

حکومت و حقوق کیفری *

دکتر محسن رهامی **

محمدرضا نظری نژاد کیاشی ***

چکیده

این مقاله رابطه حکومت و حقوق کیفری را عمدتاً از دیدگاه نظریه پردازان غربی بررسی می‌کند. انسانها با ویژگیهای خاص و با منابع و امکانات محدود و معین، جبراً در جامعه گرد هم می‌آیند. این گردهمایی با چنین ویژگیهایی، رعایت نظمی را اجتناب‌ناپذیر می‌کند. رعایت نظم مزبور بیش از آنکه نتیجه توافق و قرارداد باشد، بر اثر اجبار و الزام است.

نظم مورد بحث در اجتماع مشخص، بر آئین ارزشها و هنجارهایی است که در اجتماع نهادینه است. با اجتماعی بودن مبنای حقوق، حکومت چه نقشی در حقوق کیفری دارد؟ احترام از هرج و مرج و منع خودسری افراد در اعمال نظم مقتضی آن است که نظم مورد بحث توسط حکومت اعمال شود؛ از آنجایی که حقوق کیفری مشتمل است بر جرم و مجازات، در راستای حفظ نظم اجتماعی و نیز حقوق و آزادیهای فردی، تعیین اعمال مجرمانه، تعیین انواع مجازات و نیز اعمال آن، با حکومت است. اما حکومت در این راستا، بیش از آنکه چیزی را ایجاد کند، کشف و اعلام می‌کند؛ زیرا اگر نظم اجتماعی هدف حقوق تلقی شود، لازمه این امر آن است که حقوق کیفری بر ارزشهایی مستقر شود که توسط شهروندان پذیرفته شده باشد. از این رو، اگر بنا بر ضرورت‌های زندگی اجتماعی، لازم باشد که قاعده کیفری ایجاد شود، چنین قاعده‌ای باید از صافی اجتماعی گذر کند تا بتواند جایگاهی در اخلاق اجتماعی بیابد.

واژگان کلیدی: مبنای حقوق، حکومت، حقوق کیفری، اخلاق اجتماعی.

* دریافت ۸۳/۱/۱۷؛ پذیرش ۸۳/۳/۱۱

** استادیار گروه حقوق جزا دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

Email:rahami@utq.ac.ir

*** دانشجوی دوره دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران.

Email:Kiyash56@hotmail.com

مقدمه

قاعده حقوقی مرکب است از حکم، اعم از مثبت یا منفی به علاوه ضمانت اجرا. چنین تعریفی از قاعده حقوقی مبنا و هدف آن را مشخص نمی‌کند. مبنا و چرایی اطاعت از قواعد حقوقی چیست؟ اختلاف استعدادها، امکانات و تواناییها افراد را مجبور به زندگی اجتماعی می‌کند، لازمه قوام و دوام زندگی اجتماعی رعایت نظم است پرسش این است که مبنای نظم فوق چیست؟ حکومت یا اجتماع؟ آیا حکومت سازنده حقوق است یا جامعه مبنای حقوق تلقی می‌شود؟ در صورتی که مبنای حقوق اجتماع و هدف آن نظم اجتماعی باشد. پرسش این است که جایگاه حکومت در حقوق بطور اعم و حقوق کیفری به طور اخص چیست؟ آیا می‌توان حکومت را موجد حقوق دانست؟ یا اینکه حکومت مفسر و مجری قواعد حقوقی است؟ رابطه حقوق کیفری و حکومت به چه نحوی است؟ آیا می‌توان اجرای الزامات کیفری را به عهده اجتماع گذاشت؟ آیا می‌توان ایجاد قاعده حقوقی را از حکومت انتظار داشت؟ اگر پاسخ مثبت است چگونگی ایجاد قاعده حقوقی کیفری بوسیله حکومت به چه نحوی باید باشد تا واجد اثری در نظم اجتماعی باشد؟ در نوشتار حاضر با بررسی مبنای حقوق، دوره‌های مختلف چگونگی دخالت دولت در تحقق نظم بیان و سپس مشترکات حقوق کیفری و حکومت توضیح داده شده و در پایان چگونگی ایجاد یک هنجار حقوقی بوسیله حکومت و طریق معتدل آن بیان شده است.

مبنای حقوق

بررسی رابطه حکومت و حقوق کیفری مستلزم بررسی مبنای حقوق است. پرسش این است که مبنای حقوق چیست؟ آیا حکومت مبنای حقوق است؟ یا اینکه ارزشهای اجتماعی و به عبارت بهتر گفتمانهای حاکم بر اجتماع مبنا و تکیه گاه حقوق تلقی می‌شود؟

"حکومت مجموعه‌ای از سازمانهای اجتماعی است که برای تأمین روابط اجتماعی و حفظ انتظام جامعه به وجود می‌آید" (آریان پور، ۱۳۵۰، ص ۲۹۷). در جوامع ابتدایی به علت کوچکی گروه و استقرار قواعد مذهبی و رسوم گروهی، نیاز به مرجع خاصی برای حفظ انتظام اجتماعی احساس نمی‌شد. به این دلیل در این جوامع، حکومت به معنی اجرای منظم سیاستها و تصمیمات از سوی مقامات اداری در درون یک دستگاه سیاسی، ملاحظه نمی‌شود. اما این امر به معنای فقدان یک سیاست حداقلی برای انتظام امور نیست؛ به این معنا که در این جوامع، واکنشهای اجتماعی در صورت تخطی از الزامات اجتماعی ملاحظه می‌شود؛ به

علت اینکه، جوامع ابتدایی نیز دارای نوعی قوانین هستند که اطاعت از آن را ضروری می‌دانند (راش،^۱ ۱۳۷۷، ص ۲۵). اما بروز و ظهور خارجی واکنشها (اجرای عدالت تنبیهی) از طریق یک نهاد قضایی ویژه صورت نمی‌گیرد، بلکه تمامی جامعه کم و بیش و به نحو گسترده‌ای در اجرای آن دخالت دارد (دورکیم^۲، ۱۳۶۹، ص ۸۹). اینها نمونه‌هایی هستند از آنچه "میر" "سیاست حداقلی" می‌نامد (یعنی وجود یک وسیله به رسمیت شناخته شده حل اختلافات و نه چیزی بیشتر (راش، همان)).

مرحله بعد از سیاست حداقل، مرحله حکومت حداقل است. به نظر دورکیم، ظهور هر چه بیشتر دولت به عنوان نهادی منفک از نهادهای جامعه مدنی نتیجه عادی رشد تقسیم کار است و گرایشی نیست که بتوان آن را معکوس کرد... تنها در توسعه نیافته‌ترین نظام اجتماعی که هنوز در درون آن آنقدر تفکیک بوجود نیامده که جامعه‌ای سیاسی شود، دولت می‌تواند وجود نداشته باشد (گیدنز^۳، ۱۳۶۳، ص ۵۱). در تکمیل استدلال مزبور، موریس هوریو، می‌نویسد: وحدت سیاسی در هر جامعه از عکس‌العمل و واکنش تشابهات بر ضد تقسیم کار پدید می‌آید... مردم و جماعت وقتی احتیاج به وحدت سیاسی را، احساس می‌کنند که کار و مشاغل در میان آنها بی‌اندازه تقسیم شده و تنوع یافته باشد و در این صورت فعالیتهای فردی به قدری باید به خصوصیت گرائیده باشند که هر شخص موجودیت خود را منوط و وابسته به موجودیت دیگران بدانند و همه را عضو یک جامعه و یک کل ببینند. در این صورت فکر فردیت در هر یک از افراد چنان قدرت می‌گیرد که تشابهات به تنهایی نمی‌تواند به خودی خود وحدت را در میان جماعت نگهداری نمایند. وحدت سیاسی برای حفظ این تشابهات ضروری است و از آن سازمان حکومتی و دولتی به وجود می‌آید (جوان، ج ۳، ص ۱۳۲-۲۲۵).

از مطالب گفته شده این نکته قابل استنباط است که حکومت مترادف جامعه نمی‌باشد؛ زندگی اجتماعی بشر ناشی از تحمیل محیط و محدودیت منابع و استعدادهاست. از این رو بشر اجتماعی به دنیا می‌آید، اما زندگی اجتماعی تحت یک حکومت مرحله دیگری است که مطابق آن، بشر بر اثر عواملی وجود حکومت را برای تقویت علایق اجتماعی خویش لازم می‌داند؛

1. Rush.
2. Dourkheim.
3. Giddens.

چنانکه گفته شده است: اجتماع، امری طبیعی و غریزی است که به دلیل ضرورت بر انسانها تحمیل می‌شود و ناخواسته است، در حالی که سیاست امری غیرطبیعی و یا به عبارتی تصنعی است و انسانها با آگاهی دست به تأسیس آن می‌زنند (انصاری، ۱۳۷۹، ص ۵۶).

با توجه به تفاوت مفاهیم حکومت و جامعه، یکبار دیگر این پرسش را طرح می‌نمائیم که آیا مبنای حقوق حکومت است یا جامعه؟ در پاسخ به این پرسش لازم است که هدف حقوق را دریابیم. هدف حقوق امکان ادامه زندگی اجتماعی است، به عبارت بهتر، به علت اجتناب ناپذیر بودن زندگی اجتماعی، رعایت نظم اجتماعی ضروری است؛ نظم مورد بحث در گرو رعایت ارزشها و هنجارهایی است که بر همه نهادهای اجتماع از جمله حکومت، حاکمیت دارد. حاکمیت ارزشها و هنجارهای پذیرفته شده اجتماعی بر همه افراد و نهادهای موجود در جامعه، گفتمانی بودن^۱ محتوای حقوق و اجتماعی بودن مبنای آن را در بردارد. بنابراین در جامعه مشخص و معین، برای تولید نظم اجتماعی به ارزشها و هنجارهای موجود نگریسته می‌شود. ارزشها و هنجارهای موجود در اثر تکرار در ذهن و روان افراد نهادینه و درونی شده‌اند و تخطی از آنها هم امکانپذیر نیست. بنابراین اگر هدف حقوق نظم اجتماعی است، گریزی از آن نیست که نظم مورد بحث با تکیه بر گفتمانها و پارادایمهای موجود در اجتماع ایجاد شود، نه از بیرون و با ارزشهای بیگانه از اجتماع. در مقابل استدلال فوق، عقیده‌ای بر آن است که مبنای حقوق حکومت و اراده قانونگذاران است؛ در مورد علت این امر و سابقه تاریخی آن باید گفت، فکر وجود قواعدی منشعب از اراده حاکمان و انطباق آن با عدالت، به سופسطائیان برمی‌گردد؛ سופسطائیان قایل به نسبی بودن حقیقت بودند و معتقد بودند که حقیقت و خطا وجود ندارد و هر کس هرگونه که احساس کند و هرگونه بیندیشد، برای او حقیقت است؛ تراسیما خوس در مواجهه با سقراط در تعریف عدالت می‌گوید: "حق در قدرت است و عدالت عبارت است از نفع قوی‌تر" (دورانت^۲، ۱۳۵۱، ص ۳۰). در همین راستاست که کالیکلس جدلی می‌گوید: "اخلاق اختراع ضعف است برای خنثی ساختن قدرت نیرومندان" (دورانت، همان).

چنین طرز تفکری در طول تاریخ وجود داشته است، اما در قرون اخیر نیز چنین فکری،

۱. گفتمان از دیدگاه میشل فوکو، قدرتی است که در جامعه انتشار پیدا کرده؛ قدرتی که چنان بر کلیت جامعه سیطره و تسلط دارد که گریز و گریزی از اطاعت آن نیست. قدرت مزبور در اختیار نهاد و گروه خاصی نیست بلکه همه گروهها و نهادها در بند و قید چنین قدرتی هستند. قدرت مزبور است که جبرها و الزامات اجتماعی را ایجاد می‌کند (برای مطالعه بیشتر میلر ۱۳۸۲، دریفوس؛ رابینو ۱۳۸۲).

عقیده قدرتمندی است؛ گورویچ در این زمینه می‌نویسد: "اصل حاکمیت در عهد تاریخی مشخصی تنظیم و تدوین شده است و در این عهد احکام و مقررات حقوق گروه بندیهای کلی، اولویتی نظرگیر به نظم دولتی اعطا کردند. عهد مذکور مقارن تشکیل دولت سرزمینی جدید است" (گورویچ^۱، ۱۳۵۳، ص ۲۳۴).

مقارن رنسانس در اروپا دولت سرزمینی در جنگ سرنوشت با سه رقیب رویارو بود: یکی کلیسا و دیگری قدرت فئودالها و سومی حرکت‌های افراطی و دینی مردمی. هرج و مرجها و خرابیهای ناشی از مشاجره و منازعه فرقه‌های مذهبی، مردم را خسته کرده بود و همگی چشم انتظار نظامی مقتدر بودند که نقش مدار و محور در جامعه داشته باشد و آرامش و امست را به مردم هدیه کند. در آن حالتها، سلطنت مناسبترین تکیه گاه بود که مورد حمایت روشنفکران از یک سو و اصلاح گران از سوی دیگر بود (خاتمی، ۱۳۷۶، ص ۱۸۵). سرآمد روشنفکران مذکور افرادی مثل ژان بدن، آلتوژیس، ماکیاولی، هابز و... بودند. از دیدگاه ژان بدن، قدرت عالی حق انجام هر کاری را در هر زمانی دارد کسی که قدرت عالی است، آخرین برگ برنده را دارد. از دیدگاه وی، حقوق به عنوان قانون وضعی باید آشکارا از هرگونه قانون برخاسته از اخلاق و انصاف جداً مشخص گردد (ساکت، ۱۳۷۰، ص ۸۰-۸۱).

آنچه سبب اعتقاد به افکار فوق است، عدم تمایز بین مفهوم جامعه و دولت، و عتقاد به انطباق آنها بر یکدیگر است؛ در این زمینه هگل می‌نویسد: "فرض اختلاف بین حقوق، دولت، سیاست و اخلاق در هیچ حالتی ممکن نیست. دولت نفع عمومی را بر نفع فرد مقدم می‌دارد و می‌تواند، اگر لازم باشد، فرد را فدای کل کند؛ زیرا حمایت از سود عمومی متضمن منفعت جزای آن نیز هست" (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۱۹۳).

مکاتب اثباتی معاصر در توجیه اتحاد حقوق و دولت دلیل دیگری داشته و معتقدند که در یک جامعه با هر میزان از پیچیدگی، قواعد مشترک تنها در صورتی پایدار خواهند بود که به روش عمومی به وسیله قاعده شناسایی قابل تعیین باشند. فراهم آوردن چنین مجموعه‌ای از قواعد قابل تعیین به روش عمومی یکی از کارکردهای حقوق است" (سیموندز^۲، ۱۳۷۰، ص ۱۵-۱۶) بدیهی است مطابق این دیدگاه، مرجع ایجاد قواعد مذکور، قانونگذار است؛ چنانکه هارت می‌گوید: قاعده‌ای که از یک منبع مناسب سرچشمه می‌گیرد، قاعده‌ای معتبر است، صرفنظر از

1. Gurvithch.

2. Simondze.

اینکه عادلانه یا ناعادلانه باشد. بر همین قیاس، "قاعده‌ای که از یک منبع مناسب ناشی نشود، هر اندازه هم که عادلانه یا معقول باشد، یک قاعده معتبر نیست" (همان، ص ۱۴). اما تفاوتی که بین هابز و قائلین قرارداد اجتماعی با مکاتب اثباتی متأخر وجود دارد این است که مطابق نظر قائلین به قرارداد اجتماعی، جامعه از طریق قرارداد اجتماعی شکل می‌گیرد، جامعه نیز از طریق دولت و انتخاب حاکم، شخصیت و هویت خود را ابراز می‌نماید. بنابراین جامعه و دولت بر یکدیگر منطبق هستند. اما مکاتب اثباتی متأخر اگرچه به اتحاد حقوق و قانون (دولتی بودن حقوق) اعتقاد دارند، اما دولت را مترادف جامعه نمی‌دانند و تنها از حیث کارکرد گرایي و به علت پیچیدگی‌های جوامع امروزی، اعتقاد دارند که برای درک روشن از قواعد رفتاری، اولی این است که این قواعد توسط مراجع قانونگزاری اعلام گردند.

دولتی شدن حقوق علت دیگری نیز دارد؛ به این توضیح که تا رنسانس، حقوق تفاوتی با حکمت و اخلاق نداشت و حکومت حق الزام و اجبار قواعد اخلاقی را دارا بود، اما پس از رنسانس با تغییر دیدگاه نسبت به انسان، انسان صاحب حقوق و آزادیهای فراوانی در قلمرو دین، عقیده و... می‌گردد و مبنا شدن انسان سبب خارج گردیدن حوزه خصوصی از محدوده سلطه و اجبار حکومت می‌شود. با توجه به این امر، شاید به علت محسوس نمودن تفاوت بین حقوق و اخلاق، بر آن شده باشند که هر آنچه اجبار محسوس و ملموس حکومت را داشته باشد، حقوق، و غیر آن را اخلاق قلمداد نمایند. در این رابطه ریپر می‌نویسد: "وقتی قاعده اخلاقی برای رسیدن به مقصد به قاعده حقوقی تبدیل می‌شود که به موجب وسیله اجرای جدی قابل اجرا گردد؛ وقتی، قانونگذار این قاعده را صورت اجرایی بخشید از قاعده اخلاقی که در مبنای آن واقع شده است، جدا می‌گردد و از این راه، عدالت با حقوق تحقیقی یکسان می‌شود. چنین تفکیک برای آزادیهای سیاسی افراد بشر ضروری است."

در نقد و بررسی افکار فوق، در مباحث بعد، به تفصیل بحث خواهد شد؛ تنها به همین اندازه اکتفا می‌شود که اگر حقوق را برای خیر همگانی، نظم اجتماعی و مصلحت عمومی مطلوب دانسیم، عبارات "اجتماعی" و "عمومی" مترادفی با "حکومت" ندارد. بنابراین دولت را نمی‌توان موجد حقوق دانست، دولت حداکثر مفسر و مجری حقوق است. تالی فاسد انطباق حکومت و جامعه این است که هرگاه میان جامعه که دارای روابط و فعالیتهای غیرمتمرکز و بی‌شمار است و دولت که دارای فعالیتهای معین و متمرکز می‌باشد، تمایزی قایل نشویم، در راه خطرناک توتالیتاریسیسم قدم گذاشته‌ایم و در این صورت از مردم می‌خواهیم که خود را به دولت تسلیم

نمایند. مفهوم این امر این است که حکومت فرمانروای مطلق مردم گردد (مک آیور^۱، ۱۳۵۴، ص ۴۸۶).

حال با بیان اجمالی این امر که مبنای حقوق اجتماع است نه حکومت و حکومت مفسر، مجری و ضامن اجرای حقوق پذیرفته شده اجتماعی است. در قسمت دوم به بررسی چگونگی پاسداری حکومت از حقوق اجتماع محور، در دورانهای مختلف می‌پردازیم.

۲- دوره‌های مختلف دولت در اجرای نظم

برای دریافت مراحل مختلف دخالت دولت در اعمال و اجرای نظم می‌توان قایل به سه مرحله مشخص شد:

دوره اول مربوط به جوامع ساده است. در این جوامع، میان عرف و قانون تمایز آشکاری وجود ندارد، در این گونه جوامع مجموعه قوانین و دستگاه اجرایی خاص آن هنوز ظاهر نشده است. بنابراین حکومت را در این جوامع واضع مقررات تلقی نمی‌کنند، بلکه آن را اداره کننده امور جامعه، خاموش کننده منازعات و نگهدارنده راه و رسم زندگی خلق در مقابل افراد متخلف و متمرّد می‌دانند. مرحله دوم، مرحله قانونگزاری است، مرحله مزبور مؤخر بر مرحله ایجاد حکومت می‌باشد؛ به این معنا که در نقاطی که جوامع از نظر نفوس و منابع توسعه می‌یابند و در نقاطی که جوامع مرزهای خود را از طریق جنگ و یا از راههای دیگر بسط می‌دهند و گروهها و جوامع دیگر را زیر نفوذ و سلطه خود درمی‌آورند و در نقاطی که به سبب پیدا شدن چنین اوضاعی بر سرعت تحولات اجتماعی افزوده می‌شود و جاهایی که میان رشته‌های مختلف اقتصادی و میان طبقات اجتماعی، ناسازگاریها و کشمکشهای سخت برمی‌خیزد، رسوم و شیوه‌های دیرین دیگر نمی‌تواند چنانکه باید جامعه را اداره کند، لذا حکومت کار قانونگزاری را به عهده می‌گیرد (همان، ص ۷۹-۸۰). در این مرحله مشهورترین واضعان قانون و مقتدرترین حکمرانان مستبد هیچگاه اساس رسوم و شیوه‌های قانونی را که از پیش میان مردم وجود داشته‌اند، لغو نکرده و همانها را به عنوان قانون، الزام‌آور ساختند (همان، ص ۸۰).

اما مسئله مهم در مراحل اولیه قانونگزاری این است که در اثر عدم پذیرش مفهوم انسان صاحب حق و غلبه مفهوم تکلیف: اولاً، دخالت حکومتها منحصر به اعمال و اجرای ضمانت اجرا در جرایم دینی و جرایم بر علیه حکومت است. ثانیاً، بسیاری از اموری که امروزه در حوزه آزادی

و قلمرو خصوصی افراد قرار دارد، در مرحله فوق مورد دخالت حکومت قرار گرفته و داخل در مفهوم جرم بود. ثالثاً، جرایم بر علیه نفوس و حقوق آزادیهای فردی هنوز به رسمیت شناخته نشده بود، یا اینکه بطور خصوصی مورد مجازات قرار می‌گرفت؛ به عبارت بهتر، با توجه به مطالب فوق می‌توان اظهار داشت که مفهوم نظم عمومی اگر هم در جوامع ابتدایی وجود داشت، از جسدان اطلاقی برخوردار نبود. اما مرحله سوم، مرحله دخالت گسترده حکومتها در جوامع پیچیده امروزی است. دوران مزبور مقارن رنسانس و تشکیل دولتهای ملی است که با تحقق آن می‌توان اذعان نمود که نظم عمومی شکل مطلق و منطقی به خود گرفته است؛ بدین معنا که از یک طرف دخالت دولتها محدود به امور عمومی شده و از طرفی دیگر حقوق و آزادیهای فردی نیز مورد حمایت حکومت قرار می‌گیرد. دلایل تحقق چنین امری به قرار زیر است:

الف - بیدایش دولتهای ملی و در نتیجه اعتقاد به قدرت مطلق دولت و محو گروههای واسطه‌ای

ب - بیدایش مفهوم انسان صاحب حق

تا بیدایش دولتهای ملی، استفاده مشروع از خشونت به جز دولت در اختیار گروههای دیگر نیز بوده است. خانواده، سازمان صنفی و حتی فئودالها. "وبر" این موضوع را به این شکل بیان می‌کند که واحد سیاسی همه وقت صورت یک گروه را داشته است، اما این در زمان ما است که صورت یک نهاد قوام یافته را پیدا کرده است (فروند^۱، ۱۳۶۲، ص ۲۳۱). علت این امر نیز همانطور که گفته شد این بود که، مقارن قرن ۱۵ وقتی درگیریهای دینی میان فرقه‌های مذهبی سدت گرفت قدرت شاهان در همه جا به عنوان تنها مرکزی که ایجاد وحدت ملی گرد آنان ممکن بود، درآمد و سیر زمان و تاریخ به سوی ناسیونالیسم یا تشکیل واحدهای مستقلی از اجتماع به نام ملت جریان یافت (پازارگاد، ص ۴۶۱). بیدایش روحیه ملی و نقش شاه در ایجاد چنین روحیه مستقل شدن واحدهای ملی از یوغ کلیسا، قدرت مطلق و تمام عیار حکومت در سطح ملی را در پی داشت. امور یاد شده سبب شده است که در حال حاضر در بیان ویژگیهای دولتها به حصایص زیر اشارت رود: مطلق بودن، جامعیت داشتن، جدایی ناپذیر بودن، انحصاری بودن و غیر قابل تقسیم بودن (عالم، ۱۳۷۵).

قدرت مطلق حکومت در حقوق کیفری، عصر عدالت عمومی را شکل می‌بخشد که در آن دولت صاحب اقتدار انحصاری در حفظ نظم عمومی از طریق مجازات می‌شود و دخالت اشخاص

را در اعمال مجازات و خودسری در آن اکیداً منع می‌کند، در این مقطع دخالت اشخاص در حقوق کیفری تنها در برخی از جرایم کوچک (جرایم قابل گذشت) محدود به اعلام جرم می‌گردد نه بیشتر.

به منظور روشن شدن بحث لازم است تفاوت یکی از موضوعات حقوق کیفری در حقوق غربی و حقوق داخلی بیان شود: در حقوق کیفری غرب، در جرایم عمدی، لازم نیست که بین قصد متهم و نتیجه حاصله تطابق و توافق کامل وجود داشته باشد، بلکه همین قدر که هدف مجرم متوجه نتیجه مجرمانه خاصی باشد و به قصد این نتیجه، عملی را مرتکب شود، جرم عمدی است ولو اینکه اختلافی هم بین قصد اولیه و نتیجه بدست آمده وجود داشته باشد (محسنی، ۱۳۷۵، ص ۲۱۰ - ۲۳۴). با توجه به این امر، اگر فرضاً الف به قصد قتل ب تیری به سوی او شلیک نماید و تیر اشتبهاً به ج برخورد نماید، قتل عمدی است و مجازات قتل عمدی بر شخص بار خواهد شد؛ زیرا، قاتل شخصیت ضد اجتماعی و قصد قتل خود را بروز داده است. بنابراین به منظور حفظ نظم اجتماعی و مبارزه با شخصیت ضد اجتماعی مجرم، لازم است که با وی به مثابه قاتل عمدی برخورد شود. اما در حقوق کیفری داخلی، چنین قتلی مطابق ماده ۲۹۶ قانون مجازات اسلامی، قتل خطای محض است که مطابق آن اولیای دم مقتول تنها می‌توانند از عاقله قاتل (بستگان ذکور نسبی)، در مدت سه سال دیه اخذ کنند، بدون اینکه هیچ مسئولیت کیفری بر قاتل بار شود. علت این امر روشن است؛ زیرا قانون ما به تبعیت از قواعد حاکم بر دوران عدالت خصوصی، در قتل، اولین شخص ذینفع، جامعه نیست، تا حکومت به نمایندگی از او بتواند به اعمال مجازات مبادرت کند، بلکه خود شخص مجنی علیه و اولیای او می‌باشند، پس اولیای دم او نمی‌توانند همچون قاتل عمدی با وی برخورد کنند؛ به عبارت بهتر، قضیه فوق مثل این است که قاتل، قصد کشتن یک شکار را داشته است و تیر او اشتبهاً به یک انسان برخورد کرده است.

مثال دیگر این است که در دوره عدالت عمومی، مجازات بطور انحصاری در اختیار حکومت قرار دارد و افراد به هیچ وجه خودسرانه حق اعمال مجازات را ندارند، مگر در موارد مشخصی که توسل به قوای دولتی ممکن نیست مثل موارد دفاع مشروع، ضرورت و... که قانون در این موارد استثنایی عمل شخص را مشمول علل موجهه جرم قرار می‌دهد. تجاوز از این امور به هیچ وجه امکان‌پذیر نیست مگر اینکه مرتکب به علت جهل موضوعی، فقدان عنصر معنوی خود را اثبات

کند.^۱ اما در حقوق کیفری داخلی، علاوه بر پیش‌بینی علل موجهه و علل رافع مسئولیت کیفری مانند جهل موضوعی، مطابق ماده ۲۲۶ "قتل نفس در صورتی موجب قصاص است که مقتول شرعاً مستحق کشتن نباشد و اگر مستحق قتل باشد قاتل باید استحقاق قتل او را بر طبق موازین در دادگاه ثابت کند.

در تکمیل این ماده، تبصره ۲ ماده ۲۹۵ نیز اشعار می‌دارد که: "در صورتی که شخصی کسی را به اعتقاد قصاص یا مهدور الدم بودن بکشد و این امر بر دادگاه ثابت شود و بعداً معلوم گردد که مجنی علیه مورد قصاص یا مهدور الدم نبوده است، قتل به منزله خطا شبیه عمد است و اگر ادعای خود را در مورد مهدور الدم بودن مقتول به اثبات برساند، قصاص و دیه از او ساقط است". ملاحظه می‌شود که قانون، کشتن افرادی را که از نظر شرعی مهدور الدم هستند، تجویز می‌نماید. مهدور الدم بودن فوق یا از بابت حدود شرعی است یا از بابت قصاص.

در مورد مبنای چنین قانونی باید گفت، قانون برگرفته از آموزه‌های دوران عدالت خصوصی است که مطابق آن به علت ضعف و فتور قدرت مرکزی از یک طرف و عدم حمایت از جان افراد به نحو مساوی از طرف دیگر، اعمال نظم به عهده افراد فاقد صلاحیت گذارده شده است. حتی اگر شخص فاقد صلاحیت در تشخیص مهدور الدم بودن اشتباه نموده باشد، و اعتقاد خود را ثابت کند، باز قتل عمدی فوق در حکم شبه عمد تلقی و جز پرداخت دیه، قاتل هیچ مسئولیت کیفری نخواهد داشت. در تأیید و تکمیل این استدلال که آموزه‌های حاکم بر دوران عدالت خصوصی هنوز در پاره‌ای موارد در قانون مجازات اسلامی ملاحظه می‌شود، می‌توان به اجرای مجازات قتل عمدی اشاره کرد؛ مجازات قتل عمدی در قانون ایران، قصاص است که اجرای آن می‌تواند به وسیله اولیای دم انجام گیرد. ماده ۲۶۵ قانون مجازات اسلامی اشعار می‌دارد: "ولی دم بعد از ثبوت قصاص با اذن ولی امر می‌تواند شخصاً قاتل را قصاص کند و یا وکیل بگیرد".

مطالب قابل ذکر در ماده فوق عبارت است از اولاً: با فرض وجود هر پیش شرطی برای قصاص، بعد از اثبات آن، اولیای دم خود می‌توانند به اجرای آن مبادرت کنند. این امر چه معنایی می‌تواند داشته باشد؟ جز اجرای عدالت به نحو خصوصی و شخصی؟ ثانیاً، ممکن است گفته شود که اذن ولی امر به عنوان شخص اول حکومت، بیانگر نظارت دولت و حکومت در

۱. بطور مثال شخصی در بیشه‌ای تاریک به تصور اینکه حیوانی در حال حمله به اوست، او را می‌کشد، بعد مشخص می‌شود که موجود کشته شده انسانی بوده است که پشت سر او حرکت می‌کرده است. در مانحن فیه، قاتل به علت جهل موضوعی، فاقد عنصر معنوی لازم برای قتل عمدی است.

اجرای عدالت است؟ استدلال مزبور به هیچ وجه نافی واقعیت اجرای خصوصی عدالت نیست. وانگهی ضمانت اجرای عدم اخذ اذن از ولی امر در کدامین متن قانونی ملاحظه می‌شود؟ مثالهایی از این دست نشان می‌دهد که عدالت عمومی یعنی قدرت تمام و کمال حکومت مرکزی در اعمال و اجرای نظم و منع خودسری افراد در اعمال خشونت، هنوز در قانون ما به طور کامل به رسمیت شناخته نشده است.

به موازات تغییر مفهوم حاکمیت و مطلق و فراگیر شدن آن، مشخصه دیگر حکومتها در عصر حاضر که به تولید نظم اجتماعی معقول منتهی شده است، توجه به انسان و حقوق انسانی اوست.

موضوع اخیر دارای دو جنبه است: از یک طرف تجاوز به حقوق و آزادیهای فردی مشمول جرایم موضوع حقوق کیفری شده است و حکومت اقتدار تام و انحصاری در مجازات متجاوزین به حقوق و آزادیهای فردی یافته است و از طرف دیگر، مبنا شدن انسان سبب شده است که دخالت حکومتها در عصر حاضر محدود به امور کلی و عمومی (تشابهات) شود^۱ و حوزه خصوصی از دخالت اجبار و خشونت حکومت مصون مانده است. در تأیید این واقعیت گفته شده است: "فلسوفان سیاسی از زمان هابز به دنبال شکلی از سیاست بودند که تا آنجا که ممکن است فرد را آزاد می‌گذارد تا تفسیر خود را از زندگی خوب و عالی پی بگیرد. بر پایه این رویکرد حوزه خصوصی یک قلمرو بسیار مهم استقلال در نظر گرفته می‌شود که فرد در آنجا می‌تواند اهداف و پروژه‌های کاملاً شخصی خود را انتخاب و دنبال نماید. وجود چنین حوزه‌های استقلال شخصی، تحدید روشن حقوقی فردی را ضروری می‌سازد. نظام حقوقی اولاً و بالذات بمنظور حفظ محدوده‌های روشن حق‌ها که حوزه‌های خصوصی را شکل می‌دهند، وجود دارند" (سیموندز، همان، ص ۷).

مطابق دیدگاه هابز و قائلین حقوق طبیعی مدرن، هدف نهایی زندگی انسان آگاهانه پایین گرفته شده و معطوف به نیازهای دنیوی انگاشته می‌شود؛ به نظر اینان، "قانون بشری تنها در صورتی می‌تواند کارآمد باشد یا ارزش عمومی داشته باشد که آن را بتوان از رفتار واقعی آدمیان و از نیرومندترین انگیزه که همه آنان یا دست کم بیشتر آنان را در بیشتر مواقع به حرکت

۱. در زمینه مقید کردن وظایف دولت به امور کلی و عمومی، موریس هوریو، وظایف دولت را منحصر به تشابهات کلی می‌داند و "دوگی" نیز مشروعیت و مقبولیت حکومت را در انجام خدمات عمومی دانسته و نتیجه می‌گیرد که حکومتها در واقع اداره کنندگان امور و منافع مشترک جماعت هستند (جوان، همان، ص ۲۲۲-۲۳۳-۲۴۴).

وامیدارد، استنتاج کرد.

جهان‌بینی مزبور با تغییر مفهوم دین و با فرض وجود آزادی برای انسان امکان‌پذیر شد؛ مطابق طرز تلقی لیبرالیستی، دولت حق ندارد جانب ایمان واحدی را بگیرد یا ایمان واحدی را به شهروندان تحمیل کند (حنایی کاشانی، ص ۲۴). تغییر مفهوم دین و مبنا شدن انسان و رفع موضع تکلیف از او، سبب جهت‌گیری تمام نهادها به نفع انسان می‌شود. موضوع اخیر نیز حوزه خصوصی آدمی را از دخالت حکومتگران خارج می‌سازد.

با توجه به چنین واقعیتی است که در عصر حاضر مبنای جرم‌انگاری بیشتر جرایم "ضرر"^۱ است. در حالیکه در سده‌های پیشین مبنای ارزشهای مشترک^۲ توجیه‌گر جرم‌انگاری بسیاری از اعمال بر ضد دین، اخلاق و عفت عمومی بود. در همین راستا در قوانین جزایی کشورهای اروپایی از جمله فرانسه، انگلیس و آلمان و... از بسیاری از اعمال بر ضد اخلاق و عفت عمومی جرم‌زدایی شد. و اگر هم در پاره‌ای از موارد جرم تلقی می‌شود به علت مبنای harm است نه مبنای ارزشها و اخلاقیات مشترک. به طور مثال اعمال ضد اخلاقی در صورتی که با رضایت صورت گیرد جرم نیست اما اگر همین اعمال با اجبار و خشونت و در فرض عدم رضایت واقع شوند، جرم تلقی می‌شوند اما مبنای جرم‌انگاری در اینجا به علت ضرر جسمی و روحی وارده بر مجنی علیه است. یا اگر همین اعمال ضد اخلاقی در معابر و مراکز عمومی رخ دهد به علت بر هم خوردن نظم و آسایش عمومی جرم تلقی می‌شود. بنابراین مبنای جرم‌انگاری در هر دو حالت ضرر است^۳. با پذیرش مبنای ضرر به عنوان مبنای حاکم بر جرم‌انگاری دایره حقوق کیفری کوچکتر و حوزه آزادیها و حقوق فردی گسترده‌تر از گذشته شده است.

علاوه بر مبنای فوق ضرورت حمایت از افراد ناتوان سبب شده است که تحت عنوان مبنای Paternalism پاره‌ای از اعمال که در واقع مجاز هستند در صورتی که نسبت به اشخاص ناتوان

1. Harm.

2. Common Valuse.

۳- در چنین مواردی که مبنای جرم‌انگاری از فعل یا ترک فعلی ضرر است، نه اخلاق مشترک، مقصود این نیست که فعل یا ترک فعل مورد اشاره، غیر اخلاقی نیست، بلکه جرایم فوق مثل قتل، زنا یا به عتف و... در عین حال که خلاف اخلاق هستند، موجب ضرر محسوس و ملموس نیز می‌باشند. بنابراین اگر مبنای جرم‌انگاری صرفاً تضییع اخلاق مشترک باشد، صرف ضد اخلاقی بودن عمل آن را داخل در حقوق کیفری می‌نماید. اما اگر مبنای جرم‌انگاری ضرر باشد، فعل یا ترک فعل مورد بحث علاوه بر ضد اخلاقی بودن، موجب ضرر مشخص و معینی نیز هست.

صورت گیرد، جرم و مشمول مجازات باشد. اما مبنای فوق حمایت از ناتوانان را مدنظر دارد نه کلیه آحاد جامعه. بطور مثال اعمال علیه اخلاق و عفت عمومی در صورت رضایت جرم تلقی نمی‌شوند بلکه اعمال مربوط به حوزه خصوصی و فردی قلمداد می‌شود اما در صورتی که چنین اعمالی اخذ رضایت با شخص صغیر و مجنون صورت گیرد جرم محسوب می‌شود. چرا در این حالت چنین اعمالی جزء حوزه آزادیها و مرتبط با قلمرو خصوصی نیست؟ در پاسخ به این پرسش می‌توان به استدلال جان لاک اشاره کرد که شرط وجود آزادی و اعمال مبتنی بر اختیار و اراده آزاد را رسیدن به حد معینی از سن، عقل و شعور می‌داند (ابوسعیدی، ۱۳۴۵، ص ۱۴۸-۱۴۹).

علاوه بر مبنای فوق، ضرورت‌های زندگی امروزی، دولتمردان را به جرم انگاری از پاره‌ای اعمال که مربوط به حوزه آزادیها و قلمرو خصوصی است مجبور نموده است. به طور مثال اعتیاد، نیستن کمربند ایمنی، نپوشیدن کلاه ایمنی در حین رانندگی و در توجیه جرم انگاری از اعمال فوق عده‌ای به همان مبنای harm و ضرر متوسل شده و استدلال می‌کنند که انجام چنین اعمالی نیز موجب ضرر و اعمال هزینه و فشار بر جامعه و شهروندان آن است. اما نظر دیگر، جرم انگاری از چنین اعمال را با مبنای رفاه^۱ توجیه می‌کند. مفهوم اساسی مبنای رفاه به نیازها، منافع و ارزشهایی اشاره دارد که یک جامعه دموکراتیک چنین منافع و ارزشهایی را لازمه حیات خود می‌داند. اما مسئله مهم این است که مبنای welfare اگر چه رقیب و هم‌اورد مبنای harm است، اما در جرم انگاری، مبنای فوق نقش متمم و مکمل دارد نه نقش اولی و اصلی^۲.

در هر صورت با وجود چنین مبنای برای جرم انگاری پیش شرطهایی برای جرم تلقی کردن فعل یا ترک فعل وجود دارد؛ از جمله این شرایط عبارت است از اینکه:
اولاً: آثار و نتایج جرم انگاری نباید بدتر و زیانبارتر از عدم جرم انگاری باشد. ثانیاً: قانون کیفری نباید به گونه‌ای واضح مخالف انتظارات و عقاید عمومی باشد.

ثالثاً: حقوق کیفری باید حقوق حداقلی بوده و ارزشهای اساسی اجتماع انسانی را محافظت کند. بنابراین بخصوص در اعمال یا ترک اعمالی که به استناد قاعده welfare جرم انگاری می‌شود، باید دقت نمود که آیا توسل به ابزارها و ضمانت اجراهای غیر کیفری مناسب‌تر

1. Welfare.

Ashwarth, 1992, honore 1995, schonsheck 1994.

۲. برای مطالعه بیشتر ر.ک:

نمی‌باشد؟ (آشورث^۱، ص ۲۸-۲۷)

مطالب گفته شده برای موجه قلمداد نمودن ارزشهای جوامع غربی و نقد ارزشها و هنجارهای داخلی نیست؛ نقد ارزشها و هنجارهای داخلی با توجه به معیارها و ارزشهای جوامع دیگر به هیچ وجه، علمی و عقلانی نیست؛ زیرا، اگر می‌پذیریم که مبنای حقوق اجتماع است و حقوق در پی آن است که با نظم و نسق دادن به گفتمانهای حاکم، به تولید نظم اجتماعی معقول مدد رساند، گریزی نیست جز اینکه حقوق به جامعه مشخص و معینی نظر افکنده و گفتمانها و ارزشهای حاکم بر آن را دریابد. از این رو، حقوق حاکم بر جامعه اسلامی متفاوت از حقوق حاکم بر جوامع لائیک است. اما مسئله مهم این است که جامعه اسلامی نیز جامعه‌ای راكد و منجمد نیست بلکه سیال و پویاست. بنابراین حقوق نیز باید خود را با تحولات جامعه و تغییرات در عقاید، منطق و همونوا سازد. بررسی وظایف حکومت در عصر حاضر و همچنین بررسی مبانی جرم انگاری با توجه به تحولات عقیدتی پیش آمده در غرب، برای نیل به این مقصود است که از مبانی و معیارهایی که در پس جرم انگاری و کیفردهی قرار دارد مطلع شده و در صورت معقول و سنجیده تلقی کردن آنها، از آن مبانی و معیارها بهره‌مند شویم.

اگر یکی از دلایلی که متفکرین و اندیشمندان حقوقی را به سمت حقوق کیفری حداقلی سوق داد، تغییر جهان بینی و دگرگونی عقاید فلسفی حاکم بر زندگی انسانی بدانیم، عامل دیگر، شکست مجازات در اصلاح مجرم و ارباب افراد غیرمجرم بود.

شکست هدف بازدارندگی و اصلاحی مجازات، حقوقدانان و متفکرین را بر آن داشت که به منظور مبارزه با جرم و انحرافات اجتماعی سیاست معقول و سنجیده‌ای را در پیش گیرند که مطابق آن توسل به کلیه تدابیر سیاسی، اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی به کنترل اجتماعی مبادرت نمایند. در راستای چنین سیاستی راه حل معقول مبارزه با پاره‌ای از اعمال ضد اجتماعی و انحرافی، توسل به تدابیر فرهنگی، اقتصادی و اجتماعی است تا راه حل حقوقی. و در بین راه‌حلهای حقوقی نیز تمسک به راه حل کیفری تنها در مورد اعمالی است که به نحو اساسی موجودیت اجتماع انسانی را به مخاطره می‌افکند. بنابراین استفاده کمتر از مجازات به معنای دست شستن از راه‌حل‌ها و تدابیر موازی در مبارزه با انحرافات اجتماعی نیست بلکه استفاده محدود از کیفر به منظور کارآیی آن در موارد مورد استفاده است (گسن^۲، ص ۲۹۱-۲۹۲). از

1. Ashwrth.

2. Gassin.

این رو لازم است که جز در مورد ارزشهای اساسی که موجودیت اجتماع انسانی وابسته به آنهاست، از حقوق کیفری بهره‌مند نشویم. اساسی‌ترین ارزش اجتماع، فرد انسانی است که لازم است اولاً، به نحو تام و تمام حقوق و آزادیهای فردی او مورد محافظت قرار گیرد و با متعديان به حقوق و آزادیهای او به شدت برخورد شود. ثانياً، حقوق کیفری از تعدی و تجاوز به حوزه خصوصی افراد انسانی منصرف شده و افراد را در پی‌گیری قلمرو خصوصی خود آزاد گذارد و اگر هم احیاناً، اموری فردی باشد که، مورد پسند و پذیرش اجتماعی نیست، معقول آن است که با راه‌حلهای فرهنگی و اجتماعی به مقابله با آن برخیزیم.

با توجه به مشخصه دوم دولت‌ها در عصر حاضر به بررسی حقوق کیفری داخلی می‌پردازیم. همانطوری که گفته شد، مطابق آنچه که در مواد ۲۲۶ و ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی پیش‌بینی شده است، حمایت از مهمترین موضوع حقوق کیفری (انسان و تمامیت جسمانی او)، در قانون مجازات ایران به نحو ناقص پیش‌بینی شده است. به این معنا اگرچه قتل عمد واجد مجازات قصاص است اما قتل عمد هر شخص مستوجب قصاص نیست، بلکه قتل عمد برخی از اشخاص موجب قصاص است؛ این در حالی است که در قانون اساسی آمده است که همهٔ افراد از هر مذهب، نژاد و... به نحو مساوی در پناه و حمایت قانون قرار دارند. از دیگر تفاوتها که ناشی از برداشت ماقبل مدرن از حکومت و انسان است، این است که در برخی از قوانین نگاه قیّم مآبانه نسبت به کلیهٔ آحاد (نه نسبت به بعضی اشخاص ناتوان)، ملاحظه می‌شود؛ به عبارت بهتر امور خصوصی و فردی افراد مشمول الزامات و تحمیلات حقوق کیفری شده است که از جملهٔ آن می‌توان به قانون منع بکارگیری تجهیزات ماهواره‌ای اشاره کرد این در حالی است که در حقوق کیفری مدرن قواعد قیّم مآبانه^۱ فقط نسبت به افراد ناتوان و ضعیف تجویز می‌شود نه نسبت به کلیه آحاد (هانور^۲، ۱۹۹۵).

خلاصه اینکه، در عصر حاضر تغییر مفهوم حاکمیت و پیدایش مفهوم دولت ملی سبب می‌شود که دولت ابزار انحصاری اجبار و الزام در سطح یک ملت باشد و از طرف دیگر، پیدایش انسان صاحب حق و لزوم توجه به نیازهای دنیوی و مادی او سبب می‌شود که دولت مطلق و فراگیر در خدمت انسان و علایق او قرار گیرد؛ زیرا از نظر صاحب نظران غربی "حکومت فقط برای نیل به اهداف دنیوی و منافع مردم است که نسبت به آنها می‌توانیم نگرشی عقلانی و

1. Paternalism.

2. Honore.

عملی اتخاذ کنیم" (رایان^۱، ص ۳۵).

۳- اشتراکات حکومت و حقوق کیفری

برای احراز رابطه حقوق کیفری و حکومت، لازم است که عناصر متشکله دولت - کشور مورد بررسی واقع شود؛ عموماً سه عامل زیر را از خصایص دولت - کشور دانسته‌اند: ۱- گروه انسانی (جمعیت). ۲- چارچوب فضایی (سرزمین). ۳- قدرت سیاسی (نیروی فرمانروایی). منظور از قدرت سیاسی که حکومت را از دیگر گروه‌های انسانی متمایز می‌کند این است که سرزمین و مردمان بخشی از واحد سیاسی دیگر نباشند، مردم مستقل باشند، از لحاظ داخلی رقیب و هم‌پزازی برای حکومت وجود نداشته باشد و از لحاظ خارجی تابع دولت دیگر نباشد و از هیچ قدرت دیگر تبعیت نکند (عالم، همان، ص ۱۴۴-۱۴۵). به عبارت بهتر حاکمیت یا قدرت سیاسی به معنی استقلال کشور از دیگر دولتها و اعمال انحصاری نظم در محدوده فضایی مشخص است. رابطه حقوق کیفری و حکومت در بحث حاکمیت دولت مطرح می‌شود. دولت به منظور تحقق نظم، امنیت و آرامش اجتماعی ابزارهای مختلفی دارد که فرد اعلا و اجلای آن مجازات و اجبار است. چنانکه گفته شده است رابطه دولت و خشونت رابطه‌ای تنگاتنگ است... . دولتهای معاصر را باید به مثابه یک اجتماع انسانی در نظر گرفت که در محدوده یک سرزمین مشخص با موفقیت مدعی انحصار خشونت فیزیکی مشروع به عنوان حق مختص به خود می‌باشند (نقیب‌زاده، ۱۳۷۹، ص ۳۲)، بدیهی است که حقوق کیفری نیز با الزام و واکنش اجتماعی سر و کار دارد. بنابراین رابطه ایندو رابطه‌ای متقابل است؛ حکومت مجری حقوق کیفری و ضمانت اجرای هنجارهای آن است و از طرف دیگر، قلمرو خشونت و اجبار حکومتی نیز به وسیله حقوق کیفری ترسیم و تحدید می‌گردد.

برای بررسی دقیقتر رابطه این دو، لازم است که مشخصات حقوق کیفری با بررسی موضوعات و ویژگیهای آنها، روشن شود. مهمترین موضوعات حقوق کیفری عبارتند از: جرم و مجازات. پرسش این است که جرم چیست و ویژگیهای مجازات کدام است؟ خصلت مشترک جرمها در این دانسته شده است که اعمالی هستند که همه اعضای یک جامعه آنها را به صورت عام محکوم می‌کند (دورکیم، همان، ص ۸۶). در غالب تعاریف جرم به این امر اشارت رفته است؛ چنانکه گفته شده است: "جرایم، خطاهای عمومی هستند؛ به این معنا که آنها کلیت

1. Rayan.

اجتماع را جریحه‌دار می‌سازند... خطاهای عمومی هستند که به واسطه آنها اساسی‌ترین ارزشها و الزامات اجتماعی که همه اعضای اجتماع خود را در آن سهیم می‌بینند، مورد نقص واقع می‌شوند" (پلاتو و استانفورد^۱، ص ۲ از ۱۳).

اگر یک خصوصیت جرم، جریحه‌دار شدن احساسات عمومی است، ویژگی دیگر آن، شدت احساساتی است که به واسطه آن مورد آسیب قرار گرفته است؛ چنانکه دورکیم می‌نویسد: "این گونه احساسات باید شدت معینی داشته باشند. اینها نه تنها در همه وجدانها حک شده‌اند، بلکه شدت این حک شدگی نیز از شروط اساسی است (دورکیم، همان، ص ۹۰). با توجه به اینکه جرم جریحه‌دار کننده احساسات عمومی است، جامعه واکنش عاطفی به نام "مجازات" از خود نشان می‌دهد. این واکنش نشأت گرفته از عملی است که قبلاً انجام شده است و هدف آن نیز بیش از آنکه توجه به آینده باشد انتقام از گذشته و پس دادن گذشته است؛ به همین علت است که ما به دقت احتیاط می‌کنیم که مجازات تا آنجا که ممکن است با اهمیت جرم تناسب داشته باشد... اگر مجازات فقط وسیله‌ای دفاعی بود، دیگر به این گونه درجه‌بندیها، نیاز نداشتیم (همان، ص ۱۰۱). آنچه که لطمه به آن احساسات عمومی را جریحه‌دار و عمل به آن تشفی این احساسات را در پی دارد، اشتراکات و تشابهاتی است که اجتماع در وجود افراد نهادینه کرده و پس از مدتی بر اثر تکرار در ذهن و روح افراد مقدس تلقی می‌شود؛ با توجه به این امر است که ادعا شده است: "قواعدی که مضمون آنها ممنوعیت این گونه تخطی هاست و حقوق جزا پشتوانه قانونی آنها محسوب می‌شود، قاعده‌هایی هستند که دستور حقوقی معروف اصل بر این است که همگان از قانون آگاهی دارند، به درستی در مورد آنها کاربرد دارد" (همان، ص ۸۷). به علت اخلاقی بودن اکثر هنجارهای مورد تضمین حقوق کیفری، مجازات جرایمی که واجد بار اخلاقی بیشتری هستند، شدیدتر از مجازات سایر جرایم است،^۲ چرا که، "هر چه وجدان عمومی بیشتر جریحه‌دار شود، مجازات شدیدتر است" (لوی برول^۳ و دیگران، ۱۳۷۶، ص ۲۷).

1. Plato and Stanford.

۲. با توجه به اخلاقی بودن هنجارهای حقوق کیفری و ویژگیهای اخلاقی و عاطفی واکنش اجتماعی در مقابل جرم، اصلی‌ترین هدف مجازات نیز هدف اخلاقی دانسته شده است و اهداف دیگر از جمله هدف اصلاحی، اهداف حاشیه‌ای و تبعی محسوب شده‌اند.

3. Levi Bruhl.

در بیان هدف اصلی مجازات دورکیم می‌نویسد: "مجازات در اصلاح گناهکار یا در جلوگیری از اینکه عملکرد وی سرمشق دیگران نشود، تأثیری ندارد و یا تأثیرش بسیار ضعیف و فرعی است. به همین دلایل در کارایی مجازات می‌توان به درستی تردید کرد و یا پذیرفت که این کارایی ناچیز است. نقش حقیقی مجازات یکپارچه نگاه داشتن انسجام اجتماعی است با حفظ نیروهای پاسدارنده آن در وجدان عمومی. اگر وجدان عمومی به نحو قاطعی نفی شود، توان خود را از دست خواهد داد. مگر آنکه واکنش عاطفی این ضرر را جبران کند. در غیر اینصورت همبستگی اجتماعی سست خواهد شد (دورکیم، همان، ص ۱۲۱). نه تنها از حیث رسالت و هدف، اصلاح را نمی‌توان هدف اولی مجازات دانست، بلکه از حیث کارکردی نیز ادعا شده است که بهتر است هدف اصلاحی هدف جنبی باقی بماند. کلارکسون در این زمینه می‌نویسد زمانی که از اصلاح به عنوان یک هدف اصلی مجازات، حمایت شود، نظریه اصلاح آسیب پذیر می‌گردد زیرا این امر باعث می‌شود که این ایده در صورت غیر مؤثر تشخیص داده شدن کنار گذاشته شود، لیکن هرگاه به اصلاح به عنوان یک محصول فرعی مطلوب یا یک هدف جنبی نگریسته شود، این ایده از خطر مورد حمله واقع شدن به دلیل عدم کارایی مصون خواهد ماند (کلارکسون^۱، ۱۳۷۲، ص ۲۵۳). موضوع اساسی این است که ارزشهای مورد حمایت حقوق کیفری که واجد اوصاف برشمرده است، مشترکاتی است که کلیت اجتماع فارغ از نژاد، مذهب، ایدئولوژی و... عمل به آنها را ضروری و حمایت کیفری از آنها را به منظور حفظ نظم عمومی لازم می‌شمارد. هنجارهای فوق را می‌توان "تشابهات" نامید.

با توجه به آنچه پیرامون حکومت و حقوق کیفری و ویژگیهای کلی آنها گفته شد، اشتراکات این دو عبارت است از:

الف - حقوق کیفری حقوق تشابهات کلی است و حکومت نیز وظایفش عمومی و کلی است

حقوق به حقوق فردی و حقوق اجتماعی قابل تقسیم است؛ حقوق فردی حقوق گروه بندیهای جزئی است ولی حقوق اجتماعی، حقوق جامعه کلی است که بر فراز گروه‌بندیهای جزئی قرار دارد. از آنجا که حقوق فردی، در گروه بندیهای حقوق جزئی است، صورت تحدید، مبارزه و منافع گروهی را دارد اما حقوق اجتماعی صورت صلح و پایداری دارد (گورویچ، همان،

1. Clarkson.

ص ۱۸۲ به بعد). در توضیح این مطلب باید گفت که در جامعه اصل بر وجود کثرت‌ها و تضادهاست و حوزه اجتماع عرصه نبرد طبقات و گروه‌های اجتماعی است و هر گروه در چارچوب این اصل، واجد حقوق فردی است؛ که ضمانت اجرای آن در اختیار خود گروه می‌باشد. اما در ورای کثرت‌ها و تضادهای فوق، تشابهاتی وجود دارد که محدوده حقوق اجتماعی و از جمله حقوق کیفری را مشخص می‌کند. بنابراین کلیه گروه‌های متکثر و متضاد اجتماعی علی‌رغم اختلاف‌های فردی در این تشابهات سهیم هستند. تشابهات مزبور حد حقوق کیفری را مشخص می‌کند. حکومت نیز همانطور که در مباحث قبل گفته شد، در عصر حاضر به امور عمومی و کلی می‌پردازد و از دخالت در امور خصوصی و فردی بر حذر داشته شده است. اصلی‌ترین وظیفه دولت در عصر حاضر پاسداری از تشابهات و کلیاتی است که حقوق کیفری متکفل بیان آنهاست؛ به عبارت دیگر با توجه به اینکه تشابهات مزبور در ورای گروه‌های جزئی اجتماعی قرار دارد، تنها نهادی که می‌تواند پاسدار آنها و ضامن اجرای آنها باشد، حکومت است که مافوق گروه‌های متکثر و متضاد اجتماعی، متکفل پرداختن به امور عمومی است. دخالت دولت در امور عمومی و پاسداری از تشابهات و منع دخالت او در حوزه امور فردی و خصوصی قوام و دوام نظم اجتماعی را موجب می‌شود (مک آیور، همان، ص ۴۹۶-۴۹۷).

ب - حقوق کیفری حقوق مجازات و حکومت مجری آن است

قاعده اجتماعی از موقعی که مردم به لزوم اجرا و احترام به مدلول آن توجه یابند و تنبیه متخلف و ترمیم و جبران ضرر و زیان را که از نقص آن حاصل گردیده را واجب شمارند، به قاعده حقوقی تبدیل خواهد شد (جوان، ۱۳۴۴، ج ۴، ص ۲۰۹).

عریان‌ترین چهره ضمانت اجرا (مجازات) در حقوق کیفری است. در گروه‌های جزئی با کثرت حقوق و در نتیجه کثرت مراجعی که متصدی ضمانت اجرا هستند، مواجه هستیم. اما از آنجایی که حقوق کیفری حقوق جامعه کلی است و در ورای گروه‌های جزئی قرار دارد و همچنین به علت اینکه واحد است، مرجع واحدی ضمانت اجرای آن را بر عهده دارد. مرجع فوق حکومت است. دوگی در این زمینه می‌نویسد: قواعد سازمانی حقوق مواردی را که نیروی اجباری باید در امور مداخله کند و همچنین شرایط این مداخله و اثرات و نفوذ آن را معلوم می‌دارد. وجود سازمانی حقوق، زمانی ملازمه خواهد داشت که در هر کشور یک حکومت ولو به حالت نطفه و جنین و با اختیارات کم یا زیاد وجود داشته باشد. ضرورت ندارد که این قواعد مدون و مکتوب باشد... ولی قاعده سازمانی حقوق چون قاعده برای سازمان نیروی اجرایی کشور است، ملازمه خواهد داشت که این نیرو بطور انحصاری در اختیار عده‌ای یعنی بدست حکومت و

دولت سپرده شوند (جوان، همان، ص ۳۲۳).

پرسش این است که آیا هنجارهای حقوق کیفری به وسیله خود جامعه قابل اجرا نیست؟ در پاسخ این سؤال باید گفت که شرط زندگی اجتماعی وجود نظم است، هدف نهایی و غایی حقوق بطور اعم و حقوق کیفری بطور اخص، تضمین نظم اجتماعی مزبور است. در نتیجه هر آنچه که به تحقق این هدف غایی مدد رساند، مطلوب حقوق و مطلوب جامعه است.

با توجه به موارد فوق، لازمه نظم اجتماعی، منع خودسری افراد و انحصار ضمانت اجرا در اختیار مرجع واحدی به نام حکومت است. از این رو شاهدیم که در طول زمان دخالت حکومتها در حقوق جزا با تصدی مجازات در کلیه جرایم، بیشتر شده و نظم عمومی مفهومی مطلق و کامل به خویش گرفته است.

با توجه به ارتباط بسیار زیاد حکومت و حقوق کیفری پرسش این است که آیا حکومت موجد حقوق کیفری است یا تأیید کننده، مفسر و مجری آن؟ به عبارت دیگر نقش حکومت در ایجاد هنجارهای حقوق کیفری چیست؟

۴- حکومت و هنجارهای حقوق کیفری

در صورتی که حکومت وجود قاعده‌ای را برای نظم اجتماعی مفید بداند، چگونگی وضع و اعمال این قاعده به چه نحوی است؟ آیا می‌توان گفت حد زور و اجبار حکومت به وسیله حقوق کیفری و حد حقوق کیفری به وسیله تشابهات و اشتراکهای اجتماعی مشخص می‌شود؟ در صورت اخیر، رابطه حکومت با ایجاد تشابهات به چه نحوی است؟

در رابطه با پرسش اول، دو نظریه مقابل هم ابراز شده است: مطابق عقیده اول، حقوق به طور اعم و حقوق کیفری به طور اخص، ساخته قانونگذاران می‌باشد و هر حکم حکومتی، اگرچه مخالف انتظارات عمومی نیز باشد، حقوق محسوب شده و مخالفت با آن جایز نیست. در تعدیل، عقاید افراطی قائلین به این نظریه، ادعا شده است که حکومت اگرچه سازنده حقوق است اما حکومت به هر قاعده‌ای برچسب حقوقی نمی‌زند، بلکه قواعدی را برای حقوقی شدن برمی‌گزیند که موافق انتظارات عمومی باشند و در صورتی که بتوان اثبات کرد، قواعدی خلاف خواست و انتظارات اخلاقی شهروندان اجتماع باشد، عمل "نافرمانی مدنی" تجویز و توصیه شده است؛ به این معنا که چون در این نظریه، حقوق، ساخته قانونگذار و عمل قانونگزاری در نظامهای دموکراسی، مربوط به اکثریت تلقی می‌گردد، در فرضی که بتوان اثبات کرد اکثریت، قاعده‌ای خلاف خواست مشروع و اخلاقی اقلیت به تصویب رسانیده‌اند، حق نافرمانی از قانون برای مخالفین، پیش‌بینی شده است. اما نافرمانی از قانون مورد تصویب، نافی حق مجازات حکومت

نخواهد بود؛ "چرا که هیچ تناقضی در این وجود ندارد، بلکه بسیار با معناست که بگوییم علیرغم این واقعیت که فرد قانون شکن دقیقاً همان کاری را کرده است که اگر ما هم باورهای او را داشتیم، انجام می‌دادیم یا باید انجام می‌دادیم، باید به کیفر برسد" (دورکین^۱، ص ۳۳).

البته یک راه حل توسط قائلین به "تئوری نافرمانی مدنی" برای عدم مجازات چنین فردی ارائه شده است و آن این است که شاید یک برداشت مناسب از قانون اساسی در واقع اعمالی را که آن موقع، عموماً ناقض قانون پنداشته می‌شود، تأیید کند زمانی این نظر که یک برداشت مناسب از قانون می‌تواند حامی اعمال نافرمانی مدنی باشد، نظری مؤثر خواهد بود که دیدگاه پوزیتیویستی مزبور را کنار بگذاریم" (همان، ص ۳۴). اما به نظر می‌رسد که راه حل اخیر، خود نافی نظریه اتحاد حقوق و قانون و یا وحدت جامعه و حکومت باشد؛ زیرا وقتی قانون اساسی را تجلی خواست مردم و تبلور عقیده عمومی بدانیم، این امر به معنای اولویت خواست جمعی بر قانونگذار بوده است و نهایتاً به نفی دیدگاه وحدت جامعه و حقوق می‌انجامد.

اما مطابق عقاید دسته دوم، حکومت در وضع قوانین به طور اعم و قوانین کیفری به طور اخص، مؤید، مفسر و مجری این قوانین می‌باشد نه موجد آنها. این عقیده جامعه شناسان و برخی از حقوقدانان است که معتقدند حقوق زادهٔ اجتماع و حکومت محدود به پیروی از مبانی اجتماعی است؛ چنانکه دوگی می‌گوید: یک قاعده اقتصادی و یا اخلاقی در موقع خود ممکن است به قاعدهٔ حقوقی تبدیل شود، بی‌آنکه به مداخلهٔ حکومت و دولت نیازی افتد. در مدنیت‌های معاصر گرچه حکومت در امر حقوق مداخله می‌کند و از طریق قانونگذاری قاعده اقتصادی و یا اخلاقی را به قاعده حقوقی تبدیل می‌کند، ولی خاصیت حقوقی بودن یک قاعده یا یک اصل از مداخلهٔ مزبور ناشی می‌شود، بلکه بایستی در موقع خود چنین خاصیتی به وجود آید" (جوان، ۱۳۲۶، ج ۳، ص ۳۱۸). مطابق این طرز تلقی، جرم انگاری از اعمال مجرمانه مقید به پیروی از خواست جمعی و عقیده عمومی است. بنابراین "نافرمانی مدنی" نیز جایگاهی نخواهد داشت؛ زیرا، در صورتی که حقوق کیفری خواست فلان گروه و مشرب سیاسی و حتی مطابق خواست اکثریت نبوده، بلکه محدود به اصولی محدود از تشابهات باشد، که خواست جمعی بر آن تعلق گرفته باشد، نیازی به توجیه "نافرمانی‌های مدنی" احساس نخواهد شد. به مقتضای پیروی حکومت از مبانی اجتماعی، کار حکومت "تنها اجرای قواعد پذیرفته شده به وسیله بازیگران است، حکومت باید مثل رئیس جلسه بر انجام مباحثات اعضاء بر طبق قواعد

1. Dworkin.

پذیرفته شده، نظارت کند و خود از ورود به بحث بپرهیزد (بشیریه، ص ۱۰). چرا که حقوق زادهٔ اجتماع است نه ساخته حکومت؛ در تأیید این امر "هایک" میان قانون بنیادی یا قواعد رفتار عادلانه که محصول آزادی و اخلاق و "منفی" یا ناهی و بازدارنده و ضامن تمامیت آزادی فردی هستند و تجاوز و تعدی افراد را به یکدیگر نهی می‌کنند، و امریه‌های حکومتی که انعکاس آمریت یا حاکمیت‌اند و حدود آزادی فرد را تعیین می‌کند، تمیز می‌دهد. هر امریه‌ای به حکم این که به عنوان قانون پیش کشیده می‌شود، مشروع نیست مشروعیت قوانین رایج را باید در انطباق آنها با قانون بنیادی و همگانی یافت (بشیریه، ص ۲۱).

اگر مبنای حقوق کیفری اجتماع است و مشروعیت قانون حکومتی نیز در گرو، پیروی از مبانی اجتماعی است، پرسش این است زمانی که قانونگذار وجود قاعده‌ای را برای نظم اجتماعی مطلوب و لازم بشمارد که سابقه‌ای نیز در اجتماع ندارد، راه حل چیست؟ به عبارت بهتر راه حل انطباق قاعده‌ای نو با مبانی اجتماعی و پذیرش جمعی چیست؟ اگر به قول گروویچ قاعده حقوقی را قاعده‌ای بدانیم که اولاً از طریق قدرت مشروع بوجود آمده باشد و ثانیاً، در جامعه معینی دارای نفوذ واقعی باشد (کاتوزیان، همان، ص ۳۱۰)، در تمایز بین حقوق و حکم فرمانروا می‌توان اظهار داشت که حقوق، آن است که برگرفته از مبانی اجتماعی بوده و سهمی مؤثر در زندگی اجتماعی داشته باشد و در صورتی که قاعده‌ای اوصاف فوق را نداشته باشد، آن نظم، در زمرهٔ نظم مبتنی بر فرامین و احکام فرمانرواست. بنابراین، پیروی از مبانی اجتماعی و به عبارت بهتر، لزوم تأثیر حقوق در زندگی اجتماعی، مقتضی آن است که، قواعدی که حکومت برای نظم اجتماعی لازم می‌شمارد، ابتدا در ذهن اجتماع تزریق شود. و پس از قبول اجتماع و نهادینه شدن در اذهان عمومی، و پیدایش شخصیتی متناسب با آن، قانونگذار به وضع قواعد حقوق مبادرت کند؛ چنانکه "دوگی" ضمن یادآوری اجتماعی بودن حقوق، معتقد است: "قانون تحقیقی فقط عبارت از وسیله برای تعبیر و تبیین قاعدهٔ حقوقی است این قاعده را قانونگذار به وجود نمی‌آورد بلکه آنرا فقط ادراک و تبیین می‌کند رعایت قانون وقتی واجب خواهد بود که با قاعدهٔ حقوقی موافق و منطبق باشد" (جوان، همان، ص ۳۶۶). او در مورد رابطه متقابل و درجه تأثیر حکومت بر یک قاعدهٔ حقوقی اظهار می‌دارد که: "اساساً قانونگذار نمی‌تواند یک اصل حقوقی را که از قبل وجود نداشته به عبارت قانونی قالب ریزی نماید یا قواعد سازمانی حقوق وضع کند، بی‌آنکه به یک اصل حقوقی قبلی مبتنی باشد. این اصل قبلاً در شعورها و ضمیرهای مردم و جماعت به وجود می‌آید. اما قانونگذار می‌تواند با مداخله خود پدید آمدن چنین اصلی را تسریع نماید" (همان، ص ۳۶۷). دوگی در شرح این امر می‌نویسد: تردید نیست که مداخله

قبلی قانونگذار ممکن است در پدید آمدن شعور و احساس آن در مردم مؤثر واقع گردد، و سازمان چنین شعور در آنان تسریع شود. به عبارت دیگر قاعده ای که در مبنای قانون تعبیه شده است، پس از تصویب وقتی به قاعده حقوقی تبدیل می‌گردد که پس از گذشتن مدت زمانی در شعور مردم و در ضمیر آنان لزوم آن احساس شده باشد. قانون تحقیقی نمی‌تواند، حقوق برون ذاتی پدید آورد، ولی عامل عمده برای تشکیل آن است ... قانونگذار قاعده حقوقی را فقط ادراک و تبیین می‌نماید این ادراک از ناحیه قانونگذار هرگاه قبل از موعد خود به عمل آمده باشد، ممکن است تشکیل آن را در میان جمعیت تسریع کند و سبب شود که اصل جدید حقوقی زودتر از موقع خود ظاهر و به مورد اجرا گذارده شود (همان، ص ۳۲۹-۳۳۰). لازمه تأثیر حقوق در اجتماع نیازمند آن است که معتقد شویم، حکومت نیز نهادی مانند نهادهای بی‌شمار که در اجتماع وجود دارد، تمام اجتماع نبوده، بلکه جزئی از آن است که اهداف و وظایف خاصی را بر عهده دارد.

حکومت در عین رعایت اهداف و وظایف خاص خویش که در قواعد سازمان یافته حقوق خلاصه می‌شود (کاتوزیان، همان، ص ۲۹۰)، می‌تواند در ایجاد بنیادها یا هنجارهای حقوقی نیز مؤثر باشد. این تأثیر نیز به علت ارتباط متقابل بین افراد، گروهها و نهادهای موجود در اجتماع است. اما در این مورد حکومت ایجاد هنجار حقوقی را تسهیل و تسریع می‌کند نه اینکه از اصل آن را ایجاد کند؛ به عبارت بهتر اولی این است که به قول لوی برول، علم حقوق را از فن حقوق تمیز دهیم؛ چرا که علم حقوق همان عقاید گروه اجتماعی است اما فن حقوق، امری صناعی و قانونگزاری است. با توجه به این موضوع، حکومت به سه شکل می‌تواند با حقوق مرتبط باشد: اول اینکه، چون حکومت نهادی مانند دیگر نهادهای اجتماعی است، می‌تواند برای کارگزاران خویش، به وضع هنجارها و قواعد مبادرت بنماید. دوم، حکومت علم حقوق و یا هنجارها و بنیادهای حقوقی را به فن حقوق و به عبارت بهتر به قاعده حقوقی تبدیل می‌کند. چنین امری به علت ضرورت حفظ نظم و رعایت حقوق و آزادیهای فردی، به ویژه در حقوق کیفری یک ضرورت است. سوم، حکومت می‌تواند تسریع کننده ایجاد هنجارها و بنیادهای حقوق یا علم حقوق باشد.

جدای از روابط برشمرده، هر حکم و فرمان حکومتی که برآمده از اجتماع نباشد و سهمی در تنظیم روابط اجتماعی نداشته باشد در زمره نظم مبتنی بر زور و فرمان فرمانرواست که خصایص زیر را داراست:

در مجموعه تعاملی این نظم، روابط سیاسی اساساً غالب است و حائز خصلت اجبار و فعال کردن دیگری عمدتاً بر اساس تهدید و اجبار ضمنی یا صریح صورت می‌گیرد. وسیله ارتباطی

عمده در تعاملات اجتماعی "قدرت" است این روابط اجتماعی در راستای قدرت تنظیم می‌شوند و در پهنه تعاملات اجتماعی، نوعاً سرد، تک بعدی، صوری و مصلحت آمیز است... در این نظم، اعمال اجتماعی متقابل که یکی لوازم مبرم تعاون اجتماعی است، جایی ندارد و بالطبع اکثریتی که فاقد قدرت هستند، احساس امنیت نمی‌کنند، سازگاری اجتماعی نیز بیرونی است. بر خلاف نظم سنتی که احساس تعهد و حذر از احساس تقصیر باعث سازگاری است، در نظم سیاسی، احساس ترس و حذر از احساس درد عامل سازگاری است (چلبی، ۱۳۷۵، ص ۷۷). و بدیهی است، چنانچه فرایند تعارض و تضاد انتظارات عمومی و قوانین موضوعه شدید باشد و مسائل و موارد گوناگون را شامل شود، در این صورت قوانین موضوعه عملاً نفوذ و حاکمیت خود را از دست خواهند داد و چنانچه دستگاه دادگستری و قوای انتظامی مصمم باشند که به هر قیمت که شده قواعد و قوانین را اجرا کنند، در این صورت نابسامانیها و ناراحتی‌های گوناگون اجتماعی به وجود می‌آید؛ مردم اعتماد خود را نسبت به دستگاه قضایی از دست می‌دهند و نارضایتی در میان ایشان افزایش می‌یابد (صانعی، ۱۳۴۷، ص ۳۶۶). خلاصه اینکه، نظم مبتنی بر حکم و فرمان به قول لوی برول "نه عمیق است و نه می‌تواند مدت طولانی ساختارهای حقوقی را دگرگون سازد" (لوی برول، ۱۳۷۰).

در نتیجه با توجه به تفاوت حکومت از جامعه، می‌توان حکومت را نهادی مانند سایر نهادها دانست اما نهادی که مفسر و مجری حقوق کیفری است، نه موجد آن. منطبق نبودن جامعه و حکومت، و منطبق نبودن ایندو هم، این استدلال دور کیم را مخدوش می‌سازد که می‌نویسد: قدرت اداری به محض آنکه در جایی برقرار شد وظیفه نخست و اصلی اش مواظبت در محترم شمردن اعتقادات، سنت‌ها و اعمال جمعی است؛ یعنی می‌کوشد تا از وجدان عمومی در برابر همه دشمنان داخلی و خارجی اش دفاع کند. پس قدرت اداری بدینسان به نماد و به مظهر زنده وجدان عمومی در چشم همگان تبدیل می‌شود... قدرت اداری در این حالت دیگر در حکم یک نقش اجتماعی کم و بیش مهم نیست، بلکه در حکم شکل مجسم نوعی اجتماعی است و بنابراین از همان اقتداری برخوردار می‌شود که نوع اجتماعی به وجدان همگان اعمال می‌کند... پس قدرت عمومی مانند روح پراکنده جامعه، مخالف هر نوع نیروی خصمانه است حتی اگر خود جامعه این خصوصیت را در نیابد یا بشدتی که لازم است حس نکند (دورکیم، همان، ص ۹۷). (۹۸)

مطابق این استدلال تصور تضاد بین جامعه و حکومت منتفی بوده و با توجه به این امر، می‌توان فرض کرد، هر عملی که توسط قدرت عمومی تحت عنوان جرم قلمداد گردد، مخالف احساسات عمومی تلقی شده و تضمین آن لازمه حفظ نظم اجتماعی است. علیرغم اینکه

نمی‌توان انکار کرد که اگر حکومت از مشروعیت و مقبولیت تام برخوردار باشد مصوبات آن به راحتی مورد قبول قرار می‌گیرد و به اصل اجتماعی نیز تبدیل می‌شود، اما واقعیت، فرض اتحاد جامعه و حکومت را منتفی می‌کند، و تعارض و تضادهای شدیدی را بین این دو نشان می‌دهد. با این اوصاف، چنین استدلالی نافی مبنای اجتماعی حقوق کیفری است، بدین معنا که حکومت در هر زمان می‌تواند به بهانه اینکه اتحاد روح پراکنده جامعه می‌باشد، به وضع قواعدی مبادرت کند که به هیچ وجه در بردارنده مصالح عمومی نیست. استدلال مزبور اگرچه توسط فردی بیان می‌شود که از سردمداران اجتماعی بودن حقوق است، اما مطابق این استدلال می‌توان از نظامهای توتالیتری که فرض جدایی حکومت و جامعه را منتفی می‌دانند، دفاع نمود. جدای از انتقادات برشمرده، نفعی در تضمین کیفری هنجارهایی که نتوانند عنوان اخلاق اجتماعی را اخذ کنند و در دل اجتماع نهادینه شوند (به نحوی که عمل به آنها لازمه نظم عمومی تلقی گردد)، مترتب نیست؛ زیرا، اصلی‌ترین هدفی که برای مجازات قایل شدیم نفع اجتماعی آن در حفظ همبستگی عمومی، و تأثیر آن در یادآوری ارزشهایی است که اجتماع، آنها را لازمه دوام و بقا خویش می‌داند، بنابراین در صورتی که اعمالی مورد ضمانت اجرای کیفری قرار گیرند که جایگاهی در اخلاق اجتماعی ندارند و از دل اجتماع بیرون نیامده‌اند، مجازات چنین اعمالی چه تأثیری در پی خواهد داشت؟ آیا مجازات مزبور به حفظ همبستگی اجتماعی مدد می‌رساند؟ آیا چنین مجازاتی سبب اصلاح مجرم یا ارباب عمومی است؟ با توجه به حاشیه‌ای و فرعی شدن هدف اصلاحی مجازات و از طرفی دیگر، اعتقاد به همبستگی عمومی به عنوان هدف اصلی و بنیادی مجازات، نمی‌توان به اثر و فایده تضمین کیفری هر ارزشی، بدون وجود شرایط لازم، امیدوار بود.

بنابراین اگر لازم می‌دانیم با توجه به شرایط و تحولات زندگی اجتماعی، اموری توسط حقوق کیفری، مجازات شوند و در زمره جرایم قلمداد گردند، باید تلاش نمود که اعمال مزبور، تحت عنوان ارزشها و اخلاقیات جامعه قلمداد گردند، تا اولاً زمینه رعایت اختیاری آنها فراهم شود و ثانیاً، مجازات نقص چنین اعمالی، نقشی در همبستگی اجتماعی داشته باشد.

اخلاقی شدن موضوعات فوق نیز چندان مشکل نیست؛ به این معنا که در فضای آزادی و در بستر گفتگوی بین‌الذهانی، در صورتی که آثار ارتکاب اعمال فوق، مورد نقد و گفتگو قرار گیرد، همگان به زینبار بودن این اعمال صحنه خواهد گذارد. چنین گفتگو زمینه نهادینه شدن این اعمال در وجدان عمومی را فراهم ساخته و آنها را جزء اخلاق اجتماعی خواهد ساخت؛ به عبارت بهتر اگر خواستار حقوقی شدن برخی از اعمال و تضمین کیفری آنها هستیم، باید بتوان این اعمال را از صافی اصل اجتماعی و پذیرش عمومی عبور داد. مثالی مناسب در این زمینه عبارت

است از جرایم زیست محیطی. در حقوق غرب، نظر به وجود گروه‌های طرفدار محیط زیست از یک طرف و بحث و گفتگو میان گروه‌ها و اقشار مختلف اجتماعی پیرامون اثرات حفظ محیط زیست، بر تضمین کیفری هنجارهای زیست محیطی آثار زیادی مترتب است. اما در حقوق ما با توجه به علل و عواملی از جمله مباح بودن استفاده از منابع طبیعی تحت عنوان حیات مباحات در فقه، عدم وجود گروه‌های فشار طرفدار محیط زیست (مثل سبزه‌ها در اروپا) و... اعمال مضر محیط زیست، حیات وحش، منابع طبیعی و... تحت عنوان اخلاق اجتماعی، قلمداد نگردیده‌اند. بنابراین بر تضمین کیفری آنها تا زمانی که جزء اخلاق اجتماعی نشده‌اند، اثری مترتب نیست.

۵- سازوکار تبعیت حکومت از اجتماع

به دلیل لزوم حفظ نظم عمومی و نیز ضرورت حفظ حقوق و آزادی‌های فردی، جرایم و میزان مجازات باید توسط حکومت مشخص شود. اما به حکومتی نیازمندیم که در عین مشخص نمودن جرم و مجازات و... تابع اجتماع باشد؛ چنین حکومتی دموکراسی است؛ دموکراسی در جوامع چند پنداری امروز، حد اجبار و الزام حکومت را محدود به تشابهات و اشتراکاتی می‌نماید که کلیه گروه‌ها و پندارها، آن را لازمه نظم عمومی قلمداد می‌کند (مک آیور، همان، ص ۶۲-۵۲۴)؛ علاوه بر این که دموکراسی حد الزام و اجبار حکومت را محدود به تشابهات می‌نماید، دموکراسی در بردارنده مشروعیت و مقبولیت نظام حکومتی نیز هست.

با توجه به عدم انطباق کامل جامعه و حکومت، اندیشمندان و متفکرین در طی قرون و اعصار در پی شکلی از حکومت بوده‌اند که بتواند هر چه بیشتر فاصله حکومت و جامعه را کاهش داده و حکومت را مجری عقیده عمومی سازد. در این زمینه دموکراسی بیش از سایر اشکال حکومتی قابلیت دارد؛ اما دموکراسی ماهوی که بتواند زمینه مشارکت شهروندان را در تصمیم سازی فراهم نموده و با ایجاد فضای گفتگو، خود، مبادرت به تولید عقیده عمومی نماید؛ عقیده عمومی که همگان به نفع و فایده آن در اجتماع، اذعان داشته باشند. لازمه این امر وجود آزادی است که در چارچوب آن امکان گفت و شنود محقق است؛ چنانکه هانا آرنت می‌نویسد: "عقیده عمومی وقتی حاصل می‌شود که افراد آزادانه با یکدیگر تبادل نظر می‌کنند و بتوانند آرایشان را به محضر عام (حوزه عمومی) بیاورند" (انصاری، ۱۳۷۹، ص ۷۱) حوزه عمومی در معنای فوق متضمن تفاوتها و تشابهات شهروندان است؛ چرا که لازمه آن به رسمیت شناختن کثرتها - تضادها - تفاوتها و از طرف دیگر، گفتگوی بین انسانهای آزاد برای حصول عقیده مشترک است. آرنت در این زمینه می‌نویسد: "حوزه عمومی مانند میزی در بین انسانهاست که همزمان آنها را به یکدیگر پیوند می‌دهد و از یکدیگر مجزا می‌کند هنگامی که میز در بین، از

میان می‌رود، انسانها به مثابه توده‌ای فرو می‌ریزند و جامعه توده‌ای شکل می‌گیرد حوزه عمومی در این مفهوم متضمن تفاوتها و شباهتهاست (همان، ص ۶۳).

این دموکراسی با سازوکارهایی چون احزاب، مطبوعات، آزادی تجمعات و... مشخص می‌شود که در آن زمینه گفتگوی بین الاذهانی فراهم است، گفتگوی بین الاذهانی که نتیجه آن حصول حقیقت و اشتراک بین الاذهانی و رسیدن به توافقی است که در همگان اقناع و اقتناع عقلانی ایجاد می‌کند، این توافق در دموکراسی حقیقی و مردمی حاصل می‌شود. مایکل پیوزی پیرامون این امر خاطر نشان می‌کند که: "رهایی تنها از طریق دموکراسی و احیای قلمرو عمومی حاصل می‌شود و این درست همان چیزی است که بهترین جنبشهای جدید اجتماعی برای ما انجام می‌دهند. همچنین نباید به عقب برگردیم و به خطا دموکراسی را با ساختارهای صوری آن یکی کنیم. دموکراسی یعنی همه چیز در درون و از طریق تعامل اجتماعی، یعنی از طریق کنشی انجام شود که واقعاً در جهت رسیدن به تفاهم است" (پیوزی^۱، ۱۳۷۹، ص ۱۶۴-۱۶۵). با چنین طرز تلقی از دموکراسی و ایجاد عرصه عمومی، هابرماس معتقد می‌شود که: "انسانها می‌توانند، تردیدها و اختلافات خود در روابط عادی اجتماعی و در حوزه عمومی را، نه از طریق سحر و جادو، دعا، استغاثه، قهر و خشونت چاقو یا سلاح گرم، بلکه به گونه‌ای هنجاری از طریق بحث آزاد، مذاکره، استدلال و محاجه حل و فصل و برطرف سازند. از سوی دیگر مشارکت کنندگان در این قبیل مباحث آزاد باید از حق به زیر سؤال بردن نقطه نظرات طرف مقابل خود برخوردار باشند بدین ترتیب بحث و استدلال آنها، صورت تأملی و تفکری به خود یافته و به دنبال آن زمینه نقد عقلانی نیز راه خود به درون کنش متقابل اجتماعی را باز می‌کند... اجماع و توافقی که بدین ترتیب حاصل می‌گردد، ایمان و تعهد محکمی به بار می‌آورد به عبارت دیگر از نیروی برانگیزاننده عقلانی و تأثیرات ساختار ساز، برخوردار است (نوذری، ۱۳۷۵، ص ۲۲۰).

نتیجه

هر منشایی که برای تشکیل اجتماع بپذیریم، افراد در زندگی اجتماعی ناگزیرند روابط خویش را در چارچوبی معین سامان دهند، سامانمند کردن کنشهای متقابل در بستر چارچوبی مشخص، مقتضی رعایت هنجارها و الگوهای رفتاری خاصی است. رعایت هنجارها و الگوهای مزبور، دربردارنده نظم اجتماعی است و از جانب اجتماع انسانی تحمیل می‌شود. بدین طریق

حقوق در قالب الزامات اجتماعی و با هدف تولید نظم اجتماعی پا به عرصه وجود می‌گذارد. گردهمایی‌های اجتناب ناپذیر افراد و گروهها و از سوی دیگر تفاوت‌یابی روابط در خلال روابط اجتماعی، واقعیتی را به نام قدرت متولد می‌سازد. چگونگی، بسیج و متراکم کردن قدرت، نحوه تحدید و مشروعیت بخشی به آن، حقوق را بر آن می‌دارد که نظم عمومی، مصلحت اجتماعی و سود عمومی را بر قدرت تحمیل و مشروعیت آن را در گرو رعایت مفاهیم مزبور قلمداد نماید. بدین طریق حقوق تحدید کننده قدرت است. از سوی دیگر از قدرت موجود با اوصاف برشمرده در جهت اعمال ضمانت اجراهای خویش بهره‌مند می‌شود. حقوق کیفری حقوقی است که اعمال مجرمانه را مشخص و با پیش‌بینی ضمانت اجرا، پاسداری از ارزشهای نقض شده بواسطه جرم را برعهده دارد. حکومت نیز با در دست داشتن ابزارهای قهرآمیز، در خدمت حقوق کیفری است. محدوده اعمال مجرمانه، تشابهات و ارزشهایی است که کلیت اجتماع جدای از رنگ، مذهب، نژاد، پاسداری و حفاظت از آن را لازمه نظم اجتماعی قلمداد می‌کند.

در نتیجه در رابطه حکومت، حقوق کیفری و اجتماع انسانی می‌توان اظهار داشت که: محدوده حقوق کیفری را تشابهات و ارزشهای عام اجتماعی مشخص می‌کند و محدوده اعمال قدرت و اجبار حکومت را نیز حقوق کیفری. بنابراین در صورت پذیرش این واقعیت، حکومت مجری و حداکثر مفسر حقوق کیفری است نه موجد آن. حکومت حقوق کیفری موجود را به رسمیت می‌شناسد نه اینکه آن را ایجاد کند. حال در صورتی که بنا بر علل عدیده لازم باشد که ارزشی خاص، مورد تضمین کیفری قرار گیرد، صرف پیش‌بینی ضمانت اجرای کیفری ارزش مزبور را حقوقی نخواهد کرد. بلکه حداکثر بتوان آن را حکم فرمانروا قلمداد کرد.

حقوق آن است که از دل اجتماع باشد و قواعد آن سهمی در تولید نظم اجتماعی داشته باشد، قاعده‌ای که از جانب حکومت وضع و ضمانت اجرای کیفری پیدا کرده است، در صورتی که در اجتماع انسانی نهادینه نشده و مورد قبول اجتماع قرار نگیرد، در زمره نظم مبتنی بر زور است که در نهایت به تولید بی‌نظمی منتهی خواهد شد. بنابراین چاره کار در این است که حکومت اگر در پی اعمال ضمانت اجرای کیفری برای موضوعی باشد، باید بتواند واقعیت فوق را از صافی اجتماع انسانی گذر دهد و پذیرش اجتماعی را در باب کیفری شدن موضوع کسب کند.

مآخذ

- ۱- ابوسعیدی، مهدی؛ حقوق بشر و سیر تکاملی آن در غرب (تهران، آسیا، ۱۳۴۵).
- ۲- آریان پور، امیرحسین؛ زمینه جامعه‌شناسی (تهران، چاپ شرکت سهامی افست، ۱۳۵۰).
- ۳- انصاری، مسعود؛ هانا آرنست و نقد فلسفه سیاسی (تهران، نشر مرکز، ۱۳۷۹).
- ۴- بشیریه، حسین؛ اندیشه‌های فون هابک، فصلنامه اطلاعات سیاسی - اقتصادی، ش ۱۰۳ - ۱۰۴.
- ۵- بشیریه، حسین؛ اندیشه‌های مایکل اوکشان، فصلنامه اطلاعات سیاسی - اقتصادی، ش ۱۰۵-۱۰۶.
- ۶- بازارگاد، بهاء‌الدین؛ تاریخ فلسفه سیاسی (تهران، آسیا، ۱۳۴۴).
- ۷- پیوزی، مایکل؛ یورگن هابرماس؛ ترجمه احمد تدین (تهران، انتشارات هرمس، ۱۳۷۹).
- ۸- جوان، موسی؛ مبانی حقوق، ج ۴ (تهران، ۱۳۴۴).
- ۹- جوان، موسی؛ مبانی حقوق، ج ۱ و ۳ (تهران، ۱۳۲۶).
- ۱۰- چلبی، مسعود؛ جامعه‌شناسی نظم (تهران، نشر نی، ۱۳۷۵).
- ۱۱- حنایی کاشانی، محمدسعید؛ مدینه احرار، ماهنامه کیان ش ۴۸.
- ۱۲- خاتمی، سیدمحمد؛ از دنیای شهر تا شهر دنیا (تهران، نشر نی، ۱۳۷۶).
- ۱۳- دریفوس، هیوبرت ویل رابینو؛ میشل فوکو فراسوی ساختارگرایی و هرمنوتیک، ترجمه حسین بشیریه (تهران، نشر نی، ۱۳۸۲).
- ۱۴- دورانست، ویل؛ تاریخ فلسفه ترجمه عباس زریاب خویی (تهران، شرکت سهامی کتابهای جیبی، ۱۳۵۱).
- ۱۵- دورکیم، امیل؛ درباره تقسیم کار اجتماعی، ترجمه محمد راسخ، ماهنامه کیان، ش ۴۸.
- ۱۶- دورکین، رونالد؛ نافرمانی مدنی، ترجمه محمد راسخ، ماهنامه کیان، ش ۵۳.
- ۱۷- راش، مایکل؛ جامعه و سیاست ترجمه منوچهر صبوری (تهران، انتشارات سمت، ۱۳۷۷).
- ۱۸- رایان، آلن؛ لیبرالیسم، ترجمه خشایار دیهیمی، ماهنامه کیان، ش ۴۸.
- ۱۹- ساکت، محمدحسین؛ نگرشی تاریخی به فلسفه حقوق (تهران، شرکت انتشارات جهان معاصر، ۱۳۷۰).
- ۲۰- سیموندز، نیل ای؛ فلسفه حقوق (تقریرات درس فلسفه حقوق دانشگاه شهید بهشتی).
- ۲۱- صانعی، پرویز؛ حقوق و اجتماع (تهران، ۱۳۴۷).

- ۲۲- عالم، عبدالرحمن؛ بنیادهای علم سیاست (تهران، نشر نی، ۱۳۷۵).
- ۲۳- فروند، ژولین؛ جامعه‌شناسی ماکس وبر؛ ترجمه عبدالحسین نیک‌گهر (تهران، نشر نیکان، ۱۳۶۲).
- ۲۴- کاتوزیان، ناصر؛ فلسفه حقوق، ج ۱ (تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷).
- ۲۵- کلارکسون، سی‌ام‌وی؛ تحلیل مبانی حقوق جزا؛ ترجمه حسین میرمحمد صادقی (تهران، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۲).
- ۲۶- گسن، ریمون؛ بحران سیاست جنایی در کشورهای غربی؛ ترجمه علی حسین نجفی ابرنآبادی، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۰.
- ۲۷- گورویچ، ژرژ؛ درآمدی به جامعه‌شناسی حقوق؛ ترجمه حسن حبیبی (تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۲).
- ۲۸- گیدنز، آنتونی؛ دورکم؛ ترجمه یوسف اباذری (تهران، انتشارات خوارزمی، ۱۳۶۳).
- ۲۹- لنواشتراس؛ حقوق طبیعی و تاریخی؛ ترجمه باقر پرهام (تهران، نشر آگاه، ۱۳۷۳).
- ۳۰- لوی برول، هانری و دیگران؛ جامعه‌شناسی حقوق؛ ترجمه مصطفی رحیمی (تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۰).
- ۳۱- لوی برول، هانری و دیگران؛ جامعه‌شناسی و حقوق؛ ترجمه ابوالفضل قاضی (تهران، انتشارات سروش، ۱۳۷۶).
- ۳۲- محسنی، مرتضی؛ دوره حقوق جزای عمومی، ج ۲ (تهران، گنج دانش، ۱۳۷۵).
- ۳۳- مک‌آیور، ر.م؛ جامعه و حکومت؛ ترجمه ابراهیم علی‌کنی (تهران، بنگاه ترجمه و نشر کتاب، ۱۳۵۴).
- ۳۴- میلز، سارا؛ گفتمان؛ ترجمه فتاح محمدی (زنجان، هزاره سوم، ۱۳۸۲).
- ۳۵- نقیب‌زاده، احمد؛ جامعه‌شناسی سیاسی (تهران، انتشارات سمت، ۱۳۷۹).
- ۳۶- نوذری، حسینعلی؛ جایگاه عقلانیت در اندیشه سیاسی هابرماس؛ پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۵.

37- Ashworth, Andrew, Wpinciples of Criminal Law oxford 1992.

38- Honore, Tony, about Law (Oxford, 1995).

39- Schonsheck, Jonathan, on Criminalization Netherland 1994.

40- http://plato.stanford.edu/entries/Legal_punishment.