

## جرم‌انگاری و کیفرگذاری در پرتو اصول محدودکننده آزادی در نظریه لیبرال

دکتر هادی رستمی ✉

استادیار گروه حقوق دانشگاه بوعلی سینای همدان

### چکیده:

جرم‌انگاری و کیفرگذاری در نظام‌های کیفری مبتنی بر نظریه لیبرال، در چارچوب معیارها و محدودیت‌های خاص و با تکیه بر مبانی نظری معین و رجوع به ملاحظات هنجاری و ارزشی مشخصی انجام می‌گیرد. کیفر در چنین سامانه‌ای در پرتو ارزش‌هایی چون آزادی، مدارا و خودمختاری، که در واقع مؤلفه‌های سازنده هر نظریه لیبرالی هستند، مشروعیت یافته و توجیه می‌شود. گرانیگاه تفکر لیبرال، تعیین و ترسیم کیفر بر اساس اصول محدودکننده آزادی و دفاع از نوعی جرم‌انگاری و کیفرگذاری حداقلی است. این محدودسازی و کمینه‌خواهی، در بیشتر موارد به دستاویز اصل ضرر به غیر، به عنوان مشهورترین و مهم‌ترین اصل محدودکننده آزادی، صورت می‌گیرد. مقاله حاضر بر آن است تا به دستاویز مبانی نظری لیبرالیسم و مؤلفه‌های سازنده آن، قلمرو و حدود جرم‌انگاری و کیفرگذاری را در نظریه لیبرال تبیین نماید.

**کلید واژه‌ها:** لیبرالیسم، اصل ضرر، جرم‌انگاری، کیفرگذاری، اخلاق‌گرایی قانونی، حمایت‌گرایی.

۱۳۹۲/۵/۱۳

تاریخ دریافت:

۱۳۹۳/۶/۵

تاریخ پذیرش نهایی:

✉ پست الکترونیکی نویسنده مسئول:

rostamilaw@yahoo.com

جرم‌انگاری فرایندی است که به موجب آن، قانونگذار یا هر نهاد مقتدر دولتی با در نظر گرفتن هنجارهای اساسی اجتماع و تکیه بر مبانی نظری قابل قبول با توسل به کیفر برخی از رفتارهای (ظاهراً) مخل نظم اجتماعی را شناسایی و ممنوع می‌کند و بدین‌سان، آزادی آدمیان را تحدید می‌نماید (نجفی ابرندآبادی، هاشم بیگی، ۱۳۹۰: ۹۰). با این که در گفتمان حقوقی، جرم‌انگاری مفهومی شناخته شده‌تر از کیفرگذاری است و بر پایه دیدگاه غالب جرم‌شناسان و حقوقدانان فرایندی مجزا و متفاوت از کیفرگذاری دارد؛ و چه بسا بتوان جرم را بدون جعل کیفر (مثلاً از طریق کاربست ضمانت‌اجراهای غیرکیفری) ایجاد کرد (Hanna, 2008: 5-7)، اما به نظر این ادعا درست نباشد، زیرا جرم در مفهوم دقیق آن با کیفر شناخته می‌شود و کیفر است که صرف‌نظر از گونه و ماهیتش هسته اصلی جرم را تشکیل داده و به آن رسمیت می‌بخشد (فرح‌بخش، ۱۳۸۹: ۱۴۰-۱۳۹). این ادعا که جرم بدون کیفر نیز شکل می‌گیرد، مانند جرایم انتظامی، هنوز به لحاظ شهودی برای آدمیان شناسایی نشده و آنها چنین پدیده‌ای را نه جرم و در بهترین حالت تخلف یا شبه‌جرم می‌شناسند. حتی اگر این ادعا پذیرفته شود که جرم قطع‌نظر از کیفر وجود دارد، باز هم نمی‌توان از نقش اساسی کیفر در خلق پدیده جنایی غافل شد؛ چون کیفر در هر صورت جرم‌ساز است و جرم بدون کیفر اگر قابل تصور باشد، کیفر بدون جرم محملی ندارد. افزون بر این، هر نظریه‌ای در ارتباط با کیفر باید توجیهی برای جرم و همچنین منطقی برای مسئولیت کیفری دست‌وپا کند. از این رو، نباید مایه شگفتی شود که چرا کیفرگذاری در پرتو اصول محدودکننده جرم‌انگاری توجیه می‌گردد. پاسخ روشن است، توجیه کیفر بدون تمهید نظریه‌ای پیرامون جرم بی‌معنا خواهد بود (Murphy, 1987: 509-532). بی‌توجهی به این نکته مهم سبب می‌شود تا هم رابطه ضروری و وجودشناختی جرم و کیفر نادیده گرفته شود و هم نوعی اختلاط مفهومی میان الزام کیفری با سایر الزامات حقوقی پدید آید. الزام دولتی فصل مشترک جرم با سایر الزامات حقوقی از قبیل تخلفات اداری، انضباطی و حتی تخلفات حقوقی محض (مسئولیت مدنی) می‌باشد، ولی کیفر وجه افتراق آنها است (همان، ۱۴۰). در هر حال آن‌چه دل‌نگران‌لیبرالیسم در این حوزه را دامن می‌زند، جرم‌انگاری در مفهوم کیفرگذاری است و بر همین مبنا، اصول محدودکننده آزادی در چارچوب جرم و کیفر توأمان مورد توجه لیبرال‌ها قرار گرفته است.

جرم‌انگاری در نظریه لیبرال به دلیل ارتباطی که با مقوله آزادی و خودمختاری پیدا می‌کند، اقدامی بس مخاطره‌آمیز و حساسیت‌برانگیز است و به همین دلیل، لیبرالیسم می‌کوشد تا حد ممکن کیفر را در پرتو مؤلفه‌های ارزشی و ارزش‌های سترگ، که سالیان سال در

تثبیت و تکثیر آنها کوشیده، محدود و محصور نماید. این مؤلفه‌ها به مثابه اصول راهبردی نظام‌های کیفری لیبرال باید توسط قانون‌گذاران و قضات کیفری مورد احترام قرار گیرند؛ سزاگرا یا فایده‌گرا بودن آنها نباید محملی برای نقض یا تعرض به این ارزش‌ها باشد.

اما جمع میان کیفر و آزادی چگونه ممکن است؟ به چه سان و با استناد به کدام براهان-هامی توان آزادی افراد را سلب و یا تحدید کرد؟ چگونه و با توسل به چه منطقی حد و مرز مداخلات کیفری در آزادی افراد توجیه می‌شود؟ مبانی وجودشناختی و معرفت‌شناختی مداخله در آزادی از رهگذر کیفر کدامند و با چه روشی می‌توان به گزاره‌های منطقی توجیه-کننده کیفر معرفت و شناخت پیدا کرد؟ پاسخ به این پرسش‌ها و بسیاری پرسش‌های دیگر یکی از مهم‌ترین دلمشغولی‌های اندیشمندان لیبرال می‌باشد. در همین راستا، آنها معیارهای گوناگونی برای توجیه مداخلات اجباری حکومت در قلمرو آزادی مطرح کرده‌اند. این معیارها، که از آنها با عنوان «اصول محدودکننده آزادی» یا «اصول مشروعیت‌بخش اجبار» یاد می‌شود، مبنایی برای توجیه جرم‌انگاری و کیفرگذاری در دولت‌های لیبرال ارائه می‌کنند. بیشتر لیبرال‌ها «اصل ضرر» را به عنوان معیاری معقول برای جواز مداخله حکومت در آزادی می‌پذیرند، اما برخی ضمن حمایت از «اصل ضرر» و در عین حال ناکافی دانستن آن به اصول مکمل دیگری نیز متوسل شده‌اند. کانون توجه این اصول تعیین معیارهایی فراحقوقی برای بیان حد و مرز اجبار قانونی دولت است. از یک دیدگاه، اعمال مضر برای دیگری، و در برخی موارد برای خود، باید قابل کیفر باشند، از دیدگاهی دیگر، به خطر انداختن حیات اجتماعی باید در اولویت قرار گیرد و از دیدگاه سوم، هر آن‌چه از نظر اخلاق متعارف و رایج جامعه «غلط» به شمار می‌آیند، باید در قالب نظام حقوقی جرم و قابل کیفر اعلام گردد؟ هر کدام از این دیدگاه‌ها، دلایلی برای توجیه محدودسازی آزادی با اتکاء بر پیش‌فرض‌های خاصی از انسان و جامعه فراهم می‌کنند. حتی ممکن است بیشتر این نظریه-ها حول محور اصل خاصی مانند «اصل ضرر» توافق نمایند، ولی دفاعشان از آن کاملاً متفاوت باشد.

باید توجه داشت که اصول محدودکننده آزادی - صرف‌نظر از خوانش‌های گوناگون - بیانگر برهان‌های اخلاقی در حمایت از قانون‌گذاری کیفری در موارد خاص است که با ابتناء و اتکاء به آنها اقدام کیفری مشروع تلقی می‌شود. این مشروعیت غالباً متأثر از درک و فهم عمومی مردم کوچه و بازار و زندگی روزمره آنان است، هر چند که توجیهات نظری فیلسوفان نیز در این زمینه راهگشا هستند. قبل از صدور هر گونه حکم هنجاری درباره جرم، در آغاز

## 1. Coercion Legitimizing Principles

باید در خصوص بسترها و زمینه‌های نظری جرم‌انگاری کنکاش کرد. بدون کندوکاو درباره مبانی نظری اصول محدود کننده آزادی، نمی‌توان محدوده جرم‌انگاری را ترسیم کرد. بسته به موضعی که در قبال مفاهیمی همچون آزادی، فردگرایی، جمع‌گرایی و قبض و بسط دایره آزادی‌های فردی در مقابل قلمرو اقتدار عمومی و دولتی اتخاذ می‌شود، گستره جرم‌انگاری نیز مشخص می‌گردد (نک. محمودی جانکی، ۱۳۸۳: ۲۰).

مبانی نظری توجیه و تجویز جرم‌انگاری و کیفرگذاری در نظریه لیبرال در پرتو اصول محدود کننده آزادی، نظیر اصل ضرر،<sup>۱</sup> اصل مزاحمت،<sup>۲</sup> اصل حمایت‌گرایی قانونی،<sup>۳</sup> مورد توجه قرار گرفته‌اند که در این میان اصل ضرر به غیر، به عنوان مشهورترین اصل محدودکننده آزادی، اهمیت بیشتری پیدا می‌کند.

### ۱. ضرر به غیر، معیار اصلی جرم‌انگاری و کیفرگذاری:

اصل ضرر به غیر، مهم‌ترین و مشهورترین اصل محدودکننده آزادی است که لیبرال‌ها بر پذیرش آن اجماع دارند (Feinberg, 1984: 26). این اصل، آن‌سان که گفته‌اند، پیشینه‌ای طولانی و پُرافتخار در سنت لیبرالی دارد (استوارت، ۱۳۹۲: ۱۲۶۴). طبق این اصل، کنش‌های آدمیان مادامی که به دیگران ضرری نرسانند، نباید جرم‌انگاری شده و قابل مجازات باشند. دولت نمی‌تواند شهروندان را بر خلاف میلشان به کاری وادار یا از کاری بازدارد و تنها زمانی چنین حقی دارد که احتمال برود افراد در دنبال کردن منافع خویش، حقوق دیگران را نقض و به نوعی به همدیگر صدمه وارد نمایند. دولت تنها زمانی می‌تواند خلاف اراده فرد در زندگی او دخالت کند که با این دخالت، ضرری (یا خطری) را که متوجه دیگران است از میان برداشته و یا آن را کاهش دهد (هولتاگ، ۱۳۹۲). بدین‌سان، قانون‌گذار حق جرم‌انگاری نسبت به کنش‌های غیراخلاقی و غیرهمسو با هنجارهای اجتماعی ندارد، چون کسی از این اعمال متضرر نمی‌شود و مرتکبان صرفاً رفتاری غیرمعمول در پیش گرفته‌اند. این اندیشه بداهتاً و به طرز شهودی پذیرفتنی‌ست که فرد لیبرالی اجازه دارد که تا زمانی که رفتارش زیانبار نیست، هر آن‌چه می‌خواهد انجام دهد (استوارت، ۱۳۹۲: ۱۲۶۴). بنابراین، رفتارهایی چون چند همسری، قماربازی، مشروب‌خواری، هرزه‌نگاری، مصرف مواد مخدر و... به دستاویز اصل ضرر به غیر از حوزه مداخلات کیفری کنار گذاشته می‌شوند. تمامی این موارد مربوط به حریم خصوصی‌اند و نباید جرم شناخته شوند، مگر این‌که ارتکاب آنها در

1. Harm Principle  
2. The Offence Principle  
3. Legal Paternalism

گذرگاه‌های عمومی صورت بگیرد که در آن صورت به دلیل تظاهر بیرونی‌شان شاید قابل کیفر باشند (میل، ۱۳۶۳: ۲۴۸).

با این حال، صرف وجود ضرر به غیر، موجبی برای مداخله کیفری نیست. چه بسا رفتار زیانبار فرد، ناخواسته و غیرعمدی و یا در راستای دنبال کردن هدفی موّجه و قانونی بوده است. در این موارد از آنجا که رفتار ارتكابی زیانبار متضمن ظلم یا ستمی بر فرد قربانی نیست، طبیعتاً نباید شایسته جرم‌انگاری و کیفردهی باشد (Hart, 2008: 182-183). به تعبیر ژوئل فاینبرگ، ضرر به غیر باید به لحاظ اخلاقی خطا (غلط) و همچنین اخلاقاً غیرقابل دفاع<sup>۱</sup> (غیرقابل بخشش و غیرقابل توجیه<sup>۲</sup>) باشد. معیار چنین تشخیصی نیز باورها و شهادهای اخلاقی آدمیان است (Feinberg, 1984: 105-106, 215). اعمال مجرمانه صرفاً ضرر یا صدمه نیستند، بلکه غلط هم هستند، چون این اعمال ناقض حقوق و منافع‌اند. بر همین اساس، رفتارهای غلطی که ضرری به دنبال ندارند یا اعمال مضرّی که غلط نیستند - نظیر رفتارهای موّجه یا معذور یا توأم با رضایت قربانی یا رقابت‌های تجاری - در ذیل مفهوم ضرر نمی‌گنجد (فرح‌بخش، ۱۶۸۹: ۲۵۱). البته فاینبرگ توضیح می‌دهد که «ناممکن است بتوان یک دستورالعمل مفصل و مشروح با معیارهای دقیق تدوین نمود که بتواند در برگیرنده حقوق یا منافع همه انسان‌ها باشد» (Feinberg, 1984: 203). بنابراین، نتیجه‌گیری می‌کند: «نهایتاً این خود قانون‌گذار است که باید با استفاده از قضاوت خطاپذیرش، و نه فرمول‌ها و معیارهای نادرست و ساختگی، منافع متناقض و رقیب را مقایسه نموده و تصمیم بگیرد که کدام یک از آنها از اهمیت بیشتری برخوردار هستند»<sup>۳</sup>.

نوع مداخله‌ای که دولت با توسل به اصل ضرر می‌کند، اعمال زور است. اعمال زور که از طریق ضمانت‌اجراهای کیفری صورت می‌گیرد، باید منطبق توجیه‌گری داشته باشد. دولت اگر قرار است بر افراد اعمال زور کند تا مانع آسیب رسیدن آنها به دیگران گردد، زور مربوطه برای ممانعت از ضرر، باید ضروری و قابل دفاع باشد یا دست‌کم از نظر اخلاقی برتر از سایر شیوه‌ها ممانعت کند. بنابراین، چنان‌چه دولت بتواند با توسل به اقدامات دیگر مانع ضرر به

1. Morally indefensible

2. Neither Excusable nor Justifiable

۳. فاینبرگ برای رهایی از این مُعضل که ضرر در مفهوم سدّ منافع، ممکن است چه بسا قلمرو گسترده‌ای پیدا کند و سلب منافع ریز و جزئی را شامل شود، به استدلالی پیامدگرا متوسل می‌شود و بر همین اساس، سلب حقوق جزئی را به لحاظ پرهزینه بودن، شایسته جرم‌انگاری نمی‌داند. مثلاً سیگار کشیدن در اماکن عمومی هر چند نوعی تجاوز به حقوق دیگران محسوب می‌شود، اما طبق ضوابط فاینبرگ نباید جرم شناخته شود. (نک. (Feinberg, 1984, p. 216

دیگران شود، آن‌گاه نباید به اقدامات قهرآمیز متوسل گردد.<sup>۱</sup> کیفر یگانۀ وسیلۀ مناسب و منطقی برای حمایت از ارزش‌های اخلاقی و منافع بنیادین جامعه نیست و پیش از توسل به آن باید همهٔ ابزارهای غیرکیفری را مورد سنجش و ارزیابی قرار داد (نوبهار، ۱۳۹۰: ۱۰۴).

### ۱.۱. مبانی مشروعیت اصل ضرر به غیر:

اصل ضرر به عنوان مشهورترین اصل محدودکنندهٔ آزادی از بطن ارزش‌های لیبرالیسم، به ویژه ارزش آزادی، سر می‌کشد. در مبحث پیش‌رو، به مهم‌ترین مؤلفه‌ها و مشخصه‌های محوری که ارتباط تنگاتنگی با اصل ضرر دارند، اشاره می‌شود. این مؤلفه‌ها، بی‌گمان، تمام ارزش‌های لیبرالیسم را شامل نشده و آرمان‌های دیگری نیز هستند که جایگاه شایسته‌ای در دیدگاه لیبرال‌ها دارند. اما آن‌چه در پی می‌آید، اولاً ارزش‌های بنیادی و اساسی و مورد اجماع همهٔ نحله‌های فکری نظریهٔ لیبرالیسم را شامل می‌شود و ثانیاً ارزش‌های مورد بحث رابطهٔ دوسویه‌ای با اصل ضرر دارند. اصل ضرر به غیر محصول و زاییدهٔ این ارزش‌ها و مشروعیت و مقبولیت خود را از رهگذر توجه به آنها به دست می‌آورد.

#### ۱.۱.۱. فردگرایی

فردگرایی یعنی اعتقاد به برتری فرد بر هر گروه یا هیأت جمعی. این باور در شکل روش‌مند آن، متضمن این است که فرد، محور هر نظریهٔ سیاسی یا اجتماعی است و تمامی حرف و حدیث‌ها دربارهٔ جامعه، باید با لحاظ افراد تشکیل‌دهندهٔ آن بیان شود (هی‌وود، ۱۳۸۹: ۶۸). غایات عالی یک نظام سیاسی لیبرال، دست‌کم به لحاظ نظری، حفظ فرد و رسیدن او به خوشبختی است. فردگرایی، هستهٔ متافیزیکی و هستی‌شناختی لیبرالیسم است. واقعیتی که این واژه بر آن دلالت دارد، عبارت از این است که هر کس همان کسی است که هست و نه

۱. در این رابطه، برخی جرم‌انگاری را مستلزم گذر از سه مرحله یا فیلتر می‌داند:

الف) فیلتر اصول (The Principles Filter) که جرم‌انگاری رفتارها را بر اساس مبانی نظری توجیه و تجویز می‌کند؛

ب) فیلتر پیش‌فرض‌ها (The Presumptions Filter) که ثابت می‌کند کیفر در مقایسه با سایر ضمانت‌اجراها، آخرین راه‌چاره برای جلوگیری از ضرر است؛

ج) فیلتر کارکردها (The Pragmatis Filter) که بر پیامدها و هزینه‌های عملی جرم‌انگاری تأکید می‌کند. طبق این روش، اگر جرم‌انگاری یک رفتار، در مقایسه با سایر راه‌حل‌های پیشگیرانه، به هزینه‌های بیشتری بیانجامد، اولی ترک آن است. (Schonscheck, 1994: 64- 68) و نیز برای بحث بیشتر دربارهٔ مراحل مذکور و روش جرم‌انگاری، نک. محمودی جانکی، ۱۳۸۳).

چیزی یا کسی دیگر. بنابراین، ارزش مزبور بر تمامیت فرد انسانی و وجه تمایز یک فرد از افراد دیگر تأکید دارد و نه بر وجه تشابه آنها (توحیدفام، ۱۳۸۳: ۱۳۵). فرد لیبرالی که هیچ نقش اجتماعی خاصی بدان تعیین نبخشیده و عاری از ویژگی‌های جهانی است، «بر غایت-هایی که مورد تصدیقش واقع می‌شوند، مقدم است» (برچر، ۱۳۸۲: ۸۶-۸۵).

در آموزه‌های لیبرالی اصلی روشن‌تر و استوارتر از فردگرایی که انسان را به غایت برین برساند، دیده نمی‌شود. انسان نه تنها غایت دور یا نزدیک نظم اجتماعی، بل وسیله بلاواسطه و کمال‌یافتگی خویش نیز به شمار می‌آید و از آنجا که فرد آزاد است، طبیعتاً نمی‌تواند به قواعد و قوانینی گردن نهد که خود خاستگاه آنها نبوده و در ایجادشان نقشی نداشته است (بوردو، ۱۳۸۳: ۹۷). به همان سبب که فرد غایت نظام سیاسی و اجتماعی است، لذا هنجارهای ضروری برای انضباط اجتماعی - که از طریق کیفرگذاری ایجاد می‌شود - باید در نهایت احترام به فرد و آمال و آرزوهای او باشد.

هرچند خوانش‌های گوناگونی از فردگرایی در سنت لیبرالی وجود دارد، اما همه آنها بیش یا کم به اندیشه‌های فردگرایانه وفادار بوده و از این رو، خواهان آن نوع حقوق کیفری هستند که به فرد انسانی و علایق و نیازهای او احترام گذارد و منافع جمعی را بر منافع فردی ترجیح ندهد. در چنین شرایطی لیبرالیسم فردگرا، بستری مضیق برای جرم‌انگاری فراهم می‌کند، اختیاراتی بس محدود و مشخص برای دولت لیبرال قائل می‌شود و در آخر نیز بر این نکته پافشاری می‌کند که دولت نباید متعرض حقوق گوناگون فردی - اعم از سیاسی یا مدنی - شود، مگر آن‌که توجیهی بسیار قوی برای سلب و یا تحدید این حقوق داشته باشد. نتیجه این فردگرایی و دفاع از فردیت، تجویز و پذیرش نوعی کمینه‌خواهی<sup>۱</sup> (هرچه کمتر بهتر) در امر کیفرگذاری و جرم‌انگاری و احترام به کرامت انسانی و پرهیز از اعمال کیفرهای خشن، ناعادلانه و نامتعارف است (Bedau, 2010: 10-11). بر این اساس، دولت - جز با کاربست اصل ضرر به غیر - حق تحمیل برداشت مشخصی از «خیر» در قالب قوانین جزایی را ندارد؛ (همپتن، ۱۳۸۹: ۳۱۲) دولت هرچه کمتر مداخله کند، محبوب‌تر و مقبول‌تر است.

دلبستگی لیبرال‌ها به دولت حداقل و تحدید قدرت دولت در تعیین کیفر دست‌کم دو دلیل عمده دارد: دلیل نخست از اعتقاد آنها به ارزش خودمختاری انسان نشأت می‌گیرد. در واقع، همین ارزش است که لیبرالیسم را به سوی فردگرایی سوق می‌دهد. دلیل دوم ناشی از بی‌اعتمادی عمیق لیبرال‌ها به قدرت و فرمانروایی دولت است؛ با این استدلال که تجربه‌های

## 1. Minimalism

تلخ نشان داده که دولت متمایل به سؤاستفاده از قدرت و فرمانروایی خویش و دست یازیدن به اعمال بی‌رحمانه است.

### ۲.۱.۱. آزادی منفی<sup>۱</sup>:

گرایش غالب در میان لیبرال‌های کلاسیک و لیبرتاریان‌ها به حداکثر رسانیدن آزادی و به حداقل رسانیدن جرم‌انگاری و کیفرگذاری است. آنها برای توجیه دیدگاه خود آزادی را به صورت «منفی» توصیف می‌کنند. برای نمونه، توماس هابز، آزادی را به سکوت قوانین محدود می‌کند. به نظر او، «در مواردی که حاکم هیچ قاعده و قانونی تجویز نکرده باشد، اتباع آزادند تا به صلاح‌دید خود عمل کنند یا از انجام عمل خودداری نمایند» (هابز، ۱۳۸۱: ۲۲۴). از سوی دیگر، آیزایا برلین این دانش‌واژه را به شیوه‌ای متفاوت به کار می‌گیرد. او آزادی منفی را به «حوزه‌ای که انسان در محدوده آن عمل می‌کند و کسی مانع او نمی‌شود»، معنی می‌کند (برلین، ۱۳۷۴: ۳۶). آزادی در این نگاه، عبارت است از حوزه عمل و اقدام بدون مانع. از نظر برلین، اگر فردی به سبب دخالت دیگران نتواند کاری که می‌خواهد انجام دهد، آزادی خود را به همان مقدار مداخله ناروا از دست داده است. اگر دخالت دیگران آن‌چنان گسترشی پیدا کند که دامنه آزادی عمل فرد به کمتر از حداقل برسد، در آن صورت می‌توان گفت فرد به صورت «مجبور» و حتی «برده» درآمده است (برلین، ۱۳۸۰: ۲۳۷).

اگر آزادی به هر دلیلی به فقدان محدودیت‌ها و موانع بر فرد تعبیر شود، در آن صورت تعهد به آزادی در گرو محدودسازی قانون و حکومت است. در این معنا، تمایز دقیقی میان دولت و فرد ایجاد شده و نقش دولت به حداقل ممکن تنزل می‌یابد. در چنین رویکردی، دولت، ظالم است؛ به این دلیل که قدرت کیفردهی شهروندان را دارد؛ می‌تواند از طریق جریمه، دارایی افراد را از دستشان بگیرد؛ با حبس آنان، آزادی‌شان را سلب کند و گاه با تعیین کیفر مرگ، جانشان را بستاند. ایجاد یک دولت، حتی بر مبنای قرارداد اجتماعی، به ناگزیر به دست‌کشیدن از آزادی می‌انجامد و فرد دیگر نمی‌تواند به دلخواه خویش رفتار کند (هی‌وود، ۱۳۷۹: ۹۸). از همین رو، دغدغه لیبرالیسم مبتنی بر آزادی منفی، بنیان نهادن جامعه‌ای مدنی با تمهید دولتی کمینه با حداقل قلمرو اجبار است. در رویکرد مزبور، مسؤولیت‌های دولت به طرز چشمگیری کاهش می‌یابد و تا جایی که امکان دارد، شهروندان راساً مسؤولیت‌های فردی یا اجتماعی خود را گزینش و اعمال می‌کنند. دولت در چنین

1. Negative Liberty (or Negative Freedom)



نگاهی، به عنوان شر ضروری<sup>۱</sup> قلمداد می‌شود؛ شری که هر قدر بزرگتر شود، فعالیت‌های شهروندان را کوچک‌تر و ساحت آزادی عمل‌شان را محدودتر می‌سازد (حیدری، ۱۳۸۸: ۱۱). لیبرال‌ها که می‌کوشند عرصه آزادی فردی را به حداکثر برسانند، معمولاً از آزادی منفی حمایت می‌کنند. از نگاه آنها، آزادی فردی پایه و اساس بالندگی اخلاقی است و باید تمام و کمال تحت حمایت و حفاظت قرار گیرد. در این گفتمان، «اصل ضرر به غیر» مرز بین جرم-انگاری و آزادی است. «اصل ضرر به غیر» نقطه‌ای را نشان می‌دهد که در آن آزادی افراطی به هرکارگی<sup>۲</sup> شدن تعبیر می‌شود و جنبه‌های سرکوب‌گرایانه و ستم‌گرایانه پیدا می‌کند. بیشتر لیبرال‌ها اصل ضرر را صرفاً در مفهوم مضیق «آسیب جسمی» محدود می‌کنند. آنها ضمن تمایز بین کردارهایی که جنبه «خودنگرانه»<sup>۳</sup> دارند و طی آن، افراد باید واجد آزادی مطلق باشند و آن رفتارهایی که جنبه «غیرنگرانه»<sup>۴</sup> داشته و می‌توانند آزادی دیگران را محدود کرده یا به آن آسیب برسانند، ضابطه مشخصی را برای جرم‌انگاری ترسیم می‌کنند (هی‌وود، همان: ۷۰). در دیدگاه مزبور، گُنش‌هایی مانند نمایش خشونت، هرزه‌نگاری،<sup>۵</sup> همجنس‌گرایی و یا کُفرگویی در رسانه‌ها، با این که فسادانگیز و برخورنده باشند، از حوزه مداخلات حقوق کیفری خارج می‌شوند.

ناگفته نماند که اندیشه دولت حداقل،<sup>۶</sup> که خود ثمره فربه‌شدن آزادی منفی بود، توسط نولیبرال‌ها به حدی تقویت شد که برخی از آنها تا به آنجا پیش رفتند که گاه قائل به محو کلیه اشکال ضمانت‌اجراهای کیفری و جایگزین شدن جبران خسارت با کیفر شدند (Fletcher, 2007:157). آنها به اندازه‌ای ساحت آزادی و خودمختاری را فراخ دیده و بر حقوق مطلق فردی پافشاری کردند که دیگر جایی برای وجود دولت و قانون کیفری باقی نماند، زیرا وجود دولت فی‌نفسه مذموم، خطرناک و موجب نقض حقوق و منافع فردی است.

1. Necessary evil
2. licence
3. Self-regarding
4. Other-regarding
5. Pornography

۶. امروزه دولتی با اختیارات محدود را دولت مبتنی بر حقوق و دولتی با کارکردهای محدود را دولت حداقل (Minimal State) می‌نامند. دولت مبتنی بر حقوق در تقابل با دولت مطلقه و به معنای دولتی بر فراز قانون و دولت حداقلی، دولتی در تقابل با دولت حداکثری (Maximal State) تفسیر می‌شود. بر این مبنا، لیبرال‌ها دولت را بلایی ناگزیر اما لازم می‌دانند که هیچ‌گاه نباید از حداقل فراتر رود. در دیدگاه آنها، هرچند دولت سازمانی است که از حق انحصاری استفاده از کیفر برخوردار است، ولی در عین حال صرفاً وظیفه‌ای محدود، یعنی محافظت از حقوق فردی اعضای جامعه را به دوش می‌کشد (نک. توحید فام، ۱۳۸۳: ۹۹).

این تفکر البته در نظریه‌های مبتنی بر سنت لیبرالی غلبه نداشت‌هوا امروزه هیچ لیبرال ونولیبرالینیاز به دولت و ضرورت قانون کیفری را انکار نمی‌کند.

### ۳.۱.۱. مدارا و بی‌طرفی:

هرچند مدارا مفهومی فراتر از بی‌طرفی است (نک. هیوود، ۱۳۸۹: ۲۹۷)، ولی بی‌ارتباط با آن نیست. می‌توان گفت بی‌طرفی ریشه در مدارا و آسان‌گیری و در واقع از آن استنتاج می‌شود. در این دیدگاه، بی‌طرفی همراه با مدارا و شکیبایی در قبال رفتار و کردار و باورهای دیگران تعبیر می‌گردد و برعکس، عدم بی‌طرفی به معنای مدارا نکردن، یعنی رد کردن یا نپذیرفتن اعتقادات و اقدامات آنها معنی می‌شود. در مورد اخیر نه تنها مخالفت اخلاقی یا بی‌زاری کامل وجود دارد، بلکه نوعی کوشش هم صورت می‌گیرد تا مانع‌هایی بر دیگران تحمیل شود. در چنین نگاهی، عدم مدارا به تعصب و پیش‌داوری نزدیک شده و به اعتراض نامعقول و توجیه‌ناپذیر بر کردار و گفتار دیگران منتهی می‌گردد. امری که کاملاً مغایر با لیبرالیسم و آرمان بی‌طرفانه آن است.

بنیان اندیشه بی‌طرفی، به ویژه آن قرائتی که ریشه در تفکر نولیبرال‌ها دارد، از نوعی کثرت‌گرایی اخلاقی سرچشمه می‌گیرد. ایده‌ای که با بنا نهادن نوعی نظم اخلاقی مشخص، اهداف انسان‌ها را مورد حمایت قرار می‌دهد، اما در عوض نسبت به مسائل عمده اخلاقی بی‌تفاوت می‌گذرد. پیش‌فرض‌های این بی‌طرفی به قرار ذیل است:

۱. آن چه «من» دارم لزوماً به طور کامل و مطلق خوب نیست؛
۲. آن چه دیگری دارد لزوماً به طور مطلق بد نیست؛
۳. اگر هم آن چه دیگری دارد «بد» است، لزوماً نه با «جدال» که با «جدل» می‌تواند به بحث گذاشته شود (امینی، ۱۳۷۶: ۳۵).

در چنین گفتگوی بی‌طرفانه‌ای هیچ‌کس نمی‌تواند ادعا کند درک او از خوبی بالاتر از درک دیگری است، یا این که او ذاتاً بهتر و برتر از دیگری است.

کثرت‌گرایی اخلاقی، تحمل متقابل اخلاق‌های گوناگون اجتماعی و مدارا و تساهل در رابطه با عقاید و باورهای دیگران هسته‌های سازنده بی‌طرفی‌اند. این گونه بی‌طرفی و ناجانبداری سبب می‌شود تا دولت لیبرال به دیدگاه‌های رقیب و ناهمگون همه شهروندان احترام گذاشته و سیاست تساهل و تسامح را پیشه سازد (Raz, 1982: 90).

بدیهی است که دولت لیبرال (مانند هر دولتی) ناگزیر از طریق کیفرگذاری به قضاوت‌های ارزشی در خصوص حقوق و منافع که ارزش صیانت کردن دارند، دست می‌زند و عمیقاً درگیر یک تقلا اخلاقی است و بالطبع نمی‌تواند بر یک اصل بی‌طرفی مطلق در

قبال ارزش‌ها صحنه بگذارد. اما محدوده این ارزش‌ها کجاست و دولت تا کجا محکوم به بی-طرفی و مدارا است؟ لیبرالیسم بی‌طرفانه<sup>۱</sup> با همان میراث به جا مانده از استوارت میل، یعنی اصل ضرر، مرز میان مدارا و عدم مدارا را مشخص می‌کند. از این منظر، رفتار افراد تا زمانی-که متضمن لطمه یا ضرر جدی به دیگران نیست، نمی‌تواند معیاری برای مداخله حقوق کیفری باشد. کُنش‌های ذاتاً غیراخلاقی مانند دروغ‌گویی، قماربازی و سایر اعمالی که به نوعی مرتبط با ساحت اخلاق شخصی هستند، قلمرو خصوصی افراد تلقی شده و دولت حق ورود، منع و یا تحدید آنها را ندارد. همچنین دولت نباید کاری با افکار و عقاید مردم داشته و با روش‌های گوناگون در مقام سانسور و تحدید آنها برآید، بل باید آزادی بیان و اندیشه را پاس داشته و به هر طریقی در ارتقاء آن بکوشد. دولت باید متوجه این مهم باشد که در یک سُنّت لیبرالی، مردم هرچه فکر می‌کنند و می‌گویند کاملاً به خودشان مربوط است؛ گذشته از آن، کلمات به کسی آسیب نمی‌زنند.

## ۲.۱. تقابل اصل ضرر با اخلاق‌گرایی قانونی<sup>۲</sup>:

اصل ضرر لیبرالی بارها مورد نقدهای تند مخالفان قرار گرفته است. گرانیگاه بیشتر نقدها آن است که دلایل فراوانی برای توسعه و تحدید مداخلات کیفری حکومت وجود دارد که کاملاً از ملاحظات مربوط به اصل ضرر جداست. نمی‌توان قواعد حقوق کیفری را صرفاً به اصل ضرر فروکاست و اخلاقیات و باورهای مشترک مردم را با این استدلال که متضمن صدمه به دیگران نیستند، نادیده گرفت. کاربرد صحیح قانون کیفری اجرای ارزش‌های اخلاقی جامعه است، حتی اگر آن ارزش‌ها در مقایسه با اصل ضرر، تأثیر اندکی داشته یا مطلقاً فاقد اثر باشند.

این نقدها که نخستین بار توسط یک قاضی فایده‌گرا به نام جیمز فیتز استفان<sup>۳</sup> در قرن نوزدهم مطرح و سپس به وسیله قاضی لرد پاتریک‌دولین<sup>۴</sup> مورد دفاع قرار گرفت، در نهایت

۱. عبارت لیبرالیسم بی‌طرفانه (Neutrality Liberalism) در مقابل عبارت لیبرالیسم کمال‌گرا (Perfectionist Liberalism) به کار می‌رود. لیبرالیسم اخیر، برخلاف پیشین، برخی ایده‌های مرتبط با خیر یا زندگی فضیلت‌مند (Virtuous Life) را جهت آفرینش نظریه خودمختاری به خدمت می‌گیرد. لیبرال‌های معتقد به بی‌طرفی از پذیرایی اشکال قوی سزاگرایی اجتناب می‌ورزند، حال آن که لیبرال‌های کمال‌گرا احتمالاً مشکلی با این پدیده ندارند. (ر.ک. Murphy, 1995, p. 84)

2. Legal Moralism  
3. James Fitz Stephen  
4. Lord Patrick Devlin

منجر به تولّد آن چیزی شد که در گفتمان فلسفی معاصر «اخلاق گرایبی قانونی» نامیده می‌شود. هر دو منتقد، با وجود تعلق خاطر به اردوگاه فایده‌گرایی، اصل ضرر جان استوارت میل را به چالش کشیده و در عوض، از الزام قانونی اخلاق سخن رانده‌اند. در چنین مفهومی، اخلاق گرایبی قانونی جایگزین اصل ضرر می‌شود و از اخلاق به ما هو اخلاق جامعه حمایت می‌کند. بدین‌سان، اخلاق گرایبی قانونی برخلاف لیبرالیسم که تنها دلیل مشروع قوانین کیفری را پیشگیری از ضرر یا آزار شهروندان می‌دانست، بر استفاده از کیفر به منظور ممانعت از برخی کُنش‌های «ذاتاً غیراخلاقی»<sup>۱</sup> حتی اگر هیچ ضرر یا آزاری به دنبال نداشته باشد، (Murphy, 1995: 75) تأکید می‌کند. البته عبارت «ذاتاً غیراخلاقی» در تعبیر طرفداران اخلاق گرایبی قانونی به معنای جرم شناختن هرگونه عمل ضد اخلاقی اعضای اجتماع نیست، بل مُراد از این مفهوم، جرم‌انگاری آن دسته از اعمال ضد اخلاقی است که اخلاق متعارف<sup>۲</sup> جامعه آنها را مذموم می‌شمارد. این برداشت از اخلاق گرایبی قانونی، تعبیر محدودی از اخلاق گرایبی در معنای گسترده آن است که طبق آن، تصور می‌شود دولت حق دارد هر نوع رفتار غیراخلاقی، ولو غیرمضر برای دیگران، را ممانعت کند. واژه مزبور در مفهوم مضیق-اش مدنظر است تا مفهوم موسع. در چنین معنایی، جامعه به مثابه نهادی فرضی می‌شود که اعضای آن بر اساس باورهای اخلاقی مشترک (نه بر اساس یک حقیقت اخلاقی محض) به هم پیوند می‌خورند، ولو آن‌که آن باورها، غیرعقلانی و از روی ناآگاهی شکل گرفته باشند. پس غایت و هدف اخلاق گرایبی قانونی کیفردهی اعمالی است که از یک سو، اخلاق متعارف اجتماع آنها را برنمی‌تابد و از سوی دیگر، آن اعمال با اصولی همچون اصل ضرر قابل کیفر نباشد. قوادی، روسپی‌گری، چندهمسری، همجنس‌بازی، همجنس‌گرایی، قماربازی، زنا با محارم و... نمونه رفتارهایی هستند که از رهگذر اخلاق گرایبی قابل کیفرند (Feinberg, 1984: 13) از همین‌رو، اخلاق گرایبی قانونی حتی در تفسیر افراطی آن، وجود یک حقوق کیفری فربه را، که متضمن الزامی کردن هر آن‌چه اخلاق به ما هو اخلاق باشد، برنتافته و در عوض، نقض آن دسته از قواعد اخلاقی را مستوجب کیفر می‌داند که توسط عموم حمایت شده باشند. اخلاقی که قانون می‌خواهد آن را الزام و اجرا کند باید «عمومی» باشد؛ به این معنا که عموم مردم عمیقاً بدان معتقد باشند. نمی‌توان چیزی را مجازات کرد، مگر این‌که افکار عمومی آن را در عمل و بدون ابهام و به طور قوی محکوم کند. وجود یک اکثریت قریب به اتفاق اخلاقی برای مجازات کردن لازم است (هارت، ۱۳۸۸: ۹۷).

1. Inherently Immoral
2. Positive Morality

از نگاه اخلاق‌گرایان، تداوم یک جامعهٔ متمدن در گرو پایبندی به یک اخلاق عمومی مشترک است که در موارد لزوم باید از رهگذر نظام کیفری حمایت و حراست شود. اخلاقی که قانون آن را الزام و اجرا می‌کند، بایستی مورد پذیرش عموم جامعه و یا دست‌کم اکثریت آن باشد و در صورت نقض با سه ویژگی عدم تسامح<sup>۱</sup>، خشم<sup>۲</sup> و تنفر<sup>۳</sup> قابل شناسایی باشد (همان: ۹۷). دولین در این باره می‌گوید:

«عمل کسانی که اساسی‌ترین ارزش‌های اجتماع را نقض می‌کنند، به عنوان مثال از طریق رفتارهای نامشروع جنسی نظیر همجنس‌گرایی و روسپی‌گری، به شکلی قابل قیاس با خیانت است،<sup>۴</sup> یعنی مانند خیانت جامعه را تضعیف می‌کند (Murphy, 2007: 8)».

بر همین اساس، می‌توان گفت که آسان‌گیری در هنجارهای مربوط به روابط جنسی، موقعیت‌های افتخارآمیز تاریخی بر مبنای خانوادهٔ هسته‌ای سنتی را تهدید می‌کند و چنین تهدیدی، مخاطرات شناخته‌شدهٔ دیگری در پی داشته و ثبات و امنیت اجتماعی را که با این خانواده‌ها ایجاد می‌گردد، دستخوش خطر جدی قرار می‌دهد (Murphy, 1995: 76-77).

با این حال، لیبرال‌ها، ضمن تأیید و تصدیق کلی دعاوی اخلاق‌گرایان در حراست از اخلاق عمومی، همچنان بر منع مداخله کیفری در این عرصه اصرار می‌ورزند. از نظر آنها، اخلاق‌گرایی قانونی زمینه را برای دامن زدن به نوعی عوام‌گرایی اخلاقی<sup>۵</sup> هموار می‌کند و بدین‌سان، اکثریت حقیقی پیدا می‌کند تا یک نوع شیوهٔ زندگی واحد را به جامعه دیکته نماید. (هارت، ۱۳۸۸: ۱۱۳) چنین فضای اخلاقاً یکدست و هماهنگی، به طور قطع، به تشکیل یک

1. Intolerance
2. Indignation
3. Disgust

۴. هارت در نقد دولین می‌گوید که هیچ سندی وجود ندارد تا نشان دهد انحراف از اخلاق جنسی رایج در جامعه - حتی توسط افراد، آن هم در خلوت - چیزی است که مانند خیانت اصل وجودی و جامعه را به خطر می‌اندازد. هیچ مورخ معتبری از تز مزبور دفاع نکرده است و در حقیقت واقعیات و اسناد زیادی علیه آن وجود دارد. ادعای فوق، به عنوان یک گزارهٔ حقیقی از اعتباری بیش از ادعای امپراتور ژوستنین برخوردار نیست که می‌گفت همجنس‌بازی علت زمین لرزه بوده است (نک. هارت، همان: ۸۳-۸۲). اما مورفی ضمن آن که دیدگاه دولین را به دلایل منطقی رد می‌کند، نقد هارت و قیاس دیدگاه‌های دولین با باور زلزله را سست و واهی ارزیابی می‌کند. مورفی بر این باور است که تفکر دولین ساده‌لوحانه نبوده و از این‌رو، شایستهٔ برخوردی علمی و منطقی است، زیرا دولین لیبرالیسم را به چالش نمی‌کشد، بلکه برعکس، از تنش موجود در آن به بهترین نحو بهره‌برداری می‌کند؛ تنش بین ارزش اختیار فردی از یک سو و ارزش قوانین دموکراتیک معطوف به مقاصد فایده‌گرایانه از سوی دیگر. دولین می‌گوید اکثریت حق دارند تا اولویت‌ها و سلیقه خود را حتی در نبود ضرر با روش‌های دموکراتیک قانونی دنبال نمایند (Murphy, 1995: 76-77).

5. Moral Populism

جامعه بسته و قفس گونه می‌انجامد که نتیجه محتوم آن خفه کردن آزادی‌های مدنی است. افزون بر این، اخلاق‌گرایی با اصل حکمرانی بی‌طرفانه سازگاری ندارد، چون دولت را قادر خواهد کرد که بدون توجه به استقلال اخلاقی شهروندان به جزئیات زندگی آنها وارد شده و بدترین شکل بداخلاقی را در عرصه عمومی حاکم نماید. دولت هرگز نباید با توسل به قدرت قاهره افراد را مجبور کند تا تصویر (یا آرمان) منظمی از یک زندگی مطلوب را دنبال نمایند. بی‌تردید دولت لیبرال باید نگران مسائل مربوط به اخلاق عمومی جامعه باشد، اما این دلواپسی نباید از طریق قانون و به ویژه قانون کیفری جبران شود. اگر قانون خود را درگیر چنین ملاحظاتی کند، آشکار اصل مدارا و بی‌طرفی را نقض کرده است (Murphy, 2007: 9). بنابراین، بهتر آن است که قانون‌گذار کیفری از ورود به ساحت اخلاق جداً پرهیز کرده و حمایت از آن را به جامعه مدنی بسپارد. وانگهی، اصل ضرر به غیر به مثابه معیاری برای مداخله کیفری‌شان اخلاقی‌تری نسبت به اخلاق‌گرایی قانونی دارد. در واقع، اصل ضرر خود نوعی اصل اخلاقی است که نه تنها برای کاهش ضرر، بل برای کاستن از ضررهای اخلاقاً نادرست نیز به کار می‌رود (Feinberg, A, 1988: 151). کیفرگذاری در پرتو اصل ضرر در فرایند شکل‌گیری‌اش اساساً و ذاتاً فرایندی اخلاقی است. ماشین اخلاقی<sup>۱</sup> بزرگی است که بر روی محصولاتش مهر بی‌ابرویی می‌زند و به شکل دردناکی در مورد اشخاص قضاوت اخلاقی می‌کند، آن‌سان که از یک سر ماشین به عنوان «مظنون» وارد می‌شوند و از سر دیگر آن به صورت زندانیان محکوم شده بیرون می‌آیند (Feinberg, 1987: 260). ضرورت پایبندی دولت به اصول اخلاقی نیز در گرو مداخله حداقلی در حوزه تعیین کیفر و احترام به خودمختاری و حقوق و آزادی‌های فردی است.

## ۲. اصول مکمل کیفرگذاری:

لیبرالیسم تنها به اصل ضرر نمی‌اندیشد، بلکه اصول دیگری نیز برای مشروعیت بخشی به اجبار دولتی وجود دارند که لیبرال‌ها در موارد استثنایی برای توجیه محدودیت آزادی به آنها متوسل می‌شوند. با این‌که بیشتر لیبرال‌ها، تنها دلیل مشروع برای کنترل رفتار را اصل ضرر به غیر می‌دانند، اما برخی از آنها در کنار اصل ضرر اصول دیگری را برای تحدید آزادی و کیفرگذاری (البته با رعایت شرایط و قیدوبندهای سخت‌گیرانه‌ای) می‌پذیرند. بدیهی است رجوع به اصول مکمل به دلیل ناکافی بودن اصل ضرر انجام می‌شود، زیرا با توجه به تحولات فزاینده اجتماعی و پیچیده شدن روابط انسانی، اصل ضرر دیگر جوابگوی تمامی نیازهای

1. Moral Machine

بشری نیست و از این رو، لازم است تا اصول دیگری نیز مورد توجه قرار گیرند. شهوه‌ها و قضاوت‌های اخلاقی جامعه در پاره‌ای موارد چنان قوی عمل می‌کند که قانون‌گذار ناگزیر به جرم‌انگاری رفتاری دست می‌یازد که با ضابطه ضرر به غیر قابل کیفر نمی‌باشد. وانگهی، کیفرهدف‌های دیگری نیز دنبال می‌کند که از رهگذر اصل ضرر چندان قابل تعقیب نیست. کیفر به طور عمده پیام‌های اخلاقی، سیاسی، فرهنگی، نژادی و ایدئولوژیکی منتقل می‌نماید. بسیاری از سیاست‌گذاری‌ها و اعمال تنبیهی در دنیای معاصر افزون بر پیام اخلاقی، پیام نژادی و سیاسی انتقال می‌دهند؛ پیامی در مورد این‌که چه کسی مسؤول کنترل و چه کسی تحت کنترل است (Harcourt, 1999:168). جرم‌انگاری برخی رفتارها مانند مصرف مواد مخدر در پرتو همین ملاحظات مورد توجه قرار می‌گیرد، چون جرم‌انگاری آنها تا حد زیادی بنا به دلایل سیاسی و فرهنگی شکل می‌گیرد که ربط چندان با اصل ضرر به غیر پیدا نمی‌کند. در واقع، با ابتناء بر اصل ضرر به غیر نمی‌توان منافع و مصالح جامعه را در حمایت از برخی ارزش‌های اساسی، که از رهگذر ارتکاب جرم نادیده گرفته می‌شوند، تأمین کرد و لاجرم باید به اصول دیگری متوسل شد؛ اصولی که مبانی استدلالی دیگری برای توجیه جرم‌انگاری رفتار تمهید می‌نمایند. البته باید تأکید کرد که اصل ضرر به عنوان مقتدرترین اصل مشروعیت‌بخش اجبار، همچنان خط قرمز لیبرال‌هاست و در نتیجه توسل به اصول مکمل بسیار محتاطانه صورت می‌گیرد، چون توسعه این اصول ممکن است به گونه‌ای باشد که در نهایت حقوق و آزادی‌های مشروع رانابود سازد. در ادامه، دو اصل مکمل محدودکننده آزادی (اصل مزاحمت و اصل حمایت‌گرایی قانونی)، که لیبرال‌ها با تحمیل شرایط و محدودیت‌هایی آن را پذیرفته‌اند، بررسی می‌شود.

## ۱.۲. اصل مزاحمت:

اصل مزاحمت بر ممنوعیت رفتارهایی تأکید می‌کند که ماهیتاً برای دیگران آزاردهنده هستند، هرچند ضرر محسوس و ملموسی به دنبال نداشته باشند (Feinberg, B, 1988: 1). این اصل، همواره دلیل خوبی برای حمایت از ممنوعیت‌های کیفری، که احتمالاً برای جلوگیری از مزاحمت‌های جدی<sup>۱</sup> و آزاررسان نسبت به اشخاص (غیر از متخلف) ضروری‌اند، و نیز شیوه کارآمد و تأثیرگذاری برای پیشگیری و پایان دادن به آنها فراهم می‌کند (Feinberg, 1984: 27). در واقع، مزاحمت در مقایسه با ضرر موجب نقض حقوق یا سده منافع کسی نشده و آسیب جسمی یا مادی ایجاد نمی‌کند، بلکه صرفاً اسباب اذیت و آزار

1. Serious Offenses

دیگران را فراهم می‌سازد. در همین راستا، فرهنگ عمومی و عرف حاکم بر جامعه در تبیین و تعریف مزاحمت نقش تعیین‌کننده‌ای ایفاء می‌کند. گُنش‌هایی مانند توهین علنی، افشای سر، افترا، فحشای درعلن، وطنی بهایم در ملاءعام، هرزه‌نگاری و... از مواردی هستند که لیبرال‌ها با استناد به اصل مزاحمت خواستار جرم‌انگاری آنها شده‌اند (فرح‌بخش، همان: ۲۵۳).

اصل مزاحمت به خودی خود توجیه خوبی برای جرم‌شناختن رفتار در نظام‌های کیفری لیبرال نبوده و ناگزیر باید با شرایط دیگری همراه گردد. از جمله این شرط مهم که رفتار آزاردهنده نسبت به دیگران باید شدید و غیرقابل تحمل باشد، در غیر این صورت توسل به اصل مزاحمت کارکرد خود را از دست می‌دهد. اصل مزاحمت فقط در مورد مزاحمت‌های جدی بی‌ضرر، کارآمد و عملی است. ضابطه جدی بودن مزاحمت نیز عرفی است و نمی‌توان معیار دقیق و روشنی برای آن پیدا کرد.<sup>۱</sup> وانگهی، مزاحمت به عنوان اصل محدودکننده آزادی در فرضی مداخله می‌کند که رفتارهای آزاردهنده به شکل علنی اتفاق افتاده باشد. چنین اعمالی اگر در خفا انجام شده باشند مستوجب کیفر نیستند؛ هرچند که مردم از ارتکاب آنها اطلاع یافته و حتی ناراحت شده باشند. چنان چه قانون‌گذار کیفری بخواهد قلمرو اجبار را به رفتارهای آزاردهنده‌ای که پنهانی واقع می‌شوند تعمیم دهد، در آن صورت آشکارا از اصول اولیه لیبرالیسم مبنی بر مداخله حداقلی در آزادی عدول کرده و در ورطه اخلاقی‌گرایی قانونی غلتیده است. سرانجام باید اشاره کرد که رفتار آزاررسان باید به لحاظ اخلاقی غلط (غیرقابل دفاع و غیرقابل توجیه) باشد. معیار غلط بودن رفتار نیز شهودها و باورهای اخلاقی مردم است. این ضابطه (یعنی غلط بودن) به همان ترتیب که در مورد اصل ضرر کارایی دارد، در اصل مزاحمت نیز بکار گرفته می‌شود. بنابراین، در فرضی که رفتار آزاررسان اخلاقاً غلط و غیرقابل دفاع و غیرقابل توجیه نباشد، در آن صورت نمی‌تواند از رهگذر جرم‌انگاری و کیفرگذاری تحدید گردد (Feinberg, A, 1988: 57-58).

با این حال، به نظر می‌رسد که شاید ضرورتی هم به اصل مزاحمت نباشد، زیرا لیبرالیسم می‌تواند اصل ضرر به غیر را به گونه‌ای درک و فهم کند که به گُنش‌های مزاحمت‌زا و آزاررسان نیز تعمیم یابد. به بیان دقیق‌تر، نیازی نیست که برای جرم‌انگاری چنین اعمالی از اصل ضرر فاصله گرفت، بلکه می‌توان با تغییر دیدگاه نسبت به ضرر، آن را به ضررهای معنوی که به نوعی مخل نظم عمومی‌اند، توسعه داد. اصل ضرر چنانچه صرفاً به ضررهای

۱. فاینبرگ می‌کوشد مواردی چون زمان، مکان، امکان یا عدم امکان اجتناب از انجام عمل از سوی مرتکب، سرزنش اجتماعی عمل، امکان انجام آن در مکانی دیگر و... را در تعیین و تشخیص میزان جدی بودن مزاحمت ارائه نماید (نک. Feinberg, B, 1988: 37-44).



مادی محدود نشده و ضررهای معنوی را نیز شامل شود، دیگر ضرورتی به اصل مزاحمت نمی‌باشد. لیبرال‌ها به جای تلاش در جهت بازاندیشی و بازسازی مفهوم ضرر و ارائه تفسیر جدیدی از آن، ترجیح داده‌اند که اصل مزاحمت را به عنوان اصلی در کنار اصل ضرر و به عنوان مکملی برای محدودیت آزادی در نظر بگیرند، ولی بهتر آن است که مفهوم ضرر متناسب با نیازهای جامعه هم به رفتارهای زیانبار و هم به کنش‌های آزاردهنده تعمیم یابد. اگر مزاحمت نوع خاصی از ضرر دانسته شود، که بخش عمده‌ای از تحلیل فاینبرگ نیز حاکی از چنین فهمی است، (استوارت، ۱۳۹۲: ۱۲۷۱) در آن صورت ضرر از قالب سنتی‌اش فراتر رفته و تقریر تازه‌ای پیدا می‌کند.

## ۲.۲. اصل حمایت‌گرایی قانونی<sup>۱</sup>:

اصول محدودکننده آزادی، آن‌سان که فاینبرگ می‌نویسد، صرفاً به دو اصل ضرر و مزاحمت محدود نمی‌شوند و اصول دیگری نیز وجود دارند که برای تحدید قلمرو آزادی بکار گرفته شده‌اند.<sup>۲</sup> حمایت‌گرایی قانونی یکی از آن اصولی است که متفکران لیبرال در شرایط استثنایی و با رعایت قیود خاصی برای کیفرگذاری برخی کنش‌ها تجویز کرده‌اند. با آن‌که لیبرالیسم با حمایت‌گرایی نمی‌سازد و در کل نگاه خوش‌بینانه‌ای به آن ندارد، اما لیبرال‌ها به دلیل ناکافی بودن اصول پیشین شکل ملایمی از حمایت‌گرایی را برای توجیه پاره‌ای رفتارها می‌پذیرند. در ادامه، پیش از ورود به بحث‌حمایت‌گرایی در نظریه لیبرال و وزن و جایگاه آن در کیفرگذاری، لازم است تا مفهوم این واژه و ابعاد آن بررسی شود.

## ۱.۲.۲. مفهوم و ابعاد حمایت‌گرایی قانونی:

حمایت‌گرایی (یا پدرسالاری) به نوعی اقتدار اعمال شده از بالا و به منظور حمایت و هدایت کسانی که در پایین قرار دارند، گفته می‌شود. این واژه که معمولاً برای تشریح سلطه مردان و انقیاد زنان بکار می‌رود، در معنای مصطلح سیاسی به‌گونه‌ای از شکل‌بندی اجتماعی اطلاق می‌شود که با الگوبرداری از رابطه پدر و فرزند، نظام سیاسی قانونی را با توسل به قدرت جابرا نه و از طریق دستگاه دیوانی تنظیم می‌کند (حجاریان، ۱۳۷۴: ۴۲). حمایت‌گرایی

۱. عبارت انگلیسی Paternalism در زبان فارسی با معادل‌هایی چون پدرسالاری، پدرمآبی، قیم‌مآبی و حمایت‌گرایی ترجمه شده است، ظاهراً واژه حمایت‌گرایی بهتر از سایر معادل‌ها می‌تواند گویای مفهوم انگلیسی این عبارت باشد.

۲. فاینبرگ به ده مورد از اصول محدودکننده آزادی اشاره می‌کند، اما به سازگاری همه این اصول با لیبرالیسم اعتقادی ندارد (نک. (Feinberg, 1984: 26-2).

قانونی معمولاً دلیل مناسبی در اختیار حکومت قرار می‌دهد تا به دستاویز آن، آزادی شهروندان را به بهانه جلوگیری از اضرار به خویش سلب یا محدود نماید و یا آنها را از دادن رضایت به دیگران برای ایراد ضرر به خود بازدارد و یا (در شرایط سخت‌تر) آنان را به عمل در جهت منافع خویش مجبور سازد. از همین رو، حکومت می‌تواند به اعتبار حمایت از اشخاص، آنها را با شرایطی از ایراد هرگونه ضرر به خود، اعم از ضرر فیزیکی، روانشناختی و یا اقتصادی، منع نماید و در صورت لزوم به جرم‌شناختن چنین گُنش‌هایی مبادرت ورزد (Feinberg, 1984: 27).<sup>۱</sup> حمایت‌گرایی قانونی گونه‌های مختلفی دارد که به مهم‌ترین آنها اشاره می‌شود:

۱- **حمایت‌گرایی ایجابی و سلبی:** حمایت‌گرایی ایجابی، که به حمایت‌گرایی منفعت‌گستر<sup>۲</sup> نیز مشهور است، افراد را در رسیدن به منافع خاصی مانند استفاده از کلاه ایمنی یا بستن کمربند در رانندگی ملزم می‌کند. در مقابل، حمایت‌گرایی سلبی، که حمایت‌گرایی منفعل<sup>۳</sup> نیز نامیده می‌شود، بر منع افراد از ضرر زدن به خود تأکید می‌ورزد. مواردی مانند ممنوعیت استعمال مشروبات الکلی حین رانندگی، جلوگیری از شنا در برخی از سواحل دریاها، ممنوعیت استفاده از مواد مخدر، خودکشی، قمار و... با توسل به حمایت‌گرایی سلبی توجیه می‌شوند (Feinberg, 1986: 8).

۲- **حمایت‌گرایی شدید و ملایم:** حمایت‌گرایی شدید، نقش بیشتری برای دولت در حمایت از افراد تعریف می‌کند؛ به این معنا که دولت اجازه مداخله در ساحت آزادی افراد را، با این توجیه که عدم مداخله پیامد زیانباری دارد، پیدا می‌کند و در نتیجه رفتارهای مضر و خطرناک را، ولو آن‌که آگاهانه و از روی اراده و اختیار صورت گرفته باشد، ممنوع و محدود می‌سازد (Ibid: 12). منع خودکشی و بردگی اختیاری، نمونه بارز این نوع حمایت‌گرایی‌اند. اما حمایت‌گرایی ملایم به دولت اجازه می‌دهد به گونه‌ای مشروع آزادی افراد را محدود ساختها مانع رفتارهای صدمه‌زننده به آنها، در مواردی که حاصل کار نتیجه تأمل عقلانی نمی‌توانسته داشته باشد، گردد (گری، ۱۳۸۹: ۱۷۱). در همین رابطه، دولت می‌تواند آزادی افراد را در

۱. فاینبرگ می‌گوید، حمایت‌گرایی و اخلاق‌گرایی ممکن است همپوشانی داشته باشند. او بر این اساس، از اصلی موسوم به اصل حمایت‌گرایی قانونی-اخلاقی (Moralistic Legal Paternalism) نام می‌برد که بر مفهوم مبهمی از ضرر اخلاقی (Moral Harm) مبتنی است. ضرر اخلاقی به ضرری گفته می‌شود که بر جسم، روان و مال اشخاص از طرف خودشان تحمیل می‌شود و آنها را در مقایسه با دیگران در وضعیت وخیم‌تری قرار می‌دهد (نک. Feinberg, 1984: 27).

2. Negative and Positive Paternalism
3. Benefit-Promoting Paternalism
4. Passive Paternalism
5. Soft and Hard Paternalism

جایی که به سبب عواملی نظیر کودکی، جنون، بیماری، کهولت سن، جهل و... ممکن است به خودشان آسیب برسانند، محدودنماید، زیرا چنین اشخاصی منافع خود را نمی‌شناسند و به تبعات ناخوشایند رفتارشان آگاهی ندارند و در مقایسه با اشخاص متعارف جامعه از خودمختاری کمتری برخوردارند (Feinberg, 1986: 12-13).

۳- حمایت‌گرایی فیزیکی و اخلاقی: <sup>۱</sup> حمایت‌گرایی فیزیکی، می‌کوشد تا مانع رفتارهایی شود که عامل به جسم و جان خود وارد می‌کند و یا زمینه ورود آنها را فراهم می‌سازد. قوانینی که رضایت قربانی را در قتل یا ضرب یا جرح به عنوان دفاع یا عذر نمی‌پذیرند، مصدافی از حمایت‌گرایی فیزیکی هستند. این قوانین فرد را در مقابل آسیب رساندن به خودش حمایت می‌کنند. همچنین می‌توان به تحریم فروش دارو یا مواد خواب‌آور (حتی به بزرگسالان) بدون ارائه نسخه پزشک اشاره کرد که قانون‌گذار صرفاً به دلیل حمایت از بدن انسان‌ها اقدام به جرم‌انگاری آنها کرده است. (هارت، ۱۳۸۸: ۶۳-۶۱) در مقابل، حمایت‌گرایی اخلاقی بر منع رفتارهایی تأکید می‌کند که ممکن است متضمن آسیب اخلاقی افراد باشند. برای نمونه، ممنوعیت هرزه‌نگاری و اشاعه فحشا طبق حمایت‌گرایی اخلاقی قابل توجیه است (فرح‌بخش، ۱۳۸۹: ۲۵۶).

حمایت‌گرایی قانونی محدود به مواردی نمی‌شود که در بالا اشاره شد، بلکه انواع دیگری از حمایت‌گرایی وجود دارند که فیلسوفان حقوق کیفری برای توجیه جرم‌انگاری رفتار به آنها استناد کرده‌اند.<sup>۲</sup>

اینک پرسش مهمی که به ذهن تبادر می‌کند، نسبت حمایت‌گرایی با لیبرالیسم است؛ آیا لیبرالیسم می‌تواند پذیرای حمایت‌گرایی یا دست‌کم انواع محدودی از آن باشد؟ این پرسش از آن رو ضروری است که حمایت‌گرایی برخلاف لیبرالیسم بر پایه نوعی بدبینی به عقل انسان شکل گرفته است. حمایت‌گرایی از سنت سیاسی محافظه‌کاری سرچشمه می‌گیرد و با مؤلفه‌هایی چون، اقتدارگرایی، سنت‌گرایی، گذشته‌گرایی، احترام به مذهب و مالکیت، تأکید بر فضایل اخلاقی سنتی، پدرسالاری، نخبه‌گرایی، مخالفت با بدعت و نوآوری و نواندیشی شناخته می‌شود (بشیری، ۱۳۸۷: ۱۸۲). در چنین رویکردی، حکومت باید به‌سان پدر خیر و شر افراد را تشخیص داده و آنها را در مقابل خطراتی که تهدیدشان می‌کند، ایمن سازد، چون به خردگرایی بشر نمی‌توان اعتماد کرد و زمینه فساد در هر شخصی وجود دارد. بر همین اساس، لیبرالیسم در مجموع حمایت‌گرایی را به رسمیت نشناخته و صرفاً شکل بسیار ملایم و محدودی از آن را می‌پذیرد.

#### 1. Physical and Moral Paternalism

۲. برای آشنایی با کلیه صورت‌های حمایت‌گرایی، نک. محمودی جانکی، ۱۴۲: ۱۳۸۶-۱۳۷

## ۲.۲.۲. حمایت‌گرایی حداقلی:

لیبرالیسم و حمایت‌گرایی، چنان که گفته شد، دو جریان فکری متفاوت و متعلق به دو سنت سیاسی کاملاً مقابل هم هستند. لیبرالیسم با ابتنای بر اصل خودمختاری انسان‌ها و احترام به فردیت آنها شکل گرفته است، حال آن‌که حمایت‌گرایی آدمیان را به مثابهٔ صغیرانی در نظر می‌گیرد که نمی‌توانند نیک و بد خویش را از یکدیگر بازشناخته و خیر و صلاح‌شان را تشخیص دهند. حمایت‌گرایی مردم را و می‌دارد که راه انفعال در پیش گرفته و همیشه به حکومت چشم داشته باشند تا راه نیک‌بختی را به آنان بیاموزد و هیچ انتظاری نداشته باشند، جز آن‌چه خود حکومت به مردم ارزانی می‌دارد (بویو، ۱۳۷۶: ۳۴). حال آن‌که لیبرالیسم از هرگونه دولت خیرخواه،<sup>۱</sup> یعنی دولتی که به ظاهر بیش از حد نگران «رفاه» شهروندان خود است، تبری جسته و وجود چنین دولتی را موجب یکدست شدن رفتار افراد و نابودی چندگونگی‌های طبیعی در منش و خلق‌وخوی آنان می‌داند. در همین رابطه، آیزایا برلین با اشاره به نقد تند کانت بر نظریهٔ حمایت‌گرایی، از قول او می‌نویسد:

«هیچ کس نمی‌تواند مرا اجبار کند تا به سعادت‌ی مطابق سلیقهٔ او تن در دهم، پدرسالاری بدترین نوع استبداد است که می‌توان تصورش را کرد، زیرا مقتضی برخوردی با انسان است که با آزادی او منافات دارد. گویی انسان‌ها در دست من مصلح خیرخواه، به منزلهٔ موادی هستند که باید آنها را به شکل دلخواه خود و به دلخواه آنان، در بیابورم (برلین، ۱۳۸۰: ۲۵۷)».

به باور برلین، حمایت‌گرایی استبداد است، نه برای آن‌که ظالمانه‌تر از سلطه‌گرایی عریان و خشن و سیاه است و نه برای آن‌که عقل متعالی آدمی را به چیزی نمی‌گیرد، بل برای این‌که دشنامی است به هر آن‌چه بشر از انسان بودن خود می‌فهمد و به موجب آن می‌خواهد زندگی دیگران را باهدف‌های خود، اگرچه زیاد فردگرایانه و مصلحانه هم نباشد، هماهنگ گرداند و بالاتر از همه حق دارد تا به همین نحو توسط دیگران شناسایی شود (همان: ۲۸۴). این امر، لب لباب انسان‌گرایی لیبرال، اعم از اخلاقی یا سیاسی، به شمار می‌آید. البته این نگاه بدبینانه به معنای انکار وجود رگه‌هایی از حمایت‌گرایی در اندیشهٔ لیبرال‌ها نیست و آنها همیشه شکل خفیفی از حمایت‌گرایی را پذیرا شده‌اند. همهٔ لیبرال‌ها دست‌کم در این زمینه که کودکان تا زمان رسیدن به قدرت تشخیص و تمیز باید تحت حمایت قرار بگیرند، تردیدی ندارند. همین ضابطه در مورد مجانین، اشخاص ناتوان، بیمار یا جاهل (به عواقب کار خود)، رعایت می‌شود. آنها با جرم‌انگاری صدمه بر چنین افرادی، ولو با رضایت خودشان، مشکلی

1. Providential State

نمی‌بینند. میل حتی از این هم فراتر رفته و حمایت‌گرایی را به جایی که رفتار صدمه زننده آشکار خودمختارانه نبوده است، تعمیم می‌دهد. او در همین رابطه از اقدام دولت مبنی بر بطلان قراردادهای مربوط به بندگی داوطلبانه حمایت می‌کند، زیرا چنین قراردادی با اصل خودمختاری، که اصل آزادی بنایش بر ارتقای آن است، سازگاری ندارد. میل می‌گوید:

«آن انسانی که حاضر می‌شود خود را به شکل غلام حلقه بگوش به دیگری بفروشد، تلویحاً از حق آزادی خود دست بر می‌دارد و در قبال این عمل، به جز استفاده‌ای که برای آخرین بار از آن حق برای فروختن خودش می‌کند، از هر نوع استفاده دیگر که می‌توانست در آتیه (به عنوان یک فرد آزاد) از آزاد بودنش بکند، چشم می‌پوشد. بنابراین، چنین شخصی، با همان عملی که درباره خودش انجام داده، اصلی را که توجیه‌کننده حق آزادی وی تا آخرین لحظه آزادی‌اش بوده است عملاً نقض کرده است (میل، ۱۳۶۳: ۲۶۰-۲۵۹)».

در واقع، لیبرالیسم میلی اجازه نمی‌دهد بشر تا آن درجه آزاد باشد که از آزادی خود دست بردارد و خود را به مثابه غلام زرخرید (بردگی) دیگران درآورد. چنین قراردادی باطل است، چون نه تنها با اصل خودمختاری نمی‌سازد، بل محدودیت ناروایی نیز بر اصل آزادی وارد می‌کند. اما میل به هیچ روی تحمیل کیفر برای این افراد را تجویز نکرده و همچنان اصل ضرر را یگانه و تنها معیار نهایی جرم‌انگاری و کیفرگذاری می‌داند. از نظر او، تجویز حمایت‌گرایی در موارد مذکور، به مثابه جواز ورود کیفر به ساحت آزادی نیست و باید به ضمانت‌اجراهای غیرکیفری بسنده کرد.

برخی از لیبرال‌ها نیز با توسل به اصل حمایت‌گرایی، از جرم‌انگاری «مبارزه گلا دیاتورها» که طی آن، گلا دیاتورها (در ازای مبالغ هنگفتی) داوطلب می‌شوند تا در مقابل چشمان تماشاچیان که به آنها پول می‌دهند تا سرحد مرگ با هم مبارزه کنند، حمایت کرده‌اند. این مبارزه شرارتی به دنبال دارد که در حیطه اصل ضرر به غیر یا اصل مزاحمت نمی‌گنجد، لکن توجیه خوبی برای جرم‌انگاری رفتار فراهم می‌کند. نبرد گلا دیاتورها نمونه‌ای از شرارت‌های بی‌دلیلی<sup>۱</sup> است که از «پشیمانی عینی میلیون‌ها نفری که از تماشای خونریزی بی‌رحمانه لذت برده‌اند و کسانی که به واسطه سؤاستفاده از ضعف اخلاقی آنها ثروتمند شده‌اند»، (Feinberg, A, 1988: 130) نشأت می‌گیرد. گلا دیاتورها جایگاه انسانی همدیگر را زیر سؤال می‌برند و تماشاچیان نیز با مشارکت در این بازی، گلا دیاتورها و خودشان را تحقیر می‌کنند. آن چیزی که باعث می‌شود تا این نوع مبارزه‌ها، غیرانسانی و تحقیرآمیز تلقی شود، صرفاً این نیست که شرکت‌کنندگان سعی می‌کنند تا همدیگر را بکشند، بلکه بیشتر ماهیت

1. Free- Floating Evils

تجاری این نوع رفتارهاست که آزاردهنده است. گلا دیاتورها برای رسیدن به پول باید همان کاری را انجام دهند که مشتریان می‌خواهند؛ مشتریان تمایلی به تماشای برتری جنگی که به لحاظ مدنی ارزشمند است ندارند؛ آنها خواهان تماشای خونریزی بی‌رحمانه‌ای هستند که با فریادهای سرشار از خشونت‌شان تشویق می‌کنند. وانگهی، عمل وحشیانه‌ای که تماشاچیان در ازای تماشای آن پول می‌پردازند و گلا دیاتورها باید برای آن تلاش کنند، به معنی انکار جایگاه انسانی افرادی است که در این مبارزه مشارکت دارند. این افراد تا درجهٔ «حیواناتی» تنزل می‌یابند که باید بکوشند تا برای سرگرم کردن و لذت بردن جماعتی که پول پرداخته و با شور و اشتیاق عربده می‌کشند، همدیگر را زمین‌گیر کرده یا به قتل برسانند (Duff, 2001: 40).

البته در مثال مزبور (نبرد گلا دیاتورها)، ضررهای بالقوه‌ای وجود دارد که می‌تواند در چارچوب اصل ضرر به غیر قرار گیرد. اگر موافقت شرکت‌کنندگان کاملاً آزادانه و آگاهانه نباشد، قانون باید از آنها حمایت کند؛ اما اگر تماشا کردن و لذت بردن از این منظره، طبق انتظار، نظر و تمایل تماشاچیان را تحت‌الشعاع قرار دهد، طوری که احتمال داده شود که ممکن است مرتکب خشونت علیه قربانیان بی‌گناه شوند، در آن صورت اصل ضرر دلیل خوبی برای جرم‌انگاری فراهم می‌کند. با این حال، لیبرال‌هایی چون فاینبرگ مثال مذکور را شامل شرارت‌هایی می‌دانند که در چارچوب اصل ضرر نمی‌گنجد و تنها با کاربست حمایت‌گرایی می‌توان توجیهی (احتمالاً توجیه خوبی) برای جرم‌انگاری آنها فراهم کرد.<sup>۱</sup> شرارت‌های بی‌دلیل هرچند به نظر فاینبرگ دلایل مناسبی برای جرم‌انگاری رفتارهای شرارت‌بار ارائه می‌کنند، ولی توسعهٔ آنها به طور قطع، با لیبرالیسم موافقتی نداشته و چه بسا سبب ورود نوعی حمایت‌گرایی شدید، و حتی اخلاق‌گرایی افراطی، به قلمرو حقوق کیفری شود. بنابراین، نوع محدودی از این شرارت را می‌توان با توسل به حمایت‌گرایی تحت حمایت کیفری قرار داد.

۱. آرای. داف دیدگاه فاینبرگ نسبت به اصل ضرر را زیر سؤال برده و می‌گوید: «اگر موافق باشیم گلا دیاتورها نسبت به همدیگر و خودشان واقعاً رفتار وحشتناکی دارند (چون طوری رفتار می‌کنند که انسانیت خودشان و دیگران را کاملاً تحقیر می‌کنند)، در این صورت به این نتیجه می‌رسیم ضابطه‌هایی که فاینبرگ برای ضررها و خطاها ارائه داده، نمی‌توانند همهٔ خطاهای به لحاظ اخلاقی وحشتناک را شامل شوند. شاید لازم باشد ادعا کنیم گلا دیاتورها به خودشان و به همدیگر ضرر می‌رسانند و از این‌رو، برداشت فاینبرگ از ضرر را رد کنیم.» اما داف در نهایت جرم‌انگاری چنین اعمالی را به دلیل مداخلهٔ ناروا در آزادی رد می‌کند. ظاهراً هیچ شکلی از حمایت‌گرایی مورد پذیرش او نیست (نک. Duff, 2001: 42).

نمونه‌های مذکور، به روشنی گویای آن است که لیبرال‌ها شکل بسیار خفیفی از حمایت‌گرایی (حمایت‌گرایی ملایم) رامی‌پذیرند، اما پرسش نهایی آن است که محدوده این حمایت‌گرایی خفیف کجاست؟ و تا چه محدوده‌ای با توسل به حمایت‌گرایی می‌توان آزادی افراد را برای ممانعت از ضرر به خود تحدید کرد؟ این پرسش لاجرم پاسخ قطعی ندارد. لیبرال‌ها ترجیح می‌دهند تا به جای ارائه ضابطه دقیق در این موارد صرفاً به ذکر مصداق‌هایی بسنده نمایند. نمونه‌هایی چون قرارداد بردگی، مبارزه گلا دیاتورها، مصرف مواد مخدر، قتل همراه با رضایت، بستن کمر بند ایمنی و... از جمله مواردی هستند که نظریه-پردازان لیبرال به دستاویز حمایت‌گرایی خواستار ممنوعیت کیفری آنها شده‌اند. هرچند برای ممانعت کیفری از پاره‌ای موارد مذکور توجیه‌های فلسفی جذابی مانند حمایت از آزادی یا خودمختاری و یا احترام به انسانیت ارائه شده‌اند، لیکن در خیلی موارد توجیهی وجود ندارد. شاید بتوان با کار بستِ ضررهای بالقوه به دیگران، اصل حمایت‌گرایی قانونی را در ایراد ضرر به خود توجیه کرد؛ با این توضیح که اگر ایراد ضرر به خود به طور بالقوه زمینه ورود ضرر به غیر را فراهم نماید، در آن صورت ممانعت کیفری توجیه بهتری خواهد داشت. برای نمونه، عدم استفاده از کلاه و کمر بند ایمنی در رانندگی تنها موجب ایراد صدمه به خود فرد نمی‌شود، بلکه به جامعه و دیگران نیز آسیب می‌زند؛ چون پیامدهای چنین عملی موجب تحمیل هزینه‌های زیادی به بیمارستان‌ها، خانواده‌ها و شرکت‌های بیمه می‌گردد. همچنین، مصرف مواد مخدر تبعات مالی فراوانی برای خانواده مصرف‌کننده و نیز جامعه‌از حیث مقابله با پدیده قاچاق مواد مخدر، ایجاد می‌کند (نک. محمودی جانکی، ۱۳۸۶: ۱۴۹). ظاهراً دلیل برخی نظام‌های لیبرال مبنی بر جواز قتل ترحم‌آمیز (أتانازی) آن است که چنین کاری نه تنها ضرر بالقوه‌ای ایجاد نمی‌کند، بلکه موجب کاستن ضرر نیز می‌گردد. با این حال، در بسیاری از دولت‌های لیبرال با وجود قدرت و قوت استدلال مزبور هنوز چنین عملی جرم تلقی شده و مرتکبان آن کیفر می‌بینند. احتمالاً دلایل توجیه‌کننده حمایت‌گرایی صرفاً از جنس دلایل اخلاقی نبوده و نوع اجتماع، روابط انسانی و ملاحظات فرهنگی و اخلاقی نقش تعیین‌کننده‌ای در این زمینه دارند.

### ۳. نتیجه‌گیری:

جرم‌انگاری و کیفرگذاری با ابتنا بر اصل ضرر به غیر، آن گونه که یافته‌های این پژوهش اثبات می‌کند، به پشتوانه تلاش فلسفی اندیشمندان لیبرال و با اتکاء به آرمان‌های مشخصی چون آزادی و بی‌طرفی به بار نشسته و مشروعیت می‌یابد. لیبرال‌ها با وجود داشتن دیدگاه‌های گوناگون پیرامون ماهیت و محدوده اصل ضرر، دست کم در عمل، ضرر را به

مثابه چوب‌خطی برای تحدید آزادی و ورود به عرصه جرم‌انگاری و کیفرگذارپذیرفته‌اند. اصل ضرر نشان می‌دهد که تنها راه مقابله با کجی و کجروی درستی کردن، خشونت ورزیدن و توسل به حربۀ کیفر نیست و کیفر همواره ابزار کارآمدی برای حمایت از اخلاق نبوده و لاجرم ابزارهای بدیل و ضمانت‌اجراهای غیرکیفری نیز وجود دارند که نباید از نقش مؤثر آنها غافل شد.

با این حال، اصل ضرر لیبرالی در معرض نقدهای فراوانی قرار گرفته است. بیشتر منتقدان، لیبرالیسم را به نادیده گرفتن باورها و شهودهای اخلاقی و ارزش‌های جمعی و هر آن‌چه جامعه را به هم پیوند می‌زند، متهم می‌کنند و حاصل اصل ضرر را چیزی جز از هم‌گسیختگی اجتماعی و فاجعه اخلاقی نمی‌دانند. هرچند لیبرال‌ها در واکنش به پاره‌های نقدها در کنار اصل ضرر ناگزیر اصول مکمل دیگری چون اصل مزاحمت و اصل حمایت‌گرایی قانونی تجویز کرده‌اند، اما در مجموع رویکرد خوش‌بینانه‌ای به تقویت مداخلات کیفری برای حراست از اخلاق رایج ندارند و کیفر را وسیله مناسبی برای مبارزه با بی‌اخلاقی‌ها، هنجارشکنی‌ها و انسجام اجتماعی نمی‌دانند. آنها ایمان دارند که افراد بدون مدد گرفتن از دولت می‌توانند معضلات و مشکلات اجتماعی خود را رفع و رجوع نمایند. زیرا، انتظار حداکثری از دولت و حقوق کیفری برای چاره‌اندیشی در برابر پدیده‌های ضد اخلاقی، که ضرر ملموسی ایجاد نمی‌کنند، از یک سو، به حس بی‌اعتمادی نسبت به شهروندان و جامعه مدنی در کنترل و مبارزه با کجروی دامن می‌زد و از سوی دیگر، بستری برای دست‌کشیدن از ارزش‌های انسانی و دست‌یازیدن به استبداد قانونی برای تحکیم وحدت اخلاقی و مناسبات اجتماعی مطابق خواست اکثریت فراهم می‌کند.

بی‌گمان، اصل ضرر لیبرالی نتایج ارزشمند و تأثیرگذاری بر حوزه کیفرگذاری گذاشته است: اجتناب از تحمیل زیست کیفری بر شهروندان، سبکبار شدن نظام کیفری از رهگذر پالایش عناوین مجرمانه و حذف بخش کثیری از آنها و بالطبع کاستن از میزان محکومان و زندانیان، تقلیل چشم‌گیر هزینه‌های نظام عدالت کیفری در برخورد و کنترل مردم و صرفه‌جویی در بودجه‌های هنگفت برای ساخت و توسعه زندان‌ها، جلوگیری از حکومت کیفری حداکثری و طلوع دوباره اندیشه اقتدارگرایی فراگیر، باز گذاشتن و فراخ دیدن ساحت آزادی، خودمختاری و حریم خصوصی و مهم‌تر از همه احترام به حق شهروندان مبنی بر «حق بر مجازات نشدن» از دستاوردهای مثبت پذیرش اصل ضرر در نظام‌های کیفری لیبرال بوده است. افزون بر این‌ها، اصل ضرر نشان می‌دهد، کیفر آخرین (و نه نخستین) راه چاره برای مبارزه با جرم است و کاربست آن محدود به زمانی است که دیگر شیوه‌های کنترل، مانند راه‌حل‌های مدنی و اداری، به بن‌بست رسیده باشد. وانگهی، نظریه لیبرال، همواره در غیاب



اصل ضرر به جایگزینی ضمانت‌اجراهای غیرکیفری حکم نمی‌کند؛ چه بسا وجود آنها در برخی موارد، حتی بیشتر از کیفر حقوق و آزادی‌های فردی را قربانی کند. بی‌گمان، وجود این نوع دل‌مشغولی‌ها و دلواپسی‌ها را باید در ذات انسان‌گرایی لیبرال و باوری که این نظریه به انسان و ارزش‌هایش دارد، کنکاش کرد.

#### ۴. منابع و مأخذ:

الف. منابع فارسی:

۱. استوارت، همیش (۱۳۹۲)، *محدوده اصل زبان [در جرم‌انگاری]*، ترجمه علی شجاعی، دایرة‌المعارف علوم جنایی، مجموعه مقاله‌ها، زیر نظر: علی حسین نجفی ابرندآبادی، نشر میزان، چاپ نخست، صص ۱۲۸۷-۱۲۶۳.
۲. امینی، علی‌اکبر (۱۳۷۶)، *تساهل و جامعه مدنی*، مجله اطلاعات سیاسی و اقتصادی، شماره ۱۲۳ و ۱۲۴، صص ۳۴-۴۱.
۳. بشیریه، حسین (۱۳۸۷)، *لیبرالیسم و محافظه‌کاری*، تاریخ اندیشه‌های سیاسی در قرن بیستم، جلد دوم، چاپ هشتم، تهران: نشر نی.
۴. پرچر، باب (۱۳۸۲)، *غایت‌های «فرد لیبرالی»*، ترجمه علی‌اکبر عبدل آبادی، ماهنامه اندیشه و تاریخ سیاسی ایران معاصر، سال دوم، شماره ۱۷، صص ۹۵-۹۰.
۵. برلین، آیزایا (۱۳۷۴)، *دو مفهوم آزادی*، ترجمه احمد تدین، در: لیبرالیسم و منتقدان آن، چاپ اول، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی.
۶. برلین، آیزایا (۱۳۸۰)، *چهار مقاله در آزادی*، ترجمه محمدعلی موحد، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشارات خوارزمی.
۷. بوبیو، نوربرتو (۳۷۶)، *لیبرالیسم و دموکراسی*، ترجمه بابک گلستان، چاپ اول، تهران: نشر چشمه.
۸. بوردو، ژرژ (۱۳۸۳)، *لیبرالیسم*، ترجمه عبدالوهاب احمدی، چاپ دوم، تهران: نشر نی.
۹. توحیدفام، محمد (۱۳۸۳)، *چرخش‌های لیبرالیسم*، چاپ اول، تهران: انتشارات روزنه.
۱۰. حجاریان، سعید (۱۳۷۴)، *ساخت اقتدار «سلطانی»؛ آسیب‌پذیری‌ها: بدیل-ها*، مجله اطلاعات سیاسی - اقتصادی، شماره ۹۱ و ۹۲، صص ۵۷-۴۵.
۱۱. حیدری، قاسم (۱۳۸۶)، *لیبرالیسم، بررسی تحولات*، چاپ اول، تبریز: انتشارات ستوده.
۱۲. فرح‌بخش، مجتبی (۱۳۸۹)، *تأثیر فایده‌گرایی بر جرم‌انگاری*، رساله دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۱۳. گری، جان (۱۳۸۹)، *فلسفه سیاسی استوارت میل*، ترجمه خشایار دهیمی، چاپ دوم، تهران: انتشارات طرح نو.

۱۴. محمودی جانکی، فیروز (۱۳۸۶)، **مبانی فلسفی منع حقوقی و کیفری ایراد ضرر به خود**، فصلنامه حقوق، سال سی و هفتم، شماره یک، صص ۱۵۷-۱۱۷
۱۵. محمود جانکی فیروز (۱۳۸۳)، **مبانی، اصول و شیوه‌های جرم‌انگاری**، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۱۶. میل، جان استوارت (۱۳۶۳)، **رساله درباره آزادی**، ترجمه جواد شیخ‌الاسلامی، چاپ سوم، تهران: مرکز انتشارات علمی و فرهنگی.
۱۷. نجفی ابرندآبادی، علی حسین و هاشم‌بیگی، حمید (۱۳۹۰)، **دانشنامه جرم‌شناسی**، چاپ دوم، تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۸. نوبهار، رحیم (۱۳۹۰)، **اصل کاربرد کمیته حقوق کیفری**، مجله آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره جدید، شماره ۱، صص ۹۱-۱۱۴.
۱۹. هابز، توماس (۱۳۸۱)، **لویاتان**، ترجمه حسین بشیریه، چاپ دوم، تهران: نشر نی.
۲۰. هارت، هربرت (۱۳۸۸)، **آزادی، اخلاق، قانون، درآمدی بر فلسفه حقوق کیفری و عمومی**، ترجمه محمد راسخ، چاپ اول، تهران: انتشارات طرح نو.
۲۱. همپتن، جین (۱۳۸۹)، **فلسفه سیاسی**، ترجمه خشایار دیهیمی، چاپ سوم، تهران: انتشارات طرح نو.
۲۲. هولتاگ، نیلز، **اصل ضرر: بررسی مشروعیت جرم‌انگاری و اعمال مجازات بر مبنای اضرار به غیر**، ترجمه محمد اسماعیلی، در: پایگاه اینترنتی به نشانی: <http://lawandev.blogfa.com/post/17>
۲۳. هی‌وود، اندرو (۱۳۷۹)، **درآمدی بر ایدئولوژی‌های سیاسی**، ترجمه محمد رفیعی مهرآبادی، چاپ اول، تهران: انتشارات وزارت امور خارجه.
۲۴. هیوود، اندرو (۱۳۸۹)، **مقدمه نظریه سیاسی**، ترجمه عبدالرحمن عالم، چاپ سوم، تهران: نشر قومس.

ب. منابع خارجی:

1. Bedau, Hugo Adam (2010), **Punishment**, <http://Plato.Stanford.Edu/entries/Punishment>,
2. Duff, R.A (2001), **Harms and Wrongs**, Buffalo Criminal Law Review, Vol. 5, pp: 13-45
3. Feinberg, Joel (1984) **Harm to Others: The Moral Limits of the Criminal Law**, Vol. 1, New York, Oxford University Press
4. Feinberg, Joel (1986), **Harm to Self: The Moral Limits of the Criminal Law**, Vol. 3, New York, Oxford University Press
5. Feinberg, Joel (1988), **Harmless Wrongdoing: The Moral Limits of the Criminal Law** Vol. 4, New York, Oxford University Press
6. Feinberg, Joel (1988), **Offence to Others: The Moral Limits of the Criminal Law**, Vol. 2, New York, Oxford University Press

7. Feinberg, Joel (1987), **Some Unswept Debris from the Hart- Devlin Debate**, Synthese 72, pp: 249-275
8. Fletcher, George (2007), **Political Theory and Criminal Law**, in the Grammar of Criminal Law, New York, Oxford University Press, pp: 151-215
9. Hanna, Nathan (2008), **Liberalism and the General Justifiability of Punishment**, Philos Stud, Springer Science Business Media, B. V
10. Harcourt Bernard E (1999), **The Collapse of the Harm Principle**, The Journal of Criminal Law & Criminology, Vol. 90, No. 1, pp: 109-194
11. Hart, H. L. A (2008), **Punishment and Responsibility**, Essays in Philosophy of Law, Second Edition, United Kingdom, Milton Keynes, Oxford University Press
12. Murphy, Jeffrie G (1987), **Does Kant Have a Theory of Punishment**, Columbia Law Review, Vol. 87, pp: 509-532
13. Murphy, Jeffrie G (1995), **Legal Moralism and Liberalism**, Arizona law Review, Vol. 37, pp: 73-93
14. Murphy, Jeffrie G (2007), **Legal Moralism and Retribution Revisited**, Crim. Law and Philos
15. Raz, Joseph (1982), **Liberalism, Autonomy and the Politics of Neutral Concern**, Midwest Studies in Philosophy, Vol. 7, pp: 89-120
16. Schonsheck, Jonathan (1994), **On Criminalization**, Essay in the Philosophy of the Criminal Law, Netherlands, Kluwer Academic Publishers

