

اصل ضرورت در جرم انگاری

www.ketab.ir

دکتر احمد غلامی

دانشگاه
داد

سرشناسه	فلاحی، احمد، ۱۳۵۸-
عنوان و نام پدیدآور	اصل ضرورت در جرم‌انگاری مفهوم، مبانی و بازتاب‌ها / نگارش احمد فلاحی.
مشخصات نشر	تهران: دادگستر، ۱۳۹۳.
مشخصات ظاهری	۵۰۰ ص.
شابک	۹۷۸۶۰۰۲۸۲۰۳۸۹: ۲۲۵۰۰۰ ریال
وضعیت فهرست‌نویسی	فیا
یادداشت:	کتابنامه به صورت زیرنویس.
موضوع	اضطراب
موضوع	اضطراب — ایران
موضوع	حقوق جزا — ایران
رده‌بندی کنگره	۱۳۹۳ ۸ ف ۵۵ الف / ۱۶۹/۵۲ BP
رده‌بندی دیویی	۲۹۷/۳۲۴
شماره کتابشناسی ملی	۳۵۲۵۰۵۹

اصل ضرورت در جرم‌انگاری

نگارش: دکتر احمد فلاحی

ناشر: انتشارات دادگستر

چاپ اول: تابستان ۱۳۹۳

شمار: ۵۰۰ نسخه

قیمت: ۲۲۵۰۰ تومان

شابک: ۹۷۸۶۰۰۲۸۲۰۳۸۹

همه‌ی حقوق چاپ و نشر این اثر برای نشر دادگستر محفوظ است.
تکثیر، انتشار و بازنویسی این اثر یا قسمتی از آن به هر شیوه، از جمله: فتوکپی، الکترونیک، ضبط و ذخیره در سیستم‌های بازیابی و پخش بدون دریافت مجوز کتبی و قبلی از ناشر ممنوع است.
این اثر تحت حمایت «قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان ایران» قرار دارد.

دفتر مرکزی انتشارات: تهران، میدان حضرت ولی‌عصر (عج)، بلوار کشاورز،

ابتدای خیابان فلسطین، کوچه شهید ذاکری، بن بست سوم، پلاک ۶

تلفن ۸۸۹۰۴۴۶۵-۸۸۹۰۵۴۶۰ فکس ۸۸۹۱۰۳۳۳

فهرست مطالب

۱۵.....	مقدمه
۱۵.....	طرح مسأله
۲۶.....	انگیزه و اهداف طرح این موضوع
۲۸.....	سؤالات
۲۹.....	روش تحقیق و شیوه‌ی بحث

بخش اول

مفهوم و مبانی اصل ضرورت در جرم‌انگاری و تحلیل فرایند جرم‌انگاری در صورت مدار

فصل اول - مفهوم اصل ضرورت در جرم‌انگاری

و چارچوب مفهومی جرم‌انگاری ضرورت مدار

مبحث اول: معنانشناسی اصل ضرورت در جرم‌انگاری و تحلیل رابطی اصل با

۳۳.....	فلسفه‌ی حقوق کیفری
۳۴.....	گفتار نخست: گستره‌ی مفهومی اصل ضرورت در جرم‌انگاری
۳۴.....	الف) چرا اصل و چرا اصل ضرورت
۳۴.....	۱. معنای لغوی اصل و ضرورت
۳۶.....	۲. تعریف اصطلاحی اصل، ضرورت و جرم‌انگاری

۱-۲.	تعریف اصطلاحی اصل	۳۶
۲-۲.	تعریف اصطلاحی جرم‌انگاری	۳۹
۳-۲.	تعریف اصطلاحی ضرورت	۳۹
۳.	مفهوم «اصل ضرورت در جرم‌انگاری»	۴۰
(ب)	تبیین چارچوب نظری اصل ضرورت در جرم‌انگاری	۴۵
۱.	ضرورت وضع قانون	۴۵
	گستره‌ی نظری اصل ضرورت	۴۶
۳.	محدودیت‌های ناشی از اصل ضرورت بر جرم‌انگاری	۵۰
(ج)	ضرورت جرم‌انگاری در آیینی برخی تئوری‌ها، موازن حقوق بشری و قوانین جزایی برخی کشورها	۵۶
۱.	محدودیت‌های دخالت کیفری در برخی تئوری‌های فلسفه‌ی سیاسی و حقوق	۵۶
۲.	محدودیت‌های استفاده از ابزار کیفری در دیدگاه فیلسوفان آلمانی	۶۱
۳.	دخالت کیفری ضرورت‌مدار و برخی موازن حقوق بشر و قوانین جزایی بعضی کشورها	۶۵
	گفتار دوم: اصل ضرورت در جرم‌انگاری و فائده‌ی حقوق کیفری	۶۸
(الف)	تحلیل وجوه تفاوت حقوق کیفری با دیگر شاخه‌های حقوق	۶۹
۱.	تمایز از نظر موضوع (مفهوم جرم)	۶۹
۲.	اختلاف از نظر نوع ضمانت اجرا (مفهوم مجازات)	۷۲
(ب)	چرایی و هدف حقوق کیفری	۷۷
۱.	قانونگذاری و تحول در قانون	۷۷
۲.	چرایی استفاده از ابزار جزایی	۸۰
۳.	هدف یا اهداف حقوق کیفری	۸۴

مبحث دوم: محدودیت‌ها و اصول دخالت کیفری و ترسیم فرایند جرم‌انگاری

۹۳	ضرورت‌مدار.....
۹۳	گفتار نخست: تبیین محدودیت‌ها و اصول جرم‌انگاری.....
۹۳	الف) تحلیلی بر محدودیت‌های دخالت کیفری.....
۹۷	ب) قواعد و اصول دخالت کیفری.....
۹۷	۱. تناسب دخالت کیفری با میزان قبح اجتماعی و سرزنش عمومی عمل.....
۱۰۴	۲. وجود منافع اساسی در جرم‌انگاری.....
۱۰۵	۳. برخورد برابر با همه‌ی شهروندان و اصل عمومیت قانون جزایی.....
۱۰۷	۴. بر خست‌رسی منصفانه.....
۱۰۸	۵. اصل تناسب در مجازات‌ها.....
۱۱۰	۶. توجه به وجهه و جرم‌توان و همسانی در ارزش‌های مورد حمایت.....
۱۱۱	گفتار دوم: چارچوب مفهوم فرایند جرم‌انگاری ضرورت‌مدار.....
۱۱۱	الف) جایگاه مدل هنجاری در جرم‌انگاری.....
	ب) معرفی مدل جرم‌انگاری شنسک: عنوان یک از مدل‌های هنجاری
۱۱۸	جرم‌انگاری.....
۱۲۲	ج) رابطه‌ی تئوری جرم‌انگاری و نهادهای اجتماعی.....
۱۲۳	د) تبیین چارچوب‌های کلی جرم‌انگاری ضرورت‌مدار.....
۱۲۳	۱. تحلیل چارچوب کلی فرایند جرم‌انگاری.....
۱۲۸	۲. فرایند جرم‌انگاری ضرورت‌مدار.....

فصل دوم - ضرورت‌مداری در جرم‌انگاری بر مبنای حق فرد

بر محدود بودن دخالت کیفری

۱۳۴	مبحث اول: مفهوم و مبنای حق و تبیین امکان محدودیت در حق‌ها.....
۱۳۴	گفتار نخست: مفهوم و مبنای حق.....

- الف) مفهوم حق ۱۳۴
- ب) مبنای حق ۱۳۹
- گفتار دوم: چرایی محدودیت در حق‌ها ۱۴۰
- الف) مبنای محدودیت کیفری در حق‌ها ۱۴۱
- ب) محدودیت‌های وارد بر جرم‌انگاری در پرتو مفهوم حق ۱۴۵
- ج) مایت کیفری از حق‌ها؛ پارادوکس یا همنوایی ۱۴۹
- مبحث دوم: عدالت و حق فرد بر محدود بودن جرم‌انگاری ۱۵۲
- گفتار نخست: عدالت و توجیه محدودیت‌ها ۱۵۲
- الف) مفهوم عدالت ۱۵۲
- ب) عدالت و دخالت در حقوق فردی ۱۶۱
۱. فهم افکار عمومی از عدالت و امکان محدودیت‌ها ۱۶۱
۲. افکار عمومی و چگونگی عادلانه بودن محدودیت‌ها ۱۶۵
۳. نقش فرایندها در عادلانه بودن محدودیت‌ها ۱۶۹
- گفتار دوم: حق فرد و حق جامعه؛ در میانه‌ی مناسبت و ضرورت و عدالت ۱۷۱
- الف) رابطه‌ی حق فرد بر محدود بودن جرم‌انگاری و مناسبت جامعه ۱۷۲
۱. فایده و فایده‌گرایی در آیینی تئوری سودانگاری ۱۷۳
- ۱-۱. معنای فایده ۱۷۴
- ۲-۱. خواست‌های فایده‌گرایی ۱۷۵
۲. انتقادات وارد شده بر تئوری فایده‌گرایی ۱۸۰
- ب) منفعت و فایده‌ی عموم و حق فرد ۱۸۴
- ج) حق فرد، منافع جمعی و محدودیت‌های جرم‌انگاری ۱۸۶

فصل سوم - آزادی فردی مبنایی برای اصل ضرورت در جرم‌انگاری

مبحث اول: مفهوم و جایگاه آزادی و تحلیل امکان محدودیت در آن	۱۹۳
گفتار نخست: مفهوم آزادی و برداشت‌های مختلف از آن	۱۹۴
الف) مفهوم آزادی	۱۹۴
ب) برداشت‌های مختلف از مفهوم آزادی	۱۹۵
گفتار دوم: محدودیت در آزادی	۱۹۸
الف) دموکراسی، دولت دموکراتیک و جرم‌انگاری	۱۹۸
ب) نسبت آزادی و محدودیت	۲۰۲
ج) اصول اقتصاد دولتی و مبنای دخالت در حوزه‌ی آزادی‌ها	۲۰۵
مبحث دوم: آزادی فردی و نظم عمومی	۲۱۱
گفتار نخست: دخالت کیفری و دولت و نظم عمومی	۲۱۱
الف) دولت و جرم‌انگاری	۲۱۱
ب) آزادی فردی و خواست‌های دولت	۲۱۴
ج) دخالت کیفری و دولت	۲۱۷
گفتار دوم: آزادی و نظم عمومی	۲۲۱
الف) مفهوم نظم عمومی	۲۲۱
ب) نظم عمومی و استفاده از ابزار کیفری	۲۲۵
ج) آزادی فردی و حوزه‌های عمومی و خصوصی	۲۳۰
۱. مفهوم حوزه‌ی خصوصی	۲۳۱
۱-۱. قلمرو حوزه‌ی خصوصی	۲۳۳
۱-۲. محدودیت‌های دخالت کیفری در آزادی عقیده	۲۳۹
۲. حوزه‌ی عمومی	۲۴۰
۱-۲. مفهوم حوزه عمومی	۲۴۱
۲-۲. نقش حوزه‌ی عمومی در محدود کردن دخالت‌های کیفری و غیرکیفری	۲۴۸

بخش دوم

تحلیل اصول محدودکننده دخالت کیفری و شرایط و معیارهای استفاده از ابزار کیفری در پرتو اصل ضرورت در جرم‌انگاری

فصل اول - نقش اصل ضرر در محدود کردن جرم‌انگاری

- مبحث اول: اصل ضرر از برداشتی مضیق تا تفسیری موسع ۲۵۵
- گفتار نخست: مفهوم ضرر و معنای خطر و ریسک ۲۵۶
- الف) مفهوم ضرر ۲۵۶
- ب) بررسی مفهوم خطر، امکان و احتمال ایجاد ضرر و نسبت آن با جرم‌انگاری .. ۲۶۰
۱. مفهوم خطر و ریسک و امکان ایجاد ضرر ۲۶۰
۲. آثار بحث از مفهوم خطر در حوزه جرم‌انگاری ۲۶۵
- گفتار دوم: برداشت‌های مختلف از اصل ضرر و نقش آن در محدود کردن یا
گسترده کردن دخالت کیفری در حقوق آزادی‌ها ۲۶۹
- الف) خواست‌های اصل ضرر ۲۷۰
۱. اصل ضرر و محدودیت‌های حقوق کیفری ۲۷۰
۲. برداشت حداکثری از مفهوم ضرر ۲۷۵
۳. میزان تأثیر اصل ضرر در محدود کردن دخالت کیفری ۲۷۷
- ب) مفهوم مزاحمت و احساس تنفر و جریحه‌دار کردن احساسات و آثار آن بر
حوزه جرم‌انگاری ۲۸۱
- مبحث دوم: معیارهای ضرر لازم به دخالت و بررسی امکان دخالت کیفری در اعمال
فاقد ضرر برای دیگران ۲۸۶
- گفتار نخست: مفهوم ضرر شدید و معیارهای مداخله کیفری در آن ۲۸۶
- الف) مفهوم ضرر شدید ۲۸۶
۱. شدت صدمه و ارتباط آن با نظم عمومی ۲۸۸

۲۹۱	۲. معیار یا معیارهای سنجش صدمه‌ی شدید.....
۲۹۴	۳. طبقه‌بندی جرایم و توجه به عامل شدت ضرر.....
۲۹۷	۴. ارزیابی شدت صدمه و توجه به عنصر تحول.....
۲۹۸	ب) شدت ضرر و رابطه‌ی آن با عنصر روانی.....
۳۰۰	ج) موجه و غیرموجه بودن ضرر.....
۳۰۲	گ) دو: اعمال فاقد ضرر برای دیگران و دخالت در حوزه‌ی خصوصی فرد.....
۳۰۲	الف) اعمال فاقد ضرر و تئوری حمایت‌گرایی و پدرسالاری.....
۳۰۷	ب) اعمال فاقد ضرر برای دیگری و تئوری اخلاق‌گرایی.....
۳۱۵	ج) جرم‌انگاری اعمال فاقد ضرر و تئوری لیبرال و دولت.....
	د) امکان‌سنجی اعمال فاقد ضرر برای دیگری از منظر مبانی و آثار
۳۱۶	اصل ضرر.....

فصل دوم - نقش اخلاقیات موجود در جامعه

در محدود ضرر و دخالت کیفری

۳۲۵	مبحث اول: سرزنش اخلاقی و نسبت حقوق و اخلاق.....
	گفتار نخست: نسبت تحول در اخلاقیات و قضایات اخلاقی جامعه با
۳۲۶	حوزه‌ی حقوق.....
۳۲۶	الف) قضاوت‌های اخلاقی و مبنای قواعد و تکالیف.....
۳۳۲	ب) تغییر و تحول اخلاقیات و تأثیر آن بر جرم‌انگاری.....
۳۳۸	۱. پوزیتیویسم و تحول در منابع حقوق کیفری.....
۳۴۴	۲. منابع حقوق کیفری از منظر تئوری حقوق طبیعی.....
۳۴۸	ج) بررسی نقدهای وارد شده بر بحث تغییر و تحول در اخلاقیات.....
۳۵۴	گفتار دوم: سرزنش اخلاقی و جرم‌انگاری.....
۳۵۴	الف) رابطه‌ی حقوق و اخلاق.....

۱. توجه برخی رویکردها به کارکردی اخلاقی برای حقوق ۳۵۵
۲. جایگاه بحث از تمایز میان هدف حقوق و اخلاق در تئوری‌های مختلف ۳۵۸
۳. تضمین قانونی اخلاق ۳۶۱
- ب) غیر اخلاقی بودن عمل و مبانی جرم‌انگاری ۳۶۸
۱. تأکید برخی تئوری‌ها بر نقش حقوق کیفری در اجرای قانونی اخلاقیات ۳۶۹
۲. توجه به فلسفه‌ی حقوق کیفری و تضمین همزیستی و امکان سنجی دخالت در اعمال غیر اخلاقی ۳۷۱
- مبحث دوم: دخالت کیفری و اخلاق و ارزش‌ها و واقعیت‌ها ۳۸۰
- گفتار نخست: مفهوم ارزش و بحث از تحول در آن ۳۸۰
- الف) مفهوم ارزش‌ها ۳۸۰
- ب) تحول در ارزش‌ها ۳۸۱
- گفتار دوم: نگاه دولت به جامع و حوریت ارزش‌ها ۳۸۴
- الف) رابطه‌ی ارزش‌ها و دولت در حقوق و آزادی‌ها ۳۸۴
۱. مقبولیت و مشروعیت قواعد عرفی و ارتباط آن با ارزش‌های اجتماعی ۳۸۴
۲. قانون جزایی و تحولات جامعه ۳۸۸
۳. قانون کیفری و خواست‌های جامعه ۳۸۹
- ب) خوانشی دیگر از حقوق عرفی؛ حقوق عرفی، حقوق جامعه ۳۹۶

فصل سوم - محدودیت‌های دخالت کیفری در پرتو عناصر جرم

مبحث اول: نقش عنصر قانونی جرم در محدود کردن دخالت کیفری و تبیین اصل محدودیت‌های

- درونی حقوق کیفری در جرم‌انگاری برخی از اعمال ۴۰۲
- گفتار نخست: جایگاه عنصر قانونی جرم در محدودیت دخالت کیفری ۴۰۲
- الف) نقش عنصر قانونی جرم در محدود کردن جرم‌انگاری ۴۰۳
- ب) منع تفسیر موسع قانون جزایی و تأکید بر صراحت در جرم‌انگاری ۴۰۵

گفتار دوم: عنصر قانونی جرم و لزوم توجه به هدف جرم‌انگاری عمل	۴۰۹
الف) جرم‌انگاری اعتیاد به عنوان یکی از موارد عدم توجه به منطق حاکم بر	
حقوق کیفری	۴۱۰
۱. قانونمندسازی مصرف مواد مخدر	۴۱۳
۲. جرم‌انگاری مصرف مواد مخدر	۴۱۴
۳. جرم‌زدایی از مصرف مواد مخدر	۴۱۵
۱-۱. عدم وجود ارکان مسؤولیت کیفری	۴۱۶
۲-۱. محدود کردن اعتیاد و توجه به قابلیت‌های ابزار کیفری در کنترل و	
نظارت	۴۱۶
ب) جرم‌انگاری اعتیاد و ابزار حقوق کیفری اسلام	۴۲۰
۱. جایگاه حقوق و آزادی‌های فردی در اسلام	۴۲۰
۲. مصادیقی از محدودیت قوا کیفری در اسلام	۴۲۱
۳. طبقه‌بندی مقاصد شریعت اسلام و محدودیت جرم‌انگاری	۴۲۳
مبحث دوم: محدودیت‌های جرم‌انگاری و پرتو ارکان مسؤولیت کیفری و عنصر	
مادی جرم	۴۲۵
گفتار نخست: بررسی جرم‌انگاری برخی عناوین جدید در پرتو ارکان مسؤولیت کیفری	۴۲۶
الف) تعریف مسؤولیت کیفری	۴۲۶
۱. مفهوم مسؤولیت کیفری	۴۲۷
۲. مسؤولیت کیفری و جرم‌انگاری	۴۳۱
ب) مسؤولیت کیفری و جرم‌انگاری جرایم با مسؤولیت مطلق	۴۳۳
۱. جرایم سازمان‌یافته و نادیده گرفتن ارکان مسؤولیت کیفری	۴۳۹
۲. انتقال و ویروس ایدز و شرایط مسؤولیت	۴۴۲
ج) محدودیت‌های دخالت کیفری در اعمال غیر عمدی	۴۴۴
د) ارتباط تقسیم‌بندی عوامل مؤثر بر مسؤولیت کیفری با مبانی جرم‌انگاری	۴۴۷

گفتار دوم: نقش عنصر مادی جرم در محدود کردن دخالت کیفری ۴۴۹

الف) محدودیت‌های جرم‌انگاری شروع به جرم و جرایم مانع ۴۴۹

ب) تحلیلی کوتاه بر جرم‌انگاری قتل و بحث از شدید بودن آن ۴۵۵

د) جرم سیاسی و جرم‌انگاری در حوزه‌ی آزادی تفکر ۴۵۶

نتایج و شنهاها ۴۶۳

فهرست منابع ۴۸۳

مقدمه

طرح مسأله

با مطالعه‌ی اولیه‌ی قوانین کیفری بیشتر کشورها، می‌توان گفت یکی از جدی‌ترین مشکلات فزاینده‌ی حقوق کیفری این است که حجم قوانین جزایی، بیش از آن چیزی است که برای زندگی اجتماعی ضروری است. در سالیان اخیر، قانون جزایی این جوامع، با افراط در جرم‌انگاری روبرو شده است؛ به گونه‌ای که هم تعداد عناوین مجرمانه از دید یافتن و هم دایره‌ی تعریف و مصادیق یک جرم خاص، گسترش پیدا کرده است. این امر منجر به مشکلی اساسی تبدیل می‌شود که اگر نگاهی به مجموعه‌ی قوانین جزایی برخی کشورها به‌ویژه در کشور ما که به جای قانون جزایی، قوانین جزایی داریم - داشته باشیم به آسانی متوجه خواهیم شد حتی مطالعه‌ی ساده‌ی همه‌ی مواد آن نیز، کمتر در حوصله و وقت محققان حقوقدانان است؛ حال باید شهروندان جامعه که هر یک به صورت محتمل، موضوع و مشمول این قانون خواهند بود، چگونه از همه‌ی اعمال جرم‌انگاری شده، اطلاع داشته باشند؟ علاوه بر مشکلات ناشی از حجم قانون، اگر تفاسیر قضایی‌ای که به علت ابهام در قانون جزایی، دایره‌ی عناوین مجرمانه را گسترش می‌دهد و اختیارات وسیعی را که این قانون در تشخیص اعمال مجرمانه به پلیس می‌دهد، با بحث از افراط در جرم‌انگاری کنار می‌دهیم، می‌توان دورنمای دقیق‌تری از حجم قانون جزایی ترسیم کرد و اگر تعداد زیاد اعمال جرم‌انگاری شده را در کنار عبارات مغلق و عدم توجه به بایسته‌های شکل جرم‌انگاری قرار دهیم، به نظر می‌رسد مشکل دوچندان باشد.

یکی از دلایل عمده‌ی افراط در جرم‌انگاری آن است که دولت‌ها، حقوق کیفری را

به عنوان آسان‌ترین و مقتدرترین ابزار کنترل و نظارت در جامعه به کار می‌گیرند و در میان ابزارهای مختلف، ابزار کیفری، جزو اولین راهکارهایی است که به آن روی می‌آورند. در همین ارتباط باید گفت، جرم‌انگاری گاه خود را در قالب عناوینی چون حمایت کیفری از محیط زیست، حمایت کیفری از کودکان، مبارزه با جرایم رایانه‌ای، مبارزه با تروریسم، محدود کردن جرایم سازمان‌یافته و حمایت از حریم خصوصی یا حوزه‌ی عمومی و غیر آن نشان می‌دهد. در این گونه موارد، حضور بیشتر اقتدار دولتی با این توجیه همراه است که جامعه در خطر قرار داشته و ضروری است که به دلیل حمایت از آن، به ابزار کیفری متوسل شد؛ مسأله‌ای که بدون شک، نیازمند تحلیل فلسفه‌ی حقوق کیفری، مفهوم ضرورت تعریف خطر و جرایمی ضرورت جرم‌انگاری در آن حوزه است.

همانگونه که پیش از این جرم‌انگاری موجب ایجاد محدودیت در اعمال اشخاص می‌شود و ابزار کیفری نیز تسلیحاتی را دارد که به تضعیف حقوق و آزادی‌ها منجر شود و هزینه‌ها و مشکلات متعددی چون احساس ترس، پلیسی شدن حقوق کیفری، حضور بیشتر دولت در قلمروهای گوناگون زندگی، امنیتی شدن حوزه‌های مختلف اجتماعی را به دنبال داشته باشد. آنچه در این وضعیت، مورد نقد فیلسوفان حقوق کیفری قرار گرفته است، تعداد زیاد مواد قانون جزایی و نه حوزه‌ی گسترده‌ای از اعمال انسانی است که قانون جزایی در آنها محدودیت ایجاد کرده است و «افزایش استفاده از ابزار کیفری و به کارگیری غیر مسبوق مجازات و بزرگ شدن گستره جرم‌انگاری، از جمله مشکلات حقوق کیفری امروز ما است؛ [به گونه‌ای که می‌توان گفت] امروزه مبرم‌ترین مشکل حقوق کیفری آن است که ما بیش از [آن] اندازه [که ضروری و لازم باشد] قانون جزایی داریم.»^۱ افزایش استفاده از حقوق کیفری همراه با خشن‌تر کردن ابزارهای کیفری در بعضی کشورها و سیاسی شدن جرم‌انگاری در برخی از نظام‌های کیفری، دامنه‌ی مشکلات ناشی از افراط در جرم‌انگاری را بیشتر کرده است. خارج شدن از حد

1- Husak, Douglas, *Overcriminalization; The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2008, p.4.

ضروری جرم‌انگاری، موجب می‌شود اشخاص به خاطر اعمالی مجازات شوند که لازم نبوده است کیفری باشد و یا ضروری نبوده است در شمول قواعد حقوقی غیر کیفری قرار بگیرند و یا حتی در برخی موارد، می‌توان در ورود الزام و اجبار بر آن عمل و رفتار تردید کرد و انجام آن، باید آزاد باشد. بر این اساس، تحلیل حد ضروری دخالت کیفری باید یکی از موضوعات مورد توجه حقوقدان کیفری باشد.

۱-۱) مفهوم‌شناسی افراط در جرم‌انگاری

امروزه بخش عمده‌ای از تلاش‌های نویسندگان حوزه‌ی فلسفه‌ی حقوق کیفری معطوف به برابری در چگونگی محدود کردن گستره‌ی جرم‌انگاری است و بیان شده است در جوامع مدرن، مشکلات اساسی‌ای که فراروی قانون جزایی است، خود را در سه بعد نشان می‌دهد: افراط در جرم‌انگاری، جرم‌انگاری‌های موردی، اتفاقی و متعارض و نبود یک دستورالعمل و راهنما در قانون جزایی برای شهروندان.^۱ به نظر می‌رسد تمامی سه مشکل فوق، به دلیل خروج از حد ضروری جرم‌انگاری و افراط در استفاده از ابزار کیفری است. جرم‌انگاری‌های متعارض، موردی و مصداقی، ناشی از عدم توجه یا عدم پایبندی به میزان ضروری جرم‌انگاری است و نبود دستورالعمل و راهنما نیز در قالب نبود مدل و استراتژی پاسخ‌ها نمود می‌یابد که باعث خروج از دایره‌ی ضروری جرم‌انگاری را تسهیل می‌کند. بنابراین، می‌توان حد ضروری را از دایره‌ی ضروری جرم‌انگاری را، افراط در جرم‌انگاری نامید و «افراط در جرم‌انگاری» عدم استفاده‌ی درست از قدرت حقوق کیفری و به‌کار بردن آن در جایی است که ضرورت نداشته و فاقد توجیه است.^۲ صرف این‌که ما در مواردی از حقوق کیفری استفاده کنیم که به‌کارگیری آن، ضروری نبوده است، با بحث از افراط در جرم‌انگاری روبرو هستیم؛ چه

1- Alexander, Larry, *Crime and Culpability: A Theory of Criminal Law*, Cambridge University Press, 2009, p.291.

2- Luna, Erik, *The overcriminalization Phenomenon*, American University Law Review, vol.54, 2005, p.715.

این‌که افراط، استفاده غیرموجه و بیش از حد ضرورت از یک ابزار یا انجام غیر ضروری یک عمل می‌باشد.

باید این نکته را خاطرنشان شد که تمامی جرم‌انگاری‌های جدید در قانون کیفری، افراط در جرم‌انگاری نیست؛ «همان‌گونه که تمامی کم کردن‌ها از محدوده‌ی حقوق کیفری، به معنای نزدیک شدن به ایجاز کیفری نیست.»^۱ بر این اساس، تأکید بر میزان ضروری جرم‌انگاری باید مورد توجه باشد و آنچه در این‌جا به عنوان افراط در جرم‌انگاری مورد توجه است، خروج از حد ضروری جرم‌انگاری است و افراط در جرم‌انگاری می‌تواند به دو صورت انجام گیرد: زیاده‌روی و افراط (Redundancy) و گستردگی بیش از حد (Overbreadth). گسترش، جرم‌انگاری رفتار مشروع را به صورتی غیر مناسب شامل می‌شود و به مرور مشروع آزادی، تعدی (infringes) می‌نماید و باعث می‌شود که قدرت پلیس و نهاد تعقیب، افزایش یابد. در حالت اول، تعداد عناوین مجرمانه زیاد می‌شود و دایره‌ی مصادیق مشمول مجازات، جزایی گسترش می‌یابد و در حالت دوم، در یک عمل خاص، محدوده‌ای را که حقوق کیفری می‌تواند دخالت نماید، گسترده‌تر می‌نماید.^۲ و در نتیجه، اعمال بیشتری در معرض تهدید قرار می‌گیرند و نهاد تعقیب و پلیس از تعداد امکان‌های بیشتری برای تضعیف حقوق و آزادی‌ها، برخوردار می‌شوند.

ب) عوامل و مصادیق افراط در جرم‌انگاری

در مورد چرایی و مصادیق خروج از حد ضرورتی دخالت کیفری، برخی بر این باورند یکی از وجوه افراط در جرم‌انگاری، تغییر رویکرد کلاسیک کیفری در جرم‌انگاری اعمالی است که ماهیتاً ناشایست و خطا هستند^۳ و در هر دو ارتباط بیان

1- Duff, R.A, *A Criminal Law for Citizens*, http://law.huji.ac.il/upload/Duff-Citizens_Enemies_Outlaws.pdf, p.3.

2- Brown, Darryl K, *Democracy and Decriminalization*, *Texas Law Review*, Volume 86, Number 2, December 2007, p.230.

۳- در مورد نقد این دیدگاه در ناشایست بودن ذاتی برخی از اعمال و تأثیر آن بر جرم‌انگاری، در فصل دوم بخش دوم، به تفصیل بحث شده است.

می‌دارد: امروزه حقوق کیفری به این سمت حرکت می‌کند که رفتارها را نه به این دلیل که ماهیت درونی و ذاتی ناشایست و خطا داشته باشند، بلکه به این دلیل که در برابر رفاه عمومی قرار دارند، جرم‌انگاری کند و در برخی موارد نیز، بعضی از اعمال فقط بر مبنای خواست و اراده‌ی قانون‌گذار، جرم‌انگاری می‌شوند.^۱ لازم به ذکر است که دیدگاه اخیر در یک بخش، عامل خروج حقوق کیفری از چارچوب ضروری خود را جرم‌باری اعمالی می‌داند که ذاتا ناشایست نیستند؛ این که آیا در قلمرو حقوق، اعمال حسن و قبح ذاتی دارند یا این که در اخلاق متعارف جامعه تعریف می‌شوند، خود بحثی مفصل است که به آن اشاره خواهد شد.

می‌توان بر بخش‌های اصلی و مصادیق افراط در جرم‌انگاری را در قالب عناوین زیر بیان کرد: گسترش سرانجام سرور در جرم‌انگاری اعمال، قایل شدن به کارکردی اخلاقی برای حقوق کیفری؛ بر شدن از معیارهای عینی و ترجیح ضابطه‌های ذهنی در جرم‌انگاری و به‌ویژه در ارکان سرانجام کیفری؛ افزایش تعداد جرم‌انگاری‌ها بر اساس بزرگ کردن نقش حمایتی حقوق کیفری؛ گسترش دایره‌ی جرم‌انگاری به نام حمایت از محیط زیست و حمایت از حقوق کودکان و غیر آن؛ عدم توجه به اصل تناسب میان جرم و مجازات؛ نبود یک مدل و تئوری هم‌پایه با واقع‌گرا و مفهومی از جرم‌انگاری و روی آوردن به تقلیدگرایی در جرم‌انگاری؛ سیاسی شدن حقوق کیفری و غلبه‌ی رویکرد امنیت‌گرایانه بر قانون‌جایی؛ استفاده‌ی تاکتیکی از ابزار کیفری و نبود استراتژی پاسخ و توسل به جرم‌انگاری‌های تک‌عنوانی؛ گسترش جرم‌انگاری به نام مانع و تأکید بیش از حد بر مفهوم خطر و احتمال ارتکاب جرم؛ عدم وجود مرز بین مشخص و ملموس میان انگیزه و عقیده و تفکر در جرم‌انگاری جرم سیاسی و اختلاف بین مفهوم جرم سیاسی و اعمال علیه دولت؛ گسترش جرم‌انگاری جرایم با مسئولیت مطلق و عدم توجه به وجود ارکان مسئولیت کیفری و عناصر سه‌گانه‌ی جرایم در جرم‌انگاری

1- Rosenzweig, Paul, *The Overcriminalization of Social and Economic Conduct, Legal Memorandum, April, 2003, p.5.*

عناوین جدید؛ جرم‌انگاری اعمال قابل گذشت؛ ورود بحث‌هایی مدنی چون ضمان و دیات در قانون مجازات اسلامی؛ جرم‌انگاری اعمالی که به صورت محدود و در برخی از مناطق جامعه واقع می‌شوند و پوشش دادن فضای تمام جامعه به خاطر این اعمال؛ جرم‌انگاری عنوان واحد در موارد مختلف و همپوشان، به‌ویژه در مورد جرایم رایانه‌ای و عناوین جدید؛ جرم‌انگاری اعمالی که می‌توان به نوعی همپوشانی بین تحریم و مجازات را در مورد آنان قایل شد؛ مجازات‌های شدید برای اعمال ساده و عدم در نظر گرفتن اصل تناسب ارزش کیفری عمل و چگونگی و میزان دخالت حقوق کیفری؛ وجود اتمام دین در باز گذاشتن فضا برای تفسیرهای موسع قضایی؛ همپوشانی در عناوین مدنی و کیفری؛ استفاده از مجازات‌های احاله‌ای و ارجاعی و عدم توجه به مبانی جرم‌انگاری؛ ارزش آن عمل خاص و استفاده از نوعی قیاس؛ جرم‌انگاری اعمالی که به ندرت وسیع می‌شوند؛ گسترش جرم‌انگاری برخی جرایم بدون توجه به محدودیت‌ها و قابلیت‌های حقوق کیفری در مواردی چون اعتیاد و مصرف مواد مخدر؛ عدم توجه به رکن روانی در مسوولیت 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 تمایز جرم و تخلف؛ عدم توجه دقیق به اصل حمایت کیفری برابر بر اساس اصل تناسب ارزش‌ها و در نظر نگرفتن اصل عمومیت قانون جزایی؛ پیروی نکردن قانون از یک قاعده واحد در جرم‌انگاری اعمال مختلف در بیشتر موارد؛ ابهام در مصادیق عمل جزایی و ورود تعریف مشخص از هر کدام از جرایم و گسترش دایره اختیارات پلیس در تعیین مصادیق عمل مجرمانه و واگذاری مجازات به آن نهاد در مورد عناوینی چون روزه‌خواری در تعریف اتومبیل افرادی که تظاهر به روزه‌خواری می‌کنند؛^۱ و متعدد بودن مراجع وضع و تصویب قانون

۱- به‌ویژه این‌که عنوان روزه‌خواری، دارای عنصر قانونی نیست و جرم‌انگاری آن بر مبنای یک تفسیر موسع از قانون مجازات اسلامی است.

جزایی. این‌ها بخشی از مشکلات موجود در حوزه جرم‌انگاری است و می‌توان مسائلی دیگر را نیز مورد بحث قرار داد.

در راستای برون‌رفت از مشکلات فوق، در نظام‌های کیفری مختلف، راه‌حل‌های متفاوتی ارائه شده است؛ از جمله‌ی این راهکارها در کشور ما توسل به جرم‌زدایی، قضازدایی، کیفرزدایی و بحث از جایگزین‌های این شکل از کیفرها و در برخی موارد، جایگزین‌های کیفر و بحث‌های عدالت ترمیمی و نیز مباحث مربوط به فلسفه‌ی حقوق کیفری و کارکردهای قانون جزایی بوده است. علاوه بر این مباحث، بایسته‌های قانون‌گذاری کیفری، صورت خاص و محدود، چه بایسته‌های شکلی و چه ماهوی مورد توجه قرار گرفته است. در برخی از این موارد، استفاده از شیوه و روش سایر کشورها بدون توجه به مبانی اجتماعی، فرهنگی، سیاسی، مردم‌شناختی و انسان‌شناختی بوده است و به نوعی، پدیدگی از تجربه‌ی دیگر جوامع گسترش یافته است.

ج) لزوم توجه به محدودیت‌های ورود دخالت کیفری

از اولین نوشته‌های موجود در بحث فلسفه‌ی سیاسی، حدود دخالت پادشاه و دولت در حقوق و آزادی‌ها مورد بحث و بررسی قرار گرفته است و بحث از قدرت دولت، در نگاهی مبتنی بر مطلق‌گرایی تا دخالت عدالت، تحلیل شده است و در دوران معاصر با گسترش دامنه‌ی مفهوم حقوق بشر، حضور دولت کیفری و نوع و شیوه و میزان آن در جامعه مورد تجدید نظر قرار گرفته و بحث به جای‌ای را در این زمینه موجب شده است. در کنار این مباحث، همواره یکی از مسائل اساسی و مورد توجه فلسفه‌ی حقوق کیفری این بوده است که محدودیت در جرم‌انگاری چگونه می‌توان ترسیم کرد. تأکید بر اصل ضرورت در جرم‌انگاری و تبیین مفهوم، مبانی و بازتاب‌های آن در محدودیت‌هایی که بر دخالت کیفری ایجاد می‌کند، می‌تواند یکی از جدی‌ترین موضوعات در کم کردن افراط در جرم‌انگاری و قرار دادن قانونگذاری کیفری در حوزه‌ی ضرورت‌های زندگی اجتماعی باشد؛ چراکه «مطالعه‌ی حقوق کیفری، تا حد

زیادی، مطالعه‌ی محدودیت‌های وارد بر آن است.^۱ علاوه بر این، بحث از محدودیت با این مسأله همراه است که قواعد حقوقی برای تضمین همزیستی اجتماعی است و بنابراین باید در جامعه تعریف شده و تعیین گردد و «در نگاه اولیه باید گفت، قانون جزایی، تولید و فرآورده‌ای است برای زمان خود و شرایط فعلی و جاری جامعه‌ی مدنی.»^۲ این نظر هم حقوق کیفری را در میانه‌ی تحولات جوامع و تغییر در ارزش‌ها و باورها قرار می‌دهد و هم برای جرم‌انگاری، ماهیتی مبتنی بر منطق درونی بودن قواعد قائل می‌شود و بنابراین نمی‌توان نسخه‌ای واحد از قانون جزایی ارائه داد که در همه‌ی زمان‌ها و در تمامی جوامع به صورت یکسان جاری شود و به اهداف و فلسفه‌ی خود نائل آید و از جمله مصادیق دور شدن حقوق کیفری از تحولات جامعه، ممنوعیت اعمالی است که در قانون جزایی متروک مانده‌اند و در جامعه، به دلیل تفاوت به آن وجود دارد.

همچنین باید توجه کرد که حقوق نه تنها «نمی‌تواند شهروندان را از نظر اخلاقی به صورت تمام‌عیار تربیت کند و باید به عنوان نهادی برای [تأمین] استانداردهای حداقلی نگه داشته شود.»^۳ کارکرد آموزشی حقوق کیفری می‌تواند قابل تردید باشد. جرم‌انگاری یک انتخاب است از میان چندین انتخاب؛ چگونگی جرم‌انگاری و رعایت معیارها و بایسته‌های آن باید بر اساس استراتژی پاسخ باشد و راه‌های از راهکارها و راه‌حل‌ها را ارزیابی کرد و در مورد هر رفتار، باید میزان تطابق آن با معیار مورد بررسی قرار گیرد. حقوق کیفری نباید فراموش نماید که فقط یک نهاد کوچک از جامعه‌ی انسانی است؛ حقوق کیفری همه‌ی زندگی اجتماعی نیست و بنابراین، نباید بر همه‌ی زندگی نیز حاکم شود و قرار گرفتن حقوق کیفری در دایره‌ی ضروری خود، باید مورد توجه قرار گیرد.

د) طرح کلی موضوع اصل ضرورت در جرم‌انگاری

بر اساس مباحث پیش گفته، تحلیل ضرورت در جرم‌انگاری و ترسیم معیارهای لازم

1- Samaha, Joel, *Criminal Law, Eighth Edition, Thomson Learning Academic Resource Center, 2005, pp.2-6.*

2 - McSherry, Bernadette, *Regulating Deviance, Oxford and Portland Oregon, 2009, p.9.*

3 - Burg, Wibren vander, *From Ethics to Law, <http://ssrn.com/abstract=1865198>, pp.2-5.*

برای میزان دخالت کیفری و شناخت مبانی و نیز بازتاب‌های آن، باید به عنوان یکی از مسائل مهم در فلسفه‌ی حقوق کیفری، مورد توجه حقوقدان کیفری قرار گیرد و با بررسی این‌که حقوق کیفری چگونه بوده است و حال جرم‌انگاری به چه صورت است و این‌که باید چگونه باشد، چارچوبی هنجارین از جرم‌انگاری را ترسیم کرد. اصلی‌ترین سؤال در هر بحث از محدودیت‌ها، به ضرورت وجودی آن محدودیت می‌پردازد و این‌که چرا باید این محدودیت وجود داشته باشد و چه ضرورتی و برچه مبنایی آن را ایجاب می‌کند. این موضوع، باید در جرم‌انگاری تمامی اعمال مورد توجه قرار گیرد که چه ضرورتی برای جرم‌انگاری آن وجود دارد و اگر جرم‌انگاری نشود، وضعیت جامعه به چه صورت خواهد بود. به عنوان مثال در عملی چون سرقت، اگر سارق، مال مسروقه را به بزه‌دیده پس دهد و اکتفا به ارجاع داشته نماید، آیا این عمل، باید کیفری شود؟ به همین منظور، ارایی اصول و معیارهایی که در یک فضای واقع‌گرا، قدرت قانون‌گذار را در تصویب قانون جزایی به موارد ضروری محدود می‌کند، باید، ضروری خواهد بود.

اهمیت این بحث آنجا پیش‌بینی می‌شود که باید توجه کنیم «همه‌ی ما [شهروندان] موضوع بالقوه‌ی مجازات هستیم»^۱ و احتمال این‌که در معرض مجازات قرار بگیریم وجود دارد؛^۲ بنابراین جرم‌انگاری تک‌تک ما و به عنوان نیازمند توجیه است و در عین حال، ما نیازمند وجود استانداردها و معیارهایی 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»^۳ و قانون‌گذار باید جامعه را به این اقناع برساند که بدون جرم‌انگاری آن عمل خاص،

1- Lacey, Nicola, *State Punishment: Political Principles and Community Values*, International Library of Philosophy, 1994, p.2.

۲- باید توجه کرد که موضوع اصلی حقوق کیفری، انسان است و این مسأله را باید مد نظر قرار داد

که آیا اصل بر مجازات کردن انسان است یا مجازات نکردن؟

3- Jean-Paul Brodeur, in *What Is a Crime? Defining Criminal Conduct in Contemporary Society*, Law Commission Of Canada, 2004, p.3.

تضمین همزیستی مسالمت‌آمیز ممکن نخواهد بود.

بحث از اصل ضرورت در جرم‌انگاری در جهت محدود کردن قدرت قانون‌گذار کیفری برای دخالت در حقوق و آزادی‌های فردی است^۱ و در این راستا، مبنا این است که حقوق کیفری نباید دخالت کند و اگر دخالت کرد، این امر باید در چارچوب مفهوم ضرورت باشد. فاینبرگ در تبیین مبانی کتاب خود در تحلیل اصل ضرر و مصادیق آن و چگونگی ایجاد محدودیت در آن حوزه، بیان می‌دارد: «هدف این پژوهش آن است که منطق و حوزه‌ای را مشخص کند که شهروندان ادعای اخلاقی بر آزادی در آن را دارند و آزاد است که بر آنونی است.»^۲ اما، در اصل ضرورت، بر نیاید‌های دخالت توجه می‌شود و بر این است که نباید دخالت کرد، مگر این که ضرورت داشته باشد و در این راستا می‌توان گفت که بر آزادی است، مگر آنکه جزئی از آن به خاطر ضرورت‌های زندگی اجتماعی محدود شود. بنابراین، منطقه‌ی مناسب دخالت کیفری باید مشخص گردیده و ترسیم شود. در همین کتاب، موضوع کتاب حاضر نیز در این راستا حرکت می‌کند که جرم‌انگاری تک‌تک اعضا، نیازمند توجیه است؛ توجیهی که گذر از حقوق و آزادی‌ها را موجه نماید و آن را بر مبنای ضرورت در جرم‌انگاری آن عمل، عقلانی نماید. بر این اساس، اصل را بر عدم جرم‌انگاری قرار دهد و در این تلاش است که حدود ضرورت و اصولی را که می‌تواند در چارچوب اصل ضرورت در جرم‌انگاری، دخالت کیفری را توجیه نماید، تحلیل و تبیین کند.

۱- اگرچه در نگاه اول این موضوع با بحث از جرم‌انگاری کمیته و حداقلی هم‌سان دارد، اما می‌توان گفت تئوری جرم‌انگاری حداقلی، اصل را بر این قرار می‌دهد که جرم‌انگاری باید به صورت حداقلی و کمیته باشد؛ در حالی که در اصل ضرورت، مبنا این است که حقوق کیفری نباید دخالت کند، مگر این که ضرورت داشته باشد و حدود دخالت و ضرورت را تابع کم بودن و حداقلی بودن تعریف نکرده و بلکه موضوع، دائرمدار ضرورت خواهد بود، بدون این که بر حداقلی بودن جرم‌انگاری تأکیدی ویژه داشته باشد.

2 - Feinberg, Joel, *Harm To Others; The Moral Limits of Criminal Law*, First Published, Oxford University Press, 1984, p.7.

کتاب حاضر با نگاهی انتقادی نسبت به وضعیت حقوق کیفری موجود، تلاش می‌کند با دیدی کل‌نگر، اقدام به تحلیل و ارائه‌ی مدلی واقع‌گرا و میانه از مدل جرم‌انگاری بر مبنای اصل ضرورت نماید. در همین ارتباط، ضمن تبیین مفهوم اصل ضرورت، دلایل توجیه‌کننده‌ی دخالت کیفری را مورد بحث قرار داده و با بحث از فلسفه‌ی حقوق کیفری، جایگاه اصل ضرورت را در رسیدن به اهداف حقوق کیفری بیان خواهد کرد. با توجه به این‌که جرم‌انگاری، شدیدترین حالت دخالت در حقوق و آزادی‌های فردی است، مبنای اصل ضرورت و این‌که چرا جرم‌انگاری باید آخرین راه‌حل باشد را باید تنها بر مفهوم حق فرد بر محدود بودن جرم‌انگاری و نیز اصل بر آزادی و آزاداندن، تحلیل خواهد کرد. سپس با توجه به نظریه‌های دولت و توجه به مباحث فلسفه‌ی سیاسی، رابطه‌ی اصل ضرورت و مصلحت عمومی را با حقوق و آزادی‌های فردی بررسی می‌نماید. همچنین به اصول محدود کننده‌ی جرم‌انگاری را تحلیل کرده و رفتارها و اعمال لازم به کتور و تدارک کیفری را مورد بحث قرار داده و در این میان، از فلسفه‌ی اخلاق و فلسفه‌ی سیاسی بهره خواهد برد و جایگاه حقوق کیفری را به عنوان یکی از ابزارهای کنترل اجتماعی و نه به عنوان بهترین و بلکه در چارچوب آخرین چاره‌ی در حوزه‌ی نظارت و کنترل، بررسی خواهد کرد و آثار زیانبار جرم‌انگاری غیر ضروری را بیان می‌کند. ضمن تحلیل مفهوم نیاز، شرایط و مبادی جرم‌انگاری، چرایی دخالت کیفری و چگونگی توسل به ابزار کیفری را در جرم‌انگاری ضروری تدارک بیان کرده و در نهایت، مدل هنجارین خود از جرم‌انگاری را ارائه خواهد کرد.

در مورد جایگاه اصل ضرورت در جرم‌انگاری در حقوق کیفری اسلامی و نیز در نظام جزایی ایران، با وجود این‌که ضرورت و لزوم پژوهش در این حوزه به شدت احساس می‌شود، اما توجه به ویژگی‌ها و مبانی خاص نظام حقوق اسلامی، نیز توجه به معماری حقوق کیفری و ارائه‌ی مدلی مفهومی از قانون جزایی برای جامعه‌ی ایرانی، خود بحثی مفصل را می‌طلبد و در حوصله‌ی زمان نگارش این کتاب نیست و امید است که در فرصتی دیگر، نگارنده به تحلیل و تبیین این موضوع از نگاه حقوق کیفری

اسلامی و نیز تحلیل انطباق آن در حقوق کیفری ایران، اهتمام ورزد. هرچند در برخی موارد، به منظور قرار دادن موضوع در یک فضای بیشتر واقعی، مصادیقی از قوانین جزایی کشورمان را آورده و یا برخی از عناوین حقوق جزای اسلامی، مورد بحث قرار گرفته است. ولی به صورت کلی، بحث به صورت انتزاعی و فارغ از هر جامعه و نظام حقوقی نوشته شده است و تلاش بر این است که مبانی و اصول این موضوع تبیین شده و مباحث تحلیل قرار گیرد.

انگیزه و اهداف طرح این موضوع

حقوق کیفری است که ما امروزه از آن بحث می‌کنیم، بیشتر مبتنی بر شرح وضعیت موجود حقوق و تفسیر قانون جزایی و بحث‌هایی توصیفی از حقوق کیفری است و کمتر به سؤالاتی چون حقوق کیفری چیست یا این که باید چه و چگونه باشد، پرداخته می‌شود. لازم است که نگرش دانشجوی حقوق کیفری، از حقوق کیفری‌ای که به دنبال مجازات کردن است، به حقوق کیفری‌ای که منوط به بحالت نکردن و محدود نکردن و مجازات نکردن قرار می‌دهد، تغییر یابد و در همین رابطه، اصل ضرورت، موضوعاتی چون باید‌ها و نباید‌های دخالت کیفری را مورد بررسی قرار می‌دهد و تلاش می‌کند با نگاهی هنجارین، در ترسیم محدوده‌ی مناسب حقوق کیفری سهمی داشته باشد.

در جوامع امروزی، ضرورت وجود ارتباط میان شهروندان و دولت، موجب شده است بحث از حاکمیت قانون همراه با این مسأله‌ی اساسی باشد که قدرت دولت در محدود کردن آزادی‌های شهروندان، منوط به وجود اصول و مبانی است که باید دخالت را توجیه نماید و «هر شیوه‌ای از جرم‌انگاری، باید بر اساس اصول اخلاق عمومی [اخلاق متعارف موجود در جامعه] 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

می‌طلبید»^۱ اگرچه باید گفت حقوق کیفری خود ارزش‌ها را نمی‌آفریند و بلکه از ارزش‌های اجتماعی حمایت می‌کند و بازتاب و ترجمان شدت سرزنشی است که جامعه نسبت به یک رفتار دارد و این امر، باید در مدلی که قانونگذار برای دخالت کیفری ترسیم می‌کند، مورد توجه باشد.

برخلاف موضوعات توصیفی در قلمرو حقوق کیفری، کتاب حاضر بیشتر از آنکه دغدغه کارآمدی حقوق کیفری را داشته باشد، دل‌مشغول و دل‌نگران دخالت در حقوق و آزادی‌های فردی است و کارآمدی حقوق کیفری را در بخش عمده‌ی موضوع، در گرو توجه به مبانی و اصول جرم‌انگاری ضرورت‌مدار می‌داند. تلاش در جهت توسعه‌ی ادبیات نظری مرتبط با این موضوع، هدف اولیه است و اگر بتواند تحلیلی درخور از چگونگی حل مشکلات قانون‌گذاری بر اساس توجیه اصل ضرورت داشته باشد، با این هدف که راهنمایی برای قانون‌گذار باشد، دست را مورد توجه قرار داده است.

تکثر جوامع و وجود ترسیمات موضوعات مختلفی که هرکدام می‌تواند دستاویزی برای دخالت دولت در حقوق و آزادی‌ها باشد، نیز پلیسی شدن حقوق کیفری و تهدید حقوق شهروندان به وسیله‌ی ابزار کیفری پیچیدگی‌هایی که در مورد دخالت دولت می‌توان متصور شد، لزوم پرداختن به این نوع از پژوهش‌ها را بیشتر نمایان می‌کند و روش‌تر کردن چارچوب حقوق کیفری و حدود دخالت دولت و باز کردن ابهام از برخی مفاهیم و آشکار کردن دامنه‌ی مفهومی آن‌ها، می‌تواند نتایج دیگری را تبیین بحث‌هایی باشد. ترسیم مدلی هنجارین از جرم‌انگاری که فواید دخالت کیفری را تبیین می‌نماید، ورود بحث‌های میان‌رشته‌ای و مطرح کردن سؤالات و موضوعات بنیادین دیگر رشته‌های علوم انسانی و ترسیم رابطه‌ی حقوق کیفری و جامعه و تدبیر ضروری مداخله‌ی کیفری دولت، بسترسازی برای تدوین مدل مفهومی جرم‌انگاری و ترسیم کیفری ایران، تبیین اصول و بایسته‌های جرم‌انگاری، پیشنهاد جرم‌زدایی از برخی عناوین جزایی و توجه به معماری اجتماعی حقوق کیفری، از جمله‌ی اهداف مورد نظر می‌باشد.

سؤالات

با توجه به این‌که واکنش کیفری شدیدترین پاسخ در برابر رفتارهای اشخاص است، بیشترین توجیه را می‌طلبد. اصل ضرورت در جرم‌انگاری دو موضوع متفاوت، ولی مرتبط را مورد بحث قرار می‌دهد؛ از یک طرف اصل را بر این می‌گذارد که نباید دخالت کرد، جز در حالت ضرورت و از دیگر سوی، بر جرم‌انگاری در حالت ضرورت تأکید دارد. سؤالات مورد توجه در این کتاب بیشتر با گزاره‌های بایده‌انگار و جاری همراه است و کمتر به بحثی توصیفی از موضوع می‌پردازد. بیشتر پرسش‌هایی که می‌تواند در مورد فلسفه حقوق کیفری و چرایی جرم‌انگاری مطرح باشد، عبارتند از: چرا حقوق کیفری باید در حقوق و آزادی‌ها دخالت کند و سؤال از این‌که چرا باید حقوق کیفری اجرا یا باشد که جامعه در صورت ضرورت به آن پناه ببرد؟ مداخله‌ی دولت در مجازات و جرم‌انگاری در چه اعمالی ضرورت دارد؟ اگر جرم‌انگاری و مداخله ضرورت دارد این دخالت باید تا چه میزان باشد؟ ما چه دلیل مناسبی برای جرم‌انگاری یک عمل داریم؟ ضرورت و نیاز به جرم‌انگاری را چه کسی و بر چه مبنایی تعیین می‌کند؟ آیا دولت در این تشخیص، قائم به خود است یا این‌که آن را از جامعه وام می‌گیرد و حدود و ثغور آن را - معه تعیین می‌کند و دولت فقط یک نهاد مجری برخاسته از تصمیم‌سازی و تصمیم‌گیری سیاستی همه‌ی شهروندان است؟ ویژگی‌های ضروری برای جرم‌انگاری چیست؟ چه ضروری جرم‌انگاری لازم برای پاسداشت نظم عمومی جامعه چیست؟ چرا باید به ضمانت اجرای مجازاتی پناه برد؟ آیا برای اداره‌ی جامعه و استمرار همزیستی مسالمت‌آمیز، لازم است که این میزان از مقررات کیفری را داشته باشیم؟ چرا جامعه به جای استفاده از راهکارهای مدنی به حقوق کیفری روی آورده است؟ آیا امر جزایی ریشه در درون جامعه دارد یا تأسیسی قانونی است؟ مبنای مشروعیت قانون کیفری و تصمیم قانون‌گذار کیفری چیست و تا کجا خواهد بود؟ اصولاً چه عملی نیاز به کنترل و نظارت دارد؟ جامعه چه اعمالی و چه میزان از آن را به حوزه‌ی نظارت واگذار می‌کند؟ نظم عمومی و حقوق و

آزادی‌های فردی تا چه میزان می‌تواند در تعیین ضرورت در جرم‌انگاری نقش داشته باشد؟ حقوق کیفری دموکراتیک چه نقشی در تعیین ضرورت در جرم‌انگاری خواهد داشت؟ این‌ها و سؤالات دیگر، پرسش‌هایی است که ذهن را به خود مشغول می‌کند؛ برخی از این سؤالات بسیار عام، برخی کلی و برخی جزئی هستند؛ گاه با هم پیوندی نزدیک دارند و گاه یافتن ارتباط میان آن‌ها به سادگی نخواهد بود.

سؤالات مربوط به اصل ضرورت از یک زاویه، مشابه با سؤالات در حوزه‌ی مبانی جرم‌انگاری و از نگاهی دیگر متفاوت هستند و از این لحاظ هم جنبه‌ی پیشینی دارند و گاه هم‌نویس مسائل‌هایی پسینی می‌باشند و می‌توان گفت مشابهت در نوع سؤال، الزاماً نمی‌تواند به معنای یکی بودن روش تحلیل و یا نتیجه‌گیری یکسان باشد؛ چراکه مبانی و معیارهای اصل ضرورت، در برخی موارد، با بحث‌های عام در مورد مبانی و معیارهای جرم‌انگاری مشابه است، ولی روش بحث و نتیجه متفاوت است. این کتاب به بررسی چند سؤال اصلی و فرعی نهفته در آن می‌پردازد و در ضمن آن، به بررسی این موضوع می‌پردازد که در خلال پاسخگویی به این سؤالات، چگونه می‌توان نقش و جایگاه مناسب حقوق کیفری را تحلیل کرد. سؤالاتی که نگارنده در راستای تحلیل پاسخ‌های آن تلاش می‌کند را می‌توان به صورت زیر مطرح کرد:

- ۱- مفهوم اصل ضرورت در جرم‌انگاری چیست؟
- ۲- مبانی اصل ضرورت در جرم‌انگاری کدامند؟
- ۳- اصل ضرورت چه محدودیت‌هایی را بر دخالت کیفری قائل می‌گردد؟

روش تحقیق و شیوه‌ی بحث

روش تحقیق در این کتاب، تحلیلی - بنیادی و ابزار آن کتابخانه‌ای است. بحث را از خلال مطالعات میان‌رشته‌ای پیگیر می‌شود و در بیشتر مباحث، از روش مبتنی بر فلسفه‌ی تحلیلی بهره می‌جوید و در قالبی کاربردی به آن نگاه می‌کند. تلاش بر این است که با دیدی کل‌نگر مسائل تحلیل شود و موضوع کمتر در قالب مطالعات جزئی و

بخش‌نگر دنبال گردد. این اثر از گزاره‌های بایده‌نگار و هنجارین استفاده می‌کند و بحث بر بایدها و نبایدهای جرم‌انگاری متمرکز می‌شود و این‌که در چه صورتی، جرم‌انگاری، موجه است. بحث‌های کتاب حاضر صبغه و رویکردی تحلیلی، تجویزی - توصیه‌ای دارد و همانطور که فاینبرگ بیان می‌دارد: «علاوه بر شکل‌بندی و صورت‌بندی و اعمال اصول، به تحلیل و ایضاح مفاهیم می‌پردازد و در کنار این، [تا حدود زیادی] بر مسائل و مفاهیم انتقادی سخت و مشکل، متمرکز می‌شود.»^۱ بر این اساس، نگارنده بر این مبنا بحث را صورت‌بندی می‌کند که اصل بر آن است که حقوق کیفری نباید دخالت کند و اگر دخالت جرم‌انگاری، باید در چارچوب اصل ضرورت در جرم‌انگاری مورد توجه قرار گیرد.

در بخش اول، سعی می‌کنیم مفهوم ضرورت و اصل ضرورت، مبانی و چرایی این‌که باید جرم‌انگاری فقط در حالت ضرورت باشد تحلیل شده و در همین راستا، به تحلیل مبانی این اصل پرداخته خواهد شد. این اساس، با توجه به این‌که همه‌ی صورت‌های دخالت به طور عام و دخالت‌های دولتی به صورت خاص و دخالت کیفری به طور ویژه، با حق فرد و آزادی او برخورد دارد، ضرورت ارتباط میان اصل ضرورت و حق فرد بر محدود بودن تکلیف و محدود بودن جرم‌انگاری و تحلیل آن‌ها به عنوان موضوعی که می‌تواند مبنایی برای این اصل باشد، مورد توجه نگارنده قرار می‌گیرد. بخش دوم، وارد کردن ضرر، غیر اخلاقی بودن عمل از نگاه جامعه و لزوم توجه به عنوان «آگاهانه‌ی جرم»، به عنوان محدودیت‌های وارد بر دخالت کیفری، بررسی خواهد شد.