



دوره اول، شماره اول، بهار و تابستان ۱۴۰۲

صفحات ۱۷۸ تا ۲۱۹ (مقاله پژوهشی)

## نگاهی پوزیتیویستی و رئالیستی بر آسیب شناسی قوانین جرم‌زا با تأکید بر رویکردهای نظام‌های سیاسی آرمان‌گرا دکتر سیدمحمد رضا موسوی فرد<sup>۱</sup> (نویسنده مسئول)

استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد سمنان، دانشگاه آزاد اسلامی، سمنان، ایران

زهره شمس‌زاد

دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد سمنان، دانشگاه آزاد اسلامی، سمنان، ایران

### چکیده:

از منظر آموزه‌های تنوریکال پوزیتیویسم و رئالیسم حقوقی آیا نظام‌های سیاسی آرمان‌گرا در تصویب قوانین کیفری جرم‌زا تأثیر گذارند یا خیر؟ به نظر می‌رسد بر اساس این آموزه‌ها رئالیسم حقوقی همانند پوزیتیویسم حقوقی بر این مبنا استوار است که حقوق را باید آنچنان که هست شناخت و نه آنچنان که باید باشد نگرست، اینجاست وارد قلمرو مشترک سیاست و حقوق می‌شویم؛ قانون و سیاست به‌عنوان پدیده‌هایی اجتماعی، هر دو تجلی دوگانه یک موجودیت واحد هستند (ادراک هستی‌شناسی واحد)، بعلاوه تمایز میان قانون و سیاست از منظر هستی‌شناسی عمیق‌تر در حقیقت امری غیرواقعی است، در نتیجه هرگونه آرمان‌گرایی سیاسی در قانون‌گذاری کیفری باشد موجودیت یگانه کارکرد واقعی خود را از دست دهد و دو نتیجه اصلی به دست می‌آید از جمله: تصویب قوانین عوام‌گرایانه با کارکرد بیشتر سیاسی تا حقوقی، رشد نمو قوانین مصلحت‌گرا در حوزه کیفری که فی‌نفسه موجب آثاری همچون تورم کیفری، سیاسی، مقطعی و واکنشی شدن حقوق کیفری از جمله نتایج آن است و با چالش‌های مختلفی از جمله چالش‌های سیاسی، حقوقی، اخلاقی، دینی و حقوق بشری که در ماهیت کلی باعث تصویب قوانین جرم‌زا خواهد شد.

### کلمات کلیدی:

رئالیسم حقوقی، آرمان‌گرایی حقوقی، پوزیتیویسم حقوقی، نظام سیاسی

## مقدمه:

رئالیسم حقوقی<sup>۱</sup> مانند پوزیتیویسم حقوقی بر این مبنا استوار است که حقوق را باید آنچنان که هست شناخت و نه آنچنان که باید باشد و از این حیث ممکن است رئالیسم حقوقی را ذیل پوزیتیویسم حقوقی تقسیم‌بندی کرد. همچنین آن‌ها مانند پوزیتیویست‌ها منکر رابطه‌ای ضروری میان اخلاق و حقوق‌اند اگرچه تلاقی آن‌ها باهم را ممکن می‌دانند و بنابراین این امکان وجود دارد که قاعده‌ای حقوقی در عین اینکه معتبر باشد اخلاقی نباشد. باین حال در جهاتی نیز با پوزیتیویسم در چالش‌اند. رئالیست‌ها معتقدند پوزیتیویسم حقوقی<sup>۲</sup> به دلیل تکیه و توجه بی‌اندازه به شکل و ساختار قانون و حقوق، از درک واقعیت حقوق به دور افتاده‌اند. رئالیسم حقوقی دو زیرشاخه دارد. هرکدام از این زیرشاخه‌ها به یک منطقه جغرافیایی منتسب است. یکی از آن‌ها به رئالیسم آمریکایی معروف است بین سال‌های ۱۹۲۰ تا ۱۹۳۰ در قضات فدرال آن کشور مرسوم بوده است<sup>۳</sup> و دیگری به رئالیسم اسکندیناوی است هر دوی این زیرشاخه‌ها شکل‌گرایی‌ای را که پوزیتیویسم حقوقی متضمن آن است نفی می‌کنند ولی شیوه نقد آن‌ها به پوزیتیویسم و اشکالاتی که به آن وارد می‌دانند متفاوت است. آمریکایی‌ها معتقدند حقوق واقعی با آنچه در کتاب‌های قانون و نوشته‌های

---

۱. Legal Realism

۲. Legal Positivism

۳. See: Horwitz, Morton J. (۱۹۸۲). "History of the Public/Private Distinction". University of Pennsylvania Law Review. 130 (6): ۱۴۲۶. Retrieved July ۷, ۲۰۲۰. Accessible: <https://www.jstor.org/stable/3311976?origin=crossref>

حقوق گفته‌شده متفاوت است. حقوق واقعی را تفسیری که دادگاه‌های عالی از قانون می‌کنند و تحدید و تعیینی که دادگاه‌های بدوی از واقعیت‌های پرونده دارند، می‌سازد. هم در واقعیت‌ها و هم در قواعد، نوعی عدم قطعیت قائل‌اند. اما رئالیسم اسکاندیناوی تلاش می‌کند تا توضیح دهد قواعد حقوقی و قانون چگونه رفتار افراد جامعه را تحت تأثیر خود قرار می‌دهند و موجب تغییر آن می‌شوند.<sup>۱</sup> رئالیسم اسکاندیناوی<sup>۲</sup> جنبشی است که با تلاش‌های اکسل هاگستروم در راه یافتن یک تئوری علمی برای حقوق که خالی از یک توضیح متافیزیکی برای آن باشد آغاز شده است. هاگستروم و کسانی که مسیر او را دنبال کردند معتقد بودند که نیروی اجرایی حقوق را نمی‌توان صرفاً به واسطه عوامل فیزیکی توضیح داد. به بیان آن‌ها، هرچه هم که تلاش کنیم ممکن نیست تا چیزی ملموس را بیابیم که ما به ازای مالکیت حق یا تکلیف قرار گیرد. حقوق به گفته آن‌ها به واسطه آثار روانی موجود می‌شود که البته به واسطه واقعیت‌های خاصی ایجاد شده‌اند. بنابراین درحالی که رئالیسم آمریکایی تلاش می‌کند واقعیت‌هایی که حقوق را ایجاد می‌کنند توضیح دهد، رئالیسم اسکاندیناوی به عوامل روانی که موجب می‌شود افراد جامعه قانون و قواعد حقوقی را رعایت کنند می‌پردازد. حال با این شرح مختصری که در مقدمه مقاله تشریح گردید، در پی یافتن این سؤال هستیم که از منظر آموزه‌های تئوریکال پوزیتیویسم و رئالیسم حقوقی آیا نظام‌های سیاسی آرمان‌گرا در تصویب قوانین کیفری جرم‌زا

---

<sup>۱</sup>. See: Ratnapala, Anura S. Jurisprudence. Cambridge University Press, ۲۰۰۹. ۳۹۰ pp.

<sup>۲</sup>. Scandinavian Realism

تأثیرگذارند یا خیر؟ بر این انگاره فرضی معتقدیم که نگاه پوزیتیویستی رئالیستی<sup>۱</sup> منطبق با وضع موجود در شناسایی آسیب‌های قانون‌گذاری نه تنها می‌تواند مؤثر واقع گردد بلکه خود به نوعی می‌تواند نوعی جرم‌شناسی پیشگیری را در این حوزه ضمن اینکه مروج باشد، با در نظر گرفتن تردیدات و محدودیت‌های پیرامون آن<sup>۲</sup>، ولی باز هم می‌تواند منشأ آثار تحولی واقعی در جامعه باشد. پس با رویکردی توصیفی تحلیلی با بهره‌گیری از روش اسنادی و کتابخانه‌ای در پی یافتن پاسخ اثباتی مستدل و غیرانتزاعی برای این قضیه هستیم.

### ۱- رهیافت تئوریک

اینجا با دو نوع رویکرد فکری و نظری روبرو هستیم که هر یک بر اساس معیارهای و ساختار تئوریک و مهندسی‌شده خود به نظر نگارنده می‌تواند در شرح و تبیین بحث کمک شایان توجهی نماید. که هر دو ریشه در فلسفه حقوق دارند؛ فلسفه حقوق شاخه‌ای از فلسفه است که ماهیت حقوق و ارتباط حقوق با دیگر نظام‌های هنجاری به‌خصوص فلسفه اخلاق و فلسفه سیاسی را مورد

---

#### ۱. Realist Positivist View

۲. هرچه پیشگیری از جرم، در معنای جرم‌شناختی آن، یعنی خارج از نظام کیفری، مؤثرتر باشد، کمتر به مجازات احساس نیاز ایجاد می‌شود؛ اما به رغم این فایده روشن، امکان توسل به پیشگیری در برخی از نظریه‌های جرم‌شناسی، مورد تردید قرار گرفته است. شیوه‌های مورد استفاده در پیشگیری، هزینه‌های به کارگیری تدابیر پیشگیرانه مختلف و حقوق و آزادیهای فردی از جمله محدودیتهایی محسوب می‌شود توجه شود: ابراهیمی شهرام و دیگران (۱۳۸۹)؛ پیشگیری در نظریه‌های جرم‌شناسی و گستره محدودیت‌های آن؛ فصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری، دوره هفتم، شماره سیزدهم، بهار و تابستان، ص ۱۵.

مطالعه قرار می‌دهد.<sup>۱</sup> از جمله سؤالاتی که در فلسفه حقوق پرسیده می‌شود این است که «حق چیست؟»، «انسان‌ها از چه حقوقی برخوردارند؟»، «معیار اعتبار حقوقی چیست؟»، «قوانین چگونه وضع شده‌اند و چرا باید از آن‌ها اطاعت کرد؟» و «چه ارتباطی میان حقوق و اخلاق برقرار است؟». دو عبارت «فلسفه حقوق» و «ژوریسپرودنس»<sup>۲</sup> اغلب به یک معنا به کار می‌روند. فلسفه حقوق را می‌توان به دو دسته‌بندی اصلی «فلسفه حقوق تحلیلی» و «فلسفه حقوق هنجاری» تقسیم کرد. (Marmor: ۲۰۱۵: ۵-۱۵)

در فلسفه حقوق تحلیلی، تلاش بر آن است که با شناسایی ویژگی‌های اساسی حقوق، مشخص شود که چه چیزی حقوق هست و چه چیزی حقوق نیست. فلسفه حقوق هنجاری در مورد هنجارهای غیرحقوقی که حقوق را می‌سازند و هنجارهای حقوقی که به وسیله حقوق ایجاد می‌شوند و به اعمال انسان جهت می‌دهند تحقیق می‌کند. (Ibid: ۲۱) فلسفه حقوق قدمتی به اندازه خود حقوق دارد و از وقتی که قواعد حقوقی به منزله اموری مقدس و لازم‌الاجرا درآمدند، بحث در مورد فلسفه و مبنای ارزش این قواعد، تبیین ماهیت قانون و معرفی ویژگی‌های مختلف نظام‌های حقوقی آغاز شد. اختلاف نظر در این زمینه باعث ایجاد مکاتب مختلفی شده است، همچون نظریه حقوق طبیعی<sup>۳</sup> و نظریات

---

۱. See: "Philosophy of law". Encyclopedia Britannica. Retrieved ۲۰۱۹-۰۵-۱۵.

۲. Jurisprudence

۳. Natural Law Theory

تحقیقی (پوزیتیویستی)<sup>۱</sup> که دو مکتب کلاسیک فلسفه حقوق هستند. پیروان حقوق طبیعی معتقدند حقوق و قوانین، برگرفته از عقل و طبیعت است و اعتبار آن ناشی از همین است اما در مکاتب تحقیقی که خود به شاخه‌های مختلفی تقسیم می‌شوند اعتبار قوانین ناشی از اراده قانون‌گذاری است که آن‌ها را وضع کرده و چیزی به نام حقوق طبیعی وجود ندارد. رئالیسم از «رئال» گرفته شده است. در لغت به معنای واقعیت است و رئالیسم واقعی نمایاندن واقعیت؛ رئالیسم یک مکتب است، یعنی مجموعه‌ای از بایدها و نبایدهای پذیرفته شده عینی و بیرونی است می‌توان آن را حس کرد، باور کرد؛ سمبلیک نیست؛ نظریه نیست که بتوان آن را نقد کرد، رد یا قبول کرد. کیت بایی استدلال می‌کند، "واقع گرایی حقوقی نقش سیاست را در تصمیم گیری قضایی<sup>۲</sup> آشکار کرد و با انجام این کار، تلاش‌های مرسوم برای تثبیت قدرت قضایی بر پایه‌ای ثابت و بی‌طرف را زیر سؤال برد. (Bybee: ۲۰۰۵: ۷۵)

«رئالیسم» نوع نگاه و بیان حقیقت است. به هر واقعیت ذهنی<sup>۳</sup> که در عالم ماده ظهور یافته است. مفهومی است که به بیان واقعیت‌های موجود می‌پردازد؛ یعنی واقعیت آن چیزی که وجود دارد و آن چیزی که برای آن عینیت و ارزش قائل هستیم. دنیا و هستی یک رئال است با بودن یا نبودن انسان‌ها، این دنیا از بین نمی‌رود. واقع گرایی و گرایش به واقعیات اساسی<sup>۴</sup> در همه علوم و دانش‌ها

---

۱. Research Theories (Positivist)

۲. Judicial Decision

۳. Mental Reality

۴. Tendency to Basic Facts

وجود دارد. در حقوق واقعیت‌های ملموسی همانند عدالت، آزادی، آزادی و استقلال وجود داشته و دارد و همیشه و همه‌وقت مورد توجه اندیشمندان و سیاستمداران بوده است.<sup>۱</sup> صاحب‌نظران و اندیشمندان آن‌قدر بر این مسئله اصرار و پرداخته‌اند که موضوع به عنوان یک واقعیتی انکار نشدنی پذیرفته شده است. رئالیسمی که در علم حقوق<sup>۲</sup> وجود دارد، ریشه در تفکرات درونی و بایسته‌های فطری انسان‌ها داشته و بر مبنای اعتقادات درونی به وجود آمده است. نگاه رئالیستی به حقوق، نتیجه و خروجی ایدئولوژی‌های مشترک<sup>۳</sup> و مورد قبول افراد و جامعه را خواهد داد.<sup>۴</sup> حقایق مقدس عدالت و استقلال کاملاً آشکار شده و به این سادگی کمتر کسی جرأت و جسارت تاختن به این حوزه را می‌تواند داشته باشد. مقابله با واقعیات مقابله با اصالت وجود است که همیشه محکوم به شکست بوده و هست. این اصطلاح به معنای آن نوع فلسفه‌ی قانون است که در پی توصیف بی‌طرفانه و فارغ از ارزش نهاد حقوق غربی به منزله‌ی نظام قواعد اجتماعی است. پوزیتیویسم حقوقی، در کلی‌ترین تعریف، با عقیده به امکان

---

۱. هدف اصلی واقع‌گرایی حقوقی، فرمالیسم حقوقی بود: دیدگاه کلاسیک که قضات قانون را وضع نمی‌کنند، بلکه به طور مکانیکی آن را با استنتاج منطقی نتیجه‌گیری‌های حقوقی صحیح منحصر به فرد از مجموعه‌ای از قواعد حقوقی روشن، سازگار و جامع اعمال می‌کنند. رئالیسم حقوقی آمریکا به درستی به عنوان «مهم‌ترین جنبش فقهی بومی در ایالات متحده در طول قرن بیستم توصیف شده است. (Leiter: ۲۰۰۱: ۵۰)

۲. Realism and Jurisprudence

۳. Common Ideologies

۴. <https://hamdelidaily.ir/?post=۱۲۰۴۲>

وجود علم حقوق همراه است که بنا به سنت مرسوم در این مکتب نوعی هندسه‌ی نظم حقوقی است، و همچنین با وفاداری به تفکیک روش‌شناختی پرسش‌های مربوط به واقعیت از پرسش‌های مربوط به ارزش، و تمایز میان قانون و اخلاق است. ریشه‌های این فلسفه‌ی قانون در تمایزی است که در قرون وسطی بین قانون طبیعی یا الهی و قانون پوزیتیو [وضع‌ی] یا دنیوی می‌گذاشتند، و به قانون پوزیتیو<sup>۱</sup> اشاره می‌کردند، یعنی قانونی که وضع می‌شود، یا به بیان عملی‌تر، از طرف حاکم بشری مقرر می‌شود. در این توصیف کلی، قانون پوزیتیو یا وضعی به عنوان نظام قواعد مشخص و جداگانه با توجه به بالاترین مرجع و منبع آن قابل تشخیص است: قانون وضعی قانونی است که شاه، لویاتان [دستگاه حکومت] یا قوه‌ی مقننه وضع می‌کند. پوزیتیویسم حقوقی بنا به تعریف اولیه‌ی آن، در سنت انگلیسی به نوشته‌های توماس هابز و بعدها به فیلسوفان حقوق<sup>۲</sup> در قرن نوزدهم یعنی جرمی بنتام و جان آستین گره می‌خورد. پوزیتیویسم مورد نظر این نویسندگان به معنای تعریف قانون فقط به مثابه دستور حاکم بود و هنگامی که این یگانه منبع قانونی ملی را شناسایی کردند توانستند این استدلال را مطرح کنند که وظیفه یا قلمرو علم حقوق<sup>۳</sup> این است که به صورت علمی تاریخچه و انسجام منطقی نظم حقوقی<sup>۴</sup> مستقر را معلوم کند. فلسفه‌ی پوزیتیویستی حقوقی نوعی گفتمان نظام‌پرداز بود؛ گفتمانی که محتوای

---

۱. Ius Positum

۲. Philosophers of Law

۳. The Realm of Jurisprudence

۴. Logical Coherence of the Legal Order



قانون را اصل موضوعه یا «مفروض» می‌گرفت و فقط در پی نظم و تربیت دادن به منابع و نهادهای دستگاه حقوقی و تبدیل کردن آن به یک نظم هنجاری یا «حکومت قانون» بود که تعریف رسمی داشت. (نقل از منابع پیشین) از دیدگاه انتقادی می‌توان پوزیتیویسم حقوقی را فلسفه‌ی عقل سلیمی حرفه‌ی حقوق توصیف کرد. در دنیای قانون عرفی، پوزیتیویسم حقوقی مدرن از آرای کلسن استفاده می‌کند ولی اصولاً وامدار آثار فیلسوف تحلیلی حقوق هربرت هارت و کتاب او مفهوم قانون است که نخستین بار در ۱۹۶۱ چاپ شد (Hart, ۱۹۶۱). هارت در این اثر با روشی تلفیقی به ساختن و پرداختن فلسفه‌ی حقوق پوزیتیویستی<sup>۱</sup> بر اساس مطالعه‌ی قانون به منزله‌ی مطالعه‌ی نظام مجزای قواعد اولیه و ثانویه اقدام می‌کند. (با دخل و تصرف اندک؛ هارت: ۱۲۰: ۱۴۰۰ به بعد) تفکیک نظم حقوقی<sup>۲</sup> از سایر نظام‌های هنجاری، در تعبیری که هارت از پوزیتیویسم حقوقی دارد، به «قاعده‌ی به رسمیت شناختن» قابل اسناد است؛ طبق این قاعده مقامات دستگاه حقوقی منبع و ویژگی‌های مجزای قواعد حقوقی را شناسایی و قبول می‌کنند. (آوتویت؛ ۱۳۹۲)

بنابراین، پوزیتیویسم حقوقی به معنای مطالعه‌ی عینی نظام مجزای قواعد اجتماعی است. این قواعد به مثابه دانش رسمی یا حرفه‌ای مورد مطالعه قرار می‌گیرد و می‌توان آن‌ها را بدون ارجاع به هیچ ملاحظه‌ی وضعیتی، غیر هنجاری یا ارزش‌گذارانه‌ای به لحاظ صوری شناسایی و به لحاظ تحلیلی

---

۱. Philosophy of Positivist Law

۲. Separation of Legal Order

توصیف کرد. از نظر پوزیتیویست حقوقی، وجود قانون یک چیز است و فضیلت و رذیلت<sup>۱</sup> آن بحثی کاملاً متفاوت است. از این جهت، پوزیتیویسم حقوقی فلسفه‌ای جزمی است که در صدد مشروع ساختن معرفت حرفه‌ای بر اساس تصویر این حرفه از خویش است. با توجه به این مطلب باید گفت پوزیتیویسم حقوقی در صدد جدا ساختن قانون از بافت و زمینه‌ی سیاسی<sup>۲</sup> و اجرایی آن است. در این مکتب قانون را به مثابه فعالیتی جدا از سایر پدیده‌های اجتماعی<sup>۳</sup> و به مثابه گفتمانی کاملاً عاری از آن ویژگی‌های ذهنی یا بین‌المتونی که ارزش بی‌حد «حکومت قانون»<sup>۴</sup> را تهدید می‌کند، مطالعه می‌کنند. (آوتویت؛ پیشین) مادی‌گرایی حقوقی حاصل از مبادی فلسفی پوزیتیویسم در عالم حقوق که بر اصالت حس و امکان رصد تجربی از طرفی و افتراق حوزه حقایق عینی<sup>۵</sup> و نفی امکان معرفت عقلی از تشریعیات قانونی طرفی دیگر، شکل گرفته، سبب ترسیم نقشه قوانین وضعی در رهایی از هرگونه قید ارزشی ایدئولوژیک<sup>۶</sup> و تقید بر دایره بسته اراده و فرامین بشری بدون امکان خروج به ماورای خود، شده است. (جاوید و دیگران: ۱۳۹۷؛ ۷۳۵) در معنای عرفی لاتین پوزیتیویسم حقوقی چنین آمده است: به معنای قرار دادن مشتق شده است. «قانون مثبت» آن چیزی است

---

۱. Virtue and Vice

۲. Separating the Law from the Political Context

۳. Social Phenomena

۴. Rule of Law

۵. Objective Facts

۶. Freedom from Ideological Value

که ساخته دست بشر است، یعنی به‌طور رسمی تعریف شده است. (Hampton: ۱۹۸۶: ۱۰۷) در یک رویکرد دیگر می‌بایست گفت: آموزه‌های تجربه‌گرایان مقدم بر نظام‌سازی روش پوزیتیویستی برای مشکلات درک و تحلیل است که بعداً توسط پوزیتیویسم حقوقی نشان داده شد. (Markie: ۲۰۱۵)

پس آنچه که در بستر تئوریک می‌تواند ما را در جستجوی یافته‌های تحقیقاتی مدد رساند همانا نگاه تلفیقی رئالیسم مبتنی بر واقع‌گرایی است. نظریه پردازان انتقادی در جغرافیا و سایر علوم اجتماعی برای ساختن چیزی کار کرده‌اند که اشتاینمتر (۲۰۰۵) آن را "جهان متضاد پساپوزیتیویستی کثرت‌گرایانه" می‌نامد. جریان‌های فکری پساپوزیتیویستی در سایه علم جریان اصلی و در تقابل با آن، در زمانی ظهور کردند که به نظر می‌رسید معرفت‌شناسی پوزیتیویستی، روش‌شناسی کمی و ایدئولوژی سیاسی محافظه‌کار همیشه دست به دست هم می‌دهند. (Wyly: ۲۰۰۷: p۳۱۰) بسیاری از نظریه‌های سیاست پسا پوزیتیویستی نشان می‌دهند که پوزیتیویسم به عنوان یک پارادایم محافظ از خود وجود دارد. این درک با الهام از خوانش یک طرفه کوهن نشان می‌دهد که پوزیتیویسم سیاسی باید به‌طور کلی غلبه کند. این رویکرد مشکل ساز است. (Rayan: ۲۰۱۴: p۴۱۷) اگر رویدادی در دنیای فیزیکی با همه پیش‌بینی‌های علمی در تضاد باشد و در نتیجه مفروضاتی را که پیش‌بینی‌ها بر آن‌ها استوار شده‌اند به چالش بکشد، این واکنش طبیعی تحقیقات علمی است که پایه‌های علم خاص را بازبینی می‌کند و تلاش می‌کند یافته‌های علمی با واقعیت‌های تجربی تطبیق دهد. (Morgenthau: ۱۹۴۰: p۲۶۰) در

نهایت این بخش می‌توان مدعی شد: رویکردهای پژوهشی در علوم اجتماعی اغلب طرح‌واره‌هایی را در بر می‌گیرد که با پوزیتیویسم سازگار است، حتی اگر عموماً معتقدند که پوزیتیویسم بی‌اعتبار و اساساً مرده است. بر این اساس، بسیاری از روش‌های مورد استفاده در دانش پژوهی امروزی، توسط اصول پوزیتیویسم پشتیبانی می‌شوند و منبع هژمونی هستند. (Kincheloe and others: ۲۰۰۹: p۳۱۵)

### یافته‌های پژوهشی

#### ۲- همگرایی حقوقی رئالیسم و پوزیتیویسم در کلیت قانونگذاری

نوعاً این همگرایی معنایی که اینجا بدان قائل ایم نوعی یک دور کلی از "پارادایم متغیرها" در تحلیل روشی است. (Abbott: ۱۹۹۲: p۲۴۸) پارادایم‌های تحقیق اکتشافات علمی را از طریق مفروضات و اصول خود هدایت می‌کنند. درک مفروضات خاص پارادایم به روشن شدن کیفیت یافته‌هایی کمک می‌کند که از مطالعات علمی پشتیبانی می‌کنند و شکاف‌ها را در تولید شواهد صحیح شناسایی می‌کنند. مطالعات همسو با پوزیتیویسم عموماً بر شناسایی روابط علی از طریق رویکردهای کمی تمرکز می‌کنند. (Anthony R and other: ۲۰۲۰: p۶۹۰)

در واقع علوم بر حسب واقع‌گرایی و عقل‌گرایی و بر اساس روش خود علوم مورد تهذیب قرار می‌گیرند، به‌عنوان مثال، در علوم طبیعی از آزمون‌های تجربی استفاده می‌کنیم، علوم عقلانی<sup>۱</sup> به‌وسیله عقل و در علوم انسانی تجربی روش،

---

۱. Rational Sciences

استفاده از اعتبارات تجربی است و این روش در علوم انسانی نقلی مبتنی بر نقل از منابع فرهنگ و تمدن‌ها است. حوزه علوم انسانی، برخلاف علوم طبیعی که کمتر شاهد مناقشات روشی بوده است، عرصه کشمکش دیدگاه‌های متعدد و متعارض است. رویارویی پوزیتیویسم و دیگر روش‌ها (به‌عنوان دو مکتب اصلی فلسفه علوم اجتماعی<sup>۱</sup>)، در پاسخ به این سؤال که «تا چه حد می‌توان جامعه را با همان روش‌های علوم طبیعی مطالعه کرد؟»، وجه غالب این منازعه را تشکیل می‌دهد؛ پوزیتیویسم قائل به وحدت روش‌شناختی و کاربست روش تجربی در مطالعات علوم انسانی<sup>۲</sup> است در این میان برخی از رهیافت‌های جدید همچون واقع‌گرایی انتقادی کوشیده‌اند سنتزی برای برون‌رفت از این مناقشه ارائه کنند. (اشرفی و دیگران: ۱۳۹۱: ۹) گروه بزرگی از نویسندگان پذیرفته‌اند که قوانینی والا تر و برتر از اراده قانون‌گذار<sup>۳</sup> وجود دارد و به آن حقوق طبیعی اطلاق می‌کنند. آن‌ها معمولاً اصطلاح حقوق طبیعی را در برابر حقوق موضوعه به کار می‌برند تا نشان دهند که در برابر قواعدی که در زمان معین حکومت می‌کند و اجرای آن‌ها از طرف دولت تضمین می‌شود، قواعد ثابتی نیز هست که برتر از اراده حکومت و غایت مطلوب انسان است و قانون‌گذار باید بکوشد تا آن‌ها را بیابد و سرمشق خود قرار دهد. مراد از حقوق طبیعی ارزش‌ها و آزادی‌هایی است که ملازم طبیعت انسان است. ملاک اعتبار این نوع حقوق، آن حقی است که می‌تواند از حقیقت وجود انسان، یا طبیعت و یا آفریدگار این طبیعت

---

۱. Philosophy of Social Sciences

۲. Experimental Method in Humanities Studies

۳. Laws Above the Will of the Legislator

سرچشمه گرفته باشد. قوانین طبیعت جبری و تخلف‌ناپذیرند و همان‌گونه که تبعیت از این قوانین، زمینه جزا و جبران طبیعی را فراهم می‌کند، عدم پاسخگویی به آن‌ها هم عقاب و بلای طبیعی را در پی دارد. طرفداران حقوق طبیعی معتقدند که باید نسبت به قوانین طبیعی آگاهی یافت، زیرا آگاهی و معرفت ما با ما به زبان طبیعت سخن می‌گوید و این کافی است تا برای یافتن مسیری که به آن نیاز داریم، دقت کنیم. و درنهایت انسان‌ها ناچارند به قانونی، هرچند خود ایجاد نکرده باشند پایبند باشند، چرا که قانونمندی سبب امنیت و بقای فرد و جمع است و از آن گریزی نیست. مکتب حقوق طبیعی مدرن با تأکید بر مسئله عقل به جای طبیعت بر تعریف سطحی از قانون طبیعی و حقوق انسانی بنیان نهاده شده است، یعنی عقل انسانی به عنوان پایگاه قانون طبیعی خاستگاه حقوق است. در واقع عقل وسیله سنجش کاستی‌ها و فزونی‌هاست با این توضیح که هر چیزی برای سالم ماندن بالضروره باید به قالب طبیعت در آید و انسان توان فهم این طبیعت را به واسطه عقل خویش داراست منتها، تحول اندیشه‌ها درباره منبع و هدف این قواعد عالی سه مرحله اصلی را پیموده است؛ عصر مذهبی، عصر خردگرایی<sup>۱</sup>، عصر تجربی است که در ادامه مباحث رویکرد ایدئولوژیکی آن را در جرم‌زایی قوانین با طمع آرمان‌گرایی نظام سیاسی<sup>۲</sup> مورد بحث قرار خواهیم داد. (نقل از منابع پیشین). واقع‌گرایان به قوانینی باور دارند که مستقیماً از واقعیت‌های عینی حکایت می‌کنند و قانون‌گذاری را در آن‌ها

---

۱. The Age of Rationalism

۲. The Idealism of the Political System

راه ندارد. مضمون این دسته از قوانین در عالم واقع وجود دارد و همچون قوانین فیزیک و شیمی، بیانگر روابط واقعی میان موجودات‌اند و اعتبار آن‌ها بستگی کامل به انطباق آن‌ها با واقعیت‌های موجود دارد. از این رو، در برخی از پدیده‌ها نیز روابطی واقعی وجود دارد که حقوق‌دانان آن‌ها را کشف کرده و در قالب قوانین حقوقی بیان می‌کنند. و نیز جامعه انسانی هم دارای قوانین واقعی خاصی است و قانون‌گذاران همچون پزشکان می‌کوشند آن قوانین واقعی را کشف و به دیگران توصیه کنند. اما گروه دوم واقع‌گرایان که می‌توان آن‌ها را واقع‌گرایان ابتدایی نامید، همه قوانین حقوقی را مجهولاتی می‌دانند که از سوی قانون‌گذار (خدا یا انسان) جعل شده است، ولی معتقدند این قانون‌گذاری بدون پشتوانه واقعی نیست، بلکه بر اساس واقعیت‌های عینی صورت می‌پذیرد. پس قوانین حقوقی مستقیماً حاکی از واقعیت نیستند، ولی بر واقعیت مبتنی بوده و بر اساس آن وضع می‌شوند و تنها در صورتی اعتبار دارند که به‌درستی بر واقعیت مبتنی باشند. از لحاظ پیشینه تاریخی نیز بخواهیم بدین قضیه نگاه مختصری داشته باشیم باید گفت: تا اواخر قرن نوزدهم، حقوق طبیعی و ارزش‌های موجود در آن (اراده الهی یا عقل فطری)<sup>۱</sup> مبنای تشکیل قاعده حقوقی<sup>۲</sup> شناخته می‌شد. لذا یک امر، زمانی صورت قانونی می‌یافت که با ارزش‌ها (اراده الهی یا عقل)، هماهنگ باشد. ولی از پایان قرن نوزدهم، رویکرد دیگری از حقوق مطرح شد که در آن نظام حقوقی بر مبنای واقعیت‌ها و هسته‌ها تشکیل می‌شود، برتری

---

۱. Innate Intellect

۲. Formation of a Legal Rule

می‌یابد. بدین ترتیب، به‌جای بایدها و نبایدهای حقوق طبیعی و ارزش‌های آن، مسئله «هست‌ها و نیست‌ها» مطرح است که از آن با عنوان «پوزیتیویسم حقوقی» یا «تحقق‌گرایی حقوقی» یاد می‌شود. (توسلی نائینی و دیگران: ۱۳۹۰: ۵۷) این اعتنای تئوریک تا جایی است که رئالیست‌های سیاسی به‌نوعی به رئالیسم قانونی اعتقاد دارند. (Jütersonke: ۲۰۱۶) نتیجه‌ای که به‌عنوان فرآیند بخشی می‌توان از آن یاد کرد این است که در وضع حاضر می‌توان به‌نوعی همگرایی تئوریکال برای ترسیم وضع موجود می‌توان اعتقاد داشت. جهت اثبات این همگرایی کافی است که بدانیم سیستم حقوقی یک سیستم بسته و منطقی است که در آن می‌توان تصمیمات صحیح را از قواعد حقوقی از پیش تعیین‌شده بدون ارجاع به ملاحظات اجتماعی استنباط کرد.<sup>۱</sup> وقتی با دیدی واقع‌گرا و پوزیتوستی به قضایا نگاه کنیم به قول برخی متفکرین اتفاقاً شرقی این حوزه معتقدند: همه هنجارها قانون نیستند. هنجارهای اخلاقی نیز وجود دارد. هنجارهای قانونی قهری هستند. هنجارهای اخلاقی نیستند. (Ratnapala: ۲۰۰۹: ۵۸) قائل به تفکیک باشیم.

### ۳- رویکرد پیشگیری از جرم در سیاست جنایی قانونگذاری

هر نوع جنایتی حاکمیت قانون را تضعیف می‌کند. پیشگیری از جرم شامل انجام اقداماتی است که به دنبال کاهش خطر وقوع جرائم، و اثرات مضر بالقوه آن بر افراد و جامعه، از جمله ترس از جرم، از طریق مداخله برای تأثیرگذاری بر علل

---

۱. See: H. L. A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals" (1958) 71 Harvard Law Review 593, 601–602.



متعدد آن است. سیستم عدالت کیفری<sup>۱</sup> به پیامدهای رفتار مجرمانه در جامعه می‌پردازد و هدف آن حمایت از حق مردم برای ایمنی و برخورداری از حقوق بشر است. این به‌طور خاص به کار پلیس، دادستان و قوه قضاییه در رابطه با موضوعات جنایی و همچنین دسترسی به کمک‌های حقوقی، زندان‌ها و جایگزین‌های حبس، عدالت ترمیمی و حمایت از قربانیان و جبران خسارت اشاره دارد. این همچنین شامل موضوعات فرا بخشی مانند جنسیت، حقوق بشر و ملاحظات مربوط به قربانیان و کودکان در سیستم عدالت کیفری است.<sup>۲</sup> این رویکرد پیشگیری تا اندازه‌ای مؤثر است که کشورها به سطح ملی نیز بسنده نمی‌کند. پیشگیری از جرم بحث امروزی جرم‌شناسان نیست. اما تنها راه‌حل، مقابله با سیر صعودی تورم کیفری و افزایش جمعیت کیفری می‌باشد. با پیشرفت جوامع و تشکیل دهکده جهانی، صرف بررسی پیشگیری از جرم<sup>۳</sup> در حوزه ملی کافی نیست، چرا که امروزه جرائم، عمدتاً فراملی شده‌اند. این امر را می‌توان با توجه به نحوه ارتکاب جرائم سایبری و جرائم مافیایی مشاهده نمود. سیاست جنایی دولت‌ها بجای اصلاح و درمان و کیفر، به پیشگیری اجتماعی و وضعی همراه با کنترل و نظارت مشدد متوسل شده‌اند. لذا نهادهای ملی و بین‌المللی در پی ابداع روش‌هایی نوین برای پیش‌گیری از بزه می‌باشند. پژوهش‌های مختلفی به بررسی اهمیت پیشگیری از جرم و نهادهای مسئول، در سطوح ملی و بین‌المللی و نقش این عامل به‌عنوان ابزاری ملی و بین‌المللی

---

۱. Criminal Justice System

۲. <https://www.unodc.org/e4j/en/secondary/criminal-justice.html>

۳. Crime Prevention

می‌پردازد.<sup>۱</sup> پیشگیری از تصویب قوانین جرم‌زا یک ضرورت است چرا که لزوم برنامه‌ریزی درباره بسترهایی که ممکن است ایجاد گرفتاری و مشکل کند اولین بستر، قوانینی است که قانون‌گذاری می‌کنیم و با یک امضا و با ندیدن برخی اقتضائات زمینه را برای ارتکاب جرم به وسیله خود قانون فراهم می‌کنیم. آن‌هایی که قانون بلدند، می‌دانند چطور باید از قوانین استفاده کنند و برای ارتکاب جرم از این قوانین استفاده می‌کنند. ضرورت پیشگیری از تصویب قوانین جرم‌زا، اصلاح یا حذف آن‌ها بسیار مهم است. قوانینی است که اجازه می‌دهد مقررات خلاف عرف و رویه و اخلاق جامعه بر فرهنگ مرسوم مردم وارد شده و حرمت‌شکنی امری عادی شود با ورود مقررات خلاف حقوق<sup>۲</sup> مردم به بهانه فرهنگ‌سازی<sup>۳</sup> چون متکی به قدرت حاکم است و برگرانه‌های زندگی اداری و فرهنگی و اجتماعی مردم مستقر است و یک‌جانبه و بدون لحاظ کردن حق مردم بر آن مستولی می‌شود می‌تواند گرده مردم را سر بزنگاه‌ها بگیرد و جرائم تعیین‌شده را اخذ نماید ولی چون فهم مردم خلاف آن سلطه است حتی در زیر آن سلطه نیز رضایتی به انجام اجبار وارده ندارد و واکنش طبیعی بروز می‌دهد که همان حرمت‌شکنی قانون است که قبح قانون‌شکنی را از میان برده بلکه آن را یک نوع ابراز وجود و مخالفت با قانونی که مورد قبول

---

۱. با اندکی دخل و تصرف نگاه کنید به: آقازاده، جعفر و آقازاده، قلی، (۱۳۹۵)، جایگاه پیشگیری از جرم در سطح بین‌المللی و ایران، چاپ شده در مجموعه مقالات کنگره بین‌المللی جامع حقوق ایران، ۶۳۴۰۰۸، <https://civilica.com/doc/634008>

۲. Unlawful Regulations

۳. Culture Building

جامعه قرار نگرفته می‌داند و به‌طور طبیعی عمل برخلاف مقررات را جایز دانسته و به‌مرور اعتبار تمام مقررات اجتماعی کاسته شده و بی‌حرمت می‌شود این مقررات جرم‌زا مقررات سخت و طاقت‌فرسا<sup>۱</sup> نیست بلکه آنچنان ساده و پیش‌پاافتاده نیز می‌تواند باشد که به همان سادگی هم امکان شکستن آن وجود دارد و همین سادگی در ظاهر خود به سخت‌ترین و بدترین عامل قانون‌شکنی تبدیل می‌شود و خطر وحشتناک این‌گونه مقررات جرم‌زا در جریمه کردن فرد یا دو فرد یا اشخاص نیست بلکه از بردن حرمت قانون است این معنا همان ضرب‌المثل قدیمی مردمی است که می‌گوید: تخم مرغ دزد شتر دزد می‌شود. به عبارتی وقتی کسی شکستن مقررات و قوانین برایش عادت شد تبدیل به فردی در اجتماع می‌شود که هر لحظه ممکن است دست به عملی زند که جامعه را به ویرانی برساند<sup>۲</sup>. نمونه‌های فراوان نتیجه این مقررات جرم‌زا هر روز در رفتارهای مردم دیده می‌شود. پس آنچه می‌توان به‌عنوان یک راهبرد اساسی در پیشگیری از جرم باشد این مسئله است که اول باید بسترهای قوانین مبهم و جرم‌زا<sup>۳</sup> در جامعه برچیده شود گهگاه قوانینی که خود منشأ انواع تعارض منافع اشخاص حقیقی و حقوقی‌اند همین بستر فساد و به‌نوعی جرم‌زایی فی‌نفسه خود قوانین موضوعه است. این را می‌توان در این سخن به‌خوبی دریافت منتسکیو<sup>۴</sup>

---

#### ۱. Strict and Tedious Regulations

۲. توجه شود به مقاله تحلیلی قوانین جرم‌زا به قلم مجید سلمانی رجوع شود به آرشیو حقوقی هفته نامه صوراسرافیل.

#### ۳. The Context of Ambiguous and Criminal Laws

#### ۴. Montesquieu

یکی از نگران‌کننده‌ترین مشکلات قانون‌گذاری معاصر را به تصویر کشید: قانون خود می‌تواند عامل جنایت باشد. ما عادت داریم که قانون را پاسخی برای جرم بدانیم، اما تحقیقات نشان می‌دهد که راه‌های مختلفی وجود دارد که خود قانون می‌تواند باعث فساد شود. (Pasculli: ۲۰۲۰) به‌عنوان مثال می‌توان گفت: گاهی اوقات قانون با معرفی مزایا یا امتیازاتی فرصت‌هایی را برای جرائم خاص ایجاد می‌کند که می‌تواند به‌طور انحرافی باعث کلاهبرداری از سوی افرادی شود که حق آن‌ها را ندارند. اتحادیه اروپا اخیراً دریافته است که رژیم فعلی مالیات بر ارزش افزوده، کشورهای اتحادیه اروپا را در معرض سطوح غیرقابل قبولی از تقلب قرار می‌دهد. در سطح جهانی، مقررات مالیاتی حوزه‌های قضایی خاص بهشت‌های مالیاتی منجر به استفاده از آن‌ها برای اجتناب و فرار مالیاتی فراملی می‌شود.) مورد بعدی زمانی است که قانون به نحوی ارتکاب جرم را آسان‌تر می‌کند یا محکومیت به جرم را دشوارتر می‌کند. این زمانی اتفاق می‌افتد که اجرای قانون کاهش یابد یا تضعیف شود، یا زمانی که عدالت کیفری<sup>۱</sup> کند، نامطمئن یا ناکارآمد باشد. به قول معروف «عدالت به تأخیر افتاده<sup>۲</sup>، عدالت انکار شده<sup>۳</sup> است». (Ibid)

---

۱. Criminal Justice

۲. Criminal Justice Justice is Delayed

۳. Justice is Denied

## ۴- تقابل حقوق و سیاست در قانون‌گذاری کیفری

قانون و سیاست به‌عنوان پدیده‌هایی اجتماعی، هر دو تجلی دوگانه یک موجودیت واحد هستند (ادراک هستی‌شناسی واحد) و وجود منفک آن‌ها تنها نتیجه یک دوالیسم انسانی یا تصور پلورالیستی از جهان است. بعلاوه تمایز میان قانون و سیاست از منظر هستی‌شناسی عمیق‌تر در حقیقت امری غیرواقعی است. به همین دلیل در حوزه تئوری سیاسی و حقوقی و فلسفه نتیجه‌گیری‌هایی در مورد همپوشانی جزئی یا کامل قانون و سیاست و حتی در برخی موارد همسنجی این دو این مسئله را به وجود آورده که چگونه باید این دو نگرش به تعریف دریابند. در «نسبت بین حقوق و سیاست» همچون لاگلین و باکرت، معتقد است یکی از ابعاد رابطه این دو مفهوم این است که حقوق را به‌مثابه هدف در نظر بگیریم. از این زاویه سیاست می‌تواند ارزش‌ها یا نهادهای پذیرفته‌شده حقوقی همچون اصل تساوی حقوقی، اصل برائت یا حق بر حریم خصوصی را به‌عنوان هدف خود تعیین کند. بخش‌های دیگر کتاب به نظر فرعی بر بحث اصلی هستند و ماهیتی سیاست‌گذارانه هم دارند اگرچه کاملاً در حوزه رابطه سیاست و حقوق قرار می‌گیرند. «دموکراسی، بحران سیاسی و قانون اساسی در جمهوری وایمار و جمهوری اول اتریش» نوشته مارتین جرابک بر این اعتقاد است که قانون اساسی زمینه را برای نیروهای ضد دموکراسی فراهم کرد. از دید نویسنده نبود آستانه انتخاباتی برای ورود به پارلمان، فروپاشی نظام حزبی در جمهوری وایمار را فراهم کرد و این امر ناشی از سیاست نیروهای محافظه‌کار و گروه‌های اقتدارگرا بود. در اتریش نیز رویکرد اقتدارگرا باعث جایگزینی رسمی ساختار دولت فدرال به‌جای نظام جمهوری شد. در هر دو کشور نظام اداری و ارتش

تأثیر تعیین‌کننده‌ای بر دولت، پارلمان و رئیس‌جمهور هیندنبورگ داشتند و در سقوط دموکراسی مؤثر بودند. ادوارد وی. فاینگولد در «حقوق و عدالت زبانی در قوانین اساسی دنیا» به تحلیل و بررسی قانون اساسی در ۱۸۷ کشور دنیا پرداخته است و در این میان به دو دسته‌بندی کلان دست‌یافته است: رویکرد «دست‌های بسته» در مورد کشورهای فاقد ادعاهای خودمختاری و تجزیه‌طلبی و دارای هویت قومی قوی همچون آمریکا و اروگوئه و ملت‌هایی باسیاست «دست‌های باز» که دارای تنوع و تکثر در گروه‌های زبانی هستند. دسته‌بندی نویسنده بر اساس نوع مواجهه با موضوع زبان است و هدف او ارائه کمک به دولت‌های دارای ساختار سیاسی و سرزمینی متفاوت است که اراده آن‌ها بر بازنگری قانون اساسی حول محور زبان هستند. به‌صورت کلی می‌توان گفت کتاب به‌خوبی نشان داده هیچ حوزه مستقل حقوقی خاصی خارج از سیاست و امر سیاسی وجود ندارد و ادعای استقلال حقوق و مر قانون نیز خود ادعا و گفتاری سیاسی هستند<sup>۱</sup>. بدون تردید، ارتباط و تعامل زیادی بین حقوق (به‌ویژه حقوق کیفری) و سیاست وجود دارد. اما اینکه میزان این تعامل تا چه حد باشد و تأثیر کدام‌یک بر دیگری بیشتر باشد، حائز اهمیت است. این دیدگاه کاملاً پذیرفته‌شده است که «اگر سیاست حقوقی شود، حقوق و آزادی‌های اساسی

---

۱. جهت مطالعه بیشتر در این خصوص نگاه کنید به: کندی، دانکن (۱۴۰۰)؛ قانون سیاست است؛ مترجم: حبیب‌الله فاضلی، نوبت اول، ناشر: نگارستان اندیشه، تهران، ۱۲۰ به بعد.

شهروندان، به گونه‌ای مطلوب تأمین و تضمین می‌شود.<sup>۱</sup> اما فاجعه زمانی رخ می‌دهد که حقوق به ابزاری سیاسی و وسیله‌ای برای حکمرانی تبدیل شود. در این صورت، حقوق و آزادی‌های اساسی، معنای واقعی خود را از دست می‌دهد و تنها به واژگانی کم‌رنگ و فاقد اعتبار الزام‌آور، در برابر قوای حاکم تنزل می‌یابد» (اسماعیل زاده ۱۳۸۴: ۲۶۳-۲۶۴). تقابل حقوق و سیاست<sup>۲</sup> می‌توان ادعا داشت در قانون‌گذاری کیفری به‌خوبی نمود دارد و یکی از مواردی این تأثیرگذاری سیاست بر حقوق<sup>۳</sup> همین قوانین جرم‌زایی است که در نتیجه بستر آرمان‌گرایی سیاسی حکومت‌ها در قالب سیاسی نمود پیدا می‌کند که در ادامه بحث به شرح مبسوط آن خواهیم پرداخت.

## ۵- تأثیر آرمانگرایی نظام سیاسی در قانونگذاری

آرمان‌گرایی که از آن به‌عنوان ایدئالیسم نیز یاد می‌شود در مقابل واقع‌گرایی یا همان رئالیسم قرار می‌گیرد و معمولاً این دو را متضاد با یکدیگر می‌دانند که باید صرفاً یکی از آن دو را انتخاب کرد. البته به نظر نمی‌رسد که تعریف دقیق و جامعی از این دو اصطلاح شده باشد و در رشته‌های مختلف عمده‌تاً به معنای اجمالی و نیز مؤلفه‌ها و نتایج این دو تفکر پرداخته می‌شود. با این وجود به‌اجمال

---

۱. دخل و تصرف در این خصوص به منبع اصلی ارجاعی رجوع کنید: میرمحمد صادقی، حسین دیگران (۱۳۹۴)؛ نقش و جایگاه سیاست در عدالت کیفری حاکم بر جرائم تروریستی؛ فصلنامه پژوهش‌های حقوق کیفری، دوره چهارم شماره سیزدهم، ص ۱۱

۲. Conflict of Rights and Politics

۳. The Impact of Politics on Rights

می‌توان گفت آرمان‌گرایی سیاسی، سیاست را هنر خوب حکومت کردن می‌داند اما واقع‌گرایی آن را هنر حکومت کردن به شکل ممکن تلقی می‌کند. غایت حکومت ایدئالیستی دستیابی به مفاهیمی مانند برابری، دادرزی و پیروی از قوانین متکی به اصول همگانی و اخلاقی است. تکریم انسانیت، ستیز با تبعیض نژادی را می‌توان از باورهای ایدئالیستی به شمار آورد. جبر انگاری و تقدیرگرایی افراطی، دنباله‌روی از قانون طبیعت و چیرگی زورمندان و سیاست قدرت محور، توجیه کردن وسیله به خاطر وصول به هدف و تمسک به نیرنگ و خشونت برای نیل به مقاصد سیاسی، مورد انکار و نفرت سیاست‌های ایدئالیستی است. در ادبیات حقوقی مدرن<sup>۱</sup>، نیهیلیسم قانونی<sup>۲</sup> طرفداران نقطه مقابل آرمان‌گرایی قانونی است. لازم به ذکر است که آن را نیز تا به تعدادی از ویژگی‌های منفی و پیامدهای ناشی از جهل قانونی، عقب‌ماندگی و حس تغییر شکل عدالت، تا حدی، حتی کمبود فرهنگ سیاسی و قانونی است. فرصت‌ها و نقش قانون و اعتماد به نفس است که تنها یک وجود قوانین قادر به حل همه مشکلات جامعه است<sup>۳</sup>. آرمان‌گرایی حقوقی، مفهوم که در نگاه اول نشان

---

## ۱. Modern Legal Literature

## ۲. Legal Nihilism

۳. برخی از اندیشمندان در نظریه پردازی‌هایی که داشته‌اند می‌توان استنباط کرد نتیجه مختوم آرمان‌گرایی حقوقی در قانونگذاری را نه تنها رو به سعادت نمی‌دانند بلکه نیهیلیسم قانونی می‌دانند. در فلسفه، هیچ‌انگاری به معنای انکار معنی و ارزش برای هستی جهان است. هیچ‌انگاری یا نیهیلیسم برگرفته از کلمه لاتین «nihil» به معنای هیچ است. به گفتار نیچه، نیهیلیسم یا هیچ‌انگاری به معنای بی‌ارزشی ارزش‌ها نیست؛ بلکه به معنای بی‌ارزش شدن



می‌دهد در مقابل مطلق به دومی، در واقع، در نهایت با این ادغام و یک مشکل شایع تشکیل می‌دهد. و هرچند ظاهراً این طرف سکه باقی‌مانده کمتر قابل مشاهده است و کمتر بر روی گوش از ایجاد نوعی از نیهیلیسم<sup>۱</sup> است، پدیده نظر گرفته می‌شود کمتر به عواقب نهایی آن مخرب است.<sup>۲</sup> بر این ایده می‌توان استوار بود که چارچوب ذهنی برخی را با آرمان‌گرایی قالب‌زده‌اند. این افراد هیچ توجهی به واقعیت‌های موجود در روزگار خود ندارند. دغدغه‌هایشان و مسائلی که از آن سخن می‌گویند و یا موضوعاتی که درباره آن‌ها نظر می‌دهند، همه به نوعی از رنگ و بوی سیر در عالم خیال و عرش حکایت دارد؛ گویی هیچ تعلق به عالم فرش ندارند و رنگ واقعیت‌های زمینی در معادلات و محاسبات ذهنی آنان بازتاب ندارد. اینان همواره درباره وضعیت ایده آل سخن می‌گویند، نه وضعیت موجود است؛ واقع‌گرایان برخلاف آرمان‌گرایان، افزون بر آن که برای خود آرمان‌هایی دارند و برای رسیدن به آن‌ها می‌کوشند، اما از واقعیت‌ها عصری که در آن زندگی می‌کنند نیز غفلت نمی‌ورزند. (نقل از منابع پیشین) همواره در هر آنچه بدان می‌اندیشند و هر آنچه از آن سخن می‌گویند

---

ارزش‌ها است هیچ انگاری، به هر نوع دیدگاه فلسفی گفته می‌شود که وجود یک بنیان عینی (ابژکتیو) برای نظام ارزشی بشر را رد می‌کند. جهت مطالعه بیشتر در این خصوص نگاه کنید به:

- nihilism. (۲۰۰۸). Encyclopædia Britannica. Ultimate Reference Suite. Chicago: Encyclopædia Britannica.

۱. Nihilism

۲. See: <https://fa.atomiyme.com>

و یا هر موضوعی که درباره آن نظر می‌دهند، واقعیت‌ها نقشی پررنگ دارد. آرمان‌گرایان از آنجا که در خلأ زندگی می‌کنند، چه در مسائل خصوصی و چه اجتماعی، نگاه آرمانی دارند (به این معنا که نگاهشان ذهنیت گرا و غیر کاربردی است). از همین رو، همواره شکافی عمیق میان واقعیت موجود در زندگی روزمره‌شان با آرمان‌هایی که در آن سیر می‌کنند نمایان است. به عکس آنان، واقع‌گرایان از توانایی‌های فردی و موقعیت اجتماعی<sup>۱</sup> خود، شناختی صحیح و از امکان رسیدن به اهدافشان درکی واقع‌بینانه دارند. برخلاف آنان، آرمان‌گرایان که واقعیت‌های موجود نقشی در معادلات و محاسبات آن‌ها ندارد، چشم‌اندازی واقع‌بینانه در رسیدن به اهدافشان ندارند؛ پس نه امکان برنامه‌ریزی درست دارند و نه برنامه‌ریزی‌هایشان با موفقیتی روبه‌رو می‌شود. اشاره به پاره‌ای از آسیب‌های آرمان‌گرایی<sup>۲</sup> نیز خالی از فایده نیست: یکی از این آسیب‌های جدی، غفلت از راه‌ها و زمینه‌های دست یافتن به آرمان‌ها است. گاه آرمانی چنان برجسته و حیاتی تلقی می‌شود که هر وسیله‌ای را توجیه می‌کند! این نوع نگاه برای رسیدن به هدف، ممکن است خسارت‌های فاجعه‌باری به بار آورد. هدف و آرمان، گاهی چنان چشم‌پندی می‌کند که آدمی گنه را طاعت و طاعت را گناه می‌بیند. از دیگر آسیب‌های جدی آرمان‌گرایی، به سایه بردن واقعیت‌ها است. آرمان‌گرا، واقعیت‌ها را نمی‌بیند؛ زیرا چشم و دل و ذهن او در تسخیر آرمان‌های او است. هم‌چنین تاریخ گواهی

---

۱. Social Status

۲. The Harms of Idealism

می‌دهد کسانی که خود را آرمان‌گرا پنداشته‌اند، در رسیدن به اهدافشان نسبت به واقع‌گرایان ناکام‌تر بوده‌اند. علت این ناکامی را باید در عدم توجه آنان به واقعیت‌های عصر خود جست‌وجو کرد. سیاست جنایی که تحت تأثیر نظام سیاسی آرمان‌گراست نظر به بستر غیرواقعی و همچنین تخیلی که برای خود فراهم کرده است نتایجی در پی دارد که بدان اشاره خواهد شد:

#### ۵-۱: آرمان‌گرایی سیاسی در قانون‌گذاری جزایی موجد تصویب قوانین عوام‌گرایانه<sup>۱</sup>

عوام‌گرایی کیفری از موضوع‌های جامعه‌شناسی کیفری و سیاست کیفری، به معنای اولویت به برنامه‌ها و واکنش‌های کیفری مردم‌پسند نسبت به برنامه‌های کارشناسی، اغلب با تحریک افکار عمومی و تقاضای سخت‌گیری نسبت به بزهکار، شکل می‌گیرد. عوام‌گرایی در ادبیات علوم سیاسی به مفهوم جریان‌ی سیاسی است که در آن، باورها و اعتقادهای مردم در تدوین تصمیم‌های سیاسی نقش تعیین‌کننده‌ای ایفا می‌کنند. جلب پشتیبانی مردم با توسل به وعده‌های کلی و مبهم و معمولاً تحت کنترل رهبری فرهمند، پیشبرد هدف‌های سیاسی مستقل از احزاب و فراخوانی مردم به اعمال فشار مستقیم بر حکومت، از جمله ویژگی‌های این جریان است. عوام‌گرایی بیانگر دغدغه گروه‌هایی از جامعه است که معتقدند در سیاست‌گذاری‌های دولتی نادیده انگاشته شده‌اند و به دیدگاه‌های کارشناسانی که به این دغدغه‌ها بی‌اعتنایند، بدبین هستند. در تعریف دیگری از آن آمده است: پوپولیسم کیفری شکلی از حکمرانی است

---

۱. Populist Criminal Laws

که در آن قانون‌گذاران مجازات‌های کیفری را بر اساس محبوبیت در میان رأی‌دهندگان انتخاب می‌کنند، نه بر اساس اثربخشی آن‌ها برای مقابله با جرم و جنایت و مشکلات اجتماعی است.<sup>۱</sup> عوام‌گرایی به‌طور اخص برای گروه‌های سخن می‌گویند که احساس می‌کنند کنار گذاشته شده‌اند. این پدیده، واکنشی به احساس بیگانگی و نارضایتی افراد مذکور است. این اصطلاح در ابتدا برای حرکت‌ها و جنبش‌های سیاسی مدافع حقوق گروه‌های فرودست در آمریکا و روسیه به کار می‌رفت و به‌هیچ‌وجه بار منفی نداشت. با این حال در ادامه، رویه‌ای که رهبران این جنبش‌ها در جهت تحقق اهداف خود و یا پس از تحقق آن‌ها به کار بردند، نشانگر آن بود که طرفداران حرکت‌های عوام‌گرا هر زمان که به نفعشان باشد به احساسات مردم گرایانه متوسل شده و پس از نیل به اهداف خود از طریق به‌کارگیری تمامی روش‌های ممکن، به مطالبات مردم بی‌اعتنا خواهند بود. چنین رویه‌ای سبب شد، عوام‌گرایی به تدریج مفهوم مثبت خود را از دست داده و جلب پشتیبانی مردم با توسل به وعده‌های کلی و مبهم از ویژگی‌های اصلی آن محسوب شود. عوام‌گرایی کیفری از موضوع‌های جامعه‌شناسی کیفری و سیاست کیفری، به معنای اولویت به برنامه‌ها و واکنش‌های کیفری مردم‌پسند نسبت به برنامه‌های کارشناسی، اغلب با تحریک افکار عمومی و تقاضای سخت‌گیری نسبت به بزهکار، شکل می‌گیرد. در پی ارتکاب پاره‌ای

---

۱. See: MARGARITA DOBRYNINA (June ۲۰۱۷). "The Roots of "Penal Populism": the Role of Media and Politics". *Kriminologijos Studijos*: Article available at [https://www.researchgate.net/publication/317960480\\_The\\_Roots\\_of\\_Penal\\_Populism\\_the\\_Role\\_of\\_Media\\_and\\_Politics](https://www.researchgate.net/publication/317960480_The_Roots_of_Penal_Populism_the_Role_of_Media_and_Politics)

از جرائم با جریحه‌دار شدن احساس عمومی و تشویش عواطف مردم، دستگاه پلیسی قضایی اغلب سیاست‌های سخت‌گیرانه<sup>۱</sup> را برای متهمان به کار می‌گیرند. این نوع تدبیر که اغلب مقطعی و غیر کارشناسی تحت تأثیر افکار عمومی<sup>۲</sup> اعمال می‌شود، اغلب عوام‌گرا و مردم‌پسند است. سیاست کیفری عوام‌گرا، در مرحله‌ی وضع و اجرا، به مردم و به‌ویژه بزه دیدگان توجه می‌کند و شنیدن صدای آنان و سیاست‌گذاری بر مبنای آن را سرلوحه‌ی برنامه‌های خود قرار می‌دهد. افزون بر این، بزه دیدگان با طرح خواسته‌های خود می‌توانند سیاست کیفری را به‌سوی عوام‌گرایی و شکل‌گیری سیاست کیفری غیر کارشناسی مبتنی بر التهابات جامعه و احساس مردم و بزه دیدگان جهت دهند. عوام‌گرایی کیفری هنگامی ظهور می‌کند که سیستم عدالت کیفری برای پاسخ‌گویی به نگرانی‌های عمومی راجع به افزایش نرخ جرائم، به‌جای استفاده از راه‌حل‌های منطقی و علمی که مورد تأیید کارشناسان و نخبگان است، به راه‌حل‌های سریع و ساده که هیچ توجیه علمی ندارند متوسل شود.<sup>۳</sup>

چنین رویکردی سبب می‌شود مبنای علمی، اثربخشی و عادلانه بودن سیاست‌ها نادیده گرفته‌شده و مدیران بخش‌های مختلف دستگاه عدالت کیفری به‌جای یک واکنش مناسب و سازمان‌یافته در رویارویی با پدیده‌های مجرمانه، تحت فشار افکار عمومی و رسانه‌های گروهی عموماً به نشان دادن شدت عمل بیشتری از خود مجبور شوند تا به سهل‌انگاری در مبارزه با جرم متهم نشوند. از

---

۱. Strict Policies

۲. Public Opinion

۳. به مقالات اینترنتی پایگاه حقوق نیوز توجه شود.

عوام‌گرایی کیفری به‌عنوان ارائه پاسخ‌های ساده برای حل مشکلات پیچیده اجتماعی و مجرمانه یاد می‌شود. عدم توجه عوام‌گرایی کیفری به یافته‌های علمی، باعث شده که در این رویکرد، سیاست‌های موقتی و تبلیغاتی بر سیاست‌های علمی برتری یابند، پژوهش‌های انجام‌شده در حوزه عوام‌گرایی کیفری در نظام‌های کیفری مختلف، داده‌های ارزشمندی را برای شناسایی سیاست‌های واجد این ویژگی در پی داشته است. یافته‌های این مطالعات تطبیقی بیانگر آن است که سیاست‌های کیفری عوام‌گرا<sup>۱</sup> معمولاً سخت‌گیرانه، عامه‌پسند، نمایشی و احساسی بوده و فاقد مبنای نظری و علمی است. این رویکرد نیازی به شناخت علمی پدیده‌های مجرمانه در خود احساس نمی‌کند و با استناد به تفسیرهای غیرعلمی از خواست و انتظار عمومی، درصدد سرپوش گذاشتن بر ضعف مبنای نظری سیاست‌های کیفری است. از دهه ۱۹۹۰ اندیشمندان حقوق کیفری با الهام از مطالعات علوم سیاسی، واژه عوام‌گرایی کیفری را برای توصیف جریان‌های فعال حوزه کیفری<sup>۲</sup> که ویژگی‌های عوام‌پسندانه دارند، برگزیدند. از دیدگاه باتمز یکی از ویژگی‌های عدالت کیفری جوامع مدرن، تأثیرپذیری آن از سزا‌گرایی عمومی است. مقصود از سزا‌گرایی عمومی، باور و گرایش افکار عمومی به توسل به مجازات‌های شدید و سخت‌گیرانه برای کنترل جرم است. به باور باتمز، سیاستمداران از این نگرش در جهت اهداف خود استفاده می‌کنند و آنچه را برداشت کیفری مردم تلقی

---

۱. Populist Criminal Policies

۲. Active Currents in the Criminal Field

می‌کنند به نام پاسخگویی به دغدغه‌های عمومی تصویب و اجرا می‌کنند به تدریج عبارت عوام‌گرایی کیفری جایگزین سزا گرایی عمومی<sup>۱</sup> شد. در تعریف عوام‌گرایی کیفری به پیامدهای آن توجه بیشتری شده است. عوام‌گرایی کیفری<sup>۲</sup> باعث می‌شود که جنبه تبلیغاتی سیاست‌ها بر کارآمدی آن‌ها ارجحیت یابد. ظهور پوپولیسم کیفری باعث افزایش سرکوب قوانین جزایی کشورهای مختلف شده است. (Green:۲۰۱۲:۲۲۰) نمونه‌های چنین سیاست‌های کیفری پوپولیستی را می‌توان کشورهای انگلستان و کانادا دانست. (James and others:۲۰۱۷:۲۵) کشوری مثل ایالات متحده آمریکا در حوزه مواد مخدر معمولاً از چنین سیاست‌هایی بهره می‌برد. (Roberts and other: ۲۰۰۲:۱۹۷) تحت تأثیر این رویکردها، سیاست‌گذاران در برنامه‌ریزی کیفری، دیدگاه‌های مردمی، به‌ویژه افرادی را که در مناطق جرم خیز زندگی می‌کنند، مورد توجه قرار داده، سیاست‌هایشان را بر آن مبنا تدوین می‌کنند. جان پرت در این زمینه می‌گوید: عوام‌گرایی کیفری فرایندی است که به واسطه آن گروه‌های طرفدار نظم و قانون و طرفداران حقوق بزه دیدگان و دیگر افرادی که مدعی نمایندگی از طرف مردم هستند تأثیر فزاینده‌ای بر سیاست‌های دولت می‌گذارند، درحالی‌که عقاید دانشگاهیان، گروه‌های حقوق شهروندی، فعالان عدالت کیفری و ... کم‌تر مورد توجه قرار می‌گیرد. (نقل از منابع پیشین)

---

۱. Criminal Populism Replaces Public Punishment

۲. Criminal Populism

## ۲-۵: آرمان‌گرایی سیاسی در قانون‌گذاری جزایی موجد مصلحت‌گرایی کیفری

مصلحت، عبارت است از آنچه که بر عمل، بار و سبب صلاح می‌شود. از این روی، کارهایی که انسان انجام می‌دهد و سبب سود بردن او می‌شود، به این نام مصلحت نام‌گذاری می‌گردند. در تعریف واژه مصلحت چنین آمده است: «آنچه که باعث خیر و صلاح و نفع و آسایش انسان باشد.» و در فرهنگ معین، این گونه تعریف شده است: «آنچه که صلاح و سود شخص یا گروهی در آن باشد، خیراندیشی، آنچه که صلاح شخصی باشد، درحالی که به ضرر اشخاص دیگر و جامعه نوبتام.» مصلحت، در لغت، مقابل مفسده قرار داده شده و از آنجا که مفسده همان ضرر است، مصلحت نیز همان سود، جلب منفعت و دفع ضرر است.<sup>۱</sup> کاری که برای انسان، سودآور باشد را می‌گویند مصلحت دارد و در صورت زیان‌آور بودن می‌گویند، مفسده دارد، چه این سود و زیان، دنیوی باشد و چه مربوط به عالم آخرت و خواه سود و زیان شخصی باشد و یا جمعی، مادی باشد و یا اینکه معنوی؛ در اسلام نیز این واژه به همین معنا بکار رفته است. در مورد معنای اصطلاحی مصلحت گفته شده است: «جلب منفعت و دفع ضرر، در حدودی که مقاصد شرع حفظ شود.» جهت رعایت اختصار اگر بخواهیم مصلحت‌گرایی را در حقوق کیفری به‌عنوان یکی از پیامدهای برشمرده مورد بحث قرار دهیم باید گفت: جرم‌انگاری مصلحت‌گرایانه<sup>۲</sup> به آن دست جرم‌انگاری‌هایی گفته می‌شود که بر اساس اصل مصلحت مشروعیت

---

۱. نگاه شود به فرهنگ چند جلدی معین ذیل واژه مصلحت و مصلحت‌گرایی.

۲. Expediency Criminalization



می‌یابند. مصلحت مفهومی<sup>۱</sup> رایج و پرکاربرد است که برداشت‌های متفاوتی از آن می‌شود. این نوع مصلحت‌گرایی تأثیر مهمی بر موضوع جرم‌انگاری دارد که تورم کیفری<sup>۲</sup>، سیاسی، مقطعی و واکنشی شدن حقوق کیفری<sup>۳</sup> از جمله نتایج آن است و با چالش‌های مختلفی از جمله چالش‌های سیاسی، حقوقی، اخلاقی، دینی و حقوق بشری روبرو است. (خسروشاهی و دیگران: ۱۳۹۷: ۱۷۵)

نمونه‌های بارزی از این مصلحت‌گرایی کیفری بالتبع نظام‌های سیاسی نمونه‌های فراوان و درعین حال قابل توجهی در تاریخ ثبت شده است به‌عنوان مثال می‌توان گفت: در سال‌های اخیر، تعداد فزاینده‌ای از قوانین بریتانیا، رویه‌های ترکیبی یا «ترکیبی» را معرفی کرده‌اند که مرزبندی واضح قبلی بین فرآیندهای حقوقی مدنی و کیفری، معمولاً بر اساس مصلحت‌های سیاسی باانگیزه هنجاری را محو می‌کند. نظام‌های سیاسی و حقوقی، و حقوق دادرسی به‌عنوان محدودیت‌های ضروری و خود تحمیلی بر عملیات‌های سیستمی، از یک رویکرد نظری سیستمی برای نقد این عمل متعادل‌کننده بین مصلحت و اصل استفاده می‌کند. و شرایطی را بررسی می‌کند که تحت چه شرایطی می‌توان گفت که قوانین مغایر با حاکمیت قانون فاقد مشروعیت هستند. (Hendry and other: ۲۰۱۷: ۷۳۳) آنچه از این مجال به‌عنوان خروجی بحث می‌تواند استنباط کرد این قضیه است که یکی از نتایج بسیار ملموس تأثیر مسائل سیاسی بر حقوق همین مسئله مصلحت‌گرایی است که متأسفانه مصلحت‌گرایی

---

۱. Conceptual Expediency

۲. Criminal Inflation

۳. Cross-sectional and Reactive Criminal Law

نیز هیچ وقت واجد عدالت واقعی نبوده است و ضعیف‌ها قربانیان الی چنین سیستمی بوده‌اند.

### برآیند مختصر پژوهشی

رنالیسم حقوقی مانند پوزیتیویسم حقوقی بر این مبنا استوار است که حقوق را باید آنچنان که هست شناخت و نه آنچنان که باید باشد و از این حیث ممکن است رنالیسم حقوقی را ذیل پوزیتیویسم حقوقی تقسیم‌بندی کرد. همچنین آن‌ها مانند پوزیتیویست‌ها منکر رابطه‌ای ضروری میان اخلاق و حقوق‌اند اگرچه تلاقی آن‌ها باهم را ممکن می‌دانند و بنابراین این امکان وجود دارد که قاعده‌ای حقوقی در عین اینکه معتبر باشد اخلاقی نباشد. باین حال در جهاتی نیز با پوزیتیویسم در چالش‌اند. رنالیست‌ها معتقدند پوزیتیویسم حقوقی به دلیل تکیه و توجه بی‌اندازه به شکل و ساختار قانون و حقوق، از درک واقعیت حقوق به دور افتاده‌اند. آموزه‌های تجربه‌گرایان مقدم بر نظام‌سازی روش پوزیتیویستی برای مشکلات درک و تحلیل است که بعداً توسط پوزیتیویسم حقوقی نشان داده شد. پس آنچه که در بستر تئوریک می‌تواند ما را در جستجوی یافته‌های تحقیقاتی مدد رساند همانا نگاه تلفیقی رنالیسم مبتنی بر واقع‌گرایی است. در وضع حاضر می‌توان به‌نوعی همگرایی تئوریکال برای ترسیم وضع موجود می‌توان اعتقاد داشت. جهت اثبات این همگرایی کافی است که بدانیم سیستم حقوقی یک سیستم بسته و منطقی است که در آن می‌توان تصمیمات صحیح را از قواعد حقوقی از پیش تعیین شده بدون ارجاع به ملاحظات اجتماعی استنباط کرد. وقتی با دیدی واقع‌گرا و پوزیتوستی به قضایا نگاه کنیم به قول برخی

متفکرین اتفاقاً شرقی این حوزه معتقدند: همه هنجارها قانون نیستند. هنجارهای اخلاقی نیز وجود دارد. هنجارهای قانونی قهری هستند. هنجارهای اخلاقی نیستند، قائل به تفکیک باشیم. قانون و سیاست به‌عنوان پدیده‌هایی اجتماعی، هر دو تجلی دو‌گانه یک موجودیت واحد هستند (ادراک هستی‌شناسی واحد) و وجود منفک آن‌ها تنها نتیجه یک دو‌الیسم انسانی یا تصور پلورالیستی از جهان است. بعلاوه تمایز میان قانون و سیاست از منظر هستی‌شناسی عمیق‌تر در حقیقت امری غیرواقعی است. به همین دلیل در حوزه تئوری سیاسی و حقوقی و فلسفه نتیجه‌گیری‌هایی در مورد همپوشانی جزئی یا کامل قانون و سیاست و حتی در برخی موارد همسنجی این دو این مسئله را به وجود آورده که چگونه باید این دو نگرش به تعریف دریابند. اینجاست که برخی قوانین با دیدی آرمان‌گرایانه به تصویب رسیده‌اند که خودشان جرم‌زا هستند؛ اینجا دقیقاً تأثیرپذیری نظام‌های سیاسی بر نظام عدالت کیفری مشهود است که نتایج غیرقابل‌انکاری به دنبال دارد در واقع آرمان‌گرایی که از آن به‌عنوان ایدئالیسم نیز یاد می‌شود در مقابل واقع‌گرایی یا همان رئالیسم قرار می‌گیرد و معمولاً این دو را متضاد با یکدیگر می‌دانند که باید صرفاً یکی از آن دو را انتخاب کرد. البته به نظر نمی‌رسد که تعریف دقیق و جامعی از این دو اصطلاح شده باشد و در رشته‌های مختلف عمدتاً به معنای اجمالی و نیز مؤلفه‌ها و نتایج این دو تفکر پرداخته می‌شود. با این وجود به اجمال می‌توان گفت آرمان‌گرایی سیاسی، سیاست را هنر خوب حکومت کردن می‌داند اما واقع‌گرایی آن را هنر حکومت کردن به شکل ممکن تلقی می‌کند. پس در نتیجه این کنش‌ها دو واکنش به وجود می‌آید: اولاً: آرمان‌گرایی سیاسی در قانون‌گذاری جزایی موجد تصویب

قوانین عوام‌پسندانه خواهد شد. ثانیاً: آرمان‌گرایی سیاسی در قانون‌گذاری جزایی موجب مصلحت‌گرایی کیفری که این نشانه‌ها وقتی در نظام قانون‌گذاری کیفری کشوری رسوب کرد باید منتظر نتایج آنکه همانا جرم‌زا بودن خود قوانین چون که بستری واقع‌گرا و با نگرش وضع موجود نداشته‌اند مورد انتظار است.

## فهرست منابع و مآخذ:

### الف: منابع فارسی:

- ابراهیمی شهرام و دیگران (۱۳۸۹)؛ پیشگیری در نظریه‌های جرم‌شناسی و گستره محدودیت‌های آن؛ **فصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری**، دوره هفتم، شماره سیزدهم، بهار و تابستان.
- اشرفی، اکبر و دیگران (۱۳۹۱)؛ واقع گرایی انتقادی، برون رفت از دوگانه پوزیتیویسم و...؛ **فصلنامه مطالعات روابط بین الملل**، دوره پنجم، شماره هیجدهم، شهریورماه.
- آقازاده، جعفر و آقازاده، قلی، (۱۳۹۵)، جایگاه پیشگیری از جرم در سطح بین المللی و ایران، **چاپ شده در مجموعه مقالات کنگره بین المللی جامع حقوق ایران**.
- توسلی نائینی، منوچهر و دیگران (۱۳۹۰)؛ نقش واقعیت در ایجاد قاعده حقوقی؛ **فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی معاصر**، دوره دوم، شماره سوم، زمستان.
- خسرو شاهی، قدرت الله و دیگران (۱۳۹۷)؛ بررسی جرم انگاری مصلحت گرایانه ...؛ **فصلنامه پژوهش‌های حقوق کیفری**، شماره هشتم، دوره بیست و هشتم، پاییز.
- کاشفی اسماعیل زاده، حسن. (۱۳۸۴). «جنبش‌های بازگشت به کیفر در سیاست جنایی کشورهای غربی، علل و جلوه‌ها». **فصلنامه الهیات و حقوق**، بهار و تابستان، شماره‌های پانزدهم و شانزدهم.

- کندی، دانکن (۱۴۰۰)؛ **قانون سیاست است**؛ مترجم: حبیب‌الله فاضلی، نویت اول، نگارستان اندیشه، تهران.
- میرمحمد صادقی، حسین دیگران (۱۳۹۴)؛ نقش و جایگاه سیاست در عدالت کیفری حاکم بر جرائم تروریستی؛ **فصلنامه پژوهشهای حقوق کیفری**، دوره چهارم شماره سیزدهم.
- هارت، هربرت (۱۴۰۰)؛ **مفهوم قانون**؛ مترجم: محمد راسخ، چاپ نهم، تهران، نشر و چاپ انتشارات نشرنی.
- آوتویت، ویلیام. باتامور، تام؛ (۱۳۹۲)، **فرهنگ علوم اجتماعی قرن بیستم**، ترجمه‌ی حسن چاوشیان، تهران: نشر نی، چاپ اول.
- جاوید، محمد جواد و دیگران (۱۳۹۸)؛ مبانی نظری پوزیتیویسم و آثار آن بر عدالت حقوقی؛ **فصلنامه مطالعات حقوق دانشگاه تهران**، دوره چهل و نهم، شماره سوم، شمارگان پاییز.

#### (ب): منابع لاتین:

- David A. Green (۲۰۱۲). When Children Kill Children: Penal Populism and Political Culture. Oxford University Press. ISBN ۹۷۸-۰-۱۹-۱۶۲۹۷۶-۱. Accessible: [https://www.google.ca/books/edition/When\\_Children\\_Kill\\_Children/QIvp2Jg7yRkC?hl=en&gbpv=0](https://www.google.ca/books/edition/When_Children_Kill_Children/QIvp2Jg7yRkC?hl=en&gbpv=0)
- H. L. A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals" (1958) 71 Harvard Law Review 593
- Jennifer Hendry & Colin King (۲۰۱۷) "Expediency, Legitimacy, and the Rule of Law: A Systems Perspective on Civil/Criminal Procedural Hybrids, Published: 02

September 2016 <https://link.springer.com/article/10.1007/s11572-016-9405-6#citeas>

- Kelly, James, & Kate Puddister. "Criminal Justice Policy during the Harper Era: Private Member's Bills, Penal Populism, and the Criminal Code of Canada." *Canadian Journal of Law and Society / La Revue Canadienne Droit et Société* 32, no. 3 (2017): 391-415. DOI: 10.1017/cls.2017.25
- Leiter, Brian (January 1, 2001). "American Legal Realism". In Golding, Martin P.; Edmundson, William A. (eds.). *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Blackwell Publishing Ltd. Accessible: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/9780470690116.ch3>
- Markie, Peter (٢٠١٥-٠١-٠١). Zalta, Edward N. (ed.). *Rationalism vs. Empiricism* (Summer 15ed.): <https://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/rationalism-empiricism>.
- nihilism. (٢٠٠٨). *Encyclopædia Britannica*. Ultimate Reference Suite. Chicago: Encyclopædia Britannica.
- Bybee, Keith J. (February 2005). "Legal Realism, Common Courtesy, and Hypocrisy". *Law, Culture and the Humanities*. 1 (1): 76 Accessible: <https://www.semanticscholar.org/paper/Legal-Realism%2C-Common>
- Hampton, Jean (١٩٨٦). *Hobbes and the Social Contract Tradition*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Horwitz, Morton J. (1982). "History of the Public/Private Distinction". *University of Pennsylvania Law Review*. 130 (6): 1426. Retrieved July 7, 2020. Accessible: <https://www.jstor.org/stable/3311976?origin=crossref>
- Julian V. Roberts, Loretta J. Stalans, David Indermaur, Mike Hough (2002). *Penal Populism and Public Opinion*:

Lessons from Five Countries. University of Oxford Press. ISBN 978-0-19-028577-7.

-Jütersonke, Oliver (2016): Realist Approaches to International Law: The Oxford Handbook of the Theory of International Law. Online Publication Date: Nov 2016. Accessible: <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/law/9780198701958.001.0001/oxfordhb-9780198701958-e-17>

-MARGARITA DOBRYNINA (June 2017). "The Roots of "Penal Populism": the Role of Media and Politics". *Kriminologijos Studijos*: Article available at [https://www.researchgate.net/publication/317960480\\_The\\_Roots\\_of\\_Penal\\_Populism\\_the\\_Role\\_of\\_Media\\_and\\_Politics](https://www.researchgate.net/publication/317960480_The_Roots_of_Penal_Populism_the_Role_of_Media_and_Politics)

-Marmor, Andrei; Sarch, Alexander (2015), "The Nature of Law", in Zalta, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2015 ed.), Metaphysics Research Lab, Stanford University, retrieved 2019.

-Pasculli, Lorenzo (2017) "How the law itself can be a corrupting, criminal force – and what can be done about it: Access: <https://theconversation.com/how-the-law-itself-can-be-a-corrupting-criminal-force-and-what-can-be-done-about-it-85287#>

-Ratnapala, Suri (2009). *Jurisprudence*. Cambridge University Press.. ISBN 978-0-511-59483-0.

- ABBOTT, A. (1992). From Causes to Events: Notes on Narrative Positivism. *Sociological Methods & Research*, 20(4), [doi.org/10.1177/00491241920200040](https://doi.org/10.1177/00491241920200040) <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0049124192020004002>

- Park, Yoon Soo; Konge, Lars; Artino, Anthony R. (2020): *The Positivism Paradigm of Research: Academic Medicine*,



Volume 95, Number 5, 1 May 2020, DOI:  
<https://doi.org/10.1097/ACM.0000000000003093>

-Elvin Wyly(2007): Strategic PositivismFootnote: The Professional Geographer

Volume 61, 2009 - Issue 3,  
<https://doi.org/10.1080/00330120902931952>.

-Phil Ryan(2015): Positivism: paradigm or culture?: Policy Studies. Volume 36, 2015 - Issue 4,  
<https://doi.org/10.1080/01442872.2015.1073246>, Other accessibility:

<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/01442872.2015.1073246>

-Morgenthau, H. (1940). Positivism, Functionalism, and International Law. American Journal of International Law, 34(2),. doi:10.2307/2192998. Other

accessibility:<https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/abs/positivism-functionalism-and-international-law/594B64D46AAA3C001FD1901080448E01>

-Joe L. Kincheloe & Kenneth Tobin(2009): The much exaggerated death of positivism: Cultural Studies of Science Education volume 4, February  
<https://doi.org/10.1007/s11422-009-9178-5>. Other accessibility:

<https://link.springer.com/article/10.1007/s11422-009-9178-5>

## **A positivist and realist look at the pathology of criminal law Emphasizing the approaches of idealistics political systems**

**Dr. Seyed Mohammad Reza Mousavifard**

Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology,  
Semnan Branch, Islamic Azad University, Semnan, Iran

**Zahra Shamsizad**

PhD student in criminal law and criminology, Semnan Branch,  
Islamic Azad University, Semnan, Iran

### **Abstract:**

From the point of view of the theoretical teachings of positivism and legal realism, we seek to find out whether idealistic political systems influence the enactment of criminal penal laws. It seems that according to these teachings, legal realism, like legal positivism, is based on the premise that law should be known as it is and not as it should be, this is where we enter the common realm of politics and law; Law and politics as social phenomena are both dual manifestations of a single entity (perception of a single ontology); Loses and achieves two main results, including: the adoption of populist laws with more political to legal function, the development of expedient laws in the criminal field, which in itself creates effects such as criminal inflation, political, cross-sectional and criminal law response Among its consequences are various challenges, including political, legal, moral, religious and human rights challenges, which in general will lead to the adoption of criminal laws.

### **key words:**

Legal realism, legal idealism, legal positivism, political system