

جرمانگاری همچون آخرین چاره

نیلز جیربورگ *

ترجمه دکتر رحیم نوبهار **

فاطمه نوبهار ***

چکیده

اندیشه جرم‌انگاری به عنوان آخرین چاره، اندیشه خاصی است. این اندیشه، آشکارا یک اصل قانون اساسی نیست؛ بلکه بیشتر اصلی مربوط به اخلاق قانون‌گذاری است؛ اصلی که به نظر می‌رسد قانون‌گذاران کمتر به آن توجه کرده‌اند؛ هرچند در تمام کتابهای درسی معتبر و پیمان‌نامه‌ها بر آن تأکید شده است. اندیشه‌های مرتبط با این اصل عبارتند از: فرعی‌بودن حقوق کیفری و خصلت چندپارگی حقوق کیفری.

اصل جرم‌انگاری همچون آخرین چاره را نمی‌توان بدون درک دلایل موجهی که با تصمیم‌گیری درباره جرم‌انگاری مرتبط است، مورد بحث قرار داد. من در این مقاله، شش نوع دلیل که توجیه‌گر این اصل است، ارایه خواهم کرد: ۱. سرزنش‌پذیری (ارزش

* دکتر نیلز جیربورگ (Nils Jareborg) استاد برجسته حقوق کیفری دانشگاه سوئدی آپسالا (Uppsala) و رییس پیشین دانشکده حقوق همان دانشگاه است. او تا کنون نویسنده و ویراستار بیش از چهل عنوان کتاب و ده‌ها مقاله در زمینه حقوق کیفری بوده است. جیربورگ، مقاله‌ای را که ترجمه آن پیش روست در منبع زیر به چاپ رسانیده است:

“Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)”, Ohio State Journal of Criminal Law, Vol. 2:521, Spring 2005, Guest Editor (s): R. A. Duff, pp.521-534.

** استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

*** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

کیفری)،^۲ نیاز،^۳ میانه‌روی،^۴ ناکارآمدی،^۵ هزینه‌های نظارت و^۶ منافع بزه‌دیده. سپس این دلایل را در قالب سه اصل خلاصه خواهم کرد: ۱. اصل ارزش کیفری،^۲ اصل منفعت،^۳ اصل انسانی. افزون بر این، یک فرا اصل (در فرض شک، به نفع آزادی حکم کن^۱ یا در فرض شک، حکم به مجازات ننما^۲) را هم یادآور می‌شویم. و سرانجام به این موضوع خواهم پرداخت که اصل ضرورت از ایده‌های "تناسب معطوف به آینده"^۳ و "فرعی بودن"^۴ حقوق کیفری جداست.

نتیجه بحث این است که اصل جرم‌انگاری همچون آخرین چاره، کارکرد هنجارین مستقلى ندارد؛ جز اینکه همچون فرا اصلی که دلایل جرم‌انگاری (ارزش کیفری) را تلخیص می‌کند، تفسیر شود.

۱. طرح مسئله

در جوامع بشری، تقریباً همیشه و همه جا، مجازات اجتماعی با استناد به یک یا چند مبنا از مبانی زیر توجیه شده است:

- (فتوای روحانیت که) خدا یا خدایان خواستار مجازات‌اند یا آن را مطالبه می‌کنند؛
- رئیس (قبیله)، حاکم، رهبر، اسقف اعظم، دولت، شاه، ملکه و مانند اینها خواستار آن هستند؛ یا
- مردم (معمولاً اقلیتی خاص) خواهان مجازات‌اند.

-
1. In dubio pro libertate.
 2. In dubio contra delictum.
 3. prospective proportionality.
 4. Subsidiarity.

البته ممکن است انگیزه‌های دیگری - آشکار یا پنهانی - وجود داشته باشد، اما بگذارید از آن‌ها چشم‌پوشی کنیم. چنان که رادبروچ^۵ گفته است: تنها تا زمانی که عدالت کیفری به نام خداوند یا قوانین عرفی اعمال می‌شود، ما می‌توانیم با نیت خیر مجازات کنیم. هنگامی که ما در یک دولت قانونی^۶ اجتماعی، آزاد، محافظه‌کار - مردم‌سالار زندگی می‌کنیم، اجازه نداریم که از کیفر استفاده کنیم صرفاً به این دلیل که خواستار آنیم؛ یا برای اینکه گفته می‌شود خداوند خواهان آن است؛ یا به دلیل اینکه همیشه مجازات کرده‌ایم؛ یا به این دلیل که به نظر می‌رسد مجازات برای رسیدن به برخی اهداف، راهی طبیعی یا مؤثر است. علت اصلی آن است که مجازات مستلزم برخورد خشنی است که آسیبی را تحمیل می‌کند که اغلب شدید است. بر پایه این فرض که یک نهاد دولتی تنها زمانی موجه است که کاملاً به نفع شهروندان باشد، سیستم مجازات و ساختار و محتوای آن باید با استناد به دلایل متقاعد کننده عقلی (اخلاقی) از جمله دلایلی که به برخی مفاهیم «خیر مشترک» اشاره دارند، توجیه شود.

این مطلب، مناسب و معقول به نظر می‌رسد؛ اما آیا واقعیت دارد؟ آنچه ما درباره آن سخن می‌گوییم عبارت است از: محدود کردن قدرت ارکان مقننه که از راه انتخابات مردم‌سالارانه برگزیده شده‌اند تا درباره به کارگیری مجازات، قانون‌گذاری کنند. اما این قدرت را چگونه می‌توان محدود کرد؟ اگر بناست محدودیت‌های قانوناً الزام‌آوری وجود داشته باشد، به حمایت قانون اساسی (به معنایی که تعهدات بین‌المللی را هم در بر می‌گیرد)، نیازمندیم. ما همچنین نیازمند حمایت دادگاه‌هایی هستیم که کارشان اطمینان پیدا کردن از این است که قانون‌گذاران از صلاحیت ناشی از قانون اساسی خود فراتر نمی‌

5. Radbruch.

6 . Rechtsstaat.

روند، مانند دادگاه‌های قانون اساسی (عمومی)، یا دادگاه‌های عادی (موردی) یا دادگاه‌های بین‌المللی مانند دادگاه اروپایی حقوق بشر در استراسبورگ.

اکنون حتی اگر تفاوت‌های قابل توجهی میان قوانین اساسی و در نتیجه، میان کشورهای گوناگون وجود داشته باشد، روشن است که محدودیت‌های ناشی از قانون اساسی که در واقع بر قانون‌گذاران تحمیل شده است، زیاد هم دور از دسترس نیست. به نظر می‌رسد قوی‌ترین حمایت‌ها با منع عطف به ماسبق شدن قوانین و منع تجویز کاربرد قیاس در قوانین موجود به ضرر متهم، پیش‌بینی شده است. اما برای نمونه، ممنوعیت‌های قانونی الزامی علیه قوانین کیفری که مسئولیت مطلق^۷ را وضع می‌کند، وجود ندارد. اصل قانونی بودن^۸ و نیز اصل تقصیر (که به موجب آن مجازات زمانی جایز است که متهم نسبت به عمل ارتكابی مقصر باشد)^۹، اغلب به عنوان بنیادهای اصلی حقوق جزای مدرن قلمداد می‌شوند، اما در رابطه با قانون‌گذار، تنها اصل قانونی‌بودن است که دارای یک موقعیت قانونا الزام‌آور است.

وقتی می‌گوییم قانون‌گذار نمی‌تواند اقدام خاصی را انجام دهد، اغلب منظورمان این است که قانون‌گذار نباید آن را انجام دهد؛ و تعهد مورد نظر یک وظیفه قانونی نیست؛ بلکه وظیفه‌ای اخلاقی است. در سایه قوانین اساسی و پیمان‌نامه‌ها، یک اخلاق عدالت کیفری وجود دارد که ممکن است همچون بخشی از ایدئولوژی دولت قانون‌مدار تلقی شود؛ ایدئولوژی‌ای که تصور می‌شود بر جوامعی که مردم‌سالارانه اداره می‌شوند حاکم است؛ این اخلاق احتمالا باید مرکب از اصول اخلاق عقلانی باشد که با آن ایدئولوژی

7. Strict liability.

8. Nulla poena sine lege.

9. Nulla poena sine culpa.

مناسب است. با این حال، اصول اخلاق عقلانی چیزی نیست جز خلاصه تعمیمات دلایل مناسبی که معمولاً از نقطه نظریات اخلاقی استنتاج می‌شود. این به آن معنی است که برای نمونه، اصول اخلاقی ممکن است با یکدیگر در تعارض باشند و اینکه آن‌ها موقتی‌اند؛ به این معنی که آنها برخی استثنای موجه را برمی‌تابند. قواعد اخلاقی دقیق، همیشه به تغییرات اندکی نیازمندند. هدف استدلال اخلاق عقلانی، متعادل نمودن اصول و کاربرد آنها است؛ جان رولز در این باره در یک تعبیر مناسب گفته است: «ما می‌خواهیم به یک "تعادل انعکاسی" ^{۱۰} دست پیدا کنیم.» استدلال اخلاقی در مقایسه با استدلال حقوقی بسیار بازتر است؛ استدلال اخلاقی بیشتر شبیه استدلال قانون مطلوب ^{۱۱} است، تا استدلال مربوط به قانون موجود. ^{۱۲} نمی‌توان انتظار داشت که اصول جرم‌انگاری، مطلق و بدون استثنا باشد.

هدف این نوشته، تعریف محدوده‌ای که در آن می‌توان قانون‌گذاران را قانوناً محدود کرد، یا ترسیم کلی محتوای یک اخلاق عدالت کیفری عمومی نیست. بحث من به گوشه-ای کوچک از چنین اخلاقی محدود می‌شود. اغلب-در واقع بسیاری اوقات- ادعا می‌شود که جرم‌انگاری آخرین چاره قانون‌گذار است. جرم‌انگاری باید به عنوان آخرین چاره به کار گرفته شود؛ به عنوان: «آخرین راه‌حل در وخیم‌ترین موارد.»

همزمان، اغلب ادعا می‌شود که در عمل، به این اصل (یا "اندیشه") توجه نمی‌شود. جرم‌انگاری پیوسته به عنوان نخستین چاره ^{۱۳} به کار گرفته می‌شود. علت تا اندازه‌ای آن است که جرم‌انگاری جدید مستلزم هزینه‌های آشکار و فوری نیست که باید در طرح

10. Reflective equilibrium.

11. De lege ferenda.

12. De lege lata.

13. Sola ratio.

بودجه‌ی مقامات عدالت کیفری مورد توجه قرار گیرد. در نتیجه، ما مجبوریم با "تورم قوانین کیفری" زندگی کنیم.

هدف این مقاله، روشن کردن معنی و نقش اصل "جرم‌انگاری به عنوان آخرین چاره" است. با این حال من به بررسی اینکه پیش از توسل به حقوق کیفری و مجازات، باید به دنبال چه چاره دیگری بود، نخواهم پرداخت. من هیچ‌گاه به بحث جامعی درباره چاره پیشینی^{۱۴} و چاره پسینی^{۱۵} و مانند آن، بر نخورده‌ام. اما باید یک فرض اولیه وجود داشته باشد که بر پایه آن دولت اصلاً نباید مداخله کند. اگر هم مداخله ضروری باشد، ترتیبات مربوط به کمک، پشتیبانی، مراقبت، بیمه و صدور پروانه باید بر اقدامات قهری مقدم باشد. اگر اقدامات قهری ضروری باشد، نیازی نیست که این اقدامات مشتمل بر ضمانت اجرا هم باشند. اگر ضمانت اجرا ضروری است، ضمانت اجرای حقوق خصوصی ممکن است بر ضمانت اجرای اداری مرجح باشد.

۲. زمینه

اصل جرم‌انگاری به عنوان آخرین چاره عمدتاً در پژوهش‌های حقوقی در آلمان مورد بحث قرار گرفته است؛ هرچند من در نوشتن این مقاله از پژوهش‌های سوئدی هم کمک گرفته‌ام.

کمی توضیح ممکن است به روشن شدن مسئله کمک کند. روکسین^{۱۶} استدلال می‌کند که حقوق کیفری تنها وسیله مناسبی نیست که با آن، هدف مناسب حمایت از ارزش‌ها و

14. Prima ratio.

15. Secunda ratio.

16. Roxin.

منافع موجه پیگیری شود. برعکس، کل زرادخانه نظم حقوقی باید به کار گرفته شود، و حقوق کیفری در واقع، آخرین ابزار حمایتی است که باید در نظر گرفته شود. حقوق کیفری تنها آن گاه باید به کار گرفته شود که دیگر راه‌ها (مانند اقامه دعوی حقوق خصوصی، راه‌حل‌های اداری و ضمانت اجرای غیرکیفری) کارآیی ندارند. به همین دلیل است که مجازات "آخرین راه‌حل سیاست اجتماعی" نامیده شده است و کارکرد آن، حمایت فرعی از منافع^{۱۷} تعریف شده است. حقوق کیفری تنها از برخی منافع حمایت می‌کند و حمایت آن بیش از آن که عام باشد گزینشی است، چنانکه در مورد حمایت از اموال خصوصی چنین است. به همین دلیل مناسب است که از ویژگی "چند پارگی"^{۱۸} حقوق جزا سخن بگوییم.

استراتنورث^{۱۹} مسئله را چنین توضیح می‌دهد: به عنوان یک قاعده، مجازات شدیدترین دخالت دولت در حقوق فردی یک انسان است. بنابراین تنها باید جایی به کار گرفته شود که دیگر اقدامات - به ویژه اقدامات حقوق خصوصی و حقوق اداری - کارآمد نباشند. از این رو ما باید بر ماهیت چندپارگی و فرعی بودن حقوق کیفری تأکید کنیم.

معتبرترین بیان اصل جرم‌انگاری به عنوان آخرین چاره در رأی دادگاه قانون اساسی آلمان در پرونده موسوم به اولین پرونده سقط جنین در ۲۵ فوریه ۱۹۷۵ دیده می‌شود. دادگاه این اصل را در قالب‌هایی محدودتر از آنچه رایج بود، بیان کرد؛ دادگاه همچنین میان وظیفه قانونی جرم‌انگاری و وظیفه قانونی ترک جرم‌انگاری مردد بود. هرچند به نظر می‌رسد به جرم‌انگاری متمایل بود؛ زیرا تصمیم دادگاه این بود که جرم‌انگاری در آن فرض

17. Rechtsgüter.

18. Fragmentary.

19. Stratenwerth.

مورد حمایت است. با این حال، دل‌مشغولی کنونی من این نیست که آیا وظیفه قانونی برای جرم‌انگاری وجود دارد یا اینکه چنین وظیفه‌ای چه زمانی باید وجود داشته باشد. (البته از اینکه وظیفه‌ای نسبت به عدم جرم‌انگاری وجود ندارد، نتیجه گرفته نمی‌شود که وظیفه‌ای نسبت به جرم‌انگاری وجود دارد.)

نویسندگان و منابعی که من تا کنون به آنها مراجعه کرده‌ام، اصل جرم‌انگاری را به عنوان آخرین چاره و ویژگی فرعی بودن و چندپارگی حقوق کیفری یادآور شده‌اند. اینکه حقوق کیفری تنها حمایت غیر یک‌پارچه‌ای را پیشنهاد می‌دهد، نمی‌تواند هیچ ارزش مستقل هنجارینی داشته باشد. این یک توضیح صرف از این واقعیت است که تمام منافع که شایسته حمایت‌اند- یا در عمل می‌توانند حمایت شوند- با حقوق کیفری حمایت نمی‌شوند. برای نمونه اگر نقض همه قراردادهایی که موجب ضرر اقتصادی می‌شوند، جرم‌انگاری شود، احتمالاً نظام عدالت کیفری چنان پر مشغله می‌شود که کارآیی آن از بین می‌رود. با وجود اصل جرم‌انگاری به عنوان آخرین چاره یا اصل فرعی بودن حقوق کیفری، اصل چند پاره بودن حقوق کیفری کارکرد خاصی ندارد.

آنچه من در ادامه این نوشتار به آن می‌پردازم، بسیار محدود است. تمام پژوهشگران حقوق کیفری در باره اصل جرم‌انگاری به عنوان آخرین چاره سخن می‌گویند، اما هنوز هم چندان واضح نیست که این مفهوم به چه چیز اشاره دارد. پس من دو مسئله را روشن خواهم کرد. نخست ارتباط میان اصل جرم‌انگاری به عنوان آخرین چاره و اصل فرعی- بودن حقوق کیفری آیا یک اصل، یا دو اصل (یا حتی بیشتر) وجود دارد؟ دومین مسئله این است که آیا اصل جرم‌انگاری به عنوان آخرین چاره و اصل فرعی بودن حقوق کیفری اهمیت مستقل هنجارین دارند، یا آنکه این دو اصل صرفاً در ضمن اصول دیگر بیان شده‌اند. اما من تلاش نخواهم کرد تا اصل جرم‌انگاری به عنوان آخرین چاره یا اصل فرعی- بودن حقوق کیفری را در قانون‌گذاری رایج اعمال کنم.

استدلال‌های من بر این فرض استوار است که مجازات، مداخله‌جویانه‌ترین روش دخالت دولت در رفتار غیرقانونی است. استدلال‌های من بر این فرض کمتر قابل قبول که مجازات بدترین کاری است که یک دولت می‌تواند با یک شهروند انجام دهد، استوار نیست. چنان‌که نوکه^{۲۰} می‌گوید، مجازات شدیدترین ضمانت اجرای دولتی به شمار می‌آید. دربارهٔ زندان، وجهی برای شک در شدت آن وجود ندارد. سلب آزادی به خودی خود بسیار مداخله‌جویانه است، و به عنوان یک مجازات، بیان آشکار سرزنش شدید اجتماعی است. افزون بر این، زندان معمولاً مستلزم بدنامی و تحقیر است. اگر هم کسی به حکم زندان کوتاه مدت اهمیت ندهد، زندانی شدن اغلب بر زندگی خانوادگی و زندگی کاری چندان اثر می‌گذارد که ممکن است هیچگاه جبران نشود. قانون‌گذاران تلاش می‌کنند تا با به کارگیری جانشین‌های کمتر مداخله‌جویانه نسبت به زندان، آسیب مجازات را کمتر کنند، اما از نقطه نظر جرم‌انگاری در چنین مواردی تهدید ناشی از مجازات همچنان مربوط به خود زندان است، و آنچه ما اکنون درباره آن سخن می‌گوییم، خود جرم‌انگاری است.

با این حال اگر تهدید مجازات، مربوط به جزای نقدی باشد، ممکن نیست بدون هیچ قید و شرطی ادعا کنیم که مجازات شدیدترین ضمانت اجرای دولتی است. برای نمونه در سوئد پرداخت هزینه به عنوان ضمانت اجرای اداری معمولاً شدیدتر از جزای نقدی است. (به رغم این واقعیت که در ضمانت اجرای اداری، تضمین‌های رویه‌ای ضعیف‌تر است.) اما در اینجا مسائل به دلیل استفاده از زندان به عنوان ضمانت اجرای پشتیبان در مورد جریمه‌های پرداخت نشده، پیچیده می‌شود. برخی اوقات هم، معیارهای مجازات تنها به این

20. Naucke.

منظور که بازداشت پیش از محاکمه و دیگر اقدامات امنیتی را امکان‌پذیر کند، به زندان به عنوان یک ضمانت اجرای ممکن ارجاع می‌دهد.

به منظور تبیین این بحث، من فرض می‌کنم که مقصود از مجازات، زندان است. (یا دیگر انواع کیفر حتی اگر شدیدتر از زندان باشند.) همچنین فرض می‌گیرم که می‌توان مجازات را مداخله‌جویانه‌ترین اقدام قهری دولت در پاسخ به رفتار غیرقانونی تلقی کرد. (با این شرط که برای نمونه اردوگاه کار اجباری را لحاظ نکنیم.) این فرض با حقوق کیفری بیشتر کشورها جور درمی‌آید.

۳. دلایل جرم‌انگاری

دلایل گوناگون قابل قبولی در دولت قانون‌مدار له یا علیه جرم‌انگاری در موارد خاص وجود دارد. شش نوع آن که مهم‌تر است به این شرح است:

الف) سرزنش‌پذیری (ارزش کیفری)

یک دلیل روشن برای جرم‌انگاری نوعی از رفتار این است که آن رفتار سزاوار سرزنش باشد؛ به این معنی که آن رفتار سزاوار سرزنشی باشد که مجازات بیانگر آن است. میزان قوت این استدلال به میزان سرزنش‌آمیز بودن، یعنی ارزش کیفری آن عمل، بستگی دارد. میزان سرزنش‌آمیز بودن هر رفتار، تا حدی بستگی به این دارد که چه ارزش‌ها و مصالحی زیر پا گذاشته شده یا تهدید شده است؟ میزان سرزنش‌پذیری همچنین تا اندازه‌ای به این بستگی دارد که آیا آن رفتار در بردارنده نقض (ضرر) واقعی است، یا آن رفتار، خطر چنین نقضی را به وجود می‌آورد، یا آن رفتار با چنین نقضی ارتباط دوری دارد؟ (مانند نقض مقررات ایمنی). سرزنش‌آمیز بودن، به گناه و تقصیری که عامل در رفتار خود آن را به نمایش می‌گذارد نیز بستگی دارد. رفتار عمدی بیشتر از رفتار ناشی از غفلت، سزاوار

سرزنش است؛ انگیزه‌هایی که در پشت رفتار نهفته است نیز موجب تفاوت می‌شود؛ همچنین همه افراد آن قدر توانایی ندارند که به عنوان یک عامل کاملاً مسئول رفتار کنند. حقوق سوئد میان ارزش کیفری عینی (ارزش کیفری فعل یا ترک فعل عینی) و ارزش کیفری انتزاعی (ارزش کیفری نوعی فعل یا ترک فعل) تمایز قائل شده است. البته جرم-انگاری به انواع فعل و ترک فعل مربوط می‌شود. دست کم به لحاظ اصولی، درجه‌بندی مجازات که به نوع خاصی از جرم مربوط می‌شود، برای بیان ارزش کیفری انتزاعی سطح رفتاری است که جرم‌انگاری شده است. دلایلی وجود دارد که تأکید شود در ارزیابی ارزش کیفری، نباید به سرجمع ضرر وارد شده توجه کرد؛ برای نمونه، سرجمع خسارت-های ناشی از دله دزدی زیاد است، اما این مسئله، دله دزدی را به جرمی سنگین تبدیل نمی‌کند. آسیب، خطر یا خطرناکی مورد نظر، همان است که در تعریف حقوقی جرم بیان شده است.

ب) نیاز

اگر نتایج مورد نظر با روشهای کمتر مداخله‌جویانه یا کم هزینه‌تر به دست نیاید، به اقدام خاص دیگری نیاز است. بنابراین برای توجیه موردی از جرم‌انگاری بر مبنای اینکه به جرم‌انگاری نیاز است، باید فرض کنیم حمایت همسنگ و مناسب از ارزشها و منافع مورد نظر از راههای دیگر- برای نمونه با دیگر راههای قانون‌گذاری- نمی‌تواند به دست آید. بررسی اینکه آیا نیازی وجود دارد، به این معنی که آیا اقدام خاصی برای رسیدن به یک هدف معین ضروری است، در وضعیت‌های عینی می‌تواند بی‌مشکل باشد. اما اهدافی که جرم‌انگاری باید برآورده نماید، مبهم و نامعلوم است؛ این اهداف، عینی نیستند. رواج (احتمالاً گسترده) برخی رفتارها یک مشکل اجتماعی به شمار می‌آید. در چنین فرضی هدف این است که شیوع چنین رفتارهایی به میزانی قابل قبول، کاهش یابد. اما درباره آنچه

از طریق موارد خاص جرم‌انگاری می‌توان به دست آورد، آگاهی اندکی وجود دارد. این مشکل درباره اینکه میزان قابل قبول از آن رفتار رایج چیست، نیز وجود دارد. همچنین پی-بردن به اینکه آیا واقعاً نیازی به جرم‌انگاری هست، ممکن است به زمان زیادی نیاز داشته باشد.

از سوی دیگر، پیش‌بینی اینکه دیگر نظام‌های کنترل و ضمانت اجرا کارآمدتر است، ممکن است کاملاً آسان باشد. برای نمونه، کسی ممکن است استدلال کند زمانی که بزه‌کاران بالقوه بسیار اندک‌اند و محدود کردن آنها کاملاً آسان است - و در نتیجه، کنترل آنها به صورت فردی آسان خواهد بود - چنان که در برخی از حوزه‌های جرائم اقتصادی نیازی به جرم‌انگاری نیست.

بنابراین، تا زمانی که هدف ما متمایل به پیشگیری عمومی از رفتار نامطلوب باشد، دلیل "نیاز" چندان راضی‌کننده نیست. البته ممکن است جایگزین مناسبی هم برای این دلیل در دسترس نباشد؛ اما زمانی که می‌توان گفت نیازی به جرم‌انگاری نیست، استناد به "نیاز" در شکل منفی آن قوی‌تر است.

چه نیازهای دیگری می‌توانند بر حق باشند؟ امروزه این نیاز مسلماً وجود دارد که به طور آشکار و عمومی روشن شود که برخی رفتارها غیر قابل قبول و سزاوار سرزنش‌اند. با استناد به این نیاز، توجیه جرم‌انگاری (یا دست کم دفاع از آن) - به‌ویژه جرم‌انگاری‌های شدیدتر - عادی و عادی‌تر شده است. چنانکه هاسمر^{۲۱} اشاره کرده است، این مسئله ناشی از بکارگیری حقوق جزا به عنوان ابزار تربیت عمومی و به منظور "حساس کردن" مردم است. به این پرسش مهم که آیا استفاده از مجازات برای این منظور، مناسب یا عادلانه است،

21. Hassemer.

هیچگونه توجهی نمی‌شود؛ تنها چیزی که به حساب می‌آید، همان پیام مجازات است. به نظر من، اقدامات مبتنی بر چنین "پیشگیری عمومی صریحی" نظام عدالت کیفری را تباه می‌کند، من از توضیحات بیشتر خودداری می‌کنم.

ج) میانه‌روی

"میانه‌روی" نه به نفع جرم‌انگاری که تنها علیه آن استدلال می‌کند. حتی اگر رفتاری تا حدی سزاوار سرزنش باشد یا گناهکارانه به حساب آید، ممکن است مجازات زندان یا جانشینی جز آن افراطی یا به گونه‌ای ناموجه و مداخله‌جویانه به نظر آید. (در پژوهش‌های آلمانی در این زمینه با عبارت "ممنوعیت افراطی"^{۲۲} روبرو می‌شویم).

با این حال، استدلال میانه‌روی دو جنبه دارد: یک واکنش ممکن است نسبت به شدت گناهکارانه بودن رفتاری خالص مبالغه‌آمیز جلوه کند. اگر چنین باشد، ما با نوعی اصل تناسب که ذاتی نظام کیفری است و ناظر به گذشته است، سروکار داریم. در چنین مواردی، رفتاری معین در مقایسه با رفتارهای دیگر آنقدر شدید نیست که جرم‌انگاشته شود، یا چندان جدی نیست که کیفر آن زندان باشد؛ در این گونه موارد، استدلال میانه‌روی درون استدلال سرزنش‌آمیز بودن، قرار می‌گیرد و دامنه آن را تنگ می‌کند. با این حال، اهمیت اصلی این گونه استدلال‌ها درباره اصل تناسب عطف به ما سبق شونده مربوط به مرحله تعیین مجازات است نه قانون‌گذاری.

همچنین یک واکنش ممکن است نسبت به منظور یا هدف مورد نظر افراطی به نظر رسد. اگر چنین باشد، ما با "اصل تناسب معطوف به آینده" سر و کار داریم. در دولت

22. Excess prohibition.

قانون‌مدار، اصل تناسب باید بر همه بخش‌های اداری، به‌ویژه بر قوانین پلیسی اعمال شود. این یک اصل بنیادین حقوق اتحادیه اروپایی است. اگر مقتضای میانه‌روی همان مقتضای اصل تناسب معطوف به آینده قلمداد شود، در عمل، تمایز میان دلیل "نیاز" و دلیل "میانه‌روی" دشوار خواهد بود؛ به این دلیل است که به دشواری می‌توان هدف مشخصی برای هر نوع خاص از جرم‌انگاری تعیین نمود.

د) ناکارآمدی

اگر استدلال‌های ناظر به "کارآمدی" بخواهند از استدلال‌های مربوط به "نیاز" جدا باشند، به سختی می‌توانند سودمند باشند، مگر اینکه استدلال‌هایی علیه جرم‌انگاری باشند؛ به معنی استدلال‌هایی که جرم‌انگاری بر اساس آنها ناموجه خواهد بود. زیرا جرم‌انگاری ابزار کارآمدی برای هیچ یک از اهدافی که باید به آن دست یافت، نیست. با این حال، استدلال‌های ناظر به ناکارآمدی و استدلال‌های ناظر به عدم‌نیاز تا حدودی با یکدیگر تداخل دارند. نمونه عوامل متضمن ناکارآمدی، موردی است که احتمال کشف جرم بسیار اندک است (و اگر رفتار مورد نظر جرم‌انگاری شود، شاید احتمال کشف آن بیش از پیش کاهش یابد)؛ نیز موردی که جرم باید چنان تعریف شود که اجرای مقررات را بسیار دشوار سازد؛ جایی که تعریف جرم باید دربردارنده عناصری باشد که اثبات آن دشوار است؛ نیز موردی که جرم‌انگاری چنان آشکارا با دیدگاه عموم مغایرت دارد که ممکن است نادیده گرفته شود و یا حتی باعث تضعیف احترام مردم به نظام عدالت کیفری شود.

ح) هزینه‌های نظارت

دلیل دیگر برای جرم‌انگاری این است که ضمانت اجراهای جایگزین و کمتر مداخله-جویانه یا دیگر اقدامات (برای نمونه، جریمه به دلیل ترک فعل) به گونه‌ای قابل توجه نیازمند به منابع بیشتری است. در مقابل، یک دلیل علیه جرم‌انگاری می‌تواند این باشد که

نظام عدالت کیفری برای برآمدن از پس باری که جرم‌انگاری بر دوشش می‌گذارد، نه منابع مورد نیاز را دارد و نه می‌تواند آن را به دست آورد. (البته اگر این مسئله جدی گرفته شود). آثار ثانویه نیز می‌توانند با اهمیت باشند. برای مثال اگر مالکیت یا استفاده از چیزی جرم‌انگاری شود ممکن است باعث افزایش سطح قیمت آن در بازار غیرقانونی شود؛ امری که به نوبه خود می‌تواند به بزهکاری فزاینده علیه اموال و حتی پیدایش تهورآمیز جرائم سازمان‌یافته، بینجامد. نوع دیگری از هزینه‌های نظارت این است که منابع کمیاب به جای اینکه برای مراقبت ضروری هزینه شود، صرف مجازات شود.

خ) مصالح بزه‌دیده

یکی از نتایج جرم‌انگاری برخی رفتارها این است که معمولاً بزه‌دیده راحت‌تر مورد حمایت قرار می‌گیرد و خسارت‌های او جبران می‌شود؛ زیرا مجبور نیست برای تحقیقات و پیگیری قانونی مسئولیتی به عهده گیرد. برخی اوقات به نفع بزه‌دیده است که دعوا از مداخله عمومی رها نگه داشته شود، اما این مسئله بیشتر مربوط به مقررات رسیدگی است تا مسئله جرم‌انگاری.

۴. اصول جرم‌انگاری

ارائه سطحی دلایل گوناگون جرم‌انگاری که در بخش قبلی پیشنهاد شد، حتی می‌تواند خلاصه‌تر شود. این دلایل را می‌توان در سه اصل جرم‌انگاری خلاصه نمود:

۱. اصل ارزش کیفری. رفتاری که به طور قابل توجهی سرزنش‌آمیز نیست، نباید جرم‌انگاری شود. هر قدر ارزش کیفری، بالاتر (انتزاعی‌تر) باشد، دلایل جرم‌انگاری قوی‌تر

است. این اصل، استدلال‌های مربوط به سرزنش‌پذیری و اصل «تناسب ناظر به گذشته»^{۲۳} را که درون نظام است، پوشش می‌دهد.

۲. اصل سودمندی. زیر این عنوان باید اهمیت دلایلی را که ناظر به اصل نیاز، هزینه‌های نظارت و ناکارآمدی است، بررسی نمود. دلایلی وجود دارد که نشان می‌دهد بررسی اینکه آیا سود جرم‌انگاری بیش از زیان آن است، بسیار نامعین است.

۳. اصل انسانیت. زیر این عنوان باید اهمیت استدلال‌های ناظر به اصل میانه‌روی (به ویژه اصل تناسب ناظر به آینده)، مصالح بزه دیده و برخی انواع هزینه‌های نظارت، بررسی شود. استدلال‌هایی که در بخش سوم به نفع جرم‌انگاری یا علیه آن بیان شد نه تنها برای پرسش در مورد اصل جرم‌انگاری که برای پرسش درباره اینکه جرم‌انگاری تا چه حد باید سنگین باشد نیز اهمیت دارد. خلاصه‌ای که اینجا به صورت سه اصل پیشنهاد شد، این مسئله را هرچه آشکارتر می‌سازد. همچنین پیدا است که اصل انسانیت هنگامی که در مورد پرسشهای مربوط به شدت جرم‌انگاری به کار گرفته می‌شود باید بیشتر مورد توجه قرار گیرد. مسائل مربوط به میزان سرکوب قابل قبول و قضاوت‌ها درباره ارزش کیفری نسبی، حداقل به اندازه خود مسئله جرم‌انگاری اهمیت دارند، اما در اینجا تنها موضوع دوم مورد توجه قرار می‌گیرد.

هنک^{۲۴} استدلال می‌کند که درست همان گونه که دادرس بدون اثبات گناه متهم نمی‌تواند او را محکوم کند، قانون‌گذار نیز نباید بدون دلیلی مبنی بر اینکه جرم‌انگاری ضرورت دارد، رفتار خاصی را جرم‌انگاری کند. قاضی تابع این اصل است که: اگر

23. Retrospective proportionality.

24. Hanack.

تردیدی در مجرمیت وجود داشته باشد، باید به سود متهم حکم شود.^{۲۵} برای قانون‌گذار اصلی موازی با این اصل مطرح است که به موجب آن شک در قانون، باید به سود آزادی تفسیر شود.^{۲۶} (در برابر اینکه شک باید به سود قانون تفسیر شود.^{۲۷}) هرچند مدلول این اصل روشن نیست. آیا این اصل بر نیاز به "قوت دلیل"^{۲۸} همراه با شرط "بار اثبات"^{۲۹} دلالت دارد؟

در انتخاب میان جایگزین‌ها، ما معمولاً هنگامی که تمام دلائل له یا علیه آن جایگزین را بررسی کردیم بهترین جایگزین را برمی‌گزینیم. خودداری از انتخاب آنچه بهترین گزینه به نظر می‌رسد، تنها زمانی عقلانی است که اطمینان کامل وجود نداشته باشد، و داوری نادرست پیامدهای بسیار وخیمی داشته باشد. اصل پیشنهادی، چیزی بیش از این نیست که باید متقاعد شد که دلائل به نفع جرم‌انگاری آشکارا سنگین‌تر از دلائل علیه آن است. اصل مزبور بیانگر آن است که دلائل له یا علیه جرم‌انگاری نباید چنان باشد که ناموجه بودن جرم‌انگاری، نامتعارف جلوه کند. (بسیاری از نظریه‌پردازان حقوق کیفری آلمان از "ضرورت" یا "نیاز" برای به کارگیری مجازات سخن می‌گویند. اما این دو اصطلاح نسبی‌اند، و همان گونه که پیشتر بیان شد هدف‌های مورد نظر بسیار مبهم‌اند. در عمل، امکان ندارد که با نگاه به گذشته بررسی کنیم که آیا نوع خاصی از جرم‌انگاری مورد نیاز بوده است یا نه؟)

25. In dubio pro reo.

26. In dubio pro libertate.

27. In dubio pro lege.

28. Strength of evidence.

29. Burden of proof.

۵. اصل تناسب و اصل جرم‌انگاری به عنوان آخرین چاره:

در رأیی که پیشتر در بخش دوم به آن اشاره شد، دادگاه قانون اساسی^{۳۰} به اصل تناسب اشاره کرده بود: یعنی ضرورت تناسب.^{۳۱} در آلمان، ضرورت به این معنی، در قانون اساسی دارای جایگاه است.

با این حال، چنانکه در بخش سوم بیان شد، این اصل دو جنبه دارد. نیز می‌توان گفت دو نوع اصل تناسب وجود دارد: اصل تناسب ناظر به گذشته، و اصل تناسب ناظر به آینده. اصل تناسب ناظر به گذشته، به ارتباط میان ارزش کیفی برخی رفتارها و شدت مجازات نظر دارد. اگر مجازات، زیاد سنگین یا زیاد ملایم باشد، این اصل نقض شده است. اصل تناسب ناظر به آینده، به تناسب میان شیوه‌ها و هدف مربوط می‌شود. اگر شیوه‌ها بیش از اندازه شاق و مداخله‌جویانه یا به گونه‌ای دیگر پرهزینه باشند، با توجه به اهمیت مصالحی که ما در دستیابی به هدف داریم، این اصل نقض شده است.

آنچه یک دادگاه یا نویسنده حقوقی از اصل تناسب قصد می‌کند، همیشه روشن نیست. من اکنون به شرح و بسط مطلب نمی‌پردازم، اما معتقدم که گاه به هر دو اصل اشاره می‌شود؛ گاه اصل تناسب ناظر به گذشته و گاه اصل تناسب ناظر به آینده. (گهگاه به نظر می‌رسد که اصل قانون قصاص^{۳۲} دوباره به کار گرفته شده است؛ به این معنی که ضرر ناشی از رفتار با زیان ناشی از مجازات باید صریحاً مقایسه شود.)

آنچه اکنون برای ما جالب است، رابطه میان اصل تناسب و اصل جرم‌انگاری به عنوان آخرین چاره است. اگر اصل جرم‌انگاری به عنوان آخرین چاره از الزامات اصل تناسب

30. Bundesverfassungsgericht .

31. Verhältnismässigkeit.

32. Lex Talionis.

ناشی شده باشد، هیچ کارکرد هنجارین مستقلی نخواهد داشت. به نظر می‌رسد این همان دیدگاه روکسین است. ضمناً او آشکارا از اصل تناسب ناظر به آینده سخن می‌گوید.

۶. فرعی بودن حقوق کیفری و اصل جرم‌انگاری به عنوان آخرین چاره

ارتباط میان اصل جرم‌انگاری به عنوان آخرین چاره و مفهوم "فرعی بودن حقوق کیفری" چیست؟ (اصل فرعی بودن حقوق کیفری به معنی آن است که رسالت حقوق جزا صرفاً فراهم آوردن حمایت فرعی از منافع است که قانون آنها را به رسمیت می‌شناسد و از آنها حمایت می‌کند). نخست، ما باید دست کم میان پنج نوع تفسیر از اصل فرعی بودن حقوق کیفری تمایز قایل شویم.

۱. به نظر فورم‌باوم^{۳۳} با وجود اصل جرم‌انگاری به عنوان آخرین چاره، اصل فرعی بودن حقوق کیفری کارکردی ندارد. حقوق کیفری از تمام منافع و ارزش‌ها حمایت نمی‌کند، بلکه تنها از منافع و ارزش‌های موجه دفاع می‌کند. موجه بودن یک منفعت یا ارزش بسته به این است که آیا آن منفعت یا ارزش پیش از آن که حقوق کیفری به ایفای نقش پردازد، به خودی خود توسط نظم حقوقی به رسمیت شناخته شده است یا نه؟ بنابراین، فرعی بودن حقوق کیفری مسئله‌ای است که به تعریف حقوق کیفری باز می‌گردد.

با این حال، تصور فورم‌باوم از فرعی بودن، پذیرفتنی نیست. موجه بودن یک مصلحت یا ارزش، پدیده‌ای انتزاعی است که می‌تواند با انعطاف قابل ملاحظه‌ای تعبیر و دستکاری شود. نکته دیگر اینکه چرا منفعت یا ارزش معینی نمی‌تواند تنها توسط حقوق کیفری حمایت شود؛ در چه موردی شناسایی آن مصلحت یا ارزش معین بر جرم‌انگاری مقدم نیست؟

33. Vormbaum.

۲. برانت^{۳۴} هم، فرعی بودن حقوق کیفری را چیزی متفاوت از اصل جرم‌انگاری به عنوان آخرین چاره قلمداد می‌کند. به عقیده او، اصل فرعی بودن، موقعیت یک اصل قانون اساسی را ندارد، اما همچنان اصل بنیادین مهم در "دولت اجتماعی"^{۳۵} است. ارگان‌های دولتی به هیچ وجه نباید دخالت کنند، مگر اینکه بزه‌کار، یا بزه‌کار و بزه‌دیده، یا جامعه محلی که جرم در آن رخ داده است نتوانند مشکلات را حل کنند، یا نتوانند به حل و فصل قابل قبولی دست یابند. اگر نهادهای دولتی بخواهند دخالت کنند، نخست باید کمک، مراقبت، خدمت یا دیگر حمایت‌های اجتماعی را به کار گیرند. مجازات باید آخرین اقدامی باشد که به کار گرفته می‌شود.

چون اصل فرعی بودن حقوق کیفری به این معنی، به قدرت دولت در قلمروی که پیشتر جرم‌انگاری شده مربوط می‌شود، درباره اعتبار آن بحث نمی‌کنم. اصل فرعی بودن حقوق کیفری به این معنی، درباره موجه بودن جرم‌انگاری بحث نمی‌کند.

۳. به نظر می‌رسد روکسین و جاکوب^{۳۶} و دیگران، اصل فرعی بودن حقوق کیفری را دقیقاً همان اصل تناسب ناظر به آینده تلقی می‌کنند. اگر چنین است آنچه پیشتر در بخش چهارم گفته شد قابل اجراست. اصل فرعی بودن حقوق کیفری به این معنی کارکرد هنجارین مستقلی ندارد.

۴. اگر اصل فرعی بودن حقوق کیفری از برآیند اصول جرم‌انگاری که در بخش پنجم بیان شد، استنتاج شده باشد، نیز نتیجه همان خواهد بود. اصل فرعی بودن حقوق کیفری (و نیز اصل جرم‌انگاری به عنوان آخرین چاره اگر صرفاً ترجمان اصل فرعی بودن حقوق کیفری باشد) به اصل: "در فرض شک، اصل بر بی‌گناهی است." فروکاسته می‌شود.

34. Brandt.

35. Social state.

36. Jakobs.

۵. سرانجام، اصل فرعی بودن حقوق کیفری (و در نتیجه همچنین اصل جرم‌انگاری به عنوان آخرین چاره) می‌تواند برای بیان این امر به کار گرفته شود که جرم‌انگاری تنها زمانی موجه است که در جریان تجربه اجتماعی، دیگر راه‌حل‌ها با روش تجربی آزمایش شوند و تشخیص داده شود که آنها ناقص‌اند، یا به عبارتی به اندازه کافی کارآمد نیستند. گهگاه ادعا شده است که جرم‌انگاری "زمانی موجه است که راه دیگری وجود نداشته باشد." با این حال، چنان‌که گاردوکی^{۳۷} اشاره می‌کند، به دنبال آزمونهای تجربی بودن، واقع‌بینانه نیست. البته بسیار اتفاق می‌افتد که نوعی از رفتار به این دلیل جرم‌انگاری می‌شود که دیگر اقدامات به اندازه کافی کارآمد نیستند. اما از سوی دیگر، قانون‌گذاران کمتر مایلند که دیگر واکنشهای غیر کیفری را بیازمایند. به هر رو، به سختی می‌توان استدلال کرد که چون دیگر ابزارهای کنترل اجتماعی هنوز آزمون نشده‌اند، اصل حقوق کیفری مشروعیت ندارد. از این رو، باید نتیجه گرفت که اندیشه مربوط به فرعی بودن حقوق کیفری یا با مسئله ما ارتباط ندارند، یا آنکه فاقد وضعیت یا کارکرد هنجارین مستقل‌اند.

۷. چرخش دیدگاه

آیا اصل جرم‌انگاری به عنوان آخرین چاره، جلوه برجسته‌ای است از اصل: "در فرض شک، اصل بر بی‌گناهی است"؟ آیا این اصل فاقد کارکرد هنجارین مستقل است؟ اغلب گفته می‌شود اصل جرم‌انگاری به عنوان آخرین چاره مستلزم آن است که جرم‌انگاری باید تنها به عنوان "آخرین راه‌حل در وخیم‌ترین موارد" به کار گرفته شود. اگر معنی لفظی این گفته را در نظر بگیریم آشکارا غیر واقع‌بینانه است. اگر قانون‌گذاران به اصل "در فرض شک، اصل بر بی‌گناهی است." عمل کنند، دیگر جایی برای نگرانی باقی نمی‌ماند.

37. Gardocki.

فرض کنید ما از کلمه "تنها" صرف‌نظر کنیم و توجه کنیم که با عبارت "آخرین چاره در وخیم‌ترین موارد" به طور اصولی چه می‌توان کرد؟ اصل جرم‌انگاری به عنوان آخرین چاره اگر بیانگر شرط لازم^{۳۸} قلمداد شود، همیشه به عنوان مبنایی علیه جرم‌انگاری تلقی شده است. در عوض، اگر شرط کافی^{۳۹} لحاظ شود، به اصلی به نفع جرم‌انگاری تبدیل می‌شود.

اگر چنین تغییری رخ دهد، این اصل به فرا اصلی تبدیل خواهد شد که با به‌کارگیری سه اصل جرم‌انگاری که پیشتر در بخش چهارم شرح داده شد، ارتباط دارد. بنابراین در وخیم‌ترین موارد یعنی جایی که ارزش کیفری، بسیار بالا است، اصل ارزش کیفری غالب می‌شود. در مواردی مانند قتل، تجاوز به عنف شدید، سرقت مسلحانه، تعرض شدید، جاسوسی مشدد و شکنجه، اصل سودمندی و اصل انسانیت در تصمیم‌گیری درباره اینکه آیا جرم‌انگاری ضرورت دارد، به کنار گذاشته می‌شوند. (اما اصل انسانیت چون به سطح سرکوب کل نظام عدالت کیفری مربوط می‌شود، اهمیت خود را حفظ می‌کند.) می‌توان گفت در بدترین موارد، حوزه اصل "در فرض شک، اصل بر بی‌گناهی است." محدود است؛ زیرا جایی برای شک وجود ندارد.

اصل جرم‌انگاری به عنوان آخرین چاره، به این معنی کارکرد هنجارین مستقلاً دارد، اما به معنی دیگر که بیشتر شناخته شده است، چنین کارکردی را ندارد. به نظر من این اصل، واقع‌گرایانه است. از دیدگاه من این اصل (با این فرض که یک نظام حقوق کیفری در کل قابل قبول باشد) به لحاظ هنجارین، پذیرفتنی به نظر می‌رسد. اگر مجموعه قوانین کیفری دربردارنده سیاهه‌ای از جرائم سکولار باشد، عجیب نیست که برخی جرائم مستحق

38. Necessary Condition .

39. Sufficient Condition.

سرزنش بی‌قید و شرط باشند. با این حال، دامنه این اصل باید به گونه‌ای مناسب محدود شود. وظیفه دشوار، این نیست که نشان داده شود این اصل موجه است؛ بلکه وظیفه دشوار، نگه‌داشتن این اصل در مرزهایی دقیق است؛ به این معنی که به اصل انسانیت و اصل سودمندی، بهایی را بدهیم که شایسته آن هستند.