

ترسیم و تحلیل مدل جرم‌انگاری ضرورت‌مدار*

احمد حاجی ده‌آبادی**

احمد فلاحی***

چکیده

بر مبنای اصل ضرورت در جرم‌انگاری، دخالت کیفری در عملی که هم لازم است کنترل شود و هم قابلیت کنترل و نظارت را دارد، در صورتی موجه خواهد بود که جرم‌انگاری ضرورت داشته باشد؛ ضرورت نیز در قالب لزوم دخالت کیفری و قابلیت استفاده از ابزار جزایی در مورد آن عمل، معنا می‌یابد و در صورتی می‌توان عملی را جرم‌انگاری کرد که سایر ابزارها در کنترل آن مؤثر نبوده و ابزار کیفری نیز بتواند در نظارت و محدود کردن آن عمل، تأثیر داشته باشد. این موضوع مستلزم آن است که چرایی و چگونگی دخالت کیفری در قالب مدلی از جرم‌انگاری و بر مبنای محدودیت‌های درونی و برونی به‌کارگیری ابزار کیفری، تحلیل شود.

واژگان کلیدی: جرم‌انگاری، حقوق و آزادی‌های فردی، افکار و نظم عمومی، مقاصد شریعت، محدودیت احکام.

تاریخ پذیرش: 91/4/15

* تاریخ دریافت: 91/1/30

** استادیار گروه حقوق پردیس قم دانشگاه تهران.

*** دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی - دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات سندج

ahmad.falahi@yahoo.com

مقدمه

یکی از جدی‌ترین چالش‌های فراروی حقوق کیفری در جوامع مختلف، افزایش دخالت در حقوق و آزادی‌های فردی و افراط در جرم‌انگاری است. همانگونه که پیداست، قانون جزایی بیشتر کشورها در سالیان اخیر هم از نظر کمی و هم به لحاظ کیفی با افراط در جرم‌انگاری روبرو شده و در همین راستا، هم تعداد عناوین مجرمانه زیاد شده و هم دایره مصادیق و عناوین یک جرم خاص، گسترش پیدا کرده است؛ به گونه‌ای که با مطالعه اولیه قوانین کیفری بیشتر کشورها، می‌توان گفت مشکل اصلی آن است که ما بیش از آنچه برای زندگی اجتماعی نیاز است، قانون جزایی داریم. علاوه بر تعداد مواد قانون، اگر تفاسیر قضایی را که به علت ابهام در قانون جزایی، دایره عناوین مجرمانه را گسترش می‌دهد و اختیارات وسیعی را که این قانون در تشخیص عناوین مجرمانه به پلیس می‌دهد، با بحث از افراط در جرم‌انگاری در کنار هم قرار دهیم، می‌توان دورنمای دقیق‌تری از گستره قانون کیفری را ترسیم کرد. این امر موجب می‌شود گاه اشخاص به خاطر اعمالی مجازات می‌شوند که لازم نبوده است جرم باشد و یا ضروری نبوده است در شمول قواعد حقوقی غیر کیفری قرار بگیرند و یا حتی در برخی موارد، در ورود الزام و اجبار بر آن عمل و رفتار تردید وجود دارد و انجام آن باید آزاد و موجه باشد.

یکی از دلایل عمده این امر آن است که دولت‌ها، حقوق کیفری را به عنوان آسان‌ترین و مقتدرترین ابزار کنترل و نظارت در جامعه به کار می‌گیرند و در میان راهکارهای مختلف، ابزار کیفری، جزو اولین راه‌حل‌هایی است که در حل مشکلات اجتماعی به آن روی می‌آورند. باید خاطر نشان شد ابزار کیفری این توانایی را دارد که به تضعیف حقوق و آزادی‌ها منجر شود و هزینه‌ها و مشکلات متعددی چون احساس

ترس، حضور بیشتر پلیس در قلمروهای مختلف زندگی و امنیتی شدن حوزه‌های مختلف اجتماعی را به دنبال داشته باشد.

آنچه لزوم بحث در مورد ضرورت در جرم‌انگاری را موجب می‌شود، گسترش دایره دخالت کیفری و بحث از افراط در جرم‌انگاری است و «افراط در جرم‌انگاری، عدم استفاده درست از قدرت حقوق کیفری و به‌کار بردن آن در جایی است که ضرورت نداشته و فاقد توجیه است» (Luna, p.715). البته باید این نکته را بیان کرد که همه گسترش‌هایی که در قلمرو جرم‌انگاری روی می‌دهد، افراط در جرم‌انگاری نیست؛ «همان‌گونه که همه کم کردن‌ها از محدوده حقوق کیفری، به معنای نزدیک شدن به ایجاز کیفری نیست» (Duff, A Criminal Law for Citizens, p.3). آنچه در اینجا به عنوان افراط در جرم‌انگاری مورد توجه است، خروج از حد ضروری جرم‌انگاری است. این امر می‌تواند نمودهای مختلفی داشته باشد؛ گاه تعداد عناوین مجرمانه زیاد می‌شود و در دایره مصادیق اعمالی که مشمول قانون کیفری می‌شوند، گسترش ایجاد می‌گردد و در حالت دوم، در یک عمل خاص، محدوده‌ای را که حقوق کیفری می‌تواند دخالت نماید، گسترده‌تر می‌نماید و در همین راستا، تعداد اعمال بیشتری در معرض تهدید قرار می‌گیرند و نهاد تعقیب و پلیس از تعداد امکان‌های بیشتری برای تضعیف حقوق و آزادی‌ها برخوردار می‌شوند.

در راستای این بحث، می‌توان برخی از علل و وجوه افراط در جرم‌انگاری این‌گونه اشاره کرد: گسترش نقش اصل ضرر در جرم‌انگاری و در همین ارتباط دخالت کیفری در اعمالی که ضرر جزئی یا بسیار دوری را موجب می‌شوند؛ قایل شدن به کارکردی اخلاقی برای حقوق کیفری؛ دور شدن از معیارهای عینی و ترجیح ضابطه‌های ذهنی در جرم‌انگاری و به ویژه در ارکان مسؤلیت کیفری؛ افزایش تعداد جرم‌انگاری‌ها بر

اساس بزرگ کردن نقش حمایتی حقوق کیفری و گسترش دایره جرم‌انگاری به نام حمایت از محیط زیست و حمایت از حقوق کودکان و غیر آن؛ عدم توجه به اصل تناسب میان جرم‌انگاری و سرزنش عمومی و در نتیجه نبود تناسب میان جرم و مجازات؛ نبود یک مدل و تئوری‌هنجارین واقع‌گرا و مفهومی از جرم‌انگاری و روی آوردن به تقلیدگرایی در جرم‌انگاری؛ سیاسی شدن نظام عدالت کیفری؛ تورم قوانین کیفری؛ استفاده تاکتیکی از ابزار کیفری و نبود استراتژی پاسخ و توسل به جرم‌انگاری‌های تک‌عنوانی؛ گسترش جرایم مانع و تأکید بیش از حد بر مفهوم خطر و احتمال ارتکاب جرم؛ عدم وجود مرزبندی مشخص و ملموس میان انگیزه و عقیده در جرم‌انگاری جرایم سیاسی؛ گسترش جرم‌انگاری جرایم با مسؤولیت مطلق و عدم توجه به وجود ارکان مسؤولیت کیفری و عناصر سه‌گانه جرایم در جرم‌انگاری عناوین جدید؛ جرم‌انگاری اعمال قابل گذشت؛ ورود بحث‌هایی چون ضمان و دیات در قانون مجازات اسلامی؛ درگیر کردن بیشترین فضای جامعه برای اعمالی که در کمترین فضای اجتماعی واقع می‌شوند؛ جرم‌انگاری عنوان واحد در موارد مختلف و همپوشان، به ویژه در مورد جرایم رایانه‌ای و عناوین جدید؛ مجازات‌های شدید برای اعمال ساده و عدم در نظر گرفتن اصل تناسب ارزش کیفری عمل و چگونگی و میزان دخالت حقوق کیفری؛ همپوشانی در عناوین مدنی و کیفری؛ استفاده از مجازات‌های احاله‌ای و ارجاعی و عدم توجه به مبانی جرم‌انگاری هر عمل خاص و ارزش آن و استفاده از نوعی قیاس؛ پوشش دادن اکثریت جامعه برای اعمالی که به ندرت واقع می‌شوند؛ گسترش جرم‌انگاری جرایم مربوط به حالت، چون اعتیاد؛ عدم توجه به رکن روانی در مسؤولیت کیفری و جرم‌انگاری غیر دقیق تبانی، شروع به جرم و جرایم سازمان‌یافته؛ عدم توجه به فلسفه جرم‌انگاری در جرایمی چون عدم پرداخت نفقه؛ کیفری کردن

قانون چک؛ عدم توجه به اصل حمایت کیفری برابر بر اساس اصل برابری ارزش‌ها و عدم توجه به اصل عمومیت قانون جزایی؛ پیروی نکردن قانون از یک فلسفه واحد در جرم‌انگاری اعمال مختلف؛ ابهام در مصادیق عمل جزایی و نبود تعریف مشخص برخی جرایم؛ گسترش دایره اختیارات پلیس در تعیین مصادیق عمل مجرمانه و متعدد بودن مراکز وضع و تصویب قانون جزایی.

به منظور تبیین مشکلات فراروی قانون جزایی و تلاش در راستای قرار دادن حقوق کیفری در دایره ضروری خود، ما نیازمند شناخت و ارائه مدلی از جرم‌انگاری هستیم که در عین هم‌خوانی و هم‌نوایی با واقعیت‌های جامعه، دخالت کیفری را به موارد ضروری جرم‌انگاری محدود نماید و با وجود ضرورت دخالت کیفری، میزان و کیفیت و کمیت آن نیز تابع ضرورت باشد؛ این‌که چه مجازاتی و تا چه میزان و چرا این نوع مجازات باید مورد استفاده قرار گیرد. به همین منظور، رایه یک مدل مبتنی بر اصول و معیارهایی که در یک فضای واقع‌گرا، قدرت قانون‌گذار در تصویب قوانین جزایی را به موارد ضروری محدود نماید، لازم خواهد بود. در همین ارتباط، مقاله حاضر در راستای بحث در مورد پاسخ پرسش‌های زیر نگارش یافته است: مفهوم اصل ضرورت در جرم‌انگاری چیست و جرم‌انگاری تا چه میزان ضرورت دارد؟ چرا باید فقط در ضروری‌ترین حالت‌ها به جرم‌انگاری پناه برد؟ فرایند جرم‌انگاری ضرورت‌مدار را در قالب یک مدل چگونه می‌توان ترسیم کرد؟ جایگاه ضرورت در جرم‌انگاری در حقوق کیفری اسلامی به چه صورتی است؟

الف) گستره مفهومی اصل ضرورت در جرم‌انگاری

بحث از اصل ضرورت در جرم‌انگاری مستلزم آن است که جایگاه ضرورت در تدوین قوانین مورد توجه قرار گرفته و بر این اساس، مفهوم ضرورت در جرم‌انگاری نیز تبیین شود.

1. نسبت ضرورت‌های زندگی اجتماعی و قانونگذاری:

زندگی اجتماعی و ضرورت‌های ناشی از همزیستی مسالمت‌آمیز، افراد را وادار می‌کند، در راستای تضمین همزیستی اجتماعی، در بخشی از حقوق و آزادی‌های خود، محدودیت ایجاد کنند و اولین مرحله در قاعده‌گذاری حقوقی، توجه به ضرورت‌های ناشی از این همزیستی است. فرد خارج از جامعه نیازی به قواعد حقوقی ندارد و اگر زندگی اجتماعی وجود نداشته باشد، نیازی به وضع قواعد حقوقی نیست و بنابراین، در جایی که این همزیستی نیازی به قواعد نداشته باشد، ضرورتی برای قانونگذاری نخواهد بود. در همین راستا، قانونگذار معمولاً با استناد به ضرورت‌های زندگی اجتماعی درصدد توجیه وجود قانون بر می‌آید و اولین سؤال در مورد هر قانون، با بحث از ضرورت وجود آن قاعده و مقرر می‌باشد.

با توجه به این که اصل بر اباحه و آزاد بودن است، در صورتی می‌توان از آن عبور کرد که ضرورتی وجود داشته باشد که حکم از حالت اباحه و آزادی به وضعیت محدود کردن و منع، تغییر یابد. چون آزادی شرط بقای همزیستی اجتماعی است و حیات انسان در گرو آن است که آزاد باشد، نباید در آزادی محدودیت ایجاد کرد، مگر ضرورت ناشی از زندگی اجتماعی که در قلمرو عمومی اندیشیده شده است، آن را ایجاب کند. بر این اساس، توجه به ضرورت‌های زندگی اجتماعی در قانونگذاری و جرم‌انگاری به عنوان یک قاعده کلی که مبنای ارزیابی قانون جزایی قرار می‌گیرد،

مورد توجه است. این که چرا باید ضرورت به عنوان یک اصل باشد، بر این مبنا است که ما باید برای همخوانی قانون کیفری با ضرورت‌های زندگی اجتماعی، مبنایی داشته باشیم که قانون را در چارچوب خواست‌های افکار عمومی ارزیابی کند و قانونی که منطبق با ضرورت‌های اجتماعی نباشد، قانونی بیگانه از جامعه خواهد بود و محدودیتی ناروا در حقوق و آزادی‌های فردی است و ضروری است که هر ماده قانونی از قبل نزد افکار عمومی درونی شده باشد.

2. تبیین مفهوم «ضرورت در جرم‌انگاری»:

بحث از بایدها و نبایدهای دخالت کیفری و آنچه این دخالت را توجیه می‌کند، می‌تواند در چارچوب اصول موجهه و محدودکننده دخالت کیفری بیان شود و در همین راستا بیان شده است: «اصول حاکم بر جرم‌انگاری و دخالت دولت در قلمرو استقلال فردی، به دو گروه اصول مثبت و منفی تقسیم می‌شود؛ اصولی چون اصل ضرر، اصل مزاحمت، پدرسالاری و اخلاق‌گرایی قانونی، مبنایی را در جهت دخالت دولت بیان می‌کنند، اما در اصل حقوق کیفری به عنوان آخرین راه‌حل، موضوع اساسی آن است که حقوق کیفری نباید [در حقوق و آزادی‌های فردی] دخالت کند، مگر این که جرم‌انگاری، آخرین راه‌حل و چاره کنترل و نظارت بر آن رفتار باشد. اصول منفی بیانگر آن هستند که دولت باید از دخالت خودداری کند، اما اصول مثبت، به دولت این توانایی را می‌دهد که بر مبنای یکسری از توجیهات خاص و ویژه، جرم‌انگاری کند» (Peršak, p.33). این نظر از این جهت می‌تواند قابل نقد باشد که با توجه به منطق لیبرال دو اصل ضرر و مزاحمت، اگرچه این دو اصل بیان از چگونگی دخالت در قلمرو آزادی‌های فردی دارند، اما به نظر می‌رسد بیشتر از آنکه فضا را برای دخالت

ایجاد نمایند، در دامنه دخالت، محدودیت ایجاد می‌کنند و آن را تقلیل می‌دهند. در واقع اصل ضرر بیانگر آن است که نباید دخالت کرد، مگر آنکه ضرری وارد شود و به همین صورت، اصل مزاحمت.

اصول منفی یا محدودکننده دخالت کیفری «بیانگر آن هستند که باید بیشترین دل‌مشغولی و دل‌نگرانی یک نظام قانونی، حمایت از شهروندان در برابر خواست دولت باشد، [چراکه همیشه این احتمال وجود دارد که دولت] بخواهد از طریق تحمیل اراده خود بر آنان، حقوق شهروندان را مورد تعدی و نقض قرار دهد. این اصول در واقع به شهروندان در مقابل دولت امنیت می‌دهند. از جمله این اصول [می‌توان] به اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها اشاره کرد» (Fletcher, p.207). در واقع ما در قالب این اصول به دنبال تعمیق مفاهیم و مبانی و اصولی است که دخالت دولت در حقوق و آزادی‌های شهروندان را محدود نماید. در همین راستا، می‌توان اصل ضرر را نیز در چارچوب اصول منفی و محدودکننده دخالت کیفری قرار داد.

اصل ضرورت در جرم‌انگاری بیانگر آن است که حقوق کیفری نباید دخالت نماید، مگر این که به عنوان آخرین راهکار ضروری، مجبور به استفاده از آن باشیم. دخالت کیفری در عملی که هم لازم است کنترل شود و هم قابلیت کنترل و نظارت را دارد، در صورتی موجه خواهد بود که جرم‌انگاری ضرورت داشته باشد؛ ضرورت نیز در قالب لزوم دخالت کیفری و قابلیت استفاده از ابزار جزایی در مورد آن عمل، معنا می‌یابد و در صورتی می‌توان جرم‌انگاری کرد که سایر ابزارهای غیر حقوقی غیر کیفری و حقوقی غیر کیفری، در کنترل آن عمل مؤثر نبوده و ابزار کیفری نیز بتواند در نظارت و محدود کردن آن عمل، تأثیر داشته باشد و بر این اساس، برخی از رفتارها قابلیت جرم‌انگاری را ندارند؛ زیرا یا کنترل و نظارت آنها توسط ابزار کیفری ضرورت

ندارد و یا، ابزار کیفری این قابلیت را ندارد که بتواند در محدود کردن آن رفتار تأثیر داشته باشد. باید گفت «زمانی می‌توان برای نیل به اهداف [جامعه در همزیستی اجتماعی] از ابزار کیفری استفاده کرد که [دخالت کیفری] تنها ابزار انحصاری نیل به آن اهداف بوده و استفاده از آن، ضروری باشد» (Husak, *The CRIMINAL LAW AS LAST RESORT*, p.6). بنابراین اگر سایر ابزارها بتوانند همانند حقوق کیفری یا بهتر از آن عمل کنند و در عین حال به آسانی اجرا شوند، ابزار کیفری در ردیف دوم جواز برای استفاده خواهد بود.

اصل ضرورت به چیزی بیش از نیاز به جرم‌انگاری اشاره می‌کند و آن این‌که اصل ضرورت بیانگر آن است «نباید جرم‌انگاری کرد، مگر این‌که دخالت، ضرورت داشته باشد و در ثانی این دخالت بر اساس مبانی و اصول بوده و همچنین مؤثر باشد» (Jareborg, p.521). حقوق کیفری دارای فلسفه ویژه خود می‌باشد و تا زمانی که این موضوع مورد تحلیل قرار نگیرد، در تعلق رفتارها به حقوق کیفری همیشه می‌توان شک کرد و در صورتی که در میدان عمل، رفتاری توسط سایر ابزارها کنترل نشد، استفاده از ابزار کیفری در صورتی خواهد بود که رسالت و فلسفه حقوق کیفری در آن عمل نمود یابد و صرف عدم موفقیت سایر ابزارها، توجیه‌کننده استفاده از ابزار کیفری نخواهد بود.

از طرف دیگر، در صورتی می‌توان از ابزار کیفری استفاده کرد که مرز میان اعمال قابل کنترل و لازم به کنترل را از هم باز شناخت و علاوه بر این ابزار کیفری بتواند مؤثرتر و کاراتر از سایر ابزارها عمل کند و از طرف دیگر عملی که جرم‌انگاری می‌شود باید قابلیت تطبیق به وسیله ابزار کیفری را داشته باشد. فرض اول در نبود جایگزین بهتر برای ابزار کیفری، مبتنی بر برداشت سطحی از مفهوم ضرورت و نیاز

است. بحث این نیست که اگر جایگزینی بهتر نبود، ابزار کیفری می‌تواند دخالت کند و بلکه باید گفت که حقوق کیفری نباید دخالت کند، مگر این‌که عبور از مبانی و معیارهای محدودکننده جرم‌انگاری را توجیه کرده باشد. این دخالت تا آنجایی ضروری خواهد بود که نیل به اهداف مورد توجه - که روشن و آشکار نیز باید باشند - جز از طریق ابزارهای غیر کیفری یا دخالت کیفری محقق نشود و تضمین همزیستی اجتماعی و استمرار و تداوم نظم عمومی مستقر در جامعه، بدون جرم‌انگاری ممکن نباشد.

ب) تبیین مبانی اصل ضرورت در جرم‌انگاری، محدودیت‌های دخالت کیفری، فرایند جرم‌انگاری

بحث از ضرورت‌مداری در جرم‌انگاری مستلزم آن است که ابتدا این مسأله مورد بررسی قرار گیرد که چرا جرم‌انگاری باید آخرین راهکاری باشد که در حالت ضرورت از آن استفاده کرد و بر این اساس، مبانی اصل ضرورت در جرم‌انگاری را چگونه می‌توان تحلیل کرد؟ همچنین با توجه به این‌که اصل ضرورت، بر بایدها و نبایدهای جرم‌انگاری تأکید می‌کند و اصل را بر عدم دخالت در حقوق و آزادی‌های فردی قرار می‌دهد، لازم است محدودیت‌های عام وارد بر دخالت کیفری تبیین شده و سپس، فرایند جرم‌انگاری ضرورت‌مدار در چارچوب یک مدل هنجارین، ترسیم و تحلیل شود.

1. مبانی اصل ضرورت در جرم‌انگاری:

این‌که چرا باید جرم‌انگاری در چارچوب ضرورت‌های همزیستی اجتماعی باشد، بر مبانی حق فرد بر محدود بودن دخالت کیفری و نیز تأکید بر آزادی فردی است. به

خاطر این که ما در محدوده ضروری جرم‌انگاری باقی بمانیم و نیز افراط در جرم‌انگاری را محدود کنیم، حقوق کیفری، نیازمند تبیین مبانی، اصول و استانداردهایی است که حوزه موجه آن را مشخص کند. «بسیاری از افرادی که اندیشه حقوق کیفری را در سر دارند، بر این باورند که حقوق کیفری اصولاً نباید دامنه گسترده‌ای داشته باشد، فارغ از این که آیا در جرم‌انگاری افراط شده باشد یا خیر» (Tadros, p.1). اگرچه ضرورت‌مداری در جرم‌انگاری، افراط در استفاده از ابزار کیفری را محدود می‌کند، اما توجه اساسی آن به محدود ماندن حقوق کیفری در چارچوب ضروری خود می‌باشد و به عنوان یک فرضِ مبنایی باید گفت «دولت نباید به هیچ‌وجه دخالت کند، اگر دخالت ضرورت داشت، حمایت، یاری و کمک، مراقبت، [جبران خسارت توسط] بیمه و قراردادهای حل و فصل بر استفاده از ابزارهای اجباری اولویت دارند. اگر پاسخ‌های اجباری ضرورت داشت، لازم نیست که حتماً در قالب ضمانت اجرا بیاید. اگر ضمانت اجرا ضرورت داشت، ضمانت اجراهای مدنی [حقوق خصوصی] بر ضمانت اجرای اداری اولویت دارند» (Jareborg, p.524). چه این که ضمانت اجرای کیفری علاوه بر سرزنش عمومی، احساس حقارت و سرخوردگی را در مرتکب ایجاد خواهد کرد. این امر، هم در نگاه جامعه به وی و هم در احساس درونی خود مرتکب نمود می‌یابد و این از جمله تفاوت‌های ضمانت اجرای کیفری با غیر آن است.

آزادی فردی موضوعی است که قبل از ورود فرد به زندگی اجتماعی وجود دارد و همراه با ورود به زندگی اجتماعی و در ضمن همزیستی مسالمت‌آمیز نیز، استمرار می‌یابد. فرد در خارج از زندگی اجتماعی آزاد است و محدودیت زمانی موجه خواهد بود که به خاطر تضمین همزیستی مسالمت‌آمیز در بخشی از آزادی‌های خود و در جزئی از آن بخش، محدودیت را بپذیرند و این محدودیت به خاطر استمرار و تداوم

زندگی اجتماعی است. همچنین فرد دارای این حق است که در راستای برخورداری از آزادی‌های فردی، محدودیت‌ها محدود باشند و حالتی استثنایی داشته باشند. فرعی بودن حقوق کیفری، بیان از استثنائی بودن آن دارد و این که در حل مشکلات جامعه و محافظت از خیر عمومی، حقوق کیفری ابزار اولیه و اصیل نیست، بلکه تقدم با سایر ابزارها است و جرم‌انگاری باید در مرحله نهایی مورد توجه باشد.

بحث از مبنای اصل ضرورت در آن جا اهمیت می‌یابد که به این امر توجه داشته باشیم افراط در جرم‌انگاری و خروج از دایره ضروری جرم‌انگاری، حقی بنیادین از افراد را خدشه دار می‌کند و آن، حق فرد بر محدود بودن جرم‌انگاری است و بر مبنای این حق، افراد جامعه حق دارند که در معرض دامنه کمتری از مجازات کیفری باشند. «مبنای این اصل نیز آن است که حقوق کیفری نباید دامنه و گستره وسیعی از رفتارها را دربرگیرد» (Husak, Op.cit, p.6). محدود بودن دایره تکالیف در برابر گسترده‌گی حقوق، استثنایی بودن دخالت حقوقی در مقابل دخالت غیر حقوقی و کمینه بودن دخالت کیفری در مقابل دخالت‌های دیگر، تحلیل از مجازات به عنوان یک شر ضروری، فرعی بودن حقوق کیفری، اصل اباحه، اصل تصرف، قاعده سلطه، اصل بر آزادی، حق فرد بر برخورداری بودن و استفاده کردن از مواهب زندگی می‌تواند مبنایی باشد برای این که بتوان گفت که جرم‌انگاری حالتی استثنایی برای دخالت در موارد حداقلی و در چارچوبی ضرورت‌مدار است. در راستای حق فرد بر محدود بودن جرم‌انگاری، بیان شده است که به طور کلی می‌توان «سه موضوع را خارج از محدوده حقوق جزایی قرار داد؛ اموری که عمل بدان مورد ملامت قرار نمی‌گیرد، مگر به وسیله وجدان. دوم، مواردی که دولت با اعمال قدرت کمتری که برای مجازات لازم است، می‌تواند در آن مداخله کند و سوم، مواردی که حقوق مدنی ضمانت‌اجرایی کافی برای

آن قائل شده است» (گارو، بی‌تا، 69) نحوه بیان به گونه ای است که انگار حقوق کیفری محدود نیست جز در سه مورد؛ در حالی که حقوق کیفری محدود است، مگر در موارد استثنا و باید گفت منظور این است که سه مقوله فوق از حوزه حقوق کیفری خارج است و در غیر این صورت یا با افراط و یا با تفریط در جرم‌انگاری روبرو خواهیم بود.

باید به این نکته توجه کرد که «تمامی جرم‌انگاری‌ها و مجازات‌ها با این حق [حق فرد بر محدود بودن جرم‌انگاری یا حق بر مجازات نشدن] برخورد دارند و باید عبور از آن را توجیه نمایند» (Husak, *Overcriminalization; The Limits of the Criminal Law*, p.156) و این عبور موجه نخواهد بود، مگر این که گذار از این حق و ورود به گستره حقوق کیفری ضرورت داشته باشد و در غیر این صورت، این حق اساسی فرد نقض شده است. چه این که جرم‌انگاری فی حدنفسه و ازدیاد در تعداد آن، بیشترین هزینه را در روان جامعه ایجاد خواهد کرد. این که چرا باید جرم‌انگاری آخرین راه‌حل باشد، با این پاسخ اولیه و اصیل می‌تواند روبرو باشد که چون فرد دارای این حق اساسی است که از بیشترین میزان از آزادی‌ها برخوردار باشد و بر همین اساس جرم‌انگاری در قالبی محدود و برای موارد ضروری باشد.

بر این اساس، باید در مورد اعمال لازم به کنترل و قابل برای نظارت، سایر ضمانت‌اجراها کافی و مؤثر نباشند و حقوق کیفری، در حمایت از ارزش‌ها، نقشی فرعی دارد و نمی‌توان، حمایت از همه ارزش‌ها را از طریق استفاده از ابزار کیفری محقق کرد. در همین ارتباط بیان شده است که «محرومیت از آزادی در صورتی موجه خواهد بود که به عنوان آخرین راه‌حل و برای مواقع اضطراری باشد» (Ashworth in McSherry, p.102). باید این را نیز بیان کرد که وضع هر محدودیت، یعنی عبور از

حق فرد و در صورتی می‌توان گفت محدودیت موجه است که عبور خود از آن حق را توجیه نماید. حقوق کیفری باید شهروندان را به عنوان افرادی که حق انتخاب دارند، بپذیرد؛ شهروندانی که میان خواستن و توانستن آنان عاملی غیر موجه وجود نداشته باشد. پذیرش جرم‌انگاری ضرورت مدار بر مبنای «مفهومی فردگرایانه و نیز حداکثر رهایی و آزادی در انتخاب است» (Ashworth, Principle of Criminal Law, p.55). در همین راستا می‌توان گفت در صورتی می‌توان اقدام به جرم‌انگاری کرد که «اطمینان از عدم کارایی سایر ابزارها و کارایی ابزار کیفری باید در امر جرم‌انگاری لحاظ شود. نتایجی که از طریق جرم‌انگاری به دست می‌آید، نباید بد یا بدتر از وضعیتی باشد که آن عمل بدون جرم‌انگاری در بردارد» (Ibid, p.27) این تحلیل مبتنی بر در نظر گرفتن فایده جرم‌انگاری است. اما در برخی موارد، جرم‌انگاری خود هزینه‌ای غیر موجه را بر جامعه بار می‌کند که انجام آزادانه آن عمل هزینه‌ای را برای جامعه ندارد و بلکه موجه نیز هست. بنابراین فارغ از هزینه‌ها و نیز جدا از بحث تأثیرگذاری ابزار جزایی، «حقوق کیفری باید در حداقل خود نگه داشته شود» (Ibid, p.28). بر این اساس، صرف اساسی بودن ارزش و بنیادین بودن آن، نمی‌تواند دلیلی برای دخالت کیفری باشد؛ گاه ضررهای جدی و مهم و بسیار با اهمیت از طریق جبران خسارت مدنی برآورده می‌شوند و برخی از اعمال مورد توجه حقوق مدنی، جزو ارزش‌های اساسی هستند. باید در کنار توجه به اساسی و بنیادین بودن ارزش، با شناخت مجازات‌ها و نیز عدم موفقیت سایر ابزارها و در قالب استراتژی پاسخ و نیز مهندسی نظام عدالت کیفری، جایگاه حقوق کیفری در این میان مشخص گردد و در چارچوب یک نمودار عمودی، حرکت رفتارها در مسیر استراتژی‌های پاسخ بیان گردد.

در راستای تأکید بر ضرورت محدود بودن جرم‌انگاری بیان شده است که مسأله اقتدار مانند مسأله مالیات است «هر فردی موافق است که از بخشی از دارایی خود برای تأمین هزینه‌های عمومی بگذرد، زیرا می‌داند هدف این کار تضمین بهره‌مندی‌های آرام او از باقی‌مانده دارایی‌اش است. به همین سان هر فردی موافق است تا از بخشی از آزادی خود بگذرد تا بقیه آن تضمین شود، اما اگر قدرت بر همه آزادی‌ها چنگ اندازد، چنین گذشتی بی‌معنا می‌گردد» (کنستان، 1389: 81) بر این اساس، تأکید و تعمیق حقوق اساسی فرد که در هر حال و در قالب هر محدودیتی که باشد، موضوعی اساسی است که حقوق کیفری نمی‌تواند بدون توجه به آن بحث از محدودیت‌ها داشته باشد.

2. تبیین محدودیت‌های دخالت کیفری:

بی‌تردید بحث از اصل ضرورت در جرم‌انگاری با بحث از محدودیت‌های دخالت کیفری همراه است و در عین حال، اصل ضرورت، قواعدی را در جهت بایدها و نبایدهای دخالت کیفری مطرح می‌نماید. به منظور تبیین مدل جرم‌انگاری ضرورت‌مدار، لازم است که محدودیت‌های وارد بر دخالت کیفری که در قالب قواعد یا اصول دخالت کیفری بحث می‌شوند، مورد توجه باشد. از جمله این قواعد می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

2-1. تناسب دخالت کیفری با میزان قبح اجتماعی و سرزنش عمومی عمل:

یکی از وجوه حقوق و آزادی‌های فردی آن است که فرد تا میزانی که لازم است باید پاسخگوی جامعه باشد. بر این مبنا، باید پیوند میان وضع محدودیت‌ها و سرزنش و قبح عمومی عمل، آشکار باشد. هم عمل آنقدر دارای سرزنش باشد که استفاده از

ضمانت اجرای کیفری برای آن ضرورت باشد و هم تناسب سرزنش عمومی عمل و مجازات باید مورد توجه قرار گیرد. باید گفت شدت سرزنش عمومی شرط لازم و نه کافی است. شدت سرزنش به وضعیت و جایگاه ارزش‌ها، میزان ضرر و غیر اخلاقی بودن بستگی دارد و به گونه‌ای می‌تواند بیان از ارزش کیفری عمل داشته باشد. از طرف دیگر واکنش جامعه در مقابل عمدی بودن و غیر عمدی بودن و میزان تقصیر فرد متفاوت است. سرزنش عمومی در قالب نیاز به جرم‌انگاری و ممنوعیت عمل می‌تواند معنا پیدا کند و «یک اقدام در صورتی نیاز است که ابزارها و اقدامات دیگری که با هزینه کمتر یا با اجبار کمتر بتواند به آن هدف یا اهداف نایل شد، مؤثر نباشند. در وضعیت‌ها و حالت‌های اساسی، ارزیابی نیاز و فراهم کردن اقدامات لازم برای نیل به اهداف، مشکل نیست. هدف در اینجا کنترل آن اعمال در یک سطح قابل قبول است. اما باید گفت که سطح قابل قبول چیست و هدف جرم‌انگاری چیست؟ کمتر به این امر توجه شده است که استفاده از مجازات چه زمانی مناسب و منصفانه است؟» (Jareborg, p.528) این که چه زمانی و برای چه عملی نیاز به جرم‌انگاری وجود دارد، در بیشتر موارد مبهم است و بر این اساس، بحث از عنصر نیاز، بدون توجه به سایر دلایل چون ارزش کیفری عمل و این که نیاز به جرم‌انگاری به صورتی است که بدون دخالت کیفری، نیل به اهداف اجتماعی غیر ممکن یا سخت باشد، در تدقیق مفهوم نیاز مؤثر است. سرزنش عمومی عمل، بر اساس بازگشت این مفهوم به افکار عمومی و ضرورت‌های ناشی از همزیستی مسالمت‌آمیز است.

2-2. وجود منافع اساسی در جرم‌انگاری:

قانون کیفری نباید در امور جزئی و کم ارزش دخالت کند. باید منافع و ارزش‌های اساسی مورد حمایت باشند و بدیهی است، صرف اساسی بودن، دلیلی برای مداخله

کیفری نیست و بلکه در صورتی می‌توان دخالت کرد که با اصول و مبانی ضرورت در جرم‌انگاری هم‌خوانی داشته باشد. این اصل بیانگر آن است که حقوق کیفری باید اعمالی را جرم‌انگاری نماید که به منافع و ارزش‌های اساسی ضرر وارد کند یا آن‌ها را تهدید می‌کنند. این اصل می‌تواند بیانگر ارزش کیفری عمل باشد. تشخیص و تعیین میزان با اهمیت بودن و تکیه بر واکنش جامعه در این می‌تواند مهم باشد. مثلاً حمایت از نهاد خانواده در قالب قوانین ازدواج و طلاق، به نظر می‌رسد آنقدر اساسی هم باشد، ولی از ابزارهای مدنی برای حفظ آن استفاده می‌شود. به نظر می‌رسد که باید میان اساسی بودن ارزش و ذکر آن در قانون اساسی تفاوت قائل شد و وجود امر در قانون اساسی شاید بتواند به عنوان یک معیار مطرح شود، اما آنچه که باید اساسی تلقی شود به حوزه سرزنش اجتماعی و ضروریات زندگی اجتماعی برمی‌گردد و آنقدر اساسی است که بدون استفاده از ابزار کیفری، در اندام‌واره قرارداد اجتماعی مبتنی بر همزیستی مسالمت‌آمیز مردم، گسست ایجاد شود.

2-3. برخورد برابر با همه شهروندان بر اساس اصل عمومیت قانون کیفری:

برابری رکن اساسی تداوم همزیستی اجتماعی است. قانون‌گذار در صورتی می‌تواند از ابزار کیفری استفاده کند که «موضوع حمایت شده، برای همه شهروندان دارای ارزش اساسی باشد» (Lacy, p.110). بر این اساس باید منافع کلی همه شهروندان به صورت برابر مورد توجه بوده و نه فقط یک اکثریت خاص مد نظر باشد و در عین حال، این حمایت به صورت برابر از همه ارزش‌ها باشد. در این ارتباط مینا نیز این است که اگر ارزش حمایت شده از آن همه افراد و گروه‌های جامعه نباشد، در این صورت مورد حمایت همه نیز نخواهد بود. همه افراد جامعه باید سهم خود را در قانون کیفری بازیابند و در غیر این صورت، آنان با قانون کیفری احساس بیگانگی خواهند کرد.

قانون کیفری نمی‌تواند منافع یک بخش از جامعه را نادیده بگیرد و در واقع سیل مجرمانه را به طرف آن‌ها سوق دهد. در راستای توجه به اصل فوق، برخورد برابر با همه شهروندان باید در قانون کیفری تبلور یابد.

2-4. توجه به مبانی و آثار اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها:

بر اساس این اصل در جامعه فقط باید یک نهاد قانون‌گذاری وجود داشته باشد. این اصل برگرفته از ارزش‌هایی چون مشارکت دموکراتیک جامعه و نیز استقلال عمومی مردم دارد؛ بر این اساس که برای تحقق مشارکت دموکراتیک مردم و نیز احترام به استقلال و اختیار عموم مردم و نیز وجود فضایی برای پیش‌بینی و برنامه‌ریزی برای زندگی، مردم باید از فرایند و روندی که اعمال را محدود می‌کند، آگاه باشند. هر یک از اعضای جامعه دارای این حق هستند که در مورد این‌که چه چیزی باید جرم‌انگاری بشود، قانون‌گذار را تحت تأثیر دیدگاه‌ها و خواست‌های خود قرار دهند و در سطح عمومی، این حق به صورت جمعی برای همه شهروندان خواهد بود. وجود یک مرجع واحد در جرم‌انگاری به دلیل مبانی تفکیک قوا ضروری است و زبان حقوق و ادبیات اخلاقی باید با هم تفاوت داشته باشد، چراکه کارکردهای این دو باهم تفاوت دارد. «حقوق به عنوان نهادی اجتماعی، باید از نهادهای مذهب و سیاست، استقلال نسبی داشته باشد. چه این‌که هر دو، جهت‌گیری ارزشی و جزمی دارند و مشتمل بر تصمیماتی در خصوص کل نظام اجتماعی‌اند، که در عین ارتباط، باید مستقل و جدا از آن‌ها باشد.» (علیزاده، 1387: 352) بر این اساس زبان قانون‌گذار نباید شیوه ادبیات اخلاقی بوده و بلکه با زبان حقوقی و قابل فهم برای افراد باشد.

2-5. وجود توازن در ارزش‌های مورد حمایت:

گاه در قوانین کیفری اعمالی جرم‌انگاری می‌شوند که کم‌اهمیت بوده و دارای ارزش اساسی و بنیادین نمی‌باشند و در همین راستا بیان شده است یکی از مسائل اساسی این است که باید در میان مجازات‌های مطرح در قانون کیفری یک هارمونی و توازن وجود داشته باشد (MONTESQUIE, p.130). جرم‌انگاری باید از یک استراتژی و راهبرد خاص پیروی کند و به دنبال تحقق هدف واحد باشد. از طرف دیگر باید سطح ارزش‌هایی که در قانون کیفری مورد حمایت قرار می‌گیرند، به نوعی از همسانی را داشته باشند؛ به این معنا که نمی‌توان در کنار ارزش‌های ضروری و حیاتی، مجازات کیفری را برای اموری که ساده هستند و در واقع با سایر ابزارها کنترل و نظارت می‌شوند یا نیازی به کنترل و نظارت را نیز ندارند، قرار داد.

در همین راستا می‌توان گفت وجود یک منطق عقلانی که بر کل قانون کیفری حکمفرما باشد، ضروری است. «حقوق عقلانی، منطقی دارد که هم به طرزی سامان‌مند، همه عناصر تشکیل‌دهنده حقوق را به هم مرتبط می‌کند و هم آن‌ها را دقیقاً تعریف می‌نماید؛ به صورت آگاهانه نظم یافته و به طور نظام‌مند در قالب مفاهیم انتزاعی و آیین دادرسی صوری بیان شده است؛ این ساختار حقوقی و قضایی، در یک قلمرو کلی می‌کوشد قضاوت را غیر شخصی کند تا اقدامات و نتایج حاصل از آن، قابل محاسبه و پیش‌بینی باشد» (همان: 100). بنابراین قانون کیفری باید از یک خط‌مشی کلی تبعیت کند که بر اساس آن، فقط رفتارهایی که ارکان اساسی همزیستی مسالمت‌آمیز را خدشه‌دار می‌کنند، منع شوند و نه این‌که برخی از رفتارهای کم‌اهمیت را که خدشه‌ای به نظم عمومی وارد نمی‌کنند را جرم‌انگاری نماید.

ج) فرایند دخالت کیفری در چارچوب مدل جرم‌انگاری ضرورت‌مدار:

باتوجه به این‌که اصل ضرورت در جرم‌انگاری باید‌ها و نبایدهای دخالت کیفری را مورد توجه قرار می‌دهد، لازم است که قبل از ترسیم و تبیین مدل جرم‌انگاری ضرورت‌مدار، به جایگاه مدل‌های هنجارین جرم‌انگاری اشاره شده و سپس مدل جرم‌انگاری ضرورت‌مدار ترسیم و تحلیل خواهد شد.

1. جایگاه مدل‌های هنجارین در محدودیت استفاده از ابزار کیفری:

خواست دولت برای دخالت کیفری کافی نخواهد بود، مگر این‌که کفه‌دلایل به نفع جرم‌انگاری سنگین‌تر از دلایل علیه جرم‌انگاری باشد. میزان این توجیه بسته به نوع محدودیت و ارزشی که آن عمل دارد، فرق خواهد کرد و جرم‌انگاری به عنوان شدیدترین حالت دخالت در حقوق و آزادی‌های فردی، بیشترین توجیه را می‌طلبید. بحث از محدودیت جرم‌انگاری باتوجه به این مسأله اساسی است که «همه اعضای جامعه موضوع بالقوه مجازات هستند» (Lacey, p.2). احتمال این‌که هر یک در معرض مجازات قرار بگیرند وجود دارد؛ بنابراین جرم‌انگاری تک‌تک عناوین مجرمانه نیازمند توجیه است و در عین حال، ما نیازمند وجود استانداردها و معیارهایی هنجارین برای جرم‌انگاری هستیم. برخورد هنجارین با سؤال از این‌که جرم چیست، «به دنبال این است که در ویژگی‌های یک رفتار، دلایلی را بیابد که برخورد با آن رفتار به عنوان جرم را توجیه نماید» (Jean-Paul, p.3). قانون‌گذار باید جامعه را به این اقناع برساند که بدون جرم‌انگاری آن عمل خاص، تضمین همزیستی مسالمت‌آمیز ممکن نخواهد بود. بنابراین رفتاری که در قلمرو حقوق کیفری قرار می‌گیرد، باید یکسری از شاخصه‌ها را داشته باشد که در راستای تضمین نظم عمومی موجود در جامعه تعریف شود.

برخی بر این باورند که هر شیوه‌ای از جرم‌انگاری، باید بر اساس تئوری‌یی از اخلاق عمومی باشد؛ زیرا جرم‌انگاری با اخلاق و ارزش‌های جامعه پیوند دارد و با توجه به این که جرم‌انگاری، صرفاً اقدامی قانونگذارانه نیست و بلکه شکلی از ارزش‌گذاری عمومی و اجتماعی در ارتباط با انتساب ارزش به یکسری از رفتارهای انسانی است، بیش از یک رویکرد توصیفی، دیدگاهی هنجارین را می‌طلبند (Peršak, p.13).

در همین راستا، برای این که بایدهای فرایند جرم‌انگاری تحلیل گردد، «ما بدون وجود یک تئوری هنجارین نخواهیم توانست که بگوییم در چه مواردی حقوق کیفری و جرم‌انگاری لازم بوده است یا [ضروری] نبوده است. حتی اگر به این امر هم قایل نباشیم که جرم‌انگاری در زمان فعلی در کمیت و کیفیت خود دچار افراط شده است، برای این که حقوق کیفری و جرم‌انگاری در چارچوبی معقول و مبتنی بر یک استاندارد قرار گیرد، لازم است که ما در قالب یک تئوری، گستره جرم‌انگاری را مشخص کنیم» (Husak, Overcriminalization; The Limits of the Criminal Law, p.4).

تئوری هنجارین دو موضوع را مورد بحث قرار می‌دهد؛ «حقوقی که باید آن‌چنان باشد که لازم است باشد و دوم، این مسأله را تبیین می‌کنند که حقوق و قانون چیست» (Raz, p.324). به نظر می‌رسد منظور از حقوقی که باید آن‌چنان باشد که لازم است، منظور تطبیق قانون موجود بر بایدهای قانونگذاری است و نه این که حقوق در ماورای فهم جامعه تصور شود. بنابراین تئوری جرم‌انگاری باید محتوا و نیز کارکردهای حقوق کیفری را مورد توجه قرار دهد و تا زمانی که مشخص نشود فلسفه و کارکرد حقوق کیفری چیست، نمی‌توان معماری‌یی از جرم‌انگاری را طراحی کرد و این امر، «در اساس نیازمند وجود یک تئوری سیاسی برای تبیین وظایف دولت است»

(Duff, *Theorizing criminal law*, p.366). این موضوع نیز در گرو وجود یک تئوری از حق‌ها است و بر مبنای آن، حقوق اساسی و بنیادین فرد مشخص شود و نقش حمایتی حقوق کیفری و امکان‌سنجی حدود مداخله در آن مورد بحث قرار گیرد.

تئوری جرم‌انگاری باید مفاهیم و مبانی مورد توجه در جرم‌انگاری را مورد توجه قرار داده و در ثانی «حقوق کیفری معتبر و مشروع را مورد تحلیل قرار دهد و چرایی و چگونگی مبانی و اصول توجیهی دخالت کیفری را بیان نماید؛ در غیر این صورت، نوعی دگماتیسم حقوقی بر حقوقدان کیفری غالب خواهد شد و تئوری جرم‌انگاری برای پرهیز از این نگرش محدود و مضیق به حقوق کیفری و نیز [دوری از] شکل‌گرایی و صورت‌گرایی، باید تحلیل مبانی جرم‌انگاری را مورد توجه قرار دهد.

همچنین ارزیابی و توجیه اهداف، دلایل و مبانی استدلالی، روش‌ها، مفاهیم و نتایجی که مبتنی بر این اهداف است [از جمله کارکردهای تئوری جرم‌انگاری است]» (Peczenik, p.31) این امر مستلزم آن است که از نگاهی چندجانبه و فراگیر موضوع جرم‌انگاری تحلیل شود. بنابراین، در مورد عملی بودن قانون جزایی، باید میان سه مرحله از مشورت در مورد این که چه رفتاری باید جرم‌انگاری شود، تفاوت قایل شد؛ «مرحله اول، در بخش اصول است که بر اساس آن باید بحث کرد که کدام نوع از اعمال، در اصل و ماهیت خود، قابل جرم‌انگاری کردن است. آیا ما دلیل خوبی برای جرم‌انگاری این عمل داریم. در مرحله دوم، ملاحظه مبتنی بر برابری اصول است و در واقع دلایل علیه جرم‌انگاری و دلایل به نفع جرم‌انگاری را در مقابل هم قرار می‌دهیم. مرحله سوم، به عملی بودن و هزینه‌ها مربوط می‌شود؛ این امر هم شامل هزینه‌های مادی و هم اخلاقی خواهد بود» (Duff, *The Boundaries of the Criminal Law*, p.12). یک تئوری هنجارین دو مسأله را باید مورد توجه قرار دهد؛

علاوه بر نیاز به بحث در مورد اصول و معیارهایی که با رجوع به آن‌ها، قانون‌گذار باید تصمیم بگیرد که کدام عمل را کیفری قلمداد کند، همچنین باید اهداف، اصول و ارزش‌هایی را مورد بحث قرار دهد که سایر جنبه‌ها و روش‌هایی که حقوق کیفری را اجرا می‌کنند. «نیز این تئوری باید در مورد نیاز ما در مورد تعریف، طبقه‌بندی و مشخص کردن جرایم بحث کند.» (Ibid, p.14) بر این اساس برای شناخت و اجرای دقیق هر کدام از محدودیت‌های جرم‌انگاری، باید چهار مرحله را از هم باز شناخت؛ «ابتدا این‌که هر محدودیت را بشناسیم و آن را به صورت دقیق تعریف و تعیین کنیم، سپس از آن دفاع نماییم و چرایی وجودی این محدودیت را بیان کنیم و این‌که چرا این محدودیت باید باشد. بعد از آن، هر محدودیت و جوانب آن را تبیین کرده و سپس هر محدودیت را اعمال کرد. باید این مراحل چهارگانه را نسبت به هر عمل به طور خاص تطبیق دهیم. بر این اساس، باید میزان ضرر، شدید بودن، سرزنش عمومی عمل و سزاواری آن را برای پاسخ کیفری مورد تحلیل قرار دهیم» (Husak, Op.cit, p.91). در این حالت دلایل له و دلایل علیه جرم‌انگاری مورد بحث قرار می‌گیرند و علاوه بر آن، بحث در مورد ماهیت هر دلیل و موجه بودن آن، خود مسأله‌ای اساسی است و یکی از مسائل مورد توجه حقوقدان کیفری در بحث از عنصر قانونی هر جرم، باید توجه به فلسفه جرم‌انگاری آن عمل باشد و این‌که آیا این محدودیت در راستای تضمین همزیستی اجتماعی است یا خیر.

2. ترسیم مدل جرم‌انگاری ضرورت‌مدار و تحلیل آن:

جامعه، دولت و قانون‌گذار باید برای برخورد با ناهنجاری‌ها و آسیب‌های اجتماعی، استراتژی پاسخ را تدوین کنند و در این راستا، سهم حقوق کیفری نیز در

پاسخگویی به آن چیزی که جامعه از آن توقع دارد، مشخص باشد و بحث از اصل ضرورت در جرم‌انگاری بدون وجود استراتژی پاسخ موفق نخواهد بود. چگونگی استفاده از ابزارهای مختلف در موقعیت‌های متفاوت، هم منوط به این است که قانونگذار تئوری‌یی هنجارین از جرم‌انگاری داشته باشد و هم فلسفه حقوق کیفری مورد توجه باشد. در همین راستا بیان شده است «یک تئوری جامع جرم‌انگاری باید لیستی از دلایل له یا علیه جرم‌انگاری یک عمل را داشته باشد. بسیاری از تئوری‌ها بر بخش اول، یعنی دلایل به نفع جرم‌انگاری تأکید کرده‌اند» (Husak, *The Criminal Law As Last Resort*, p.9).

در حالی که اصل ضرورت در جرم‌انگاری اصل را بر این قرار می‌دهد که باید این فرض را مبنایی قرار دارد که حقوق کیفری نباید دخالت کند و اگر در چارچوب استراتژی‌های پاسخ، عملی لازم و قابل به دخالت و کنترل و نظارت بود، باید مراحل را طی کند. هر مرحله بر مرحله دیگر پیشینی بوده و عبور از آن در صورتی خواهد بود که دلایل به نفع عبور نسبت به دلایل عدم گذر از آن مرحله، در اقل افکار عمومی جامعه قوی‌تر و محکم‌تر باشد. از طرف دیگر، اصل ضرورت قائل به طبقه‌بندی مراحل است و این بدان معنا است که برخی اعمال فقط با ویژگی‌های یک طبقه همخوانی دارند و نمی‌توان از انتقال آن اعمال به دیگر مراحل سخن گفت؛ چراکه عمل یا توسط مرحله بعدی قابل کنترل نیست و با فلسفه آن همخوانی ندارد و یا قابلیت این نظارت را ندارد و بر این اساس می‌توان از ویژگی انتقال‌ناپذیری برخی از اعمال سخن گفت. مثلاً دروغگویی محض این قابلیت را ندارد که به وسیله ابزار کیفری، محدود شود و فقط در سطح نصایح اخلاقی است که قابلیت نظارت را دارد. در همین راستا ابتدا مدل هنجارین جرم‌انگاری ضرورت‌مدار ترسیم شده و سپس تحلیل خواهد شد.

(On Criminalization, p.64). مدل فوق، برخی از اصول اقتدار دولتی چون پدرسالاری و اخلاق‌گرایی و کمال‌گرایی و امنیت‌گرایی را مورد توجه قرار نمی‌دهد و بلکه این اصول را مغایر با بحث از درونی شدن حقوق کیفری در جامعه می‌داند و بر اقناع افکار عمومی در محدودیت‌ها تمرکز می‌نماید. در عین حال در مورد تأثیر ضرر در دخالت کیفری، معیارهای دیگری غیر از ضرر را نیز لازم می‌داند و جرم‌انگاری را بر اساس نگاهی چندبعدی ارزیابی می‌کند. در تبیین مدل جرم‌انگاری ضرورت‌مدار که بیانگر خط‌مشی جرم‌انگاری است، مسائل ذیل قابل ذکر است.

1. مدل جرم‌انگاری فوق، به صورت دایره در دایره طراحی شده است و بیانگر آن است که هرچه به طرف جرم‌انگاری حرکت می‌کنیم، محدودیت‌های بیشتری بر دخالت کیفری وجود دارد و به همین دلیل نیز، دایره‌نهایی که حوزه حقوق کیفری است، خیلی محدودتر از دیگر حوزه‌هاست و در واقع، جرم‌انگاری، استثنا بر استثنایی بر استثنا است. برای توجیه جرم‌انگاری گذر از هر یک از مراحل فوق، مورد توجه است و هر رفتار باید با خصوصیت هر مرحله انطباق داده شود. به صرف عدم تأثیرگذاری راهکار موجود در هر مرحله، نمی‌توان به مرحله دیگر وارد شود، مگر این‌که قرار گرفتن عمل در آن حوزه، با مبانی، اصول، فلسفه و کارکردهای آن مرحله، همخوانی داشته باشد. بنابراین اگر رفتاری با راهکار مدنی کنترل نشد، نمی‌توان بیان از آن داشت که حقوق کیفری می‌تواند ابزار مناسبی باشد و بلکه قرار گرفتن عمل در هر مرحله با لزوم و چرایی قرار گرفتن، قابلیت تأثیرگذاری ابزار و امکان تحقق فلسفه موجود در آن مرحله خواهد بود.

2. آزادی فردی و حق حیات پایه همزیستی اجتماعی است و بهای تقویت مصلحت جمعی از محدودیت در حقوق و آزادی‌های فردی، پرداخته می‌شود. ایجاد هر

محدودیت اخلاقی، اجتماعی و حقوقی با حقوق و آزادی فردی برخورد خواهد داشت و در کنار آزادی، اصل بر این است که استفاده از همه امکانات زندگی، در حالت اباحه قرار دارد و آزادی فردی، مستلزم این است که کسی بر دیگری سلطه و ولایت نداشته باشد.

3. در صورتی که جامعه (افکار عمومی که متشکل از همه شهروندان است) بخواهد در رفتار فرد دخالت کند، با توجیحات موجود در دایره دوم، می‌تواند عبور از دایره اول را توجیه کند. در دایره دوم، بحث از برخی اعمال است که در حوزه خصوصی فرد قرار نمی‌گیرد و بلکه به روابط اجتماعی - اخلاقی میان افراد جامعه خدشه وارد می‌کند. در این حالت، رفتاری که دارای ویژگی‌های موجود در آن مرحله باشد، می‌تواند در قالب نصیحت کردن یا تذکر دادن و سایر راهکارهای مؤثر در تعمیق رفتارهای اخلاقی، باشد. بدیهی است در این مرحله، باید میان بد دانستن و دخالت کردن تفاوت قایل شد؛ چراکه ممکن است رفتاری از نظر برخی یا حتی از نظر جامعه بد باشد، ولی به علت قرار گرفتن آن رفتار در حوزه خصوصی فرد، قابلیت دخالت در قالب نقد یا نصیحت و تذکر را نداشته باشد.

4. در دایره سوم، اعمال موجود در حوزه راهکارهای حقوقی غیر کیفری، مورد توجه هستند. وجه ممیزه این مرحله این است که با گذشت زیان‌دیده و رضایت یا جبران خسارت، موضوع دعوی خاتمه می‌یابد. برای قرار گرفتن عمل در دایره حقوق کیفری، گذر از مراحل چهارم و پنجم و ششم ضروری است. در واقع در دایره اول، مبانی اصل ضرورت در جرم‌انگاری مورد بحث قرار می‌گیرند و این که چرا جرم‌انگاری باید فقط در حالتی باشد که ضرورت‌های اجتماعی اقتضای آن را دارد و در مراحل اخیر، اصول محدودکننده جرم‌انگاری مورد توجه می‌باشند. آنچه در این مراحل مهم

است، ارتباط رفتار با نظم عمومی و آرامش کلی جامعه و همزیستی مسالمت‌آمیز است، به‌گونه‌ای که رفتار، صدمه‌ای جدی در تضمین همزیستی ایجاد می‌کند.

5. قرار گرفتن رفتار در حوزه حقوق کیفری، مستلزم آن است که جرم‌انگاری آن عمل، محدودیت‌های عام وارد بر دخالت کیفری و محدودیت‌های درونی حقوق کیفری بر جرم‌انگاری را در مراحل چهارم و ششم، توجیه کند. در مرحله پنجم، باید هر محدودیت را شناخت و دلایل به نفع جرم‌انگاری را در برابر دلایل علیه آن قرار داد و بر این اساس، باید به ارزش کیفری عمل، توازن در ارزش‌های مورد حمایت، قابلیت اجرای مجازات، هزینه‌های جرم‌انگاری و قدرت دستگاه پلیس و سیستم عدالت کیفری در تعقیب و تحقیق و دادرسی و مجازات، توجه به فلسفه حقوق کیفری و میانه‌روی در جرم‌انگاری توجه کرد. در مرحله ششم نیز، محدودیت‌های سه‌گانه‌ای را که بر اساس ارکان جرم مورد نظر هستند، اعمال کرد.

6. باید گفت محدودیت در یک عمل به طور همزمان نمی‌تواند هم در قانون جزایی باشد و هم در قانون مدنی و به گونه‌ای که اگر ضمانت‌اجرای مدنی، محقق نشد به ضمانت اجرای کیفری روی آورد. همچنین باید از جرم‌انگاری عناوین واحد در قالب جرم‌انگاری‌های چند عنوانی که با همدیگر همپوشانی دارند، خودداری کرد؛ به عنوان مثال جرم‌انگاری جعل رایانه‌ای که در آن فقط وسیله ارتکاب جرم تغییر کرده است یا در مورد تخریب و هک کردن که نوع عمل و وسیله متفاوت است و می‌تواند در قالب عنوان واحد و با بحث از تفاوت در وسیله، یک قانون جزایی را داشت.

7. در جرم‌انگاری هر عمل باید بر سنجش درونی بودن آن در جامعه و بازتاب نگرش افکار عمومی و نیازسنجی جرم‌انگاری توجه کرد.

8. قانونگذار باید در جرم‌انگاری اعمال از یک فلسفه واحد تبعیت کند؛ در این راستا باید فلسفه حقوق کیفری مورد بحث و توجه باشد و این که چه اعمالی باید یا می‌تواند دلمشغولی مناسبی برای حقوق کیفری باشند. در مقابل، همیشه فرد این سؤال را از حقوق کیفری و از جامعه دارد که من در کجا می‌توانم، آنگونه که خود می‌خواهم و آنگونه که باید باشد، باشم. عدم توجه به فلسفه واحدی در جرم‌انگاری موجب می‌شود قانون‌گذار به صورت یکسان اصل عمومیت قانون جزایی را مورد توجه قرار نداده و از طرف دیگر، ارزش کیفری عمل، انسانی بودن حقوق کیفری، برابری در حمایت و تکالیف و توازن در ارزش‌های مورد حمایت رعایت نشود.

9. دادرسی کیفری حق ندارد به نام اجرای عدالت و برای حفظ و پاسداشت نظم عمومی از هر وسیله‌ای برای اثبات جرم بهره بگیرد و در این میان، ادله‌ای که بر اثر فشار و یا شکنجه به دست آمده است را نمی‌تواند مبنای حکم قرار دهد؛ می‌توان این مبنا را برای حوزه جرم‌انگاری نیز مورد توجه قرار داد و آن این که جرم‌انگاری به نام نظم عمومی یا جلوگیری یا کم کردن از اعمال ناشایست که به عموم ضرر وارد می‌کنند، نمی‌تواند بدون توجه به سایر مبانی چون آزادی و مفهوم حق باشد. مشروعیت حکم جزایی منوط به رعایت اصول و ضوابطی است که دادرسی جزایی باید رعایت کند و در غیر این صورت حکم باید نقض شود. این مهم، بیانگر نقش کلیدی فرایندها، در مشروعیت بخشی به نتایج است و به نام فایده یا نتیجه نمی‌توان فرایندی غیر انسانی بر حقوق کیفری قرار داد. از طرف دیگر، مشروعیت قانون جزایی در مقبولیت عمومی آن تبلور می‌یابد و موجه بودن آن در نزد افکار عمومی، تعیین کننده عادلانه بودن آن است.

10. قرار دادن رفتارها در شمول قانون جزایی، بر اساس طبقه‌بندی است؛ طبقه‌بندی در ارزش‌ها و اعمال ناشایست و اینکه چه رفتاری و در چه سطحی باید دل‌مشغولی حقوق کیفری باشد و نه اینکه بر اساس قابلیت انتقال باشد. رفتاری اگر به عموم و ناشایست بودن عمومی ارتباط نداشته باشد، در قدم اول وارد حوزه حقوق کیفری نخواهد شد و این‌گونه نیست که اگر موضوع مدنی یا تجاری یا اداری بود بتواند به علت عدم پاسخ‌گویی آن ابزارها، وارد قلمرو کیفری شود. عمل ناشایستی که جرم‌انگاری می‌شود باید عملی باشد که ما بتوانیم بگوییم این عمل عموماً قابل سرزنش است و مرتکب آن، باید پاسخگوی عموم باشد و از جانب عموم فراخوانده شود. بر همین اساس، جرم‌انگاری نیاز به مشورت با عموم دارد و آنچه که موجب می‌شود جرم‌انگاری و مجازات هرچه بیشتر به عموم ربط یابد، بیشتر از مشورت، روح حاکم بر آن است.

11. در جوامع پلورال و متکثر امروزی، به دلیل تنوع حداکثری بی‌کیفری که در فهم‌ها، باورها و رفتارها وجود دارد، به نظر می‌رسد که مرزهای حقوق کیفری محدودتر از قبل باشد و با توجه به گسترش دایره حق‌ها، سؤال از مرزهای حقوق کیفری با جدیت بیشتری روبرو است. باید توجه کرد که جرم‌انگاری محدودیت اقلیت از طرف اکثریت نیست، بلکه جرم‌انگاری، بیان گوشه‌ای محدود از قواعد زندگی کردن همه شهروندان با یکدیگر است و تبلور خواست‌ها همه آنها است. ضمانت اجرا نیز برای آنان است که بخواهند از آزادی خود در جهت نقض آزادی دیگران استفاده کنند. قانون جزایی باید از همه شهروندان حمایت برابر نموده و اصل عمومیت و عمومی بودن قانون جزایی مستلزم آن است که قانون جزایی تبلور ارزش‌های همه شهروندان باشد و منفعت همه اعضای جامعه است که باید در قانون جزایی نمود داشته باشد. بدیهی است قانون در

صورتی مقبولیت دارد که آینه تمام‌نمای همه شهروندان باشد و نه این‌که قانون جزایی، خود بزه‌دیدگی برخی از شهروندان را فراهم کند یا در برخی حالات، بزهکاری را سبب شود.

12. به رسمیت شناختن فضایی از حق خلوت و حریم خصوصی که در آن هر فرد خودش باشد، برای این‌که آنگونه که می‌خواهد برنامه‌ریزی کند و کسی در امور او دخالت نکند، ضرورت و پیش‌شرط هرگونه جرم‌انگاری دمکراتیک است. همچنین آزادی مشارکت و بیان و اجتماع و گردهم‌آیی و تحقق فضای گفتمان عقلانی انتقادی جامعه مستلزم شکل‌گیری فضای عمومی است که حقوق کیفری، نهایتاً می‌تواند در جهت حمایت از آنها اقدام نماید و این حمایت در چارچوب اصل ضرورت در جرم‌انگاری مورد توجه است. برخی از اعمالی که در حوزه خصوصی قرار می‌گیرند، ممکن است از نگاه دیگران بد باشد؛ ولی باید میان بد دانستن و دخالت کردن تفاوت قایل شد.

ترسیم این مراحل، بیانگر فرایندی است که قانونگذار برای جرم‌انگاری هر عمل باید طی کند و بر این اساس، جرم‌انگاری ماده به ماده قانون کیفری نیازمند گذر از مدلی خواهد بود که دورنمایی از استراتژی پاسخ‌ها را به همراه داشته باشد و در این میان سهم حقوق کیفری مشخص باشد.

ج) ضرورت در جرم‌انگاری و حقوق کیفری اسلام

بحث از ضرورت‌مداری در جرم‌انگاری در حقوق جزای اسلامی هم در قالب بحث از مقاصد شریعت و فلسفه احکام و هم در چارچوب بحث‌های اصول فقه و هم در برخی از قواعد نمود می‌یابد و بر همین اساس محدودیت حدود در برابر حقوق، یکی

از مسائلی است که پژوهشی در خور را می‌طلبد. در مورد محدودیت استفاده از ابزار کیفری در حقوق کیفری اسلامی، ضروری است که جایگاه آزادی در اسلام مورد توجه بوده و همچنین مصادیقی از محدودیت‌های وارده بر تجریم و قواعد حاکم بر ضرورت‌مدار در جرم‌انگاری در حقوق کیفری اسلامی، بیان شود.

1. جایگاه حقوق و آزادی‌های فردی در اسلام:

اسلام، منادی آزادی انسان از تمام بت‌های انسانی و سنگی‌یی است که وی را از کرامت انسانی خود دور کند و توحید به معنای آن است که انسان آزادی خود را در اختیار داشته باشد و اراده و خواست او، از تمامی قید و بندهای غیر مشروع رهایی یابد. در همین راستا بیان شده است در اسلام «انسان برای آن آفریده شده است که آزاد باشد» (غنوشی، 1381: 12) و پروردگار انسان را مختار و برای آزاد زیستن آفریده است. انسان از نگاهی قرآنی موجودی است آزاد؛ همو که تصمیم می‌گیرد و از میوه ممنوعه می‌خورد و همان که باز توبه می‌کند. ایمان به خداوند سبحان، یعنی آزادی از عبودیت غیر خدا و در این راستا، آزادی یکی از مهم‌ترین لوازم ایمان و هم در عین حال یکی از برجسته‌ترین نتایج آن است. علال فاسی بیان می‌دارد: «آزادی در اسلام، ناظر به معنای اصیل آن در زبان عربی است؛ «حر» ضد «زائف» است و بنابراین، آزادی آفرینشی ذاتی و فردی برای انسان است که آثار آن در اعمال و فعالیت‌های ناشی از شعور او به تکلیف بازتاب می‌یابد.» (1993: 252) در فرهنگ لغات عربی نیز آمده است که «حر» در زبان عربی، در دو معنای مخالف بردگی و نیز مبرا بودن از هر عیب و نقص به کار می‌رود (ابن فارس، 1399: 7؛ مصطفی، بی‌تا: 345) و انسان در صورتی حر خواهد بود، که از هر آنچه او را از رنگ و بوی انسانی خود دور می‌کند، مبرا باشد.

شریعت اسلامی در راستای برخورداری انسان از نعمت‌ها و نیز تحقق آزادی، چیزهای نیکو و طیب را تحریم نکرده و بلکه آن‌چه حرام شده‌اند، آن‌چیزهایی هستند که با فطرت انسانی در تضاد قرار دارند؛ اعراف/33-32. «(ای محمد!) بگو: چه کسی زینت‌های الهی را که برای بندگانش آفریده است و همچنین مواهب و روزی‌های پاکیزه را تحریم کرده است؟ بگو: این (نعمتها و موهبت‌های حلال و) چیزهای پاکیزه، برای افراد باایمان در این جهان آفریده شده است. در روز قیامت اینها همه در اختیار مؤمنان قرار می‌گیرد (و دیگران به کلی از آن محروم می‌گردند). این چنین آیات (خود را درباره احکام حلال و حرام) برای کسانی توضیح و تشریح می‌کنیم که آگاهند و می‌فهمند. بگو: خداوند حرام کرده است کارهای نابهنجار را، خواه آن چیزی که آشکارا انجام پذیرد و ظاهر گردد و خواه آن چیزی که پوشیده انجام گیرد و پنهان ماند و (هر نوع) بزهکاری را و ستمگری (بر مردم) را که به هیچ وجه درست نیست، و این که چیزی را شریک خدا کنید بدون دلیل و برهانی که از سوی خدا مبنی بر حَقّانیت آن خبر در دست باشد، و این که به دروغ از زبان خدا چیزی را (درباره تحلیل و تحریم و غیره) بیان دارید که (صِحّت و سقم آن را) نمی‌دانید.» اسلام نیاز غریزی انسان به غذا را منع نمی‌کند، زیرا این امر تکلیف ما لایطاق است و «غذای فکر نیز تفکر است، و آن‌چه که در این دنیا موجود است، اگر در نصوص حرام نشده باشند یا بحث از ضرر آنها نشده باشد، حلال هستند، زیرا نعمت‌ها برای استفاده انسان آفریده شده‌اند.» (العالم، 1415: 283) دلیل وجود آزادی، فطرت انسان است و علاوه بر این، خداوند انسان را در أحسن تقویم آفریده است و «مقتضای تقویم أحسن، توانایی انسان در حرکت و فعالیت آزادانه است و در عین حال توحید خود نیز دلیل بر وجود آزادی است» (الراشد، بی تا: 212).

بر مبنای اصل آزادی فردی، در شریعت اسلامی اصل بر این است که استفاده از هر چیزی در حالت اباحه قرار دارد، مگر این که دلیلی دال بر منع آن در شریعت اسلامی وارد شده باشد. همچنین قاعده عدم ولایت بیانگر آن است که نمی‌توان بر دیگری سلطه‌ای داشت و او آزاد و مختار است. قاعده سلطنت یا تسلط نیز بیانگر آن است که افراد در تصرف و استفاده در اموال خود آزاد هستند. از طرف دیگر، محدودیت حدود در مقابل گستردگی حقوق و توجه به ابزارهای غیر کیفری، خود بیانگر آن است که شریعت اسلامی محدوده کوچکی را برای استفاده از ابزار کیفری ترسیم کرده است.

2. مصادیقی از محدودیت قوانین کیفری در اسلام:

حجم آیاتی که در قرآن کریم در مورد مسائل اجتماعی بحث می‌کنند در مقایسه با آیاتی که با بحث‌های کیفری مرتبط هستند، بسیار زیاد است و همچنین در سنت و روایات نیز، حدود و مجازات‌ها از حوزه‌ای حداقلی برخوردارند. در همین راستا، مقایسه میان واجبات، محرمات، مکروهات، مستحبات و اعمال مباح، بیانگر آن است که از پنج حالت فوق، دو حالت برای افراد اجبار ایجاد می‌کند و این دو حالت نیز خود، محدود هستند. از طرف دیگر، توجه به قاعده میانه‌روی و سنت تدرج در تشریح، تنزیل، تبلیغ و تطبیق مورد توجه اسلام بوده و همزمان الزام به رعایت قاعده دوری از افراط و تفریط و دوری از اسراف و تبذیر باعث می‌شود که در جرم‌انگاری از افراط و اسراف دوری شده و اعتدال و وسطیت، حجم میانه‌ای را برای قانون کیفری قایل شود. ابتدا باید گفت در شریعت اسلامی، قبل از تطبیق حدود، تطبیق حقوق امری مهم است و تا زمانی که بر اساس سنت تدرج در نزول احکام، احکام بر اساس تعمیق توحید و تزکیه، درونی نشده باشند، تطبیق حدود سخت خواهد بود. در همین راستا

می‌توان گفت در شریعت اسلامی، منطق درونی شدن احکام با توجه به سنت ذکر شده و نیز آنچه که در تفاوت احکام و مضامین سوره‌های مکی و مدنی برداشت می‌شود، جایگاهی خاص دارد. «از طرف دیگر، آنچه از مطالعه منابع اولیه شریعت برمی‌آید این است که عدالت کیفری و به طور کلی قواعد و مقررات حقوقی در دیانتی که پیامبر اسلام مأمور تبلیغ و تبیین آن بوده، جنبه ثانوی، تبعی، استطرادی و اتفاقی داشته است.» (امیدی، 1388: 24) سنت تدرج و تدریج در نزول احکام که می‌توان نمونه بارز آن را در منع و تحریم و تجریم شرب خمر و زنا ملاحظه کرد را می‌توان این‌گونه تبیین کرد: «تشریح و تطبیق قوانین جزائی اسلام، ماده به ماده بوده، به گونه‌ای که در سال هشتم هجرت کامل شد؛ یعنی این امر تا 21 سال بعد از بعثت در جریان بود.» (عمارۀ، 1423: 77) در موردی که اجرای یکی از حدود مطرح شد، عمر بن عبدالعزیز در جواب فرزندش که به نوعی بر اجرای حد تأکید داشت، بیان کرد: «خداوند شرب خمر را در سه مرحله تحریم کرد و من از این بیم دارم که شریعت را به صورت یکجا بر مردم تحمیل نمایم و آنان نیز به صورت کلی آن را رد نمایند.» (هویدی، 1424: 236).

همچنین می‌توان گفت در شریعت اسلامی گستردگی حقوق در مقابل محدودیت حدود و مجازات‌ها قابل توجه است؛ «بعد کیفری کتاب و سنت بسیار محدود است و در قیاس با دیگر ابعاد شریعت چندان به چشم نمی‌آید. از یک‌سو به تصریح قرآن مجید، بعثت پیامبر (ص) و تشریحات ایشان، خود به خود رحمتی بود برای مردمان، لازمه رحمت، تقلیل و تخفیف تکالیف و مداخله حداقلی در حقوق و آزادی‌های فردی است.» (امیدی، 1388: 25) شاید این امر که حقوق در شریعت اسلامی از نگاهی تکلیف‌گرایانه مطرح شده است و در فقه اسلامی به‌جای بحث از یک حق به تکلیف

طرف مقابل اشاره کرده است و این چنین می‌نمایاند که تکالیف و محدودیت‌ها از حجم زیادی برخوردارند، در حالی که می‌توان گفت «محدودیت استفاده از ابزار کیفری در سنت نبوی نه در قیاس با قانون‌گذاری‌های سابق و لاحق، بلکه در مقایسه با آیین آسمانی یهود هم اعجاب‌انگیز است. از ده فرمان نازل بر موسی، پنج فرمان تطابقاً و مابقی تظماً پیام‌ها و پیامدهای کیفری دارند. اسفار خروج و تثیبه و لاویان و تورات، مملو از نهادها و ضمانت اجراهای سنگین کیفری هستند. گفته شده که در دستگاه عدالت کیفری یهود مجازات مرگ به تنهایی در سی و شش مورد به شیوه‌های هول‌انگیز موقعیت اجرا دارد» (همان: 28).

می‌توان گفت در شریعت اسلامی استفاده از ابزارهای حقوقی و ابزارهای کیفری به صورت خاص، در صورتی است که آن عمل به وسیله آن ابزار کنترل و نظارت شود؛ بر همین اساس در مورد اعمال بسیار بدی چون غیبت کردن که تشبیه قرآنی آن به خوردن گوشت برادر مرده فرد، حاکی از عمق بد بودن این عمل است یا در مورد صرف دروغ گفتن و برخی از اعمال دیگر، وارد حوزه کیفری نشده است؛ چراکه باید میان وسایل، اعمال و مقاصد یک رابطه منطقی برقرار باشد به گونه‌ای که بتوان گفت بهترین و آخرین و مؤثرترین وسیله برای کم کردن و به حداقل رسانیدن آن عمل، استفاده از این ابزار است. بر همین اساس است که برای سقوط مجازات و عدم استفاده از ابزار کیفری، راه‌های متعددی قرار داده شده است و این خود می‌رساند که استفاده از ابزار کیفری، منوط به آخرین چاره بودن است.

3. طبقه‌بندی مقاصد شریعت اسلامی و محدودیت جرم‌انگاری

مقاصد احکام شریعت اسلامی حفظ نفس، حفظ دین، حفظ عقل، حفظ مال و حفظ نسل بیان شده است که به عنوان مقاصد خمس یا پنجگانه شناخته شده‌اند. می‌توان گفت دامنه این مقاصد محدود به عناوین پنجگانه فوق نیست و بلکه عناوینی دیگر چون عدالت، آزادی، برابری و امنیت را دربرگیرد. مقاصد احکام نیز در سه سطح ضروریات، حاجیات و تحسینیات مطرح است. به عنوان نمونه حفظ نفس در سطح ضروریات، هم حفظ نفس در سطح حاجیات و حفظ نفس در سطح تحسینیات مورد توجه است.

شکل‌گیری، استمرار و ثبات زندگی انسان، ضروریات و ابزارهای خاص خود را می‌طلبد؛ چه این که، کمال انسان در هر دو بعد مادی و معنوی، مستلزم وجود شرایطی است که بدون وجود آنها، رسیدن به آرامش ناشی از کمال انسانی، سخت یا غیرممکن خواهد بود. حرکت طبیعی انسان در راستای انجام خواست‌های پروردگار یکتا، نیازمند وجود اصولی حذف‌ناپذیر و نقص‌ناپذیر است که در چارچوب علم "مقاصد الشریعة" از آن به عنوان ضروریات یاد می‌شود؛ و ضروریات نیز همه آن چیزهایی هستند که انسان «برای اقامه و برپایی و پایداری مصالح دین و دنیا، ناگزیر از وجود آنها است و اگر این ضروریات وجود نداشته باشند، مصالح دنیا پایدار نخواهد بود و بلکه فساد و هرج و مرج و عدم ثبات، بر زندگی انسان حاکم خواهد شد و این امر خود، موجب عدم تحقق رستگاری و نجات و عدم برخوردارگی انسان از نعمت‌ها و همچنین سبب خسران آشکار به نسبت مصالح اخروی خواهد شد» (الشاطبی، 1423: 207). این امر مستلزم آن است که جدای از بحث در مورد بُعد معنوی، ابزارهای ضروری برای تحقق حیات مادی انسان به عنوان مبنای زندگی اخروی، تعیین

گردد و از طرف دیگر باید در پیرایش و حفظ این ضروریات تلاش کرد و مانع از نقص و اختلال در آن شد. می‌توان گفت عدم تحقق این ضروریات، حرکت جدی و دقیق زندگی انسانی را خدشه‌دار می‌کند و اگر ضروریات لازم برای تحقق حیات مادی و معنوی انسان وجود نداشته باشند، «نظام زندگی دنیوی، بر استقرار و تداوم نخواهد بود.» (همان: 207) علاوه بر بحث از ضروریات، برای تحقق زندگی انسانی ما نیازمند شناخت حاجیات و تحسینات هستیم؛ حاجیات آن چیزهایی هستند که اگر وجود نداشته باشند، زندگی انسان همراه با عسر و حرج خواهد بود و برای دور کردن حیات بشر از دشواری و سختی، در مرتبه‌ای پایین‌تر از ضروریات قرار می‌گیرند و همان‌گونه که در تعریف آمد، ضروریات با استقرار و استمرار حیات انسانی، همراه هستند. در مرتبه‌ای پایین‌تر از حاجیات، تحسینات قرار می‌گیرند و به حسن و کمال در زندگی انسان مربوط می‌شوند. برخی از نویسندگان این سه سطح را به ساختمانی تشبیه کرده‌اند که وجود ستون‌ها و دیوار برای استقرار ساختمان ضروری است و اگر ستون و پایه‌ای وجود نداشته باشد، ساختمان بر وجه استقرار و استحکام نخواهد بود. وجود برق و آب لوله‌کشی باعث می‌شوند، فرد در عسر و حرج و زندگی دشوار قرار نگیرد و بنابراین وجود این موارد، حاجی است. سفیدکاری و وجود نقاشی و چیزهایی که به حسن و کمال ساختمان کمک می‌کند، تحسینی است و بدون آنها زندگی در مشقت و تنگنا نخواهد بود (عطیه، 1424: 40).

اگرچه می‌توان بر این تحلیل این نقد را وارد کرد که حوزه ضروریات و حاجیات و تحسینات می‌تواند در دامنه ثوابت و متغیرات مورد بحث قرار گیرد و بنابراین امروزه، سفیدکاری و برخی از امور تحسینی، حاجی یا حتی ضروری محسوب شوند. از طرف دیگر مقاصد به نسبت فرد، خانواده و جامعه و دولت متفاوت خواهد بود؛

امری به نسبت فرد ممکن است در مرتبه حاجی باشد و شاید به نسبت خانواده در مرحله ضروری یا تحسینی باشد؛ یا وضعیتی برای فرد جزو ضروریات باشد و برای حکومت جزو حوزه‌ی تحسینیات باشد.

طبقه‌بندی‌ای که در مقاصد احکام در تقسیم‌بندی ضروریات، حاجیات و تحسینیات مطرح شده است و مقایسه آن با مثال پیش‌گفته در مورد منزل، می‌تواند در محدودیت حقوق کیفری در اسلام و تبیین مرزهای ابزارهای حقوقی غیر کیفری، کیفری و غیر حقوقی غیر کیفری، نقشی مؤثر داشته باشد. در همین راستا می‌توان گفت گاه حفظ نفس ضروری است و گاه حفظ نفس حاجی است و گاه تحسینی. همانگونه که پیداست تفاوت احکام، به این برمی‌گردد که ما بدانیم که آنچه به عنوان مبنای حکم بیان می‌شود، در کدام سطح است. صرف این که این عمل چون حفظ نفس می‌کند، کافی نخواهد بود و باید بدانیم، حفظ نفس ناشی از آن عمل چه به صورت وجودی و چه به صورت عدمی، در چه سطحی است؟ آیا در سطح ضروری حفظ نفس می‌کند یا در سطح حاجی یا در سطح تحسینی و بر همین اساس، نوع حکم تفاوت خواهد داشت. وجه اشتراک حرام و مکروه بودن یک عمل، در این است که در هر دو مثلاً ضرری به نفس انسان وارد می‌شود و تفاوت آنجاست که بدانیم، ضرری که به نفس وارد می‌شود آیا در سطح ضروریات است یا حاجیات یا تحسینیات. به عنوان مثال، منع قتل، منع مصرف سیگار و ناپسند قرار دادن زیاد خوردن؛ هر سه مورد در راستای حفظ نفس است. در حالی که منع قتل چون ضروری‌ترین حالت حفظ نفس را مورد توجه قرار می‌دهد، منع می‌شود، سیگار کشیدن در برخی از نظریه‌های فقهی و یا حتی در غالب آنها، تحریم شده است و پرخوری مکروه و ناپسند است. به همین دلیل است که نتیجه همه احکام باید به حفظ نفس و سایر مقاصد مورد توجه برگردد، ولی تفاوت،

تحریم و تجریم و مکروه قرار دادن، بر اساس میزان ضرورتی است که باتوجه به مقصد در معرض خطر، استفاده از ابزار مناسب با آن سطح را اقتضا می‌کند. بر همین مبنا است که تجریم محدوده‌ای حداقلی داشته و تحریم‌ها نیز گستره محدودی دارند و امور حلال و آزاد و موجه از حوزه وسیعی برخوردارند.

می‌توان گفت در منع اعمال فردی در شریعت اسلامی، چون هر محدودیت با آزادی فرد، قاعده عدم ولایت و قاعده تسلیط و اصل بر اباحه برخورد دارد؛ و بر اساس قاعده اعتدال و میانه‌روی و وسطیت و نیز توجه به سنت تدرج و تدریج در تشریح و تنزیل احکام و همچنین در نظر گرفتن قاعده منع مشقت و عسر و حرج در دین و دینداری و نیز توجه به قاعده «الأسهل ثم الأسهل»، اصل بر این است که محدودیت‌ها در حالتی خواهد بود که ضرورت حفظ نفس، مال، عقل، نسل و دین و نیز سایر مقاصدی که بحث شده‌اند وجود داشته باشد و از طرف دیگر در حفظ این مقاصد چه به صورت وجودی و چه به صورت عدمی، چون در شریعت اسلامی هدف حفظ مقاصد است، بنابراین کم‌هزینه‌ترین و آسان‌ترین ابزارها در اولویت خواهند بود و با وجود شرایط در هر مرحله، استفاده از ابزارهای دیگر مبنا خواهد داشت. به همین دلیل است که حتی در کیفرانگاری و اجرای کیفر، توجه شارع حداقلی است و به دنبال مجازات کردن نبوده و بلکه در تلاش است که با ابزارهایی که به مجازات منجر نشود، موضوع اصلاح پیدا کند و از آنجا که مقصد و هدف، موضوعیت دارد، در استفاده از ابزارها، شریعت اسلامی، نگاهی حداقلی را دارد.

نتیجه‌گیری:

حق حیات مستلزم آن است که انسان از تمامی حقوق و آزادی‌های خود بهره‌مند شود و در این راستا، باید بیشترین تعداد امکان‌ها را برای برخورداری از بیشترین میزان حقوق و آزادی‌های فردی در اختیار داشته باشد. قرار گرفتن افراد در فضای زندگی اجتماعی سبب خواهد شد به خاطر تسهیل همزیستی مسالمت‌آمیز، آنان در بخش محدودی از حقوق و آزادی‌های خود و در جزئی از آن بخش (محدودیت در برخی از حقوق و آزادی‌ها و در آن بخشی که محدودیت ضرورت اجتماعی داشته باشد، در جزئی از آن)، محدودیت‌هایی را بپذیرند و اگر همزیستی وجود نداشته باشد، بحث از حقوق و محدودیت در آن، دقیق نخواهد بود. با توجه به این که حقوق و آزادی‌های فردی مبنا است، برخورداری فرد، استقلال وی، حقوق و آزادی‌ها اصل بوده و بر مبنای اصل بر آزادی، اصل بر اباحه، قاعده عدم ولایت، قاعده سلطنت یا سلطه و تسلط، اصل بر این است که محدودیت دلیل می‌خواهد و اصل بر این است که فرد از بیشترین آزادی برخوردار باشد و در عین حال، با توجه به قاعده «الاسهل ثم الاسهل» و نیز بحث از تدرج و اعتدال و میانه‌روی در وضع قواعد و نیز با توجه به این که شدیدترین ابزارها را باید برای شدیدترین حالات در نظر گرفت، در ایجاد محدودیت، باید از آسان‌ترین و ساده‌ترین راهکارها استفاده کرد.

اصل ضرورت در جرم‌انگاری، بیانگر آن است که نمی‌توان و نباید جرم‌انگاری کرد، مگر این که ضرورت داشته باشد. ضرورت نیز بیانگر حالتی است که هیچ‌گیزی از آن نیست و در واقع، جرم‌انگاری تنها راهکار منع و محدود کردن آن عمل باشد. تشخیص و تعیین ضرورت نیز به جامعه بازگشت دارد و ضرورت‌های همزیستی اجتماعی است که تعیین‌کننده استفاده از ابزارهای مختلف در موقعیت‌های متفاوت

می‌باشد. اصل قرار دادن ضرورت در جرم‌انگاری، به این معنا است که توجه به ضرورت‌مداری در جرم‌انگاری، مبنای ارزیابی قانون کیفری قرار می‌گیرد و قانونی که محدودیت‌های غیر ضروری ایجاد کند، غیر عادلانه است، چون محدودیتی غیر موجه بر حقوق و آزادی‌های فردی ایجاد کرده است. همچون قاعده‌ای که در بحث از ضرورت مورد توجه است، اولویت با راه‌حلی‌هایی است که کم‌خطرتر و آسان‌تر باشند. بنابراین در برخورد با اعمالی که همزیستی مسالمت‌آمیز را خدشه‌دار می‌کنند، اولویت با پاسخ‌های غیر حقوقی غیر کیفری، سپس حقوقی غیر کیفری و در نهایت استفاده از ابزار کیفری است. در صورتی می‌توان از ابزار کیفری استفاده کرد که سایر ابزارها مؤثر نبوده و در عین حال، ابزار کیفری نیز بتواند مؤثر واقع شود. بر این اساس، باید گفت رفتاری که در قلمرو حقوق کیفری قرار می‌گیرد، باید هم ضرورت به کنترل کیفری آن وجود داشته باشد و هم عمل دارای آن قابلیت باشد که توسط ابزار کیفری نظارت شود و در همین راستا می‌توان گفت برخی از رفتارها از ویژگی انتقال‌ناپذیری به حوزه حقوق کیفری برخوردارند. ضرورت نیز در قالب تضمین همزیستی مسالمت‌آمیز معنا می‌یابد و بیانگر آن است که جرم‌انگاری باید در جامعه، برای جامعه و از جامعه باشد.

به نظر می‌رسد استفاده از ابزار کیفری در شریعت اسلامی در مواردی از سطح ضروریات خواهد بود، چراکه در بحث از حاجیات و تحسینات، ارکان اساسی و استمرار زندگی انسانی در معرض تهدید نیست. از طرف دیگر، ابزارها اصل نبوده و بلکه اصالت با مقاصد و اهداف است و ابزار و از آن جمله ابزار کیفری فرع بر اهداف می‌باشند. محدودیت تعداد جرایم در مقابل گستردگی اعمال ممنوع و نیز در مقابل

گسترده‌گی اعمال حلال، خود می‌تواند حاکی از آن باشد که محدودیت فقط در قالب ضرورت‌های تحقق و استمرار زندگی انسانی و در چارچوب سعادت او خواهد بود. از طرف دیگر بحث اعتدال و میانه‌روی در اسلام، منع اسراف و تبذیر، توجه به عدم وجود مفسده در اجرای حکم، اصل بر اباحه، توجه به مصلحت، اصل عدم ولایت، قاعده سلطه، روایات دینی چون آخر الدواء الکیء، تأکید بر تقوا و پیشگیری درونی، بحث از اهداف و وسایل، منع افراط و تفریط، منع تکلیف مالایطاق و جایگاه آزادی در اسلام، بر محدودیت استفاده از ابزار کیفری تأثیری جدی دارد و می‌توان گفت به علت وجود این مبانی و اصول است که تعداد جرایم در شریعت اسلامی در حوزه‌ای محدود است. همچنین توجه به سطوح مختلف مقاصد احکام و نیز محدودیت دایره‌ی حدود، می‌رساند که برخی از سطوح حفظ نفس در حوزه‌ی اخلاقیات و تذکر و نصیحت، برخی از سطوح حفظ نفس در حوزه‌ی امور حاجی و برخی از حالت‌های محدود از حفظ نفس در درجه‌ی ضروریات قرار می‌گیرد و اگر این ضروریات محقق نشوند، نظام دنیا (جامعه) بر وجه استقرار و استمرار نخواهد بود. این مسأله می‌تواند به صورت جدی حوزه دخالت‌های کیفری از مدنی و اداری و اخلاقی را از هم تفکیک کند و مدل جرم‌انگاری در نظام حقوقی اسلامی را با رویکردی دیگر معرفی نماید. همچنان‌که بحث از مفسده در اجرای حکم، در موردی است که می‌تواند موجب این نظر شود که اگر هزینه‌های جرم‌انگاری بر منافع آن برتری داشت، در این صورت جرم‌انگاری عمل، با تردید روبرو خواهد بود.

منابع

- ابن فارس، ابوالحسین أحمد (1399هـ)؛ معجم مقایس اللغة، الجزء الثاني، تحقیق عبدالسلام محمد هارون، دارالفکر، بیروت.
- امیدی، جلیل (1388)؛ سنت نبوی و عدالت کیفری، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره 39، شماره 4.
- الراشد، محمد احمد (بی تا)؛ اصول الافتاء و الاجتهاد التطبیقی، الجزء الاول، الطبعة الثانية، دارالمحراب.
- رنه، گارو (بی تا)؛ مطالعات نظری و عملی در حقوق جزا، ترجمه سید ضیاءالدین نقابت، بی جا، بی تا.
- الشاطبی، ابراهیم بن موسی بن محمد اللخمی الغرناطی ابو اسحاق (1423هـ)؛ الموافقات فی اصول الشریعة، الطبعة الاولى، دار الكتاب العربی.
- العالم، یوسف حامد (1415هـ)؛ المقاصد العامة للشریعة الاسلامیة، الطبعة الثانية، الدار العالمیة للكتاب الاسلامی، الرياض.
- عطیة، جمال الدین (1424هـ)؛ نحو تفعيل مقاصد الشریعة، الطبعة الاولى، دار الفکر، دمشق.
- علیزاده، عبدالرضا (1387)؛ مبانی رویکرد اجتماعی به حقوق، چاپ اول، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و سازمان سمت.
- عمارة، محمد (1423هـ)؛ فی فقه الحضارة الاسلامیة، الطبعة الاولى، مکتبه الشروق الدولیة.
- غنوشی، راشد (1381هـ)؛ آزادی های عمومی در حکومت اسلامی، مترجم حسین صابری، چاپ اول، شرکت انتشارات علمی و فرهنگی.
- فاسی، علال (1993م)؛ مقاصد الشریعة الاسلامیة و مکارمها، الطبعة الخامسة، دارالغرب الاسلامی.

- کنستان، بنزامن (1389): شور آزادی، ترجمه عبدالوهاب احمدی، چاپ یکم، نشر آگه.
- مصطفی، ابراهیم و الاخرون (بی تا): المعجم الوسيط، تحقیق مجمع اللغة العربية، الجزء الاول.
- هویدی، فهمی (1424هـ): المقالات المحظورة، الطبعة الثالثة، دار الشروق، قاهره.
- Ashworth, Andrew, Principle of Criminal Law, Oxford University Press, 1992.
- Fletcher, George P, Basic Concepts of Criminal Law, Oxford University Press, New York, 1998.
- Duff, Antony, The Boundaries of the Criminal Law, Oxford University Press, New York, 2010.
- Duff, R,A, Theorizing criminal law, ojls.oxfordjournals. org/content/25/3/353.full
- Duff, R.A, A Criminal Law for Citizens, <http://law.huji.ac.il/upload/Duff - Citizens Enemies Outlaws.pdf>.
- Husak, Douglas, Overcriminalization; The Limits of the Criminal Law, Oxford University Press, 2008.
- Husak, Douglas, THE CRIMINAL LAW AS LAST RESORT, <http://ojls.oxfordjournals.org/content/24/2/207>.
- Jareborg, Nils, Criminalization as Last Resort (*Ultima Ratio*), *OHIO STATE JOURNAL OF CRIMINAL LAW*, 2004.
- Jean-Paul Brodeur, in What Is a Crime? Defining Criminal Conduct in Contemporary Society, Law Commission of Canada, 2004.
- Lacey, Nicola, State Punishment; Political Principles and Community Values, International Library of Philosophy, 1994.
- Luna, Erik, The overcriminalization phenomenon, American University Law Review, vol.54, 2005.
- McSherry, Bernadette, Regulating Deviance, Oxford and Portland Oregon, 2009.
- MONTESQUIEU, The Spirit of the Laws, CAMBRIDGE TEXTS IN THE HISTORY OF POLITICAL THOUGHT.

- Peczenik, Alexander, **On Law and Reason, Law and Philosophy Library, Vol. 8, 2008.**
- Peršak, Nina, **Criminalising Harmful Conduct, Springer, 2007.**
- Raz, Joseph, **Can there be a theory of law? Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory, Blackwell Publishing, 2005.**
- Schonsheck, Jonathan, **On Criminalization; An Essay in the Philosophy of the Criminal Law, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 1994.**
- Tadros, Victor, **The Architecture of Criminalization, Criminal Justice Ethics, vol.28, May 2009.**