



اصول و معیارها و بایدهای حاکم بر جرم‌انگاری در نظام حقوقی ایران

رامین نعیمی^۱

محمود الممیر^۲

مسعود حیدری^۳

تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۱/۰۱/۲۵ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۱/۰۴/۱۸

چکیده

آنچه در این مقاله مورد بررسی قرار گرفته اصول و معیارهای حاکم بر جرم‌انگاری در پرتو نظام عدالت کیفری ایران می‌باشد. اصول حقوقی در راس سلسله مراتب منابع یا به تعبیری مبانی حقوق قرار داشته و برای وضع قانون باید عبور از فیلتر اصول را ضروری تلقی نمود. برای تصویب قانون کیفری از منظر شکلی مجلس یا نهاد قانونگذار باید اقدام به وضع قاعده نماید و در غیراین صورت شاهد خروج از اصل صلاحیت خواهیم بود. اما از منظر کیفیت یا به تعبیری از نظر ماهوی قانون برای متصف شدن به صفت مزبور باید واجد ویژگی‌هایی باشد. در این مقاله نگارندگان پس از تبیین کیفیت وضع قانون کیفری یا جرم‌انگاری به تبیین اصول ضروری از منظر اندیشمندان اشاره داشته‌اند. پس از عبور از فیلترهای مزبور قانون کیفری می‌تواند واجد حداقل استانداردها باشد. اما از منظر اصول حقوقی نظیر اصل حداقل بودن، اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و حتی اصل برائت، قانون باید واجد حداقل‌هایی باشد. در این مقاله نگارندگان به شیوه توصیفی تحلیلی به تبیین این موارد اشاره داشته‌اند. به عنوان نتیجه می‌توان گفت در غیر از موارد گفته شده در صورتی که قانونی وضع شود تنها به لحاظ شکلی واجد وصف قانون بوده و از منظر ماهوی نمی‌توان نام قانون بر آن نهاد. بنابراین باید برای موجه دانستن جرم‌انگاری قانون از صافی یا فیلترهای مبانی و اصول و نتایج گذر نماید.

واژگان کلیدی: جرم‌انگاری، اصول، بایدها، ایران.

^۱ دانشجوی دکتری دانشگاه آزاد اسلامی، واحد اصفهان (خوراسگان)، اصفهان، ایران. ramin.m1369@gmail.com

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

Dr.malmir1@gmail.com

^۳ دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده علوم انسانی و حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد اصفهان (خوراسگان)، اصفهان، ایران.

masoud_heidari2@yahoo.com

مقدمه

فلاسفه حقوق کیفری آنچه به‌عنوان اصول حاکم بر جرم‌انگاری شناخته‌شده را مدنظر قرار داده‌اند. اولین معیار را جان‌اتان شنشک مطرح کرد. وی با در نظر گرفتن «صافی اصول»^۱ و «صافی پیش‌فرض‌ها»^۲ و «صافی کارکردها»^۳ در پی تحلیل و بازتعریف اصول حاکم بر جرم‌انگاری است. شنشک در کتاب *درباره جرم‌انگاری*^۴ روند جرم‌انگاری را در سه مرحله قابل دفاع می‌داند که در مجموع «فیلترینگ» نامیده می‌شود. بر اساس این، اعمالی قابلیت توجیه برای جرم‌انگاری را دارند که منظم و پیاپی و با موفقیت از این سه مرحله عبور کرده باشند. (اسکونشیک، ۱۹۹۴: ۲۵) وی در این باره می‌نویسد: «زمانی که درصدد جرم‌انگاری رفتاری هستیم، باید آن رفتار به طور متوالی و به‌گونه‌ای موفقیت‌آمیز از سه صافی مجزا عبور نماید. در صورت شکست در گذر از این صافی‌ها نمی‌توان آن را جرم شناخت و در صورت گذر از هر سه فیلتر جرم‌دانستن رفتار موجه است. نظریه من این است که پالایش موفقیت‌آمیز برای جرم‌انگاری موجه هم لازم و هم کافی است.» (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۸: ۴۰۸) معیار دوم، معیار توازن دلایل است. در این فرض میزان سنجش در جرم‌انگاری با فرض وجود ترازویی که در یک طرف جرم‌انگاری و در طرف دیگر جرم‌زدایی قرار دارد، توصیف‌کردنی است. به گفته وی در صورتی که سنگینی کفه جرم‌انگاری با توجه به اصول تعریف‌شده بیشتر باشد، جرم‌دانستن آن رفتار توجیه‌پذیر خواهد بود و در غیر این صورت جرم‌انگاری موجه نیست. معیار سوم متوجه آن است که جرم‌انگاری یک رفتار، چه واکنشی را از طرف شهروندان در پی خواهد داشت. این معیار به «مقبولیت» (فرض هم‌نوایی یا پذیرش) معروف است. معیار چهارم منع ضرر یا ایراد خسارت است که یکی از مهم‌ترین دیدگاه‌های فلسفه حقوق کیفری براساس دیدگاه‌های جان استوارت میل است. در این مقاله نگارندگان پس از تبیین این موارد به ضرورت‌ها و بایدهای وضع قانون کیفری یا جرم‌انگاری اشاره خواهند داشت. در ابتدا به تشریح اصول حاکم بر جرم‌انگاری اشاره می‌نماییم.

۱. پایش اصول جرم‌انگاری

^۱ The principle filter

^۲ The presumptions filter

^۳ The pragmatics filter

^۴ On criminalization

براساس صافی اصول باید ثابت شود که آیا وفق اصول و مبانی نظری راجع به جرم‌انگاری دولت مجاز به دخالت در حقوق و آزادی‌های شهروندان و ایجاد محدودیت از طریق قوانین کیفری هست یا خیر؟ در این مرحله است که دیدگاه‌های فلسفی راجع به پدرسالاری، لیبرالیسم، اخلاق و... ظاهر می‌شوند. صافی اصول، مشخص‌کننده اعمالی است که در صلاحیت اخلاقی دولت قرار دارد؛ بنابراین می‌توان گفت در این گام، از منابع اخلاقی جامعه بحث می‌شود و اینکه اصول مربوط به منابع اخلاقی جامعه کدام است؛ در واقع در این مرحله صلاحیت اخلاقی دولت برای مداخله روشن می‌شود. با توجه به اصول و مبانی اخلاقی جامعه سؤالاتی که برای یافتن جرم‌انگاری مطرح می‌شود عبارت‌اند از: آیا رفتار خاص لطمه‌ای به دیگران وارد می‌کند یا خیر؟ همچنین، آیا رفتار خاص دیگران را آزار می‌دهد یا خیر؟

بنابراین گام اول در جرم‌انگاری یک رفتار آن است که رفتار مدنظر نباید با اصول و مبانی اخلاقی آن جامعه تعارض داشته باشد. (بابایی، ۱۳۹۰: ۳۱۵)

۱-۱. پایش پیش‌فرض‌ها

به محض اینکه عملی از صافی اصول عبور کرد، بدون تحقیق و تفحص در این زمینه که آیا راه‌های بهتری برای جلوگیری از وقوع عمل فارغ از نظام عدالت کیفری وجود دارد یا نه نمی‌توان اقدام به جرم‌انگاری رفتاری خاص نمود؛ بنابراین در دومین مرحله، یعنی صافی پیش‌فرض‌ها، تأکید بر میزان کاهش استفاده از مقررات کیفری و مداخله حداقلی آن در روابط فردی یا اجتماعی شهروندان مفروض است. در این مرحله به‌کاربردن دستگاه عدالت کیفری و استفاده از روش‌هایی که کمترین جنبه آمریت و مزاحمت را برای فرد دارد نسبت به روش‌هایی که بیشترین مزاحمت را برای او ایجاد می‌کنند، اولویت دارند. به بیان دیگر دولت باید با قطع و یقین ثابت کند که راهی جز توسل به مجازات برایش باقی نیست. در این مرحله به کارآمدی ضمانت اجرای مدنی و اداری و انضباطی به‌عنوان جایگزین واکنش کیفری توجه می‌شود و کارآمدی واکنش قانونگذار در پرتو ضمانت اجرا، مورد مطالعه قرار می‌گیرد. در صورتی که بتوان از طریق اقدامات غیرسرکوبگر، مانع آن رفتار شد یا دامنه آن را محدود کرد نیازی به جرم‌انگاری آن رفتار یا عمل نیست.

با وجود آنکه ادعا شده است جرم‌انگاری یک رفتار تنها زمانی موجه است که راه دیگری وجود نداشته باشد و در جریان تجربه اجتماعی، دیگر راه‌حل‌ها با روش تجربی آزمایش شوند، اندیشمندی به نام گاردوکی^۱ معتقد است که به دنبال آزمون‌های تجربی بودن واقع‌بینانه نیست. بسیار اتفاق می‌افتد که نوعی از رفتار به این دلیل جرم‌انگاری می‌شود که دیگر اقدامات به اندازه کافی کارآمد نیستند، اما قانونگذاران کمتر مایل‌اند که واکنش‌های غیرکیفری دیگر را بیازمایند. (جیربورگ، ۱۳۹۰: ۴۰۳)

۲-۱. پایش کارکردها

بررسی آثار و عواقب گوناگون جرم‌انگاری از ابعاد مختلف (صافی کارکردها) یا سود و زیان اجتماعی اجرا یا اجرائکردن قانون کیفری را باید ارزیابی کرد. (حبیب زاده، ۱۳۸۴: ۴؛ نوبهار، ۱۳۸۷: ۱۳۳) بنابراین نتایج و عملکرد تصویب و اجرای قوانین جزایی بازدارنده با تحلیل هزینه‌فایده باید با آزمایش‌های گوناگون ارزیابی شوند. (اسکونشیک، ۱۹۹۴: ۲۵) جرم‌انگاری یک رفتار باید همواره با توجه به نتایج عملی مثبت، صورت گیرد. اثبات اینکه نتایج عملی جرم‌شناختن یک رفتار مفید و مؤثر است مستلزم اثبات این نکته است که جامعه با استفاده از دستگاه عدالت کیفری خواهد توانست دامنه آن رفتار را کاهش دهد. هزینه‌های اجرایی این مداخله در مقایسه با منفی که عاید جامعه خواهد شد، ناچیز است. چنانچه زمینه‌های اجرایی و نتایج عملی جرم‌انگاری یک رفتار سنجدیده شود، به نحوی که مشخص گردد جرم‌انگاری آن از لحاظ عملی و اجرایی مفید است فیلتر سوم نیز با موفقیت پشت سر گذاشته می‌شود. بدین ترتیب جرم‌انگاری رفتاری که با توسل به سه مرحله فوق طی شده باشد موفق خواهد بود. (بابایی، ۱۳۹۰: ۳۱۶)

۲. معیارها

چنان که گفتیم در معیار توازن دلایل، قانونگذاری، به شکل فرضی در آزمایشگاه و با ترازویی انجام می‌شود که در هر کفه آن یک اصل قرار دارد که مبنای سنجش جرم‌انگاری قرار می‌گیرد. اگر درخصوص رفتار خاصی با توجه به اصل مبنای سنجش کفه ترازو به سمت جرم‌انگاری

^۱ gardocki

سنگینی کند جرم‌دانستن آن رفتار موجه خواهد بود و در صورت سنگینی به سوی جرم‌ندانستن جرم‌انگاری آن موجه نخواهد بود. در این معیار قابلیت اجرای قانون و هزینه‌های مربوط به آن که بر جامعه تحمیل می‌شود، مبنایی توجیهی برای توسل یا عدم توسل به جرم‌انگاری محسوب می‌شود. برخی از اندیشمندان از جمله جل‌فینبرگ انتقاداتی را بر این معیار وارد کرده‌اند. به گفته وی در مواردی برای توجیه جرم‌انگاری یک رفتار، باید چندین اصل در یک کفه قرار گیرد و یک اصل برای توجیه جرم‌انگاری آن رفتار کافی نیست. همچنین ارزیابی در این معیار براساس معیارهای ذهنی و سلیقه‌ای و ساده‌انگارانه است و از معیارهای عینی، غفلت شده است «به نظر می‌رسد که اگرچه با ترازوی آزمایشگاه می‌توان مواد را وزن کرد و نسبت آن‌ها را با یکدیگر سنجید، اما ادعاها چون وزن عینی ندارند، نمی‌توان وزن کرد؛ لذا چنین موازنه‌ای، ذهنی و بسیار مناقشه‌برانگیز است و در نتیجه ایجاد توافق به سود یا ضرر جرم‌انگاری ممکن نیست؛ علاوه بر این در شرایط نزدیک به هم یا هم وزنی دلایل موافق و مخالف، ترجیح یک کفه وزنه بر کفه دیگر امکان‌پذیر و توجیه‌پذیر نمی‌باشد.» (شمس ناتری، ۱۳۹۰: ۲۷۶)

۱-۲. معیار مقبولیت و فرض هم‌نوایی

براساس این معیار باید دید که پیش از جرم‌انگاری یک رفتار مردم چه واکنشی نسبت به آن نشان خواهند داد؟ آیا جرم‌انگاری یک رفتار مستلزم دخالت در زندگی شخصی شهروندان است؟ جرم‌انگاری رفتارهای مشابه چه پیامدهایی را به دنبال داشته است؟ «پاسخ به هر یک از این سؤال‌های فوق، درجه مقبولیت جرم‌انگاری رفتار را در اذهان شهروندان تعیین می‌کند. بی‌توجهی به زمینه‌های عملی و اجرایی قانون، مداخله بی‌حدوحصر در خلوت شهروندان، کم‌اهمیت‌بودن ارزش مورد حمایت در مقایسه با آزادی شهروندان و بی‌توجهی به تجربه جرم‌انگاری رفتارهای مشابه، همگی تابعی از عدم مقبولیت جرم‌انگاری و نهایتاً تمرد و عدم هم‌نوایی مردم با قانون مورد نظر است. ممکن است قانون علی‌رغم مقبولیت اجتماعی، مدتی از طریق توسل به قدرت حاکمیت اجرا گردد، ولی مسلماً از دیدگاه این معیار قانون پایداری نخواهد بود.» در همین فصل در گفتار ششم با موضوع تطابق جرم‌انگاری با انتظارات عمومی جامعه به شرح این مقوله خواهیم پرداخت.

۲-۲. معیار منع ایراد خسارت

مهم‌ترین طرف‌دار کلاسیک این ایده جان استوارت میل^۱ فیلسوف انگلیسی قرن نوزدهم است.

وی استدلال می‌کند که جوامع فقط برای «جلوگیری از ضرر به دیگران»^۲ می‌توانند به‌گونه‌ای در آزادی‌های افراد مداخله کنند. وی باور دارد که بیشترین حد از آزادی و خودمختاری مطابق با حقوق دیگران باید به افراد داده شود. دیدگاه‌های مبتنی بر حقوق فردی و خودمختاری همراه با وجه بارز و مشخص تأکید بر حق فرد بیشتر در ملاحظات فایده‌گرایانه و به‌خصوص در اثر معروف میل یعنی *فایده‌گرایی*^۳ مورد تأمل قرار گرفته‌اند. در فلسفه میل در تنظیم آزادی‌ها همه جا سخن بر سر تأمین سود بیشتر و تحمل ضرر کمتر است. اخلاق نیز بر پایه همین معیار است و دلیل عمده انتقاد از آداب و رسوم و فشارهای اجتماعی نیز بی‌اعتبار ساختن سایر ارزش‌ها در برابر محاسبه سود و زیان است. امتیاز میل بر دیگر فایده‌گرایان در آن است که به کیفیت لذت و رنج در محاسبه خود اهمیت می‌دهد و لذت‌های معنوی را برتر از خوشی‌های مادی و حیوانی می‌داند؛ یعنی در هدف اخلاق، کیفیت لذت را نیز مداخله می‌دهد. (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۴۱۲) در واقع دیدگاه فایده‌گرا به جرم‌انگاری می‌کوشد از وقوع ضررهای مشخص فردی و اجتماعی ممانعت کند. برای رسیدن به این هدف فاکتورهایی را بر شمرده‌اند:

رفتارهایی که حقوق جزا لازم است آن‌ها را تعریف کند، باید به طور برجسته و آشکار از دیگر موارد نزدیک و مشابه باز شناخته شوند؛

رفتارهایی که طرفین بسیار دارد؛ یعنی عده زیادی مرتکب آن می‌باشند یا به یاری رویه‌های شکلی جزایی و شهادت یا مشارکت به هر نوع جرم به پلیس گزارش می‌شود و حمایت‌های لازم با کوشش در تعقیب کیفری انجام می‌گیرد؛ همچنین رفتارهایی که پلیس را قادر به دستگیری متهم می‌کند، دادیار با اتهامات شکلی موافقت می‌کند و قضات و هیئت داوران را قادر به دستگیری مجرم می‌کند، سوءاستفاده آشکار از جرم‌انگاری و اعمال محدودیت محسوب می‌گردد؛ میزان رفتارهای محکوم‌شده و محکومیت‌ها باید در آینده در قوانین جزایی کاهش یابد؛ زیرا هر یک از این بازدارنده‌های عمومی یک مجرم بالقوه خواهد داشت؛ بنابراین آموزش آثار و نتایج

^۱ John Stuart Mill

^۲ Prevent harm to others

^۳ Utilitarianism

مجازات، بازدارنده‌های خاص و بازپروری مجرمان مجازات‌شده و ناتوان کردن آن‌ها از راهکارهای پیشنهادشده است؛

رفتارهایی که موجب کاهش حوادث و در نتیجه تقلیل ضرر بیشتر و پیشگیری از وقوع جرم می‌شود، باید در قوانین جزایی مندرج شوند. برای مثال رفتارهایی که بر کاهش مصرف الکل تمرکز دارند، میزان تصادف و خشونت را در جامعه کاهش می‌دهند.

«اگر بخواهیم حوزه رفتار فردی را براساس نظر جان استوارت میل، ترسیم کنیم باید دایره‌ای را در نظر بگیریم که قسمتی از آن، حوزه دخالت جامعه و قسمت دیگر حوزه آزادی فردی است. بعضی از رفتارهایی که در حوزه دخالت جامعه قرار می‌گیرد، با اجبار مادی مجازات‌های قانونی مواجه می‌شود، اما اعمال دیگری که در این حوزه قرار می‌گیرد، صرفاً مشمول اجبار اخلاقی افکار عموم خواهد بود؛ بنابراین واکنش جامعه در قبال رفتارهایی که در حوزه صلاحیت مداخله جامعه قرار می‌گیرد، همیشه قهرآمیز و سرکوبگر نیست تا مستلزم جرم‌انگاری باشد، بلکه این اعمال، باید صرفاً مورد تقیح جامعه قرار گیرند و فشار افکار عمومی برای مقابله با آن کفایت می‌کند.» (بابایی، ۱۳۹۰: ۳۱۲)

بنابراین جرم‌انگاری رفتارهای منحرفانه اولاً به لحاظ ایراد ضرر به غیر، باید در حوزه‌ای قرار گیرند که مستلزم دخالت جامعه می‌باشد و ثانیاً برنامه‌های تربیتی و اجبار معنوی ناشی از افکار عمومی برای مقابله با رفتارهای مدنظر ناتوان باشد.

۳. بایدهای جرم‌انگاری

۱-۳. حاکمیت قانون

امروزه حاکمیت قانون به یکی از مهم‌ترین ایده‌های سیاسی عصر حاضر بدل شده است؛ اما این تنها یکی از انواع ایده‌هایی که در سیاست مدرن مطرح شده و از دیگر موارد می‌توان به دموکراسی و حقوق بشر و اصول اقتصادی بازار آزاد اشاره کرد. (والدرون، ۲۰۰۸: ۸) سیاستمداران، حقوق‌دانان و به‌طور کلی کسانی که سیاست‌گذاری و تعیین خط‌مشی می‌کنند اغلب اصطلاح حاکمیت قانون را برای توصیف نمونه‌ای مشخص از رژیم حقوقی سیاسی به کار می‌برند. هنگامی که از دو دهه پیش، حرکت به سوی جهانی‌شدن افزایش یافت، بسیاری از کشورهای درحال توسعه برنامه‌های سیاسی‌شان را برای گسترش حاکمیت قانون اولویت‌بندی کردند. امروزه، رشد سیاسی، مدرنیته سیاسی، حمایت از حقوق بشر و دیگر حقایق ارزشمند، کوچک‌ترین بخش

حاکمیت قانون هستند. حاکمیت قانون یک تعریف صریح و روشن ندارد و این مفهوم ممکن است در میان ملت‌ها و عرف حقوقی متفاوت باشد. به‌هرحال عموماً از حاکمیت قانون چنین استنباط می‌شود که رژیم حقوقی سیاسی، برای گسترش آزادی‌های مسلم و قطعی، باید به‌وسیله قانون محدود شود. این مفهوم نظم و ترتیب و پیش‌بینی‌های مربوط به چگونگی کارکردهای یک کشور را تعیین می‌کند. در بیشتر مفاهیم پایه‌ای، حاکمیت قانون نظامی است که در آن سعی می‌شود از حقوق شهروندان در برابر استبداد و سوءاستفاده از قدرت دولت حمایت شود. (کاملتر، ۱۹۹۷: ۸۹)

امروزه مطابق این اصل، همه قوای کشور موظف‌اند از قوانین «عمومی»^۱ و «صریح»^۲ و «بائبات»^۳ پیروی کنند. (زارعی، ۱۳۷۶: ۲۸) قوانین باید عام و کلی باشند؛ به‌عبارت‌دیگر ناظر به فرد یا گروه خاصی نباشند. در هنگام جرم‌انگاری اعمال تبعیض برای شخص یا اشخاص خاص اعم از حقیقی و حقوقی از این باب که از تحمل مجازات معاف باشند یا مجازات به‌گونه‌ای دیگر بر آنان اعمال شود خلاف اصل و توجیه‌ناپذیر است. دویپهلو و کش‌دار نبودن ازجمله دیگر ویژگی‌های این اصل به شمار می‌روند؛ یعنی قانون نباید به‌گونه‌ای تدوین شود که بتوان از آن استنباط‌های کاملاً متفاوت کرد. صدور بی‌شمار آراء وحدت رویه در نظام حقوقی ایران که بر دامنه جرم‌انگاری افزوده است، ناشی از بی‌توجهی قانونگذار به این اصل است. تأکید بر لزوم شفافیت قوانین کیفری مکمل اصل قانونی‌بودن جرائم و مجازات‌ها است. قانون باید با صراحت کافی انشاء و در دسترس همه شهروندان قرار گیرد؛ چراکه نوظهوربودن پاره‌ای از مفاهیم مثلاً حق بر خلوت، ایجاب می‌کند که از هرگونه ابهام و اجمال پرهیز شود. قوانین همچنین باید ثبات نسبی داشته باشند. (نوبهار، ۱۳۸۷: ۲۷۵) اگرچه بر اثر تحولات اجتماعی و اقتصادی و سیاسی، به طور طبیعی قانون نیز دچار تحول و تغییر می‌شود، اما این تغییرات نباید به‌گونه‌ای باشد که از آن استنباط بی‌ثباتی شود. انسجام و هماهنگی، داشتن ضمانت اجرا، ناظر به آینده‌بودن،^۴ انتشار برای عموم،^۵ مطابقت با واقعیات و نیازهای اجتماعی روز^۶ از دیگر شاخصه‌های اصل حاکمیت قانون‌اند.

^۱ Generality

^۲ Clarity

^۳ Stability

^۴ Prospectiveness

^۵ Promulgation

^۶ Practicability

حاکمیت قانون وقتی به وجود می‌آید که قدرت موجود و مشروع جامعه اجرا و اعمال آن را چنان که هست تضمین کند؛ به عبارت دیگر اجرا و اعمال آن لزوماً باید مستقل از اراده مقنن و مجری آن باشد و حتی مقنن نیز تحت نفوذ اجرای قانون تدوین شده از جانب خود قرار می‌گیرد. لان فولر،^۱ حقوقدان آمریکایی در کتاب *اخلاق قانون*^۲ هشت شاخصه برای قانون در نظر می‌گیرد که جوامع به‌عنوان یک امر ضروری باید آرزومند آن باشند تا حاکمیت قانون به وجود آید. این شاخصه‌ها بدین شرح است: قوانین باید موجود بوده و همه مقامات دولتی از آن اطاعت کنند. همچنین، قوانین باید منتشر شوند.

توضیح آنکه، قوانین باید ناظر به آینده باشند. بنابراین قبل از آنکه عملی از نظر قانون جرم شناخته نشده باشد، دادگاه نمی‌تواند شخص را برای ارتکاب آن، مجرم تلقی نماید. «با این حال فولر خاطر نشان می‌سازد که حوزه‌های معینی وجود دارند که عطف قانون به گذشته در آن‌ها ناقض اخلاق درونی قانون نخواهد بود. او برای مثال قانونی را ذکر می‌کند که به موجب آن ازدواج معتبر، منوط به درج مهر خاص عاقد در سنت ازدواج است. در صورتی که ماشین چاپگر قانون معیوب باشد و امکان انتشار قانون مذکور فراهم نشود، در این حال اگر ازدواجی با نادیده انگاشتن قانون و مقامات رسمی پذیرفته شده باشد، قانون لاحق با تسری به گذشته، چنان ازدواجی را معتبر دانسته و در نتیجه اسباب نقض قانون پیشین با تطابق اخلاق درونی جبران می‌شود. فولر همچنین پیچیدگی‌های نظریه قانونگذاری معطوف به گذشته را بررسی می‌کند؛ جرم‌انگاری فعل یا ترک فعلی که در زمان وقوع، جرم محسوب نشود می‌تواند ناظر به آینده بودن قانون باشد. این اصل را هیتلر نقض کرد. برای مثال کسانی را که وی تهدید تلقی می‌کرد به قتل رسانده و سپس برای قانونی جلوه‌دادن قتل‌های مذکور قانونی وضع می‌کرد و آن را به قتل گذشته تسری می‌داد»؛ (ملکوئی، ۱۳۸۸: ۳۶۴). برای پرهیز از اجرای غیرمنصفانه، قوانین باید با شفافیت منطقی نوشته شوند. همچنین قوانین نباید متناقض باشند.

توضیح آنکه، قوانین نباید به امر غیرممکن فرمان دهند. «فولر اعمال این اصل را درخصوص قواعد ناظر بر مسئولیت مطلق، هنگام حدوث مسئولیت قانونی بدون تقصیر یا عمد، مورد بررسی قرار می‌دهد. اخلاق درونی مسئولیت مطلق را در مورد شبه‌جرم‌ها محکوم نمی‌کند، اما مسئولیت

^۱ لان فولر (Loon fuller) (۱۹۰۲ تا ۱۹۷۸) چهره‌ای مهم در حقوق قراردادهای آمریکا محسوب می‌شود. وی در فلسفه حقوق پیشگام و منتقد بصیر برخی جنبه‌های واقع‌گرایی حقوق آمریکایی بود، اما بیشترین تأثیر او برخاسته از نظریه حقوق طبیعی رویه‌ای و نقدهایش بر اثبات‌گرایی حقوقی بوده است.

^۲ Morality of law

کیفری مطلق را محکوم می‌کند. مسئولیت کیفری مطلق وظیفه دادستان را بسیار آسان می‌کند و گاه بر اساس اینکه در عمل، فقط در موارد خاص درباره تبهکاران واقعی اجرا می‌شود، دفاع شده است؛ اما فولر بر این باور است که چنین کاری بنیان احترام به قانون را به‌عنوان نظامی از قواعد وضع شده عام، که نیاز به حل و فصل دعاوی با نهادهای اجرای قانون ندارد تخریب می‌کند.^۱ به نظر می‌رسد بحث فولر درباره قوانین راجع به مسئولیت مطلق، نشان‌دهنده گرایش او به نزدیکی اخلاق درونی قانون با محتوای توجیه‌ناپذیر اخلاقی آن است. به نظر می‌رسد این قید که قوانین نباید امر غیرممکن را مطالبه کنند، مسئولیت کیفری مطلق را منتفی می‌کند، اما نافی مسئولیت مدنی مطلق نیست؛

قوانین باید ثبات داشته باشند تا به‌صورت رسمی درآیند. با وجود این، هنگامی که اوضاع و احوال اجتماعی و سیاسی به طور اساسی تغییر کند، قوانین پس از یک دوره زمانی طولانی باید اصلاح شوند: اعمال صاحبان مناصب باید با شرح وظایفشان سازگار باشد.

بالاخره جالب‌ترین بحث فولر تلاش وی برای بحث نظریه‌ای درباره تفسیر قانون موضوعه است. او کشف دقیق قصد قانونگذار را رد می‌کند. بر اساس این، قانونی که علیه سلاح‌های خطرناک وضع شده، فقط سلاح‌هایی نظیر دشنه و هفت‌تیر را در نظر داشته و بدین ترتیب سلاح‌های دیگری را که در نظر واضعین این قانون نبوده شامل نمی‌شود. بنابراین دادگاهی که قانون موضوعه ذکر شده را درخصوص سلاح‌هایی که در زمان وضع قانون اختراع نشده‌اند اعمال می‌کند، اقدام به قانونگذاری کرده است و نه تفسیر قانون.

رژیم حقوق حاکم بر حقوق کیفری نیز رژیم حاکمیت قانون است که بر همه اجزای این نظام از جمله قانونگذاری و جرم‌انگاری حاکم است. فقط قانونگذار به‌عنوان نماینده وجدان عمومی مکلف به تعیین ناهنجاری‌های قانونی و تهیه فهرست آن برای شهروندان است و بدین وسیله افراد با اطلاع از ممنوعیت‌های قانونی به تنظیم رابطه خود با دولت و دیگر شهروندان می‌پردازند. (حبیب زاده، ۱۳۸۶: ۲۲)

۲-۳. التزام به اصل برائت^۱

اصل برائت یا فرض بی‌گناهی متهم که برخی اسناد تاریخی مؤید آن است، مهم‌ترین اصل در جریان هر رسیدگی اعم از حقوقی و کیفری و از جمله تضمین‌های اساسی حقوق بشر به شمار

^۱ presumption of innocent

می‌رود. اندیشه‌های فلسفی و اخلاقی فراوانی مؤید این اصل بوده و در عرصه داخلی و بین‌المللی بر آن تأکید کرده‌اند. در قوانین داخلی اصل برائت به صورت صریح و ضمنی، یعنی با تأکید بر آثار آن در قانون اساسی و قوانین و مقررات عادی مدنظر قانونگذار بوده تا جریان رسیدگی به صورت صحیح و منصفانه انجام شود.

اصل ۳۷ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «اصل، برائت است و هیچ‌کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود، مگر اینکه جرم او در دادگاه صالح ثابت شود.» ماده ۱۹۷ آیین دادرسی مدنی،^۱ ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی^۲ و... نیز بر این مهم اصرار ورزیده‌اند. در زمینه بین‌المللی بندهای (و ۲ ماده ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر، بندهای ۲ و ۵ و ۶ و ۷ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، ماده ۱۹ اعلامیه حقوق بشر اسلامی، بند ۲ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به صورت مستقیم یا ضمنی به اصل برائت اشاره داشته‌اند.

به طور خلاصه منظور از اصل برائت «مصونیت‌بخشیدن افراد عادی از تعرض سایرین به‌ویژه صاحبان قدرت و قوای عمومی است.» (آشوری، ۱۳۸۳: ۲۶۲) اگرچه درباره قلمرو اصل برائت اختلاف نظر وجود دارد، بدین معنی که برخی اصل را ناظر بر قواعد اثبات دعوی و تنها ناظر بر ضرورت «حق دفاع متهم» در طول رسیدگی از سوی مقامات قضایی می‌دانند، برخی دیگر معتقدند که این اصل به‌هیچ‌وجه منحصر به مرحله رسیدگی و صدور حکم نیست و تمام اجزاء یک نظام حقوقی باید به آثار مختلف اصل برائت ملتزم باشند و این خود به معنای استمراربخشیدن به آثار اصل حفظ کرامت انسان و مصون‌بودن افراد جامعه از هرگونه تعرض است. (آشوری، ۱۳۸۳: ۲۸۰) ما نیز با این نظر همسو بوده و معتقدیم نباید رعایت اصل برائت را به مرحله رسیدگی و صدور حکم منحصر کرد و پیش‌از آن در مرحله جرم‌انگاری نیز برای تعدی نکردن به حقوق و آزادی‌های اساسی افراد تصمیم‌گیری قانونگذار باید با لحاظ قراردادن این اصل باشد. هَنَک^۳ می‌گوید همان‌گونه که دادرس بدون اثبات گناه متهم نمی‌تواند او را محکوم کند، قانونگذار نیز نباید بدون دلیلی مبنی بر اینکه جرم‌انگاری ضرورت دارد، رفتار خاصی را جرم‌انگاری کند. قاضی تابع این اصل است که اگر تردیدی در مجرمیت وجود داشته باشد، باید به

^۱ ماده ۱۹۷ آیین دادرسی مدنی: «اصل برائت است؛ بنابراین اگر کسی مدعی حق یا دینی بر دیگری باشد باید آن را اثبات کند؛ درغیراین صورت با سوگند خوانده حکم برائت صادر خواهد شد.»
^۲ ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی: «هر کس مدعی حقی باشد باید آن را اثبات کند و مدعی‌علیه هرگاه در مقام دفاع، مدعی امری شود که محتاج به دلیل باشد، اثبات امر بر عهده اوست.»

^۳ hanack

سود متهم حکم شود. برای قانونگذار، اصلی موازی با این اصل مطرح است که به موجب آن شک در قانون، باید به سود آزادی تفسیر شود. (جیربورگ، ۱۳۹۰: ۳۹۸)

در برخی از جرم‌انگاری‌های انجام‌شده در قوانین عام و خاص کیفری در ایران، بی‌توجهی به اصل برائت مشهود است. به موجب ماده ۳۳۸ قانون مجازات اسلامی: «هرگاه شخصی را که شبانه از منزلش خوانده و بیرون برده‌اند مفقود شود دعوت‌کننده ضامن دیه اوست مگر اینکه اثبات کند که دیگری او را کشته است و نیز اگر ثابت شود که به مرگ عادی یا علل قهری در گذشته، چیزی بر عهده دعوت‌کننده نیست.»

از آنجاکه در این باره ضامن بودن داعی اجمالاً محل اتفاق و اجماع علما است قانونگذار به تبعیت از قول مشهور فقها ضامن دیه را ثابت دانسته و حکم به پرداخت دیه از سوی داعی نموده است. در واقع قانونگذار رکن مادی قتل را از ناحیه داعی مفروض دانسته است و به دلایلی از جمله احتیاط در خون مسلمین و وجود شبهه، حکم به پرداخت دیه نموده است. در مسئله فوق متهم باید برای اثبات بی‌گناهی خود و در جهت اثبات خلاف فرض قانونی مبادرت به اقامه دلیل نماید که دیگری او را کشته یا به مرگ طبیعی در گذشته است و در صورت عدم ارائه دلیل بر بی‌گناهی خود یا عدم کفایت دلیل، ضامن دیه بر وی تحمیل خواهد شد. (گل خندان، ۱۳۸۳: ۱۵۴)

همچنین می‌توان به لوث در قانون مجازات اسلامی اشاره کرد. در موارد لوث که قرائن و اماراتی دال بر ارتکاب قتل از سوی متهم وجود دارد، لیکن وقوع قتل از ناحیه وی محرز نیست، متهم برخلاف اصل برائت باید برای اثبات بی‌گناهی خود دلیل بیاورد و چنانچه دلایلی دال بر بی‌گناهی خود ارائه نماید مستنبط از ماده ۱۴۶ قانون مجازات اسلامی، لوث محقق نخواهد شد و در نتیجه رأی برائت صادر می‌شود. مقام تعقیب یا شاکی باید اتهام متهم را ثابت نماید و متهم باید تا زمان اثبات اتهامش بی‌گناه فرض شود؛ اما درباره لوث، متهم باید برای اثبات بی‌گناهی خود و رفع ظن، به اقامه دلیل و بینه بپردازد و در صورت ارائه نکردن دلیل یا کفایت نکردن بینه نوبت به اجرای قسامه می‌رسد. شاکی باید برای اثبات اتهام متهم پنجاه نفر از بستگان ذکور نسبی خود را حاضر نماید تا هر کدام از آن‌ها قسم بخورند که متهم قاتل است.

۳-۳. قانونی بودن جرم و مجازات^۱

^۱ The legality crime and punishment/no crime and no punishment except in accordance with law

همه قوانین کیفری بنیادین و مهم کشورهای متمدن بر محور اصل قانونی بودن جرم و مجازات استوار است. این اصل، نتیجه قرن‌ها مطالعه و کار اندیشمندان و فلاسفه و سال‌ها مبارزه انسان برای استقرار عدالت و انصاف و حکومت قانون است. در دنیای غرب پیدایش این اصل به قرن هجدهم میلادی بازمی‌گردد؛ آنجا بکار یا خاطرنشان می‌سازد همین که اجرای مجازاتی برای محافظت از مجموعه آزادی‌های عمومی ضروری نیست، آن مجازات ظالمانه است. دیگر آنکه مجازات‌ها به آن اندازه عادلانه‌تر خواهد بود که حاکمیت، آزادی هر چه بیشتری را برای رعایا لحاظ کند. وی از این دو اصل، اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها را استنتاج می‌کند. اولین نتیجه این دو اصل آن است که فقط قانون می‌تواند مجازات هر جرم را تعیین کند. دومین نتیجه اینکه حق جرم‌انگاری فقط در صلاحیت قانونگذار است که تمامی جامعه متفق شده توسط یک قرارداد اجتماعی را نمایندگی می‌کند.

در آراء هگل نیز به اصل قانونی بودن جرم و مجازات بدین شکل اشاره شده که آنچه فی‌نفسه حق و قانون است باید شناخته شود. وی را می‌توان به‌عنوان سردمدار طرح جنبش جرم‌زدایی یا کیفرزدایی معرفی کرد. وی جوامع را به دسته «ناپایدار و متزلزل» و دسته «متکی به نفس خود» تقسیم می‌کند. به گفته او اگر جامعه در خود هنوز ناپایدار و متزلزل است ضروری است که از طریق مجازات‌ها، نمونه‌ها و مدل‌هایی برای مقابله با جرائم تعیین شود، اما در جامعه‌ای که بر نفس خود استوار است موضع حقوقی جرم به اندازه‌ای ضعیف خواهد بود که متناسب با این ضعف موقعیت و جایگاه حقوقی، القا و حذف آن باید بررسی شود. (حسینی، ۱۳۸۳: ۳۴)

امروزه اصل قانونی بودن جرم و مجازات در حقوق کیفری، یکی از مهم‌ترین تضمین‌های حکومت‌های دموکراتیک برای حمایت از شهروندان محسوب می‌شود. درج عناوین مجرمانه در مجموعه‌های قوانین جزایی و تعیین میزان مجازات برای عمل یا رفتاری که از سوی قانونگذار جرم دانسته شده، این امکان را به شهروند می‌دهد که براساس بایده‌نمایی‌های قانونی، رفتار خود را تنظیم نماید. از این رو دامنه و میزان مسئولیت کیفری اشخاص، به جرم‌انگاری مقرر از سوی قانونگذار وابسته است.

«در حقوق اسلامی براساس قاعده "قبح عقاب بلا بیان" نمی‌توان کسی را به علت عملی که جرم شناخته نشده مجازات کرد. براساس "اصالۃ الاباحه" هر کس در مورد اشیاء و امور حق هرگونه دخل و تصرف دارد، مگر در مواردی که قانون منع کرده باشد. بنابر این قاعده، اگر در جواز یا عدم جواز امری شک کنیم، عمل به آن مباح بوده و مرتکب، مجازات نمی‌شود.» (زارعی، ۱۳۸۶: ۳۲)

در قانون اساسی ایران براساس اصل ۳۶، حکم به مجازات و اجرای آن فقط از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون است. با استنباط از اصل ۱۶۹ قانون اساسی، فعل یا ترک فعلی جرم شناخته می‌شود که آن فعل یا ترک فعل در قوانین مدونه جرم بوده باشد. در ماده ۲ قانون مجازات اسلامی نیز آمده است: «هر فعل یا ترک فعلی که در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد جرم محسوب می‌گردد.»

از آنجایی که مهم‌ترین ابزار برای تهدید حقوق و آزادی‌های مردم جرم‌انگاری است، محدود کردن آن به مجموعه‌های مدون قوانین ضروری است. مصون بودن از تعرض و حق بر بسیاری از حقوق بنیادین انسان در قانون اساسی نیز بر همین مبناست. اصل ۳۲ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «هیچ‌کس را نمی‌توان دستگیر کرد مگر به حکم و ترتیبی که قانون مقرر می‌کند.» در اصل ۲۲ قانون اساسی قانونگذار اشعار می‌دارد: «حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است، مگر در مواردی که قانون تجویز کند.»

۴-۳. تناسب بین جرم و مجازات

قانون مجازات ترجمان ارزش‌های اساسی وجدان جمعی است. نوع کیفر مقرر در قوانین جزایی بیان‌کننده اندیشه و تدبیری است که هیئت حاکم برای برخورد با مجرمان برگزیده‌اند. یکی از اساسی‌ترین انتقادات وارده بر نظام‌های کیفری به‌ویژه پیش از دوران کلاسیک، مربوط به عدم تناسب بین جرم و مجازات در جرم‌انگاری‌های انجام‌شده بوده است؛ اما این مهم در اندیشه‌های کلاسیک به طور مشخص دیده می‌شود. منتسکیو در فصل دوازدهم کتاب معروف *روح/قوانین* در باب شدت مجازات‌ها می‌نویسد: «تجربه ثابت کرده است که کیفرهای ملایم در ذهن افراد بیشتر تأثیر می‌کند؛ گاهی هم در بعضی جاها مجازات شدید مؤثر واقع می‌شود. کراراً دیده شده که در موارد پیشامدهای ناگوار، دولت برای اصلاح، متوسل به وضع قوانین سخت شده و خواسته بی‌درنگ آن را اصلاح کند و به جای قوانین عادی یک کیفر سختی برقرار نموده که از سانحه فوراً جلوگیری نماید؛ اما با این ترتیب، قوه محرکه حکومت فرسوده می‌شود و افکار مردم به مجازات سخت معتاد می‌گردد... مردم را نباید از راه‌های افراطی هدایت نمود، بلکه باید در استعمال وسایلی که طبیعت برای راهنمایی آنان به اختیار ما گذاشته است میانه‌روی و اعتدال پیش کشید.» (منتسکیو، ۱۳۴۹: ۲۰۰) وی پیش‌از آن در کتاب‌نامه‌های ایرانی خود اهمیت نسبت معقول میان جرم و مجازات را ادعا کرده بود. از میان اندیشمندان کلاسیک فردریک کبیر در رساله‌ای پیرامون دلایل وضع و نسخ قوانین، بکاریا در رساله جرائم و مجازات‌ها و همچنین بلک

استون، ویلیام ادن، بنیامین فرانکلین، ولتر و دیگران بر لزوم تناسب بین جرم و مجازات تأکید کرده‌اند. درنهایت عموم آن‌ها بر این باور بودند که قوانین کیفری باید آن قدر واضح باشند که جایی برای ابهام در ذهن برخی یا تفسیر دلبخواه از طرف قاضی باز نگذارد. (مورس، ۱۳۸۸: ۴۳۸)

میزان مجازات نیز از این حیث مهم تلقی می‌شود که نادیده‌گرفتن حداقل‌های ممکن یعنی عدم تناسب بین جرم و میزان مجازات موجب رهایی قشر توانمند و گرفتاری طبقه پایین و تضییع حقوق آن‌هاست. پس درنظرگرفتن کیفرهای سخت برای جرائم سبک نیز با فلسفه جرم‌انگاری در تعارض است. بر اساس همین، برخی از اسناد جهانی بین‌المللی ممنوعیت اعمال مجازات‌های ظالمانه و غیرانسانی و خشن را مقرر داشته‌اند. حق قرار نگرفتن انسان در معرض مجازات‌های نامتناسب یکی از اصول بنیادین حقوق شهروندی در قلمرو حقوق کیفری تلقی می‌شود. در سطح بین‌المللی و منطقه‌ای ماده ۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر، ماده ۷ کنوانسیون بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، مواد ۲ و ۴ کنوانسیون بین‌المللی منع شکنجه و رفتارها و مجازات‌های ظالمانه و غیرانسانی و وحشیانه، بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر، ماده ۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، ماده ۵ منشور آفریقایی حقوق بشر و ماده ۴۹ منشور حقوق بنیادین اتحادیه اروپا اصل تناسب جرائم و مجازات‌ها و ممنوعیت مجازات‌های نامناسب را به‌صورت صریح یا ضمنی مورد تأکید قرار داده‌اند. (رحیمی نژاد، ۱۳۸۷: ۱۱۶)

تناسب بین جرم و مجازات را از دو جهت می‌توان بررسی کرد: اولین مسئله آن است که در صورتی که اگر رفتاری پس از بررسی و امکان استفاده از سایر روش‌ها جرم دانسته شود، خود رفتار جرم‌انگاری شده باید بررسی شود و مجازات و کیفر مناسب برای آن در نظر گرفته شود. هر یک از مجازات‌های مرگ، کیفرهای بدنی، زندان، جزای نقدی و استفاده از اقدامات تأمینی و تربیتی باید متناسب با جرم ارتکاب‌یافته اعمال گردد. در نظام حقوقی ایران در موارد متعدد، مجازات پیش‌بینی‌شده به لحاظ علمی و عملی با میزان صدمه وارده و همچنین درجه و نوع تقصیر مرتکب و انگیزه او متناسب نیست و درحقیقت پیش‌بینی و اعمال این قبیل مجازات‌ها نوعی استفاده ابزاری از مجرم برای رسیدن به هدف است. پیش‌بینی مجازات محارب برای جرائمی مثل سوء‌قصد به جان رهبر یا هر یک از رؤسای قوای سه‌گانه یا معاونت در جرم طراحی برای براندازی حکومت اسلامی در مواد ۱۸۷ و ۵۱۵ قانون مجازات اسلامی، همچنین اعمال مجازات محارب برای خودداری از رفتن به مأموریت در حین جنگ یا خوابیدن ارادی در حین نگهداری یا خودزنی یا فرار از خدمت در زمان جنگ در مواد ۴۲ و ۴۴ و ۵۱ و ۶۵ قانون جرائم

نیروهای مسلح یا پیش‌بینی اعدام برای مرتکبین جرائم مربوط به مواد مخدر در ماده ۵ قانون مبارزه با مواد مخدر ۱۳۷۶، (رحمدل، ۱۳۸۶: ۳۱) اعمال مجازات‌های مقرر در قانون جرائم رایانه‌ای و همچنین مجازات‌های درج‌شده در قانون ممنوعیت استفاده از تجهیزات ماهواره‌ای، همه‌وهمه به طور مشخص، مبین عدم تناسب بین بزه و کیفر می‌باشند. البته باید افزود که بحث تناسب بین جرم و مجازات در حقوق کیفری ایران تنها در قلمرو مجازات‌های تعزیری و بازدارنده مطرح است و در قلمرو مجازات‌های مستوجب حدود و قصاص و دیات به لحاظ معین‌بودن نوع و میزان آن‌ها از نظر فقهی، تناسب یا عدم تناسب مجازات‌ها فاقد آثار عملی است؛ چون با فرض اینکه مجازات‌های مزبور نامتناسب تشخیص داده شوند، به لحاظ ثابت‌بودن آن‌ها از نظر فقه اسلامی امکان تغییر و تعدیلشان وجود ندارد. (رحمدل، ۱۳۸۹: ۱۱) یکی دیگر از انتقاداتی که بر نظام‌های کیفری وارد می‌شود آن است که در هنگام جرم‌انگاری و اعمال مجازات به کارگیری خشونت را تجویز کرده‌اند. برای مثال در ایران، نقش قانونگذار در اعمال خشونت از طریق مجازات و همچنین در تشدید خشونت‌های اجتماعی از نوع قتل‌های اعتقادی و ناموسی و سیاسی برجسته می‌نماید؛ (حبیب زاده، ۱۳۸۳: ۹) بنابراین اجرای برخی از حدود، خشونت را در ماهیت خود به همراه دارند. مجازات‌های خشونت‌آمیز و نامتناسب در هیچ‌یک از اسناد بین‌المللی تا به حال به صورت دقیق و واضح تعریف نشده است، اما مصادیق آن بارها در قالب اسناد گوناگون اعلام شده‌اند. برای مثال از لحاظ بین‌المللی کمیته حقوق بشر سازمان ملل متحد مجازات‌هایی نظیر شلاق و قطع عضو و سنگسار که به‌عنوان مجازات جرائم کیفری شناخته شده است را مغایر با میثاق حقوق مدنی و سیاسی دانسته و و اعلام داشته چنین مجازات‌هایی در تمام قوانین و مصوبه‌های دولتی باید فوراً لغو شوند.

به‌طور کلی اصول حاکم بر حقوق کیفری از قبیل اصل قانونی‌بودن جرائم و مجازات‌ها و اصل منع جرم‌شناختن اعمال، با استناد قانونی که بعد از انجام یافتن آن فعل یا ترک فعل وضع شده است همگی می‌توانند به‌منظور رعایت قاعده تناسب کیفر با بزه به کار گرفته شوند. رعایت این اصول این نتیجه را فراهم می‌سازند که دادرسان و مراجع قضایی از خودکامگی در تصمیم‌گیری پرهیز کنند و در تعیین کیفر برای هر فعل یا ترک فعل به تمایل شخصی خود یا تندروی‌های دولتی، ترتیب اثر ندهند؛ بنابراین در یک دادرسی عادلانه مجازات‌های تحمیلی بر محکوم باید متناسب با شدت جرم و شرایط مجرم باشد. نه مجازات و نه شیوه اعمال مجازات نباید ناقض استانداردهای بین‌المللی باشد. افزون بر آن قانونگذار هم نمی‌تواند بنا به تمایل اکثر نمایندگان و

تحت تأثیر جریان‌های افراطی، هر عملی را جرم شناخته، برای آن کیفر شدید یا نامتناسبی را مقرر دارد. (کاشانی، ۱۳۸۶: ۲۱۱)

در مجموع، یک نظریه جرم‌انگاری باید نسبت به برخی ملاحظات حساس باشد؛ یعنی به ما کمک کند تا نه فقط درباره مجازات و عدم مجازات، بلکه درباره اینکه تا چه حدی اشخاص سزاوار مجازات هستند نیز تصمیم بگیریم. حقوق کیفری زیاده از حد، به مجازات بیش‌از‌حد می‌انجامد و این مسئله تا حدی به این علت است که بسیاری از مجازات‌ها با شدت جرم تناسب ندارند؛ بنابراین مهم‌ترین نکته در تأکید بر بعد ظاهری مجازات این است که مجازات نیز مانند سخت‌گیری بر مجرم نیازمند توجیه است. یک نظریه جرم‌انگاری باید مجازات را با ویژگی‌های برشمرده جایز بداند؛ اگرچه باید به این باور داشت که اشخاصی که مرتکب جرم می‌شوند سزاوار سرزنش و رفتار سخت‌گیرانه می‌باشند. (هوساک، ۱۳۹۰: ۱۵۶)

قانونگذار نمی‌تواند تحت این عنوان که مجاز به جرم‌انگاری اعمال است به هر نحو که می‌خواهد برای اعمال جرم‌انگاری شده تعیین مجازات کند و نباید از مبانی فلسفی‌ای که برای توجیه اعمال مجازات لازم است، غافل باشد. این ممنوعیت هم به نوع و هم به میزان مجازات‌ها بازمی‌گردد؛ یعنی قانونگذار نمی‌تواند برای هر عمل مجرمانه‌ای هر نوع مجازاتی تعیین کند و قانونگذار مجاز به تعیین مجازات به هر میزان که تشخیص دهد نیست؛ بلکه باید تناسب را رعایت کند. هرچند برخی معتقدند که دستیابی به تناسب در مرحله مجازات در عمل دشوار است، اما نباید از تلاش برای دستیابی به تناسب مجازات دست کشید. همچنین قانونگذار در تعیین مجازات باید به شرایط جامعه‌شناختی حاکم بر جامعه نیز نظر داشته باشد؛ از این‌رو تعیین نوع کیفری که بتواند جنبه بازدارندگی فردی و جمعی داشته باشد و محکوم‌علیه را آماده ورود به زندگی شرافتمندانه اجتماعی کند، سودمند است. (رحمدل، ۱۳۸۹: ۴)

۳-۵. اکتفا به حداقل^۱

«بر طبق اصل «جرم‌انگاری حداقلی»^۲ حقوق جزا تنها در مواقع کاملاً ضروری باید قائل به ممنوعیت شود. دلایل رویه‌ای زیادی نیز برای این اصل وجود دارد. دادگاه‌ها و زندان‌های ما بدون جرم‌انگاری جدید به اندازه کافی شلوغ و پرجمعیت هستند. پس اصول اولیه‌ای برای این

^۱ Minimalist approach

^۲ Minimal criminalization

کار وجود دارد. یک ممنوعیت جزایی این پیغام را می‌رساند که آن رفتار تنها بد نبوده، اما به اندازه‌ای بد بوده که درگیر فرایند جنایی شود. این کارویژه انتقادی باعث می‌شود که رفتارهای با جدیت کمتر نیز جرم‌انگاری شوند. در این وضعیت حقوق جزا تنها یک راه برای تأثیر بر رفتارها در دست دارد و آن راه ناخوشایند، جرم‌انگاری است؛ درحالی‌که آموزش، پاداش برای رفتارهای خوب، شرمساری و اقدامات مدنی، ابزارهای جایگزین برای معامله قانون با رفتارهای ناشایست می‌باشند.

استفاده حداقلی از سازوکارهای حقوق جزا در آراء بسیاری از اندیشمندان کلاسیک و مدرن انعکاس یافته و حمایت شده است. بسیاری منشأ این باور را در آثار و نتایج «قرارداد اجتماعی»^۱ دانسته‌اند که به نوعی انتقال از وضعیت طبیعی به دولت است. این تئوری را که ریشه در آراء حکمای روم و یونان باستان دارد، در قرون ۱۷ و ۱۸ توماس هابز، جان لاک، ژان ژاک مطرح کردند. از میان معاصران روکسین^۲ استدلال می‌کند که حقوق کیفری تنها وسیله مناسبی نیست که با آن، هدف مناسب حمایت از ارزش‌ها و منافع موجه پیگیری شود، برعکس کل زرادخانه نظم حقوقی باید به کار گرفته شود و حقوق کیفری درواقع آخرین ابزار حمایتی است. حقوق کیفری فقط باید آن گاه به کار گرفته شود که دیگر راه‌ها مانند اقامه دعوی حقوق خصوصی و راه‌حل‌های اداری و ضمانت اجراهای غیرکیفری، کارایی نداشته باشند. به همین دلیل است که مجازات «آخرین راه‌حل سیاست اجتماعی» نامیده شده است و کارکرد آن «حمایت فرعی از منافع» تعریف شده است. همچنین «استراتیورث»^۳ درباره مسئله چنین توضیح می‌دهد: «به‌عنوان یک قاعده مجازات شدیدترین دخالت دولت در حقوق فردی یک انسان است؛ بنابراین تنها جایی باید به کار گرفته شود که دیگر اقدامات، به‌ویژه اقدامات حقوق خصوصی و حقوق اداری، کارآمد نباشد.» (جیربورگ، ۱۳۹۰: ۳۸۸)

استفاده مداوم و شتاب‌زده از حقوق جزا درخصوص انواع بزه‌کاران به‌عنوان تنها راه‌حل مبارزه با جرم، بازیابی و احیاء مجدد قوانین منسوخ و متروک‌شده و وضع قوانین کیفری در مورد رفتارهایی که پیش از آن مجاز بوده‌اند بیان‌کننده توسل به جرم‌انگاری در سطح وسیع از سوی حکومت است. کثرت و شدت توسل قوای حاکمه به مجازات در مناسبات میان خود و شهروندان

^۱ Social contract

^۲ Roxin

^۳ stratenwerth

و در روابط میان شهروندان با یکدیگر نشان از ضعف و سردرگمی مدیریت کلان جامعه در طبقه‌بندی هنجارهای اجتماعی و در اتخاذ تدابیر مناسب برای پیروی از ارزش‌های اساسی و حمایت‌پذیر است. توسعه قلمرو حقوق جزا به نحو افراطی، توسعه موقعیت‌های رفع تخفیف، تعلیق و تعدیل و زدودن کیفرها، وضعیت نابهنجاری را رقم می‌زنند که نه تنها راه‌های برون‌رفت از آن مشکل و پرهزینه است، بلکه آثار زیان‌بار و نابهنجاری‌های ناشی از آن نیز به راحتی جبران‌پذیر نیست.

از جمله حقوقی که شخص از آن صرف‌نظر و به هیئت حاکم سپرده، حق جرم‌انگاری و اعمال مجازات است؛ از این رو جامعه است که مجازات می‌کند نه فرد (انتقام اجتماعی). مطابق نظریه قرارداد اجتماعی که اساس فلسفه دولت مدرن را تشکیل می‌دهد، حق الهی سلطنت جای خود را به اصل همراهی و رضایت شهروندان برای زندگی در سایه قدرت و عدالت دولت می‌دهد. انسان به دلایل مختلف تصمیم بر ترک وضع طبیعی و تشکیل جامعه مدنی از راه تأسیس هیئت متشکل سیاسی به‌وسیله قرارداد اجتماعی می‌گیرد و درصدد آن است که با انعقاد قرارداد و شکل‌گیری دولت به صلح و آرامش دست یابد. فرض در این رابطه آن است که افراد جامعه با شروط قرارداد موافق می‌باشند؛ اما پس از برپایی جامعه مدنی براساس قرارداد، تعادل و توازن میان حقوق و آزادی‌های اساسی و اقتدار دولت که ریشه در رضایت مردم دارد نمود می‌یابد؛ چراکه جامعه مدنی نیز خود باید مقید به قانون باشد. (شهرام‌نیا، ۱۳۸۲: ۹۰) در حقوق جزا این تقید به عقیده سزار بکاریا این‌گونه تبلور می‌یابد: «اصل کمی جرائم همچون اصل قانونمندی، از قرارداد اجتماعی ناشی می‌شود. شهروندانی که با ورود به جامعه از بخشی از آزادی‌های خود چشم‌پوشی کرده‌اند هدفشان تنها، واگذاری کوچک‌ترین قسمت از حقوق خود به قدرت عمومی بوده است.» (پرادل، ۱۳۷۳: ۴۸) بنابراین اقتدار حکام یعنی قدرت مشروع و قانونی و مقبول که آن را از مردم وام گرفته‌اند باید مورد اطاعت و فرمان‌برداری خود شهروندان قرار گیرد و مفهوم قرارداد اجتماعی به‌عنوان اساس حکومت در عصر حاضر، تنها مجرای تولید اقتدار به شمار می‌رود. چنان‌که هابز و لاک و روسو گفته‌اند: «اساس حاکمیت، دولت است و به این عنوان تنها به‌واسطه رضایت و قبول کسانی که موضوع حاکمیت و اقتدارند، پدید می‌آید و تنها در صورتی تداوم می‌یابد که در قالب وضع قوانین لازم برای حفظ جان و مال و آزادی و صلح و امنیت مردم به کار رود.» (بشریه، ۱۳۸۴: ۴۰)

اکتفا به حداقل متضمن دو بعد مهم است: یکی مربوط به نوع ضمانت اجرا و دیگری به میزان مجازات مرتبط با جرم. ضمانت اجرا به‌عنوان قوه قهریه هنجار حقوقی به معنی نهادن

شرطی ناخوشایند برای یک قانون است تا آن را الزام‌آور سازد. به تعبیر دیگر هنگامی که اجرا و اطاعت از یک قاعده حقوقی با دشواری روبه‌روست از ضمانت اجرا به‌عنوان ابزار اطاعت استفاده می‌کنیم. (ساکت، ۱۳۸۷: ۴۴۸) به‌طور خلاصه می‌توان گفت ضمانت اجرا، پاسخ دولت به بی‌احترامی، نقض یا عدم رعایت به قانون موضوعه است. ضمانت اجراها که از اوصاف بارز قواعد حقوقی هستند (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۳۱۷) به انواع مدنی، اداری (انتظامی)، جزایی و اخلاقی تقسیم می‌شوند. هر دولت برای دفع شر به غیر از ضمانت اجرای کیفری می‌تواند به دو راه‌حل دیگر متوسل شود. در صورت ناممکن بودن توسل به ضمانت اجرای مدنی و اداری باید به جرم‌انگاری متوسل شد؛ چراکه توسل بیش‌ازحد به حقوق کیفری موجب کندی و بی‌اثر شدن قانون و بی‌اعتمادی اذهان عمومی به آن شده و بدین دلیل است که توسل به کیفر باید «آخرین حربه»^۱ و راه‌حل باشد. این اصل درحقیقت به نفع وجود سازوکارهای مادون نظیر حقوق اداری و مسئولیت مدنی است که در صورت وجود و کارآمدی آن‌ها توسل به حقوق کیفری خالی از توجیه حقوقی می‌شود. (عبدالهی، ۱۳۸۶: ۱۰۲)

همچنین واگذاری برخی از امور به افراد هر جامعه و دخالت‌نکردن رسمی و قانونی دولت در اخلاق و مذهب و سنت‌ها و عرف‌های اجتماعی سبب خواهد شد که حکومت در جرم‌شناختن فعل و ترک فعل به حداقل اکتفا کند. در این موقعیت، تنها در صورتی می‌توان به جرم‌انگاری متوسل شد که حکومت با دلایل قطعی و یقینی ثابت کند که جز مجازات راهی در پیش نیست. (بوشهری، ۱۳۸۷: ۳۳)

هشتمین کنگره سازمان ملل متحد برای پیشگیری از جرائم و رفتار با مجرمین در بند ۲۰ یعنی مدیریت جزایی و تهیه خط‌مشی‌های تعیین مجازات، با سرلوحه قراردادن تقلیل جرائم به‌عنوان یکی از اهداف نظام عدالت جنایی بر این مبنا که محکوم‌کردن و تعیین مجازات باید به نحو عادلانه و مقتضی در برابر تخلف در جامعه و حصول ادغام مجرم در جامعه و تقلیل خطر توسل به جرائم در همین راستا باشد، به ارائه توصیه برای اقدام بیشتر در سطوح ملی و منطقه‌ای و بین‌المللی پرداخته است. (امیر ارجمند، ۱۳۸۶: ۴۴۴) این توصیه‌نامه اگرچه هنوز به اندازه قطعنامه‌ها و معاهدات بین‌الملل قدرت الزام‌آور ندارد، اما به‌نوبه‌خود نشان از تمایل اعضای جامعه بین‌الملل برای حرکت جهانی به سوی تقلیل جرم‌انگاری‌های غیرضروری و ضرورت حذف عناوین زائد مجرمانه دارد؛ بنابراین علاوه بر تلاش‌هایی که هر دولت در حقوق داخلی خود برای

^۱ Ultimum remediū

عملی شدن کاهش میزان جرائم دارد، هم‌پیمان شدن با مساعی بین‌المللی و جهانی و توجه به توصیه‌ها و احیاناً عهدنامه‌هایی که در آینده امضا و به تصویب خواهند رسید، می‌تواند به یک‌دست شدن این روند در سطح وسیع جهانی منجر شود.

بنابراین تهدید استفاده دولت از ابزار حقوق کیفری و افزایش سهم سازوکارهای غیرکیفری در امر مبارزه با بزهکاری، نخستین و مهم‌ترین نتیجه و فایده رویکرد حداقلی به جرم‌انگاری خواهد بود. با ترسیم حدمرمرز مداخله دولت، از مداخله حداکثری ممانعت به عمل می‌آید و تنها در صورتی به ابزارهای حقوق جزا متوسل می‌شوند که سازوکارهای غیرکیفری نتوانند پاسخ‌گو باشند؛ اما هر کجا که ارزش‌های بنیادین یک جامعه دموکراتیک مورد هجوم واقع و نقض گردد، توسل به کیفر اجتناب‌پذیر خواهد بود و در غیر آن صورت نیاز به توجیه و دلیل دارد. (امیدی، ۱۳۸۲: ۵۷)

در همین راستا ماده ۲۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر چنین مقرر می‌دارد:

«هر کس در اجرای حقوق و استفاده از آزادی‌های خود فقط تابع محدودیت‌هایی است که به وسیله قانون منحصرأ به منظور شناسایی و مراعات حقوق و آزادی‌های دیگران و برای رعایت مقتضیات صحیح اخلاقی و نظم عمومی و رفاه همگانی در شرایط یک جامعه دموکراتیک وضع شده است.» (مجیدی، ۱۳۸۸: ۲۳۸)

۶-۳. تطابق با انتظارات عمومی جامعه

هر نظام حقوقی برای به تبعیت درآوردن تابعان خود باید بر مبانی عقلانی، فلسفی، مذهبی، اخلاقی، عرفی استوار باشد؛ چراکه اگر تابعان حقوق، قواعد وضع شده را استوار بر شالوده این مبانی بدانند، به حکم عقل و انصاف و عدالت، نه تنها خود به تبعیت از آن تن داده، بلکه معترض نقض آن از سوی دیگران می‌شوند. یکی از شاخصه‌های کارایی و اثربخشی نظام حقوقی به میزان پذیرش آن از سوی مردم مربوط است. انتظارات مردم یک جامعه نسبت به ماهیت قوانین باید با شرایط طبیعی و فرهنگی آن جامعه مطابقت داشته باشد. حوادث تلخ‌وشیرین مکرر در تاریخ هر کشور و عقایدی که از طریق ادبیات و زبان به نسل‌های بعد منتقل می‌شوند، در ماهیت و شکل انتظارات افراد مؤثر بوده و باعث می‌شود تا قوانین و روش وضع آن‌ها از یک کشور به کشور دیگر متفاوت باشد. (صادقی، ۱۳۸۴: ۱۲۴)

ارسطو بخش متغیر حقوق را آن قسمت از این علم می‌داند که از مقتضیات و شرایط و حوادث خاص هر کشور نشئت گرفته و مختص همان کشور است (دل و کیو، ۱۳۸۶: ۱۵) و مسلماً این مهم در وضع قانون (جرم‌انگاری) نیز مؤثر واقع می‌شود. در حقوق کیفری، گفته شده که

جرائم و مجازات‌ها باید مطابق با توقعات و انتظارات عمومی مردم باشند؛ پس وظیفه دستگاه تقنینی در درجه اول شناسایی انتظارات عمومی و پس از آن جرم‌انگاری یا جرم‌زدایی در پرتو آن است؛ اما ابهام‌های چندی از همان ابتدا وجود دارد که نشان می‌دهد دستیابی به این هدف به راحتی امکان‌پذیر نیست. به طور حتم انتظارات عمومی از جامعه‌ای به جامعه دیگر متفاوت بوده و بر اساس این، چون قانون هر مملکتی با توجه به مصالح خاص آن جامعه وضع شده در کشور دیگر، مگر به صورت اتفاق، اجراپذیر نیست؛ بنابر این فرض، هنگامی که دستگاه قانونگذاری با یک جامعه متکثر فرهنگی، متشکل از اقوام و فرهنگ و آداب و رسوم متنوع روبه‌رو باشد، تکلیف چه خواهد بود. در این وضعیت، چون انتظارات عمومی آن جامعه متنوع و متکثر است، برای هر منطقه باید قانون جداگانه مطابق خواسته‌های مردم آن منطقه وضع شود. دیگر آنکه آیا هرگونه انتظار عمومی حتی مغایر با معیارهای عام حقوق بشر تنها به صرف اینکه مردم یک کشور به صورت وسیع بر آن صحنه می‌گذارند می‌تواند مبنای وضع قانون جزایی یا حذف آن از مجموعه قوانین کیفری باشد؟

مغایرت با انتظارات عمومی از دو وجه قابل‌بررسی است: از طرفی قوانینی که پیش روی ماست متناسب با مقتضیات زمان نیست و قانونگذار از انتظارات عمومی پیشی گرفته است. از طرف دیگر کهنگی، جمود، تحجر و عقب‌ماندگی حقوقی نیز ما را در برابر قوانینی قرار می‌دهد که شاید در خوش‌بینانه‌ترین حالت عملاً متروک شده باشند؛^۱ اما به جهت عدم نسخ صریح از جانب قانونگذار، هنوز قدرت اجرایی دارند. برای برون‌رفت از معضل دوم باید به کیفیت وضع قانون نگاه کرد. به قول منتسکیو: «باید فهمید قانون در چه کیفیتی وضع شده و هرگز نباید قوانین را از کیفیاتی که در آن‌ها وضع شده جدا نمود.» وی با اشاره به یکی از قوانین آتن که در آن به هنگام محاصره هر شهر و بی‌دفاع‌بودن مردمان، آن‌ها را قتل عام می‌کردند؛ به طوری که مغلوب‌شدن شهر در حکم انهدام و محو مطلق آن بود، خواستار الغای چنین مواردی است. (منتسکیو، ۱۳۴۹: ۸۷۰)

مسلماً انتظارات عمومی ممکن است در یک برهه زمانی تغییر کند و مسئله‌ای که در گذشته با توجه به نظام سیاسی، اجتماعی، فرهنگی و مذهبی جزء انتظار عمومی آن جامعه محسوب می‌شد، نه تنها انتظار عمومی جامعه محسوب نشود، بلکه در مغایرت آشکار با این مفهوم قرار داشته باشد؛ مثلاً ازدواج خواهر و برادر در مصر و برخی ملل دیگر، برخلاف امروز، عملی مذموم و

^۱ ابوالفضل قاضی در کتاب جامعه‌شناسی حقوق از عبارت نسخ از راه متروک شدن استفاده کرده است.

مجرمانه شناخته نمی‌شد؛ اما امروزه قوانین جزایی مطابق با انتظارات عمومی جامعه این رفتار را جرم دانسته‌اند. در روم باستان هرگونه تخلف جزئی در ارتباط با زمین به دلیل اهمیت فوق‌العاده انتظارات عمومی برای ارزش زمین، قابل مجازات کیفری بود (صانعی، ۱۳۸۱: ۱۰۶) در صورتی که امروزه چنین رفتاری بیشتر واجد وصف مدنی است.

مثال دیگر راجع به ممنوعیت استفاده از سیگار در مکان‌های عمومی است. وقتی برای اولین بار حدود بیست و اندی سال پیش رالف‌نادر ممنوعیت استعمال سیگار در محیط‌های عمومی را مطرح کرد مخالفت و حتی تمسخر بسیاری را در پی داشت؛ اما امروزه اجماع عمومی در بیشتر نقاط جهان از جمله ایران در بین مردم بر این امر وجود دارد.

به عقیده برخی «منطقاً در هر جامعه باید اعمالی جرم شناخته شود که از نظر اکثریت اعضای آن جامعه مضر به حال نظام اجتماعی باشد و لزوم جلوگیری از ارتکاب آن از طرف اکثریت مردم احساس گردد. هم‌بستگی میان انتظارات عمومی و قوانین جزایی در غالب موارد مصداق دارد؛ یعنی برای آنکه نظام جزایی بتواند به حیات خود ادامه دهد باید با انتظارات عمومی مردم جامعه تطبیق کند.» (صانعی، ۱۳۸۲: ۵۵) در صورتی که تعارض شدید میان قوانین موضوعه و انتظارات عمومی وجود داشته باشد، قوانین موضوعه عملاً نفوذ و حاکمیت خود را از دست می‌دهند و چنانچه قوای مجریه و قضائیه مصمم به اجرای قانون مزبور باشند شاهد تنش‌ها و نابسامانی‌های گوناگون از جمله بی‌اعتمادی مردم به دستگاه قضایی، ایجاد نارضایتی عمومی بین مردم، بی‌اعتنایی به قانون مصوب و... خواهیم بود. (صانعی، ۱۳۸۱: ۱۴۶) در این حالت نظم مبتنی بر امر و حکم و فرمان، نه از مشروعیت برخوردار بوده و نه می‌تواند ساختارهای حقوقی را به مدت طولانی دگرگون سازد.

البته تذکر این نکته لازم است که همیشه نباید با انتظارات عمومی مردم همگام شد؛ بلکه در مواردی باید عزم راسخ دولت برای مقابله با انتظار عمومی جامعه وجود داشته باشد؛ برای نمونه نمی‌توان حقوق بشر را قربانی احترام به انتظارات عمومی جامعه کرد. در این موارد مشابه، همگام شدن با انتظارات عمومی به معنی حرکت به سوی نابودی و به‌محاق کشیده شدن اصول حقوقی از سوی ملل متمدن پذیرفتنی است. مثلاً مطابق سنت دیرینه مردم سیسیل، اگر مرد جوانی نتواند موافقت دختر دلخواه خود یا خانواده‌اش را برای تزویج با وی جلب کند، دختر را ربنده، در کوهستان‌ها به او تجاوز می‌کند و با دخالت گروه‌های مافیایی دختر به جهت حفظ آبرو مجبور به ازدواج با جوانی که به وی تجاوز کرده، می‌شود. با وجود آنکه در یک مورد دختری که خود و پدرش مخالف ازدواج با خواستگارش بودند، برخلاف انتظارات عمومی جامعه سیسیل، پس

از سرقت و تجاوز از سوی خواستگار و باند مافیایی، او حاضر به ازدواج و قبول این سنت دیرینه نشد و دادگاه حکم بر محکومیت خواستگار و باند مافیا صادر کرد؛ با این حال هنوز انتظار عمومی جامعه سبسیل تغییر نکرده و مسلماً دخالت وسیع‌تر دولت و حتی نهادهای بین‌المللی برای الغای این عادت مذموم، ضروری است. (صانعی، ۱۳۸۱: ۱۵۵)

نتیجه‌گیری

فلاسفه حقوق کیفری آنچه به‌عنوان اصول حاکم بر جرم‌انگاری شناخته‌شده را مدنظر قرار داده‌اند. اولین معیار را جان‌اتان شنشک مطرح کرد. وی با درنظرگرفتن «صافی اصول» و «صافی پیش‌فرض‌ها» و «صافی کارکردها» در پی تحلیل و بازتعریف اصول حاکم بر جرم‌انگاری است. روند جرم‌انگاری را در سه مرحله می‌توان قابل دفاع دانست که درمجموع «فیلترینگ» نامیده می‌شود. بر اساس این، اعمالی قابلیت توجیه برای جرم‌انگاری را دارند که منظم و پیاپی و با موفقیت از این سه مرحله عبور کرده باشند. زمانی که درصدد جرم‌انگاری رفتاری هستیم، باید آن رفتار به طور متوالی و به‌گونه‌ای موفقیت‌آمیز از سه صافی مجزا عبور نماید. در صورت شکست در گذر از این صافی‌ها نمی‌توان آن را جرم شناخت و در صورت گذر از هر سه فیلتر جرم‌دانستن رفتار موجه است. معیار دیگر، معیار توازن دلایل است. در این فرض میزان سنجش در جرم‌انگاری با فرض وجود ترازویی که در یک طرف جرم‌انگاری و در طرف دیگر جرم‌زدایی قرار دارد، توصیف‌کردنی است. در صورتی که سنگینی کفه جرم‌انگاری با توجه به اصول تعریف‌شده بیشتر باشد، جرم‌دانستن آن رفتار توجیه‌پذیر خواهد بود و درغیراین‌صورت جرم‌انگاری موجه نیست. معیار دیگر متوجه آن است که جرم‌انگاری یک رفتار، چه واکنشی را از طرف شهروندان در پی خواهد داشت. این معیار به «مقبولیت» (فرض هم‌نوایی یا پذیرش) معروف است. معیار آخر منع ضرر یا ایراد خسارت است که یکی از مهم‌ترین دیدگاه‌های فلسفه حقوق کیفری براساس دیدگاه‌های جان استوارت میل است. براساس صافی اصول باید ثابت شود که آیا وفق اصول و مبانی نظری راجع به جرم‌انگاری دولت مجاز به دخالت در حقوق و آزادی‌های شهروندان و ایجاد محدودیت از طریق قوانین کیفری هست یا خیر؟ در این مرحله است که دیدگاه‌های فلسفی راجع به پدرسالاری، لیبرالیسم، اخلاق و... ظاهر می‌شوند. صافی اصول، مشخص‌کننده اعمالی است که در صلاحیت اخلاقی دولت قرار دارد؛ بنابراین می‌توان گفت در این گام، از منابع اخلاقی جامعه بحث می‌شود و اینکه اصول مربوط به منابع اخلاقی جامعه کدام است؛ در واقع در این

مرحله صلاحیت اخلاقی دولت برای مداخله روشن می‌شود. با توجه به اصول و مبانی اخلاقی جامعه سؤالاتی که برای یافتن جرم‌انگاری مطرح می‌شود. به محض اینکه عملی از صافی اصول عبور کرد، بدون تحقیق و تفحص در این زمینه که آیا راه‌های بهتری برای جلوگیری از وقوع عمل فارغ از نظام عدالت کیفری وجود دارد یا نه نمی‌توان اقدام به جرم‌انگاری رفتاری خاص نمود؛ بنابراین در دومین مرحله، یعنی صافی پیش‌فرض‌ها، تأکید بر میزان کاهش استفاده از مقررات کیفری و مداخله حداقلی آن در روابط فردی یا اجتماعی شهروندان مفروض است. در این مرحله به کارنبردن دستگاه عدالت کیفری و استفاده از روش‌هایی که کمترین جنبه آمریت و مزاحمت را برای فرد دارد نسبت به روش‌هایی که بیشترین مزاحمت را برای او ایجاد می‌کنند، اولویت دارند. به بیان دیگر دولت باید با قطع و یقین ثابت کند که راهی جز توسل به مجازات برایش باقی نیست. در این مرحله به کارآمدی ضمانت اجراهای مدنی و اداری و انضباطی به‌عنوان جایگزین واکنش کیفری توجه می‌شود و کارآمدی واکنش قانونگذار در پرتو ضمانت اجرا، مورد مطالعه قرار می‌گیرد. در صورتی که بتوان از طریق اقدامات غیرسرکوبگر، مانع آن رفتار شد یا دامنه آن را محدود کرد نیازی به جرم‌انگاری آن رفتار یا عمل نیست.

فهرست منابع و مآخذ

کتاب:

- آشوری، محمد، عدالت کیفری (مجموعه مقالات)، چ ۱، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶
- امیرارجمند، اردشیر، مجموعه اسناد بین‌المللی حقوق بشر (اسناد منطقه‌ای)، چ ۲، چ ۲، دانشگاه شهیدبهشتی، ۱۳۸۶
- بابایی، محمدعلی، جرم‌شناسی بالینی: تحولات مفهوم حالت خطرناک، چ ۱، تهران: میزان، ۱۳۹۰
- بشیریه، حسین، آموزش دانش سیاسی: مبانی علم سیاست نظری و تأسیسی، چ ۴، تهران: مؤسسه نگاه معاصر، ۱۳۸۴
- بوشهری، جعفر، حقوق جزا، اصول و مسایل، چ ۱، چ ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷
- پرادل، ژان، تاریخ اندیشه‌های کیفری، ترجمه علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، چ ۱، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۳
- حبیب‌زاده، محمدجعفر، توحیدی‌فرد، محمد، قانون‌مداری در قلمرو حقوق کیفری، چ ۱، تهران: دادگستر، ۱۳۸۶

- حسینی، محمد، سیاست جنایی (در اسلام و جمهوری اسلامی ایران)، چ ۱، تهران: سمت، ۱۳۸۳
دل‌وکیو، جورجو، فلسفه حقوق، ترجمه جواد واحدی، چ ۲، تهران: میزان، ۱۳۸۶
رحمدل، منصور، تناسب جرم و مجازات، چ ۱، تهران: سمت، ۱۳۸۹
ساکت، محمدحسین، حقوق‌شناسی: دیباچه‌ای بر دانش حقوق، چ ۱، تهران: ثالث، ۱۳۸۷
سرمست بناب، باقر، اصل برائت در حقوق کیفری، چ ۱، تهران: دادگستر، ۱۳۸۷
صادقی، محسن، جستاری در بنیادهای علم حقوق: اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق
موضوعه، چ ۱، تهران: میزان، ۱۳۸۴
صانعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، چ ۱، تهران: طرح نو، ۱۳۸۲
صانعی، پرویز، حقوق و اجتماع: رابطه حقوق و عوامل اجتماعی و روانی، چ ۱، تهران: طرح نو،
۱۳۸۱
طه، فریده، اشرافی، لیلا، دادرسی عادلانه، چ ۱، تهران: میزان، ۱۳۸۶
کاتوزیان، ناصر، مبانی حقوق عمومی، چ ۲، تهران: میزان، ۱۳۸۳
کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، چ ۲۵، تهران: شرکت سهامی
انتشار، ۱۳۷۸
کلی، جان‌مورس، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، چ ۲، تهران: طرح
نو، ۱۳۸۸
محمدعلی بابایی، جرم‌شناسی بالینی: تحولات مفهوم حالت خطرناک، چ ۱، تهران: میزان، ۱۳۹۰
محمود کاشانی، استانداردهای جهانی دادگستری: نقد و بررسی قانون دادگاه‌های عمومی و
انقلاب، چ ۱، تهران: میزان، ۱۳۸۳
منتسکیو، شارل، روح‌القوانین، ترجمه علی‌اکبر مهتدی، چ ۶، تهران: امیرکبیر، ۱۳۴۹
نوبهار، رحیم، حمایت حقوق کیفری از حوزه‌های عمومی و خصوصی، چ ۱، تهران: جنگل؛
جاودانه، ۱۳۸۷
هوساک، داگلاس‌آن، جرم‌انگاری افراطی، ترجمه محمدتقی نوری، چ ۱، تهران: مجد، ۱۳۹۰

مقالات:

- امیدی، جلیل، «مبانی عدالت در حقوق کیفری و حقوق بشر»، نشریه مجلس و پژوهش، س ۱۰،
ش ۳۸، تابستان ۱۳۸۲

- تن، سی‌ال، «مشروطه‌خواهی و حاکمیت قانون»، ترجمه سیدحسین ملکوتی هشتجین و احمد مرکز مال‌میری، نشریه حقوق اساسی، س ۶ ش ۱۱، تابستان ۱۳۸۸
- جیربورگ، نیلز، «جرم‌انگاری همچون آخرین چاره»، ترجمه رحیم نوبهار و فاطمه نوبهار، نشریه تحقیقات حقوقی، ش ۵۳، بهار ۱۳۹۰
- حبیب‌زاده، محمدجعفر و دیگران، «خسونت و نظام عدالت کیفری»، نشریه علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، ۲۱د، ش ۲، ۱۳۸۳
- حبیب‌زاده، محمدجعفر و زینالی، امیرحمزه، «درآمدی بر برخی محدودیت‌های عملی جرم‌انگاری»، نشریه نامه حقوقی، ج ۱، ش ۱، ۱۳۸۴
- رحیمی‌نژاد، اسماعیل و حبیب‌زاده، محمدجعفر، «مجازات‌های نامتناسب: مجازات‌های مغایر با کرامت انسانی»، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۲، تابستان ۱۳۸۷
- زارعی، محمدحسین، «امنیت قضایی به مثابه حق»، نشریه مجلس و پژوهش، ش ۱۴، ش ۵۶
- زارعی، محمدحسین، «تحلیلی از پیوند حقوق اداری و مدیریت دولتی بر پایه حاکمیت قانون»، نشریه مدیریت دولتی، نشر سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی، ش ۳۸، ۱۳۷۶
- شمس ناتری محمدابراهیم و دیگران، «ویژگی‌های جرم‌انگاری در پرتو اسناد و موازین حقوق بشر»، نشریه راهبرد، س ۲۰، ش ۵۸، بهار ۱۳۹۰
- شهرام‌نیا، امیرمسعود «قرارداد اجتماعی در آراء اصحاب کلاسیک و جدید آن»، نشریه سروش اندیشه، س ۲، ش ۷ و ۸، پاییز و زمستان ۱۳۸۲
- عبداللهی، محسن، «حمایت کیفری از محیط زیست: تأملی بر بایسته‌های حقوق کیفری زیست محیطی»، نشریه علوم محیطی، س ۵، ش ۱، پاییز ۱۳۸۶
- علی‌حسین، نجفی ابرنآبادی، تازه‌های علوم جنایی: مجموعه مقاله‌ها، «مبانی مداخله حقوق کیفری ایران در حوزه فرهنگ و چالش‌های فراروی آن» نوشته: امیرحمزه زینالی، ج ۱، تهران: میزان، ۱۳۸۸
- مجیدی، محمود، «جلوه‌های ظهور حقوق کیفری امنیت‌مدار در فرانسه»، نشریه حقوق و علوم سیاسی، ۳۹۵، ش ۲، ۱۳۸۸

پایان نامه:

گل‌خندان، سمیرا، «بررسی تطبیقی اصل برائت، آثار و استثنائات آن در حقوق کیفری ایران و اسناد بین‌الملل»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، مجتمع آموزش عالی قم، ۱۳۸۳

منابع انگلیسی:

- Schonsheek, Jonathan, on criminalization, an essay in the philosophy of the criminal law, kluwer academic publishers, 1994
fuller, loon, the morality of law 1997, rev, ed, 1997, Helen yu and Alison guernesey, what is rule of law, internet site
Schonsheek, Jonathan, on criminalization, an essay in the philosophy of the criminal law, kluwer academic publishers, 1994
Waldron, Jeremy, the concept of rule of law, New York university school of law, november 2008