

The Permissibility of Punishment due to Right Forfeiture

**Seyyed Bahman
Khodadadi***

Postdoctoral Fellow, Westfälische Wilhelms
University of Münster, Münster, Germany

Abstract


The point of departure in the present article is distinguishing two fundamental philosophical-legal questions as follow: ‘Why are we allowed to punish’ and ‘Why do we punish’. Since the focus of traditional approaches has been mainly put on the latter question, jurists have failed to pay scant attention to the former one. Addressing the first question leads us to reflect on ‘the permissibility of applying coercive measure against human beings, not the goal pursued through such application’. This leads us further on to reflect on the four strictly deontological theories of punishment, the last of which (the right forfeiture theory of punishment) is discussed here. The right forfeiture theory of punishment which itself can be discussed in the light of two weak and strong versions has faced various challenges raised by its critics. I, defensively, address four challenges of ‘indeterminate authorization’, ‘status’, ‘suitability’, and ‘duration and breadth’ by an argumentative-critical method.

Keywords: Permissibility of punishment, Right forfeiture, Violation of right, Not being punished.

* Corresponding Author: Bahmankhodadadee@yahoo.com

جواز اعمال کیفر به موجب از دست‌دهی حق بر مجازات نشدن

پژوهشگر پسادکتری حقوق دانشکده حقوق دانشگاه وستفالیس ویلهلم،
مونستر، آلمان

*  سید بهمن خدادادی

چکیده

نقطه عزیمت بحث من در این مقاله با تمیز دو پرسش بنیادین فلسفی-حقوقی آغاز می‌گردد: «چرا اساساً مجاز به اعمال مجازات هستیم» و «چرا مجازات می‌کنیم». از آنجا که تمرکز رویکردهای سنتی به مقوله مجازات بیشتر معطوف به پرسش دوم بوده، شوربختانه حقوقدانان وقع چندان بایسته‌ای به پرسش نخست ننهادند. پاسخ به پرسش نخست، ما را به تأمل در باب «رواشماری اعمال قهر بر انسان، و نه هدف از آن» وا می‌دارد؛ این واداشتی لاجرم به تعمق در نظریه‌های چهارگانه بایشناختی مطلق مجازات می‌انجامد که چهارمین آنان (نظریه از دست‌دهی حق بر مجازات نشدن) موضوع مقاله پیش روی است. در این مقاله، پس از درنگی بر نظریه‌های چهارگانه بایشناختی مطلق مجازات و تبیین نظریه از دست‌دهی حق بر مجازات نشدن (در پرتو دو خوانش ضعیف و قوی آن)، با روش استدلالی-انتقادی به دفاع از این نظریه در برابر انتقاداتی که از سوی نظریه پردازان حقوق جنایی بدین نظریه وارد شده می‌پردازم. مقاله حاضر، از میان انتقادات وارده، به چهار چالش «اختیار قانونی نامعین»، «منزلت انسانی»، «مناسبت»، و «تداوم و گستره» می‌پردازد.

کلیدواژه‌ها: رواشماری مجازات، از دست‌دهی حق، نقض حق، مجازات نشدن.

مقدمه

بی‌تردید قانون جنایی^۱ نیز همچون سایر نظام/نهادهای هنجارمند، برای تنظیم رفتارهای اجتماعی با طیف گوناگونی از قیود درون‌ساختاری و برون‌ساختاری مواجه است. برای مثال، عدم مغایرت با قانون اساسی، عدم نقض حقوق بنیادین و به رسمیت شناخته شده شهروندان، و ضرورت وضوح و سهولت فهم برای توده‌ها از جمله قیود اساسی شش‌گانه‌ای هستند که دورکین در آغاز مقاله معروف خود (حدود حقوق جنایی) می‌آورد (دورکین، ۳: ۲۰۱۱).^۲ برخی از این قیود، نظیر بی‌طرفی دولت،^۳ که اصول حاکم بر نظام هنجارمند حکومتی نیز خوانده می‌شوند، گاهی به عنوان فرااصل^۴ نیز تعبیر می‌شوند.^۵ دست‌کم، در مغرب زمین، این

۱. مناقشه بر سر معادل‌سازی برای عنوان Criminal law و طبعاً بکارگیری دقیق و صحیح آن در ادبیات حقوقی فارسی امری بسیار پسندیده و حتی ضروری است. هر آینه، به تعبیر هگلی، هیچ سنتزی بی‌وجود تز و آنتی‌تز به بار نخواهد نشست. با این حال، زمانی چنین مناقشه‌ای حاصل خواهد داشت که نه تنها جوانب فلسفی و حقوقی امر بلکه جوانب زبان‌شناختی را نیز مد نظر قرار دهد. به ویژه موضوعاتی مانند خوش‌نشینی در زبان مقصد و یا توانایی متبادر ساختن مفهوم قصدشده در زبان مبدا به ذهن فارسی زبان، حتی عامه و نه صرفاً اصحاب فن، نیز باید مطمح نظر مترجم قرار گیرد. در این پی‌نوشت، مجال بسط و حتی اشاره‌ای مختصر به فلسفه‌ورزی‌های آنتونی داف در تأکید بر استقلال جرم و مجازات و یا بررسی بکارگیری این عنوان در سایر زبان‌ها (نظیر زبان آلمانی که در آن از عنوان Strafrecht استفاده می‌شود، در حالی که مصدر strafen به معنای مجازات و تنبیه کردن است) وجود ندارد. در این زمینه، می‌توان به صفحات ۱۳ تا ۱۶ کتاب قلمروی حقوق جنایی داف (The Realm of Criminal Law) مراجعه نمود. اما خلاصه کلام آنکه در میان استدلال‌هایی که در مناقشه بر سر معادل‌سازی برای عنوان Criminal Law مطرح شده است، استدلالی را معقول و دقیق می‌دانم که استفاده از معادل «حقوق/قانون جنایی» را تجویز و یا دست‌کم توصیه می‌نماید. با این حال، یک تذکر را روا می‌دانم و آن اینکه نباید این استدلال به دگماتیسم خاصه در ترجمه بینجامد؛ چنانچه در بافت خاصی، به طور معین به بُعد و وصف تنبیهی حقوق، قانون و یا نظریه‌ای اشاره داریم، به نظر می‌رسد که جواز استفاده از اوصاف «کیفری و جزایی» را داشته باشیم. مقاله پیش روی نیز بر اساس همین منطق نگاشته شده است.

۲. ن.ک.:

Joseph Raz (1977), "The Rule of Law and Its Virtue", *Law Quarterly Review*, 93 (2), pp. 195–211, esp. 198–202; Ian Mcleod (1999), *Legal Theory*, MacMillan Press, esp. pp. 198–202; and Lon L. Fuller (1978), *The Morality of Law*, New Haven Press.

3. State neutrality.

4. Meta-principle.

۵. ن.ک.:

Steven Wall (2010), "Neutrality for Perfectionists: The Case of Restricted State Neutrality", *Ethics*, 120 (2), pp. 232–256.

(فرا) اصول برآمد پاسخ‌هایی هستند که متفکران به پرسش‌های بنیادین فلسفه سیاسی و اخلاقی داده و سپس در باب آن به اجماع و گاه توافقاتی نسبی رسیده‌اند. با این حال، گفتنی است که برخی از متخصصان تاریخ حقوق، ضمن صحه‌ای که بر نقش تأملات فلسفی نهاده‌اند، بی‌اعتنایی نسبت به نقش اسکولاستیسیسم در سمت و سو دهی بدین اجماعات را بی‌انصافی دانسته‌اند (خدادادی، ۱۳۹۷: ۱۹۷-۱۹۹). اگرچه این اجماعات ضرورتاً به معنای جهان شمول بودن مطلق‌شان در ساحت نظر نیستند، دست کم آنچه مسلم می‌نماید مسیر نیل بدین اجماعات است: اصول حاکم بر نظام هنجارمند حکومتی از دل دیالوگ (گفت‌وگو)هایی از سنخ فلسفه سیاسی و فلسفه اخلاق بیرون آمده‌اند.^۱

طیف‌های گسترده‌ای از پرسش و پاسخ‌هایی که تا کنون در بحر تقریرات فلسفی-اخلاقی مطرح گردیده‌اند حول مقوله مجازات می‌گردند؛ در این میان، پرسش‌های بسزایی از جمله موارد زیر در باب اخلاقیّت (اخلاقی بودن) مجازات از سوی اصحاب فلسفه حقوق مطرح گردیده است: اینکه چرا در پی مجازات فرد خاطی^۲ هستیم؟ چه کسی را می‌توانیم مجازات کنیم؟ چرا مجاز به مجازات کردن هستیم؟ چه میزان مجاز به مجازات کردن هستیم؟ و در نهایت اینکه چه کسی از حق/صلاحیت اعمال مجازات برخوردار است؟ در این میان، این پرسش مبنایی که «اساساً چرا مجاز به مجازات کردن هستیم؟» توجه معتاب‌هی را از سوی اندیشه‌ورانی که در حوزه پاسخ بدین سنخ سؤالات قلم فرسایی می‌نمایند به خود جلب کرده است.

نکته بسیار ظریفی که ذکر آن بایسته می‌نماید این است که رویکردهای سنتی به مجازات بیشتر در پی پاسخ به این پرسش هستند که «چرا مجازات می‌کنیم»، نه این پرسش که «چرا مجاز به اعمال مجازات هستیم». از آنجایی که از یک سو، مجازات به طور عمد در عمل موجب تحمیل مشقت و محنت بر خاطیان می‌گردد، و از سوی دیگر انسان‌ها به جهت کرامتی که دارند نوعاً از حق مصون ماندن از رنج برخوردارند، طبیعی است که جواز اعمال چنین

۱. ن.ک. به مقدمه:

John Kelly (1994), *A Short History of Western Legal Theory*, Oxford University Press.
2. Wrongdoer.

جواز اعمال کیفر به موجب از دست‌دهی حق بر مجازات نشدن | خدادادی ۱۳ |

رنجی به مقوله حق مرتبط باشد.^۱ اما نگاه از این زاویه به موضوع مجازات از گستره دید اکثریت نظریه پردازان مجازات مغفول مانده است؛ دلیل این امر نیز ناشی از تمرکز است که آنان بیشتر به موضوع هدف مجازات (چرا مجازات می‌کنیم) معطوف داشته‌اند تا رواشماری مجازات (چرا مجاز به اعمال مجازات هستیم).

نظریه پردازان در پاسخ به موضوع چرایی توسل به قهر (کیفر)، بسته به تعلقات فکری-مکتبی خود، نظریه‌های متنوع و ناهمسویی را عرضه داشته‌اند: به اعتقاد فایده‌باوران،^۲ هدف از بکارگیری مجازات تأمین و ایجاد پیامدهای بهتر اغلب از طریق ارباب پیشگیری‌کننده از جرم است؛ مدافعان آموزش اخلاقی^۳ هدف را اخلاق‌مند و تربیت نمودن خاطیان و به طور کلی جامعه قلمداد می‌نمایند؛ بازگو-انگاران^۴ بر این باورند که هدف اصلی را در واقع باید در خدمت تأمین منافع جامعه ارزیابی نمود، بدین معنا که مجازات را باید به مثابه فرصتی برای جامعه در جهت تقبیح رسا و موکد نسبت به خاطیان به شمار آورد؛ مدافعان نظریه جبرانی^۵ هدف را در گرو ترمیم و بازگرداندن بزهدیده به وضع اولیه خود می‌دانند؛ طرفداران نظریه سوپاپ ایمنی جامعه‌گانی^۶ بر آن هستند که هدف باید تأمین‌کننده منفذی مؤثر در جهت تخلیه احساسات نظام گسل/قاعده‌شکن (به لحاظ اجتماعی) به شکلی صلح‌آمیز باشد؛ و در نهایت سزاگرایان^۷ هدف از بکارگیری مجازات را ادای احترام و خدمت به عدالت از طریق تعدیل متناسب فرد خاطی می‌دانند.

جملگی نظریه‌های فوق‌الذکر با طرح «هدف از مجازات» در پی توضیح و تبیین چرایی نیاز جامعه به نظام مجازات ساختارمند و کارآمد هستند. این بدین معنا است که هیچ کدام از

۱. ن.ک.:

Joel Feinberg (1970), *The Expressive Function of Punishment*, reprinted in Joel Feinberg, *Doing and Deserving*, Princeton, NJ: Princeton University Press, pp. 95–118.

2. Utilitarianism.
3. Moral education.
4. Expressivist.
5. Restitutive theory.
6. Societal safety-valve.
7. Retributivism.

این نظریه‌ها اساساً واقعی بر مقوله رواشماری بکارگیری (جواز اعمال) این نهاد نمی‌نهند. به عبارتی، هیچ توضیحی مبنی بر چرایی جواز توسل به قهر نسبت به شهروندان/دشمنان ارائه نمی‌دهند و صرفاً به تشریح مقصود و غرض از اعمال مجازات می‌پردازند. به نظر می‌رسد چنانچه قرار باشد مقوله «رواشماری مجازات»^۲ مطمح نظر قرار گیرد، تکفل این امر با نظریه‌های بایشناختی مطلق مجازات^۳ است، که شوربختانه بسیاری از حقوقدانان این نظریه‌ها را با نظریه‌های سزاگرا خلط می‌نمایند. لذا برای فراهم‌سازی بستر بحث، در گفتار نخست مروری گذرا بر ادبیات نظریه‌های چهارگانه بایشناختی مطلق مجازات خواهم داشت. از این رهگذر، پس از اشاره به سه نسخه مهم و معاصر از این نظریه‌ها و تشریح وضعیت حق‌بنیاد، احقاق حقوق بیانگر (آنه) و خطای عمومی و ابراز رسمی عذرخواهی، با طرح نسخه چهارم که موضوع مقاله حاضر است به بحث اصلی (نظریه «از دست‌دهی حق بر مجازات نشدن»^۴) ورود می‌نمایم. سپس، در مقام ایضاح این نظریه برآمده و در نهایت در گفتار دوم، پس از توضیح خوانش ضعیف و قوی نظریه، به بررسی تدافعی انتقاداتی وارده به آن خواهم پرداخت. با این حال، با توجه به مجال اندک سخن، از طرح تمام انتقادات صرف نظر کرده و صرفاً تمرکز را بر چهار مورد از آنها اعم از الف) اختیار قانونی نامعین، ب) منزلت اخلاقی، پ) مناسبت و ت) تداوم و گستره، معطوف خواهم ساخت.

۱. برای بحث در باب دو مفهوم حقوق جنایی برای «شهروندان» و «دشمنان»، ن.ک.:

Jakobs, Günther (1985), "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 97 (4), pp. 751-785.

2. Permissibility of punishment.

3. Strictly deontological theories of punishment.

نظریه‌های بایشناختی مطلق مجازات شامل نظریه‌هایی می‌شوند که یکم به ایضاح اینکه چه زمانی عقاب فرد خاطی جایز است پرداخته، و دوم تجویز عقاب را به طور جزئی سترده از ملاحظات پیرامون مزایا و هزینه‌های اعمال کیفر می‌دانند. گفتنی است که دو واژه «مزایا» و «هزینه‌ها» به طور نوعی شامل خدمات رفاهی، منابع اجتماعی و بهزیستی و غیره می‌گردند.

4. The right forfeiture theory of punishment.

در ترجمه عنوان این نظریه، می‌توان به عنوان «نظریه فروگذاری حق بر مجازات نشدن» نیز اندیشید؛ با اندکی مسامحه، حتی شاید بتوان عنوان «انصراف از حق بر مجازات شدن» را نیز در نظر آورد. با این حال، به دلایل زبان‌شناختی از گزینش دو مورد اخیر صرف نظر کرده و صرفاً در حد پیشنهاد مطرح‌شان نمودم.

۱. مبانی و چارچوب نظری بایشناختگی مطلق مجازات

گفتار پیش روی متمرکز بر دو بخش عمده و پنج مبحث بنیادین در خصوص نظریه‌های چهارگانه بایشناختگی مطلق است. در سه مبحث نخست، مرتباً به وضعیّت حق بنیاد، احقاق حقوق بیانگر(انه) و خطای عمومی و ابراز رسمی عذرخواهی پرداخته و سپس به مبحث از دست‌دهی حق بر مجازات نشدن ورود می‌نمایم. در این راستا، پس از تشریح مفهوم نظریّه از دست‌دهی حق مجازات و اشاره‌ای به چالش‌های پیش روی آن در سطح جرم‌انگاری، بایشناختگی آن را در پرتو خوانش ضعیف و قوی تحلیل می‌کنیم.

۱-۱. درنگی بر ادبیات نظریه‌های چهارگانه بایشناختگی مطلق مجازات

الف- وضعیّت حق بنیاد. در میان مدافعان نسخه کانتی نظریه‌های بایشناختگی مطلق مجازات، آرثر رپستین را می‌توان یکی از چهره‌های شاخص به شمار آورد؛ به باور وی، چنانچه حق بر مجازات کردن را امری ذاتی در ایده «وضعیت حق بنیاد»^۱ به شمار نیاوریم، هر پیامد و منفعت حاصل از تحمیل مجازات را می‌توان وجه تجویز مجازات قرارداد (رپستین، ۲۰۰۹: ۳۰۱). از مفهوم مخالف سخن وی چنین استنباط می‌شود که مادامی که حق بر مجازات کردن به عنوان امری ذاتی در ایده وضعیت حق بنیاد تلقی گردد، توجیه مجازات به عواقب ناشی از مجازات وابسته نخواهد بود. ادعای رپستین در واقع معطوف بر این امر است که حق بر مجازات کردن، که امری ذاتی در «وضعیت حق بنیاد» کانتی است، برای توجیه مجازات هم ضروری و هم کافی است؛ از این جهت نتایج حاصل از مجازات را باید کاملاً بی‌اهمیت و خرد تلقی نمود. در نگاه وی، حقوق عمومی نظامی از آزادی‌های برابر را تأسیس می‌کند که در آن هیچ فردی در معرض انتخاب (تعرض) فرد دیگری نیست (رپستین، ۲۰۰۹: ۳۰۶) و بکارگیری مجازات در واقع برای «سد کردن آزادی»های ناقض حقوق دیگری (عمل

1. Rechtliche Zustand/ Rightful condition.

به اعتقاد کانت، وضعیّت حق بنیاد یا وضعیّت حق (یعنی وضعیّتی که در آن، خلاف وضع طبیعی یا وضعیّت طبیعت بنیاد، اصول حق حاکم هستند) باید وضعیّتی باشد که سه اصل زیر بر آن حکم فرما است: ۱. آزادی اعضای جامعه به عنوان انسان؛ ۲. برابری افراد با هم به عنوان تبعه؛ ۳. استقلال اعضای اجتماع سیاسی (کشور) به عنوان شهروند.

مجرمانه) ضرورت می‌یابد (رپستین، ۲۰۰۹: ۵۵). در نتیجه، حاکم، در راستای صیانت از حق عمومی، موظف به مجازات خاطیان می‌شود. استنکاف از این تکلیف به منزله تعدی به «وضعیت حق‌بنیاد» است و از این حیث خطا در بالاترین سطح خود قرار می‌گیرد، خطایی که حتی یک مورد آن به مثابه پایمال کردن بنیاد خود قانون است (رپستین، ۲۰۰۹: ۱-۳۲۰). باری، جان کلام رپستین را این گونه می‌توان گفت: توجیه اعمال مجازات، که وی از آن با «حق بر مجازات کردن» یاد می‌کند، امری درون‌زا در همان ایده وضعیت حق‌بنیاد کانتی است، بدین معنا که چنین وضعیتی که در واقع رواشماری مجازات را مشروعیت و وجاهت می‌بخشد.

ب- احقاق حقوق بیانگر(انه). نسخه دوم از نظریه‌های بایشناختی مطلق مجازات را می‌توان در اندیشه‌ی ال‌ن برون‌در جست. اگرچه نظریه‌ی هگلی برون‌در از کانتیسم رپستین زاویه می‌گیرد، نظریه‌ی وی را همچنان باید در شمار نظریه‌های بایشناختی مطلق به شمار آورد. نه تنها برون‌در به صراحت توجیه مجازات در راستای نیل به اهداف اجتماعی مطلوب را انکار می‌نماید، بلکه از پذیرش نظریه‌ی مرگب‌هارتی^۱ نیز صرف نظر می‌کند (برون‌در، ۲۰۰۹: ۳۸). بدین جهت است که از نگاه برون‌در کسب پیامدهای مطلوب اجتماعی نمی‌تواند به عنوان دلیل متقنی برای تجویز مجازات مورد تأیید قرار گیرد. به اعتقاد وی، فرد خاطی با انکار عامدانه حق دیگری (از طریق ارتکاب جرم)، به طور ضمنی حق خویش را نیز انکار کرده و خود را در برابر آماج مجازات قرار می‌دهد. در نتیجه آنگاه که حکومت به نقض حق فرد خاطی از طریق اعمال مجازات مبادرت می‌ورزد، فرد خاطی هیچ حقی برای اعتراض در خصوص این نقض حق نخواهد داشت (برون‌در، ۲۰۰۹: ۴۱-۳۷). آنچه از این استدلال استنباط می‌گردد این است که اعمال مجازات در این نظریه در اصل به عنوان یک «نقض حق»^۲ قلمداد شده و مجازات نیز از آن روی توجیه می‌شود که «آنچه را که فرد خاطی نفی

1. Hartian-style mixed theory.

بر اساس این نظریه، پیامدهای سودمند اجتماعی عاید از مجازات را می‌توان دلیل مؤیدی برای توجیه مجازات به شمار آورد.

2. Violation of right.

جواز اعمال کیفر به موجب از دست‌دهی حق بر مجازات نشدن | خدادادی ۱۷ |

کرده است نفی می‌کند» بی‌آنکه گوشه‌چشمی به ارتقای خیر همگانی ناشی از این «نفی» داشته باشد. از این روی، بر اساس نظریه بایشناختی مطلق برون‌در، مجازات روا و در واقع امری ضروری است، مشروط بر اینکه به جای مطمح نظر قرار گرفتن ارتقای رفاه عمومی، صرفاً توجه به «احقاق حقوق بیانگر(انه)»^۱ معطوف گردد.

پ- خطای عمومی و ابراز رسمی عذرخواهی. سومین نسخه از نظریه‌های بایشناختی مطلق مجازات را می‌توان در قلم‌فرسایی‌های آنتونی داف خصوصاً در مقاله معروف او «بازیابی سزاگرایی» یافت.^۲ به اعتقاد داف، آنچه که به مجازات معنا بخشیده و هسته مرکزی توجیه هنجارمند آن را قوام می‌بخشد رابطه آن با خطایی است که در گذشته ارتکاب یافته، نه با هیچ یک از منافعی که اعمال کیفر می‌تواند به بار آورد. این امر همان چیزی است که به باور داف «تفکر اساسی سزاگرایی» را تشکیل می‌دهد (داف، ۲۰۱۱: ۳). وی با اتخاذ رویکردی ناپیامدگرایانه، بر این باور است که رواشماری سرزنش و مواخذة خاطیان جامعه، نه به جهت پیشبرد اهداف حاکمیت، که به خاطر ادای احترام به شهروندان است. این ادای احترام در واقع همان پاسخی رسمی است که به خطای عمومی^۳ داده می‌شود. بر این اساس، عدم تعقیب خاطیان به منزله بدعهدی (خیانت) و بی‌تفاوتی نسبت به بزه‌دیدگان و حتی نسبت به خود مرتکب است (داف، ۲۰۱۸: ۹-۱۰). مجازات در واقع کانالی است که از طریق آن جامعه مدنی و خاطی فرصت بروز دغدغه‌مندی‌شان نسبت به تألمات بزه‌دیده را می‌یابند و طبعاً بروز این دغدغه‌مندی (دچاری و ابتلاء)، «ابراز رسمی

1. Expressive vindication of rights.

در زمینه تئوری‌های بیانگرانه حقوق بنگرید به:

Matthew D. Adler (2000), "Expressive Theories of Law: A Skeptical Overview", *University of Pennsylvania Law Review*, 148 (5), pp. 1363–1501.

۲. با این حال، گفتنی است که مارثا نوسباوم در اینکه بتوان نظریه داف را ذیل نظریه‌های سخت‌گیرانه بایشناختی جای داد تشکیک کرده است. بنگرید به:

Martha Nussbaum (2016), *Anger and Forgiveness*, Oxford University Press, pp. 188–89.

3. Public wrong.

عذرخواهی^۱ را اقتضاء می‌نماید. ابراز احترام به عاملیت/ فاعلیت فرد خاطی، توجیه‌ساز شمار گرفتن^۲ وی از طریق مجازات است و چنین دلیل و جوازی برای اعمال مجازات، ما را به طور جزمی از اندیشناک بودن در خصوص هزینه‌های اجتماعی ناشی از بکارگیری آن می‌رهاند.^۳

۲-۱. از دست‌دهی حق بر مجازات نشدن: مفهوم و خوانش‌های آن

مفهوم. چهارمین نسخه از نظریه‌های بایشناختی مطلق مجازات و موضوع اصلی مورد بحث مقاله نسخه‌ای است که می‌توان از دل تأملات کریستوفر ولمن در باب نظریه از دست‌دهی حق بر مجازات نشدن استخراج نمود؛ این نظریه از این پس به اختصار، «از دست‌دهی» و مدافعان آن، «از دست‌دهی‌گرایان» خوانده خواهند شد. بر اساس این نظریه، از آنجایی که اساساً انسان از حق در امان ماندن از مجازات برخوردار است، تنها زمانی مجاز به تحمیل مجازات بر فرد خاطی هستیم - سواى اینکه چه عوایدی از مجازات تحصیل نمایم - که وی حقیقتاً در مقابل مجازات (حق بر مجازات نشدنش) را تسلیم نماید/فروگذارد.^۴

پیش از ادامه بحث، باید به سه نکته به اختصار اشاره نمایم: نخست اینکه برخی منتقدان نظریه از دست‌دهی را در قیاس با نظریه‌های سه‌گانه بایشناختی مطلق رپستین، بروندر و داف، تا حدی پایبند‌گریز و نامتعهد^۵ (در واقع نه چندان مطلق) به شمار می‌آورند. دلیل این امر این است که نظریه از دست‌دهی خود به دو خوانش قوی و ضعیف تقسیم می‌شود که نسخه اخیر، چنانکه خواهیم دید، به نوعی از بایشناختگی مطلق نظریه می‌کاهد. دیگر آنکه سه نظریه مذکور، خلاف نظریه از دست‌دهی، از حیث ماهیت نه تنها از نوع بایشناختی مطلق،

1. Formal expression of apology.

۲. فعل «شمار (کسی را) گرفتن» از افعال ناب و کهن زبان فارسی است که در واقع معادل فعل «مواخذه کردن» است.

۳. گفتنی است که داف در خصوص حق بر مجازات/تعقیب شدن میان حق مشروط بر مجازات/تعقیب شدن و حق

جزمی بر مجازات/تعقیب شدن نیز قائل به تفکیک است؛ ن.ک.:

Anthony Duff (2018), *The Realm of Criminal Law*, Oxford University Press, pp. 210–11.

۴. ن.ک.:

Christopher Wellman (2017), *Rights Forfeiture and Punishment*, Oxford University Press, ch. 2.

5. Noncommittal.

که سزاگرا نیز هستند؛ در واقع، این سه نظریه فارغ از اینکه، «از دست‌دهی حق» مبنای تجویز مجازات است، تأکیدشان بر وجود یک ضرورت سزاگرایانه مثبت برای اعمال مجازات است (شیائو، ۲۰۱۹: ۱۱۸). این ضرورت به ترتیبی که رفت عبارت است از پاسداشت وضعیّت حق‌بنیاد، نفی صریح نفی حق و ادای احترام نسبت به کسانی که حق‌شان به نادرست نقض گردیده است. اما نکته سوم متوجه سه چالشی است که این نظریه در سطح جرم‌انگاری و نه رواشماری کیفر با آنها رو به رو است. از آنجا که من در این مقاله در مقام دفاع از سطح رواشماری کیفر و نه جرم‌انگاری این نظریه هستم، از رویارویی با این سه چالش صرف نظر کرده و صرفاً جهت آشنایی مخاطب، به طرح آن بسنده می‌نمایم. بر اساس نظریه از دست‌دهی حق بر مجازات نشدن در سطح جرم‌انگاری، ما دلیل خوبی برای جرم‌انگاری تمام و تنها آن دسته از رفتارهایی را داریم که ناقض حق باشند.^۱

نخستین چالشی که این نظریه جرم‌انگاری - که داف از آن به عنوان ابراصل جرم‌انگاری یاد می‌کند^۲ - با آن رو به رو است اینکه ما پیش از هر چیز باید این را که اساساً مردم دارای چه حقوقی هستند (که نقض آن، جرم‌انگاری نقض را توجیه می‌کند) روشن نماییم؛ از این روی، نگرانی اساسی‌ای که در این زمینه وجود دارد این است که نه تنها باید بتوانیم چارچوبی از این حقوق را به طور دقیق ترسیم نماییم، بلکه باید بتوانیم رابطه میان خطای جرم‌انگاری شده (و یا در شرف جرم‌انگاری شدن) و نقض این حقوق را نیز توجیه نماییم. به زبانی ساده‌تر، باید از عهده توجیه برقراری ارتباط کافی و ضروری میان وجود حق الف و نقض آن توسط رفتار ب برآیم. چالش دوم اما متوجه فعلی است که آماج جرم‌انگاری قرار می‌گیرد: آیا جرم‌انگاری رفتار ناقض حق صرفاً معطوف به رفتاری است که ناقض حق است و یا اینکه رفتارهای تسهیل‌کننده آن و تشویق‌کننده فرد ناقض حق را نیز شامل می‌شود؟ و در نهایت چالش سوم اینکه حتی چنانچه بر توجیه جرم‌انگاری خطاهای ذاتاً شریانه^۳ و ناقض

۱. ن.ک.:

Christopher Wellman (2017), *Rights Forfeiture and Punishment*, Oxford University Press, ch. 4, 7.

2. Master principle of criminalization.

3. Malum in se.

حقوق نیز فائق آییم، توجیه جرم‌انگاری رفتارهایی که ذاتاً شریرانه نیستند^۱ دشوار خواهد بود.

ضرورت و کفایت: بایشناختگی نظریه از دست‌دهی در پرتو خوانش ضعیف و قوی. همانطور که اشاره شد، نظریه از دست‌دهی نه در مقام تبیین هدف از اعمال مجازات، بلکه در مقام رواشماری مجازات بر می‌آید. اما برای ایجاد ارتباطی منطقی میان رواشماری مجازات و نظریه از دست‌دهی، ابتدا نیازمند چینش پیش‌گذارده‌هایی منطقی^۲ هستیم: الف) اصولاً و اساساً انسان حق بر محفوظ ماندن از مجازات را دارد؛ ب) مجازات موجد مشقت و رنج است؛ پ) برآمد آنکه رواشماری تحمیل قهر بر انسان مستقیماً با مسئله حق در ارتباط است. پس، برای فهم و تبیین رواشماری مجازات باید کاملاً بر روی مقوله حق متمرکز شد. به عبارتی دیگر، تنها یک تحلیل حق‌محور است که می‌تواند از عهده چنین امری برآید، چراکه نوع توجیهی که ما برای اعمال مجازات در پی‌اش هستیم باید متضمن صیانت از حق^۳ موجه فرد در مقابل مجازات باشد. بنابراین، از آنجا که تجویز مجازات به نقض حقوق فرد اعم از روانی، جسمی و مالی می‌انجامد، رواشماری مجازات وابسته بدین است که آیا چنین قهری با نقض این حقوق بنیادین سازگار است یا خیر.

پیش از بسط بحث، ذکر مطلبی مهم در باب مقوله حق و از دست‌دهی آن بایسته می‌نماید: ابتدا به ساکن، ما باید مقوله شهروندی را نه به عنوان یک امتیاز بلکه به منزله یک حق به شمار آوریم؛ با این حال، در اینکه بسیاری از حق‌ها قابل از دست‌دهی (سلب‌پذیر) هستند نیز تردیدی نیست. پس درست از همین رو است که استدلال حقوق‌دانان مدافع نظریه از دست‌دهی در توضیح و توجیه مجازات مبتنی بر این گزاره است که شهروند خاطی با ارتکاب خطا برخی از حقوق مدنی^۴ خود را از دست می‌دهد. هر پاسخ قاطعی به این سؤال

1. Mala prohibita.
2. Logical premises.
3. Civic rights.

۴. ن.ک.:

Alan H. Goldman (1982), "Toward a New Theory of Punishment", *Law and Philosophy*, 1 (1), pp. 57–76; and Christopher W. Morris (1991), "Punishment and Loss of Moral Standing", *Canadian Journal of Philosophy*, 21 (1), pp. 53–79.

جواز اعمال کیفر به موجب از دست‌دهی حق بر مجازات نشدن | خدادادی ۲۱ |

که آیا (و تا چه میزانی) باید خاطیان را به مثابه شهروندان حق از کف داده به شمار آورد بسته به توضیح هنجارمندی است که اجتماع سیاسی ارائه می‌دهد و نقشی است که حقوق جنایی در آن ایفاء می‌نماید.

با غور در این پرسش، می‌توان به پرسش اساسی دیگری رسید: چه گونه(ها)یی از منزلت‌های سیاسی و یا اخلاقی شهروند را می‌توان مطلقاً سلب‌ناپذیر (غیر از دست‌دادنی) به شمار آورد؟ پاسخی که می‌توان به اعتبار برخی از تأملات فلسفی بدین پرسش داد این است که هیچ منزلت این چنینی وجود ندارد: ارتکاب جنایتی هولناک می‌تواند شهروند را به دشمن بشریت (*hostis humani generis*) و طبعاً محروم از حمایت قانون^۱ مبدل سازد. در چنین نگاهی، جنایتی ددمشانه می‌تواند بشر را گرگورسامسا وار - آنطور که کافکا در مسخ^۲ به تصویر می‌کشد - به یکباره دچار دگردیسی اگریستنسیالیستی (وجودی) نموده و به هیئت باشنده‌ای دیگر درآورد. مطابق این نگاه، خطاهایی وجود دارند که ارتکابشان نه تنها نکوهش، که نفرین و لعن را در معنای دینی کلمه در پی دارد؛ شهروند خاطی نه تنها از اجتماع انسانی طرد می‌گردد که از نظم اخلاقی^۳ که موجب اعتلای اجتماعی بشر است نیز منفک می‌گردد. با وجود این، برخی از اندیشمندان با زاویه‌گیری از نگاه فوق موضع دیگری را پی گرفته‌اند. برای مثال ریموند گایتا بر این باور است که: «حتی چنین انسان‌های پلیدی نیز مستحق احترام بی قید و شرط هستند؛ البته این بدین معنا نیست که آنان را باید گرامی داشت، بلکه بدین معنا است که آنان مرهون نوعی احترام هستند که مشروط به آنچه آنان مرتکب شده‌اند نیست و در نتیجه قابل از دست‌دهی نیز نخواهد بود (...). حتی قسی‌القلب‌ترین جنایتکاران نیز به اعتبار انسان بودنشان [تأکید از من است] مستحق چنین احترامی هستند و از این روی جمیع ما به جهت انسان بودنمان مکلف به ادای چنین احترامی به آنها هستیم» (گایتا، ۲۰۰۴: ۲).

-
1. Outlaw.
 2. *die Verwandlung*/The Metamorphosis.
 3. Moral order.

اما فارغ از مواضع فلسفی فوق، قدر متیقن آنکه بر اساس نظریه از دست‌دهی، همانطور که یک فرد خیر با وقف پاره‌ای از دارایی‌هایش، از بخشی از حق تصرف خود در اموالش انصراف می‌دهد (این حق را به طور جزئی از دست می‌دهد)، همین طور می‌تواند از حق محفوظیت خود در برابر مجازات نیز انصراف دهد (این حق را فروگذارد)، چراکه وقتی فردی خاطیانه به دیگری آسیب می‌رساند، بخشی (اگر از مورد کیفر سلب حیات بگذریم) از موقعیت برخوردار خود، یعنی سلطه‌ای که بر امور خویش دارد، را از کف می‌دهد. بر اساس همین استدلال است که میزان شماتت فرد خاطی بستگی به میزان بدرفتاری وی، یعنی میزان آسیبی که به دیگران وارد کرده است، دارد و به همین دلیل است که رواشماری مجازات فرد بی تقصیر محل اشکال است (راس، ۱۹۳۰: ۶۰-۱). این امر متضمن این شرط است که یک انسان زمانی (به شرطی) بخشی از حق خود را از دست می‌دهد که حق فرد دیگری را نقض کرده باشد. هرچند شخصاً متمایل به پذیرش همین شرط (یعنی ضرورت نقض حق دیگری) هستم، گفتم، گفتنی است که جمهور مدافعان نظریه از دست‌دهی (از دست‌دهی گرایان)، در این زمینه متفق‌القول نیستند. به اعتقاد برخی از آنان، می‌توان تصور نمود که از فردی رفتار ملامت‌پذیری سر بزند - که تبعاً به معنای از دست‌دهی بخشی از حق وی است - بی آنکه حقی را نقض کرده باشد.

نظریه از دست‌دهی با پرسشی بنیادین رو به رو است: آیا از دست‌دهی شرط لازم و کافی است؟ به عبارت ساده، آیا از دست رفتن حق فرد خاطی صرفاً برای رواشماری مجازات ضروری است و یا اینکه کافی نیز است؟ و به عبارتی دقیق‌تر، آیا صرف این دلیل که فرد خاطی حق خود را از دست می‌دهد (شرط ضروری تجویز مجازات) برای اعمال مجازات کفایت نیز می‌نماید و یا اینکه مجازات باید در خدمت اهداف خاصی (از جمله، پیامدگرا، سزاگرا، و ترمیمی) بکار گرفته شود؟ پاسخ بدین پرسش اساسی از این جهت با اهمیت است که می‌تواند بر میزان بایاشناختگی، یعنی شدت مطلق بودن (سختگیرانگی) نظریه از دست‌دهی تأثیر بسزایی نهد. چنانچه قائل به پاسخی متفاوت بدین پرسش باشیم، دو نوع خوانش از نظریه از دست‌دهی به دست خواهد آمد؛ بدین معنا که اگر از دست‌دهی را برای

رواشماری مجازات لازم اما ناکافی بدانیم، خوانش ضعیف را و چنانچه از دست‌دهی را توأمان لازم و کافی بدانیم خوانش قوی را پذیرفته‌ایم.

طرفداران خوانش ضعیف، منکر ضرورت توسعه برخی اهداف ارزشمند از طریق اعمال مجازات نیستند؛ با این حال، آنچه که حتی حامیان خوانش ضعیف نیز به عنوان یک قید اخلاقی^۱ بر آن اصرار می‌ورزند این است که چنانچه فرد از حق بر مجازات نشدن خویش انصراف نداده باشد، صرف تحقق این اهداف نمی‌تواند موجب رواشماری مجازات باشد. به تعبیری دیگر، «ما»^۲ صرفاً زمانی مجاز به مجازات یک انسان هستیم که یکم وی حق محفوظیت خود در برابر مجازات را فروگذارده باشد و دوم تحمیل مجازات بر وی بتواند برخی از اهداف سودمند اجتماعی را نیز برآورده سازد. از این روی، این خوانش از نظریه از دست‌دهی، ضمن توضیح رواشماری مجازات، متضمن این نکته نیز است که رواشماری مجازات، ما را از توجه به ارزیابی فواید و هزینه‌های اجتماعی مجازات بی‌نیاز نمی‌سازد.

اما از سوی دیگر طرفداران خوانش قوی رویکرد دیگری را پیش می‌گیرند؛ به اعتقاد آنان چنانچه فردی که قرار است متحمل مجازات شود حق خود را از دست داده باشد، تحمیل قهر مطلقاً و جزماً بر وی جایز است. وجود چنین اطلاقی، حامیان خوانش ضعیف را از تعقیب اینکه چه مقاصدی از اعمال مجازات پی گرفته می‌شود (یا باید بشود) بی‌نیاز می‌سازد. بر این اساس، در حالی که خوانش ضعیف از دست‌دهی را به مثابه مکملی ضروری برای نظریه‌های سنتی به شمار می‌آورد، خوانش قوی از دست‌دهی را مطلقاً به عنوان یک جایگزین می‌نگرد. همچنین، با توجه به موضع متفاوت این دو خوانش نسبت به یکدیگر، پیدا است که در حالی که می‌توان نظریه از دست‌دهی در خوانش قوی‌اش را کاملاً بایشناختی مطلق محسوب نمود، خوانش ضعیفش را نمی‌توان نظریه بایشناختی مطلق به

1. Moral constraint.

۲. این سبک نگارش (مع‌الغیرنویسی) که میان حقوقدانان نیز متداول است چندان هم بی‌ایراد نیست، چرا که توگفتی نگارنده و خوانندگان این مقاله همواره خودی‌هایی (insiders) هستند که قرار است در خصوص متهمان و خاطیان اجتماع سیاسی اتخاذ تدبیر نموده و یا دست کم ببیندیشند. این در حالی است که «ما» (از نگارنده این سطور گرفته تا خوانندگان آن) نیز می‌توانیم مخاطبان قهر حکومت قرار گیریم. این همان خطری است که فلاسفه‌ای که با خاطر جمعی و اعتماد به نفس در باب «ما چه باید بکنیم/بگوئیم» سخن می‌گویند از آن غافل هستند.

شمار آورد. پیش از پرداختن به مبحث بعدی، شایان ذکر است که حتی ولمن، که از طرفداران ثابت قدم خوانش قوی به شمار می‌آید، علی‌رغم باور راسخش بر اینکه مجازاتی که حتی هیچ هدفی را در پی نگیرد نیز همچنان می‌تواند به لحاظ اخلاقی روا باشد، در اثر اخیر خود فروتنانه اذعان می‌دارد که وجاهت مجازات در گرو این واقعیت است که نظام جنایی باید بتواند خیرهای بنیادینی را تأمین نماید که در صورت عدم اعمال مجازات، به افول خواهند گرایید (ولمن، ۲۰۱۷: ۲۳).^۱

۲. چهار چالش پیش روی

گفتار پیش روی در مقام دفاع در برابر چهار چالش بنیادینی است که مسئله‌رواشماری اعمال کیفر به موجب از دست‌دهی حق را نشانه گرفته‌اند. در این گفتار، به ترتیب چهار چالش اختیار قانونی نامعین، منزلت انسانی، مناسبت و تداوم و گستره را مطرح داده و در قبال هر یک دفاعیاتی را به طور مستدل ارائه می‌دهم.

۲-۱. چالش اختیار قانونی نامعین

یکی از انتقاداتی که به نظریه از دست‌دهی وارد آمده چالش اختیار قانونی نامعین است. بر اساس این انتقاد، چنانچه بپذیریم که فرد خاطی حق خود را از دست می‌دهد، به لحاظ نظری، هر شخصی ولو غیر حاکم، مجاز به اعمال مجازات بر فرد خاطی است. ناگفته پیداست که چنانچه این فرض را بپذیریم، با اجرای خودسرانه قانون رو به رو گردیده و به عصر عدالت خصوصی باز خواهیم گشت. این چالش یادآور اخلاق‌گرایی مایکل مور است که توسط برخی از حقوقدانان از جمله داف به نقد کشیده شده است.^۲

۱. ن.ک.:

Christopher Wellman (2019), "Rights and State Punishment", *Journal of Philosophy*, 106 (8), pp. 419–439.

۲. ن.ک.:

Anthony Duff (2018), *The Realm of Criminal Law*, Oxford University Press, pp. 73–75.

به اعتقاد مور، هدف از بکارگیری مجازات تحمیل درد بر خاطی سزاوار آن درد است و این درد اساساً می‌تواند توسط هر شخصی بر او تحمیل گردد. با این حال، در عمل ما باید حق تحمیل درد را به دستگاه کیفری حکومت واگذاریم. دلیل این واگذاری نیز این است که حکومت دست کم به لحاظ تکنو کراسی از جایگاه مناسب تری نسبت به عامه در تشخیص مسئولیت اخلاقی، شدت خطای ارتكابی و میزان قهری که باید متوجه فرد خاطی شود، برخوردار است. آنچه از این استدلال برمی‌آید آن است که چنانچه محکومی که به لطایف‌الحیلی از اجرای مجازات خویش گریخته به دست بتمن‌هایی (آتش به اختیاران منتقمی)^۱ بیفتد که دقیقاً همان کیفر معلق را بر وی اعمال کنند، عدالت در نگاه مور به اجراء در آمده است (مور، ۲۰۰۹: ۴۲). به چالش مورد بحث باز گردیم: به لحاظ روش‌شناسی، انتقاد مذکور را می‌توان یک انتقاد چرخشی به شمار آورد؛ بدین معنا که منتقد نظریه از دست‌دهی، با برون‌رفت موضوعی، آماج انتقاد خود را از سوی آنچه که نظریه در مقام دفاع و ایضاح آن است به سوی آنچه که موضوع بحث نظریه نیست معطوف می‌سازد. به عبارت دقیق و عینی‌تر، پیکان این انتقاد به جای اینکه به سوی فلسفه اصلی نظریه - یعنی پاسخ به اینکه چرا مجاز به اعمال مجازات هستیم - باشد، در پی نفی نظریه است، چرا که نمی‌تواند پاسخ مناسبی به این پرسش که «چه کسی مجاز به اعمال مجازات است» دهد. با این حال، از آنجا که انتقاد می‌تواند کاستی‌های متعدد را از زوایای مختلف مورد هدف قرار دهد، این انتقاد را باید منطقیاً بجا تلقی نمود و مخاطب قرار داد.

با مروری گذرا بر ادبیات فلسفه سیاسی در خواهیم یافت که یکی از بنیادی‌ترین سؤالاتی که توسط اندیشمندان این حوزه مطرح گردیده این است که چرا حکومت از انحصار قدرت مجاز جهت اعمال قهر و بالخصوص مجازات برخوردار است (نوزیک، ۲۰۰۱: ۵-۳). از این روی، با توجه به اینکه موضوع جواز اعمال خودسرانه قانون را می‌توان در واقع مباحثه‌ای میان دولت‌سالاری^۲ و آنارشیزم (در معنای بی‌دولتی) و در قلمروی فلسفه سیاسی تلقی نمود، نمی‌توان از یک نظریه مجازات انتظار داشت که پیشاپیش به استقبال این موضوع رود. به

1. Vigilante.

2. Statism.

عبارت دیگر، موضوع خودسرانگی اعمال قانون، در اصل و ابتدا به ساکن موضوع بحث فلسفه سیاسی است تا نظریه حقوقی مجازات. شاید درست به همین دلیل است که هرچند فلاسفه حقوق، دولت‌سالاری را مسلم فرض نموده‌اند، بحث بر سر دولت‌سالاری و آنارشیسم همچنان به عنوان بحثی مرکزی میان اصحاب فلسفه سیاسی (و نه فلسفه حقوق) مطرح است.^۱ از این رهگذر می‌توان به مقوله جرم‌انگاری نیز نقبی کوتاه زد: از آنجایی که اصول جرم‌انگاری اصولی خودمتمکی و مستقل از بافتار (زیر-متن) سیاسی خود نیستند، استخراج‌شان از دل اصول اولیه توسط استدلال اخلاقی نیز میسر نیست؛ از این حیث، اصول جرم‌انگاری نیز با عملکرد گونه‌ای خاص از یک نهاد حقوقی (حقوق جنایی) مرتبط هستند که در واقع بخشی از ساختار سیاسی جامعه را تشکیل می‌دهد (شیانو، ۲۰۱۸: ۵۲).

علی‌رغم آنچه در بالا توضیح داده شد، ممکن است که منتقدان با اصرار بر عجز نظریه از دست‌دهی در توضیح اینکه چرا تنها حکومت مجاز به بکارگیری قهر است، همچنان بر نقد خود پای بفشیند. در پاسخ بدین پافشاری می‌توان به فراقینی موجهی متوسل شد: این انتقاد نه تنها به نظریه از دست‌دهی که به سایر نظریه‌های مجازات نیز وارد است. برای مثال، چنانچه سزاگرایی را به عنوان نمونه در نظر آوریم، خواهیم دید که علی‌رغم اینکه اکثریت سزاگرایان دولت‌سالار هستند، برخی از آنان چنین گرایش و موضعی ندارند. این خود مؤید این مطلب است که نزاع میان دولت‌سالاری و بی‌دولتی در واقع یک امر درون‌گفتمانی میان سزاگرایان است؛ در عین حال، هیچ سزاگرایی سزاگرایی دیگری را صرف موضعش - یعنی اینکه دولت‌سالار باشد یا آنارشیست - به سزاگرا بودن متهم نمی‌سازد. به عبارتی دیگر، محض آنارشیست و یا دولت‌سالار بودن یک نسخه خاص از سزاگرایی، اصالت سزاگرایی به ماهو سزاگرایی را از عیار نمی‌افکند.^۲

۱. ن. ک.:

John Simmons (1991), "Locke and the Right to Punish", *Philosophy and Public Affairs* 20 (4), pp. 311-349.

۲. جهت آشنایی با پاره‌ای از نسخ سزاگرایی، بنگرید به:

David Boonin (2008), *The Problem of Punishment*, Cambridge University Press, pp. 85-155.

در باب نظریه از دست‌دهی نیز همین گونه است؛ همانطور که هیچ کس فایده‌گرایی یا ترمیم‌گرایی را صرف این که ممکن است آثارشست باشد نفی نمی‌سازد، این وضعیت می‌تواند در خصوص نظریه از دست‌دهی نیز صادق باشد. درست همانطور که دولت‌سالاری یا آثارشست در باب اساس سزاگرایی (و یا هر رویکرد حقوقی دیگری) موضوعیت ندارد، در خصوص نظریه از دست‌دهی نیز باید مسئله را به همین ترتیب دید. طرفه آنکه اتفاقاً از آنجا که خوانش و درک سنتی (و یا به عبارت بهتر، درک آنی) از سزاگرایی بسیار به مفاهیمی نظیر مقابله به مثل، قصاص، مماثله، و عبارت معروف چشم در برابر چشم و دندان در برابر دندان پهلو می‌زند، توجیه و اثبات لزوم میانجیگری دولت (دولت‌سالاری)، برای تحقق سزاگرایی دست‌کم در برابر نظریه‌های رقیب از جمله فایده‌گرایی، مستلزم کوشش و استدلال‌ورزی بیشتری است. خلاصه آنکه چنانچه بپذیریم که عدم نفی آثارشست از سوی سزاگرایی دلیلی برای نفی سزاگرایی نخواهد بود، چرا نتوان همین رواداری را منصفانه نسبت به نظریه از دست‌دهی قائل شد؟

۲-۲. چالش منزلت انسانی

در میان منتقدان نظریه از دست‌دهی، دیوید بونین از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. وی در کتاب معروفش، مشکل/مسئله مجازات،^۱ انگشت بر نکته بسیار ظریف و بنیادینی در خصوص نظریه از دست‌دهی می‌گذارد. به اعتقاد وی، از دست‌دهی‌گرایان باید پیش از هر چیز در مقام توضیح نوع حقی که حول آن خامه‌رانی می‌نمایند برآیند. به عبارتی دیگر، باید در وهله نخست مقصود خود را از نوع حقی که فرد خاطی از دست می‌دهد تبیین نمایند؛ آیا حق از دست‌رفته صرفاً یک حق قانونی و یا حقی اخلاقی است؟ آیا فرد خاطی با نقض یک حق قانونی متعلق به دیگری، حق قانونی خود را نقض می‌کند و یا اینکه به جهت غیر اخلاقی بودن عمل، حق اخلاقی وی نیز نقض می‌شود (بونین، ۲۰۱۸: ۱۱۵).

به نظر می‌رسد که بونین بسیار هوشمندانه این سؤال را مطرح ساخته است؛ ذکاوت وی در طرح این سؤال به جهت تبعاتی است که پاسخ به آن در پی دارد. چنانچه هم‌نوا با طرفداران

۱. با توجه به محتوای این کتاب، عنوان آن را همچنین می‌توان به مسئله/معضل مجازات نیز ترجمه نمود.

اورتودوکس نظریه از دست‌دهی، همچون ولمن، تن به انتخاب پاسخی دهیم که صعوبت بیشتری برایمان در پی خواهد داشت، باید «از دست‌دهی حق اخلاقی»^۱ را برگزینیم. دلیل این تمایل و گزینش در واقع ریشه در این امر دارد که ما در نظریه از دست‌دهی اساساً در پی فلسفیدن و درک این پرسش بنیادین هستیم که چرا به لحاظ اخلاقی و نه صرفاً قانونی مجاز به تحمیل مشقت بر فرد خاطی هستیم. به بیانی دیگر، رواشماری اخلاقی مقهور و متالم ساختن انسانی که حق بر محفوظ ماندن از تعذیب را دارد در گرو چیست؟

چنین گزینشی درست همان فرصتی است که منتقدان نظریه از دست‌دهی در کمین آن نشسته‌اند: ظاهراً تن دادن به اینکه فرد خاطی با ارتکاب خطا حق اخلاقی خود را از دست می‌دهد، نظریه از دست‌دهی را با چالش منزلت انسانی مواجه می‌سازد. درک این چالش مستلزم مقدمه‌ای بسیار موجز است: اکثر اندیشمندان بر این باورند که انسان‌ها به عنوان دارندگان حق^۲ سزندگی حقوق‌شان در گرو برخورداری آنها از پاره‌ای از امتیازات و به تعبیر فلسفی آن، منزلت‌های خاص و منحصر به فرد آنان است؛ سه منزلتی که مراراً بعد اولی و کراراً بعد آخری در ادبیات این موضوع مطرح شده عبارتند از انسان بودن،^۳ و برخورداری از قوه عقلانیت^۴ و خودآیینی/بنیادی.^۵ حال، چنانچه برخورداری از منزلت انسانی را برای هر انسان مسلم قلمداد نماییم (که می‌نماییم)، در صورتی که نظریه از دست‌دهی ارتکاب خطا از سوی انسان را معادل با از دست دادن حق اخلاقی (و نه صرفاً حق قانونی) فرد خاطی بداند، با این چالش اساسی درگیر خواهد شد که ارتکاب خطا را به از دست دادن منزلت انسانی تفسیر نموده است. به زبانی دیگر، انسان خطاکار را به انسان نقصان‌یافته/«کمتر انسان»^۶ و یا از دست‌دهنده قوه عقلانیت/خودآیینی فروکاسته است؛ حال آنکه از تعارفات شاعرانه و عارفانه که بگذریم، تردیدی نیست که حتی ارتکاب شنیع‌ترین جرایم از سوی تبهکاران نیز منزلت انسانی به ماهو انسانی آنان را تحت‌الشعاع قرار نمی‌دهد. همانطور که از انتقاد فوق

-
1. Moral right forfeiture.
 2. As right holders.
 3. Being human being.
 4. Capacity of rationality.
 5. Capacity of autonomy.
 6. Less human.

پیداست، به جهت اینکه داشتن حق در گرو منزلت انسانی است، از دست دادن آن (حق) منتج به نقصان منزلت می‌شود. از سوی دیگر، از آنجا که منزلت معرف به سه شاخص مذکور است و این شاخص‌ها نیز طبعاً در حالت طبیعی زوال‌ناپذیر هستند، نظریه از دست‌دهی را با چالش مواجه می‌سازد.

برای پاسخ به چالش طرح‌شده باید موضوع را از منظر دیگری نگریست: نظریه از دست‌دهی با اصل موضوع و مفهوم منزلت زاویه‌ای ندارد؛ در واقع، نظریه از دست‌دهی نیز می‌پذیرد که سزندگی انسان‌ها برای حقوق اخلاقی در گرو منزلت آنان به عنوان انسان‌ها و یا عاملان^۱ برخوردار از قوه عقلانیت و خودآیینی است. آنچه که نظریه از دست‌دهی با آن زاویه می‌گیرد رویکردی است که بر اساس آن، انسان به طور کلی و فرد خاصی به طور خاص، نمی‌تواند حقی مرتبط با این منزلت را از دست بدهد. بر اساس نظریه از دست‌دهی، مسئله این نیست که آیا ما در پرتو منزلتی که داریم سزنده حق هستیم یا خیر، بلکه مسئله این است که اساساً سزنده چه نوع حقی به عنوان انسان و یا عامل عقلانی و خودآیین هستیم. مطابق این تفکیک و تمیز ظریف می‌توان پذیرفت که انسان صاحب منزلت، سزنده حق‌هایی است که ممکن است با ارتکاب رفتار خطا از دست بروند و یا به تعبیر دیگر از آن انصراف داده شود. از این روی، می‌توان چنین استدلال نمود که هرچند منزلت اخلاقی بنیادین ما به عنوان انسان و یا موجود عقلانی/خودآیین، ما را در هیئت باشندگانی که به طور کلی سزنده حقوق اخلاقی هستند درمی‌آورد، اینکه از چه حقوق اخلاقی به طور خاص برخوردار هستیم مسئله‌ای است که به عملکرد رفتاری ما باز می‌گردد. پس، درست همانطور که فردی انسان‌دوست با انصراف از حق بر بدنش از طریق اهدای عضوی از بدن خود، بی‌آنکه منزلت بنیادین اخلاقی خویش را دگرگون سازد، می‌تواند منزلت اخلاقی خویش را تغییر دهد (در این مورد، ارتقاء بخشد)، یک فرد خطاکار نیز می‌تواند منزلت اخلاقی خویش را با

۱. مقصود از واژه «عامل» همان واژه اصیل agent است که در ادبیات بحث ریشه دوانده و به صورت متداول بکار می‌رود.

فروگذاردن حق بر مجازات نشدن (از طریق ارتکاب خطا) تغییر بدهد (در این مورد، فروکاهد)، بی آنکه بر منزلت بنیادین اخلاقی وی خللی وارد آید.

۳-۲. چالش مناسبت

انتقاد سوّمی که از سوی برخی از حقوقدانان به نظریه از دست‌دهی نشانه می‌رود به انتقاد مناسبت معروف است: به باور منتقدان، اگر بپذیریم که فرد خطاکار همان حقوقی را که از دیگران نقض کرده از دست می‌دهد، آنگاه چه دلیلی وجود خواهد داشت که حکومت نتواند (مجاز نباشد) - به جهت انصرافی که فرد خاطی از حق خود داده است - همان مشقت ناشی از نقض حق را بر فرد خاطی تحمیل بدارد؟ آنچه به سادگی می‌توان از این استفهام انکاری استنباط نمود این است که حکومت مجاز است که دقیقاً همان رفتار شیعی (نقضی که در حق دیگری شده است) را که فرد خطاکار نسبت به دیگران روا داشته نسبت به وی روا دارد. چنین استنتاجی نظریه از دست‌دهی را در معرض اتهام «رواداری مماثله تمام عیار توسط حکومت» قرار می‌دهد. در نتیجه این رواداری، نظریه از دست‌دهی، جواز اعمال مماثله را به حکومت عطا نموده و از این رهگذر حکومت را از قید «اجتناب از مقابله به مثل» رها می‌سازد. بی‌تردید، عقبه فقدان چنین قیدی به رواشماری قتل قاتل، کور کردن فردی که قربانی را کور نموده است، شکنجه شکنجه‌گر، و تجاوز به متجاوز می‌انجامد.

اما پیش از پرداختن به انتقاد فوق و پاسخ به آن، اشاره‌ای به چرایی این نارواشماری، یعنی چرایی ضرورت اجتناب از مقابله به مثل که در ضمیر سخن‌منتقدان نهفته ضروری است. احساس ضرورت من برای پرداختن به چرایی این نارواشماری ناشی از آن است که مخاطبان مقاله هم‌وطنانی هستند که بسیاری از آنان ممکن است به جهت آنسی که با مبانی حقوق کیفری میهن و یحتمل هم دلی با کافه و یا برخی از قواعد آن دارند، اساساً بنیاد این نقد (یعنی نارواشماری مقابله به مثل با فرد خاطی) را پیش‌فرض نگیرند. اگر چنین باشد، از همان نخست با انتقاد وارده ارتباط شناختی لازم^۱ را برقرار نخواهند نمود. از این روی، برای فهم انتقاد مذکور، باید آن را در بستر خود هضم کنیم که طبعاً مستلزم مروری گذرا بر مبانی

1. Necessary cognitive communication.

معرفتی آن است.^۱ همانطور که از انتقاد مورد بحث برمی‌آید، نارواشماری مقابله به مثل (به شرحی که رفت) با فرد خاطی پیش‌فرض گرفته شده و این پیش‌فرض چنان نافذ و مسلم است که منتقدان پذیرش این پیش‌فرض از سوی مدافعان نظریه از دست‌دهی را نیز مفروض قلمداد می‌نمایند. چنین پیش‌فرضی ریشه در ادبیات قوام‌بخش نظام عدالت جنایی مدرن دست‌کم در بستر اروپایی آن دارد.^۲

این ادبیات دست‌کم تا آن دور دست‌های تاریخ که ما را به قلّه‌ای رفیع به نام کانت برساند، مشحون از تأملات و قلم‌فرسایی‌هایی در باب برائت از مقابله به مثل است. بسیاری با بدفهمی کانت، بی‌آنکه میان «مماثله‌گرایی» و «سزاگرایی» تفکیکی قائل شوند، کانت و صحابه وی را در زمره مماثله‌گرایان می‌آورند.^۳ این در حالی است که به اعتقاد کانت، حتی در شرایطی که به لحاظ تکنیکی کاملاً امکان انعکاس جرم در مجازات وجود دارد، بی‌شک اقدام به چنین انعکاسی در خصوص بسیاری از جرایم به لحاظ اخلاقی قبیح^۴ است (پاتر، ۲۰۰۲: ۲۷۸). وی از چنین قبحی در خصوص جرم تجاوز یاد می‌کند. این موضع‌گیری کانت هم سو با تأکید وی بر این است که در صورت اعمال مجازات اعدام، این مجازات باید مطلقاً عاری از هرگونه خشونت و رفتار مشمئزکننده و انزجار‌آور باشد (کانت، ۱۸۸۷: ۱۹۸).^۵ به نظر می‌رسد که این حکم کانت مبتنی بر پاسداشت «انسانیت»^۶ باشد؛ این مفهوم درست همان

۱. (Sitz im Leben) اصطلاح آکادمیکی است که به مسئله «هضم در بستر» اشاره دارد و بیشتر توسط متالین پروتستان آلمانی بکار می‌رود.

۲. ن. ک.:: محمد راسخ (۱۳۹۵)، مدرنیته و حقوق دینی، در حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش، تهران، نشر نی، صص. ۷۴-۴۱.

۳. مدرّس محترمی را در سال‌های دور به یاد دارم که حین تدریس مقدمات درس جزای اختصاصی یک در مقطع کارشناسی، با مماثله‌گرا قلمداد نمودن کانت، دچار همین عدم تمیز بودند. بیان این مطلب صرفاً تذکری فروتنانه برای پیشگیری از تکرار چنین سوء تفاهمی است.

4. Scheußlich.

۵. ن. ک.:

Carol Steiker (2001), "The Death Penalty and Deontology", in The Oxford Handbooks of Philosophy of Criminal Law, Eds. John Deigh and David Dolinko, Oxford University Press, pp. 441-464.

6. die Menschheit/Humanity.

چیزی است که برخی فلاسفه اخلاق آن را «کرامت»^۱ می‌خوانند. از این روی، موضع زیرساخت اخلاقی و نظری کانتی نظام عدالت جنایی اروپایی مدرن^۲ - که امروزه در ساحت رویه نیز مشهود است - نه تنها با مماثله‌گرایی (نظیر قطع عضو فرد خاطی) هم‌نوا نیست، بلکه در تقبیح آن نیز می‌کوشد (استیکر، ۲۰۱۱: ۴۴۳).

اما فارغ از زیرساخت توجیه‌کننده و نظری چالش وارده، چه پاسخی می‌توان به آن داد؟ در پاسخ، می‌توان با طرح یک استفهام انکاری متضمن به مثال، به استقبال این چالش رفت: مگر اساساً دلیل اجتناب ما از مقابله به مثل کردن با شکنجه‌گر این است که فرد شکنجه‌گر حق بر شکنجه نشدنش را از دست نداده است؟ به عبارتی دیگر، آیا دلیل ما برای چنین احترازی، عدم انصراف فرد خاطی از حق خویش (حق بر شکنجه نشدن) است و یا اصول اخلاقی دیگری در میان هستند که ما را از شکنجه کردن شکنجه‌گر باز می‌دارند؟ به نظر می‌رسد که حتی چنانچه ابتدا به ساکن مخالف مماثله‌گرایی هم نباشیم، عدم رواشماری مقابله به مثل نمودن بدین جهت نیست که فرد خاطی حق خود را (حق بر شکنجه نشدنش) از دست نداده است. به بیانی دیگر، چنانچه بپذیریم (که می‌پذیریم) که شکنجه نمودن فردی که قربانی خود را شکنجه کرده امر جایزی نیست، چنین عدم پذیرشی ناشی از این نیست که فرد شکنجه‌گر حق محفوظ ماندنش از شکنجه شدنش را از دست نداده است، بلکه ناشی از اصول بنیادین اخلاقی است که همچون لجام بر دهان حقوق جنایی می‌ماند و آن را از لواياتان شدن باز می‌دارد. این بدین معنا است که نمی‌توان از نظریه از دست‌دهی چنین استنباط نمود که برای مثال فرد قاتل با ارتکاب قتل، حق زندگی کردن خود را از دست می‌دهد. ضمن اینکه بدیهی است که هر انسان متعارف و سلیم‌العقلی می‌پذیرد که حق‌هایی که به طور خاص ذکرشان رفت (حق بر شکنجه، تجاوز، قطع عضو و سلب حیات نشدن) از حقوقی هستند که اصولاً هیچ خطاکاری حاضر به انصراف از آنها نیست (شیائو، ۲۰۱۸: ۹۳).

1. die Würde/Dignity.

۲. برای تمیز مفهوم سنتی حقوق کیفری و عدالت جنایی، بنگرید به:

Lindsay Farmer (2005), *Criminal Law, Tradition and Legal Order*, Cambridge University Press, pp. 7-8.

نکته مهم دیگر آنکه پذیرش و دفاع از نظریه از دست‌دهی ضرورتاً دال بر رد و انکار وجود «قیود حاکم بر از دست‌دهی حق» نیست؛ بسیاری از فلاسفه حقوق - بالخصوص آنان که متأثر از آرای استوارت میل بوده‌اند - در مباحث مبنایی و عمیق خود در باب حدود و ثغور اصل داوطلبانگی^۱ و ترک حق^۲ به وجود قیود تحدیدکننده متفاوتی پرداخته‌اند که البته مجال بسطش در اینجا نیست.^۳ بر مبنای وجود چنین قیودی است که میل عقد قرارداد بردگی را علی‌رغم وجود رضایت کامل میان طرفین ناروا می‌دانست و یا فاینبرگ^۴ برپایی نبرد گلابدیا تورها (ولو مبتنی بر رضایت داوطلبان مبارزه) را ناروا دانسته و همچنین شرایط انصراف فرد از حق حیات خویش را تا آنجا دشوار می‌سازد که امکان آن به امر محال پهلوی می‌زند (فاینبرگ، ۱۹۷۱: ۱۱۳). مع الوصف، حتی فرض عدم وجود قیود حاکم بر از دست‌دهی نیز الزاماً بدین معنا نیست که مدافعان نظریه از دست‌دهی به مقابله به مثل کردن با فرد خاطی تن داده و آن را روا بدانند. دلیل چنین تن‌زنی و نارواداری - چنانکه از رهگذر کانت بدان اشاره شد - نه تنها ریشه در تأملات فلسفی و اخلاقی دارد که راه را برای استدلال‌های حقوقی بایشناختی هموار نمود، بلکه مبتنی بر دلایل عملی و سیاسی نیز است.^۴ از این روی، به اعتقاد عمده حقوقدانان حتی چنانچه تبهکاری تمام حقوقش را نیز از دست داده باشد، وجود برخی قیود بایشناختی غیرشخصی (حق-نامحور) مانع از اعمال مجازات‌های خشن و غیرانسانی بر وی می‌گردد.^۵

1. Volenti principle.
2. Abandonment of right.

۳. ن.ک.:

Gerald Dworkin (2011), "The Limits of the Criminal Law", in *The Oxford Handbooks of Philosophy of Criminal Law*, Eds. John Deigh and David Dolinko, Oxford University Press, pp. 3-16; Arthur Ripstein (2006), "Beyond the Harm Principle", *Philosophy and Public Affairs*, 34 (3), pp. 215-24.

۴. برای اشاره به یک دلیل سیاسی می‌توان به اتباع کشورهای اتحادیه اروپا از ماده ۲ منشور حقوق بنیادین اتحادیه اروپایی اشاره نمود که بر منع اعمال اعدام تصریح دارد.

۵. ن.ک.:

Jeffrey Reiman (1985), "Justice, Civilization, and the Death Penalty: Answering van den Haag", *Philosophy & Public Affairs*, 14 (2), pp. 115-148.

در نهایت، به عنوان واپسین دفاع در مقابل چالش «مناسبت»، می‌توان مسئله «عدم ملازمه تناسب» را پیش کشید: هیچ ضرورتی وجود ندارد که نظریه از دست‌دهی را این‌گونه تفسیر نماییم که فرد خاطی دقیقاً همان حقی را فرومی‌گذارد که نقض می‌کند؛ در واقع، چنین تفسیری ضرورتاً از دل نظریه از دست‌دهی بیرون نمی‌آید. درست همانطور که صرفاً برخی و نه همه سزاکرایان از اصل مماثله^۱ حمایت می‌نمایند، از دست‌دهی گرایان نیز ملزم به تصدیق این حکم نیستند که «فرد خاطی الزاماً تمام و صرفاً همان حق‌هایی را که نقض نموده از دست داده است». در واقع، از دست‌دهی گرایان تنها بر این ادعای کلی می‌پایند که فرد خاطی با ارتکاب خطا، برخی از حقوق خود را از دست می‌دهد؛ این ادعای کلی نباید با حکم مذکور که مورد دفاع از دست‌دهی گرایان نیست خلط گردد. از این روی، هیچ دلیلی مبنی بر این وجود ندارد که پذیرش نظریه از دست‌دهی ضرورتاً به معنای تن‌دهی به این تفسیر است که قاتل با ارتکاب قتل، حق حیات و یا متجاوز با ارتکاب تجاوز، حق بر تجاوز نشدنش را از دست می‌دهد. خلاصه آنکه گرچه بدیهی است که طرفداران نظریه از دست‌دهی نمی‌پذیرند که فرد تجاوزگر و یا قاتل با ارتکاب تجاوز و قتل هیچ حقی را از دست نداده است، در اینکه افراد مذکور چه حقوقی را از دست داده‌اند مباحث مختلفی ارائه می‌دهند که در اینجا از بسط آن صرف نظر می‌کنم و به همین قدر متیقن بسنده می‌کنم که فرد خاطی با نقض یک حق، بخشی از حقوق خود را فروگذارده که ضرورتاً حق نقض شده نیست و همین که پاسخ به این نقض از سوی حکومت معقول و متناسب باشد کفایت می‌کند.

۴. چالش تداوم و گستره

واپسین چالشی را که نظریه از دست‌دهی با آن مواجه است می‌توان ذیل عنوان «چالش تداوم و گستره» مطرح کرد. پیش از پرداختن به این چالش، اشاره به این نکته ضروری است که این چالش که می‌توانیم از آن با عنوان انتقاد نیز یاد کنیم، متوجه نظام‌های حقوقی ای است که در آنها واکنش‌های کیفری به جرایم اساساً محدود به سلب آزادی و جزای نقدی می‌شوند و از این رو است که به عنوان چالش تداوم و گستره ضرب شده‌اند. طراحان انتقاد

1. Lex talionis.

مذکور بر این باورند که نظریه از دست‌دهی حتی چنانچه بتواند بر سایر انتقادات نیز فائق آید، از پاسخ به دو سؤال اساسی درمی‌ماند: نخست اینکه آیا فرد خاطی، با ارتکاب خطا، به طور دائم حق خویش را از دست می‌دهد و یا اینکه این از دست‌دهی صرفاً موقتی است (چالش تداوم)؟ دیگر آنکه گستره از دست‌دهی از حق چگونه است؟ به عبارتی، آیا فرد خاطی حق خویش را به طور محدود از دست می‌دهد و یا گسترده (چالش گستره)؟ چنانچه بخواهیم درک دقیق و روشن‌تری از این دو پرسش داشته باشیم، باید به طرح مثالی در حوزه جرایم علیه اشخاص متوسل شد. کودک‌ربایی را تصور نمایید که کودکی را که ربوده به مدت یک هفته در خانه خود زندانی نموده است. با این حال، کودک به لطایف‌الحیلی موفق به فرار از خانه گردیده و متعاقب آن، پس از پیگیری والدین او، در نهایت پلیس موفق به بازداشت کودک‌ربا شده است. حال، جهت صدور حکم، در ساحت نظر، با چند سؤال رو به رو هستیم: چنانچه متهم فرض ما در دستگاه جنایی‌ای محاکمه شود که صرفاً و یا اغلب به مجازات حبس برای این گونه جرایم متوسل می‌شود، آیا کودک‌ربا باید به حبس ابد (سلب حق آزادی به طور دائم) محکوم شود و یا تنها به حبس موقت؟

به نظر می‌رسد که طبع سلیم چنین حکم کند که در حالی که حبس ابد برای جرم ارتکاب یافته به طور نامنصفانه‌ای شدید است، حکم به تنها یک هفته حبس، یعنی دقیقاً معادل تعداد روزهایی که کودک در خانه وی زندانی بوده (یعنی میزان زمانی که حق آزادی کودک نقض شده) نیز به طور ناعادلانه‌ای ناکافی باشد. درست همین برآورد و در واقع پرسش را نیز می‌توان، با طرح مثالی در خصوص جرایم علیه اموال، در باب چالش گستره نیز مطرح نمود. برای مثال، چنانچه ترانه مبادرت به سرقت یک فقره تراول چک ۱۰۰ هزار تومانی از پروانه نماید، آیا ترانه، با ارتکاب این عمل، صرفاً بخشی از حق بر دارایی خود را از دست داده است و یا تمام آن را؟ حال به فرض آنکه ترانه در دستگاه جنایی‌ای محاکمه گردد که برای جرم سرقت صرفاً و یا اغلب مجازات نقدی را مقرر می‌دارد، آیا ترانه باید به مصادره تمام دارایی‌هایش محکوم گردد (سلب کامل از حق بر دارایی) و یا صرفاً به پرداخت همان ۱۰۰ هزار تومانی که سرقت نموده است (سلب میزانی از حق بر دارایی)؟ گزینش و

رأی به هر کدام از این محکومیت‌ها، درست مانند مثال کودک‌ربا، ما را با افراط و یا تفریط کیفری مواجه می‌سازد.

هر چند «چالش تداوم و گستره» در اساس پرسش جدی و بنیادینی را پیش می‌کشد، پیکان آن نمی‌تواند از دست‌دهی‌گرایی را برای پاسخ‌چندان به زحمت افکند. به نظر می‌رسد که نظریه از دست‌دهی، با شانه خالی کردن از درگیر شدن با بنیاد پرسش مطرح‌شده، می‌تواند از چالش آن برهد. با این حال، این شانه خالی کردن از مخاطب قرار دادن بنیاد سؤال، نه از روی ضعف نظریه، بلکه به جهتی منطقی است: نظام کیفری موظف به تنظیم، و به عبارتی دقیق‌تر، برابری حق نقض‌شده و حق از دست‌داده‌شده نیست. به عبارت دیگر، نظام کیفری مبتنی بر نظریه از دست‌دهی متضمن این حکم نیست که فرد خاطی دقیقاً همان حقی را که نقض کرده باید از دست دهد. از این روی، فرموله کردن رابطه حق از دست‌داده‌شده و نقض‌شده به طوری که برابری از آن مستفاد شود چیزی نیست که نظریه از دست‌دهی بر آن پای بفشرد؛ در عوض، آنچه که نظریه از دست‌دهی بر آن تأکید می‌ورزد، مناسب و متناسب بودن واکنش کیفری در مقام پاسخ به نقض حق است. پس می‌توان چنین نتیجه گرفت که فرد خاطی با ارتکاب خطا صرفاً حق خود را در برابر مجازاتی مناسب و متناسب از دست می‌دهد.

علی‌رغم اینکه این پاسخ، به تعبیری که رفت، نوعی شانه خالی کردن منطقی است، نظریه از دست‌دهی را با پرسش جدید و جدی‌تری رو به رو می‌سازد: چنانچه صرف وجود قید مناسب و متناسب بودن مجازات نسبت به جرم موجب قناعت وجدانی برای از دست‌دهی‌گرایان باشد، حال تعریف و معیاری که مدافعان این نظریه برای این دو قید ارائه می‌دهند چیست؟ تا کنون تأملات و قلم‌فرسایی‌های کلامی و حقوقی فراوانی در مواجهه با این پرسش بنیادین صورت گرفته‌اند که پرداختن به هر کدام از آنها نه تنها در حوصله پژوهش حاضر نیست، بلکه به استطراد نیز می‌انجامد. از این روی، به همین مختصر بسنده می‌کنم که حتی اورتودکس‌ترین سزاگرایان - از جمله مایکل مور - نیز معمولاً از ارائه و

پیشنهاد مجازاتی خاص برای جرمی خاص صرف نظر می‌کنند؛ به باور شهو‌دباوران^۱ هر چند اصول کلی اخلاقی بدیهی هستند، نتایج اخلاقی متقن از چنین بداهتی برخوردار نیستند. از این روی، چنانچه چنین اعترافی به ناتوانی در ارائه نتایج بدیهی در تمام سطوح - و نه تنها در سطح ادبیات ناظر بر مجازات - (فرا)اخلاقی^۲ عمومیت داشته باشد، ناتوانی مدافعان از دست‌دهی در ارائه فرمولی ساده و روشن برای تعیین اینکه ارتکاب خطا دقیقاً منجر به از دست دادن چه حق خاصی می‌شود را نیز نمی‌توان بر پای ضعف منحصر به فرد نظریه از دست‌دهی نوشت.

نتیجه

نظریه از دست‌دهی حق بر مجازات نشدن اساساً نه در صدد تبیین هدف و مقصود از اعمال کیفر بلکه در صدد پی افکندن شالوده‌ای حقوقی و اخلاقی جهت توجیه رواشماری اعمال قهر بر فردی است که حق توجیه‌پذیری از یک فرد را به طور ناموجهی نقض نموده است. از این حیث، آنچه در کانون توجه این نظریه قرار دارد، آرمان‌گرایی کیفری اعم از سزاگرایی، پیامدگرایی و غیره نیست. همچنین، پاسخ به پرسش‌های بنیادینی نظیر اینکه صلاحیت مواخذة فرد خاطی با کیست و چه میزانی مجاز به کیفردهی ناقضان حق هستیم نیز در دستور کار نظریه از دست‌دهی قرار ندارد. در نهایت، تشریح تمایز فلسفی میان مجازات و سایر ایذائاتی که بر بشر حمل می‌گردد نیز از عهده این نظریه خارج است.^۳ با این حال، این عدم اعتنا و التفات را نباید حمل بر نقصان و یا ضعف نظریه از دست‌دهی نمود. تلاش من برای دفع چنین اتهامی مبتنی بر این استدلال است که پیش‌گذارده و اساساً مطلوب نظریه مورد بحث چنین اقتضائی ندارد، چراکه این نظریه در ماهیت صرفاً بر توجیه رواشماری مواخذة ناقضان حقوق افراد می‌پاید. از این روی، همانطور که از یک نظریه جرم‌شناختی نمی‌توان

1. Intuitionists.
2. (meta) ethics.

۳. در این زمینه بنگرید به:

Don E Scheid (1980), "Note on Defining 'Punishment'", *Canadian Journal of Philosophy*, 10 (3), pp. 453-462.

(و نباید) انتظار بر فرموله ساختن یک ابراصل جرم‌نگاری را داشت، توقع پرداختن به پرسش‌های فوق از سوی نظریه از دست‌دهی نیز توقع معقول و بجایی نخواهد بود. در پایان اشاره به این نکته را ضروری می‌دانم که نباید پاسخ به چالش‌ها را فصل الخطاب دانسته و نظریه از دستی‌دهی را مطلقاً فائق بر انتقادات قلمداد نمود. طبعاً انتقادات دیگری وجود دارند که شاید پاسخ به آنها در مقام دفاع از این نظریه چندان محکم و یا دست‌کم به استحکام دفاعیات مذکور در این مقاله نباشد. حتی چنانچه چنین نیز باشد، این امکان وجود دارد که خواننده‌ای که دفاعیات این جستار را مجاب‌کننده یافته است، با دفاعیات جدید چندان هم دل نباشد و یا آنان را سست بشمرد. دیگر آنکه سوای وجود انتقادات دیگری که بر این نظریه وارد هستند، حملاتی بر دفاعیاتی که در این مقاله مطرح نمودم وجود دارند که فرصت بررسی آنان فراهم نبود. دلیل استنکاف من از بررسی این به اصطلاح «پاسخ به پاسخ‌هایی» که از سوی منتقدان نظریه وارد گردیده است، نه به جهت عدم وقوف و یا فروگذاری در عین وقوف که به جهت وجود محدودیت حاکم از باب حجم نگارش مقاله بود.

ORCID

Seyed Bahman
Khodadadi



<http://orcid.org/0000-0001-5765-3545>

منابع

الف. فارسی

- خدادادی. سیدبهمن. (۱۳۹۷). «تحلیلی بر تکوین و تطور اندیشه حاکمیت قانون در اروپا (گذار از یونان باستان به قرون وسطی)»، در حاصل عمر: مجموعه مقالات در نکوداشت استاد ایرج گالدوزیان (به اهتمام تهمورث بشیریه)، تهران، نشر مجد.
- راسخ. محمد. (۱۳۹۵). مدرنیته و حقوق دینی، در حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش، تهران: نشر نی.

ب. آلمانی

- Jakobs Günther, “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 97 (4), (1985), 751–785.

پ. انگلیسی

- Alan Brunder, *Punishment and Freedom* (Oxford University Press, 2009)
- Alan H. Goldman, “Toward a New Theory of Punishment”, *Law and Philosophy*, 1 (1) (1982): 57–76.
- Anthony Duff, “Retrieving Retributivism”, in *Retributivism: Essays on Theory and Policy*, ed. Mark White (Oxford University Press 2011): 3–24.
- Anthony Duff, *The Realm of Criminal Law* (Oxford University Press, 2018).
- Arthur Ripstein, “Beyond the Harm Principle”, *Philosophy and Public Affairs*, 34 (3) (2006): 215–224.
- Arthur Ripstein, *Force and Freedom: Kant’s Legal and Political Philosophy* (Harvard University Press 2009).
- Carol Steiker, “The Death Penalty and Deontology”, in *The Oxford Handbooks of Philosophy of Criminal Law*, Eds. John Deigh and David Dolinko (Oxford University Press 2011): 441–464.
- Christopher W. Morris, “Punishment and Loss of Moral Standing”, *Canadian Journal of Philosophy*, 21 (1) (1991): 53–79.

- Christopher Wellman, "Rights and State Punishment", *Journal of Philosophy*, 106 (8) (2019): 419–439.
- Christopher Wellman, *Rights Forfeiture and Punishment* (Oxford University Press 2017).
- David Boonin, *The Problem of Punishment* (Cambridge University Press 2008).
- Don E Scheid, "Note on Defining 'Punishment'", *Canadian Journal of Philosophy*, 10 (3) (1980): 453–462.
- Gerald Dworkin, "The Limits of the Criminal Law", in *The Oxford Handbooks of Philosophy of Criminal Law*, Eds. John Deigh and David Dolinko (Oxford University Press 2011): 3–16.
- Ian Mcleod, *Legal Theory* (MacMillan Press 1999).
- Immanuel Kant, *The Philosophy of Law* (T & T Clark Press 1887) (W. Hastie, Trans.).
- Jeffrey Reiman, "Justice, Civilization, and the Death Penalty: Answering van den Haag", *Philosophy & Public Affairs*, 14 (2) (1985):115–148.
- Joel Feinberg, "Legal Paternalism", in *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty: Essays in Social Philosophy: Essays in Social Philosophy* (1991): 110–129.
- Joel Feinberg, "The Expressive Function of Punishment" (reprinted in Joel Feinberg, *Doing and Deserving* [Princeton, NJ: Princeton University Press, 1970], 95–118).
- John Kelly, *A Short History of Western Legal Theory* (Oxford University Press 1994).
- John Simmons, "Locke and the Right to Punish", *Philosophy and Public Affairs*, 20 (4) (1991): 311–349.
- Joseph Raz, "The Rule of Law and Its Virtue", *Law Quarterly Review*, 93 (2) (1977):195–211.
- Khodadadi, Bahman, "An Analysis of the Evolution of the Rule of Law in Europe (Transition from Ancient Greece to the Middle Ages)" in Tahmures Bashirie, ed, *The Fruit of Life: Collection of Articles on Honouring Professor Golduzian* (Tehran, Majd, 2019), pp.189-205 [In Persian].
- Lindsay Farmer, *Criminal Law, Tradition and Legal Order* (Cambridge University Press 2005).
- Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (New Haven Press 1978).
- Martha Nussbaum, *Anger and Forgiveness* (Oxford University Press 2016).

- Matthew D. Adler, “Expressive Theories of Law: A Skeptical Overview”, University of Pennsylvania Law Review, 148 (5) (2000): 1363–1501.
 - Michael Moore, “Tale of Two Theories”, Criminal Justice Ethics, 28 (1) (2009): 27–48.
 - Nelso T. Potter, “Kant and Capital Punishment Today”, Value Inquiry, 36 (2000): 267–282.
- Raimond Gaita, Good and Evil: An Absolute Conception (Routledge Press 2004).
- Rasekh, Mohammad, “Modernity and Religious Rights” in The Right and Expediency: Articles on Philosophy of Law, Philosophy of Right, and Philosophy of Value (Tehran, Ney, 2017) pp. 41-74 [In Persian].
- Robert Nozick, Anarchy, State, and Utopia (Willey-Blackwell Press 2001).
- Steven Wall, “Neutralism for Perfectionists: The Case of Restricted State Neutrality”, Ethics, 120 (2) (2010): 232–256.
- Vincent Chiao, Criminal Law in the Age of Administrative State (Oxford University Press 2019).
- W. D. Ross, The Rights and the Good (Oxford University Press 1930).

