



دوره ۵۱، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۴۰۰
صفحات ۲۴۷ تا ۲۶۹ (مقاله پژوهشی)

عناصر تحلیلی و آثار اجرایی حقوق کیفری

علی پورحسین سنگری*

دانش‌آموخته دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی
(تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱/۳۰ - تاریخ تصویب: ۱۴۰۰/۰۴/۱۲)

چکیده

حقوق معانی گونه‌گون دارد. گاهی حقوق به مجموعه قواعد متعین برآمده از اراده حاکم اطلاق می‌شود. این معنا از حقوق در فقه سابقه ندارد و ترجمه واژگان فرنگی است. در این معنا، حقوق، برابر با قانون و قانون مترادف با قاعده دولتی تعریف و هر منبعی و رای آن، فراحقوق محسوب می‌شود. باورمندان به این حقوق که اثبات‌گرا نامیده می‌شوند، معتقدند فقط زمانی که فراحقوق (اخلاق، سنت، عرف، شریعت، عقل، احساس، باور و...) به اراده حاکم ترجمه و به شکل قاعده صورت‌بندی شود، حقوق به وجود می‌آید. در مقابل برخی حقوق را در قانون یا علمی که از قانون بحث می‌کند، محدود نمی‌کنند. در این مفهوم، حقوق، منحصر به قواعد نهاده نیست، بلکه با حقوق به‌منابه اصول سروکار داریم. رویکرد اخیر که در نحله‌هایی چون حقوق طبیعی، حقوق تاریخی و... متجلی است، حقوق را در طبیعت امور جست‌وجو می‌کند و قوانین (قواعد) آن را کشف‌شدنی و نه وضع‌شدنی می‌داند. البته در تحلیل مفهوم حق، تفکیک «حق بودن» و «حق داشتن» ضروری است. مفهوم اول در حوزه ارزش‌شناسی (خوب بودن یا بد بودن) ولی مفهوم دوم موضوع قانونگذاری است. در برخی نوشته‌های حقوقی این بی‌تمیزی منشأ بسیاری از کج‌تابی‌های فکری شده است. عطف به تفکیک اخیر، پرسش‌های اساسی تحقیق عبارت‌اند از: حق‌گذاری، تکلیف کیست؟ آیا معیاری برای سنجش درستی و نادرستی یا صدق و کذب قوانین وجود دارد؟ چالش‌های اجرای قانون (حقوق نهاده) چیست؟ برای پاسخ به پرسش‌های یادشده با روش تحلیلی، هستی‌شناسی حقوق کیفری نهاده (موضوعه) از منظر عناصر و آثار بررسی شده است. در خصوص عناصر تحلیلی حقوق کیفری نهاده، اجزایی چون انشا، درستی و مرتبه و در خصوص آثار اجرایی آن، اوصافی چون استمرار، اثربخشی و کارآمدی شناسایی و تبیین شده است.

واژگان کلیدی

قانون، قانون‌گذاری، قواعد حقوقی، حقوق کیفری، فرضیه نوانبات‌گرایی حقوقی

* a.p.sangari@gmail.com

مقدمه

قانون را فصل الخطاب و نقطه پایان اختلاف‌ها به تصویر می‌کشند؛ درحالی‌که بسیاری از مناقشه‌ها از سر آن آغاز می‌شود. در لحظه‌ای که تصور می‌کنیم به فهم رضایت‌بخشی از قانون دست یافته و همه اطوار آن را به نظر کشیده‌ایم، دیری نمی‌پاید که وجهی دیگر از آن سایه سوی مخالف می‌گسترده و از جانب دیگر رخ برمی‌آورد. به‌راستی، راز قبض و بسط قانون و سر دیرپایی آن چیست؟ چرا اطوار قانون تا بدین حد گونه‌گون است؟ چگونه می‌توان به جوانب قانون حد زد و بر کرانه‌های آن وقوف یافت؟ چه نیرویی در ورای قوانین نهفته است که الزام ناشی از آن را توجیه می‌کند؟ قدرت ناشی از قانون چه تفاوتی با قدرت اراده در روابط بین‌افردی یا گروهی دارد؟ چگونه می‌توان حقوق را از غیر آن تشخیص داد؟ حقوق و قانون از بین نسب اربعه (تساوی، عموم و خصوص و تباین) چه وضعیتی دارند؟ مهم‌ترین تمایز قانون از هنجارهای برآمده از شرع، سنت، اخلاق و ... چیست؟ چه شخص یا نهادی حق قانونگذاری دارد؟ تولید و تغییر قانون به چه شرایط و عواملی وابسته است؟ منشأ اعتبار و معیار درستی قانون و عامل وفاق و نفاذ اندیشه‌ها در هستی‌شناسی آن چیست؟ قانون کیفری چه تفاوتی با قوانین غیرکیفری دارد؟ آیا حقوق کیفری بدون مجازات تحقق‌پذیر است؟ در صورت وضع چنین قوانینی، آیا می‌توان آنها را در زمره حقوق کیفری مصطلح برشمرد؟

این پرسش‌ها و پرسش‌هایی دیگر از این جنس، در صورتی پاسخ درخور خواهند یافت که طرح کاملی از هستی‌شناسی حقوق^۱ ارائه شود. به‌رغم این مهم، با نگاهی گذرا به انبوه نوشتگان حقوقی آشکار می‌شود که مطالعه ماهیت حقوق و عناصر و آثار آن، جایگاه درخوری در پژوهش‌های میان‌رشته‌ای نیافته است. این کم‌توجهی به خوانش یادشده موجب شده است تا مدیران جوامع به‌طور لجام‌گسیخته به رویکردهای عمل‌گرایانه^۲ متوسل شوند. اگرچه این توسل، کم‌هزینه و پرتوفیق به‌نظر می‌رسد، ولی نباید به دستاوردهای آن خوش‌بین بود، زیرا مدیران نیز مثل سیاستمداران به‌جای حل مسائل نوعاً در پی جمع کردن آنها هستند! در صورتی‌که با تعمیم ناسازوار روش‌های مدیریتی در حقوق کیفری مصطلح، نظام‌های حقوقی از مسیر بایسته منحرف و از درون تهی شده‌اند. سرگردانی سیاست‌های جنایی بسیاری از کشورها شاهدی بر مدعای ماست (گسن، ۱۳۷۱). در مقابل معتقدیم نظام حقوقی کارآمد نه با روش‌های ذوقی یا مدیریتی، بلکه با اندیشه در فرایندهای روش‌مند تولید و تغییر قوانین به‌وجود خواهد آمد. به نظر نگارنده برای تحقق این هدف باید سنجه‌هایی غیرشخصی برای ارزیابی حقوق نهاد و تمییز آن از سامانه‌های

-
1. Legal Ontology
 2. Pragmatism

مشابه ارائه شود. همین اندیشه و تلاش، به صورتی سازی افزون‌تر و امر اخیر نیز به تعین‌پذیری بیشتر حقوق منتهی می‌شود که مطلوب ماست. تحلیل حقوق کیفری از این منظر مانع فربه شدن حقوق کیفری و اندیشه‌های خطایی می‌شود که از کارایی آن می‌کاهد. بر بنیاد یادشده به تبیین عناصر تحلیلی و آثار اجرایی حقوق کیفری نهاده پرداخته شده است.

۱. عناصر تحلیلی

قانون معرب یونانی «کانون» و در لغت به معنای روش، آیین، تربیت، نظم، طریقه (فانی، ۱۳۸۹: ۲۵۱) و قاعده، اصل و مقیاس چیزی است (معین، ۱۳۷۶: ۱۲۱۴). قانون دو معنای اصطلاحی دارد؛ در معنای عام، به اعلان اوامر و حکم حکمران و قواعد رفتاری اجباری (ایمانی، ۱۳۹۴: ۳۹) و در معنای خاص، به قواعدی که دولت وضع می‌کند، قانون می‌گویند. قسم اخیر، نخست در قیاس با شرع، قوانین عرفی یا متعارفی و اکنون موضوعه [نهاده]، نامیده می‌شود (عدل، ۱۳۸۹: ۲۷). برخی نویسندگان برای قانون ویژگی‌های ذاتی و عرضی برشمرده‌اند؛ الزام‌آور، عام، امری، علنی، واضح، مفید قطعیت، معطوف به آینده و مصوب مرجع ذیصلاح بودن را در زمره ویژگی‌های ذاتی قانون و پاسخگویی نیازهای جامعه، منعکس‌کننده نظر اکثریت، تأمین‌کننده منفعت عموم، منطبق با اخلاق، معطوف به عدالت، مستمر، انجام‌شدنی و پیشرو بودن را در عداد ویژگی‌های عرضی دانسته‌اند (راسخ، ۱۳۹۲: ۷۵-۱۰۴). این تفکیک البته که بر خطاست، زیرا قانون، مفهومی اعتباری است و اعتباریات ذات و عرض ندارند. در ادامه بر پایه معنای خاصی که برای قانون برشمردیم، یعنی قواعد دولتی، به تبیین عناصر تحلیلی قانون کیفری (انشا، درستی و مرتبه) می‌پردازیم.

۱.۱. انشا

قانون، منشآت نظام سیاسی است. دولت با قانون در جنگ ناشی از تضادهای اجتماعی تعادل صورتی ایجاد می‌کند. افزون‌بر این دولت با قانون، قدرت خود را به رخ رقیبان می‌کشد، نظم را بازتولید می‌کند و چالش‌های (بالقوه یا بالفعل) اقتدار و مشروعیت خود را پاسخ می‌دهد. بنابراین انشای قانون، راز بقای دولت در جامعه بسامان است. برخی به‌درستی نوشته‌اند: «واکنش‌های کیفری بیش از آنکه پاسخی اخلاقی در برابر بزهکاری بوده و یا تلاشی برای اصلاح بزهکاران باشند؛ موجب احیای قدرت تحمیل‌کننده آن خواهند گردید. مجازات، عدالت را احیا نمی‌کند؛ بلکه قدرت را دوباره فعال می‌کند» (ساداتی و همکاران، ۱۳۹۶: ۶۰).

قدرت سیاسی ریشه در قدرت اجتماع دارد و در اشکال و مراتب مختلف در جامعه ظاهر می‌شود.^۱ کامل‌ترین مظهر قدرت اجتماعی و سیاسی مستقل، دولت است. اگرچه شکل دولت و منبع مشروعیت و اقتدار آن موضوعیت ندارد^۲ ولی به‌کارگیری سازمان‌یافته از زور کالای انحصاری دولت‌هاست. به قول وبر، «اگر فقط ساختارهای اجتماعی عاری از خشونت وجود داشت، مفهوم دولت به‌کلی محو می‌شد و وضعیتی که به معنای دقیق کلمه به آن آنارشیزم می‌گویند، به‌وجود می‌آمد. خشونت حربهٔ مختص دولت است ... دولت جز در محدوده‌ای که خود تعیین می‌کند اجازهٔ به‌کار بردن خشونت فیزیکی را به هیچ‌گروه یا فرد دیگری نمی‌دهد، لذا تنها مرجع ذی‌حق در اعمال خشونت خود دولت خواهد بود» (وبر، ۱۳۹۰: ۱۴۷).^۳

آدمی به اختیار خود و نه بالطبع، مدنی است.^۴ او تشکیل دولت و انشای قانون را براساس محاسبه (انتخاب) و نه ضرورت (حتمیت یا الزام) عقلی انجام می‌دهد.^۵ بنابراین به‌نظر می‌رسد وقتی انسان تصمیم می‌گیرد اجتماعی زندگی کند، نمی‌تواند با احکام غریزه، تراحم و تعارض ناشی از آز یا نیاز خود یا دیگران را رفع کند؛ از این‌رو ناچار است برای حفظ تعادل، نظامی از قواعد را به‌وجود آورد تا به مدد آن امور خود و اجتماع را تدبیر کند. قبول قدرت دولت‌مبنای واحد ندارد. این قبولی از توافق جمعی تا حکم شرعی و از فرّه ایزدی تا اجبار (تن دادن به وضع موجود) را دربر می‌گیرد. در دوران جدید، دولت‌سازی مبتنی بر توافق اجتماعی و در چارچوب قانون اساسی است. البته یکی از آفت‌های دولت‌های مدرن، خلق مفهوم نظم عمومی و به‌تبع آن، حقی خودخوانده (خودساخته) به نام جنبهٔ عمومی جرم است.

۱. اجتماع نیرویی دارد که چیزی فراتر از نیروی تک‌تک افراد آن است. این چیز، خود سازمان (شکل یا هیأت) اجتماع و نه برابند (جمع جبری) نیروی آحاد آن است. براساس آورده‌های ماکس ورتهایمر (۱۹۴۳-۱۸۸۰ پراگ) در فرضیهٔ گشتالت، سازمان چیزی به تجربه می‌افزاید که در داده‌های حسی وجود ندارد. قدرت سیاسی از همین سازمان اجتماع ناشی می‌شود. این قدرت، هستهٔ نظام سیاسی است. با حاکمیت قانون، افسار قدرت اجتماعی از افراد ستانده و به سازمان اجتماع سپرده می‌شود.

۲. وندال هولمز در خصوص شکل‌گیری مفاهیم و قواعد معتقد است: «آداب و رسوم، باورها یا نیازهای دوران ابتدایی، قاعده را بنیاد نهاده‌اند. در خلال قرن‌ها، رسم، باور و نیاز از بین رفت، اما قاعده باقی ماند» (Lyons, 2002: 77).

۳. وبر معتقد است: «دولت، گروه سلطه‌گری است دارای خصیصهٔ نهادی و سازمانی که با موفقیت درصدد برآمده است تا در محدودهٔ سرزمینی خاص، خشونت فیزیکی مشروع را به‌عنوان ابزار تسلط در انحصار خود درآورد» البته، گرامشی معتقد است، طبقهٔ غالب نه صرفاً از طریق تهدید به خشونت (بهره‌گیری از پلیس و ...)، بلکه با ارائهٔ منسجم و قانع‌کنندهٔ افکار و تجربیاتش به‌منابۀ اصول متعارف و معتبر بر جامعه حکومت می‌کند. این کار از طریق نهادهای جامعهٔ مدنی نظیر رسانه‌های گروهی، کلیسا، مدرسه و خانواده صورت می‌گیرد (Edgar, 2002: 11).

۴. برخی آدمی را موجودی مدنی بالطبع و زندگی جمعی را امری غریزی و جزئی از سرشت او می‌دانند. برخی دیگر، زندگی اجتماعی را حاصل ضرورت‌ها و ناکافی بودن قدرت انفرادی آدمیان در رفع نیازها دانسته و نتیجه گرفته‌اند که انسان مدنی بالاضطرار است. برخی نیز انسان را موجودی مدنی بالعقل و الاختیار می‌دانند. بر مبنای فرض اخیر، انسان براساس محاسبه‌ای عقلانی به این نتیجه رسیده است که رفاه، آسایش و مصالح او در پرتو زیست اجتماعی بهتر تأمین می‌شود (دانش‌پژوه، ۱۳۹۰: ۹۸).

۵. برای مطالعهٔ نظر مخالف رک: جوادی آملی، ۱۳۸۷: ۵۱.

طرفداران حقوق طبیعی معتقدند که قانون‌گذار باید از طبیعت مشق کند (Freeman, 1994: 130)، در صورتی که به دلیل عدم ربط منطقی بین «است»ها و «باید»ها این ادعا صحیح نیست. در رهیافت نوآیندگرایی حقوقی، دلایل موافقان و مخالفان گزاره‌های یادشده را به داوری نشستم (پورحسن سنگری، ۱۳۹۹: ۱۸۲). افزون‌بر این حقوق، ماهیتی اعتباری دارد (پورحسن سنگری، ۱۳۹۳: ۷۶-۶۹) و امور اعتباری به اهداف واضح و توافق طرفین وابسته است. بنابراین گزاره «به هر کس آنچه سزاوار اوست، باید داد» یا قضیه «امر، قطعی است» (کانت، ۱۳۹۵: ۵۳) که منبعث از آرای بانیان حقوق طبیعی است، وضعی امور را توصیف نمی‌کند، از این رو نمی‌تواند به این پرسش‌ها پاسخ دهد که سزاوار هر کسی چه چیزی است؟ و اصول الزام‌آور برای تمام انسان‌ها کدام‌اند؟ از این رو با وجود گستره حقوق طبیعی کلاسیک (سکولار و غیرسکولار) و نو^۱ جملگی آنها از ارائه نظریه‌ای عاری از تناقض ناتوان‌اند.^۲

طرفداران مکتب تاریخی حقوق معتقدند که حقوق، انشاشدنی نیست، بلکه کشف‌شدنی است. ساوینی (۱۸۶۱-۱۷۷۹)، از بانیان این مکتب باور داشت حقوق، مثل زبان، آداب و رسوم ریشه در وجدان عمومی ملت دارد.^۳ این رویکرد صحیح به نظر نمی‌رسد، زیرا نحله تاریخی مشخص نمی‌کند که اگر در جامعه، عرف‌های معارض وجود داشته باشد، قانون براساس چه مرجحی باید انشا شود؟ افزون‌بر این اگر امر نوظهوری حادث شود و نیاز به قانون داشته باشیم، ولی هیچ سابقه ذهنی یا قاعده‌ی عرفی درباره آن وجود نداشته باشد، چه کسی و از چه منبعی و بر چه مبنایی باید قانونگذاری کند؟ برخی نویسندگان ظاهراً با تأسی از آموزه‌های مکتب تاریخی مدعی‌اند که فهم عرفی یگانه معیار درست قانونگذاری است، در صورتی که انتقادهای یادشده بر ادعای آنها نیز وارد است.^۴

البته قانون، محصول قوه تخیل نیست و محتوای آن متأثر از واقعیت‌هاست. محتوای قواعد حقوقی، اولویت‌ها و اهداف سیاسی و اخلاقی آنها را که این قاعده‌ها را مقرر کرده‌اند، بیان

۱. حقوق طبیعی نو (Jusnaturalism)، دوگانه‌گراست. طرفداران آن معتقدند دو نوع حقوق (نهاده و طبیعی) وجود دارد. آنها حقوق طبیعی را قابل شناسایی می‌دانند (تروپه، ۱۳۹۵: ۲۵).

۲. ابن‌خلدون در مورد جنگ نوشت: «این خوی در بشر، طبیعی است.» (ابن‌خلدون خضرمی، ۱۳۵۹: ۵۱۸).

۳. اندیشه‌های ساوینی تصویب قانون مدنی آلمان را صد سال به عقب انداخت (مالوری، ۱۳۸۸: ۲۴۷).

۴. «فهم عرفی را می‌توان پارادایم هر عصر دانست و قانون نباید پارادایم‌های عصری فهم عرفی را درنوردد و فهمی را که خود می‌پسندد بر دیگران حکمفرما کند» (جعفری‌تبار، ۱۳۹۹: ۱۹۶). این نویسنده در مثال از فهم عرفی آورده است: «فهم عرفی در عصر ما آن است که بردگی و شکنجه و نقض حریم خصوصی بد است و باید قانون آن را ترک کند» (جعفری‌تبار، ۱۳۹۹: ۱۵۶). همو در تبیین فهم عرفی بیان داشت: «فهم عرفی را می‌توان با شیوه منصفانه آنچه به خود نمی‌پسندی به دیگران مپسند به‌دست آورد» (جعفری‌تبار، ۱۳۹۹: ۱۹۹).

می‌کند.^۱ قانونی که شکار، سقط جنین یا خودکشی را منع می‌کند یا اجازه می‌دهد، بیان‌کننده اعتقادات درباره حیوان‌ها، زندگی یا حق آزادی بر نفس خویش است (تروپه، ۱۳۹۵: ۱۳)^۲ ولی همان‌طور که گفتیم، رابطه «باید» و «هست» از نظر منطقی ضروری نیست و از «است» تکوینی، «باید» تشریحی ساخته نمی‌شود^۳، زیرا «ارزش‌ها در جهان [خارج] یافت نمی‌شود بلکه ماییم که آنها را بر جهان [خارج] بار می‌کنیم. اشخاص و ملت‌های گوناگون نسبت به اینکه جهان باید چگونه باشد نظریات متفاوت دارند ولی صحت هیچ‌یک از این نظرگاه‌ها را به‌طور عینی نمی‌توان احراز کرد» (لاینز، ۱۳۷۰: ۲۳۸). با وجود این به‌نظر می‌رسد که «است‌ها» با «باید‌ها» و «باید‌ها» با «باید‌ها» به نسبت اهداف ارتباط ضروری پیدا می‌کنند. بنابراین وقتی حاکم امر می‌کند، به عهد خود وفا کنید؛ حکم او از ملاحظه آثار مطلوب پایبندی به پیمان‌ها منتج شده باشد. این استقرها و استنباط‌ها صرفاً متکی بر نظریه‌های مقبول و فروض مطلوب قانونگذارند. عطف به همین ویژگی است که می‌توان از آموزه‌ها و حکمت‌های عملی پیشینیان نیز برای حل بسیاری از چالش‌های کنونی استفاده کرد (پورحسن سنگری، ۱۳۹۲: ۱۶۱). بنابراین قانونگذار با شناخت خود غایات مطلوبی را تعیین و به‌صورت قاعده انشا می‌کند، سپس با ملاحظه پیامدهای اراده^۴ خود آنها را جرح و تعدیل می‌کند. از آنجا که متعلق شناخت قانونگذار اموری انسانی و اجتماعی است و این موضوعات در معرض قبض و بسط همیشگی قرار دارند، از این‌رو صورت‌بندی ایستای وضعیت‌های یادشده به ناکارآمدی نظام حقوقی منتهی می‌شود. در بند «الف» ماده ۳۸ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵ به این واقعیت که حقوق کیفری مرزهای خاکستری دارد تصریح شده است.^۵ تحدید حقوق کیفری با جرم‌زدایی و کیفرزدایی و توسعه قلمروهای

۱. در هندوستان حقوق و تکالیف به طبقات (اجتماعی) وابسته‌اند (هگل، ۱۳۷۹: ۳۰۳).

۲. شاید همین واقعیت‌هاست که سبب جرم‌انگاری برخی رفتارها می‌شود، زیرا جرم با تضعیف شاخصه‌های سرمایه‌های اجتماعی و انسانی، اقتصاد و حاکمیت مردمی آهنگ توسعه پایدار را کند می‌کند (رایجیان اصلی و صادقی، ۱۳۹۴: ۸۳).

۳. اگرچه ربط منطقی «است» و «باید» محال است؛ با وجود این برخی از است‌ها، حامل پیام‌های تکلیفی/الزامی نیز هستند. مثلاً وقتی به شخصی می‌گویید: کتری داغ است؛ به او پیامی همراه با توصیه و تحذیر می‌دهید که اگر نمی‌خواهد آسیب ببیند، نباید به آن نزدیک شود. در الگوهای فوق، اجتماعی شدن و شرطی شدن و ... ارتباط «است» و «باید» را پنهان می‌کند.

۴. اراده، اشتیاق شدیدی است که به‌دنبال تصور یقینی یا ظنی یا خیالی چیزی که با ما سازگار است پدید می‌آید و موجب تحریک اعضای آلی برای به‌دست آوردن آن چیز می‌شود (صدرالدین شیرازی، بی‌تا: ۱۳۵). اراده مجرد و بی‌آلایش نداریم، زیرا اراده‌ها با نیازها شکل و با شرایط و عوامل سو می‌گیرند.

۵. بند «الف» ماده ۳۸ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵: «قوة قضاییه مکلف است نسبت به تقیح، اصلاح و رفع خلأهای قوانین قضایی با رویکرد پیشگیری از وقوع جرم و اختلاف، کاهش عناوین مجرمانه و محکومیت حبس و تبدیل آن به مجازات‌های دیگر و متناسب‌سازی مجازات‌ها و جرائم، جایگزین کردن ضمانت اجرای غیرکیفری مؤثر و روزآمد از قبیل

کیفری^۱ با تعمیم تضمینات دادرسی عادلانه شاهی بر این ادعاست. تفتن به این معناست که موجب تردید در تعریف کیفر شده (رستمی، ۱۳۹۹: ۳۲) و آن را نیازمند بازنگری بنیادین کرده است.^۲ بنابراین جای این پرسش جدی وجود دارد که چه قوانینی باید در حوزه حقوق کیفری قرار گیرند؟ برای مثال اگر مواد ذیل در قانونی انشا شود، آیا در زمره حقوق کیفری کنونی قرار می‌گیرد؟

«هیچ کس حق ندارد در اماکن عمومی زباله بریزد. هر کس در محیط عمومی زباله بریزد باید ظرف ۲۴ ساعت آن را جمع کند و اگر جمع نکرد، در فهرست شهروندان بد قرار می‌گیرد.» یا «هر کسی بدون رعایت حریم رودخانه‌ها، چاه حفر کند، وادار به پر کردن آن خواهد شد علاوه بر این با درخواست هر شهروند ملزم به عذرخواهی می‌شود و در صورتی که از انجام امور مذکور سر باز زند، دهانه چاه مسدود و به پرداخت مبلغ X محکوم می‌شود.»

به نظر می‌رسد مواد مذکور باید در حوزه‌ای که هم‌اکنون حقوق کیفری نامیده می‌شود، قرار گیرد. از این رو برای برون رفت از چالش یادشده، پیشنهاد می‌کنیم به جای اصطلاح حقوق کیفری از واژگان «حقوق الزام‌ها» استفاده شود. موضوع حقوق اخیر تمام قوانینی است که توسط دولت (به معنای عام) برای جلوگیری از ارتکاب رفتارهای ممنوعه مشخص یا اجبار اشخاص به انجام رفتار معین انشا می‌شود. این الزام‌ها ضرورتاً صبغه کیفری ندارند و منحصر به جرائم نیستند. در پاسخ به نقض الزام‌های یادشده (اعم از خلاف، تخلف، شبه جرم، بزه، جرم، جنایت و ...) می‌توان دامنه گسترده‌ای از تدابیر و واکنش‌ها را پیش‌بینی کرد. این واکنش‌ها از عتاب (عتاب بدون ضمانت اجرا) تا برچسب (مثلاً شهروند خوب نبودن) و از جریمه تا اجبار و از محرومیت تا حبس و ... را در برمی‌گیرد. مرجع تعقیب و پاسخ و رویه‌های آن نیز می‌تواند گونه‌گون باشد. در این الگو، ماهیت الزام‌های دولتی واحد ولی نوع واکنش و درجه آن و همچنین رویه‌های رسیدگی متفاوت است. برای مثال ارتکاب یک خلاف رانندگی و محکومیت متخلف به پرداخت جریمه با ارتکاب شبه جرم و اجبار به جبران خسارت یا ارتکاب توهین، فرار مالیاتی یا سرقت و محکومیت مرتکب به عذرخواهی، جزای نقدی و حبس، از نظر ماهیت موضوع (نقض الزام دولتی) یکسان ولی از حیث روش تعقیب، مرجع رسیدگی و نوع و درجه پاسخ متمایز می‌شوند.^۳

انتظامی، انضباطی، مدنی، اداری و ترمیمی اقدام و لواحق مورد نیاز را تهیه و از طریق دولت با رعایت قانون تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور مصوب ۱۳۸۹/۳/۲۵ به مجلس شورای اسلامی تقدیم کند.»

1. Criminal matters

۲. جرم‌انگاری، قضاوت ارزشی حکومت نسبت به مجرم و کیفر آخرین و پرهزینه‌ترین ابزار برای کنترل اجتماعی است. از آنجا که ارزش‌ها متأثر از واقعیت‌ها هستند، از این رو جرائم و کیفرها موضوعیت نمی‌یابند. حقوق کیفری را می‌توان حقوق ارزش‌ها نیز نامید.

۳. الزام‌های دولتی قابل تحویل، حذف و تغییر هستند. این ویژگی از خصایص امور اعتباری است. قانونگذار ایرانی در بند «الف» ماده ۱ قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۸۶ با اصلاحات ۱۳۹۷، مثالی راهگشا برای تبیین حقیقت یادشده آورده است. قسمت

در این رویکرد، تفاوت قوانین الزامی با غیرالزامی در این است که در هنجارهای الزامی، رفتارهای شهروندان قالب‌های مشخص و معینی خواهند یافت و تابعان مجبورند از همان قالب‌های رفتاری معین تبعیت کنند. حاصل اینکه با رد نظر نویسندگانی که به تمایز بنیادین حقوق کیفری و مدنی حکم کرده‌اند، معتقدیم حقوق کیفری و مدنی تمایز بنیادینی ندارند. پیشتر نیز همین ابهام‌های زبانی و مفهومی سبب شده بود که برخی به جای حقوق کیفری از اصطلاح دفاع اجتماعی استفاده کنند^۱ یا برای رفع پاره‌ای از چالش‌های پیش‌گفته، دانشی نو به نام آسیب اجتماعی‌شناسی^۲ ابداع نمایند.

در خصوص ضرورت پیش‌بینی ضمانت اجرا در قانون، مباحث پردامنه‌ای مطرح شده است. کلسن در نقد آستین که گفت: «قانون عبارت از فرمانی است که شخص یا اشخاص را ملزم می‌کند» (Austin, 1832: 1)؛ نوشت: «در تعریف آستین، جایی برای ضمانت اجرا نیست. درحالی‌که فقط از طریق ضمانت اجراست که فرمان ایجاد الزام می‌کند» (کلسن، ۱۳۹۴: ۱۰۱). ولی به نظر می‌رسد که عدم پیش‌بینی ضمانت اجرا در قانون کیفری به بی‌اعتباری آن نمی‌انجامد^۳، زیرا بسیاری از گزاره‌های حکمی (مثلاً احکام اخلاقی) بدون ضمانت اجرای معین صادر می‌شوند، ولی این ویژگی از اعتبار انشایی آنها نمی‌کاهد. قانونگذار نیز ممکن است بدون ضمانت اجرا (مثلاً از طریق کاریزما، شرطی کردن، قانع نمودن و نظایر اینها)، قاعده یا فرمان نهاده خود را برپا دارد.^۴

البته زور به‌تنهایی قاعده حقوقی در مفهومی که مدنظر است، به وجود نمی‌آورد. از این رو اگرچه فرمان راهزن به عابر با دستور مأمور مالیات به مؤدی، ظاهراً مشابه به نظر می‌رسند؛ ولی این دو همسان نیستند. نه به دلیل اینکه ممکن است فرمانی فراتر از فرمان راهزن وجود داشته باشد (دیدگاه آستین) و نه به سبب اینکه منطبق با قاعده‌ای برتر نیست (دیدگاه کلسن) و نه به علت اینکه عابر تعهدی در قبال راهزن ندارد (دیدگاه هارت) یا به صورت قاعده صورت‌بندی نشده است (دیدگاه هارت) بلکه فقط به سبب اینکه فرمان راهزن منتسب به امر سیاسی نیست.^۵

اخیر بند مذکور اشعار می‌دارد: «... از منظر این قانون تخلفات مذکور در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز با اصلاحات بعدی جرم محسوب می‌شود.»

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک: آنسل، ۱۳۹۱.

2. Zemiology

۳. برخی معتقدند: «رکن قانونی جرم بدون مجازات نمی‌تواند محقق شود» (فرح‌بخش، ۱۳۹۲: ۱۸۷). همسو با این دیدگاه برخی نوشته‌اند: «جرم‌ها به کیفر شناخته می‌شوند» (محمدی، ۱۳۹۵: ۵۳).

۴. در مواد جرم‌نگار اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی (ICC) مجازات مقرر نشده است.

۵. کیفیت توصیفی یا دستوری عبارت‌ها ارتباطی با شکل گرامری آنها ندارد. جمله «هوا سرد است»، برحسب متن و شیوه بیان می‌تواند اعلام خبری در خصوص وضعیت هوا یا اعلام دستور برای بستن پنجره به علت سرما باشد. چنین جمله‌ای می‌تواند هم توصیف و هم دستور باشد. قوانین نیز گاهی به وجه امری و گاه در شکل گزاره‌های اخباری انشا می‌شوند.

۲. ۱. ۲. درستی

افلاطون، ارسطو، سیسرون، دکارت، لایب‌نیتس، دوما، پوفندرف و پوتیه که همگی از عقل‌گرایان و طرفدار حقوق طبیعی بودند، حقوق نهاده را برآمده از عقل نظری و درستی آن را به معنای مطابقت آن با اقتضائات طبیعت امور می‌دانستند. در نظر آنها قانون، محصول صرف اراده قانونگذار نیست، بلکه به لحاظ حکایت از واقعیتی ورای خود، احتمال صدق و کذب در آن راه دارد. از نظر طبیعت‌گرایان با روش قیاسی می‌توان قواعد جزئی‌تر را از قواعد کلی‌تر که در عالم طبیعت وجود دارد، استنباط و استنتاج کرد (الشریف، ۱۳۹۳: ۶۲). این نظر صحیح نیست، زیرا ربط منطقی قضایای توصیفی با انشایی (دستوری/تجویزی) که طبیعت‌گرایان اصرار به درستی آن دارند، مغالطه‌ای سهمگین است.

برخی معتقدند که مفاهیم اعتباری و امور انشایی محصول اراده هستند، نه عقل یا تجربه، از این رو قابل شناخت نیستند. به این رویکرد ناشناخت‌گرایی^۱ گویند. هارت این رویکرد را به کلسن نسبت می‌دهد (Hart, 1957: 602)، در صورتی که ناشناخت‌گرایی منبعث از آرای هیوم است، زیرا او معتقد بود، انسان فقط می‌تواند چیزهایی را که هست بشناسد و از این شناخت نمی‌تواند یک باید-بودن بیرون بکشد (هیوم، ۱۳۹۶: ۸۳). در نظر هیوم، قانون به اراده و احساس فرو کاسته می‌شود. از نظر او قانونگذاری نوعی نگارگری قلمداد می‌شود. هیوم اراده را منبعث از انطباعات بازتابی^۲ می‌داند و انطباعات بازتابی وی چیزی جز احساسات نیست (کاپلستون، ۱۳۹۲: ۲۸۴).

برخی ادراک‌های اعتباری را از بدیهیات عقل عملی دانسته و مانند بدیهیات عقل نظری برخاسته از فطرت و بی‌نیاز از برهان قلمداد می‌کنند و ملاک صدق و کذب آنها را موافقت و مخالفت با وجدان انسان‌ها می‌دانند (مصباح یزدی، ۱۳۹۲: ۲۶۱). بسیاری از فیلسوفان به تأسی از ارسطو مفاهیم اعتباری مثل ریاست و مالکیت را از مشهورات بالمعنی‌الاصح^۳ دانسته‌اند (Aristotel, 1958: 18) از نظر ابن‌سینا مفاهیم یادشده از آرای محموده و در زمره امور است که عقلاً بر آن توافق کرده‌اند و واقعیتی ورای این تطابق ندارند (ابن‌سینا، ۱۳۷۵: ۲۲۱). براساس آموزه‌های مکتب عدم تعین حقوق، درستی یا نادرستی یک عمل صرفاً براساس توافق اعضای

1. Non-Cognitivism

2. Impressions Of Sensation

۳. قضایای مشهور که نزد منطق‌دانان «ذایعات» نیز نامیده می‌شود، قضایایی هستند که میان مردم شهرت دارند. این قضایا دو گونه‌اند: مشهور به معنای اعم و مشهور به معنای اخص. مشهور به معنای اعم شامل امور بدیهی و واجب‌القبول هستند. مثل کل از جزء بزرگ‌تر است. مشهور به معنای خاص شامل اموری می‌شود که ناشی از توافق عقلاً هستند. مثل قبح ظلم. رک: ملکشاهی، ۱۳۶۷: ۲۷۵.

جامعه قابل سنجش است (خوئینی، ۱۳۹۴: ۴۳). همسو با دیدگاه اخیر، قراردادگرایان مدعی‌اند که هنجارها استحکام خود را از قرارداد یا موافقت طرفینی می‌گیرند.^۱

اساسی‌ترین ضعف اندیشه‌های یادشده این است که در آنها امور حقیقی از امور اعتباری تفکیک نشده است. افزون‌بر این، طرح بحث صدق و کذب در خصوص مفاهیم اعتباری صحیح نیست، زیرا امر اعتباری واقعیت خارجی ندارد که بتوان مابه‌ازای بیرونی برای آنها متصور شد و صدق و کذب آن را سنجید. امور اعتباری بر مبنای اهداف به مطلوب یا نامطلوب، شایسته یا ناشایست، معتبر یا نامعتبر، درست یا نادرست و باکفایت یا بی‌کفایت برای نیل به مقصود تقسیم می‌شوند.

در خصوص مسئله حاضر، فرضیه علامه طباطبایی راهگشاست.^۲ طبق فرضیه علامه، چون اعتبار، دایرمدار اغراض اعتبارکننده است و نه تابع واقعیت، از این‌رو در اعتباریات برهان جاری نمی‌شود.^۳ بنابراین یگانه مقیاس عقلانی امور اعتباری، لغویت و عدم لغویت است (خوئینی، ۱۳۹۴: ۱۷۴). معتبر باید به‌گونه‌ای اعتبار کند که هدف و غایتی که مدنظرش است، تحقق یابد. در صورتی که اعتبار، او را از وصول به هدفش بازدارد، لغو و بیهوده است. برای مثال، فردی به گوشی تلفن اشاره کند و بگوید کتاب را بیاور یا شخصی از تهران برای رسیدن سریع‌تر به شهر رشت به سمت جنوب حرکت کند! این رفتارها با توجه به اهداف او لغو است. البته ادراک‌های اعتباری مدنظر ما، تفاوت‌های ظریفی با مفهوم ارائه‌شده توسط علامه طباطبایی دارد. برای مثال علامه طباطبایی امور اعتباری و تخیلی (وهمی) را مترادف هم قرار داده است. در صورتی که این دو مفهوم، برابر نیستند و این مطلب، فرضیه وی را تضعیف کرده و از ثمره‌های آن کاسته است. مضافاً اینکه علامه تناقض (هم‌زمانی/یک‌زمانی تضاد) در ادراک اعتباری را پذیرفته است، در صورتی که تضاد در زمان ادراک اعتباری پذیرفتنی نیست. بر فرض هم که پذیرفتنی باشد، در حیطة قانونگذاری مردود است، زیرا اراده قانونگذار از شناخت او درمی‌آید و شناخت‌ها دو دسته‌اند:

۱. قراردادگرایی (Contractarianism) هم نام نظریه‌ای سیاسی در مورد مشروعیت قدرت سیاسی و هم نام نظریه‌ای در مورد خاستگاه یا محتوای درست هنجارهاست (Boucher, 1994: 148).

۲. پیشتر شیخ محمد حسین غروی اصفهانی معروف به حکیم کمپانی (۱۳۶۱-۱۲۹۶ق) در موارد متعددی تذکر دادند که اموری همچون تضاد و تمائل از احکام واقعیت‌اند و در اعتباریات جاری نمی‌شوند. پس از ایشان، ادعای خلط حقیقت به اعتبار در استدلال‌های اصولی رواج یافت. برای مطالعه بیشتر رک: لاریجانی، بی‌تا: ۶.

۳. برخی نوشته‌اند: «چنین نیست که میان خود اعتبار و حقیقت هیچ رابطه واقعی حکمفرما نباشد. برای مثال در جمله «زید شیر است» یک مفاد داریم (شیر بودن زید) که ادعاست و یک واقعیت که خود اعتبار است. در واقع «معتبر» اعتباری است، اما خود اعتبار، اعتباری نیست، بلکه کاری است که انجام گرفته و واقعیت محض است. (لاریجانی، بی‌تا، ۷). علامه طباطبایی با رد این ادعا مرقوم کرد: «ممکن است این معانی وهمیه [یا اعتباریات] را اصل قرار داده و معانی وهمیه دیگری از آنها بسازیم و به‌واسطه ترکیب و تحلیل، کثرتی در آنها پیدا شود (سبک مجاز از مجاز) (طباطبایی، ۱۳۹۲: ۲۹۱).

درست یا نادرست (در رابطه با امور اعتباری)^۱، صادق یا کاذب (در ارتباط با امور حقیقی). البته اراده بی‌شناخت هم داریم، ولی نه در قانونگذاری، زیرا مقام بیان، قلمرو اعمال اراده جدی است و واضع در این عرصه با اراده کور راه به درستی نمی‌برد.

حاصل اینکه قانون، منبعث از اراده و اراده سر در شناخت (علم) دارد. بنابراین با ارجاع قوانین به مابه‌ازای خارجی یا اهداف قانونگذار می‌توان درستی و صدق آنها را سنجید، زیرا ادراک‌ها یا حقیقی‌اند یا اعتباری؛ ادراک‌های حقیقی را می‌توان براساس آثار خارجی و ادراک‌های اعتباری را بر مبنای اهداف ارزیابی کرد. از آنجا که شناخت (علم) کامل دست‌نیافتنی است، از این‌رو قوانین بی‌نقص رؤیاست. البته پرسش از اهداف حقوق کیفری یا چالش‌های ناشی از گزینش و سنجش آنها فریه‌تر از آن است که در حقوق کیفری یا سامانه‌های هنجاری دیگر (اخلاق، فقه، سنت و ...) پاسخ یابد. حاصل اینکه جست‌وجو در اهداف و ارزیابی بنیان‌های حقوق کیفری را باید به فلسفه آن سپرد.

۳. ۱. مرتبه

برخی برای قوانین سلسله‌مراتب قائل شده‌اند. اثر این درجه‌گذاری را می‌توان در برخی نظام‌های حقوقی به‌وضوح مشاهده کرد. برای مثال در حقوق کنونی ایران، قانون اساسی در صدر، برخی قوانین بالادست و برخی در سطح و پاره‌ای نیز فرودست (مقررات) قرار دارند. معروف‌ترین طبقه‌بندی مرتبه‌بنیاد از حقوق نهاده، فرضیه «سلسله‌مراتب هنجارهای کلسن» است. در نظر او هر یک از هنجارهای نظام حقوقی به این دلیل هنجار است که از هنجاری زیرین استنتاج شده است. این سلسله تا آنجا ادامه می‌یابد که به هنجار برتر (قانون اساسی) می‌رسیم. از این‌رو در هر کشور فقط یک نظام حقوقی حاکم است که قانون اساسی در رأس آن قرار دارد و قوانین عادی، مقررات، قراردادهای و احکام دادگاه‌ها باید تابع قانون اساسی باشند و اعتبار خود را از آن کسب کنند.

کلسن در مقابل این پرسش که چرا قانون اساسی معتبر است؟ جز این پاسخی نمی‌دهد که قانون اساسی یک هنجار معتبر است، برای آنکه ما آن را معتبر فرض می‌کنیم. در نظر وی هنجار اساسی (بنیادین) یک هنجار واقعی نیست، یک حکم معرفت‌شناختی است (کلسن، ۱۳۹۴: ۱۰۱).^۲ از نظر کلسن، حقوقدان باید مثل یک ریاضیدان قاعده حقوقی را به‌طور نوعی و صرف‌نظر از

۱. احکام ناشی از ادراکات (تصورات) اعتباری قابل صدق و کذب نیستند، بلکه ممکن است درست یا نادرست باشند.

۲. نهاد دادگاه قانون اساسی که در برخی کشورها از جمله فرانسه استقرار یافته، منبعث از آرای کلسن است.

صبغه‌های فلسفی، اجتماعی و... در نظر بگیرد و روابط اجتماعی را بر پایه نظام مطلقاً منطقی صورت‌بندی کند.

هربرت هارت برای قواعد حقوقی، نظامی سطح‌بندی شده ارائه کرده است. در نظر او قواعد متعین نظام حقوقی را باید در دو سطح اولیه^۱ و ثانویه^۲ جای داد. قوانین کیفری و مدنی در زمره قواعد اولیه‌اند. اما قواعد ثانویه قواعدی هستند که با تمسک به آنها قواعد جدیدی ایجاد یا قواعد سابق نسخ یا اصلاح می‌شود. این قواعد، مبنای مشروعیت قواعد اولیه‌اند و ثانویه‌بودنشان به معنای کم‌اهمیتی نیست، بلکه به این دلیل است که بدون قواعد اولیه، بلاموضوع می‌شوند. قواعد تغییر^۳، قضاوت^۴ و شناسایی^۵ قواعدی هستند که جامعه به کمک آنها و قواعد اولیه، نظام حقوقی را برپا می‌کند (هارت، ۱۳۹۲: ۱۶۲-۱۶۰).

قاعده شناسایی به تابعان امکان می‌دهد که قانون را از غیر آن بازشناسند و مرز قانون و آیین‌نامه، بخشنامه و احکام اخلاقی یا دینی را تشخیص دهند. قاعده شناسایی معیار اعتبار قواعد اولیه است. قواعد تغییر به قانونگذار اختیار وضع، اصلاح و نسخ قوانین و به شهروندان آیین تنظیم قرارداد و اعمال اراده را اعطا می‌کند. قاعده قضاوت نیز به برخی اشخاص اختیار می‌دهد تا اختلافات شهروندان را رفع و به جرائم رسیدگی کنند. به نظر هارت، قواعد ثانوی (قواعد تغییر، قضاوت و شناسایی) جامعه مدرن را از جوامع ابتدایی متمایز می‌کند (وکس، ۱۳۸۹: ۴۰). تفکیک اخیر نشان از عمق اندیشه فلسفی هارت دارد.

رویکرد قاعده‌محور هارت واکنش‌های موافق و مخالف زیادی را برانگیخت. از میان رویکردهای مخالف، بانفوذترین آن متعلق به رونالد دورکین است. اساس انتقاد دورکین بر این قرار دارد که نباید کل نظام حقوقی را به انگاره‌هایی از قواعد فرو کاست. از نظر وی در کنار قواعد، اصول^۶ نیز لازم می‌آیند تا دادگاه‌ها بتوانند در دعاوی دشوار^۷ به مدد آنها رویه قضایی را راهبری کنند (کلی، ۱۳۸۸: ۵۵۸). اصول نزد او اصولی اخلاقی‌بنیادند که حقوق را به انسان‌ها اعطا می‌کنند.

از نظر دورکین وضعیت‌ها نامحدودند، ازاین‌رو ممکن است مواردی پیش آید که کاربرد قواعد در آنها مشکل یا ناممکن شود. او برای توجیه نظر خود از دعاوی ریگس علیه پالمر^۸ مثال

1. Primary Rules
2. Secondary Rules
3. Rules of Change
4. Rules of Judication
5. Rules of Recognition
6. Principle
7. Hard Cases
8. Riggs V Palmer: New York, 1889.

می‌آورد. در این پرونده نوجوان شانزده‌ساله‌ای به نام پالمِر با قتل پدر بزرگش می‌خواست مانع تغییر در وصیت‌نامه‌ای شود که خود در آن ذی‌نفع بود. پس از سپری شدن مدت حبس پالمِر، معلوم شد که هیچ قاعده‌ای مبنی بر محرومیت او از موصی‌به وجود ندارد. بنابراین تقاضا می‌کند که دارایی‌های پدر بزرگ به او برسد، زیرا پدر بزرگ در وصیت‌نامه او را وارث خود معرفی کرده بود. طبق قواعد حاکم، ادعای پالمِر قانونی بود. به همین سبب دادگاه نخستین به نفع پالمِر حکم داد. اما دادگاه تجدیدنظر با این استدلال که هیچ‌کس نباید از جرم خود منتفع شود، رأی دادگاه نخست را نپذیرفت.

از دیدگاه دورکین نتیجه برآمده از این پرونده مؤید نارسایی راه‌حل‌های اثبات‌گرایانه است، زیرا قواعد، پایان‌پذیرند (Dworkin 1978: 2) به همین سبب نظام حقوقی نیازمند اصول و سیاست نیز است. راهبردهای اخیر فرازمانی و فرامکانی هستند و قانونگذاران نمی‌توانند آنها را تغییر دهند یا نادیده بگیرند. آنها به‌مثابه معیارهای سنجش مشروعیت و کارآمدی نظام حقوقی هستند. در مقابل معتقدیم که قوانین، فرضیه‌هایی هستند که قانونگذاران می‌خواهند به‌وسیله آنها به اهداف خود نائل شوند. از آنجا که قانون متکی به ادراک است، بنابراین برای ادراک قانونگذار سلسله‌مراتبی قائل نیستیم و معتقدیم قوانین همپایه‌اند و باید بر مبنای آخرین اراده واضح به تحلیل منشآت و منویات وی نشست. البته نظام سیاسی سطوح و اجزای مختلفی دارد؛ قانون، اراده رأس نظام سیاسی است، بنابراین تفویض قانونگذاری به اشخاص یا نهادها یا تنفیذ عرف در برخی موضوعها یا احاله حقوق به سامانه‌های دیگر مانع از انتساب آنها به اراده نظام سیاسی نمی‌شود. افزون‌بر این به تأسی از قانون‌باوری^۱، حقوق نهاد را خودبنیاد، بسته و خودبسته دانسته و معتقدیم که با آورده‌های نوابتاتی می‌توان به نیازهای فرد و جامعه پاسخ داد. حاصل اینکه تفویض اختیار قانونگذاری به قانونگذاران را مفسده‌انگیزتر از راه‌حل‌های به‌ظاهر منصفانه و عادلانه‌ای می‌دانیم که برخی قاضیان و مجریان در پرونده‌های به اصطلاح دشوار در پیش می‌گیرند.

۲. آثار اجرایی

قانونگذاران امیدوارند که قوانین آنها مستمر و اثربخش باشد تا بتواند نظامی کارآمد متجلی سازد. از این‌رو استمرار اجرایی حقوق نهاد کیفری و اثربخشی آن را می‌توان ضامن کارآمدی نظام حقوقی دانست. قوانین، فرض‌ها و نظرهای قانونگذاران هستند که در آنها شرایط و کیفیاتی تعریف می‌شود. قانونگذاران برای جلوگیری از نقض اغراض خود، سازوکارهایی را تعیین می‌کنند که دامنه گسترده‌ای از ابزارها و اقدامات را در برمی‌گیرد. این ابزارها و اقدامات تمایز بنیادین با یکدیگر

ندارند و صرفاً از حیث جلوه، سطح مداخله و مرتبه از یکدیگر جدا می‌شوند. اینکه قانونگذار با چه تدابیری مخاطبان را به اجرای قوانین مورد نیاز جامعه ترغیب کند و در صورت نقض، مناسب‌ترین تدابیر را در قبال آنها برگزیند، مهم‌ترین چالش قانونگذاری است.

در نقض عهدهای مدنی، ایجاد توازن و تناسب بین رفتار و پاسخ به‌راحتی امکان‌پذیر است، زیرا برقراری رابطه علی بین رفتار و نتیجه زیانبار، عینی و ملموس است و جبران نیز نوعاً جنبه مالی و مادی دارد. ولی در نقض عهدهای اجتماعی، به‌سبب اعتباری و انتزاعی بودن پدیده‌ها، سنجش میزان آسیب به وجدان عمومی و احساسات شهروندان و تعیین بهترین پاسخ (که باید علاوه بر جنبه جبرانی، پیشگیرنده و ارعابی نیز باشد) بسیار پرچالش است، زیرا در حوزه اخیر، به‌جای کشف رابطه علی وقایع باید در پی ایجاد رابطه اسناد بین رفتار و آسیب و ربط منطقی (ایجاد تناسب) بین میزان آسیب و پاسخ باشیم. همین ویژگی، حقوق کیفری مصطلح را به‌شدت مناقشه‌برانگیز کرده است. در این گفتار ضمن سه بند به بررسی آثار اجرایی حقوق نهاد کیفری از منظر استمرار (اعتبار زمانی)، اثربخشی و کارآمدی پرداخته شده است.

۱. ۲. استمرار

از منظر انشایی، هنجارهای حقوقی به‌سبب شکل (مقام و روش وضع) و نه ماهیتشان معتبرند، ولی از نظر اجرایی، اعتبار قواعد حقوقی به تضمین استمرار آنها بستگی دارد. اعتبار انشایی با اراده سیاسی برابر یا برتر و اعتبار اجرایی با ناتوانی ضمانت مذکور خاتمه می‌یابد. اعتبار انشایی، مطلق، ولی اعتبار اجرایی مشکک است. از این رو برخلاف قوانین علمی، نقض نامستمر قانون نهاد (فرضیه‌های اعتباری) موجب ابطال آن نمی‌شود. برای مثال قضیه همه قوها سفید هستند، با حضور یک قوی سیاه، کاذب است. حال آنکه دستور دزدها باید مجازات شوند، اگر بعضی دزدها واقعاً مجازات نشوند، اعتبار خود را از دست نمی‌دهد. تفکیک اعتبار انشایی از اعتبار اجرایی، شبهه دوری (تسلسلی) بودن نظام حقوقی را دفع می‌کند. شبهه اخیر را کلسن مطرح کرد (کلسن، ۱۳۹۴: ۵۱). طبق این شبهه، اگر فردی دزدی کند، فرد یا ارگانی باید او را مجازات کند و اگر آن فرد یا ارگان، دزد را مجازات نکند، فرد یا ارگان دیگری باید آنها را مجازات کند و... این چرخه را پایانی نیست.

به‌سبب تفکیک اعتبار انشایی از اجرایی، قاعده حقوقی معتبر است، حتی اگر دزدها مجازات نشوند و افراد و ارگان‌ها به وظایف خود عمل نکنند. به‌عبارت دیگر، حقوق نهاد اگرچه اجرا نشود، اعتبار انشایی خود را از دست نمی‌دهد. به‌سبب این بی‌تمیزی است که برخی به خطا رفته و گفته‌اند که قاعده حقوقی نیز هرچه کمتر تخلف بپذیرد، حقوقی‌تر است (محمدی، ۱۳۹۵: ۳۸).

افزون بر این یکی از ثمره‌های تفکیک اعتبار انشایی از آثار و اوصاف اجرایی قانون کیفری در بحث ضمانت اجرا آشکار می‌شود، زیرا قانون بدون ضمانت اجرا نیز اعتبار انشایی دارد، چون تنها چیزی که قانون را از سایر فرمان‌ها و قواعد الزام‌آور متمایز می‌کند، انتساب آن به نظام سیاسی است. فرمان یا قاعده منتسب به قدرت سیاسی ممکن است به هر دلیلی حتی بدون داشتن ضمانت اجرا نیز تمکین شود. البته پس از انشای قانون، رابطه شخصی واضع و متن از بین می‌رود و قانون، هویتی مستقل می‌یابد (Barthes, 1988: 167). بنابراین اگر افرادی که قانون را تصویب کرده‌اند، فوت شوند یا اراده سیاسی خود را از دست دهند، خللی به وجود نمی‌آید.

نظام حقوقی به عنوان یکی از سامانه‌های امری، نوعی است از یک جنس کلی تر یا همان نظام دستوری^۱ که به همه گزاره‌های حکمی اطلاق می‌شود. این گزاره‌ها متضمن احکامی (باید و نباید) خطاب به اشخاص هستند. نظام دستوری نه تنها حقوق که اخلاق و مذهب و آداب و رسوم را نیز در برمی‌گیرد (فلسفی، ۱۳۹۶: ۴۵۰). واضعان نظام‌های دستوری متفاوت‌اند. قانون و قاعده حقوقی را دولت وضع کرده و اجرای مستمر آن را تضمین می‌کند. البته منشأ قدرت سیاسی در مقبولیت قانون و نه اعتبار آن مؤثر است. تا زمانی که دولت بتواند در قلمرو زمانی و مکانی حاکمیت خود، استمرار قانون را تضمین کند، آن قانون اعتبار اجرایی دارد.

هنجارهای نظام‌های دستوری، امری، عام و علنی‌اند؛ از این رو ممکن است در مرحله اجرا با یکدیگر تراحم پیدا کنند.^۲ کشتن یک انسان در فرضی واحد، ممکن است احکام اخلاقی، دینی، عرفی و قانونی متفاوت و متعارضی داشته باشد. برای مثال برای قتل ناشی از ترحم در هریک از نظام‌های دستوری، گزاره حکمی مختلفی انشا شده است. تاکنون، هیچ مرجعی جهت حل تعارض ناشی از چنین وضعیتی اعلام صلاحیت نکرده است و به نظر می‌رسد که نمی‌تواند بکند، زیرا احکام نظام‌های دستوری از حیث واضع، قلمرو، عمق تأثیر، سابقه و جنس ضمانت اجرا متفاوت‌اند. تضمین اجرای هنجارهای مربوط به هریک از نظام‌های حکمی (در وضعیت تعارض یا عدم تعارض) بر عهده واضع/واضعان آن است. مخاطب این نظام‌ها بسته به اعتقاد شخصی یا تحت تأثیر ضمانت اجرای منتسب به نظام‌های دستوری فوق، به احکام ناشی از آنها تن می‌دهد. تظنن به این مطلب، مانع سرگردانی فیلسوفانه خواهد شد. بنابراین مخالف راه حل میشل تروپه و بسیاری از فیلسوفان حقوق در مثال‌هایی از جنس ذیل هستیم:

در آلمان نازی، حرف‌های مخالف نظام حاکم جنایت به شمار می‌آمد و همه کسانی که این حرف‌ها را می‌شنیدند، حتی نزدیکان و بستگان، مکلف بودند موضوع را به مقام‌های مربوط اطلاع

1. Normative Order

۲. برخی این وضعیت را پلورالیسم حقوقی نام نهاده‌اند (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۸: ۳).

دهند. پس از جنگ، زنی به سبب لو دادن شوهرش مورد تعقیب قرار می‌گیرد، زیرا شوهرش بعد از دستگیری به مرگ محکوم و اعدام شده بود. آیا این زن باید محکوم شود؟ تروپه معتقد است که پاسخ به این پرسش به گزینش دیدگاه‌های فلسفی بستگی دارد (تروپه، ۱۳۹۵: ۱۲). نتیجه‌گیری تروپه صحیح نیست، زیرا چاره‌جویی یک سامانه وضعی (مثل حقوق) در خصوص مسائل و موضوع‌هایی مانند مثال مذکور، قابل تعمیم به سایر نظام‌های اعتباری (مانند مذهب، عرف، اخلاق و...) نیست. نظام‌های وضعی از حیث واضع، قلمرو، سابقه، عمق نفوذ، جنس ضمانت اجرا و... متفاوت‌اند. از این رو نتایج برآمده از کاربری اصول متعین در یک نظام اعتباری صرفاً با به‌کارگیری ضوابط حاکم بر همان نظام وضعی قابل ارزیابی و داوری است. حاصل اینکه پاسخ به پرسش مذکور نه به گزینش دیدگاه‌های فلسفی بستگی دارد و نه چیزی دیگر. براساس همین توضیح می‌توان به رمزگشایی افسانه آنتیگونه^۱ پرداخت. آنچه قهرمان افسانه فوق انجام داد، نه با رویکرد فلسفی، بلکه با عطف به تفکیک یادشده قابل فهم است. الزام ناشی از فرمان حاکم تب، یک فرض سیاسی و نه مذهبی، فلسفی، اخلاقی، تجربی و... است. راه‌حلی که امثال تروپه ارائه می‌دهند، مثل این است که با متر، وزن کنیم یا با ترازو، دما بسنجیم.

به دلایل یادشده استدلال قضات دادگاه نورنبرگ (۱۹۴۵) درست نیست، زیرا آنها برای مقابله با استناد متهمان به قوانین آلمان نازی، مکرراً به مفهومی تحت عنوان «اصول کلی حقوقی» یا «اصول کلی مشترک بین ملل متمدن» استناد کرده و قوانینی را که به‌نحوی ناقض این اصول کلی به حساب می‌آمدند، فاقد ارزش ذاتی حقوق و نام قانون تلقی می‌کردند. در صورتی که حقوق نهاد خود را از معیارهای دو یا چندگانه سنجید. حقوق نهاد سامانه‌ای خودبنیاد است و مشروعیت خود را از منابع دیگر نمی‌گیرد.

استمرار اجرایی قانون از شایستگی، درستی، کارآمدی و حتی اثربخشی آن جداست. چه بسا قانون لازم‌الاجرا پاره‌ای از موازین سامانه‌های دستوری دیگر را نقض کند یا فایده و ضرورتی از تصویب آن تصور نشود یا به‌رغم ضرورت و فایده، اجرای آن اثربخش نباشد؛ ولی این امور و مشابه آنها مانع استمرار آن نمی‌شوند.

۲.۲. اثربخشی

فلاسفه کیفری در خصوص اینکه به‌وسیله حقوق کیفری کدام‌یک از اهداف و ارزش‌های اجتماعی

۱. آنتیگونه در اسطوره‌های یونان، دختر ادیپ و یوکاسته است. برادرش، در جنگ با تب شکست خورد و کرئون، دایی‌شان که پادشاه تب بود، تدفین او را ممنوع کرد. آنتیگونه سربچی می‌کند و می‌گوید: «از قلبش فرمان می‌برد». سپس برادرش را به خاک می‌سپارد و به‌خاطر اینکار به دستور کرئون زنده به گور می‌شود. رک: سوفوکلس، ۱۳۹۴: ۳.

در اولویت حمایت قرار می‌گیرند، اختلاف نظر دارند. برخی معتقدند که حقوق کیفری باید سزادهنده مجرم و التیامبخش بزه‌دیده باشد. اینان عدالت را برترین ارزش و بی‌کیفرمانی را ضد این ارزش برتر می‌دانند. در مقابل برخی معتقدند که حقوق کیفری باید اصلاحگر، بازدارنده، ترساننده و مفید باشد. از قوانین کیفری کنونی می‌توان برای تأیید و تقویت هریک از رویکردهای یادشده مثال آورد. با وجود این باید دانست که حقوق کیفری، آخرین حربه کنترل اجتماعی است، بنابراین نمی‌توان با توسل نمایشی به آن امور اجتماع را بسامان و نظم را بازتولید کرد. نتیجه اینکه حقوق کیفری باید اثربخش باشد، زیرا اجرای اثربخش حقوق کیفری برای حفظ و انسجام نظام اجتماعی مفیدتر از اجرای بالسویه آن است. اثربخشی حقوق کیفری اصطلاحی است که به‌مثابه چتری تمامی عناوین و نحله‌های غیرنمایشی حقوق کیفری را در برمی‌گیرد.

اثربخشی قوانین کیفری، قلمرو و سطوح مختلفی دارد. در حوزه سیاسی، اثربخشی قانون بستگی به این دارد که عنصر الزام مندرج در آن به‌زعم ماکس وبر، از «حداقلی از پذیرش ارادی»^۱ برخوردار باشد. لازمه این امر آن است که سلطه ناشی از آن منتسب به قدرتی بی‌طرف و حرفه‌ای (با صبغه‌ای حقوقی) باشد. در غیر این صورت، ورود جانبدارانۀ قدرت از نظام سیاسی به نظام اداری-حقوقی، حاکمیت قانون^۲ را به قانون حاکمیت یا حاکمیت به‌وسیله قانون^۳ تبدیل می‌کند (چلبی، ۱۳۹۶: ۱۹۶). از این‌روست که برخی معتقدند حکومت راهی از حکمت دارد و در این زمینه نوشته‌اند: «سیاست مدن و آیین کشورداری که به معنای حکم و حکومت است نوعی از انواع حکمت است و حکمت هم به معنی دانایی و تدبیر است و آنچه‌آن نیست که به‌غلط اشتها یافته که حکومت به معنی فرمانروایی و اعمال قدرت است (حائری یزدی، ۱۳۹۵: ۷۵).

در قلمرو اجتماعی، اثربخشی قانون به درونی‌سازی آن و میزان سازگاری‌اش با ارزش‌های اجتماعی بستگی دارد. بر اثر همین ویژگی، میان پیوندهای همگانی که در جامعه جریان دارد، تعیین و تضمین می‌شود. در حیطه فرهنگی، مقبولیت قانون متأثر از باورمندی به درستی و درجه مجاب‌سازی آن دارد (چلبی، ۱۳۹۶: ۲۰۰). برخی نوشته‌اند که اثربخشی قانون کیفری به اعتبار اخلاقی آن از منظر شهروندان وابسته است و پافشاری بر قانون کیفری که جامعه آن را ناعادلانه می‌داند، هزینه پنهان دارد. رایبسون در همین خصوص بیان کرد که از تحقیقات تجربی می‌دانیم هر کاهشی در اعتبار اخلاقی به از دست رفتن توانایی قانون کیفری برای کنترل جرم و درونی کردن هنجارها منجر می‌شود (رایبسون، ۱۳۹۹: ۲۵).

-
1. Minimum of Voluntary Compliance
 2. The Rule of Law
 3. The Rule by Law

در عرصه اقتصادی، تضمین قابل قبول‌تر منافع و مالکیت افراد در اثربخشی قانون مؤثر است. از منظر وجودشناختی و ذهنی تبعیت از قانون، ترس و سرگردانی ناشی از بحران‌های برآمده از انتخاب‌های فردی را کاهش می‌دهد. علاوه بر این آدمی با تبعیت از قانون، بار مسئولیت رفتارهای خود را به دوش جامعه و قانونگذار می‌نهد و آسودگی بیشتری کسب می‌کند. از لحاظ بینافردی نیز اثربخشی حقوق به درجه پیش‌بینی‌پذیری آن بستگی دارد. در این گستره اثربخشی حقوق به این است که کاربست آن بتواند وضعیت‌های پیش روی افراد را پیش از تحقق تعیین-تکلیف کند.

۲.۳. کارامدی

کارامدی، حاصل ضروری استمرار و اثربخشی قانون کیفری است. ممکن است قانونی، استمرار داشته یا اثربخش باشد و به اجبار یا به دلخواه اجرا شود، ولی در عین حال کارآمد نباشد. استمرار نتیجه نفوذ و عملکرد قانونگذاران و اثربخشی وابسته به واکنش مخاطبان قانون است، ولی کارامدی با کل نظام حقوقی و حوزه‌های پیرامون آن ارتباط دارد. به عبارت دیگر، کارامدی معطوف به کارنامه قوانین است. البته در رویه قانونگذاری ایران مرسوم نیست که کارنامه قوانین ارائه شود. از این رو معیارها و نمونه‌های روشنی از قوانین کارآمد یا ناکارآمد ارائه نشده است. قوانین غیرقابل اجرا، ناکارآمد قلمداد می‌شوند، چون امکان استمرار آنها منتفی است. برای مثال اگر قانونگذار به وزارت راه و شهرسازی امر کند که ظرف یک ماه در شهر رشت فرودگاه دیگری بسازد، این فرمانی قانونی ولی ناکارآمد است، چون غیرقابل اجراست.

برخی از ویژگی‌های مربوط به متن قانون کیفری نیز در کارامدی اجرایی آن مؤثر باشد. مهم‌ترین ویژگی‌های مربوط به متن قانون کیفری که اجرای آن را تحت تأثیر قرار می‌دهد، در اصل کیفی بودن قوانین کیفری^۱ بررسی شده است. اگرچه این اصل به منظور اجتناب از خطرهای خودکامگی نظام‌های نانوشته ایجاد شد (دلماس مارتی، ۱۳۹۳: ۱۱۰)، از ثمرات آن نظام‌های نوشته نیز بهره‌مند شده‌اند. اصل کیفی بودن قانون منبعث از آرای (۱۹۸۴) دیوان اروپایی حقوق بشر است؛ این اصل، قلمرو و نتایج محدودی دارد. بنابراین در رویکردی کامل‌تر، اصل کیفی کردن قانونگذاری نیز مورد توجه و اهتمام برخی کشورها و سازمان‌ها قرار گرفته است. در رویکرد اخیر که گستره‌ای فراتر از اصل کیفیت قانون دارد، سازوکارهای ایجاد و اجرای قانون، پیوسته در حال ارتقا و بهبودی است. در همین زمینه بانک جهانی، کیفیت مقررات تنظیمی را به‌عنوان یکی از مؤلفه‌های حکمرانی خوب معرفی کرده است (نقیبی منفرد، ۱۳۸۹: ۱۱۵).

براساس توصیه‌نامه سیگما^۱، قوانین بهتر است ضروری (کمینه)، قابل اجرا، موقت، متحول و کارا باشند. علاوه بر این باید در تدوین قوانین و مقررات کیفری از واژگان و دستور زبان معیار استفاده کرد (بیگزاده، ۱۳۸۲: ۱۱۳-۱۱۲؛ واحدی، ۱۳۸۶: ۱۲۲-۱۲۱). اهمیت اصول صوری قانون‌نویسی تا بدان حد است که به‌درستی از تأثیر روش قانون‌نویسی بر قانون‌گرایی سخن به میان آورده‌اند (SIGMA, 1994: 3). متأسفانه در برخی قوانین کیفری از اصول ناظر بر کیفی بودن قانونگذاری عدول شده است. برای مثال قانونگذار ایران تاکنون نظریه واحدی در تداخل اسباب، در رابطه طولی، انتخاب و معرفی نکرده است. در قوانین کنونی در فرض تداخل اسباب در رابطه طولی، نظریه‌ها و معیارهای مختلف و متضادی ارائه شده است. در بعضی قوانین سبب مقدم در تأثیر و در برخی دیگر سبب اصلی و در برخی دیگر سبب متصل به نتیجه مسئول است. در بعضی دیگر از قوانین مسئولیت به نسبت تساوی یا به میزان تأثیر یا حتی بسته به میزان تقصیر اسباب تعیین می‌شود. این نوع قانونگذاری از کارآمدی نظام حقوقی می‌کاهد.

نتیجه

شناخت قانون و کشف فرایند تولید و تحول آن تصویر روشن‌تری از نظام حقوقی به‌دست می‌دهد. این مطالعه ما را آماده می‌سازد تا به پرسش‌های اساسی در خصوص چیستی حقوق پاسخ مناسب دهیم. علاوه بر این توانا خواهیم بود تا حقوق را از غیرحقوق تشخیص دهیم و به کارکردها و قابلیت‌های آن به‌مثابه یکی از سامانه‌های هنجاری نگاهی واقع‌بینانه‌تر بیندازیم. این واری ما را قادر می‌سازد تا با تحولات گفتمانی دنیای معاصر آشنا تر شویم، زیرا در دنیای کنونی به‌تبع تغییر فاز جوامع از مکانیکی به ارگانیکی، هژمونی حکومت افراد به حاکمیت قانون و گفتمان تکلیف‌مداری به حق‌طلبی تغییر یافته است. افزون‌بر این سیاستگذاری از امری شخصی و تک-ساحتی به پدیده‌ای پیچیده و چندعاملی (متأثر از اقتصاد، رسانه و ...) مبدل شده و مفاهیمی چون قانونگذاری، نظام سیاسی، مردم‌سالاری، حکمرانی، حقوق شهروندی و ... جایگزین واژگانی نظیر فرمانروایی، تمکین، عوام، صلاح‌دید حاکم، تمیز شاهانه و ... شده است.

نظام سیاسی سطوح مختلفی دارد و تصمیمات آن همپایه نیست. در صدر نظام سیاسی، حاکم و در مرتبه بعد، قوای حکومتی و پایین‌تر از آنها، کارگزاران هستند. قدرت سیاسی ریشه در قدرت جامعه و سر در اجتماع دارد. قدرت سیاسی، تمامیت‌خواه و بی‌رقیب است و اجرای قواعد برآمده از اراده خود را تضمین می‌کند. البته به‌سبب وجود سامانه‌های هنجاری دیگر (شرع، سنت، اخلاق

۱. توصیه‌نامه‌هایی که با مشارکت سازمان همکاری اقتصادی و توسعه در راستای ارتقای قانونگذاری در سطح کشورهای عضو و کشورهای هدف تنظیم و منتشر می‌شود.

و...) نبود قانون یا نظام سیاسی ضرورتاً به فروپاشی اجتماعی نمی‌انجامد. با وجود این تعارض منافع افراد و جنگ بی‌پایان آن، شر حضور دولت و داوری صوری او را موجه می‌کند. البته داوری دولت بی‌خطا نیست، زیرا از آنجا که امور سیاسی موضوعاتی اجتماعی‌اند، از این رو ممکن است شناخت حاکم یا هیأت حاکمه از آنها ناقص و قوانین نادرست باشند. افزون‌بر این چون از امور اجتماعی می‌توان تفسیرهای مختلفی ارائه داد، مخاطبان یا طرفین اراده سیاسی نیز برای تضمین منافع خود چانه‌زنی می‌کنند. عطف به همین ویژگی است که شاهد تصمیم‌گیری‌های سیاسی و قضایی پیش‌بینی‌نشده‌ای هستیم.

امروزه معیار سنجش و درستی هر چیزی به انطباق آن با قانون بستگی دارد، ولی به‌راستی معیار درستی و صدق قانون و مبنای و جاهت آن به چیست؟ زور دولت‌ها؟ کاریزمای حاکمان یا فره ایزدی؟ توافق جمعی، عرف یا مقبولیت عمومی؟ انطباق با شرع یا طبع یا طبیعت؟ و ... خیر! معیار و محک و جاهت قانون به انطباق آن با اهدافش است و اهداف قانون از شناخت قانونگذار ناشی می‌شود، البته شناخت‌ها پیوسته قابل گفت‌وگو و سنجش هستند. از همین روست که معتقدیم قانونگذار باید اهداف قوانین خود را بیان کند و قوه چهارمی به نام قوه ارزیاب ایجاد شود تا صدق و کذب یا درستی و نادرستی قوانین را بسنجد. بنابراین فرض حکیم بودن قانونگذار به معنای خدشه‌ناپذیر بودن قواعد نهاده او مردود است. علاوه‌بر موارد یادشده باید دانست که قوانین، فرض‌های نظام سیاسی است و نظام سیاسی، هیأتی مشکک و مدرج دارد. از این رو در نظام یادشده وقوع تضاد، تناقض، اشتراک، ترادف، خطا و... محتمل است. با وجود این فرض‌های نظام سیاسی (قوانین/حقوق نهاده)، برخلاف سایر فرضیه‌ها، با نظر مخاطبین رد نمی‌شوند بلکه فقط با اراده‌ای برابر یا برتر اصلاح یا ابطال می‌شوند. در رهیافت نوابات‌گرایی حقوقی و منطق اختصاصی آن، چالش‌های یادشده و پاسخ‌های آن تبیین شد.

قانون دو برد دارد؛ برد فرضی که در مرحله انشا اعلام می‌شود و برد واقعی که در مرحله عمل (اجرا) مشخص می‌شود. اگرچه ممکن است برخی قوانین در هیأت فرمان صورت‌بندی شوند، مثل قانونی که فرمان به نکوداشت و اعطای نشانی خاص به فرد معینی می‌دهد، ولی باید این قوانین را با اصول حاکم بر فرمان‌ها ارزیابی کنیم و نه معیارها و ضوابط حاکم بر قوانین، زیرا قوانین قاعده‌محور (نوعی) و فرمان‌ها، فردمحور (شخصی) هستند. افزون‌بر این، درستی و صدق قوانین به شناخت قانونگذار و گستره و حد فرمان‌ها به توان فرمانده وابسته است. همین تفکیک در خصوص تمایز اعتبار انشایی و اجرایی قوانین نیز صدق می‌کند، زیرا انشای قانون به اندازه شناخت قانونگذار و اجرای آن به اندازه توان او قد می‌گیرد.

حقوق نهاد، جملگی مصنوع بشر است و قوانین، یکسره قابل وضع و نسخ‌اند. برای قانونگذار قاعده ثابتی وجود ندارد، زیرا حیطه قانونگذاری عرصه مصلحت‌سنجی است. قوانین نوعاً ناشی از مصالح و مفسدند و با تغییر موضوع حکمشان تغییر می‌کند. بنابراین دغدغه قانونگذار باید این باشد که قوانینی بی‌نقص و نه دائمی، انشا کند؛ قوانینی که حکمت روشن داشته و برای مخاطبان قابل فهم باشد. از این رو همان‌طور که برای تولیدات بشری استانداردهایی تعریف می‌کنند، لاجرم شکل و ماهیت قوانین نیز باید معیارهایی داشته باشد. معتقدیم با رویکردی نوابثاتی، شکل‌گرایانه و مکانیکی می‌توان نظام حقوقی بهتری به وجود آورد. حاصل اینکه با تکیه بر آورده‌های نوابثاتی می‌توان اراده حاکم و به تبع آن قوانین کیفری نهاد را سنجید. ناظران و مخاطبان نیز می‌توانند با ملاحظه مابه‌ازای خارجی قانون و یا بررسی اهداف واضع، به صدق و کذب یا درستی و نادرستی قوانین حکم کنند. بر مبنای سازوکار یادشده می‌توان واریسی مذکور را به قوه‌ای (نهاد) ارزیاب نیز سپرد.

منابع

الف) فارسی

۱. آشوری، داریوش (۱۳۵۱). فرهنگ سیاسی، چ پنجم، تهران: مروارید.
۲. آنسل، مارک (۱۳۹۱). دفاع اجتماعی، ترجمه دکتر محمد آشوری و دکتر علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، چ چهارم، تهران: گنج دانش.
۳. ابن‌خلدون خضرمی، ابوزید عبدالرحمن بن محمد (۱۳۵۹). مقدمه ابن‌خلدون، ترجمه محمد پروین گنابادی، ج ۱، تهران: بنگاه ترجمه و نشر کتاب.
۴. ابن‌سینا، حسین بن عبدالله (۱۳۷۵). الاشارات والتنبیها، شرح للمحقق الطوسی، ج ۱، قم: البلاغه.
۵. اچ. ون کرولد، یان (۱۳۸۹). عناصر اصلی سیاست‌های کلی راجع به کیفیت قانونگذاری: تجربه هلند، ترجمه لیلی منفرد، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۶. الشریف، مهدی (۱۳۹۳). منطق حقوق، چ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۷. ایمانی، عباس (۱۳۹۴). اندیشه قانون در ادبیات دوره مشروطه، تهران: نامه هستی.
۸. بیگزاده، صفر (۱۳۸۲). شیوه‌نامه نگارش قانون، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۲.
۹. پورحسین سنگری، علی (۱۳۹۳). جرم‌شناسی تحلیلی، تهران: نشر مؤلف.
۱۰. ----- (۱۳۹۲). «بررسی قصه‌های کلیده و دمنه از منظر جرم‌شناسی و سیاست جنایی»، نشریه تعالی حقوق، ش ۵، ص ۱۸۵-۱۶۱.
۱۱. ----- (۱۳۹۹). «رهیافت نوابث‌گرایی حقوقی و منطق اختصاصی آن»، مجموعه مقالات همایش بین‌المللی تحولات حقوق کیفری کشورهای اسلامی در پرتو تعامل شرع و حقوق، به کوشش فیروز محمودی جانکی و جمشید غلاملو، تهران: میزان.
۱۲. تروپه، میشل (۱۳۹۵). فلسفه حقوق، ترجمه دکتر مرتضی کلانتریان، چ سوم، تهران: آگه.
۱۳. جعفری تبار، حسن (۱۳۹۹). منطق حیرانی در باب استدلال حقوقی، تهران: فرهنگ نشر نو با همکاری نشر آسیم.

۱۴. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۷). ولایت فقیه: ولایت، قفاهت و عدالت، تنظیم و ویرایش محمد محرابی، چ هشتم، قم: مرکز نشر اسراء.
۱۵. چلبی، آزاده (۱۳۹۶). فساد و مقبولیت قانون از منظر جامعه‌شناسی حقوق، تهران: نشر نی.
۱۶. حائری یزدی، مهدی (۱۳۹۵). حکمت و حکومت، کتاب الکترونیکی.
۱۷. خوئینی، غفور (۱۳۹۴). فلسفه حقوق، تهران: مجد.
۱۸. دانش‌پژوه، مصطفی (۱۳۹۰). شناسه حقوق، تهران: جنگل؛ قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۱۹. دلماس مارتی، می‌ری (۱۳۹۳). نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، برگردان دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی، چ دوم، تهران: میزان.
۲۰. رایبسون، پل (۱۳۹۹). «تدوین حقوق کیفری مبتنی بر شرع در کشورهای با اکثریت مسلمان»، مجموعه مقالات همایش بین‌المللی تحولات حقوق کیفری کشورهای اسلامی در پرتو تعامل شرع و حقوق، به کوشش فیروز محمودی جانکی و جمشید غلاملو، تهران: میزان، ص ۳۹-۲۳.
۲۱. راسخ، محمد (۱۳۹۲). حق و مصلحت، تهران: نشر نی.
۲۲. رستمی، هادی (۱۳۹۹). حقوق کیفری و لیبرالیسم: بررسی کیفر در سنت فلسفی لیبرال، تهران: نگاه معاصر.
۲۳. رایجیان اصلی، مهرداد؛ صادقی، ولی‌الله (۱۳۹۴). «تقابل جرم و توسعه»، مجله مطالعات حقوقی، دوره هفتم، ش ۳، ص ۱۰۷-۸۳.
۲۴. ساداتی، سید محمدجواد؛ نجفی ابرندآبادی، علی حسین؛ نوبهار، رحیم (۱۳۹۶). «تبارشناسی پیوند کیفر و قدرت در نظام حقوقی ایران»، مجله مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۴، ش ۱، بهار و تابستان، ص ۱۰۰-۱۲۱.
۲۵. سوفوکلس (۱۳۹۴). افسانه‌های تباہی، ترجمه شاهرخ مسکوب، چ پنجم، تهران: خوارزمی.
۲۶. صدرالدین شیرازی، محمد (بی‌تا). مبدأ و معاد، تهران: انجمن حکمت و فلسفه.
۲۷. طباطبایی، محمدحسین (۱۳۹۲). اصول فلسفه و روش رئالیسم، ج ۲، مقدمه و پاروقی به قلم مرتضی مطهری، چ بیست‌ودوم، تهران: صدرا.
۲۸. عدل، منصورالسلطنه (۱۳۸۹). حقوق اساسی یا اصول مشروطیت، به اهتمام علی اصغر حقدار، تهران: چشمه.
۲۹. فانی، کامران، محمدعلی سادات و علی رامین (۱۳۸۹). دانشنامه دانش‌گستر، ج ۱۲، تهران: مؤسسه علمی و فرهنگی دانش‌گستر.
۳۰. فرح‌بخش، مجتبی (۱۳۹۲). جرم‌نگاری فایده‌گرایانه (جستاری در فلسفه حقوق کیفری)، تهران: میزان.
۳۱. فلسفی، هدایت‌الله (۱۳۹۶). سیر عقل در منظومه حقوق بین‌الملل، تهران: فرهنگ نشر نو.
۳۲. قاری سید فاطمی، سید محمد (۱۳۹۶). حقوق بشر معاصر (دفتر اول)، تهران: نگاه معاصر.
۳۳. کاپلستون، فردریک چارلز (۱۳۹۶). تاریخ فلسفه، ج ۱، چ یازدهم، تهران: انتشارات علمی و فرهنگی.
۳۴. ----- (۱۳۹۲). تاریخ فلسفه، ج ۵، ترجمه امیر جلال‌الدین اعلم، چ هشتم، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی.
۳۵. کانت، ایمانوئل (۱۳۹۵). نقد عقل عملی، ترجمه دکتر انشاءالله رحمتی، چ پنجم، تهران: شوفیا.
۳۶. کلسن، هانس (۱۳۹۴). نظریه محض حقوق و دولت، ترجمه دکتر محمدحسین تمدن جهرمی، تهران: سمت و پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۳۷. کلی، جان (۱۳۸۸). تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه دکتر محمد راسخ، چ دوم، تهران: طرح نو.
۳۸. گسن، ریموند (۱۳۷۱). «بحران سیاست‌های جنایی کشورهای غربی»، ترجمه دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی، مجله تحقیقات حقوقی، بهار و تابستان، ش ۱۰.
۳۹. لاریجانی، صادق (۱۳۸۴). «استدلال در اعتبارات»، پژوهش‌های فلسفی کلامی، سال ششم، ش ۴، ص ۳۱-۱۱.
۴۰. لاینز، دیوید (۱۳۷۰). «قضایات‌های اخلاقی و قوانین»، ترجمه دکتر سید مصطفی محقق داماد، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۹، بهار و تابستان، ص ۲۵۵-۲۳۸.
۴۱. مالوری، فلیپ (۱۳۸۸). اندیشه‌های حقوقی، ترجمه دکتر مرتضی کلانتریان، چ دوم، تهران: آگه.

۴۲. محمدی، قاسم (۱۳۹۵). *قاعده جرم‌نگار*، چ دوم، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۴۳. مصباح یزدی، محمدتقی (۱۳۹۲). *آموزش فلسفه*، ج ۱، چ چهاردهم، تهران: شرکت چاپ و نشر بین‌الملل.
۴۴. معین، محمد (۱۳۷۶). *فرهنگ فارسی*، ج ۴، چ یازدهم، تهران: امیرکبیر.
۴۵. ملک‌شاهی، حسن (۱۳۶۷). *ترجمه و تفسیر تہذیب المنطق تفتازانی*، تهران: موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۴۶. میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۸۸). «پلورالیسم حقوقی»، *مجله آموزه‌های حقوقی دانشگاه علوم اسلامی رضوی*، ش ۱۲، تابستان، ص ۱۳-۳.
۴۷. تقی‌بی منفرد، حسام (۱۳۸۹). *حکمرانی مطلوب*، تهران: شهر دانش.
۴۸. واحدی، غلامحسین (۱۳۸۶). *گفتاری در نگارش و ویرایش قانون*، همایش یکصدمین سال قانونگذاری (مجموعه مقالات)، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۴۹. وبر، ماکس (۱۳۹۰). *دانشمند و سیاستمدار*، ترجمه دکتر احمد نقیب‌زاده، تهران: نشر علم.
۵۰. وکس، ریموند (۱۳۸۹). *فلسفه حقوق*، ترجمه دکتر باقر انصاری و مسلم آقایی طوق، تهران: جنگل.
۵۱. هارت، هربرت (۱۳۹۲). *مفهوم قانون*، ترجمه دکتر محمد راسخ، چ سوم، تهران: نشر نی.
۵۲. هگل، گئورگ؛ ویلهلم، فردریش (۱۳۷۹). *عقل در تاریخ*، ترجمه حمید عنایت، تهران: شفیعی.
۵۳. هیوم، دیوید (۱۳۹۶). *کاوشی در خصوص فهم بشری*، ترجمه کاوه لاجوردی، چ سوم، تهران: نشر مرکز.

ب) انگلیسی

54. Aristotle (1958). *Topics*, edition by W.D.Ross, Oxford University Press.
55. Austin, John (1832). *The Province Of Jurisprudence Determind*, London: John Murray, Albemarle Street.
56. Barthes, Roland (1988). *The Death Of The Author*, Modern Criticism and Theory, David Lodqe(ed), London: Longman.
57. Boucher, David and Paul Kelly (1994). *The Social Contract from Hobbes to Rawls*, New York: Routledge.
58. Dworkin, Ronald (1978). *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press.
59. Edgar, Andrew & Sedgwick (2002). *Cultural Theory: The Key Thinkers*, Routledge.
60. Freeman M.D.A.(1994). *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, London: Sweet and Maxwell.
61. Hart, H.L.A. (1957), «Positivism and Separation of law and Morality», *Harvard Law Review*, No.71, pp. 11-31.
62. Lyons, Tonyed (2002). *The quotable lawyer*, Guilford: Lyons Press.
63. SIGMA(1994), *Improving the Quality of laws and Regulation: Economic, legal and Managerial Techniques*, (OECD/GD) 59/94, Paris.