



واقع گرایی در تصمیم گیری کیفی

مقاله علمی - پژوهشی

دکتر ایوب نوریان* - دکتر غلامرضا محمدنسل**

چکیده:

تصمیم گیری قضایی صرف نظر از اینکه باید عادلانه و منطبق با قوانین و مقررات حاکم باشد، متأثر از عوامل مختلفی همچون نارسایی مجموعه قوانین و قواعد حقوقی برای پاسخگویی به همه موضوعات و دعاوی مطروحه، نگرش و شخصیت مقام قضایی، مصلحت سنجی قضایی و ... می باشد. تصمیم گیری قضایی، برداشت و قرائت قاضی به عنوان یک انسان از متن قانون است؛ زیرا قانون بعد از تصویب، ثابت، اما جامعه مواجه با تغییرات و تحولات گوناگون است. بر همین اساس، در برابر عملکرد کُند قانونگذار، مسائل اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی به سرعت تغییر می یابند. در این بین، این قاضی است که قانون را در حد اختیار خود با واقعیات موجود منطبق و اقدام به تصمیم گیری می نماید.

نوشتار پیش رو که پژوهشی توصیفی - تحلیلی و بر مبنای روش اسنادی است، در صدد است تا علاوه بر شناخت نظریه های شکل گرایی و واقع گرایی، زمینه ها و جلوه های گرایش قضات به واقع گرایی و پرهیز از شکل گرایی در تصمیم گیری کیفی را بررسی نماید. مسئله اصلی این است که قضات در تصمیم گیری قضایی در امور کیفی باید به واقعیات موجود و عادلانه بودن احکام توجه نمایند یا اینکه به اجرای بی چون و چرای قوانین می پردازند؟ از این رو پس از بررسی نظریه های شکل گرایی و واقع گرایی، به زمینه های گرایش قضات به واقع گرایی در تصمیم گیری کیفی و نمودهای این گرایش در تصمیم گیری کیفی می پردازیم.

* گروه حقوق جزا و جرم شناسی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

Email: ay.noorian@gmail.com

** گروه حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، البرز،

Email: g_mnasl@gmail.com

ایران، نویسنده مسئول

کلیدواژه‌ها:

شکل‌گرایی، واقع‌گرایی، مصلحت‌سنجی، حقوق کیفری، تصمیم‌گیری قضایی.

مقدمه

تاریخچه واقع‌گرایی حقوقی^۱ به‌طور کلی به جنبش فلسفی قرن نوزدهم و نیمه نخست قرن بیستم بازمی‌گردد. واقع‌گرایی نوعی واکنش انکاری درمقابل مکتب شکل‌گرایی آستین، بنتام، میل و هیوم بود.^۲ بنا بر نظر واقع‌گرایان، تصمیم‌گیری قضات در حقیقت بر اساس تأثیرات واقعیات دعاوی بر آنهاست، نه بر این مبنا که قواعد حقوقی نتایج بخصوصی را تحمیل می‌کنند. واقع‌گرایی حقوقی در پی پاسخ‌های ضدشکل‌گرایی و تلاش برای نفی قطعیت از حقوق، نشئت گرفت و به‌تدریج سبب شد واقع‌گرایان حقوقی درمقابل شکل‌گرایان قرار گیرند. رویکرد واقع‌گرایی حقوقی آمریکا، مهم‌ترین جنبش بومی در رابطه با رویه قضایی در ایالات‌متحده است که در اوایل قرن بیستم در این کشور شکل گرفت و در مدت زمان کوتاهی علاوه بر اینکه سیستم آموزش و پژوهش حقوقی آمریکا را تحت تأثیر قرار داد، دستاوردهای ویژه‌ای دربارهٔ اصلاح حقوق و نظام دادرسی این کشور به‌دنبال داشت. واقع‌گرایان آمریکایی اغلب وکلا، اساتید دانشگاه و قضات بودند و در میان آنها هیچ فیلسوفی نبود؛ بنابراین، ماهیت این جنبش را اصولاً باید متفاوت از جنبش هم‌نام آن در اسکاندیناوی دانست.^۳ واقع‌گرایان با تشکیل این جنبش به‌دنبال پاسخ به این سؤال بودند که قضات در صدور احکام به واقعیت امور پایبند هستند یا به قاعده‌های حقوقی؟ بدیهی است وقتی قاضی درمورد یک رفتار مجرمانه تصمیم‌گیری می‌کند، ملزم به اجرای قوانین ماهوی و شکلی است اما این موضوع به‌معنای نادیده گرفتن سهم عوامل اجتماعی و روانی خودآگاه و ناخودآگاه در تصمیم‌گیری وی نیست. درواقع تصمیم‌گیری قضایی بر پایه واقع‌گرایی، درصدد مخالفت با تصور ماشینی بودن تصمیمات قضایی است.

لزوم حاکمیت قانون و تبعیت از آن به‌منظور حفظ نظم و تأمین عدالت، همواره موردتوجه حقوق‌دانان قرار گرفته و تخطی از قانون، پذیرفتنی نبوده و این موضوع به‌دلیل حساسیت‌های موجود در قلمرو حقوق کیفری اهمیت مضاعفی پیدا کرده است. ولی با وجود این، قضات

1. Legal Realism

۲. مهرزاد ابدالی، *فلسفه حقوق و نظریه‌های حقوقی* (تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۳)، چاپ دوم، ۲۳۱.

3. Raymond Wacks, *Understanding: Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 2009), 172.

به‌عنوان متولیان اجرای عدالت کیفری در فرایند رسیدگی همواره با مواردی مواجه می‌گردند که صرفاً با رجوع به قانون نمی‌توانند تصمیم‌گیری نمایند.

واقع‌گرایی حقوقی، نقش قضات را به‌عنوان مجربان اراده قانونگذار به چالش کشید و بر ناقص بودن تأثیر قواعد و مقررات حقوقی در شکل‌دهی به تصمیمات قضایی تأکید کرد.^۴

بی‌گمان عوامل و شرایط مختلف هرکدام به‌گونه‌ای خاص بر تصمیم‌گیری قضات تأثیر می‌گذارند. دسته‌ای از عوامل که تأثیرگذاری آنها بر تصمیم‌گیری قضایی انکارناپذیر است، واقعیت‌های بیرونی وارد بر موضوع مورد رسیدگی است. برخی از این واقعیت‌ها در قوانین پیش‌بینی شده است برای نمونه در نظر گرفتن وضعیت متهم، سابقه کیفری وی و ... برخی از این واقعیت‌ها با اینکه در قوانین پیش‌بینی نشده‌اند، تأثیرات فراوانی بر تصمیم‌گیری قضات دارند. تصمیم‌گیری قضایی مهم‌ترین رکن و نتیجه هر دعواست. این تصمیم‌گیری‌ها از قرارهای نخستین و تأمین گرفته تا رأی نهایی با اثرپذیری از واقعیت‌های گوناگونی صادر می‌شوند. در پرونده‌های قضایی طرح کلی که مبنای تصمیم‌گیری را شکل می‌دهد می‌تواند قانون، نگرش قاضی، استراتژی یا راهبرد قضایی و ویژگی‌های شخصیتی قاضی باشد که هر یک تحت عنوان یک الگوی تصمیم‌گیری مورد بررسی قرار می‌گیرند. قانون نخستین الگویی است که در ذهن هر خواننده‌ای به‌عنوان الگوی بدیهی تصمیم‌های قضات شکل می‌گیرد، اما باید توجه داشت که قانون به‌تنهایی پاسخ‌چرایی تصمیم‌های قضات را نمی‌دهد. امروز نظریه واقع‌گرایی نه‌تنها در تصمیم‌گیری قضایی بلکه در انعطاف‌پذیری نهادهای حقوق کیفری که در گذشته‌ای نه‌چندان دور، رویه‌ای مکانیکی را دنبال می‌کردند نیز تأثیرگذار بوده است.

۱- شکل‌گرایی حقوقی

شکل‌گرایی یا صورت‌گرایی در نظریه حقوقی، به‌دنبال به‌حداقل رساندن عنصر انتخاب در تفسیر عبارات مندرج در قواعد حقوقی است و بر ضرورت یقین و قابلیت پیش‌بینی در معنای این قواعد تأکید دارد. صورت‌گرایان حقوقی از انتساب معانی خاص به برخی اصطلاحات که مفسر یک قاعده حقوقی نمی‌تواند از آنها عدول نماید، حمایت می‌کنند.^۵ شکل‌گرایی حقوقی به حقوق مانند قواعد علوم طبیعی می‌نگرد. قواعدی که به‌جای روابط مادی و فیزیکی در

4. Marisa Iglesias Vila, *Facing Judicial Discretion, Legal Knowledge and Right Answers Revisited* (Boston: Kluwer Academic Publishers, 2001), 1.

۵. آستین چپهنگو، *مبانی فلسفه حقوق*، ترجمه هیبت‌الله نژندی‌منش (تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۴)، ۲۶.

طبیعت، قواعد حاکم بر روابط اجتماعی افراد را همان قواعد موضوعه حقوقی می‌بیند و برای شناخت آن، دقت در منابع رسمی حقوق و استخراج قواعد کلی معمول در این منابع رسمی را لازم و کافی می‌شمرد.^۶

حقوق‌دانان شکل‌گرا بر این باورند که زیر سطح ظاهری قانون، یک ساختار منسجم از عقاید منطقی و کاملاً تعیین‌کننده برای هر موضوعی موجود و فقط منتظر آشکار شدن است؛ از این رو قضات و حقوق‌دانان می‌توانند از این قواعد و محورهای کلی، قواعد و احکام خاص بسیاری استنتاج کنند. شکل‌گرایی روشی بود که استدلال حقوقی را به استدلال قیاسی تشبیه کرد. واقع‌گرایی حقوقی به علت پاسخ‌های ضد شکل‌گرایی و تلاش برای نفی قطعیت از حقوق، نشأت گرفت و به تدریج سبب شد واقع‌گرایان حقوقی در مقابل شکل‌گرایان قرار گیرند. در نقد این رویکرد می‌توان گفت با تکیه بر شکل‌گرایی محض، بدون در نظر گرفتن ارزش قواعد و مقررات و لحاظ نمودن واقعیت‌های بیرونی ناظر بر موضوع که در زمان تدوین و تصویب قواعد و مقررات موجود نبوده یا مورد توجه واقع نشده‌اند، مواردی از بی‌عدالتی در سطح جامعه بروز خواهد نمود. همچنین اعتقاد کامل به استفاده از این رویکرد، منجر به رکود نظام حقوقی شده که در رویارویی با مسائل روز و نیاز به حفظ مصالح فردی و اجتماعی توفیق چندانی نخواهد داشت. البته شکل‌گرایی در صورتی که قوانین و مقررات جزایی واجد خصیصه واقع‌گرایی باشند دارای محاسنی همچون تسریع در رسیدگی به پرونده‌ها و جلوگیری از اطاله دادرسی، جلوگیری از اعمال سلیق و تمایلات شخصی مقامات تصمیم‌گیرنده، قابل‌پیش‌بینی بودن تصمیمات کیفری و از همه مهم‌تر رعایت اصل قانونی بودن جرم و مجازات است.

۲- واقع‌گرایی حقوقی

بسیاری از انتقادهای واقع‌گرایان به شکل‌گرایی بر این مبنا استوار است که مجموعه قواعد حقوقی توان ارائه پاسخ صحیح و واحد به پرسش‌ها و مسائل حقوقی را ندارد؛ زیرا، قانون بعد از تصویب، ثابت، اما جامعه مواجه با تغییرات و تحولات گوناگون است. همچنین قواعد به‌خودی‌خود نامتعین هستند و نمی‌توان پیشاپیش معنا، کارکرد و پیامدهای مشخص آنها را تعیین نمود.

۶. ایرج بابایی، «مبانی نظری رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق»، پژوهش حقوق و سیاست ۲۳ (۱۳۸۶)، ۱۹.

واقع‌گرایان به‌زعم خود نسبت به نحوه تصمیم‌گیری قضات در دعاوی نگاهی واقع‌بینانه دارند، چنان‌که قاضی الیور وندل هولمز^۷، یکی از متفکران قدیمی و اصلی حقوقی در آمریکا، این‌گونه بیان می‌کند: «تصمیم‌گیری، قانون واقعی است.»^۸ بنا بر نظر واقع‌گرایان، کاری که قضات در عمل انجام می‌دهند، تصمیم‌گیری بر اساس تأثیر امور واقعی دعاوی بر آنهاست، نه بر این مبنا که قواعد حقوقی نتایج و پیامدهای مشخص و بخصوصی را تحمیل می‌کنند؛ بلکه قضات عمدتاً در فرایند صدور حکم «حساس به واقعیت» هستند تا اینکه «حساس به قاعده» باشند.^۹

واقع‌گرایان حقوقی بر این باورند که تصمیم‌گیری قضات در پرونده‌های کیفری بدون در نظر گرفتن ملاحظات زمانی و مکانی، اقتصادی، سیاسی و اخلاقی و با تکیه صرف بر قواعد و مقررات حقوقی منجر به نتیجه مطلوب نخواهد شد و تنها به فصل خصومت می‌انجامد. بی‌گمان عوامل و شرایط مختلف هر کدام به‌گونه‌ای خاص بر تصمیم‌گیری قضایی تأثیر می‌گذارند. دسته‌ای از عوامل که تأثیرگذاری آنها بر تصمیم‌گیری قضایی انکارناپذیر است، واقعیت‌های بیرونی وارد بر موضوع مورد رسیدگی است. برخی از این واقعیت‌ها در قوانین پیش‌بینی شده است برای نمونه در نظر گرفتن وضعیت متهم، سابقه کیفری وی و ...؛ برخی از این واقعیت‌ها با اینکه در قوانین پیش‌بینی نشده‌اند، تأثیرات فراوانی بر تصمیم‌گیری قضایی دارند. تصمیم‌گیری قضایی مهم‌ترین رکن و نتیجه هر دعواست. این تصمیم‌گیری‌ها از قرارهای نخستین و تأمین‌گرفته تا رأی نهایی با اثرپذیری از واقعیت‌های گوناگونی صادر می‌شوند.

به این ترتیب، سیطره اندیشه‌های شکل‌گرایی بر نظام قانونگذاری، حقوق را تبدیل به علمی مکانیکی کرده که بیشتر از آنکه برآمده از واقعیت‌های اجتماعی و شرایط پیرامونی باشد، درصد اجزای بی‌انعطاف قواعد و قوانین است. درحالی‌که حقوق پدیده‌ای اجتماعی است و به‌جای جدل در میان نوشته‌ها و کتب، باید به‌دنبال حقوق پویا و عملی بود که در پی عملی شدن عدالت و خواسته‌های جامعه و رفع نیازهای جامعه است. بر این پایه، شناخت جامعه و جایگاه حقوق در روابط اجتماعی، امری غیرقابل‌اجتناب در حیات حقوق شمرده می‌شود.

۳- واقع‌گرایی در حقوق کیفری

هرچند آموزه‌ها و اندیشه‌های مکتب واقع‌گرایی حقوقی، ابتدا در حقوق مدنی مطرح و به

7. Oliver Wendell Holmes

8. The Judge's Decision, The Law is Real

9. Dennis Michael Patterson, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Chicago: Wiley-Blackwell, 2010), 15.

حقوق شبه‌جرم توسعه داده شده و سپس به حقوق کیفری نیز تسری یافته‌اند، لذا بدون توجه به مبانی و پیشینه طرح آنها، نمی‌توان به درک درستی از موضوع رسید. مباحث فلسفی و معرفت‌شناختی نظریه واقع‌گرایی حقوقی، تأثیر مستقیم و قابل توجهی بر منطق حقوق کیفری و روش‌شناسی فرایند تصمیم‌گیری کیفری داشته و دارد. در حقیقت نظریه رئالیسم در حقوق کیفری معطوف به عملکرد قضات و نهادهای حقوقی است تا قوانین و مقررات موجود.

در یک بُرش تاریخی طولانی، پایبندی افراطی قانونگذار به قاعده‌های حقوقی غیرقابل انعطاف و سخت از یکسو و نیز اتخاذ رویکرد قضایی جزم‌اندیشانه و فنی محض به مقرره‌های قانونی در فهم آن نزد دادرسان از سوی دیگر، موجب شد تا در وهله نخست، قوانین در بافتی زاییده شوند که قانونگذار کمترین توجهی به شرایط اجتماعی، مناسبات اقتصادی، بسترهای فرهنگی و یافته‌های دیگر علوم اجتماعی نداشته و در وهله پسینی نیز حکم دادرس «ناعادلانه» جلوه کند؛ زیرا بی‌شک چنین حکمی در تأمین دفاع اجتماعی ناموفق بوده یا مصالح بزه‌کار و بزه‌دیده را نادیده انگاشته است. در مخالفت و به‌منظور برون‌رفت از چنین شکل‌گرایی حقوقی است که نظریه مصالح (مهندسی اجتماعی) بیان می‌دارد: باید به دنبال ایجاد نظامی از ارزش‌ها بود که با آن بتوان مصالح متضاد را سنجید، ارزش‌گذاری کرد و میانشان توازن و توافق برقرار ساخت. ایجاد توازن میان مصالح مختلف پس از افراط و تفریط‌های صورت‌گرفته در برش‌های تاریخی گوناگون، امروزه موضوع حقوق کیفری مدرن است.^{۱۰}

مهم‌ترین هدف دادرسی کیفری اجرای عدالت و فصل خصومت است و این امر در صورتی تحقق می‌یابد که آرای صادره از محاکم و مراجع از ویژگی‌های خاصی برخوردار باشند. تصمیمات قضایی مبتنی بر واقع‌گرایی نه تنها موجب اقناع وجدان عمومی و رضایت طرفین دعوی و احساس عدالت و امنیت در جامعه می‌شود بلکه عدم توجه به واقع‌گرایی در تقنین قوانین کیفری را نیز جبران می‌کند. در تصمیم‌گیری در مورد دعاوی، قضات بیشتر به محرک واقعیات اساسی دعوی واکنش نشان می‌دهند تا اینکه به قواعد حقوقی و دلایل توجه کنند.

۴- زمینه‌ها و نمودهای گرایش به واقع‌گرایی در تصمیم‌گیری کیفری

واقع‌گرایی حقوقی، تمامیت نقش قضات به‌عنوان مجریان اراده قانونگذار را به چالش کشید و

۱۰. امیرحمزه زینالی و محمدحسین کوره‌پز، «قانونگذاری جنایی در پرتو نظریه مصالح (مهندسی اجتماعی): با تأکید بر نظام صدور حکم»، فصلنامه مجلس و راهبرد ۹۳ (۱۳۹۷)، ۲۰۹.

بر ناقص بودن تأثیر قواعد و مقررات حقوقی در شکل‌دهی به تصمیمات قضایی تأکید کرد.^{۱۱} جان موريس کلی معتقد است که دادرسان ایجاد حقوق می‌کنند و باید نیز چنین کنند. مقصود وی از حقوق فقط پیش‌بینی آرائی است که دادگاه‌ها در وقایع خارجی صادر خواهند کرد.^{۱۲} برایان لیتز، مدعی اصلی واقع‌گرایی را این می‌داند که قضات در تصمیم‌گیری، ابتدا به انگیزه‌های برخاسته از حقایق پرونده و نه به استدلال و قواعد حقوقی پاسخ می‌دهند.^{۱۳}

تقابل میان شکل‌گرایی و عدالت‌مداری در نظام قضایی به‌ویژه در حل‌وفصل برخی دعاوی و قضایا نمایان می‌گردد. شکل‌گرایی در فرایند تصمیم‌گیری قضایی می‌تواند واجد آثاری همچون قابل‌پیش‌بینی بودن احکام صادره از محاکم، حل خصومت و صدور حکم در کوتاه‌ترین زمان باشد؛ بنابراین با تکیه بر شکل‌گرایی در پرتو مراجعه مستقیم به قوانین و مقررات حاکم، فارغ از آنکه این قواعد اقتضانات عدالت و انصاف را تأمین می‌کنند، تصمیم‌گیری انجام می‌شود، زیرا مسیر و محدوده استدلال مشخص شده و دست قضات برای فراتر رفتن از این محدوده باز نیست. شناخت زمینه‌های گرایش به واقع‌گرایی در فرایند تصمیم‌گیری کیفی، بی‌شک می‌تواند در درک نمودهای این گرایش و آثار و پیامدهای آن مؤثر واقع شود.

۴-۱- واقع‌گرایی ناشی از نارسایی قوانین کیفی

قانون، اعلام رسمی حق و بیان عقلی آن است. اصل بر این است که قانون مجموعه‌ای کامل از تفکر و اراده مرجع قانونگذاری صلاحیت‌دار و متضمن تصمیمات منطقی و حکیمانه باشد. به عقیده واقع‌گرایان، قضاوت عادلانه و منصفانه، نه فقط برمبنای قواعد و ادله حقوقی که بی‌شک در هیچ دوره‌ای کامل و بی‌نقص نبوده‌اند، بلکه با در نظر گرفتن واقعیت‌های موجود در پرونده شکل می‌گیرد. هرچند واقع‌گرایان انتقادات فراوانی را علیه صورت‌گرایی حقوقی مطرح نمودند ولی در تحلیل نهایی خود مایل نبودند که حاکمیت قانون را انکار نمایند.

11. Vila, op.cit. 1.

۱۲. جان موريس کلی، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ (تهران: انتشارات طرح نو، ۱۳۸۲)، ۵۳۰.

13. Brian Leiter, "American Legal Realism," In *Philosophy of Law and Legal Theory published in A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, ed. Dennis Patterson (Chicago: Blackwell, 2010), 258.

۴-۱-۱- ناعادلانه بودن قوانین از نگاه قضات

دل وکیو^{۱۴}، بر این باور است که ارزیابی‌های حقوقی ما، ممکن است، حتی مجرد از احکام مبتنی بر حقوق وضعی و یا مخالف با آنها باشد. به عبارتی دیگر، در وجود ما نیرویی مستقل و زوال‌ناپذیر برای تشخیص عدالت از بی‌عدالتی نهفته است. درست است که در اکثر موارد، حقوق موضوعه با احساس ما از عدل و ظلم تطبیق می‌کند، ولی این مطابقت ممکن است گاهی وجود نداشته باشد. به علاوه، اگر بین خواست‌های حقوقی وجدان آدمی و حقوق موضوعه همیشه مطابقت کامل وجود داشت، دیگر محرکی برای پیشرفت حقوق موضوعه به چشم نمی‌خورد و حاصل آن یک سکون و ایستایی بود که با اصل تحول حقوق نیز در تعارض بود.^{۱۵}

اجرای عدالت به‌طور کلی و اجرای عدالت کیفری به‌طور خاص همواره مطلوب تمام انسان‌ها بوده است و انسان همواره به حکم فطرت خود عدالت‌طلب بوده و از بی‌عدالتی رنج برده است. تبلور عدالت کیفری در تصمیم‌گیری‌های قضایی نمایان می‌شود. ناعادلانه بودن قوانین کیفری لازم‌الاجرا در نگاه قضات، ممکن است سبب شود تا برخی از قضات با استفاده از اختیاراتی که در قانون پیش‌بینی شده و حتی با نگاهی فراقانونی، احکام خود را به گونه‌ای صادر نمایند که از یک سو در استناد خود به قانون حاکم کوتاهی نکرده باشند و از سوی دیگر تا حد امکان قانون را با واقعیات عدالت‌طلبانه منطبق سازند.

نگرش منطقی و بی‌طرفانه به وضعیت مراجع متعدد قانونگذاری در ایران، به‌روشنی گویای این مطلب است که سیاست جنایی ایران در این حوزه با بحران تورم کیفری مواجه است و تعدد مراجع قانونگذاری، گستردگی و تشتت قوانین را نیز دربردارد و حجم زیاد قوانین مورد استناد در دادرسی نه تنها قضات و تصمیم‌گیرندگان قضایی را با اشکال و سردرگمی مواجه می‌سازد، بلکه سبب انحراف عدالت و انصاف از مسیر صواب می‌گردد. تعارض و سردرگمی زمانی تشدید می‌شود که نهادهای هم‌عرض قانونگذاری، از انسجام و ارتباط و هماهنگی لازم به دور مانده که در این صورت تعارض و تهافت قوانین ناسخ و منسوخ و مشابه را به دنبال خواهد داشت. در این مقطع، پرسش این است: قانون حاکم کدام است؟^{۱۶}

14. Giorgio Del Vecchio

۱۵. جورج دل وکیو، *فلسفه حقوق*، ترجمه جواد واحدی (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۱)، ۲۱۸.

۱۶. کیومرث کلاتنری، «تحلیل بحران در حقوق موضوعه کیفری ایران و راهکارهای خروج از آن» (رساله دکتر، تهران: دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۱)، ۶۲.

به‌عنوان نمونه مطابق ماده ۶۵۲ قانون مجازات اسلامی، «هرگاه سرقت مقرون به آزار باشد و یا سارق مسلح باشد، به حبس از سه ماه تا ده سال و شلاق تا ۷۴ ضربه محکوم می‌شود ...». ایرادی که به ماده مذکور وارد است، فاصله بسیار زیاد حداقل و حداکثر مجازات است؛ با این توضیح که در شرایطی که در اکثر مقررات قانونی، حداکثر مجازات هر جرم بین چهار تا شش برابر حداقل آن تعیین می‌شود^{۱۷}، در این ماده این فاصله به ۴۰ برابر می‌رسد که غیرعادی بودن آن امری آشکار است. درحالی‌که ماده ۶۶۱ همان قانون، مجازات سرقت تعزیری ساده را سه ماه و یک روز تا دو سال تعیین نموده است. با این وصف می‌توان گفت تصمیم دادگاه می‌تواند در سرقت مقرون به آزار و مسلحانه بدون اعمال مقررات تخفیف و تشدید، سه ماه و در سرقت تعزیری ساده سه ماه و یک روز باشد که مجازاتی شدیدتر از سرقت مقرون به آزار یا مسلحانه است. همچنین در ماده ۴۹۹ قانون مجازات اسلامی نیز درخصوص جرم عضویت در دسته‌ها و جمعیت‌های ممنوعه، مجازات حبس از سه ماه تا پنج سال پیش‌بینی شده که فاصله ۲۰ برابری حداقل و حداکثر مجازات، قابل انتقاد به‌نظر می‌رسد. تصمیم‌گیری برای مرتکبان جرایم موضوع مواد ۶۵۲ و ۶۶۱ قانون تعزیرات با در نظر گرفتن حداقل مجازات مقرر، به هیچ‌عنوان نمی‌تواند وصف عادلانه را به همراه داشته باشد. در اینجا قاضی واقع‌گرا با درک واقعبینانه عادلانه بودن قانون، ناچار است تصمیم خود را به‌گونه‌ای اتخاذ نماید که عدالت و انصاف رعایت گردد.

امروزه و در شرایط پرخطر و آسیب‌زای اجتماعی و اقتصادی، قوانین کیفری علاوه بر کارآمدی باید منصفانه و عادلانه باشند. در عصر حاضر برخلاف گذشته، به‌تبع تغییر و تحول بنیادین در پیش‌فرض‌های معرفت‌شناختی و هستی‌شناسی، انسان مکلف و تابع گذشته به فردی محقق و مدعی تبدیل شده که قوانین کیفری را با عقل نقاد خود و با دلایل موجه و منطقی به نقد و چالش می‌کشد. قضات به‌عنوان مجریان قوانین کیفری نه‌تنها از این قاعده مستثنا نیستند، بلکه میزان اشراف و قدرت استدلال آنان بر قوانین کیفری به‌مراتب بیشتر از عامه مردم است و لذا در توسل به چنین قوانینی، نه‌تنها احتیاط را سرلوحه کار خود قرار می‌دهند، واقعبینان حاکم بر پرونده را نیز در تصمیم‌گیری خود اعمال می‌کنند.

۱۷. تعیین مجازات بین شش ماه تا دو یا سه سال و یک تا پنج سال و دو تا ۱۰ سال و سه تا ۱۵ سال در مقررات جزایی کشورمان نمونه‌هایی از این موضوع است.

۴-۱-۲- ابهام، اجمال، نقص و تعارض قوانین

برخی از نظریه‌پردازان حقوقی معتقدند که واقع‌گرایان برای رد بسیاری از ادعاهای «شکل‌گرایی» یا «مکانیکی» از قانون و استدلال حقوقی، در هدف اصلی خود موفق بوده‌اند. امروزه به‌طور گسترده‌ای پذیرفته شده است که قانون یک علم و منبع استناد دقیق نیست و نمی‌تواند باشد و مهم است که به این موضوع بپردازیم آنچه قضات واقعاً در تصمیم‌گیری قضایی انجام می‌دهند، غیر از آن چیزی است که ادعا می‌کنند، انجام می‌دهند.^{۱۸}

هرچند قوانین کیفری باید از هرگونه تعارض مصون باشند، اما به هر حال وجود تعارضات ماهوی در برخی موارد، به دلایل مختلف اجتناب‌ناپذیر است؛ ولی با این وصف انتظار می‌رود تعارض آشکار و ظاهری در قانون وجود نداشته باشد. تلاش تدوین‌کنندگان در جهت صراحت، جامعیت، انسجام و هماهنگی قواعد قانونی البته درخور ستایش است ولی با این وصف مشاهده می‌شود در برخی قوانین به این نکته توجه نشده و قوانینی به‌تصویب رسیده است که آشکارا مبهم، مجمل و در تعارض با یکدیگرند.

سلامت، سلاست و صلابت یک قانون تا حدود بسیاری به ذوق سلیم، احتیاط و بصیرت قانونگذار بستگی دارد؛ زیرا اوست که باید از ترکیب همه عوامل و داده‌های تاریخی، غایی و اقتصادی، نتیجه‌گیری درست کند و قاعده‌ای فراهم آورد که بالطبع اجتماعی باشد.^{۱۹} بدیهی است از قوه مقننه‌ای حتی یکدست، اما فاقد قدرت توانایی و شناخت مسائل، قوانینی فاقد چهارچوب لازم و مبانی محکم استخراج می‌شود. موارد این ضعف‌ها و ناتوانی‌ها را در مجموعه قوانین جزایی فراوان می‌توان ملاحظه نمود.^{۲۰} وجود قوانین مبهم، مجمل، ناقص و متعارض موجب تفاسیر شخصی از متون قانونی می‌گردد. از آنجاکه تفسیر قانون همیشه مقدم بر تطبیق آن است لذا قضات در مقام رسیدگی به جرم، در تبیین مراد مقنن و شرح و توضیح الفاظ و عبارات قانون با استفاده از روش تفسیر عینی واقعیات موردنظر خود را لحاظ نموده تا به این ترتیب شاهد نوعی واقع‌گرایی شخصی در تصمیمات کیفری باشیم. از این‌رو واقع‌گرایی حقوقی با اعتقاد به اینکه اصول و قواعد پیشینی الزام‌آور و لازم‌الاتباع حقوق کیفری، زمینه لازم را برای تصمیم‌گیری قضایی در همه پرونده‌ها ندارند؛ لذا در فرایند رسیدگی کیفری آنچه

18. Lief H. Carter and Thomas F. Burke, *Reason in Law* (Chicago: University of Chicago Press, 2015), 16.

۱۹. ناصر کاتوزیان، *فلسفه حقوق* (تهران: نشر شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰)، جلد اول، چاپ دوم، ۱۰۹.

۲۰. رضا نوربها، «سیاست جنایی سرگردان»، *مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی* ۲۶-۲۵ (۱۳۷۸).

بیش از هر چیز اهمیت دارد، واقعیت‌های عینی موجود در هر پرونده است. باید گفت واقع‌گرایی حقوقی ارتباط متقابلی با رویکردهای پیامدگرایی، فایده‌گرایی، عمل‌گرایی و تجربه‌گرایی دارد.

بر اساس اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی به‌طور کلی: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوی را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم هر قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقض یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوی و صدور حکم امتناع ورزد.» هر کدام از این بهانه‌ها تعریف و شرایط خاص خود را دارد که در این مجال نمی‌گنجد. باین‌حال صرف‌نظر از تعارض یا عدم‌تعارض این موضوع با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها که در اصل سی و ششم قانون اساسی و ماده ۲ قانون مجازات اسلامی پیش‌بینی شده است، باتوجه‌به اینکه منابع معتبر فقهی به زبان عربی نوشته شده است و نه تنها عموم مردم، بلکه حقوق‌دانان و حتی اکثر قضات نیز آشنایی کافی با زبان عربی ندارند، تکلیف به مراجعه به منابع فقهی معتبر به دور از اندیشه‌های واقع‌گرایانه است. باتوجه‌به حساسیت موضوع و وجود فتاوی متعارض، قانونگذار باید موارد لازم را از متون فقهی استخراج کرده و در قالب قانون به جامعه ارائه دهد اما متأسفانه تاکنون چنین اقدام ارزنده‌ای انجام نشده است.

۴-۱-۳- جرم‌انگاری غیرضروری

جرم‌انگاری فرایندی است که به‌موجب آن، حکومت اعمالی را از فضای آزاد رفتار شهروندان به قلمرو تحت سلطه و کنترل خود منتقل می‌کند و مرتکب آن را به تحمیل درد و رنج تهدید می‌نماید.^{۲۱} به‌عبارتی‌دیگر، خروج یک رفتار از قلمرو تحمل و تسامح حاکمیت به‌عنوان اولین گام در قانونگذاری کیفی، جرم‌انگاری یک رفتار و تعیین مجازات برای آن است.

یکی از جدی‌ترین مشکلات فراروی حقوق کیفی بیشتر کشورها، افراط در جرم‌انگاری هم از لحاظ ازدیاد تعداد عناوین مجرمانه و هم گسترش دامنه دایره تعریف و مصادیق برخی جرایم می‌باشد. با نگاهی به مجموعه قوانین جزایی برخی کشورها - به‌ویژه کشور ما - به آسانی درمی‌یابیم که حتی مطالعه ساده مواد قانون در حوصله هر حقوق‌دانی نیست و از آنجاکه در بیشتر قوانین جزایی، جهل به قانون مسموع نیست، انتظار داریم عامه مردم

۲۱. مجتبی فرح‌بخش، *جرم‌انگاری فایده‌گرایانه* (تهران: میزان، ۱۳۹۱)، چاپ اول.

جامعه از رفتارهای مجرمانه (اعم از فعل و ترک فعل) مطلع باشند.^{۲۲}

پدیده تورم کیفری در سیاست جنایی کشورهای غربی، وسعت سرگیجه‌آوری یافته است. روز یا هفته‌ای نیست که روزنامه رسمی ایجاد جرایم جدید یا توسعه جرم‌های موجود را بدون اینکه جرایم قدیمی موجود در قوانین حذف شوند، اعلام نکند. برای روشن شدن موضوع با رقم و عدد، باید به مطالعات پانزده سال پیش کمیسیون اصلاحات حقوق کانادا اشاره کرد که به موجب آن در هر استان کانادا، یک شهروند کانادایی می‌تواند مرتکب بیش از ۳۷,۹۶۷ عمل مختلف بشود که در قانون عنوان جرایم غیرعمدی دارند.^{۲۳}

بدین ترتیب، حجم و گستردگی قوانین مصوب، آن چنان وسیع و پیچیده می‌گردد که نه تنها مراجع قضایی، بلکه جامعه علمی و دانشگاهی را نیز در آگاهی و اشراف به قوانین موضوعه و تعیین قانون حاکم به چالش و بحران می‌کشاند.^{۲۴} دقت در جرم‌انگاری از اساسی‌ترین موضوعاتی است که باید مورد توجه قانونگذار بوده و بدون توجه به این نکته، قوانین جزایی هدف از وضع خود را محقق نخواهند کرد. یکی از موارد جرم‌انگاری افراطی، جرم‌انگاری و کیفرگذاری آن دسته از اعمالی است که خود جرم نیستند اما برای جلوگیری از جرایم دیگر جرم‌انگاری شده‌اند و به جرایم مانع یا جرایم فرعی معروفند که برای نمونه در این خصوص، می‌توان به قوانین ناظر به مبارزه با تروریسم در برخی کشورها و قوانین ناظر به جرایم مواد مخدر در ایران اشاره کرد.

برای جرم‌انگاری یک رفتار مؤلفه‌هایی همچون سرزنش‌پذیری (ارزش کیفری)، ضرورت، اعتدال و میانه‌روی، عدم کفایت و ناکارایی، هزینه‌های کنترل و مصالح بزه‌دیدگان و اصولی همچون اصل ارزش کیفری، اصل فایده‌مندی و اصل انسان‌گرایی در نظر گرفته می‌شود.^{۲۵} در این شرایط که بسیاری از رفتارهای افراد یک جامعه، مشمول حقوق جزا می‌گردد، از ارزش جرم و مجازات کاسته می‌شود. به وجود آمدن یک حقوق جزای فنی گسترده در پرتو افزایش بی‌اندازه تعداد پرونده‌ها به دنبال افزایش چشمگیر عناوین مجرمانه، منجر به سرعت در

۲۲. احمد فلاحی، ضرورت جرم‌انگاری (تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۲)، ۱۵.

۲۳. رمون گسن، «بحران در سیاست جنایی کشورهای غربی»، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، مجله تحقیقات حقوقی ۱۰ (۱۳۷۱)، ۲۹۱.

۲۴. علی نجفی‌توانا و شهرداد دارابی، «درآمدی بر جرم‌شناسی راست جدید و گرایش‌های آن»، فصلنامه تحقیقات حقوقی آزاد ۳۴ (۱۳۸۹)، ۱۶۴.

۲۵. حسین غلامی، اصل حداقل بودن حقوق جزا (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۳)، چاپ اول.

تصمیم‌گیری جهت کاستن از آمار پرونده‌ها می‌گردد. افزایش قرارهای منع تعقیب و احکام برائت، تفکیک نوع رسیدگی در پرونده‌های به اصطلاح مهم و غیرمهم، صدور قرارهای تعلیق تعقیب، معافیت از کیفر، تعلیق اجرای حکم و ... راهکارهای قضایی در این خصوص است. از طرفی در مرحله اجرای حکم، به دلیل افزایش شدید تعداد زندانیان، تصمیم‌گیری‌ها حول محور آزادی مشروط، عفو و ... است.

قضات در فرایند دادرسی کیفری و در ارزیابی جرایم و مجازات‌ها با این پرسش مواجه هستند که کدام رفتارها بر پایه چه معیارهایی جرم‌انگاری شده و وصف مجرمانه پیدا می‌کنند. آنان خود را ماشین اجرای قانون فرض نمی‌نمایند و به درستی واقف هستند که مداخله کیفری به‌عنوان شدیدترین و عریان‌ترین نوع اعمال و اجرای قدرت رسمی/ دولتی، همواره میل به فتح قلمروهای جدید و توسعه بیش‌ازپیش دارد. با این وصف جرم‌انگاری افراطی و غیرضروری را با راهکار واقع‌گرایی به سمت اعتدال‌گرایی کیفری در تصمیم‌گیری خود سوق می‌دهند. از نمونه‌های بارز این ادعا تصمیمات کیفری اخیر در خصوص استفاده از تجهیزات ماهواره و حمل و نگهداری پاسور است که اغلب به صدور قرار منع تعقیب یا برائت منجر می‌گردد.

۴-۲- واقع‌گرایی ناشی از شخصیت فردی و اجتماعی قاضی

یوجن ارلیک^{۲۶}، بر این باور است که: «جز شخصیت قاضی، هیچ تضمین دیگری برای اجرای عدالت وجود ندارد.»^{۲۷} در حقیقت هیچ‌کس به این دیدگاه اعتقاد نداشته که: «آنچه که قاضی برای صبحانه خورده است، تصمیم او را مشخص می‌کند»، دیدگاهی که اغلب به اشتباه به واقع‌گرایی نسبت داده می‌شود. نویسندگان در جناح اجتماعی واقع‌گرایی، ارتباط واقعیت دعوی با این مسئله که قضات انسان‌هایی با ویژگی‌های فردی خاصی هستند را انکار نکرده‌اند؛ بلکه آنها تأکید کرده‌اند که واقعیات مرتبط با قضات به‌عنوان انسان، عمدتاً واقعیات فردی نیستند. بارنا^{۲۸} و همکاران بر این باورند که دستگاه عدالت کیفری، با آموزش و تعلیم ویژه‌ای که به قضات و کارآموزان قضایی می‌دهد نقش محوری در این زمینه برعهده دارد. این دستگاه باید از عواملی که مانع توسعه بهبود فضیلت‌های قضایی است، میرا باشد. معیار «راندمان» که بر اساس آن قضات مجبور می‌شوند زمان اندکی را به یک پرونده اختصاص دهند، ممکن است

26. Eugene Ehrlich

۲۷. لی لی بارنا و دیگران، «ویژگی‌های یک قاضی خوب؛ اصول اخلاق قضایی و رفتار حرفه‌ای»، ترجمه مهدی ناصری دولت‌آبادی و مصطفی صبوری، فصلنامه قضاوت ۹۱ (۱۳۹۶)، ۱۶۳.

28. Barna Lee

به‌جای تقویت فضیلت‌های قضات سبب افزایش کاستی‌ها و معایب در آنها گردد. قضات به‌جای اینکه با واقعیت‌ها روبه‌رو شوند و مشکلات بررسی حقوقی این واقعیت‌ها را برطرف سازند، صرفاً به بازیابی احکام پیش‌نویس مشغولند که این مسئله قدرت تصویرپردازی آنها را تضعیف می‌کند. جایگاه نخبگی، اعتماد و احترام بیش‌ازحد گروهی از قضات، مانعی بر سر توسعه فضیلت‌های والای قضایی به‌شمار می‌آید. در ادامه می‌بایست اشاره کرد که توسعه فضیلت‌های قضایی، یک تلاش فردی است اما باید به‌وسیله محیط اجتماعی و حرفه‌ای توسعه و ارتقاء یابد. آموزش، دستورالعمل‌های نوشته‌شده (برای مثال کتابچه‌های راهنما) و کاهش فشار و حجم کاری، در دستیابی به این هدف مهم و ضروری است.^{۲۹}

در تمامی این موارد و موارد ظریف دیگر، این مقامات بر نتیجه‌دعوی که در آنها مداخله دارند، اثر می‌گذارند. بدیهی است هیچ‌کدام از نقش‌ها و اثرات آنان ارتباطی با قواعد ماهوی یا اصول حقوق کیفری ندارند. تعصبات و دیدگاه‌های اجتماعی قضات که خود ممکن است متأثر از ترکیب هیئت قضات باشد، احتمالاً می‌تواند در نتیجه پرونده تأثیرگذار باشد.^{۳۰} در این دیدگاه، عدالت نه از طریق پایبندی به حاکمیت قانون بلکه از طریق اعمال صلاح‌دید شخصی قضات جستجو می‌شود. از این‌رو دریدا^{۳۱} بر این باور است که نگاه ساختارشکنانه به حقوق، آشتی‌ناپذیری مطلق عملکرد مناسب عدالت حقوقی و اجرای قوانین و مقرراتی که عقلانیت پایدار مدرنیته را به نمایش گذاشته‌اند، بار دیگر اشکال عدالت واقعی را آشکار می‌کند. این تناقض یا تعارض ممتنع در مرکز تنش بین حقوق و عدالت قرار دارد و منجر به تناقض‌های تازه‌ای در تجربه عملی دادگاه‌ها می‌شود؛ آنجا که قاضی می‌داند موظف است در مورد هر پرونده هم حقوق موجود را حفظ کند و هم حقوق تازه‌ای ابداع کند.^{۳۲}

امروزه قضات قدرت خود را برای فردی کردن کیفر از طریق ارزیابی شدت جرم و به همین‌گونه برای حذف بی‌عدالتی‌هایی که با ضربه چکشی قوانین ماهوی به‌وجود آمده‌اند، به‌کار گرفته و عدالت را نه از راهکار پایبندی به حاکمیت قانون بلکه از طریق اعمال صلاح‌دید شخصی خود جستجو می‌کنند.^{۳۳} بی‌گمان هر مقام قضایی در راه رسیدن به

۲۹. همان، ۱۸۶.

30. Malleon Kate, *The New Judiciary (The Effects of Expansion and Activism)* (London: Rutledge, 1999), 12.

31. Jacques Derrida

32. Mark Tebbit, *Philosophy of Law, an Introduction* (London: Rutledge, 2005), 77.33. Nikola Lacey, "Making Sense of Criminal Justice," in *A Reader in Criminal Justice*, ed. N. Lacey (Oxford: Oxford University Press, 1994), 46.

تصمیم، یک ساختار ذهنی ویژه‌ای دارد که در پیوند با عوامل دیگر پدیدار می‌شود. به همین خاطر، ساختار و الگوی ذهنی هر قاضی می‌تواند متفاوت از دیگری باشد. گروهی از قضات ممکن است بر پایهٔ تجربیات ویژه‌ای در دوران کار قضایی، گروهی دیگر با تکیه بر یک الگوی قانونی، گروهی دیگر به پیروی از دیدگاه‌های دیگر همکاران و گروهی ممکن است با توجه به ویژگی‌های شخصیتی خودشان تصمیم بگیرند.

۴-۳- واقع‌گرایی ناشی از نگرش قاضی

نگرش که ریشه در دانش روان‌شناسی دارد، عبارت است از یک روش نسبتاً ثابت در فکر، احساس و رفتار نسبت به افراد، گروه‌ها و موضوع‌های اجتماعی یا قدری وسیع‌تر هرگونه حادثه‌ای در محیط فرد.^{۳۴} در زمینهٔ مسائل حقوقی می‌توان از نگرش نسبت به متهم، شاکی، جامعه و غیره صحبت کرد. برای نمونه، گروهی از قضات نسبت به متهمان دارای نگرش خاصی هستند و آنها را افرادی ضداجتماع می‌دانند که به هر وسیله‌ای قصد برهم زدن نظم و امنیت جامعه را دارند. بالعکس برخی قضات، متهم یا مجرم را محصول رفتارهای غلط جامعه و به عبارتی آنها را قربانی جامعه فرض می‌کنند. بدیهی است هر یک از این نگرش‌ها بر تصمیم‌گیری قاضی مؤثر است. قضات دستهٔ نخست به دنبال طرد مجرم از جامعه و در نتیجه تشدید مجازات هستند و قضات دستهٔ دوم از تمام ابزارهای قانونی برای تخفیف مجازات و یا حتی صدور رأی برائت استفاده می‌کنند؛ بنابراین در الگوی مبتنی بر نگرش تأکید بر این است که آنچه تصمیم‌گیری قضات را شکل می‌دهد صرفاً قانون و رویهٔ قضایی نیست، بلکه نگرش‌های شخصی و خطمشی حاصل از این نگرش‌ها تأثیر بسزائی بر رأی صادره دارد.^{۳۵}

انسان‌ها تحت تأثیر عوامل تربیتی و شناختی در دوران زندگی برداشت‌هایی در ذهن خود جای می‌دهند و به هنگام تصمیم‌گیری، به‌طور طبیعی از آنها استفاده می‌کنند. از آنجایی که قضات، انسان هستند نگرش‌های شخصی آنها لاجرم تصمیمات آنها را تا حدودی تحت‌الشعاع قرار می‌دهد؛ بنابراین برخلاف آنچه شکل‌گرایان تصور می‌کنند نباید انتظار نتایج و احکام مشابه و دقیق از یک موضوع در شعب مختلف داشت.

۳۴. هاجر ترکان و محمد کجباف، «نگرش چیست؟»، فصلنامه توسعه علوم رفتاری ۱ (۱۳۸۷)، ۵۰.

۳۵. عباس منصورآبادی و دیگران، «الگوهای تصمیم‌گیری قضایی در آمریکا و ایران»، فصلنامه پژوهش حقوقی کیفی ۱۸ (۱۳۹۵)، ۱۵۲.

۴-۴- واقع‌گرایی ناشی از مصلحت‌سنجی‌های قضایی

مصلحت‌گرایی در رشته‌های مختلف حقوقی مطرح و به مقتضای امر، مورد تعریف قرار گرفته است. در حقوق اداری به منزله اختیاری است که به موجب آن مقامات اداری می‌توانند در مواقع مقتضی در صورت تحقق پاره‌ای شرایط قانونی تصمیماتی به تشخیص خود اتخاذ نمایند بدون اینکه نوع تصمیم از قبل به وسیله قانونگذار به آنها تحمیل شده باشد. در حقوق جزا موضوع در قالب تخیر مقام قضایی در تعقیب و مجازات یا عدم مجازات، تخفیف در مجازات و عفو در صورت توبه بزه‌کار است.^{۳۶} راسکو پاند، فرایندهای حقوقی را به عنوان قالبی از بازرسی اجتماعی می‌داند که همگی مصالح و منافع متضاد و رویارو در جامعه از آنها بررسی، سنجیده و پذیرفته یا رد می‌شود. اهمیت نظر پاند در آن است که برای حقوق دانان نقش سترگی در تحولات اجتماعی قائل است. او حقوق دان را «مهندس اجتماع»^{۳۷} و حقوق را «مهندسی اجتماع»^{۳۸} می‌شناسد. هدف مهندسی اجتماع آن است که احتیاجات فردی و نیازهای اجتماعی را با حداکثر بهره‌مندی افراد و حداقل اتلاف نیرو و اصطکاک میان افراد تأمین کند.^{۳۹}

مصلحت‌سنجی قضایی می‌تواند ناشی از تجربه شخص قاضی از اجرا یا مشاهده اجرای برخی تصمیمات قضایی کیفری باشد. در برداشت از حاکمیت قانون شکلی، تضمین اعمال اصل قانون‌مندی، مهم‌ترین ویژگی محسوب می‌شود؛ ولی در برداشت از حاکمیت قانون ماهوی، توجه به دیگر اصول و معیارهای فراحقوقی و اخلاقی نظیر عدالت‌مداری، انصاف و اقتناع وجدانی از اهمیت بسزائی برخوردار بوده و جزء لاینفک این برداشت محسوب می‌شوند. از این رو، مقامات قضایی با تکیه بر مصلحت‌سنجی در قالب تخیر مقام قضایی در تعقیب و مجازات یا عدم مجازات، تخفیف در مجازات، تعلیق مجازات یا تعلیق صدور حکم، معافیت از کیفر، عفو، میانجیگری و سایر تأسیسات حقوقی مرتبط اقدام به تصمیم‌گیری می‌نمایند.

۴-۴-۱- بزه‌پوشی

برداشتی که حاکی از موقعیت مؤثر کیفر و تکیه بر اهرم‌های رسمی پیش‌بینی‌شده در حقوق

۳۶. محمد امامی و محمدهادی صادقی، «مصلحت‌گرایی در دادرسی‌های جزایی»، *مجله حقوقی دادگستری* ۲۳ (۱۳۷۷)، ۵۹-۶۵.

37. Social Engineer

38. Rosco Engineering

39. Rosco Pound, "The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence," *Harvard Law Review* 2 (1912): 512.

جزا، به‌عنوان مهم‌ترین ابزار مقابله با بزهکاری است، گرایش جدی به کشف و اثبات جرم و نیز اجرای حتمی کیفر را موجب می‌گردد. لکن از دیدگاهی دیگر چنانچه جرم خروج از ضوابط و تجاوز به ارزش‌هایی باشد که با ارتکاب آن منافع جامعه منحصرأ و لزوماً به‌طور مستقیم هدف قرار نمی‌گیرد، مبارزه با بزهکاری نیز ضرورتاً به‌صورت «واکنش اجتماعی» و به‌عنوان برآیند انتظارات عمومی نخواهد بود. مضافاً اینکه باور ناتوانی کیفر و ضعف کارایی آن در دستیابی به اهداف واکنش‌های جزایی، تمایل به عدم‌تمسک به کیفر را برمی‌انگیزد.^{۴۰}

بدون تردید در فرایند رسیدگی کیفری به یک موضوع، نمی‌توان از واقعیات اخلاقی و اجتماعی حاکم بر پرونده غافل شد. دین مبین اسلام، سال‌ها پیش از این در کنار پیش‌بینی و توجه دادن به مجازات مجرمان، هم‌زمان و پیوسته بر حفظ حرمت و عرض و آبروی افراد تأکید ویژه‌ای داشته است. گاه در رسیدگی به پرونده‌های کیفری، مصلحت بزه‌دیدگان و حفظ حرمت، کرامت و حریم خصوصی آنان، بزه‌پوشی را ایجاب می‌کند. در سیاست جنایی اسلام عکس‌العمل‌های کیفری تنها طریق مبارزه با بزهکاری از گذر اجرای مجازات نیست و از این‌رو صورت‌های مختلف و گسترده‌ای در گریز از اجرای واکنش‌های جزایی پیش‌بینی و در جهت دفع کیفر تلاش شده است. این تمایل در مراحل مختلف دادرسی و قبل از آن نیز متجلی است به‌طوری‌که گاه انحراف جریان رسیدگی‌های جزایی از مسیر رسمی آن و عدم‌طرح پرونده در محکمه مورد تأکید و توصیه قرار می‌گیرد.

امروزه در اغلب جوامع، سختگیری در تصویب قوانین کیفری و فرایند سزادهی در دستور کار واضعان قانون قرار گرفته و قوانین مذکور در مقام اجرا و اعمال با چالش‌های متعدد و جدی روبه‌رو بوده، لذا قضات ناگزیر از توجه به ملاحظات و واقعیت‌های اجتماعی، اقتصادی، سیاسی و رعایت حقوق بشر و کرامت انسانی شهروندان هستند. قضات در فضایی متفاوت از اندیشه‌های آرمان‌گرایانه قانونگذار و در صحنه واقعی مواجهه با جرایم، تحت تأثیر حقایق پیدا و پنهان پدیده بزهکاری و علل آن، عقلانیت‌گرایی متأثر از دستاوردهای علمی و پژوهشی به‌ویژه در حوزه جرم‌شناسی و کیفرشناسی، مجازات شدید و نامتناسب در نظر گرفته‌شده برای برخی جرایم، اذعان به ناکارآمدی کیفر برای بسیاری از جرایم غیرمهم و در نظر گرفتن واقعیت‌های بیرونی تأثیرگذار بر رسیدگی کیفری همچون شرایط اقتصادی جامعه تصمیم‌گیری می‌نمایند.

۴۰. محمدهادی صادقی، «بزه‌پوشی»، مجله حقوقی دادگستری ۲۸ و ۲۹ (۱۳۷۸)، ۱۹۲-۱۶۱.

۴-۴-۲- اصل موقعیت داشتن یا متناسب بودن تعقیب

متناسب بودن تعقیب به این معناست که دادستان می‌تواند تعقیب دعوی کیفری را متوقف سازد. به بیان دیگر دادستان در صورتی که معتقد باشد تعقیب به نفع عدالت نیست، اختیار خواهد داشت از انجام تحقیق خودداری کند. در حقوق انگلستان، به این اصل به‌عنوان یکی از اصول مهم حاکم بر تعقیب توجه شده است که تعلیق تعقیب، ترک تعقیب و پذیرش بزهکاری از جمله جلوه‌های آن محسوب می‌شود.^{۴۱} بررسی سیر قانونگذاری کشورمان در حوزه دادرسی کیفری نشان می‌دهد که وجود اختیاراتی برای دادستان در امر تعقیب که نه کاملاً مطابق با معامله اتهام و بلکه نزدیک به آن است، مسبوق به سابقه زیادی نیست. اگرچه مسلماً نمی‌توان اختیارات اعطایی به دادستان را معادل معامله اتهام در حقوق کامن‌لا دانست، با این حال، از حیث آزادی دادستان در امر تعقیب تعدادی از جرایم و نیز آثار و هدف می‌توانیم وجوه تشابهی را احراز نماییم. سیر تقنینی کشورمان نشان می‌دهد که قانونگذار کیفری با پیش‌بینی تعلیق تعقیب، تمایل خود را به لحاظ مصلحت در دادرسی‌های کیفری نشان داده است. این رویکرد در قانون جدید آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با پیش‌بینی تأسیساتی همچون تعلیق تعقیب و بایگانی پرونده تقویت شده است. گرچه تأسیسات مذکور تفاوت‌هایی با معامله اتهام انگلیسی - آمریکایی دارد، اما از برخی جهات همچون هدف و آثار دارای وجوه تشابه می‌باشند.^{۴۲} ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری، اختصاص به میانجیگری و اخذ مهلت جهت تحصیل رضایت بزه‌دیده و جبران خسارت وی دارد که بار دیگر امکان صدور قرار تعلیق تعقیب فراهم می‌گردد. بر اساس این ماده، در تعزیرات درجه شش تا هشت که مجازات آنها قابل تعلیق است، مقام قضایی می‌تواند مهلت دوماهه‌ای به متهم بدهد تا ظرف آن مدت، اقداماتی را در جهت اخذ رضایت بزه‌دیده جرم و یا جبران خسارات حاصل از جرم انجام دهد.

یکی دیگر از اختیارات مقام دادرسی که باعث تغییر جهت احتمالی فرایند کیفری یا احیاناً اعمال نظر شخصی آن مقام در تعقیب جرایم می‌شود، اختیار وی در تعقیب برخی جرایم به بهانه خلاف مصلحت یا نامناسب بودن تعقیب است.^{۴۳} در واقع، وجود اصل موقعیت داشتن یا

۴۱. علیرضا جمشیدی و علیرضا نوریان، «متناسب بودن تعقیب کیفری: مفهوم، مبانی و جلوه‌ها در حقوق ایران و انگلستان»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری ۳ (۱۳۹۲)، ۱۴۳-۱۶۱.

۴۲. الهام حیدری، «معامله اتهام در حقوق کامن‌لا و نهادهای نزدیک به آن در دادرسی کیفری ایران»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی ۱ (۱۳۹۵)، ۴۲.

۴۳. محمد آشوری، آیین دادرسی کیفری (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۴)، ۱۰۵.

متناسب بودن تعقیب^{۴۴} در میان اصول حاکم بر تعقیب جرایم در نظام‌های کیفری مدرن، زمینه و شرایطی را فراهم کرده است که مقام دادسرا بتواند به بهانه آنکه تعقیب جرمی به مصلحت نیست یا ضرورتی ندارد با اعمال صلاحدید شخصی خود از تعقیب آن جرم خودداری کرده و بدین‌سان دیدگاه جانبدارانه خویش را جایگزین راه‌حل بی‌طرفانه قانونگذار بنماید.^{۴۵} در توجیه اصل مذکور گفته می‌شود که دادستان در مواردی که تعقیب کیفری متهم به مصلحت جامعه نیست تحت شرایط پیش‌بینی‌شده در قانون از تعقیب وی صرف‌نظر نماید.

نتیجه

تصمیم‌گیری قضایی، برداشت و قرائت قاضی به‌عنوان یک انسان از متن قانون و انطباق آن با موضوع مطرح‌شده نزد وی است؛ زیرا قانون بعد از تصویب، ثابت، اما جامعه مواجه با تغییرات و تحولات گوناگون است. بر همین اساس، در برابر عملکرد کُند قانونگذار، مسائل اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی به‌سرعت تغییر می‌یابد. در این بین، این قاضی است که قانون را در حد اختیار خود با واقعیات موجود منطبق و اقدام به تصمیم‌گیری می‌نماید. در باور شکل‌گرایان حقوق مجموعه‌ای از قواعد، احکام و نظریه‌های قضایی مستقل است که مداخله حقوق‌دانان و قضات در آن به حداقل می‌رسد و رجوع به اخلاق، شرایط اجتماعی، اقتصادی، سیاسی، ایدئولوژی و دیگر معارف خارج از قواعد حقوقی، محل و جایگاه خاصی ندارد.

هرچند شکل‌گرایی حقوقی فوایدی همچون نظم، پیش‌بینی‌پذیری و سرعت در فرایند رسیدگی به پرونده‌ها را در پی دارد و از طرفی لزوم حاکمیت قانون در مناسبات اجتماعی و تبعیت از آن به‌منظور حفظ نظم و تأمین عدالت به‌ویژه در قلمرو حقوق کیفری، مورد توجه حقوق‌دانان قرار گرفته و تخطی از قانون، پذیرفتنی نیست ولی به سبب ضعف و کاستی‌هایی که شکل‌گرایی برای نظام حقوقی و جامعه به بار می‌آورد، به‌عنوان رویکردی کامل و بی‌نقص قابل دفاع نیست. از آنجاکه تبلور عدالت کیفری در تصمیم‌گیری‌های قضایی نمایان می‌شود، این مهم تنها با فراتر گذاشتن گام از دایره تنگ شکل‌گرایی میسور خواهد شد. از این‌رو، واقع‌گرایی در تصمیم‌گیری قضایی به‌عنوان جنبشی درمقابل شکل‌گرایی حقوقی ظهور کرد. نظام‌های حقوقی تحت تأثیر نظریه واقع‌گرایی حقوقی در فلسفه حقوق و ترویج مطالعات

44. Principle of Proportionality

۴۵. علی خالقی، *آیین دادرسی کیفری* (تهران: انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش،

تجربی در حوزه عدالت کیفری از اندیشه‌های برآمده از ابتدای دوران مدرن مبنی بر ضرورت پیروی قضات از قانون در تصمیم‌گیری‌های قضایی فاصله گرفتند و به این نتیجه رسیدند که اصول، قواعد و هنجارهای قانونی برای تصمیم‌گیری در مورد همه موضوعات و پرونده‌هایی که نزد قضات مطرح می‌گردند، کفایت نمی‌کنند. تحقیقات صورت گرفته در این زمینه، بیانگر این موضوع است که از آغاز رسیدگی کیفری تا صدور و اجرای حکم، سهم بسیاری از تصمیمات بر پایه واقع‌گرایی و آزادی عملی است که قانون به مقامات عدالت کیفری واگذار نموده و یا آنان فراتر از قوانین و مقررات حاکم برای خود در نظر گرفته‌اند. از این رو هر اندازه که قوانین کیفری بر مبنای مصالح و نیازهای اجتماعی وضع شوند و مقنن با لحاظ ملاحظات و واقعیت‌های اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی و پرهیز از آرمان‌گرایی و معیارهای ذهنی، جرم‌انگاری و کیفرگذاری نماید، بی‌شک نه تنها قوانین کیفری پذیرش و مقبولیت بیشتری از طرف آحاد جامعه دارند؛ بلکه تصمیمات کیفری نیز با بهره‌گیری از واقع‌گرایی در مسیر وحدت شکلی و ماهوی قرار خواهند گرفت. در گرایش به واقع‌گرایی در تصمیم‌گیری کیفری زمینه‌هایی همچون نارسایی قوانین، شخصیت فردی و اجتماعی قاضی، نگرش قاضی و مصلحت‌سنجی قضایی بیشترین تأثیرگذاری را دارند.

فهرست منابع

الف. منابع فارسی

- آشوری، محمد. *آیین دادرسی کیفری*. جلد اول. تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۴.
- ابدالی، مهرزاد. *فلسفه حقوق و نظریه‌های حقوقی*. چاپ دوم. تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۳.
- امامی، محمد و محمدهادی صادقی. «مصلحت‌گرایی در دادرسی‌های جزایی». *مجله حقوقی دادگستری* ۲۳(۱۳۷۷): ۵۷-۹۶.
- بابایی، ایرج. «مبانی نظری رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق». *پژوهش حقوق و سیاست* ۹(۲۳): ۱۳۸۶): ۱۳-۶۰.
- بارنا، لی‌لی، جوهاز دوروتیا، ماروک سوماک و داگلاس دورا ویراگ. «ویژگی‌های یک قاضی خوب؛ اصول اخلاق قضایی و رفتار حرفه‌ای». ترجمه مهدی ناصری دولت‌آبادی و مصطفی صبوری. *فصلنامه قضاوت* ۹۱(۱۳۹۶): ۱۶۳-۱۹۱.
- ترکان، هاجر و محمد کججاف. «نگرش چیست؟». *فصلنامه توسعه علوم رفتاری* ۱(۱): ۴۹-۵۴.
- جعفری، مجتبی. *جامعه‌شناسی حقوق کیفری*. چاپ اول. تهران: نشر میزان، ۱۳۹۲.
- جمشیدی، علیرضا و علیرضا نوریان. «متناسب بودن تعقیب کیفری: مفهوم، مبانی و جلوه‌ها در حقوق ایران و انگلستان». *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری* ۳(۱۳۹۲): ۱۶۱-۱۴۳.
- چپنهنگو، آستین. *مبانی فلسفه حقوق*. ترجمه هیبت‌الله نژندی‌منش. چاپ اول. تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۴.
- حیدری، الهام. «معامله اتهام در حقوق کامن‌لا و نهادهای نزدیک به آن در دادرسی کیفری ایران». *مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی* ۱(۱۳۹۵): ۴۱-۶۰.
- خالقی، علی. *آیین دادرسی کیفری*. چاپ اول. تهران: انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۸.
- دل وکیو، جورج. *فلسفه حقوق*. ترجمه جواد واحدی. چاپ سوم. تهران: نشر میزان، ۱۳۹۱.
- زینالی، امیرحمزه و محمدحسین کوره‌پز. «قانونگذاری جنایی در پرتو نظریه مصالح (مهندسی اجتماعی): با تأکید بر نظام صدور حکم». *فصلنامه مجلس و راهبرد* ۹۳(۱۳۹۷): ۲۰۹-۲۳۵.
- صادقی، محمدهادی. «بزه‌پوشی». *مجله حقوقی دادگستری* ۲۸ و ۲۹(۱۳۷۸): ۱۹۲-۱۶۱.
- غلامی، حسین. *اصل حداقل بودن حقوق جزا*. چاپ اول. تهران: نشر میزان، ۱۳۹۳.
- فرخ‌بخش، مجتبی. *جرم‌انگاری فایده‌گرایانه*. چاپ اول. تهران: میزان، ۱۳۹۱.
- فلاحی، احمد. *ضرورت جرم‌انگاری*. چاپ اول. تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۲.
- کاتوزیان، ناصر. *فلسفه حقوق*. جلد اول. چاپ دوم. تهران: نشر شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰.
- کلاتنتری، کیومرث. «تحلیل بحران در حقوق موضوعه کیفری ایران و راهکارهای خروج از آن». رساله

- دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۱.
- کلی، جان موریس. *تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب*. ترجمه محمد راسخ. تهران: انتشارات طرح نو، ۱۳۸۲.
- گسن، رمون. «بحران در سیاست جنایی کشورهای غربی». ترجمه علی حسین نجفی ابرنآبادی. *مجله تحقیقات حقوقی* ۱۰ (۱۳۷۱): ۳۳۶-۲۷۵.
- منصورآبادی، عباس، جواد یآوری، مهدی شیدائیان و عباس رحیمی‌نژاد. «الگوهای تصمیم‌گیری قضایی در آمریکا و ایران». *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری* ۵ (۱۸) (۱۳۹۵): ۱۶۴-۱۴۳.
- نجفی‌توانا، علی و شهرداد دارابی. «درآمدی بر جرم‌شناسی راست جدید و گرایش‌های آن». *فصلنامه تحقیقات حقوقی آزاد* ۳۴ (۱۳۸۹): ۲۲۸-۲۰۴.
- نوربها، رضا. «سیاست جنایی سرگردان». *مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی* ۲۶-۲۵ (۱۳۷۸): ۱۰۳-۱۲۷.

ب. منابع انگلیسی

- Iglesias Vila, Marisa. *Facing Judicial Discretion, Legal Knowledge and Right Answers Revisited* (Law and Philosophy Library). Boston: Kluwer Academic Publishers, 2001.
- Kate, Malleson. *The New Judiciary (The Effects of Expansion and Activism)*. London: Rutledge, 1999.
- Kramer, Greg. M. *Plea Bargaining Recommendation by Criminal Defense Attorneys: Legal Psychological and Substance Abuse Rehabilitative Influences*. Pennsylvania: Drexel University, 2005.
- Lacey, Nicola. "Making Sense of Criminal Justice." In *a Reader in Criminal Justice*, edited by N. Lacey. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- Leiter, Brian. "American Legal Realism." In *Philosophy of Law and Legal Theory published in A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, edited by Dennis Michael Patterson, 249-266. Chicago: Blackwell 2010.
- Liefh H. Cart, and Thomas F. Burke. *Reason in Law*. Ninth Edition. Chicago: University of Chicago Press, 2015.
- Pound, Roscoe. "The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence." *Harvard Law Review* 2 (1912): 140-168.
- Tebbit, Mark. *Philosophy of Law, an Introduction*. London: Rutledge, 2005.
- Wacks, Raymond. *Understanding Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2009.