

در فلسفه حقوق جنائی

دفتر یکم

قاعده جرم انگار

دکتر اسم محمدی

عضو هیأت علمی دانشگاه شهید بهشتی



موسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی

تهران - ۱۳۹۵

سرشناسه	: محمدی، قاسم، ۱۳۵۳ -
عنوان و نام پدیدآور	: قاعده جرم‌انگار / مولف قاسم محمدی.
مشخصات نشر	: تهران: موسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۵.
مشخصات ظاهری	: ۲۶۰ ص.
فروست	: در فلسفه حقوق جنایی؛ دفتر یکم.
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۸۰۴۰-۵۰-۷
وضعیت فهرست نویسی	: فیا
یادداشت	: کتابنامه.
یادداشت	: نمایه.
موضوع	: حقوق جزا -- فلسفه
موضوع	: Crime law-- philosophy
موضوع	: حقوق جزا -- ایران
موضوع	: Criminal law -- Iran
موضوع	: رویه قضایی
موضوع	: Jurisprudence
موضوع	: جرم‌شناسی
موضوع	: Criminology
رده بندی کنگره	: K. ۱۸/۳۲۱۳۹۵
رده بندی دیویی	: ۳۴۵/۰۰۱
شماره کتابشناسی ملی	: ۴۲۷۹۹۲۹

با مراجعه به فروشگاه اینترنتی شهردانش از مزایای خرید آنلاین و تخفیف ویژه برخوردار شوید

www.shahredanesh.com

عنوان	: قاعده جرم‌انگار
مؤلف	: دکتر قاسم محمدی (عضو هیأت علمی دانشگاه شهر دانش)
ناشر	: موسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش
نوبت چاپ	: اول
تاریخ چاپ	: ۱۳۹۵
شمارگان	: ۵۰۰ نسخه
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۸۰۴۰-۵۰-۷
قیمت	: ۱۶۰۰۰۰ ریال

حق هرگونه نشر این اثر (از قبیل کاغذی، صوتی، الکترونیکی و ...) محفوظ است.

تهران - خیابان کریم‌خان‌زند - خیابان سنایی - خیابان نهم - خیابان گیلان - پلاک ۵
کدپستی ۱۵۸۵۷۴۳۱۱، صندوق پستی: ۱۵۸۷۵/۴۵۳۹، تلفن: ۸۸۸۱۱۵۸۱، فاکس: ۸۸۸۱۱۵۸۰

Email: publication@sdil.ac.ir Website: www.sdil.ac.ir

توسعه ادبیات حقوقی در هر کشور، نقش مهمی در پیشرفت نظام حقوقی آن کشور ایفا می‌نماید. اندیشمندان و پژوهشگران دنیای بیکران حقوق، که شیفته نظم‌اند و سرباز عدالت، آموزه‌های علمی و تجارب عملی خویش را به جامعه حقوقی عرضه می‌دارند تا بتوانند در تثبیت و تنویر نظم اجتماعی و استقرار عدالت و اصلاح و پیشرفت کشور سهیم شوند.

فانونگذار فهیم و آگاه، هیچ‌گاه در مقام تهیه پیش‌نویس و مهیا شدن جهت وضع قانون، خود را بی‌نیاز از ادبیات و دکترین حقوقی کشور و مشورت با خبرگان نخواهد یافت، و هیچ‌گاه مصوبات قبلی خویش را دایمی و مصون از نقد و اصلاح قلمداد نخواهد نمود. قضات متخصص و عدالت‌پیشه نیز نقادان منصفانه آرای خود را مایه تکامل و پیشرفت می‌دانند. دانشکده‌های حقوق و حوزه‌های علمیه، مأموریت خطیر تربیت قضات، وکلا، مشاوران حقوقی، سردفتران، پژوهشگران، و اساتید حقوق و فقه همت می‌گذارند افزون بر اینکه از آموزه‌های علمی و قضایی کشور بسیار بهره می‌برند. بنابراین، سالت مهمی در غنی‌سازی ادبیات و دکترین حقوقی کشور بر عهده دارند.

جمهوری اسلامی ایران به ویژه در دو دهه اخیر پیشرفت قابل توجهی در توسعه کمی ادبیات حقوقی کشور را شاهد بوده است. تعداد کتب و نشریات حقوقی منتشره در کشور طی بیست سال اخیر، به نسبت گذشته به مراتب افزایش یافته است. این دستاورد را باید به فال نیک گرفت و امیدوار بود که این پیشرفت کمی به همین میزان با توسعه‌ای کیفی در بارور شدن دکترین حقوقی مورد نیاز کشور همراه باشد و با احترام به حقوق مالکیت فکری دیگران انتشار یابد.

انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش همواره سعی داشته است که افزون بر انتشار آثار حاصل از تحقیقات پژوهشگرده حقوق، به صورتی هدفمند و با ارزیابی علمی به گزینش و چاپ و انتشار کتاب‌های حقوقی در حوزه‌ها و موضوعات مورد نیاز جامعه حقوقی کشور مبادرت ورزد؛ زحمات جناب آقای دکتر قاسم محمدی در تألیف کتاب «قاعده جرم‌انگار» را ارج نهاده، امیدوار است که این کتاب مورد استقبال جامعه حقوقی کشور و مورد استفاده متدیان امر قرار گیرد.

وحید اشتیاق

www.ketab.ir

فهرست اجمالی

بخش یکم: تحلیل هستاری قاعده جرم‌انگار.....	۳۳
فصل یکم: چیستی قاعده جرم‌انگار.....	۳۴
مبحث یکم: قاعده جرم‌انگار در پرتو مفهوم عام قاعده حقوقی.....	۳۵
مبحث دوم: قاعده جرم‌انگار در کسوت قاعده‌ای ویژه.....	۵۱
فصل دوم: چگونگی قاعده جرم‌انگار.....	۷۹
مبحث یکم: قاعده جرم‌انگار در بستر سامانه قواعد حقوقی.....	۷۹
مبحث دوم: قاعده جرم‌انگار در هیأت اعتباری حقوقی.....	۹۴
بخش دوم: تحلیل اعتباری قاعده جرم‌انگار.....	۱۲۹
فصل یکم: پیدایی قاعده جرم‌انگار.....	۱۳۱
مبحث یکم: اعتبار زمانی قدرت.....	۱۳۲
مبحث دوم: اعتبار زمانی و اعتباری.....	۱۵۵
فصل دوم: روایی قاعده جرم‌انگار.....	۱۷۷
مبحث یکم: قاعده جرم‌انگار در تائید عدالت.....	۱۷۷
مبحث دوم: قاعده جرم‌انگار در ترازوی عقلانیت.....	۱۹۶

فهرست تفصیلی

۵	 سخن ناشر
۱۷	 مقدمه
۱۹	 پیش گفتار
۲۲	 یک. حقوق: سامانه ای از قواعد
۲۴	 دو. قاعده جرم انگار
۲۷	 سه. گستره بحث از قاعده جرم انگار
۲۸	 چهار. رویکرد تحلیلی به قاعده
۳۰	 پنج. ترتیب مباحث
۳۳	 بخش یکم: تحلیل استاری قاعده جرم انگار
۳۴	 فصل یکم: چرستی عامه جرم انگار
۳۵	 مبحث یکم: قاعده جرم انگار در پرتو مفهوم عام قاعده حقوقی
۳۵	 گفتار یکم: قاعده جرم انگار در مقومات ایجابی قاعده حقوقی
۳۵	 الف. مقومات قاعده جرم انگار به عنوان مصداقی از معنای عام قاعده
۳۶	 یک. فراگیر بودن
۳۷	 دو. تخلفناپذیر بودن
۳۹	 سه. پیش‌بین بودن
۴۰	 ب. مقومات قاعده جرم انگار به عنوان قاعده عمومی
۴۱	 یک. تأثیر اجتماعی
۴۱	 دو. وضع‌ندگی
۴۳	 گفتار دوم: قاعده جرم انگار و حدود سلبی قاعده حقوقی
۴۳	 الف. بازشناسی قاعده از اصل حقوقی
۴۷	 ب. بازشناسی قاعده از فرض، عامل و معیار قانونی
۴۷	 یک. فرض قانونی
۴۹	 دو. عامل قانونی
۵۰	 سه. معیارهای قانونی
۵۱	 مبحث دوم: قاعده جرم انگار در کسوت قاعده‌ای ویژه
۵۱	 گفتار یکم: بازشناسی قاعده جرم انگار از قواعد حقوقی دیگر
۵۱	 الف. بازشناسی قاعده جرم انگار از قواعد غیر جنائی
۵۲	 یک. ماهیت هتجار نقض شده
۵۳	 دو. سزادهنگی ضمانت اجرا
۵۳	 ۱. طبع کیفری ضمانت اجرا

۸۲	دو. نظریه وابستگی عقلانی قاعده جرم‌انگار
۸۳	ب. رویکرد عدم ملازمه
۸۳	یک. نظریه استقلال مطلق قاعده جرم‌انگار
۸۴	دو. نظریه اصالت قاعده جرم‌انگار
۸۵	سه. نظریه وابستگی سامانه‌ای قواعد
۸۶	گفتار دوم: جایگاه سامانه‌ای قاعده جرم‌انگار
۸۶	الف. قاعده جرم‌انگار در برتو نظریه قواعد
۸۶	یک. جایگاه قاعده جرم‌انگار در نظریه قواعد اولیه و ثانویه
۸۸	دو. جایگاه قاعده جرم‌انگار در نظریه قواعد رفتار و تصمیم‌گیری
۸۹	سه. جایگاه قاعده جرم‌انگار در نظریه قواعد اساسی و تنظیم‌کننده
۹۰	ب. تعامل سامانه‌ای قاعده جرم‌انگار
۹۱	یک. سامانه جنایی
۹۱	۱. سامانه حقوقی قاعده
۹۱	۲. سامانه حقوق جنایی
۹۲	۳. سامانه قاعده شکای حقوق جنایی
۹۲	دو. سامانه قضایی
۹۳	۱. سامانه حقوقی لی
۹۳	۲. سامانه حقوقی بین‌المللی
۹۴	مبحث دوم: قاعده جرم‌انگار در هیأت اعتباری حقوقی
۹۵	گفتار یکم: موجودیت ذهنی
۹۶	الف. بنیان اعتباری قاعده جرم‌انگار
۹۶	یک. ساختنی بودن اجزاء قاعده
۹۷	۱. ساختنی بودن جرم
۹۸	۲. ساختنی بودن کیفر
۱۰۱	۳. جعلی بودن نسبت جرم و کیفر
۱۰۲	دو. ماهیت احکام
۱۰۲	۱. ماهیت الزام جنایی
۱۰۲	۲. ماهیت الزام کیفری
۱۰۳	ب. اعتبار منطقی
۱۰۴	یک. ارزش گزاره‌ای
۱۰۴	۱. جوهر دستوری
۱۰۵	۲. منطقی بیش فرضی
۱۰۵	۳. محدودیت زمانی و مکانی
۱۰۷	دو. ارزش استدلالی قاعده
۱۰۷	۱. تطبیق با موقعیت

۱۰۸	۲. ارتباط با نتایج
۱۱۲	گفتار دوم: تبلور زبانی قاعده جرم‌انگار
۱۱۲	الف. قاعده جرم‌انگار چون متن قانونی
۱۱۲	یک. متن جرم‌انگار تام
۱۱۴	۱. سازه جنائی
۱۱۵	۲. سازه کیفری
۱۱۷	دو. متن جرم‌انگار ناقص
۱۱۷	۱. متن جرم‌انگار بدون سازه جنائی (قاعده سفید امضاء)
۱۱۸	۲. متن جرم‌انگار بدون سازه کیفری (قاعده ناقص الخلقه)
۱۱۹	۳. نسبت قاعده جرم‌انگار و متن جنائی
۱۱۹	۱. قاعده در تعامل متن و معنا
۱۲۰	۲. قاعده فارسی
۱۲۱	ب. قاعده جرم‌انگار چون پدیده زبانی
۱۲۲	یک. روایت و نگارش قاعده جرم‌انگار
۱۲۴	۱. اسلوب جمله
۱۲۵	۲. عناصر زبانی
۱۲۶	دو. زرف‌ساخت معنایی قاعده جرم‌انگار
۱۲۹	بخش دوم: تحلیل هنجاری قاعده جرم‌انگار
۱۳۱	فصل یکم: پیدایی قاعده جرم‌انگار
۱۳۲	مبحث یکم: هنجار جنائی و قدرت
۱۳۲	گفتار یکم: هنجار جنائی و اراده دولت
۱۳۳	الف. اثبات‌گرایی محض و اعتبار قاعده جرم‌انگار
۱۳۶	ب. اثبات‌گرایی محض و جالش توجیه
۱۳۷	یک. مبنای اطاعت از قانون جنائی
۱۳۹	دو. بیش شرط‌های اعتبار قاعده
۱۴۰	۱. مشروعیت ارزش‌شناختی قانون‌گذار
۱۴۳	۲. مشروعیت روش‌شناختی قانون‌گذار
۱۴۳	۳. التزام قانون‌گذار به مبانی حقوق
۱۴۴	۴. التزام قانون‌گذار به حدود صلاحیت
۱۴۵	گفتار دوم: هنجار جنائی و اراده عمومی
۱۴۷	الف. اثبات‌گرایی اجتماعی و قاعده معتبر
۱۴۸	یک. الگوگرایی
۱۴۹	دو. تضمین‌گرایی
۱۵۱	ب. اثبات‌گرایی اجتماعی و جالش توجیه

۱۵۵	مبحث دوم: هنجار جنائی و ارزش
۱۵۶	گفتار یکم: هنجار جنائی و ارزش اخلاقی
۱۵۷	الف. انفصال مفهومی حقوق و اخلاق
۱۶۱	ب. نظریه‌های ارتباط حقوق و اخلاق
۱۶۱	یک. اخلاق‌گرایی ایجابی (نظریه اجرا)
۱۶۵	دو. اخلاق‌گرایی سلبی (نظریه اشتراط)
۱۶۶	سه. اخلاق‌گرایی تفسیری
۱۶۸	گفتار دوم: هنجار جنائی و ارزش دینی
۱۶۹	الف. بود و نمود نظریه جنائی دینی
۱۶۹	یک. امکان نظریه جنائی دینی
۱۷۰	دو. هنجار جنائی در پرتو احکام دینی
۱۷۱	ب. قاعده - انگار در نظریه جنائی اسلامی
۱۷۲	یک. کیفر در نظام جنائی اسلامی
۱۷۳	دو. هنجار آری جنسی در نظام جنائی اسلامی
۱۷۴	۱. ملازمه جرم و کیفر
۱۷۵	۲. ملازمه قبح اخلاقی و قبح شرعی
۱۷۵	۳. تعزیر بر مخالفات
۱۷۷	فصل دوم: روایی قاعده جرم‌انگار
۱۷۷	مبحث یکم: قاعده جرم‌انگار در ترازوی عدالت
۱۸۱	گفتار یکم: عدالت چون سنجه
۱۸۲	الف. عدالت در دیدگاه امامیه
۱۸۳	یک. جوهر عقلانی عدالت در دیدگاه امامیه
۱۸۴	دو. روی‌کرد عقلی و روی‌کرد عقلایی به عدالت
۱۸۷	ب. ضرورت عدالت در جرم‌انگاری
۱۸۸	گفتار دوم: قاعده جرم‌انگار عادلانه
۱۸۹	الف. داوری اخلاقی درباره کیفر
۱۹۰	یک. نظریه امتناع داوری اخلاقی درباره کیفر (تنافی روشی)
۱۹۰	دو. نظریه غیر اخلاقی بودن کیفر (تنافی ارزشی)
۱۹۲	سه. نظریه حذف کیفرهای غیر اخلاقی (تعامل پالایشی)
۱۹۲	چهار. نظریه اعمال اخلاقی کیفرها (تعامل پردازشی)
۱۹۳	ب. اصول عدالت در جرم‌انگاری
۱۹۴	یک. کیفرگذاری عادلانه
۱۹۵	دو. هنجارگذاری عادلانه
۱۹۶	مبحث دوم: قاعده جرم‌انگار در ترازوی عقلانیت

۱۹۹	گفتار یکم: خردپذیری رفتاری قاعده جرم‌انگار
۲۰۰	الف. خردپذیری غایی
۲۰۱	یک. تضمین مصلحت
۲۰۶	دو. تأمین هم‌زیستی
۲۰۷	سه. تحقیق عدالت
۲۰۹	ب. خردپذیری الی
۲۰۹	یک. کارکرد نظری
۲۱۰	دو. کارکرد عملی
۲۱۲	گفتار دوم: خردپذیری رفتاری قاعده جرم‌انگار
۲۱۳	الف. ولقه‌های نظری
۲۱۳	یک. قاعده و معنا
۲۱۳	۱. رایی معناسازی
۲۱۳	۲. استنباط و معنا
۲۱۴	۳. خروج از چارچوب قانون‌نویسی
۲۱۴	۴. انسجام مشر
۲۱۴	۵. خطاهای معنایی
۲۱۵	دو. نمایش خطی قاعده
۲۱۵	ب. چالش‌های قومی - تاریخی
۲۱۵	یک. سنت‌های قومی - زبانی
۲۱۶	دو. نارسایی‌های ذاتی زبان
۲۱۷	سه. بیان فرازمانی قاعده
۲۱۷	چهار. فهم نازمانی وجه هنجاری زبان
۲۱۹	پی‌گفتار
۲۲۰	یک. قاعده جرم‌انگار در تعامل صورت و ماده
۲۲۱	دو. قاعده جرم‌انگار در تقابل دستور و رفتار
۲۲۱	سه. قاعده جرم‌انگار در تکاپوی ساختن و یافتن
۲۲۲	چهار. قاعده جرم‌انگار در چالش متن و اثر
۲۲۳	پنج. قاعده جرم‌انگار و خردپذیری جنائی
۲۲۵	کتاب‌شناسی
۲۴۷	نمایه
۲۵۳	Table of Contents

کتاب قاعده جرم انگار، بخشی از مطالعات مربوط به حوزه فلسفه حقوق جنایی است که به عنوان نخستین دفتر از مجموعه مد نظر صاحب این قلم به چاپ رسیده است. این نوشته بر آن بوده تا با رویکردی تحلیلی به قواعد حقوقی به ویژه قواعد حقوق جنایی (قاعده جنایی)، راهی به مطالعه موردی قاعده جرم انگار به عنوان قاعده ای بنیادی در حقوق جنایی بگشاید و از دو جهت توضیحی و هنجاری آن را مورد بررسی قرار دهد.

هر چند کتاب حاضر مساله ای نظری را در حقوق جنایی دنبال می کند، اما در موقعیت هایی که امکان تطبیق با بیان آئینه هایی از قواعد حقوقی ایران بوده است بدین امر اهتمام شده تا بتوان هدف اثر را گونه ای مستند به انجام رساند. از این رو آخرین اصلاحات قوانین به ویژه قانون مجازات اسلامی، قانون آیین دادرسی کیفری در آن مد نظر قرار گرفته اند.

بر خود لازم می دانم از صاحب نظران ارجمندی که پیش از نشر اثر از نظراتشان بهره برده ام، به ویژه دکتر محمد علی اردبیلی، دکتر علی حسینی نجفی ابرند آبادی، آیت الله دکتر مصطفی محقق داماد، دکتر سید محمد قاری سید فاطمی، دکتر هادی وحید و دکتر منصور میر احمدی تشکر کنم. از دوست گرانقدرم دکتر علی شجاعی نیز که با صرف وقت متن اثر را به طور کامل خوانده و نکاتی سودمند را متذکر شده اند سپاس گزارم. آماده ساختن این اثر برای نشر با همراهی همکار گرامی ام خانم زینا فرزاد هموار شده است که از ایشان سپاسگزارم.

از دوست گرانقدرم دکتر وحید اشتیاق، مدیر محترم موسسه شهر دانش نیز به واسطه لطف همواره شان سپاسگزارم.

پیش گفتار

هر چند گفت و گو از چند و چون نظریه های حقوقی در مقایسه با دانش حقوق تاریخ بلندی ندارد، اما این به معنای فقدان نظریه یا لاقابل پیش فرض های نظری در شکل گیری حقوق گذشتگان نیست. زیرا با کندوکاوی اندک می توان بنیان های عظیم معرفتی را در پس پرده قواعد پراکنده حقوقی، به ویژه در حقوق دینی، مشاهده کرد. داشتن پیش فرض نظری ویژه نظام های حقوقی دین بنیاد نبوده، در نظام های حقوقی بشر بنیاد نیز قابل رهیابی است. قانون نامه حمورابی، به عنوان گواهی بر این مدعا، به روشنی یک نظریه بشری حقوق را با قدمتی چند هزار ساله به تصویر می کشد. در مقدمه این قانون نامه می خوانیم:

«هنگامی که آنو بزرگ پادشاه انونکی

(و) ان لیل، خدای آسمان و زمین

تعیین کننده سرنوشت زمین

برای مروتدک ... معلوم کرد که ان لیل، تمام انسان ها سروری دارد ...

برای او پادشاهی با دوامی تأسیس کرد

در همان هنگام آنوم و ان لیل نام مرا بردند رفاه مردم را گسترش دهم

من، حمورابی، پارسا شاهزاده ای خداترس

تا عدالت را بر زمین حکم فرما کنم

تا زمین را راهنمایی نمایم

من قانون و عدالت را به زبان زمین برقرار کردم

تا آسایش مردم را توسعه دهم»^۱

این متن هر چند زبانی دینی را برای توجیه حاکمیت حمورابی به خدمت گرفته است اما در بر دارنده گزاره های بنیادینی است که ساختار تفکر سرزمین خود را باز می تابند:

۱. حکومت از آن خدایان است، که به برگزیدگان زمینی شان سپرده شده است؛

۲. نظام حکومتی مطلوب خدایان پادشاهی است؛

۱. تنویر میک، قانون نامه حمورابی، ترجمه: کامیار عبدی، تهران: سازمان میراث فرهنگی، چاپ دوم: ۱۳۷۱.

۳. حکومت ضامن رفاه، عدالت و آسایش است؛

۴. عدالت امری آسمانی است که دولت باید آن را به‌صورتی زمینی اجرا کند؛ و

۵. خدا، پادشاه و قانون او مقدس اند.

قانون‌نامه حمورابی پس از این دیباچه باشکوه با تعیین کیفر مرگ برای کسی آغاز می‌شود که نتواند اتهام قتل را که به دیگری زده، ثابت کند^۱ و با مقرر ساختن بریدن گوش برده‌ای پایان می‌گیرد که اربابی از بابش را انکار کند^۲؛ و در نهایت به مؤخره‌ای سترگ می‌رسد که حمورابی را پادشاه عدالت و قانون‌نامه او را قانون عدالت می‌نامد.

هرچند این قانون‌نامه سراسر جنایی نیست، اما آغاز تا انجام آن بر قواعدی استوار است که از امکان کیفر یک انسان توسط انسان یا انسان‌های دیگر در گذشته، به بیان زمینه‌ها و شیوه‌های آن پرداخته است.^۳ قانون‌نامه حمورابی در این دست که در قالب کیفرگذاری^۴ به بیان ممنوعیت‌های رفتاری در سطح جامعه می‌پردازد، همواره اجتماع بشری بوده‌اند؛ و قرن‌ها کمتر کسی چستی و چرایی آنها را مورد توجه قرار داده است. زیرا همواره گمان رفته است زورمندان به حکم سلطه‌ای که یافته‌اند حق تنبیه و کیفر دیدن را نیز دارند. به‌ویژه اینکه آنان چندان که در قانون‌نامه حمورابی نیز دیده می‌شود خود را بر بندگان خدایان برای حکومت بر مردمان و بندگان معرفی می‌کردند، سرپیچی از فرمان و خواست خود را سرپیچی از فرمان و خواست خدایان می‌نامیدند و نافرمانان را مستوجب زجر و توبیخ می‌شماردند. این حاکمان که اغلب سلطه خود را به اتکای قدرت نظامی و اقتصادی خود یا تپاخانسان به دست می‌آوردند به زیرکی تعهدگريزانه‌ای خود را نمایندۀ خدایان و ناگزیر از کیفر نافرمانان می‌شمردند. پادشاهان همواره صاحبان خرد و پاسبانان داد نمایانده می‌شدند و از این منظر در افق فراتر از مردمان نشانده شده، منفعت‌طلبی‌شان عین مصلحت‌بینی و رفتارشان عین دگرگری انگاشته می‌شد. سعدی در دومین حکایت از تقریرات ثلاثه این باور کهن را به‌کوتاهی چنین می‌سراید:

۱. همان، ص ۳۶.

۲. همان، ص ۲۸۲.

۳. برای اطلاع از جنبه‌های جنایی این قانون‌نامه برگ: محمد آشوری، «عدالت کیفری از دیدگاه حمورابی» در:

محمد آشوری، عدالت کیفری، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول: ۱۳۷۶، صص ۱۲۲-۸۷.

پادشه سایه خدا باشد سایه با ذات آشنا باشد
نشود نفس عامه قابل خیر گرنه شمشیر پادشا باشد
هر صلاحی که در جهان باشد اثر عدل پادشا باشد^۱

اصل سی‌وینجم قانون اساسی مشروطه نیز سلطنت را «ودیع‌ای الهی» می‌داند. ودیع‌ای که در فرمان مشروطه آمده «حضرت‌باری تعالی جل شانه آن را به کف با کفایت» پادشاه سپرده است.^۲

پیوند میان قدرت و حیات اجتماعی بشر موجب شده است که به رغم آرمان‌های خردگرایانه و دادخواهانه، تاریخ بشر بیشتر از آنکه سرشار از خردورزی و دادگری باشد، آکنده از خونریزی و ستم‌گری شو و حقوق به ویژه در ساخت کیفری آن به مثابه یکی از ابزارهای این نازوایی عمل کند.

پیامبران و علمای اخلاق و پس از آنان فیلسوفان سیاست و حقوق افراد و گروه‌هایی بودند که در گذر تاریخ همواره لزوم مشروعیت، سکلی و ماهوی قواعد حقوقی را یادآور شدند و کوشیدند حقوق را بیش از آنکه از قدرت بشر بگیرد به سرچشمه‌های معرفتی بشر متصل سازند و بدین ترتیب به جای آنکه قدرت بر قانون حاکم باشد قانون را بر قدرت حاکم کنند.

در هنگامه این تکاپو، دو شیوه اندیشه درباره حقوق شکل گرفت: نخست شیوه‌ای که حقوق را آن‌گونه که هست تبیین می‌کند و آن را به حکم بودن بشر می‌داند و در مقابل، شیوه دوم، که اخلاقی بودن را مهم‌ترین مسأله حقوق می‌شمرد و تا نتواند حقوق را تم جیه کند پذیرفتن آن به صرف اعتبار اجتماعی‌اش را کاری عقلانی نمی‌داند. از این رو بنای حقوق را نه در حضور اجتماعی آن بلکه در توجیه اخلاقی آن جست‌وجو می‌کند.

اگر حقوق را تنها در کسوت بایستی آن بپذیریم از هیچ امر واقعی‌ای سخن نگفته‌ایم و این خلاف فرض ماست که حقوق را در خارج موجود دانسته‌ایم و حال می‌خواهیم از بایستی آن سخن بگوییم؛ و اگر بر این باور باشیم که حقوق همان چیزی است که جریان دارد بر این

۱. مصلح‌الدین سعدی، کلیات سعدی، تصحیح: محمدعلی فروغی، تهران: انتشارات هرمس، چاپ اول: ۱۳۸۵.

ص ۱۲۱۰.

۲. برای ملاحظه متن فرمان مشروطه رک: مجموعه قوانین مجلس شورای ملی، دوره اول، دوم، سوم و چهارم.

حقیقت چشم پوشیده‌ایم که رفتار و ذهن ما از اختیارمان خارج نیستند و می‌توان درباره ارزش آنها سخن گفت. بدین ترتیب هر چند ناچاریم آنچه به عنوان الگوی رسمی و الزامی رفتار در یک جامعه جریان دارد - نه آنچه باید جاری باشد - حقوق بدانیم، اما چندان که لون فولر^۱ نیز معتقد است جدا کردن بایستی حقوق از هستی آن کار ساده‌ای نیست و در بسیاری مواقع هرگاه از حقوق و ماهیت آن سخن می‌گوییم لاجرم از بایستی آن نیز سخن گفته‌ایم.^۲

در بررسی فلسفی حقوق جنائی این درهم تنیدگی مباحث نمایان‌تر است. نظریه‌های حقوق جنائی اغلب همان نظریه‌های کلان حقوقی هستند که می‌کوشند کارایی خود را در زمینه حقوق - بانی نیز نشان دهند و بر مبنای بنیان‌های نظری‌ای که پی می‌افکنند نظامی معنادار از حقوق جنائی - نیز ارائه دهند. هر نظریه حقوقی باید بتواند تبیینی روشن از ماهیت و کارایی حقوق بنا نهاده، نسبت آن را با دیگر ابعاد زندگی بشر - به‌ویژه قلمرو اخلاق و سیاست - روشن سازد و از سوی - بگر توجیه عقلانی از نظام پیشنهادی خود به دست دهد. در این میان یکی از مهم‌ترین محورها - که باید مورد بررسی قرار گیرد مسأله قواعد حقوقی است.

یک. حقوق؛ سامانه‌ای از قواعد

هر چند در دانش‌های رفتاری قواعد به عنوان -کننده هنجارها نقشی کلیدی را بازی می‌کنند، اما توجه به قواعد حقوقی از آن جهت امروزه بیش از دیگر دوران‌ها اهمیت یافته است که برخی فیلسوفان در تحلیل مفهومی^۳ خود از حقوق - حداقل به صورت فی‌الجمله - آن را به عنوان سامانه‌ای از قواعد^۴ شناسایی کرده‌اند.^۵

1. Lon Fuller
2. L.L. Fuller, "Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart", Harvard Law Review, No. 71, 1958, (pp. 630-672).
3. conceptual analysis
4. a system of rules

۵. در تعاریف ارائه شده ایرانی ویژگی سامانه‌ای حقوق چندان برجسته نشده است؛ در این باره می‌توان به این دو تعریف توجه کرد: الف. «[حقوق] مجموعه‌ای از قواعد الزام‌آور و کلی است که، به منظور ایجاد نظم و استقرار عدالت بر زندگی اجتماعی انسان حکومت می‌کند و اجرای آن از طرف دولت تضمین می‌شود.» ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق (۳ جلد)، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۸۰، ص ۶۶۱. ب. «علم حقوق مجموع قواعد قضائی و نظامات و اصولی است که ناظر بر اعمال و افعال و امور مردم است.» علی پاشا صالح، سرگذشت قانون، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۸۲، ص ۱۶.

اگر حقوق را سامانه‌ای از قواعد به شمار آوریم، نخستین گام در تبیین نظام یاد شده شناسایی قواعد حقوقی و کارکرد آنها خواهد بود. در بررسی قواعد دو پرسش بنیادی توجه نظریه‌پردازان را به خود مشغول داشته است: یک اینکه، قاعده حقوقی چیست و دو اینکه، کی می‌توان از وجود قاعده‌ای حقوقی سخن راند. با گذر از این دو پرسش و از رهگذر شناسایی انواع قواعد و شیوه تفسیر و اجرای آنهاست که یک نظریه‌پرداز می‌تواند به تبیینی قابل قبول از شیوه کارکرد قواعد و به عبارتی دیگر نظام حقوقی دست یازد. هر نظریه‌ای که می‌کوشد تا ساخت‌بندی یک نظام حقوقی را به عنوان سامانه‌ای از قواعد توصیف کند ناگزیر از ارائه توجیه و تبیینی از قواعد حقوقی خواهد بود. هر چند تفسیر و به کارگیری قواعد، کنشی حقوقی است اما هنگامی که ماهیت قواعد و تبیین روابط سامانه‌ای بین آنها در یک نظام حقوقی تأملی فلسفی است راز این رو از چشم‌انداز ناظری بیرونی شکل می‌گیرد.

مطالعه قواعد حقوقی در دهه‌های ۶۰ و ۷۰ میلادی مهم‌ترین دل‌مشغولی فیلسوفان حقوق به شمار می‌آمد^۱ اما به مرور از گرامر یا بحث مربوط بدان کاسته شد تا اینکه امروزه با توجه به تحولاتی که در گستره نظری و عمل حقوقی شکل گرفته است بازگشت به مسأله قواعد و بازخوانی تبیین‌ها و توجیه‌های ارائه شده در باب آنها از منظر نظریه‌پردازان حقوقی و فیلسوفان حقوق امری ناگزیر تلقی شده است.^۲ بدین ترتیب، مسأله‌ای سنتی در قالب‌هایی نو و با چشم‌اندازهایی جدید مورد توجه قرار می‌گیرد. امروزه نفوذ در قالب قواعد نوشته می‌شود و مسأله قواعد در تنظیم فهم حقوقی چندان مؤثر است که فاجعه^۳ ادعای است اندیشه فلسفی حقوق شکل قواعد را به خود گرفته است زیرا بر این مسأله متمرکز است که چگونه قواعد، یک نظام حقوقی را سامان می‌دهند.^۴ حتی اگر حقوق را تنها شامل مسائل بدانیم و چندان که

۱. حسن جعفری‌نار، مباحث فلسفی تفسیر حقوقی، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول: ۱۳۸۳، ص ۱۳.

۲. ویرایش کتاب مفهوم حقوق هارت به سال ۱۹۹۴ و الحاق ضمیمه‌ای بر آن — که انتشار آن به سال ۱۹۹۷ (پس از مرگ نویسنده) محقق شد — را می‌توان نقطه عطفی در این ماجرا دانست. ر.ک:

H.L.A Hart, The Concept of Law, 2nd ed. Oxford University Press, 1997.

3. George P. Fletcher

4. George P. Fletcher, Basic Concepts of Legal Thought, Oxford: New York, 1996, p. 43.

دورکین معتقد است عناصر دیگری - همچون اصول - را نیز در آن دخیل بدانیم^۱ به هر حال نمی‌توان بحث از قواعد را کنار گذاشت.

در این میان قواعد حقوقی جنائی به واسطه ویژگی‌هایشان همواره محل توجه و تحلیل ویژه بوده‌اند. یکی از این ویژگی‌ها آن است که جرم به عنوان موضوع اصلی حقوق جنائی عنوانی هنجاری است و از نوعی ارزش‌گذاری رفتاری و به تبع آن ارزش‌گذاری انسانی حکایت می‌کند. مجرم نامیدن یک فرد به واسطه نقض قاعده‌ای رفتاری بیش از آنکه ماهیتی حقوقی داشته باشد و بدین جهت ارزشی است و بدین ترتیب قرابت ویژه‌ای را میان این شاخه از حقوق و اخلاق رقم می‌زند. از این‌رو هر اندیشمندی که رابطه میان حقوق و اخلاق را می‌کاود، ناگزیر از توجه ویژه به حقوق جنائی و قواعد آن خواهد بود. ویژگی دوم، حضور کیفر به عنوان ضمانت اجرای هنجارشکنی‌های جنائی است که به عنوان سخت‌ترین، قهرآمیزترین و پرهزینه‌ترین ضمانت اجرای حقوق دافع وسیعی از مباحث اخلاقی، اجتماعی، فلسفی و حتی اقتصادی را به میان می‌کشد.

دو. قاعده جرم‌انگار

حقوق جنائی به بحث از جرم‌ها و کیفرها می‌پردازد. این دوگانگی موضوع موجب شده است که در نام‌گذاری این شاخه از حقوق نیز دو رویکرد کلی^۲ پدید آید. یکم، رویکردی که با تکیه بر ماهیت ضمانت‌اجرای این حوزه از حقوق به نام‌گذاری آن پرداخته است و دوم، رویکردی که با تکیه بر ماهیت تکلیف هنجاری موجود در مباحثش بر آن نام نهاده است. طرفداران رویکرد یکم این شاخه از حقوق را حقوق جزائی^۳ یا حقوق کیفری^۴ نامیده‌اند و

۱. رک: ۱.

Ronald Dworkin, Taking Right Seriously, London: Duckworth, 1977.

۲. به نمونه رک: عبدالوهاب خومد، الحقوق الجزائیه العامه، دمشق: الطبعه السادسه: ۱۹۶۳.

۳. به عنوان نمونه رک: ابراهیم پاد، حقوق کیفری اختصاصی، جلد ۱، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ

سوم: ۱۳۵۲.

طرفداران رویکرد دوم آن را حقوق جنائی^۱ خوانده‌اند.^۲ بر مبنای همین نام‌گذاری قواعد این شاخه از حقوق نیز گاه قاعده جزائی، گاه قاعده کیفری و گاه قاعده جنائی نامیده شده‌اند. در این پژوهش اصطلاح حقوق جنائی در اشاره به آنچه حقوق کیفری و حقوق جزائی نیز نامیده می‌شود، به کار رفته است. به‌رغم آنکه برخی نویسندگان معتقدند که فرقی میان این مصطلحات نیست^۳ اگر حقوق جنائی را دانش مطالعه جرم و آثار قانونی آن بدانیم لاجرم کیفر نیز در قلمرو مطالعاتی آن قرار می‌گیرد.^۴ حال آنکه اگر این شاخه از حقوق را حقوق کیفری بنامیم و داعی مطلق به کیفر قلمداد کنیم اساساً وجه توجه ما از جرم - به عنوان تکلیفی هنجاری - سوی کیفر - به عنوان نوعی خاص از ضمانت اجرای قانونی - منصرف خواهد شد که بدین ترتیب دامنه بحث از منظر عموم و خصوص متغیر خواهد بود. نکته‌ای که خود موجب ترجیح اصطلاح حقوق جنائی خواهد بود زیرا با تطوری که پاسخ قانونی به جرم دارد بهتر آن است که نام‌گذاری تنکی جرم اتفاق افتد و نه متکی بر آثار قانونی آن.^۵ حقوق جنائی متضمن مجموعه‌ای از قواعد حقوقی است که جملگی آنها را به مناسبت نامی که برای این شاخه از حقوق برگزیدیم قاعده جنائی^۶ نامیده می‌شود.

قواعد جنائی از رهگذر پرداختن به جرم از سایر قواعد حقوقی باز شناخته می‌شوند، لاجرم مرکز ثقل قواعد جنائی، قواعدی خواهند بود که به بیان ممنوعیت‌های جنائی (هنجارگذاری) و پیش‌بینی پاسخ کیفری (کیفرگذاری) برای آنها می‌پردازند. قانونگذار به وسیله این قواعد اراده

۱. به عنوان نمونه می‌توان به عنوان کتاب دکتر علی‌آبادی اشاره کرد. ر.ک: عبدالحامید علی‌آبادی، حقوق جنائی، جلد ۱، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۳۴. البته وی در متن کتاب از اصطلاحات حقوق جنائی به حقوق جزائی نیز بهره برده است. همان، ص ۱.

۲. در تفصیل این مسئله ر.ک: قاسم محمدی، در نام‌گذاری حقوق جنائی، مجله پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، شماره ۱۹، نیمسال اول ۹۰، صص ۳۶۱-۳۷۰.

۳. مأمون سلامة، قانون العقوبات: القسم العام، قاهره: دارالفکر العربی، الطبعة الثانية، ۱۹۷۶، ص ۶.

۴. مصطفى العوجی، القانون الجنائی العام (۲ مجلد)، الجزء الاول: النظرية العامة للجريمة، بیروت: مؤسسه نوفل، الطبعة الثانية: ۱۹۹۸، ص ۲۰.

۵. عبدالفتاح مصطفى الصیغی، القاعده الجنائیه، بیروت: الشرکه الشرقیه للنشر و التوزیع، ۱۹۶۷، ص ۷.

۶. المرجع السابق، ص ۳۵.

خود را مبنی بر محدود ساختن رفتارهایی که جرم می‌انگارد از طریق تعیین آثار قانونی مترتب بر آن رفتارها بیان می‌کند.^۱ این نوع از قواعد جنائی را «قاعده جرم‌انگار» نامیده‌ایم.^۲ این نام‌گذاری به مدد اصطلاح «جرم‌انگاری» انجام شده است. اصطلاح جرم‌انگاری متأثر از ادبیات جرم‌شناسی، ابتدا در حوزه مطالعات سیاست جنائی در ایران به‌کار گرفته شد که در سال‌های اخیر به حوزه حقوق جنائی نیز راه یافته است. هرچند این اصطلاح درون‌مایه‌ای اثبات‌گرایانه دارد که از قضا به نظریه دستوری حقوق نیز پهلوی می‌زند، اما بنا کردن اصطلاحی جدید نوعی «اصطلاح‌سازی» و خوانندگان آن را رقم می‌زد که در گریز از این چالش از تمایل معنایی آن به اثبات‌گرایی چشم‌پوشی شده است.

گروهی از حقوق‌دانان عربی این دست قواعد را «قواعد مجرّمه»^۳ نامیده‌اند که نام‌گذاری اخیر را در آثار برخی نویسندگان ایرانی نیز تحت عنوان تجریم (در برابر تحریم) می‌توان ردیابی کرد.^۴ گروهی دیگر از نویسندگان عرب، نیز به گرده‌برداری از حقوق‌دانان آلمانی چنین قواعدی را «قواعد مانعه»^۵ یا «قواعد ایجابی»^۶ نام‌گذاری کرده‌اند.

قانون‌گذار اغلب در مقام بیان محدودیت مایه رفتاری است که در قالب نهی بروز می‌کند. چنین محدودیت‌هایی که در برابر تعدی به ارزش‌های جامعه طراحی می‌شوند به‌واسطه ساختار زبانی بیان آنها قواعد مانعه نامیده می‌شوند. این قواعد در مقابل قواعدی قرار دارند که وضعیت‌هایی را بیان می‌کنند که در آنها ممنوعیت ناشی از قواعد مانعه متفی می‌شود و به رغم وقوع تام رفتار منع شده، عمل مستلزم آثار تعیین شده قانونی نیست. قواعد اخیر را در حقوق ایران اسباب اباحه، علل موجهه یا موارد زوال رکن قانونی نامیده‌اند. تراء جرم‌انگار با توجه به اینکه جرم‌ها و آثار قانونی آنها را اعتبار می‌کنند رفتار ایجابی قانون‌گذار در مقابل قواعد

۱. عوض محمد، قانون العقوبات: القسم العام، اسکندریه: دار المطبوعات الجامعیه، ۱۹۹۴، ص ۳.

۲. عبدالفتاح مصطفى الصیفی، نفس المصدر، ص ۴۱.

۳. سیدمحمد حسینی، سیاست جنائی در اسلام و جمهوری اسلامی ایران، تهران: سمت، چاپ اول: ۱۳۸۳، ص ۱۴۸.

۴. عبدالفتاح مصطفى الصیفی، نفس المصدر، ص ۴۱.

مبینه وجه سلبی اعتبارات جنائی را بیان می‌کنند. از این رو قواعد جرم‌انگار قواعد ایجابی و قواعد مانعه قواعد سلبی نامیده شده‌اند.^۱

سه. گستره بحث از قاعده جرم‌انگار

در بررسی قاعده جرم‌انگار اگر در نظر آوریم که «چرخه جنائی» از سه مرحله پی‌درپی تشکیل می‌شود:

۱. جرم‌انگاری (هنجارگذاری جنائی و کیفرگذاری): وضع قانون جنائی،
 ۲. بزهکاری (انکستن هنجار جنائی): وقوع جرم.
 ۳. پاسخ‌دهی (کیفرده): بزهکار یا اعمال دیگر ضمانت‌اجراهای قانونی؛
- وقوع جرم را می‌توان بنایی برای تقسیم مباحث مربوط به قاعده جرم‌انگار قلمداد کرد. دسته‌ای از مباحث فارغ از عمل مجرمانه (به عنوان واقعیتهای بیرونی) به بررسی نظری ماهیت قاعده و چگونگی شکل‌گیری آن می‌پردازند و دسته‌ای دیگر الگوهای عملی معطوف به تفسیر و تطبیق قاعده با واقعیت بیرونی و اعمال آن را تحلیل می‌کنند. از این منظر مسأله قاعده جرم‌انگار مهم‌ترین بحث مربوط به حیثیت قانون حقوق جنائی است که آن را می‌توان حلقه مفقوده‌ای دانست که بسیاری از مباحث سرگردان حقوق جنائی عمومی (همچون اسباب اباحه، نسخ، مرور زمان و قلمرو اعمال قانون) را به هم پیوند می‌دهد.
- در شناخت قاعده جرم‌انگار ابتدا باید فارغ از رفتار خارجی (جرم) با بررسی ماهیت قاعده و تبیین وجوه افتراق و اشتراک آن با سایر قواعد پیکره مرکب قاعده را تحلیل کرده و به بسط هر یک از اجزای آن (۱. تکلیف جنائی ۲. تکلیف کیفری) پرداخت؛ سپس با بررسی سیر تکوین قاعده مبنا و مرجع انشاء قاعده را شناسایی کرد. با بررسی مخاطب قاعده و تناس متن قانونی در بیان قاعده و رسیدن به مرحله تشخیص (وقوع جرم) محور دوم مباحث مربوط به قاعده جنائی گشوده می‌شود که مباحثی چون شیوه تفسیر، قلمرو اجرا و کیفیت تحدید و انقضای قاعده را دربرمی‌گیرد.

امروزه نوشتگان حقوقی، قاعده جرم‌انگار را عموماً از منظر «ماده» (محتوا) آن مورد توجه قرار می‌دهند و از این رو اغلب در نتیجه فنی مباحث، که ارکان جرم و مسئولیت کیفری افراد است

۱. در این باره رک: رمیس بهنام، النظریه العامه للقانون الجنائی، اسکندریه: منشأ المعارف، ۱۹۷۱، ص ۱۶۴.