیط پیرامونی برای آن تعریف کند و حکم [حرمت یا حلیت] را به آن تسری دهد (داودی، ۱۳۹۳، ش، ۵۹/۴۳). «ولا تقرّوا» در آیه بالا، بیانگر این موضوع است؛ به عبارت دیگر، چون قرآن کریم از این واژه استفاده نموده، حتی نزدیک شدن به مقدمات زنا نیز حرام است. طبق این اعتقاد، خداوند متعال ضمن حکم بر حرمت زنا، مثلاً چشم‌چرانی را نیز حرام اعلام نموده است.

در پاسخ به این استدلال باید گفت: این آیه نشانگر تأکید بیشتر در حرمت و مبالغه در آن است (طباطبایی، بی تا، ۸۶/۱۳) نه اینکه بخواهد حرمت مقدمات را بیان نماید. منطقی نیست که مبعوض خداوند متعال، در این قالب ریخته شود؛ چرا که اگر ترک، مطلوب بود باید بیان می‌شد «لو أراد لَبِینَ»؛ بنابراین، چون بیان نشده است، عقاب مرتکب آن، یقیناً بلا بیان و برهان خواهد بود. مضاف بر این، آنچه از روایات و به تبع فتاوای فقها استفاده شده است، حرمت نفسی هرگونه رفتاری با دیگران است که به قصد لذت باشد، چه این رفتارها موجب و مقدمه‌ای برای زنا نیز محسوب شوند یا خیر. حتی برخی از فقها صرف نگاه کردن به بدن نامحرم را بدون قصد لذت هم حرام دانسته‌اند (مکارم‌شیرازی، ۱۴۲۸، ۱۵۲؛ فاضل لنکرانی، بی تا، ۴۳؛ خمینی، ۱۴۲۲، ۲۵۹/۳؛ تبریزی، بی تا، ۳۴۷/۱).

بدیهی است اگر دلیل خارجی‌ای در حرمت اسباب و تمهیدات محرمات وجود داشته باشد، از محل بحث خارج خواهد شد؛ چرا که ما نحن فیه جایی است که آن اسباب و طرق، فاقد حکم باشند.

#### جستارهای فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم  
پاییز ۱۳۹۷



روایاتی هم در این زمینه وجود دارد که ممکن است کانون توجه مستدلان به حرمت مقدمات قرار گیرد.

پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله فرمودند: «همانا برای هر فرمانروایی قُرُق گاهی است؛ قرق گاه خدا حلال و حرام اوست، در این میان مشتبهاتی نیز وجود دارند؛ همان طور که اگر چوپانی گوسفندان خود را نزدیک قرق گاه بچراند، نمی تواند آن ها را از رفتن به وسط منطقه ممنوعه حفظ کند. مشتبهات را که همان قرق گاه های خداوند است، ترک کن» (طوسی، ۱۴۱۴، ۳۸۱).

وجه استدلال به این روایت این گونه ترسیم می شود که شعاع دایره نهی منهی عنه شامل اطراف آن هم شده و با نزدیک شدن به حریم حرام الهی، فرد مرتکب رفتار ممنوعه شده است (داودی، ۱۳۹۳، ش ۳۹/۴۳-۶۱). اما وجه تامل این نظر هم آن است که: ۱. این روایت مربوط به احتیاط در مواجهه با شبهات است، نه حرمت ارتکاب آن ها. ۲. این احتیاط ارشادی است نه الزامی؛ بنابراین، این روایت و روایات هم سیاقی دیگر، ظهور در استحباب احتیاط دارند (انصاری، ۱۴۱۹، ۸۵/۲؛ آشتیانی، ۱۴۳۰، ۶۱۵/۳)؛ چراکه هیچ تلازمی میان ارتکاب شبهه و وقوع در حرام معلوم وجود ندارد؛ لذا این شبهات مشمول روایت پیامبر صلی الله علیه و آله می شوند که فرمود: «مردم در چیزهایی که نمی دانند [یقین ندارند] حلال است یا حرام]، در آزادی عمل قرار دارند». (ابن ابی جمهور، ۱۴۰۵، ۱/۴۲۴) و اگر احتیاط در آن ها واجب باشد، اساساً مردم در سعه و آزادی قرار ندارند (خراسانی، ۱۴۳۲، ۱۳۸/۲).

بدین ترتیب، هیچ کدام از دلایلی که در این بخش مورد بررسی قرار گرفت، نمی تواند مبنایی برای جواز تجریم در جرایم مانع نامیده می شوند و جواز ممنوعیت آن ها قرار گیرند. تحریم و تحلیل افعالی که مورد نهی و امر واقع نشده اند، نیازمند دلایل متقن و استوار (مانند وضعیتی که صدور احکام ثانوی را تجویز می کند) هستند تا مبادا در این میان، گرفتار افترا به خداوند متعال و مشمول آیه ۱۱۶ سوره نحل واقع شد.

## ۲. نظریه مختار: از نهاد حَسبه تا جرم انگاری در جرایم مانع

یکی از مباحث مهمی که در شرع مقدس اسلام، برای جلوگیری از فروپاشی

جامعه مسلمانان، مورد تأکید فراوان قرار گرفته، رعایت نظم و حفظ انتظام در جوامع اسلامی است؛ زیرا دوام و قوام هر جامعه به حفظ نظم اجتماعی آن بستگی دارد (علی بابایی و فیروزجائیان، ۱۳۸۸، ش ۸/۴). این قانون حتی برای غیرمسلمانانی که در محدوده جغرافیایی حکومت اسلامی هستند نیز لازم الرعایه است.

از آنجا که ارتکاب جرایم به عنوان جزء انفکاک ناپذیر جامعه، نظم عمومی را مختل می کند، منطقی ترین راه، جلوگیری از ارتکاب مقدماتی است که واصل فرد به جرم است، بنابراین، این نوشتار در پاسخ به این پرسش فوق که «قالب و محدوده دخالتی شارع برای اصلاح نظام جامعه و پیشگیری از انحطاط و زمینه های فساد چیست؟» آن گونه پاسخ می دهد که قالب اصلی برای این اصلاحات نهاد حسبه است. این نهاد که آغاز آن را می توان از دوره پیامبر اکرم ﷺ دانست (حسینی مشهدی و کاظمیان، ۱۳۹۲: ش ۲۷/۴)؛ برای مشاهده نمونه های حسبه در زمان رسول اکرم ﷺ ر.ک: ملک افضلی، ۱۳۸۶، ۸۰/۱-۸۳) از جمله تأسیسات شرعی با ارزشی است که در جهت اجرای هرچه بهتر هنجارهای برخاسته از آموزه های اسلامی در جامعه قرار می گیرد و حاکم اسلامی را قادر می سازد تا بتواند از رفتارهایی که زمینه ارتکاب جرم را فراهم می آورند، پیشگیری نماید؛ بنابراین، پیشگیری از کارهایی که افراد را در آستانه ارتکاب جرایم قرار می دهد، با استفاده از این نهاد توجیه پذیرست. رسیدن به بام تصدیق این انگاره، دخول گسترده تر در مفاهیم و ماهیت این نهاد را می طلبد.

#### جستارهای فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم  
پاییز ۱۳۹۷

۶۲

### ۲.۱. تعاریف

حسبه از ماده احتساب و در لغت به معنای شمارش کردن است (حسینی، ۱۴۲۶، ۴۰۰/۱) و در اصطلاح اقدام به تحصیل ثواب از راه انجام کارهای نیک و شایسته آمده است (ابن اثیر، ۱۳۶۴، ۳۸۲/۱). این نهاد، در نظر علمای عامه، همان امر به معروف است؛ آن زمان که ترک آن ظاهر شود و نهی از منکر است آن زمان که انجام آن هویدا گردد (ماوردی، ۱۴۰۶، ۲۴۰؛ ابویعلی، ۱۴۰۶، ۲۸۴). در عصر خلفا،

۱. نکته جالب و قابل توجه این است که تصرفات فقیه مباشرتاً یا به وکالت، در امور حسبه حتی نزد فقهای که ولایت فقیه را از ادله ثابت نمی دانند، نافذ و معتبر است (خویی، بی تا، ۴۲۳/۱).

حسبه یکی از وظایف حکومت بوده است (ابن خلدون، ۱۹۷۸، ۲۳۵)، اما در فقه امامیه به اموری که شارع مقدس به آن اذن داده (نراقی، ۱۴۱۷، ۵۳۶) یا راضی به اهمال و ترک آن نیست (نائینی، ۱۳۷۸، ۶۵؛ لنکرانی، بی تا، ۶۷/۲؛ منتظری، ۱۴۰۹، ۳۸۸/۱؛ خمینی، ۱۴۲۱، ۶۶۵/۲) اطلاق می شود که البته برگرفته از امر به معروف و نهی از منکر است.

## ۲.۲. گستره نهاد حسبه و موقعیت جرایم مانع در آن

شهید اول که برای نخستین بار حسبه را در فقه امامیه به صورت مستقل مورد بحث و بررسی قرار داده، در کتاب الدرر، پس از طرح مسئله امر به معروف و نهی از منکر و لزوم رعایت شروط و تدرج در مراحل آن، به بحث اقامه حدود و تعزیرات اشاره می کند (ر.ک: عاملی، بی تا، ۴۷/۲-۴۸).

او در این کتاب معتقد است ارشاد به معروف و نهی از منکر تا وقتی که به قلب و لسان بسنده شود، وظیفه همه مسلمانان است، اما در مراحل بالاتر (مانند جرح، حبس، قتل و...) از وظایف امام علیه السلام و در زمان غیبت از وظایف فقیه است که متکفل این نوع از ارشادات شود (عاملی، بی تا، ۴۷/۲-۴۸) مسئولیت اقامه حدود و اجرای تعزیرات نیز در زمان غیبت، به عهده فقیه نهاده شده است (عاملی، بی تا، ۴۷/۲-۴۸)؛ لذا از آنجا که شهید اول مباحث مربوط به امر به معروف، نهی از منکر (مافوق قلبی و لسانی) و اقامه حدود و تعزیرات را ذیل بحث حسبه آورده و از وظایف حاکم شرع دانسته، استفاده می شود که در نظرگاه ایشان، اولاً، کنترل و اجرای موارد مذکور در صلاحیت انحصاری حاکم شرع است. موضع مشابهی از سوی صاحب جواهر، صاحب عروة الوثقی و امام خمینی علیه السلام در مورد اینکه ولایت حسبه توسط حاکم شرع اعمال می شود، وجود دارد (نجفی، ۱۳۶۷، ۳۳۳/۲۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۷، ۲۵/۱؛ خمینی، ۱۴۲۱، ۶۶۵/۲). به علاوه، توالی فاسد این انگاره که تک تک

تبیین جرم مانع  
باتأکید بر امور حسبه

۶۳

۱. نظر مشابهی در این زمینه از امام خمینی علیه السلام و آقای حسینی خامنه ای مطرح شده است که معتقدند مراحل نهایی امر به معروف و نهی از منکر از سوی حاکم و حکومت صورت می پذیرد (امام خمینی، ۱۴۲۱، ۳۷۲/۲-۳۷۶؛ خامنه ای، ۱۴۱۵، ۳۳۷-۳۴۰).

افراد جامعه بتوانند امور مهمی همچون اجرای مجازات‌ها، اقامه حدود و به‌طور کلی وظایف نهاد عدالت کیفری را متکفل شوند، پوشیده نیست. ثانیاً، حاکم اختیار دارد مرتکب هر عملی را که خلاف ضوابط اسلامی، اجتماعی یا عرفی باشد، تعزیر کند. از این رو، حاسبه‌ای که در قالب تعزیر می‌گنجد، همه شئون فردی و اجتماعی را در بر می‌گیرد.

با توجه به این بیان باید گفت، اجرای مراحل نهایی امر به معروف و نهی از منکر و اقامه حدود، تعزیرات و... از جمله امور حسبیه‌ای است که شارع، ولایت بر آنان را برای فقیهان مورد شناسایی قرار داده است؛ یعنی بدون اذن آن‌ها تصرف در امور یاد شده جایز نیست و ولایت فقیه به معنای مذکور ریشه در اعماق تاریخ فقه امامیه دارد و رد پای آن را می‌توان در آثار متقدمان نیز یافت؛ بنابراین، دقت در مصادیق حسبه نشان می‌دهد که هرگونه اقدام برای انجام این امور، تنها در بستر یک تشکیلات، هرچند مردمی و در درون یک نظام سازمان‌یافته امکان‌پذیرست (عمید زنجانی، ۱۳۷۶، ۱۷/۱). تشکیل این نظام، در زمان وجود حکومت اسلامی با حاکم اسلامی است.

#### جستارهای فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم  
پاییز ۱۳۹۷

۶۴

حسبه را در یک نگاه کلی می‌توان به دو بخش تقسیم نمود: حسبه مربوط به امور دینی و حسبه مشتمل بر امور مدنی<sup>۱</sup> (عجلانی، ۱۴۰۹، ۲۸۹). مصادیق مورد اول کاملاً روشن است و شامل نظارت بر همه اقسام احکام تکلیفی (واجب، حرام، مکروه، مستحب و مباح) می‌باشد، لکن محل بحث مورد دوم یعنی نظارت بر امور شهروندی و انتظام‌بخشی به آن است.

باید اذعان کرد که یکی از با اهمیت‌ترین موارد حسبه مدنی، که مهم‌ترین شرط برای زندگی سالم هم محسوب می‌شود، برقراری نظم و امنیت در جامعه است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۶، ۲/۴۳۷-۴۳۶). این مهم از اصل کلی وجوب حفظ نظام سرچشمه می‌گیرد (خویی، ۱۴۲۲، ۶/۱) و از وظایف اساسی حکومت اسلامی تلقی می‌شود.

۱. گرچه ممکن است بعضی از موارد این تقسیم‌بندی با هم تداخل داشته باشند؛ یعنی موردی باشد که هم داخل در احکام تکلیفی باشد و هم داخل در امور مربوط به نظم و انتظام اجتماعی و حقوق شهروندی، لکن در تفکیک بسیاری از موارد می‌تواند کارگشا باشد.

راهبرد برقراری نظم و امنیت در جوامع، گاهی توسط جرم‌انگاری رفتارهایی که انجام آن دارای مفسد و ترک آن موجب تفویت مصالح واقعی می‌شود، تحقق می‌یابد، یعنی اعمال کیفر در اعمالی که مستقیماً از طرف شارع ممنوع اعلام شده‌اند؛ مانند محرّمات شرعی یا عقلی (منتظری، ۱۳۶۶، ش ۸/۸) و گاهی توسط جلوگیری از اسباب و مقدماتی که زمینه ارتکاب جرایم بعدی و مفسد بزرگ‌تر را فراهم می‌کند، محقق می‌شود؛ مانند پاره‌ای از مباحات که عرفاً دارای نوعی ناپسندی باشند. چه بسا اموری که ذاتاً حرام نیستند، لکن مصالح اجتماعی و منافع ممالک اسلامی، مقتضی آن است که آزادی عمل افراد نسبت به چنین اموری محدود شود (منتظری، ۱۳۶۶، ش ۸/۸).

اگر حاکم اسلامی از حق بر تضییق چنین اموری محروم باشد، مصلحت عامه به مخاطره افتاده، جامعه طریق اضمحلال را طی خواهد کرد؛ در نتیجه، پایه‌های حکومت سست شده، مشروعیت و مقبولیت آن مورد خدشه واقع می‌شود. حتی برخی از فقها که تعزیر را به دلیل اصل اولیه و تقیید عموم ادله نقلی، محدود به موارد منصوصه در شرع مقدس می‌دانند یا اخبار و روایات را به ارتکاب معصیت منحصر می‌کنند، معتقدند اعمال تعزیر در آنچه موجب اذیت مردم، اخلال در نظام، هتک حرمت‌ها، فساد در امور جامعه، ضعف امنیت و اعتماد مردم نسبت به یکدیگر می‌شود، جایز است (صافی، ۱۴۰۴، ۱۳۹).

برخی دیگر از فقها بدهت امر را تا حدی دانسته‌اند که مجازات و تأدیب مرتکبان رفتارهای منتهی به مفسده را جهت جلوگیری از مفسد اجتماعی بعدی، از باب حکم عقل واجب دانسته‌اند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷، ۸۱/۱-۸۲).

بدین ترتیب، قانونگذار اسلامی به حکم قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» و به‌عنوان نایب ولی فقیه، با جرم‌انگاری رفتارهای زمینه‌ساز ارتکاب جرایم، واکنشی معقول از راه مبارزه با اسباب و مقدمات جرایم را مد نظر قرار می‌دهد که می‌تواند مرتکبان بالقوه را از ادامه مسیر مجرمانه باز دارد و بدین نحو به خلق جرایم بازدارنده یا مانع می‌پردازد.

### ۲.۳. مشکلات و موانع جرم‌انگاری جرایم مانع و راهکارهای برون‌رفت از آن

دیر زمانی است که تقابل دو گونهٔ تمامیت‌خواه آزادی‌های فردی و نظم اجتماعی مطرح نظر اندیشمندان حوزه علوم انسانی بوده است. به رغم اینکه انسان با پذیرش قرارداد اجتماعی و تن دادن به زندگی اجتماعی، بخشی از آزادی‌های خود را به جامعه واگذار و از آن چشم‌پوشی کرده است، همچنان هدف از برقراری نظم اجتماعی و قوانین باید حفظ حقوق و آزادی‌های فردی باشد [...] و دولت به‌عنوان مجموع اراده افراد نمی‌تواند این حقوق را نادیده بگیرد (داوودی، ۱۳۸۵، ش ۴۳/۹۴-۹۵). از این رو، در نظرگاه منتقدان به دولت امنیت‌گرا، یکی از چالش‌برانگیزترین توجهات ورود قانونگذاران به حریم آزادی شهروندان، تأکید بیش از حد بر مفهوم خطر و احتمال ارتکاب جرم است که در نهایت به گسترش جرایم مانع منجر می‌گردد. حال، از یک طرف، باید دید چه آثاری بر جرم‌انگاری در حریم آزادی‌های فردی به عنوان جرم مانع و به قصد دفاع از حقوق جامعه مترتب است؟ و از طرف دیگر، وضعیت این تقابل در فقه امامیه که تنها منبع اصلی و ماهوی قانونگذاری جمهوری اسلامی ایران است، چگونه است و به کدامین سو گرایش دارد؟

در پاسخ به پرسش نخست، باید اذعان کرد که اگرچه ممنوعیت رفتارهایی که پس از عبور از فیلترهای متعدد و تشخیص متخصصین علوم جنایی باید جرم‌انگاری شوند، لازم است، لکن جرم‌انگاری‌هایی که در حریم انحرافات و به نام تأمین دفاع اجتماعی با دادن یک نقش قیّم‌مآبانه به دولت صورت می‌پذیرد، بیانگر این واقعیت خواهد بود که پیمایش فضای جامعه به سمت امنیتی شدن است؛ چرا که اخلال در نظم اجتماعی موکول به بروز رفتار مجرمانه نیست تا در پی آن جامعه واکنش مناسب از خود نشان دهد؛ همین که [قدرت عمومی به عنوان نماینده] جامعه احساس کرد خطری جدی این نظم را تهدید می‌کند، پیش از وقوع هر حادثه‌ای در صدد پیشگیری از آن بر می‌آید (اردبیلی، ۱۳۹۲، ۳۶/۱). همین امر موجب تزیاد جرایم مانع یا پیش‌گیرنده خواهد شد که می‌تواند تعداد اتهامات را بالا ببرد (شمعی و شهباز، ۱۳۹۴، ۴۲) و موجبات جرم‌انگاری‌های افراطی را که در نهایت به تورّم کیفری منجر می‌شود، فراهم آورد. در حالی که قانونگذار باید جامعه را به این اقعاع

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم  
پاییز ۱۳۹۷

۶۶

برساند که بدون جرم‌انگاری آن عمل خاص، تضمین همزیستی مسالمت‌آمیز ممکن نخواهد بود (فلاحی، ۱۳۹۳، ۲۳-۲۴).

طبق بررسی صورت گرفته در بیست سال اخیر در ایران بیش از ۲۷۰ فقره مقررہ کیفری از سوی مراجع مختلف به تصویب رسیده است. به طوری که بنا به ادعای برخی، در حال حاضر بیش از ۴۰۰۰ عنوان مجرمانه و به اعتقاد برخی دیگر، بیش از ۳۲۰۰ عنوان مجرمانه در قوانین کیفری ایران وجود دارد (شمس‌ناتری و جاهد، ۱۳۸۷، ش ۹۴/۱۷). علاوه بر این‌ها، انباشته شدن زندان‌ها، هزینه ۱۲۱ میلیاردی نگهداری زندانیان کشور، افزایش ۳۰ برابری تعداد زندانیان و اختصاص فقط ۲/۷ متر مربع برای هر زندانی (شمس‌ناتری و جاهد، ۱۳۸۷، ش ۱۱۶/۱۷). نتیجه وجود حدود ۱۴۰۰ نوع جرم است که برای مجرمان به آن‌ها، مجازات حبس در نظر گرفته شده است (آزمایش، ۱۳۸۰، ۳۱، ۳؛ برای اطلاعات بیشتر راجع به تورم کیفری و نتایج آن در حقوق ایران، ر.ک: حبیب‌زاده و دیگران، ۱۳۸۰؛ ش ۷۰/۴ به بعد). شدت قباح و آثار سوء ناشی از افراط در تجریم و تورم کیفری که در حقیقت دو روی یک سکه‌اند، زمانی بیشتر می‌شود که این جرم‌انگاری‌ها، در حریم افعال مباح و منطقه‌الفرغ صورت گرفته باشد.

۶۷ اما در پاسخ به سؤال دوم باید گفت تتبع در منابع حدیثی منقول از معصومان علیهم‌السلام، تردیدی باقی نمی‌گذارد که اسلام شریعتی سهله و ستمحه است<sup>۱</sup> (کلینی، ۱۴۰۷/۴۹۴؛ مجلسی، ۱۴۱۰، ۸۲/۳). این اصل در کلام جمهور فقها و متفکران بزرگی چون شهید مطهری نیز به روشنی بیان شده است (مطهری، بی‌تا، ۱۷۳/۲۱). بر این بنیان، از قانونگذار جمهوری اسلامی ایران که طبق اصل اول و دوم قانون اساسی همواره باید در راستای تعالیم اسلامی حرکت کند، انتظار می‌رود تا زمانی که به حکم معین شرع یا حدود ضرورت، مجبور به تضییق حقوق و آزادی‌های افراد نشده است، از این کار اجتناب نماید نه اینکه درست در جهت عکس آن آموزه‌ها، هر جا که قافیه به تنگ آمد از هیچ کوششی برای تجریم و تحدید آزادی‌های افراد

۱. قرآن کریم در آیه ۱۸۵ سوره بقره می‌فرماید: «خداوند برای شما آسانی خواسته و نه سخت».

دریغ نکند؛ چرا که به کارگیری دستگاه پر هزینه قضایی و اعمال کیفر باید به عنوان آخرین راه چاره باشد و اصل کاربرد کمیته حقوق کیفری<sup>۱</sup> در آن رعایت گردد. اهمیت بحث آنجا روشن می شود که از دیدگاه شارع مقدس اولاً اصل بر براءت و عدم تکلیف است؛ بنابراین، تشریح هرگونه تکلیف الزام آور که نقض آن مجازات را در پی دارد، خلاف اصل یاد شده است به طوری که حتی نفی تعزیر در مواقع وقوع شک در لزوم آن، به استناد اصل براءت، در کلام فقها جاری و ساری است (طوسی، ۱۴۲۰، ۲۲۰/۵). ثانیاً در فرض وجود تکالیف قطعیه شرعیه نیز اصل بر سهل گیری است؛ بنابراین، عقلاً و شرعاً شایسته نیست مقنن با جرم انگاری های متعدد این اصول را نادیده گیرد<sup>۲</sup> و افراد را به حرج اندازد؛ چرا که یقیناً جنس تصرفات حاکم اسلامی نباید با جنس تصرفات شارع مخالف باشد و عدم تطابق ظاهری اصول اولیه شرعیه با مسائل مستحدثه و اصدار احکام ثانوی هم به صورت کاملاً استثنایی و تنها با اذن خود شارع امکان پذیرست. به بیان حقوقی، اگر در رفتاری دخالت دولت لازم بود، مساعدت، حمایت، به کارگیری قراردادهای بیمه، میانجی گری و... بر سایر قوای قهریه اولویت دارد. بنا بر فرض اگر هم واکنش قهری ضرورت یابد، گنجاندن آن در قالب ضمانت اجرا فاقد وجهت است و اگر راهی جز اعمال ضمانت اجرا وجود نداشت، ضمانت اجرای مدنی بر اداری (فلاحی، ۱۳۹۳، ۴۲) و ضمانت اجرای اداری بر کیفری اولویت دارد؛ در نتیجه، آنچه باقی می ماند، موارد معدودی هستند که بعد از این پالایش و با رعایت شرایط و اصول قانونگذاری جرم انگاری

#### جستارهای فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم  
پاییز ۱۳۹۷

۶۸

۱. این اصل بیانگر آن است که حقوق جزا الزاماً کمترین ورود به انحرافات و ناهنجاری ها را داشته باشد. تنها اصل ضرورت می تواند جرم انگاری را توجیه نماید.

۲. نگارندگان حاضر به این امر واقف هستند که مناط اثبات تکلیف در شرع با همان مناط در جرم انگاری ها که توسط حکومت ها برای ایجاد نظم اتخاذ می شود متفاوت است؛ لیکن، قابل انکار نیست که تصرفات حاکم اسلامی باید همسو با روح قوانین اسلام باشد. در واقع از یک طرف اصل بر آزادی افراد است که این اصل با اصل دیگری که همان اصالت الاباحه است تقویت می شود و از طرف دیگر به بداهت شرعی ثابت است که تحدید و مجازات در هیچ زمانی مطلوب بالذات اسلام نبوده و نیست و گرنه تحریم حرام هایی که یقیناً معلل به مفسد واقعی هستند اولی به تحریم رفتارهایی است که عقل ناقص بشری آن را درک کرده است. این در حالی است که عقوبت دنیوی بسیاری از مواردی که در اسلام حرام اعلام شده اند فاقد هرگونه مستند قرآنی، روایی یا عقلی است، چه رسد به مجازات رفتارهایی که تشریحاً در حیطه ی مباحات قرار گرفته اند. بنابراین باید گفت، جرم انگاری در حریم منطقه الفراغ باید بسیار محتاطانه و اصولی انجام گیرد تا مبادا از کارایی حقوق جزا کاسته شده، به ورطه ی هولناک بدعت در دین و تضییع حقوق شهروندی نائل شود.



می‌شوند. بسیاری از کسانی که دغدغه حقوق کیفری دارند، بر این باورند که دامنه حقوق جزا اساساً نباید وسیع شود، چه سیاهه جرایم طولانی باشد چه نباشد (فلاحی، ۴۱، ۱۳۹۳).

بنابراین، با توجه به تبعات و خطرات عدم وجود ضابطه‌ای منطقی در تحدید حریم آزادی‌های فردی در قالب جرایم مانع - که یکی از اصلی‌ترین علل توزم کیفری است - همچنین موضع فقه امامیه در عدم تجویز تجاوز به این حریم، بلکه حرمت اعمال کیفر در مواردی که استحقاق آن وجود ندارد، باید ادامه این نوشتار را در ارائه ضابطه‌ای جامع - که در عین دفاع از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی افراد بتواند از وقوع جرایم منشأ پیشگیری کند - از فقه پویای امامیه پیگیری نماییم.

ناکارآمدی و حتی در بعضی مواقع جرم‌زا بودن غالب جرم‌انگاری‌هایی که در فضاهاى احساسی و در پاسخ به شور و حرارت عوام صورت می‌پذیرند، در طول زمان، بر هیچ یک از نظریه‌پردازان حقوق کیفری پوشیده نمانده است. همین توالی فاسد در تجربیم‌های غیر اصولی نیز وجود دارد، در حالی که تحدید آزادی‌های افراد و اعمال مجازات‌های سنگین، محتاج بررسی‌های عمیق و کارشناسی شده است؛ بنابراین، با توجه به اینکه از یک سو، هیچ نظام حقوقی‌ای مستغنی از جرم‌انگاری در جرایم بازدارنده نیست و نظام حقوقی اسلام هم از این قاعده مستثنا نیست. از سوی دیگر، اگر این نوع از واکنش‌ها با فیلتری بسیار قوی پالایش نشوند، به بحران‌های فوق‌الذکر می‌انجامد؛ می‌توان گفت آن راه حلی که نه تنها اسلام از آن حمایت می‌کند بلکه هادی به آن است، رجوع به اهل ذکر (نحل، ۴۳)، خیره و متخصص، در جهت کاهش مفاسد جرم‌انگاری‌های غیراصولی است. البته به بداهت عقلی هم می‌توان این نتیجه را گرفت که در جایی که احتمال وقوع در حرام با تحدید و مجازات افراد به سبب ارتکاب فعل مباح، وجود دارد، احتیاط در عمل ضروری و فحص از آن واجب است. چه بسا که رأی فقیه در مسائل تخصصی، بعد از رجوع به صاحب‌نظران و دانشمندان آن علم تغییر یافته است. بدین سان، به حکم عقل و شرع، در جرم‌انگاری، جلب نظر جرم‌شناسان و در موارد لزوم، تحقیقات روان‌شناسانه جامعه‌شناسان، توسط مراجع قانونگذاری اسلامی، علاوه بر اینکه به غنای

آن می‌افزاید و تا حدّ زیادی از مشکلات و ناکامی‌ها مصون می‌دارد، احتمال حرمت تجریم را نهایتاً به حرمت یا وجوب تجریم تبدیل می‌کند<sup>۱</sup>. این‌ها همان اهل ذکری هستند که رجوع به آن‌ها توصیه شده است.

در این راستا، جرم‌شناسان و صاحب‌نظران علوم جنایی با سنجش معیارهای علمی گوناگون برای جرم‌انگاری یک رفتار و عبور آن از سنجش‌های متعدد آماری، اخلاقی و اجتماعی، دستاوردهای حاصل از پژوهش‌های جرم‌شناسانه خود را مطرح می‌کنند و یا جرم‌انگاری یک رفتار را علمی و مبارزه با آن را لازم می‌دانند یا اینکه اقدام کیفری را در آن موارد بدون کارکرد قلمداد می‌کنند. این نظریات عموماً دقیق و اصولی هستند چرا که در آن‌ها از داده‌های علوم دیگر همچون آمار، پزشکی، جامعه‌شناسی، روان‌شناسی و به فراخور مسئله از سایر علوم نیز استفاده می‌شود. سرانجام، تعداد رفتارهای مجرمانه‌ای که در قانون تصریح می‌شوند، به حد مطلوب می‌رسد و از جرم‌انگاری‌های افراطی و نهایتاً تورم کیفری تا حدّ زیادی جلوگیری به عمل می‌آید.

### نتیجه‌گیری

در توجیه فقهی جرم مانع، به مبانی مختلفی متمسک شده‌اند. سدّ ذرایع از این جهت که در منابع فقه شیعه، به‌عنوان گزاره‌ای مستقل مورد استفاده فقها قرار نگرفته است، نمی‌تواند توجیه‌گر این نوع از جرایم باشد. استدلال به حرمت مقدمه حرام، آیات و روایات، در جهت این مبنا انگاری نیز هرکدام دارای اشکالاتی بودند که استناد به آن‌ها را مخدوش می‌کند. در این میان، حسبه را می‌توان به‌عنوان مبنایی قابل قبول و جامع در توجیه جرم مانع معرفی کرد که در آن قالب جرم‌انگاری اسباب و مقدماتی که ممکن است به مفاسد بزرگ‌تر منتهی شوند، پذیرفتنی خواهد شد. لکن این راه نیز ممکن است اشکالاتی از جمله افراط در جرم‌انگاری و تورم کیفری را به وجود آورد. راهکار مقابله با این اشکالات با توجه به رهنمود قرآنی رجوع به اهل

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم

پاییز ۱۳۹۷

۷۰

۱. ناگفته پیداست که کلیه این مباحث تنها در باب تعزیرات که البته قسمت اعظم مجازات‌های نظام حقوقی اسلامی را تشکیل می‌دهد، مجراست و نه در حدود، قصاص، دیات و جرایم منصوص شرعی.

ذکر، در متون اسلامی تعبیه شده است. طبق این آیه شریفه، رجوع به متخصصان علوم جنایی در جرم‌انگاری‌ها و به‌ویژه جرم‌انگاری‌هایی که با عنوان جرم مانع در قانون جزایی احصا می‌شوند، لازم است. این راهکار که اکنون دیگر رنگ و بوی قاعده‌ای عقلیه به خود گرفته است، یقیناً قانونگذاران را در یک جرم‌انگاری اصولی با حداقل اشکال ممکن یاری می‌رساند.

## منابع

• قرآن کریم، ترجمه: مهدی الهی قمشه‌ای.

۱. آزمایش، علی، «زندان مجازات شکست خورده»، حقوق و اجتماع، شماره ۲۲، ۱۳۸۰ش ۱۴.
۲. آشتیانی، میرزا محمد حسن بن جعفر. (۱۴۳۰ه ش). بحر الفوائد فی شرح الفرائد، المحقق: السید محمد حسن الموسوی، بی‌جا، ذوی القربی
۳. آملی، محمدتقی. (۱۴۱۳ه ق). مکاسب و البیع، تقریرات میرزای نائینی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۴. ابن ابی‌جمهور، محمد بن علی. (۱۴۰۵ه ق). عوالی اللثالی العزیزة، دار سید الشهداء للنشر، قم - ایران، اول.
۵. ابن اثیر، مبارک بن محمد شیبانی موصلی. (۱۳۶۴ه ش). النهاية فی غریب الحدیث و الاثر، اسماعیلیان، چاپ چهارم، قم.
۶. ابن خلدون حضرمی، ابوزید عبدالرحمن بن محمد. (۱۹۷۸م). مقدمه ابن خلدون، بیروت، دارالقلم.
۷. ابن اخوه، محمد بن احمد القرشی. (۱۴۰۸ه ق). معالم القربة فی احکام الحسبه، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، قم.
۸. اردبیلی، محمدعلی. (۱۳۹۲ه ش). حقوق جزای عمومی، جلد نخست، سی و یکم، تهران، میزان
۹. ابویعلی الفراء، محمد بن الحسین. (۱۴۰۶ه ش). الاحکام السلطانیة، قم، مکتبه الاعلام الاسلامی
۱۰. بورکاب، محمد احمد. (۱۴۲۳ه ق). المصالح المرسله و اثرها فی مرونة الفقه الاسلامی، چاپ اول، الامارات العربیة المتحدہ، دار البحوث للدراسات الاسلامیة و إحياء التراث

۱۰. الحسینی، السید علی بن أحمد بن محمد معصوم، ۱۴۲۶ هـ ق، الطراز الأول، قم، مؤسسة آل البيت ﷺ لإحياء التراث.

۱۱. تبریزی، جواد بن علی. (بی تا). استفتاءات جدید، قم، اول، بی تا

۱۲. جناتی، محمد ابراهیم. (۱۳۷۰ هـ ش). منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، چاپ اول، تهران، کیهان

۱۳. جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ هـ ق). الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربية، جلد سوم، دار العلم للملایین، بیروت - لبنان، اول

۱۴. حبیب زاده، محمد جعفر و علی حسین نجفی ابرندآبادی و کیومرث کلانتری، «تورم کيفرى، عوامل و پیامدها»، مدرس علوم انسانی، دوره پنجم، شماره چهارم، زمستان ۱۳۸۰

۱۵. حرعاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹). وسائل الشیعة فی تحصیل مسائل الشریعه، مؤسسه آل البيت ﷺ، قم - ایران، اول

۱۶. حسینی مشهدی، سید صدرالدین و غلامرضا کاظمیان، «مقایسه وظایف نهاد حسبه و مدیریت شهری نوین در ایران»، اسلام و مدیریت، سال دوم، شماره چهارم، زمستان ۱۳۹۲ ش

۱۷. حمیری، نشوان بن سعید. (۱۴۲۰ هـ ق). شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلام، جلد ۱۸، دار الفکر المعاصر، بیروت - لبنان، اول

۱۹. الخادمی، نورالدین مختار. (۱۴۲۳ هـ ق). المقاصد فی المذهب المالکی، چاپ اول، الرياض، مکتبه الرشد

۲۰. خامنه‌ای، سید علی. (۱۴۱۵ هـ ق). اجوبة الاستفتائات، طبع الثانی، بیروت، دارالوسیله

۲۱. الخراسانی، محمد کاظم. (۱۴۳۲ هـ ق). کفایة الاصول، اول، قم، مجمع الفکر الاسلامی

۲۲. خمینی، سید روح الله. (۱۴۲۱ هـ ق). تحریر الوسیله، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی ﷺ، چاپ و نشر عروج

۲۳. ———. (۱۴۲۲ هـ ق). استفتاءات، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، پنجم

۲۴. ———. (۱۴۲۱ هـ ق). کتاب البیع، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی ﷺ، تهران - ایران، اول

۲۵. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۷ هـ ق). محاضرات فی الاصول، اول، قم، مؤسسه السبطين ﷺ

۲۶. ———. (۱۴۱۸ هـ ق). موسوعة الإمام الخوئي، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي، قم - ایران، اول

۲۷. ———. (بی تا). التنقيح فی شرح العروة الوثقى (کتاب جهاد و تقلید)، به قلم میرزا جواد

## جستارهای فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم  
پاییز ۱۳۹۷

۷۲

تبریزی، بی جا، مؤسسه آل البيت

۲۸. — (۱۴۲۲ه ق). مباني تکملة المنهاج، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي، قم - ایران.

اول

۲۹. داودی، سعید، «قاعده حریم حمی»، حقوق اسلامی، سال یازدهم، شماره ۴۳، زمستان ۹۳

۳۰. داوودی، هما، «گستره آزادی در تقابل با حقوق کیفری»، ندای صادق، سال یازدهم،

شماره ۴۳، پاییز ۱۳۸۵

۳۱. السبحانی، الشیخ جعفر. (۱۴۲۳ه ق). تهذیب الاصول، تقریر اباحت الاستاذ الاعظم

آیة الله العظمی السید روح الله الموسوی، بی جا، مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمينی

۳۲. شمس ناتری، محمد ابراهیم؛ جاهد، محمد علی، «عوامل و نتایج تورم کیفری و

راهکارهای مقابله با آن»، فقه و حقوق، سال پنجم، تابستان ۱۳۷۸

۳۳. شمعی، محمد و سارا شهباز. (۱۳۹۴ه ش). جرم‌انگاری حداکثری، چاپ اول، تهران،

جنگل

۳۴. الصافی، لطف الله. (۱۴۰۴ه ق). التعزیر انواعه و ملحقاته، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.

۳۵. الطباطبایی، سید محمد حسین. (بی تا). المیزان فی التفسیر القرآن، قم، مؤسسه اسماعیلیان.

۳۶. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۱۷ه ق). العروة الوثقی، قم، مؤسسه النشر

الاسلامی

۳۷. طریحی، فخر الدین. (۱۴۱۶ه ق). مجمع البحرین، کتابفروشی مرتضوی، تهران - ایران،

سوم

۳۸. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۱۴ه ق). الأمالی، اول، قم، دارالثقه

۳۹. — (۱۴۲۰ه ق). الخلاف، دوم، قم، مؤسسه النشر الاسلامی

۴۰. العاملی، زین الدین بن علی. (بی تا). الروضة البهیة فی الشرح اللمعه الدمشقیه، تهران،

المکتبه الاسلامیه

۴۱. عاملی، محمد بن مکی. (بی تا). القواعد و الفوائد، کتابفروشی مفید، قم - ایران، اول

۴۲. عجلانی، منیر. (۱۴۰۹ه ق). عبقریة الاسلام، بیروت، دار النفائس

۴۳. علی بابایی، یحیی و علی اصغر فیروزجانیان. «تحلیل جامعه‌شناختی عوامل مؤثر بر

قانون گریزی»، فصلنامه دانش انتظامی، سال یازدهم، شماره چهارم، ۱۳۸۸ ش

۴۴. عمید زنجانی، عباسعلی، «دیدگاه حکومتی در نظریه حربه (فرضیه حکومت با اختیارات

محدود)»، حکومت اسلامی، سال دوم، شماره اول، بهار ۱۳۷۶

۴۵. فلاحی، احمد. (۱۳۹۳ه ش). اصل ضرورت در جرم‌انگاری، اول، تهران، دادگستر

تبیین جرم مانع  
با تأکید بر امور حسبه

۴۶. کلینی، ابو جعفر، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ه ق). الکافی، دار الکتب الإسلامية، تهران - ایران، چهارم

۴۷. لنکرانی، محمد فاضل موحدی. (بی تا). احکام پزشکان و بیماران، بی جا، بی تا

۴۸. لنکرانی، محمد فاضل موحدی. (بی تا). جامع المسائل، یازدهم، قم، امیر قلم

۴۹. مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی. (۱۴۱۰ه ق). بحار الأنوار، مؤسسة الطبع و النشر، بیروت - لبنان، اول

۵۰. محمود عبد الرحمان. (بی تا). معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية، بی تا، بی جا

۵۱. المشکینی، الحاج المیرزا علی. (۱۴۱۳ه ق). اصطلاحات الأصول، قم، نشر الهادی

۵۲. مصطفوی، حسن. (۱۴۰۲ه ق). التحقيق في كلمات القرآن الكريم، ۱۴ جلد، مرکز الكتاب للترجمة و النشر، تهران - ایران، اول

۵۳. مطهری، مرتضی. (بی تا). فقه و حقوق (مجموعه آثار)، قم - ایران، اول، بی تا

۵۴. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۴ه ق). کتاب النکاح، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، قم - ایران، اول

۵۵. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۸ه ق). رساله احکام برای جوانان، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، قم - ایران، پانزدهم

۵۶. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۶ه ش). پیام امیرالمومنین (ع)، اول، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۸۶ ش

۵۷. ملک افضل، محسن، «نظارت در سیره حکومتی پیامبر اکرم (ص)»، حکومت اسلامی، سال دوازدهم، شماره اول، بهار ۱۳۸۶ ش

۵۸. منتظری، حسین علی. (۱۴۰۹ه ق). دراسات في ولاية الفقيه و فقه الدولة الإسلامية، نشر تفکر، قم - ایران، دوم

۵۹. —، «حسبه و شرایط محتسب (قسمت دوم)»، نور علم، دوره دوم، شماره هشتم، بی تا

۶۰. موسوی اردبیلی، سید عبد الکریم. (۱۴۲۷ه ق). فقه الحدود و التعزیرات، مؤسسة النشر لجامعة المفید (ع)، قم - ایران، دوم

۶۱. میرخلیلی، سید محمود، «سد ذرائع و پیشگیری از بزهکاری در آموزه های اسلامی»، حقوق اسلامی، سال هشتم، شماره ۳۱، زمستان ۱۳۹۰ ش

۶۲. نائینی، محمد حسین. (۱۳۷۸ه ش). تنبيه الامة و تنزيه الملة، تهران، انتشار

۶۳. نجفی، محمد حسن. (۱۳۶۷ه ش). جواهر الکلام، سوم، تهران، دارالکتب الاسلامیه

## جستارهای فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم  
پاییز ۱۳۹۷

۷۴

۶۴. نجفی ابرندآبادی، علی حسین. (۱۳۸۴ه ش). تقریرات جرم‌شناسی سیاست جنایی و تکنیک‌های حقوق کیفری، دوره دکتری، تهران، دانشگاه شهید بهشتی
۶۵. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۷ه ق). عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام، اول، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم
۶۶. واسطی، زبیدی، حنفی، محب‌الدین، حسینی، سیدمحمد مرتضی. (۱۴۱۴ه ق). تاج العروس من جواهر القاموس، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، بیروت - لبنان، اول
۶۷. هوشیار، مرتضی. (۱۳۷۹ه ش). شروع به جرم در حقوق کیفری ایران و فقه امامیه، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد، دانشکده معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق علیه السلام.

تبیین جرم‌مانع  
با تأکید بر امور حسبه



پروفیسر شگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی  
پرتال جامع علوم انسانی