



University of Tehran Press

The Formation of Modern Criminal Law in Light of the Constitution of the Public

Zahra Sarempour¹ | Seyyed Saeed Mousavi Asl²

1. Ph.d. Student in Criminal Law and Criminology, Department of Criminal law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, University of Shiraz, Iran. Email: sarempour1995@gmail.com
2. Corresponding Author; Assistant Pro, Department of Criminal law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, University of Shiraz, Iran. Email: s.s.rastkhadiy@gmail.com

Article Info	Abstract
<p>Article Type: Research Article</p> <hr/> <p>Pages: 1-28</p> <hr/> <p>Received: 2026/01/17</p> <p>Received in Revised form: 2026/02/23</p> <p>Accepted: 2026/04/21</p> <p>Published online: -----</p> <hr/> <p>Keywords: <i>Criminal Law, Governance, The Public, Reason of state.</i></p>	<p>Although dealing with crime has long been relevant for the preservation of the moral and value-based boundaries of societies, it takes on a new form in the modern era in light of the reason of state. In the pre-modern conception, penal thought is oriented toward interpersonal moral concepts such as error, fault, desert, excuse, blame, responsibility, and punishment, and is ethical in nature. On the threshold of the birth of modern criminal law, however, the pre-modern moral, ethical, and religious perspective on social norms and private rights is marginalized. Through the constitution of the public and under modern governance, the reason of state redefines criminal law as public law. The state emerges as a reality “in itself” and “for itself” independent of any external matter (including theological and moral concerns), and in a “self-governing” manner. Consequently, “criminal law knowledge” also acquires a secular identity, independent of any divine or religious epistemic framework. With the formation of nation-states and the separation of the public sphere from the private, public law emerges as a limiting factor on the boundless power of governance in domestic administration and politics. Thus, “criminal law as public law” takes shape based on the values of public institutions and under the aegis of the public.</p>
<p>How To Cite</p>	<p>Sarempour, Zahra; Mousavi Asl, Seyyed Saeed (2026). The Formation of Modern Criminal Law in Light of the Constitution of the Public. <i>Public Law Studies Quarterly</i>, -- (--), 1-28. DOI: https://doi.com/10.22059/jplsqt.2026.409724.3915</p>
<p>DOI</p>	<p>10.22059/jplsqt.2026.409724.3915</p>
<p>Publisher</p>	<p>The University of Tehran Press.</p>





شکل گیری حقوق کیفری مدرن در پرتو تکوین امر عمومی

زهرا صارم پور^۱ | سید سعید موسوی اصل^۲ ✉

۱. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، ایران.

رایانامه: sarempour1995@gmail.com

۲. نویسنده مسئول: استادیار حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، ایران.

رایانامه: s.s.rastkhadiv@gmail.com

اطلاعات مقاله	چکیده
<p>نوع مقاله: پژوهشی</p> <p>صفحات: ۲۸-۱</p> <p>تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۱۰/۲۷</p> <p>تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۱۲/۰۴</p> <p>تاریخ پذیرش: ۱۴۰۵/۰۲/۰۱</p> <p>تاریخ انتشار برخط: -----</p> <p>کلیدواژه‌ها: امر عمومی، حقوق کیفری، حکمرانی، عقلانیت دولت.</p>	<p>هرچند مواجهه با جرم با هدف حفظ حریم اخلاقی و ارزشی جوامع از دیرباز موضوعیت داشته است، در دوره مدرن و در پرتو «عقلانیت دولت» در صورت جدیدی تعیین پیدا می‌کند. در تلقی ماقبل مدرن، اندیشه کیفری معطوف به مفاهیم اخلاق بینافردی مانند خطا، تقصیر، استحقاق، عذر، سرزنش، مسئولیت، و کیفر است و حیثی ارزشی دارد؛ درحالی‌که در آستانه تولد حقوق کیفری مدرن دیدگاه اخلاقی و ارزشی و دینی ماقبل مدرن به هنجارهای اجتماعی و حق‌های خصوصی به حاشیه می‌رود و عقلانیت دولت، با تکوین امر عمومی و ذیل حکمرانی مدرن، حقوق کیفری را به مثابه حقوق عمومی بازشناسی می‌کند. دولت به عنوان واقعیتی «در خود» و «برای خود» و مستقل از هر امر بیرونی (از جمله امور الهیاتی و اخلاقی) و به صورتی «خودحکمران» رخ می‌نماید و «دانش حقوق کیفری» نیز هویتی سکولار و مستقل از هر نوع دستگاه معرفتی الهی و دینی پیدا می‌کند. با تکوین دولت-ملت‌ها و تفکیک حوزه عمومی از خصوصی، حقوق عمومی به مثابه عاملی برای تحدید قدرت بی‌کران حکمرانی در حوزه مدیریت و سیاست داخلی ظهور می‌یابد. بنابراین «حقوق کیفری به مثابه حقوق عمومی» بر اساس ارزش‌های نهادهای عمومی و ذیل امر عمومی شکل می‌گیرد.</p>
استناد	صارم پور، زهرا؛ موسوی اصل، سید سعید (۱۴۰۵). شکل گیری حقوق کیفری مدرن در پرتو تکوین امر عمومی. <i>مطالعات حقوق عمومی</i> ، -- (--)، ۱-۲۸. DOI: https://doi.com/10.22059/jplsq.2026.409724.3915
DOI	10.22059/jplsq.2026.409724.3915
ناشر	مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.



۱. مقدمه

هرچند حقوق کیفری در معنای عام و لغوی آن، به عنوان دانشی که معطوف به موضوعات جرم و مجازات است، در تاریخ اندیشه حقوقی همواره به مثابه کهن‌ترین گرایش حقوق مورد توجه بوده است، آنچه در دوره مدرن و به‌ویژه مقارن با عصر روشنگری اروپا با نام حقوق کیفری شکل می‌گیرد تفاوتی اساسی با صورت‌های تاریخی قبل از این دوره دارد. این تمایز بیش از هر چیز به عقلانیت سیاسی مدرن و ایده «عقلانیت دولت»^۱ بازمی‌گردد که برای اولین بار هم‌زمان با تکوین تفکر سیاسی و اجتماعی مدرن مطرح می‌شود.

در تلقی متعارف بین اندیشمندان حقوق در ایران، اینکه حقوق کیفری مدرن ذیل حقوق عمومی قرار می‌گیرد بیش از هر چیز به این دلیل است که در حقوق کیفری مدرن ارزش‌های اجتماعی موضوعیت دارند و اساساً اهمیت این ارزش‌ها در نظام اجتماعی است که بار صیانت از آن‌ها را بر عهده دولت قرار می‌دهد؛ به گونه‌ای که دولت به نمایندگی از همه اعضای جامعه به دفاع از ارزش‌ها و هنجارهای اجتماعی در برابر تعرض به آن‌ها می‌پردازد (اردبیلی، ۱۴۰۲: ۴۶؛ منصورآبادی، ۱۳۹۹: ۵۷). این در حالی است که چگونگی تکوین حقوق کیفری مدرن در آستانه تجدید اروپایی حاکی از آن است که حقوق کیفری در این دوره بر بنیاد دفاع از مرزهای اخلاقی و ارزشی جامعه شکل نمی‌گیرد و اینکه این گرایش در دوگانه حقوق خصوصی و حقوق عمومی به حقوق عمومی پیوند می‌خورد بیش از هر چیز به دلیل آن است که حقوق کیفری در دوره مدرن معطوف به «امر عمومی»^۲ است. بر همین اساس، در حقوق کیفری مدرن با موضوعات و مسائل زیادی مواجه می‌شویم که الزاماً جنبه اخلاقی و ارزشی ندارند و در عین حال به این دلیل که در گستره امر عمومی تعریف می‌شوند در گستره حقوق کیفری قرار گرفته‌اند.

در تلقی ماقبل مدرن، جرم رفتاری است که تعرض به هنجارها و ارزش‌های جامعه محسوب می‌شود (دورکیم، ۱۳۸۷: ۷۷) و به همین دلیل نیز ماهیتی اخلاقی و ارزشی پیدا می‌کند (گیدنز، ۱۳۶۳: ۲۰ و ۲۱) و اعضای جامعه به اشکال مختلف در برابر رفتار مخالف ارزش‌ها و هنجارها واکنش نشان می‌دهند (Pearce, 2001: 22). بنابراین اگر حاکمیت نیز در مقام دفاع از ارزش‌های اجتماعی به مقابله با مجرم می‌پردازد همان واکنش اجتماعی را در مقیاسی کلان‌تر بر عهده می‌گیرد؛ به تعبیر دیگر بر مبنای همان منطق ارزشی و اخلاقی بینافردی، البته در سطحی وسیع‌تر، عمل می‌کند. اینکه حقوق کیفری مدرن در پرتو چه زمینه فکری ماهیتی متمایز از صورت‌های مشابه تاریخی پیدا می‌کند و مصداقی از حقوق عمومی تلقی می‌شود پرسشی اساسی است که پاسخ به آن نه تنها ماهیت حقوق کیفری مدرن را روشن می‌کند، بلکه از وجهه نظر اندیشه مدرن نسبت به ماهیت موضوعاتی چون پدیده مجرمانه، واکنش جزایی، مسئولیت کیفری، و سایر مفاهیم و ایده‌های مربوطه پرده برمی‌دارد.

1. reason of state
2. public

با عنایت به مباحث یادشده، پرسش اصلی این پژوهش آن است که «حقوق کیفری مدرن در پرتو چه زمینه و مبنای فکری و معرفتی به مثابه حقوق عمومی صورت‌بندی می‌شود؟» در پاسخ به این سؤال و به عنوان فرضیه پژوهش می‌توان گفت: «حقوق کیفری مدرن، در پرتو عقلانیت دولت و تفکیک امر عمومی از امر خصوصی و بر اساس ماهیت خودقانونگذار دولت، معطوف به امر عمومی شکل می‌گیرد و ماهیت حقوق عمومی پیدا می‌کند و در مقام دفاع از حق‌های خصوصی و ارزش‌های اخلاقی با منطق پیشاسیاسی نیست». با هدف اثبات فرضیه یادشده، در این مقاله ابتدا به تبیین و تحلیل ایده «عقلانیت دولت» پرداخته می‌شود و اقتضائات آن مورد بحث قرار می‌گیرد. سپس، با تحلیل روند تفکیک امر عمومی از امر خصوصی، صورت‌بندی حقوق کیفری به مثابه مدافع حق‌های خصوصی و دفاع از منطق اخلاقی و ارزشی سنتی نقد می‌شود. و در نهایت، تکوین حقوق کیفری مدرن در پرتو ایده حکمرانی مدرن به مثابه حقوق عمومی اثبات می‌شود.

۲. عقلانیت دولت و تفکیک امر عمومی از امر خصوصی

تکوین دولت-ملت در دوره مدرن با عقلانیتی نوین در زمینه حکمرانی پدیدار شد که از آن با عنوان حکمرانی مبتنی بر «عقلانیت دولت»^۱ یاد می‌شود. این عقلانیت، متفاوت از رویکرد سنتی به حکمرانی، از یک جهت دولت را به مثابه واقعیتی مستقل و ویژه، مجزا از ابعاد الهیاتی و اخلاقی، تعریف کرد و از جهت دیگر با ایجاد تمایز میان امر عمومی و امر خصوصی زمینه‌ای فراهم کرد تا حقوق کیفری با محوریت دولت به مثابه «حق حکومت و دولت» متعین شود. از همین رو به تعبیر برخی اندیشمندان می‌توان گفت که سرآغاز تاریخ اندیشه حقوقی-سیاسی مدرن اساساً با دکترین «عقلانیت دولت» رقم خورده است (Loughlin, 2017: 141)؛ چنان که متفکران معاصر حقوق کیفری تأکید کرده‌اند حقوق کیفری مدرن به مثابه امری اساساً سیاسی وابسته به نظریه سیاسی جدید است و از همین رو «اهداف حقوق کیفری ... منعکس‌کننده یا سازگار با شناسایی متقابل شهروندی همگانی» (Duff et al., 2010: 986) هستند.

گرچه امروزه تقسیم‌بندی جامعه به دو حوزه خصوصی و عمومی امری متداول است، این امر نباید موجب نادیده گرفتن این واقعیت شود که چنین تفکیکی به معنای دقیق کلمه همان *respublica* معلق به دولت-شهرهای روم و یونان باستان نیست که طی تطورات تاریخی در سده‌های قرون میانه به آخرین مرحله تطور خود در دوران جدید رسیده باشد (See: Arendt, 1958)؛ بلکه خود این تفکیک، توأم با ظهور معنای جدیدی از قلمرو عمومی، اساساً حاصل دوران مدرن است. بنابراین، می‌توان گفت به لحاظ تاریخی پیدایش و طرح مسئله حوزه عمومی مقدم بر حوزه خصوصی است. حوزه عمومی از سوی فیلسوفان و روشنفکران به عنوان عرصه‌ای مطرح شد که در آن اندیشیدن فارغ از هر گونه مذهب و تعلقی صورت پذیرد؛

1. reason of state

از سوی دیگر این حوزه به مرور به مثابه حوزه عمل دولت شناخته شد. گسترش عرصه عمومی ابتدا به مثابه ایجاد حوزه‌های مستقل از دین بود. اما یکسان انگاشته شدن حوزه عمومی با حوزه نفوذ دولت منجر به گسترش قدرت دولت و طرح مسئله حفظ آزادی‌های فردی شد. در همین زمینه حوزه خصوصی برای حفاظت از فرد و آزادی فردی در برابر گسترش حوزه عمومی به مثابه قلمرو صلاحیت انحصاری دولت به وجود آمد.

در نخستین نقطه عطف ظهور امر عمومی در عصر رنسانس، حوزه عمومی به مثابه عرصه ظهور قدرت دولت سکولار مدرن و به منظور کنار زدن سلطه و نفوذ کلیسا ظاهر می‌شود. در این دوره، حوزه عمومی یا همان ساحت قدرت دولت مدرن، دولت مقتدر، یا لویاتانی که هابز بیان می‌کند کل حیات اجتماعی را در بر می‌گیرد. در این دوره برخلاف دوره بعدی، که در آن عرصه عمومی محدود می‌شود، حوزه عمومی همان عرصه شکوفایی تجدد و زمینه‌ساز به حاشیه رانده شدن نفوذ کلیسا و دین است. این عرصه همان عرصه‌ای است که در آن قانون طبیعی مدرن باید تسلط داشته باشد.

پیش از دوران مدرن، کل حیات اجتماعی هستی یک پارچه داشت و تفکیک دو حوزه عمومی و خصوصی بلاوجه بود. البته به یک معنا بیان تفکیک حوزه عمومی و خصوصی در دوآلیسم پاپ و پادشاه در قرون وسطای مسیحی وجود دارد و به این معنا پیش‌تاریخ سکولاریسم و ظهور حوزه‌های عمومی و بعدها حوزه خصوصی از وجهی می‌تواند همین دوآلیسم مسیحی باشد. لکن این دوآلیسم در قرون وسطا پررنگ نبود؛ پادشاه مشروعیت خود را از کلیسا کسب می‌کرد و فارغ و مستقل از آن نبود. حتی دولت انگلیس هم، که خود را از کلیسای روم جدا کرد، به کل فارغ از مشروعیت مذهبی نبود و با تشکیل کلیسای سلطنتی انگلستان خلأ مشروعیت دینی خود را پر کرد.

در دوران رنسانس بود که حوزه عمومی به عنوان منطقه گریز از قدرت دین ظهور کرد که عرصه عمل دولت ملی مدرن بود. این هم‌زمان است با ظهور دولت - ملت‌ها و نیز رشد نظام سرمایه‌داری. سرمایه‌داری در نظام فئودال مبتنی بر کلیسا و بازارهای محلی آن عقیم می‌ماند. سرمایه‌داری مستلزم شکست قدرت کلیسا و شکل‌گیری بازار مصرف بزرگ‌تر از بازارهای محلی بود. دولت ملی قلمرو بازار ملی را برای رشد منطق سرمایه‌داری فراهم می‌آورد. این گونه بود که حوزه عمومی به مثابه عرصه ظهور سرمایه‌داری ملی متولد شد که ضامن بقای چارچوب‌ها و مناسبات آن هم خود دولت مقتدر ملی است.

در مرحله دوم، که مصادف با عصر روشنگری است، گسترش اقتدار دولت مانع شکوفایی فردیت انسان مدرن و همچنین مانع توسعه سرمایه‌داری محسوب می‌شود. در این مرحله است که حوزه خصوصی در برابر حوزه عمومی در عرصه عمل دولت مدرن قد علم می‌کند و بدین ترتیب به مثابه محدودکننده عرصه عمومی طرح می‌شود و معنا پیدا می‌کند. بنابراین تفکیک حوزه عمومی و حوزه خصوصی به طور عمده مربوط به این دوره است. حتماً ظهور فردیت مدرن بی‌ارتباط با توسعه سرمایه‌داری نیست. انسان ایده‌آل

سرمایه‌داری همان انسان فردگرایی است که سود شخصی‌اش و نه عقاید و هنجارهای اخلاقی و دینی‌اش مبنای عمل اجتماعی و فردی اوست. این همان انسان گزل‌شافتی یا انسان دورکیمی است که وجدان فردی فربه‌تری نسبت به انسان‌های سنتی دارد. همان انسان وبری است که عقلانیت‌ابزاری منطق عمل اوست. او همان تولیدکننده و مصرف‌کننده ایده‌آل سرمایه‌داری است. همان انسانی است که واحد اصلی تحلیل در اقتصاد کلاسیک مدرن قرار می‌گیرد و منطق سرمایه‌داری را موجه می‌سازد. گسترش مناسبات سرمایه‌داری زمانی که به شکل‌گیری یک قشر اجتماعی با این خصوصیات منجر شد و طبقه متوسط شهری مدرن به وجود آمد زمینه برای انقلاب سیاسی مدرن و ظهور نظام سیاسی دموکراسی، که در تناسب کامل با چنین انسانی است، فراهم شد و بدین ترتیب تجدد از مرحله واسط قبلی، که آن را از عصر سلطه کلیسا رهایی بخشیده بود، عبور کرد و دموکراسی‌های مدرن جایگزین دولت‌های مقتدر مدرن شدند و هم‌زمان حوزه خصوصی در برابر حوزه عمومی برجسته شد. این همان مرحله‌ای است که فوکویاما آن را پایان تاریخ می‌داند؛ در این دوره نظم و آزادی هر دو با هم به ارمغان می‌آید. چون مسئله اساسی تجدد مسئله پارادوکس نظم اجتماعی و فردیت و آزادی فردی است. گویی تا پیش از ظهور لیبرال دموکراسی این دو همواره از هم گریزان بوده‌اند و با ظهور دموکراسی‌های لیبرال این دو در یک سامان گرد هم می‌آیند. در اینجا دولت حداقلی که ضامن بقای نظم مدنی و همچنین ضامن حفظ آزادی‌های فردی است و حوزه‌های خصوصی گسترده‌ای که تا حدود زیادی از دست‌اندازی دولت و قدرت مصون‌اند وجود دارد.

مفهوم «امر عمومی»، به عنوان یکی از مفاهیم بنیادین اندیشه سیاسی و حقوقی جدید، از تاریخ اندیشه در دوران پیشامدرن غایب است (طباطبایی، ۱۳۹۵: الف: ۶۸). چون غایت حوزه امر عمومی تأمین مصالح است و این جز با توجه به منطق ویژه آن و در چارچوب اندیشه حکومت قانون به عنوان تنها امکان تحقق و تأمین آن ممکن نیست (طباطبایی، ۱۳۹۵: ب: ۱۶۷)؛ منطقی که با منطق حاکم بر رویکرد اخلاقی-الهیاتی کاملاً متفاوت است. امر عمومی به عنوان موضوع دولت از امر خصوصی متمایز (سلطانی، ۱۳۹۹: ۱۸۷) و قلمرو عمومی^۱ به مثابه عرصه اقدامی که تنها دولت صلاحیت تنظیم آن را دارد

۱. در این نوشتار، مقصود از قلمرو عمومی با آنچه در معنای اصطلاحی مرسوم در اندیشه کسانی همچون هابرماس «حوزه عمومی» خوانده می‌شود متفاوت است و حتی در مقابل آن قرار دارد. حوزه عمومی در معنای اصطلاحی آن (public sphere) در اندیشه کسانی چون هابرماس به قلمرو جامعه مدنی تعلق دارد. به تعبیر دیگر، ایده حوزه عمومی شکل تکامل‌یافته مفهوم جامعه مدنی محسوب می‌شود. لکن آنچه ما از قلمرو عمومی در این پژوهش مراد می‌کنیم، خود، بر تفکیک جامعه از دولت بنا شده و در مقابل حوزه متعلق به جامعه قلمرو صلاحیت انحصاری دولت محسوب می‌شود. از همین حیث است که امر عمومی با قلمرو عمومی پیوند دارد. اما در نقطه مقابل اصطلاح حوزه عمومی در بیان کسانی چون هابرماس قرار می‌گیرد. اگر قدری دقیق‌تر به مسئله نظر کنیم، خواهیم دید که در واقع از آنجا که حوزه عمومی، به معنای اصطلاحی آن، محصول ارتباط جامعه و دولت است و قلمرو عمومی در معنای مد نظر ما حوزه اختصاصی دولت محسوب می‌شود، چنان که به نظر می‌رسد، این دو مفهوم (حوزه عمومی و قلمرو عمومی) چندان هم در مقابل هم قرار ندارند؛ هرچند اساساً با هم تفاوت معنایی دارند. در نهایت قلمرو عمومی در معنای مد نظر ما، بیش از آنکه با حوزه عمومی در معنای مصطلح پیوند داشته باشد، با مفهوم امر عمومی و حق عمومی پیوند دارد و به تعبیری به مثابه قلمرو تعیین یافتن امر عمومی و حق عمومی طرح می‌شود (Habermas, 1989).

از عرصه خصوصی تفکیک می‌شود (مکلد، ۱۳۸۵: ۵۶).

رسالت حکمرانی دولتی، برخلاف دوران قرون وسطی، دیگر نمی‌توانست تضمین رستگاری اخروی اتباع باشد.^۱ این دولت نه نمودی از اراده الهی در جهان، بلکه یک واقعیت خاص و منفک به شمار می‌رفت. به بیان دیگر، آنچه در عصر پیشامدرن به عنوان اراده الهی تلقی می‌شد در دوران مدرن جای خود را به عقلانیت دولت داد (وینسنت، ۱۳۸۱: ۱۱۲ و ۱۱۶). حکمرانی مبتنی بر عقلانیت دولت در عرصه اقتصادی به شکل «سوداگرایی»^۲ تجلی یافت و در عرصه سیاسی-حقوقی نیز دارای دو نمود در سیاست داخلی و خارجی بود. این سه شیوه‌هایی به هم پیوسته از حکمرانی هستند که مبتنی بر ایده عقلانیت دولت به یکدیگر پیوند می‌خورند؛ به گونه‌ای که دولت هم بنیاد هم بستر تحقق آن‌هاست.

در پرتو عقلانیت دولت، در حوزه تعاملات میان دولت‌های مختلف هدف اصلی صیانت از منافع ویژه هر دولت در برابر سایر دولت‌ها و نفی اندیشه امپراتوری فراگیر است. بدین ترتیب، دولت به منظور حفظ استقلال خود ناگزیر به محدود ساختن اهداف خویش و نوعی «خودکنترلی»^۳ در عرصه سیاست خارجی است. اما هنگامی که بحث بر سر قدرتی مستقل در تقابل با دیگر قدرت‌ها نیست، بلکه موضوع مدیریت یک اقتدار عمومی برای ساماندهی رفتار شهروندان است، اهداف حکمرانی دیگر مرزی نمی‌شناسد. دقیقاً در چنین نقطه‌ای است که قانون، به عنوان مرز بیرونی برای ضابطه‌مند کردن عقلانیت دولت، پدیدار شد و گفتمان حقوق عمومی-که بارزترین تجلی آن در حقوق کیفری است- در سده هفدهم و در واکنش به این شیوه نوین حکمرانی و با هدف محدودسازی قدرت آن در حیطه حکمرانی داخلی تکوین یافت؛ سده‌ای که برای نخستین بار ایده‌های متعین مدرن در خصوص دولت و قانون ظهور کرد (Skinner, 1978).

دولت، یا به عبارت بهتر حکمرانی بر اساس عقلانیت دولت، در سیاست خارجی یا روابطش با دولت‌های دیگر هدف محدودتری دارد. این خودمحدودسازی^۴ خارجی خصیصه متمایز عقلانیت دولت است (فوکو، ۱۳۹۱: ۱۶). از سوی دیگر سیاست داخلی^۵ یا دولت پلیسی دقیقاً هدف یا مجموعه‌ای از اهداف را در پی دارد که می‌توان آن‌ها را نامحدود توصیف کرد. چون هدف کسانی که در دولت پلیسی حکمرانی می‌کنند، علاوه بر پایش فعالیت گروه‌ها و نظم‌ها، پایش فعالیت در جزئی‌ترین و فردی‌ترین سطح است. برعکس حالتی که مسئله قدرتی مستقل در برابر قدرت‌های دیگر مطرح است، حکمرانی بر

۱. به تعبیر روسو: «سرنوشت اتباع در دنیای دیگر ارتباطی با هیئت حاکمه ندارد [بلکه] فقط این امر برایش مهم است که مردم در این دنیا به وظیفه خود عمل کنند» (Rousseau, 1999: 4-8).

2. mercantilism
3. self-control
4. self-limitation
5. internal policy

اساس عقلانیت دولت اهدافی محدود دارد. زمانی که مسئله مدیریت یک قدرت عمومی^۱ برای تنظیم رفتار اتباع است اهداف حکمرانی حد و حصر ندارد. محدود بودن اهداف حکومت در مناسبات بین‌المللی با فقدان محدودیت در اعمال حکمرانی در سیاست پلیسی (سیاست داخلی) تلازم دارد (فوکو، ۱۳۹۱: ۱۷ و ۱۸).

در دوران مدرن، ظهور ایده عقلانیت دولت موجب شکستن بنای اخلاق و معرفت سنتی شده است. عقلانیت جدید حکمرانی^۲ بقای خود را به غایتی در خود تبدیل می‌کند و جلوه‌های اجتماعی آن در پوشش قوانین ظاهر می‌شود. اندیشمندان مدرن عقلانیت دولت را به عنوان غایتی فی نفسه تعریف می‌کنند؛ به تعبیر هگل، عقلانیت دولت «در خود»^۳ و «برای خود»^۴ است (Hegel, 2003: 258). در این تعریف دولت تنها با خودش قابل سنجش است. پس به هیچ وجه هیچ قانون موضوعه‌ای، چه قانون اخلاقی چه قانون طبیعی، را نمی‌توان از بیرون بر دولت تحمیل کرد. دولت تنها در بازگشت به خود قابل سازماندهی است و خیر خود را بدون هیچ هدف بیرونی می‌جوید. دولت قرار نیست به چیزی مانند رستگاری حاکم یا رستگاری ابدی انسان‌ها یا غایتی مبتنی بر تکامل انسان‌ها منتهی شود.

علم مدرن محرک گسست زنجیره نگاه الهیاتی به جهان در گذار به عصر مدرن شد و نشانه پایان حکومت الهی بر جهان بود. علم مدرن مکمل قدرت حاکم می‌شد تا حاکم سکولار با ایجاد نوع متمایزی از حکمرانی فقدان حکومت الهی را پوشش دهد (Foucault, 2007: 234-237). علم مدرن با تبدیل موجودات به ابژه علم و قرار گرفتن آن‌ها در برابر سوژه عالم پدید آمده است. از نظر دکارت عالم همان نیست که به چشم و تجربه هر کس می‌آید؛ بلکه حقیقت آن چیزی است که به صورت ریاضی در نظر عالم طبیعت آشکار می‌شود (داوری اردکانی، ۱۳۸۶: ۲۵). از یک سو فن حکمرانی پیرو حاکمیت قانون سیاسی پدیدار می‌شود و از سوی دیگر قانون و قانونگذاری و اجرای قانون اساساً از سطوح ایده فن حکمرانی محسوب می‌شوند.

می‌توان گسستی اساسی، که عقلانیت حکمرانی مدرن را از عقلانیت حکمرانی سنتی متمایز می‌کند، با اشاره به کتاب توماس آکوئیناس، یعنی برای سلطنت، تشریح کرد (عباسی و همکاران، ۱۴۰۱: ۲۰۳). به نظر آکوئیناس، حاکم تنها جایی می‌تواند فرمانروایی کند که بخشی از زنجیره «الهیاتی - کیهانی» باشد؛ زنجیره‌ای که از خداوند آغاز می‌شود و به واسطه طبیعت به سوی انسان‌ها ادامه پیدا می‌کند. همان‌طور که

1. public power

۲. مقصود از reason در این ترکیب و نیز در اصطلاح مصلحت دولت که معادل آن نیز reason of state است، چنان که گوئی‌تچاردنی در فاصله سال‌های ۱۵۲۱ تا ۱۵۲۳ برای اولین بار آن را به کار برد، عقلانیت و منطق خلاف منطق الهیاتی بود که در زمینه امور سیاسی به کار می‌رود (Viroli, 1992: 1). (see:)

3. in sich

4. fur sich

خداوند جهان خلقت و روح افراد را هدایت می‌کند، پادشاه نیز انسان‌ها را به سوی رستگاری هدایت می‌کند. بنابراین این شکل از حکومت مستقل نیست و به لحاظ مفهومی و همچنین عملی خودمختار^۱ نیست (Foucault, 1988: 149-150; Foucault, 1981: 244). توماس هابز در *لویاتان* در فصلی با عنوان «در باب دولت مسیحی» به حکومت خداوند در تلقی ماقبل مدرن می‌پردازد و بیان می‌کند که خداوند از همان آغاز خلقت با تکیه به قدرت و شوکت خویش به مفهومی طبیعی بر همه آدمیان حکومت کرده است (هابز، ۱۳۹۱: ۳۵۴). این زنجیره در سده شانزدهم دچار گسست می‌شود؛ اخترشناسی کوپرنیکی و فیزیک گالیله نشان دادند که خداوند به واسطه قوانین کلی و عام و قابل فهم، که می‌توانند با قواعد منطق و ریاضی توضیح داده شوند، بر جهان فرمانروایی کرده است. طبیعت که قبلاً متشکل از معجزات، قیاس‌ها، و نشانه‌ها بوده به چیزی قابل محاسبه تبدیل می‌شود (Foucault, 2007: 232-234). علم جدید با طرح ریاضی طبیعت قوام یافته است. گالیله با این سخن فیزیک جدید را تأسیس کرد که خداوند جهان را با قلم ریاضی خلق کرده است. از نظر وی، طرح ریاضی عالم عین طبیعت است (داوری اردکانی، ۱۳۸۶: ۲۴).

کشف قاعده‌مندی‌های کلی در طبیعت مقارن با ظهور رویکردی جدید در سیاست تحقق یافت. ایده جدید آن بود که رابطه حاکم با شهروندان از زنجیره الهی بر زمین پیروی نمی‌کند و چیزی متفاوت از رابطه خداوند و طبیعت است. در این چارچوب سیاسی بی‌سابقه حاکم دیگر مسئولیت هدایت بشر به سوی رستگاری را ندارد، بلکه باید آن‌ها را درون یک حوزه خودمختار هدایت کند؛ دولت و عقلانیت دولت عناصر یک فن جدید حکمرانی را تشکیل دادند که تا آن زمان چنین مدلی ایجاد نشده بود (Foucault, 1981: 240). عقلانیت دولت از سنت مسیحی گسسته شد و در پی فاصله گرفتن از یک نحو حکومت بود که مبتنی بر رویکرد الهیاتی قابل توجیه و مشروع باشد. فن جدید حکمرانی در پی ارائه نوع جدیدی از عقلانیت بود که تابع قواعد بیرون از خود نباشد. عقلانیت دولت در پی شکلی از عقلانیت بود که از عوامل تعیین‌کننده بیرونی رها باشد. با عقلانیت دولت، دولت به مثابه یک واقعیت خودمختار ظاهر شد (عباسی و همکاران، ۱۴۰۱: ۲۰۴ - ۲۰۵). در حقیقت «ما از یک فن حکومت که اصول آن از فضیلت‌های سنتی برگرفته شده بودند ... به سوی یک فن حکومت کردن که اصول عقلانیت و حوزه خاص کاربرد خود را در دولت می‌یابد» (Foucault, 2007: 364) گذار کردیم. بنابراین از آنجا که دولت از قوانین الهی نشئت نگرفته هیچ تعهدی نیز در برابر آن‌ها ندارد (Foucault, 1988: 151). فوکو فهم سیاسی از قدرت را برای گذار به حکومت، به مثابه یک فن، اساسی می‌داند و فهم شبانی از قدرت را نه تنها از دوران جدید غرب بلکه حتی از یونان و روم باستان بیگانه می‌انگارد (Foucault, 2007: 127-128). برخلاف سده‌های میانه که در آن اقدام قضایی به نوعی در جهت تحکیم قدرت سلطنتی عمل می‌کرد، در پرتو عقلانیت نوین حکمرانی

بر اساس مصلحت دولت در قرن شانزدهم و به‌ویژه اوایل قرن هفدهم، «قانون» به بنیانی برای مهار توسعه بدون حد و حصر دولت- که در قالب دولت پلیسی عینیت می‌یابد- تبدیل می‌شود. نظریه حقوقی و قانون دیگر نه در خدمت تقویت قدرت سلطنتی بلکه در جهت تحدید آن عمل می‌کنند (فوکو، ۱۳۹۱: ۱۸).

اولین و مهم‌ترین ویژگی قدرت حاکم پیوند آن با «قانون» است. قدرت حاکم هرچند مافوق نظم حاکم عمل می‌کند، به عنوان نظامی از تعهدها و ممنوعیت‌های حقوقی در نظر گرفته می‌شود و با ابزارهای آن یعنی به واسطه قانون نیز اعمال می‌شود (فوکو، ۱۳۹۰: ۸۵ - ۸۶). دوم، قوانین به عنوان نظامی از قواعد الزام‌آور مدعی اعتبار کلی هستند؛ اما در عین حال قوانین در حالتی گسسته مداخله می‌کنند. آن‌ها تنها زمانی وارد عمل می‌شوند که قانون نقض می‌شود. سوم، نیروی قانون همیشه با نیروی فیزیکی پشتیبانی می‌شود که به معنای تهدید خشونت (مشروع) در صورتی است که شخص از قانون تبعیت نکند. چهارم، قدرت حاکم در پی اتخاذ نظم حقوقی دولتی درون یک قلمرو مشخص است؛ که مشخصاً می‌تواند دربرگیرنده تغییر آن نظم نیز باشد (Foucault, 2007: 9-11).

در مجموع در اینجا قدرت به نحوی مورد توجه قرار می‌گیرد که گویی منشأ آن در یک سوژه (حاکم یا جانشین آن: دولت) قرار داشته و درون یک نهاد مشخص قرار گرفته است. با این نگاه، قدرت نیز تا حد زیادی امری منفی در نظر گرفته می‌شود (عباسی و همکاران، ۱۴۰۱: ۱۹۴ - ۱۹۵). مثلاً هابز در مقام تعریف دولت بیان می‌کند: «دولت عبارت است از شخصی که جمع کثیری از آدمیان به موجب عهد و پیمان با یک‌دیگر خودشان را یک به یک مرجع اعتبار و جواز اعمال او ساخته‌اند تا اینکه او بتواند تمامی قوا و امکانات همه آن‌ها را، چنان که خود مقتضی می‌بیند، برای حفظ آرامش و امنیت و حراست عمومی به کار ببرد.» (هابز، ۱۳۹۱: ۱۹۲).

ظهور ایده عقلانیت دولت با تحولات روشنگری، به‌ویژه تفکیک حوزه عمومی و خصوصی، پیوند نزدیکی دارد. حقوق کیفری، به عنوان بخشی از این گفتمان، با محوریت قانون و محدودسازی قدرت دولت، از الزامات اخلاقی و الهیاتی پیشامدرن فاصله گرفت و به ابزاری برای تنظیم روابط عمومی در چارچوب حکمرانی مدرن تبدیل شد. پدیدار شدن مضمون تاریخی جدید مصلحت دولت از یک طرف امپراتوری و از طرف دیگر سلطنت شکل گرفته بر اساس معادشناسی کلیسا را از بین برد. پدیدار شدن این ایده نتیجه تحولات تاریخی گوناگونی است که در پیوند با همدیگر زمینه‌ساز ظهور واقعیت جدیدی در جهان سیاست به نام حکمرانی^۱ شده‌اند.

حکمرانی مبتنی بر عقلانیت دولت، با ایجاد نظم عمومی مدرن، به نهادهای قضایی و کیفری نیاز داشت تا رفتارهای ناسازگار با این نظم را تنظیم کند. بنابراین پدیدار شدن این نهادها که می‌کوشند به تعادل^۲ نظم مدرن بپردازند از دیگر عناصر بنیادین در مفهوم جدید حکمرانی است. در واقع نظم جدیدی

1. governance

2. normalization

که روشنگری مدعی آن بود جز از طریق روند به‌هنجارسازی آن ممکن نمی‌شد. با این برداشت هر آنچه از نظم و امر به‌هنجار بیگانه بود ناسازگار تلقی و سرکوب می‌شد. ایدهٔ مصلحت دولت، که دولت را از دغدغهٔ رستگاری فردی بازمی‌داشت، پیوندی اساسی با خشونت پنهان در ایدهٔ تثبیت نظم موجود داشت. حال آنکه حکومت پیشامدرن فاقد روح حکمرانی به این معنا بود. حکمرانی جدید در واقع همزاد با دمیده شدن روح حکمرانی به دولت جدید بود که اعمال حاکمیت را تنها در درون مرزهای مشخص امکان‌پذیر می‌کرد. بر این اساس حکمرانی نه تنها همزاد روشنگری جدید است، بلکه روح علمی حاکم بر آن را در شکل حکومت به مثابهٔ یک فن نهادینه ساخته است.

نمود سرکوب‌گرایانهٔ مجازات‌ها، که از حدود قرن شانزدهم تا نیمه‌های قرن هجدهم قابل مشاهده است، در ماهیت تقابلی حقوق عمومی، به‌ویژه در سدهٔ هفدهم، ریشه دارد؛ قری که طی آن، برای نخستین بار، شاهد بروز ایده‌های مدرن و مشخصی در باب دولت و قانون هستیم (Pool, 2015: 20). در واقع، حقوق عمومی در قرن هفدهم در رویارویی با قدرت بی‌کران حکمرانی مبتنی بر «مصلحت دولت» در حوزهٔ مدیریت و سیاست داخلی و به مثابهٔ عاملی برای تحدید آن ظهور یافت. به همین سبب، درک مفهوم عقلانیت حکمرانی بر پایهٔ مصلحت دولت، که تجلی اصلی حق انحصاری آن در قانون این دوران آشکار است، برای فهم چگونگی پیدایش و تحول حقوق عمومی در این مقطع زمانی امری ضروری به نظر می‌رسد. پیش از این دوره، اساساً تمایزی میان حوزهٔ عمومی و خصوصی وجود نداشت تا دغدغهٔ محدود ساختن قدرت نهادهای عمومی بتواند به عنوان یک چالش مطرح شود. این دغدغه تنها پس از استقرار دولت-ملت‌ها، با هدایت تلاش‌هایی که در جهت محدودسازی آن‌ها صورت می‌گرفت، آنچه را «حقوق عمومی» نامیده می‌شود، حول محور مسئلهٔ بنیادین محدود کردن قدرت مراجع عمومی، پدید آورد. از این رو، «امر عمومی» را علت ایجاد حقوق عمومی دانسته‌اند. چون پس از به رسمیت شناخته شدن امر عمومی است که قواعد حقوقی ویژه‌ای برای پاسداری و محافظت از آن شکل می‌گیرد (زولر، ۱۳۹۱: ۱۲).

هرچند دولت پلیسی یک حکمرانی مایل به نامحدود بودن است و در واقع دقیقاً حدی ندارد، دارای وزنهٔ تعادلی است که در وجود نهادهای قضایی و گفتمان‌های حقوقی قرار دارد که بر ماهیت حق حاکم برای اعمال قدرت و حدود قانونی‌ای تأکید دارند که کنش حاکم می‌تواند در آن نمود یابد. بنابراین حکومت‌داری به کلی در پرتو عقلانیت دولت نامحدود نبود، بلکه نظامی با دو بخش نسبتاً خارج از هم شکل گرفت؛ در نظام مصلحت دولت با نوعی حکمرانی سروکار داشتیم که از سویی به نامحدود بودن گرایش داشت و از سوی دیگر قانون از بیرون با آن تعارض داشت. اما همهٔ این‌ها در چارچوب حد و مرزهای سیاسی عینی و شناخته‌شده قرار داشتند (فوکو، ۱۳۹۱: ۶۰). بنابراین مفهوم مدرن حکمرانی، که در قرن‌های شانزدهم و هفدهم پدید آمد، با توسعهٔ حقوق عمومی مرتبط است. حاکمیت

دیگر به عنوان امتیاز شخصی پادشاه درک نمی‌شد، بلکه به عنوان صفتی از دولت، که از طریق چارچوبی قانونی اعمال می‌شود، تلقی می‌شد. این تحول ظهور حقوق عمومی به عنوان حوزه‌ای متمایز را تسهیل کرد که به تنظیم روابط میان دولت و شهروند می‌پردازد (Laughlin, 1992: 44).

تمام مسائل و نظریه‌های حقوق عمومی نتیجه این شیوه نوین حکمرانی بر اساس عقلانیت دولت و در واقع واکنشی علیه آن بودند. بنابراین جای تعجب نیست که همه این مسائل مربوط به قانون به دست مخالفان بی حد و حصر بودن سیستم نوین مصلحت دولت ایجاد شده است؛ آپوزیسیون همواره از منظری حقوقی با مصلحت دولت مخالفت کرده و در نتیجه از اندیشه قضایی و قواعد حقوقی و اقتدار قانونی علیه آن سود برده است. عقلانیت دولت در دولت پلیسی تجسم یافته و اهدافی نامحدود دارد. در قرون ۱۶ و ۱۷ اقدامات مؤثری برای محدودسازی عقلانیت دولت صورت گرفته است. قاعده یا مبنای این محدودسازی را می‌توان در ادله حقوقی سراغ گرفت؛ آنجا که می‌توان آن را آغاز مرزهای گفتمان حقوق عمومی در تمایز اساسی‌اش با نظام حقوق خصوصی دانست (فوکو، ۱۳۹۱: ۲۰ و ۲۱). این خرد حکومتی در سده‌های ۱۶ و ۱۷ به حقوق عمومی جلوه تبیینی می‌بخشید (فوکو، ۱۳۹۱: ۲۵). زیرا ایده مدرن حقوق عمومی دقیقاً با رواج این دیدگاه شکل می‌گیرد که اقتدار حکومتی ممکن است توسط قانون محدود شود. این ایده نشان‌دهنده گسست قابل توجهی از مفهوم قرون وسطایی است که در آن قانون به عنوان بیان عرف یا اراده الهی تلقی می‌شد. دریافت مدرن قانون را مکانیسمی در نظر می‌گیرد که از طریق آن قدرت سیاسی می‌تواند هم مجاز هم محدود شود (Laughlin, 1992: 25). این گسست به ماهیت خودقانونگذار قانون مدرن بازمی‌گردد که در بیان کانت این‌گونه ارائه می‌شود: «پیشینیان می‌دیدند که بستگی انسان به قانون از راه وظیفه است. ولی از این نکته غافل بودند که قوانینی که انسان تابع آن‌هاست فقط به وسیله خود او وضع شده‌اند؛ هرچند در عین حال عام نیز هستند و انسان فقط مکلف است بر وفق اراده خویش عمل کند، یعنی اراده‌ای که به وسیله طبیعت چنان ساخته شده است که واضح قوانین عام باشد.» (Kant, 2006: 95). بر اساس تلقی مدرن از قانون و مکانیسم تعیین بخشی آن، می‌توان گفت ماهیت حقوق عمومی توسط نیروهای اجتماعی و سیاسی، که بر نحوه کنش حکمرانی تأثیر می‌گذارند، شکل می‌گیرد (Laughlin, 1992: 30).

مسئله آن است که چگونه می‌توان بدون فلج شدن حکومت خودمحدودسازی ضروری حکومت‌داری را در قانون صورت‌بندی کرد؟ همچنین، بدون اینکه در شکل‌گیری معیار حقیقت (که بازار نمونه بارز آن است) چالشی پیش بیاید، چگونه می‌توان توسط قانون به خودمحدودسازی حکومت‌داری پرداخت؟ این مسئله در انتهای قرن ۱۸ مطرح شد که «حقوق عمومی ملازم با اقتصاد سیاسی کدام است؟». چون بدون توجه هم‌زمان به مسئله حقوق عمومی، یعنی محدودسازی قدرت مراجع عمومی، نمی‌توان اقتصاد سیاسی و به تبع آن آزادی بازار را تصور کرد. بر اساس همین دغدغه است که نخستین اقتصاددانان

حقوقدان نیز بودند و به مسئله حقوق عمومی می‌پرداختند. مثلاً بکاریا، که نظریه‌پرداز حقوق عمومی بود، اساساً در چارچوب حقوق کیفری اقتصاددان هم بود.^۱

مسئله حقوق عمومی در سراسر کتاب *ثروت ملی* آدام اسمیت موج می‌زند (See: Smith, 1981). بنام نیز در مقام یک نظریه‌پرداز حقوق عمومی در چارچوب حقوق کیفری در عین حال اقتصاددان هم بود و در زمینه اقتصاد سیاسی صاحب تألیف است. واقعیت‌ها پیوند ریشه‌ای مسئله اقتصاد سیاسی با مسئله محدودسازی قدرت مراجع عمومی به مثابه مسئله بنیادین حقوق عمومی را نشان می‌دهند. بنابراین خودمحدوسازی خرد حکومتی به هیچ وجه به معنای زوال قانون نیست؛ بلکه مسئله محدودیت حقوقی اعمال قدرت سیاسی است که اقتصاد سیاسی آن را ضروری ساخته است. مسئله حقوق عمومی دیگر مانند قرن‌های هفده و اوایل سده هجده موضوعاتی چون شالوده حاکمیت، شرایط مشروعیت حاکم، یا شرایط اعمال مشروع حقوق حاکم نیست؛ مسئله اصلی این بود که چطور بر اعمال قدرت یک مرجع عمومی محدودیت‌های حقوقی وضع شود.

می‌توان گفت از سده هجده تا آغاز سده نوزده اساساً دو راه‌حل در خصوص صورت‌بندی نظری قانون و به تبع آن حقوق عمومی وجود داشت. اولی رویکرد آگزیماتیک حقوقی بود که در انقلاب فرانسه محوریت داشت و می‌توان آن را رویکرد روسو نیز نامید. این رویکرد از حکومت و محدودیت ضروری‌اش آغاز نمی‌کند، بلکه از قانون در شکل کلاسیکش آغاز می‌کند (فوکو، ۱۳۹۱: ۶۲)؛ یعنی این رویکرد سعی می‌کند حقوق اجتماعی افراد را بر اساس تفکیک و شناسایی حقوق قابل واگذاری و غیر قابل واگذاری آن‌ها تعریف کند و نهایتاً بر همین مبنا حدود و صغور صلاحیت حکومت را استنباط کند. به بیانی دیگر بر اساس این رویکرد باید از حقوق انسان شروع کرد تا از مسیر قانون اساسی حاکم به محدودیت حکومت‌داری رسید. این رویکرد به بهترین نحو در «قرارداد اجتماعی» روسو مطرح می‌شود. از نظر روسو «باید به وسیله قانونگذاری به حاکمیت حرکت و اراده بدهیم؛ ... در زندگی اجتماعی تمام حق‌ها را قانون اجتماعی تعیین کرده است ... بدین ترتیب روشن است که دیگر نباید پرسید حق وضع قانون با چه مرجعی است. زیرا قانون از اراده عمومی ناشی می‌شود. هیئت حاکمه فوق قانون نیست، به خاطر آنکه خود از سوی اراده عمومی به وجود می‌آید ... این پرسش که انسان چگونه هم آزاد و هم مطیع قوانین است بی‌مورد است. زیرا قوانین چیزی جز بیان اراده ما نیست.» (روسو، ۱۳۹۵: ۱۸۷ - ۱۹۱). در این رویکرد مفهوم آزادی نیز در نسبت با مفهوم قانون تبیین می‌شود. از نظر روسو «آزادی عبارت است از فرمانبرداری از قانونی که خود شخص برای خودش وضع می‌کند. این نکته قبل از هر چیز بدین معناست که آنچه باید ریشه در وجود فرد داشته باشد فقط اطاعت از قانون نیست، بلکه نفس خودقانونگذاری است.» (اشتراوس، ۱۳۹۳: ۲۸۸ و ۲۸۹).

۱. شومپیتر بکاریا را «آدام اسمیت ایتالیایی» توصیف کرده است (See: Viner, 1954: 894-910).

این دیدگاه با کانت ادامه می‌یابد و در ایدالیسم آلمانی به اوج خود می‌رسد. کانت در «نقد عقل عملی» تصریح می‌کند که «آزادی و قانون عملی نامشروط لازم و ملزوم یکدیگرند ... قانون نامشروط همان صرف خودآگاهی عقل عملی محض است و این خودآگاهی عین مفهوم ایجابی آزادی است.» (Kant, 1909: 117). از نظر کانت «قوانین عملی نامشروط بر مفهوم مثبت آزادی بنا شده‌اند» (Kant, 1991: 48). می‌توان گفت در این رویکرد خاستگاه «فلسفه آزادی» در اندیشه روسو است و ایدالیسم آلمانی به مثابه صورت کاملاً گسترش‌یافته فلسفه آزادی (اشتراوس، ۱۳۹۳: ۲۸۹) مفاهیم قانون و آزادی را به متکامل‌ترین صورت ممکن می‌رساند و در نتیجه ایده حکمرانی نیز از نظر صورت‌بندی مفهومی در پرتو عقلانیت مدرن به کمال می‌رسد.

رویکرد دوم از قانون شروع نمی‌کند، بلکه از حکمرانی آغاز می‌کند. این دیدگاه سعی می‌کند آن را بر اساس حدودی که می‌توان برای این حکمرانی در عمل ایجاد کرد تحلیل کند (فوکو، ۱۳۹۱: ۶۳)؛ در عین حال این حدود باید دقیقاً بر حسب اهداف حکمرانی، ابژه‌هایی که باید با آن‌ها سروکار داشته باشد، منابع، جمعیت و اقتصاد، و ... کشور وضع شود. محدوده توانایی حکومت با سود ناشی از مداخله حکومتی تعیین می‌شود. فلسفه سیاسی انگلیسی تلاشی است برای تعریف حوزه حکمرانی بر اساس فایده و گسترش داخلی آن. این رویکرد ریشه در اندیشه هابز و لاک دارد که دریافتی حساب‌گرایانه از حکمرانی دارند (اشتراوس، ۱۳۹۳: ۲۹۰). فایده‌گرایی انگلیسی قرن نوزدهم در تبیین حکمرانی منطقی مبادله‌ای را مبنا قرار می‌دهد. فایده‌گرایی تکنولوژی حکومت است؛ درست همان‌طور که حقوق عمومی چارچوب تأمل یا به عبارتی تکنولوژی حقوقی‌ای بود که تلاش شد گرایش بی حد و مرز مصلحت دولت با استفاده از آن محدود شود (فوکو، ۱۳۹۱: ۶۴ - ۶۵).

پس در واقع دو رویکرد اصلی وجود دارد: رویکرد انقلابی که اساساً در زمینه مواضع حقوق عمومی سازمان‌دهی شده است و رویکرد فایده‌گرایی انگلیسی که اساساً درباره اقتصاد جدید خرد حکومت سامان‌دهی شده است. رویکرد نخست بر اعلام حقوق اولیه به معنی حقوق پایه‌ای شناسایی شده در تأملات تاریخی حقوق عمومی تکیه دارد. اما رویکرد دوم نشان‌دهنده موضعی است که حکمرانی را به خاطر فایده یا عدم فایده آن دائم به پرسش می‌کشد. این دو رویکرد متضمن دو تصور از قانون هستند. در رویکرد آگزیوماتیک و انقلابی، قانون نمودار اراده انسانی تلقی می‌شود. بنابراین نظامی از اراده قانون وجود دارد و قانون نمودار اراده عمومی تصور می‌شود که نشان‌دهنده حقوق قابل واگذاری یا غیر قابل واگذاری افراد است (فوکو، ۱۳۹۱: ۶۵). اما در رویکرد فایده‌گرا قانون حاصل مبادله‌ای است که حوزه دخالت مراجع عمومی را از حوزه استقلال فرد جدا می‌کند. بنابراین، دو مفهوم از آزادی داریم: یکی مبتنی بر حقوق انسان است و دیگری بر اساس استقلال اتباع است. این دو هرچند در هم تنیده‌اند، ریشه‌های تاریخی متفاوتی دارند. بنابراین دو راه برای کنترل مراجع عمومی از طریق قانون و دو تلقی از قانون و دو

تلقی از آزادی داریم. مقصود از دو تلقی دو نظام مجزا و متمایز و ناسازگار نیست، بلکه دو شکل انسجام و دو نحوه عمل است که ناهمگونی آن‌ها هرگز مانع هم‌زیستی و پیوندشان نمی‌شود (فوکو، ۱۳۹۱: ۶۶).

ایده مدرن حقوق عمومی به عنوان پاسخی به نیاز به تدوین مبانی عقلانی برای اقتدار حکومتی و در گسست از رویکرد سنتی به مسئله حاکمیت، که حول محور مشروعیت الهی یا طبیعی بود، شکل گرفت (Loughlin, 2004: 53). از دو نظامی که بر دو تلقی از قانون و آزادی استوار است و اصطلاحاً رویکردهای آگزیوماتیک و رادیکال نامیده می‌شوند، رویکرد رادیکالی که به دنبال تعیین محدودیت حقوقی مراجع عمومی بر مبنای «نفع حکومت» است قوی‌تر است و دوام آورده است و دیگری عقب رانده شده است. این گرایش به معنی دقیق کلمه نه تنها تاریخ لیبرالیسم اروپایی بلکه تاریخ مراجع عمومی در غرب را مشخص خواهد کرد. بنابراین مسئله نفع (چه فردی، چه همگانی، چه عمومی) معیار اصلی ترسیم حدود قدرت مراجع عمومی و صورت‌بندی شکلی از حقوق عمومی و اداری خواهد بود. از ابتدای قرن ۱۹ در عصری به سر می‌بریم که در آن مسئله نفع به طور فزاینده تمام مسائل سنتی حقوق را در بر می‌گیرد (فوکو، ۱۳۹۱: ۶۸).

قدما با تمایز میان «خصوصی» و «عمومی» میان اویکوس^۱ و پولیس^۲ یا میان مفاهیم مالکیت و حاکمیت آشنا بودند (Loughlin, 2004: 16). اما خصیصه عمومی در گفتمان مدرن حقوق عمومی چیزی متفاوت با این تمایز کلاسیک و مفهوم پولیس یونانی است. این خصلت جدید نه در تفکیک مالکیت و حاکمیت، بلکه به یک معنا در مرز اقتصاد سیاسی و دانش حقوق شکل می‌گیرد و سابقه آن به حیث تاریخی نهایتاً به اواخر سده ۱۶ میلادی بازمی‌گردد و به این معنا ریشه‌ای در اندیشه روم و یونان باستان ندارد. حقوق خصوصی به مثابه نقطه مقابل حقوق عمومی زمانی معنا پیدا می‌کند که حقوق عمومی حول محوریت مسئله حکمرانی مدرن متولد می‌شود. بنابراین، این دوگانه اساساً نمی‌تواند سابقه‌ای پیش از آغاز تاریخ حقوق عمومی در دوران مدرن داشته باشد.

تفکیک دانش حقوق مدرن به دوگانه حقوق عمومی و حقوق خصوصی، برخلاف آنکه در رویکرد متعارف به دانش حقوق دیده می‌شود، مبتنی بر صرف تمایز در آغازکننده دعوی (دولت یا شخص) یا حتی تمایز در نحوه واکنش (مجازات یا جبران خسارت) نیست (Marshall, 1998: 15)، بلکه یک دوگانه کاملاً ماهوی با اقتضات ساختاری و نهادی مطرح است که هیچ سابقه‌ای در دوران پیشامدرن و حتی تا پیش از سده ۱۶ و ۱۷ میلادی ندارد. این دوگانه با سیر ظهور و تطور ایده حکمرانی پیوند خورده است و از همین حیث یک تفکیک تاریخی و ماهیتاً مدرن محسوب می‌شود که تا پیش از شکل‌گیری گفتمان حقوق عمومی فاقد موجودیت بود و اساساً مبتنی بر همین ظهور و کارکرد حقوق عمومی است

1. oikos

2. polis

که نظام حقوق خصوصی نیز می‌تواند با انسجام درونی خود عمل کند (Loughlin, 2004: 12). این امر تا بدانجا اهمیت دارد که می‌توان این تفکیک مدرن را یکی از محوری‌ترین و پایه‌ای‌ترین مبانی تعیین ساخت دانشی حقوق کیفری مدرن در پرتو ایده حکمرانی دانست.

هویت حقوق کیفری مدرن در رویکرد متعارف بر مجموعه قواعد و قوانینی دلالت دارد که از حق‌های^۱ ماقبل سیاسی حمایت و عمل خطا^۲ را محکوم می‌کند. از چنین منظری، حقوق کیفری موضوعی ذاتی دارد. این موضوع ذاتی انواع مشخصی از خطاهای اخلاقی است که حقوق کیفری پاسخی متمایز برای آن‌ها مقرر می‌کند؛ یعنی مجازات‌هایی واجد حیث محکوم‌کنندگی. این دریافت متعارف از حقوق کیفری زمینه مباحث متعارف در ادبیات فلسفی مجازات را فراهم می‌کند و چارچوبی روش‌شناختی جهت پاسخ به پرسش از هویت حقوق کیفری ارائه می‌کند. از این منظر، فلسفه حقوق کیفری اساساً تلاشی در حوزه فلسفه اخلاق کاربردی محسوب می‌شود و مفاهیم و چالش‌های آن نیز همان مفاهیم اخلاق بینافردی هستند؛ همانند: استحقاق^۳، خطا^۴، عذر^۵، سرزنش^۶. به تعبیر دیگر، حقوق کیفری عمدتاً بر اساس منافع خصوصی که نیاز به حمایت دارند فهمیده می‌شود. از این منظر، حقوق کیفری به عنوان مکمل حقوق خصوصی یا حق‌های شخصی ظاهر می‌شود و نقش قانون کیفری نیز حمایت از حق‌های اخلاقی یا قانونی است که به نحو پیشینی در حقوق خصوصی متعین شده‌اند (Farmer, 2014: 6).

برخلاف این دریافت متعارف، پدیدارشناسی ظهور حقوق کیفری مدرن حاکی از روایت متفاوتی است که بر اساس آن حقوق کیفری و نهادهای مرتبط با آن مشمول همان «اصول نهادی و معیار ارزیابی سیاسی»^۷ هستند که در نسبت با حقوق عمومی و نهادهای عمومی به طور کلی اعمال می‌شود. حقوق کیفری اصالتاً حقوقی عمومی است که تأثیر عمیق بر زیست مردم دارد. بنابراین باید تبیین کرد که حقوق کیفری چگونه تحت اصول مشروعیت سیاسی، به‌ویژه آن‌هایی که به نقش نهادهای عمومی در شکل دادن به فرصت‌های زیست برابر مربوط می‌شوند، قرار می‌گیرد. در نتیجه و در یک کلام، حقوق کیفری مدرن نه صرفاً از نظر شکلی، بلکه از بعد ماهوی حقوق عمومی است؛ خواه از حق‌های خصوصی حمایت کند خواه نکند (Chiao, 2018: 1).

بنابراین، حقوق کیفری به مثابه حقوق عمومی از روایت فردگرایانه از حق‌های خصوصی و اشکال

-
1. rights
 2. wrongdoing
 3. desert
 4. wrongdoing
 5. excuse
 6. blame
 7. principles of institutional and political evaluation

مختلف سزاگرایی^۱ معاصر فاصله بسیار دارد. حقوق کیفری وسیله‌ای برای رسیدن به هدف است، نه هدفی فی نفسه. ارزش‌های حقوق کیفری از ارزش نهادهای عمومی و عملکردهایی که از آن حمایت می‌کنند نشئت می‌گیرد. ارزش و مشروعیت مجازات نمی‌تواند مستقیم از هنجارهای متعارف اخلاق بینافردی استنتاج شود. مفاهیم و اصول اخلاق بینافردی فقط تا آنجا در مشروعیت بخشی به حقوق کیفری دارای اهمیت هستند که در یک روایت گسترده‌تر از عدالت در حقوق عمومی و نهادهای عمومی گنجانده شده باشند (Chiao, 2018: 2).

تاریخ‌نگاری مرسوم تحولات حقوق کیفری را به گونه‌ای مستقل از مسئله حکمرانی ترسیم می‌کند (پرادل، ۱۴۰۲: ۷۳)؛ این در حالی است که حکمرانی محوری‌ترین و مهم‌ترین مفهومی است که حقوق عمومی حول آن متولد و صورت‌بندی شده است و ویژگی متمایز حقوق عمومی در گرو همین خاص بودن موضوع آن است (Loughlin, 2004: 15). خط سیر شکل‌گیری و تحولات حقوق کیفری مدرن به نحوی گسست‌ناپذیر در تالزم با ظهور گفتمان حقوق عمومی به مثابه حدزننده به ایده مصلحت دولت در چارچوب حکمرانی جدید قابل شناسایی و تحلیل است. بنابراین دوگانه حقوق عمومی / حقوق خصوصی صرفاً یک دوگانه شکلی نیست که هیچ اقتضای ماهوی نداشته باشد و حقوق کیفری مدرن نیز خصلتی عمومی دارد.

۳. «نظام خصوصی حقوق کیفری»^۲ در مقابل «مفهوم حقوق عمومی حقوق کیفری»^۳

پیوند تاریخی میان ظهور دولت رفاه و ظهور تدریجی حقوق کیفری به مثابه حقوق عمومی (Bottoms, 1995: 17-40) همان چیزی است که به تدریج، با تأکید بر کنترل متمرکز و عمومی بر بیشتر جنبه‌های فرایند کیفری و همچنین ایجاد طیف وسیعی از نهادهای کیفری جدید، حقوق کیفری را از موضوع حل و فصل اختلاف خصوصی به نحو موقت به موضوع سیاست عمومی^۴ تبدیل کرده است (Duff, 2004: 3-35; Simon, 2007: 8).

برای مدت طولانی و مبتنی بر رویکرد مرسوم، فلسفه حقوق کیفری تحت سلطه تصور حقوق کیفری به عنوان اثبات‌کننده حق‌های خصوصی - حقوق مردم در وضعیت طبیعی - قرار داشت. در نتیجه، فیلسوفان اخلاقیات حقوق کیفری را برگرفته از اخلاقیات مجازات در زندگی خصوصی می‌دانستند و خصلت نهادی و سیاسی حقوق کیفری را نادیده می‌گرفتند. این امر در تحلیل ایده جرم به این نحو ظاهر می‌شود که جرم‌انگاری را نحوی محدودیت، به مثابه رفتار خطا^۵، تصور می‌کند و حقوق کیفری را به

1. retributivism

2. private system of criminal law

3. public law conception of criminal law

4. public policy

5. wrongfulness

خطاهای اخلاقی پیشاسیاسی محدود می‌سازد (Duff, 2010, b: 21-25). همین رویکرد در نظریه مجازات به شکل دیدگاهی درآمده که تلاش می‌کند اعمال مجازات قانونی را صرفاً بر اساس حقوق ماقبل سیاسی علیه قربانی شدن و مجازات توجیه کند؛ درحالی که اهمیت نهادهای عمومی، که برای مدیریت خطرات عمومی جرم ایجاد شده‌اند، را نادیده می‌گیرد. ایده جرم به معنای دقیق کلمه نه امری مربوط به اشخاص و متأثر از ارتکاب خطاهای بینافردی، بلکه امری مربوط به دولت و حکومت است. همان‌طور که گرانت لاموند استدلال می‌کند، شیوه قانع‌کننده‌تر برای فهم جرایم به عنوان خطاهای عمومی این است که آن‌ها را نه حتی به عنوان حملاتی به جامعه، بلکه به عنوان خطاهایی در نظر بگیریم که جامعه و دولت مسئول مجازات آن‌هاست (Ashworth, 2013: 1-3).

فهم حقوق کیفری به عنوان اثبات‌کننده حقوق خصوصی افراد، در بهترین حالت، در بستر یک سیستم حقوق کیفری خصوصی و بزه‌دیده‌محور می‌تواند درست باشد. اگرچه، با توجه به اینکه استفاده از قوانین جزایی توسط بزه‌دیدگان برای اثبات حقوق خود در نظام حقوق عرفی بسیار دشوار بوده است، انطباق این دریافت از حقوق کیفری (حقوق کیفری به مثابه اثبات‌کننده حق‌های خصوصی)، حتی با چنین نظامی (حقوق عرفی)، محل تردید است. همان‌طور که فارمر اشاره کرده است، رویکردهای خصوصی به نظریه حقوق کیفری به شدت عجیب به نظر می‌رسند. زیرا حقوق کیفری دقیقاً در لحظه‌ای که عملکرد قانون و ابزار انتساب مسئولیت در حال گسترش است ظهور یافته است (Chiao, 2018: 24). امروزه، با توجه به اینکه دولت اداری مدرن فقط یک صورت نوپا از حکومت بوروکراتیک محسوب می‌شود و همچنین یک واقعیت سیاسی بالغ و پایدار است، صورت‌بندی حقوق کیفری به مثابه اثبات‌کننده حق‌های خصوصی یک دریافت فوق‌العاده نادر محسوب می‌شود (Loughlin, 2004: 24).

پذیرش حقوق کیفری به مثابه اثبات‌کننده حق خصوصی مشروعیت حقوق کیفری به عنوان یک نهاد سیاسی را با ابهام مواجه می‌سازد. از نظر اثبات حقوق خصوصی، مسئله مشروعیت حقوق کیفری به این نکته بازمی‌گردد که آیا کسانی که مجازات را اعمال می‌کنند به نحو دقیقی استحقاق‌های اخلاقی یا حقوق ماقبل سیاسی افراد را رعایت می‌کنند یا خیر (Loughlin, 2004: 24). این تلقی ایده قدرت دولتی اجباری را به عنوان مقیاس بزرگ‌تری از روابط اخلاقی خصوصی پیشنهاد می‌کند؛ درحالی که این رویکرد به شدت با اکثر اشکال لیبرالیسم سیاسی در تضاد است (Loughlin, 2004: 25; Pettit, 1997: 80-160).

حقوق کیفری (جز قدرت جنگ) شاید دراماتیک‌ترین نمونه قدرت اجباری دولت باشد که امروزه مطرح است. با این حال، به طور کلی، نه فیلسوفان حقوق کیفری نه همتایان آن‌ها در فلسفه سیاسی، زمان زیادی را صرف بررسی این موضوع نکرده‌اند که آیا دلیل خوبی برای مستثنی ساختن حقوق کیفری از اصول معمول مشروعیت سیاسی-اصولی که در سایر حوزه‌های حقوق عمومی و سیاست عمومی بسیار

حیاتی به نظر می‌رسند. وجود دارد یا خیر؟ (See: Husak, 2008). بنابراین در نقطه مقابل باید به این پرسش پرداخت که چگونه می‌توان با حقوق کیفری و نهادهای مرتبط با آن به مثابه موضوع اصول مشروعیت سیاسی مواجه شد (Loughlin, 2004: 25).

راه‌های زیادی برای تقویت شرایط اعتماد اجتماعی توسط نهادهای عمومی وجود دارد. از منظر یک دریافت حقوق عمومی حقوق کیفری عمدتاً به این دلایل متمایز از تمام این راه‌ها محسوب می‌شود: ۱. اتکای آن بر ضمانت‌اجراهایی که بیشتر تمایل دارند در گستره خشن‌تر طیف ضمانت‌اجراها قرار بگیرند؛ ۲. این ضمانت‌اجراها بعد از نقض یک قانون اعمال می‌شوند. هرچند این ویژگی‌ها حقوق کیفری را به مثابه یک نهاد با اهمیت خاص اخلاقی نشان می‌دهند، این به خاطر ارتباط خاص حقوق کیفری مدرن با خطای اخلاقی نیست، بلکه بدان علت است که حقوق کیفری یکی از قهری‌ترین و اجباری‌ترین اشکال قدرت دولتی محسوب می‌شود که امروزه برای ما آشناست (Loughlin, 2004: 50). برای آنکه به خوبی روشن شود مقصود از دریافت حقوق کیفری به مثابه حق‌های خصوصی چیست و به تعبیر دیگر «سیستم خصوصی حقوق کیفری» چیست و چه نمودهایی دارد و چه تمایزی میان آن با رویکردی که در ادامه تحت عنوان «مفهوم حقوق عمومی حقوق کیفری» از آن یاد می‌شود وجود دارد و همچنین به تبع امر یادشده آشکار شود که چرا نمی‌توان و نباید همچون رویکرد مرسوم حقوق کیفری مدرن را از منظر نخست فهم کرد لازم است تأملی در نظریه جرم از چند منظر مختلف داشته باشیم تا ببینیم چگونه دریافت ما از حقوق کیفری مدرن در فهم ما از هویت مفاهیم بنیادین کیفری، از جمله جرم و مجازات، تأثیرگذار است و چگونه برخی از این دریافت‌ها با هویت واقعی حقوق کیفری مدرن - چنان که در تلازم با ایده حکمرانی در عصر روشنگری ظهور یافته و صورت‌بندی شده - فاصله دارد.

عقلانیت صوری قانون‌گذاری، که بکارها آن را عرصه کیفری در رساله درباره جرائم و مجازات‌ها صورت‌بندی کرده، بر خصیصه عمومی آن تأکید دارد. در مقابل سنت تاریخی - دینی اسپانیا، که عمدتاً با نهادهای خصوصی همانند کلیسا و تفسیرهای محلی مرتبط است، قرار داشت (Aguero, 2012: 19)؛ تقابلی که آغازگر تاریخ تعیین حقوق کیفری در سنت حقوق عمومی است. بکارها در همین رساله عناصر اساسی پروژه حقوقی روشنگری را بیان کرد. او در اینجا نه تنها بر ایده آل انحصار قانون به نظام قوانین پوزیتیو و مدون تأکید کرد، بلکه به گذار از «معیارهای عادلانه و ناعادلانه» به یک «امر عینی و واقعی» نیز تأکید داشت؛ درحالی که نقش قضات به تولید یک «قیاس کامل» منحصر شد که در آن «پیش‌فرض اصلی باید قانون عمومی باشد، پیش‌فرض فرعی انطباق یا عدم انطباق عمل با قانون، و نتیجه آزادی یا مجازات» (Aguero, 2012: 30).

دقیقاً آنجا که «عمومی» بودن به منزله خصیصه ذاتی برساننده ساختار دانشی حقوق کیفری به مثابه حقوق عمومی نمود پیدا می‌کند تلازم این دانش با اصالت قانون به مثابه تعیین ضروری منطق قانون

مدرن خود را بیش از پیش نمایان می‌سازد. با هدف فهم بهتر این مسئله، نگاهی به دوگانه شبه‌جرم و جرم خالی از فایده نخواهد بود. شاید در نگاه اول به نظر برسد که باید به پیروی از بلک‌استون بگوییم که حقوق Tort (شبه‌جرم) با جرم‌های خصوصی سروکار دارد، اما حقوق کیفری با جرم‌های عمومی مرتبط است. به تعبیر دیگر، جرم‌های مدنی «حقوق مدنی متعلق به افراد صرفاً به عنوان افراد» را نقض می‌کنند، اما جرایم کیفری «نقض و تخطی از حقوق و وظایف عمومی هستند که به کل جامعه، به عنوان یک جامعه، در ظرفیت جمعی اجتماعی آن بدهکار است». حال آنکه باید درباره معنای خاص «عمومی» بودن حقوق کیفری مدرن و مفاهیم آن و تفکیک «عمومی» و «خصوصی» در این زمینه واقف باشیم که چه شبه‌جرم‌ها، که اصطلاحاً جرم مدنی خوانده می‌شوند، چه جرایم کیفری به این معنا «جرم‌های عمومی» هستند. چون توسط قانون به مثابه یک نهاد عمومی مدرن تحت عنوان جرم برساخته و از طریق یک فرایند حقوقی عمومی رسیدگی می‌شوند (Duff, 2018: 32-33).

با هدف فهم بهتر این مسئله، می‌توان به طور کلی به دو گرایش اصلی در خصوص حقوق کیفری و ایده جرم در اندیشه کلاسیک عصر روشنگری توجه کرد که تحلیل آن‌ها به خوبی اثبات می‌کند که حقوق کیفری مدرن به هیچ وجه یک سیستم خصوصی یا سیستم اثبات‌کننده حق‌های خصوصی نیست، بلکه به حیث ماهوی واجد خصیصه عمومی است و این خصیصه ذاتی موجب شده حقوق کیفری مدرن به معنی دقیق کلمه حقوق عمومی (در تقابل با حقوق خصوصی) باشد. جریان نخست کسانی هستند که از مسئله ضرر^۱ و کاهش ضرر^۲ و پیشگیری^۳ آغاز می‌کنند و جریان دوم نظریه‌هایی هستند که اغلب تحت عنوان «اخلاق‌گرایی حقوقی»^۴ خوانده می‌شوند و حول محور پرسش در باب خطا^۵ و انتقام/ سزاگرایی^۶ شکل می‌گیرند. دسته اول بر اساس اصل معروف ضرر، از جان استوارت میل، شکل گرفته است: «تنها هدفی که می‌تواند موجب شود قدرتی علیه یک عضو از جامعه متمدن برخلاف میل او اعمال شود جلوگیری از ورود ضرر به دیگران است.» (Mill, 1991: 13-22). در این سنت فکری، تلاش‌ها بر تعریف مفهوم ضرر متمرکز شده است: ضرر چیست؟ آیا شامل ضررهای بالقوه هم هست یا تنها ضررهای بالفعل را شامل می‌شود؟ آیا صورت‌های مختلف پدرسالاری^۷ می‌تواند جلوگیری از آسیب رساندن شخص به خودش را توجیه کند؟ و ... این رویکرد شاید کامل‌ترین بیان معاصر خود را در چهار جلد، اثر فاینبرگ، یافته باشد که در آن ضرر تحت عنوان «عقب‌نشینی به منافع» تعریف شده است. بنابراین، حقوق کیفری

1. harm
2. harm reduction
3. prevention
4. legal moralism
5. wrongdoing
6. retribution
7. paternalism

از این منظر در درجه اول - نه صرفاً - به عنوان وسیله‌ای برای جلوگیری از ورود آسیب جدی به منافع دیگران مطرح می‌شود (Feinberg, 1984: 31-70).

رویکرد دوم، یعنی اخلاق‌گرایی حقوقی^۱، در مقابل، استدلال می‌کند که ما باید از مفهوم خطا آغاز کنیم. زیرا اینکه دولت کسی را به خاطر رفتاری که از نظر اخلاقی اشتباه نیست (یا خطای اخلاقی محسوب نمی‌شود) مجازات کند یک عمل نامشروع محسوب می‌شود (Devlin, 1965: 1-40). این رویکرد از پیوندی صریح‌تر با اهداف مجازات آغاز می‌کند. زیرا اعمال مجازات تنها زمانی مشروع تلقی می‌شود که نسبت به رفتار خطا (به حیث اخلاقی) تحمیل شود. این رویکرد بر آن است که هدف حقوق کیفری این است که مجازاتی را که خطاکاران استحقاق آن را دارند اعمال کند. بنابراین نادرستی رفتار دلایل عینی برای جرم‌انگاری آن رفتار را فراهم می‌کند؛ در این صورت مجازات کردن افراد غیر مقصر یا جرم‌انگاری رفتاری که نادرست نبوده مشروع و قابل توجیه نیست (Farmer, 2016: 13).

درحالی که تفاوت‌های قابل توجهی بین این دو رویکرد وجود دارد که مدت‌های مدیدی است در تاریخ نظریه حقوق کیفری محل بحث بوده‌اند، شباهت‌های آن‌ها کمتر مورد توجه واقع شده است. این شباهت را بیش از هر چیز در تصدیق ضرورت وجود «اصل محدودکننده»^۲ در هر دو رویکرد می‌توان دید. مدافعان اصل ضرر، مانند فاینبرگ، اذعان دارند که حقوق کیفری تمام رفتارهای مضر را مجازات می‌کند. بنابراین این رویکرد یک اصل محدودکننده را معرفی می‌کند و آن این است که فقط «رفتارهای مضر خطا»^۳ باید مشمول مجازات کیفری شوند. همچنین تصدیق می‌کند که ویژگی «ضررها» و در نتیجه محتوای قانون بیشتر به ارزش‌ها یا استانداردهای جامعه‌ای که این‌ها را از طریق روند سیاسی و قانونگذاری تعیین می‌کند بستگی دارد. برعکس، اخلاق‌گرایان معتقدند که همه رفتارهای خطا نباید در وهله اول موضوع حقوق کیفری باشند. زیرا قلمرو قانون را بسیار گسترده می‌کند. بر همین اساس، آن‌ها نیاز به اصل محدودکننده را مطرح می‌کنند؛ اینکه حقوق کیفری فقط باید به «خطاهای مضر»^۴ مربوط باشد.^۵ آن‌ها از این طریق، در حقیقت، بازگشتی به تصدیق هویت خاص و قراردادی مفهوم ضرر دارند. همچنین باید گفت که بسیاری از

۱. برای مطالعه بیشتر در باب اخلاق‌گرایی حقوقی و به طور کلی جدایی میان اخلاق و حقوق کیفری

Brooks, T. (2017). Unlocking Morality from Criminal Law. *Book Review Essay in journal of moral philosophy*, 14, 339-352.

۲. آنتونی داف به‌خوبی اخلاق‌گرایی حقوقی را در قالبی متناسب با اصل محدودکننده در این مقاله بازسازی کرده است.

See: Duff, R. A. (2010, a). Towards a Modest Legal Moralism. *Criminal Law and Philosophy*, 1(3).

3. 'wrongful' harms

4. 'harmful' wrongs

۵. برای مطالعه بیشتر در خصوص تمایز میان harm و wrong و ترکیب «wrongful harms/ harmful wrongs»
Simster, A. P. & von Hirsch, A. (2011). *Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation*. Hart.

اخلاق‌مداران حقوقی معترف‌اند که اشتباه بودن برخی رفتارها بر ساخت قانون است؛ بنابراین باید اجازه داد تا مقوله اشتباه و خطا گستره‌ای فراتر از صرف خطاهای اخلاقی پیشاسیاسی داشته باشد، همچنان که جرم‌انگاری رفتارهای غیر خطا باید بتواند مشروع محسوب شود. در هر دو مورد، چه از ضرر آغاز کنند - یعنی رفتارهای مضر خطا - چه از خطا آغاز کنند - یعنی خطاهای مضر - بیان و ساختار استدلال‌ها اشتراکات زیادی دارند. در هر حال و در هر دو جریان جزء نخست تشکیل‌دهنده ایده جرم، یعنی ضرر و خطا، مستقل از قانون تعریف می‌شوند و در عین حال قلمرو قانون را شکل می‌دهند. بنابراین هدف جرم‌انگاری به مثابه هدف مجازات، یعنی به ترتیب بازدارندگی^۱ و انتقام^۲ است. در هر دو مورد پذیرفته شده است که اصل سازمان‌دهنده اولیه بسیار گسترده است و محتوای نهایی حقوق کیفری مستقل از معیارهای مقولات اندیشه اخلاقی است. این نکات بیش از هر چیز می‌تواند دلالتی بر مسئله شکست این نظریه‌ها در دستیابی به ماهیت حقوق کیفری در نظر گرفته شود (Farmer, 2016: 14).

فراتر از این جریانات کلاسیک، اکثر نظریه‌های معاصر نیز از آنجا که قلمرو حقوق کیفری را به عنوان موجودیتی مرکب از حقوق و منافع می‌دانند که باید مورد حفاظت قرار گیرند و شناسایی ضررها و اشتباهات فهم می‌کنند، یعنی هم «ضررهای خطا» هم «خطاهای مضر»، نقطه شروع آن‌ها این است که در وهله اول این منافع یا خطاها را می‌توان و باید به طور پیشینی و مستقل از قانون شناسایی کرد. آن‌ها ابتدا در بستر حقوق و منافع افراد حمایت از چیزی را که بنیاد یا هسته اصلی حقوق کیفری است مطرح می‌کنند. گاهی برخی منافع مانند نظم عمومی، امنیت دولتی، یا امنیت بازار که به سادگی قابل تقلیل به منافع خصوصی نیستند به عنوان منافع عمومی شناخته می‌شوند. اما باز هم نوعی منافع فردی ثانویه محسوب می‌شوند.^۳ برخی منافع مانند اموال نیز وجود دارند که به نظر می‌رسد در مرز بین خصوصی و عمومی قرار داشته باشند. این منافع یا ذیل منافع فردی در مالکیت خصوصی شخصی قرار داده می‌شوند یا در حمایت سیستم حقوق یا منافع مالکیت. به هر حال، بار دیگر در این رویکردهای معاصر نیز حفاظت از منافع خصوصی اساسی است که در اولویت قرار می‌گیرد و معرف هویت حقوق کیفری مدرن است (Farmer, 2016: 14). آنچه همه دیدگاه‌های کلاسیک و معاصر به اشتراک می‌گذارند درک قلمرو حقوق کیفری به مثابه حیطه‌ای است که توسط حق خصوصی متعین می‌شود و به تبع فهم حفاظت از این حقوق به مثابه هدف حقوق کیفری در نظر گرفته می‌شود. از این منظر، حقوق کیفری چیزی جز پیوستی به اخلاق خصوصی

1. deterrence

2. retribution

۳. همچنان که اشوورث نشان می‌دهد چگونه حتی هنگامی که از «امنیت عمومی» سخن گفته می‌شود، زبان حقوق و منافع فردی غالب است:

See: Ashworth, A. & Zedner, L. (2014). *Preventive Justice*. Oxford University Press.

یا حق‌های قانونی نیست؛ نقش قانون حمایت از حقوق پیشاسیاسی است و بر همین اساس حقوق کیفری امری «تابع» و «وابسته» است که از کالاها، منافع، و حقوقی حمایت می‌کند که در جایی دیگر به مثابه اشتباهات پیشاحقوقی یا در قلمرو حقوق مدنی تعریف می‌شوند. این حمایت در مقابل انواع خاصی از مداخلات جدی یا توأم با تقصیر صورت می‌گیرد. این دیدگاه با دریافتی از تحولات قانون پیوند خورده است که طبق آن حقوق کیفری بر بنیاد حمایت از حقوق فردی استوار شده که منافع جمعی و رفاهی به آن اضافه شده است (Farmer, 2016: 15; Dubber, 2014).

هرچند توسعه دولت رفاه یا دولت اداری مدرن، در ظاهر، نهادهای عمومی را قادر ساخته تا «عدالت تنبیهی»^۱ و سوبیه‌هایی از اخلاق‌گرایی حقوقی را در مجموعه کارکردهای عمومی مشروع خود بگنجانند، آیا ممکن است کارکرد مشروع دولت رفاه و دولت اداری مدرن این باشد که اطمینان حاصل کند که افراد خاطی مجازاتی را که به حیث اخلاقی شایسته آن هستند دریافت می‌کنند؟

در مورد اشکال استاندارد لیبرالیسم سیاسی قابل توجه است که فضای کمی برای مسئله استحقاق پیشاسیاسی در حل مباحث بحث‌برانگیز عدالت باقی می‌گذارد. البته این بدان معنا نیست که اعطای چیزهایی که مردم به نحو پیشاسیاسی استحقاق آن را دارند با دیگر ارزش‌های سیاسی اساسی غیر قابل جمع است یا از طرق دیگر (مثلاً با رد کردن لیبرالیسم) قابل دفاع نیست.

این تفکر که اخلاقیات سیاسی صرفاً با توسل به ارزش اخلاقی «سزاگرایی»^۲ توجیه می‌شود قابل مناقشه است؛ بلکه می‌توان گفت روش‌های زیادی برای پاسخ دادن به رفتار اشتباه وجود دارد و انتخاب از میان این پاسخ‌ها در جامعه مدرن یک تصمیم سیاسی اساسی برای شهروندان و مقامات یک حکومت یا ساختار سیاسی است. بر اساس آنچه در این مقاله بیان شد به نظر می‌رسد پاسخ‌دهی یک حکومت به «اشتباه»، به مثابه چیزی که حاصل تحلیل مفهومی «خطا» یا «تنبیه» یا «تورپته» یا سایر مقولات سنتی است، جایگاهی در تحلیل هویت حقوق کیفری مدرن ندارد. حتی در صورت دفاع از عدالت تنبیهی به عنوان کارکرد مشروع دولت رفاه، این بحث تنها در بستر یک اخلاقیات سیاسی ماهوی امکان‌پذیر است. بنابراین ضروری است که سزاگرایان چرخشی از اندیشه در باب اخلاق بینافردی به ارزیابی اخلاقیات نهادهای عمومی بزرگ داشته باشند (Chiao, 2018: 26). این بدان معناست که حتی در صورت پذیرش عدالت تنبیهی در چارچوب جامعه و دولت مدرن صورت‌بندی آن در گسست از اخلاقیات بینافردی و در پرتو اخلاقیات نهادهای عمومی، یا به تعبیر دیگر با گذار از رویکرد اخلاقی به رویکرد نهادی، معنا پیدا می‌کند؛ در غیر این صورت نمی‌تواند هیچ جایگاهی در بستر جامعه مدنی و دولت مدرن داشته باشد.

بنابراین در نقطه مقابل دریافت حقوق کیفری به مثابه اثبات‌کننده حق‌های خصوصی دریافتی قرار

1. retributive justice

2. retribution

دارد که کارکرد نهادهای عمومی، از جمله نهاد عدالت کیفری، را این امر می‌داند که با توزیع «هزینه‌ها و سودهای»^۱ مشارکت اجتماعی گسترده و منصفانه سرنوشت همه اعضای جامعه را به یک‌دیگر پیوند دهد. با تلاش برای این منظور، نباید در پاسخ به معیارهای کاملاً مستقل انصاف^۲ مانند آنچه ذیل عناوین عدالت توزیعی^۳ در مقابل عدالت سزاگرایانه-تنبیهی طرح می‌شود - تظاهر کرد که رفاه اجتماعی و مجازات هیچ پیوندی با هم ندارند. از این منظر، پافشاری بر فهم حقوق کیفری به عنوان نهادی اختصاص یافته به مقصر دانستن و تنبیه افراد، برای رفتارهای نادرستشان، توأم است با نادیده گرفتن اهمیت سایر نهادهای عمومی در پاسخ به مسئله جرم به عنوان یک مسئله عمومی برای دولت. بر این اساس، اگر از نهادهای عمومی انتظاری بیش از صرف رعایت حقوق منفی پیشاسیاسی وجود داشته باشد، لاجرم، باید از دریافتی که حقوق کیفری را اساساً به مثابه اثبات‌کننده حق‌های خصوصی افراد در نظر می‌گیرد عبور کرد (Chiao, 2018: 27).

تبيين حقوق کیفری به مثابه حقوق عمومی^۴ از فهم سنتی حقوق کیفری فاصله می‌گیرد. بسیاری از فیلسوفان حقوق کیفری مایل‌اند حقوق کیفری مدرن را به عنوان امری که توسط منطق داخلی خود ساختار یافته است در نظر بگیرند، نه یک امر سیاسی گسترده‌تر. برخی نیز در عین پذیرش اینکه اخلاقیات حقوق کیفری بخشی از یک اخلاقیات سیاسی گسترده‌تر است باز هم بر دریافت سنتی از حقوق کیفری به مثابه امری که یک نقش متمایز اخلاقی را درون یک اخلاقیات سیاسی گسترده‌تر داراست اصرار دارند. در مقابل این دیدگاه، روایت حقوق عمومی از حقوق کیفری بر پیوستگی میان حقوق کیفری مدرن و ایده حکمرانی و به همان میزان بر گسست و ناپیوستگی حقوق کیفری مدرن و اخلاق بینافردی تأکید دارد (Chiao, 2018: 50).

حکومت یا حاکمیت در فلسفه سیاسی جدید، چه آن‌گونه که در سنت لیبرالیستی امتداد یافته چه آن‌گونه که در سنت جمهوری‌خواهی جریان دارد، امری عمومی محسوب می‌شود که متعلق به شهروندان خودحکمرانی^۵ است که تحت حاکمیت قانون و از طریق آن منافع خود را دنبال می‌کنند. بنابراین حقوق کیفری که با تأمین امنیت مردم به منظور حفظ منافع آن‌ها، در واقع، اتونومی آن‌ها را، هم به معنای آزادی برای انجام دادن کارهای خود هم به معنای عمیق‌تر یعنی خودگردانی^۶ آن‌ها، ترویج می‌کند ضرورتاً نیازمند دریافتی از publicity- یعنی بخشی از یک بدنه سیاسی تحت حاکمیت قانون بودن- خواهد بود.

1. costs and benefits

2. fairness

3. distributive

4 See: Thorburn, M. (2011). Criminal Law as Public Law in R. A. Duff and Stuart P. Green (eds), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press.

5 .self-governing

6 .self-government

۴. نتیجه

پیش از تفکیک امر عمومی از امر خصوصی، که در پرتو تحولات روشنگری مدرن و شکل‌گیری دولت-ملت به وقوع می‌پیوندد، اندیشه کیفری دائرمدار منطق اخلاقی صورت‌بندی می‌شود و هنجارهای اجتماعی مبتنی بر نظام ارزشی حاکم بر روابط بین افراد در یک جامعه تعین پیدا می‌کند؛ به گونه‌ای که می‌توان گفت مواجهه اجتماعی با رفتارهای مجرمانه و نابه‌نجار با همان منطق اخلاقی بینافردی و البته در مقیاس کلان اجتماعی تحقق می‌یابد. آنچه این رویکرد اخلاق‌مدار را، که در برخی از جوامع نیز عمیقاً در بستر معرفت دینی شکل گرفته است، دگرگون می‌کند «عقلانیت دولت» است؛ ایده‌ای که دولت را به مثابه امری «در خود» و «برای خود» و مستقل از منطق الهی و دینی و حتی ساخت طبیعی عالم شکل می‌دهد و بدین ترتیب در پرتو حکمرانی مدرن دولت ماهیتی «خودحکمران» و «خودقانونگذار» پیدا می‌کند.

در چنین بستری است که حقوق کیفری مدرن نیز رویکردی سکولار پیدا می‌کند و به مثابه دانشی مطرح می‌شود که معطوف به امر عمومی تکوین یافته است و بخشی از حقوق عمومی محسوب می‌شود. به تعبیر دیگر، در پرتو حکمرانی مدرن، حقوق کیفری با هدف حفظ ارزش‌های اجتماعی و مقابله با تعرض نسبت به اخلاقیات و هنجارها و وجدان جمعی و حق‌های خصوصی و تحقق عدالت در تلقی آرمانی آن گام بر نمی‌دارد، بلکه کارکرد اصلی دستگاه عدالت کیفری تنظیمگری قانونی است که مبتنی بر عقلانیت دولت و در گستره امر عمومی محقق می‌شود. امر عمومی نسبت به ارزش‌ها و هنجارهای اخلاقی و دینی لاقضاست و به همین دلیل حقوق عمومی نیز نسبت به جهت‌گیری‌های ارزشی و دینی لاقضاست و ماهیتی سکولار پیدا می‌کند و به تبع آن حقوق کیفری نیز به عنوان بخشی از حقوق عمومی هویتی سکولار و لاقضاست نسبت به ارزش‌های دینی و قواعد اخلاقی سنتی پیدا می‌کند.

بنابراین می‌توان ادعا کرد که درک متعارف از حقوق کیفری در ایران، به عنوان گرایش حقوقی مدافع ارزش‌های اخلاقی و دینی، در رویکرد مدرن درست نیست؛ بلکه حقوق کیفری مدرن مبتنی بر عقلانیت دولت مقولات سنتی چون خطا، تقصیر، استحقاق کیفر، تنبیه، سزا، و ... را به حاشیه می‌برد و صورت‌بندی آن از مفاهیم و مسائل حقوق کیفری در بستر «امر عمومی» معنا پیدا می‌کند و رفتار مجرمانه به مثابه یک مسئله عمومی موضوعیت دارد. به عبارت دیگر، رویکرد اخلاقی به حقوق کیفری، متأثر از حکمرانی مدرن و عقلانیت دولت، به رویکرد نهادی به حقوق کیفری تغییر می‌کند و بنابراین حقوق کیفری به مثابه حقوق عمومی هویت خود را پیدا می‌کند.

منابع

۱. فارسی

الف) کتاب‌ها

۱. اردبیلی، محمدعلی (۱۴۰۲). کلیات حقوق جزا. چ ۲۰. تهران: میزان.
۲. اشتراوس، لئو (۱۳۹۳). حقوق طبیعی و تاریخ. ترجمه باقر پرهام. چ ۳. تهران: آگاه.
۳. پرادل، ژان (۱۴۰۲). تاریخ اندیشه‌های کیفری. ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی. چ ۱۳. تهران: سمت.
۴. داوری اردکانی، رضا (۱۳۸۶). درباره علم. تهران: هرمس.
۵. دورکیم، امیل (۱۳۸۷). درباره تقسیم کار اجتماعی. ترجمه باقر پرهام. چ ۳. تهران: مرکز.
۶. روسو، ژان ژاک (۱۳۹۵). قرارداد اجتماعی. چ ۸. تهران: آگاه.
۷. زولر، الیزابت (۱۳۹۱). مقدمه‌ای بر حقوق عمومی. ترجمه سید مجتبی واعظی. تهران: جاودانه.
۸. طباطبایی، سید جواد (۱۳۹۵ الف). خواجه نظام الملک طوسی. تهران: نگاه معاصر.
۹. _____ (۱۳۹۵ ب). تأملی درباره ایران (جلد دوم: نظریه حکومت قانون در ایران، بخش دوم: مبانی مشروطه‌خواهی). چ ۲. تهران: مینوی خرد.
۱۰. فوکو، میشل (۱۳۹۰). باید از جامعه دفاع کرد (درس گفتارهای کولژدوفرانس ۱۹۷۵ - ۱۹۷۶). ترجمه رضا نجف‌زاده. تهران: رخداد نو.
۱۱. _____ (۱۳۹۱). تولد زیست سیاست. ترجمه رضا نجف‌زاده. تهران: نی.
۱۲. گیدنز، آنتونی (۱۳۶۳). دورکیم. ترجمه یوسف اباذری. تهران: خوارزمی.
۱۳. منصورآبادی، عباس (۱۳۹۹). کلیات حقوق جزا. چ ۸. تهران: میزان.
۱۴. هابز، توماس (۱۳۹۱). لویاتان. ترجمه حسین بشیریه. چ ۷. تهران: نی.
۱۵. وینسنت، اندرو (۱۳۸۱). نظریه‌های دولت. ترجمه حسین بشیریه. چ ۴. تهران: نی.

ب) مقالات

۱۶. سلطانی، سید ناصر (۱۳۹۹). پیدایش مفهوم امر عمومی در مشروطیت. مطالعات حقوقی، ۱(۱۲)، ۱۷۵ - ۲۰۱.
۱۷. عباسی، ابراهیم؛ صالحی، سید جواد؛ قریشی، سید یوسف؛ دیندارلو، سعید (۱۴۰۱). فوکو و تبارشناسی دولت مدرن: حکومت‌مندی و عبور از چشم‌انداز حقوقی به دولت. مطالعات حقوقی، ۱(۱۴)، ۱۸۳ - ۲۲۴.
۱۸. مکلد، صلاح‌الدین؛ باشاک چالی، گارسیا (۱۳۸۵). حقوق بشر، هویت دینی، و تمایز قلمرو عمومی و خصوصی. ترجمه محمدرضا امین، حقوق بشر، ۲(۱)، ۵۵ - ۶۶.

۲. انگلیسی

A) Books

1. Arendt, H. (1958). *The Human Condition*. Chicago: University of Chicago Press.

2. Ashworth, A. (2013). *Principles of Criminal Law*. Oxford University Press.
3. Ashworth, A. & Zedner, L. (2014). *Preventive Justice*. Oxford University Press.
4. Bottoms, A. E. (1995). "The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing" in C. Clarkson & R. Morgan (Eds.). *The Politics of Sentencing Reform*. Clarendon Press.
5. Chiao, V. (2018). Criminal law in the age of administrative state. Oxford University Press.
6. Devlin, P. (1965). *The Enforcement of Morals*. Oxford University Press.
7. Duff, R. A. (2018). *The Realm of Criminal Law*. Oxford University Press.
8. Duff, R. A., Farmer, L., Marshall, S., Renzo, M., & Tadros, V. (2004). *The trial on trial* (Vol. 1: Theoretical perspectives). Hart Publishing.
9. Duff, R. A., Farmer, L., Marshall, S.E., Renzo, M., & Tadros, V. (eds). (2010). *The Boundaries of the Criminal Law*. New York and Oxford: Oxford University Press
10. Farmer, L. (2014). Criminal Law as an Institution: Draft Rethinking Theoretical Approaches to Criminalization. University of Glasgow
11. ----- (2016). Making the Modern Criminal Law: Criminalization and Civil Oder. Oxford University Press.
12. Feinberg, J. (1984). *Harm to Others*. Oxford University Press.
13. Foucault, M. (1981). *Omnes et Singulatim: Towards a Criticism of Political Reason* (Lecture at Stanford University, 10 and 16 October 1979). The Tanner Lectures on Human Values. Ed. Sterling M. McMurrin. Salt Lake City: University of Utah Press, 1981. 225–254.
14. ----- (1988). *The Political Technology of Individuals*. Technologies of the Self: A Seminar with Michel Foucault. Ed. Luther H. Martin, Huck Gutman and Patrick H. Hutton. Amherst: University of Massachusetts Press. 145–162.
15. ----- (2007). *Security, Territory, Population: Lectures at the Collège de France 1977–78*. trans. G. Burchell. New York: Palgrave Macmillan.
16. Habermas, J. (1989). The structural transformation of the public sphere: An inquiry into a category of bourgeois society (T. Burger & F. Lawrence, Trans.). Cambridge, MA: Polity Press.
17. Hegel, G.W.F (2003). *Elements of the Philosophy of Right*. Trans. H.B.Nisbet. Edited by Allen Wood. Cambridge University Press.
18. Husak, D. N. (2008). *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*. Oxford University Press.
19. Kant, I. (1909). *Critique of Practical Reason*. Trans. TK. Abbott, New York: Prometheus Books.
20. ----- (1991). *The Metaphysics of Morals: Doctrine of Right*. Trans. By Mary Gregor. Cambridge University Press.
21. ----- (2006). *Groundwork of Metaphysics of Morals*. Translated and Edited By Mary Gregor, England. Cambridge University Press.
22. Loughlin, M. (1992). *Public Law and Political Theory*. Clarendon Press.
23. ----- (2004). *The Idea of Public Law*. Oxford University Press.
24. ----- (2017). *Political Jurisprudence*. Oxford university press.
25. Mill, J. S. (1991). *On Liberty*. Cambridge University Press.
26. Pearce, F. (2001). *The Radical Durkheim*. Canadian Scholars Press.
27. Pettit, P. (1997). *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford University Press.

28. Pool, T. (2015). Reason of state: Law, Prerogative and Empire, Prerogative in early-modern state theory. Cambridge University Press.
29. Rousseau, J. (1999). *Discourse on Political Economy and The Social contract*. Translated with an Introduction and Notes by Christopher Betts. Oxford University Press.
30. Simester, A. P. & von Hirsch, A. (2011). Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation. Hart.
31. Simon, J. (2007). Governing through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear. Oxford University Press.
32. Skinner, Q. (1978). Foundations of Modern Political Thought. Vol. 2: The Age of Reformation. Cambridge University Press.
33. Smith, A. (1981). *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations* (R. H. Campbell & A. S. Skinner, Eds.; W. B. Todd, Textual Ed.). Liberty Fund. (Original work published 1776).
34. Thorburn, M. (2011). 'Criminal Law as Public Law' in R. A. Duff & Stuart P. Green (eds). *Philosophical Foundations of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
35. Viroli, M. (1992). *From politic to reason of state*. Cambridge university press.

B) Articles

36. Agüero, A. (2012). Lorente, M. Penal Enlightenment in Spain: From Beccaria's Reception to the First Criminal Code. *Forum Historiae Iuris; Forum Historiae Iuris*, 11, 1-24.
37. Duff, R. A. (2010, a). Towards a Modest Legal Moralism. *Criminal Law and Philosophy*, 1(3).
38. ----- (2010, b). In defence of one type of retributivism. *Criminal Law and Philosophy*, 21-25.
39. Marshall, S.E. (1998). Duff, R.A. Criminalization and Sharing Wrongs. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, Vol. 11, Issue 1, 7-22.
40. Viner, J. (1954). Schumpeter, Joseph A, History Economic Analysis. *The American Economic Review*, Vol. 44, No. 5, 894-910, Published By: American Economic Association.

References In Persian:**A) Books**

1. Ardebili, M.A. (2023). *Kaleyat-e Hoogh-e Jaza* (Compendium of Criminal Law). 20th edition. Tehran: Nashr-e Mizan ([In Persian](#)).
2. Davari Ardakani, R. (2007). *Darbar-e Elm* (About Science). Tehran: Nashr-e Hermes ([In Persian](#)).
3. Durkheim, E. (2008). *Darbar-e Taghsim-e Kar-e Ejtemai* (On the Division of Labor in Society). Translated by Baqer Parham. 3rd edition. Tehran: Nashr-e Markaz ([In Persian](#)).
4. Foucault, M. (2011). *Bayad az Jam'e Defa Kard* (We Must Defend Society: Lectures at the Collège de France 1975-1976). Translated by Reza Najafzadeh. Tehran: Rokhnadno ([In Persian](#)).
5. ----- (2012). *Tolod-e Zist-e Siyasat* (The Birth of Biopolitics). Translated by Reza Najafzadeh. Tehran: Nashr-e Ney ([In Persian](#)).
6. Giddens, A. (1994). *Durkheim*. Translated by Yousef Abazari. Tehran: Nashr-e Khwarizmi ([In Persian](#)).
7. Hobbes, T. (2012). *Leviatan* (Leviathan). Translated by Hossein Bashirieh. 7th edition. Tehran: Nashr-e Ney ([In Persian](#)).
8. Mansourabadi, A. (2020). *Kaleyat Hoogh-e Jaza* (Compendium of Criminal Law). 8th edition. Tehran: Nashr-e Mizan ([In Persian](#)).
9. Predel, J. (2023). *Tarikh-e Andisheha-ye Kifri* (History of Criminal Thought). Translated by Ali-Hossein Najafi Abandary. 13th edition. Tehran: Nashr-e Samt ([In Persian](#)).
10. Rousseau, J-J. (2016). *Contract-e Ejtemai* (The Social Contract). 8th edition. Tehran: Nashr-e Afagah ([In Persian](#)).
11. Strauss, L. (2014). *Hoogh-e Tabiei va Tarikh* (Natural Right and History). Translated by Baqer Parham. 3rd edition. Tehran: Nashr-e Avagah ([In Persian](#)).
12. Tabatabai, S. J. (2016a). *Khajeh Nizam al-Mulk Tusi*. Tehran: Negah-e Mo'aser ([In Persian](#)).
13. ----- (2016b). *A Reflection on Iran* (Vol. 2: The Theory of the Rule of Law in Iran, Part 2: The Foundations of Constitutionalism). 2nd edition. Tehran: Minavi-ye Kherad Publications ([In Persian](#)).
14. Vincent, A. (2002). *Nazariyeha-ye Dowlat* (Theories of the State). Translated by Hossein Bashirieh. 4th edition. Tehran: Nashr-e Ney ([In Persian](#)).
15. Zoller, E. (2012). *Moghaddeme-ye Bar Hoogh-e Omomi* (Introduction to Public Law). Translated by Seyyed Mojtaba Va'ezi. Tehran: Javadaneh ([In Persian](#)).

B) Articles

16. Abbasi, I., Salehi, S. J., Ghoreishi, S. Y., & Dindarloo, S. (2022). Foucault and Genealogy of the Modern State: Governance and Transition from a Legal

- Perspective to the State. *Motale'at-e Hooghie* (Legal Studies), Vol. 14, No. 1 (In Persian).
17. Macleod, S., & Bashak Chali, G. (2006). Human rights, religious identity, and the distinction between public and private spheres. Translated by M. R. Amin, *Human Rights Journal*, 1(2) (In Persian).
 18. Soltani, S. N. (2020). The emergence of the concept of public sphere in the Constitutional Revolution. *Legal Studies*, 12(1) (In Persian).

مقاله آماده انتشار