

جرم انگاری حق مدار؛ با تأکید بر نظریه آلمانی مصالح حقوقی

فیروز محمودی جانکی*

(تاریخ دریافت: ۹۴/۱/۲۲ - تاریخ پذیرش: ۹۴/۲/۸)

چکیده

نظریه جرم انگاری اصالتاً متکفل تحدید مرزهای حقوق کیفری است. پرسش این است که بنیان نظریه های موجود در این خصوص مصالح و اهداف است یا حق ها؟ بررسی دکترین آلمانی «مصالح حقوقی» که غایت محور است و تطبیق آن با نظریه رایج در فلسفه آمریکایی-انگلیسی، یعنی اصل ضرر که اولاً و بالذات رفتار محور است، نشان می دهد با این که این اصل تنها یا مهم ترین معیار توجیه مداخله کیفری دولت را جلوگیری از ایراد ضرر به دیگری می داند، دکترین آلمانی چنین مداخله ای را بر مبنای اهداف و مصالح حقوقی قابل حمایت موجه می نماید؛ زیرا چنین نظریه ای از اساس بر نقض «حق» مبتنی شده است. با این که در سیر تحولات مفهوم «Gut» در نظریه آلمانی به تدریج نقض حق جای خود را به نقض مصلحت داده است، فهم مصلحت مشروع و جهت دهی به آن در مقام تراحم و تعارض مصالح همچنان مبتنی بر مفهوم و نظریه حق است. در آن سو، اصل ضرر با این که از اساس مبتنی بر مفهوم ضرر است، ابتنای آن بر «مصلحت» ولو در بستر فایده گرایی آن را به دکترین آلمانی نزدیک کرده است؛ هر چند نشوونمای نظریه آلمانی در بستر فلسفه «حق» وجه افتراق مهمی با سنجش مصالح ملهم از فایده گرایی در اصل ضرر فراهم کرده است.

کلید واژگان: جرم انگاری، اصل ضرر، مصالح حقوقی، حق، مصلحت

مقدمه

ماهیت شدید و رنج آور مداخله حقوق کیفری به طور کلی و آثار زیان بار واکنش های گوناگون آن در برابر جرم به طور خاص از سویی، و ماهیت فزون خواه قدرت عمومی در توسعه اختیارات و اقداماتش از سوی دیگر، وجود نظریه جرم انگاری را ضروری می کند. مرزبندی حقوق کیفری نه تنها برای پاسداشت حقوق و آزادی های فردی که برای حفظ کارایی و اعتبار خود نظام کیفری حیاتی است. علیرغم این نیاز، دیرزمانی نیست که اندیشمندان کیفری برای تعیین حدود حقوق کیفری به طور جدی در صدد نظریه سازی برآمده اند. پیش از آن، ضرورت ضابطه مندسازی حقوق کیفری در نظریه مجازات ظاهر شد؛ نظریه هایی که پایی در فلسفه اخلاق و پایی در فلسفه سیاسی داشتند. وجه اشتراک همه آنها این است که دولت نمی تواند کسی را برای کاری که انجام می دهد یا ترک فعلی که از او سر می زند، مجازات کند مگر بنا به دلایل موجه و مشروع. چنین رویکردهایی گرچه در آغاز برای توجیه مجازات عرضه شده اند و به محدودسازی دولت در وضع عناوین مجرمانه نیز کمک می کنند، اما در مقام نظریه پردازی برای جرم انگاری نیستند. مطالعه نسبت میان نظریه مجازات و نظریه جرم انگاری موضوع بحث این مقاله نیست، ولی به اجمال می توان گفت محدودسازی دولت در اعمال مجازات روی دیگر سکه تعیین حدود حقوق کیفری است.

باینکه برخی اندیشمندان کیفری با ارائه یک نظریه توصیفی-تجویزی مبتنی بر سرشت اوصاف مجرمانه کوشیدند آنها را از عناوین غیر جزایی متمایز کنند و ویژگی های لازم برای رفتارهای مجرمانه را به عنوان معیار بیان کنند (گسن ۱۳۷۹)، چنین تلاش هایی مستقلاً در مقام نظریه سازی جهت تحدید مرزهای حقوق کیفری نبوده است. نظریه های جرم انگاری اما به تدریج در دو سنت فلسفه حقوق انگلیسی-آمریکایی و اروپای قاره ای با نقش اصلی آلمان از نیمه دوم قرن بیستم به این سو شکل گرفته و توسعه یافته اند. در اولی «اصل ضرر»^۱ مداخله دولت را صرفاً برای پیشگیری از ایراد ضرر به دیگران مجاز می شمارد، در دومی دکترین «حمایت از مصالح حقوقی»^۲ ممنوعیت های کیفری را به اعتبار مصالح معتبر موجه می سازد. رویکرد اخیر که بیش و کم در سنت اروپای قاره به ویژه در آلمان مورد توجه بوده، دخالت های جزایی و به طور خاص جرم انگاری ها را به منظور صیانت از حق ها و مصالح حقوقی به شرط تحقق همه

1. Haem principle; harm to others

2. Rechtsgüterschutz

شرایط لازم قابل توجیه می‌داند. باینکه در نظریه رقیب ظاهراً «ضرر» محور توجیه است، اندیشمندانی که درصدد توسعه این اصل بودند برای رفع ابهام نهفته در مفهوم «ضرر» و «دیگری» کوشیدند اجزا و عناصر اصلی این ضابطه را بر محور «منافع» هرچند با رویکردی فایده‌گرا استوار سازند. باینکه برای دستیابی به این هدف چاره‌ای نداشتند جز این که منافع را بر پیکره «حق‌ها» پیوند بزنند تا بتوانند ضابطه‌ای راهنما برای جرم‌انگاری با دو کارکرد توصیفی و انتقادی به دست دهند.

ابتنای مفهوم ضرر بر «منفعت» و تعریف ضرر به «از بین بردن یا پس زدن منافع و مانند آن» می‌تواند این نظریه را به رقیب خود نزدیک کند و پلی میان آن دو برقرار سازد. گو این که وجوه تشابه و تفاوت این دو از این حد می‌گذرد، پرداختن به کانونی‌ترین مسئله موضوع بحث در آن‌ها می‌تواند ما را دریافتن عناصر اصلی و تأثیرگذار در ساخت یک نظریه جرم‌انگاری راهنمایی کند. خصوصاً این که در سنت فکری حقوقی ما اجزایی از این دو رویکرد با کارکردهایی گاه مشابه وجود دارند که زمینه مناسبی برای بحث و بررسی در اطراف جرم‌انگاری به مدد مطالعات تطبیقی مهیا می‌کند. بدین منظور مقاله حاضر با توجه به این دو سنت فکری و البته با تمرکز و تأکید بر نظریه آلمانی، خطوط اصلی موقعیت «حق» و «منفعت» و منابع الهام‌بخش آن‌ها را در شکل‌گیری نظریه جرم‌انگاری ترسیم می‌کند؛ چنین رهیافتی نه تنها می‌تواند کارکرد درونی و توصیفی برای فهم ساختار حقوق کیفری ماهوی و تقسیم‌بندی جرایم و شیوه تفسیر آن‌ها ارائه دهد، بلکه توسعه مفهومی در نظریه کارکردی انتقادی یا تجویزی را هم می‌توان انتظار داشت.

برای دستیابی به این هدف معرفی دو نظریه فلسفی مهم که نه تنها منشأ بسیاری از مباحث راجع به نظریه کیفری به‌طور عام و جرم‌انگاری به‌طور خاص بوده‌اند، ضرورت دارد (الف)؛ در ادبیات فلسفی و حقوقی ما بیشتر نظریه انگلیسی-آمریکایی جرم‌انگاری معرفی شده است و کمتر درباره رقیب آلمانی‌اش که بر پهنه وسیعی از اروپا و آسیا سایه افکنده و اخیراً نیز مطالعات تطبیقی انگلیسی را تحت تأثیر قرار داده، سخن به میان آمده است. گام دوم به تحلیل چرایی استقرار مفهوم و نظریه منافع و مصالح حقوقی در کانون دو نظریه اختصاص دارد (ب). بخش پایانی به منابعی می‌پردازد که با ارجاع و استناد به آن‌ها نظام‌های حقوقی تابع نظریه جرم‌انگاری مصالح حقوقی را تشخیص می‌دهند، اعتبار می‌بخشند و محکی برای ترجیح و تعدیل حقوق و منافع قرار می‌دهند.

۱- دو نظریه رقیب در جرم‌انگاری

جرم‌انگاری فرایندی است که به موجب آن، دولت رفتاری را ممنوع یا انجام آن را ضروری می‌سازد و در قبال نقض آن به واکنش‌های کیفری و در رأس آن‌ها به مجازات متوسل می‌شود که شدیدترین مداخله در قلمرو آزادی‌های شخصی محسوب می‌شود و متضمن محدودیت‌ها، گرفتاری‌ها و هزینه‌هایی است بیش از آنچه سایر مداخله‌های قدرت عمومی ایجاد می‌کند (نجفی‌ابرنآبادی و هاشم بیگی ۱۳۹۳: ۹۰؛ محمودی جانکی ۱۳۸۲: ۳۰؛ Schonsceck 1994: 2-7).

به همین دلیل، همواره هرگاه سخن از دولت و حدود اختیارات آن به میان می‌آید، حق جرم‌انگاری و اعمال کیفر بر شهروندان نیز مطرح می‌شود؛ چرا که دولت‌ها نه تنها ممکن است رفتارها را مستقل از منفعتشان و از باب موضوعیت «ارزش» نقض شده یا «غیراخلاقی بودن» آن یا «نقض تکلیف» ممنوع نمایند و در قبال آن مجازاتی اعمال کنند (رویکردهای تکلیف‌گرا یا وظیفه‌بنیاد)، بلکه ممکن است در قبال منافی که از مداخله عاید می‌شود چنین کنند (رویکردهای نتیجه‌گرا). صرف نظر از این که دولت‌ها کدام‌یک از این رویکردها را اتخاذ نمایند، مسلم آن است که جرم‌انگاری پرهزینه است؛ به گونه‌ای که «با توجه به هزینه‌های ذاتی جرم‌انگاری، وقتی محدودیت قانونی خاصی منجر به نقض مشروعیت اخلاقی شود، خودش یک تخلف اخلاقی است» (Feinberg 1984: 4). نقد اخلاقی قدرت و اختیارات آن در حوزه جرم‌انگاری برای صیانت از حقوق و آزادی‌های فردی است که می‌تواند در نبود معیارهای کنترل‌کننده به نقض روزافزون آن بیانجامد. کارکرد تلاش‌های صورت گرفته برای تعیین مرزهای حقوق کیفری عبارت است از حفظ و مراقبت از «فرد» در برابر «قدرت عمومی» و «جامعه»؛ چه این که «هر جا حقوق اجبارکننده و الزام‌آور متوقف شود، از همان‌جا آزادی شروع می‌شود» (Feinberg 1984: 7).

در سنت انگلیسی-آمریکایی، نظریه جرم‌انگاری بر محور «اصل ضرر» شکل گرفته است؛ اصل ضرر در این سنت دانشگاهی به‌عنوان اصل اساسی جرم‌انگاری تلقی می‌شود (Raz 1086: 418-419؛ Ashworth 2006: 22-56؛ Husak 2009). که ریشه در نظریه جان استوارت میل دارد. بر پایه این اصل «تنها هدفی که برای آن قدرت می‌تواند به‌درستی بر هر یک از اعضای جامعه متمدن برخلاف اراده و میلش اعمال شود، پیشگیری از ضرر به دیگران است» (Mill 1983: 8, 14). این اصل به‌عنوان یک ضابطه کلی در صدد است هم مداخله اخلاقی یا قانونی قدرت رسمی و اجتماع برای الزام شهروندان و هم مداخله افراد دیگر در آزادی فرد را محدود کند. میل یک هدف حداقلی و منفی از این اصل

مدنظر داشت: تمرکز بر اعمال محدودیت‌های ناروا بر آزادی افراد. دلایل پدرسالارانه (پیگیری مصالح خود فرد اعم از مادی و اخلاقی) دلیل موجهی برای مداخله در آزادی فرد نیستند، همچنان که دلایل اخلاقی مبنی بر این که چون عمل اخلاقاً نارواست دلیلی بر الزام فرد برای دست کشیدن از آن رفتار محسوب نمی‌شود (Mill 1983: 14). این درون‌مایه انتقادی اصل ضرر به یک جنبه ایجابی منتهی شده است: برای دفاع از افراد در برابر رفتارهای زیان‌بار دیگران، الزام دیگری موجه است. این موضوع کانونی‌ترین و حداقلی‌ترین برداشت در نظریه جرم‌انگاری دولت‌های سکولار محسوب می‌شود (Hörnle 2014: 688).

فهم این اصل مستلزم پرداختن به مفاهیم مهمی است که بر آن‌ها بنا شده است: «ضرر» به چه معناست و «دیگران» چه کسانی‌اند؟ در پاسخ به اولی می‌توان رفتارهایی که مستقیماً در قلمرو و حریم شخص مداخله می‌کنند را از رفتارهای مداخله‌کننده در منافع مشترک جمعی متمایز کرد. از اینجا نویسندگان و مفسران برای ارائه معنایی عینی و قابل فهم از ضرر بر «منافع» تمرکز کردند؛ یعنی آنچه به سبب رفتار زیان‌بار محدود می‌شود یا از بین می‌رود. «ضرر به اشخاص» چیست؟ برخی از نظریه‌پردازان آن را به از بین بردن، نقصان یا کم‌ارزش شدن منافع تعبیر می‌کنند. فاینبرگ آن را «ایجاد مانع، پس زدن یا از بین بردن منافع» (Feinberg 1984: 33) می‌داند. به تعبیر جوزف رز قرار دادن فرد در وضعی بدتر است به گونه‌ای که بر خیر و رفاه آتی او اثر بگذارد (Raz 1986: 414). سیمستر و فون هیرش آن را نقصان در چیزهایی می‌دانند که «زندگی انسان را به‌خوبی پیش می‌برند» و یا این که «اختلال یا نقصان در منابع» در مفهوم ابزارها و ظرفیت‌های بلندمدت است (Simster, von Hirsch 2011: 36-37)؛ اما صرف ضرری بودن رفتار کفایت نمی‌کند که قانون‌گذار بتواند مداخله کند. شرط دیگر این است که رفتار خطا کارانه باشد و نه منتسب به طبیعت، بدشانسی و بداقبالی یا رفتارهای قانونی و مجاز دیگری (Feinberg 1984: 105; Devlin 1999: 927-930; Husak 2008: 71; Duff 2007: 126-135; Simster et al 2011: 38-40)؛ هیچ‌کس حق ضرر زدن به دیگری را ندارد مگر بنا به دلایلی موجه. این ویژگی است که به رفتار ضرری وجه منفی می‌دهد؛ یعنی تنها برای ممانعت از ایراد ضرر حق دخالت قابل طرح است. باین حال، در بیشتر موارد برای توجیه مداخله در آزادی دیگری ارتکاب رفتار زیان‌بار مستلزم شرط «خطا کاری»^۱ است تا منظم به ضرر ویژگی عینی رفتار تلقی شود.

ملاحظه می‌شود که طرفداران این اصل در تفسیر و تحلیل ضرر سراغ فایده‌گرایی به‌عنوان

یکی از آشخوره‌های آن رفتند که در سنت فلسفه انگلیسی سابقه ژرفی دارد. لذت و الم است که شاخص سنجش حق می‌شود. حق در این نظرگاه «منفعت تضمین شده است؛ یعنی منفعتی که ارزش حمایت شدن و وضع تکلیف بر دیگران را دارد» (بیکس ۱۳۸۹: ۳۵۹؛ والدرون ۱۳۷۹: ۹۶). پیوند اصل آزادی با فایده، نظریه پردازان جرم‌انگاری را وامی‌دارد به بررسی و ارزیابی منافع و انواع آن پردازند. همچنان که استوارت میل اصل آزادی موردنظرش را بر دو مبنا و در قالب زبان منافع بنا نمود: اول اینکه فرد تا جایی که رفتارهایش به هیچ کس جز خودش مرتبط نباشد، برای رفتارهایش در مقابل جامعه پاسخگو و مسئول نیست. دوم اینکه برای چنین رفتارهایی که برای منافع دیگران مضر است، فرد مسئول و پاسخگو است و ممکن است موضوع مجازات‌های قانونی یا اجتماعی قرار گیرد (میل ۱۳۸۵: ۸۰، ۱۱۵-۱۱۴).

اگر اصل ضرر متعاقب تعریف ضرر بر مفهوم منفعت متمرکز شد، رقیب قاره‌ای‌اش محدوده حقوق کیفری را از همان ابتدا بر محور «حق» و «منافع» استوار ساخته است. شکل‌گیری چنین تفکری بی‌جهت نبود؛ زیرا پس از عصر روشنگری که قراردادگرایی اجتماعی شالوده شکل‌گیری دولت‌های مدرن شده بود، تلقی اندیشمندان عرصه علوم اجتماعی این بود که همزیستی مسالمت‌آمیز انسان‌ها با تضمین حقوق تک‌تک افراد قابل دسترسی است (Vormbaum 48: 2014). این رویکرد در اصل ضرر نیز تحت تأثیر روشنگری بر محوریت اصالت آزادی فردی و حمایت از آن مبتنی شد. این دو با چنین خاستگاهی درصدد حصر و توجیه دخالت‌های کیفری دولت در آزادی‌ها و حقوق فردی بودند. در نظریه آلمانی جرم، کارکرد حقوق کیفری منحصر به حمایت از مصالح حقوقی است که بر محوریت حقوق شکل گرفته‌اند.

در دوره روشنگری، تعریف جرم در حقوق کیفری آلمان، از نقض دستورات مذهبی و حقوق پلیسی فاصله می‌گیرد و بر مبنای قرارداد اجتماعی به سوی دکترین نقض حق کانت تغییر مسیر می‌دهد؛ به گونه‌ای که می‌توان گفت تئوری حقوق کیفری بر نقض «حق» متمرکز می‌شود. پس از آن بسیاری از نظریه پردازان حقوق کیفری تلاش کردند نظامی از حق‌های شایسته حمایت توسط حقوق کیفری بنا کنند که مبتنی بر تئوری نقض حق کانتی باشد (Vormbaum 2014: 48). محدود کردن قلمرو حقوق کیفری به نقض حق‌های ذهنی^۱ از تعریف کانت از عدالت

نشأت گرفته است. باینکه فویرباخ^۱ و گرلمان^۲ استادان حقوق کیفری آلمان تحت تأثیر کانت تلاش کردند بر مبنای نقض حق آن دسته از حقوقی که ارزش حمایت جزایی دارند را پی‌ریزی کنند، اما از نظریه مطلق کانتی درباره مجازات فاصله گرفتند. فویرباخ نظریه مجازات بازدارندگی عام و گرلمان نظریه پیشگیری خاص را طرح نمود. به عبارت دیگر می‌توان بیان داشت کانت هدف حقوق جزا را سزادهی می‌دانست، ولی آن دو پیشگیری از وقوع چنین نقض حقوقی را هدف می‌دانستند. سیاست کیفری که فویرباخ توسعه داد، دربرگیرنده رفتارهایی است که ناقض هیچ حق ذاتی نیستند، اما به صورت غیرمستقیم به هدف دولت ضرر وارد می‌کنند (Vormbaum 2014: 49). دکترین نقض حقوق، حداقل از جهت نظری، می‌خواهد حقوق کیفری را از چنگ قانون‌گذاری‌های خودسرانه برهاند و در قلمرو حقوق و منافع حمایت‌پذیری قرار دهد که دست کم مبنایی برای وضع قانون ارائه می‌دهد. در آغاز این رویکرد نوعی تدوین حقوق طبیعی بود و عمل قانون‌گذار جنبه اعلامی داشت.

به نظر فویرباخ حقوق درباره آزادی است. آزادی افراد نقطه عزیمت است و باید تا آنجا که با آزادی دیگران سازگار است به آنان بیشترین آزادی را اعطا کرد. لذا، رفتاری جرم است که به طور مستقیم علیه نظام آزادی‌های قانوناً سازمان‌یافته ارتکاب یابد. بدین گونه معلوم می‌شود که چرا در نظر او، افراد کانون تمرکزند و نه اجتماع، همچنان که جرم تنها نقض قانون نیست، بلکه ناقض حق فرد بزه دیده است.

نگرش مضیق فویرباخ نسبت به جرم برای تحلیل و تبیین جرایم سنتی مانند قتل و سرقت مناسب است، اما جایی برای جرایمی مانند رفتارهای غیراخلاقی و غیرمذهبی که در آن زمان در سیاهه قوانین جزایی قرار داشت، باقی نمی‌گذاشت. او نتوانست جرایم علیه اخلاق و مذهب که حق هیچ فردی را نقض نمی‌کردند و با تعریف وی از جرم مطابقت نداشتند را انکار کند. به عنوان نمونه، کفرگویی در زمان او به منزله نقض حرمت اجتماعی کلیسا یک جرم بایسته و لازم تلقی می‌شد. لذا این دسته از جرایم را به عنوان جرایم در معنای وسیع طبقه‌بندی کرد و آن‌ها را جرایم پلیسی^۳ نام نهاد (Dubber 2006: 687). باین حال، مسئله اصلی برایش این بود که حقوق کیفری باید از حقوق پلیسی، یعنی از مقرره‌ای که از اساس برای حفظ نظم جامعه است،

1. Paul Johann Anselm Feuerbach
2. Carl Grolman
3. Polizei-Vergehen

متمایز شود. این دسته از رفتارها به بیان آملدونگک علیه مفاهیم انسانی نهفته در مفهوم فرد فهمیده می‌شدند. به همین دلیل نیز در فلسفه روشنگری تلاش این بود که جرایم پلیسی را از قلمرو حقوق کیفری جدا کنند (Nuotio 2010: 245). از این رو، می‌توان گفت که اندیشه «نقض حق» همین رویکرد انتقادی را نسبت به حقوق کیفری موجود پس از دوران روشنگری دنبال می‌کرد.

نظریه نقض حق^۱ در واقع از ابتدا یک رویکرد انتقادی نسبت به رهیافت اثباتی بود؛ زیرا قوانین را مجموعه‌ای از مقررات موجود نمی‌دانست؛ بلکه متأثر از سرچشمه‌اش در روشنگری و فلسفه ایدئالیستی آلمان، حقوق را زاییده عقل می‌دانست که قواعد خام، ناسازمند و غامض را به مدد مبانی فلسفی خود بازتعریف و قالب‌ریزی می‌کند. شرط اصلی و اساسی یک جرم این بود که نظام آزادی‌های موجود در اجتماع را که سازگاری متقابلی داشتند نقض کند. از آنجا که تمامیت نظریه پردازی انتقادی در صدد ترسیم مرزهای حقوق کیفری است، متضمن یک نظریه جرم‌انگاری نیز هست حتی اگر این واژه را به کار نبرده باشد (Nuotio 2010: 245).

با اینکه اعمال مجازات تنها برای نقض حقوق به یک چالش و معضل بحث‌برانگیز برای سیاست‌گذاران حقوق کیفری تبدیل شد، اما به سرعت مورد حمایت قرار گرفت. تلاش برای بسط مفهوم جدید «نقض حق» جهت تبیین ارزش‌های قابل حمایت کیفری، خصوصاً آنجا که جای حقوق فردی در میان نیست، به کار بیرنوم^۲ در ۱۸۳۷ مربوط است. او برای نخستین بار واژه Gut به معنای خیر، منفعت یا مصلحت را به تئوری حقوق کیفری آلمانی عرضه کرد تا ماهیت چنین جرایم موجودی را توضیح دهد. نظریه‌ای که بعداً در قالب Rechtsgut یا مصلحت حمایت‌شده قانونی توسعه یافت. از حیث واژه‌شناسی، Gut را در ترجمه‌های انگلیسی به interest برگرداندند که عموماً در زبان فارسی به «منفعت» و گاهی نیز به «مصلح» ترجمه شده است. اگر در اصل ضرر interest را به نفع برگردانیم، با توجه به سوابق چنین استعمالی در زبان فارسی و ترجمه آثار مرتبط با فایده‌گرایی بیراهه نرفته‌ایم؛ ولی در نظریه آلمانی با لحاظ سوابق نظری که توضیح داده شد، نزدیک‌ترین واژه که به اصطلاحات حقوقی ما سازگارتر است «مصلح حقوقی» است که اعم از منفعت است. مصلحت از ماده «صلح» است و ضد آن را مفسده می‌گویند. برخی آن را به معنای خیر و کار نیک و عده‌ای به معنای عملی که نفعی عاید

1. Rechtsverletzung

2. Johann Michael Franz Birnbaum

انسان می‌کند، دانسته‌اند. در اصطلاح به هر پدیده‌ای اطلاق می‌شود که سودمند و متصرف به خیر باشد. حسن ذاتی و مفید بودن عناصر ضروری برای اطلاق عنوان مصلحت بر یک رفتار است؛ بنابراین، چنین اصطلاحی بار مفهومی قوی‌تری برای انتقال معنای موردنظر نظریهٔ آلمانی که به نفع بسنده نکرده است، دارد.

دکترین مصالح حقوقی با ارائهٔ یک مفهوم میانه‌ای بین جرم و ضرر واقعی، ماهیت مصالح تضمین شده را به عنوان چیزی با ارزش می‌داند و «بد» نهفته در جرم را به عنوان تهدید یک ارزش مثبت، یعنی خیر یا مصلحت قابل فهم می‌داند. از نگاه بیرنوم، نگرش فویرباخ نسبت به جرم بسیار مضیق بود، به گونه‌ای که در قبال بسیاری از قوانین کیفری که به هیچ وجه مربوط به نقض حقوق افراد نیستند، قابل اعمال نبود. در نگرش او، جرم به جای نقض حقوق افراد، نقض یا تهدید منافع حمایت شده توسط دولت بود؛ اما باین حال این رویکرد پاسخگوی ایرادات وارده نبود؛ زیرا مفهوم مصلحت حقوقی به جای محدود کردن قدرت مداخله کیفری دولت، شرایط را برای گسترش آن فراهم می‌کرد.

به نظر نوتیو از زمانی که نظریه‌های حقوق رم دیدگاه عینی راجع به خطاکاری را توسعه دادند و فلسفهٔ کیفری هگلی کنار زده شد، راه برای بسط این مفهوم بازتر شد؛ بنابراین، از عناصر «نقض» به پیامدهای مادی افعال کیفری تغییر رویکرد رخ داد (Nuotio 2010: 246). از سوی دیگر، می‌توان بیان داشت که نقطه آغاز این برداشت این فرض بود که حقاها به معنای دقیق کلمه نمی‌توانند نقض شوند، بلکه تنها مصالح حقوقی که موضوع و هدف حقاها هستند نقض شدنی‌اند. به عنوان نمونه، سارقی که مال دیگری را می‌رباید، هیچ تغییری در مالکیت نمی‌دهد، زیرا حق مالکیت بزه‌دیدهٔ سرقت هنوز وجود دارد. بزه‌دیدهٔ یک آسیب بدنی، حق خود بر تمامیت جسمانی‌اش را از دست نمی‌دهد؛ یک فرد زندانی، حق خود بر آزادی رفت‌وآمد و جابه‌جایی را از دست نمی‌دهد (Vormbaum 2014: 49)، بلکه تنها شکل فرعی این حقاها از طریق ممانعت از اعمال آن‌ها توسط دارندگانشان، نقض می‌شوند.

یک کارکرد این دکترین تقسیم‌بندی جرایم به اعتبار مصالح موردحمایت است: حیات، مالکیت، جسم و مانند آن. دکترین مصالح حقوقی یک بیان نظام‌مند از حقوق قابل دفاع و منافع مشروع حمایت پذیر است که از این حیث وجه کارکردی دارد؛ همه جوانب و شعب حیات اجتماعی از طریق جرم‌انگاری قابل حمایت‌اند. همه جوانب حیات اجتماعی بالقوه نیازمند برخی واکنش‌های کیفری است. به طور خلاصه همه منفعی که ممکن است به مخاطره بیافتند نیازمند

حمایت‌اند. برخی نویسندگان این حرکت از سزاگرایی مبتنی بر نقض حق به پیشگیری از جرم و حمایت از منافع را نشان‌دهنده یک حرکت به سوی مفهومی عمیقاً اجتماعی و نسبی‌گرا از حقوق کیفری می‌دانند (Nuotio 2010: 246).

در اواخر سده نوزدهم، هنگامی که ابداع بیرنبوم توسط کارل بیندینگ^۱ بار دیگر مورد بررسی قرار گرفت، هدف منفعت حقوقی توجیه گسترش حقوق کیفری به ماورای حمایت از حقوق افراد، یعنی حمایت از منافع جمعی، منافع اجتماعی و در نهایت حمایت از خود دولت بود. بدین ترتیب، قانون از وسیله به هدف تغییر شکل داد و مصالح حقوقی به علایق قانون و قانون‌گذار تبدیل شد. از این پس اگر جرم نقض حق محسوب می‌شد، منظور نقض حق‌های افراد نبود، بلکه نقض حق دولت به اطاعت شدن بود. از این رو بیندینگ مصلحت حقوقی را به «هر چیزی تعریف کرد که قانون‌گذار آن را ارزشمند تلقی می‌کند و نگهداری و حفظ بی‌دغدغه آن باید از طریق هنجارها تضمین شود». حرکت از حمایت از حقوق افراد به سمت حمایت از منافع قانون، قلمرو حقوق کیفری را وسعت بخشید (Dubber 2006: 687-688).

بیندینگ این نظریه را بیشتر به صورت توصیفی به کار برد و معتقد بود که عبارت نقض حق کافی نیست؛ زیرا حق واقعاً قابل نقض نیست و ایده مصلحت برای این منظور مناسب‌تر است (Binding 1885). فون لیست مفروض‌انگاری ماهیت مصالح حقوقی توسط بایندینگ را که تعاریف مختلفی دارد، مورد انتقاد قرار داد. به نظر او این مفهوم که محتوای حقوق کیفری را به محصور نمی‌ماند. او با یادآوری نظر گارایز می‌گوید Rechtsgut منفعت حمایت‌شده توسط یک هنجار است (von Liszt 1888: 133). درست است که قانون‌گذار و تئوری حقوقی وقتی از نقض یک حق صحبت می‌کند از واژه‌هایی مبهم و غیردقیق بهره می‌جوید، اما این تغییر در واژه‌شناسی به خودی خود تغییری در قلمرو و گستره حقوق کیفری ایجاد نمی‌کند. به نظر برخی نویسندگان، امروزه، جایگزین کردن واژه‌ی Recht در بخش ۸۲۳(۱) قانون مدنی^۲ با واژه‌ی Rechtsgut یا تغییر شکل آن از «فردی که به صورت عمد یا با بی‌مبالاتی، حق بر حیات، سلامت، آزادی، مالکیت یا اعمال هر حق (مطلق) فرد دیگری را به طور غیرقانونی نقض کند»، موجب بازتعریف و تعیین حوزه‌ی اعمال این قانون یا دیگر قوانین قابل مقایسه نخواهد شد

1. Karl Binding

2. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB); Civil Code

(Vormbaum 2014: 50)، اگرچه این نظر در بادی امر درست می‌آید، تثبیت معنای جدید یا متفاوت از واژگان قانونی، بیش و کم به قبض و بسط قلمرو مواد قانونی خواهد انجامید.

دکترین آلمانی مصالح حقوقی به تدریج و به آرامی با فراز و فرودهای تاریخی بسیار، بخشی از واژگان و ادبیات فلسفه حقوق شده که همچنان در جرم‌انگاری موضوع بحث و بررسی است. این نظریه هم در بُعد توصیفی و تحلیلی و هم در بُعد تجویزی و انتقادی در عرصه حقوق کیفری و سیاست کیفری همپای رقیب انگلیسی خود مؤثر است. از حیث تاریخی، این دکترین شکل توسعه یافته‌ای از نقدهای کانتی بر مفهومی است که جرم را همواره نقض قانون تلقی می‌کند. این نظریه از مفهوم نقض حق برآمده از اندیشه کانت نشأت گرفت و به مفهومی فراتر از آن یعنی «مصلحت» به جای «حق» رسید. همین تطور تاریخی موجب شده برخی بر این اعتقاد باشند که دکترین مصالح حقوقی به خودی خود از اصل ضرر فاصله زیادی ندارد، همچنان که رویکردی فایده‌گرایانه هم پیدا کرده است (Nuotio 2010: 244). با اینکه نمی‌توان منکر رویکردهای فایده‌گرایانه نظریه جرم‌انگاری در صیانت از حقوق و منافع بود، ولی به این سادگی هم نمی‌توان ماهیت همه نظریه‌ها از جمله نظریه آلمانی را فایده‌گرا قلمداد نمود. چه این که در تشخیص منافع و مصالح حمایت‌پذیر به حقوقی استناد می‌کند که اشخاص از آن برخوردارند و گاه مبتنی بر حقوق فراپوزیتیویستی‌اند؛ اما این که طی چه فرایند تفسیری و حقوقی، آن برداشت‌ها و ریشه‌یابی از حقوق وارد نظام پوزیتیویستی کیفری می‌شود در جای خود نیازمند بررسی است. از سوی دیگر، به نظر می‌رسد انتقال از مفهوم «حق» به «مصلحت» برای حل مشکل تقابل مشروعیت و کارایی هنجارها صورت گرفته است؛ زیرا مکلف کردن دولت به حمایت از حق‌ها از جمله با توسل به مجازات به معنای نادیده انگاری توان حکومت در پاسداری از همه حقوق و الزامش به برافراشتن پرچم کیفری در همه قلمروها و برای همه حقوق نقض شده است. این تفکر ریشه در ایدئالیسم آلمانی با تکیه بر آرای کانت دارد که حمایت از خود «حق» را صرف نظر از نتایجش ضروری می‌داند.

اما قابل درک است که در هر دو نظریه مفهوم «مصلحت» محوری است. همین سازه‌های روبنایی و تشابه آن دو باهم و حتی فهم مشترکشان از بسیاری از مصالح و خیرها، چشم‌انداز تعامل فعال این دو را روشن‌تر می‌کند. هر چند برای این که مصلحت حمایت‌شده یا قابل حمایت بتواند ورود حقوق کیفری را موجه کند، متضمن استناد به «حقی» است که منفعت و مصلحت بر قامت آن جوانه زده است، مگر این که حق را منفعت تضمین‌شده بدانیم که در آن صورت

وجه ایجابی مبتنی بر چارچوب حقوقی اعم از پوزیتیویستی یا طبیعی آن غالب شده است. هرچه که حق را بخوانیم و منفعت را هرچور تعریف کنیم، یکی از ارکان اساسی نظریه‌های جرم انگاری را تشکیل می‌دهد.

۲- مصالح حقوقی حمایت پذیر

۲-۱- مصالح فردی و جمعی

وقتی می‌پرسیم هدف اصل ضرر و دکترین مصالح حقوقی چیست، در واقع جدای از رویکردی توصیفی و نظری یک رویکرد انتقادی برمی‌گزینیم؛ زیرا انتظار داریم این نظریه‌ها به ما بگویند قرار است چه کاری انجام دهند؟ از چه هدف‌هایی حمایت کنند؟ در اینجا است که این دودسته از نظریه‌ها به هم پیوند می‌خورند و بار دیگر وجوه تشابه آنان نمایان می‌شود؛ هر دو در صدد صیانت از مصالح فردی و جمعی، البته با رویکردهای متفاوت هستند، همچنان که هر دو وسایل و ابزارهای مشابهی برای دستیابی به آن اهداف در اختیار دارند. باینکه اصل ضرر در بادی امر بر مفهوم ضرر تمرکز کرده، در عمق، آن‌گونه که اشاره شد خود را متولی صیانت از مصالحی می‌داند که توسط دیگری مورد تعرض واقع شده است.

تعریف مصالح و دسته‌بندی آن‌ها و دست‌کم ارائه‌ی مبنایی برای تعیین منافع مشروع قابل حمایت گام مهمی در نظریه‌پردازی درباره‌ی جرم‌انگاری است. باین حال، برخی پیشتر از آن ارائه‌ی تعریفی فراگیر و جهانی از «جرم» را لازمه‌ی نظریه‌ی جرم‌انگاری و نقد عملکرد قانون‌گذار کیفری می‌دانند (Roxin 2006: 13-14)؛ اما نظر به چندلایه و پیچیده بودن نظریه جرم‌انگاری، نمی‌توان به تعریف جرم اکتفا کرد. لذا بحث راجع به اهداف، گام نخست برای رساندن ما به کانون جرم‌انگاری است.

اهداف محوری که هر دو نظریه برای صیانت از آن‌ها توسل به حقوق کیفری را با جمع شرایط دیگر موجه می‌دانند، در قالب‌های مختلفی تقسیم‌بندی شده‌اند. عمدتاً نویسندگان منافع را به منافع فردی و منافع جمعی تقسیم می‌کنند. حیات، تمامیت جسمانی، سلامت و مالکیت، نمونه‌هایی از منافع «فردی» اند و محیط‌زیست طبیعی، نظام مالیاتی و نظام دفاع ملی، اعتماد به پول رایج کشور، اسناد و نوشته‌ها، کارکرد اقتصاد و حتی منافع دولت مانند انتخابات عادلانه، دفاع و صیانت از اسناد محرمانه مصادیقی از منافع «جمعی» یا منافع جامعه‌اند. برخی از

حقوقدانان آلمانی مانند یشک و وایگند^۱ معتقدند که حقوق کیفری هرگز نمی‌تواند هر جا که اختلالی در نظم اجتماعی حاصل شد، مداخله کند، بلکه باید در حمایت از ارزش‌های مبنایی نظم اجتماعی ظاهر شود. آنان ضمن این که هدف حقوق کیفری را حمایت از مصالح حقوقی می‌دانند، بدون ارائهٔ تعریف تنها مصادیق آن را ذکر کرده و مصالح حقوقی یا مصالح زندگی^۲ را در دودسته جای‌داده‌اند؛ نخست، مصالح ابتدایی زندگی که برای همزیستی انسان‌ها در جامعه ضروری و اجتناب‌ناپذیرند و از این رو باید توسط نیروی قهری دولت از طریق مجازات حمایت شوند. حیات انسان، تمامیت جسمانی، آزادی دادوستد و عبور و مرور، اموال و مالکیت، سلامت، امنیت رفت و آمد، پاک‌دستی (فسادناپذیری) مقامات رسمی^۳، نظم مبتنی بر قانون اساسی، صلح عمومی، حرمت نشان‌ها و نهادهای دولتی خارجی، امنیت ملی، قومی یا فرهنگی اقلیت‌های اجتماعی در برابر رفتارهای خلاف کرامت انسانی یا رفتارهای افراطی و صلح بین‌المللی از این قبیل‌اند. دوم، مصالحی که منحصرأ از نگرش‌ها و اعتقادات ریشه‌دار و عمیق در جامعه ناشی شده‌اند، مانند ممنوعیت اقدامات ظالمانه علیه حیوانات که با وارد شدن در قانون به مصلحت حقوقی تبدیل شده است (ماده ۱۷ قانون حمایت از حیوانات) (Jescheck 1996: 7).

در این میان، هاسمر برخی مصالح حقوقی که در هستهٔ مرکزی حقوق کیفری قرار دارند شامل حیات، سلامتی، اموال، آب سالم و پاکیزه، آزادی، اعتماد به مبادلات پولی را به‌عنوان بخشی از زندگی عادی انسان‌ها می‌داند که اهمیت‌شان برای این زندگی مستلزم ارائهٔ دلیل نیست. هستهٔ مرکزی حقوق کیفری در صدد است که شمار مصالح حقوقی را در سطح پایینی نگه دارد و آن‌ها را به‌طور جزئی مشخص کند (Hassemer 2014: 195-196). در اصل ضرر نیز استوارت میل و مفسران بعدی این اصل، عمدتاً ضرر وارد بر «مصالح حیاتی» را شایستهٔ مداخله دانسته‌اند، هر چند در تعریف و قلمرو آن اختلاف نظر داشتند (Reily 1988). به‌هر حال تعیین همهٔ مصادیق در نظریه جرم‌انگاری کار دشواری است؛ زیرا مصالح زیادی در روابط میان فردی مانند وقت‌شناسی وجود دارد که به دلیل خوشایند بودن برای ما، ممکن است آن‌ها را قابل صیانت بدانیم. مفهوم «مصلحت» دایرهٔ بی‌انتهایی از مصالح جمعی، الزامات اخلاقی و پیمان‌ها و عرف‌های اجتماعی مفید را در برمی‌گیرد. چگونه می‌توان مرزی میان «مصلحت» و قلمرو

1. Hans-Heinrich Jescheck and Thomas Weigend

2. Lebensgüter

3. Unbestechlichkeit der Amtsträger

محدودتر «مصالح حقوقی» ترسیم کرد (Hörmle 2014: 687)؟ از آنجا که تعیین دقیق مصادیق کار ممتنعی است، انتظار می‌رود نظریه پرداز کیفری یا تعریفی از مفهوم ارائه دهد یا معیارهایی برای سنجش به دست دهد. خصوصاً کسانی که کارکردی انتقادی برای این دکترین و یا اصل ضرر قایلند و از آن ستایش می‌کنند بیشتر بر ارائه تعریف تمرکز کرده‌اند. از باب نمونه، رکسین به جای این که مصادیق را نام ببرد تنها به ذکر مصالح حقوقی اکتفا کرد که در زمان‌های مختلف به این عنوان در نظر گرفته شدند. همچنین، برخلاف یشک و وایگند از مصالح حقوقی تعریفی ارائه داد: «مصالح حقوقی شرایط یا اهداف انتخابی هستند که برای پیشرفت آزادانه فرد در بافت نظام اجتماعی مبتنی بر این اهداف، یا برای کارکرد خود این نظام مفید و ضروری‌اند» (Roxin 2006: 16). بر این اساس تمرکز مستقیم بر مصالح اشخاص و مصالح جمعی برای فهم آنچه رکسین بیان کرده ضروری است. این رویکرد تلاش می‌کند یک مفهوم هنجاری از منفعت حقوقی ارائه دهد که به قانون‌گذار بگوید چه چیزی را مجازات کند و چه چیزی را بدون مجازات رها کند. مایکل مارکس نیز در تعریف مصالح مورد حمایت می‌گوید که هدف غایی حقوق ارتقای خود کفایی و استقلال انسان است و مصالح حقوقی آن‌هایی هستند که برای این هدف ضروری‌اند (Marx 1972: 60-62).

نگاهی به مصداق‌ها و تعریف‌های ارائه شده نشان می‌دهد که «فرد» و «نظام اجتماعی» هر دو موضوع حمایت‌اند، هر چند همواره فرد از تقدم رتبه نسبت به دیگری برخوردار شده است. همان‌طور که در بالا اشاره شد، چنین رویکردی بی‌دلیل نیست؛ زیرا از آغاز جریان روشنگری در غرب و از جمله آلمان فرد در محور سیاست‌گذاری‌های عمومی و اجتماعی قرار گرفت و آزادی او ارزش حیاتی و محوری پیدا کرد. سیاهه جرایم مندرج در حقوق کیفری آلمان و به ویژه هسته مرکزی این حقوق به شرحی که در بالا آمد مبین انعکاس همین مصالح و استفاده از حقوق کیفری برای صیانت از آن‌هاست.

مصالح حقوقی منحصر در مصالح فرد نیست، بلکه صیانت از مصالح عمومی نیز همواره در گستره این دکترین قرار داشته و یکی از داغ‌ترین مباحث در نظریه جرم‌انگاری را به خود اختصاص داده است. برخی معتقدند «مصلحت عمومی به یک سلسله ملاحظات در حمایت از سیاستی معین اشاره دارد که افراد بدان دلیل در مقابل آن‌ها مقاومت نمی‌کنند که ملاحظات یادشده نزد بسیاری از افراد حقیقتاً از ارزش و اعتبار فوق‌العاده‌ای برخوردار است» (Barry 1977: 114). برخی دیگر نیز آن

را پوشش زیر کانه‌ای بر صورت واقعی تصمیمات سیاست‌مداران و مقام‌های دولتی می‌دانند. از این رو، کاربرد این مفهوم در مباحث سیاسی در بیش‌تر موارد خُدعه‌آمیز ارزیابی شده است (Suraof 1975: 50-96). هرچند این نگاه انتقادی و بی‌اعتمادی به رویکرد دولت‌ها بهره‌ای از واقعیت را نشان می‌دهد، ولی نمی‌توان منکر وجود مصالحی و رای مصالح افراد شد. سوءاستفاده از عنوان مصالح عمومی به خودی خود نمی‌تواند اصل وجود چنین قسمی از مصالح را نفی کند.

در ادبیات فلسفی انگلوساکسن، برای امکان‌پذیر کردن فهمی مشترک از مصلحت عمومی آن را به سه گونه تعریف کرده‌اند: «جمع عددی مصالح فردی»، «مصلحت حکومت» و «مصلحت حیات اجتماعی» (راسخ ۱۳۹۳: ۵۷۷). اشکال وارد بر این تقسیم‌بندی این است که در تفکری که دولت را برآمده از قرارداد اجتماعی می‌داند و لازمه حیات اجتماعی نیز بهره‌مندی از دولت و رعایت مصالح آن است، تفکیک مصلحت حکومت از حیات اجتماعی مستلزم دلیل است. نسبت این دو عموم و خصوص مطلق است. مصلحت حکومت علی‌القاعده باید ذیل مصلحت حیات اجتماعی جای بگیرد. هرچند ممکن است در برخی نظریه‌های دیگر این دو متضمن یا مستلزم هم نباشند، نظریه دولت مدرن مبتنی بر قرارداد اجتماعی دست کم از حیث نظری چنین تلقی‌ای را نمی‌پذیرد. در نوشته‌های آلمانی راجع به دکترین مصالح حقوقی اغلب به درستی مصالح فردی را در کنار مصالح عمومی و مصالح جمعی قرار داده‌اند. در اینجا، به هر معنایی مصالح را در نظر بگیریم، مفهومی «هنجاری» مدنظر است. طبیعی است که هریک از این تعاریف سه‌گانه اموری را که زیر عنوان مصلحت عمومی حفظ می‌کنند، ممکن است متفاوت از دیگری تعریف نمایند؛ زیرا کارکرد اولی این تقسیم، تعیین حدود و قلمرو مصلحت عمومی است؛ اما پرسش از این که چرا چنین مصالحی باید حفظ، تأمین یا حمایت شوند در قلمرو نظریه مصالح حقوقی به‌طور عام قرار می‌گیرد.

جمع جبری یا عددی مصالح عمومی با روشی مکانیکی، بر این پیش‌فرض استوار است که مجموع منافع و مصالح فردی به‌خودی‌خود همان مصالح جامعه است. زمانی می‌توان از همسویی منافع افراد با منافع جامعه سخن گفت که تضادی میان آن‌ها نباشد. همچنان که یکسان گرفتن این دودسته از منافع و مصالح، نادیده‌انگاری برخی عناصر پیچیده و تناقض‌آمیز روان انسان است (راسخ ۱۳۹۳: ۵۵۸/۵۶۱). برخی در مقابل آن را با مصلحت حکومت برابر گرفته‌اند. هابز که طرفدار این ایده بود، با این ایده خواست از نزاع و کشمکش دائمی برای به دست

آوردن قدرت جلوگیری کند و راهی برای برقراری یک نظم سیاسی پایدار بیابد. واضح است همان‌طور که در بالا اشاره شد، عکس این ایده می‌تواند در نظریه قرارداد اجتماعی درست باشد که مصالح حکومت ذیل مصالح عمومی تعریف شود و نه برابر با آن. این ایده زمانی می‌تواند درست باشد که همواره مصالح حکومت همان مصلحت عموم باشد و مقامات حکومتی به خودی خود بتوانند مصلحت عمومی را تشخیص دهند و برای عملی کردن آن نیز اقدام کنند. حال آنکه نه تنها واقعیت غیر از این است، بلکه ماهیت قدرت سیاسی به گونه‌ای است که همواره تعارض میان مصالح عموم مردم و حکومت گریزناپذیر می‌نماید. درست است که مصلحت عمومی در امکان استمرار جامعه سیاسی است، به گونه‌ای که بتوان از یک نظام سیاسی معتبر و دموکراتیک برخوردار بود، اما به معنای یکی بودن مصلحت عمومی با مصلحت چنین حاکمیتی و تقلیل کل به جزء نیست. در چنین نظام دموکراتیکی باز غایت تصمیمات درباره جرم‌انگاری رفتارهایی مانند خیانت و جرایم علیه حکومت باید مقید به آزادی بیان باشند؛ یعنی رعایت حقوق افراد و تضمین آزادی آنان.

مصلحت عمومی به معنای «منافع مشترک افراد به‌مثابه اعضای جامعه» تلقی سوم از مصلحت عمومی است که دارای دو وجه سلبی و ایجابی است؛ از یک سو، مصلحت عمومی مستلزم خودداری از انجام اعمالی است که اصل و امکان حیات جمعی آنان را به مخاطره می‌اندازد، مانند خودداری از آلوده کردن محیط زیست. از دیگر سو، مستلزم انجام برخی از کارها و رفتارها توسط همگان است که برای حفظ حیات جمعی ضروری‌اند، مانند برقراری نظم و امنیت عمومی (Barry 1990: 190). در نظریه جرم‌انگاری معنای سوم مورد نظر است. در نوشته‌های راجع به دکترین آلمانی مصالح حقوقی نیز هر وقت سخن از مصالح جمعی یا عمومی می‌شود سایر معانی مورد نظر نیست.

در اینجا بحث بیشتر راجع به ویژگی‌های هر یک از این سه تعریف، نه ضروری و نه مقتضی است، اما یادآوری این نکته ضرورت دارد که صرف تعریف برای داشتن یک نظریه جرم‌انگاری در این حوزه کافی نیست؛ زیرا مصالح عمومی طیف گسترده‌ای از منافع جمعی را پوشش می‌دهد که تعیین مرز مداخله دولت آن‌هم از نوع کیفری مستلزم تعیین ویژگی‌ها و قیدوبندهای دیگری است که حتی المقدور جامع و مانع باشد. به‌عنوان نمونه، مصالح جمعی زیبایی‌شناختی ممکن است در گام نخست و بدون توجه به محدودیت‌ها و مقیدات دیگر، از

وضع قوانین راجع به ممنوعیت دیوارنویسی حمایت کند. آیا حقوق کیفری می‌تواند به صرف حمایت از این نوع مصلحت عامه مداخله کند؟ پاسخ را باید در مقام نظریه‌سازی در این خصوص به تفصیل ارائه داد. در اینجا قصد این است که جایگاه و نقش مصالح عمومی در نظریه جرم‌انگاری بیان شود و برخی از نگرانی‌های رایج درباره استفاده از این مفهوم برجسته شوند.

کسانی که درباره تمایل نظام‌های کیفری کنونی به جرم‌انگاری افراطی تذکر داده‌اند، دل‌نگران رواج استناد به مصالح مشترک در مدیریت خطر هستند (Ashworth 2012: 452; Husak 2008: 61). منشأ این نگرانی، استفاده گسترده از استدلال «ضرر به مصالح جمعی» است؛ نخست، برخی از استنادها به مصالح مشترک یا مصالح جمعی مبهم‌اند. فرضاً باینکه صلح و امنیت مصالح جمعی و عمومی‌اند، ولی مشکل است بگوئیم که دقیقاً این دو به چه معنا هستند و چه محتوایی دارند. دوم، این مفاهیم به جرم‌انگاری رفتارهای انتزاعی می‌انجامند. به نظر هاسمر با مدرن شدن حقوق کیفری مفاهیم جدیدی برای ورود به نظام حقوق کیفری یافتند که بر پیچیدگی آن افزودند که همین امر سبب کاهش شفافیت آن شده است (Hassemer 2014: 196). در حال حاضر زنجیره مصالح حقوقی جدید خارج از هسته اصلی حقوق کیفری طولانی شده و در این میان نقش صیانت از مصالح جمعی در این زمینه زیاد است. حلقه‌های این زنجیره انتزاعی، پیچیده، مبهم و از حیث محتوا فریه شده‌اند. حقوق کیفری جدید در مقایسه با هسته اصلی آن بیشتر جنبه تهاجمی دارد تا تدافعی، به گونه‌ای که حتی خطرهای انتزاعی علیه مصالح حقوقی را نیز پوشش داده است. به همین دلیل است که هاسمر دل‌نگران است که دکتین مصالح حقوقی نتواند خودش را به ترسیم مرزهای جرم‌انگاری توسط دولت محدود و مقید کند (Hassemer 2014: 197). نقد دیگر او این است که نظریه کیفری باید از ثبات و استحکام کافی برخوردار باشد تا بتواند پاسخ‌های ثابتی به مسائل مشابه دهد. ضابطه او برای سنجش و ارزیابی دو نظریه ضرر و مصالح حقوقی این است که باید به این پرسش پاسخ دهند که: آیا استفاده از مجازات در این یا آن موقعیت مشروع است یا خیر؟ اگر پاسخ‌های متفاوتی به یک پرسش مشخص بدهند، شفافیت و راهنما بودن آن‌ها برای حقوق کیفری به‌طور جدی تحلیل می‌رود و از این جهت در صیانت از آزادی انسان ناتوان خواهند بود (Hassemer 2014: 197, 198).

البته این مشکل خاص دکتین آلمانی نیست، بلکه در اصل ضرر آنگاه که دایره‌اش به مصالح جمعی می‌رسد نیز مشهود است. چه این که ضررهای انتزاعی دایره جرم‌انگاری را توسعه

می‌دهد و می‌تواند تحت نام پیشگیری از ضرر، موجودیت خود اصل ضرر را به مخاطره بیندازد یا خاصیت انعطاف‌پذیری ضعیف‌کننده‌ای به آن بدهد (Hörnle 2014: 694).

باین حال مشکل را در نظریه کیفری نمی‌توان با رد و انکار این مفهوم از مصالح حل کرد. مهم این است که نظریه بتواند فهمی روشن و شفاف از مصالح جمعی ارائه کند که قانون‌گذاری کیفری را به سمت توسعه مبهم و مضر سوق ندهد؛ زیرا در شرایط ابهام همه قانون‌گذاران کیفری ممکن است برای کنترل رفتارها متوسل به جرم‌انگاری و مجازات شوند. این خطر خصوصاً در نظام‌های سیاسی که ابزارها و نهادهای کنترل‌کننده کارا و عندالافتضا مستقل بر آن‌ها و عملکردشان نظارت نمی‌کنند، بیشتر نمایان می‌شود. همین دل‌نگرانی درباره خود رفتار و ماهیت آن نیز وجود دارد. آیا ضرر واقعی شرط مداخله است یا صرف خطر ایراد ضرر هم کافی است؟ ابهام در مفهوم مصالح جمعی می‌تواند به گسترش مبهم حقوق کیفری به رفتارهای مخاطره‌آمیز به هر میزان که باشد، بیانجامد. درست است که نمی‌توانیم رفتارهای ماهیتاً خطرناک برای منافع جمعی را انکار کنیم و با منع مداخله کیفری نیز ممکن است راه کنترل آن‌ها را سد کنیم، ولی به معنای تن دادن به ضرورت بدون شفافیت مداخله نیست.

همان‌طور که در بالا اشاره شد، نویسندگان در مقام تبیین مصالح عمومی می‌کوشند هم از نظر تعریف و هم ویژگی‌ها تا آنجا که ممکن است تبیین‌هایی ارائه کنند که خالص و صریح باشند و موارد پراهمیت آن را در نظریه جای دهند و نه هر مصلحت جمعی ولو با ارزش و اعتبار پایین را. این تأکید و تمرکز برای تعیین مرز مصالح جمعی از غیر آن ضروری است. از نظر برخی نویسندگان شبه مصالحی که می‌توان آن‌ها را مترادف «جمع عددی مصالح فردی» در نظر گرفت، در معنای مصالح جمعی استعمال نمی‌شوند. مراد از شبه مصالح جمعی آن دسته از مصالحی است که بدون افزودن مصالح افراد معنایی ندارند. به عبارت دیگر مصالحی که برآیند مصالح مجموعه افراد است، داخل در مصالح جمعی قرار نمی‌گیرند، بلکه مصداقی از شبه مصالح جمعی است. «سلامت عمومی» نمونه‌ای از این دست است؛ چه این که در حالت کلی سلامت مشتمل است بر سلامتی اشخاص بر مبنای آمار ثبت شده؛ یعنی سرجمع منافع افراد در حوزه بهداشت و سلامت. در مقابل «نظام اداری عمومی سالم» مجموعه‌ای از حالات و وضعیت‌هایی است که از ترکیب مصالح و منافع اشخاص ناشی نمی‌شود، بلکه به شکل‌گیری مجموعه‌ای از نظام‌های اداری و شیوه عمل و کارکرد آن‌ها و نیز توانایی راهبری نظام‌های

تحت کنترل آن‌ها وابسته است. شبه منافع عمومی راهی برای وارد کردن منافع مورد حمایت ذیل پدرسالاری باز می‌کند؛ مانند ممنوعیت رفتارهای مضر به خود در اعتیاد به مواد مخدر که ذیل «منافع عمومی» توجیه می‌شوند (Hörnle 2014: 695)؛ اما در مقابل، «صلح عمومی» به معنای رفتارهایی نیست که معمولاً به‌طور مستقیم زندگی اشخاص را به مخاطره می‌اندازند. اگر «صلح عمومی» یک معنای روشن و متمایزی داشته باشد، باید فراتر از به مخاطره انداختن مصالح افراد معنا پیدا کند؛ به‌عنوان مثال اعمال تبعیض علیه شهروندان یا نفرت‌پراکنی می‌تواند اساس زیست‌جمعی و صلح عمومی را در یک جامعه به خطر بیندازد همچنان که در حقوق کیفری گذشته کفرگویی مذهبی (Hörnle 2005: 282, 243)^۱ صرف‌نظر از یک رویکرد دینی یا ایدئولوژیک، به‌گونه‌ای در تعارض با صلح عمومی قرار می‌گرفت بی‌آنکه علیه شخص یا اشخاص معینی باشد؛ بنابراین، یکی از مشکلات در نظریه‌های جرم‌انگاری، چه مستقیم به مصالح و منافع پردازند و چه غیرمستقیم، این است که نتوانند فهم قابل درک و قابل پذیرشی از مصالح ارائه دهند و راه را بر ورود رفتارهایی خارج از نظریه به حقوق کیفری باز کنند.

۲-۲- حق

با فرض تعهد حقوق به‌طور عام و حقوق کیفری به‌طور خاص به مراقبت و حمایت از قلمرو آزادی فردی در برابر مداخله دیگران، موضوع حمایت یعنی «حقوق دیگران» نیز در کانون بحث جرم‌انگاری قرار می‌گیرد؛ زیرا در جرم‌انگاری سؤال مبنایی این است که آیا رفتار ارتكابی «حق» دیگری را نقض می‌کند یا خیر. آن‌طور که در قسمت اول اشاره شد، در سیر تحول دکترین مصالح حقوقی «نقض حق» به «نقض منفعت» تبدیل شد، اما مبنای منفعت همچنان «حق» است. در اینجا نه لازم است و نه فرصت که «حق» را تعریف و عناصر نظریه حق بازگو شود. صرفاً کافی است اشاره شود که نظریه حق است که معلوم می‌کند کدام مصلحت قابل دفاع و صیانت است. حق را می‌توان «ادعای تضمین‌شده و حاکم» تعریف کرد که با دکترین مصالح حقوقی نیز همساز می‌شود؛ یعنی ادعایی که با پشتیبانی قدرت سیاسی الزام می‌شود و بنا بر اصل، در مقابل ادعاهای متعارض پیروز و حاکم است. از این‌رو، چه حق را برای تضمین اراده صاحب حق بدانیم و چه تضمین نفع او، با تعریف فوق سازگار است (راسخ

۱. کفرگویی مذهبی و انکار نسل‌کشی نازی‌ها اغلب با عنوان «حمایت از صلح عمومی» توجیه می‌شوند.

۱۳۹۳:۲۴۴)؛ بنابراین، هم دکتین آلمانی و هم اصل ضرر هر دو نیازمند فهمی از نظریه حق‌اند تا بتواند در تعیین منافع قابل حمایت که مورد تعرض قرار می‌گیرند و ممکن است مداخله کیفری را مشروع کند، به مدد آیند. درست است که در ماهیت و منبع تعیین مصلحت و در گامی عقب‌تر ماهیت و مبنای «حق» اختلاف وجود دارد، اما ابتدای نظریه جرم‌انگاری برآمده بر مفهوم و نظریه حق امری مسلم است؛ زیرا خاستگاه مصلحت چیزی جز حق نمی‌تواند باشد. این که فلان چیز مصلحت فرد است یا جمع مستلزم درک منشأ آن است.

با این تعریف، نظریه‌های جرم‌انگاری متعهدند که ملاک‌هایی برای تعیین «حق» و «مصلحت» قابل حمایت ارائه کنند که ایراد ضرر بر آن‌ها راه مداخله کیفری را باز و مشروع نماید، مشروط به این که سایر شرایط ضروری فراهم و موجود باشند. تفاوتی نمی‌کند که حق یا مصلحت فردی مطمع نظر باشد یا جمعی. اهمیت نظریه حق در جرم‌انگاری تا جایی است که در نظریه معاصر جرم‌انگاری برخی برای رفع اشکالات وارد بر اصل ضرر از ایراد ضرر بر «حق‌های دیگران» سخن رانده و از آن به‌عنوان یک رهیافت مرجع یاد می‌کنند (Hörnle 2014: 691; Hörnle 2014b: 169-185). افزودن مسئله «حقوق دیگران» به چارچوب نظری اصل ضرر ناشی از اهمیت بنیادین آن در نظریه است. این که رفتار موضوع بحث نباید با حقوق دیگران در تعارض باشد برای اصل ضرر محتوایی و اساسی است. البته، حقوق دیگران یک اصطلاح سحرانگیز نیست که همه مشکلات را حل کند؛ زیرا ادعاهایی که به این حقوق ارجاع و استناد می‌دهند همه محل مناقشه و بحث‌اند. لذا بحث‌های بیشتری درباره این که «حق» چیست و منبع آن کدام است، ضرورت دارد.

راه‌حل ساده استناد به حقوقی است که در یک سیستم حقوقی شناسایی شده‌اند؛ اما عیبش این است که فضایی برای یک نظریه جرم‌انگاری فراملی باز نمی‌کند (Haimish 2001-2: 56-66)؛ برای کسانی که حقوق طبیعی و حق‌های طبیعی را فرض می‌دانند (Finnis 1980)، مسیر روشن این است که به حقوق طبیعی متوسل شوند؛ اما اگر کسی درباره وجود حقوق طبیعی مستقل از فرایندهای تقنینی شک کند، سؤال این است که چگونه می‌توان درباره «حقوق دیگران» به یک شیوه درست سخن گفت که مقید و محدود به چارچوبی از قبل موجود و اثباتی نباشد. اگر بتوانیم اثبات کنیم که «حقوق طبیعی پیش موجود» از «حقوق مورد ادعای فرایند سیاسی-حقوقی» تفکیک می‌شود، منبعی قابل اعتماد معرفی کرده‌ایم. اگر حقوق

موردادعا با ارجاع به مصالح انسانی فهمیده شود، باید توضیح بدهیم چرا چنین مصالحی به‌اندازه کافی مهم‌اند که اعطای وضعیت «حق» به آنان را تضمین می‌کند.

۳- منبع حقوق و منافع

این که حق‌ها و مصالح ناشی از حقوق پوزیتیویستی‌اند یا حقوق طبیعی همواره مورد مناقشه بوده است؛ زیرا اگر نظریهٔ جرم‌انگاری بر محور این مبانی می‌چرخد، تعیین مرجعی که به آن‌ها مشروعیت می‌دهد، حیاتی است. در اینجا بدون ورود به جزئیات اختلافات، رویکردهای مختلف به منابع اصلی مصالح و حقوق موردحمایت به‌صورت مختصر بیان می‌شوند.

از دههٔ ۱۹۹۰ بحثی در گرفت که مصالح حقوقی را به قانون اساسی مرتبط سازد. این تلاش‌ها نشان دادند که مفهوم مصالح حقوقی به‌سادگی نمی‌تواند شامل همه مصالح و خیرهایی شود که وعده داده شده یا قابل حمایت به نظر می‌رسند. قانون اساسی به‌عنوان قانون بالادستی معمولاً متضمن اصولی برای نظام کیفری اعم از شکلی و ماهوی است. اصل قانونی بودن جرم و مجازات و حق دسترسی عادلانه به محاکم و مانند آن تا منع مجازات اعدام در برخی از کشورها مانند آلمان (ماده ۱۰۲ قانون اساسی آلمان) از این نمونه‌اند. رکسین در کتاب ارزندهٔ «بخش عمومی حقوق جزای آلمان» درصدد است مصالح حقوقی را از اصول قانون اساسی استخراج و قانون‌گذاری کیفری را بر آن مبتنی کند؛ یعنی بر این نظر است که مفهومی از مصالح حقوقی می‌تواند سیاست کیفری را محدود سازد که از اهداف دولت مبتنی بر حاکمیت قانون^۱ که مبتنی بر آزادی فردی در قانون اساسی مندرج است، استخراج گردد (Roxin 2006: 15). همان‌طور که قبلاً اشاره شد، او به‌جای این که اصول کیفری قانون اساسی در این باره را احصا کند به ارائهٔ تعریفی از مصالح حقوقی پرداخت که در قالب آن با مراجعه به قانون اساسی امکان تعیین اصول راهنمای قانون‌گذاری کیفری را فراهم نماید. او خود می‌داند که دقیقاً معلوم نیست مفهوم مصالح حقوقی چه محدودیت‌های دیگری مازاد بر آنچه در قانون اساسی وجود دارد، بر حقوق کیفری وارد می‌کند، ولی می‌داند که دست کم قادر به دسته‌بندی این محدودیت‌ها هست.

قانون اساسی در دنیای جدید مبنای کشورداری و تنظیم روابط قوا باهم و با مردم و متضمن

حقوق اساسی و بنیادی اشخاص و ملت است. وقتی از مصالح حقوقی سخن به میان می‌آید، طبیعی است که همین میثاق مبنایی می‌تواند مستند اول نظام‌های دموکراتیک باشد؛ اما این که قوانین اساسی موجود به تنهایی کفاف این خواست را می‌دهند یا نه پاسخ منفی است. مطالبات بیشتری را می‌توان در قوانین اساسی پذیرفت. مفاهیمی مانند «ضرر به دیگری» یا «حمایت از حق‌های قانونی» را هم می‌توان در آن‌ها جای داد. مثل اینکه گفته شود ممنوعیت‌های کیفری تنها در صورتی قابل اعمال و پذیرش اند که برای پیشگیری از ضرر به دیگری ضروری باشند یا به صورت سلبی مقرر نماید که ارزش‌های کیفری به منظور ارتقای اخلاق نباید وضع شوند که این موضوع به معنای نفی رابطه اخلاق و حقوق نیست. این‌ها می‌توانند به عنوان اصول راهنمای کیفری در جرم‌انگاری عمل کنند که محدودیت‌هایی بر قانون‌گذاران تحمیل می‌کنند. برخی نویسندگان پیشنهاد داده‌اند که این محدودیت‌ها می‌توانند در بخش «حقوق اساسی ملت» که یکی از بخش‌های قوانین اساسی است، گنجانده شود تا مراجع عالی مانند دادگاه قانون اساسی بتوانند وصف مجرمانه خاصی را به دلیل نقض این محدودیت‌ها ابطال کنند (Hörnle 2014: 681). به عنوان نمونه در اصلاحیه اول قانون اساسی آمریکا مقرر شد که «...کنگره نمی‌تواند قانونی وضع کند که آزادی بیان را محدود کند». دیوان عالی آمریکا این حق را مبنایی برای خلاف قانون اساسی بودن برخی جرایم مرتبط به آزادی بیان قرار داده است؛ اما در باب محدودیت‌های حقوق کیفری چنین عبارات و بیان صریحی در قوانین اساسی نداریم. بیشتر این قوانین حقوقی از این دست را به رسمیت می‌شناسد، ولی بی‌درنگ با عباراتی مانند این که محدودیت‌های آن را قوانین عادی تعیین می‌کنند، راه را برای قانون‌گذاران جهت تحدید این حقوق در نبود معیارها و اصول راهبر باز می‌گذارد.

توجه به این موضوع ما را به سوی تعیین راهبردهای اساسی در قوانین اساسی و رابطه بین این قانون و جرم‌انگاری رهنمون می‌شود. جرم‌انگاری آزادی‌های فردی را نقض می‌کند. حق اولی و ذاتی شخص این است که نباید مجازات شود (حق بر مجازات نشدن)، اما در عمل در کشورهایی که دادگاه قانون اساسی وجود دارد، کمتر اتفاق افتاده که این نهاد قانون کیفری را خلاف قانون اساسی اعلام کند؛ اما در حال حاضر برخی از دادگاه‌های قانون اساسی مانند دادگاه قانونی اساسی آلمان حداکثر کاری که می‌کنند این است که بگویند حقوق کیفری آخرین راه حل است (Abortion Case 1975: 224, 239-240) که این اعلام به خودی خود امکان حقوقی بازبینی قوانین

ماهوی جزایی را فراهم نمی‌کند. کنترل حقوق کیفری می‌تواند در دو مرحله رخ دهد: نخست، در تعیین اهداف مشروع قانون‌گذاری که درگاه ورودی حقوق کیفری است و دوم، مفاهیم ضابطهٔ تناسب در معنای عام که می‌تواند ممنوعیتی را خلاف قانون اساسی اعلام کند، هرچند مغایرتی باهدف مشروع تعیین شده نداشته باشد. وقتی تعیین اهداف به قانون‌گذاران سپرده می‌شود به آنان اختیارات وسیعی برای جرم‌انگاری داده می‌شود؛ در این وضعیت مسیر دوم کنترلی محدود و تنگ خواهد شد و کمتر دادگاه‌های قانون اساسی مدعی عدم پذیرش اهداف تقنینی می‌شوند و به همین دلیل باز تأثیرشان زیاد نخواهد بود (Hörnle 2014: 682).

هرچند چارچوب نظریهٔ استناد به قانون اساسی برای تعیین مصالح حقوقی ولو با اصلاح قوانین اساسی می‌تواند به نسق بخشی به مصالح و حقوق قابل حمایت کمک کند، اما این پرسش همچنان باقی است که پیش‌ازاین که این حقوق یا مصالح در یک متن مورد استناد قرار گیرند یا رئوس کلی آن‌ها بیان شود، منع دیگری ضروری است که این منافع به استظهار آن‌ها مشروعیت پیدا کنند. حقوق طبیعی می‌تواند یکی از این منابع محسوب شود. به‌عنوان نمونه برخی معتقدند در حقوق آلمان حقوق و عدالت طبیعی در اشکال و قالب‌های متمایزی اعمال می‌شوند تا جایی که بر اعمال قواعد حقوقی حتی در سطح قانون‌گذاری نیز تأثیرگذار است. به همین دلیل گفته‌اند در نظام حقوقی آلمان که به حقوق پوزیتیویستی گرایش دارد، چنین رویکردی نوعی سوپاپ اطمینان محسوب می‌شود. تا جایی این حقوق اهمیت دارد که برخی مدعی تأثیرگذاری این اصل تا سطح قانون اساسی نیز شده‌اند (Bohlander 2009: 13). شاید سخن بوهلندر که عدالت طبیعی را بالاترین رتبه در سلسله‌مراتب قانونی می‌داند، مبالغه‌آمیز باشد، ولی می‌توان گفت که تأثیر عمیقی بر فهم مصالح حقوقی به‌عنوان اصول راهنمای قانون‌گذاری و تفسیر قوانین دارد. حقوق طبیعی یا عدالت برآمده از آن به‌نوعی مشابه قاعده انصاف در کامن‌لو است که تصمیمات قضات را به سمت ضابطه‌مندی سوق می‌دهد؛ اما یک دل‌مشغولی همچنان باقی است که آیا ارجاع به حقوقی غیرپوزیتیویستی می‌تواند به اصول راهنمای واحد بیانجامد؟ این نگرانی را برخی مانند رادبروخ - که برتری حقوق بر دولت را بازگشت به حقوق طبیعی می‌داند - دربارهٔ نظریهٔ دولت قانون (Rechtsstaat) دارند؛ زیرا این نظریه را در حقوق اساسی آلمان مانع تقدم حقوق بر دولت تلقی می‌کنند (Radbruch 1956: 284).

باین همه، به نظر می‌رسد در نظام‌های دموکراتیک، این قانون اساسی است که می‌تواند ظرف مناسبی برای بیان اصول مداخله کیفری محسوب شود، هرچند ممکن است قابل تفسیر بودن آن‌ها و این که شفافیت کافی را نداشته باشند، این موضع را تضعیف کند. علاوه بر این، در اتحادیه اروپا قوانین الزام آور و آرای دیوان اروپایی حقوق بشر هم می‌توانند برای این دکتترین ظرفیتی جهت تعیین منافع قابل حمایت کیفری فراهم کنند و هم محدودیتی بر مرزهای کیفری. در صورتی که چنین جایگاه و نقشی به قوانین اساسی داده شود، آنگاه عملکرد و رویه دادگاه‌های قانون اساسی یا مراجع مشابه در نقض و ابطال قوانینی که حدود حقوق کیفری را نادیده می‌گیرند نیز پراهمیت خواهند بود.

نتیجه گیری

نظریه کیفری برآمده از قراردادگرایی به دلیل ابتدای آن بر تحدید قدرت عمومی و تصریح به حدود اختیارات و صلاحیت‌های عمومی دولت، در پی یافتن مبانی مشروعیت و توجیه نظام مند مداخله کیفری دولت در آزادی‌ها و حقوق افراد و تعیین قلمرو آن است. هر دو نظریه مشهور اصل ضرر و مصالح حقوقی که در چنین سنت فکری جوانه زده و توسعه یافته‌اند، در صددند نظریه‌ای برای جرم‌انگاری ارائه کنند که در بادی امر حافظ حداکثر آزادی افراد و محدودکننده اختیارات دولت در توسل به کیفر باشد. «مصالح» به‌عنوان مفهوم محوری در هر دو نظریه، در عین حال که «ضرر» مندرج در اصل ضرر را تبیین می‌کند، اهداف مورد حمایت دکتترین آلمانی را نیز ترسیم می‌نماید. اصل ضرر راهی ندارد جز این که متعلق ضرر را با تعریفی از مصالح و منافع قابل حمایت بیان کند تا نظریه‌ای توصیفی و هنجاری برای تحدید حقوق کیفری به دست دهد. در مقابل، دکتترین آلمانی این راه را از همان ابتدا با محوریت مصالح می‌پیماید و باینکه به‌ظاهر از ضرر سخنی نمی‌گوید، در واقع اصرار به منافع قابل حمایت را در کانون توجهش قرار می‌دهد. صرف نظر از فراز و فرود تاریخی این دو، به‌ویژه وانهادن دکتترین آلمانی در دوره‌ای پس از رهایی آلمان از نازیسم و اقبال مجدد به آن در سال‌های اخیر، بخش مهمی از تحولات تاریخی هر دو نظریه به تبیین مفهوم مصلحت و مبنای آن اختصاص یافته است.

سنجش مصالح مشروع علی‌القاعده باید به اعتبار برداشتی باشد که هر یک از نظریه‌های

کیفری از نظریهٔ حق‌دارند؛ زیرا مصلحت زمانی مشروع و حمایت از آن موجه است که مبتنی بر حق باشد؛ به همین دلیل است که «حقوق» به‌طور کلی و «حقوق دیگران» و نسبتی که این حق‌ها باهم و در ارتباط با اشخاص مختلف دارند، یکی از کانونی‌ترین مباحث در نظریهٔ جرم‌انگاری است؛ زیرا بدون آن، نظریه‌ها نمی‌توانند فهم روشنی از مصالح قابل حمایت ارائه دهند. اهمیت این موضوع زمانی نمایان‌تر می‌شود که حقوق کیفری برای حل مناقشه میان حقوق افراد با یکدیگر یا میان حقوق اشخاص با جامعه مداخله می‌کند. نظریهٔ حق است که تقدم و ترتب حقوق نسبت به یکدیگر و دلایل ترجیح یکی بر دیگری را در مواقع تعارض و تراحم نشان می‌دهد. دکترین آلمانی متأثر از فلسفهٔ ایدئالیست آلمانی، هرچند در ادامه راه «حق‌ها» را به‌ظاهر در کانون مباحثه قرار نداد و «مصالح» را جایگزین آن نموده است، برای توجیه مصالح و منافع چاره‌ای جز ارجاع به حق و نظریهٔ حق ندارد. حال آنکه از منظر فایده‌گرایی، ردپای مصالح و خیرها (به‌ویژه در فلسفهٔ اخلاق) را باید در سنجش هزینه-فایدهٔ رفتارها جست. مقیاسی که اولاً و بالذات در دکترین فلسفی آلمانی جایی نداشته و در بررسی قضایا و موضوعات جرم‌انگاری نیز نقش اصلی ندارد.

با این حال، علیرغم این اختلاف اساسی در فهم طرفین از مبنای مصلحت‌حمایت‌پذیر، محوریت مصالح و نظریهٔ حق، می‌تواند پلی ارتباطی میان این دو نظریه برقرار کند که به مدد آن بتوان نواقص و خلأهای موجود در هر یک را مرتفع نمود و از همین نقطهٔ ارتباطی است که می‌توان امیدواری هاسمر (190 Hassemer)¹ به امکان پیوند این دو نظریه را تقویت کرد و راهی برای درس‌آموزی این دو از یکدیگر یافت؛ اما این که این دو در کنار هم می‌ایستند و فهمی متفاوت از مصالح و حقوق و نیز قلمرو مداخلهٔ کیفری دولت ارائه می‌دهند یا امکانی برای شکل‌گیری نظریهٔ سومی فراهم می‌شود، به عناصر و مؤلفه‌های نظری و فرهنگی، اجتماعی و سیاسی زیادی مرتبط است. اشتراک نظری در بسیاری از رویکردهای فلسفی به انسان، حقوق و آزادی‌های او، محوریت فرد و مصالح او و پذیرش محدود و اقلی بودن اختیارات دولت، جهانی‌سازی و مدرنیسم از سویی و همگرایی در قوانین کیفری اروپایی و اشتراک گسترده در منافع جمعی و مانند آن از سوی دیگر، امیدهای بیشتری برای همگرایی میان این دو نظریه فراهم آورده است. با این حال، غلبه وجه تکلیف‌بنیادی فلسفهٔ آلمانی و فهم نظریهٔ مصالح

1. Hassamer, Winfried, "the harm principle and the protection of 'legal goods' (Rwchtsgterschutz): a German perspective", 190.

حقوقی در این بافتار تفاوت‌های آشکاری با رویکرد فایده‌گرایانه فلسفه رقیب در شناسایی مصالح و ترجیح یکی بر دیگری در مواقع تراحم و تعارض حقوق و مصالح دارد به گونه‌ای که در دعاوی و موارد مطروحه راه این دو را از هم جدا می‌کند.

بسیاری از حقوقدانان اختلاف پیرامون منافع و حقوق قابل حمایت، ارجاع به قانون اساسی و آغاز نظریه جرم‌انگاری از چنین قانون بالادستی را مهم‌ترین مسیر حفظ رویکرد پوزیتیویستی به حقوق کیفری دانسته‌اند. باینکه این قوانین، می‌توانند چارچوب محدودکننده‌ای برای قدرت سیاسی در برابر حقوق فردی فراهم کنند، کافی نبودن اصول قانون اساسی در تعیین مرزها و چارچوب مصالح تضمین‌پذیر از طریق توسل به کیفر، کلی بودن هنجارهای قانون اساسی، امکان ترجیح دادن مصالح حاکمیت بر مصالح و حقوق فردی در خلال اجرا و تفسیر، ماهیت استقلالی حق‌ها از فرایند قانونی (پوزیتیویستی) از منظر وجودشناسی و ضرورت ابتدای حق‌ها به حقوق فراپوزیتیویستی نگرانی‌هایی در این زمینه برانگیخته است. علیرغم این دغدغه‌ها، اگر نگوییم قانون اساسی نقطه آغاز برای نظریه کیفری است، دست کم مهم‌ترین آن خواهد بود تا مفهومی مدرن شده از حقوق مبنایی برآمده از حقوق طبیعی یا هر منبع غیرپوزیتیویستی در آن جای بگیرد و فهم فرد محور از آن به اقل درجات برسد.

منابع

الف) فارسی

- راسخ، محمد (۱۳۹۳)، حق و مصالحت، مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش، تهران: نشر نی، ۲۴۴.
- بیکس، برایان (۱۳۸۹)، فرهنگ حقوقی، ترجمه محمد راسخ و همکاران، تهران: نشر نی، ص. ۳۵۹.
- والدرون، جرمی (۱۳۷۹)، «فلسفه حق»، ترجمه محمد راسخ، نامه مفید. (۲۱): ۹۳-۱۱۸.
- گسن، رمون (۱۳۷۹)، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۰۲-۶۱.
- محمودی جانکی، فیروز (۱۳۸۲)، مبانی، اصول و شیوه‌های جرم‌انگاری، رساله دکتری دانشگاه تهران.
- میل، جان استوارت (۱۳۸۵)، رساله درباره آزادی، ترجمه جواد شیخ‌الاسلامی، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی.
- نجفی ابرندآبادی ع. هاشم بیگی ح (۱۳۹۳)، دانشنامه جرم‌شناسی، تهران: گنج دانش.

ب) منابع انگلیسی و آلمانی

- "Abortion Case" (1975). BVerfGE 39, 1, 47.
- Ashworth, Andrew, Lucia Zender (2012). "prevention and criminalization: justifications and limits". New Crim. LR 542(15).
- Barry B. (1990). political argument, London: Harvester Wheatsheaf.
- Barry, B. (1977). "The public interests". in A. Quinton (ed). Political Philosophy. London: OUP.
- Beinding K (1885). Handbuch des Strafrechts. Erster Band (vol 1). Leipzig: Duncker & Humblot.
- Bohlander, Michael (2009). Principles of German criminal law. US and Canada: Hart Publishing.
- Devlin, Gerald (1999). "Devlin was right: law and enforcement of morality", William and Marry LR, No. 40.
- Dubber, Markus D. (2006). "theories of crime and punishment in German criminal law". the American Journal of Comparative Law, 53(3).
- Duff, Antony (2007). answering for crime. Oxford & Portland: Hart Publishing.
- Feinberg, Joel (1984). the moral limits of criminal law: harm to others. vol.1. Oxford: Oxford University Press.
- Finnis, John (1980). Natural law and natural rights. Oxford: Clarendon Press.

- Hamish, Stewart (2001-2). "harms, wrongs and set-backs in Feinberg's moral limits of criminal law". Buffalo Criminal LR 47.
- Hassemer, Winfried (2014). the harm principle and the protection of 'legal goods' (Rechtsgüterschutz): a German perspective, in Simester A.P. et al (eds). Liberal criminal theory, essays for Andreas von Hirsch. Oxford: Hart Publishing.
- Hörnle, Tatjana (2014b). "rights of others' in criminalization theory". in Simester A.P. et al (eds). Liberal criminal theory, essays for Andreas von Hirsch. Oxford: Hart Publishing.
- Hörnle, Tatjana (2014). "theories of criminalization". in: Dubber, Markus D. and Tatjana Hörnle. the Oxford Handbook of Criminal Law. Oxford: University Press.
- Husak, Douglas (2008). overcriminalisation: the limits of criminal law. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- "Incest Case" (2008), BVerfGE 120.
- Jescheck, Hans-Heinrich & Weigend, Thomas (1996). Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil. Berlin: Duncker & Humblot.
- Jonathan Schonscheck (1994). On criminalization, an essay in the philosophy of the criminal law. Kluwer Academic Publishers.
- Marx, M. (1972). zur Definition des Begriffs Rechtsgut: Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre. Köln: Hemans.
- Mill, John Stewart (1983). On Liberty. London: Penguin English Library.
- Nuotio, Kimmo (2010). "theories of criminalization and the limits of criminal law: a legal cultural approach. in R.A. Duff et al (eds). the boundaries of the criminal law. Oxford: Oxford University Press.
- Radbruch, Gustav (1956). Rechtsphilosophie. Stutgart.
- Radbruch, Gustav (1956). Rechtsphilosophie: Stutgart.
- Raz, Joseph (1986). the morality of freedom. Oxford: Oxford University Press.
- Riley, Jonathan (1988). Liberal Utilitarianism, Social Choice Theory and J.S. Mill's Philosophy. Cambridge University Press.
- Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil (2006). vol 1, München: Verlag G.H.Beck.
- Simester A.P. et al (eds). Liberal criminal theory, essays for Andreas von Hirsch. Oxford: Hart Publishing.
- Simester, A. P. and Andreas von Hirsch (2011). crime, harm, and wrong. Oxford: Hart Publishing.
- Suraof, F.J. (1975). "the public interest recognized". Journal of Politics, XIX.
- Von Liszt, F. (1888). "der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft". Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 133(8).
- Vormbaum, Thomas & Michael Bohlander (eds) (2014). a modern history of German criminal law. London: Springer.