



Conflict between Jurisprudence and Customary Law in Criminalization: A Case Analysis in the Iranian Criminal Law System

Behyar Moghimi Sarani¹, Davood Karami^{*2}, Homa Davoodi Garmaroudi¹

1. Department of Criminal Law and Criminology, Ka.C., Islamic Azad University, Karaj, Iran.

2. Department of Criminal Law and Criminology, Ka.C., Islamic Azad University, Karaj, Iran. (Corresponding Author)

ARTICLE INFORMATION

Type of Article:

Original Research

Pages: 47-60

Corresponding Author's Info

ORCID: 0000-0003-2027-2727

TELL: +989122017863

Email: Davood.karami@kiauo.ac.ir

Article history:

Received: 25 Jan 2025

Revised: 02 Apr 2025

Accepted: 05 May 2025

Published online: 23 Sep 2025

Keywords:

Criminalization, Islamic Jurisprudence, Customary Law, Sharia Objectives, Iranian Penal System, Conflict between Jurisprudence and Custom.

ABSTRACT

The Iranian criminal law system, by simultaneously utilizing the sources of Islamic jurisprudence and modern customary considerations, faces fundamental conflicts in the field of criminalization. This study, using a descriptive-analytical method and analyzing objective examples such as the criminalization of apostasy, drinking alcohol and restrictions based on secondary rulings, has examined the foundations and manifestations of the conflict between jurisprudence and customary law. The findings show that in many cases, traditional jurisprudential rulings have been the basis for criminalization without a precise assessment of social necessity, criminal proportionality and human rights standards. This situation has led to a conflict between jurisprudential rules and modern legal principles such as human dignity, privacy, freedom of belief and the principle of legality of crime and punishment. In this regard, the study proposes solutions to reduce this conflict by analyzing the theories of “purposes of Sharia”, “grounded ijtihad” and “Islamic human rights”. Also, the role of institutions such as the legislator, the Guardian Council and the Administrative Court of Justice in reforming legislative procedures and creating a balance between jurisprudence and custom has been analyzed. The conclusion of the research indicates that only by combining jurisprudential rationality with social and legal requirements can a coherent, legitimate and efficient criminal system be achieved. Finally, this article emphasizes the need to review the foundations of criminal legislation and strengthen interdisciplinary dialogue between jurisprudence, law and criminology.



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

© 2025 The Authors.

How to Cite This Article: Moghimi Sarani, B; Karami, D & Davoodi Garmaroudi, H (2025). “Conflict between Jurisprudence and Customary Law in Criminalization: A Case Analysis in the Iranian Criminal Law System”. *Journal of Comparative Criminal Jurisprudence*, 5(3): 47-60.



انجمن علمی فقه برای تطبیقی ایران

فصلنامه فقه جزای تطبیقی

www.jccj.ir



فصلنامه فقه برای تطبیقی

دوره پنجم، شماره سوم، پاییز ۱۴۰۴

تعارض فقه و حقوق عرفی در جرم‌انگاری: تحلیل موردی در نظام حقوق کیفری ایران

بهیار مقیمی سارانی^۱، داود کرمی^{۲*}، هما داودی گرمارودی^۱

۱. گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران.

۲. گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران. (نویسنده مسؤول)

چکیده

نظام حقوق کیفری ایران، با بهره‌گیری هم‌زمان از منابع فقه اسلامی و ملاحظات عرفی مدرن، با تعارض‌هایی بنیادین در حوزه جرم‌انگاری مواجه است. این پژوهش با روش توصیفی - تحلیلی و با بهره‌گیری از تحلیل نمونه‌های عینی، چون جرم‌انگاری ارتداد، شرب خمر و محدودیت‌های مبتنی بر احکام ثانویه، به بررسی مبانی و جلوه‌های تعارض میان فقه و حقوق عرفی پرداخته است. یافته‌ها نشان می‌دهد که در بسیاری از موارد، احکام فقهی سنتی بدون ارزیابی دقیق از ضرورت اجتماعی، تناسب کیفری و موازین حقوق بشری، مبانی جرم‌انگاری قرار گرفته‌اند. این وضعیت منجر به تراحم میان قواعد فقهی و اصول حقوقی نوین مانند کرامت انسانی، حریم خصوصی، آزادی عقیده و اصل قانونی‌بودن جرم و مجازات شده است. در این راستا، پژوهش با تحلیل نظریه‌های «مقاصد شریعت»، «اجتهاد زمینه‌مند» و «حقوق بشر اسلامی»، راهکارهایی برای کاهش این تعارض پیشنهاد می‌دهد. همچنین نقش نهادهایی چون قانون‌گذار و شورای نگهبان در اصلاح رویه‌های تقنینی و ایجاد توازن میان فقه و عرف، مورد واکاوی قرار گرفته است. نتیجه‌گیری پژوهش حاکی از آن است که تنها از طریق تلفیق عقلانیت فقهی با الزامات اجتماعی و حقوقی می‌توان به نظامی کیفری منسجم، مشروع و کارآمد دست یافت. این مقاله، در نهایت، بر لزوم بازنگری در مبانی تقنین کیفری و تقویت گفتگوی بین‌رشته‌ای میان فقه، حقوق و جرم‌شناسی تأکید دارد.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۴۷-۶۰

اطلاعات نویسنده مسؤول

کد اُرکید: ۲۷۲۷-۲۰۲۷-۰۰۰۳-۰۰۰۰

تلفن: +۹۸۹۱۲۲۰۱۷۸۶۳

ایمیل: Davood.karami@kiauo.ac.ir

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۱/۰۶

تاریخ ویرایش: ۱۴۰۴/۰۱/۱۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۲/۱۵

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۷/۰۱

واژگان کلیدی:

جرم‌انگاری، فقه اسلامی، حقوق عرفی، مقاصد شریعت، نظام کیفری ایران، تعارض فقه و عرف.



مقدمه

یکی از چالش‌های بنیادین نظام حقوق کیفری ایران، نحوه تلفیق و تعامل میان آموزه‌های فقهی و الزامات حقوق عرفی در فرآیند جرم‌انگاری است. این تعارض، نه تنها در سطح نظری و مفهومی، بلکه در ساحت تقنینی و رویه قضایی نیز نمود یافته و پیامدهای آن در قالب تشتت آراء، نقض اصول دادرسی منصفانه و کاهش مشروعیت اجتماعی قوانین کیفری مشاهده می‌شود (هاشمی، ۱۳۹۹: ۲۵/۲). در این میان، پرسش از این که آیا تمامی مفاهیم فقهی، به‌ویژه در حوزه حدود و تعزیرات، قابلیت انطباق با اصول پذیرفته‌شده حقوق کیفری معاصر را دارند، اهمیت اساسی یافته است.

از سویی، فقه اسلامی مبتنی بر نصوص و احکام شرعی است که گاه تغییرناپذیر تلقی می‌شوند، درحالی که حقوق عرفی بر تحولات اجتماعی، عرف عقلایی و مصلحت عمومی تکیه دارد (نجفی، ۱۴۰۱: ۳۲). تعارض این دو منبع، به‌ویژه در حوزه‌هایی چون آزادی‌های فردی، حریم خصوصی و جرم‌انگاری رفتارهای فاقد عنصر تعدی به دیگری، موجب ایجاد تقنین‌های دوگانه یا متعارض شده است. چنین وضعیتی، هم از حیث مشروعیت قانون و هم از منظر کارآمدی نهادهای کیفری، قابل تأمل است.

بر این اساس، پرسش اصلی پژوهش حاضر آن است که: «تعارض میان فقه و حقوق عرفی در فرایند جرم‌انگاری چه تأثیری بر مشروعیت، کارآمدی و انسجام نظام حقوق کیفری ایران دارد؟» پرسش‌های فرعی شامل این موارد است: ۱- چه مبانی نظری و استنباطی، منشأ این تعارض‌اند؟ ۲- کدام مصادیق تقنینی کنونی بیشترین نمود این تعارض را منعکس می‌نمایند؟ ۳- چه راهکارهایی برای تقلیل این چالش می‌توان ارائه داد؟

پاسخ به این پرسش‌ها مستلزم بازخوانی مفاهیم بنیادین در نظریه جرم‌انگاری، تحلیل مبانی فقهی مرتبط و نقد رویکردهای تقنینی موجود است تا راهی برای اصلاح یا بازاندیشی در سازوکارهای جرم‌انگاری در نظام حقوقی ایران گشوده شود.

فرضیه اصلی پژوهش آن است که «عدم انطباق کامل قواعد فقه سنتی با مبانی نوین حقوق عرفی، منجر به تعارض در جرم‌انگاری شده و این تعارض کارآمدی و مشروعیت حقوق کیفری ایران را با چالش مواجه کرده است.»

پیش‌فرض دیگر آن است که «بازخوانی فقه با رویکرد اجتهادی عقل‌محور و تأکید بر مقاصد شریعت می‌تواند بستری برای تقلیل این تعارض فراهم سازد.»

مطالعه تعامل فقه و حقوق عرفی در سیاست جنایی ایران از دیرباز مورد توجه پژوهشگران بوده است. شمس‌نژاد (۱۳۹۸) در مقاله‌ای با عنوان «تفاوت مبانی فقهی و عرفی و تأثیر آن بر تشتت آراء در محاکم کیفری» به بررسی موردی آرای متضاد صادره در دادگاه‌ها پرداخته و نتیجه گرفته است که فقدان انسجام تقنینی ناشی از تعارض منابع منجر به بی‌ثباتی رویه قضایی شده است.

هاشمی (۱۳۹۹) در پژوهشی با عنوان «تعامل فقه و حقوق در سیاست‌گذاری کیفری ایران»، ضمن مقایسه مبانی فقه جزایی و اصول حقوق کیفری نوین، به این نتیجه می‌رسد که بدون بازخوانی مفاهیم فقهی، تحقق سیاست جنایی کارآمد در چهارچوب حقوق بشر ناممکن است.

در سطح بین‌المللی، آثار افرادی چون Duff (۲۰۰۷) و Ashworth (۲۰۱۳) بر نظریه‌های جرم‌انگاری تمرکز دارند و تأکید می‌کنند که جرم‌انگاری باید مبتنی بر اصل ضرر، اصل تناسب و حمایت از منافع عمومی باشد. این اصول در بسیاری موارد با دیدگاه‌های سنتی فقهی در تضاد هستند.

مطهری (۱۳۸۷) و صدر (۱۴۰۰) نیز از منظر درون‌فقهی، بر امکان تحول در استنباط فقهی و لزوم توجه به مقاصد شریعت و مصلحت عامه تأکید داشته‌اند؛ دیدگاهی که بستر مناسبی برای تقارب فقه و حقوق عرفی فراهم می‌سازد.

پژوهش حاضر، ضمن بهره‌گیری از یافته‌های مطالعات پیشین، تلاش دارد با تمرکز خاص بر مصادیق جرم‌انگاری در قانون مجازات اسلامی و تحلیل مبانی نظری حاکم بر آن‌ها، تصویری منسجم‌تر و کاربردی‌تر از چالش و راه حل‌های آن ارائه دهد.

نه منطبق با نص شرعی است و نه در تعارض با آن، بلکه صرفاً در چهارچوب مصلحت عمومی و به‌عنوان احکام ثانویه تقنین شده‌اند. به عبارت دیگر، قانون‌گذار در عمل با بهره‌گیری از ظرفیت‌هایی چون ضرورت، اضطرار، یا تغییر شرایط اجتماعی، انعطاف قابل‌توجهی در تفسیر و اجرای اصل چهارم نشان داده و از اعمال خشک و قالبی این اصل اجتناب کرده است. در این میان، مقایسه اصل چهارم با اصل دوم متمم قانون اساسی مشروطه که نظارت بر مطابقت قوانین با شرع را به پنج مجتهد جامع‌الشرایط واگذار می‌کرد، می‌تواند افق روشنی در تحلیل تطبیقی میزان انعطاف‌پذیری قانون‌گذار در هر دو نظام حقوقی فراهم سازد.

در مقابل، نظریه «مقاصد شریعت (Maqasid al-Shariah)» رویکردی نوگرایانه در فقه است که بر حفاظت از پنج اصل: دین، جان، مال، نسل و عقل تأکید دارد. این نظریه ظرفیت آن را دارد که پایه‌ای برای تطبیق آموزه‌های فقهی با موازین عقل‌گرایانه و حقوق عرفی فراهم سازد (صدر، ۱۴۰۰: ۵۱).

در این میان، نباید از قاعده «ملازمه» میان حکم عقل و حکم شرع غفلت کرد که از قواعد مهم در اصول فقه امامیه و مباحث فلسفه حقوق است. مطابق این قاعده، «کل ما حکم به العقل حکم به الشرع» و «کل ما حکم به الشرع حکم به العقل»، میان عقل سلیم و شرع معتبر تلازمی ذاتی و انفکاک‌ناپذیر وجود دارد. این اصل به‌ویژه در حوزه احکام غیرتعبدی، ظرفیت آن را دارد که عقلانیت عرفی را به‌عنوان مؤلفه‌ای معتبر در فرآیند اجتهاد وارد سازد. با پذیرش این قاعده، می‌توان نتیجه گرفت که هر حکم عقلایی که ناظر بر مصالح عمومی و عدالت اجتماعی باشد، می‌تواند مورد تأیید شریعت نیز قرار گیرد، مگر آن‌که نص قطعی در مخالفت با آن وجود داشته باشد. بنابراین تقابل میان فقه و عقلانیت حقوقی در بسیاری از موارد بیش از آن‌که ماهوی باشد، ناشی از تفسیرهای محدود و نص‌گرایانه از شریعت است و با توسع در دایره اجتهاد می‌توان زمینه همگرایی بیشتری میان فقه و حقوق عرفی فراهم آورد.

همچنین نظریه «فقه حکومتی» که توسط امام خمینی (ره) و برخی اندیشمندان معاصر ترویج شده، امکان قانون‌گذاری براساس مصلحت عمومی، حتی در تقابل با احکام اولیه را فراهم

پژوهش حاضر به روش توصیفی - تحلیلی انجام شده و با بهره‌گیری از منابع کتابخانه‌ای، اسناد قانونی، رویه قضایی و متون فقهی، به تحلیل تطبیقی میان فقه جزایی و حقوق عرفی پرداخته است.

رویکرد انتقادی پژوهش، در راستای شناسایی نقاط تعارض، بررسی پیامدهای آن و ارائه راهکارهای اصلاحی برمبنای اصول نظری حقوق کیفری معاصر استوار است.

۱- چهارچوب نظری

نظریه‌های نوین جرم‌انگاری، همچون نظریه «اصل ضرر» تأکید دارند که مداخله کیفری دولت فقط در صورت ایجاد زیان برای دیگری موجه است. این اصل با جرم‌انگاری بسیاری از افعال غیراخلاقی، ولی بی‌ضرر (مانند ارتداد یا شرب خمر در خلوت) در فقه سنتی، در تعارض است.

براساس نظریه‌های کلاسیک حقوق کیفری، اصل «تناسب میان جرم و مجازات» و اصل «پیش‌بینی‌پذیری قانون» از ارکان بنیادین قانون‌گذاری کیفری محسوب می‌شوند (Ashworth, 2013: 32). در فقه اسلامی، شدت یا تخفیف مجازات‌ها بیش از آن‌که مبتنی بر تحلیل عقلانی و عرفی باشد، تابع مفاهیم شرعی و احکام مقدس تلقی می‌شود. با این حال، نباید از نظر دور داشت که همین قواعد شرعی نیز متضمن نوعی پیش‌بینی‌پذیری‌اند، چراکه اصل «قبح عقاب بلا بیان» که مبنای فقهی - حقوقی دارد، ناظر بر لزوم اعلام قبلی ممنوعیت‌ها و مجازات‌هاست.

از سوی دیگر، نظریه «سکولاریسم حقوقی» که در نظام‌های حقوقی مدرن حاکم است، اصل تفکیک حوزه دین و قانون‌گذاری را ترویج می‌کند (Habermas, 2006: 35). این درحالی‌ست که قانون‌گذار ایرانی، موظف به رعایت احکام شرعی براساس اصل چهارم قانون اساسی است و نمی‌تواند از این منبع چشم‌پوشی کند.

با این حال، در عمل، نسبت میان قوانین مصوب و احکام فقهی همواره از نوع تطابق کامل نیست. در مواردی این نسبت می‌تواند از نوع تساوی، تباین، عموم و خصوص مطلق یا من وجه باشد. افزون بر آن، مواردی نیز وجود دارد که حکم قانونی

مشروعیت در فقه اسلامی مبتنی بر منبع الهی قانون است. شارع، به عنوان قانون‌گذار نهایی، حدود حلال و حرام را مشخص کرده و انسان‌ها موظف به تبعیت‌اند. در این دیدگاه، حتی اگر عرف یا عقلانیت عرفی به ظاهر چیزی را مجاز بداند، در صورت مخالفت با نص شرعی، فاقد اعتبار است (صدر، ۱۴۰۰: ۳۲).

در نقطه مقابل، در حقوق عرفی، مشروعیت قانون‌گذاری از خواست عمومی، قرارداد اجتماعی و فرآیند دموکراتیک ناشی می‌شود. قانون در این نظام‌ها، ابزاری برای تحقق منافع عمومی است و باید قابلیت نقد، بازنگری و تغییر براساس تحولات اجتماعی را داشته باشد (Habermas, 2006: 51).

در نتیجه فقه بیشتر بر مشروعیت «فرائیضی» تأکید دارد، در حالی که حقوق عرفی بر مشروعیت «اجتماعی و تاریخی» استوار است. این تفاوت در مبنای مشروعیت، در فرآیند جرم‌انگاری منجر به تقنین‌های متفاوت و گاه متعارض می‌شود. به عنوان نمونه، جرمی مانند ارتداد، در فقه براساس ادله نقلی، جرم و مستوجب مجازات است، در حالی که در حقوق عرفی، آن را مصداقی از آزادی اندیشه می‌دانند و جرم‌انگاری آن را مخالف اصل آزادی‌های بنیادین تلقی می‌کنند (هاشمی، ۱۳۹۹: ۳۵/۲).

۲-۳- بررسی مفاهیم کلیدی: «مصلحت»، «عقلانیت عرفی» و «نص‌گرایی»

مفهوم «مصلحت» در فقه اسلامی از دیرباز مورد توجه بوده است. فقهای چون غزالی و شاطبی بر آن تأکید داشته‌اند که مصالح عامه باید در اجتهاد و قانون‌گذاری مد نظر قرار گیرد. در فقه شیعه نیز امام خمینی مفهوم «ولایت فقیه» را مبتنی بر تقدم مصلحت عمومی بر حتی احکام اولیه بنا نهاد (مطهری، ۱۳۸۷: ۵۶/۳).

مصلحت، در این معنا، ابزاری برای پویایی فقه است، اما در عمل، گاه در تقنین کیفری جایگاهی محدود دارد، زیرا نص‌گرایی سنتی مانع از پذیرش گسترده اجتهاد مبتنی بر مصالح جدید شده است.

در سوی دیگر، «عقلانیت عرفی» بنیانی برای نظام حقوق عرفی است. این عقلانیت مبتنی بر تجربه، تحلیل اجتماعی و

می‌سازد؛ دیدگاهی که می‌تواند بستری برای رفع برخی تعارض‌ها باشد (مطهری، ۱۳۸۷: ۵۴/۳).

در مجموع، چهارچوب نظری پژوهش حاضر بر تقابل میان «فقه سنتی نص‌محور» و «حقوق کیفری عرفی عقل‌محور» تمرکز دارد و تلاش دارد با بهره‌گیری از نظریات نوین، راهی برای برقراری تعادل و انسجام در سیاست جنایی ایران بیابد.

۲- مبانی نظری و مفهومی

۲-۱- تعریف جرم‌انگاری از منظر فقه و حقوق عرفی

در فقه اسلامی، جرم‌انگاری مفهومی برگرفته از تشریع الهی است. به موجب آن، هر رفتاری که براساس منابع شرعی نظیر «قرآن»، «سنت»، «اجماع» و «عقل» ممنوع اعلام شده و برای آن کیفر مشخصی مقرر شده باشد، جرم تلقی می‌گردد. در این نگاه، جرم امری ذاتاً حرام و ممنوع است، حتی اگر فاقد اثر مستقیم اجتماعی باشد (مطهری، ۱۳۸۷: ۵۱/۳). این تعریف، ریشه در تصور فقهی از حرام و مباح دارد و با مفاهیم اخلاقی پیوندی تنگاتنگ دارد.

در مقابل، حقوق عرفی معاصر جرم‌انگاری را به مثابه ابزار تنظیم اجتماعی می‌نگرد؛ ابزاری که باید در خدمت نظم عمومی، حمایت از حقوق افراد و پیشگیری از آسیب‌های اجتماعی باشد. در این نگاه، جرم‌انگاری تنها در صورت وجود ضرورت اجتماعی و براساس اصولی همچون اصل ضرر، تناسب و پیش‌بینی‌پذیری توجیه‌پذیر است (Duff, 2007: 71).

در نتیجه در فقه سنتی، حتی رفتارهای شخصی و بی‌ضرر نظیر شرب خمر در خلوت، می‌تواند مشمول جرم‌انگاری قرار گیرد، زیرا ملاک، نص و حرمت شرعی است؛ حال آن که در حقوق عرفی، عدم وجود زیان مستقیم برای دیگران می‌تواند مانع از مداخله کیفری شود (Ashworth, 2013: 31).

این تفاوت رویکردها منشأ بسیاری از تعارضات تقنینی در نظام کیفری ایران است، به‌ویژه در حوزه جرایم علیه اخلاق و عفت عمومی که ریشه در فقه دارند، ولی در حقوق عرفی، اغلب فاقد توجیه کیفری محسوب می‌شوند.

۲-۲- مقایسه مبانی مشروعیت در فقه و حقوق عرفی

در مقابل، در نظام‌های حقوقی عرفی، ارتداد مصداق بارز آزادی عقیده و دین محسوب می‌شود. مطابق ماده ۱۸ اعلامیه جهانی حقوق بشر، هر فرد حق دارد دین و باور خود را انتخاب یا تغییر دهد. بنابراین جرم‌انگاری ارتداد در تعارض آشکار با اصل آزادی دین و وجدان قرار دارد (Hashemi, 2020: 35).

در نظام کیفری ایران، ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مصادیق ارتداد را احصا نکرده، ولی از طریق فقه و نظرات قضات شرعی قابل پیگرد است. این امر موجب بی‌ثباتی حقوقی و نیز نقض حق آزادی مذهب شده است (هاشمی، ۱۳۹۹: ۳۲/۲).

در حقوق کیفری عرفی، جرم‌انگاری باید مبتنی بر اصل ضرر و مصالح عمومی باشد، درحالی‌که ارتداد، صرفاً اعتقاد است و بدون رفتار مادی زیان‌بار، نمی‌تواند موضوع تعقیب کیفری قرار گیرد. از این‌رو، حقوق عرفی آن را غیرقابل جرم‌انگاری می‌داند (Duff, 2007: 41).

در مقابل دیدگاه حقوق عرفی که ارتداد را امری صرفاً اعتقادی و فاقد زیان اجتماعی تلقی می‌کند، برخی فقیهان و حقوق‌دانان معتقدند که ارتداد صرفاً یک باور شخصی نیست، بلکه در مواردی با انگیزه استهزای دین، تضعیف اعتقادات عمومی یا بی‌ثبات‌سازی دیانت اجتماعی صورت می‌گیرد و در نتیجه با مصالح عمومی جامعه اسلامی تعارض دارد. آنان به موارد تاریخی‌ای استناد می‌کنند که افراد با تظاهر به اسلام، سپس اعلام ارتداد، موجبات وهن دین و سلب اعتماد از آموزه‌های دینی را فراهم آورده‌اند. بر این اساس، جرم‌انگاری ارتداد را نه به‌عنوان واکنش به تغییر عقیده، بلکه به‌مثابه دفاع از نظم عمومی دینی و صیانت از حرمت دین تلقی می‌کنند.

۳-۲- شرب خمر و اصل حریم خصوصی

شرب خمر، از جمله جرایم حدی در فقه اسلامی است که در منابع فقهی با صراحت تحریم شده و مجازات آن، هشتاد ضربه تازیانه تعیین شده است. این مجازات براساس نص قرآنی و سنت معتبر اعمال می‌شود و شمول آن به رفتار در خلوت یا علن مورد اختلاف نیست (مطهری، ۱۳۸۷: ۵۲/۳).

اصول عدالت عمومی است و در فرآیند جرم‌انگاری، نقش مهمی در ارزیابی ضرورت، تناسب و اثربخشی قوانین ایفا می‌کند (Ashworth, 2013: 32).

در حقوق کیفری عرفی، اگر قانونی فاقد توجیه عقلانی و کارکرد اجتماعی باشد، فاقد اعتبار تلقی می‌شود، درحالی‌که در فقه سنتی، توجیه عقلانی ممکن است در برابر حکم مبتنی بر نص جایگاه کمتری داشته باشد.

«نص‌گرایی» به‌معنای اصالت‌دادن به متون مقدس و اقوال معتبر فقهی است. این رویکرد که در میان بسیاری از فقه‌های سنتی رواج دارد، بر تفسیر دقیق و بی‌کم‌وکاست از نصوص شرعی تأکید دارد و هرگونه اجتهاد عقل‌گرایانه را محدود می‌سازد (نجفی، ۱۴۰۱: ۴۵).

در نظام قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران، این نص‌گرایی خود را در لزوم مطابقت قوانین با شرع، طبق اصل چهارم قانون اساسی، نشان می‌دهد. نتیجه آن‌که، حتی اگر عرف یا جامعه علمی خواستار جرم‌زدایی از رفتاری باشد، در صورت وجود نص شرعی، این امر دشوار می‌گردد.

این سه مفهوم - مصلحت، عقلانیت عرفی و نص‌گرایی - نقش محوری در تعارض فقه و حقوق عرفی ایفا می‌کنند. بازنگری در نحوه مواجهه با این مفاهیم، به‌ویژه از سوی نهادهای تقنینی و اجتهادی، می‌تواند راهی برای تقارب و کاهش تعارضات موجود باشد.

۳- تحلیل موارد شاخص تعارض فقه و حقوق عرفی در جرم‌انگاری

۳-۱- ارتداد و آزادی عقیده

ارتداد در فقه اسلامی، به‌ویژه در دیدگاه مشهور فقه‌های امامیه، عملی مجرمانه تلقی می‌شود و مجازات آن در مواردی اعدام تعیین شده است. مبنای این دیدگاه، نصوصی مانند روایات منسوب به پیامبر اسلام است که ارتداد را مستوجب مرگ می‌دانند. این موضع، ارتداد را نه تنها انحراف فکری، بلکه تهدیدی برای نظم دینی و اجتماعی جامعه اسلامی تلقی می‌کند (نجفی، ۱۴۰۱: ۴۱).

در فقه اسلامی، روابط جنسی خارج از چهارچوب نکاح شرعی، از شدیدترین گناهان تلقی شده و برای آن مجازات‌های حدی مانند اعدام یا شلاق مقرر شده است. این نگاه بر پایه نصوص صریح قرآن و روایات معتبر استوار است و هدف آن، حفظ نهاد خانواده و اخلاق عمومی جامعه است (نجفی، ۱۴۰۱: ۴۷).

در حقوق عرفی، اصل بر آزادی فردی است و تا زمانی که رابطه جنسی میان دو بزرگسال با رضایت طرفین و بدون ایجاد ضرر برای غیر انجام می‌شود، جرم محسوب نمی‌شود. در این رویکرد، مفهوم «اخلاق عمومی» در تقنین کیفری، باید محدود و با معیارهای عقلانی و اجتماعی تبیین شود (Ashworth, 2013: 35). مفاهیمی چون کرامت انسانی، حق خلوت و اصل آزادی جنسی در چهارچوب رضایت‌مندی افراد، مبنای تقنین‌اند. از این رو، دخالت دولت در روابط خصوصی افراد، مگر در صورت تعرض به حقوق دیگران، فاقد مشروعیت قانونی تلقی می‌شود (Habermas, 2006: 25).

از منظر جرم‌شناسی، جرم‌انگاری بدون حمایت اجتماعی، به «جرم پنهان» و بی‌اعتمادی عمومی می‌انجامد، در نتیجه تجدید نظر در قلمرو جرم‌انگاری در این حوزه، می‌تواند به همگرایی بیشتر با معیارهای عقلانیت عرفی منجر شود (Duff, 2007: 27).

در نظام حقوقی ایران، زنا همچنان، از جمله جرایم حدی محسوب می‌شود و مجازات‌های سنگین شرعی برای آن پیش‌بینی شده است؛ با این حال، قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، با مشروط کردن تعقیب این جرم به دو شرط وجود شاکی خصوصی یا ارتکاب علنی، نشان داده است که میان رفتارهای شخصی و رفتارهایی با آثار اجتماعی تمایز قائل شده و صرفاً در صورت نقض عینی نظم عمومی و عفت جمعی، مداخله کیفری را موجه می‌داند، به‌ویژه، شرط علنی بودن در این زمینه ناظر بر لحاظ کردن عنصر «ضرر اجتماعی ملموس» است؛ اصلی که در حقوق عرفی نیز مبنای بنیادین جرم‌انگاری تلقی می‌شود. از این رو می‌توان این رویکرد را نشانه‌ای از حرکت قانون‌گذار به سمت تقنین عقل‌گرایانه‌تر، منطبق با اصل تناسب و محدودسازی مداخله کیفری در قلمرو حریم خصوصی

در حقوق عرفی، به‌ویژه در نظام‌هایی با بنیان سکولار، مصرف الکل امری خصوصی تلقی شده و تنها در صورتی که با نظم عمومی یا سلامت دیگران در تعارض باشد (مانند رانندگی در حالت مستی)، جرم محسوب می‌شود (Ashworth, 2013: 32).

نظام کیفری ایران با استناد به فقه، شرب خمر را در هر شرایطی جرم‌انگاری کرده است، حتی مصرف در حریم خصوصی نیز مشمول تعقیب کیفری قرار می‌گیرد، مشروط بر آن که اثبات شود یا اقرار صورت گیرد. این امر با اصل حریم خصوصی، که در اصل ۲۲ قانون اساسی نیز مورد حمایت قرار گرفته، در تعارض است.

از منظر حقوق عرفی، مداخله دولت در امور شخصی بدون وجود ضرر ملموس به دیگران، مصداق «جرم‌انگاری بیش‌ازحد» محسوب می‌شود. از این رو جرم‌انگاری شرب خمر در خلوت، فاقد توجیه عقلانی و اجتماعی قلمداد می‌شود (Duff, 2007: 32).

بررسی سیر تقنینی در زمینه جرم‌انگاری زنا در سه دهه اخیر نشان می‌دهد که قانون‌گذار ایرانی، به‌ویژه در تدوین قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، رویکرد خود را به سمت جزای عرفی و محدودسازی قلمرو مداخله کیفری تغییر داده است. مطابق ماده ۲۲۵ این قانون، تعقیب جرم زنا صرفاً در دو صورت ممکن است: ۱- وجود شاکی خصوصی؛ ۲- تحقق فعل در انظار عمومی و جلب توجه دیگران. این تحول آشکارا حاکی از گذار از یک رویکرد مطلق‌گرا و نص‌محور، به‌سوی نوعی تقنین عقلانی و متأثر از اصولی نظیر «اصل حریم خصوصی»، «ضرورت اجتماعی» و «تناسب جرم و مجازات» است. به عبارت دیگر، قانون‌گذار با این اصلاحات، کوشیده است تا موازنه‌ای میان آموزه‌های فقهی و ملاحظات عرفی و اجتماعی برقرار سازد، به‌ویژه در شرایطی که جرم‌انگاری گسترده روابط خصوصی، می‌تواند به افزایش «جرم پنهان»، ازدحام قضایی و کاهش مشروعیت نظام کیفری منجر شود.

۳-۳- روابط جنسی بزرگسالان و مفهوم اخلاق عمومی

دانست؛ حرکتی که فاصله معناداری با اطلاق رویه‌های گذشته در تعقیب تمامی مصادیق زنا دارد.

۳-۴- مجازات‌های حدی (مانند سنگسار) و اصل تناسب مجازات

فقه برخی از شدیدترین مجازات‌ها، مانند رجم (سنگسار) برای زنا یا قطع دست برای سرقت را تحت عنوان حدود مقرر کرده است. این مجازات‌ها مبتنی بر نصوص معتبر شرعی و در راستای تحقق عدالت الهی تلقی می‌شوند. از دیدگاه فقهی، چون این مجازات‌ها تعبدی‌اند، امکان تخفیف یا جایگزینی در آن‌ها محدود است (مطهری، ۱۳۸۷: ۶۲/۳).

هرچند در منابع فقهی مشهور، مجازات‌هایی مانند رجم برای زنا یا محصنه یا قطع ید برای سرقت مستوجب حد تلقی شده‌اند، اما در اعتبار و نحوه برداشت از نصوص مرتبط، میان فقها اختلاف نظرهایی وجود دارد. در مورد رجم، به‌درستی این پرسش مطرح است که آیا اساساً نص قرآنی روشنی در این باره وجود دارد یا آنچه به‌عنوان مستند فقهی ذکر می‌شود، صرفاً روایات خاصه و اجماعی غیر منقح است، حتی در مورد سرقت، برخی فقیهان و حقوق‌دانان معاصر تفسیر متفاوتی از «قطع» ارائه کرده‌اند و آن را به‌معنای مجازات شدید، ولی نه الزاماً «بریدن دست» دانسته‌اند. بنابراین پیش‌فرض‌های فقهی موجود در استدلال‌های رایج، قطعی و انحصاری نیستند و می‌توان با ارجاع به مبانی اجتهاد تطبیقی، نظریات فقه حکومتی و مقاصد شریعت، قرائت‌هایی نو و کمتر تعارض‌آمیز با حقوق عرفی ارائه کرد. چنین نگرشی، نه تنها زمینه گفتگوی فقه و عقلانیت حقوقی را تقویت می‌کند، بلکه از تقنین جزایی متصلب و تعبدی نیز می‌کاهد.

با این حال، اصل تناسب مجازات با جرم، به‌عنوان یک اصل بنیادین در حقوق کیفری معاصر، بر لزوم تطبیق شدت مجازات با درجه خطر و آسیب اجتماعی جرم تأکید دارد. از این منظر، مجازات‌های شدید و غیرقابل بازگشت مانند سنگسار، با کرامت انسانی و اصل تناسب سازگار نیستند (Ashworth, 2013: 32).

در اسناد بین‌المللی، مجازات‌هایی نظیر رجم یا قطع عضو به‌عنوان رفتارهای غیرانسانی و خلاف اصل منع شکنجه شناخته شده‌اند. بسیاری از کشورها این مجازات‌ها را منسوخ کرده یا هرگز به رسمیت نشناخته‌اند (Hashemi, 2020: 71).

نظام کیفری ایران با چالش‌هایی در اجرای این حدود مواجه است، هرچند در عمل اجرای این مجازات‌ها کاهش یافته، اما باقی‌ماندن آن‌ها در قوانین موجب فشارهای بین‌المللی، تضعیف اعتبار نظام کیفری و تعارض با اصول بنیادین حقوق بشر شده است.

محدود کردن امکان تعقیب کیفری در جرایم منافی عفت به صرفاً دو حالت خاص (یعنی وجود شاکی خصوصی یا ارتکاب علنی جرم) در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، نشان‌دهنده تغییر تدریجی در سیاست جنایی ایران به سمت عقل‌گرایی، رعایت اصل حریم خصوصی و همگرایی با حقوق عرفی است. این رویکرد جدید، برخلاف نگاه سنتی فقهی که حتی رفتارهای خصوصی را نیز واجد وصف کیفری می‌دانست، با ارجاع به عنصر «ضرر اجتماعی ملموس» و «نظم عمومی»، قلمرو مداخله کیفری را محدود کرده و اولویت را به آسیب مبنابودن جرم‌انگاری داده است. چنین تحولی را می‌توان گامی مؤثر در جهت کاهش تعارض میان فقه و عقلانیت عرفی و نزدیک شدن به اصولی چون تناسب، ضرورت و کرامت انسانی دانست؛ اصولی که در حقوق کیفری نوین به‌عنوان بنیان‌های مشروعیت تقنین شناخته می‌شوند.

۴- آثار و پیامدهای تقنینی و قضایی

۴-۱- تضاد رویه‌های قضایی با الزامات بین‌المللی

یکی از پیامدهای بارز تعارض فقه و حقوق عرفی در حوزه جرم‌انگاری، بروز تضاد در رویه‌های قضایی با تعهدات بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران است. بسیاری از احکام کیفری که براساس نصوص فقهی صادر می‌شوند، در تعارض مستقیم با اسناد بین‌المللی حقوق بشر قرار دارند. برای مثال، صدور حکم اعدام برای ارتداد یا اعمال مجازات‌هایی نظیر رجم، با مواد ۶ و ۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مغایرت دارد (Hashemi, 2020: 25).

ادله خاص شرعی و گاه سلیقه قضایی است (Duff, 2007: 32).

هرچند برخی تحلیل‌ها، مجازات‌های حدی را به سبب شدت و انعطاف‌ناپذیری، ناقض اصل پیش‌بینی‌پذیری تلقی کرده‌اند، اما باید توجه داشت که در فقه اسلامی، حدود، ازجمله مجازات‌هایی هستند که ماهیتاً اعلام‌شده، معین و غیرقابل تغییرند. بنابراین از منظر قانونی، اگر جرم مطابق ضوابط شرعی و ادله معتبر اثبات شود، پیش‌بینی مجازات برای مرتکب ممکن و روشن است، در نتیجه اشکال اصلی در این حوزه نه ناظر به پیش‌بینی‌پذیری مجازات، بلکه به مسائل دیگری مانند دشواری اثبات، تفاوت برداشت فقها، یا تعارض با معیارهای عدالت کیفری نوین نظیر تناسب، انسانی‌بودن مجازات و رعایت کرامت انسانی بازمی‌گردد. به بیان دیگر، نقد به حدود باید از منظر مبانی توجیه‌پذیری آن‌ها در عصر حاضر و آثار اجتماعی و بین‌المللی اجرای آن‌ها تحلیل شود، نه صرفاً با استناد به اصل پیش‌بینی‌پذیری که در خود نظام فقهی رعایت شده است.

در حقوق عرفی، اصل قانونی‌بودن جرم و مجازات نه تنها به صراحت قانون، بلکه به قابلیت درک عموم از قوانین نیز بستگی دارد، در صورتی که این اصل نقض شود، مشروعیت نظام کیفری در افکار عمومی تضعیف شده و اعتماد عمومی به عدالت کیفری کاهش می‌یابد (Habermas, 2006: 34).

باوجود ارزش علمی نظریات حقوق‌دانان خارجی در تبیین اصول جرم‌انگاری، باید توجه داشت که این دیدگاه‌ها برخاسته از بستر سکولار و عقلانیت پوزیتیویستی نظام‌های حقوقی غربی‌اند و نمی‌توان آن‌ها را بدون واسطه به نظام کیفری ایران تسری داد. تفاوت در مبانی مشروعیت، منابع تقنین و چهارچوب ارزشی، ایجاب می‌کند که چنین اصولی تنها از مسیر تحلیل تطبیقی، اجتهاد زمینه‌مند و بازخوانی درون‌فقهی وارد فرآیند قانون‌گذاری شوند. در غیر این صورت یا به تعارض‌های مفهومی با نصوص شرعی منجر می‌شوند یا به واکنش‌های اجتماعی و فقهی. بنابراین ارزش واقعی این نظریات در آن است که به مثابه ابزارهای تحلیلی و الهام‌بخش، بتوانند در تعامل با مفاهیمی چون مقاصد شریعت، مصلحت عمومی و اجتهاد عقل‌محور،

قضات در نظام حقوقی ایران مکلف به رعایت فقه‌اند، درحالی که الزامات بین‌المللی مستلزم تفسیر حقوق در چهارچوب اصل کرامت انسانی، تناسب و منع مجازات‌های غیرانسانی هستند. این دوگانگی، منجر به صدور آرای متعارض با تعهدات بین‌المللی و ایجاد بحران مشروعیت در سطح جهانی شده است (Habermas, 2006: 31).

افزون بر این، عدم انطباق رویه‌های کیفری با استانداردهای جهانی، دست ایران را در همکاری‌های بین‌المللی قضایی و حقوقی می‌بندد. بسیاری از معاهدات استرداد مجرمان یا معاضدت قضایی، وابسته به رعایت حداقل‌های حقوق بشر در فرآیندهای کیفری‌اند (Duff, 2007: 35).

درنهایت، استمرار این تعارض‌ها، موقعیت حقوقی ایران در مجامع بین‌المللی را تضعیف و امکان بهره‌گیری از ظرفیت نهادهای حقوق بشری را محدود کرده است؛ امری که می‌تواند به انزوای حقوقی در عرصه جهانی بینجامد (Hashemi, 2020: 34).

۴-۲- نقض اصل امنیت حقوقی و پیش‌بینی‌پذیری مجازات

امنیت حقوقی مستلزم شفافیت، قطعیت و پیش‌بینی‌پذیری در قوانین کیفری است، اما تقنین مبتنی بر منابع فقهی، باوجود تنوع و تکرار آرا و نبود صراحت قانونی در برخی جرایم (مانند ارتداد یا مصادیق حدی)، موجب نقض این اصل شده است (مطهری، ۱۳۸۷: ۶۱/۳).

در بسیاری از موارد، نبود تعریف قانونی روشن و ارجاع قانون‌گذار به منابع فقهی، موجب صدور آرای متفاوت در دادگاه‌ها می‌شود. به‌عنوان نمونه، قاضی‌ای ممکن است براساس فتوای خاصی شرب خمر در خلوت را جرم تلقی کند، درحالی که قاضی دیگر آن را فاقد عنصر قانونی بداند. این ناهمسانی موجب بی‌ثباتی و احساس ناامنی در میان شهروندان می‌شود (Ashworth, 2013: 37).

همچنین مجازات‌های تعبدی و حدی که امکان تخفیف یا جایگزینی ندارند، پیش‌بینی‌پذیری پاسخ کیفری را تضعیف می‌کنند. افراد نمی‌توانند به‌درستی پیش‌بینی کنند که رفتارشان با چه واکنشی مواجه خواهد شد، به‌ویژه وقتی اثبات جرم تابع

بستر تقنین عقلانی و بومی را فراهم سازند، نه آن‌که جایگزین مستقیم منابع فقهی گردند.

۳-۴- کاهش مشروعیت اجتماعی قوانین کیفری

قوانینی که مبنای تقنین آن‌ها فقه سنتی است، اگر فاقد توجیه عقلانی و اجتماعی در جامعه امروز باشند، در معرض کاهش مشروعیت اجتماعی قرار می‌گیرند. بخشی از جامعه، به‌ویژه نسل جوان و شهرنشین، پذیرای جرم‌انگاری رفتارهایی مانند روابط خصوصی یا مصرف الکل نیستند، زیرا آن‌ها را فاقد زیان اجتماعی مستقیم می‌دانند (Ashworth, 2013: 61).

این فاصله میان قانون و ارزش‌های اجتماعی موجب گسترش «نافرمانی مدنی خاموش» شده و بسیاری از این جرایم، عملاً به «جرایم پنهان» بدل می‌شوند، در نتیجه آمار رسمی کاهش یافته، ولی واقعیت جرم در جامعه باقی می‌ماند، بدون آن‌که نظام کیفری امکان کنترل مؤثر داشته باشد (Duff, 2007: 35).

افزون بر این، اجرای مجازات‌های شدید و تعبدی، مانند سنگسار یا شلاق، واکنش منفی افکار عمومی داخلی و بین‌المللی را در پی دارد. این اقدامات به‌جای تقویت اقتدار عدالت کیفری، موجب بی‌اعتمادی و بدبینی نسبت به نظام قضایی می‌شوند (Hashemi, 2020: 32).

درنهایت، کاهش مشروعیت اجتماعی قوانین کیفری منجر به ناکارآمدی آن‌ها در تحقق اهداف بازدارندگی، اصلاح و تربیت مجرم می‌شود. بنابراین تطبیق جرم‌انگاری با عقلانیت عرفی و بازنگری در مبانی تقنین می‌تواند زمینه‌ساز افزایش مقبولیت عمومی و کارایی نظام کیفری باشد (Habermas, 2006: 82).

مجموعه نظریاتی که در این بخش ارائه شده‌اند، بازتاب‌دهنده دو رویکرد کاملاً متمایز به‌مبنای مشروعیت و کارکرد حقوق کیفری‌اند: در نظریات غربی، اصولی چون «ضرر»، «تناسب» و «تفکیک دین از قانون» در راستای تضمین آزادی‌های فردی و عقلانیت حقوقی تکوین یافته‌اند، درحالی‌که در نظریات اسلامی همچون «مقاصد شریعت» و «فقه حکومتی»، هدف حفظ مصالح عامه، صیانت از دین و استقرار نظم شرعی است.

با این حال، این دو منظومه فکری در نقطه‌ای مشترک قرار می‌گیرند: لزوم پیوند تقنین با عقلانیت و مصلحت اجتماعی. تحلیل تطبیقی این نظریات نشان می‌دهد که اگرچه فقه سنتی ممکن است در ظاهر با برخی اصول مدرن در تعارض باشد، اما با تفسیر پویا از مفاهیمی چون «مصلحت»، «عقل عرفی» و «اجتهاد متکی بر مقاصد»، می‌توان زمینه‌ای برای تعامل میان نظام فقهی و اصول نوین حقوق کیفری فراهم کرد. بنابراین شناخت تفاوت‌ها به‌معنای طرد یکی و پذیرش دیگری نیست، بلکه بستری برای بازتعریف نسبت فقه و حقوق در فرآیند تقنین معاصر فراهم می‌آورد.

۵- ارزیابی فرضیه یا پرسش اصلی

پرسش اصلی مقاله این بود که «تعارض میان فقه و حقوق عرفی در فرآیند جرم‌انگاری چه تأثیری بر مشروعیت و انسجام نظام کیفری ایران دارد؟» یافته‌های مقاله این فرض را تأیید کردند که چنین تعارضی، تأثیری منفی و چندلایه بر کارآمدی و مقبولیت نظام کیفری دارد.

تحلیل مصادیق مشخص در حقوق ایران نشان داد که در غیاب توازن میان منابع فقهی و اقتضائات عرفی، تقنین کیفری با نوعی جزم‌گرایی و بی‌اعتنایی به تحولات اجتماعی روبه‌رو می‌شود. این وضعیت در برخی موارد به صدور آرای متضاد در مراجع قضایی و درنهایت، تضعیف اصل حاکمیت قانون منتهی می‌شود (شمس‌نژاد، ۱۳۹۸: ۹۵).

علاوه بر این، نظام کیفری که بر پایه قواعد صرفاً فقهی بنا شده و از لحاظ اجتماعی فاقد پشتوانه عرفی باشد، نه‌تنها کارآمد نخواهد بود، بلکه در معرض مشروعیت‌زدایی از سوی شهروندان قرار می‌گیرد. این امر با معیارهای حکمرانی مطلوب در تعارض است (Duff, 2007: 41).

درنتیجه می‌توان اذعان کرد که فقدان گفتگوی نظام‌مند میان عقلانیت فقهی و عقلانیت حقوقی، موجب تضییع فرصت‌هایی در جهت تقنین کارآمد و عادلانه شده و ضرورت بازتعریف نسبت فقه با عرف و عقل اجتماعی را دوچندان ساخته است.

۶- پیشنهادها برای اصلاح رویه‌های قانون‌گذاری و تقنینی

پذیرش فتاوی متأخر و اجتهادات تطبیقی، زمینه بازشدن دست قانون‌گذار برای پذیرش راه‌حل‌های عرفی فراهم شود (صدر، ۱۴۰۰: ۴۷).

علی‌رغم تصریح اصل چهارم قانون اساسی مبنی بر لزوم انطباق کلیه قوانین با موازین اسلامی، تجربه تقنینی جمهوری اسلامی نشان داده است که اجرای کامل و صددرصدی این اصل در عمل ممکن نبوده و نیست. بسیاری از قوانین جاری یا صرفاً بر مبنای عرف و مصالح عمومی تصویب شده‌اند، یا به‌گونه‌ای تدوین یافته‌اند که با ظاهر برخی احکام شرعی در تعارض‌اند. افزون بر این، در مواردی قانون‌گذار برای پاسخگویی به ضرورت‌های اجتماعی یا فشارهای ساختاری، به تصویب قوانینی مبادرت کرده که با فتاوی رایج فقهی هم‌راستا نبوده‌اند، اما در چهارچوب احکام ثانویه، اضطراب یا مصلحت عمومی توجیه شده‌اند. این وضعیت نشان می‌دهد که اصل چهارم نه تنها قابلیت تحقق تام ندارد، بلکه در مقام اجرا نیازمند تفسیری منعطف، مقاصدی و زمان‌مند است؛ تفسیری که بتواند میان اصول اسلامی و نیازهای پیچیده حکمرانی مدرن توازن برقرار کند.

۵-۶- ایجاد نهاد مشورتی ترکیبی از فقها و متخصصان حقوق کیفری

راه‌اندازی یک کمیته مشورتی دائمی برای بررسی پیش‌نویس‌های قوانین کیفری با مشارکت فقهای نوگرا، جرم‌شناسان و متخصصان حقوق بشر می‌تواند به قانون‌گذاری عالمانه‌تر و واقع‌بینانه‌تری منجر شود.

۷- راهکارهای فقهی و حقوقی برای کاهش تعارض

۱-۷- بازاندیشی در فقه جزایی و مقاصد شریعت

یکی از راهکارهای اساسی برای کاهش تعارض میان فقه و حقوق عرفی، بازاندیشی در مبانی فقه جزایی با تمرکز بر مقاصد شریعت است. مقاصد شریعت به‌عنوان غایات و اهداف نهایی احکام شرعی، نظیر حفظ جان، عقل، دین، مال و نسل، می‌تواند چهارچوبی برای اجتهاد پویا و منطبق با تحولات اجتماعی فراهم سازند (شاطبی، بی‌تا: ۱۰۷).

۶-۱- اعمال اصل تناسب و ضرورت در جرم‌انگاری

قانون‌گذار باید در فرآیند جرم‌انگاری، اصل تناسب میان رفتار و مجازات و همچنین ضرورت مداخله کیفری را به‌عنوان اصول بنیادین بپذیرد. هرگونه جرم‌انگاری باید متکی به ضرورت اجتماعی، آسیب‌زایی رفتار و عدم امکان کنترل از طرق غیرکیفری باشد (Ashworth, 2013: 51).

۶-۲- جرم‌زدایی از رفتارهای فاقد زیان عمومی

یکی از مهم‌ترین جلوه‌های تغییر رویکرد قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ را می‌توان در جرم‌زدایی عملی (عملاً De Facto) از برخی جرایم منافی عفت مشاهده کرد. طبق ماده ۲۲۵ و نیز مواد مرتبط با آیین دادرسی، تعقیب کیفری زنا و دیگر رفتارهای منافی عفت تنها در صورتی مجاز است که: ۱- شاکی خصوصی وجود داشته باشد؛ ۲- فعل مجرمانه به‌صورت علنی و در منظر عموم واقع شده باشد. این شرایط سخت‌گیرانه، عملاً موجب شده که رفتارهای جنسی خصوصی میان بزرگسالان رضایت‌مند از دایره شمول نظام کیفری خارج شوند، مگر در مواردی نادر. این تحول، هرچند بدون اعلام رسمی جرم‌زدایی صورت گرفته، از حیث کارکردی منطبق با اصولی چون «ضرر اجتماعی»، «تناسب» و «حداقلی‌بودن مداخله کیفری» در حقوق عرفی است و نشان می‌دهد که قانون‌گذار با بهره‌گیری از ظرفیت‌های درون‌فقهی و آیین دادرسی، به‌سمت همگرایی بیشتر با عقلانیت حقوقی حرکت کرده است.

۶-۳- توسعه فقه اجتهادی عقل‌محور

تشویق فقها و مراجع دینی به تفسیرهای نوگرا، با تمرکز بر مقاصد شریعت و توجه به شرایط زمانی و مکانی، می‌تواند زمینه‌ساز انطباق بیشتر فقه با نیازهای جامعه امروز باشد (سروش محلاتی، ۱۳۹۶: ۵۱؛ کدیور، ۱۳۹۴: ۴۸). ایجاد کرسی‌های فقه حکومتی در مراکز پژوهشی و تقنینی می‌تواند این روند را تسریع کند.

۶-۴- بازنگری در نقش شورای نگهبان و شیوه تفسیر اصل

چهارم قانون اساسی

تفسیر موسع و غیرقابل انعطاف از اصل چهارم، بسیاری از ابتکارات تقنینی را متوقف کرده است. پیشنهاد می‌شود با

حقوق بشر و عدالت کیفری شود، بدون آن که اصل شریعت زیر سؤال رود (کدیور، ۱۳۹۴: ۴۱).

۷-۲- تقویت اصول حقوق بشر اسلامی

حقوق بشر اسلامی به‌عنوان تلاشی برای تلفیق ارزش‌های اسلامی با اصول جهانی حقوق بشر، می‌تواند زمینه‌ساز کاهش تعارضات میان فقه و حقوق عرفی باشد. این دیدگاه، برخلاف تصور برخی از تقابل ذاتی میان شریعت و حقوق بشر، به‌دنبال هم‌افزایی و انطباق است (Baderin, 2003: 12).

با تکیه بر اصولی مانند کرامت انسانی، عدالت، برابری و آزادی اراده، بسیاری از مفاهیم بنیادین حقوق بشر قابلیت استخراج از منابع اسلامی را دارند. به‌عنوان نمونه، اصل «لا اکراه فی الدین» می‌تواند مبنایی برای آزادی عقیده و منع جرم‌انگاری ارتداد باشد.

در اسناد حقوق بشر اسلامی مانند اعلامیه قاهره (۱۹۹۰)، سعی شده است تا اصول حقوق بشر در چهارچوب شریعت اسلامی بازتعریف شود، اگرچه این اعلامیه با نقدهایی مواجه است، اما نشان‌دهنده ظرفیت گفت‌وگویی فقه اسلامی در مواجهه با موازین بین‌المللی است.

گسترش اجتهاد مبتنی بر کرامت انسان و تأکید بر عقلانیت اخلاقی، می‌تواند به اصلاح جرم‌انگاری‌های غیرضرور و حفظ هماهنگی میان ارزش‌های اسلامی و معیارهای جهانی منجر شود (Soroush, 2000: 25).

۷-۳- نقش قانون‌گذار و شورای نگهبان در حل تعارض

نقش قانون‌گذار در کاهش تعارضات فقه و حقوق عرفی بسیار اساسی است. مجلس شورای اسلامی به‌عنوان نهاد تقنینی کشور باید در فرآیند جرم‌انگاری، معیارهای سه‌گانه ضرورت اجتماعی، تناسب مجازات و عقلانیت قانونی را مد نظر قرار دهد. این امر مستلزم بهره‌گیری از مشاوره‌های فقهی نوگرا و توجه به نظرات کارشناسان علوم کیفری است (هاشمی، ۱۳۹۹: ۳۷/۲).

قانون‌گذار می‌تواند با استفاده از ظرفیت‌های قانون اساسی، از جمله اصول ۹، ۲۰، ۲۲، ۳۲ و ۳۶ که بر آزادی‌های فردی و

برخی فقها مانند محمد عبده، رشید رضا و در دوره معاصر محمد سروش محلاتی، تأکید کرده‌اند که در صورت تراحم میان نص و مصلحت قطعی، می‌توان از ظاهر برخی نصوص عبور کرد و با تکیه بر مقاصد شریعت، به‌سمت اجتهادی عقل‌گرا و متناسب با نیازهای زمان حرکت کرد (سروش محلاتی، ۱۳۹۶: ۴۱).

باید توجه داشت که مقاصد شریعت، به‌عنوان اصول پنج‌گانه‌ای چون حفظ دین، جان، عقل، مال و نسل، خود نه تنها موضوع نقد این مقاله نیستند، بلکه می‌توان آن‌ها را نقطه مشترک میان فقه اسلامی و حقوق عرفی دانست. آنچه در این نوشتار مورد بررسی قرار گرفته، نوع تلقی فقهی از احکام منسوب به تحقق این مقاصد است، به عبارت دیگر، ممکن است حکم فقهی خاصی به تصور حفظ یکی از این مصالح وضع شده باشد، اما در عمل فاقد تناسب، ضرورت یا کارکرد اجتماعی در عصر حاضر باشد. بنابراین، چالش نه در خود مقاصد، بلکه در فرایند استنباط و تطبیق احکام بر آن‌هاست؛ فرایندی که می‌تواند و باید براساس شواهد عقلی، تحولات اجتماعی و بازخوانی اجتهادی اصلاح‌پذیر باشد.

در این زمینه یادآوری این نکته ضروری است که در فقه امامیه، حکم فقیه و فتوا، لزوماً به‌معنای اصابت قطعی به‌واقع و انطباق با اراده شارع نیست، بلکه نوعی استنباط ظنی فقیه براساس قرائن، اصول و روش‌های اجتهادی است. از همین رو، اگر در پرتو دلایل جدید یا تغییر شرایط زمانی - مکانی روشن شود که یک حکم به مقصد واقعی شارع نرسیده، قابلیت اصلاح یا تغییر خواهد داشت. این اصل، پشتوانه نظری مهمی برای پویایی فقه، تحول در فتوا و کاهش تعارض با ملاحظات عرفی و عقلی در فرآیند تقنین محسوب می‌شود.

این رویکرد به‌ویژه در حوزه جرم‌انگاری می‌تواند باعث شود تا رفتارهایی که فاقد ضرر اجتماعی‌اند، از قلمرو جرایم خارج شده و مجازات‌های شدید و سنتی نیز به مجازات‌های متناسب و انسانی‌تر تبدیل شوند.

همچنین بازخوانی نصوص کیفری با رویکرد زمینه‌مند تاریخی و فهم مقاصدی، می‌تواند زمینه‌ساز تطبیق احکام با اصول

دادرسی منصفانه تأکید دارند، درجهت جرم‌زدایی از رفتارهایی که فاقد آثار اجتماعی زیان‌بار هستند، گام بردارد.

شورای نگهبان نیز با تفسیرهای موسع از اصل چهارم قانون اساسی، در بسیاری موارد مانع پذیرش قوانین عرفی شده است. با این حال، در صورت بازنگری در تفسیر اصل چهارم و ارجاع بیشتر به مقاصد شریعت و فتاوی متأخر و نوگرا، می‌توان زمینه انطباق بیشتر میان فقه و حقوق عرفی را فراهم آورد (صدر، ۱۴۰۰: ۳۷).

نهایتاً، هماهنگی میان نهادهای تقنینی و نظارتی با محوریت عقلانیت اجتهادی، می‌تواند ساختار تقنین کیفری را به‌سوی نظامی کارآمدتر و مبتنی بر عدالت و مصلحت اجتماعی سوق دهد.

نتیجه‌گیری

یافته‌های این پژوهش نشان داد که نظام حقوق کیفری ایران به‌دلیل ماهیت دوگانه آن، متأثر از آموزه‌های فقهی و اقتضائات عرفی است و همین امر موجب بروز تعارض‌هایی در فرآیند جرم‌انگاری شده است. این تعارض‌ها نه تنها به‌لحاظ نظری، بلکه در مرحله اجرا، موجب تشتت رویه‌های قضایی، نارضایتی عمومی و کاهش مشروعیت اجتماعی قوانین کیفری می‌گردد (هاشمی، ۱۳۹۹: ۴۱/۲).

مصادیق بررسی‌شده همچون جرم‌انگاری ارتداد، شرب خمر و روابط رضایتمندانه بزرگسالان، نشان داد که برخی احکام فقهی سنتی، با تحولات اجتماعی، اصل حریم خصوصی و اصول بین‌المللی حقوق بشر در تعارض‌اند (CCPR, 1966; Herring, 2020: 62).

در مواردی که میان ظاهر نصوص فقهی و مصالح قطعی اجتماعی تزاخم ایجاد شود، وظیفه اجتهاد در فقه امامیه آن است که با بهره‌گیری از اصول عقلایی، مقاصد شریعت و رویکردهای زمینه‌مند، به درکی عمیق‌تر از مراد شارع نائل آید. در این فرآیند، استناد صرف به «ظاهر نص» کافی نیست، بلکه لازم است با در نظر گرفتن سیر تاریخی، بستر نزول یا صدور و قرائن عقلی و اجتماعی، تأویل معقول و منطبق با اهداف شریعت ارائه شود. در غیر این صورت، تعبد صرف به ظاهر نص

می‌تواند مانع پویایی فقه و تعارض‌زا با عقلانیت حقوقی گردد، امری که خود شریعت، با مبنای مصالح، از آن برحذر می‌دارد.

مطالعه همچنین نشان داد که ابزارهایی همچون «مقاصد شریعت»، «عقلانیت اجتهادی» و «عرف عقلایی» می‌توانند بستری برای تقلیل این تعارض‌ها فراهم کنند، مشروط به این که در فرآیند تقنین و تفسیر، جایگاه واقعی و فعالی بیابند (سروش محلاتی، ۱۳۹۶: ۷۵؛ کدیور، ۱۳۹۴: ۱۲).

درنهایت، بدون اصلاح روش‌های استنباط فقهی و تحول در رویکرد قانون‌گذاری، نه تنها تعارضات فقه و حقوق عرفی باقی خواهد ماند، بلکه پیامدهایی چون ناهماهنگی تقنینی، تشتت قضایی و نقض اصول بنیادین حقوقی نیز تشدید خواهد شد (صدر، ۱۴۰۰: ۳۲).

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

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

سهم نویسندگان: برابر.

تشکر و قدردانی: ابراز نشده است.

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

منابع و مأخذ

الف. منابع فارسی

- سروش محلاتی، محمد (۱۳۹۶). *فقه و مصلحت: جستاری در نسبت حکم شرعی و مصالح زمانه*. قم: انتشارات دارالفکر.
- شاطبی، ابواسحاق (بی‌تا). *الموافقات فی اصول الشریعه*. تحقیق: عبدالله دراز، بیروت: دارالمعرفه.
- شمس‌نژاد، محمدرضا (۱۳۹۸). «چالش‌های جرم‌انگاری در نظام کیفری ایران: تعارض فقه و مصلحت عمومی». *مجله حقوق کیفری نوین*، ۳(۶)، ۷۵-۱۰۱.

- Soroush, A (2000). *Reason, Freedom and Democracy in Islam: Essential Writings of Abdolkarim Soroush*. Translated & edited by Mahmoud Sadri & Ahmad Sadri, Oxford: Oxford University Press.

- صدر، حسین (۱۴۰۰)، «تحلیل تطبیقی اصل چهارم قانون اساسی و رویه شورای نگهبان». فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، ۲۴(۲)، ۱۲۰-۱۴۵.

- کدیور، محسن (۱۳۹۴). حق و تکلیف در فقه سیاسی اسلام. تهران: نشر کویر.

- مطهری، مرتضی (۱۳۸۷). مجموعه آثار (عدل الهی). جلد سوم، تهران: انتشارات صدرا.

- نجفی، حسین (۱۴۰۱). «نسبت فقه سنتی با تحولات اجتماعی؛ چالشی در سیاست جنایی». مجله پژوهش‌های فقه جزایی، ۸(۱): ۲۱-۴۴.

- هاشمی، سیدمحمد (۱۳۹۹). حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. جلد دوم، تهران: انتشارات میزان.

ب. منابع انگلیسی

- Ashworth, A (2013). *Principles of Criminal Law*. 7th ed, Oxford: Oxford University Press.

- Baderin, MA (2003). *International Human Rights and Islamic Law*. Oxford: Oxford University Press.

- Duff, RA (2007). *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*. Oxford: Hart Publishing.

- Habermas, J (2006). "Political Communication in Media Society: Does Democracy Still Enjoy an Epistemic Dimension? The Impact of Normative Theory on Empirical Research". *Communication Theory*, 16(4): 411-426.

- Hashemi, M (2020). *Islamic Criminal Law and International Human Rights*. Tehran: Nashr-e Dadgostar.

- Herring, J (2020). *Criminal Law: Text, Cases and Materials*. 9th ed, Oxford: Oxford University Press.

- ICCPR (1966). *International Covenant on Civil and Political Rights*. Adopted by the United Nations General Assembly, Resolution 2200A (XXI).

- International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), Article 18.