

پژوهشهای حقوقی

فصلنامه علمی - ترویجی

شماره ۳۳

هزار و سیصد و نود و هفت - بهار

- ۹ • مقایسه نحوه صدور اسناد رسمی با اسناد الکترونیکی معطنین در حقوق کشورهای مختلف
دکتر عباس کریمی - امیر سپاهی
- ۲۷ • ماهیت حقوقی نمایندگان هوشمند در عرصه قراردادهای الکترونیکی
دکتر سید الهام‌الدین شریفی - گلناز بیرمی
- ۵۵ • جبران خسارت از متهمان بازداشت‌شده بی‌گناه
دکتر رجب گلدوست جویباری - مهرا ن ابراهیمی‌منش
- ۷۳ • تأثیر فساد بر تحقق حق‌های بشری
حسین سپه‌سرا
- سیاست قضایی یا قضاوت سیاسی؟ بررسی تأثیرپذیری دیوان بین‌المللی دادگستری از مؤلفه‌های غیرحقوقی
یاسر سالاریان - مهدی خلیلی طریقه
- ۱۰۳ • تحلیل مصادیق قراردادهای احتمالی در نظام حقوقی ایران
دکتر حبیب‌الله رحیمی - خسرو محمودزاده
- ۱۲۷ • مطابقت حقوقی کالا با قرارداد در پرتو کنوانسیون بیع بین‌المللی
دکتر احسان لطفی
- ۱۴۵ • حقوق بشر مهاجران غیرقانونی: چالش‌های موجود
مریم مهدوی
- ۱۶۵ • ارزیابی مفهوم، جایگاه و دامنه شمول نرخ خدمات از منظر آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری
دکتر امیر ایروانیان
- ۱۷۹ • ابعاد حقوقی اختلاف چین و همسایگان آن در مورد جزایر اسپراتلی
نسیم زرگری‌نژاد
- ۲۳۹ • قانون‌گذاری کیفی
نویسنده: پروفسور لیندزی فارمر - مترجمان: دکتر عبدالرضا جوان جعفری - سیده سارا میرباذل - سید بهمن خدادادی
- ۲۵۳





قانون گذاری کیفی

نویسنده:

پروفسور لیندزی فارمر*

ترجمه:

دکتر عبدالرضا جوان جعفری*

سیده سارا میربازل** - سید بهمن خدادادی***

دیباچه نویسنده بر ترجمه فارسی:

بحث قانون گذاری موضوعی است که قدمت آن تقریباً به قدمت قانون است. اولین مجموعه مقررات معمولاً مجموعه قانون خوانده می‌شدند، اگرچه معمولاً دقت و تأمل زیادی در مورد اینکه دقیقاً مجموعه قانون چگونه شکل می‌گیرد و منظور از قانون گذاری در این حوزه چیست؛ وجود نداشته است. در حقوق نوین، قانون گذاری به مثابه پروژه بزرگ مدرنیزاسیون تلقی می‌شود که هدف آن ایجاد یک سلسله مقررات کامل، فراگیر و جدید به جای مقررات کهن است، به همین دلیل ادبیات آکادمیک در حوزه قانون گذاری مشحون است از مباحثی که در راستای موافقت یا مخالفت با قانون گذاری مطرح شده‌اند. موافقین استدلال می‌کنند که مجموعه قانونی جدید، شفاف، در دسترس همگان و دارای انسجام درون است، در حالی که مخالفین استدلال می‌کنند که قوانین موجود با فرهنگ جامعه‌ای که آن را اداره می‌کنند، هماهنگ بوده و نسبت به تحولات انعطاف و انطباق پذیری بیشتری دارند.

در این نوشتار، هدف من این است که تحلیلی و رای گفتمان مخالف و موافق قانون گذاری، که به نظر من تا حدودی به بخشی بی‌حاصل بدل شده است، ارائه

مجله پژوهش‌های حقوقی (فصلنامه علمی - ترویجی)، شماره ۳۳، بهار ۱۳۹۷
صفحه ۲۵۳-۲۷۶، تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۱۲/۰۵، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۰۷/۲۵

Email: Lindsay.Farmer@glasgow.ac.uk

* استاد حقوق کیفری دانشگاه گلاسکو بریتانیا

Email: javan-j@um.ac.ir

** دانشیار گروه حقوق دانشگاه فردوسی مشهد

*** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه فردوسی مشهد، مترجم مسؤول

Email: ss_mirbazel@yahoo.com

کارشناس ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه علامه طباطبائی تهران

Email: bahmankhodadadee@yahoo.com

نمایم. اولین سؤال بحث این است که منظور از تبدیل حقوق به یک مجموعه قانون چیست؟ نتیجه احتمالاً تعجب‌آوری که من می‌خواهم در این نوشتار مطرح کنم این است که تمامی قوانین در معنای دقیق خود، ضرورتاً مدون و مکتوب هستند. بدین معنی که قوانین یا قواعد چیزی جز کلیت‌بخشی به رفتارها و کیفیت انتظام‌بخشی به آنها نیستند و دقیقاً همین فرایند انتزاع یا کلیت‌بخشی است که محدودیت‌هایی برای اعمال قانون و حق منازعه ایجاد می‌کند، زیرا قوانین هنگامی که مکتوب می‌شوند، باید اطاعت شوند و در موارد مشابه به صورت یکسانی اعمال گردند. بدین ترتیب قانون‌گذاری، اجرای قانون و زندگی اجتماعی را منظم می‌کند. هرچه قوانین پیچیده‌تر می‌شوند شیوه‌های نگارش آنها متفاوت‌تر می‌شود، ممکن است در قالب کتاب‌های حقوقی و یا قانون‌گذاری تدوین شوند. این موضوع ما را به بحث دومی هدایت می‌کند که عبارت است از بررسی شناخت محدودتری که ما از قانون‌گذاری در سیستم‌های مدرن حقوقی داریم.

استدلال من در این بخش این است که قانون‌گذاری با شیوه‌های درست ایجاد و مشروعیت آن در جامعه مدرن، پیوندی ناگسستنی دارد. بدین ترتیب امیدوارم درک جدیدی از مفهوم و رفتاری که نقش محوری در حقوق مدرن دارد، ارائه نمایم. در پایان مایلم مراتب قدردانی خود را از بهمن خدادادی و سارا میربازل برای انجام ترجمه ابراز دارم، همچنین از دکتر عبدالرضا جوان جعفری که همکاری و نظارت بر این ترجمه را بر عهده گرفته‌اند، سپاسگزارم.

لیندزی فارمر

گلاسگو، ۲۲ آوریل ۲۰۱۴.

درآمد مترجم:

پرفسور فارمر از اساتید و شخصیت‌های شناخته‌شده در حوزه‌های فلسفه حقوق کیفری، جامعه‌شناسی مجازات، تئوری‌های حقوقی و حقوق کیفری هستند. ایشان فارغ‌التحصیل دانشگاه کمبریج بوده و در حال حاضر بیش از صد مقاله و کتاب معتبر در حوزه‌های مختلف مورد اشاره تألیف نموده‌اند. پرفسور فارمر دارای شخصیتی اخلاقی، منضبط و بسیار جدی و پرکار هستند. نگارش بیش از ده کتاب و مقاله در هر سال گواه صادقی بر این مدعاست. نامبرده با اینکه حدود پنجاه سال بیشتر ندارند، نامی آشنا در کنار نویسندگان بزرگی مانند آنتونی داف، آندره ایشورت، دیوید گارلند، جفری مورفی و دیگر همتایانشان محسوب می‌شوند و آثار برجسته‌ای همراه با این بزرگان به چاپ رسانده‌اند. عمق و دقت نظر علمی از دیگر ویژگی‌های بارز

ایشان محسوب می‌شود. پنج سال شاگردی و جلسات هفتگی با ایشان جزء بهار عمر اینجانب و افتخاری بزرگ محسوب می‌شود.

در مقاله حاضر، نامبرده، مانند دیگر آثار علمی خود از انجام هرگونه کار تکراری احتراز و سعی نموده نکاتی ناب از درون‌بخشی ظاهراً معمولی و تکراری استخراج کرده و در معرض نقد و نظر خوانندگان قرار دهد. بحث قانون‌گذاری در میان طرفداران نظام کامن‌لا و رومی - ژرمنی از مباحث چندساله و تکراری در ادبیات حقوق غرب محسوب می‌شود. بدون تردید تاکنون صدها کتاب و مقاله در این زمینه به رشته تحریر درآمده است؛ اما استاد طرح مجدد این مباحث و بیان مجدد دلایل، مزایا و معایب سیستم کامن‌لا از یک سو و سیستم قانون‌گذاری متفاوت در کشورهای اروپای قاره‌ای درگیر اعضای این خانواده از سوی دیگر را تکراری و غیرضروری می‌داند. از نگاه ایشان اصولاً تقسیم نظام‌های حقوقی به نظام‌های حقوقی نوشته و نانوشته، تقسیم‌بندی دقیقی نیست؛ چرا که حقوق، به خصوص در دنیای مدرن، نمی‌تواند نانوشته باشد. البته اینکه قواعد حقوقی توسط چه مقام یا نهادی نوشته و جمع‌آوری می‌شود می‌تواند به تناسب پیچیدگی حقوق، متفاوت باشد. قواعد حقوقی یک سلسله قواعد کلی، فراگیر و دائمی هستند که یک سلسله ویژگی‌ها و آثار خاص خود را دارند. این ویژگی‌ها و آثار در تمامی نظام‌های حقوقی، بر همه قواعد حقوقی بار می‌شود. از سوی دیگر به نظر ایشان قانون‌گذاری پیوندی ناگسستگی با شکل‌گیری دولت - ملت‌ها و نهادهای مشروع برای ایجاد قواعد حقوقی دارد. در این نگاه، تئوری‌های حقوقی با تئوری‌ها و اندیشه‌های سیاسی، قرابتی اجتناب‌ناپذیر دارند. مثلاً در اندیشه حقوقی بنتهام، قانون‌گذاری فقط وسیله‌ای برای انسجام‌بخشی، نظارت، کنترل و اطاعت در جامعه است. در حالی که در اندیشه‌های حقوقی لیبرال، ممکن است نقش قوانین به رسمیت شناختن حقوق آحاد جامعه و کنترل قدرت دولت باشد. بنابراین فارغ از مزایای فنی و تکنیکی، شفافیت، کلیت و قابلیت دسترسی قوانین در مقابل رویه‌های قضایی، باید توجه داشت که برای تدوین مجموعه قوانین، لازم است جایگاه قانون‌گذاری در بستر اجرای عدالت و حقوق عمومی مورد تأمل دقیق‌تر قرار گیرد.

کلیدواژه‌ها:

قانون‌گذاری، نظام‌های حقوقی، نظام کامن‌لا، قواعد حقوقی.

۱- نظم و بی‌نظمی:

جیمز فیتزجیمز استفن^۱ وکیل عالی‌رتبه کیفری در سال ۱۸۷۲ در عبارتی مشهور بیان داشت که حقوق کیفری هند و انگلستان را می‌توان به «ملغمه‌ای از نظم و بی‌نظمی» تشبیه نمود. اعتقاد وی در خصوص قانون مجازات جدید هند این بود که این مجموعه قوانین فارغ از نکات و اصطلاحات فنی، به گونه‌ای منظم دسته‌بندی شده و قانونی گردیده است که برای متخصصین و افراد غیرحرفه‌ای نیز به صورت یکسان قابل فهم است. این در حالی است که نظام حقوقی کامن‌لا بسیار فنی، فاقد انسجام سیستماتیک، پیچیده و مستلزم اصلاح است. البته ناگفته پیداست که این سخنان استفن از بی‌طرفی به دور نمانده است چرا که او خود زمانی برای تلاش جدی برای تدوین مجموعه قوانین آغاز کرده بود. به هر روی در مقام مقایسه، وی معانی مجازی چندی در رابطه با مسئله تدوین قانون خلق نمود؛ بر این اساس وی معتقد بود که نظم و بی‌نظمی، سادگی و تکنیکی و فنی بودن، قابلیت دسترسی و عدم دسترسی، آرمان بهیشتی و بی‌نظمی زمینی، برای توصیف دو نظام مقابل یکدیگر قرار می‌گیرند. آنچه در پس بسیاری از این مفاهیم وجود داشت مقایسه اندیشه مدرن با تفکری قدیمی، ارتجاعی و ماقبل مدرن است. قانون‌گذاری نه‌تنها حرکتی جدید بود که پیشرفت و آزادی را به ارمان می‌آورد بلکه موجب تجزیه و جدایی از گذشته گشت و نوعی مفهوم نوین متناسب با اندیشه‌ها و احساسات مدرن را به همراه داشت.

همان‌گونه که حامیان قانون‌گذاری در کشورهای کامن‌لایی افسوس ضعف و یا نقصان مدرنیته را می‌خوردند؛ بیان‌های متعارف قانون‌گذاری در کشورهای اروپایی «اصلاح و قانون‌گذاری کیفری» را محصول شکل‌گیری دولت مدرن در این کشورها تلقی می‌کردند. در این اندیشه، قانون، کنترل قدرت سیاسی را به بازسازی روابط بین حکومت و مردم پیوند می‌زند. از لحاظ تاریخی، مدرنیته با تصویب قانون جزای سنتی در توسکانی (۱۷۸۶)، اتریش (۱۷۸۷)، فرانسه (۱۷۹۱، ۱۸۱۰) و باواریا (۱۸۱۳) همراه شد؛ به کار بردن شکنجه و اعدام را محدود نموده و همچنین مجازات‌های ثابتی را طبق قانون وضع می‌نمود. این قوانین به عنوان نشان انتقال به نظام حقوقی و سیاسی مدرن تلقی می‌شوند که موضوعات حقوقی انتزاعی به قوانین مصوب منتقل گردیده و در آن ارتباط افراد و حکومت دارای قانون اساسی، به شیوه نوینی تنظیم می‌گردید؛ در نتیجه به لحاظ تاریخی و نظری، محل تلاقی «حقوق» و «تجدد» قرار گرفت.

1. Sir James Fitzjames Stephen.

بر اساس هر دو نظریه، این باور بنیادی‌تر است که تدوین قانون برای روابط بین شهروندان و حکومت، علی‌الخصوص در زمینه حقوق جزا، می‌تواند آزادی افراد را بهتر تضمین نماید. هرچند این ایده به نظر قابل قبول می‌رسد - و بدون شک می‌توان مواردی را یافت که در آن امر محقق شده است - مع‌الوصف، پیوند مورد اشاره پیوندی اجتناب‌ناپذیر نیست؛ قوانین به همان ترتیب که می‌توانند قابل دسترس، قابل فهم و دموکراتیک باشند می‌توانند از سوی دیگر، پیچیده، فنی و تحت سیطره حکومت باشند. اگر می‌خواهیم این رابطه را درک کنیم - و اینکه چگونه قانون‌گذاری می‌تواند به ارزش‌هایی مانند آزادی کمک کند - باید ملاحظه‌ای بر رابطه بین قانون‌گذاری و تجددگرایی و درک نقش قوانین در شکل‌گیری دولت مدرن و حکومت امپراطوری داشته باشیم. این مقاله، با بررسی اندیشه مدرن قانون‌گذاری و با تمرکز ویژه بر تئوری و رویه عملی قانون‌گذاری در انگلستان و ایالات متحده آمریکا با رویکردی انتقادی به بررسی قوانین کیفی خواهد پرداخت. از این روی، این بررسی بحث له یا علیه قانون‌گذاری نبوده بلکه هدف این مقاله گسترش بحث از ادعاهای مربوط به منافع آنی و صوری پروژه قانون‌گذاری به مرزهای وسیع‌تر مفهوم و کارکردهای قانون‌گذاری در حوزه حقوق کیفی است.

۲- اندیشه قانون‌گذاری

پیش از پرداختن به این مسئله، تبیین مفهوم «تدوین قانون» ضروری می‌نماید. نخستین نکته برای تبیین این است که قانون همواره مدون است و ما ملزم به انتخاب میان قانون مدون و غیرمدون نیستیم. حتی در نظام کامن‌لا نیز تمام بیانات حقوقی، تمام آراء و معاهدات، قاعده‌ای را وضع می‌کنند که برای اعمال در بیش از یک مورد خاص ایجاد می‌شود. این کار ممکن است به شیوه‌ای کم و بیش منسجم با درجات مختلفی از پیچیدگی صورت گرفته و با استانداردها و منطقی‌های مختلفی هدف را تحقق بخشد. اما به صورت کلی این عمل یعنی تحمیل نظم بر یک رفتار اجتماعی (خواه از طریق قانون‌گذاری باشد یا صدور رأی در ضمن یک پرونده) قانونمندسازی آن رفتار است. قانون‌گذاری در این مفهوم به معنی منظم‌سازی یک رفتار است. قانون‌گذاری در این مفهوم به معنی پذیرش انواع طبقه‌بندی، تقسیمات، اصول سلسله‌مراتب و ابزارهایی است که افراد ذی‌نفع را قادر می‌سازد تا بین نظم و رفتارهای مربوطه تمایز قائل شوند. قانون‌گذاری در این مفهوم می‌تواند کمابیش رسمی باشد

(یعنی کاملاً مدون و مکتوب باشد) اما در این مفهوم قانون‌گذاری باید به عنوان رفتار یا نهاد اجتماعی متمایز شناخته شود.

مضافاً از آنجا که این قواعد مصوبات قانونی هستند، توجه به این نکته ضروری است که این رفتارهای حقوقدانان است که مورد حکم قانون قرار می‌گیرند. یعنی قانون عبارت از قاعده‌مند کردن هنجارهایی است که در قانونی کردن رفتار اجتماع به کار گرفته می‌شود. هرچند قانون کیفری باید دست‌کم تا حدودی رفتار اجتماعی و رویه‌های قضایی را به شیوه‌ای قابل فهم برای شهروندان عادی بیان نماید، مع‌الوصف پرسش در خصوص تعادل دقیق بین قاعده‌مندی، تکنیکی بودن و قابل فهم بودن برای غیرحقوقدانان، همواره به عنوان یک چالش برای هر قانون‌گذاری خواهد بود. بنابراین قانون‌گذاری عمده‌تاً دارای دو رویکرد است:

نخست، اینکه قانون باید رفتار را به لحاظ حقوقی قابل درک سازد. رفتارهای اجتماعی و رویه‌های قانونی باید در قالب اصطلاحاتی توصیف و طبقه‌بندی شوند که امکان تشخیص و مداخله را فراهم سازند. قانون باید آنچنان درک دقیقی از رفتار اجتماعی فراهم آورد که کاملاً تحت شمول قانون قرار گیرد. عکس این موضوع نیز صادق است، یعنی قانون باید هنجارهای حقوقی را برای کسانی که تحت حاکمیت آن هستند قابل درک سازد؛ باید برای افراد جامعه این امکان وجود داشته باشد که رفتارهای خود را با قضاوت راجع به اینکه چه رفتاری طبق قانون ممکن یا غیرممکن است، تنظیم و همسو نمایند؛

دوم اینکه، قانون باید حقوق را برای خودش نیز قابل فهم نماید. قانون باید تکرارپذیری ممنوعیت‌ها و مجازات‌ها را تضمین نموده و امکان برقراری ارتباط درون سیستم حقوقی، بین افراد و نهادهای حقوقی مختلف یا در واقع میان قواعد و مفاهیم مختلف را ممکن سازد. (منظور ضرورت وجود هماهنگی و فقدان تعارض در یک نظام حقوقی است.)

با این توصیف، فرایند قانون‌گذاری سه نتیجه دیگر نیز در پی خواهد داشت. نخست اینکه قوانین هنجار معنوی ایجاد می‌کند. قانون با عرف یا رویه‌ای که می‌سازد برابر نیست، بلکه باید همواره نمادی سمبلیک از آنها باشد. قانون در این معنا الزاماً یک ارزیابی میانی نمادین از یک رویه است که از طریق تشبیب، طبقه‌بندی و سازمان‌دهی معیارها، بر رویه‌ای که آن را به قانون تبدیل می‌کند، اثر می‌گذارد. (نویسنده به شاخص‌های ذاتی قانون‌گذاری اشاره دارد). معیارهای قانون‌گذاری می‌تواند به وسیله وضع معانی استاندارد از واژگان، یا معرفی استانداردهای رایج تفسیر، انسجام درونی نظام حقوقی را بیشتر نماید. دوم اینکه، ایجاد یک قانون نوشته امکان مقایسه و اصلاح را فراهم می‌کند. این امر امکان کنترل منطقی انسجام

را از طریق جایگزینی تحولات زبانی با متعلق هم‌زمانی فراهم می‌سازد. (نیازمند تحسین از بعد زبان‌شناسی است) در هر دو حالت، عمل قانون‌گذاری، عملی همراه با تعمق و محصول محیط است که امکان (در واقع ضرورت) ارزیابی را بر اساس معیارهای درونی و بیرونی فراهم می‌سازد. (آیا قانون انسجام درونی دارد؟ آیا تعریف دقیق و صحیحی از رفتار ارائه می‌کند؟ آیا قضاوت برابر استانداردهای اصولی قانون قابل ارزیابی است؟ آیا روش مؤثری برای سرزنش رفتار است؟) از این روی، دانستن اینکه استانداردها یا معیارهای قانون ضرورتاً ثابت نبوده و در واقع کم و بیش منعطف و قابل تغییر هستند و حتی ممکن است مکانیزمی را طراحی کند که امکان اصلاح در مفاهیم خود را فراهم آورد، ضروری می‌نماید.

آنچه از اهمیت بالایی برخوردار است این است که آنها (قوانین نوشته) استاندارد یا معیاری را ایجاد می‌کنند که بر اساس آن قانون می‌تواند خود ارزیابی داشته باشد. نهایتاً قانون نوشته نیازمند نوعی مشروعیت‌بخشی است، این امر می‌تواند به موجب عرف یا جامعه (کامن‌لا)، منطق درونی قانون، حکم و جایگاه واضح، و تصویب رسمی توسط نهاد سیاسی یا اثربخشی قانون در تحقق هدفی مشخص (مثل کاهش ارتکاب جرم) محقق شود. تا زمانی که اعتبار یک قانون توسط تابعان خود به رسمیت شناخته نشود به عنوان امری معتبر و معیاری برای رفتار پذیرفته نخواهد شد. بنابراین، ارزیابی موفقیت یا شکست یک قانون صرفاً محدود به انسجام و عقلانی بودن آن نمی‌شود، بلکه مشروعیت یا توفیق ماندن در همبستگی با ارزش‌های اجتماعی و عملکرد در نظام حقوقی و فراتر از آن نیز باید مورد ارزیابی قرار گیرد.

بنابراین مسئله در این باب هیچ‌گاه صرفاً محدود به این نیست که آیا قانون باید مدون گردد یا خیر، بلکه موضوع اصلی در این خصوص است که قانون باید به چه شیوه‌ای مدون گردد؟ و اینکه آیا قانون جدیدالتصویب به نوعی بهتر از قانون‌گذاری‌های قبلی است؟ این قضیه اتفاقاً به یکی از موضوعات راجع به اقدامات قانون‌گذاری اشاره می‌نماید: آیا قانون‌گذاری می‌تواند صرفاً بیانگر حقوق بوده و تغییری در آن ایجاد نماید یا اینکه قانون‌گذاری الزاماً تغییر و یا اصلاح حقوق موجود را به همراه دارد؟ (اشاره به قانون‌گذاری در کشورهای کامن‌لا دارد). این درک از قانون‌گذاری (در حالی که قواعد حقوق ماهوی ممکن است صرفاً با بیان مجدد در قانون مواجه باشند) نشانگر این امر است که حداقل یک طبقه‌بندی و سازمان‌دهی مجدد به لحاظ مفهومی اجتناب‌ناپذیر است. (از حیث شکل یا منبع حقوق) در غیر این صورت، صرفاً با عملی تکراری رو به رو خواهیم بود. اکنون می‌شود فهمید که موضوع بحث چیزی فراتر از این است که حقوق باید در قالب قانون‌گذاری بیان شود و یا

به صورت رویه قضایی باقی بماند. حقوق کامن‌لایی قیداً مدون شده است و سازمان‌دهی مجدد مفهومی، مانند آنچه توسط نویسندگان رساله‌ها مطرح می‌شود حقوق را مجدداً تدوین خواهد نمود. این قانون‌گذاری‌ها بر اساس نگرش خاصی از کارایی‌های قانون، درکی از اثربخشی و مشروعیت آن و طبق منطق خاصی به عمل آمده است. در حال حاضر قوانین معمولاً واکنشی به نواقص مشاهده شده هستند. از جمله این نواقص: فقدان انسجام منطقی، نقص در ساختار اصولی، نقص در مشروعیت (که باید توسط مجلس تأیید شود نه اینکه توسط یک شخص یا عرف تصویب گردد)؛ یا اینکه در واقع آیا قانون‌گذاری مجدد باعث کارایی بهتر قانون می‌گردد؟ نیاز به قانون‌گذاری، از نقص واقعی یا ادراکی در انسجام رویه قضایی موجود یا مشروعیت قانونی ناشی می‌شود؟

اگر از آنچه بیان شد مفهوم قانون‌گذاری روشن باشد، همان‌گونه که فوقاً اشاره کردم، این برداشت خاص از قانون‌گذاری اهمیت ویژه‌ای در تجددگرایی می‌یابد؛ یعنی ایجاد مجموعه‌ای فراگیر و کامل از قواعد که جایگزین کلیه هنجارهای موجود گردد. این برداشت از قانون‌گذاری به عنوان عامل اصلی تغییر یا اصلاح حقوقی به طور منحصربه‌فردی جدید محسوب می‌شود. تهیه مجموعه قانون به عنوان شکلی از قانون‌گذاری همچون مرکز و هسته اصلی برنامه ایجاد یک حکومت مدرن و عقل‌گراست؛ به این معنا که اندیشه قانون‌نویسی، بیان اشکال مخصوصی از عقلانیت حقوقی به عنوان شیوه‌ای برای قانونمند کردن مناسبات اجتماعی و سیاسی می‌باشد. مع‌ذک، قانون‌گذاری در این مفهوم انعکاسی از دو تحول مهم از درک اقتدار و حقانیت حقوق است. نخست اینکه، این مردم‌داری حاکمیت هستند که از طریق قوه مقننه قانون‌گذاری می‌کنند؛ و ثانیاً درک جدیدی از حاکمیت قانون، به صورت قواعد کلی و الزام‌آور، حتی برای واضعان آن، شکل ملی بگیرد. بنابراین ما باید میان قانون‌گذاری به عنوان یک عمل و قانون‌گذاری به عنوان ابزار مدرنی که رویه‌های قضایی موجود را به شکل قانون درمی‌آورد، تمایز قائل شویم. بنابراین برای هر تحلیل انتقادی از قانون لازم است رابطه میان عقلانیت حقوقی و برداشت‌های جدید از حکومت محور مطالعات قرار گیرد. این مسئله، سؤالات نظری مهمی را درباره مناسبت میان حقوق کیفری، حکومت‌های اجتماعی و اشکال نظم سیاسی برمی‌انگیزد.^۲

۲. برای اطلاعات بیشتر در این زمینه ر.ک: جرج فلتچر، «نظریه‌های سیاسی و حقوق کیفری» در اصل حداقل بودن حقوق جزا، به اهتمام حسین غلامی (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۳)، ۱۱۸. (مترجم)

۳- قانون‌گذاری و نوگرایی^۳

قوانین جدید به طور عام و علی‌الخصوص قوانین کیفری جدید، معمولاً دارای خصایص کلیدی هستند؛ این خصایص را می‌توان در عنوانینی چون «جامعیت»، «نظام‌مندی»، «سادگی» و «اقتدار» خلاصه کرد. از آنجا که هدف، تهیه فهرست جامعی نیست - البته ممکن است قوانین خاصی این ویژگی‌ها را کم و بیش داشته و ویژگی‌های دیگری نیز اکتساب نمایند - ویژگی‌های اصلی مفهوم جدید و نظریه قانون‌گذاری، بیان می‌شوند. در ادامه به نوبت، هریک از این ویژگی‌ها را مطرح و برای توضیح بیشتر ادعاهای کلی‌تر دو ویژگی «تازگی» و «لازم‌الاجرا بودن»، از آنها بهره می‌گیریم. اما برای ایضاح بیشتر می‌خواهم این نکته را روشن کنم که با اینکه این ویژگی‌ها به عنوان خصایص اصلی و محوری مجموعه قوانین جدید شناخته می‌شوند، اما شیوه کاربست آنها در نظام‌های مختلف، تفاوت قابل ملاحظه‌ای دارد. با بررسی تفاوت‌ها و شباهت‌های اقدامات مذکور، امکان فهم بهتر طرح قانون‌گذاری جدید میسر خواهد شد.

۳-۱- جامعیت

برای اینکه قانون بتواند جایگزین تمامی قوانین سابق گردد، لازم است که قانون بیان کاملی از حقوق در یک زمینه خاص داشته باشد؛ یعنی فهرست کاملی از تمامی جرایم و مجازات‌ها ارائه نماید. این نگرش نسبت به «جامعیت» سه بعد دارد: قانون باید انحصاری (تنها منبع حقوق)، بدون خلأ و جامع باشد. ایده انحصاری بودن قانون ناشی از انگیزه‌های سیاسی جنبش‌های اولیه قانون‌گذاری است. اگر قانون تنها منبع حقوق باشد، نقش قاضی صرفاً اعمال آن چیزی است که در متن قانون ذکر شده است.^۴ اولین تدوین‌گران اروپایی، به عنوان بخشی از جنبش اصلاح کیفری قرن ۱۸، در کنار سایر موضوعات، نگران اعمال قدرت مستبدانه قضات و دولت‌ها بودند و به قوانین به چشم ابزاری برای محدود کردن قدرت مذکور نگاه می‌کردند. مفهوم اندیشه «جامعیت» این است که اگر هیچ منبع دیگری برای حقوق نباشد، قانون باید کامل و جامع بوده و جرایم و مجازات‌های مربوط به هریک از آنها را

3. Modernity.

۴. مطابق قانون اساسی ایران نیز، این موضوع در اصل ۳۶ تصریح گردیده است، مع‌ذکب بسیاری از حقوقدانان بر این باورند که این اصل بنیادین و مهم توسط اصل ۱۶۷ از همین قانون مخدوش گردیده و از اقتدار آن کاسته شده است. (مترجم)

برشمارد.^۵ چنین قانونی باید حقوق و حوزه‌های آن را کاملاً پوشش داده و تمام احتمالات ممکن را پیش‌بینی نماید و بنابراین قدرت حکومت باید به وسیله قوانین از پیش تعیین شده محدود شده و قضات نتوانند از طریق قیاس، اعمال قانون را گسترش دهند و یا اینکه مجازات‌هایی را به تشخیص خود تحمیل نمایند. این در حقیقت بیانی است از اصل قانونی بودن جرم و مجازات که اعمال مجازات‌ها و قدرت قضایی را با استفاده از قانون و علی‌الخصوص نظام قانون‌گذاری محدود می‌سازد. (بیان شده آنسلم نویریخ) این نظریه نخستین بار در اواخر قرن ۱۸ به اشکال متعددی در متون اصلاح طلبان حقوق کیفری مانند «بکاریا»^۶ تا اعلامیه فرانسوی حقوق بشر^۷ (۱۷۸۹) مطرح گردید و به صورت اجتناب‌ناپذیری با تقاضا برای قانون‌گذاری پیوند خورده بود.

یکی از کامل‌ترین اظهارات در این زمینه نظریه «جرمی بنتام»^۸ در باب کتاب کامل قانون

است:

«انسان هنگامی که کتاب را باز می‌کند نیازمند این است که بداند قانون چه حکمی در مورد افعال قابل تصور در قلمرو فعالیت‌های انسانی دارد». نظریه قانون‌گذاری بنتام از انتقاد وی نسبت به کامن‌لا به عنوان حقوقی نامناسب که از فرمان حاکمیت ناشی نمی‌شود، سرچشمه می‌گیرد. در این مرحله وی به دنبال گسترش یک نظریه و یک علم از قانون‌گذاری است که به صورت یک شیء بر قانون و مجازات حاکم باشد. این علم، از این پیش‌فرض آغاز می‌گردد که کاستی‌های قانون به طور مستقیم به شکل کامن‌لا مربوط می‌شود. کامن‌لا قانون نیست و نمی‌تواند باشد چرا که از حاکمیت ناشی نمی‌شود بلکه از قضات سرچشمه گرفته است؛ قانونی که ایجاد شده است دل‌خواهانه است، یعنی پیشاپیش به وضوح بیان نشده و به زبان فنی و مبهم مطرح گردیده است.

۵. نخستین بارقه‌های این اندیشه را می‌توان در رساله جرایم و مجازات‌ها اثر جاویدان سزار بکاریا یافت. در این خصوص ر.ک: سزار بکاریا، رساله جرایم و مجازات‌ها، ترجمه محمدعلی اردبیلی (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۵)، چاپ پنجم، ۳۸ به بعد. (مترجم)

6. Beccaria.

7. Declaration of the Rights of Man.

۸. فیلسوف، حقوق‌دان و اصلاح‌طلب اجتماعی انگلیسی (۱۷۴۸-۱۸۳۲) که به عنوان بنیانگذار فایده‌گرایی مدرن شناخته می‌شود؛ نمی‌توان از سود و لذت سخن گفت و نام جرمی بنتام را بر زبان نیاورد. این متفکر انگلیسی قرن هیجده و نوزده اگرچه در تفکر عقلانی مشرب بود، اما برخلاف فیلسوفان هم‌وطن خود که همواره بر مدار محافظه‌کاری و اعتدال حرکت می‌کردند، رفتاری انقلابی داشت. این رفتار اما برآمده از نگاه و اندیشه متفاوت وی نسبت به متفکران انگلیسی نیز بود - برگرفته از دانشنامه آزاد. (مترجم)

علم قانون‌گذاری، برعکس، به بیان قواعدی که به طور پیوسته و تفصیلی حول شرایط زندگی انسانی می‌چرخد، می‌پردازد. قانون مانند کامن‌لا محصول نهادهای حکومتی موجود نیست؛ بلکه قواعدی است که از بیرون - بر اساس ضوابط تجربی که حتی می‌تواند نهادهای مذکور را شکل دهد - بر نهادهای موجود وارد شده است. قانون‌گذار ممکن است به حقوق عرفی موجود و مفاهیم یا ترتیبات آن، احترام بگذارد؛ این مسئله بسته به خطامشیء قانون‌گذاری است و اصولاً قانون‌گذار حاکم، قانون را هرگونه بخواهد وضع می‌کند. به علاوه قانون به عنوان مجموعه‌ای از قواعد ماهوی مرتبط در نظر گرفته می‌شود که ممکن است مستقل از فرایندهای مختلف بیان شوند. اساس این طبقه‌بندی‌های جامع و منطقی و یکپارچه حقوق در کتاب «درآمدی بر اصول و اخلاقیات قانون‌گذاری بنتام» (اولین چاپ در ۱۷۸۹) و «کلیات حقوق» (که در طی حیات بنتام چاپ نشد)، بیان شده است. در حالی که کتاب نخست صراحتاً به بیان مقدمه‌ای از طرح قانون جزا می‌پردازد، کتاب دوم تلاشی است نظام‌مند، جهت تعریف طبیعت و ماهیت حقوق و ارتباط بین حقوق کیفری و مدنی. اهمیت کار دوم در این واقعیت قرار گرفته است که بنتام مصمم است تا با شرح دقیق دریافت خود این موضوع را بیان کند که تدوین قانون جزا بدون داشتن دانش اولیه نسبت به ارتباط حقوق جزا با سایر حوزه‌های حقوقی و چگونگی سازمان‌دهی کل مجموعه حقوق امکان‌پذیر نمی‌باشد. اندیشه و نظریه وی نه تنها کامل به نظر می‌آید چرا که هم حقوق کیفری و هم حقوق مدنی را دربر می‌گیرد، بلکه جامع نیز می‌باشد زیرا شامل برنامه‌ای است که طبقه‌بندی دقیق جرایم بر اساس اصل سودمندی را شامل می‌گردد. تفکر بنتام نسبت به یک قانون کامل و فراگیر، نمونه ایده‌آلی است که پذیرش و گسترش اندیشه جدید قانون‌گذاری را شکل می‌بخشد. در کشورهای کامن‌لا این مسئله که پیروی کردن از روش ایده‌آل، خود مانعی جدی در برابر موفقیت هرگونه قانون‌گذاری است، کاملاً صحیح است و علت آن نیز مشکلات و دست‌اندازهای سیاسی و عملی در ایجاد و تدوین قانون به این شیوه است. گفتنی است که نخستین تلاش برای مدون کردن حقوق کیفری آمریکا، به طور مثال توسط «ادوارد لیونینگ استون»^۹ در لوئیزانا در سال ۱۸۲۶، با پیروی از مدل جدید بنتام صورت گرفت و چهار قانون مجزای جرایم و مجازات‌ها، ادله اثبات، آیین دادرسی و اصلاح زندان^{۱۰}، را شامل می‌شد که

9. Edward Livingstone.

۱۰. برای اطلاعات بیشتر در خصوص تاریخچه زندان و شکل‌گیری این نهاد ر.ک: حسن‌علی مؤذن‌زادگان و سید بهمن خدادادی، «نظارت بر مجرمان در فرایند مجازات سلب آزادی»، پژوهشنامه حقوق کیفری ۲ (۱۳۹۲)،

همگی آنها حول محور اصالت سودمندی سازمان‌دهی شده بودند. با این حال، این اقدامات نتوانست حمایت سیاسی لازم را جلب نماید و طبعاً هیچ‌گاه تصویب نگشت. اقدام مهم قانون‌گذاری در انگلستان اوایل قرن ۱۹ نیز به سرنوشت مشابهی دچار گردید چرا که مقیاس و سطح پروژه، امید به موفقیت در قانون‌گذاری را ناکام گذاشت. اعضای کمیسیون‌های حقوق کیفری در سال ۱۸۳۳ منصوب شده و برای دوازده سال تمام اهتمام ورزیدند؛ هشت گزارش تهیه کردند که حاوی خلاصه‌ای از هر دو حقوق عرفی و مصوبات پارلمان بر اساس طرح بننام در مفهوم کلی بود. اما با گذشت زمان دولت تغییر کرده و زمانی که لایحه آماده شد، حمایت سیاسی دیگر وجود نداشت.

مدل قانون کیفری مؤسسه آمریکا در سال ۱۹۶۲ از همان ابتدا با برداشت‌های کلی مواجه شد. عنوان کامل آن قانون کیفری و اصلاحی است که شامل مقررات درمان و اصلاح، نهاد اصلاح و حقوق کیفری ماهوی می‌گردید. در پرتو نظریه‌های معاصر در مورد اصلاح و درمان مجرمین، این قانون تلاش کرد رویکردی علمی و جامع را برگزیند، لذا به تعریف رفتار مجرمانه، اهمیت ویژگی‌های شخص مجرم و شیوه‌های درمان و مجازات پرداخت. نویسندگان این قانون دقیقاً به این دلیل که می‌خواستند رساله‌ای در مورد مشکلات عمده حقوق کیفری و به عنوان مدلی برای قانون‌گذاران بعدی باشد (نه به عنوان بخشی از یک قانون‌گذاری) توفیق نسبی داشتند (هرچند که این قانون توسط ایالات متعددی تصویب شد). برعکس اقدام قانون‌گذاری در انگلستان در سال ۱۹۶۷ آغاز و در ۲۰۰۸ رها شد، تلاشی جدی، حداقل به لحاظ مفهومی، در راستای اعمال نظریه کتاب کامل بننام بود. بنابراین ایده جامعیت یا مجموعه قوانین کیفری شایسته جای خود را به نوعی قانون‌گذاری عمل‌گرایانه داد. (منظور پر کردن خلأهای رویه قضایی توسط مصوبات پراکنده پارلمان است).

۲-۲-۳- سادگی

انگیزه قانون‌گذاران همیشه ساده کردن قانون بوده است به طوری که عموم شهروندان و قضات قادر به درک آن باشند^{۱۱}. سادگی به هر دو مفهوم ساده‌سازی منابع قانون و ساده‌سازی

۲۰۴ و ۲۰۵. همچنین: دورکیم، «دو قانون تکامل کیفری»، ترجمه حسین غلامی و سید بهمن خدادادی در *دایرةالمعارف علوم جنایی*، زیر نظر علی‌حسین نجفی ابرندآبادی (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۲)، ۱۱۰۵ به بعد. (مترجم) ۱۱. مع‌ذک، در بسیاری موارد قانونگذار ایران به دلیل اقتباس مستقیم احکام از فقه عربی و عدم سهل‌الوصول کردن تعبیر و معانی برای مخاطب متعارف، موادی را تحریر نموده است که غالب توده مردم از درک آن عاجز خواهند بود. (مترجم)

شکل و اسلوب بیان قانون اشاره می‌کند. اندیشه ساده‌سازی منابع به وضوح با بحث جامعیت مرتبط است: کاهش تعداد نهادهای قانون‌گذاری به یک نهاد واحد، یعنی قانون‌گذار، و محدود کردن قدرت قضایی - هم‌راستا با انگیزه دموکراتیکی که موجب قانون‌گذاری مدرن شد. بعد دیگر سادگی، غالباً به معنای قابلیت دسترسی به قانون تعبیر می‌شود. این موضوع نیز خود دو مفهوم ممکن و مرتبط را در پی دارد. از یک سوی همان حس رهاسازی قانون از بند تکنیکی و فنی آن به منظور دسترسی افراد فاقد تخصص حقوقی است و از سوی دیگر، به قابلیت دسترسی قانون به طور فیزیکی با انتشار آن در یک جلد اشاره می‌کند به طوری که عموم مردم بدون نیاز به مراجعه به کتابخانه‌ها بتوانند از آن اطلاع کسب کنند.^{۱۲} در افراطی‌ترین حالت، این ادعا مطرح شده است که یک قانون بدون انسان را کلاً از نیاز به داشتن وکیل مبرا می‌سازد، و هر فردی وکیل خودش می‌گردد.^{۱۳} با این وجود، ادعاها در مورد قابلیت دسترسی ممکن است شکل دیگری به خود بگیرد. به طور مثال ممکن است بدین معنا باشد که قانون باید به گونه‌ای باشد که امکان دسترسی و مشاوره آسان را فراهم نماید؛ یا اینکه قانون باید برای وکلا و مشاوران حقوقی رسمی قابل دسترس باشد تا بدینوسیله بتوانند هزینه‌ها را کاهش داده و نظام عدالت کیفی را کارا نماید. ادعاها در مورد قابلیت دسترسی، عموماً در نظریه‌های راجع به فواید قانون‌گذاری مطرح می‌شوند، اما دیدگاه‌های متفاوت از معنای قابلیت دسترسی می‌تواند اساساً استنباط‌های متفاوتی را راجع به ساختار و سبک قانون در پی داشته باشد.

این تفاوت‌ها در مباحث راجع به مخاطب مورد نظر یک مجموعه قانون کیفی به چشم می‌خورد. این موضوع در مباحث نظری معاصر در مورد مخاطب حقوق کیفی مورد بحث قرار گرفته است؛ خصوصاً در مورد اینکه آیا این مخاطب، مخاطب دادگاه مرکب از شهروندان عادی است یا دادگاه‌های مرکب از متخصصین حقوقی. اگر مخاطب قانون عمدتاً شهروندان عادی باشند، در این صورت قواعد باید به صورت کلی و شفاف برای هدایت رفتارهای روزمره بیان گردد. این یک اهمیت ویژه در قلمرو کیفی است که قانون باید از یک سو اخلاق

۱۲. مفاد این سطور را در ماده ۱ قانون مدنی ایران نیز می‌توان بدین صورت یافت: «مصوبات مجلس شورای اسلامی و نتیجه همه‌پرسی پس از طی مراحل قانونی به رئیس‌جمهور ابلاغ می‌شود. رئیس‌جمهور باید ظرف مدت پنج روز آن را امضاء و به مجریان ابلاغ نماید و دستور انتشار آن را صادر کند و روزنامه رسمی موظف است ظرف مدت ۷۲ ساعت پس از ابلاغ منتشر نماید.» (مترجم)

۱۳. درست مانند آنچه که این روزها بر پشت قوانین متفرقه، تحت عنوان «وکیل خود باشید!» نوشته می‌شود.

عمومی هماهنگ بوده و از سوی دیگر حافظ آن باشد. مضافاً قانون باید به حد کافی دقیق و واضح باشد تا افراد بتوانند رفتار خود را با قانون هماهنگ نمایند. در مقابل، قواعد مربوط به مسؤولیت - که میزان دقیق شدت یک جرم، دامنه دفاع، میزان مجازات مناسب را تعیین می‌کند - عمدتاً قضات یا دادگاه‌های مجری قانون را مخاطب قرار می‌دهند. این دسته از قواعد ممکن است به زبانی فنی‌تر بیان گردند و ضرورتاً تابع محدودیت‌های مشابهی چون قابلیت دسترسی یا سادگی نیستند، چرا که اصولاً برای استفاده در دادگاه وضع شده‌اند.

در زمینه قانون‌گذاری، این تمایز به طور کامل توسط رابینسون^{۱۴} مورد بررسی قرار گرفته است. نظریه وی در مورد قانون‌گذاری بر اساس این استدلال است که باید قوانین مجزایی برای رفتار انسان‌های عادی و قضات وجود داشته باشد. او بر این باور است که عملکرد اولیه قانون باید ایجاد ارتباط میان قواعد رفتاری حقوقی با شهروندان باشد، لکن این عملکرد غالباً با ناتوانی در تشخیص بین انواع مختلف قواعد مورد اشاره متوقف می‌شود. به طور خاص، او بیان می‌دارد که برخی از دفاعیات^{۱۵} یا قواعدی که به داوری شدت نقض یک عرف و هنجار می‌پردازند به هیچ‌وجه قواعد رفتاری نیستند. این گروه از قواعد ممکن است معیارهای پیچیده و مرکبی داشته باشند زیرا عمدتاً قضات مخاطب آنها هستند، در حالی که یک قانون رفتاری باید فقط دربرگیرنده مفاهیم ساده قانون و توجیه دفاعیات باشد.

به هر روی، سایر رویکردهای مربوط به قانون‌گذاری روشی کاملاً متفاوت در پاسخ به مسئله «قابلیت دسترسی» دارند و در این زمینه موفقیت‌های چشمگیری داشته‌اند. یکی از مشهورترین توفیق‌ها در اینجا قانون جزای هندی^{۱۶} مک کوالی^{۱۷} است. یکی از جنبه‌های برجسته این قانون، استفاده از شرح و مثال‌های فرضی است؛ مثال‌های فرضی که پس از بیان برای توضیح دامنه حاکمیت آن آورده می‌شوند. (منظور همان فرمول کلی هرکس چنین کند ... چنین مجازات خواهد داشت است) مک کوالی اظهار می‌دارد که مثال‌ها و فرضیه‌ها، دارای عملکردهای متعددی هستند. نخستین و مهم‌ترین آنها این است که هدف از آنها قابل درک

14. Robinson.

۱۵. منظور عوامل موجهه، رافع مسؤولیت و ... است.

۱۶. Indian Penal Code (IPC)؛ (به دلیل سابقه کامن‌لا در هندوستان و پیوند بریتانیا و هندوستان در ابعاد مختلف از جمله حقوقی و قضایی، از این نمونه استفاده می‌کند).

۱۷. Thomas Babington Macaulay (1800-1859)؛ توماس بابینگتون مک‌کالی (۱۸۵۹-۱۸۰۰)، مورخ، مقاله‌نویس و سیاستمدار انگلیسی، در روتلی، لستر به دنیا آمد. در دوره دانشگاه، به عنوان سخنران در جامعه اتحادیه مناظرات پیروز و حرفه درخشان خود را به عنوان یک مقاله‌نویس آغاز نمود. مک‌کالی در مجلس پارلمان ۱۸۳۰ انتخاب گردید. در سال ۱۸۳۴ به عنوان عضوی از شورای عالی فرمانداری به هند اعزام گردید.

کردن قانون برای افرادی است که از آن پیروی می‌کنند. دوم اینکه، بیان مثال‌ها روشی است برای توضیح زبان پیچیده و دشوار قانون برای دادگاه‌هایی که آن را اعمال می‌نمودند. نهایتاً بر اساس نظریه بنتامی، مثال‌ها توسط «قانون‌گذار» مطرح می‌شوند نه در رویه قضایی، و بدین ترتیب قانون‌گذاران با وضوح بیشتری می‌توانند به وسیله آنها معنای قانون را بیان دارند.

۳-۳- نظام

همان‌گونه که قبلاً اشاره شد، نیاز به نظام‌مند بودن قانون جزء ذات قانون‌گذاری است؛ قانون‌گذاری شیوه‌ای از نظام‌مندی است و موفقیت هر قانونی بسته به قابل فهم بودن آن قانون برای افرادی است که این قانون برای آنها وضع گردیده و آنها را مورد استفاده قرار می‌دهند. «نظام‌مندی» با مسئله «جامعیت» نیز مرتبط است. اگر قانون می‌بایست کامل و فاقد خلأ باشد، پرسشی که به ذهن خطور می‌نماید این است که این فرایند چگونه می‌تواند سامان یابد. اگر قوانین خیلی محدود و کلی باشند در اجرا مشکل ایجاد می‌شود، حجم وسیع قوانین هم ساماندهی آنها را دچار مشکل می‌سازد؛ مسئله نظام‌مندی با میزان و درجه فنی بودن قانون مربوطه نیز مرتبط است. قطعاً ضرورتی ندارد که نظام پیچیده باشد، اما در قوانین جزایی جدید، ضرورت ارائه مجموعه‌ای از اصول و قواعد حقوقی سازمان‌دهی شده و مستحکم، برای ارتقای انسجام درونی قانون به خوبی احساس می‌شود.

از نظر بنتام حداقل طبقه‌بندی علمی و توزیع منظم قوانین ضروری است. برخی از این حداقل‌ها عبارتند از فصل‌های مستقل برای انواع جرایم، پاراگراف‌هایی دارای شماره مشخص که جرایم را دقیقاً تعریف کرده باشند و غیره. البته برداشت او از علم قانون‌گذاری بسیار دقیق بوده و مستلزم بیانی منسجم بود که تئوری او از مجازات را با تعریف جرم مرتبط می‌ساخت.^{۱۸} پژوهش در خصوص منافی که باید توسط حقوق کیفری مورد حمایت قرار گیرند، او را با چالش موجود در طبقه‌بندی جرایم کیفری مواجه ساخت. در تئوری بنتام، اجزا و محتوای نظام

۱۸. جرمی بنتام به نقش اساسی قوانین کشوری در پیشگیری از جرایم اعتقاد وافری داشت. وی معتقد به نفع اجتماعی مجازات است و اینکه مجازات‌ها باید به نفع و مصلحت جامعه باشد. در قانونگذاری‌ها باید در تعیین نحوه مجازات‌ها، نفع اجتماعی در اولویت قرار گیرد و مصلحت و سود عامه مردم و کل جامعه مورد توجه قرار بگیرد. از این رو وی در کتاب خود به نام «رساله‌ای در مورد مجازات‌ها و پاداش‌ها» به مفید بودن کیفر به شرط ضرورت آن اشاره می‌کند. او معتقد است که افراد جهت دستیابی به سود و منفعت بیشتر اقدام به جرم و قانون‌شکنی در جامعه می‌کنند، از این رو اگر مجازات‌های کشوری نیز با توجه به نتایج مالی جرایم تعیین شوند، می‌توانند تا حد زیادی از وقوع جرایم پیشگیری نمایند.

حقوقی می‌بایست مورد محاسبه قرار گیرد و خصوصیات و قلمرو آن دقیقاً اندازه‌گیری شود.^{۱۹} در حالی که طبقه‌بندی بنتام از عنصر روانی و تقسیم‌بندی جرایم کماکان نفوذ خود را بر تئوری‌های حقوق کیفری حفظ می‌کند اما در نظام‌های جدید حقوق کیفری گرایش به تعریف بخش‌های عمومی حقوق جزا و یک ساختار تحلیلی خاص از حقوق کیفری مشاهده می‌شود.^{۲۰} در این راستا بخش عمومی دارای دو کارکرد است. اولاً بنیان نهادن یک ساختار کلی، شبکه‌ای قابل فهم ایجاد می‌کند که تک‌تک جرایم با استفاده از اصطلاحات متعارف تعریف شده و ارزیابی شدت جرایم امکان‌پذیر می‌گردد. این موضوع می‌تواند به اشکال مختلفی محقق گردد (که هیچ‌یک انحصاری نبوده و قابل جمع نیستند) که هدف همه آنها نیز ایجاد یکپارچگی است. قانون ممکن است دارای یک قاعده کلی باشد که بیان می‌دارد اثبات هر جرم مستلزم تحقق رکن مادی و معنوی از ناحیه متهم است. تعریف هر یک از جرایم خاص ممکن است به دو بخش متمایز عنصر مادی و عنصر معنوی تقسیم گردد و یا اینکه هر یک از بخش‌های خاص قانون دربرگیرنده گروهی از جرایم همجنس (علیه اشخاص، اموال، نظم عمومی و مانند آن) بوده، و داخل در هر بخش جرمی اصلی وجود داشته باشد که واژه‌های کلیدی را معنا نموده و با متغیرهای دیگری نیز همراه باشد. در مقابل، بخش عمومی قانون نیز کلیه مفاهیم مربوط به مسؤولیت‌هایی را که در قانون مورد استفاده قرار می‌گیرند را تعریف می‌نماید. (حالت‌های مختلف عنصر روانی، رابطه علیت، جرایم ناتمام، شرکت در جرم و غیره)، به گونه‌ای که تعریف هر جرم با ارجاع به مواد کلی قابل فهم باشد. در این مدل، که توسط قانون مجازات نمونه آمریکایی و پروژه قانون‌گذاری انگلیسی مشاهده می‌شود، بخش عمومی، کنترلی قوی از حیث تعریف بر جرایم خاص اعمال می‌کند و ضمناً قدرت قضات را در تعریف جرم کاهش داده و تجزیه و تحلیل قضایی را استاندارد می‌نماید. برای این منظور، بخش عمومی این قوانین دربردارنده بخش زیادی از مجموعه قوانین است که هدف آنها تبیین جامع اصطلاحات مربوط به مسؤولیت است. دوماً بخش عمومی ممکن است پا را از کنترل صرف بر تعریف فراتر گذاشته و چارچوبی هنجاری برای قانون ایجاد نماید. بنابراین به عنوان مثال، استفاده از یک تعریف مطلقاً ذهنی بار سنگینی از حیث اثباتی بر دوش مقام

۱۹. اشاره به این نکته دارد که در تئوری بنتام انسان موجودی حسابگر است و بر اساس جذب لذت و دوری از مشقت رفتار می‌کند. برای اینکه یک نظام حقوقی اثر بازدارندگی داشته باشد باید با محاسبه‌ای دقیق منافع حاصل از رفتار مجرمانه و رنج و مشقت ناشی از مجازات، اندازه‌گیری شده و مقابل هم قرار گیرند.

۲۰. اشاره به تقسیم قوانین کیفری به دو بخش کلیات (حقوق جزای عمومی) و حقوق جزای اختصاصی دارد.

تعقیب گذاشته و بیانگر برداشت خاصی از فردگرایی و رابطه میان فرد و دولت است. در مقابل قانون برای افزایش حداکثری انعطاف قضات و هیئت‌منصفه ممکن است معیارهای هنجاری بسیار منطقی (معقول، نامعقول و غیره) را مورد استفاده قرار دهد. دو پیش‌نویس از بخش عمومی قانون انگلستان در سال‌های ۱۹۸۵ و ۱۹۸۹ می‌تواند در این زمینه آموزنده و راهگشا باشد.

در قانون اولی، ارائه معیار ذهنی مسؤولیت^{۲۱} باعث شد تا مجموعه قوانین به مثابه ابزاری برای حمایت از آزادی فردی در مقابل دولت تلقی شود. در قانون دومی، کارایی ذهنی و شکل اثبات توسط مقام تعقیب باعث شد تا در موارد متعددی اثبات آسان‌تر گردد. (یعنی از معیار ذهنی مطلق در موارد متعددی عدول شد). بدین‌ترتیب ساختار هنجاری مجموعه قانون صراحتاً به مباحث مربوط به مشروعیت سیاسی پیوند می‌خورد.

۳-۴- اقتدار

در نهایت، ویژگی محوری اندیشه جدید قانون‌گذاری این است که قانون باید دارای اعتبار باشد. همان‌طور که دیدیم، قوانین با هدف کاستن بی‌نظمی‌های مختلف موجود، در تعداد و سلسله‌مراتب منابع قانونی و جایگزین کردن آنها با قانونی متحد و یکنواخت، ایجاد شده است. با این حال، در حالی که اعتبار قانون می‌بایست منحصر به فرد باشد - به این معنا که منبع حقوق ماهوی در یک منطقه جغرافیایی خاص، حوزه جغرافیایی خاص دارای منشأ اعتبار واحد باشد - دقیقاً معلوم نیست که منبع خارجی این اعتبار چیست؟ جان این ایده این است که قانون باید توسط قوه مقننه تصویب گردد، این قوه با تصویبش به عنوان قانون، بدان اعتبار می‌بخشد ولی تعیین هویت منبع این اعتبار شدیداً پیچیده است. با این حساب از یک طرف، اعتبار می‌تواند از نهاد قانون‌گذار نشأت گیرد که ممکن است مجموعه‌ای باشد که قانون را تصویب می‌کند (مجلس خاص یا قوه مقننه) یا از ماهیت شخص نویسنده قانون برآید، یا در اصطلاح مشروعیت سیاسی که خود اجازه می‌دهد یا به نهاد قانون‌گذاری مشروعیت می‌بخشد (مانند تصویب قانون کیفری ملی پس از استقلال یک کشور). از طرف دیگر، اقتدار و اعتبار ممکن است از ویژگی و کیفیتی ذاتی از خود قانون سرچشمه گرفته باشد؛ خواه توسط عقلانیت ذاتی که بیانگر شکل خاصی از حاکمیت قانون است، یا تجسمی از علم خاصی از

۲۱. Subjective Test of Liability؛ در مقابل Objective Test of Liability، در این معیار برای اثبات جرم،

ذهنیت مجرمانه مرتکب باید ثابت شود که کار مشکلی است؛ لذا این معیار حامی آزادی فرد تلقی می‌شود.

قانون‌گذاری است. ترکیبی از مؤلفه‌های فوق منبع اعتبار قانون تلقی می‌شود. قانون‌گذاری در دوره‌های مختلف تاریخی بیانگر این مطلب است. در قانون‌گذاری‌های فطری و طبیعی اولیه، هدف فاصله گرفتن از منابع سنتی و نیل به سمت اقتدار عقل (به عنوان علم قانون‌گذاری) بود. هدف، جایگزین نمودن اشکال سنتی حقوق و قانون‌گذاری توسط قانون جهانی نشأت‌گرفته از یک حکومت واحد جهانی بود. همان‌طور که ویس^{۲۲} اشاره می‌کند حکومت‌های شاهنشاهی مطلقه متأثر از روشنگری که در آن قدرت مطلق قانون‌گذاری با نوعی عقلانیت حکومتی ترکیب یافته بود، فضای بسیار مناسبی برای قانون‌گذاری فراهم ساخت. بنابراین اعتبار قانون‌گذاری بعضاً از قدرت شخص حاکم و بعضاً از عقلانیت نهفته در خود قانون ناشی می‌شد. قانونگذاری‌های اخیر، با وضوح بیشتری به شکل‌گیری دولت مربوط می‌شده است. هم‌زمان با شکل‌گیری جمهوری‌های جدید و استقلال ملت‌ها، قانون‌گذاری راهی برای پیوند بیشتر شهروندان و دولت‌ها تلقی می‌گردید. دولت‌ها به عنوان واضعان و تابعان قانون اعتبار قانون‌گذاری خود را به شکل مستقیم‌تری از مردم می‌گرفتند. اینکه قانون توسط چه کسی وضع می‌شود نیز مرتبط است. اگرچه که قوانین جدید به نام مردم وضع می‌گردند، بخشی از اعتبار آنها به واضع آنها برمی‌گردد - برخی قوانین خاص به نام واضع سیاسی (مانند قانون ناپلئون) و یا واضع علمی‌شان (همچون قانون مجازات ایتالیایی ROCO)^{۲۳} مشهورند. بنابراین اقتدار قانون ممکن است مبتنی بر جایگاه سیاسی و یا علمی آن باشد.

البته ممکن است میان حقانیت سیاسی و اقتدار علمی تنش وجود داشته باشد. یک قانون معمولاً به طور کامل توسط یک کمیسیون یا شخص آماده می‌شود، اگرچه این قانون ممکن است توسط مجلس تصویب گردد ولی اعضای پارلمان واقعاً واضع آن نیستند. ممکن است در حال حاضر نسبت به تخصص و جایگاه طراحان قانون اعتماد خاصی وجود داشته باشد، اما در طول زمان به علت از دست رفتن خوش‌نامی نظریات و رویه‌ها، این اعتبار کاهش می‌یابد. در صورتی که نظم سیاسی دچار تحول گردد این کاهش، می‌تواند چشم‌گیرتر باشد.

22. Weiss.

۲۳. توسکانی اولین دولت اروپایی مدرن در جهان بود که در ایتالیا مجازات اعدام و شکنجه را ممنوع کرده بود. با این حال مجازات اعدام در سایر ایالات مورد استفاده قرار می‌گرفت. در سال ۱۹۲۶، بنیتو موسولینی کسانی را که سعی در اقدام علیه شاه، ملکه، نخست‌وزیر و همچنین جاسوسی و شورش مسلحانه داشته‌اند به مجازات اعدام محکوم نمود. قانون روکو (سال ۱۹۳۰، لازم‌الاجرا از ۱ جولای ۱۹۳۱) جنایت‌های بیشتری را به فهرست جرایمی که مجازات آنها اعدام بود، اضافه نمود، و مجازات اعدام برای برخی از جرایم عمومی دوباره به راه افتاد.

۴- کارکرد یک قانون کیفی

یک قانون تقریباً تنها موهبت است، شاید تنها موهبتی باشد که حکومت‌های مطلقه بهتر از حکومت‌های مردمی می‌توانند به ملتشان اعطاء نمایند. این نظریه مک کوالی^{۲۴} به وضوح تنش مطرح‌شده در فصل قبل میان «آزادی‌خواهی» و «استبداد» را در قلب پروژه مدرن قانون‌گذاری نشان می‌دهد. بحث مک کوالی این بود که درست است که مجلس انگلستان توسط جناح‌های مختلف دچار انشقاق شده بود و پارلمان در قانون‌گذاری برای قوه قضائیه احترام بسیار زیادی قائل بود، وضعیت برای هندوستان اینگونه نبود.^{۲۵} در اینجا مک کوالی دورنمایی از یک حکومت مطلقه عقلانی برای انگلستان ترسیم می‌کند که می‌تواند مجموعه قوانین کیفی‌ای برای هندوستان تهیه نماید که مردم هندوستان را از برکات قانون و تمدن بهره‌مند سازد. هند از نظر سیاسی به عنوان منطقه‌ای سفید و دست‌نخورده تلقی می‌شود که اصلاحات نهادی می‌تواند در آنجا مورد آزمایش قرار گیرد. به طور خلاصه، قانون مناسب‌ترین ابزار برای حکومت امپراطوری بود.

چنانچه به تاریخ قانون کیفی هند مک کوالی دقیق‌تر بنگریم، جایگاه قانون در حکومت امپراطوری واضح‌تر خواهد بود. مک کوالی در سال ۱۸۳۲ به عنوان نماینده حقوقی برای والی شورای قانون‌گذاری هند منصوب گردید و در آن جایگاه برنامه‌ای بلندپروازانه برای نوین کردن قوانین و حکومت مستعمراتی هند ابداع نمود. هدف از این پروژه، تدوین قانون کیفی جدیدی بود که او می‌خواست جایگزین آنچه او به عنوان قانونی چهل‌تکه مرکب از قوانین مسلمانان، هندوها و قواعد کمپانی هند شرقی می‌دید، گردد؛ تا یکپارچگی و قاطعیتی در قانون ایجاد نماید که بر اروپایی‌ها و اتباع هندی به نحو یکسان اعمال گردد. این قانون در اصول بنیادین از افکار بنتهام نشأت گرفته بود؛ هدف این بود که قانون شفاف، عقلانی و جامع بوده و بر مبنای اصول سودمندی سازمان‌دهی شده و جایگزین کلیه نظامات حقوقی موجود گردد. این قانون، با توجه به استانداردهای زمان خودش، سندی آزادی‌خواه بود که تساوی بین هندی‌ها و اروپاییان و اقشار مختلف مردم را ارتقاء می‌داد. قانون پیشنهادی وی در پارلمان سال ۱۸۳۷ ارائه شد، ولی پس از حرکت شورشی سال ۱۸۵۷ نهایتاً در سال ۱۸۶۰ به تصویب رسید. درک این نکته که سیستم کهنه حکومت هندی فرو پاشیده و ضرورت رویکرد جدید به کاهش مداخله نظامی بریتانیا و عملی‌تر کردن حکومت بریتانیا در هند، در

24. Macaulay.

۲۵. اشاره به دوره استعمار دارد که قوانین هندوستان در پارلمان بریتانیا به تصویب می‌رسید.

پذیرش قانون مذکور بسیار مؤثر بود. علی‌رغم خصلت آزادی‌خواهانه و سودگرایانه آن، این قانون، به بهانه ویژگی‌های خاص فرهنگ هند، گامی ضروری برای تمرکزگرایی در امپراطوری جدید و ابزاری برای کنترل و مدیریت جرم در این کشور گردید.

این اقتدارگرایی در قلب تئوری قانون‌گذاری بنتهام نیز وجود دارد زیرا در آن آزادی فردی کم‌اهمیت‌تر از منفعت احتمالی بود.^{۲۶} برنامه بنتهام، اشاعه قانون به عنوان کمکی برای حکومتی نافذتر بود. این اندیشه در بیانی شفاف‌تر از بنتهام دیده می‌شود:

روی نقشه قانون به گونه‌ای طراحی می‌شود که در آن هیچ موضوع ناشناخته^{۲۷} و فضای نانوشته‌ای وجود ندارد. هیچ چیز حذف نشده است، هیچ امر غیر قابل پیش‌بینی وجود ندارد. گستره وسیع و نامعین نظام حقوقی در دایره‌ای مشخص و منسجم جمع‌آوری می‌گردد که نگاه هشداردهنده قانون در تمامی لحظات همه جهات قابل تصور را ببیند.

شباهت میان دیدگاه بنتهام در علم قانون‌گذاری و طراحی وی برای زندانی سراسر پیدا، تصادفی نیست. (زندانی دایره‌ای با درب‌های شیشه‌ای و برجی در وسط که همه زندانیان در تمامی لحظات دیده می‌شوند).^{۲۸} قانون‌گذار که در مرکز شبکه‌ای از قواعد اداره‌کننده اجتماعی قرار گرفته است، به صورت سمبلیک ایده معماری او را نشان می‌دهد که به زندانیان خیره شده است و شبکه حقوقی ایجادشده به مثابه نظم و پلیس در جامعه است.

از ویژگی‌های جالب نظریه بنتهام و پیروان او درباره قانون‌گذاری کیفری و اصلاح مجازات این است که آشکارا بخشی را درباره محدودیت‌های قدرت حکومت مطرح نمی‌کنند. در واقع، مسئله محدودیت قدرت سیاسی در دیدگاه بنتهام درباره ویژگی‌های نظام‌مندسازی قانون تماماً از قلم افتاده است. این اندیشه‌ای است که در آن قانون بیشتر وسیله‌ای برای توسعه نفوذ قدرت نهادهای حکومتی است تا وسیله‌ای برای محدودسازی قدرت سیاسی. در نگاه او قانون‌گذاری ابزار اصلی بیان حقوق بر اساس اصول طبیعی و جهانی است که تمام حوزه‌های زندگی اجتماعی را دربر می‌گیرد.

فهرست کامل جرایم نشان از توان کامل قانون دارد، جرم مشکلی اجتماعی است که از طریق گسترش سیاست کیفری حل می‌شود. بنابراین هدف از تغییر مجازات و حقوق کیفری تجدید و گسترش قدرت دولت است نه نوسازی آن.

۲۶. در این زمینه ر.ک: فلنچر، پیشین، ۱۶۳. (مترجم)

۲۷. *Terrae Incognitae*.
 ۲۸. برای اطلاعات بیشتر در این زمینه ر.ک: میشل فوکو، *مراقبت و تنبیه*، ترجمه افشین جهانپنده و نیکو سرخوش (تهران: نشر نی، ۱۳۷۸)، ۳۰۰.

این دو مثال به دنبال نشان دادن ارتباطات بین پروژه‌های خاص قانون‌گذاری و پروژه‌های خاص دولتی (حکومت امپراطوری و تجدیدگرایی قرن ۱۹ انگلستان در زمینه عدالت قضایی) هستند؛ و نشان می‌دهند که قوانین جزایی نمی‌توانند با واژه‌های انتزاعی ارزیابی شوند یا فارغ از چارچوب‌های سیاسی و اجتماعی که در آن تدوین و تصویب شده‌اند، تحلیل شوند. در حالی که این دو مثال بر زمینه‌های امپراطوری و بلندپروازی‌های این پروژه‌ها تأکید خاصی دارند ولی با مقایسه قوانین تحمیل‌شده از سوی امپراطوری و حوزه‌های دارای حکومت‌های خودمختار می‌توان دریافت که بسیاری از قوانین با هدف ایجاد نوعی حکومت سیاسی آزاد بوده‌اند. رایت^{۲۹} به طور خاص، نشان داده است که چگونه پذیرش قوانین جزایی در مستعمرات خودمختار کانادا، نیوزیلند و کوئینزلند، دارای انگیزه دموکراتیک بوده و در پی ایجاد قانونی مؤثرتر در محیط‌های متنوع فرهنگی بوده است. اگرچه آنها نیز امکان ایجاد مداخلات حقوق کیفری وسیع‌تری را فراهم ساختند. آنچه که این مثال‌ها به طور وسیع‌تری بدان اشاره می‌کنند این است که قوانین کیفری می‌توانند نظم سیاسی را با قاعده‌مندی جدید مواجه ساخته و روابط حکومت و مردم را به عنوان مسئله‌ای از حقوق عمومی نظم و ترتیب بخشند. اگرچه، همان‌طور که دابر^{۳۰} نیز اشاره کرده است این نکته مهم است که بدانیم، این مشروعیت ممکن است در طول زمان با تحول در بستر سیاسی و اجتماعی خود، دچار تغییر گردد.^{۳۱} او توانمندانه استدلال می‌کند که اجتماعی که زیربنای MPC^{۳۲} بوده از بین رفته است و لذا مشروعیت آن نیز از بین می‌رود. این نتیجه فاکتورهای مختلفی است: اختلاف‌نظر در میان حقوقدانان و باور به علوم اجتماعی که زیربنای قانون بوده است؛ از بین رفتن اعتماد به دانش تخصصی که مشروعیت‌بخش قانون اولیه بوده است؛ و گسترش وسیع قوانین کیفری که هم راستا با «جنگ علیه جرم» از دهه ۱۹۸۰ به وقوع پیوست. آنچه درباره نظریه انتقادی دابر قابل ملاحظه است، فقط این نیست که اهمیت محوری مشروعیت سیاسی را برای قانون‌گذاری شناسایی می‌کند بلکه طرح این موضوع است که چگونه نظریه قانون‌گذاری ممکن است به شیوه‌های جدیدی با مسائل مربوط به مشروعیت درهم آمیزد.

29. Wright.

30. Dubber.

۳۱. برای اطلاعات بیشتر در این زمینه ر.ک: دورکیم، پیشین، ۱۱۰۵ به بعد؛ منتسکیو، روح‌القوانین، ترجمه علی‌اکبر مهدی (تهران: نشر امیرکبیر، ۱۳۶۲)، جلد نخست، ۶۵ به بعد. (مترجم)

۳۲. قانون مجازات نمونه (Model Penal Code).

بنابراین، او اظهار می‌دارد که وجود دامنه از قوانین کیفری، ایجاد نظریه‌ای از قانون‌گذاری کیفری که بتواند همه قوانین را پوشش دهد، غیرممکن می‌سازد و مجموعه قانون نمی‌تواند عصاره حقوق کیفری باشد. از آنجایی که حقوق کیفری نقش محوری در اعمال قدرت دولت دارد، قانون باید به گونه‌ای وضع شود که اعمال نظارت عمومی را تسهیل نماید. (البته این نظارت نباید فقط توسط قوانین و متخصصین باشد)، بلکه تئوری باید مبنی بر محتوی اصلی مقررات کیفری باشد تا به عنوان دیدگاهی اصلی مبنای ارزیابی مشروعیت درونی و بیرونی قوانین قرار گیرد. این تئوری باید فراتر از هسته مرکزی نظریه لیبرال حقوق کیفری باشد، زیرا نقش تئوری این است که نقش حقوق کیفری را در سیاست عمومی بیان نماید.

نتیجه

کسانی که در پی داشتن مجموعه قوانین هستند باید به صورت سیستماتیک اجرای دقیق عدالت را تضمین نمایند. علت این مسئله این است که این تمرکز به ما اجازه می‌دهد که ابهامات پیرامون قانون‌گذاری را در پرتویی جدید ببینیم: ارزش قانون‌گذاری نمی‌تواند تنها در قالب ارزش‌هایی مانند قابلیت دسترسی، جامعیت یا مانند آن ارزیابی گردد، بلکه لازم است ارتباط آن با دولت سیاسی و قانونی نیز درک شود. این مقاله سه مسئله اصلی را مطرح کرده است. نخست، درک تئوریک جدیدی از مفهوم قانون‌گذاری ارائه می‌دهد و استدلال می‌کند که قانون‌گذاری باید به عنوان عمل تحمیل‌کننده و ایجاد نظم در نظر گرفته شود و این کارکرد توسط متون یا رویه‌های حقوقی متنوع عملیاتی می‌شود. تنها با درک این مطلب می‌توان فهمید که وجه ممیزه قانون‌گذاری مدرن (یعنی تصویب قانون) چیست؛ دوم، این مقاله ویژگی‌های کلیدی مشخصی از فهم مدرن قانون‌گذاری مدون - نظیر نیاز جامعیت، نظام‌مندی، سادگی و اقتدار - را مشخص می‌کند. در هر مورد، نشان دادیم که اینها استانداردهای محض نیستند، بلکه در هر مورد اهداف قانون‌گذاری است که محتوا را مشخص می‌سازد. نهایتاً، این مسئله مطرح شد که قانون‌گذاری نمی‌تواند به عنوان یک عمل حقوقی تکنیکی در نظر گرفته شود، بلکه قانون‌گذاری همیشه با مسائل حکومت (در مفهوم وسیع جایگاه قانون در اداره کردن مناسبات اجتماعی و سیاسی و در مفهوم مضیق آن، نظم درونی حقوق کیفری) مرتبط است. بنابراین در ارزیابی و تحلیل یک مجموعه اقدامات قانون‌گذاری خاص، توجه به این دو نکته حیاتی است. در نهایت، مناسب است که با سخنی از کارل

فردریچ فُن ساوینی^{۳۳} که سخن وی آغازگر این بخش بود، نتیجه‌گیری کنیم. ساوینی به عنوان یکی از مخالفین اصلی و سرسخت قانون‌گذاری مشهور است ولی به برخی از مزایای قانون‌گذاری اشاره می‌کند. از نگاه وی، قانون‌گذاری روشی برای فرار از اجرای خودسرانه، غیرمنسجم و ملال‌آور عدالت در جهان مدرن است. این قوانین توسط انسان اما تحت حاکمیت قواعد، سیستم و نظم شکل می‌گیرد. بدین‌سان، قانون این امکان را برای انسان فراهم می‌سازد که خود را از سیاست‌ها رها سازد اما آنچه بحث این مقاله به ما نشان می‌دهد این است: ضمن اینکه امتیازات قانون‌گذاری به قوت خود باقی است اما منافع قانون‌گذاری همیشه باید در پیوند با پروژه‌های حکومتی به عنوان بخشی از فرایند قانون‌گذاری مورد ارزیابی قرار گیرد.

آنچه گذشت، بحثی راجع به قانون‌گذاری بود که بر تئوری و تاریخ اقدامات قانون‌گذاری تمرکز داشته است. نویسنده در پی آن نبوده است که خلاصه‌ای ملال‌آور از دلایل موافقین و مخالفین قانون‌گذاری ارائه نماید و یا جنبه‌های عملی تهیه پیش‌نویس و یا تهیه قانون کیفی را مورد بحث قرار دهد.



فهرست منابع

- Dubber, Markus Dirk. "Penal Panopticon: The Idea of a Modern Model Penal Code." *Buffalo Crim. LR* 4 (2001): 53-100.
- Farmer, Lindsay. "Reconstructing the English Codification Debate: The Criminal Law Commissioners 1833-45." *Law & Hist Rev* 18 (2000): 397-425.
- Friedland, M.L. "R.S. Wright's Model Criminal Code: A Forgotten Chapter in the History of the Criminal Law." *Ox. Jnl. of Leg. Stud.* 1 (1981): 307-346.
- Kadish, Sanford H. "Codifiers of the Criminal Law." In *Blame and Punishment. Essays on the Criminal Law*, 1987.
- Kolsky, Elizabeth. "Codification and the Rule of Colonial Difference: Criminal Procedure in British India." *Law & Hist. Rev.* 23 (2005): 631-683.
- Leader-Elliott, Ian. "Benthamite Reflections on Codification of the General Principles of Criminal Liability: Towards the Panopticon." *Buffalo Crim. LR* 9 (2006): 391.
- Lieberman, David. *The Province of Legislation Determined. Legal Theory in Eighteenth Century Britain*, 1989.
- Mantena, Karuna. *Alibis of Empire. Henry Maine and the Ends of Liberal Imperialism*, 2010, Ch.3.
- Robinson, Paul H. *Structure and Function in Criminal Law*, 1997.
- Robinson, Paul H., and Markus Dirk Dubber. "The American Model Penal Code: A Brief Overview." *NCLR* 10 (2007): 319.
- Skinner, Stephen. "Tainted Law? The Italian Penal Code, Fascism and Democracy." *Intl. Jnl. of Law in Context* 7 (2011): 435.
- Wechsler, Herbert. "The Challenge of a Model Penal Code." *Harvard LR* 65 (1952): 1097.
- Weiss, Gunther A. "The Enchantment of Codification in the Common Law World." *Yale Jnl. of Intl. Law* 25 (2000): 435-532
- Wells, C. "Codification of the Criminal Law. Part 4 Restatement or Reform?." *Crim LR* (1986): 314-323.
- Wright, Barry. "Criminal Law Codification and Imperial Projects. The Self-Governing Jurisdiction Codes of the 1890s." *Legal History* 12 (2008): 19-49.

Codification

Author:

Dr. Lindsay Farmer

Professor of Law, Glasgow, UK,
Email: Lindsay.Farmer@glasgow.ac.uk

Translators:

Dr. Abdolreza Javan Jafari

Associate Professor, Department of Law, Ferdowsi University of Mashhad, Iran
Email: javan-j@um.ac.ir

&

Sara Mirbazel

Master Student of Criminal Law and Criminology, Ferdowsi University of mashhad, Iran,
Email: ss_mirbazel@yahoo.com

&

Bahman Khodadadee

Master of Criminal Law and Criminology, Allameh Tabataba'i University of Tehran, Iran,
Email: bahmankhodadadee@yahoo.com

The question of codification is a topic that is almost as old as the law itself. Early collections of laws are routinely referred to as codes, even though there is usually little reflection on quite what it is that constitutes a ‘code’ or what codification might mean in this context. In the modern law, codification has tended to be thought of in terms of grand modernizing projects that aim to replace older laws with new, universal and complete statements of law. The academic literature on codification has accordingly been dominated by debates for and against codification. The reformers argue that codes are modern, clear, accessible and consistent, while defenders argue that existing laws are consistent with the culture of the community they regulate and are flexible and adaptable to change.

In this paper my aim is to go beyond this debate which, in my view, has become somewhat sterile. I try instead to address two principal questions. The first is to ask what exactly it means to codify the law. The, perhaps slightly surprising, conclusion that I draw here is that all law is necessarily ‘codified’ in the precise sense that laws or rules are necessarily generalizations about conduct and how it should be regulated, and that this very process or abstraction or generalization then creates constraints for the practice of law or dispute settlement: as rules are written down they must be followed, and similar cases decided in the same way. In this way the practice of codification

regulates legal practice as well as social life. And as rules become more complex they may be written down in different way - law books or legislation. This then leads to the second question, which is to examine the more limited understanding that we have of codification in modern legal systems. Here I argue that codification is linked to practices of state-building and the practices of legitimacy that are associated with it in modern society. In this way I thus hope to offer new understanding of a concept and a practice that is central to the modern law.

Finally I would like to record my gratitude to **Bahman Khodadadee** and **Sara Mirbazeel** for their works in producing this translation, and to **Dr. Abdolreza Javan Jafari** for assisting with and overseeing this process.

Lindsay Farmer
Glasgow
22nd April 2014

Keywords: Legislation, Legal Systems, Common Law, Legal Rules and Regulations.



Journal of **LEGAL RESEARCH**

VOL. XVII, No. 1

2018-1

- **Comparing between Issuing of Notarize Acts and Secure Electronic Documents in Legal Systems of Some Countries**
Dr. Abbas karimi - Amir Sepahi
- **The Investigation of Intelligent Agent's Legal Nature in the Field of Electronic Contracts**
Dr. Seyyed Elham-aldin Sharifi - Golnaz Beyrami
- **Compensation from Innocent Arrested Accused**
Dr. Rajab Goldoust Jouybari - Mehran Ibrahimi Manesh
- **Corruption's Effect on the Realization of Human Rights**
Hossein Sepah-sara
- **The Political Judgment or Judgment Policy? Analyzing the Impact of Non-Legal Factors to Decisions of the International Court of Justice**
Yaser Salarian - Mahdi Khalili Torghabe
- **Case Studies of Probable Contracts in the Legal System of Iran**
Dr. Habibollah Rahimi - Khosro MahmoudZadeh
- **Legal Conformity of Goods with the Contract under United Nations Convention on the International Sale of Goods (CISG)**
Dr. Ehsan Lotfi
- **Illegal Migrant's Human Rights: Challenges Ahead**
Maryam Mahdavi
- **Assessment of Concept, Place, and Scope of Inclusion of Rate of Services from Aspects of Awards of Full Bench of High Court of Administrative Justice**
Dr. Amir Iravanian
- **Legal Aspects of China's Dispute and it Neighbors over Spratly Island**
Nasim Zargarinejad
- **Codification**
Author: Dr. Lindsay Farmer
Translators: Dr. Abdolreza Javan Jafari & Sara Mirbazel & Bahman Khodadadee



S. D. I. L.

The S.D. Institute of Law
Research & Study