

اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری*

□ دکتر رحیم نوبهار

□ پژوهشگر حوزوی و استادیار دانشگاه شهید بهشتی

چکیده

این مقاله پس از توضیح مضمون اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری، مبانی و مستندات آن را بررسی می‌کند. به موجب این اصل، جرم‌انگاری آخرین سلاح است و تنها در فرض ضرورت و ناکارآمدی دیگر اقدامات و ضمانت اجراها باید به سراغ آن رفت. مقاله همچنین به ذکر شماری از ایرادها و انتقادهای وارد بر این اصل می‌پردازد. این ایرادها البته اعتبار و اهمیت اصل را نفی نمی‌کنند؛ آنها بیشتر نشانگر تردیدهایی در کارایی این اصل همچون معیاری قابل اعتماد برای پیشگیری از تورم کیفری هستند.

مقاله در ادامه به بررسی این اصل از چشم انداز اسلامی می‌پردازد و با توجه به برخی مفاهیم، اصول و قواعد اسلامی که با محتوای این اصل هم‌پوشانی دارند، اجمالاً آن را با رویکردهای اسلامی سازگار ارزیابی می‌کند.

واژگان کلیدی: جرم‌انگاری، محدودیتهای حقوق کیفری، تورم کیفری، اسلام و جرم‌انگاری.

مقدمه

جرم‌انگاری در ذات خود محدودیت و ممنوعیت را به همراه دارد. نقض این محدودیت، مجازات را در پی دارد که آن نیز گونه‌ای دیگر از محدودیت است. بی‌شک برای ایجاد این ممنوعیت که «آزادی» را نشانه می‌رود، باید چارچوب و معیاری وجود داشته باشد. آیا اصل کاربرد یا مداخله کمینه حقوق کیفری یا به تعبیر دیگر، اصل «جرم‌انگاری آخرین چاره است» یکی از این معیارهاست؟ این پرسش اصلی است که مقاله حاضر می‌کوشد با روش تحلیلی بدان پاسخ دهد. اگر پاسخ این پرسش مثبت باشد، می‌توان در ادامه پرسید: آیا این اصل به اندازه کافی پشتوانه عقلانی یا اخلاقی دارد تا بتوان قانون‌گذاران را در مقام جرم‌انگاری به رعایت مضمون آن ملزم نمود؟ دیدگاه اسلام درباره این اصل چیست؟ آیا قانون‌گذاری که اصول اسلامی را رعایت می‌کند، می‌تواند یا باید بدان پایبند باشد؟ از چشم‌انداز عملی نیز می‌توان

پرسید: آیا این معیار آن اندازه گویا و عینی هست که قانون گذار را در مقام جرم‌انگاری مدد رساند؟ اگر دلایل کافی برای پذیرش این اصل وجود داشته باشد، به لحاظ نظری می‌توان در جرم‌انگاری چشم‌انداز نسبتاً روشنی را در اختیار داشت. در مقام عمل نیز می‌توان بر پاره‌ای از مشکلات از جمله تورم کیفری که برخی کشورها، با آن دست به گریبانند، چیره شد.

در کشور ما بخشی از مشکلات دستگاه قضایی از تورم کیفری ناشی می‌شود. برابر آمارها شمار پرونده‌های قضایی در سال ۱۳۸۳ در مقایسه با سال ۱۳۶۴ دو و نیم برابر شده است؛ در حالی که در سال ۱۳۶۴ در برابر هر ۱۸ نفر یک پرونده قضایی وجود داشته است. برآوردها همچنان افزایش پرونده‌ها در آینده را نشان می‌دهد. این در حالی است که در برخی کشورها در برابر هر هشتاد نفر یک پرونده وجود دارد (معاونت حقوقی و بررسیهای فقهی مرکز تحقیقات استراتژیک، بی‌تا: ۲). تحقیقات میدانی نشان می‌دهد که از جمله دلایل این افزایش، جرم‌انگاریهای بی‌رویه است (همان: ۴). برای حل این معضل، راهبردهایی پیشنهاد شده است: از جمله، روی آوردن به بدیل‌های قضایی و جرم‌انگاری مانند صلح و سازش، افزایش توانایی افراد جامعه در حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات و نیز توجه به اهمیت و اعتبار داوری و نهادینه کردن آن (همان: ۱۶-۱۷).

برای توجیه نظری ترک جرم‌انگاری و روی آوردن به جایگزین‌های آن نخست باید جایگاه جرم‌انگاری در مواجهه با نابهنجاریها آشکار شود. به ویژه اینکه برخی همچنان جرم‌انگاری و مجازات را «اکسیر اعظم» و داروی همه دردهای اجتماعی می‌دانند. بدین منظور پس از تحلیل محتوا و مستندات اصل استفاده کمیته از حقوق کیفری به ذکر پاره ای از ایرادهای وارد بر آن می‌پردازیم و سپس دیدگاههای اسلامی را درباره این اصل بررسی می‌کنیم.

۱. مفهوم اصل کاربرد کمیته حقوق کیفری

این اصل بیانگر آن است که در رویارویی با نابهنجاریهای اجتماعی، جرم‌انگاری آخرین چاره است. محتوای اصل بیشتر از این واقعیت سرچشمه می‌گیرد که مجازات به خودی خود مستلزم برخوردی خشن است؛ انتخاب مجازات، به دلیل اینکه کیفر در ذات خود «بد» و «خشن» است، همواره نیازمند به توجیه کافی است (۲: ۱۹۹۴، Duff and Garland). به همین دلیل، فیلسوفان حقوق کیفری زیر عنوان توجیه مجازات، مباحث مفصلی را مطرح می‌کنند. اندیشمندان مسلمان نیز از دیرباز در مباحث تحلیلی مجازات همین تلقی را از کیفر داشته‌اند. به گفته شاطبی، حدود و قصاص برای مصلحت بازدارندگی از فساد تشریع شده‌اند؛ هرچند آنها خود با اتلاف نفس و ریختن خون همراهند که فی نفسه نوعی مفسده است^۱ (الشاطبی، ۱۴۲۴: ۱/۱۷۴).

اصل کاربرد کمیته حقوق کیفری به ویژه در نظامهای قانون مدار و پایبند به ارزش «آزادی» جایگاه ویژه ای دارد؛ با توجه به اینکه در چنین دولتهایی اصل اولی، آزادی شهروندان است، تحدید آزادیها در هر قالبی از جمله از راه جرم‌انگاری به توجیه کافی نیازمند است. به گفته روکسین^۲ حقوق کیفری تنها وسیله مناسب برای حمایت از ارزشها و منافع موجه نیست؛ حقوق کیفری تنها زمانی به کار گرفته می‌شود که دیگر راهها مانند اقامه دعوی مدنی، راه حل‌های اداری و ضمانت اجراهای غیر کیفری کارایی نداشته باشند (۵۲۴: ۲۰۰۴، Jareborg). از همین رو مجازات «آخرین راه حل

۱. وإقامة الحدود والقصاص مشروع لمصلحة الزجر عن الفساد وإن أذى إلى إتلاف النفوس وإهراق الدماء وهو في نفسه مفسدى.

۲. Roxin.

سیاست اجتماعی» نامیده می‌شود. کارکرد مجازات صرفاً حمایت فرعی و جانبی و نه حمایت گسترده و همه جانبه از منافع، مصالح و ارزشهاست (Ibid.: ۵۲۵).

دانشمندان علوم جنایی گاه از اصول دیگری که با اصل مورد بحث شباهت دارند سخن می‌گویند. در این باره به ویژه از دو اصل «فرعی بودن حقوق کیفری» و اصل «چند پاره بودن حقوق کیفری» یاد می‌شود. به موجب اصل فرعی بودن حقوق کیفری، در رویارویی با نابهنجاریهای اجتماعی نباید اصل را بر استفاده از سلاح جرم‌انگاری و ابزار مجازات قرار داد. به موجب اصل چندپارگی حقوق کیفری نمی‌توان از منافع، مصالح و ارزشها به طور یک پارچه حمایت کیفری نمود (Ibid.). برای نمونه نمی‌توان همه مصادیق اخلال در امور اقتصادی را جرم قلمداد کرد. به همین تیب نباید همه ارزشها را مشمول حمایت کیفری قرار داد (محمودی جانکی، ۱۳۸۲: ۲۱۲). حتی از آزادی با همه ارج و اهمیتی که دارد نمی‌توان به طور یک پارچه دفاع کیفری نمود و همه مصادیق نقض آزادی را جرم‌انگاری نمود (نوبهار، ۱۳۸۷: ۱۱۹). این به معنای آن است که جرم‌انگاری اصولاً مسئله‌ای موردی و جزئی است. در مورد هر رفتار معین تنها پس از بررسی و لحاظ مجموعی از عوامل و عناصر به جرم‌انگاری اقدام می‌شود. به گفته یکی از نویسندگان: «قاعده واحد و مورد اعتمادی وجود ندارد که ما بگوییم دولت در کجا باید آزادی شهروندان را [از طریق جرم‌انگاری] محدود کند؛ هر مورد باید جداگانه بررسی شود و بر پایه اصل موازنه میان اصول آزادی فردی در برابر اصولی که از اقدامات زیانبار به افراد معین یا جامعه همچون یک کل پیشگیری می‌کند، تصمیم‌گیری شود» (Grassian, ۱۹۸۱: ۲۲۴). بر پایه همین رویکرد در سطح اتحادیه اروپا گاه برای جرم‌انگاری یک پدیده سمینارهای علمی و هم‌اندیشیهایی بزرگ صورت می‌گیرد و موافق و مخالف دیدگاههای خود را درباره منافع و هزینه‌های جرم‌انگاری بیان می‌کنند (Csere, ۲۰۰۶: ۳).

۲. عناصر تشکیل دهنده اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری

اصولی که اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری را بنیاد می‌نهند همان دلایلی هستند که جرم‌انگاری را تجویز می‌کنند. برخی از نویسندگان شش دلیل برای جرم‌انگاری برشمرده‌اند. این دلایل، توجیه‌گر اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری نیز هستند (Jareborg: ۵۲۷). هرچند به شرحی که خواهد آمد، آنها ممکن است همزمان توجیه‌گر جرم‌انگاری نیز باشند.

۱-۲. اصل ارزش کیفری

به موجب این اصل یک رفتار برای اینکه جرم‌انگاری شود باید به اندازه کافی سرزنش‌پذیر باشد. عنصر سرزنش‌پذیری گاه ریشه در آسیب و زیانی دارد که رفتار معین به فرد، افراد یا جامعه همچون کل وارد می‌آورد. در این باره نمی‌توان عنصر ذهنی و حالت روانی مرتکب را از نظر دور داشت. به همین دلیل، بر پایه یک باور همگانی، پیوسته جرایم عمدی از جرایمی که صرفاً ناشی از قصور و تقصیر باشند، بیشتر درخور سرزنشند (Ibid.).

روشن است که قابلیت سرزنش‌پذیری رفتار آن قدر که گاه تصور می‌شود، ضابطه‌مند نیست. بی‌گمان این اصل، معیاری کمی به دست نمی‌دهد تا بتوان با تکیه بر آن تکلیف جرم‌انگاری را یکسره کرد. به ویژه در جوامع چندفرهنگی و متکثر که ارزشهای متنوع‌تری بر آن حاکم است، داوری درباره سرزنش‌پذیری رفتار دشوارتر است. با این حال ابهام این سنجه باعث نمی‌شود تا آن را از معیارهای سودمند در جرم‌انگاری به شمار نیاوریم.

۲-۲. اصل نیاز

جرم‌انگاری تنها در فرض نیاز موجه است (Ibid.). استدلال به عنصر نیاز در وجه منفی آن یعنی ترک جرم‌انگاری به دلیل عدم نیاز به آن بی‌اشکال‌تر است. در مواردی که به جرم‌انگاری نیاز نیست، عنصر نیاز همچون استدلالی راهنما لزوم ترک جرم‌انگاری را پیشنهاد می‌دهد. اما اقدام به جرم‌انگاری به دلیل نیاز چندان معیار روشن و تعیین‌کننده‌ای نیست. آیا رواج یک رفتار ناپسند به خودی خود، جرم‌انگاری را توجیه می‌کند؟ آیا مقصود از نیاز، زیانبار بودن رفتار مورد نظر است؟ اگر چنین است، معیار تعیین ضرر کدام است؟ می‌بینیم که یک بار دیگر همه ابهامهایی که در پذیرش اصل نفی ضرر همچون مبنایی برای جرم‌انگاری با آن روبه‌رو هستیم، در جرم‌انگاری بر مبنای نیاز نیز رخ می‌نماید. با این حال این ابهامها باعث نمی‌شوند که استناد به نیاز همچون مبنایی برای جرم‌انگاری هیچ‌گونه کارایی نداشته باشد.

۲-۳. اصل اعتدال و میانه‌روی

به عنصر اعتدال و میانه‌روی علیه جرم‌انگاری استدلال می‌شود. عنصر اعتدال، الهام‌بخش آن است که با هرگونه عمل ناشایست نباید به طور شدید برخورد کرد. به یک معنا استدلال به اعتدال بیانگر اصل تناسب است که در عدالت کیفری جایگاه والایی دارد. اصل تناسب، گاه معطوف به گذشته است، گاه ناظر به آینده (Ibid.: ۵۲۹). اصل تناسب آن گاه که معطوف به گذشته است، الهام‌بخش رعایت تناسب میان جرم ارتكابی و مجازات است. اصل تناسب معطوف به آینده، یادآور آن است که باید با توجه به انتظاراتی که از اجرای کیفر می‌رود گونه‌ای از کیفر را برگزید که تا جای‌مکان هدف یا اهداف مورد نظر را برآورده سازد (Ibid.). در واقع، اصل تناسب، مجازات شدید را نفی می‌کند؛ ولی اصل اعتدال که ناظر به جرم‌انگاری است، یک بار دیگر همچون اصل نیاز قانون‌گذار را وادار می‌کند که تا مرز امکان در برابر پدیده‌های نابهنجار، بردبار باشد و گزینش شدیدترین راهها را به آخرین مرحله واگذار نماید.

۲-۴. استدلال به ناکارآمدی

جرم‌انگاری در سرشت خود برای رویارویی با پاره‌ای از نابهنجاریها ناکارآمد است. بدین سان، به عنصر ناکارآمدی برای نفی جرم‌انگاری استدلال می‌شود. برخی رفتارها چندان پنهانند که جرم‌انگاری آنها ناممکن است. حتی جزئی‌نگاری ممکن است باعث شود آنها هر چه زیرزمینی شوند. عناصر مادی برخی رفتارها چنان است که هیچ‌گاه قابل اثبات نیستند، یا به دشواری قابل اثباتند (Ibid.: ۵۲۹). در این موارد بر فرض جرم‌انگاری، معمولاً اثبات عناصر جرم ارتكابی برای ذی‌نفع دشوار است. جرم‌انگاری در فضای روابط خانوادگی افزون بر این مشکل، دشواریهای دیگری هم دارد و ممکن است به بنیاد روابطی که اصولاً بر صمیمیت و محرمانگی استوار است، آسیب برساند.

استدلال به ناکارآمدی در جرایم متروک هم کاربرد دارد. اگر جرم‌انگاری با اقبال و پذیرش عمومی روبه‌رو نشود، این نگرانی وجود دارد که قوانین کیفری احترام و اهمیت خود را در دیدگان شهروندان از دست بدهند؛ هرچند قانون‌گذاران، گاه به رغم توجه به این پیامد به دلایل دیگری به جرم‌انگاری تن می‌دهند؛ از جمله اینکه وظیفه قانون‌گذار اعلام ارزشهای مورد حمایت است، حتی اگر بسیاری از مردم به هر دلیل در عمل به آن ارزش یا مصلحت و منفعت احترام نگذارند.

۵-۲. اصل توجه به هزینه‌های جرم‌انگاری

مقصود از هزینه‌های جرم‌انگاری تنها هزینه‌های اقتصادی نیست. هرچند در دیدگاهی که از اوایل دهه ۱۹۶۰ رایج شده است و به نظام عدالت کیفری از منظر اقتصادی هم توجه می‌کند، محاسبه هزینه‌های مالی بسیار مهم است. نگاه اقتصادی به نظام عدالت کیفری ما را نسبت به هزینه‌های جرم‌انگاری حساس می‌کند. امروزه تحلیل اقتصادی حقوق به شاخه‌های گوناگون حقوق از جمله حقوق کیفری و حتی آیین دادرسی کیفری هم سرایت کرده است (کوتر، ۱۳۸۸: ۹). تحلیل اقتصادی حقوق معمولاً ما را در اقدام به جرم‌انگاری محتاط می‌کند. توجه به هزینه‌های جرم‌انگاری در مدل‌های گوناگون جرم‌انگاری، به ویژه روش تصفیه که ششک آن را ابداع نموده است نیز به خوبی مورد توجه قرار گرفته است (Schonscheck, ۱۹۹۴: ۳۰۳).

نتیجه طبیعی توجه به هزینه‌های جرم‌انگاری، معمولاً ترک جرم‌انگاری است. با این حال، به لحاظ نظری عنصر توجه به هزینه‌های جرم‌انگاری می‌تواند هم به نفع جرم‌انگاری و هم علیه آن باشد (Jareborg: ۵۳۰). جایی که رویارویی با یک رفتار از راه‌های دیگری جز جرم‌انگاری سودمندتر باشد، برآورد هزینه جرم‌انگاری ترک جرم‌انگاری را توصیه می‌کند. برعکس گاه ممکن است دیگر راه‌ها پرهزینه‌تر از جرم‌انگاری باشند. هرچند در عمل کمتر اتفاق می‌افتد که هزینه جرم‌انگاری کمتر از دیگر راه‌های رویارویی با رفتار نابهنجار باشد.

۶-۲. اصل توجه به مصالح بزه‌دیده

به طور کلی در جرم‌انگاری یا ترک آن باید به مصالح و منافع کسی که از رفتار نابهنجار زیان می‌بیند، توجه نمود. این رویکرد اخیراً در نگاه‌های ترمیمی به جرم هر چه برجسته‌تر شده است. از یک سو جرم‌انگاری اغلب بار پیگیری و هزینه‌های آن را از دوش زیان‌دیده برمی‌دارد و آن را بر دوش دولت به نمایندگی از جامعه می‌نهد. همزمان گاه مصالح زیان‌دیده ایجاب می‌کند تا هر رفتاری علیه او جرمی عمومی قلمداد نشود (Jareborg: ۵۳۰). به ویژه بزه‌دیدگی، گاه با حیثیت و آبروی افراد ارتباط دارد. افراد گاه مایلند اقدام علیه آنان به صورت عمومی پیگیری نشود. برخی از نویسندگان با تشریح موارد پیش گفته همچون دلایل اصل استفاده کمیته از جرم‌انگاری آنها را به سه اصل فرو کاسته‌اند: اصل ارزش کیفری، اصل سودمندی، و اصل انسانیت و مدارا (Ibid.: ۵۳۱). به نظر می‌رسد توجه به این مفاهیم شش‌گانه هر کدام به گونه‌ای می‌توانند در جرم‌انگاری سودمند باشند. آنها ضمن تشریح جنبه‌ای از اصل مورد بحث، می‌توانند به قانون‌گذار در تصمیم‌گیری درباره جرم‌انگاری یا ترک آن مدد برسانند. به ویژه با توجه به عینی نبودن بسیاری از این عناوین، ضرورتی برای تلخیص و فشرده‌سازی آنها وجود ندارد.

۳. اصول مشابه و اصل کاربرد کمیته حقوق کیفری

اصل مداخله کمیته حقوق کیفری با شمار دیگری از اصول پذیرفته‌شده در حقوق کیفری هم‌پوشانی و ارتباط دارد.

۱-۳. رابطه با اصل تناسب

اصل تناسب گاه معطوف به گذشته است، گاه معطوف به آینده. چنان که گذشت، اصل تناسب ناظر به گذشته، به تناسب میان ارزش کیفری رفتار و شدت مجازات نظر دارد. اگر مجازات پیش‌بینی شده برای رفتار، بیش از حد، شدید؛ یا برعکس، بسیار ملایم باشد، اصل تناسب نقض شده است. اصل تناسب معطوف به آینده هم، به ارتباط میان شیوه‌های

مجازات و اهداف مورد نظر از اجرای کیفر نظر دارد.

اگر دامنه اصل تناسب ناظر به گذشته تا این اندازه توسعه داده شود که بتواند به ما بگوید برخی رفتارها اصولاً شایسته برخورد کیفری نیستند، اصل استفاده کمینه از حقوق کیفری کاملاً به اصل تناسب فرو کاسته خواهد شد. این به معنای آن است که این اصل کارکرد مستقل هنجاری نخواهد داشت. به نظر می‌رسد اصل تناسب به هر دو معنا بیشتر در حوزه سزادهی و تعیین مجازات برای رفتارهای نکوهیده کاربرد دارد. از این رو می‌توان آن را جدا از اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری، دارای کارکرد ویژه قلمداد کرد. با این حال برخی از استادان حقوق کیفری گاه برای توصیه به ترک مجازاتهای شدید چون زندان به اصل استفاده کمینه از حقوق کیفری هم استناد می‌کنند (ر.ک: آنسل، ۱۳۷۵: ۹۵).

۲-۳. رابطه با اصل اعتدال در اجرای کیفر

به موجب اصل اعتدال در اجرای کیفر^۳ مجازات، شری است که تنها در فرض ضرورت باید به آن تن داد. پیش فرض این اصل دقیقاً همان چیزی است که اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری آن را مفروض می‌گیرد. با این حال پیداست که اصل اعتدال در اجرای کیفر بیشتر ناظر به فرایندهای تعیین مجازات است؛ و اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری ناظر به مرحله پیش از آن، یعنی جرم‌انگاری است.

مفهوم اصل میانه‌روی در مجازات حتی پیشنهاد می‌دهد تا در مقام تعیین مجازات از میان بدیل‌های گوناگون، ملایم‌ترین جانشینی که هدف مورد نظر را برآورده می‌سازد، برگزینیم (Fraser, ۲۰۰۵: ۶۸). به موجب این اصل، کیفرهای شدید پرهزینه‌اند و معمولاً به بزهکاران آسیب می‌رسانند. مزایای کنترل جرم که از چنین مجازات‌هایی به دست می‌آید نیز غیر قطعی و اغلب محدود است. بنابراین، مجازات‌های سخت را باید تا مرز امکان به ندرت به کار گرفت (Ibid.: ۷۳). حتی برخی نویسندگان، اصل اعتدال در کیفر را دارای جنبه سودانگاران و انسانی دانسته‌اند (Ibid.: ۷۸). در این تقریر محتوای اصل به عنصر هزینه و مدارا که از جمله دلایل اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری است، نزدیک می‌شوند. اصل اعتدال در کیفر عمدتاً توسط فیلسوفان سودانگار عنوان شده و پیشینه آن به سزار بکاریا و جرمی بنتام باز می‌گردد. این اصل در نسخه اولیه قانون مجازات نمونه آمریکا و بازبینی‌های بعدی آن تقویت شده است (Ibid.).

۳-۳. رابطه با اصل فرعی بودن حقوق کیفری

چنان که گذشت اصل فرعی بودن حقوق کیفری بیانگر آن است که در رویارویی با نابهنجاریهای اجتماعی نباید به جرم‌انگاری بهای زیادی داد. به این لحاظ این اصل با اصل استفاده کمینه از حقوق کیفری پیوند روشنی دارد. با این حال، مضمون اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری به ویژه جنبه منفی آنکه جرم‌انگاری را نفی می‌کند، گویاتر و روشن‌تر است. مفهوم فرعی بودن به مراتب ملایم‌تر و در عین حال غیر شفاف‌تر از اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری است.

۴-۳. رابطه با ویژگی چندپارگی حقوق کیفری

چندپارگی، عدم برخورداری از یک پارچگی و تعمیم، از ویژگی‌های اساسی حقوق کیفری است. این بدان معناست که جرم‌انگاری نسبت به مقوله‌های گوناگون به طور یک دست و یک پارچه صورت نمی‌گیرد. برای نمونه نمی‌توان در مقام

^۳. The Principle of Parsimony.

جرم‌انگاری در حوزه امنیت یا اموال هرگونه اقدام علیه امنیت یا اموال را جرم قلمداد کرد، بلکه قانون‌گذار باید مصادیق رفتارها را در هر یک از این دو حوزه به تفصیل بررسی نماید و رعایت معیارهای جرم‌انگاری به طور موردی درباره هر یک از آنها تصمیم بگیرد.

می‌بینیم که این دو اصل، به رغم پیوندی که با یکدیگر دارند، همانند نیستند. می‌توان گفت رعایت ویژگی چندپارگی حقوق کیفری به ویژه وجه ایجابی آن، بیشتر ناظر به تصمیم نهایی و عملی برای جرم‌انگاری است؛ در حالی که اصل کاربرد کمیته حقوق کیفری نسبت به خصلت چندپارگی حقوق کیفری اعتبار پیشینی دارد. در واقع، چون فرض بر آن است که جرم‌انگاری آخرین چاره است، در مقام عمل تلاش می‌شود تا نسبت به هر مورد از جرم‌انگاری محاسبه و برآوردهای کافی صورت گیرد.

۳-۵. رابطه با اصل برائت

محتوای اصل کاربرد کمیته حقوق کیفری با اصل برائت هم بی‌ارتباط نیست؛ اگر محتوای اصل برائت صرفاً به کار بستن اماره بی‌گناهی در فرض شک فرو کاسته نشود، با اصل مداخله کمیته حقوق کیفری هم پوشانی خواهد داشت. اصل برائت در معنای موسع آن اصولاً از آزادی شهروندان دفاع می‌کند؛ بدین سان، هر گاه تردید داشته باشیم که آیا مجازیم آزادی شهروندان را در قالب جرم‌انگاری محدود نماییم، اصل بر آزادی خواهد بود؛ نتیجه چیزی نیست جز ترک جرم‌انگاری.

۴. جایگاه اصل کاربرد کمیته حقوق کیفری

محتوای اصل کاربرد کمیته حقوق کیفری، بیش از آنکه یک قاعده حقوقی باشد، از اصول اخلاق قانون‌گذاری است. مقصود، چنان اصل اخلاقی است که حتی اگر در متن قوانین لازم‌الاجرا به لزوم رعایت آن تصریح نشده باشد، قانون‌گذار چاره‌ای جز مراعات آن ندارد. در واقع چون اصل بر آزادی است، وضع هر محدودیتی به دلایل موجهه نیاز دارد. بدین سان همه ادله عقلانی و اخلاقی که از آزادی دفاع می‌کنند و محدود نمودن آن را به دلایل کافی نیازمند می‌دانند، پشتوانه اصل کاربرد کمیته حقوق کیفری خواهند بود. با آنکه در یک ساختار مردم‌سالار مردم به نمایندگان خود اختیار می‌دهند تا در چارچوبی معقول و با رعایت منافع و مصالح عموم، محدودیتهایی را وضع کنند، این اختیار مطلق نیست. این از بدیهیات اخلاق قانون‌گذاری است، حتی اگر بدان تصریح یا اشاره نشده باشد. پس واگذاری قانون‌گذاری به نمایندگان مردم توسط قانون اساسی (از جمله در اصل هفتاد و یکم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران) هرگز نباید به اختیار مجلسهای قانون‌گذاری در جواز جرم‌انگاریهای ناموجه تفسیر و تعبیر شود. جرم‌انگاری در هر حال، تابع اصول اخلاقی و عقلانی فراقانونی است و هیچ فرد یا نهادی نمی‌تواند از این اصول تعدی نماید. در اینکه اصول اخلاقی می‌تواند چنین الزاماتی را بر قانون‌گذاران وضع کند، تردید نباید کرد. به ویژه اینکه چنین اصولی همزمان عقلانی هم هستند. این الزام خواه از وجه عقلانی آنها تراوش کند، یا وجه اخلاقی آنها، یا آنکه یکی از این دو وجه را به دیگری بازگردانیم، یا به تأثیر همزمان و مجزای وجه عقلانی و اخلاقی معتقد باشیم، در هر حال در اصل الزام‌آوری تفاوتی نخواهد داشت.

با این حال مضمون اصل کاربرد کمیته حقوق کیفری در پاره‌ای از اسناد و مقررات انعکاس یافته است. به حکم ماده ۸ اعلامیه فرانسوی حقوق بشر و شهروند ۱۷۸۹، قانون تنها برای مواردی که دقیقاً و کاملاً ضروری باشد مجازات برقرار

می‌کند.^۴ عبارت «کاملاً ضروری» در این ماده به خوبی گواهی می‌دهد که تدوین کنندگان اعلامیه نسبت به تحدید آزادیهای شهروندان در قالب جرم‌انگاری حساس بوده‌اند.

در اسناد هشتمین کنفرانس سازمان ملل برای پیشگیری از جرم و رفتار اصلاحی با مجرمان در زمینه کاربرد قوانین جزایی و تهیه خط‌مشیهای تعیین مجازات تأکید شده است که: مراحل و فرایندهای حقوق جزایی و عدالت جزایی باید آخرین وسیله جهت رویارویی با مسئله تخلف در جامعه محسوب شود (امیراجمند، ۱۳۸۱: ۴۴۴/۱). در بند ۱۴ توصیه‌های هشتمین کنفرانس سازمان ملل برای پیشگیری از جرم و رفتار اصلاحی با مجرمان هم آمده است که: «با توجه به نقش مهم پیشگیری از جرایم، نظام عدالت جزایی باید بر اساس یک روش منطقی گسترش یابد و رویه‌ها و قوانین جزایی به صورت انسانی درآیند و روشهای محکوم کردن و راه‌حلهای جانشین محکومیت در چارچوب کلی عدالت اجتماعی و تمایلات جامعه مدّ نظر قرار گیرند» (همان: ۳۱۷).

۵. چالشهای اصل کاربرد کمیته حقوق کیفری

درباره اصل کاربرد کمیته حقوق کیفری تردیدهایی هم وجود دارد. گاه در پیش‌فرضها و مبانی آن تردید می‌شود. در واقع یک تفسیر پیشگیرانه از اصل کاربرد کمیته حقوق کیفری وجود دارد. بر اساس این تفسیر، حقوق کیفری باید تنها به عنوان آخرین چاره برای پیشگیری از رفتارهای خاصی به کار گرفته شود (Husak: ۵۳۶). به این تفسیر از اصل، از دو جنبه ایراد شده است: نخست از آن رو که کارکرد حقوق کیفری تنها پیشگیرانه نیست. بسیاری از نظریه پردازان حقوق کیفری معتقدند که حقوق کیفری به جز پیشگیری، کارکردهای دیگری هم دارد. برای نمونه فینبرگ^۶ اصرار می‌ورزد که حقوق کیفری کارکرد بیانی - توصیفی^۷ هم دارد (Ibid.: ۵۳۷). نظریه‌های بیانی با تلقی پیشگیرانه از حقوق کیفری همچون آخرین چاره سازگار نیستند؛ زیرا این خوانش از اصل بیانگر آن است که جایگزینهای غیر کیفری زمانی باید به کار گرفته شوند که برای جلوگیری از یک رفتار معین به اندازه مجازات یا بهتر از آن مناسب باشند (Ibid.). هرگاه معتقد باشیم که حقوق کیفری، هم کارکرد پیشگیرانه دارد و هم کارکرد توصیفی و بیانی، باید تفسیر جدیدی از اصل کاربرد کمیته حقوق کیفری به دست دهیم؛ زیرا دیگر شیوه‌های کنترل اجتماعی ممکن است زمینه کاهش پدیده‌های مجرمانه بهتر عمل کنند؛ اما آنها ممکن است نتوانند دستیابی به هدف جایگزین ناپذیر ضمانت اجرای کیفری یعنی اظهار سرزنش^۸ را برآورده سازند. در واقع برای تصمیم‌گیری درباره اینکه آیا بدیل‌های حقوق کیفری به اندازه حقوق کیفری کارآمدند، باید نه تنها کارایی آنها را در زمینه پیشگیری از جرم که کارآمدی آنها به عنوان بیان و توصیف را هم ارزیابی کنیم (Ibid.).

ایراد دوم بااهمیت عملی اصل کاربرد کمیته حقوق کیفری برمیگردد (Ibid.: ۵۳۹). روشهای غیر کیفری - برای نمونه، آموزش دفاع مشروع به قربانیان بالقوه - همیشه می‌توانند همچون مکمل حقوق کیفری قلمداد شوند و نه جایگزین آن. حقوق کیفری اغلب همزمان با دیگر فرایندهای کنترل اجتماعی کار می‌کند (ibid.: ۵۴۰). در بیشتر موارد، این کاربست

^۴. Article VIII - La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires....

^۵. Preventive Interpretation.

^۶. Joel Feinberg.

^۷. Expressive Function.

^۸. Censure.

همزمان راهبردهای کیفری و غیر کیفری است که می‌تواند رفتار مورد نظر را کاهش دهد، نه یکی از آن دو به تنهایی؛ حال آنکه در بسیاری از استدلال‌هایی که به نفع اصل استفاده کمینه از حقوق کیفری می‌شود، ابزارهای غیر کیفری جانشین مجازات قلمداد می‌شوند و نه مکمل آن.

چالش دیگر به کارآمدی اصل در پیشگیری از تورم کیفری باز می‌گردد. شک نیست که نتیجه فقدان نظریه ای که دامنه حقوق کیفری را محدود کند، تورم کیفری خواهد بود (Ibid.). تورم کیفری از دل مشغولیه‌های بزرگ فیلسوفان حقوق کیفری است. حتی آنان که صریحاً درباره اصل جرم‌انگاری همچون آخرین چاره بحث نمی‌کنند، به دلیل نگرانی از تورم کیفری بر رویکرد کمینه‌گرایی در کاربرد حقوق کیفری تأکید می‌کنند. برای نمونه، آشورث^۹ اصل جرم‌انگاری کمینه^{۱۰} را اولین اصلی برمی‌شمارد که دامنه حقوق کیفری را محدود می‌نماید (Ashworth: ۱۹۹۰: ۶۷-۶۸). با توجه به اینکه عناوین و مفاهیمی که توجیه‌گر اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری هستند گاه مبهمند و گاه حتی به وجهی جرم‌انگاری را توصیه می‌کنند، در کارآمدی این اصل برای پیشگیری از تورم کیفری تردید می‌شود. این ایراد درست به نظر نمی‌رسد. این واقعیت آشکار را انکار نمی‌توان کرد که مضمون کلی اصل، یادآور فاصله‌گیری از جرم‌انگاری و در نتیجه دور شدن از تورم کیفری است. به علاوه، ایراد اخیر بیشتر عملی است تا نظری. در واقع، اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری نمی‌تواند همچون سنج‌های روشن و بی‌ابهام ابزار مهار تورم کیفری باشد. ولی شک نباید کرد که این اصل در این باره الهام‌بخش و متضمن یک راهنمایی کلی است. عناصر و دلایلی که بنیادهای اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری را تشکیل می‌دهند بیشتر مفاهیم انتزاعی‌اند تا عینی؛ اما این امر از اعتبار و اتقان اصل نمی‌کاهد. به ویژه ملاحظه دقیق همه عناصری که پشتوانه این اصل هستند، می‌تواند تصمیم‌گیری درباره جرم‌انگاری را آسان سازد.

حتی در مورد ایراد نخست، یعنی ویژگی سرزنش‌کنندگی حقوق کیفری هم دلایل استواری نداریم که سرزنش کیفری را باید برای انواع تخلفها و نابهنجاریها به کار گرفت. آری شک نیست که حقوق کیفری بیانگر انتظارات هنجارین از شهروندان است. این امر ایجاب می‌کند که پاره‌ای از رفتارهای نابهنجار در هر حال جرم‌انگاری شود. به علاوه اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری به هیچ‌رو ما را از بهره‌گیری معقول از وجه سرزنش‌گری حقوق کیفری در موارد مقتضی منع نمی‌کند؛ بلکه ما را محتاط می‌کند تا بی‌پروا و در همه موارد به دنبال ضمانت اجرای کیفری نباشیم. این، آموزه‌ای ارزشمند است. برابر شواهد تجربی انکارناپذیر استفاده بی‌رویه از وجه سرزنش‌گری حقوق کیفری اتفاقاً همین ویژگی را از ضمانت اجرای کیفری می‌ستاند. وقتی همه چیز یا بیشتر چیزها جرم باشند، جرم‌های بزرگ هم دیگر چندان زشت نیستند. پس تلاش برای استفاده کمینه از ضمانت اجرای کیفری جنبه سرزنش‌گری حقوق کیفری را هر چه بیشتر حفظ می‌کند.

در مجموع هم به لحاظ نظری و هم به لحاظ کارآمدی، اصل استفاده کمینه از جرم‌انگاری مناسب و پذیرفتنی به نظر می‌رسد.

^۹. Andrew Ashworth.

^{۱۰}. The Principle of Minimum Criminalization.

۶. آموزه‌های اسلامی همسو با اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری

استفاده کمینه از حقوق کیفری همچون اصلی مستقل مورد بحث و گفت‌وگوی فقیهان قرار نگرفته است. با این حال برخی از مبانی و اصول اسلامی تا اندازه زیادی با مضمون این اصل هم‌نواست. بلکه استدلال در برخی مسائل مربوط به موضوع نشان می‌دهد که این اصل نزد آنان مسلم و مفروض بوده است. در ادامه به بررسی این مبانی و اصول می‌پردازیم.

۱-۶. اصل برائت

اصل برائت، حالت اولیه را آزادی و رهایی از تکلیف فرض می‌کند. اصل برائت به این معنا با فرض برائت یا اماره بی‌گناهی متفاوت است. اصل برائت که سخت مورد تأکید دانشمندان علم اصول فقه است، بر رهایی از تکلیف تأکید می‌کند. اجرای مفاد این اصل در قلمرو جرم‌انگاری به معنای آن است که وضع هرگونه تکلیف الزامی به ویژه تکالیفی که نقض آنها مستوجب جرم و در نتیجه، مجازات باشد، برخلاف اصل برائت است؛ جز اینکه دلایل و مقتضیات کافی برای وضع چنین تکلیفی موجود باشد. در آرای فقها استناد به اصل برائت برای نفی تعزیر در فرض شک در لزوم تعزیر، رایج است (طوسی، ۱۴۲۰: ۲۲۰/۵).

۲-۶. قاعده سلطه

اصل سلطه و آزادی انسانها بر جان و تن و مال خویش از قواعد مهم فقه اسلامی است. این به دلیل آن است که همه انسانها آزاد و مستقل آفریده شده‌اند (منتظری، ۱۴۰۹: ۲۷/۱). اصل عدم ولایت و عدم سلطه کسی بر دیگری نیز از مبانی و قواعد مسلم فقهی است (نراقی، ۱۳۷۵: ۱۸۶). در واقع، اصل دوم از اصل اولی استنتاج می‌شود^{۱۱} (آل بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۱۴۴/۳). مفاد این دو اصل و قاعده را هرگز نباید به حوزه اموال یا امور شخصی محدود نمود. آنها از قواعد مهم اسلامی ناظر به حوزه سیاست، حقوق عمومی و امور عمومی هستند. در اسلام به موجب این دو اصل، اعمال هرگونه سلطه بر دیگران نیازمند به دلیل کافی است. این دو اصل بیانگر آن است که تحدید آزادیهای مردم به هر شیوه‌ای از جمله در قالب جرم‌انگاری، امری خلاف اصل است که تنها در صورت وجود دلایل و مقتضیات کافی می‌توان به آن تن داد. به ویژه اینکه اعمال هرگونه مجازات که نتیجه طبیعی جرم‌انگاری است نیز خود نوعی اعمال سلطه و ولایت است.

۳-۶. اهتمام اسلام به اخلاق

هدف نهایی تعلیمات اسلامی، ساختن انسانهایی پاک و برخوردار از انگیزه‌های خیر است. پیداست که آنچه با دستیابی به این مقصود سازگار است، تکیه بر شیوهایی چون تربیت و آموزش است، نه ابزارهای کنترل بیرونی از جمله جرم‌انگاری. بنابراین اهتمام اسلام به حفظ نظام معنوی با تعزیر و مجازات برای هر عمل حرامی ملازمه ندارد.

درست است که جرم‌انگاری هم در یک چارچوب محدود و معقول می‌تواند بیانگر انتظارات هنجارین از شهروندان باشد، یا به عبارتی دیگر، ارزشهای مورد حمایت جامعه را نشان دهد؛ اما اسلام در آموزش ارزشها و اعلام آنها، بر جرم‌انگاری تأکید نمی‌کند. اسلام در فراخواندن مردم به خیر و فضیلت‌های اخلاقی و مدنی، بر دعوت عملی و پیام‌رسانی تأکید می‌کند. مبنای دعوت به سوی خداوند، حکمت، موعظه و جدال به نیکوترین روش است (نحل / ۱۲۵). این یک

^{۱۱} ولا ريب في أن مقتضى الأصل الأوّلي عدم الولايي بجميع معانيها لأحد على أحد؛ لأنها سلطى حادثى والأصل عدمها ولأنها تقتضى أحكاماً توقيفياً والأصل عدمها.

دعوت عمومی است که جامعه مدنی و افکار عمومی در آن سهم مهمی دارد. پیدایش چنان افکار عمومی که به راستی با کژی و بدی سر سازگاری نداشته باشد، بیش از آنکه مرهون جرم‌انگاری و سزاگرایی باشد، در گرو آموزش و تربیت است. از این رو، با همه تأکیدی که بر اخلاق و خیر عمومی می‌شود، استفاده از زور و ضرب و جرح در امر به معروف و نهی از منکر تنها در شرایط نادر و استثنایی جایز است.

بر پایه همین تلقی، برخی از فقها در مقام بیان شرایط و چند و چون تعزیر، یادآور شده‌اند که هرگاه بتوان رفتار نامطلوب را با اندرز و موعظه یا اقدامی دیگر، از میان برداشت، کیفر نمودن روا نیست؛ مثلاً قاضی ابن براج می‌گوید: تعزیر در مواردی است که شخص مرتکب، قوی باشد و تنها با تعزیر متنبه شود (طرابلسی، ۱۴۰۶: ۵۹۶/۲). صاحب ریاض هم گفته است: وجوب تعزیر در جایی است که مرتکب با نهی و سرزنش و مانند آن از ارتکاب ناروا دست بردارد، در غیر این صورت، دلیل مطلق بر وجوب تعزیر وجود ندارد (طباطبایی، ۱۴۰۴: ۴۸۳/۲). برابر موازین، این مطلب کاملاً منطقی است؛ کسانی که به این مطلب تصریح نکرده‌اند نیز علی‌القاعده بر همین باورند؛ زیرا وقتی مقصود با اقدام ملایم‌تر و آسان‌تر حاصل می‌شود، دلیلی ندارد به سراغ امر سخت و دشوار برویم.

با توجه به اینکه وعظ و اندرز مصداق کیفر نیست، معنای این گفته آن است که تنها در فرضی که ضرورت ایجاب نماید، می‌توان به سراغ کیفر رفت. درست است که پرهیز از کیفرگرایی با ترک جرم‌انگاری کاملاً ملازمه ندارد؛ زیرا ممکن است قانون‌گذار رفتاری را جرم قلمداد کند، اما با پیش بینی فرایندهای گوناگون از کیفرگرایی پرهیزد، اما رویکردهایی که بر کیفر تأکید نمی‌کنند، معمولاً بر جرم‌انگاری هم اصرار نمی‌ورزند.

۴-۶. اهتمام اسلام به اصل عدالت

همه آموزه‌هایی که بر عدالت به معنای گسترده آن تأکید می‌کنند، گرچه مستقیماً ناظر به بیان اصل استفاده کمینه از حقوق کیفری نیستند، بیانگر آنند که جرم‌انگاری باید در چارچوب متعادل و معینی باشد. زیرا مقتضای پایبندی به اصل عدالت آن است که سهم بخشهای گوناگون جامعه از منابعی که اصولاً محدود است، عادلانه باشد. با توجه به هزینه‌های پیدا و پنهان جرم‌انگاری، مقابله با همه ناهنجاریها در قالب جزنگاری و سزادهی، مستلزم کاستن از سهم دیگر بخشها و افزودن به سهم نظام عدالت کیفری است. این خود نقض اصل عدالت و اعتدال است. عقل و شرع آشکارا بر نادرستی این رویکرد گواهی می‌دهند. بدین سان آموزه‌های اسلامی ناظر به اصل عدالت، به گونه‌ای بیانگر محدودیتهایی است که فراروی جرم‌انگاری وجود دارد. اگر مجموعه‌ای از آموزه‌هایی را که در کنار عدالت بر رحمت، تسهیل و مدارا تأکید می‌کنند هم در نظر بگیریم، اعتبار اصل استفاده کمینه از کیفر هر چه بیشتر روشن می‌شود. چه برداشت از عدالت در مفهوم اسلامی آن نمی‌تواند به اصل بنیادین رحمت بی‌توجه باشد.

۵-۶. لزوم رعایت اصل مصلحت در جرم‌انگاری

برابر مبانی فقهی، پیش‌بینی تعزیر برای گناهان و تخلفات به عنصر مصلحت نیز بستگی دارد. گفته‌ها و آرای بسیاری از فقیهان بر این مطلب گواهی می‌دهد؛ مثلاً شیخ طوسی گفته است: «تعزیر موقوف به امام است و اجرای آن بر وی واجب نیست. پس اگر تعزیر را به مصلحت بدانند، انجام می‌دهد و اگر ترک آن را مصلحت بدانند، از تعزیر خودداری می‌کند؛ خواه امام معتقد باشد که جز تعزیر راه دیگری برای فاعل مرتکب، بازدارنده نیست؛ یا معتقد باشد که مرتکب با راهی دیگر جز تعزیر هم از ارتکاب عمل دست برمی‌دارد. اما برخی گفته‌اند: اگر مرتکب از راه دیگری جز تعزیر از ارتکاب

عمل دست برمی‌دارد، امام در تعزیر و ترک آن مخیر است؛ اما اگر مرتکب تنها با ارتکاب تعزیر از ارتکاب عمل دست برمی‌دارد لازم است امام وی را تعزیر نماید و این نظر با اصل احتیاط سازگارتر است»^{۱۲} (طوسی، ۱۳۵۱: ۶۹/۸). شهید اول هم تصریح کرده است که: تعزیر بیش از آنکه دایره مدار «گناه» باشد، تابع «مصلحت» است (مکی عاملی، بی‌تا: ۱۴۴/۲). حتی درباره عبارت فقیهانی که تعبیر و جوب تعزیر را به کار می‌برند و صریحاً به عنصر مصلحت نمی‌پردازند، نمی‌توان گفت آنان مطلقاً معتقد به وجوب شرعی تعزیر برای همه گناهانند؛ زیرا در بسیاری از این گونه عبارتها مقصود از وجوب، اصل ثبوت و جواز تعزیر است که با مقید بودن آن به مصلحت منافات ندارد؛ به ویژه اینکه آنان معمولاً به گستردگی اختیارات امام و حاکم در اجرای مجازاتها معتقدند.

لزوم رعایت عنصر مصلحت در جرم‌انگاری به معنای آن است که باید با تکیه بر خرد جمعی و بهره‌گیری از نظر کارشناسان حوزه‌های گوناگون، همه‌لوازم و آثار جرم‌انگاری را تا مرز امکان در نظر گرفت. بی‌گمان رعایت مصلحت، چارچوبها و محدودیتهای گوناگونی را فراروی جرم‌انگاری می‌نهد. درست است که دخالت عنصر مصلحت در جرم‌انگاری ممکن است سبب شود تا دامنه جرایم از آنچه اصطلاحاً گناه نامیده می‌شود فراتر رود، اما این امر همزمان به معنای آن است که در جرم‌انگاری می‌توان و باید مصالحی چون شدت و اهمیت عمل ارتكابی و درجه آسیب عمل به جامعه را هم مورد توجه قرار داد. اختلاف نظر فقهی درباره اینکه آیا تعزیر به هر گناهی تعلق می‌گیرد یا خصوص گناهان کبیره، ناشی از همین نگرش به مسئله است. برخی فقیهان بر پایه همین رویکرد کمینه‌گرا بر آنند که تعیین مجازات برای گناهان صغیره جایز نیست (خوانساری، ۱۳۶۴: ۱۱۸/۷).

به همین ترتیب، مقتضای رعایت عنصر مصلحت آن است که مسئله تورم کیفری را همچون مفسده‌ای مورد توجه قرار دهیم. جرم قلمداد کردن همه گناهان و کژیها به پدیده تورم کیفری می‌انجامد که از جنبه‌های گوناگون زیانبار است. تورم کیفری از جمله به طور طبیعی از اهمیت مقررات ناظر به جرم‌انگاری خواهد کاست. وقتی همه چیز یا بسیاری از امور جرم باشند، جرم و به دنبال آن مجازات، در ذهن و باور تابعان قانون امری عادی یا شبه عادی می‌شود. مطمئناً شارع مقدس اسلام راضی نیست پدیده گناه و جرم، امری عادی قلمداد شود یا از قبح آنها کاسته شود. همچنین با توجه به اینکه گاه مصلحت بزه‌دیدگان و حفظ حرمت، کرامت و خلوت آنان، بزه‌پوشی را ایجاب می‌کند، معقول نیست که هر گناه و تخلفی بدون رعایت این نکته، الزاماً جرم باشد و از سوی مقامات عمومی قابل تعقیب و مجازات تلقی شود. شارع مقدس اسلام در کنار توجه به کیفر دادن افراد خطرناک، پیوسته بر حفظ حرمت و عرض و آبروی افراد هم تأکید نموده است. از همین رو در فقه همچون دیگر نظامهای حقوقی همواره جرایمی وجود دارد که پیگیری قضایی آنها تنها با شکایت شاکی خصوصی امکان‌پذیر است. بلکه تحقیق و تفحص از پاره‌ای جرایم مانند جرایم جنسی همراه با رضایت، بدون درخواست شاکی خصوصی خود گناه است. از این منظر نیز می‌توان گفت هر گناه و تخلفی ضرورتاً با رسیدگی و در نتیجه مجازات، ملازمه ندارد.

بدین سان لحاظ عنصر مصلحت در جرم‌انگاری لزوماً با اصل کاربست کمینه حقوق کیفری معادل نیست، اما رعایت مصالح گوناگون در جرم‌انگاری عملاً دامنه جرم‌انگاری را محدود می‌کند. پیداست که وقتی از مصلحت بدین معنا سخن می‌گوییم، مقصود مصلحت واقعی جامعه و مردم است؛ نه مصلحت‌اندیشیهایی که حکومتها به منظور گسترند

^{۱۲} التعزیر موكول إلى الإمام لا يجب عليه ذلك فإن رأى التعزیر فعل وإن رأى تركه فعل سواء كان عنده أنه لا يردعه غير التعزیر أو كان يرتدع بغیر تعزیر وقال بعضهم: متى كان عنده أنه يرتدع فهو بالخيار بين إقامته وتركه وإن كان عنده أنه لا يردعه إلا التعزیر فعليه التعزیر وهو الأحوط.

دامنه قدرت خود به آنها دست می‌آویزند. چنین مصلحت‌اندیشیهایی - که معمولاً از نظریات کارشناسانه هم بی‌بهره است - البته ممکن است با جرم‌انگاری مباحات، دامنه حقوق و آزادیهای شهروندان را محدود سازد.

با این حال، عبارت فقهی: «التعزیر لکل عمل محرّم» که در ظاهر، تعزیر را برای هر عمل حرامی تجویز می‌کند، موجب پیدایش این سوء تفاهم شده است که همه «محرّمات» لزوماً زیر عنوان «جرم» قرار می‌گیرند. حال آنکه ملاحظه مباحثی که فقیهان ذیل این عنوان آورده‌اند گواهی می‌دهد که مقصود آن نیست که هر گناهی لزوماً جرم به معنای حقوقی آن است. چنان که محقق خوانساری گفته است نص صریحی وجود ندارد که هر گناهی را مستوجب تعزیر بدانند؛ نهایت اینکه شماری از فقها این مطلب را از برخی نصوص که برای پاره‌ای از جرایم و گناهان تعزیر پیش‌بینی شده است، استنباط کرده‌اند (خوانساری، ۱۳۶۴: ۱۱۴/۷). می‌توان بر این برداشت ایراد نمود که از اینکه برای پاره‌ای از گناهان، کیفر معین یا نامعین پیش‌بینی شده است، نمی‌توان نتیجه قطعی گرفت که شارع اسلام ارتکاب هر گناهی را مستوجب کیفر دنیوی می‌داند. این استقرای ناقص نه مفید علم است، نه ظن معتبر. به ویژه اینکه طبع گناهان مختلف است و برخی از آنها متضمن ایراد صدمه و زیان مستقیم به دیگری یا جامعه نیستند.

مقصود از عبارت یادشده در اغلب نوشته‌های فقهی این نیست که هر عمل حرامی لزوماً جرم و در نتیجه مستوجب تعزیر است. این عبارت در مقام بیان این نکته است که محرماتی که مجازات معین (حد) برای آنها تعیین نشده، توانند مستوجب تعزیر باشد؛ به سخنی دیگر این عبارت در مقام بیان اقتضاست؛ یعنی عمل حرام، اقتضای پیش‌بیکهفر را دارد؛ اما این به معنای حتمیت ترتب کیفر بر هر عمل حرامی نیست.

در برخی احادیث نیز آمده است که: «خداوند برای هر چیز حدی قرار داده و برای کسی که از آن حد تعدی نماید نیز حدی قرار داده است»^{۱۳} (حرّ عاملی، ۱۴۰۱: ۳۰۹/۱۸). این عبارت نیز هرگز به معنای آن نیست که خداوند برای هر تخلفی، کیفری در نظر گرفته است؛ زیرا حد در همه جا به معنای کیفر معین (حد) یا معنای عام کیفر که حد و تعزیر را در بر می‌گیرد، نیست. عبارت پیش‌گفته از جمله در ذیل صحیحۀ داود پسر فرقد ذکر شده است. مقصود پیامبر ﷺ از این سخن آن است که به سعد پسر عبادۀ و در واقع به همه مسلمانان بیاموزد که هر قانونی قیود و شرایط خود را دارد که نباید از آن تعدی کرد. اگر زنا حرام است و برای آن مجازات پیش‌بینی شده، اثبات زنا هم شرایط و حدودی دارد؛ پیامبر ﷺ به سعد آموزش می‌دهد که با آنکه زنا، جرم و مستوجب کیفر است، اگر تو بدون وجود چهار شاهد - آن‌گونه که در اثبات جرم زنا نیاز است - همسرت را به جرم ارتکاب زنا به قتل برسانی، در واقع با نادیده گرفتن اصل قضامندی مجازاتها، از حد و قانون تجاوز کرده‌ای.

اگر هر دو واژه «حد» را که در این حدیث ذکر شده به مجازات - به معنای کلی آن که هم حد و هم تعزیر را در بر می‌گیرد - تعبیر و تفسیر کنیم، عبارت کاملاً بی‌معنا خواهد بود؛ زیرا در این صورت معنای حدیث آن است که خداوند برای هر چیز مجازاتی قرار داده است و برای کسی که از آن مجازات تعدی نماید نیز مجازات پیش‌بینی کرده است؛ این معنا آشکارا نادرست است؛ زیرا معنا نمی‌دهد که خداوند برای هر چیز مجازاتی جعل کرده باشد. اگر نخستین «حد» را به معنای مرز، چارچوب و اندازه بگیریم و حد دوم را به مجازات تفسیر و تعبیر کنیم حدیث باز هم بیانگر معنایی است که کاملاً نادرست است؛ زیرا در این صورت کلیت و عمومی که در حدیث مورد تأکید قرار گرفته، راست نمی‌آید. این یک حکم فقهی بدیهی است که تعدی از همه حدود و ثغور لزوماً مستلزم کیفر نیست. به تصریح قرآن کریم از

^{۱۳} . إن الله جعل لكلّ شیء حدّاً ولمن تعدّى ذلك الحدّ حدّاً.

حدود الهی یکی این است که ابتدای زمان روزطلوع فجر و پایان آن، شبانگاه (مغرب شرعی) است (بقره/۱۸۷). حال اگر فرد مکلفی خارج از این چارچوب عمل کند، معصیت نموده است؛ روزه او باطل است و حتی در شرایطی باید کفاره بدهد؛ اما این عمل به خودی خود و جدا از لحاظ عناوین ثانویه، جرم و مستوجب کیفر به معنای مجازات دنیوی نیست. پس عبارت مورد بحث اصولاً در مقام بیان پیش‌بینی مجازات برای تجاوز از هرگونه حدی نیست. هم از این رو عنوانی که شیخ حر عاملی برای بابی که روایت داود پسر فرقد و چند روایت دیگر را در آن گنجانیده، برگزیده است، مناسب به نظر نمی‌رسد. عنوان انتخابی او این است: بابی درباره‌ی اینکه هر کس با شرع مخالفت کند، یا حد بر او است یا تعزیر^۴ (حرّ عاملی، ۱۴۰۱: ۳۰۹/۱۸). پیداست که ارتکاب هر خلاف شرعی، مستوجب کیفر خواه حد یا تعزیر نیست. ضمن اینکه عبارت پیش‌گفته در حدیث هم هرگز بر چنین معنایی دلالت نمی‌کند؛ بلکه بیانگر آن است که هرگونه تجاوز از حد، خود حد و قانونی دارد.

بدین سان هیچ آموزه‌ی دینی به ما توصیه نمی‌کند تا با هر اقدام نابهنجاری لزوماً در قالب جرم‌انگاری و مجازات رویارویی نماییم؛ بلکه با تکیه بر مجموع دلایل پیش‌گفته می‌توان گفت اصل استفاده‌ی کمینه از جرم‌انگاری و مجازات با دیدگاه اسلامی سازگار است. هرچند در اسلام، اعلام پاره‌ای از تعدیات و اعمال ناروا زیر عنوان جرم لزوماً از ملاحظات سودانگاران یا عمل‌گرایانه آن گونه که در برخی دیدگاه‌های سکولار مطرح است، پیروی نمی‌کند. بنابراین جرم‌انگاری با لحاظ مبانی اسلامی لزوماً با پدیده‌ی تورم کیفری همراه نمی‌شود.

نتیجه‌گیری

اصل کاربرد کمینه‌ی حقوق کیفری آن قدر از مستندات عقلانی، اخلاقی و حتی اسلایمی‌خوردار است که قانون‌گذار ملزم باشد در مقام جرم‌انگاری آن را راهنمای خویش قرار دهد. انتزاعی بودن مضمون اصل و پاره‌ای از بنیادها و مستندات آن تنها سبب می‌شود تا در کاربست اصل هر چه بیشتر دقت کنیم. این دشواری هرگز از درستی محتوا و اعتبار و اهمیت آن نمی‌کاهد. به شرحی که گذشت با آنکه در فقه جزایی اسلام این اصل زیر عنوان اصل یا قاعده‌ی خاصی بررسی نشده است، مجموعه‌ی قابل توجهی از مفاهیم و اصول اسلامی محتوا و مضمون آن را تأیید می‌کنند. کاربست درست این اصل می‌تواند در تضمین آزادیهای مردم، پیشگیری از تورم کیفری و قضایی و حتی ساختن جامعه‌ای واقعاً اخلاقی سودمند باشد؛ چه به همه‌ی هنجارهای اخلاقی نمی‌توان صورت قانونی - آن هم قانون جزایی - داد. در این صورت گام نخست این اخلاق است که آسیب می‌بیند؛ زیرا اگر همه‌ی اخلاقیات صورت قانونی به خود بگیرد، اراده‌ی آزاد و انتخاب آگاهانه در گزینش خوبیها آسیب می‌بیند. بی‌توجهی به اصل مورد بحث، نظام عدالت کیفری را هم ناکارآمد و بی‌اهمیت می‌سازد؛ وقتی همه چیز جرم می‌شود، حتی جرایم جدی و سخت هم اهمیت خود را در دیدگان شهروندان از دست می‌دهند. با این حال از کارکردهای حقوق کیفری اعلام هنجارهای مورد احترام از سوی قانون‌گذار است. در چارچوب رعایت این امر، اعلام برخی جرایم لزوماً تابع رویکردهای عمل‌گرایانه نخواهد بود. هرچند این به معنای آن نیست که می‌توان رویکردهای تجربی به جرم‌انگاری را یکسره کنار نهاد.

^۴. باب أن كل من خالف الشرع فعليه حد أو تعزیر.

کتاب‌شناسی

۱. آل بحر العلوم، سیدمحمد، *بلغی الفقیه*، چاپ چهارم، تهران، مکتبی الصادق، ۱۴۰۳ ق.
 ۲. آنسل، مارک، *دفاع اجتماعی*، ترجمه محمد آشوری و علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ سوم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۵ ش.
 ۳. امیرارجمند، اردشیر، *مجموعه اسناد بین‌المللی حقوق بشر*، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۱ ش.
 ۴. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، چاپ پنجم، تهران، المکتبی الاسلامیه، ۱۴۰۱ ق.
 ۵. خوانساری، سیداحمد، *جامع المدارک*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۶۴ ش.
 ۶. شاطبی، ابراهیم بن موسی، *المواقفات فی اصول الشریعه*، تحقیق عبدالله دراز و محمد عبدالله دراز، چاپ دوم، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۲۴ ق.
 ۷. طباطبایی، سیدعلی، *ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل*، قم، آل‌البتیت، ۱۴۰۴ ق.
 ۸. طرابلسی، قاضی ابن براج، *المهذب*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۶ ق.
 ۹. طوسی، محمد بن حسن، *الخلاف*، چاپ دوم، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۰ ق.
 ۱۰. همو، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران، المکتبی المرتضویه، ۱۳۵۱ ش.
 ۱۱. کوتر، رابرت و تامس یولن، *حقوق و اقتصاد*، ترجمه یدالله دادگر و حامده اخوان هزاوه، چاپ دوم، تهران، پژوهشکده اقتصاد دانشگاه تربیت مدرس و انتشارات نور علم، ۱۳۸۸ ش.
 ۱۲. محمودی جانکی، فیروز، *مبانی، اصول و شیوه‌های جرم‌نگاری*، پایان‌نامه دکتری در دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۲ ش.
 ۱۳. معاونت حقوقی و بررسی‌های فقهی مرکز تحقیقات استراتژیک، گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، «راهکارهای کاهش پرونده در نظام قضایی دادگاهها»، گزارش راهبردی، شماره ۲۰، تهران، بی‌تا.
 ۱۴. مکی عاملی، محمد بن جمال‌الدین (شهید اول)، *القواعد و الفوائد*، مکتبی المفید، بی‌تا.
 ۱۵. منتظری، حسینعلی، *دراسات فی ولای الفقیه و فقه الدولی الاسلامیه*، قم، مرکز العالمی، ۱۴۱۰ ق.
 ۱۶. نراقی، احمد بن محمد، *عوائد الایام*، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۳۷۵ ش.
 ۱۷. نوبهار، رحیم، *اهداف مجازاتها در جرایم جنسی*، قم، پژوهشکده فرهنگ و علوم اسلامی، ۱۳۸۹ ش.
 ۱۸. همو، *حمایت حقوق کیفری از حوزه‌های عمومی و خصوصی*، تهران، جنگل، ۱۳۸۷ ش.
۱۹. Ashworth, Andrew, *Principle of criminal law*, ۳rd ed., ۱۹۹۹.
 ۲۰. Cseres, Katalin & Others (eds.), *Criminalization of competition law enforcement*, Edward Elgar Publishing, UK, ۲۰۰۶.
 ۲۱. Duff, Antony & David Garland, *A reader on punishment*, Oxford University Press, ۱۹۹۴.
 ۲۲. Frase, Richard, «Punishments purposes», *Stanford law review*, vol. ۵۸:۶۷, ۲۰۰۵.
 ۲۳. Grassian, Victor, *Moral reasoning: ethical theory and some contemporary moral problems*, Prentic - Hall, New Jersey, ۱۹۸۱.
 ۲۴. Husak, Douglas, «Applying ultimate ratio: a skeptical assessments», *OHIO State Journal of criminal law*, vol. ۲, ۲۰۰۵.
 ۲۵. Jareborg, Nils, «Criminalization as last resort (Ultima Ratio)», *OHIO State Journal of criminal law*, vol. ۲, ۲۰۰۵.
 ۲۶. Schonsheck, Jonathan, *On criminalization*, Kluwer Academic Publishers, ۱۹۹۴.